

INTERNATIONALE UNION DES LATEINISCHEN NOTARIATS

XXIII. Internationaler Kongress des Lateinischen Notariats

Athen (Griechenland), Oktober 2001

THEMA II

„DIE RECHTSGESTALTENDE FUNKTION DES NOTARS“

Internationaler Koordinator: Dr. Federico Guasti (Italien)

SCHLUSSRESOLUTION

Die Kongresskommission zum zweiten Thema hielt ihre Sitzungen am Montag- und Dienstagvormittag und -nachmittag, während am Donnerstag der vom Internationalen Koordinator vorbereitete zusammenfassende Bericht beraten und ausgearbeitet wurde.

An der Beratung zum 2. Thema haben die Vertreter von insgesamt 25 Mitgliedsnotariaten teilgenommen, 21 von ihnen haben schriftliche Referate vorgelegt.

Zu Beginn der Arbeiten ernannte die Kommission auf Vorschlag des Internationalen Koordinators Herrn Nestor Perez Lozano (Argentinien) zum Vizepräsidenten und Herrn Pascal Chassaing (Frankreich) zum Sekretär.

Im Laufe der ersten beiden Arbeitstage kamen alle Teilnehmer zu Wort, um ihre Standpunkte und/oder die Zusammenfassung ihrer schriftlichen Referate darzulegen, wobei zunächst denjenigen der Vorrang gegeben wurde, die schriftliche Referate vorgelegt hatten.

Zu Abschluss des zweiten Tages wurde dem Kommissionsvorstand, dem der Internationale Koordinator Federico Guasti im Amt des Präsidenten, der Vizepräsident Nestor Perez Lozano und der Sekretär Pascal Chassaing angehörten, für die Niederschrift des zusammenfassenden Berichts einige Berichtersteller zur Seite gestellt, die an den Arbeiten der Kommission teilgenommen hatten, und zwar Gerd-Jürgen Richter (Deutschland), Federico Magliulo (Italien), Nicole Pankert (Niederlande), Lucila Ortiz De Di Martino (Paraguay), Roman Sowinski (Polen) und Ana Fernandez-Tresguerres Garcia (Spanien).

Nach Abschluss der Arbeiten der Kommission legte der Internationale Koordinator dem Kongress in der Plenarsitzung am Freitagnachmittag, dem 5. Oktober den zusammenfassenden Bericht vor.

Er unterstrich dabei, dass es sich hier um ein anfangs zu allgemein erscheinendes Thema handele, das jedoch bei genauerem Hinsehen Anregungen für bedeutende Vertiefungen sowohl unter dem rein rechtlichen Gesichtspunkt als auch unter dem Gesichtspunkt der Politik des Notariats biete. Um zu vermeiden, dass das Feld der Untersuchung allzu weit gesteckt werde, und um der Studie eine für das Ziel des Kongresses nützliche Form zu verleihen, habe er deshalb im Plan zur Ausarbeitung des Themas hauptsächlich die Überlegungen zu den Zukunftsperspektiven in einem in rascher Evolution befindlichen rechtlichen und fachlichen Kontext berücksichtigen wollen.

Das Hauptthema wurde in den Referaten mit zwei verschiedenen Ansätzen behandelt:

- einer unter dem (direkten) Aspekt der notariellen Urkunde als Quelle der frei unter den Parteien verhandelten Rechte und Pflichten, die zuletzt für diese Parteien zwingend sind und Dritten entgegengesetzt werden können; neue von den Notaren ausgearbeitete Vertragsbestimmungen zur Lösung von im geltenden Recht nicht vorgesehenen Situationen;
- der andere unter dem (indirekten) Aspekt der mehr oder minder förmlichen Teilnahme des Notars und der Institutionen des Notariats am Evolutionsprozess der privat- und handelsrechtlichen Bestimmungen angesichts des Wandels der bürgerlichen Gesellschaft, der Wirtschaftsbeziehungen und der Verhandlungstechniken. Eine Teilnahme, die für den Notar auch aus der "Praxis" erwächst, d.h. aus der wiederholten und ständigen Anwendung immer gleicher Urkunden oder Vertragsklauseln zur Regelung von gesellschaftlich relevanten Situationen, und die in Bezug auf die Institutionen des Notariats auch durch die dem Gesetzgeber angebotene Zusammenarbeit von Seiten der offiziellen Notariatsorgane entsteht.

Die Referate einiger Länder mit langer Tradition lateinischen Notariats enthielten vorwiegend Analysen des ersten Aspekts.

In den Referaten der Länder, in denen das Notariat erst vor Kurzem eingeführt, oder wiedereingeführt wurde, wurde mehrheitlich der zweite Aspekt beleuchtet, denn diese Länder widmen dem Wandel der Privatrechtsordnung in diesen Jahren größere Aufmerksamkeit, wobei jedoch zu beachten ist, dass die Notare in der kurzen Zeit hier nur wenig auf Erfahrung aufbauen konnten und daher bisher noch keine Praxis entstehen konnte.

Andere Referenten haben beide Aspekte gleichermaßen beleuchtet, da in der umfangreichen Darlegung der Kongressthemen nicht klargestellt wurde, welcher der beiden Aspekte vorrangig hätte behandelt werden sollen. Es mag auch ein, dass absichtlich jedem Land die Entscheidung darüber belassen werden sollte, das zu behandeln, was die interne rechtliche Situation am besten widerspiegelt.

Einige wenige Referate können in der Notariatsfunktion keinerlei rechtsgestaltende Tätigkeit erkennen, oder sie bezeichnen sie als geringfügig.

Auf jeden Fall kann man aus den Referaten und insbesondere aus den Debatten des Kongresses erkennen, dass die rechtsgestaltende Funktion ein das lateinische Notariat kennzeichnendes Merkmal ist, wo die Auslegung des Rechts und des Willens der Parteien

traditionsgemäß Teil des Notarberufes ist. In den Ländern, in denen das Common Law gilt, hat der Notar dagegen in erster Linie eine Zertifizierungsfunktion und überlässt anderen Juristen, den Rechtsanwälten und den Richtern die Aufgabe der Anpassung der Privatautonomie an die Rechtsordnung und die Gestaltung des Rechts in dem im Thema dargelegten Sinne.

Zusammenfassender Bericht und Schlussfolgerungen

1. Definition der rechtsgestaltenden Funktion des Notars

Im Allgemeinen gilt die Rolle des Rechtsgestalters als Teil des Notaramtes, wenn es darum geht, Privatrechtsverhältnisse durch authentische, für die Parteien verbindliche und Dritten entgegensezbare Urkunden zu regeln, von denen einige vollstreckbar sind.

Es handelt sich um eine Urkunde, deren ausschließliche Urheberschaft der Notar übernimmt und die nach Anpassung des Willens der Parteien an die existierende Rechtsordnung unter Achtung der durch diese vorgegebenen Beschränkungen der Verhandlungsfreiheit und der Typizität und/oder Verbindlichkeit und/oder Nichtverfügbarkeit einiger Rechte und Pflichten erfolgt.

Dies geschieht nach Aufforderung durch die Parteien (natürliche oder juristische Personen), die sich bei kontinuierlicher Evolution der Bedingungen und Bedürfnisse im Bereich der Wirtschaft, der Familie und der Personen, sowie der Regelung von Erbfragen gegenüberstehen.

Im Allgemeinen ist der Notar der erste Jurist, der neue Rechtsgebilde im Bereich des Privatrechts im nicht streitigen Fall behandelt, und der auf den Bedarf einer konkreten vertraglichen Regelung eingeht.

Der Notar versucht, die reale Wirkungsbreite des Gesetzes und seiner Innovationen zu erfassen und sie mit dem geltenden System zu koordinieren, wobei er oftmals auf neue Sachverhalte stößt. Diese sind also das Ergebnis der kreativen Interpretation, ohne welche die Bestimmungen in einigen Fällen zuletzt gar keinen angemessenen Anwendungsspielraum hätten. Wir können jedoch behaupten, dass der Notar bei der Anwendung des Gesetzes in gewissem Maße immer gestalterisch handelt, denn selbst wenn er nicht die Entstehung neuer Verhandlungsformen veranlasst, so wird er doch immer die tatsächliche Geltung der Rechtsvorschriften feststellen müssen, für deren Durchführung er als erster die Verantwortung trägt und somit zuletzt auch deren erster Interpret wird.

2. Die Evolution der rechtsgestalterischen Funktion

Wollen wir den Umfang dieser Rolle erfassen, so können wir im Laufe der Zeit eine Evolution als Folge verschiedener Faktoren feststellen: Der Gesetzgeber achtet nicht nur auf die Interessen des Einzelnen, sondern immer stärker auch auf die des Gemeinwesens. Im wirtschaftlichen Bereich ist auch ein Übergang vom Individualfall zur Standardisierung zu beobachten, von Einzelverträgen zu Vertragsmustern, zu Verträgen durch Beitritt oder zu Standardvertragsmodellen; anders formuliert: Die Aufmerksamkeit bewegt sich fort von Sachverhalten, die zwar auf die Allgemeinheit Bezug nehmen, jedoch

vor Allem das Interesse des Einzelnen schützen, und wendet sich Sachverhalten zu, die Gruppen betreffen (Verbraucher, Sparer, Anwender von Dienstleistungen oder Strukturen, etc.), oder die sich aus der Globalisierung der Wirtschaft ergeben, auch als Folge der technischen Evolution der neuen Instrumente der Informatik, der Kommunikation und der Datenübertragung in Realzeit.

Emblematisch hierfür ist die Situation in der Europäischen Union, in der die Gemeinschaftsbestimmungen, die solche Phänomene behandeln, die Rolle des Notars als Rechtsgestalter stark einzuschränken scheinen.

Es ist anzunehmen, dass dieses System der gemeinsamen Normen sich als eine Folge der laufenden Globalisierung auch außerhalb Europas durchsetzen wird. Und all dem sei noch der heute wesentlich leichtere und weiter verbreitete Zugriff des Publikums auf spezifische und/oder obligatorische Informationsquellen hinzugefügt, und die Tatsache, dass die Rechtsvorschriften in einigen Bereichen immer detaillierter werden.

Dies führt zu einer Verringerung, jedoch nicht zur vollkommenen Ausschaltung des Spielraums, in dem die gestalterische und professionelle Fähigkeit des Notars und seine Erfahrung als Jurist gefragt sind, um das Rechtsgeschäft im Einzelfall dem Willen der Parteien bei angemessener Zusammenführung der Interessen jeder Partei anzupassen.

3. Die Merkmale der gestalterischen Funktion und die Rolle der das Notariat vertretenden Organisationen

Neben den dargelegten Tatsachen, die wir als Komprimierung der Vertragsfreiheit bezeichnen könnten, evolvieren im Laufe der Zeit jedoch auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Beziehungen, und es entsteht der Bedarf nach Regelung neuer Rechtssituationen, die ebenfalls aus der Evolution der Bedürfnisse, der Interessen und der Beziehungen der Menschen untereinander erwachsen: Es entstehen neue Formen des Eigentumsrechts, neue Formen der Vereinbarungen und Beziehungen zwischen Wirtschaftsgruppen, Konsortien aus Unternehmen, neue Formen der Nutznießung und des Gebrauchs von beweglichen und unbeweglichen Sachen, Treuhandverhältnisse, Verwaltung von Familienvermögen, Verbandswesen und Non-Profit-Bereich, Bestimmungen für den Fall späterer Geschäftsunfähigkeit, Schutz der natürlichen Familie, Verfügungen für die eigenen Organe, Regelungen für hetero- und homosexuelle Partnerschaften, usw.

Doch stimmen praktisch alle vorgelegten Referate dahingehend überein, dass die unvermeidbaren Lücken in der Rechtsordnung, die Verzögerungen des Gesetzgebers bei der Anpassung der Bestimmungen an die neuen Erfordernisse und an die stetig sich bewegenden Gegebenheiten angesichts des oben Dargelegten dem Juristen, dem lateinischen Notar, der den Bedürfnissen des breiten Publikums nahe steht und inmitten der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Realität seines Gebietes aktiv ist, noch immer einen breiten Spielraum für gestalterische Tätigkeiten überlassen.

Einem Juristen also, der nicht der strenge Hüter einer kodifizierten Norm sein soll, sondern der die Aufgabe der Interpretation der wahren, in seinem Tätigkeitsbereich in Erscheinung tretenden Bestrebungen übernimmt, und der so die Anwendung jenes natürlichen Rechts als Ausdruck des Wunsches nach Gleichheit und Gerechtigkeit unterstützt, der spontan und manchmal auch unbewusst aus dem sozialen Gewebe

hervortritt. Diesen Wunsch kann der Notar durch die Gestaltung des Rechtsgeschäfts erfüllen, wobei er jedoch immer die Fundiertheit der eingebrachten Interessen und die stete Achtung des Gemeinguts und des moralischen Empfindens der Gesellschaft vor Augen hat, der er selbst angehört.

Das besondere Merkmal der Rechtsquelle, die der Tätigkeit des Notars entspringt, ist, dass sie der direkte Ausdruck der Bestrebungen eben derjenigen ist, die zuletzt ihre Nutznießer werden, Bestrebungen, die durch die Aktion des Notars legitimiert und realisiert werden; um es einfach zu sagen: ein "empfundenes" und nicht ein "auferlegtes" Recht.

Neuer Raum für diese Funktion des Notars dürfte sich nicht nur und nicht so sehr aus der reinen Kreativität des einzelnen Notars, als vielmehr des Notariats als strukturiertem und organisiertem Beruf verfügbar machen.

Die Suche nach dem komplizierten Gleichgewicht zwischen den Initiativen des Notariats als Berufsgruppe und denen des einzelnen Notars bezüglich der Innovation des Rechts wird eine der schwierigsten Herausforderungen des Notariats in den kommenden Jahren sein; sie wird die Bereitschaft zur Mitarbeit und den Sinn für Eigenverantwortung jedes einzelnen Mitglieds der Notargemeinschaft erfordern.

Die unseren Beruf vertretenden Organisationen sind in vielen Ländern bereits in der Lage - und es ist wünschenswert, dass dies bald in allen Ländern mit lateinischem Notariat so sein wird -, die Beiträge aller Notare, die flächendeckend im Land tätig sind, zu bündeln und deren einzelne Erfahrungen so zu entwickeln, dass die den Bedürfnissen des Publikums eben über die Notare Ausdruck geben und dazu beitragen können, einheitliche, wahrhaft angemessene und zur Rechtsordnung kohärente Lösungen auszuarbeiten; und nicht nur dies: auch um auf der Grundlage der als Vertretungsorgan des Berufs erworbenen Autorität gegebenenfalls Klärungen durch den Gesetzgeber, oder gar auch die Regelung neuer Sachverhalte auf gesetzgeberischem Wege anzuregen und einzugehen auf die Forderung nach neuem Recht zur Regelung bisher unbekannter persönlicher oder vertraglicher Situationen, oder von Gepflogenheiten, die infolge der Internationalisierung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Beziehungen aus anderen Rechtsordnungen importiert wurden.

Mit anderen Worten, wir erleben den (höchstwahrscheinlich irreversiblen) Übergang der gestalterischen Funktion des einzelnen Notars auf das Notariat als sowohl im nationalen als auch supranationalen Bereich starke Organisation. Dabei muss es sich um eine Organisation handeln, die mit einem spezifischen Aufgabenbereich, der Fähigkeit ausgestattet ist, einheitliche Lösungen für die Probleme zu bieten, die allen Nutzern der notariellen Dienstleistung gemeinsam sind, und die auch in der Lage ist, mögliche Rechtsgebilde einzuführen, die bereits erfolgreich im Ausland erprobt wurden, wodurch sie eine solidere, da weiter verbreitete Praxis fördern kann, die auch die Aufmerksamkeit des Richters oder des Gesetzgebers auf die neuen Phänomene im Privatrecht richten können.

Also eine Funktion, die für das Notariat auch eine vorschlagende Aktivität gegenüber der gesetzgebenden Gewalt rechtfertigen könnte, und auch die begründete Erwartung, zur Ausarbeitung von Bestimmungen solcher Sachgebiete hinzugezogen zu werden, bei denen der Notar dazu aufgerufen ist, als Urheber der privatrechtlichen Beziehungen der Parteien zu handeln.

Wollen wir jedoch diese Rolle in vollem Umfang geltend machen, so dürfen weder die nationalen noch die supranationalen Vertretungsorganisationen des Notariats das Gepräge des ausschließlich politischen Schutzes der Gruppe beibehalten.

Die Spitzenorganisationen müssen vielmehr über juristische und berufliche Kompetenzen von erheblichem Niveau verfügen, einerseits um gleichrangig mit Vertretern von Legislative und Exekutive sprechen zu können, andererseits um den einzelnen Notaren die Informationen zu übermitteln, die jenes einheitliche Verhalten ermöglichen, die - sind sie einmal zur Gepflogenheit geworden - dem Gesetzgeber entsprechende Entscheidungen in der Rechtsetzung auferlegen.

4. Globalisierung der Phänomene

Das Problem tritt auch im internationalen Rahmen auf. In jüngster Zeit erleben wir den Erlass von Bestimmungen in einem nationenübergreifenden rechtlichen Rahmen - so etwa in der Europäischen Union - , die die Vertragsautonomie einschränken und die Wirksamkeit des von den Parteien gewünschten Vertrags beeinflussen. Es tritt ganz deutlich hervor, dass dieses Phänomen die gestalterische Funktion des Notars erheblich einschränken kann (als Beispiel sei hier das Rücktrittsrecht angeführt, das in einigen Fällen als unabdingliche Klausel vorgesehen ist, auch bei Verträgen, die unter Einbeziehung des Notars abgeschlossen werden).

Es ist also wichtig, dass sich der Gesetzgeber bei der Integration des Privatrechts der einzelnen Länder auf supranationaler Ebene darüber im Klaren ist, wie wichtig es ist, dass auch ein gemeinsames System der vorbeugenden Rechtspflege entwickelt wird, wobei der Notar eine bedeutende Rolle spielt.

5. Schlussfolgerung

Nach den obigen Überlegungen hält es die Kommission für das zweite Kongressthema abschließend für nützlich, dass die Merkmale des gemeinsamen Modells des lateinischen Notariats stärker hervorgehoben werden, das auch unter den deontologischen Aspekten eine Garantie eines ebenso hohen Grades an Vertrauenswürdigkeit für die supranationale Ordnung sein soll, wie dies bereits in einigen geografischen Bereichen der Fall ist, in denen die Notariatsordnungen bereits untereinander angeglichen wurden.

Die Kommission empfiehlt den U.I.N.L.-Mitgliedsnotariaten also, sich voll und ganz der sensiblen Rolle des Notars bewusst zu werden, der sowohl in seinem nationalen Kontext als auch in der Zusammenarbeit mit anderen Notariaten im supranationalen Kontext an der Bildung des Rechts mitwirkt, wozu die Mitgliedsnotariate geeigneter Instrumente zum Handeln sowohl gegenüber den Notaren als auch gegenüber den Amtsgewalten ihres Landes bedürfen.
