

Jahrestagung 2002 in Dresden

Liebe Mitglieder,

wie in Freiburg bereits angekündigt, wird unsere diesjährige Tagung vom 22. bis 25. November 2001 in Dresden stattfinden. Unsere Mitglieder Peter Schindler - ein gebürtiger Dresdener - und Boris Burtin sind die "örtlichen" Organisatoren.

Auf vielfachen Wunsch und wegen der großen praktischen Bedeutung werden wir uns - erstmals wieder seit 1984 - mit familien- und erbrechtlichen Themen befassen; die Tagung soll unter dem Motto

Familien- und Erbrecht in Brasilien und Deutschland im internationalen Vergleich

stehen. Das [Programm der Tagung finden Sie im Internet unter \[www.dbjv.de\]\(http://www.dbjv.de\)](#).

Die Tagung wird am Donnerstag, den 22. November 2001, abends mit einem Empfang im [Büro unseres Mitglieds Boris Burtin](#) beginnen, mit anschließendem geselligen Beisammensein im nahegelegenen [Restaurant "Villa Marie"](#). Als Tagungsort für Freitag/Samstag (23./24. November) ist das sehr zentral gelegene [Stadtsparkassenforum](#) vorgesehen. An den Abenden werden wir in bewährter Weise zum gemeinsamen Essen zusammentreffen, wobei am Samstag unsere festliche Abendveranstaltung (diesmal mit klassischer Musik) im [Schloss Eckberg](#), mit schönem Blick auf Dresden, stattfinden soll. Die Tagung wird am Sonntag, den 25. November 2001, morgens mit der Mitgliederversammlung und anschließendem Stadtrundgang ausklingen.

Eine Besonderheit ist für Freitag abends geplant: Wir haben ein Kontingent von 30

Karten für die Semperoper reserviert. Auf dem [Spielplan](#) steht das dritte Symphoniekonzert der Sächsischen Staatskapelle Dresden (Dirigent: Myung-Whun Chung; Programm: Anton Dvorák, Symphonie Nr. 8, G-Dur OP 88 und Sergej Prokofjew: "Romeo und Julia" - Ausschnitte aus den Balletsuiten). Es gilt der Grundsatz: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst. Maßgeblich ist der Eingang der [Anmeldung](#) bei Jan Curschmann. Wobei wir davon ausgehen, daß die Summe gemäß dem Anmeldeformular alsbald gezahlt wird. Wenn eine Anmeldung nicht mehr berücksichtigt werden kann, wird der Preis zurückgezahlt.

Die Operngänger können ab ca. 22.30 Uhr - nach Ende der Oper - mit den übrigen Tagungsteilnehmern im Restaurant [Kahnalletto](#) zusammentreffen, um den Abend dort gemeinsam zu beschließen.

Das [Anmeldeformular](#), ebenso wie ausführliche Informationen zu [Unterkunft und Begleitprogramm](#) finden Sie ebenfalls im Internet unter www.dbjv.de. Tagungsort, Thema und Programm lassen eine attraktive Tagung erwarten. Die örtlichen Organisatoren und wir hoffen auf zahlreiches Erscheinen und frohes Wiedersehen!

(Für den Vorstand)

Jan Curschmann

Rechnungshöfe als Instrumente der Finanz- und Korruptionskontrolle in Brasilien

Bruno Wilhelm Speck

Im Zusammenhang mit Korruptionsskandalen kam es in Brasilien in jüngster Zeit immer wieder zu Diskussionen um die Rolle der eigens für die Finanzkontrolle zuständigen Rechnungshöfe (*Tribunais de Contas*). Im föderalen politischen System Brasiliens verfügen Bund und Länder über eigene externe Finanzkontrollinstitutionen. Die Rechnungshöfe der Bundesstaaten sind auch für die Kontrolle der Städte und Gemeinden zuständig.¹ Sie nehmen im Schnitt etwa 1% des Budgets für die Kontrolltätigkeiten in Anspruch. Diese *Tribunais de Contas* sollten - in Brasilien wie in jedem anderen politischen System - bei der Kontrolle über die Verwendung der öffentlichen Mittel eine zentrale Stellung im politischen System einnehmen. Doch die öffentliche Meinung in Brasilien zeichnet ein sehr negatives Bild von den Rechnungshöfen. Im besten Fall wird ihnen Untätigkeit und Ineffizienz vorgeworfen. Schlimmere Mutmaßungen klagen die Rechnungshöfe selbst als Hort des Nepotismus und des Amtsmissbrauchs an.²

¹ Neben dem Bundesrechnungshof *Tribunal de Contas da União* und den 26 Landesrechnungshöfen wurden in 4 Bundesstaaten getrennte Rechnungshöfe für die Landes- und Gemeindefinanzen eingerichtet (Goiás, Ceará, Pará und Bahia). Darüberhinaus haben auch der Bundesdistrikt Brasília und die beiden grössten Municipien Brasiliens, Rio de Janeiro und São Paulo, eigene Rechnungshöfe. Damit kommen wir auf 34 Rechnungshöfe in Brasilien.

² Die Wochenzeitschrift *Epoca* beschuldigte die brasilianischen Rechnungshöfe des Nepotismus, der Verschwendung von Steuergeldern und politischer Cliquenwirtschaft (12.4.1999, Helo Reinert, Um Controle Perdulário).

Die Anklage wegen Ineffizienz bezieht sich auf die weitgehend formellen Kontrollen, die lange Verfahrensdauer bis zum Abschluß eines Kontrollprozesses und die geringe Verhinderungsrate im Zusammenhang mit Korruptionsskandalen. In diesem Zusammenhang wird auch die Unabhängigkeit dieser Institutionen in Frage gestellt. In den *Tribunais de Contas* Brasiliens sind die Fachabteilungen, welche etwa 200-800 Prüfer umfassen, strikt getrennt von dem Ratskollegium, das von 5-9 eigens für diese Funktion ernannten Räten gebildet wird.³ Die Prüfungsarbeit wird von den Fachabteilungen vorgenommen. Entscheidungen über die Ent- oder Belastung der verantwortlichen Amtsträger werden letztlich aber nur vom Kollegium als Ganzem getroffen. Die Mitglieder der Ratskollegien werden auf Lebenszeit ernannt und haben im weiteren dieselben Rechte und Pflichten, die auch auch für Richter des Obersten Bundesgerichts (*Superior Tribunal Federal*) gelten.⁴ Aber sie werden nicht nach beruflicher Qualifikation und Bewährung, sondern nach

³ Im Bundesrechnungshof wird das Ratskollegium von 9 als *Ministro* titulierten Räten gebildet, auf Landesebene hingegen von 7 und auf Stadtebene von 5 *Conselheiros*.

⁴ Dazu gehören zum einen das Verbot, ein anderes öffentliches Amt ausserhalb der Judikative, eine private Anwaltstätigkeit oder parteipolitische Aktivitäten auszuüben. Auf der anderen Seite ist der Amtsinhaber gegen Entlassung, Versetzung und Lohnkürzungen verfassungsrechtlich abgesichert (vgl. Art. 73 und Art. 95 der Brasilianischen Bundesverfassung von 1988, im Folgenden kurz CF 1988 (*Constituição Federal*)).

politischen Kriterien vom Regierungschef und der Legislative auf Bundes-, Länder- und Gemeindeebene ernannt.⁵ Es sind deshalb nicht verdiente Beamte, sondern vor allem ausgediente Politiker aus Regierung und Kongreß, die den obersten Kontrollinstitutionen vorstehen. Die Leitungsfunktionen in den Rechnungshöfen werden weitgehend als Belohnung für politische Verdienste vergeben. Dem brasilianischen Präsidenten Getúlio Vargas wird in diesem Zusammenhang der Satz zugeschrieben, die Rechnungshöfe dienten dazu, politische Freunde im Archiv zu verstauen.

Im selben Zusammenhang wird auch unterstellt, daß die Institutionen nicht unabhängig seien. Das ist im Lichte der oben dargestellten Machtverteilung innerhalb der Rechnungshöfe und der Ernennungspolitik zu den Ratspositionen leicht nachzuvollziehen. Der Vorwurf lautet, durch die Ernennung politisch Verbündeter, Mitglieder von Seilschaften oder gar Familienangehörigen werde dafür gesorgt, daß das von der Exekutive bestellte Kontrollorgan keine zu akribische Kontrolle über die eigenen politischen Ziehväter ausübe. Dieser Vorwurf sollte aber nicht zu undifferenziert akzeptiert werden. Das Kollegialitätsprinzip kann im Laufe der Zeit durchaus zu einer pluralistischen Zu-

sammensetzung des Kollegiums führen. Die von verschiedenen Regierungen ernannten Räte können also durchaus zu einer heterogenen Zusammensetzung führen und deshalb als Ganzes eine zunehmend unabhängige Position einnehmen. Durch die Ernennung auf Lebenszeit ist auch die Voraussetzung für individuelle Unabhängigkeit der einzelnen Räte von ihren ehemaligen politischen Paten gegeben. Aber in Bundesstaaten, in denen sich ein politischer Clan über Jahrzehnte hinweg an der Spitze der Regierung behaupten kann, wird dieser spätestens nach einer Dekade die meisten Rechnungshofsmitglieder aus seinen eigenen Reihen ernannt haben. Damit ist es mit der heterogenen Zusammensetzung als Grundlage für die politische Unabhängigkeit nicht mehr weit bestellt.

Schließlich wird auch unterstellt, die Rechnungshöfe seien selbst korrupt. Die Vorwürfe reichen von Nepotismus bei der Bestellung der zahlreichen Posten bis zur Unterstellung, daß die Vetopositionen der Institutionen zu kriminellen Zwecken mißbraucht würden. Die Besetzung der Vertrauenspositionen im Rechnungshof gab immer wieder Anlaß zu journalistischer Kritik. Aber in jüngster Zeit kamen auch Vorwürfe hinzu, die Rechnungshöfe bestimmter Bundesstaaten wären in erpresserischen Amtsmissbrauch und sogar in die organisierte Kriminalität verwickelt.⁶

Um diese Vorurteile genauer zu beurteilen muß auf die vergleichende Perspektive zurückgegriffen werden. Im vorliegenden Beitrag geht es darum, die Fragen der Rolle der brasilianischen Rechnungshöfe zu erörtern. Als Arbeitsinstrument wird zunächst eine Typologie, basierend auf der Funktion

5 Das Recht zur Ernennung der Räte lag bis zur Verfassung von 1988 ausschließlich beim Regierungschef, der aber die Zustimmung der Legislative (auf Bundesebene: des Senats) benötigte. Mit der neuen Verfassung hat sich das Kräftegewicht zur Legislative verschoben. Beim Bundesrechnungshof ernannt der Kongress nun 6 der 9 Räte (*Ministros*) alleine. Der Regierungschef ernannt nur noch 3 Räte, die vom Kongress bestätigt werden müssen. Seine Wahlfreiheit wurde zusätzlich eingeschränkt durch die Auflage, dass er 2 dieser 3 Kandidaten (wiederum 2/3) aus den Reihen der Karrierebeamten des Rechnungshofes (Prüfern und Staatsanwälten) auswählen muss (CF 1988 Art. 73). Für die Rechnungshöfe auf den anderen Föderationsebenen gelten proportional angepasste dieselben Regeln.

6 Diese Vorwürfe beziehen sich vor allem auf den Landesrechnungshof im Bundesstaat Amapá (vgl. Consuelo Dieguez, Ricardo Benichio: *Entre Amigos*, Veja 30.8.2000).

der Rechnungshöfe im politisch-administrativen System, erarbeitet. Vor dem Hintergrund historischer Traditionslinien ebenso wie internationaler Vergleiche wird diese Typologie im Folgenden vorgestellt. Anschließend wird der Fall der brasilianischen Rechnungshöfe im Lichte dieser Typologie erörtert. Dabei werden vor allem die aus dem Verfassungstext abgeleiteten und in der Verfassungswirklichkeit anzutreffenden Rollen der *Tribunais de Contas* diskutiert. Schließlich werden im letzten Abschnitt einige Herausforderungen, vor die sich die Rechnungshöfe in Brasilien in der Gegenwart gestellt sehen, angesprochen.

1. Eine idealtypische Betrachtung zur Rolle der Rechnungshöfe

Rechnungshöfe sind noch immer große Unbekannte in den Sozial-, aber auch Rechts- und Verwaltungswissenschaften. Die Fachliteratur ist spärlich, viele Beiträge stammen aus der Feder von Mitarbeitern der Kontrollbehörden. Dies gilt nicht nur für Brasilien, sondern auch für andere politische Systeme.⁷ Internationale Vergleichsstudien fehlen praktisch ganz.⁸

Tatsächlich können diese Institutionen aber auf eine lange Tradition in der politisch-administrativen Realität der meisten Staaten zurückblicken. Praktisch alle modernen politische Systeme verfügen heute über oberste Finanzkontrollinstitutionen. Meist sind sie verfassungsrechtlich abgesichert und weisen einen relativ hohen Grad an Unabhängigkeit gegenüber den anderen Gewalten auf. Unterhalb dieser Gemein-

samkeiten sind aber wesentliche Unterschiede in der politischen Rollenzuweisung, der rechtlichen Verankerung und der institutionellen Ausgestaltung auszumachen.

Bemühungen zur Kontrolle über die Ressourcenverwaltung durch die Regierung gab es bereits lange Zeit vor der Einrichtung eigens dafür verantwortlicher Institutionen. Die Einrichtung einer eigens der Finanzkontrolle gewidmeten Institution war ein entscheidender, nicht aber der erste Schritt auf dem Weg zu einer besseren Ressourcenkontrolle. Sowohl die absolutistischen Regierungen als auch die ersten Repräsentativkörperschaften im 17. und 18. Jahrhundert erkannten schon früh, daß neben der Definition von Recht und Unrecht die Kontrolle über die Verwendung der Ressourcen entscheidendes Gewicht bei der Definition der Machtbalance in einem Gemeinwesen hatte. Sowohl die absolutistische Rationalisierung des Staatsapparates als auch die Parlamentarisierung monarchischer Regime verliefen oft entlang der Linie einer engeren Kontrolle über die Verwendung dieser staatlichen Ressourcen, ohne daß es eine eigens dafür vorgesehene Institution gegeben hätte.

Mit der Schaffung eigens der Finanzkontrolle gewidmeter zentraler Institutionen wurde der Prüfungsfunktion aber ein neuer Status zugewiesen. Vorläufer gab es bereits im Absolutismus. Die preussische *General-rechenkammer* (gegr. 1714) und die österreichische *Hofrechenkammer* (gegr. 1761) waren erste Schritte auf dem Weg dieser Regierung zu einer rigideren Kontrolle über staatliche Ressourcen. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts kam es im Zuge der Parlamentarisierung zahlreicher Monarchien zur Gründung weiterer unabhängiger Rech-

⁷ Siehe für Brasilien Speck (2000). Eine Ausnahme in Deutschland bildet die Studie von Diederich et alii (1990).

⁸ Ausnahmen bilden die Arbeit von Franco (1992), Citadini (1995) und vom National Audit Office (1996).

nungshöfe.⁹ Nachzügler im 20. Jahrhundert sind die Vereinigten Staaten, die erst 1921 ein eigenes *General Accounting Office* einrichten. Auch in Brasilien zieht sich die Diskussion über die Gründung eines Rechnungshofs durch das ganze 19. Jahrhundert. Erst mit der Ausrufung der Republik (1889) sollte aber eine eigene, unabhängige Institution der Finanzkontrolle gegründet werden.

Im Hinblick auf die politisch-administrative Funktion, die Aufgabenbeschreibung und die institutionelle Absicherung nehmen diese Institutionen in den verschiedenen Systemen sehr unterschiedliche Rollen ein. In den meisten Fällen ist die Oberste Kontrollbehörde verfassungsrechtlich verankert. Aber oft basiert der Prüfungsauftrag auch nur auf einem normalen Organengesetz. Auch im Hinblick auf die Bestellung der Leitung des Rechnungshofes gibt es große Unterschiede zwischen einzelnen Institutionen. In manchen politischen Systemen werden die Leitungspositionen der obersten Kontrollinstanz aus den Reihen der Karrierebeamten besetzt, wobei Erfahrung und Verdienst entscheidende Aufstiegs-kriterien sind. In anderen Fällen werden dieselben Positionen politisch ernannt, wobei oft Legislative und Exekutive an der Ernennung beteiligt werden, so wie im oben geschilderten brasilianischen Fall.¹⁰ Wesentliche Unterschiede bestehen auch im Hinblick auf die Amtsdauer. In den meisten Fällen hat die Leitung des Rechnungshofes ein über die Amtszeit von Legislative und Exekutive hinausreichendes Mandat. In den USA wird der Chef des dortigen Rechnungshofes auf 12 Jahre vom

Präsidenten ernannt. In anderen Staaten wiederum werden die Leitungspositionen auf Lebenszeit besetzt. Schließlich lassen sich die obersten Kontrollinstanzen auch in monokratisch und kollegial entscheidende Institutionen einteilen.¹¹

Auch im Hinblick auf die Kontrollkompetenzen (welche Bereiche sind der Kontrolle unterworfen) und die Kontrollkriterien (welche Maßstäbe werden angelegt) gibt es eine weite Bandbreite unterschiedlicher Praktiken. In manchen Ländern gibt es immer noch wesentliche Bereiche, die nicht der Ressourcenkontrolle durch die oberste Kontrollbehörde unterworfen sind. Dazu können der Geheimniswahrung unterworfenen verteidigungs- und sicherheitsrelevante Bereiche gehören, ebenso wie staatliche oder halbstaatliche Unternehmen, die im Namen privatwirtschaftlicher Rationalität der staatlichen Finanzkontrolle entzogen werden. Bei den Kontrollkriterien kam es in den letzten Jahrzehnten zu einer radikalen Umstrukturierung vieler Institutionen, weg von der bürokratischen Kontrolle rechtlicher Angemessenheit und rechnerischer Richtigkeit hin zu einer stärkeren Beachtung der Effizienz und Effektivität der Verwaltungsakte. Eine wichtige, oft übergangene Rolle spielt schließlich das Initiativrecht im Hinblick auf die Prüfungen. Während bestimmte Prüfaufträge gesetzlich vorgegeben sind und damit wenig Entscheidungsspielraum lassen, hat die Aufteilung der verbleibenden Ressourcen auf von

9 Dazu gehören in Europa Frankreich (1807), Holland (1814), Finnland (1824), Belgien (1830), Griechenland (1833), Luxemburg (1840), Portugal (1842), Dänemark (1849), Italien (1862) und England (1866).

10 Siehe Fußnote 5.

11 Beim Vergleich sollte aber darauf geachtet werden, dass die Auslegung des Kollegialitätsprinzips in Brasilien und in Deutschland durchaus sehr unterschiedlich ist. Während das Kollegium in Brasilien vom geschilderten Ratskollegium gebildet wird, ist mit Kollegialentscheidung im Bundesrechnungshof die gemeinsame Entscheidung des Rechnungshofsmitglieds und des zuständigen Vertreters der Fachabteilung gemeint.

Regierung oder Legislative vorgeschlagene Bereiche oder auf intern definierte Prioritäten entscheidenden Einfluß auf die Handlungsrichtung der obersten Kontrollinstitution.

Auf diese Unterschiede kann im einzelnen nicht eingegangen werden.¹² Dennoch spielen sie eine entscheidende Rolle bei der Ausgestaltung der Kontrollfunktion. Im Folgenden wird ein Versuch unternommen, diese weitverzweigten Kombinationsmöglichkeiten in einer einfacheren Typologisierung zu ordnen, die sich an der Rolle der Kontrollinstitutionen im politisch-administrativen System orientiert. Dabei wird zwischen verwaltungsnahen, parlamentsnahen und justizähnlichen Institutionen unterschieden. Es muß darauf verwiesen werden, daß diese Typologie sich nicht auf eine Analyse der verfassungsrechtlichen Zuordnung der obersten Kontrollinstitutionen zu einer dieser Gewalten reduzieren läßt.¹³ Die Zuordnung der Kontrollbehörden innerhalb des jeweiligen Modells der Gewaltenteilung ist in diesem Zusammenhang nur ein vorläufiger Anhaltspunkt für die Funktionsbestimmung. Vielmehr soll die tatsächliche Funktion der externen Kontrolle in verschiedenen politisch-administrativen Systemen erfaßt werden. Diese externe Kontrollfunktion kann von einer einzigen Institution oder in Zusammenarbeit von mehreren Institutionen wahrgenommen werden.

12 Ausserdem könnten weitere Differenzierungen hinzugenommen werden, wie beispielsweise die Unterscheidung zwischen flächendeckender zur selektiver Kontrolle. Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Kontrolle kann zwischen ex-ante Kontrolle, laufender Kontrolle und ex-post Kontrolle unterschieden werden.

13 Eine solche Einteilung wird beispielsweise von Citadini (1995) vorgenommen.

- **Verwaltungsnahe Institutionen**

Im Zuge der Rationalisierung der Einnahmen- und Ausgabenpolitik moderner Staaten sahen sich die obersten Finanzbeamten oft mit der Schwierigkeit konfrontiert, eine stärkere Transparenz und Kontrolle über die ausgabenrelevanten Handlungen der verschiedenen Hoheits-träger zu erlangen. So steht hinter der Einrichtung der preussischen General-Rechen-Kammer im Jahr 1714 das Bestreben von König Friedrich Wilhelm I., einen Überblick über die Staatsfinanzen zu gewinnen um auf dieser Basis den Aufbau eines schlagkräftigen Heeres zu planen (Zavelberg 1989: 44). Die vom Vater Friedrich I. übernommene Verschwendungssucht in Regierung und Verwaltung sollte durch eine Kultur äußerster Sparsamkeit ersetzt werden. Das Ausbluten der Staatsfinanzen durch Unterschlagung und Korruption höchster Staatsdiener sollte durch die Einrichtung einer besonderen, direkt dem obersten Regierungschef unterstellten Rechenkammer, verhindert werden.¹⁴

Es gibt große Unterschiede innerhalb dieser aus der Notwendigkeit verwaltungsinterner Transparenz und Kontrolle entstandenen Prüfungsinstanzen. Einigen Institutionen wird das Recht zur Vorkontrolle zugeschrieben. Als Prototypen dieses Modells der Vorbewilligung werden immer wieder Belgien und Italien erwähnt. Während die 1862 in Italien eingeführte Kontrollbehörde *Corte dei Conti* ein absolutes Ausgabenverweigerungsrecht hatte, sah der bereits 1830 in Belgien eingeführte *Rekenhof* ein bedingtes Veto

14 Schon 1723 sollte die Institution diese unmittelbare Unterstellung unter den Regierungschef wieder verlieren und erst 1824 endgültig garantiert. Vergleichbare Institutionen in anderen Ländern mussten noch lange bis ins 20. Jahrhundert hinein um ihre institutionelle Unabhängigkeit kämpfen (Zavelberg 1989).

vor, das von der Exekutive gegebenenfalls wieder überstimmt werden konnte. Vorkontrolle an Stelle des ex-post Entlassungsprinzips scheint besonders dort notwendig gewesen zu sein, wo unverantwortlich handelnde Staatsdiener später schwerlich zur Rechenschaft gezogen werden konnten. So hatten auch brasilianische Finanzminister die bereits Mitte des 19. Jahrhunderts präsentierten Vorschläge zur Einführung eines eigenen Rechnungshofes abgelehnt, weil die Institution lediglich eine nachträgliche Kontrolle durchführen sollte (Lopes 1947).

Im Laufe des 20. Jahrhunderts zeigten die meisten verwaltungsnahen Kontrollinstitutionen Schwierigkeiten bei der Anwendung des Prinzips der ex-ante Prüfung. Die ausgabenwirkamen Verwaltungsakte wurden im modernen Wohlfahrts- und Interventionsstaat zu zahlreich, als daß sie noch in einer angemessenen Weise kritisch geprüft werden hätten können. Auch erfolgte die Vorprüfung unter starkem Zeitdruck, denn die Ausgaben konnten nur nach Abzeichnung durch den Rechnungshof getätigt werden. Viele Rechnungshöfe verkümmerten unter diesen Bedingungen zu einem bürokratischen Anhängsel der Finanzverwaltung. Die Untersuchung verdächtiger Verwaltungsvorgänge trat immer mehr hinter der formellen Kontrolle nach Aktenlage zurück. Die Umstellung auf die ex-post Kontrolle war eine wichtige Wende in diesen Institutionen. Sie schuf Freiräume für selektive Prüfung und investigatives Vorgehen.

- Parlamentsnahe Institutionen

In verschiedenen politischen Systemen ging die Initiative zur Gründung von obersten Kontrollinstitutionen auf das Parlament zurück. Der englische Parlamentarismus, geistesgeschichtlich entstanden aus der Idee

einer richterähnlichen Kontrolle über die Regierung (Kluxen 1963) und historisch zurückzuführen auf den Konflikt über die Steuererhebung durch die Krone während des 17. Jahrhunderts, nahm auch hier eine Modellfunktion ein. Die Machtbalance zwischen Regierung und Parlament verschob sich im Laufe des 19. Jahrhunderts im Zuge des Aufbaus einer neutralen, professionellen Bürokratie zugunsten der Regierung. Das Parlament reagierte auf die materielle Ausdehnung der Staatstätigkeiten durch eine Intensivierung der Kontrollfunktion. Die Wende vom Diskussions- zum Arbeitsparlament zeigt sich in der Verlagerung der Diskussion über spezielle Regierungsangelegenheiten auf die Ausschüsse. Unter dem Einfluß von William Gladstone wurde die parlamentarische Finanzkontrolle in England ab 1860 entscheidend gestärkt. Der Haushaltsauschuß (*Public Accounts Committee*) des englischen Parlaments, eingerichtet 1861 als der erster seiner Art, entstand aus der Notwendigkeit heraus, das Parlament in seiner externen Kontrollfunktion in Finanzfragen gegenüber der Regierung zu unterstützen. Durch eine spezielle Gesetzgebung 1866 wurden die Ministerien zur Rechnungslegung verpflichtet und das Amt des *Comptroller and Auditor General* an der Spitze einer eigenen Kontrollbehörde eingerichtet. Obgleich organisatorisch Teil der Verwaltung und von der Regierung ernannt, hat der *Comptroller and Auditor General* die Aufgabe, die Rechtmäßigkeit von Ausgaben vorzuprüfen und dem Parlament auf der Basis der Rechnungslegung der obersten Verwaltungsbeamten einen Bericht über die Einhaltung des Haushaltsgesetzes bei der Mittelverwendung vorzulegen. Damit war die sich verschiebende Machtbalance zwischen Regierung und Parlament wieder hergestellt.

Die Aufgabenstellung dieser parlamentsnahen Rolle des Comptrollers unterschied sich vom preussischen verwaltungsnahen Modell grundsätzlich in der Aufgabenstellung. Der Adressat des Comptrollers war das Parlament, dem die Prüfungsberichte zur Begutachtung vorgelegt werden mußten. Sie bildeten die Grundlage für parlamentarische Debatten, die vor allem im Haushaltsausschuß geführt wurden. Im englischen Parlamentarismus wird also dem Parlament die Rolle zugeschrieben, auf der Grundlage der fachlichen Vorarbeit des Comptrollers und seiner Behörde die Regierung politisch zur Verantwortung zu ziehen.

Die Stärkung parlamentarischer Kontrolle über die Regierung war eine der Leitideen der bürgerlichen Revolutionen im 19. Jahrhundert. Neben der Ausarbeitung eines neuen Grundrechtskatalogs wurde die Kontrolle über die Mittelverwendung durch die Regierung zu einem wesentlichen Dreh- und Angelpunkt der effektiven Ausübung neuer Vollmachten der Volksvertreter. Gerade dort, wo sich die Regierungstätigkeiten vervielfältigten und die Ausgaben enorm ausdehnten, standen die Parlamente vor der Herausforderung, ihre formelle Macht durch kompetente Vorarbeit in die Praxis umzusetzen. Die Gründung des *General Accounting Office* 1921 als Hilfsorgan des Kongresses in den Vereinigten Staaten war ein Schritt in diese Richtung.

Eine Alternative zur Errichtung einer eigenen Kontrollinstanz bestand im Versuch, existierende verwaltungsnaher Rechnungshöfe stärker unter parlamentarische Kontrolle zu bekommen oder zumindest auf die Berichterstattung an das Parlament zu verpflichten. Dies geschah in den bürgerlichen Verfassungen im deutschen Raum seit 1848. Schon die preussischen Verfassungen von 1848 und 1850 sicherten dem Parlament Zugang zu

den Berichten des Rechnungshofes. Endgültig sollte aber erst die Weimarer Verfassung (1919) den Rechnungshof stärker an das Parlament anbinden. Allerdings bleibt der Unterschied zwischen den primär auf die Berichterstattung an das Parlament verpflichteten Institutionen angelsächsischen Zuschnitts und dem bloßen Zugang des Parlaments zu den Prüfungsberichten verwaltungsnaher Institutionen weiterhin noch lange bestehen. Die Regierungen waren sehr bedacht darauf, diesen direkten Kontakt zwischen 'ihrer' Kontrollbehörde und der Legislative so weit wie möglich zu verhindern (Zavelberg 1989).

- Justizähnliche Institutionen

In kaum einem politischen System gehört der Rechnungshof formell der Judikative an. Oft aber erlangt die Institution eine zunehmend unabhängige Stellung, basierend auf gemeinsamen Kennzeichen wie der verfassungsrechtlichen Absicherung, der Unabhängigkeit seiner Mitglieder und zunehmend ausgeweiteten Kontrollkompetenzen. Haben die obersten Finanzkontrollinstitutionen zusätzlich den Auftrag, in Eigenverantwortung die Verantwortlichen im Hinblick auf die materielle Amtsführung zu be- oder entlasten, ohne daß diese Entscheidungen später von einer anderen Instanz revidiert werden können, so kommt ihnen eine der Judikative ähnliche Rolle zu.

Während verwaltungsnaher Institutionen vorwiegend der Ausgabenkontrolle dienen und parlamentsnahe Institutionen dem Gesetzgeber fachliche Unterstützung im Falle von Fehlverhalten oder Effizienzmängeln in der Verwaltung bieten, ist die Hauptrolle dieser Institutionen die Herstellung eines letztgültigen Urteils über die Amtsführung, basierend auf der Rechnungslegung oder auf zusätzlichen Unter-

suchungen. Es wird ein (verwaltungs-) gerichtliches Urteil gefällt über das Verhalten eines Amtsträgers. Die Einführung des *Cours de Comptes* in Frankreich im Jahre 1807 durch Napoleon I. kommt diesem Modell am nächsten. Fehlausgaben sollen nicht im Vorfeld verhindert und die Urteilsfindung nicht an eine andere Instanz delegiert werden. Der entscheidende Unterschied zu verwaltungsnahen oder parlamentsnahen Institutionen besteht in der letztinstanzlichen Entscheidung über die materielle Rechenschaft.

Dieses Modell hat Konsequenzen für den institutionellen Aufbau. Institutionen, denen die letztinstanzliche Entscheidung über die materielle Amtsvergehen zugeschrieben wird, sind nicht auf die Zuarbeit an andere Gewalten ausgerichtet. Im Mittelpunkt steht der Aufbau einer der Judikative entsprechenden Verfahrensstruktur, bei der Untersuchungs- und Richterfunktion getrennt sind, dem Beschuldigten ausreichende Möglichkeiten zur Verteidigung gegeben werden und die Möglichkeit besteht, das Ersturteil von einer zweiten Instanz neu prüfen zu lassen. Die Grundzüge dieser Kontrolle sind flächendeckende ex-post Kontrolle. Die Kontrollkriterien konzentrieren sich auf rechnerische Richtigkeit und die Beachtung der rechtlichen Vorgaben durch das Haushaltsgesetz.

2. Die Rolle der Rechnungshöfe in Brasilien

Die oben dargestellten Modelle externer Finanzkontrolle sind als Idealtypen zu verstehen, denen sich die angeführten historischen Beispiele des italienischen *Corte dei Conti*, des englischen *Comptrollers* oder des französischen *Cours de Comptes* annäherten, die aber in Reinform kaum anzutreffen sind.

Auch die brasilianischen Rechnungshöfe stellen tatsächlich eine Mischung aus verschiedenen Kontrollphilosophien dar. In ihrem Ursprung sind sie verwaltungsnah konzipierte Institutionen. Die ex-ante Kontrolle war über lange Zeit hinweg das dominierende Kontrollelement. Schon bald nach der Gründung des brasilianischen Bundesrechnungshofes wurde auch das richterähnliche Element gestärkt. Die Rechnungslegung der obersten Beamten wurde dem Rechnungshof zum Urteil vorgelegt. Die parlamentsnahe Rolle war in Brasilien von Anbeginn nur schwach ausgebildet. Obgleich von Beginn an verfassungsrechtlich immer der Legislative zugeschrieben, haben sich die Rechnungshöfe bisher immer schwer getan mit dieser Hilfsfunktion.

- Verwaltungsnahe Elemente

Der brasilianische Bundesrechnungshof *Tribunal de Contas da União* arbeitete von Beginn an in verwaltungsnaher Funktion. Im 19. Jahrhundert bereits waren verschiedene Anläufe gescheitert, eine richterähnliche ex-post Kontrolle einzuführen. Eine parlamentsnahe Position kam während des brasilianischen Kaiserreichs schon allein deshalb nicht in Frage, weil die Volksrepräsentanten über den Haushalt nur eingeschränkte Entscheidungsbefugnis hatten. Leitmotiv der Einführung einer eigenen Finanzkontrollbehörde mit der Gründung der Republik war also die Einrichtung einer Vorkontrolle zur Ausgabenbeschränkung.

Das Vetorecht der obersten Finanzkontrollbehörde orientierte sich nur in der Anfangsphase am italienischen Modell. Schon 1896 sah ein neues Organgesetz vor, daß die betroffenen Minister sich bei einer Ausgabenverweigerung des Rechnungshofs an den Regierungschef wenden konnten, der dann das Recht hatte, sich über die Ein-

wendungen hinwegzusetzen und sich später vor der Legislative politisch dafür zu verantworten. Dieses bedingte, durch die Exekutive letztlich aufhebbares Vetorecht zeigt einmal mehr den besonderen Charakter der Verwaltungsnähe des brasilianischen Rechnungshofes.

Die ex-ante Kontrolle wurde in Brasilien erst 1967 weitgehend abgeschafft. Bis heute noch sind Relikte dieser Kontrollpraxis präsent. So bedürfen die Verwaltungsakte im Zusammenhang mit der Pensionierung von Staatsdienern bis heute der Gegenzeichnung durch den Rechnungshof. Mit der neuen Verfassung von 1988 kamen noch die Einstellungen neuer Staatsbediensteter hinzu. Auch diese werden nun vom Rechnungshof abgezeichnet, bevor sie Gültigkeit haben. Numerisch nehmen diese auf die Anstellung und Pensionierung von Staatsdienern bezogenen Prozesse ein beachtliches Volumen in der Arbeit der brasilianischen Rechnungshöfe ein. Zu Beginn der 90er Jahre waren noch knapp 70% aller Prozesse im Bundesrechnungshof TCU auf die Pensionierung von Bediensteten bezogen. Im Laufe einer Dekade gelang es dem Bundesrechnungshof, diese Zahl durch Verfahrensmodernisierung und Rationalisierung auf weniger als die Hälfte zu reduzieren (Speck 2000: 90). Die Landesrechnungshöfe aber bearbeiten die personenbezogenen Prozesse zum großen Teil noch auf dem schwerfälligen Papierweg. Mitverantwortlich ist in diesem Zusammenhang, daß diese personenbezogenen Prozesse in vielen brasilianischen Rechnungshöfen noch nach dem Prinzip der Einzelfallentscheidung bearbeitet werden. Auch wenn die Zahl der Prozesse nicht dem damit zusammenhängenden Arbeitsaufwand entspricht, ist doch Realität, daß diese Art von Vorkontrolle wesentliche Ressourcen der Rechnungshöfe verschlingt.

- Richterähnliche Elemente

Es wurde eingangs erwähnt, daß die hier vorgenommene funktionelle Typologie sich nicht allein auf die verfassungsrechtliche Zuordnung der obersten Kontrollinstanzen zu einer der drei Gewalten berufen kann. Es geht vielmehr um eine Einordnung auf der Grundlage des tatsächlichen Zusammenwirkens des Rechnungshofes mit anderen Institutionen in Erfüllung des Kontrollauftrags. Auch im brasilianischen Fall war der Bundesrechnungshof TCU nur unter der autoritären Verfassung von 1937 der richterlichen Gewalt zugeordnet. In den vorhergehenden republikanischen Verfassungen von 1891 und 1934 hatte er eine Position zwischen den Gewalten; in den nachfolgenden Verfassungstexten von 1946, 1967, 1969 und 1988 ist der Bundesrechnungshof der Legislative zugeordnet.

Allerdings gewann der Rechnungshof schon bald die richterliche Rolle, über die Rechtmäßigkeit der Rechnungslegung durch die für Mittelverwendung zuständigen Verwaltungsbeamten zu richten. Auch wenn die Richterfunktion nicht unmittelbar bei der Gründung vorgesehen war, wurde sie doch schon kurz danach auf dem Gesetzeswege eingeführt. Sowohl das 1890 erlassene Gründungsdekret des damaligen Finanzministers Rui Barbosa als auch das Organgesetz von 1892 sprachen dem Bundesrechnungshof TCU die Aufgabe zu, über die Rechtmäßigkeit der Rechnungslegung durch die Amtsträger zu entscheiden.¹⁵

Während sich die Anstrengungen des Rechnungshofes bis 1967 auf die ex-ante Kontrolle und damit auf die verwaltungsnahe Rolle konzentrierten, ver-

¹⁵ In die Verfassung von 1891 wurde jedoch diese Aufgabe nicht explizit aufgenommen (Speck: 2000).

lagerte sich das Schwergewicht der Arbeit nach der Aufhebung dieser Kontrollform auf laufende und ex-post Kontrolle. Der brasilianische Bundesrechnungshof hatte seine Kompetenzen durch die Ausweitung der Pflicht zur Rechnungslegung im Laufe der Zeit fortwährend ausgedehnt. Mit der Verfassung von 1988 wurden schließlich alle Amtsinhaber, die in Eigenverantwortung öffentliche Mittel verwalten, zur jährlichen Rechnungslegung verpflichtet. Heute sind etwa 3000 öffentliche Stellen zur Rechnungslegung beim Bundesrechnungshof verpflichtet.

Der innere Aufbau sowie Verfahrensablauf der Rechnungshöfe in Brasilien orientiert sich weitgehend an dieser Aufgabe der Entlastung bzw. der Belastung von Amtsträgern im Hinblick auf materielle Aspekte ihrer Amtsführung. Jede Rechnungslegung wird unter Federführung eines Ratsmitgliedes von den Prüfstellen geprüft. Sollten in der Rechnungslegung Hinweise auf Unregelmäßigkeiten festgestellt werden, können die Prüfstellen nach Anweisung des zuständigen Ratsmitgliedes weitere Erhebungen anstellen. Nach Abschluß der Untersuchungen gibt die dem Rechnungshof beigeordnete Staatsanwaltschaft ihr Urteil. Das federführende Ratsmitglied stellt sodann die Rechnungslegung dem Kollegium vor, das als ganzes über die Be- oder Entlastung im Hinblick auf die Amtsführung entscheidet. Im Fall eines negativen Urteils, d.h. der Belastung des Amtsträgers kann dieser Widerspruch vor dem Rechnungshof einlegen. Daraufhin wird ein Revisionsprozeß unter Federführung eines anderen Ratsmitgliedes eingeleitet und nach Abschluß erneut vom Kollegium entschieden.

In der Praxis zeigen sich verschiedene Schwierigkeiten bei der Ausübung dieser richterähnlichen Funktion der Rechnungshöfe in Brasilien. Zum einen kommt es

gerade im Zusammenhang mit der Notwendigkeit zusätzlicher Erhebungen bei festgestellten Unregelmäßigkeiten zu sehr starken Verzögerungen bis zur Verabschiedung eines Ersturteils durch das Kollegium. Viele Prozesse werden erst nach Jahren erstinstanzlich entschieden.¹⁶ Danach besteht noch die Möglichkeit einer Revision des Urteils innerhalb des Rechnungshofs, was zu weiteren Verzögerungen führt.

Gravierender aber ist ein anderer Sachverhalt, der die Gültigkeit der Rechnungshofsurteile als solcher anfechtet. So gibt es eine langanhaltende juristische Auseinandersetzung in Brasilien um den Verbindlichkeitscharakter der Rechnungshofsurteile. Während ein Teil der Rechtsinterpretation den Rechnungshöfen lediglich den Charakter einer Verwaltungsentscheidung zuschreibt, die also vor den Gerichten in jeder Hinsicht angefochten werden können, geht eine andere Interpretation davon aus, daß die Rechnungshöfe durchaus letztgültige Urteile treffen, die nur bei Vorliegen von Form- und Verfahrensfehlern gerichtlich aufgehoben werden können.¹⁷ Da bisher keine Entscheidung des Brasilianischen Obersten Bundesgerichts STF in dieser Frage vorliegt, liegt es bei den Richtern in erster Instanz, die Anfechtung der Urteile durch die vom Rechnungshof zu Geldstrafen verurteilten Amtsträger anzunehmen oder abzulehnen.

16 Eine vom Autor durchgeführte Erhebung beim Landesrechnungshofs des Bundesstaates Pernambuco ergab, dass sich von den im Jahr 1999 vom Kollegium erstinstanzlich abgeurteilten Rechnungslegungen von Munizipien nur 2% auf das unmittelbar vorangehende Budgetjahr (1998) bezogen. Die meisten Urteile bezogen sich auf zum Teil mehrere Jahre zurückliegende Rechnungslegungen (1997: 49%; 1996: 21%, 1995: 13%; 1994: 7%; 1993: 2%; 1992: 4%; 1991: 1%; 1990: 1%).

17 Zu Einzelheiten dieser Auseinandersetzung siehe Speck (2000: 180 ff.).

Eine Bilanz über die tatsächliche Rückerstattung der vom Bundesrechnungshof eingeforderten Beträge zeigt, daß hier eines der Hauptprobleme im Hinblick auf die Wirksamkeit der richterähnlichen Funktion liegt. In den 90er Jahren wurden im Durchschnitt nur etwa 1% der durch Rechnungshofurteile jährlich vom Amtsträgern eingeforderten Beträge (Rückerstattung und Strafen zusammengerechnet) tatsächlich an die öffentlichen Kassen zurückerstattet.¹⁸

- Annäherung an die Legislative

Wie oben bereits angedeutet ist die parlamentsnahe Funktion des Rechnungshofes in Brasilien zwar verfassungsrechtlich verankert, aber in der Prüfungsrealität bisher kaum präsent.¹⁹ Formell arbeitet der Rechnungshof dem Kongress bei der Erarbeitung seines jährliche Gutachten über die Haushalts- und Vermögensrechnung der Legislative zu. Während die Rechnungslegung der einzelnen Verwaltungseinheiten von Rechnungshof abgeurteilt werden, liegt die

18 Im Jahr 1991 wurden 528 Amtsträger zur Rückerstattung von 3,5 Millionen UFIR (1 UFIR entspricht etwa R\$ 1,09 Reais im April 2000, was wiederum beim Wechselkurs selben Zeitpunkt etwa DM 1,10 entspricht) verurteilt. Nur 0,8% dieses Betrags wurden im selben Jahr von den verurteilten an die Staatskasse rückerstattet. Für die folgenden Jahre ergibt sich ein ähnliches Bild (1992: 371 Verurteilte, 7,5 Mio UFIR, 1% Rückerstattung; 1993: 552, 19,7 Mio, 0,2%; 1994: 1477, 11,1 Mio, 3%; 1995: 661, 46,1 Mio, 0,1%; 1996: 1051, 29,9 Mio, 0,0%; 1997: 1327, 24,3 Mio, 0,03%), nach Speck (2000: 184).

19 Auch im Zusammenhang mit dem oben erwähnten Gründungsdekret von 1890, das angesichts der anstehenden Verfassung aber nicht durch ein Organgesetz in die Praxis umgesetzt wurde, sprach Rui Barbosa explizit von einem "Richteramt, das zwischen Verwaltung und Legislative angesiedelt ist" (Barbosa 1994: 181).

Gesamtverantwortung über die Haushalts- und Vermögensrechnung beim Regierungschef. Über diese legt der brasilianische Rechnungshof lediglich ein vorläufiges Gutachten vor. Die endgültige Entscheidung über die Be- oder Entlastung wird vom Kongress gefällt.

Darüber hinaus ist die Zusammenarbeit zwischen Rechnungshof und Legislative verfassungsrechtlich in den Fällen vorgesehen, wo der Kongress die fachliche Unterstützung der Prüfbehörde benötigt. So können sowohl das Präsidium als auch die Ausschüsse Untersuchungen bestimmter Verwaltungsaspekte oder Programme beantragen, die dann von der Prüfungsbehörde durchgeführt werden müssen. Schließlich kann in einzelnen Fällen auch Personal angefordert werden, das dann die Arbeit von Ausschüssen, gerade auch Untersuchungsausschüssen, unterstützt.

Dieses externe Initiativrecht für Untersuchungen eröffnet die Möglichkeit, den Rechnungshof tatsächlich zum Arbeitsinstrument der Legislative zu machen, wie in anderen politischen Systemen durchaus üblich. So werden etwa 90% der Untersuchungen des *General Accounting Office* vom amerikanischen Kongreß angeregt.²⁰ Obgleich jedoch diese Form der Zusammenarbeit auch in Brasilien verfassungsrechtlich vorgesehen ist, ist die Verbindung zwischen Legislative und externem Kontrollorgan äußerst schwach. Von den rund 500 jährlich durchgeführten Inspektionen und Prüfungen des brasilianischen Bundesrechnungshofes TCU gehen nur etwa 5% auf Anträge des Kongresses zurück. Das Verhältnis zwischen Eigeninitiative und externer Anregung ist

20 Dieser Anteil des Kongresses stieg in den letzten Jahren stark an: von 78% (1996) auf 83% (1997) und zuletzt 96% (1998), nach General Accounting Office (1998: 53).

also genau umgekehrt im Vergleich zum nordamerikanischen Nachbarn. Der Bundesrechnungshof unternimmt große Anstrengungen, seine Arbeit dem Kongreß näher zu bringen. Das bedeutet aber im brasilianischen Fall nicht, ihm Einfluß auf die eigene Arbeit zu gewähren. Die Institution ist sehr auf ihre Autonomie bedacht. Die externe Finanzkontrolle wird immer noch weitgehend als Funktion gesehen, die von einer einzigen Institution erfüllt wird. Im Mittelpunkt der Arbeit steht die Herstellung eines ausgewogenen und akzeptierten Urteils des Rechnungshofes über die korrekte und effiziente Amtsführung der Verantwortlichen. Dabei bestehen durchaus auch Tendenzen, nicht nur retrospektiv vorzugehen. Der Rechnungshof hat Vollmachten, auch die laufende Amtsführung zu kontrollieren und nimmt dieses Recht gerade im Hinblick auf die Durchführung von Ausschreibungen und andere Großprojekte auch immer wieder wahr. Eine Kontrolle in Zusammenarbeit mit dem gemeinsamen Haushaltsausschuß des Kongresses, die beispielsweise auf die Berücksichtigung der Prüfungsergebnisse bei der Ressourcenallokation im nächsten Haushaltsgesetz drängte, ist jedoch nur in Ansätzen vorhanden.

Auf der anderen Seite nutzt aber auch die Legislative das Arbeitsinstrument Rechnungshof kaum. Jüngste Skandale zeigten, daß die Warnungen des Rechnungshofes im Hinblick auf Unregelmäßigkeiten bei der Fortschreibung oder gar Aufstockung von Haushaltsmitteln vom Kongreß nicht zur Kenntnis genommen wurden.²¹ Auf Länder-

ebene wird die Kommunikationsdichte zwischen Legislative und Landesrechnungshof noch dünner. In vielen Fällen existiert keine einzige, von den Länderversammlungen angeregte Untersuchung beim entsprechenden Landesrechnungshof. Auch werden Prüfungsberichte nicht wahrgenommen oder gar nicht an die Abgeordneten weitergeleitet.

- Bilanz über die Effizienz und Effektivität der Rechnungshöfe

Die Rechnungshöfe standen in der Vergangenheit immer wieder im Zentrum der öffentlichen Kritik. Eine kritische Untersuchung nach der Berechtigung dieser Vorwürfe hat zu fragen, wie rational und wirksam die Rechnungshöfe in Brasilien diese verfassungsrechtlich zugeschriebenen Funktionen wahrnehmen. Dies war die Perspektive der obigen Ausführungen, die sich nicht auf individuelles Fehlverhalten einzelner Rechnungshofmitglieder, sondern auf institutionell angelegte Mängel beziehen.

Es wurde festgehalten, daß die brasilianischen Rechnungshöfe als hybride Einrichtungen beschrieben werden können, die sich aber am stärksten der richterähnliche Rolle annähern. Daneben haben sie auch verwaltungsnahe Aufgaben. Schwachpunkte in ihrem Handlungsprofil zeigen sich vor allem in den Relikten der verwaltungsnahen Vorkontrolle, im Bereich der Kontrolle über die Neueinstellung und Pensionierung von Staatsbediensteten. Während der Bundesrechnungshof versucht, durch Standardisierung und Informatisierung den für diesen Bereich zu leistenden Arbeitsaufwand auf ein erträgliches Maß herunterzuschrauben, absorbieren diese Aktenberge in den Landesrechnungshöfen immer noch einen beträchtlichen Anteil der zur Verfügung stehenden Arbeitskraft.

²¹ So geschehen im Falle des Regionalen Arbeitsgerichts *Tribunal Regional de Trabalho* in São Paulo, bei dessen Bau 169 Millionen Reais auf private Konten geleitet wurden. Bereits Jahre bevor der Skandal an die Öffentlichkeit drang, hatten die Prüfer des Rechnungshofes wiederholt Mängel festgestellt.

Ein zweiter Schwachpunkt besteht in den Verzögerungen im Hinblick auf die judikative Funktion. Die Probleme ähneln hier sehr stark den Schwierigkeiten, die die Justiz in Brasilien hat, Rechtsurteile in einem vertretbaren Zeitrahmen zu treffen. Im Falle der materiellen Haftung kommt noch erschwerend dazu, daß sich die Spuren der von den Verantwortlichen eventuell zurückzufordernden Beträge nach so langer Zeit bereits verloren haben. Eine Rückerstattung wird damit immer unwahrscheinlicher. Zusätzlich aber kommt es noch zu einem gravierenderen Problem, weil die rechtliche Verbindlichkeit der Rechnungshofurteile nicht klar definiert ist. Hier läßt die brasilianische Rechtsprechung bisher noch eine Lücke offen, die von den Verantwortlichen geschickt genutzt wird, um dem Urteil des Rechnungshofs zu entgehen und das Verfahren vor der ordentlichen Justiz noch einmal neu aufzurollen.

Auf die Legislative bezogenes Handeln der Rechnungshöfe ist in Brasilien immer noch äußerst selten. In vielerlei Hinsicht aber kann nicht darüber hinweggegangen werden, daß die Prüfung gerade für die Volksvertreter wichtige Anhaltspunkte für ihre Arbeit liefern kann. Es geht dabei nicht nur um die persönliche Verantwortung von Regierungsvertretern für eventuelles Fehlverhalten, sondern um die Ausarbeitung des neuen Haushaltsgesetzes, auf das gerade die Abgeordneten im präsidentiellen Regierungssystem Brasiliens einen großen Einfluß ausüben. Hier scheint es durchaus realistisch, daß bei entsprechender Information mangelhafte Projekte durch Mittelkürzungen 'bestraft' oder zumindest nicht weiter aufgestockt werden, wie dies in der Vergangenheit immer wieder der Fall war. In vielen Fällen werden Mißstände aufgrund fehlenden Interesses oder auch aufgrund fehlender Prüfungserfahrungen nicht rechtzeitig aufgedeckt. Häufig aber kommt es auch vor,

daß Untersuchungen durch den Rechnungshof Verwaltungsdefizite aufdecken und dokumentieren, aber die entsprechenden Prüfungsberichte nicht an die politisch verantwortliche Stelle oder den entsprechenden Ausschuß weitergeleitet werden.²² Gerade diese Wirkungslosigkeit der bisher schon geleisteten Prüfungsanstrengungen kann durch eine engere Zusammenarbeit mit dem Gesetzgeber überwunden werden.

3. Neue Perspektiven für die Arbeit der Rechnungshöfe

Weit über diese auf die Effizienz gerichteten obigen Fragen, ob dieselbe Arbeit mit weniger Aufwand oder mehr Erfolg erledigt werden könnte, muß aber hier die normative Aspekte berührende Frage angeschnitten werden, welche Herausforderungen sich der externen Kontrolle über die öffentliche Mittelverwaltung in Brasilien heute stellen und welche Rolle die Rechnungshöfe im Zusammenhang in Zukunft wahrnehmen sollten. Neben der obigen systemimmanenten Kritik soll also auch die auf einige Punkte eingegangen werden, die die normativen Grundlagen der Rechnungshöfe in ihrer jetzigen Gestalt transzendieren oder gar in Frage stellen.

So muß beispielsweise gefragt werden, weshalb gerade im Bereich der Personalein- und Ausgänge im öffentlichen Dienst die aufwendige und doch oberflächliche Systematik der Vorkontrolle erhalten oder sogar noch ausgedehnt wurde, während sie in anderen, finanziell nicht weniger relevanten Bereichen durch eine stichprobenartige, aber tieferegehende Untersuchung ersetzt wurde.²³ Spätere Er-

²² Vgl. den Fall des Regionalen Arbeitsgerichts in Fußnote 21.

²³ Das Prinzip der Vorkontrolle wurde schon 1967 abgeschafft, mit Ausnahme der Rentenansprüche. Mit

hebungen in einzelnen Rechnungshöfen haben gezeigt, daß durch diese Vorkontrollen Fälschungen im Zusammenhang mit Rentenansprüchen nicht verhindert werden können.

Eine völlig neue Perspektive ergibt sich für die Wächter über öffentliche Ressourcen aus den jüngsten Ansätzen, die Kontrolle über die Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Vermögensrechnung durch Effizienz- und Effektivitätskontrollen zu ergänzen. Die Arbeit der brasilianischen Rechnungshöfe mit diesen neuen Prüfkriterien steckt noch in Ansätzen. Sollten sich diese Untersuchungen jedoch durchsetzen, so erfordern sie ein neues Rollenverständnis der Rechnungshöfe im politisch-administrativen System Brasiliens. Es kann an dieser Stelle nicht darauf eingegangen werden, welche Unterschiede zwischen der legal-rechnerischen Prüfung und der Wirtschaftlichkeits- und Wirkungsprüfung dazu führen, daß im ersten Fall eine Unterscheidung in Kategorien von "rechtmäßig oder irregulär" bzw. "richtig oder falsch" akzeptabler scheint als im letzten. Bei der Wirtschaftlichkeits- und Wirkungsprüfung kann es nicht darum gehen, retrospektiv individuelle Verantwortlichkeiten festzulegen und Amtsträger persönlich für Fehlverhalten haftbar zu machen. Im Gegenteil stehen bürokratische Organisationsmodelle und die administrative Umsetzung der politischen Programme auf Verbesserungsmöglichkeiten und Alternativen auf dem Prüfstand. Damit scheidet eine Richterrolle praktisch aus.

Die Ergebnisse dieser Wirtschaftlichkeits- und Wirksamkeitsprüfungen stellen aber wichtige Hilfsinformationen für die Arbeit von Verwaltung und Legislative dar. Diese

der Verfassung von 1988 wurde dieses Prinzip auch auf die Neuanstellung öffentlicher Bediensteter ausgeweitet.

Gewalten von der fachlichen Richtigkeit der Kritik zu überzeugen und möglicherweise gangbare Alternativen aufzuzeigen, ist Bestandteil des Prüfungsauftrags der Rechnungshöfe in diesem Zusammenhang. Die Prüfungsrolle ist hier nicht von einer einzelnen Institution zu erfüllen, sondern macht gegenseitige Zusammenarbeit notwendig. Es zeichnet sich ab, daß den Rechnungshöfen, die Interaktion mit der Verwaltung leichter fällt als mit den gewählten Gesetzgebern. Gerade bei Wirksamkeitsprüfungen werden die Verwaltungen oft schon in der Planungsphase in den Prüfungsprozeß mit einbezogen. Während beim Bundesrechnungshof bereits Ansätze zu einer Zusammenarbeit mit dem Kongreß bestehen, ist aber der Kontakt mit den Landesparlamenten in den meisten Fällen immer noch sehr rudimentär. Hier wird die Dynamik der Prüfungserfahrungen zeigen müssen, welche langsamen Rollenverschiebungen sich heraus für die Rechnungshöfe in Brasilien ergeben.

Eine andere Frage richtet sich auf die Rollenverschiebung durch gezielte Eingriffe in das normative Gefüge der externen Ressourcenkontrolle in Brasilien. Die brasilianische Regierung nahm im Jahr 2000 den Skandal um die Fehlleitung von 169 Millionen Reais im Zusammenhang mit dem Bau eines neuen Regionalen Arbeitsgerichtes in São Paulo zu Anlaß, einen Vorschlag zur Neuordnung der Rolle der Rechnungshöfe vorzulegen.²⁴ Der Vorschlag zur Verfassungsänderung geht auf mehrere der hier vorgebrachten Probleme ein. Dazu gehören insbesondere die Fragen der Ernennung der Ratsmitglieder, die Einhaltung von Fristen bei laufenden Untersuchungen und die Beteiligung von Kongreß und Öffentlichkeit, um die Wirksamkeit der

24 Es handelt sich um den PEC, im Internet unter <http://www.brasiltransparente.gov.br/> zugänglich.

Prüfung zu erhöhen. Andere hier angesprochene Probleme werden von dem Paket nicht berührt. Dazu gehören die Fragen der Vorkontrolle oder die Probleme im Zusammenhang mit dem Gültigkeit der Urteile des Rechnungshofs. Eine detaillierte Analyse dieses Vorschlags würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

Da die Kompetenzen des Rechnungshofes TCU verfassungsrechtlich verankert sind, sind auch Änderungen nur auf dem Weg einer Verfassungsreform möglich. Auf die enormen Hürden für eine Verfassungsänderung in Brasilien und die Chancen, den vorliegenden Vorschlag in die Praxis umzusetzen, soll hier nicht näher eingegangen werden.²⁵ Es ist jedoch zweifelhaft, ob dieser neue Vorschlag noch von der derzeitigen Regierung umgesetzt werden kann, deren Amtszeit sich bereits dem Ende nähert. Im Klima des Vorwahlkampfes scheint es eher unwahrscheinlich, daß ein so umfangreiches Änderungsprojekt, das als Antikorruptionsprojekt der Regierung entscheidende Pluspunkte im Wahlkampf einbringen könnte, von der dafür erforderlichen breiten Koalition getragen werden kann. Vor dem Hintergrund dieser Beurteilung scheint gegenwärtig der Erfolg dieser Anläufe für eine gezielte Veränderung der normativen Grundlagen externer Finanzkontrolle eher fraglich.

4. Bibliographie

Barbosa, Rui: Exposição de motivos sobre a criação do Tribunal de Contas, 7 de novembro de 1980, in: Revista do Tribunal

de Contas da União, Brasília, vol. 25, no. 62, p. 180-190, 1994

Citadini, Antonio Roque: O controle externo da administração pública, São Paulo, Editora Max Limonad, 1995

Diederich, Nils, Georg Cadel, Heidrun Dettmar, Ingeborg Haag: Die diskreten Kontrolleure: Eine Wirkungsanalyse des Bundesrechnungshofes, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1990

Franco, Antonio de Souza: Tribunais de Contas e instituições congêneres em diferentes países, Lisboa, 1992

General Accounting Office: Comptroller General's 1998 Annual Report, Washington, 1998.

Kluxen, Kurt: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des englischen Parlamentarismus, in: Politische Vierteljahresschrift, Vol.4, H.1, 1963, S. 2-17.

Lopes, Alfredo Cecílio: Ensaio sobre o Tribunal de Contas, São Paulo, o. V., 1947

National Audit Office: State Audit in the European Union, London, 1996

Speck, Bruno Wilhelm: Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União. O papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil, São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2000

Zavelberg, Heinz Günther: 275 Jahre staatliche Rechnungsprüfung in Deutschland, in: ders. (Hrsg.): Die Kontrolle der Staatsfinanzen. Geschichte und Gegenwart (1714-1989), Berlin: Duncker & Humblot, 1989.//

²⁵ Die Vorschläge müssen in jedem der beiden Häuser des Kongresses in doppelter Abstimmung von einer qualifizierten Mehrheit (3/5) der Volksvertreter genehmigt werden.

Brasilianisches Immobilienrecht unter dem Aspekt des gutgläubigen Erwerbs und der Möglichkeiten der Belastung des Grundstücks durch Rechte Dritter

Karina Griese

I. Einleitung

Der folgende Beitrag versucht, deutschen Juristen die Ansätze des brasilianischen Immobilienrechts in Bezug auf den Gutgläubenserwerb und der Belastung des Grundstücks durch Rechte Dritter näher zu bringen.

Deutsche Rechtsbegriffe und deutsches Rechtsverständnis sind nur mit Vorbehalt im brasilianischen Recht anzuwenden. Zwar stammt der Código Civil im Grundstücksrecht vom deutschen BGB und vom französischen Code Civil ab, jedoch werden die rechtlichen Probleme nicht immer gleich gelöst. Es bestehen dem Wortlaut nach oft nur scheinbar kleine Unterschiede zum BGB, die aber verschiedene weitreichende Rechtsfolgen nach sich ziehen. Zum besseren Verständnis des brasilianischen Rechts ist oft ein Blick zum deutschen Recht unerlässlich. Da im Vergleich zum deutschen Recht es für einen Käufer in Brasilien schwieriger ist, die gesamten Verkaufsvoraussetzungen nachzuprüfen und auch Dokumente wie Besitzurkunden und Vollmachten häufig gefälscht werden, wird dringend angeraten, brasilianische Fachleute vor Ort einzuschalten. So ist die Mitwirkung eines brasilianischen Notars beim Grundstückserwerb unverzichtbar. Ein Rechtsanwalt in Brasilien empfiehlt sich für die Vertragsgestaltung und die Kontaktherstellung zum Notar, Grundbuchamt und zu einem "despachante", der im Verkehr mit den Behörden über seine Beziehungen

schneller Genehmigungen und Dokumente beschaffen kann.²⁶ Grundsätzlich gibt es beim brasilianischen Immobilienerwerb für Ausländer keine Beschränkungen. Besonderheiten bestehen nur beim Erwerb landwirtschaftlichen Grundbesitzes, der ab einer bestimmten Größe ein spezielles Genehmigungsverfahren erfordert.

II. Gutgläubiger Erwerb eines Grundstücks

Die auch im brasilianischen Recht grundsätzlich bestehende, vom deutschen Recht aber abweichend geregelte Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs muß im Zusammenhang mit den Besonderheiten des brasilianischen Eigentumserwerbs und des Grundbuchs gesehen werden.

1. Eigentumserwerb eines Grundstücks

Der Kaufvertrag im brasilianischen Recht begründet genau wie im deutschen Recht lediglich die schuldrechtliche Verpflichtung für den Verkäufer, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen (Art. 1122 CC).

Art. 1.122 - Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Art. 1122 - Durch den Kaufvertrag (Kauf und Verkauf) verpflichtet sich der eine der Vertragsschließenden, das Eigentum an einer

²⁶ Vgl. Schwarz in: Schönhofer/Böhner (Hrsg.), Haus- und Grundbesitz im Ausland, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Brasilien, 1985, S. 17.

bestimmten Sache zu übertragen, und der andere, jenem einen bestimmten Preis in Geld zu bezahlen.

Der Kaufvertrag, dessen Wert 50000 Cr\$ übersteigt, muß in die Form der öffentlichen Urkunde nach Art. 134 II CC durch einen Notar (tabelião) gebracht werden und be-rechtigt im weiteren Verlauf zur Eintragung ins Grundbuch.

Art. 134 - É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:

II - nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola.

Art. 134 - Ebenfalls zu den wesentlichen Erfordernissen des Rechtsgeschäfts gehört die öffentliche Beurkundung:

II - bei Verträgen auf Begründung oder Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken von einem höheren als 50000 Cr\$, ausgenommen das landwirtschaftliche Pfandrecht.

§ 6 von Art. 134 II CC bestimmt, daß der in II genannte Wert jährlich nach dem Gesetz 6.423/77 bzw. den verschiedenen Nachfolgegesetzen anzupassen ist. Nach brasilianischem Verständnis schließt die Anpassung auch die Umstellung auf eine neue Währung (Real) ein.

Im Gegensatz zum deutschen Recht, bei dem für den Eigentumserwerb eine zusätzliche dingliche Einigungserklärung und die Eintragung im Grundbuch nach §§ 873, 929 BGB vorgenommen werden müssen, verzichtet das brasilianische Recht auf die gesonderte dingliche Einigungserklärung. Es gibt keinen abstrakt dinglichen Vertrag wie die Auflassung im deutschen Recht. Ist der Kaufvertrag in Brasilien daher mit allen notwendigen Formalitäten versehen, kann der Erwerber ohne weitere Zustimmung und Formvorschrift des Veräußerers die Eintragung ins Register vornehmen lassen. Wie in Deutschland löst in den Fällen des Kaufvertrages als Rechtsgrundlage des Erwerbs aber erst die Eintragung des Titels ins

Grundbuch den Eigentumserwerb aus, Art. 530 I CC.

Art. 530 - Adquire-se a propriedade imóvel:

I - pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel;

II - pela acessão;

III - pelo usucapião;

IV - pelo direito hereditário.

Art. 530 - Unbewegliches Eigentum wird erworben:

I. durch Überschreibung des Titels der Übertragung im Immobilienregister.

II. durch Zuwachs

III. durch Ersitzung

IV. durch Erbgang.

In Brasilien werden die Titel ins Grundbuch eingetragen, nicht die dinglichen Rechte. Der Übertragungstitel, dessen Eintragung erforderlich ist, muß gültig sein, um die Wirkung des Eigentumsübergangs zu begründen. Die Eintragung im Grundstücksregister ist konstitutiv für den Erwerb. Das Eigentum geht aber nur auf den Erwerber über, wenn auch das Erwerbsdatum bei der Umschreibung mit eingetragen wird. Nach Art. 534 CC ist das Datum entscheidend für den Eigentumsübergang.

Art. 534 - A transcrição datar-se-á do dia em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Art. 534 - Die Überschreibung wird von dem Tage datiert, an dem der Titel dem Registerbeamten eingereicht wird und den dieser im Protokoll vormerkt.

Bei einem nicht selten vorkommenden Doppelverkauf wird derjenige Eigentümer, der als erster eingetragen wird, auch wenn er als letzter den Kaufvertrag geschlossen hat.²⁷

²⁷ Vgl. dazu Drechsel in: Bodenrecht in Brasilien, Überblick über die wichtigsten Normen beim Grundstückserwerb in Brasilien (Hrsg. Deutsch-brasilianische Industrie- und Handelskammer Sao Paulo), 1993, S. 14.

2. Das brasilianische Grundbuch

Von dem - dem deutschen Grundbuch ähnlich, aber in wichtigen Rechtswirkungen verschiedenen - brasilianischen Registro de Imóveis ist das Registro Torrens abzugrenzen, das auf den Australier Robert Torrens zurückgeht.

a) Registro Torrens

Die Registrierung von Grundstücken im Register Torrens ist freiwillig und besitzt einen hohen Zeit- und Kostenaufwand, so daß eine Registrierung heutzutage kaum mehr vorgenommen wird.

Die geltende Zivilprozeßordnung verleiht den das Registro Torrens betreffenden Vorschriften, also auch den früheren Eintragungen, aber weiterhin Gültigkeit.²⁸

Die Eintragung der Titel stellt im Registro Torrens nicht nur eine widerlegbare Vermutung für die Rechtsinhaberschaft des Eingetragenen dar, sondern sie wirkt absolut, d.h., sie besitzt Wirkung gegen alle, auch gegen den wahren Rechtsinhaber. Ein Erwerb vom Nichtberechtigten wäre also daher unter dem Registro Torrens möglich. Dem wahren Rechtsinhaber ist ein Herausgabeanspruch untersagt.²⁹ Die im Register Torrens eingetragenen Rechte sind unbestreitbar.

Ein Erwerber, dessen Grundstück im Registro Torrens registriert ist, hat, wie im weiteren dargestellt wird, Vorteile gegenüber demjenigen Erwerber, dessen gewünschtes Grundstück im Registro de Imóveis eingetragen ist:

b) Das Grundbuch "Registro de Imóveis", Artt. 856-862 CC

Wie im deutschen Recht liegt der Sinn auch dieses Registers in seiner konstitutiven Wirkung für den Eigentumserwerb und in der Nachweismöglichkeit von dinglichen Rechten an Grundstücken.

Stimmt jedoch die wahre Rechtslage mit der tatsächlichen Eintragung nicht überein, müßte, da der Eigentumserwerb nach Art. 530 I CC durch die Eintragung im Register vollzogen wird, auf den ersten Eindruck gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich sein.

3. Der gute Glaube

a) Im deutschen Recht

Ein absoluter Gutgläubensschutz für einen gutgläubigen Erwerber ist im deutschen Recht nach § 892 BGB möglich. § 892 BGB fingiert - nur zugunsten eines Gutgläubigen - die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs. Ein Gegenbeweis ist dem wahren Eigentümer nicht möglich. Unerheblich ist auch, ob der Erwerber den Grundbuchinhalt überhaupt zur Kenntnis genommen hatte oder auf ihn vertraute.³⁰ Nicht zu verwechseln im deutschen Recht sind § 891 und § 892 BGB. § 891 BGB schützt nur relativ: Die Vermutung, das jemandem ein Recht zusteht, wenn er eingetragen ist, ist widerlegbar, wohingegen § 892 BGB diesen Schutz erweitert zum absoluten Schutz, wenn es um den Erwerb eines gutgläubigen Käufers geht. Die Verkehrssicherheit im deutschen Recht hat Vorrang vor der tatsächlichen Rechtslage.

²⁸ Siehe auch Carvalho Santos, Código Civil Interpretado, 1984.

²⁹ Siehe Schwarz, a.a.O., S. 27.

³⁰ Siehe Palandt/Bassenge, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 60. Aufl., § 892 Rn. 1.

b) Im brasilianischen Recht

Das brasilianische Recht hat für die Handhabung des gutgläubigen Erwerbs den Mittelweg zwischen dem deutschen und französischen Ansatz gewählt.³¹

Der gutgläubige Erwerb ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Aber auch der Código Civil kennt einen Schutz des gutgläubigen Käufers und das Streben nach Rechtssicherheit durch zwingende Eintragung des Titels im Register für die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung. Man spricht ebenso vom öffentlichen Glauben (fé pública) an die Eintragungen im Register. Jedoch haben die Verkehrssicherheit beim Rechtserwerb und der Schutz des guten Glaubens im brasilianischen Recht nicht den gleichen Stellenwert wie im deutschen Recht.

Art. 859 CC bestimmt nämlich lediglich eine Vermutung für den Bestand des eingetragenen Rechts für die Person, auf deren Namen es eingetragen ist. Art. 859 CC als Beweislastregel hatte § 891 BGB vom Rechtsgedanken zum Vorbild.³²

Art. 859 - Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu.
Art. 859 - Es wird vermutet, daß das dingliche Recht derjenigen Person zusteht, auf deren Namen es eingetragen oder überschrieben worden ist.

Die Vermutung ist bei Art. 859 CC jedoch nicht absolut, so wie beim oben erwähnten Register Torrens oder wie § 892 BGB zugunsten des gutgläubigen Erwerbers. Die relative Vermutung ist anfechtbar durch den Beweis des Gegenteils vom wahren Eigentümer. Das brasilianische Grundbuch hat

³¹ Siehe dazu Enciclopédia Saraiva do direito, (Hrsg. Prof. R. Limongi Franca), 1977.

³² Karl Heinsheimer (Hrsg.), Brasilien Código Civil, Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band III, Brasilien, 1928, Kommentar zu Art. 859.

nur eine absolute Wirkung: Sobald ein Titel eingetragen wurde, also öffentlich bekannt ist, besteht die absolute unanfechtbare Vermutung dafür, daß jeder diese Eintragung **kennt** und keiner behaupten kann, er hätte von der Eintragung nichts gewußt.³³

In der Konsequenz wird, abgesehen von einigen älteren Auffassungen in der Literatur, von der herrschenden Lehre wie auch der Rechtsprechung der gute Glaube des Dritterwerbers ausschließlich im Bereich der Schadensersatzregelungen geschützt. Die Gültigkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes kann dadurch nicht bewirkt werden.

Wichtig ist noch der Zeitpunkt, zu dem die Gutgläubigkeit des Erwerbers bestehen muß. Anders als im deutschen Recht muß der gute Glaube zum Zeitpunkt des Erwerbs bestehen, d.h. der Umschreibung ins Grundbuch, und nicht zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung (§ 892 II BGB).

4. Die Anfechtungsklage gegen den Gutgläubigen

Dem durch die erfolgte Eintragung benachteiligten wahren Eigentümer steht in Brasilien nun eine Anfechtungsklage zur Verfügung. Mit dem Ausspruch des Urteils zugunsten des Anfechtungsklägers wird die Vermutung zerstört.³⁴

Mit absoluter Sicherheit kann sich der Erwerber auf die Eintragungen im brasilianischen Register demnach nicht verlassen. Während nach deutschem Recht grundsätzlich nur derjenige Eigentümer eines Grundstücks sein, der auch eingetragen ist, bedeutet in Brasilien die

³³ Vgl. Joao Rabelo de Aguiar Vallim, Direito Imobiliario brasileiro, 1980, S. 69.

³⁴ Drechsler, a.a.O., S. 40.

Eintragung lediglich die widerlegbare Vermutung für die Eigentümerstellung des Eingetragenen. Dem brasilianischen Grundbuch fehlt die Strenge des deutschen Grundbuchs.

Doch kann auch diese Unsicherheit des brasilianischen Grundbuchs relativiert werden, wenn man sich die Beweislastgrundsätze vergegenwärtigt. Bis zum Beweis der gegenteiligen Rechtslage gilt der Eingetragene als Eigentümer. Die Beweislast für die Unrichtigkeit des Registers trägt der, der die Unrichtigkeit geltend macht.

Die Vermutung der Richtigkeit kann in der Praxis nämlich nicht in jedem Fall widerlegt werden. Aufgrund des Rechtsgedankens des Art. 859 CC stellt das Gericht im Rahmen der Anfechtungsklage Nachprüfungen über die Rechtsentwicklung des eingetragenen Titels an. Dabei werden dann diejenigen berücksichtigt, die hinsichtlich der Grundbucheintragungen gutgläubig waren. Auffällig wird, daß im Endeffekt der brasilianische Gutgläubenserwerb dem deutschen Recht durch die oft schwierige Beweisführung doch wieder recht nahe kommt.

Bei Urteilsausspruch zugunsten des gutgläubigen Erwerbers werden alle seine Rechtshandlungen als rechtmäßig angesehen. Der Erwerber ist dann nicht mehr verpflichtet, das Eigentum bzw. die Berechtigung seiner Vorgänger nachzuweisen. Die Gutgläubigkeit wird in der Praxis aber dann in Frage gestellt, wenn der Erwerber beim Erwerb wußte, daß noch irgendein Nachweis durch den Veräußerer zu erbringen war.³⁵

5. Der Registerberichtigungsanspruch

Das brasilianische Recht normiert, anders als im Falle des nicht ausdrücklich gesetz-

lich geregelten gutgläubigen Erwerbs, in Art. 860 CC den Registerberichtigungsanspruch.

Art. 860 - Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique.

Parágrafo único - Enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos.

Art. 860 - Wenn der Inhalt des Registers nicht der Wirklichkeit entspricht, kann der Benachteiligte dessen Berichtigung verlangen.

Einziger Paragraph - Solange der Übertragungstitel nicht überschrieben worden ist, wird der Veräußerer als Eigentümer des Grundstücks angesehen und haftet für dessen Belastungen.

Drechsler folgert daraus: "Damit Art. 860 CC in Einklang mit dem zum gutgläubigen Erwerb Gesagten zu bringen ist, ergibt sich, daß der Berichtigungsanspruch nicht greifen kann, wenn der Eingetragene beim Erwerb gutgläubig war."³⁶ So argumentierten auch andere "revolutionäre" brasilianische Juristen im Schrifttum, die von der relativen Vermutung des Art. 859 CC eine Ausnahme zulassen wollten, wenn der Erwerber gutgläubig war.³⁷ Sie konnten sich aber nicht durchsetzen. Drechsler setzt sich mit seiner Aussage aber selbst in Widerspruch zu seinen vorherigen Ausführungen, in denen er darlegt, daß sich niemand mit letzter Sicherheit auf die Aussage des Registers verlassen kann.³⁸ Es ist nämlich klar der Zusammenhang zwischen Art. 859 und Art. 860 CC und deren Wortlaut zu beachten. Die Artikel bauen aufeinander auf. Art. 859 CC enthält die Beweislastregel, die dem guten Glauben des Erwerbers Beachtung schenkt und die Ver-

³⁵ Drechsler, a.a.O., S. 42.

³⁶ Siehe Drechsler, a.a.O., S. 42.

³⁷ Siehe in Enciclopédia Saraiva do direito, a.a.O., "Registro de Imóveis", S. 275.

³⁸ Drechsler, a.a.O., S. 40.

mutung aufstellt, daß das Grundstück der eingetragenen Person auch zusteht, aber lediglich solange, bis es dem tatsächlichen Eigentümer gelingt, das Gegenteil zu beweisen. Dieser wahre Eigentümer hat dann den Registerberichtigungsanspruch nach Art. 860 CC.³⁹ Durch die in Art. 859 CC vorgesehene Beweiskraft kann der Registerbeamte eine etwaige Unrichtigkeit von Amts wegen aber nicht berichtigen.⁴⁰

6. Anfechtungsklage gegen den Bösgläubigen

Bei bösgläubigen Erwerbern oder bei unentgeltlichem Erwerb kann die Vermutung im Anfechtungsprozeß aufgrund jeden Mangels oder fehlender Berechtigung des Verfügenden widerlegt werden. Dies wird abgeleitet aus Art. 968 parágrafo único CC.

Art. 968 - Se, aquele, que indevidamente recebeu um imóvel, o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pelo preço recebido; mas, se obrou de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Parágrafo único - Se o imóvel se alheou por título gratuito, ou se, alheando-se por título oneroso, obrou de má-fé o terceiro adquirente, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.

Art. 968 - Wenn derjenige, der ein Grundstück ungeschuldeterweise erhielt, es in gutem Glauben unter entgeltlichem Titel veräußert hat, so haftet er nur für den empfangenen Preis; hat er aber in schlechtem Glauben gehandelt, so haftet er, außer für den Wert des Grundstücks, auch auf Schadensersatz.

Einziges Paragraph. Wenn das Grundstück unter unentgeltlichem Titel veräußert wurde, oder wenn bei einer entgeltlichen Veräußerung der dritte Erwerber in schlechtem Glauben handelte, so hat derjenige, der es irrtümlich als geschuldet hingegeben hatte, das Rückforderungsrecht.

³⁹ So Schwarz, a.a.O., S. 26; Enciclopédia Saraiva do direito, "Registro de Imóveis", S.276.

⁴⁰ Karl Heinsheimer (Hrsg.), a.a.O., Kommentar zu Art. 860.

Art. 968 CC gibt dem Veräußerer im Fall der rechtsgrundlosen Leistung das Recht, das Grundstück zurückzuverlangen, wenn der Erwerber bezüglich der Fehler des Rechtsgeschäfts bösgläubig war oder das zugrundeliegende unwirksame Rechtsgeschäft unentgeltlich war. In allen anderen Fällen wird der Erwerber gegenüber dem Herausgabeanspruch des Veräußerer privilegiert.

III. Möglichkeiten der Belastung des Grundstücks durch Rechte Dritter

Interessant für den Erwerber eines Grundstücks sind auch die Möglichkeiten der Grundstücksbelastung als Sicherheit für Dritte oder/und zur eigenen Kaufpreisfinanzierung.

1. Die Hypothek

Der häufigste Fall der Belastung eines Grundstücks ist die Bestellung einer Hypothek, Art. 809-855 CC, wobei wie im deutschen Recht ein bestimmtes Grundstück als Sicherheit für die Bezahlung einer Forderung dient. Auch die Hypothek des brasilianischen Rechts ist streng akzessorisch, d.h. ihr Bestehen hängt von dem Bestehen der zugrundeliegenden Forderung ab. Vgl. Art. 849 Nr. 1 CC:

Art. 849 - A hipoteca extingue-se:

- I** - pelo desaparecimento da obrigação principal;
 - II** - pela destruição da coisa ou resolução do domínio;
 - III** - pela renúncia do credor;
 - IV** - pela remissão;
 - V** - pela sentença passada em julgado;
 - VI** - pela prescrição;
 - VII** - pela arrematação ou adjudicação.
- Art. 849 - Die Hypothek erlischt:
- I** - durch Untergang der zugrundeliegenden Forderung
 - II** - durch Zerstörung der Sache oder Auflösung des Eigentums

III - durch Verzicht des Gläubigers
IV - durch Ablösung
V - durch rechtskräftiges Urteil
VI - durch Verjährung
VII - durch Versteigerung oder gerichtliche Zuteilung.

Es gibt drei Arten von Hypotheken im brasilianischen Recht: die Vertragshypothek, die gesetzliche Hypothek, Art. 827ff. CC und die gerichtliche oder Urteilshypothek, Art. 824 CC. Die häufigste Form der Hypothek ist die Vertragshypothek.

a) Bestellung der Hypothek

Die Bestellung erfolgt durch Rechtsgeschäft. Wichtig ist hier, daß diese Einigung der Parteien über die Hypothekenbestellung eines notariellen Vertrages bedarf, wohingegen beim Eigentumserwerb eines Grundstücks ja gerade keine notarielle Formvorschrift beachtet werden muß, sondern nur beim schuldrechtlichen Kaufvertrag. Die Hypothek ist nichtig, wenn ihre Bestellung nicht durch notariellen Vertrag erfolgt.⁴¹

b) Eintragung ins Grundbuch

Bei allen Arten der Hypothek bedarf es zur Entstehung wiederum der Eintragung ins Grundbuch unter der Spezialisierung von Forderung und Grundstück., s. Art. 831 und 676 CC.

Art. 831 - Todas as hipotecas serão inscritas no registro do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um.

Art. 831 - Alle Hypotheken müssen in das Register des Ortes, wo das Grundstück liegt, und, falls sich der Vertrag auf mehr als ein Grundstück bezieht, in das Register eines jeden von diesen eingetragen werden.

⁴¹ Schwarz, a.a.O., S. 29.

Art. 676 - Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no Registro de Imóveis, dos referidos títulos (**arts. 530, I, e 856**), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 676 - Der Erwerb dinglicher Recht an unbeweglichen Sachen, die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden bestellt oder übertragen werden sollen, vollzieht sich nur nach Überschreibung oder Eintragung der erwähnten Titel im Immobilienregister (Art. 530 Nr. 1 und 856), mit Ausnahme der ausdrücklich in diesem Gesetzbuch angegebenen Fälle.

Gemäß Art. 848 CC gelten Hypotheken "gegen Dritte erst vom Datum der Eintragung an. Solange sie nicht eingetragen sind, bestehen die Hypotheken nur unter den Parteien." Es gilt das Publizitäts- und Spezialitätsprinzip.⁴² Das brasilianische Recht geht also im Regelfall von der Buchhypothek aus. Die aus dem deutschen Recht bekannte Briefhypothek ist in Brasilien nur im Rahmen des staatlichen Wohnungsfinanzierungssystems oder zugunsten einer Bank oder Versicherung zulässig.⁴³

c) Rechte des Hypothekengläubigers und des Erwerbers

aa) Bei Fälligkeit der Schuld und Nichtzahlung durch den Schuldner kann der Gläubiger aus der Hypothek mit der Vollstreckungsklage vorgehen, vgl. Art. 759 CC. Das Grundstück wird öffentlich zwangsversteigert.

Art. 759 - O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição.

⁴² Siehe Enciclopédia Saraiva do direito, a.a.O., "Hipoteca", S. 239.

⁴³ So Schwarz, a.a.O., S. 29 zur Rechtslage bzgl. des staatlichen Wohnungsfinanzierungssystems.

Art. 759 - Der hypothekarische Gläubiger und der Pfandgläubiger haben das Recht zur Zwangsvollstreckung in die hypothekenbelastete oder verpfändete Sache und gehen anderen Gläubigern in der Befriedigung vor, wobei in Ansehung der Hypothek das Rangverhältnis der Eintragungen zu beachten ist.

bb) Erwirbt ein Käufer ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück, hat er das Recht, die Hypothek abzulösen, indem er die Forderung bezahlt, vgl. Art. 815 und 849 Nr. 4 CC (Wortlaut, s.o.). Die Löschung ist gegen Dritte erst wirksam, wenn es auch im Register vermerkt wurde, Art. 850 CC (Publizitätsprinzip).

Art. 815 - Ao adquirente do imóvel hipotecado cabe igualmente o direito de remi-lo.

Art. 815 - Dem Erwerber eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks steht ebenfalls das Recht zu, es auszulösen.

Art. 850 - A extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiros depois de averbada no respectivo Registro.

Art. 850 - Das Erlöschen der Hypothek beginnt gegen Dritte zu wirken erst, nachdem es im betreffenden Register vermerkt ist.

d) Gutgläubiger Erwerb und die Hypothek

Nach Art. 756 CC kann nur derjenige, der veräußern kann, hypothekarisch belasten.

Art. 756 - Só aquele que pode alienar poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca.

Parágrafo único - O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário.

Art. 756 - Nur wer veräußern kann, kann hypothekarisch belasten, in Nutzpand geben oder verpfänden. Nur Dinge, die veräußert werden können, können in Pfand, Nutzpand oder Hypothek gegeben werden.

Einziges Paragraph - Bei späterer Erwerbung des Eigentums werden dingliche Sicherheiten, welche der die Sache als titulierter Eigentümer Besizende bestellt hat, wirksam, und zwar rückwirkend von ihrer Eintragung an.

Wie beim gutgläubigen Erwerb des Grundstücks erwähnt, gibt es keinen absoluten Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit und Vollständigkeit des Registers. Folgerichtig gibt es auch bei einer Hypothekenbestellung durch den Nichteigentümer keinen absoluten Schutz, sondern nur die nach Art. 859 CC relative Vermutung der Richtigkeit. Dies ergibt sich auch aus Art. 756 Einziges Paragraph CC (s.o.): Erst bei späterer wirklicher Erwerbung des Eigentums werden die bestellten dinglichen Sicherheiten ex tunc, d.h. rückwirkend von ihrer Eintragung an, wirksam. Auch ist es nicht möglich, daß die Hypothek an einem Grundstück erlischt durch Unkenntnis des gutgläubigen Erwerbers von der Hypothek, vgl. die Erlöschensgründe des Art. 849 CC (s.o.). Die grundsätzliche negativere Einstellung des Código Civil als die des BGB zum gutgläubigen Erwerb wird erneut deutlich.⁴⁴ Die in der deutschen Rechtspraxis am häufigsten vorkommende Bestellung einer nicht-akzessorischen Grundschuld trifft man im brasilianischen Recht nicht an, auch nicht ein vergleichbares Rechtsinstitut.

2. Antichretisches Pfandrecht (Nutzpfandrecht)

Die brasilianische Antichrese beinhaltet ein Nutzpandrecht an einem Grundstück. Das Beziehen der Früchte und Erträge des Grundstücks dient zum Ausgleich der Schuld.

⁴⁴ Vgl. Karl Heinsheimer, a.a.O., Kommentar zu Art. 849.

Art. 805 - Pode o devedor, ou outrem por ele, entregando ao credor um imóvel, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos.

§ 2º - O imóvel hipotecado pode ser dado em anticrese pelo devedor ao credor hipotecário, assim como o imóvel sujeito à anticrese pode ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético.

Art. 805 - Der Schuldner oder ein andere für ihn kann dem Gläubiger unter Überlassung eines Grundstücks das Recht abtreten, dessen Früchte und Erträge zum Ausgleich der Schuld zu beziehen.

§ 2 - Ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück kann vom Schuldner dem Hypothekengläubiger in Antichrese gegeben werden, ebenso wie ein in Antichrese gegebenes Grundstück vom Schuldner zugunsten des antichretischen Gläubigers mit einer Hypothek belastet werden kann.

Sowohl das schweizerische Zivilgesetzbuch als auch das BGB haben das Nutzpandrecht an Grundstücken aufgegeben. Das antichretische Pfandrecht bedarf zu seiner wirksamen Bestellung eines notariellen Vertrages und der Eintragung ins Grundbuch, vgl. Art. 676 CC (s.o.).

Problematisch und daher in der Praxis auch selten ist, daß der Gläubiger zur Sicherung der Forderung den Besitz am Grundstück erhält. Da er zur Fruchtziehung berechtigt ist, kann er auch das Grundstück zum eigenen Nutzen verpachten. Der Gläubiger hat das Nutzungsrecht, aber auch die fortlaufenden Kosten zu tragen. Die Antichrese kann zwar mit einer Hypothek nach Art. 805 § 2 CC (s. o.) verbunden werden, doch steigert das nicht ihre geringe Attraktivität. Die beiden einzigen Formen des brasilianischen Immobiliarpfandes sind die Hypothek und die Antichrese.

IV. Ausblick:

Seit Jahren läuft nun schon die Diskussion um eine Erneuerung des Código Civil, die auch das Grundstücksrecht betreffen wird. Vor allem der Gutgläubenserwerb vom Buchrechtinhaber als absoluter Schutz ohne die Möglichkeit einer Anfechtungsklage soll, wie im deutschen Recht, möglich werden.⁴⁵ Inwieweit eine tatsächliche Änderung eintreten wird, bleibt abzuwarten.//

⁴⁵ Schwarz. a.a.O., S. 26.

Steuerermäßigung und das Bundesgesetz 104 vom 10. Januar 2001

Cristiano Frederico Ruschmann

Das Bundesgesetz 104 vom 10. Januar 2001 hat dem Paragraph 116 der brasilianischen Abgabeordnung („CTN“) einen Absatz hinzugefügt. Nach dieser neuen Regelung „darf der Finanzamtsträger Rechtsgeschäfte, die absichtlich durchgeführt werden, um die Verwirklichung des Steuertatbestandes zu verstellen, für nichtig erklären ...“. ⁴⁶

Zur Zeit wird diskutiert, ob laut dieser neuen Rechtsnorm die Finanzamtsträger ermächtigt sind, Rechtsgeschäfte für nichtig zu erklären, die rechtmäßig von den Steuerpflichtigen mit dem Ziel durchgeführt wurden, durch die rechtliche Ausgestaltung dieser Vorgänge sowie unter Ausnutzung von Gesetzeslücken Steuern zu sparen (das sog. Tax Planning).

Dies ist keine neue Diskussion im brasilianischen Recht. Der CTN rechtfertigt bereits die Tätigkeit der Finanzbehörde in Fälle des Vorsatzes, Betruges und Scheins. Abgesehen von der Wirksamkeit der durchgeführten Taten des Steuerpflichtigen kann die Finanzbehörde zusätzlich den Steuertatbestand auslegen. Im Gegensatz dazu hat man jedoch immer das Bedürfnis der Steuerpflichtigen nach Rechtssicherheit aufgrund der Grundwerte der Gesetzmäßigkeit und der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung anerkannt. Nach diesen Grundsätzen entsteht der Steueranspruch nur, wenn der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht ausdrücklich knüpft.

⁴⁶ "autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ...".

Das Neueste in der Rechtsordnung ist der Ausdruck „absichtlich verstellen“. Auf Portugiesisch ist Verstellen ein Synonym für Schein, obwohl sie miteinander nicht verwechselt werden dürfen. Schein ist im brasilianischen BGB geregelt und bedeutet regelmäßig, etwas zu zeigen, das nicht so ist, wie es aussieht. Andererseits bedeutet Verstellen etwas einfach nicht zeigen, verheimlichen, verhehlen oder verstecken. Das Verstellen kann mit oder ohne Absicht geschehen. Infolgedessen steht im Gesetz „absichtlich verstellen“ und nicht nur „verstellen“. Absichtlich verstellen entspricht nach unserer Auslegung hinterziehen, was bereits eine strafbare Handlung ist.

Am 12. Januar 2001 hat Brasiliens Oberbundesfinanzdirektor Everardo Maciel in der Zeitung „Gazeta Mercantil“ erklärt, daß dieses Gesetz sich an eine ähnliche deutsche Norm angelehnt habe.

Aufgrund dieser Äußerung haben wir die deutsche Abgabeordnung (AO) analysiert, da sie dieselbe rechtliche Funktion in der Rechtsordnung wie der CTN hat. Ohne dieses Thema als Ganzes auslegen zu wollen, meinen wir, daß die AO dieselben Normen wie der frühere Text des CTN's zum Inhalt hat. Die §§ 41 und 42 der AO handeln nur von den unwirksamen Rechtsgeschäften, den Scheingeschäften und dem Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die im Allgemeinen dieselbe Rechtsnatur wie Vorsatz, Betrug und Schein des CTN's haben.

Mit anderen Worten: Die brasilianische Rechtsordnung erweist sich hinsichtlich der Möglichkeiten zur Steuerermäßigung (oder Tax Planning) als unverändert. Wenn der Steuerpflichtige vor sich zwei oder mehrere rechtmäßige Gestaltungsmöglichkeiten hat, darf er sich den günstigen Weg in bezug auf die Besteuerung auswählen.

Ein zukünftiges Gesetz, das das Verfahren der Behörden zur Anwendung dieser Norm

regeln wird, und das vom Brasiliens Bundesverfassungsgericht zu erwartende Urteil in der vom Handelsverein erhobenen Klage sollen in Kürze diese ganze Diskussion verstärken. Wir warten auf diese Ereignisse, um dieses Thema weiter auszuführen.//

