

Dokumentnummer: 14134
letzte Aktualisierung: 13.12.2002

EGBGB Art. 24; BGB §§ 1821, 1911

Brasilien: Verkauf einer deutschen Immobilie durch Vormund nach brasilianischem Recht im Wege der öffentlichen Versteigerung; Abwesenheitspflegschaft nach § 1911 BGB

I. Zum Sachverhalt

Über ein in Deutschland gelegenes Grundstück wurde ein Kaufvertrag abgeschlossen. Veräußerer waren mehrere brasilianische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Brasilien. Die Erwerberin ist eine juristische Person mit Sitz in Deutschland.

Unter den Veräußerern befand sich eine Person, die schon im Jahre 1990 entmündigt worden war. Für diesen Fall sollte sein brasilianischer Vormund handeln.

II. Fragestellung

1. Kann der jetzige Vormund den Grundstückskaufvertrag nachgenehmigen bzw. den Notar dazu bevollmächtigen oder ist dies nur durch einen zu bestellenden Ergänzungsbetreuer möglich?
2. Ist eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung noch erforderlich, wenn das Grundstücksgeschäft nachgenehmigt wird?
3. Ist für die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung das Vormundschaftsgericht Dresden oder das brasilianische Vormundschaftsgericht zuständig? Kann der brasilianische Vormund darüber entscheiden bzw. die Entscheidung dem Notar übertragen?
4. Ist es erforderlich, dass der Antrag auf Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungsbetreuer gestellt wird oder kann auch der jetzige Vormund diesen Antrag stellen bzw. den Notar dazu bevollmächtigen?
5. Hinsichtlich des Gangs des vormundschaftlichen Genehmigungsverfahrens: Ist für das Vorbescheidsverfahren die Bestellung eines (weiteren) Ergänzungsbetreuers nötig? Muss das brasilianische Vormundschaftsgericht (per Information) einbezogen werden, falls das Vormundschaftsgericht Dresden zuständig ist?

III. Zur Rechtslage

1. Abschluss des Kaufvertrages durch den brasilianischen Vormund

Der schuldrechtliche Grundstückskaufvertrag unterliegt gem. Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 EGBGB dem deutschen Recht, sofern nicht ohnehin eine stillschweigende Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB zugunsten des deutschen Rechts vorgenommen worden ist. Hinsichtlich des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts gilt gem. Art. 43 Abs. 1 EGBGB wegen der Belegenheit des Grundstücks in Deutschland ebenfalls das deutsche Recht. Von diesen allgemeinen Statuten wird das Recht der Stellvertretung als sog. Teilfrage abgespalten und gesondert angeknüpft (vgl. Junker, IPR, Rn. 248). Die Anknüpfung der gesetzlichen Vertretungsmacht ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt sich die gesetzliche Vertretungsmacht nach dem Statut, dem die Rechtsverhältnisse zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter unterstehen (Rauscher, IPR, 1999, S. 211). Die gesetzliche Vertretungsmacht des Vormunds, Pflegers oder Betreuers unterliegt daher dem jeweiligen Vormundschaftsstatut, d.h. Art. 24 EGBGB oder einer Kollisionsnorm eines gem. Art. 3 Abs 2 S. 1 EGBGB vorrangigen Staatsvertrages (Rauscher, a. a. O.).

a) Anknüpfung der gesetzlichen Vertretungsmacht nach Art. 24 Abs. 1 EGBGB

Mangels vorrangiger Staatsverträge bestimmt sich im vorliegenden Fall das Vormundschaftsstatut nach Art. 24 Abs. 1 EGBGB. Danach unterliegen die **Entstehung**, die Änderung und das Ende der Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft sowie Inhalt der gesetzlichen Vormundschaft und Pflegschaft dem **Recht des Staates, dem der Mündel, Betreute oder Pflegling angehört**.

Nach Art. 24 Abs. 3 EGBGB unterliegt der **Inhalt** der Betreuung und der angeordneten Pflegschaft und Vormundschaft dem **Recht des anordnenden Staates**. Der Grund für diese Anknüpfung wird darin gesehen, dass zwischen den materiellrechtlichen Vorschriften über die entsprechenden Rechtsinstitute (Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft) und dem Verfahrensrecht ein enger Zusammenhang besteht (Staudinger/Kropholler, Stand: Dezember 2001, Art. 24 EGBGB Rn. 36). Damit entscheidet das Recht des anordnenden Staates auch über den Inhalt der Vertretungsmacht des Vormunds, Pflegers oder Betreuers, insbesondere darüber, ob eine Vertretung überhaupt zulässig oder ggfs. eingeschränkt ist und ob staatliche Stellen zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts mitwirken müssen (Staudinger/Kropholler, Stand: 2001, Art. 24 EGBGB Rn. 43).

Bei der Verweisung gem. Art. 24 Abs. 3 EGBGB handelt es sich um eine **Sachnormverweisung**, so dass eine Rückverweisung vom brasilianischen Recht ausgeschlossen wäre (vgl. Staudinger/Kropholler, Stand: Dezember 2001, Art. 24 EGBGB Rn. 64). Selbst wenn man eine Kollisionsnormverweisung gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB in Betracht ziehen würde, käme man zur Anwendbarkeit des brasilianischen Rechts, da dieses hinsichtlich des Inhalts der Schutzmaßnahme (Bestellung eines Vormunds) nach dem Wohnsitzrecht des Vormunds bzw. des Pflegers beurteilt (vgl. Staudinger/Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 84). Der Vormund hat im vorliegenden Fall seinen Wohnsitz in Brasilien, so dass auch nach brasilianischem Kollisionsrecht das brasilianische Vormundschaftsrecht anwendbar wäre.

b) Anerkennung der Bestellung zum Vormund durch das brasilianische Vormundschaftsgericht (§ 16 a FGG)

Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit beurteilt sich nach **§ 16 a FGG**, der auch für Vormundschaften gilt (Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 14. Aufl. 1999, § 16 1 FGG Rn. 2; Staudinger/Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 131). § 16 a FGG ist negativ formuliert, die Vorschrift bestimmt lediglich, wann eine ausländische Entscheidung nicht anzuerkennen ist. Daraus folgt im Gegenschluss, dass eine ausländische Entscheidung immer dann anzuerkennen ist, wenn die Ausschlussstatbestände nach Ziff. 1 – 4 des § 16 a FGG nicht vorliegen. Die Anerkennung einer ausländischen Vormundschaft bedeutet insbesondere, dass die Vertretungsmacht des ausländischen Vormunds in dem Umfang anerkannt wird, in der sie nach dem Recht des ausländischen anordnenden Gerichtes besteht (Staudinger/Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 135). § 16 a FGG enthält demnach zugleich auch eine (versteckte) Kollisionsnorm, die sich im vorliegenden Fall mit Art. 24 Ab. 3 EGBGB deckt.

Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung erfolgt nicht in einem besonderen Verfahren, sondern durch jede Behörde oder durch jedes Gericht, das mit der Vorfrage der Anerkennung der ausländischen Entscheidung befasst ist (sog. **Inzidentanerkennung**). Die mit der Vorfrage der Anerkennung befasste Stelle muss die Ausschlussvoraussetzungen nach § 16 a Ziff. 1 – 4 FGG grundsätzlich in tatsächlicher bzw. rechtlicher Hinsicht überprüfen; eine Vermutung zugunsten der Anerkennung besteht nicht (vgl. zu § 328 ZPO: Zöller/Geimer, 22. Aufl. 2001, § 328 ZPO Rn. 184). Die spiegelbildliche Zuständigkeit des brasilianischen Vormundschaftsgerichts gem. § 16 a Ziff. 1 FGG folgt hier nach § 35 b Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 FGG, da der Mündel die brasilianische Staatsangehörigkeit hat und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Brasilien hat. Mangels näherer Angaben im Sachverhalt können wir nicht beurteilen, ob ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* gem. § 16 a Ziff. 2 u. 3 FGG in Betracht kommen könnte. Anhaltspunkte dafür, dass die Anordnung der Vormundschaft gegen den deutschen materiellen *ordre public* gem. § 16 a Ziff. 4 FGG verstoßen könnte, sind nicht ersichtlich. Die der Anordnung der Vormundschaft vorausgehende Entmündigung nach brasilianischem Recht verstößt nach h. M. nicht gegen den deutschen *ordre public* (vgl. Staudinger/Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 133).

c) Umfang der Vertretungsmacht des Vormunds nach brasilianischem Recht

Wie oben näher dargelegt (vgl. Buchstabe a), unterliegt der Inhalt der gesetzlichen Vertretungsmacht eines Vormunds dem **Recht des anordnenden Staates**. Da die Vormundschaft über den Beteiligten von einem brasilianischen Gericht angeordnet wurde, bestimmt demnach das brasilianische Recht den Inhalt der Vertretungsmacht. Art. 453 des brasilianischen Zivilgesetzbuches (C.C.) erklärt hinsichtlich der Rechte und Pflichten des Vormunds (*curador*) die Bestimmungen bezüglich der Stellung des Vormunds für Minderjährige (*tutor*) entsprechend anwendbar. Nach Art. 422 ff. C.C. obliegt dem *tutor* u. a. die Vertretung des Mündels und die Verwaltung des Mündelvermögens. Die Vertretungsmacht des Vormunds ist in zweierlei Hinsicht eingeschränkt:

Wann für Handlungen des *curadors* die Erteilung einer **gerichtlichen Genehmigung** erforderlich ist, beurteilt sich nach Art. 452 C.C., der die Genehmigungsvorschrift über die Vertretung von Minderjährigen für entsprechend anwendbar erklärt. Art 427 C.C. bestimmt im Wortlaut:

Art. 427.

Compete-lhe também, com autorização do juiz:

I – Fazer as despesas necessárias com a conservação e o melhoramento dos bens.

II – Receber as quantias devidas ao órfão, e pagar-lhe as dívidas.

III – Aceitar por ele heranças, legados, ou doações, com ou sem encargos.

IV – Transigir.

V – Promover-lhe, mediante praça pública, o arrendamento dos bens de raiz.

VI – Vender-lhe em praça os móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis, nos casos em que for permitido (art. 429).

VII – Propor em juízo as ações e promover todas as diligências a bem do menor, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos, segundo o disposto no art. 84.

Art. 427.

Mit gerichtlicher Genehmigung hat er auch die folgenden Befugnisse:

I – Tätigen der notwendigen Ausgaben für die Erhaltung oder Verbesserung des Mündelvermögens.

II – Entgegennahme der dem Waisen geschuldeten Beträge und Zahlung seiner Schulden.

III – Annahme von Erbschaften, Vermächtnissen oder Schenkungen, mit oder ohne Belastungen, für den Mündel.

IV – Abschluss eines Vergleiches.

V – Betreiben der Verpachtung von landwirtschaftlichen Gütern mittels öffentlicher Versteigerung.

VI – Versteigerung der beweglichen Sachen, deren Erhaltung nicht sinnvoll ist und des unbeweglichen Vermögens in den gestatteten Fällen (Art. 429).

VII – Erhebung von Klagen und Beantragung jeglicher gerichtlicher Maßnahmen zugunsten des Minderjährigen sowie die Verteidigung gegen alle gegen diesen erhobenen Klagen entsprechend dem in Art. 84 festgelegten.

(eigene, nicht amtliche Übersetzung)

Hinsichtlich der Vertretungsmacht zur **Veräußerung von Immobilien** ist darüber hinaus die einschränkende Vorschrift des Art. 429 C.C. zu beachten. Diese Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

Art. 429

Os imóveis pertencentes aos menores só podem ser vendidos quando houver manifesta venta-

Art. 429

Das unbewegliche Vermögen der Minderjährigen kann lediglich dann veräußert werden,

gem, y sempre em hasta pública.

wenn ein offenkundiger Vorteil vorliegt, und dann immer nur im Wege der öffentlichen Versteigerung

(eigene, nicht amtliche Übersetzung)

Art. 429 des brasilianischen C.C. schränkt die Vertretungsmacht des Vormunds zum Verkauf von unbeweglichem Vermögen des Mündels dahingehend ein, dass der Verkauf nur im Wege der **öffentlichen Versteigerung** (*em hasta pública*) erfolgen kann. Daher hätte der brasilianische Vormund im vorliegenden Fall keine Vertretungsmacht, einen freihändigen Verkauf der Immobilie vorzunehmen. Ob diese Einschränkung auch für den Fall des Verkaufs durch eine Miterbengemeinschaft gilt, an der der Mündel beteiligt ist, können wir nicht beurteilen. Wir gehen jedoch davon aus, dass dies die Rechtslage in Brasilien ist; andernfalls würde auch das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung nach Art. 427 VII C.C. nicht eingreifen und der Vormund könnte ohne Kontrolle an der Veräußerung der Immobilie mitwirken.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der **brasilianische Vormund bei einem freihändigen Verkauf der Immobilie wohl keine gesetzliche Vertretungsmacht hat**, so dass der Kaufvertrag auch bei einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vertrages nicht rechtswirksam zustande gekommen wäre.

d) Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (Art. 427 C.C.)

Das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für die Erklärung des Vormunds unterliegt dem Recht der Wirkung der Vormundschaft gem. Art. 24 Abs. 3 EGBGB (vgl. Staudinger/Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 22; Jaspersen, FamRZ 1996, 393, 398). Demnach würde sich das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei Teilungsversteigerung nach Art. 427 des brasilianischen C.C. richten.

Die Zuständigkeit zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung dürfte sich für ein brasilianisches Vormundschaftsgericht aus dem Aufenthalt des Mündels in Brasilien ergeben. Andererseits kommt auch eine Zuständigkeit der deutschen Vormundschaftsgerichte in Betracht. Nach §43 Abs. 1 FGG i. V. m. § 35 b Abs. 2 FGG sind die deutschen Gerichte in Vormundschaftssachen zuständig, soweit der Mündel oder Pflegling der Fürsorge durch ein deutsches Gericht bedarf. Ein solches Bedürfnis ist vorhanden, wenn ein hinreichender Inlandsbezug vorliegt. Dieser ist gegeben, wenn das **Rechtsgeschäft in Deutschland vorgenommen** wurde bzw. vorgenommen werden soll oder der Gegenstand des Rechtsgeschäfts sich in Deutschland befindet (Jaspersen, FamRZ 1996, 393, 396). Sofern die Teilungsversteigerung über ein in Deutschland belegenes Grundstück in Deutschland vorgenommen wird, wird man eine Fürsorgezuständigkeit i. S. des § 35 b Abs. 2 FGG annehmen können. Dabei muss das deutsche Vormundschaftsgericht die Genehmigungsvorschrift des Art. 427 C.C. anwenden. Der Ausspruch der Genehmigung nach ausländischem Recht durch ein deutsches Vormundschaftsgericht unterliegt keinen Bedenken (vgl. Jaspersen, a. a. O., S. 396).

Hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens sei noch auf Folgendes hingewiesen: Nach deutschem Recht kann das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft nur dem Vormund gegenüber erklären (§ 1828 BGB). Die nach Vertragschluss vom Vormundschaftsgericht erteilte Genehmigung wird dem anderen Teil gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt wird (§ 1829 Abs. 1 S. 2 BGB). Nach deutschem Recht ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung also empfangsbedürftig. Kollisionsrechtlich bestimmt jedoch das Statut der gesetzlichen Vertretung, auf welche Art und Weise die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wirksam wird (Reithmann/Martiny-Hausmann, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 2051). Die *lex causae* erfasst die Wirkungen und die Geschäftsvoraussetzungen, sie beherrscht das Rechtsgeschäft „von der Wiege bis zum Grabe“ (MünchKomm-Spellenberg, vor Art. 11 EGBGB Rn. 6). Demnach beurteilt sich **nach brasilianischem Recht** als *lex causae*, ob die **vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bereits mit ihrem Erlass wirksam ist** oder erst mit ihrer Mitteilung durch den Vormund. Den Vorschriften über das brasilianische Vormundschaftsrecht ist allerdings nicht zu entnehmen, dass die Genehmigung einer Mitteilung durch den Vormund an den Vertragspartner bedürfte..

2. Umsetzung der eingeschränkten Vertretungsmacht des brasilianischen Vormunds in das deutsche Verfahrensrecht

Da das brasilianische Vormundschaftsrecht die Vertretungsmacht des Vormunds zum Verkauf wohl von Immobilien des Mündels dahingehend einschränkt, dass der Verkauf nur im Wege der öffentlichen Versteigerung möglich ist, stellt sich die Frage, wie diese Einschränkung verfahrensrechtlich in Deutschland umzusetzen ist. Denkbar wäre eine Substitution dieser Voraussetzungen durch einen freihändigen Verkauf mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung (vgl. § 1821 BGB). Dagegen spricht jedoch, dass auch das brasilianische Vormundschaftsgericht eine gerichtliche Genehmigung vorsieht (Art. 427 Ziff. 6 C.C.), so dass das Verfahren der öffentlichen Versteigerung gerade eine zusätzliche Einschränkung der Vertretungsmacht darstellt.

Denkbar wäre auch das Erfordernis der öffentlichen Versteigerung i. S. des Art. 429 C.C. durch eine freiwillige Versteigerung (Auktion) zu ersetzen. Allerdings handelt es sich bei der Veräußerung im Wege der freiwilligen Versteigerung um eine Form des freihändigen Verkaufs, bei der der Einlieferer (Grundstückseigentümer) das Verfahren selbst bestimmen kann; das Verfahren wird nicht durch zwingende öffentlich-rechtliche Vorschriften vorgegeben. Daher wird man eine freihändige Versteigerung der Immobilie nicht als ausreichend betrachten können, um den Erfordernissen einer öffentlichen Versteigerung i. S. des Art. 429 C.C. Genüge tun zu können.

Die öffentliche Versteigerung ist im deutschen Verfahrensrecht gesetzlich vorgesehen nur für Fälle des drohenden Wertverlustes der versteigerten Sache, Versteigerungen zur Gläubigerbefriedigung unter Vermeidung einer Zwangsvollstreckung und Versteigerungen zur Auseinandersetzung von Rechtsgemeinschaften (vgl. Dietsch, NotBZ 2000, 322). Von diesen Verfahren kommt im vorliegenden Fall nur die Versteigerung zur Auseinandersetzung der brasilianischen Erbengemeinschaft (vgl. im deutschen Recht: §§ 2042 Abs. 2, 753 Abs. 1 S. 1 BGB) in Betracht, die verfahrensrechtlich in den §§ 180 ff. ZVG geregelt ist. Daher wäre allenfalls denkbar, dass die Veräußerung des Grundstücks nur im Wege der **Teilungsversteigerung gem. §§ 180 ff. ZVG** mit zusätzlicher vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung gem. Art. 427 brasilianischer C.C. möglich wäre. Gegen diese Lösung sprechen aber folgende Überlegungen: Das deutsche

Verfahrensrecht müsste generell auch für den Fall, dass ein einzelner (minderjähriger oder entmündigter) Erbe den Verkauf tätigen soll, ein Verfahren der öffentlichen Versteigerung vorsehen, was jedoch nicht zutrifft. Hier wäre es überhaupt nicht möglich, die materiellrechtlichen Voraussetzungen des brasilianischen Rechts durch ein Verfahren nach deutschem Recht zu erfüllen. Gerade dieser Fall zeigt, dass die Teilungsversteigerung kein Verfahren zum Schutze des Minderjährigen oder Entmündigten darstellt, sondern dazu dient, eine Rechtsgemeinschaft auseinanderzusetzen. Da das deutsche Recht den Schutz des Geschäftsunfähigen verfahrensrechtlich lediglich durch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ausgestaltet hat, kann es kein adäquates Verfahren zur Ausfüllung der materiellrechtlichen Voraussetzungen des Art. 429 bras. C.C. zur Verfügung stellen. Somit scheidet auch die Teilungsversteigerung nach §§ 180 ff. ZVG als Mittel zum Verkauf der Immobilie gemäß Art. 429 brasil. C.C. aus.

3. Anordnung einer Betreuung durch ein deutsches Vormundschaftsgericht

Da das Verfahren der öffentlichen Versteigerung gem. §§ 180 ff. ZVG im vorliegenden Fall ausscheidet (dazu oben 2.), ist zu überlegen, **ob nach deutschem Recht ein Betreuer bestellt** werden kann, dessen Vertretungsmacht sich gem. Art. 24 Abs. 3 EGBGB nach dem Recht des anordnenden Staates, also nach deutschem Recht, richten würde. Dabei wäre zu beachten, dass die Voraussetzungen zur Anordnung einer Betreuung sich nach brasilianischem Recht richten würden, da der bereits in Brasilien entmündigte Miterbe die brasilianische Staatsangehörigkeit hat (Art. 24 Abs. 1 EGBGB) und die Verweisung vom deutschen Kollisionsrecht vom brasilianischen Kollisionsrecht wegen des Aufenthalts des Mündels in Brasilien vom brasilianischen Kollisionsrecht angenommen würde (nach brasilianischem Recht unterliegen die Voraussetzungen für die Bestellung eines Vormunds dem Recht des Wohnsitzes des Mündels; vgl. Staudinger-Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn 84). Das deutsche Vormundschaftsgericht müsste demnach die Voraussetzungen zur Anordnung einer Betreuung nach brasilianischem Recht prüfen, was auf rein tatsächliche Schwierigkeiten stoßen würde. Das Vormundschaftsgericht müsste zumindest die Akten über die Anordnung der Vormundschaft durch das brasilianische Vormundschaftsgericht anfordern, was ggf. aus rein tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich sein könnte. Aus zeitlichen Gründen ist demnach das Verfahren der Anordnung einer Betreuung für den in Brasilien lebenden Erben kein praxistaugliches Mittel.

Unabhängig davon erscheint die Anordnung einer Betreuung aber auch aus rechtlichen Gründen problematisch, weil sich die Anordnungsbedingungen gemäß Art. 24 Abs. 1 EGBGB im vorliegenden Fall nach brasilianischem Recht richten und dieses wohl keinen Raum für einen weiteren „Vormund“ zulässt. Auf kollisionsrechtlicher Ebene könnte man zu den Voraussetzungen zur Anordnung einer Betreuung nach deutschem Recht nur über eine ad hoc (richterrechtlich) zu bildende Kollisionsnorm gelangen. Ein solcher Weg wäre rechtlich möglich, da das System der Kollisionsnormen als „innerlich bewegliches System“ verstanden wird (Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, S. 170). Das IPR-System ist seiner Natur nach immer „unfertig“ (Schurig, S. 175), so dass neue Kollisionsnormen auch durch richterliche Entscheidung neu geschaffen (bzw. neu „entdeckt“; Schurig, a.a.O., S. 175) werden können. Art. 24 EGBGB enthält jedoch in Abs. 2 eine eigenständige Regelung, die für Fälle wie den vorliegenden eine kollisionsrechtliche Grundlage zur Anwendung des deutschen Rechts schafft (dazu unten 4.). Sofern eine Person grds. (abstrakt betrachtet) handlungsfähig ist, im konkreten Fall die Ausübung der Handlungsmacht jedoch ausscheidet, kann nach deutschem Recht eine Pflegschaft angeordnet werden. Dieser Fall trifft auch zu, wenn aus rechtlichen Gründen das Handeln eines Vertreters ausscheidet, weil das deutsche Recht die Anforderungen

verfahrensrechtlich nicht umsetzen kann und somit die Handlungsmacht des Vertreters praktisch ins Leere läuft.

4. Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft nach § 1911 Abs. 2 BGB i. V. m. § 10 Abs. 1 Nr. 1 ZustErgG

a) Anwendbares Recht (Art. 24 Abs. 2 EGBGB)

Ist eine Pflegschaft erforderlich, weil nicht feststeht, wer an einer Angelegenheit beteiligt ist, oder weil ein Beteiligter sich in einem anderen Staat befindet, so ist das Recht anzuwenden, das für die Angelegenheit maßgeblich ist. Der Gesetzgeber dachte bei dieser Vorschrift an die Fälle des § 1911 Abs. 2 BGB (Staudinger/Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 57). Die Sondervorschrift des Art. 24 Abs. 2 EGBGB bezieht sich nur auf den Werdegang (Entstehung, Änderung, Ende) der Pflegschaft (Staudinger/Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 58; Erman/Hohloch, Art. 24 EGBGB Rn. 16). Der Inhalt einer nach Abs. 2 angeordneten Pflegschaft bestimmt sich nach dem Recht des anordnenden Staates (Art. 24 Abs. 3 EGBGB). Demnach kann unter den Voraussetzungen des § 1911 Abs. 2 EGBGB (i. V. m. § 10 Abs. 1 Nr. 1 ZustErgG) möglicherweise eine Pflegschaft für den entmündigten brasilianischen Miterben nach deutschem Recht angeordnet werden. Nach § 1911 Abs. 2 BGB kann für einen Abwesenden, dessen Aufenthalt bekannt, der aber an der Rückkehr und der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert ist, für seine Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedürfen, ein Abwesenheitspfleger bestellt werden. § 10 Abs. 1 ZustErgG vom 7.8.1952 (BGBl. I, S. 407; Text bei MünchKomm-Schwab, 4. Aufl. 2002, § 1911 BGB Rn. 30) erweitert den Abwesenheitsbegriff u.a. hinsichtlich natürlicher Personen: Es genügt, wenn die Verbindung mit dem Aufenthaltsort der Person unterbrochen oder in einer Weise erschwert ist, dass ihre Vermögensangelegenheiten im Geltungsbereich des Gesetzes nicht ordnungsgemäß besorgt werden können.

Nach dem Wortlaut des § 1911 Abs. 2 BGB i. V. m. § 10 Abs. 1 Nr. 1 ZustErgG scheint eine unmittelbare Anwendung nicht möglich, da der Entmündigte brasilianische Miterbe durch seinen Vormund in Deutschland handeln kann. Wegen der eingeschränkten Vertretungsmacht (Verkauf nur im Wege der öffentlichen Versteigerung gem. Art. 429 bras. C.C.) wird man diese Vorschrift jedoch auf diese Fälle ausdehnen können, in denen die Besorgung der Vermögensangelegenheiten aus rechtlichen Gründen erschwert ist. Dass es ein **Fürsorgebedürfnis** für ausländische Staatsangehörige auf der Grundlage des deutschen Rechts gibt, zeigt auch die Vorschrift des Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGBGB, die eine Betreuung für in Deutschland wohnhafte ausländische Staatsangehörige nach deutschem Recht ermöglicht. Im vorliegenden Fall spricht ein evidentes Bedürfnis dafür, eine Abwesenheitspflegschaft nach § 1911 Abs. 2 BGB i. V. m. § 10 Abs. 1 Nr. 1 ZustErgG anzuordnen, da andernfalls eine Veräußerung der Immobilie (auch für die sonstigen Miterben) faktisch unmöglich werden könnte. Zudem ist zu beachten, dass erfahrungsgemäß bei einer Versteigerung ein niedrigerer Verkaufserlös erzielt wird als bei einer Veräußerung im Wege des freihändigen Verkaufs. Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, die Vorschrift des § 1911 Abs. 2 BGB auf die Fälle der rechtlichen Erschwernis der Besorgung der Vermögensangelegenheiten entsprechend anzuwenden. Aus den vorgenannten Gründen wird man auch ein Fürsorgebedürfnis in vermögensrechtlicher Beziehung i. S. des § 1911 BGB ohne Weiteres annehmen können.

b) Zuständigkeit zur Anordnung der Abwesenheitspflegschaft

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Vormundschaftsgerichte ergibt sich im vorliegenden Fall aus § 35 b Abs. 2 FGG, da der entmündigte brasilianische Miterbe der Fürsorge durch ein deutsches Gericht bedarf. Davon ist bereits dann auszugehen, wenn ein in Deutschland belegener Vermögensgegenstand veräußert werden soll (vgl. dazu bereits oben 1 e).

Die örtliche Zuständigkeit für die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft ergibt sich aus § 39 Abs. 2, § 37 Abs. 2 FGG bzw. § 10 Abs. 3 ZustErgG. Danach ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge für die Vermögensangelegenheit hervortritt. Maßgebend ist demnach die Belegenheit der zu veräußernden Immobilie; dies führt im vorliegenden Fall zur Zuständigkeit des Vormundschaftsgericht, in dessen Amtsbezirk die Immobilie belegen ist.

c) Inhalt der Vertretungsmacht; vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

Nach Art. 24 Abs. 3 EGBGB unterliegt der Inhalt der angeordneten Pflegschaft dem Recht des anordnenden Staates. Sofern die Abwesenheitspflegschaft von einem deutschen Vormundschaftsgericht angeordnet wird, richtet sich der Inhalt der gesetzlichen Vertretungsmacht des Abwesenheitspflegers nach deutschem Recht. Dabei ist insbesondere der Ausschluss der Vertretungsmacht nach § 1915 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB zu beachten, wonach kein Fall des Insigeschäfts vorliegen darf. Sofern ein Miterbe zum Abwesenheitspfleger bestellt wird (vgl. auch zur Person des zu bestellenden Pflegers unten d), wäre darauf zu achten, dass in der Kaufvertragsurkunde keine getrennten Konten angegeben werden, da es sich insofern um einen Fall der Erbauseinandersetzung handeln würde, an der der Miterbe gem. § 181 BGB gehindert wäre.

Nach § 1915 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 BGB bedarf der Vertrag zusätzlich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift folgt kollisionsrechtlich aus Art. 24 Abs. 3 EGBGB. Zum Inhalt der Vertretungsmacht gehört auch die Begrenzung durch gerichtliche Kontrolle (vgl. Staudinger-Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 43). Die Zuständigkeit der deutschen Vormundschaftsgerichte zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erfolgt im vorliegenden Fall aus § 35 b Abs. 2 FGG (vgl. dazu oben Buchstabe b).

d) Verfahren

Im vorliegenden Fall kann als Abwesenheitspfleger einer der Miterben oder eine sonstige Person bestellt werden. Sofern einer der Miterben zum Abwesenheitspfleger bestellt wird, ist darauf zu achten, dass die Kaufvertragsurkunde keine getrennten Konten für die Auszahlung des Kaufpreises vorsieht, da es sich um eine Erbauseinandersetzung handeln würde, an der der Abwesenheitspfleger gem. §§ 1915 Abs. 1 BGB, 1795 Abs. 2 BGB, § 181 BGB gehindert wäre. Für die Bestellung einer ortsansässigen Person als Abwesenheitspfleger könnte sprechen, dass das Verfahren in zeitlicher Hinsicht wesentlich schneller zu bewältigen wäre, als wenn einer der brasilianischen Miterben vom deutschen Vormundschaftsgericht als Abwesenheitspfleger zu bestellen wäre. Zwar stellt die Bestellung eines im Ausland wohnhaften Vormunds oder Pflegers grds. kein Hindernis dar (Staudinger-Kropholler, Art. 24 EGBGB Rn. 123). Wegen der Pflicht zum persönlichen Er-

scheinen des Pflegers (§§ 1915, 1789 BGB) wird die Bestellung eines brasilianischen Miterben als Pfleger im vorliegenden Fall nur unter Inanspruchnahme konsularischer Hilfe möglich sein (vgl. allgemein zur Bestellung eines im Ausland wohnhaften Pflegers oder Betreuers: Staudinger-Kropholler, a.a.O.).

Sofern der Aufgabenkreis des Abwesenheitspflegers auf die Durchführung des Kaufvertrages beschränkt wird, insbesondere weil insofern die Vertretungsmacht des brasilianischen Vormunds gem. Art. 429 C.C. eingeschränkt ist (dszu oben 1 c), bräuchte der Abwesenheitspfleger bei der Verteilung des Käuferlöses nicht mitzuwirken. Da es sich dabei um eine Erbauseinandersetzung zwischen den brasilianischen Miterben handelt, bedarf es insofern auch keiner Abwesenheitspflegschaft, da die Verteilung des Käuferlöses unter den Miterben von dem brasilianischen Vormund im Namen des Mündels vorgenommen werden kann. Aus diesem Grund sollte der Aufgabenkreis des Abwesenheitspflegers auf den Abschluss des Kaufvertrages beschränkt werden. Sofern der brasilianische Vormund eine in Deutschland ansässige Person eine Vollmacht zum Abschluss des Kaufvertrages auch im Namen des Mündels erteilt hat, hat er aus der Sicht des brasilianischen Vormundschaftsrechts wegen der Einschränkung gem. Art. 429 C.C. (vgl. dazu oben Ziff. 1.) ohne Vertretungsmacht gehandelt, so dass seine Erklärung durch den zu bestellenden Abwesenheitspfleger nachträglich genehmigt werden kann.

Die Bestellung des Abwesenheitspflegers erfolgt gem. § 1915 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1774 BGB von Amts wegen, so dass es eines besonderen Antrages nicht bedarf. Gleiches gilt auch für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, da es sich dabei nicht um eine Verfügung i. S. des § 18 Abs. 1, 2. Halbs. FGG handelt, die nur auf Antrag erlassen werden kann (Staudinger/Engler, § 1828 BGB Rn. 48). Das Vormundschaftsgericht muss sich vielmehr von Amts wegen, wenn es von einem genehmigungsbedürftigen Geschäft des Vormunds erfährt, darüber schlüssig werden, ob es die Genehmigung erteilen oder verweigern will. Gleiches gilt entsprechend für ein Geschäft durch den Abwesenheitspfleger.

Da sich die Vertretungsmacht des Abwesenheitspflegers nach deutschem Recht richtet (vgl. Art. 24 Abs. 3 EGBGB), sind hinsichtlich des Wirksamwerdens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und des Vertrages die Einschränkungen gem. §§ 1828, 1829 BGB zu beachten. Nach § 1828 BGB kann das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft nur dem Vormund gegenüber erklären; bei einer Abwesenheitspflegschaft bedeutet dies, dass die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur dem Abwesenheitspfleger gegenüber erklärt werden kann (§ 1915 Abs. 1, § 1828 BGB). Schließt der Abwesenheitspfleger einen Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder genehmigt er den vom brasilianischen Vormund vollmachtslos geschlossenen (freihändigen) Kaufvertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab (§ 1829 Abs. 1 S. 1 BGB, i. V. m. § 1915 Abs. 1 BGB). Sofern der bereits geschlossene Kaufvertrag eine sog. Doppelbevollmächtigung des Notars enthält, wird man davon ausgehen können, dass sich der Abwesenheitspfleger durch die Genehmigung des Rechtsgeschäftes die Bevollmächtigung des Notars zu eigen macht. Ggf. kann es hilfreich sein, in der Genehmigungserklärung des Abwesenheitspflegers ausdrücklich eine Bevollmächtigung des Notars zur Entgegennahme der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1828 BGB und der Mitteilung der Genehmigung an den Vertragspartner (Käufer) gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB aufzunehmen. Bei vorhandener Doppelvollmacht an den Notar ist weiterhin davon auszugehen, dass die vom

Käufer dem Notar erteilte Vollmacht zum Empfang der Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB auch den Fall der Mitteilung durch den Abwesenheitspfleger (vertreten durch den Notar) erfasst.

Das Erfordernis eines **Vorbescheidsverfahrens** hinsichtlich der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu dem vom Abwesenheitspfleger geschlossenen bzw. genehmigten Kaufvertrag ergibt sich als Folge aus der Entscheidung des BVerfG vom 18.01.2000 (MittBayNot 2000, 311; vgl. dazu Reiß, MittBayNot 2001, 373 ff.). Durch den Vorbescheid soll dem vertretenen die Möglichkeit gegeben werden, seine Rechte im Genehmigungsverfahren ausreichend wahrzunehmen. Wegen des Ausschlusses des brasilianischen Vormunds von der Vertretung nach brasilianischem Recht (Art. 429 C.C.; dazu oben 1 c) erscheint die Zustimmung an den Vormund nicht sinnvoll. Daher wäre eine Verfahrenspfleger zu bestellen, der die Rechte des entmündigten brasilianischen Miterben wahrnimmt.

Die Einschaltung des brasilianischen Vormundschaftsgerichts ist u.E. bei der Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft nach § 1911 Abs 2 BGB und bei dem vorgesehenen Genehmigungsverfahren nicht erforderlich. Eine staatsvertragliche Verpflichtung zur Einschaltung der Heimatbehörden, wie beispielsweise im Haager Minderjährigenschutzabkommen vom 05.10.1961 (vgl. Art. 10, Art. 11 MSA), ist für das Verfahren der Anordnung eines Abwesenheitspflegers nicht vorgesehen.

5. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Rechtslage im vorliegenden Fall relativ kompliziert ist. Aus diesem Grunde dürfte es sich empfehlen, das Vorgehen (insbesondere die Bestellung eines Abwesenheitspflegers nach § 1911 Abs. 2 BGB) mit dem Vormundschaftsgericht und dem Grundbuchamt abzusprechen. Der Vorteil einer Abwesenheitspflegschaft gemäß § 1911 Abs. 2 BGB liegt darin, dass sich die Wirkungen nach dem für das Vormundschaftsgericht und das Grundbuchamt vertrauten deutschen Recht richten. Sofern der Kaufvertrag eine Doppelvollmacht an den Notar zum Nachlass der Voraussetzungen gem. §§ 1828, 1829 Abs. 1 BGB enthält, und ggf. durch den Abwesenheitspfleger in der Genehmigungserklärung bestätigt bzw. neu erteilt wird, spricht u. E. nichts dagegen, dass der Vertrag nach einer Genehmigung durch den noch zu bestellenden Abwesenheitspfleger und der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung rechtswirksam wird.

Will man ganz sicher gehen, kann man den brasilianischen Vormund und einen zusätzlichen vom deutschen Gericht bestellten Abwesenheitspfleger handeln lassen und beide Erklärungen zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vorlegen.