

Mitteilungen der Deutsch - Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 1 / 2012 (30. Jahrgang)
Juni 2012**

Inhalt

Ankündigung und Programm der XXXI. Jahrestagung in Weimar	1
Bericht der XXX. Jahrestagung in Santos (Jan Peter Schmidt).....	6
Die neue brasilianische Einpersonengesellschaft: Undurchdachte Antwort auf ein langes Begehren? (Ivens Henrique Hübert).....	11
Die Bedeutung einer rechtskräftigen gerichtlichen Trennung in Brasilien (<i>Separação Judicial</i>) für eine spätere Scheidungsklage oder Erbensprüche in der Schweiz (Burkard J. Wolf und Ione da Silveira Peters)	27

Impressum

Herausgeber:

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.

Vereinsregister Nr. 8076,

Bankkonto: Deutsche Bank Essen, Nr. 1312487, BLZ 36070050

Vorstand:

Rechtsanwalt Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender, c/o Taylor Wessing,
Hanseatic Trade Centre, Am Sandtorkai 41, 20457 Hamburg;

Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Pacheco Neto, Sanden, Teisseire
Advogados, Al. Franca 1050 - 3, 9 and 11th floors, 01422-001, São Paulo –
SP / Brasilien;

Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz;

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück;

Dr. Jan Peter Schmidt, Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Privatrecht, Mittelweg 187, 20148 Hamburg

Sekretariat:

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück

Tel.:+49 (0)541 331 1015; Fax: +49 (0) 541 685 4697; e-Mail: info@dbjv.de

Redaktion der Mitteilungen:

Ivens Henrique Hübert, Hamburg

Dr. Jan Peter Schmidt, Hamburg

e-mail: schmidt@mpipriv.de

Die DBJV im Internet: **www.dbjv.de**

Die Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung ist gemeinnütziger Verein im Sinne der §§ 52 ff. AO mit dem Ziel, die bilaterale Kooperation auf juristischer und wissenschaftlicher Ebene zu fördern.

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung der Autoren und des Herausgebers.

Ankündigung und Programm der XXXI. Jahrestagung der DBJV in Weimar

Liebe Mitglieder und Freunde der DBJV,

die diesjährige Tagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung e.V. wird vom 8.-10. November 2012 in Weimar stattfinden. Thema wird das Arbeitsrecht sein, das in beiden Rechtsordnungen traditionell von hoher wirtschaftlicher Bedeutung und sozialpolitischer Brisanz ist. Als Stichworte seien hier nur Kündigungsschutz, Mindestlohn und Tarifautonomie genannt, ferner die Rolle des Arbeitsrechts im internationalen Standortwettbewerb. Als Referenten sind wie üblich hochrangige Vertreter aus Justiz, Anwaltschaft und Wissenschaft beider Länder vorgesehen. Passend zum Thema wird außerdem eine Führung durch das Bundesarbeitsgericht im nahegelegenen Erfurt angeboten.

Neben den rechtlichen Fragen wollen wir aber auch die besondere kulturhistorische Bedeutung der Stadt Weimar würdigen und etwa den Verbindungen Goethes zu Brasilien nachgehen. Zudem ist ein Besuch in der weltberühmten „Herzogin Anna Amalia Bibliothek“ geplant.

Wir können also auch in diesem Jahr mit einer fachlich wie kulturell hochinteressanten Tagung rechnen. Der Vorstand hofft auf rege Teilnahme, auch Nicht-Mitglieder sind herzlich willkommen! Unter www.dbjv.de können Sie jederzeit die aktuelle Fassung des Programms einsehen.

Auf ein baldiges Wiedersehen!

Für den Vorstand

Dr. Jan Peter Schmidt

**Arbeitsrecht
in Deutschland und Brasilien**

**Direito do Trabalho
na Alemanha e no Brasil**

Programm / Programa
(Stand 10. Juni 2012)

XXXI. Jahrestagung 2012 / Congresso Anual 2012

**Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.
Associação de Juristas Alemanha-Brasil**

8. bis 11. November 2012 / de 8 a 11 de Novembro de 2012

Weimar

Donnerstag / Quinta-feira, 8. November 2012

- 15h00 Abfahrt nach Erfurt zur Besichtigung des
Bundesarbeitsgerichtes / Excursão a Erfurt para visita ao
Supremo Tribunal do Trabalho
- 20h00 Informeller Begrüßungsabend im / Jantar informal de boas
vindas no
Restaurant joHanns Hof, Scherfgasse 1, 99423 Weimar

Freitag / Sexta-feira 9. November 2012

**Tagungsort/Local: Bauhaus-Universität, Geschwister-Scholl-Str. 8,
99423 Weimar**

- 09h00 Registrierung der Teilnehmer / Credenciamento
- 09h30 Begrüßungsansprachen / Ceremônia de abertura

Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender der DBJV
Ministra Silvana Polich, Brasilianische Botschaft, Berlin
- 10h00 Eröffnungsreferat / Palestra de abertura
Sylk Schneider, Weimar
„Goethe in Brasilien – Verbindungen zwischen Weimar und
Brasilien / Goethe no Brasil – relações entre Weimar e o Bra-
sil“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 11h30 Axel Breinlinger, Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt:
„Schutz des Arbeitnehmers durch Gesetz und Justiz in
Deutschland / Proteção do empregado através da legislação e
da justiça na Alemanha“, mit anschließender Diskussion /
com debate
- 13h00 Mittagessen / Intervalo para almoço

- 14h30 Axel Filges, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer, Hamburg
„Die Rolle des deutschen Arbeitsrechtes in der Wirtschaftskrise / O papel do direito laboral alemão na crise econômica“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 16h00 Prof. Antônio Álvares da Silva, Belo Horizonte (angefragt)
„Proteção do empregado através da legislação e da justiça / Schutz des Arbeitnehmers durch Gesetz und Justiz“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 20h00 Abendveranstaltung im / Jantar no Restaurant „Zum Schwarzen Bären“, Markt 20, 99423 Weimar

Samstag / Sábado, 10. November 2012

- 9h30 Fortsetzung der Tagung – Continuação do Congresso
- 10h00 Maria Lúcia Menezes Gadotti, São Paulo
„O papel do direito laboral brasileiro na crise econômica / Rolle des brasilianischen Arbeitsrechtes in der Wirtschaftskrise“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 11h30 Prof. Dr. Achim Seifert, Jena
„Deutsches Arbeitsrecht im internationalen Wettbewerb / O papel do Direito do Trabalho diante da concorrência internacional“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 13h00 Mittagessen / Intervalo para almoço
- 14h30 NN (Betriebsratsmitglied), São Paulo
„Brasilianisches Arbeitsrecht im internationalen Wettbewerb / O papel do direito laboral brasileiro diante da concorrência internacional“, mit anschließender Diskussion / com debate

- 16h00 Sandra Lia Simón, Procuradora-Chefe, São Paulo:
„O papel da procuradoria perante a justiça trabalhista / Die
Rolle der brasilianischen Staatsanwaltschaft im Arbeitsge-
richtsprozess“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 18h00 Besuch der Anna-Amalia-Bibliothek / visita à biblioteca
Anna Amalia
- 20h00 Festliches Abendessen im / Jantar Solene no
Restaurant „Alte Remise“, Hauptstr. 14, 99425 Wei-
mar/Tiefurt

Sonntag / Domingo, 11. November 2012

- 10h00 Mitgliederversammlung der DBJV im / Assembleia dos
Associados no
Hotel Amalienhof, Amalienstr. 2, 99423 Weimar, Tel.
03643-5490

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V., Frankfurt

Vorstand / Diretoria:

Dr. Jan Curschmann, Hamburg

Irene Haagen, Kallmünz

Parvis Papoli-Barawati, Osnabrück

Andreas Sanden, São Paulo

Dr. Jan Peter Schmidt, Hamburg

Bericht der XXX. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen-Juristenvereinigung in Santos

von JAN PETER SCHMIDT

Die XXX. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung e.V. (DBJV) fand gemäß dem traditionellen Turnus vier Jahre nach Rio 2007 wieder in Brasilien statt. Austragungsort war die geschichtsträchtige und dank ihres Hafens wirtschaftlich nach wie vor sehr bedeutende Stadt Santos, die auch den Vorteil der einfachen Erreichbarkeit bot. So kamen dort vom 16.-19. November 2011 gut 80 Teilnehmer aus Deutschland, Brasilien und der Schweiz zusammen, um über „Herausforderungen der Justiz in Deutschland und Brasilien“ zu diskutieren. Mit dem Thema war eine Reihe wichtiger und zum Teil hochaktueller rechtlicher Grundsatzfragen angesprochen, etwa die in den vergangenen Jahrzehnten stetig gewachsene Rolle der Gerichte als „Ersatzgesetzgeber“ oder ihre neuartigen Aufgaben bei der Lösung gesellschaftliche Konflikte im Rahmen von Großprojekten, wie jüngst z.B. beim geplanten Bau des Wasserkraftwerks *Belo Monte* in Brasilien.

Der Vereinigung war es gelungen, sieben hochkarätige Referenten aus Justiz, Anwaltschaft und Wissenschaft beider Länder zu gewinnen, die die Thematik aus unterschiedlichen Blickwinkeln beleuchteten. Die *Universidade Católica de Santos* (UNISANTOS) stellte Räumlichkeiten und Technik zur Verfügung und sorgte für einen reibungslosen Ablauf. Dank finanzieller Unterstützung seitens der Konrad-Adenauer-Stiftung konnte zudem ein hochqualifiziertes Dolmetscher-Duo engagiert werden, das die auf Deutsch und Portugiesisch gehaltenen Vorträge in die jeweils andere Sprache übersetzte.

Im Eröffnungsvortrag zeichnete *Eugênio de Aragão*, der den meisten Teilnehmern noch von der Tagung 2008 in Köln bekannt war, ein sehr informatives und anschauliches, zugleich aber auch sehr kritisches Bild des brasilianischen *Ministério Público* (MP). Die Übersetzung dieser (häufig als „Vierte Gewalt“ betitelten) Institution mit „Staatsanwaltschaft“ ist zwar korrekt, führt den deutschen Juristen aber auch leicht in die Irre, gehen die Befugnisse des MP doch weit über die Strafverfolgung hinaus: Nach Art. 127 der Bundesverfassung von 1988 obliegt ihm die Verteidigung der Rechtsordnung, der Demokratie und der unveräußerlichen sozialen und individuellen Interessen. Insbesondere beim Schutz der Rechte indigener Völker und der Umwelt hat das MP seit den späten 1980er Jahren einige spektakuläre Erfolge erzielt. Gleichzeitig konstatierte *Aragão*, der selbst Staatsanwalt (*Procurador*) ist, dass das MP in

gewisser Weise „Opfer seines eigenen Erfolges“ geworden sei: Nicht nur neigten manche Staatsanwälte unter Betonung ihrer fachlichen Unabhängigkeit zu selbstherrlichem, die Kompetenzen anderer Staatsgewalten missachtenden Handeln; auch wirke sich oft negativ aus, dass jeder *Procurador* die Leitlinien und Schwerpunkte seiner Amtsführung selbst bestimmen könne.

Im zweiten Referat führte Professor *Nelson Nery Júnior* von der *Pontifícia Universidade Católica* (PUC) in São Paulo die Zuhörer in die technischen Details der *ação civil pública* ein, der öffentlichen Zivilklage. Wie das *Ministério Público* hat auch die *ação civil pública* kein Pendant im deutschen Recht, ist aber zugleich für das Verständnis der brasilianischen Rechtsordnung von enormer Bedeutung. Die heute geltende Regelung der *ação civil pública*, an der *Nery Júnior* unmittelbar beteiligt war, stammt im Wesentlichen aus dem Jahr 1985. Sie nahm Anleihen bei der *class action* des US-amerikanischen Rechts, versuchte aber auch, diese weiterzuentwickeln. Die *ação civil pública* ist somit ein Instrument zum Schutz kollektiver oder diffuser Interessen (etwa der Umwelt), deren Geltendmachung im Wege einer klassischen Individualklage nicht oder nur unzureichend möglich wäre.¹ Auch wenn die *ação civil pública* schwierige Probleme etwa bei der Reichweite der Rechtskraft aufwirft und auch Missbrauchspotential birgt, zog *Nery Júnior* für Brasilien ein positives Fazit. In jedem Fall können die gemachten Erfahrungen anderen Ländern wertvolle Einsichten vermitteln.

Dies bot dem nächsten Redner, *Professor Harald Koch* von der Humboldt-Universität zu Berlin, die Gelegenheit, nahtlos anknüpfen und die deutsche Rechtslage zu schildern, die zunehmend durch Vorgaben des Europarechts geprägt wird. *Koch* zählt weltweit zu den größten Experten auf dem Gebiet des kollektiven Rechtsschutzes und seine Schriften haben auch in der brasilianischen Rechtslehre viele Leser gefunden. In seinem Vortrag zeigte er sehr klar, wo das traditionelle Verständnis von der „dienenden Funktion“ des Prozessrechts zur Durchsetzung von Individualinteressen an seine Grenzen stößt und das Erfordernis einer persönlichen Betroffenheit als Klagevoraussetzung zu einem „Vollzugsdefizit“ von rechtlichen Vorgaben führen kann. *Koch* machte deutlich, dass es im deutschen Recht zwar anders als in Brasilien keine allgemeine Regelung der Popular- oder der öffentlichen Zivilklage gebe, sich aber im Verfassungs-, Umwelt-, Wettbewerbs-, Verbraucher- und Arbeitsrecht zahlreiche Sondervorschriften finden lassen, durch die Verbandsklagerechte begründet oder „Sachwalter“ bestellt und somit funktionale Äquivalente geschaffen werden. Seit einigen Jahren werde zudem die Einführung von Sammel- oder Gruppenklagen nach dem Modell der US-amerikanischen *class action* diskutiert. Das größte Hindernis bestehe hierbei in dem

¹ Ausführlich dazu *Mafra Leal*, Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen. Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung in Brasilien und Deutschland, 2010.

Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der es aus europäischer Sicht verbiete, die Rechtskraft einer Entscheidung auf Personen zu erstrecken, die in ihre Vertretung im Prozess nicht aktiv eingewilligt haben. Hierin liegt nach *Koch* ein wichtiger Unterschied zwischen dem Prozessrechtsverständnis diesseits und jenseits des Atlantiks.

Im Anschluss daran beleuchteten Professor *Walter Frenz* von der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen und Rechtsanwalt *Sérgio Sérvulo da Cunha* das Thema „Bürgerprotest und Beteiligung von NGOs an Verfahren der Justiz“ jeweils aus deutscher und brasilianischer Perspektive. *Frenz* stellte vor allem die in jüngerer Zeit zunehmend ausgeweiteten Klagebefugnisse von Umweltverbänden dar und würdigte hierbei auch die wenige Monate zuvor ergangene *Trianel*-Entscheidung des EuGH,² nach der eine Verbandsklage auch auf die Verletzung solcher Umweltvorschriften gestützt werden kann, die nicht die Rechtsgüter Einzelner schützen sollen, sondern „nur“ dem Allgemeinwohl dienen. *Frenz* erläuterte auch die hieraus resultierenden Konsequenzen für das deutsche Verwaltungsprozessrecht und ging schließlich auf die verschiedenen rechtlichen und politischen Facetten des Protests gegen das Projekt „Stuttgart 21“ ein.

Sérvulo da Cunha war den Teilnehmern noch lebhaft von der Potsdamer Tagung 2005 in Erinnerung, wo er sein Referat spontan durch eine mehrminütige Gesangseinlage unterbrochen hatte. Wie *Professor Wolf Paul* in der Vorstellung des Referenten betonte, hat sich *Sérvulo da Cunha* aber auch in der brasilianischen Rechtsgeschichte längst einen Platz gesichert, indem er 1992 Vertreter der Anklage im Amtsenthebungsverfahren gegen den damaligen Präsidenten *Collor de Melo* war (der, wie *Wolf Paul* ebenfalls bedauernd feststellte, inzwischen in die Politik zurückgekehrt ist). Zum Thema der „*dissidência civil*“ spannte *Sérvulo da Cunha* einen eindrucksvollen Bogen von der traditionellen autoritären Politik des „Alles-oder-Nichts“ über das von *Getúlio Vargas* begründete System des staatlichen Klientelismus, bis hin zum singulären Entstehungsprozess der Verfassung von 1988. Deren ursprünglicher Text habe seit dem Inkrafttreten so tiefgreifende Wandelungen erfahren, dass man statt von einer eigentlich von drei Verfassungen seit 1988 sprechen müsse: Die zweite sei Produkt der 60 bis heute ergangenen Verfassungsänderungen, die vielfach von einem repressiven Geist getragen seien. Die dritte Verfassung schließlich sei Ergebnis des 2004 eingeführten Merkmals der „allgemeinen Auswirkung“ (*repercussão geral*) einer verfassungsrechtlichen Streitfrage als Voraussetzung für ihre Überprüfung im Wege eines außerordentlichen Rechtsmittels (*recurso extraordinário*).³ Diese Beschränkung habe im Verbund mit der generell sehr restriktiven

² EuGH 12.5.2011 – C-115/09, NJW 2011, 2779 (mit Anm. *Henning* 2765) = NVwZ 2011, 801 (mit Anm. *Schlacke*).

³ Art. 102 § 3 Constituição Federal 1988. Ausführlich *Krukowski*, Supremo Tribunal Federal und Verfassungsprozessrecht in Brasilien, 2011, 331 ff.

Haltung des Obersten Bundesgerichts (*Supremo Tribunal Federal* (STF)) dazu geführt, dass ein Großteil der staatlichen Akte einer Verfassungskontrolle entzogen werde. *Sérvulo da Cunha* zog mit „tiefer Traurigkeit“ das Résumé, dass die mit der Verfassung von 1988 gesteckten Erwartungen vielfach enttäuscht worden seien.

„Die Autonomie der Justiz und die Unabhängigkeit des Richters in Deutschland“ war das Thema des Vortrags von *Inga Schmidt-Syaßen*, der ehemaligen Präsidentin des Hanseatischen Oberlandesgerichts. Sie zeigte anhand von Beispielen aus der Praxis, wie schwierig es oftmals ist, die Grenze zwischen der richterlichen Unabhängigkeit und notwendigen gerichtsorganisatorischen Vorgaben zu ziehen, etwa bei der Regelung von Arbeits- und Urlaubszeiten. Zur Autonomie der Justiz und der damit verbundenen Frage der Finanzierung bemerkte *Schmidt-Syaßen* kritisch, dass die Richter aufgrund einer fehlenden Lobby in den Parlamenten und des Streikverbots für Beamte oft mit einer „Mangelverwaltung“ zu kämpfen hätten und Zustand und technische Ausstattung der Gerichtsgebäude vielfach nicht mehr den Anforderungen einer modernen Arbeitswelt genügen. Auch die Bezahlung der Richter liege international gesehen im unteren Durchschnitt. Gleichzeitig sei eine hohe Arbeitsbelastung zu beklagen, vor allem durch die zunehmende Anzahl und Komplexität der Verfahren, nicht zuletzt im Sozial- und im Wirtschaftsstrafrecht.

Dass dennoch die Unterschiede zwischen dem deutschen und dem brasilianischen Recht wohl nirgendwo so groß sind wie bei der tatsächlichen Situation der Justiz beider Länder, machte das Abschlussreferat von *Sidnei Beneti* deutlich, der aus seiner Praxis als Richter am Höheren Bundesgericht Brasiliens (*Superior Tribunal de Justiça* (STJ)) berichtete, dem Gegenstück zum deutschen Bundesgerichtshof. Wie die brasilianischen Gerichte generell, hat der STJ mit einer für deutsche Verhältnisse kaum vorstellbaren Überlastung zu kämpfen. Allein im Jahr 2011 haben die 33 *Ministros* am STJ nicht weniger als 317.000 Verfahren erledigt.⁴ Folge der Verfahrensflut ist nicht nur eine extrem hohe Arbeitsbelastung für die Richter und ihre Mitarbeiter, auch die inhaltliche Qualität der Entscheidungen wird unweigerlich in Mitleidenschaft gezogen.

Beneti schilderte daneben auch andere Probleme der brasilianischen Justiz, etwa einige jüngere Korruptionsskandale, ferner die massiven Bedrohungen für Leib und Leben, denen sich manche Strafrichter ausgesetzt sehen, und die nur wenige Wochen zuvor in der Ermordung einer Richterin in Rio einen traurigen Höhepunkt erlangt hatten. Schließlich ging *Beneti* auch auf die Notwendigkeit der Gerichte ein, über ihre klassische Rolle als Rechtsanwender hinauszugehen und angesichts unzulänglicher oder fehlender Gesetzesvorschriften selbst rechtsschöpfend tätig zu werden. Er räumte aber zugleich ein, dass es hierbei gelegentlich

⁴ Umfangreiches statistisches Material findet sich unter <www.stj.gov.br>, „Conheça o STJ“, „Gestão estratégica“. Siehe zu früheren Berichten über die Überlastung der brasilianischen Justiz *Samtleben*, *RabelsZ* 66 (2002), 250, 262 f.

zu Exzessen komme und so mancher Richter sich ohne Rechtfertigung in die Kompetenzen des Gesetzgebers einmische.

Hans-Joachim Henckel, der auch mit der Situation der Justiz in anderen Ländern Lateinamerikas gut vertraut ist, betonte in der abschließenden Diskussion, dass es trotz aller Probleme der brasilianischen Justiz auch Grund zum Optimismus gebe: Die große Zahl der Verfahren zeige, dass die Rechtsprechung bei den Bürgern nach wie vor Vertrauen als Konfliktlösungsinstanz genieße. Und angesichts der im Durchschnitt hohen fachlichen Qualifikation der Richter und der vorzüglichen Ausstattung jedenfalls der Obergerichte mit Personal- und Sachmitteln könne die brasilianische Justiz dieser Aufgabe grundsätzlich auch gerecht werden.

Neben dem gelungenen Fachprogramm⁵ wurde den Teilnehmern ein äußerst attraktives Rahmenprogramm geboten, darunter eine Rundfahrt im wichtigsten Hafen Lateinamerikas sowie ein festliches Abendessen auf dem wunderschönen *Monte Serrat*, bei dem der Auftritt einer lokalen Sambagruppe den überraschenden Höhepunkt bildete. Die zu Beginn noch etwas schüchternen Gäste hielt es nicht lange auf den Stühlen, und so manches Mitglied offenbarte ungeahnte tänzerische Qualitäten. Auch der Strand von Santos mit seiner herrlichen Promenade dürfte die Erwartungen der meisten Teilnehmer deutlich übertroffen haben. Der verfallene Altstadt kern macht zwar deutlich, dass die Hochzeiten des brasilianischen Kaffeeexports und der damit verbundene Reichtum der Stadt nun schon einige Zeit zurückliegen; durch die zu einem Museum umgebaute frühere Kaffeebörse und die wieder in Betrieb genommene historische Straßenbahn (*bonde*) wird der Besucher aber mehr als ausreichend entschädigt. Schließlich erwies sich Santos auch wegen der im Vergleich zu einer Großstadt wie São Paulo sehr kurzen Wege als glückliche Wahl. Die Teilnehmer waren sich denn auch einig, dass ungeachtet der zahlreichen ebenfalls sehr gelungenen Jahrestagungen der Vergangenheit die XXX. einen besonderen Platz in der Geschichte der DBJV einnehmen wird. Ein Gelingen war nur durch die tatkräftige Mithilfe vieler Personen möglich. Neben Chef-Organisator *Andreas Sanden* sind besonders zu nennen: *Karin Klemp*, *Sérgio* und *Oswaldo Sérvulo da Cunha* sowie *Lilian Marques*. Ihnen allen gebührt großer Dank!

⁵ Die Referate stehen wie üblich zur Veröffentlichung in einem Tagungsband in der Schriftenreihe der DBJV an.

Die neue brasilianische Einpersonengesellschaft: Undurchdachte Antwort auf ein langes Begehren?

von IVENS HENRIQUE HÜBERT*

1. Einführung

Am 9.1.2012 ist das im vergangenen Juli verabschiedete Gesetz 12.441/2011 in Kraft getreten. Damit verfügt das brasilianische Recht erstmals über die Möglichkeit einer Gründung von Einpersonengesellschaften¹ außerhalb von konzernrechtlichen Strukturen. Damit kam der Gesetzgeber einem langen Begehren von Wissenschaft² und Praxis entgegen und beseitigte, im Vergleich zu anderen westlichen Staaten wohl mit einigen Dekaden Verspätung, die Notwendigkeit, Strohmannesellschaften an Gesellschaften zu beteiligen, um die Vorteile einer beschränkten Haftung des Gesellschafters nutzen zu dürfen. So können von nun an juristische Personen von einem einzigen Träger gegründet werden und dauerhaft unternehmerischen Tätigkeiten nachgehen.

Kritikfrei ist die sogenannte EIRELI³ dennoch keineswegs. Die bisherigen Meinungsäußerungen im Schrifttum⁴ haben zwar die Neuerung als

* Doktorand an der Universität Hamburg und Gastwissenschaftler beim Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Rechtsanwalt in Brasilien. Der Verfasser dankt Dr. Jan Peter Schmidt für die sorgfältige Revision und die anregenden Bemerkungen.

¹ Nichtsdestotrotz ist die Frage, ob es sich in diesem Fall tatsächlich um eine Gesellschaft handelt, noch offen, siehe dazu unten Punkt 2.

² Vgl. die über das Thema zu verschiedenen Zeiten veröffentlichten Beiträge, vor allem T. d. MIRANDA VALVERDE (*Estabelecimento Autônomo*, Rio de Janeiro: Rev. Forense, 1943, S. 577); S. MARCONDES MACHADO (*Limitação de responsabilidade de comerciante individual*, São Paulo: Max Limonad, 1956); J. M. OTHON SIDOU (*Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964); Romano CRISTIANO (*A empresa individual e a personalidade jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977); C. SALOMÃO FILHO (*A sociedade unipessoal*, São Paulo, Malheiros, 1995); und E. ISFER (*Sociedades Unipessoais & Empresas Individuais: responsabilidade limitada*, Curitiba: Juruá, 1996).

³ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*, abgekürzt EIRELI. Das Gesetz 12.441/11 hat zur Regelung der EIRELI den neuen Artikel, 980-A, in das brasilianische Zivilgesetzbuch (*Código Civil*, CC) eingefügt.

⁴ Vgl. die Beiträge von A. d. ASSIS GONÇALVES NETO, *A Empresa de Responsabilidade Limitada e um de seus problemas*, *Gazeta do Povo*, 13.4.2012; W. BRUSCATO, *Era uma vez a empresa individual de responsabilidade limitada*, abrufbar unter www.migalhas.com.br; F. ULHOA COELHO, *A Sociedade Unipessoal no Direito Brasileiro*, in: *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2012 (im Erscheinen), S. 347; I. H. HÜBERT, *Sociedade Unipessoal e Capital Social Mínimo: A EIRELI e o tema da proteção de credores, perspectivas a partir de uma análise comparativa*, in: *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2012 (im Erscheinen), S. 399; J. LOBO; *Pessoa Jurídica e a Empresa Individual*, *Valor Econômico*, 13.2.2012; H. M.

solche gelobt, gleichzeitig aber diverse systematische Unvereinbarkeiten und regulatorische Mängel gerügt. Ziel dieses Aufsatzes ist es, die Struktur der neuen Figur in ihren allgemeinen Umrissen vorzustellen und kritisch zu beurteilen. Dabei soll auch untersucht werden, wie sich die neue Rechtsform systematisch in das brasilianische Gesellschaftsrecht einfügen lässt.

Dafür soll der Beitrag sich zunächst mit der Frage nach der Notwendigkeit und Relevanz einer Einpersonengesellschaft in modernen Rechtssystemen auseinandersetzen. Danach wird die Struktur der neuen Figur in ihren allgemeinen Zügen dargestellt, mit Schwerpunkt auf dem erstmaligen Erfordernis eines Mindestkapitals. Aus dieser Analyse werden zuletzt Schlussfolgerungen gezogen.

2. Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer Einpersonengesellschaft

Das Plädoyer für die Anerkennung einer Einpersonengesellschaft lässt sich vor allem mit den unnötigen Kosten der Gründung und, zumindest im brasilianischen Fall⁵, auch der Erhaltung einer Gesellschaft mit einer Mehrzahl von Mitgliedern begründen, wenn allein einer der Gesellschafter nicht nur die unternehmerische Tätigkeit zu treiben beabsichtigt, sondern auch bereit ist, das notwendige Eigenkapital einzubringen. Diese Kosten rühren aus der Einbeziehung von nicht mit dem Unternehmenszweck verbundenen Gesellschaftern her und reichen von der Notwendigkeit der Finanzierung ihres Eigenkapitalanteils und dessen Vergütung über die eventuelle Abwicklung ihrer Anteile oder das konflikthafte Zusammenleben innerhalb der Gesellschaft, hin zu dem Bedürfnis, ihre Zustimmung für bestimmte unternehmerische Entscheidungen zu erhalten, beispielsweise bei Kapitalerhöhungen, bis zur Erhöhung bürokratischer Anforderungen bei der Registrierung von gesellschaftlichen Entscheidungen, beispielsweise im Hinblick auf das Erfordernis, Minderheitspositionen zu schützen. Außerdem entstehen bei Unzulässigkeit von Einpersonengesellschaften erhebliche Probleme im Falle einer nachträglichen Reduzierung der Gesellschafterzahl auf einen, wenn das Gesetz in einem solchen Fall die Nicht-Wiederherstellung der Mehrzahl innerhalb

DUCLERC VERÇOSA, *A empresa individual de responsabilidade limitada*, abrufbar unter www.migalhas.com.br; dazu auch noch M. C. BRAGA E SILVA, M. TAKAHASHI MORI, *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*, abrufbar unter www.migalhas.com.br; R. V. V. d. CARVALHO, F. C. CRUZ, *Empresa individual de responsabilidade limitada acaba com o "laranja"*, abrufbar unter www.migalhas.com.br; G. A. HAUER, *A nova empresa individual com separação de patrimônio*, *Gazeta do Povo*, 5.3.2012; und F. G. PINHEIRO, *Empresa individual de responsabilidade limitada*, abrufbar unter www.jus.com.br.

⁵ In anderen Rechtsordnungen (beispielsweise der deutschen) wurde bereits eine durch Zusammenfallen der Anteile nachträglich entstandene Einpersonengesellschaft zugelassen, so dass es bereits vor der GmbH-Novelle von 1980 gängige Praxis war, sie durch die sogenannte *Strohmanngründung* oder *Mantelverwertung* zu gründen.

eines bestimmten Zeitraumes mit der Auflösung der Gesellschaft sanktioniert.

Im Gegensatz zu der Zeit, als der Begriff einer beschränkten Haftung der Gesellschafter entwickelt wurde, kann diese heute wohl kaum als Privileg verstanden werden. Vielmehr ist sie als eine jedem Unternehmer zur Verfügung gestellte Möglichkeit zu sehen und kann als allgemeine Regel im Rechtsverkehr der Gesellschaft verstanden werden, solange die Haftungsbeschränkung für die Öffentlichkeit erkennbar ist und für die dann konsequent zu vollziehende Vermögenstrennung klare Regeln fixiert werden⁶. Dies trägt den in der Wirtschaftslehre aufgeführten wichtigen makro-ökonomischen Vorteilen Rechnung, was die Verbreitung von Einpersonengesellschaften und anderen Arten der Haftungsbeschränkung von Einzelunternehmern in verschiedenen Rechtsordnungen nur beweist.

Aus wirtschaftlicher Sicht wird andererseits auch argumentiert, dass die Gründung einer Einpersonengesellschaft zur Reduzierung des den Gläubigern zugänglichen Haftungsvermögens führe, ohne dass dafür eine angemessene Berechtigung vorliege. Dieser Auffassung kann jedoch entgegengehalten werden, dass es von vornherein nicht möglich ist, festzustellen, ob die Beseitigung der Ansprüche der privaten Gläubiger des Einzelunternehmers auf die dem Gesellschaftszweck zugeordnete Vermögensmasse nicht diesen Verlust ausgleicht oder ihn sogar übertrifft⁷.

Andererseits ist aber das Interesse an einem getrennten Vermögen des Unternehmers nicht nur mit der Haftungsbeschränkung des dahinter stehenden Trägers verbunden. Wäre dies der Fall, reichte schon eine zweckorientierte Trennung des Schuldnervermögens aus, wonach bestimmte Gegenstände des Unternehmers als unpfändbar gegenüber Unternehmensgläubigern gälten und andere für Privatgläubiger nicht zugänglich wären. Die Bildung einer getrennten Rechtspersönlichkeit ist aber auch einfach deswegen dem Unternehmer anzubieten, weil er dadurch sein Unternehmen effizienter verwalten kann, besseren Zugang zu Krediten⁸ erlangt und letztendlich auf dem Markt den gleichen Status wie andere Gesellschaften erlangen kann, von denen viele ohnehin nicht über eine größere oder besser entwickelte Struktur als die seinige verfügen. Trotz diesen offensichtlichen wirtschaftlichen Vorteilen hat ein Teil der brasilianischen⁹ und ausländischen¹⁰ Autoren die Möglichkeit des Beste-

⁶ Ob darüber hinaus eine Pflicht zur Vermeidung einer Unterkapitalisierung, etwa in Form von Mindestkapitalerfordernissen, existieren soll, mag zunächst dahinstehen. Darauf soll teilweise unter Punkt 3.3 zurückzukommen sein.

⁷ C. SALOMÃO FILHO, a.a.O. (Fn. 2), S. 29 f.; so auch das Gutachten n° 380, aus 2011 der *Comissão de Constituição e Justiça do Senado* (Verfassungs- und Justizkommission des Senats) bei der Bearbeitung des Gesetzesentwurfes PLC n° 18/2011 (Referent Senator Francisco Dornelles), S. 5.

⁸ C. SALOMÃO FILHO, a.a.O. (Fn. 2), S. 38; vgl. auch M. REIS, *A empresa individual de responsabilidade limitada - Reflexão sumária sobre a experiência portuguesa*, abrufbar unter www.migalhas.com.br.

⁹ Vgl. T. d. MIRANDA VALVERDE, a.a.O. (Fn. 2), S. 577.

hens von Einpersonengesellschaften und anderen Einzelunternehmen wegen dogmatischer Überlegungen für lange Zeit verneint¹¹. Dabei wurde auf die systematische Inkonsistenz und die Ungereimtheit einer solchen Figur innerhalb eines vertraglichen Gesellschaftsbegriffs hingewiesen. Solche Bedenken führten in anderen Ländern zur Verbreitung von (oder, zumindest, zur Diskussion über) nicht-gesellschaftliche(n) Formen der Vermögenstrennung¹², um somit Probleme dogmatischer Natur zu vermeiden. In Brasilien haben diese Auffassungen verhindert, dass der Gesetzesvorschlag von MORAES¹³ in den neunziger Jahren und andere zuvor erarbeitete Entwürfe¹⁴ im Kongress ausgiebiger diskutiert wurden.

¹⁰ Vgl. U. MEYER-CORDING, *Der Kritiker der Einmann-GmbH – ein Rufer in der Wüste?*, JZ 1978, 10 ff.

¹¹ Vgl. insbesondere die Erklärungen des portugiesischen Gesetzgebers anlässlich der Einführung des “*Estabelecimento comercial com responsabilidade limitada*” (Decreto-Lei n° 248/86, vom 25 August, Exposição de motivos, n. 4 bis 6, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Suplemento ao número 359, Lissabon, 1986, Juli und August, S. 387 ff.); dazu vgl. auch M. REIS, a.a.O. (Fn. 8). Nichtsdestotrotz hat der portugiesische Gesetzgeber einige Jahre später, zwecks Umsetzung der XII. Europäischen Richtlinie 1989/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 eine gesellschaftsrechtliche Form zur Vermögenstrennung für Unternehmer eingeführt (Decreto-Lei 257/96, vom 31. Dezember).

¹² Siehe neben dem oben genannten portugiesischen Beispiel (Fn. 11) auch noch den bei der Gelegenheit nicht umgesetzten französischen Entwurf von 1977 (der sogenannte Champaud-Entwurf, vgl. C. CHAMPAUD, *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1979, S. 579), der aber Jahre später als Basis für die Entwicklung der “*Entreprise Personelle*” durch das Gesetz n° 2010-658 diente. Gerade beim französischen Beispiel ist aber zu erkennen, dass die Alternative, den Unternehmern ein bloßes Sondervermögen statt einer effektiven Gesellschaft anzubieten, ebenfalls ihre dogmatischen Schwierigkeiten birgt, namentlich das Problem der Vermögenstrennung eines Individuums. Dies zeigt besonders deutlich die Diskussion im französischem Schrifttum, das sich immer sehr stark auf die klassischen Lehren von Aubry und Rau stützte (siehe beispielsweise die bei *Droit & Patrimoine*, n° 191, April 2010, abgedruckten Referate über das Thema, insbesondere X. d. ROUX, *L'esprit Général du projet de Loi*, p. 62; J. PRIEUR, *EIRL ou société: quels critères de choix?*; J. PRIEUR, *Les limites d'EIRL*, p. 78; F-X. LUCAS, *Défense et illustration de l'EIRL*, S. 67).

¹³ Vgl. G. D. E. d. MORAES, *Sociedade Limitada e a nova lei*, Gazeta Mercantil vom 30. Juni 2003 (abgedruckt im Gesetzgebungsprojekt PL 4.605/09, Abgeordneter Marcos Montes); vgl. dazu Fn. 14

¹⁴ Bereits 1947 beschäftigte sich der brasilianische Kongress mit dem Gesetzesentwurf von Fausto de Freitas e Castro über das Thema (Projeto n° 201/1947, vgl. J. M. OTHON SIDOU, a.a.O. (Fn. 2), S. 25, 51 ff.). In den achtziger Jahren kam die Diskussion wieder zum Vorschein im Rahmen des *Programa Nacional de Desburocratização* (Nationales Entbürokratisierungsprogramm), die später, bereits während der Ausführung des *Programa Federal de Desregulamentação* (Bundesderegulierungsprogramm), zum Entwurf von Guilherme Duque Estrada de MORAES führte; außerdem war die sogenannte EIRL (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) Bestandteil des von Arnaldo Wald entwickelten Vorentwurfs für ein neues Gesetz der *sociedades limitadas*. Letztendlich enthält auch der vom Abgeordneten Vicente Cândido vorgeschlagene neue Entwurf für ein Handelsgesetzbuch (*Código Comercial*), der auf dem Entwurf von F. ULHOA COELHO aufbaut (*O futuro do Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2011, mit weiteren Kommentaren auch in seinem neueren Werk: F. ULHOA

Die gleichen Bedenken wurden übrigens auch während des Prozesses zur Verabschiedung des Gesetzes 12.441/11 geäußert. Auszüge¹⁵ aus der Diskussion während des Gesetzgebungsverfahrens lassen die Furcht erkennen, einer Rechtsfigur einen Gesellschaftsstatuts zuzuerkennen, die nicht aus einem Vertrag zwischen mindestens zwei Personen entstanden ist, wie es Artikel (Art.) 981 des brasilianischen Zivilgesetzbuches (Código Civil, CC) verlangt. Dies veranlasste den Gesetzgeber, eine Alternative zu suchen, um eine Vermögenstrennung zu ermöglichen, ohne dass dabei konkret von einer Gesellschaft gesprochen werden musste. Die Lösung ist dennoch lediglich semantischer Natur¹⁶. Um den paradoxen Begriff einer Gesellschaft mit nur einem Gesellschafter zu vermeiden, wurde das, was aufgrund seiner gesetzlich fixierten Struktur grundsätzlich die wichtigsten Merkmale einer Gesellschaft aufweist^{17,18} einfach anders genannt. Um dem Unvermeidlichen zu entgehen, verwendete man einen Begriff, der im Fachvokabular meist in einem anderen Sinn benutzt wird: Das Wort „Unternehmen“¹⁹ (*empresa*) wurde bisher bei genauer

COELHO, *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67 e ss.), eine besondere Regelung für Einpersonengesellschaft (Arts. 157, I und 192).

¹⁵ Siehe beispielsweise die Beurteilung durch den Abgeordneten Marcelo Itagiba in seinem Bericht: “A terminologia ‘sócio’, na medida em que esta palavra significa aquele que se associa a outro numa empresa, a nosso ver, deve ser evitada, já que, na espécie, será impossível referida associação” (Bericht des Abgeordneten Marcelo Itagiba, Comissão de Constituição e Justiça, S. 5).

¹⁶ Vgl. in dieser Hinsicht die Auffassung von C. SALOMÃO FILHO, der in seiner Monographie von 1996 bereits das Dilemma des Gesetzgebers voraussah: “*Caso se queira insistir na forma não-societária, a solução mais aceitável e realista parece ser a de uma organização tão vizinha à societária, que chamá-la ou não de sociedade torna-se uma mera questão terminológica*” (*A sociedade unipessoal*, S. 40). Diese nicht-gesellschaftliche Vermögenstrennung (forma não-societária de limitação patrimonial) wird von ihm, in einigen Auszügen, gerade “*empresa individual de responsabilidade limitada*” (vgl. S. 36) genannt.

¹⁷ Vgl. unten Punkt 3.1.

¹⁸ Vgl. in der brasilianischen Rechtslehre den Vorschlag zur Behebung anhand einer Organisationstheorie sowohl der vertraglichen Theorie, die eine Einpersonengesellschaft grundsätzlich nicht zulässt, wie auch der institutionellen Theorie, die viele der Probleme bezüglich der Weite des Gesellschaftsinteresses und des der Gesellschafter nicht löst (C. SALOMÃO FILHO, a.a.O. (Fn. 2), S. 57 ff. und *ders.*, *O novo Direito Societário*, 2. Aufl., São Paulo: Malheiros, 2002, S. 32 ff.). Diese Theorie betont den Wert der Organisation, die somit einem zweckorientierten Vermögen Einigkeit und Beständigkeit verschafft, anstatt der Überschneidung von Interessen einer Parteienpluralität (*ders.*, a.a.O. (Fn. 2), S. 59). Das Interesse der so gebildeten Organisation ist, in dieser Hinsicht, die Summe eines Interesses am unternehmerischen Gewinn der Gründer und eines an der Erhaltung der Gesellschaft (S. 60). Die Anerkennung der Fähigkeit dieser Organisation, Entscheidungen zu treffen, impliziert die Anerkennung, dass die gleiche Rechtsperson sowohl Organ wie auch Träger eines individuellen Interesses ist, und wo dieser Unterschied nicht mehr besteht, ist der Durchgriff der Rechtspersönlichkeit gerechtfertigt (S. 61).

¹⁹ Auch in Deutschland wurde vor der GmbH-Novelle von 1980 oft die Einführung eines Unternehmens mit beschränkter Haftung erwogen (vgl. dazu K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns: Köln, 2002, S. 1245).

Betrachtung in der portugiesischen Fachsprache²⁰ weder als Unterbegriff von juristischen Personen noch als Oberbegriff von Gesellschaften verwendet. Anders als es dessen kolloquialer Sinn nahelegt, bezeichnet das Wort zumindest im rechtsökonomischen Kontext die objektive Organisation von Produktionsfaktoren²¹. Allerdings war der Sprachgebrauch nie eindeutig, und gelegentlich wurde das Wort auch in anderen Bedeutungen verwendet, sei es in subjektiver Weise²², als Unternehmer, sei es in institutioneller Sicht, als Interessengemeinschaft, so dass der Begriff der *empresa* auch als polymorph²³ bezeichnet wird.

3. Die Regelung der brasilianischen EIRELI

3.1. Allgemeine Strukturierung

Unabhängig von dieser möglichen Kritik an der untechnischen Begriffsverwendung²⁴ ist festzuhalten, dass die EIRELI die Hauptmerkmale einer Gesellschaft aufweist und nicht ohne Grund in die Liste der juristi-

²⁰ Auch in anderen Ländern wird das Wort „*empresa*“ (*Unternehmen, enterprise, entreprise, impresa*) als organisierte Tätigkeit zur Vollbringung eines Zieles verstanden, im Gegensatz zu „*sociedade*“, Gesellschaft. Trotzdem sind viele Rechtsordnungen einen ähnlichen Weg wie die brasilianische gegangen. Frankreich ist mit der neu eingeführten *Entreprise Individuelle* das letzte Beispiel (siehe dazu Fn. 12; dort aber besitzt die neue Rechtsfigur keinen gesellschaftlichen Charakter, sondern wurde aus Sondervermögen gestaltet; parallel besteht immer noch die *Société A Responsabilité Limitée Unipersonnelle*, die aber vor der Reform *Entreprise Unipersonnelle* hieß).

²¹ C. SALOMÃO FILHO, a.a.O. (Fn. 2), S. 30; F. K. COMPARATO, *Exclusão de Sócio as Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM) n° 25, 1977, S. 39; R. CRISTIANO, a.a.O. (Fn. 2), S. 111 ff.; F. ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 8. Aufl., São Paulo: Saraiva, 2005, S. 5 ff.

²² Das brasilianische Recht hat absichtlich Rechte und Pflichten im subjektiven Profil (der Unternehmer) konzentriert, was laut C. SALOMÃO FILHO (*A fattispecie empresário no Código Civil de 2002*, Revista dos Advogados, S. 14) deswegen geschah, weil der Gesetzgeber des brasilianischen Zivilgesetzbuches von dem Gedanken der Bildung eines Wesens (das Unternehmen), dem in irgendwelchen Grad eine gewisse Rechtssubjektivität zuerkannt werden könnte, vollkommen absah. Das geschah allerdings, ohne dass der *Código Civil* selbst eine besondere aus dem Register oder der Definition des Art. 966, CC abzuleitende Disziplin dem Unternehmer zuteilte (S. 19).

²³ A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, Rivista del Diritto Commerciale, 1943, 1. Teil, S. 1; C. SALOMÃO FILHO, a.a.O. (Fn. 2), S. 14.

²⁴ Das Gesetz ist noch in weiteren Punkten von schlechter Gesetzgebungstechnik geprägt, zum Beispiel in Art. 980-A, § 5° CC, der eine redundante und überflüssige Vorschrift enthält (*Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional*). Die Abtretung von Verwertungsrechten an juristische Personen ist in Brasilien durchaus übliche Praxis und würde auch im Falle der EIRELI ohnehin möglich sein, ohne dass dazu diese Norm ins Leben gerufen werden musste.

schen Personen²⁵ des Art. 44 CC eingefügt wurde. Der möglichen Alternative²⁶ einer nicht-gesellschaftlichen Vermögenstrennung (der Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung²⁷) ist der Gesetzgeber nicht nachgegangen. Dies beweisen die Möglichkeit der Wahl eines Gesellschaftsnamens (*denominação social*)²⁸ – Art. 980-A, § 1° CC –, die Möglichkeit der Umwandlung einer *anderen*²⁹ Gesellschaftsform in eine EIRELI – Art. 980-A, § 3° i.V.m. Art. 1033, parágrafo único CC – und, vor allem, die subsidiäre Anwendung der Regelung der *sociedades limitadas* (GmbHs) – Art. 980-A, § 6° CC. Die Stellung der EIRELI als juristische Person vereinfacht in vielerlei Hinsicht den Umgang mit der neuen Rechtsform, insbesondere indem sie die Unternehmensübertragung erleichtert und dadurch dem Verkehr von Unternehmen unter Unternehmensträgern höhere Liquidität verschafft, was komparative Vorteile³⁰ mit sich bringt.

Gerade wegen der subsidiären Anwendung der Regelungen über die *sociedade limitada* ändert sich im Vergleich zu dieser sehr wenig für das Regime der EIRELI³¹. Daher vertritt ULHOA COELHO in einer der bislang wenigen ausführlicheren Auseinandersetzungen mit dem Thema die Meinung, dass der wörtlichen Auslegung zum Trotz die EIRELI im Rahmen einer systematischen Interpretation als eine Unterart der *sociedade limitada* gesehen werden sollte³². Diese Auffassung bringt den Vorteil einer saubereren Eingliederung der neuen Rechtsfigur in das bisherige brasilianische Rechtsgefüge mit sich, ist aber wegen der ausdrücklichen Einfügung der EIRELI in der Liste der juristischen Personen, neben

²⁵ Im brasilianischen Recht sind alle Gesellschaften (also auch Personengesellschaften) unter dem Oberbegriff der juristischen Personen einzuordnen.

²⁶ Siehe dazu die in Brasilien während der fünfziger und sechziger Jahre existierende Diskussion (S. MARCONDES MACHADO, a.a.O. (Fn. 2), S. 106 ff.; W. FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1960, S. 261 ff.; J.M. OTHON SIDOU, *A Atividade Negocial no Anteprojeto de Código Civil – Breves Notas*, Revista dos Tribunais, n° 465, 1974, S. 11 ff.).

²⁷ Siehe Punkt 2 und Fn. 12, 19 und 20.

²⁸ Das brasilianische Recht unterscheidet zwischen Firma (die notwendigerweise den Namen eines der Gesellschafter enthalten muss) und Gesellschaftsname (der irgendeine andere Bezeichnung haben darf). Gesellschaftsnamen sind bei *sociedades limitadas* und *sociedades anônimas*, und nun auch bei EIRELIs erlaubt.

²⁹ In der Tat verwendet der Gesetzgeber viele Begriffe, die auf die Eigenschaft der EIRELI als Gesellschaft schließen lassen; so zum Beispiel, wenn er in Art. 980-A, § 3° CC von "*outra modalidade societária*" spricht oder wenn er das Adjektiv "*social*" nach den Hauptwörtern "*denominação*" und "*capital*" verwendet (Art. 980-A, *caput* bzw. § 1°). Kritisch dazu H. M. DUCLERC VERÇOSA, a.a.O. (Fn. 4).

³⁰ Vgl. dazu C. SALOMÃO FILHO, a.a.O. (Fn. 2), S. 38 ff. Freilich besitzt der Tatbestand "*empresário individual*" aufgrund den im Jahre 2008 hinzugefügten Regeln von Art. 968, § 3° und Art. 1.033, parágrafo único, CC eine relative Selbstständigkeit in Beziehung zum Privatvermögen der dahinter stehenden natürlichen Person. Das bedeutet aber keinesfalls eine Haftungsbeschränkung.

³¹ Anders H. M. DUCLERC VERÇOSA, a.a.O. (Fn. 4), für den der Unterschied zwischen diesen Rechtsformen bedeutend ist.

³² F. ULHOA COELHO, a.a.O. (Fn. 4), S. 352 ff.

den Gesellschaften (Art. 44 CC), nicht leicht zu begründen. Im Ergebnis ändert sie gerade wegen der vom Gesetz bereits angeordneten subsidiären Anwendung der Regelungen über die *sociedades limitadas* ohnehin kaum etwas. Lediglich bei der Gründung der EIRELI wären unterschiedliche Rechtsfolgen ersichtlich: Ein Verfahren zur Umwandlung der Rechtsform wäre nicht mehr nötig, falls die zuvor existierende Gesellschaft eine *Limitada* ist.

Eventuelle andere, im Gesetz nicht vorgesehene Abweichungen im Vergleich zur allgemeinen Regelung der *sociedades limitadas* werden wohl in den nächsten Jahren noch Literatur und Rechtsprechung beschäftigen. Das Gesetz schreibt jedenfalls einige wenige Unterschiede vor. Diese sollen im Folgenden kurz vorgestellt und analysiert werden.

Um den Markt über die besondere Eigenschaft eines Einpersonenernehmens zu informieren und somit Publizitätsbedürfnissen entgegenzukommen, soll nach der Firma oder dem Gesellschaftsnamen die Abkürzung EIRELI verwendet werden (Art. 980-A, § 1° CC). Das Bestreben, der Öffentlichkeit die notwendigen Informationen bezüglich der anwendbaren Regeln mitzuteilen, ist eine notorische Sorge nicht nur des brasilianischen Gesetzgebers. Das gleiche Ziel beabsichtigte beispielsweise auch der deutsche Gesetzgeber bei der Gesellschaftsreform von 2008³³, als er anordnete, dass die GmbH ohne Mindestkapitalerfordernisse die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen muss, um somit Dritten die beschränkte Haftung deutlich vor Augen zu führen³⁴.

Des Weiteren schreibt das Gesetz vor, dass natürliche Personen nicht mehr als eine EIRELI betreiben dürfen (Art. 980-A, § 2° CC). Natürlich werden dabei Beteiligungen an anderen Gesellschaften nicht verwehrt, man denke nur an den Fall des Aktienhandels im Börsenmarkt. Die Hauptfrage, die dabei entsteht, und die bisher die größte Diskussion in der Praxis ausgelöst hat, bezieht sich auf die Erwägung, ob juristische Personen überhaupt EIRELIs als Tochterunternehmen gründen können. Das Gesetz lässt dies offen. Von natürlichen Personen als Träger wird nur in Art. 980-A, § 2° CC geredet, um die Pluralität von Beteiligungen in verschiedenen EIRELIs zu verweigern. Im Umkehrschluss wäre somit juristischen Personen die Gründung nicht nur einer, sondern mehrerer EIRELIs als Tochterunternehmen gestattet³⁵. Auch weitere Gründe zur Stützung dieser Auffassung sind zu nennen: Die Entwurfsfassung des

³³ MoMiG – Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, vom 23. Oktober 2008, BGBl. I S. 2026.

³⁴ Interessant ist hier ein Vergleich mit der deutschen Entwicklung im Gesellschaftsrecht: Während die deutsche Reform sich auf eine Vereinfachung der Kapitalerfordernisse durch Einführung der UG richtete, hat das brasilianische Recht wenigstens in Bezug auf die Kapitalerfordernisse die entgegengesetzte Richtung eingeschlagen, wobei die Anforderungen bei der Kapitalbildung erhöht wurden.

³⁵ So auch J. LOBO, a.a.O. (Fn. 4); M. C. BRAGA E SILVA; M. TAKAHASHI MORI, a.a.O. (Fn. 4).

Gesetzes erwähnte noch ausschließlich natürliche Personen als Träger, was im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens geändert wurde. Außerdem wäre aus teleologischer Sicht auch eine Erweiterung des befugten Personenkreises sinnvoll, denn, wie bereits dargestellt³⁶, erstrecken sich die unnötigen Kosten einer Strohmanngründung auch auf juristische Personen. Zwar verfügt das brasilianische Recht bereits über eine konzernrechtliche Einpersonengesellschaft (Art. 251 ff. LSA), diese folgt aber strengeren Gründungsvorschriften und ist deswegen kaum der kleinen Familiengesellschaft zugänglich, während die EIRELI grundsätzlich einer einfacheren, der *sociedades limitadas* ähnlicheren Regelung folgt³⁷.

Bisher jedenfalls hat aber der *Departamento Nacional de Registro de Comércio* (DNRC), der Verband aller handelsrechtlichen Registerbehörden, anhand einer bereits 2011 erlassenen Durchführungsvorschrift (*Instrução Normativa*) zur Registrierung von EIRELIs³⁸ die Sache anders gesehen und die Möglichkeit einer Gründung von Einpersonengesellschaften durch juristische Personen verboten. Gegen diese Entscheidung wurde jedoch bereits geklagt und eine einstweilige Verfügung erlassen³⁹, um die Möglichkeit der Gründung einer EIRELI durch eine juristische Person zu genehmigen. Auf eine endgültige Entscheidung in diesem Fall, die aber ohnehin keine direkte allgemeine Wirksamkeit haben würde, wird wohl noch eine Zeit zu warten sein; eher ist damit zu rechnen, dass der DNRC seine Verordnung aufgrund dieser Entscheidung und der allgemein ersichtlichen Kritiken demnächst ändert und die Möglichkeit gestattet, EIRELIs durch juristische Personen zu gründen⁴⁰.

Die EIRELI kann sowohl aufgrund eines Gründungsaktes (einseitige Willenserklärung)⁴¹ entstehen, der ordnungsgemäß in der *Junta Comercial* (Handelsregister) eingetragen werden muss, als auch durch das Zusammenfallen der Anteile bzw. Aktien in der Hand eines Rechtsträgers (Art. 980-A, § 3° i.V.m. Art. 1.033, parágrafo único CC), wenn alle Anteile einer *sociedade limitada* oder alle Aktien einer *sociedade anônima* (AG) einem einzigen Gesellschafter bzw. Aktionär gehören⁴². Da es sich

³⁶ Vgl. Punkt 2, oben.

³⁷ So auch J. LOBO, a.a.O. (Fn. 4); F. ULHOA COELHO, a.a.O. (Fn. 4), S. 359 f.; a. A., A. d. ASSIS GONÇALVES NETO, a.a.O. (Fn. 4).

³⁸ Instrução Normativa n° 117, vom 22. November 2011. Auch der *Centro de Estudos Judiciários* (CEJ) hat in der von ihm veranstaltenden „V Jornada de Direito Civil“ (8 bis 10. November 2011) einen Leitsatz (*Enunciado 468*) in die gleiche Richtung verabschiedet.

³⁹ *Jornal Valor Econômico*, vom 12. März 2012.

⁴⁰ Vgl. aber A. A. d. ASSIS GONÇALVES NETO, a.a.O. (Fn. 4).

⁴¹ Wird aber nicht von einer Vertragstheorie, sondern von einer Organisationstheorie ausgegangen (siehe Fn. 18), dann wäre in diesem Fall nichts gegen einen aus einer einzigen Willenserklärung entstandenen Gesellschaftsvertrag einzuwenden. (vgl. C. SALOMÃO FILHO, a.a.O. (Fn. 2), S. 58; dazu auch K. SCHMIDT, a.a.O. (Fn. 19), S. 1247).

⁴² Da es sich um eine Umwandlung der Gesellschaftsform handelt, kann das Zusammenfallen aller Aktien in der Hand eines Aktionärs auch zur Gründung einer EIRELI führen.

um eine unterschiedliche Rechtsform handelt⁴³, ist in beiden Fällen eine Umwandlung nach den entsprechenden Vorschriften (Art. 1.113 ff. CC, Art. 220 ff. *Lei das Sociedades Anônimas*, LSA) notwendig. Da in Brasilien eine nachträgliche Einpersonen-GmbH ohnehin nur für 180 Tage nach der Feststellung der Einzelzahl (Art. 1033, IV CC) oder, im Falle der Einpersonen-AG, bis zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung nach derjenigen, wo die Einzelzahl erstmals festgestellt wurde (Art. 206, I, d LSA), bestehen darf, unter Androhung einer Zwangsliquidation, muss die Umwandlung in eine EIRELI innerhalb dieser Fristen geschehen.

3.2. Das Mindestkapitalerfordernis

Außer den genannten Vorschriften⁴⁴ weist das Gesetz lediglich noch einen weiteren Unterschied zur Regelung der *sociedade limitada* auf, der angesichts der bisherigen Entwicklung des brasilianischen Gesellschaftsrechts allerdings merkwürdig erscheint: Erstmals wird für eine brasilianische juristische Person ein Mindestkapital vorgeschrieben. Dieses muss den 100-fachen Wert des höchsten in Brasilien geltenden Mindestlohns⁴⁵ betragen (dies entspricht, in Werten von 2012, R\$ 62.200,00, ungefähr EUR 26.500,00). Die Indexierung eines gesetzlich vorgeschriebenen Wertes anhand von Mindestlöhnen oder anderen Faktoren entspricht einer gängigen, aus den Zeiten der galoppierenden Inflation herrührenden Technik des Gesetzgebers, um zu vermeiden, dass er seine relative Kaufkraft verliert. In einem Land mit durchschnittlichen Inflationsraten von immerhin 6 bis 7% ist die Maßnahme immer noch sinnvoll⁴⁶.

Des Weiteren muss entsprechend Art. 980-A, *caput* CC das Kapital bereits bei der Gründung vollkommen eingezahlt werden. Diese Forderung existiert bei den *sociedades limitadas* nicht; bei den *sociedades anônimas* besteht allerdings eine Pflicht zur Einzahlung von 10% des Grundkapitals (Art. 80, II LSA)⁴⁷, was aber angesichts des Mangels an einem Mindestkapitalerfordernis aus der Perspektive des Gläubigerschutzes ins Leere läuft.

⁴³ Siehe aber dagegen F. ULHOA COELHO, a.a.O. (Fn. 4), S. 352 ff., für den die EIRELI als eine Unterart der *sociedade limitada* zu verstehen ist.

⁴⁴ Daneben ist im neuen Art. 980-A, CC nur noch die Regel des § 5° zu nennen, die bereits in Fn. 24 kommentiert wurde.

⁴⁵ Das Gesetz erwähnt freilich den „höchsten Mindestlohn“. Zur Zeit besteht (anders als früher) nur ein nationaler Mindestlohn. Einige Bundesstaaten haben allerdings ihre eigenen, höheren Mindestlohnwerte geschaffen, die innerhalb dieser Territorien maßgebend sind und den bundesweiten Mindestlohn entsprechend außer Kraft setzen. Dementsprechend könnte die Frage auftauchen, ob nicht etwa der höchste unter allen diesen regionalen Mindestlöhnen für die Festsetzung des Mindestkapitals in Betracht gezogen werden muss.

⁴⁶ Dazu aber unten, Punkt 3.3, am Ende.

⁴⁷ Eingehend dazu I. H. HÜBERT; *Sociedade Empresária e Capital Social*, Curitiba: Juruá, 2009, S. 142 ff.

3.3. Kritische Würdigung des Kapitalerfordernisses

Die Festlegung eines Mindestkapitals muss zunächst aus systematischer Sicht hinterfragt werden. Historisch hat das brasilianische Recht niemals Wert auf solche Mindestkapitalerfordernisse gelegt⁴⁸. Selbst der Gläubigerschutz anhand eines geregeltes Systems der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung, das ohnehin nicht von Mindestkapitalerfordernissen abhängt⁴⁹, wurde schon immer mit großer Skepsis betrachtet⁵⁰. Die Regeln des Stamm- oder Grundkapitals existieren zwar seit jeher bei nahezu allen Gesellschaftsformen und dienen nach herrschender Meinung vor allem dem Gläubigerschutz. Dennoch wurden sie, anders als in Deutschland, nie als ein tatsächlich relevantes Gläubigerschutzinstrument betrachtet. Demgemäß haben sich die Rechtsprechung und der Gesetzgeber nie wirklich bemüht, das System durch weitere Schutzregeln auszubauen wie es vor allem in Deutschland, aber auch in anderen Ländern römischer Rechtstradition geschah. Der gesellschaftsrechtlich relevante Gläubigerschutz in Brasilien wurde vielmehr durch andere Mechanismen gewährleistet, namentlich anhand der richterlichen Entwicklung sehr weitreichender Durchgriffstatbestände, die in vielen Fällen praktisch zur Verneinung einer beschränkten Haftung führen, indem im Ergebnis eine verschuldensunabhängige Haftung der Gesellschafter und der Geschäftsleiter für bestimmte Verbindlichkeiten angenommen wird, vor allem gegenüber Arbeitnehmern, Sozialversicherungsträgern und dem Fiskus⁵¹.

Mindestkapitalerfordernisse sind von daher zwar grundsätzlich möglich, es lässt sich aber fragen, ob sie in der brasilianischen Konstellation überhaupt sinnvoll sind. Hinzu kommt, dass in vielen Rechtsordnungen zur Zeit ein Trend zu spüren ist, Mindestkapitalerfordernisse sowohl bei einfacheren wie auch bei komplexeren Gesellschaftsformen zu streichen

⁴⁸ Während der Diskussionen um die Einführung des Gesetzes 6.404/76, der *Lei de Sociedades Anônimas*, wurde allerdings die Einführung eines Mindestkapitalerfordernisses erwogen. Die zur damaligen Zeit herrschende, mit dem Ziel der Verbreitung des Kapitalmarktes verbundene Auffassung, dass die *sociedade anônima* auch von Kleinunternehmern betrieben werden sollte, führte dann zur Entscheidung, keine Mindestkapitalerfordernisse vorzusehen (vgl. „Exposição de Motivos encaminhada ao Ministro da Fazenda pelos relatores Alfredo Lamy filho e José Luiz Bulhões Pedreira“, veröffentlicht in der Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM) n° 15/16, 1974, S. 139).

⁴⁹ Vgl. H. EIDENMÜLLER; B. GRUNEWALD; U. NOACK, *Das Mindestkapital im System des festen Kapitals*, in: LUTTER, Marcus (Hrsg.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, ZGR Sonderheft 17, 2006, S. 40.

⁵⁰ Vgl., für viele, F. ULHOA COELHO, a. a. O. (Fn. 21), p. 157 e s.

⁵¹ Vgl. dazu. G. SAAD DINIZ, *Responsabilidade dos Administradores por Dívidas das Sociedades Limitada*, 2. Aufl., Porto Alegre: Síntese, 2004, S. 128 e ss.; A. FRAZÃO, *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Tutela de Credores*, in: *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2012 (im Erscheinen), S. 479 ff.

oder zumindest zu lockern⁵². Sollten Mindestkapitalerfordernisse, entgegen der Tendenz in anderen Ländern, in Brasilien tatsächlich für einen erhöhten Gläubigerschutz sorgen, dann wäre zu fragen, ob diese Maßnahme *de lege ferenda* nicht auf andere Gesellschaftsformen erstreckt werden sollte.

Die EIRELI wurde eindeutig als die Möglichkeit einer Vermögens-trennung für Kleinunternehmer konzipiert, also diejenigen, die bisher entweder den Weg der unbeschränkten Haftung als Einzelunternehmer (*empresário individual*) gingen oder die Hürde für die Gründung einer *sociedade limitada* mittels Strohmannern umgingen. Für Konzernstrukturen gab es bereits seit 1976 eine besondere Alternative, die sogenannte *subsidiária integral*⁵³, eine Unterart der *sociedade anônima* (AG): Durch sie war die Einpersonengesellschaft zumindest innerhalb des konzernrechtlichen Gefüges erlaubt, vorausgesetzt, dass die Muttergesellschaft eine brasilianische Gesellschaft ist. In einem Land, indem es lange Zeit besonders für Kleinunternehmer an Anreizen für produktive Investitionen mangelte, fiel es besonders auf, dass gerade diese nicht über eine effizientere Alternative für die Einrichtung ihres Unternehmens verfügten. Die EIRELI wurde gerade mit dem Zweck gegründet, diese Mängel zu beheben. Das Mindestkapitalerfordernis mit einem für brasilianische Verhältnisse so hohen Wert scheint diese Möglichkeit übermäßig zu erschweren. Dagegen besteht gerade bei der *subsidiária integral*, wie sonst auch generell bei den *sociedades anônimas* und auch bei den *sociedades limitadas*, kein Mindestkapitalerfordernis, was aus systematischer Sicht die Frage aufwirft, warum es bei der neuen EIRELI besteht.

Eventuell wäre solch eine Rechtfertigung in einem besonderen, gerade bei Einpersonengesellschaften außerhalb des Konzernrechts notwendigen Schutz der Gläubiger zu finden. Dabei müsste aus teleologischer Sicht gefragt werden, ob eine solche Maßnahme zu dem besonderen Schutz der Gläubiger bei solchen Gesellschaftsformen überhaupt beiträgt. Dies setzt allerdings bereits weitere Fragen voraus, nämlich ob ein besonderer Schutz bei dieser Konstellation tatsächlich notwendig ist, und wenn ja, wie er bestmöglich gestaltet werden sollte.

Mindestkapitalerfordernisse sollen nach unumstrittener Meinung in der internationalen und europäischen Diskussion⁵⁴ in der Regel drei Aufgaben erfüllen: Sie dienen der Bildung einer „Sicherheitszone“, um zu

⁵² Vergleiche die letzten Beispiele etwa in Portugal (Decreto-Lei 33/2011, vom 7. März), Frankreich (Loi n° 2003-721, vom 1. August 2003) und Deutschland (MoMiG, vgl. Fn. 33).

⁵³ Dazu auch schon oben, Punkt. 3.1.

⁵⁴ Vgl. etwa H. EIDENMÜLLER, B. GRUNEWALD, U. NOACK, a.a.O. (Fn. 49), S. 17 ff.; M. E. KRÜGER, *Mindestkapital und Gläubigerschutz*, Baden-Baden: Nomos, 2005, S. 219 ff. G. B. PORTALE, *Capitale sociale e mancata attuazione dei conferimenti in natura nella s.p.a.*, Estratto dal Trattato delle Società per Azioni, Torino: UTET, 2004, S. 28; P. de TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Coimbra: Almedida, 2009, S. 130 ff.

vermeiden, dass die unlängst gegründete Gesellschaft alsbald überschuldet oder zahlungsunfähig wird; sie fungieren als eine „Seriositätsschwelle“, die den potenziellen Gläubigern und Vertragspartnern aufgrund der Rechtsformwahl unmittelbar vermittelt wird; und schließlich dienen sie als Faktor für die Auswahl der geeigneten Rechtsform, so dass rechtspolitisch eine Zuordnung bestimmter Gesellschaftsformen für bestimmte Unternehmungsgrößen geschehen kann.

Es ist andererseits offensichtlich, dass Einpersonengesellschafter über eines nicht verfügen, was normale Mehrpersonengesellschaften haben, nämlich Minderheitsgesellschafter. Diese üben eine gewisse Kontrolle über den Mehrheitsgesellschafter und über die eventuellen von ihm ausgewählten Geschäftsleiter aus, die über ihre eigenen Interessen hinaus auch den Gläubigern zugute kommt. Für diese (besonders für kleinere und nicht vertragliche Gläubiger) wären nämlich die Agenturkosten für bestimmte Aufsichten zu hoch, als dass sie diese selbst ausüben würden. Da aber Minderheitsgesellschafter bei der Einpersonengesellschaft nicht existieren, entsteht ein erhöhtes Missbrauchspotenzial, so dass die Gesetzgebung alternative Instrumente finden muss, um diese Schutzdefizite zu beheben.

Dies einmal dargestellt, lässt es sich dann beurteilen, ob die Aufgaben eines Mindestkapitals diesem Schutzbedürfnis bei der Einpersonengesellschaft entgegenkommen oder nicht. Es scheint zunächst nicht, dass bei der Einpersonengesellschaft ein Seriositätsdefizit oder ein eventuell gesteigertes Risiko einer Unterkapitalisierung vorläge. Abgesehen von der Tatsache, dass nur ein Gesellschafter die Gesamtheit der Anteile hält, ist bei der Kapitalbildung kein Unterschied zu anderen Gesellschaften zu finden. Eventuell kann die Gesellschaft durch den Einzelgesellschafter finanziell sogar besser ausgestattet sein als eine mit einer Mehrzahl von Gesellschaftern. Wirtschaftliche Studien in diesem Feld sagen, dass die Kapitalstruktur eines Unternehmens bestimmten Regeln folgt, die je nach den unterschiedlichen Lehren von einer Maximierung des Unternehmensmarktwertes mit der Minimierung der Kapitalkosten bis zur Verteidigung gegen eine Insolvenz oder einer Übernahme reichen⁵⁵. Keiner dieser Aspekte scheint jedenfalls mit der Zahl der Mitglieder einer Gesellschaft verbunden zu sein. Außerdem kann die Gesellschaft unabhängig von der Zahl der Gesellschafter seriöser oder weniger seriös wirken, und auch das hat wohl sehr wenig mit der Menge des anfänglichen Eigenkapitals zu tun.

Die andere oft angeführte Aufgabe eines Mindestkapitals, nämlich der beabsichtigte Ausschluss bestimmter Gesellschaftsformen für kleinere Unternehmen, besitzt keine Verbindung mit gläubigerschützenden Erwä-

⁵⁵ Vgl. V. d. J. LAMEIRA, *A estrutura de Capitais das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, S. 116. Dazu auch P. d. TARSO DOMINGUES, *Capitalização de Sociedades*, in: *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2012 (im Erscheinen), S. 443 (dort in Fn. 10).

gungen. Sie könnte aber eventuell erklären, warum der Gesetzgeber sich für dieses hohe Mindestkapital entschieden hat. Das Problem dabei liegt aber auf der Hand: Warum sollte gerade die Gesellschaftsform, die offensichtlich dem Mittelstand zur Verfügung stehen soll, hohe Kapitalvoraussetzungen haben, während größere Unternehmen solche Hürden nicht überwinden müssen? In der Tat wird wohl das Mindestkapital eine Selektion der Gesellschaftsformen bewirken, dies aber in umgekehrter Form im Vergleich zum Ziel der neuen Rechtsfigur: sie bleibt wohl eher größeren Unternehmungen zugänglich.

Das Mindestkapital dient somit nicht dem besonderen Schutz, den die Gläubiger einer Einpersonengesellschaft benötigen. Um den Mangel an interner Kontrolle zu kompensieren, müssten alternative Instrumente vorgesehen werden. Historisch ist allerdings auch der deutsche Gesetzgeber den Weg einer verschärften Kapitalausstattung zum Schutz der Gläubiger bei Einpersonengesellschaften gegangen. Bei der GmbH-Novelle von 1980, in der die Figur gesetzlich geregelt wurde, wurden besondere Voraussetzungen bezüglich der Einzahlung des Stammkapitals vorgesehen, namentlich die Pflicht zur Bestellung von Sicherheiten über den nicht vor der Anmeldung eingezahlten Stammkapitalanteil (§ 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG a.F.). Anders als in Brasilien gab es aber in Deutschland schon davor eine konsequente Anwendung des Systems der Kapitalbildung und Kapitalerhaltung, so dass die erhöhten Voraussetzungen im Gesamtgefüge der Einpersonen-GmbH sinnvoller erschienen. Nichtsdestotrotz führte die Reform von 2008 zur Abschaffung der Unterschiede hinsichtlich der Kapitalbildung zwischen Ein- und Mehrpersonengesellschaften. Die jetzt noch existierenden Differenzen, die gerade den beabsichtigten Schutz der Gläubiger bei dieser besonderen Konstellation kennzeichnen, befinden sich ausschließlich im Bereich der Missbrauchsvermeidung und der erhöhten Publizitätsvorschriften (im Wesentlichen die Kontrolle der Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihrem einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer, unter Anwendung von § 181 BGB, und die Pflicht zur Niederschrift aller Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sowie Versammlungsbeschlüsse [§§ 35, Abs. 3 und 48, Abs. 3 GmbHG]).

Andererseits ist beispielsweise Portugal nie diesen Weg der strengeren Kapitalerfordernisse für Einpersonen-Gesellschaften gegangen. Dort wurden andere Schutzmechanismen verwendet, die auch im Wesentlichen mit Publizitätserfordernissen (Arts. 270°- B, 270°- E, 2 und 270° - F, 2 und 3) oder mit der Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen (Art. 270° - F, 1) verbunden sind⁵⁶.

⁵⁶ Dazu R. A. S. COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português: Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Coimbra: Almedina, 2002; A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. II, 2. Aufl., Coimbra: Almedina, 2007, S. 461 ff.; P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4. Aufl., Coimbra: Almedina, 2010, S. 65 ff.

Diese beiden Beispiele zeigen deutlich, wo der Schwerpunkt beim Schutz dritter Interessen in der Einpersonengesellschaft liegen sollte. Das brasilianische Recht hätte diesen Weg auch gehen sollen. Die Wahl eines verstärkten Kapitalschutzes läuft dagegen ins Leere, wenn an die tatsächlichen Schutzbedürfnisse einer Einpersonengesellschaft gedacht wird.

Im Übrigen wäre es nicht zu beanstanden, wenn das brasilianische Gesellschaftsrecht *de lege ferenda* im Allgemeinen (also nicht rechtsformspezifisch) bestimmte erhöhte Schutzregeln in Bezug auf Gläubiger entwickeln würde. Dabei wären beispielsweise generelle Überwachungs- oder Insolvenzantragspflichten oder sonstige Pflichten zur Wahrung der Gläubigerinteressen im Vorfeld der Insolvenz in Erwägung zu ziehen. Das Thema kann im Rahmen dieses Beitrages nicht vertieft werden, es ist aber darauf aufmerksam zu machen, dass bei diesen Aspekten durchaus Reformbedarf besteht.

Unabhängig der hier angeführten Kritiken hinsichtlich der Unstimmigkeit des Mindestkapitalerfordernisses innerhalb der Regelung der EIRELI, ist die Vorschrift zunächst gültig und wird wohl die Ausbreitung der neuen Rechtsfigur bremsen. Freilich läuft zur Zeit beim *Supremo Tribunal Federal (STF)*, dem Brasilianischen Verfassungsgerichtshof, eine *Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI* (unmittelbare Verfassungsklage) gegen die Vorschrift des Art. 980-A, *caput*, bezüglich des Mindestkapitalerfordernisses für die EIRELI⁵⁷. Diese ADI stützt sich grundsätzlich auf zwei Argumente: 1) die Rechtswidrigkeit einer Fixierung eines Mindestkapitals anhand von Mindestlöhnen aufgrund des in Art. 7, IV, *Constituição Federal*, CF (Bundesverfassung), enthaltenen vermeintlichen Verbots der Benutzung des Mindestlohns als Indexierungsfaktor; und 2) die Rechtswidrigkeit der Mindestkapitalvoraussetzung wegen des in Art. 170, *caput* CF niedergeschriebenen Grundsatzes der Unternehmensfreiheit (*livre iniciativa*), insbesondere weil das Kapitalerfordernis unverhältnismäßig sei und „andere“ Gesellschaftsformen Ähnliches nicht verlangen. Eine tiefere Analyse der Argumente und deren Erfolgsmöglichkeiten kann hier nicht durchgeführt werden. Es ist jedenfalls nicht damit zu rechnen, dass der STF in Kürze darüber eine Entscheidung fällen wird. Allerdings könnte die Tatsache, dass ein Mindestkapitalerfordernis gerade bei dem Typus, der hauptsächlich für die kleinen Unternehmungen gedacht wurde, diesen Zweck ins Leere laufen lässt, eine Rolle bei der Frage spielen, ob die Regel dem Grundsatz der freien Initiative widerspricht. Eine tiefere Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Verfassungsprinzips müsste aber an anderer Stelle erfolgen, um diesbezüglich konkretere Schlussfolgerungen zu ziehen.

⁵⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.637, vom 11.08.2011. Bis zur Beendigung dieses Aufsatzes hatte der Berichtserstatter, Minister Gilmar Mendes, keinen weiteren Beschluss im Prozess erlassen.

4. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Einführung der EIRELI zwar einem alten Bedürfnis brasilianischer Unternehmer entgegenkommt, die sich schon lange nach der Möglichkeit der Gründung von Einpersonengesellschaften bei Kleinbetrieben sehnten. Gleichwohl ist die eher untechnische Herangehensweise des Gesetzgebers ein Grund zur Verzweiflung. Wegen der (wohl auch systematisch und teleologisch nicht zu rechtfertigenden) Anforderung eines sehr hohen Mindestkapitals ist die Akzeptanz und Verbreitung dieser Rechtsform in der Praxis sehr fraglich. Das brasilianische Recht hat hierbei entgegen der in vielen anderen Ländern ersichtlichen Tendenz zu einer Reduzierung der Kapitalerfordernisse eine Schutzmaßnahme entwickelt, die die tatsächlichen Probleme einer Einpersonengesellschaft kaum beseitigen kann. Dabei wurde eine gute Gelegenheit verspielt, über generelle, modernere Gläubigerschutzinstrumente zu diskutieren, die nicht nur bei der EIRELI, sondern auch bei anderen Gesellschaftsformen zu wesentlichen Verbesserungen beitragen würden.

Die Bedeutung einer rechtskräftigen gerichtlichen Trennung in Brasilien (*Separação Judicial*) für eine spätere Scheidungsklage oder Erbensprüche in der Schweiz

von BURKARD J. WOLF, schweizerischer Rechtsanwalt,
und IONE DA SILVEIRA PETERS, advogada brasileira,
(beide Advokaturbüro Wolf, Zürich)

Vorschau: Der nachfolgende Beitrag zeigt auf, dass eine brasilianische *Separação Judicial* (gerichtliche Trennung) für einen späteren Scheidungsprozess in der Schweiz i.d.R. eine Einschränkung des Verfahrens auf die eigentliche Scheidungsfrage und allfällig noch strittigen Kinderunterhalt zur Folge hat. Die Kompetenz zur Beurteilung der weiteren Nebenfolgen (persönlicher Unterhalt des Ex-Ehegatten, Güterrecht etc.) ist somit dem schweizerischen Richter entzogen. Nebenbei wird ein früheres Urteil des schweizerischen Bundesgerichts zum alten brasilianischen Zivilrecht und Erbensprüchen von *Desquitados* dahingehend bestätigt, dass es auch für die durch *Separação Judicial* nach geltendem Recht getrennten Eheleute weiterhin Gültigkeit hat.

1. Einleitung

1.1 Themen des Gutachtens

Der Beitrag gibt die Ergebnisse eines Gutachtens für einen in der Schweiz anhängig gemachten Prozess wieder, dessen Parteien 1988 in der Schweiz geheiratet hatten, dann nach Brasilien zogen. Anfang 2005 reichte der 2004 in die Schweiz zurückgekehrte Ehemann am Wohnsitz der Gattin in São Paulo die Klage auf *Separação Judicial* ein, nachdem diese ihn bereits einige Zeit zuvor verlassen hatte. Im Juli 2005 genehmigte der brasilianische Richter die Trennungsvereinbarung, in welcher der Ehefrau wegen Verschuldens kein persönlicher Unterhalt zuerkannt wurde. In der Folge wurde in der Schweiz die Ehescheidungsklage anhängig gemacht, und 2007 kehrte auch die Ehefrau in die Schweiz zurück. Die den Gutachtern 2009 gestellten Fragen lauteten im Wesentlichen:

- a) Begründet eine gerichtliche Trennung in Brasilien eine Litispendenz für die Scheidungsklage?
- b) Welche Bedeutung hat es für eine schweizerische Scheidung, wenn der brasilianische Richter die Trennungsvereinbarung genehmigt, die Teilung der ehelichen Güter aber explizit offenlässt?

c) Kann die Frage der Unterhaltsansprüche nach brasilianischem Recht erneut aufgeworfen werden, nachdem im Trennungsurteil Unterhalt nur den gemeinsamen Kindern, nicht aber der Ehefrau persönlich zugesprochen worden war?

d) Welche Bedeutung hat die brasilianische gerichtliche Trennung für die in der Schweiz angehäuften Ansprüche auf berufliche Altersvorsorge?

1.2 Zum Verständnis des schweizerischen Rechts

Zum besseren Verständnis sei vorausgeschickt, dass die nicht einvernehmliche Scheidung im schweizerischen Recht in der Regel eine vorherige Aufhebung des gemeinsamen Haushalts für die Dauer von zwei Jahren bedingt (Art. 114 Zivilgesetzbuch, nachfolgend ZGB¹). Wird der Haushalt durch richterlichen Beschluss aufgehoben, wird in der Schweiz zunächst der Unterhalt für die Trennungszeit festgelegt und in der Scheidung der nacheheliche Anspruch, wobei die Berechnung verschiedenen Regeln folgt.

Die während der Ehe erworbenen Altersvorsorgeansprüche werden auf das Datum der Scheidung hin saldiert und ausgeglichen. Ebenso erfolgt die güterrechtliche Auseinandersetzung per Datum der Scheidung, selbst wenn eine Gütertrennung auf Antrag hin im Urteil über die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes angeordnet wurde. Erbberechtigt ist der überlebende Ehegatte bis die Scheidung in Rechtskraft erwachsen ist.

1.3 Begriffliches

Im Nachfolgenden werden für die brasilianische *Separação Judicial* nur die brasilianischen Ausdrücke *Separação Judicial* und gelegentlich *Desquite* verwendet, um Verwechslungen mit dem schweizerischen Begriff der Trennung und der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zu vermeiden, da das brasilianische Rechtsinstitut – wie zu zeigen sein wird – grundlegend andere rechtliche Wirkungen hat, als ein Urteil über die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nach Art. 175 ff. ZGB oder eine Trennung nach Art. 117 ZGB.

1.4 Entstehungsgeschichte

Um die Bedeutung und Funktion der *Separação Judicial* nach brasilianischem Recht zu verstehen, ist es zweckmässig, kurz die Entstehungsgeschichte des brasilianischen Scheidungsrechts zu resümieren.

¹ Die Texte der schweizerischen Bundesgesetze können in den drei Landessprachen im Internet abgerufen werden; siehe: www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html (französisch: www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html oder italienisch: www.admin.ch/ch/i/rs/rs.html).

Bis zum Erlass des Gesetzes über die Scheidung im Jahr 1977 (*Lei de divórcio*, Gesetz-Nr. 6'515; nachfolgend Ld) war die Ehescheidung in Brasilien verboten, aber ein Ehegatte konnte sich unter bestimmten Voraussetzungen aller Verpflichtungen gegenüber seinem Ehepartner entledigen, indem er die Klage auf *Desquite* einreichte (Art. 317 des *Código Civil* von 1916). Einzig die Wiederverheiratung blieb ihm auch nach der *Desquite* verwehrt.

1977 wurde den Eheleuten die vollständige Auflösung der ehelichen Bande erlaubt, wobei nach der ursprünglichen Fassung entweder eine mindestens drei Jahre zuvor erfolgte *Separação Judicial* (Art. 25, Kopfabsatz, Ld) oder eine vorangegangene fünfjährige faktische Trennung verlangt wurde (Art. 40 Ld).²

In seinem *Código Civil* von 2002 (nachfolgend CC)³ übernahm der brasilianische Gesetzgeber betreffend der strittigen Auflösung der ehelichen Gemeinschaft das Institut der *Desquite*, als er die *Separação Judicial* regelte.⁴ Entsprechend findet man auch in der aktuellen brasilianischen Literatur verschiedene Werke, welche den Begriff der *Desquite* an Stelle der *Separação Judicial* weiterhin oder als Synonym verwenden und häufig von den *Desquitados* statt von *Cônjuges Separados* sprechen.⁵

Mit der Ld vom 26.12.1977 wurde somit die bis dahin bereits bestehende Möglichkeit der *Desquite* um die Scheidung erweitert, was weiterhin der aktuellen Rechtslage gemäß CC entspricht, wobei gemäß dem (nach Ausarbeitung des Gutachtens) erlassenen Verfassungszusatz Nr. 66 von 2010 heute eine vorherige Trennungsfrist vor Einleitung der Scheidungsklage nicht mehr zwingend erforderlich ist.⁶ Dies hat aber auf die nachfolgenden Ausführungen keinen entscheidenden Einfluss.

2. Klageidentität und Litispendenz

Art. 1'580, Kopfabsatz, CC besagt, dass nach Ablauf der Trennungsfrist jeder der Ehegatten beim Richter beantragen kann, die *Separação Judicial* in eine Scheidung *umzuwandeln*. Dennoch ist die überwiegende

² Die Fristen wurden mit der Bundesverfassung von 1988 (Art. 226, § 6, CF) auf ein Jahr im Falle der gerichtlichen Trennung und zwei Jahre im Falle der faktischen Trennung verkürzt.

³ Die familienrechtlichen Bestimmungen des *Código Civil* können samt Übersetzung auf der homepage www.law-wolf.ch eingesehen werden (brasilianische Gesetze / Zivilgesetzbuch / IV. Familienrecht).

⁴ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, *Direito de Família*, 17^a ed., Forense editora, Rio de Janeiro 2009, S. 257.

⁵ So bspw.: SILVIO RODRIGUES, *Comentários ao Código Civil*, Parte Especial do *Direito da Família*, Do Casamento – Artigos 1'511 a 1'590, Saraiva editora 2003, S. 149 ff.; YUSSEF SAID CAHALI, *Divórcio e Separação*, 11^a ed., editora Revista dos Tribunais, São Paulo 2005, S. 716 ff.

⁶ Emenda Constitucional n° 66 de 2010.

brasilianische Lehre der Ansicht, dass hierfür ein neuer oder separater Prozess erforderlich sei.⁷ Allerdings spricht LUIZ FUX im Zusammenhang mit der *Conversão* (Umwandlung) der *Separação* in eine Scheidung etwa von einer *ação acessória* (anhängende Klage oder Nebenklage).⁸

Demgegenüber trägt YUSSEF SAID CAHALI vor: „Die Umwandlung stellt hinsichtlich der vorangegangenen Klage auf *Separação Judicial* eine eigenständige Klage dar, die diese nicht beherrscht (Art. 104 f. CPC) und nicht derart an jene bindet, dass erstere betreffend Gerichtszuständigkeit durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vorbestimmt wäre.“⁹

¹⁰ PEDRO PAULO FILHO/APARECIDA DE CASTRO RANGEL PAULO sehen sowohl Verbindungen wie Unabhängigkeiten der Verfahren: Die Scheidungsklage sei „autonom und verbunden mit der *Separação Judicial* (Art. 104 und 105 CPC)“.¹¹

Auch FUX geht mit anderen Autoren einig, dass die Scheidungsklage nicht zwingend am selben Gericht eingeleitet werden muss,¹² sondern – wenn entsprechende Voraussetzungen vorliegen (etwa im Falle eines Wohnsitzwechsels) – ein örtlich anderer Richter angerufen werden kann. Einzig für den Fall, dass das gleiche Gericht angerufen wird, besteht die Regelung, dass die Angelegenheit in diesem Fall derselben Kammer (*Vara*) zugewiesen werden muss.¹³ Der Richter, der die Trennung ausgesprochen hat, ist gemäß ÁUREA PIMENTEL PEREIRA im Grundsatz („em princípio“) zuständig.¹⁴ Es wird aber kein ausschließlicher Gerichtsstand da-

⁷ Vgl. YUSSEF SAID CAHALI, *Divórcio* (vgt.), S. 984 ff.

⁸ LUIZ FUX, *Curso de Direito Processual Civil*, Editora Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro 2004, S. 94.

⁹ YUSSEF SAID CAHALI, *Divórcio* (vgt.), S. 984: „A conversão representa uma ação autônoma relativamente à anterior ação de separação judicial, não se reputa continente nem conexa a esta (CPC, art. 104 e 105), de modo a prevenir a competência do juízo da dissolução da sociedade conjugal.“

¹⁰ Der von CAHALI genutzte Begriff *continente* bzw. *continência* ist ein *terminus technicus* des brasilianischen Zivilprozessrechts (Art. 104 CPC), der sich nicht direkt übersetzen lässt. Grundsätzlich bedeutet er, dass eine Rechtsfrage als umfassendere die andere einschliesst (vgl. dazu: ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito de Processo Civil*, vol. 1, *Processo de Conhecimento*, 10ª ed., Saraiva editora, São Paulo 2003, S. 165 f.).

¹¹ PEDRO PAULO FILHO/APARECIDA DE CASTRO RANGEL PAULO, *Novo Direito de Família*, Bookseller editora, Campinas 2003, S. 389: „A ação será autônoma e conexa à anterior ação de separação judicial (art. 104 e 105 CPC).“

¹² LUIZ FUX (vgt.), S. 94.

¹³ RJTJESP 62/292; 63/261, 104/105; TEOTONIO NEGRÃO/JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, *Código de Processo Civil e Legislação em Vigor*, Saraiva ed., 39ª ed. São Paulo 2007, Anmerkung Nr. 5 zu Art. 35 Ld (brasilianischen Scheidungsgesetzes, Lei 6'515 vom 26.12.1977).

¹⁴ ÁUREA PIMENTEL PEREIRA, *Divórcio e Separação Judicial* (Comentário à Lei 6'515/1977 à Luz da Constituição de 1998 com as alterações das Leis 7'481/89 e 8'408/92), Renovar ed., 8ª ed. 1994, S. 140.

durch begründet. Insbesondere im Falle des Wohnsitzwechsels ist allgemein anerkannt, dass ein Richter an einem neuen Wohnsitz angerufen werden kann.¹⁵ Es ist möglich, dass das vorangegangene Urteil der *Separação Judicial* einen alternativen Gerichtsstand öffnet,¹⁶ der aber nicht zwingend wäre. Selbst wenn man also der Auffassung von FUX folgt, ist ein Wechsel des örtlich zuständigen Gerichtsstandes zumindest nicht ausgeschlossen.

Unter diesen Umständen kann das frühere, rechtskräftig abgeschlossene Verfahren in Brasilien auf *Separação Judicial* nicht als Litispendenz im Sinne von Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (nachfolgend IPRG) einredeweise gegen eine Scheidungsklage in der Schweiz geltend gemacht werden.

3. Wirkung der *Separação Judicial*, im Allgemeinen

Die brasilianische *Separação Judicial* kann und darf keinesfalls mit der Trennung nach Art. 117 ZGB oder dem Eheschutz nach Art. 175 ZGB gleichgesetzt werden, sondern es ist zu beachten, dass Art. 1'571 CC unter dem Titel steht: „X. Kapitel: Über die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft und der ehelichen Bande“. Weiter bestimmt er: „Die eheliche Gemeinschaft wird beendet durch: I. den Tod eines der Ehegatten; II. durch die Nichtigkeit oder Aufhebung der Eheschließung; III. durch die *Separação Judicial*; IV. durch die Scheidung“ (gleichlautend Art. 2 Ld).

Die brasilianische Lehre unterscheidet hierbei zwischen den *Vínculos Conjugais* und dem *Vínculo Matrimonial*.¹⁷ Erstere werden mit Eintritt der Rechtskraft der *Separação Judicial* abschließend aufgelöst, wobei – wie im schweizerischen Recht – betreffend Veränderungen bestimmter Umstände ein gesetzlicher Änderungsvorbehalt besteht, falls diese gravierend und dauerhaft sind. Hierbei ist aber, wie noch später aufzuzeigen sein wird, zwischen dem persönlichen Unterhalt des *Desquitado* oder Geschiedenen und jenem der Kinder zu unterscheiden (dazu unten Abschnitte V und VI).

Nach der *Separação Judicial* hat einzig das Verbot der Wiederverheiratung als sog. *vínculo matrimonial* unverändert Bestand. Die übrigen Bande sind aufgelöst, vorbehaltlich einer Alimentenzahlungsverpflichtung, die an die Stelle der ehelichen Beistandspflicht treten kann, wenn die entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind.

¹⁵ YUSSEF SAID CAHALI, *Divórcio*, (vgt.), S. 985 ff.; LUIZ FUX (vgt.), S. 94; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito de Processo Civil*, vol. 3, *Procedimentos Especiais Codificados e da Legislação Espara*, *Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária*, 9^a ed., Saraiva editora, São Paulo 2003, S. 410.

¹⁶ Vgl. dazu YUSSEF SAID CAHALI, *Divórcio*, (vgt.), S. 984 ff.

¹⁷ Vgl. bspw. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (vgt.), S. 255 f.; SILVIO RODRIGUES, *Comentário ao art. 1'575* (vgt.). S. 176.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA erläutert: „**Die Wirkungen der *Separação Judicial***: Ohne die Hauptkonsequenz der Auflösung des ehelichen Bandes mit sich zu bringen, löst die *Separação Judicial* die eheliche Gemeinschaft in dreierlei Hinsicht auf: persönlich, vermögensrechtlich und bzgl. der Kinder ... Die *Separação Judicial* hebt die vermögensrechtliche Stellung der Eheleute auf und beendet den Güterstand (Art. 1'576) ... Mit der Aufhebung der Gemeinschaft sind die vorgefundenen ungeteilten Güter aufzuteilen. Das Erbrecht unter den Ex-Partnern entfällt. Neben den Unterhaltszahlungen, welche den Verlust des direkten Beistandes ersetzen, kann die Pflicht zum Ersatz des Schadens (des materiellen wie des immateriellen) entstehen“.¹⁸ Deutlich auch SILVIO RODRIGUES in seinem Kommentar zu Art. 1'575 CC: „Der Kopfabsatz von Art. 1'575, der eine der Folgen des Urteils nennt, welches die *Separação Judicial* ausspricht, entspricht der Tradition des brasilianischen Rechts und begründet die fundamentale Unterscheidung zwischen der *Desquite* und der Scheidung. Während die eine das eheliche Band auflöst und den Geschiedenen die erneute Verheiratung erlaubt, befasst sich die andere, wie der Absatz erläuternd besagt, mit der körperlichen Trennung und der Teilung der Güter“.¹⁹

Die *Separação Judicial* hat dabei so weitreichende Folgen, dass eine Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft nur dann die ehelichen Rechte und Pflichten wieder aufleben lässt, wenn diese Vereinigung vor dem Richter ausdrücklich in den gesetzlich vorgesehenen Formen erklärt und im gerichtlichen Verfahren vom Richter genehmigt wird (Art. 1'577, Kopfabsatz, CC). „Die Wiederaussöhnung ist ein gerichtlicher Akt, durch welchen die *Desquitados* ausdrücklich erklären, dass sie die eheliche Gemeinschaft nach den Regeln, nach denen sie begründet wurde, wieder aufnehmen. ... Die Eheleute beantragen dies beim Richter, der anordnet, dass die Erklärungen als verpflichtende Anträge entgegengenommen werden. Ist das Gesuch gutgeheißen und der Akt beurkundet worden, erteilt der Richter die Genehmigung durch Urteil“.²⁰

¹⁸ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (vgt.), S. 276 seg.: „**Efeitos da separação judicial.** Não produzindo a consequência maior de romper o vínculo matrimonial, a separação judicial dissolve a sociedades conjugal com tríplice consequência: pessoal, patrimonial e relativo aos filhos. ... A separação judicial resolve a situação patrimonial dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens (art. 1'576) ... Terminada a comunhão, partilham-se os que encontravam indivisos. Cessa o direito de hereditário entre os ex-cônjuges. Afora os alimentos, que soprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perda e danos (dano patrimonial e moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente.”

¹⁹ SILVIO RODRIGUES (vgt.), Comentário ao art. 1'575, S. 176: „O caput do art 1'575, apresentando um dos efeitos da sentença que decreta a separação judicial, é tradicional no Direito brasileiro e constitui distinção básica entre o desquite e o divórcio. Enquanto este dissolve o vínculo conjugal, permitindo aos divorciados novo casamento, aquele, como diz o inciso em comentário, importa a separação de corpos e a partilha dos bens.“

²⁰ SILVIO RODRIGUES (vgt.), Comentário, art. 1'577, S. 183: „Reconciliação é o ato judicial pelo qual os cônjuges desquitados expressamente declaram que restabelecem a

Die umfassende Aufhebungswirkung der *Separação Judicial* für die ehelichen Bande lässt sich auch an Art. 1'578 CC ermessen, der das Recht und – bei gegebenen Voraussetzungen – die Pflicht der Ehegatten regelt, den mit der Heirat angenommenen Namen bereits in Folge der Trennung wieder abzulegen. Weiter ist die *Separação Judicial* im Zivilstandsregister (Art. 10, Ziff. I, CC) und bei Unternehmern auch im Handelsregister einzutragen, wodurch sie Drittwirkung erhält (vgl. Art. 980 CC²¹).

Entsprechend hat das schweizerische Bundesgericht in einem Erbstreit 1985 zur internationalrechtlichen Qualifikation der brasilianischen *Separação Judicial* ausgeführt: „Der brasilianische *Desquite* kann nun insofern nicht einer schweizerischen Scheidung gleichgestellt werden, als der Weiterbestand des Ehebandes eine Wiederverheiratung ausschließt. Ein Begehren um Eintragung der Auflösung der Ehe im Zivilstandsregister müsste daher abgewiesen werden (BGE 99 I b 240). Andererseits gehen der Zwang zur Annahme des Mädchennamens und die vermögensrechtlichen Folgen – inklusive der Verlust des Erbrechts – über die Wirkungen einer richterlichen Trennung gemäß Art. 146 ff. ZGB hinaus. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das brasilianische Recht keinen Pflichtteilsschutz des Ehegatten kennt wie das schweizerische Recht. Entscheidend fällt hier nicht die unterschiedliche Qualität des Erbanspruchs unter Ehegatten ins Gewicht, sondern umgekehrt die Tatsache, dass nach brasilianischem Recht die rechtlichen Beziehungen zwischen den *Desquitados* derart gelockert werden, dass ein Erbanspruch überhaupt verloren geht. Wenn aber dem *Desquite* praktisch nur mehr die Bedeutung eines zwingenden Wiederverheiratsverbotes zukommt und keine Rechtswirkungen erhalten bleiben, welche über eine nacheheliche Solidarität im Sinne der Nebenfolgen einer schweizerischen Scheidung hinausgehen, so ist der *Desquite* wenigstens im Zusammenhang mit Art. 462 ZGB eben doch einer Scheidung gleichzusetzen. Dies hat zur Folge, dass der brasilianische *Desquite* im Hinblick auf die Möglichkeit einer Wiederverheiratung einer schweizerischen Trennung gleichgestellt wird, im Erbfall hingegen einer schweizerischen Scheidung. Dieser Widerspruch ist unvermeidbar, weil ein Rechtsinstitut einer fremden Rechtsordnung möglichst unverfälscht im schweizerischen Recht Beachtung finden soll“.²²

sociadade conjugal nos termos em que fora constituída ... Os cônjuges a requerem ao juiz, que ordena sejam tomadas por termo suas declarações. Derferido o pedido e lavrado o termo, é ele homologando o por sentença.“

²¹ Art. 980 CC lautet (übersetzt): „Das Urteil, durch welches die gerichtliche Trennung des Unternehmers ausgesprochen oder anerkannt wird, und der Akt der Wiederaussöhnung können Dritten nicht entgegengehalten werden, bevor sie archiviert und im öffentlichen Handelsregister angemerkt sind.“

²² BGE 111 (1985) II 16-23, S. 22 f., Erw. 4 d (www.bger.ch).

Diesen Ausführungen des schweizerischen Bundesgerichts ist auch betreffend der *Separação Judicial* im aktuellen Recht vorbehaltlos zuzustimmen. Die *Separação Judicial* nach brasilianischem Recht regelt, im Gegensatz zum schweizerischen Recht, bereits alle Nebenfolgen der Scheidung. Die Scheidung ergänzt die *Separação Judicial* nur noch um die Aufhebung des Wiederverheiratsverbots, alle anderen ehelichen Bande sind mit der *Separação Judicial* aufgehoben (soweit nicht ein im Urteil festgelegter Unterhaltsanspruch dieses finanzielle Band eingeschränkt fortbestehen lässt).

4. Güterrecht

4.1 Anwendbares Güterrecht

Die Eheleute heirateten 1988 in der Schweiz, wo sie auch den ersten gemeinsamen ehelichen Wohnsitz hatten.²³ Die Gutachter erlauben sich die Zwischenfeststellung, dass gemäß brasilianischem internationales Privatrecht für die Auflösung des Güterstandes zum Zeitpunkt der *Separação Judicial* der Güterstand sich nach schweizerischem Recht bestimmt (Art. 7, § 1°, *Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*²⁴ [Einführungsgesetz in die Normen des brasilianischen Rechts, Gesetz Nr. 4'657 vom 4. September 1942], abgekürzt LICC),²⁵ da das brasilianische Recht auf den vorehelichen Wohnsitz der Brautleute abstellt, subsidiär auf das Recht am ersten gemeinsamen Wohnsitz. Die Eheleute unterstanden – vorbehaltlich eines anders lautenden Ehevertrages – somit dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem ZGB.

4.2 Wirkung der *Separação Judicial* für den Güterstand

Die brasilianische *Separação Judicial* hebt die vermögensrechtliche Gemeinschaft auf und beendet den Güterstand (Art. 1'576, Kopfabsatz,

²³ Die Klage auf *Separação Litigiosa* vom 20.01.2005/02.02.2005 spricht davon, dass die Eheleute sich in der Schweiz kennengelernt und nach einer längeren Liebesbeziehung 1988 in der Schweiz geheiratet hätten und im gleichen Jahr nach Brasilien gezogen seien.

²⁴ Das Gesetz hieß bis 1.1.2011 *Lei de Introdução ao Código Civil* und wurde dann umgetauft. Da sich noch keine neue Abkürzung eingebürgert hat, wird es hier noch mit LICC abgekürzt. Text und Übersetzung siehe www.law-wolf.ch: brasilianische Gesetze / Einführungsgesetz in die Normen des brasilianischen Rechts.

²⁵ Vgl. dazu: BURKARD J. WOLF, O divórcio de um casal suíço-brasileiro sob o prisma do novo diploma legal suíço – inclusive a homologação da sentença no Brasil / Scheidung einer schweizerisch-brasilianischen Ehe nach dem neuen Scheidungsrecht der Schweiz – einschliesslich des Anerkennungsverfahrens in Brasilien, Dike-Verlag, St. Gallen/Lachen SZ 2001, Abschnitt 6.1.

CC am Ende).²⁶ Hierbei kann im Einverständnis der Parteien die Aufteilung der Güter sukzessiv oder auch nach dem Entscheid über die *Desquite* erfolgen.²⁷ Die Wirkung der *Separação Judicial* geht hierbei dennoch soweit, dass selbst bei einer Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft der eheliche Güterstand nur mit richterlicher Genehmigung wieder neu begründet werden kann.²⁸

SÍLVIO DE SALVO VENOSA führt dazu aus: „Die *Separação Judicial* oder die damalige *Desquite* hebt die eheliche Gemeinschaft auf, ohne den ‚Vínculo‘ zu lösen. Die *Desquitados* oder *Separados Judicialmente* setzen den ‚Vínculo‘ fort, obwohl die eheliche Gemeinschaft aufgelöst ist ... Mit optimaler Formulierung ist dieser Sinn in Art. 3 des Gesetz Nr. 6'615/77 umschrieben: ‚Die *Separação Judicial* beendet die Pflicht zum Zusammenleben, zur gegenseitigen Treue, und hinsichtlich des Güterrechts, so als wenn die Ehe aufgelöst wäre‘.“²⁹

Gemäß Klageschrift im brasilianischen Verfahren vom 20.01.2005/02.02.2005 Abschnitt V verfügten die Eheleute zum Zeitpunkt der *Separação Judicial* über kein gemeinsames Vermögen. Für diesen Fall führt SILVIO RODRIGUES im Kommentar zu Art. 1'575 CC aus: „Genau genommen beendet die *Separação Judicial* den Güterstand und deshalb besagt der Text, dass sie sich mit der Teilung der Güter befasst, was nur dann geschieht, wenn gemeinsame Güter vorhanden sind. Fehlen solche, so ist es offensichtlich, dass es nichts zu teilen gibt.“³⁰

4.3 Vorbehalt der noch nicht erfolgten Güteraufteilung (*partilha*) in der *Separação Judicial*

In den Akten heißt es, dass das brasilianische Urteil über die *Separação Judicial* die Aufteilung der Güter auf einen späteren Zeitpunkt verschoben habe. Demgegenüber wird später in den Rechtsschriften vor-

²⁶ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (vgt.), S. 276; MARIA HELENA DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro, 5ª vol., Direito da Família, 23ª edição, Saraiva ed., São Paulo 2008, S. 310.

²⁷ Maria Helena DINIZ, CURSO (vgt.), S. 312.

²⁸ Art. 1'577, Kopfabsatz, CC; SILVIO RODRIGUES (vgt.), comentário, art. 1'577, S. 183.

²⁹ SILVIO DE SALVO VENOSA, Direito Civil, vol. 6, Direito de Família, 11º ed. Atlas editora, São Paulo 2011, S. 161: „A separação judicial ou o antigo desquite dissolve a sociedade conjugal, sem desfazer o vínculo. Os desquitados ou separados judicialmente prosseguem com vínculo, embora a sociedade conjugal tenha sido dissolvida ... Sem a melhor redação, esse era o sentido do art. 3º da Lei 6'615/77: ‚A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido.‘“

³⁰ SILVIO RODRIGUES (vgt.), Comentário ao art. 1'575 CC-2002, S. 176: „Em rigor, a sentença de separação judicial põe termo ao regime de bens, por isso que o texto declara que ela importa a partilha de bens, que só ocorre se houver bens comuns; se estes inexistirem, é óbvio que não há o que partilhar.“

getragen, dass die „Auflösung des Güterstandes“ auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werde. Dies könnte dahingehend missverstanden werden, dass die Aufhebung des Güterstandes nicht durch die *Separação Judicial* erfolgt sei (Abschnitt III, 1.5, Absatz 2). Tatsächlich hat das Urteil aber nicht die „Aufhebung des Güterstandes“ („*termo de regime de bens*“ [Art. 1'576]) für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten, sondern einzig die „Aufteilung der Güter“ („*partilha de bens*“ [Art. 1'575 CC-2002]).³¹

Richtig ist, dass diese *Partilha* (Aufteilung) ausnahmsweise sogar erst nach der Scheidung erfolgen kann. Der Güterstand wird aber – wie ausgeführt – mit der *Separação Judicial* beendet.

Soweit die Teilung von vorhandenen Gütern nicht erfolgte, obwohl die *Separação Judicial* in Rechtskraft erwachsen ist, spricht YUSSEF SAID CAHALI von einer anschließenden *separação „absoluta“ de bens*, wobei hervorzuheben ist, dass er von einer „absoluten“ Gütertrennung spricht und nicht nur einer gewöhnlichen, wie sie Art. 1'687 CC kennt. Bei dieser „absoluten“ Gütertrennung verwaltet jener *Desquitado*, der die Güter in seinem Besitz hat, diese treuhänderisch für den anderen mit und hat letzterem einen Anteil an den Vermögenserträgen herauszugeben.³²

Die ungenaue Übersetzung und Darstellung in den Akten vermischt in unzulässiger Weise die Begriffe „Auflösung des Güterstandes“ mit „Teilung der Güter“. Richtigerweise wird der Güterstand mit der *Separação Judicial* aufgelöst (Art. 1'576 CC). Was zurückgestellt werden kann, ist die in Art. 1'575 CC genannte Aufteilung bzw. Zuweisung der Güter. Entsprechend hat das Urteil betreffend die *Separação Judicial* nicht die Aufhebung des Güterstandes, welcher *ex lege* beendet wird, sondern einzig die konkrete Zuteilung der Güter, soweit solche zu teilen sind, offengelassen. Vermögensrechtlich (einschließlich Güterrecht) wird die eheliche Gemeinschaft durch die *Separação Judicial* beendet, was insbesondere für spätere Vermögenszuwächse zu beachten ist, worauf LUIZ EDSON FACHIN hinweist.³³ Zurückgestellt werden kann nur die Aufteilung des ehelichen Vermögens, welche sich aber betreffend den Stichtag der Rechtskraft des *Desquite*-Urteils, dem Datum der definitiven Aufhebung des Güterstandes, bestimmt.

³¹ Art. 1'576 CC bestimmt, dass die *Separação Judicial* das *Regime de Bens* (Güterrecht) beendet, während Art. 1'575 CC festhält, dass die *Separação Judicial* auch die *Partilha de Bens* (Aufteilung der Güter) zum Gegenstand hat. Das Urteil über die *Separação Judicial* der Eheleute spricht nur von der *partilha*, die auf einen späteren Zeitpunkt vertagt wird.

³² YUSSEF SAID CAHALI, *Divórcio* (vgt.), S. 735, wobei anzumerken ist, dass er von „*separação absoluta*“ spricht und nicht einfach vom regime da „*separação de bens*“ (welche einer der gesetzlich vorgesehenen Güterstände ist, vgl. Art. 1'687 CC).

³³ Vgl. LUIZ EDSON FACHIN em SÁLVIO DE FIGUEREIDO TEIXEIRA (Coord.), *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XVII, Art. 1'511 a 1'590, 2^a ed., Forense ed., Rio de Janeiro 2005, S. 420, mit Verweis auf Rel. Min. Nelson Naves in REsp 67.678/RS, DJ de 14.08.2000.

Wenn gemeinsame Güter vorhanden sind, über die keine Regelung getroffen wurde, heißt das nicht, dass der Güterstand nicht aufgehoben wäre, sondern es werden diese Güter in ein separates Verfahren über die Teilung verwiesen, wobei man sich des zivilprozessrechtlich vorgesehenen Verfahrens der Erbteilung bedient (geregelt im I. Titel des IX. Kapitels des CPC: *Inventário e Partilha*, Art. 982 - 1'031 CPC).^{34, 35}

MARIA BERENICE DIAS führt dazu aus: „Falls bei der einvernehmlichen *Separação* die Eheleute nicht zu einer Einigung über die Verwendung des gemeinsamen Vermögens gelangen, folgt die Teilung der Güter dem Verfahren über Inventar und Auflistung (CPC Art. 1'121, § 1 und 1'031). Das gleiche findet Anwendung im Falle der strittigen *Separação* ...“.³⁶ Und bei SILVIO RODRIGUES heißt es hierzu: „... In diesem Fall beendet das Urteil die eheliche Gemeinschaft und den Güterstand. Die gemeinsamen Güter werden gewöhnliches gemeinsames Eigentum der Eheleute, welche jederzeit deren Teilung verlangen können“.³⁷ Im gleichen Sinn formuliert ARNOLDO WALD: „Aufgrund der Begleitumstände können die Güter eventuell nicht geteilt werden und verbleiben im gemeinschaftlichen Eigentum. Dieses wird dabei fortan den der Miteigentümerschaft eigenen Regeln unterstellt (Art. 1'314 f. CC)“.³⁸

³⁴ SILVIO RODRIGUES (vgt.), S. 177; PEDRO PAULO FILHO/APARECIDA DE CASTRO RANGEL PAULO, (vgt.), S. 147: „... Nessa hipótese, a sentença põe termo à sociedade conjugal e ao regime de bens. Os bens comuns passam a constituir um condomínio comum entre os cônjuges, que poderão a qualquer tempo promover a partilha.“

³⁵ Das Verfahren über *Inventário e Partilha* ist eigentlich das Verfahren der Erbteilung (vgl. auch Art. 983, Kopfabsatz, CPC) und die Begriffe sind derart eng mit dieser verbunden, dass einzelne Erbrechtslehrbücher nicht den Haupttitel „Direito Sucessório“ tragen, sondern „Inventário e Partilha“, obwohl sie sich nur mit Erbrecht befassen; so bspw. JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Inventários e Partilhas – na Sucessão Legítima e Testamentária*, 16^a ed., Forense ed., Rio de Janeiro 2002; EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA/SEBASTIÃO LUIS AMORIN: *Inventários e Partilhas – Direito das Sucessões*, Leud editora, São Paulo 2004. Das Verfahren wird aber auch analog auf die eherechtliche Güteraufteilung angewandt, wenn die Teilung nicht in der *Separação Judicial* erfolgt. Es enthält detaillierte Regelungen über die Verwaltung und Teilung des Vermögens, vgl. dazu die Gesetzestext-Übersetzungen in: MURAD FERID/KARL FIRSCHING, *Internationales Erbrecht*, Loseblattsammlung, Beck-Verlag, München seit 1955, Abschnitt Brasilien, Gesetzestexte.

³⁶ MARIA BERENICE DIAS, *Manual de Direito das Famílias*, 4^a ed., editora Revista dos Tribunais, São Paulo 2007, S. 295: „Quando na separação consensual, os cônjuges não chegam a um consenso sobre o destino de acervo comum, a partilha dos bens seguirá o rito do inventário e do arrolamento (CPC 1'121, § 1 e 1'031). Aplicável tal dispositivo também para a hipótese de separação litigiosa ...“.

³⁷ SILVIO RODRIGUES (vgt.), *Comentário ao art. 1'575*, S. 177: „... Nessa hipótese, a sentença põe termo à sociedade conjugal e ao regime de bens. Os bens comuns passam a constituir um condomínio comum entre os cônjuges, que poderão a qualquer tempo promover a partilha.“

³⁸ ARNOLDO WALD, *O Novo Direito da Família*, Saraiva editora, São Paulo 2004, S. 159 f.: „Dependendo das circunstâncias, os bens podem não ser divididos entre os cônjuges, permanecendo em condomínio. Este passa a ser redigido pelas normas próprias da copropriedade (art. 1'314 e s. CC de 2002).“

Wurde die rechnerische Aufteilung und Verteilung nicht vorgenommen, ist die Situation nach der *Separação Judicial* vergleichbar mit einer schweizerischen Scheidung, bei der die Eheleute ihr gemeinsames Vermögen, oder Teile davon, nicht zerschlagen und unter sich aufteilen, weil sie bspw. dieses als Familienvermögen den gemeinsamen Kindern erhalten oder weil sie ein zusammen betriebenes Gewerbe trotz Scheidung weiterhin gemeinsam fortsetzen wollen. Die Vermögensrechte an diesen Gütern richten sich fortan nicht mehr nach dem Ehegüterrecht, sondern nach Sachen- oder Gesellschaftsrecht.

4.4 Anwendbares Recht für eine nachträgliche Aufteilung

Der Güterstand wurde somit mit der *Separação Judicial* aufgelöst. Selbst falls damals gemeinsame Güter vorhanden gewesen sein sollten, so ist nur deren konkrete Bewertung auf den damaligen Zeitpunkt und Zuweisung noch nachzuholen. Soweit auch die Aufhebung des späteren Miteigentums verlangt wird, handelt es sich streng genommen um eine separate Klage, die nicht mehr die Auflösung der ehelichen Bande zum Gegenstand hat.

Sollte sich ergeben, dass diese Teilung nachträglich noch zu vollziehen wäre, ist, wie einleitend angemerkt, die Aufteilung – unter dem Vorbehalt anders lautender Eheverträge – nach den Regeln der schweizerischen Errungenschaftsbeteiligung zu berechnen, da auch das am Stichtag (Urteilsdatum der *Separação Judicial*) anwendbare Recht sich aufgrund des brasilianischem IPR (Art. 7, § 1, LICC) bestimmt, welches auf den vorehelichen Wohnsitz beider Brautleute in der Schweiz abstellt.

Nach brasilianischem Recht ist hierfür nicht mehr der Scheidungsrichter zuständig, und verfahrensrechtlich behilft man sich mit den Vorschriften über die Erbteilung. Es spricht aber nicht nur die Prozessökonomie dafür, dass in der Schweiz dennoch der Scheidungsrichter die Teilung an die Hand nehmen kann, denn vorfrageweise ist die wertmäßige Aufteilung der Güter auf das Datum der *Separação Judicial* hin nach eherechtlichen Regeln zu berechnen.

5. Unterhalt der Kinder

In den Akten wird davon ausgegangen, dass der festgelegte Unterhalt der Kinder neu bestimmt werden kann, wenn ihr Bedarf oder die Leistungsfähigkeit des unterhaltsverpflichteten Elternteils eine dauerhafte und erhebliche Änderung erfährt (Art. 28 Ld; Art. 1'699 CC).

Diese Änderung ist – wie im schweizerischen Recht – auch in Brasilien jederzeit möglich, falls der Bedarf der Kinder oder die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten sich erhöhen oder vermindern, selbst wenn ein Urteil auf *Separação* oder Scheidung in Rechtskraft erwachsen ist.³⁹

³⁹ J. F. BASÍLIO DE OLIVEIRA, Alimentos (vgt.), S. 134.

Nach brasilianischem Recht könnte eine solche Änderung einvernehmlich auch im Urteil über die Umwandlung der *Separação Judicial* in eine Scheidung geregelt werden. Ist der neue Unterhalt hingegen strittig, muss in Brasilien ein separater Prozess über die Änderung eingeleitet werden.

Im vorliegenden Fall ist aber auf das schweizerische Zivilprozessrecht abzustellen, bei welchem das hiesige Gericht zu prüfen hat, ob hierfür eine Verbindung der Scheidungsklage mit dem Verfahren gemäß Art. 137 ZGB zulässig ist oder angesichts des Umstands, dass eben das schweizerische Verfahren nicht mehr die Nebenfolgen der Ehescheidung zum Gegenstand hat, ein separates Verfahren zu führen ist.

Soweit grundsätzlich die Abänderbarkeit des Kinderunterhalts bejaht wird, kann den Ausführungen in den Akten beigeplichtet werden, dass betreffend Kinderunterhalt nur eine eingeschränkte *res judicata* vorliegt. Diese ist insofern beschränkt, als die Abänderungsklage bei Nachweis geänderter Verhältnisse seit der *Separação Judicial* jederzeit zulässig ist (Art. 1'699 CC, bzw. Art. 134, Abs. 2 i.V.m. 286 ZGB). Solche Änderungen der Bemessungsgrundlagen liegen aber im zu beurteilenden Sachverhalt aufgrund der internationalen Stellen- und Wohnsitzwechsel der Beteiligten offenkundig vor.

6. Persönlicher Unterhalt des Ex-Gatten

Nach anerkanntem Sachverhalt wurde von der Ehefrau im brasilianischen Verfahren der *Separação Judicial* kein Unterhalt in der Vereinbarung beansprucht und vom Gericht nicht zuerkannt, weil sie nach dem brasilianischen Recht an der Auflösung der ehelichen Bande schuldig gewesen war. Trotzdem wird im gegenständlichen Scheidungsprozess ein Unterhaltsanspruch geltend gemacht und mit Hinweis auf die Unverzichtbarkeit von familiären Unterhaltsansprüchen im brasilianischen Recht (Art. 1'707 CC) auch betreffend den Unterhalt der Ehefrau vorgebracht, es könne keine *res judicata* vorliegen.

6.1 Unterhaltsanspruch des Ex-Gatten nach brasilianischem Recht im Allgemeinen

Ist in der streitigen gerichtlichen Trennung einer der Ehegatten unschuldig und mittellos, so schuldet der andere ihm Unterhalt, den der Richter unter Beachtung des Bedarfs für den Erhalt des sozialen Niveaus bestimmt (Art. 1'702 i.V.m. Art. 1'694 CC, Art. 1'704, Kopfabsatz, CC).

Falls ein schuldig erklärter Ehegatte durch die Trennung unterhaltsbedürftig wird und weder Verwandte hat, welche in der Lage sind, diese Unterstützung zu leisten, noch zur Arbeit fähig ist, wird der andere Gatte verpflichtet, den Unterhalt sicherzustellen, wobei der Richter den für das Überleben unverzichtbaren Betrag bestimmt (Art. 1'704, einziger §, CC).

Grundsätzlich verliert somit der schuldige Ehegatte das Recht auf Unterhalt, selbst wenn er diesen für das Überleben benötigt.⁴⁰ Einzig falls der an der *Separação* Schuldige weder über eigene Mittel verfügt, keine Verwandten (Vorfahren, Nachfahren oder Geschwister) hat, die ihn unterstützen können, und er obendrein unfähig ist, durch eigene Arbeit sein Existenzminimum zu bestreiten, besteht noch ein Notanspruch nach Art. 1'704, einziger Paragraph, CC. Dieser ist aber nicht mehr am früheren Lebensstandard orientiert, sondern am Existenzminimum und obendrein subsidiär zu allem anderen Unterstützungspflichten, wobei das brasilianische Recht hier (nur) die Verwandten aufzählt. Angesichts der internationalen Verhältnisse müsste in einem solchen Fall in der Schweiz noch geprüft werden, ob nicht auch die öffentliche Sozialhilfe einer Unterhaltspflicht des an der Trennung unschuldigen Ehegatten vorgehen würde. Diese Frage kann aber hier offenbleiben, da ein Unterhaltsanspruch, wie nachfolgend ausgeführt, ohnehin nicht mehr besteht.

Wenn der Ehegatte unwürdiges Verhalten⁴¹ gegenüber seinem Partner gezeigt hat, kann unter Umständen selbst der subsidiäre Unterhaltsanspruch für das Existenzminimum aberkannt werden (Art. 1'708, einziger Paragraph, CC).⁴² Da dies aber vorliegend nicht als Entzugsgrund behauptet wird, wird darauf hier nicht näher eingegangen.

6.2 *Res judicata* und Unterhalt des Ex-Gatten

Während beim Kinderunterhalt Einigkeit besteht, dass dieser jederzeit bei Änderung der Verhältnisse angepasst werden kann, ist dies auf die Frage des persönlichen Unterhalts des Ex-Ehegatten – wie in der Schweiz⁴³ – nicht einfach übertragbar. In Brasilien ist die Abänderung teilweise umstritten. Einigkeit besteht insofern, dass der Unterhaltsanspruch entfällt, wenn der Ex-Partner sich wiederverheiratet, eine feste Lebenspartnerschaft begründet oder aufgrund von erheblicher Besserung

⁴⁰ J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA, *Alimentos no Casamento e na União Estável e Sucessão*, 7^a ed., Limen Juris editora, Rio de Janeiro 2002, S. 64 : „Por outro lado, o cônjuge culpado perde o direito aos alimentos, ainda que deles venha a necessitar para sobrevivência.“

⁴¹ Der Gesetzestext spricht eigentlich von unwürdigem Verfahren (*procedimento indigno*). Es wird aber in der Lehre angenommen, dass nicht nur gerichtliche Klagen gemeint und die Art. 1'814 I und II CC über die Erbunwürdigkeit analog anwendbar sind.

⁴² WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO/REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *Curso de Direito Civil*, vol. 2, *Direito de Família*, 40^a ed., Saraiva editora, 2010, S. 346.

⁴³ Vgl. Art. 134, Abs. 2 i.V.m. 286 ZGB, wo für Kinderunterhalt das Prinzip der Abänderbarkeit festgeschrieben wird, während Art. 129 ZGB für den nahehelichen Unterhalt des Ex-Gatten das Prinzip des „Clean-Breaks“ stipuliert, welches (mit einer explizit genannten Ausnahme) nur die Möglichkeit von Herabsetzung oder Wegfall des Unterhaltsanspruchs kennt.

der eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht mehr auf Unterhalt angewiesen ist.

a) Verweigerung von Unterhalt wegen Verschulden

Gemäß den Akten ist unbestritten, dass die Ehefrau in der brasilianischen *Separação Judicial* keinen Unterhalt geltend gemacht hatte bzw. ein persönlicher Unterhalt für sie nicht in der Trennungsvereinbarung vereinbart wurde, da sie an der Trennung schuldig war. Diese Schuldfrage kann auch durch Änderung der später eingetretenen Umstände keine Änderungen erfahren, weshalb sie und damit der Untergang des Anspruchs auf Unterhalt nach brasilianischem Recht in Rechtskraft erwachsen sind und nicht erneut zum Prozessgegenstand gemacht werden können.

Diesbezüglich stellt sich höchstens die Frage, ob das Verschuldensprinzip im brasilianischen Unterhaltsrecht dem schweizerischen *Ordre Public* widersprechen könnte (Art. 17 IPRG), da das schweizerische Recht es heute in der Regel nicht mehr als Hindernis für Unterhaltsansprüche ansieht.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die (eingeschränkte) Aufgabe des Verschuldensprinzips erst wenige Jahre zurückliegt und bereits aus diesem Grunde kaum ernsthaft behauptet werden kann, es habe sich ein so tief verwurzeltes allgemeines Rechtsempfinden in der Schweiz entwickelt, dass ein Entscheid, der Unterhalt wegen Verschuldens verweigert, das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzen würde.⁴⁴ Vielmehr ist festzustellen, dass die (bereits im bundesrätlichen Entwurf eingeschränkte) Aufgabe des Verschuldensprinzips in den Beratungen umstritten war und der Gesetzgeber sich nie zur völligen Aufgabe durchringen konnte, sondern in Art. 125, Abs. 3, Ziff. 1 und 3 ZGB die Verweigerung des Unterhalts vorsieht, wenn die unterhaltsfordernde Partei ihrerseits die Pflicht zum Beitrag während der Dauer der Ehe grob verletzt hat oder wenn sie gegen die verpflichtete Partei oder eine ihr nahestehende Person eine schwere Straftat begangen hat. Hierbei wurde durch den Ständerat noch das Wort „insbesondere“ eingefügt, um klarzustellen, dass die Liste der Verweigerungsgründe nach Art. 125 Abs. 3 ZGB nicht abschließend ist.⁴⁵ Der Nationalrat wollte in der ersten Lesung als Ausschlussgrund ergänzen, dass auch dann Unterhalt zu verweigern sei, wenn der anspruchstellenden Partei „ein offensichtlich schwerwiegendes und eindeutig bei ihr liegendes Fehlverhalten“ vorzuwerfen ist.⁴⁶ Dass ein Unterhalt in Brasilien wegen eines Verschuldens verweigert

⁴⁴ Vgl. zur Definition und dem Vorbehalt des *Ordre Public*: HONSEL/VOGT/SCHNYDER/BERTI, Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. A., Basel 2007, N. 6 ff. zu Art. 17 IPRG.

⁴⁵ Amtliches Bulletin, Ständerat, 1997, S. 764 f. (Antrag Wicki).

⁴⁶ Amtliches Bulletin, Nationalrat, 1997, S. 2696 ff. (Antrag Raggenbass).

wurde, ist somit zweifellos kein unvereinbarer Widerspruch zu Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung, der eine Anerkennung dieses Urteils in der Schweiz verbieten könnte.

b) Unwiderruflichkeit des Unterhaltsverzichts

In der brasilianischen Lehre bestand schon unter altem Recht ein Disput über die Frage, ob ein Ehegatte im Zuge einer *Separação Judicial* oder Scheidung verbindlich auf Unterhalt verzichten könne oder ob in diesem Fall die Bestimmung von Art. 404 des alten CC von 1916, bzw. Art. 1'707 des neuen CC Anwendung fände, wonach ein Verzicht auf Unterhalt *per se* nicht für die Zukunft bindend ist, wie es das Verfassungsgericht (*Supremo Tribunal Federal*, STF) zum alten Recht in der umstrittenen *Súmula* Nr. 379 einmal festgehalten hatte. Dieser Lehrmeinungsstreit ist nach Erlass des neuen CC erneut aufgeflammt.

Namentlich SILMARA JUNY CHINELATO, J.F. BASÍLIO DE OLIVEIRA und YUSSEF SAID CAHALI vertreten die Auffassung, eine nachträgliche Geltendmachung sei möglich, falls die Unterhaltsforderung wegen vorhandener Eigenmittel abgelehnt worden sei und sich nachträglich die Bedürftigkeit des Ex-Gatten ergäbe und dieser keine Verwandten habe, an die er Unterhaltsansprüche stellen könne. Sie beschränken somit die Unterhaltspflicht auf die subsidiäre Haftung für das Existenzminimum.⁴⁷ Hierbei weist CAHALI darauf hin, dass eine Verbesserung der finanziellen Verhältnisse des Leistungspflichtigen keine Neuurteilung des Unterhalts rechtfertige: „In Bezug auf den Ex-Ehemann wurde schon vorgetragen, dass selbst wenn dieser nach der *Separação* (somit nachdem er keine Ehefrau mehr als Gehilfin, Gattin und Lebenspartnerin mehr hatte) reich geworden sein sollte und nun in exzellenten Umständen lebt, dies kein Grund sein kann, dass er der Klägerin Unterhalt zahlen müsse ...“.⁴⁸

Zahlreiche Autoren lehnen aber ein Zurückkommen auf die Unterhaltsfrage ab, wenn auf einen solchen Anspruch in der *Separação Judicial* (bzw. falls keine *Separação Judicial* voranging, in der Scheidung) verzichtet worden ist oder er vom Gericht abgewiesen wurde.

Betreffend ein Verzicht durch den möglicherweise Unterhaltsberechtigten wenden CHRISTIANO CHAVES DE FARIAS/NELSON ROSENVALD ein, dass die spätere Geltendmachung als widersprüchliches Verhalten das

⁴⁷ SILMARA JUNY CHINELATO, *Comentários ao Código Civil*, vol. 18, Parte Especial, *Direito de Família – Filiação, Poder Familiar, Regime de Bens, Alimentos, Usufruto e Administração dos Bens de Filhos Menores*, Art. 1'591 a 1'710, São Paulo 2004, S. 509; J. F. BASÍLIO DE OLIVEIRA (vg.), S. 462 f., YUSSEF SAID CAHALI, *Alimentos* (vg.), S. 247.

⁴⁸ YUSSEF SAID CAHALI, *Alimentos* (vg.), S. 242 : „Em relação ao ex-marido, já se afirmou mesmo que ele enriqueceu após a separação (portanto, já não mais tendo mulher como sua colaboradora, consorte e companheira), passando agora de desfrutar de excelente situação, não será isto fundamento contudo, para que preste alimentos à autora ...“.

Verbot des *venire contra factum proprium* missachte und deshalb keinen Rechtsschutz finden dürfe.⁴⁹

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO/REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA führen zu Art. 1'702 CC aus, dass die Alimentenansprüche, die aus Ehe oder fester Partnerschaft herrühren, verzichtbar seien, da Ehegatte und Lebenspartner nicht miteinander verwandt seien.⁵⁰

Und betreffend die Anwendung von Art. 1'707 CC weisen J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA und INÁCIO DE CARVALHO NETO darauf hin, dass es zwischen den „Ex-Partnern (getrennt oder geschieden) keinerlei Rechtsbeziehung mehr gibt“⁵¹ und deshalb die Parteien bei der Scheidung „einfach die festgelegten Klauseln der gerichtlichen Trennung beibehalten können. In diesem Fall, wenn Unterhaltsbeiträge für irgendeinen der Ehegatten festgelegt worden sind, bestehen sie fort. Wurde allerdings keine Rente für irgendeinen der Ehegatten festgelegt, ist es wegen der Aufhebung der ehelichen Bande für keinen von ihnen nachher mehr möglich, eine solche zu verlangen“.⁵²

Auch ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS hält die Vereinbarung im Vertrag über die *Separação Judicial* betreffend persönliche Alimentenforderungen des *Desquitado* oder Geschiedenen für unabänderlich.⁵³ Nach SILVIO DE SALVO VENOSA nimmt die überwiegende Lehre und Rechtsprechung an, dass Art. 1'707 CC-2002 wegen der fehlenden Verwandtschaftsbeziehung nicht auf Unterhalt zwischen *Desquitados* oder Geschiedenen Anwendung finde.⁵⁴

Schließlich wurde auf den Zivilrechtstagungen des brasilianischen Bundesjustizrats⁵⁵ die Auslegungsregel beschlossen, dass ein Verzicht

⁴⁹ CHRISTIANO CHAVES DE FARIAS/NELSON ROSENVALD, *Direito das Famílias*, 3^a ed., Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011, S. 756.

⁵⁰ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO/REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *Curso* (vgt.), S. 540.

⁵¹ INÁCIO DE CARVALHO NETO, *Separação e Divórcio – Teoria e Prática*, 11^a ed., Juruá Editora, Curitiba 2011, S. 455 f.: „Pois bem: ex-cônjuges (separados ou divorciados) também não têm qualquer vínculo jurídico, pelo que não há qualquer razão para esta solução absolutamente à margem da lei.“

⁵² J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA (vgt.), S. 72: „Podem os interessados simplesmente manter as cláusulas estabelecidas na separação judicial. Neste caso, se foram estipulados alimentos para qualquer dos cônjuges na separação, continuam eles a subsistir, no mesmo valor. Se não havia pensão para qualquer dos cônjuges, continua não havendo dever alimentar entre eles, não mais sendo possível a qualquer deles pleitar, posteriormente, alimentos do ex-cônjuge, em virtude do rompimento do vínculo do casamento.“

⁵³ ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (vgt.), vol. 3, S. 405.

⁵⁴ SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil*, vol. 6 (vgt.), 179 ff.; ders., in *Código Civil Interpretado*, 2^a ed., São Paulo 2011, S. 1749 (mit Kritik an der verbesserungswürdigen Redaktion von Art. 1'707 CC).

⁵⁵ Der brasilianische *Conselho da Justiça Federal* führt seit 2004 im Zweijahresrhythmus unter der Schirmherrschaft der beiden obersten Bundesgerichte (dem Verfassungsgericht *STF* und dem Oberen Bundesgericht *STJ*) Zivilrechtstagungen durch, unter Beteiligung zahlreicher Richter der genannten Gerichte sowie Einbezug von aus-

auf Unterhalt in einer Scheidung nicht gestützt auf Art. 1'707 widerrufbar sei, da die familienrechtlichen Bande aufgelöst seien.⁵⁶

Wurden die familiären Bande mit der *Separação Judicial* aufgelöst und wurde bei dieser Gelegenheit auf Alimente verzichtet, fehlt es somit an der Grundvoraussetzung zur erneuten Geltendmachung des familiären Unterhaltsrechts, da zu diesem Zeitpunkt kein *Vínculo Conjugal* mehr besteht, der Voraussetzung für die Geltendmachung ist.

Diese Auffassung hat auch das oberste brasilianische Zivilgericht (*Superior Tribunal de Justiça, STJ*) 2005 übernommen. Mit einstimmigem Beschluss entschied das *STJ* im Jahre 2005, dass wegen der Aufhebung der materiellen Bande mit der *Separação Judicial* streng zwischen der verwandtschaftlichen Unterstützungspflicht (*alimentos fundado no parentesco*) und der sich aus der ehelichen Beistandspflicht ergebenden (*alimentos fundado na obrigação de mútua assistência*) zu unterscheiden sei. Es unterstrich einerseits, dass nach der Systematik des Gesetzes das Verzichtsverbot von Art. 1'707 CC im Kapitel über die Verwandtenunterstützung aufgeführt ist, und andererseits, dass die ehelichen Bande mit der *Separação Judicial* aufgelöst werden, was einem Zurückkommen auf einen verweigerten Unterhaltsanspruch ausschliesse: „Die Schlussfolgerung des angefochtenen Entscheids steht im Widerspruch zur gefestigten Auslegung des *STJ*, wonach die in Art. 404 des CC-1916 (Art. 1'707, 1. Teil des CC-2002) bezeichnete Unverzichtbarkeit der Unterhaltsforderungen, welche als Begründung von *Súmula 379/STF* diente, sich im Kapitel befindet, welches den Verwandtenunterhalt regelt (Art. 366 ff. des CC-1916 – Art. 1'694 ff. des CC-2002), während es sicher ist, dass das Recht auf Unterhalt sich zwischen Ehefrau und Ehemann, die nicht verwandt sind, auf die in Art. 231 Abschnitt III des CC-1916 (Art. 1'566 Abschnitt III des CC-2002) geregelte gegenseitige Beistandspflicht stützt, welche mit der *Separação* oder der Scheidung endet, abgesehen von jenen Fällen, die das Gesetz ausnimmt. Daher ist zwingend, die Schlussfolgerung zu ziehen, dass eine Bestimmung in einer Scheidungsvereinbarung, welche den Verzicht auf Unterhalt enthält, gültig und rechtswirksam ist und es dem verzichtenden Ehegatten verwehrt, eine Rentenforderung zu stellen oder erneut eine solche Verpflichtung einzuklagen“.⁵⁷ Diese Auslegung wurde 2009 in einem weiteren Entscheid

gewählten Oberrichtern der Einzelstaaten, Universitätsprofessoren und Rechtsanwälten, um Auslegungsfragen zum Zivilgesetzbuch zu diskutieren und – wenn mehrheitsfähig – Auslegungsregeln zu beschliessen (sog. „*enunciados aprovados*“). Diese sind allerdings nicht bindend.

⁵⁶ Enunciado aprovado Nr. 263: „O art. 1'707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da ‘união estável’. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.“

⁵⁷ *STJ*, Entscheid vom 15.09.2005, REsp. 701.902, in DJU vom 03.10.2005 (mit Verweis auf diverse frühere Entscheide): „A conclusão do acórdão recorrido esbarra no

bestätigt: „Der Verzicht auf die aus dem Eherecht fließenden Unterhaltsansprüche ist zulässig und rechtswirksam und erlaubt es dem Ehegatten nicht, darauf zurückzukommen und erneut die Alimente zu fordern, die sich aus der gegenseitigen Beistandspflicht ergeben, welche mit der *Separação* oder Scheidung aufgehoben wurde“.⁵⁸

Steht somit fest, dass der Unterhaltsverzicht in der *Separação Judicial* verbindlich und trotz Art. 1'707 CC nicht widerruflich ist, kann offenbleiben, ob ein solcher Widerruf nicht als *venire contra factum proprium* Treu und Glauben zuwider liefe oder ob dieser Widerruf als Widerspruch zum Prinzip des *Clean-Breaks* im Ehescheidungsrecht den schweizerischen Ordre Public verletzen würde, wurden doch die ehelichen Bande – abgesehen vom Wiederverheiratsverbot – mit der *Separação Judicial* bereits aufgelöst.

7. Freizügigkeitsleistung der beruflichen Vorsorge

Obwohl in der Schweiz die Teilung der während der Ehe angehäuften Freizügigkeitsleistungen der beruflichen Vorsorge durch den Zivilrichter im Rahmen der Scheidung erfolgt, darf dennoch nicht übersehen werden, dass die Vorsorgeeinrichtung eine Einrichtung nach öffentlichem Recht ist. Aus diesem Grunde ist auf diese Guthaben bei einer schweizerischen Pensionskasse immer schweizerisches Recht anwendbar.

Da das ausländische Urteil über die *Separação Judicial* diese Teilung nicht behandelt, stellt sich hier nicht die Frage der Anerkennbarkeit.

Aufgrund der vorgetragenen Überlegungen zur vollständigen Aufhebung der *Vínculos Conjugais* (insbesondere Auflösung der finanziellen Schicksalsgemeinschaft sowie des Dahinfallens des Anspruchs auf gegenseitigen Beistand) durch das Urteil der *Separação Judicial* ist diese – wie das schweizerische Bundesgericht in BGE 111 II 16-23, Erw. 4d, betreffend Erbrecht festhielt – betreffend aller vermögensrechtlichen Aspekte einer Scheidung gleichzustellen, weshalb als Stichtag der Teilung

firme entendimento do STJ portanto a irrenunciabilidade de alimentos balizada no art. 404 do CC-16 (1'707, 1ª parte CC/02), que serve de alicere à Súmula 379/STF, está contida no capítulo que versa acerca alimentos fundado no parentesco (art. 366 e segs. do CC/16 – art. 1'694 segs. do CC/02), e, por certo, entre marido e mulher, que não são parentes, o direito a alimentos assenta-se na obrigação da mútua assistência, prevista no art. 231, inc. III do CC-1916 (art. 1'566, inc. III do CC-2002), que cessa com a separação ou divórcio, salvo nos casos em que a lei exepciona. Daí decorro, em inexorável conclusão, que a cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação ou divórcio, é válida e eficaz, não permitindo ao cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitar o encargo.“

⁵⁸ STJ vom 06.10.2009, REsp. 832.902, in DJU vom 19.10.2009: „A renúncia aos alimentos decorrentes do matrimônio é válida e eficaz, não sendo permitido que o ex-cônjuge volte a pleitear o encargo, uma vez que a prestação alimentícia assenta-se na obrigação de mútua assistência, encerrada com a separação ou o divórcio.“ Im gleichen Sinn: STJ vom 22.06.2010 (AgRg no Ag 1.044.922) in DJU vom 02.08.2010.

der Guthaben von während der Ehe erworbener Freizügigkeitsleistungen das Datum der brasilianischen *Separação Judicial* zu Grunde zu legen ist. Nur wenn nach der Eheschließung, aber vor dem Datum der *Separação Judicial* Freizügigkeitsleistungen nach BVG angehäuft wurden, wären diese zu teilen.