

MARIETTA PIETREK

Konsens über Tradition?

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

328

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

328

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Marietta Pietrek

Konsens über Tradition?

Eine Studie zur Eigentumsübertragung in Brasilien,
Deutschland und Portugal

Mohr Siebeck

Marietta Pietrek, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg und Coimbra (Portugal); Stipendiatin der Friedrich-Ebert-Stiftung; 2011–13 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Prof. Dr. Marc-Philippe Weller); 2013 Forschungsaufenthalt in Rio de Janeiro; 2014 Promotion; seit 2014 Rechtsreferendarin am Kammergericht Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-153735-6

ISBN 978-3-16-153718-9

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und deutsche Literatur konnten bis Januar 2015 berücksichtigt werden.

Von Herzen danke ich an erster Stelle meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Marc-Philippe Weller. Mein Dank an ihn geht darüber hinaus, was ein Vorwort auszudrücken vermag. Einen engagierteren, motivierenderen Betreuer und Chef hätte ich mir nicht wünschen können. Für meine Fragen und auch Sorgen war er immer erreichbar. Er hat diese Arbeit in jeder Hinsicht betreut und unterstützt, wie er auch die unterschiedlichsten Projekte seiner Mitarbeiter stets in höchstem Maße fördert. Seinem beispiellosen Einsatz in Forschung und Lehre und der gleichzeitigen Wahrung seiner Menschlichkeit gilt meine aufrichtige Bewunderung. Er wird mir in fachlicher wie in persönlicher Hinsicht, in seiner Großzügigkeit, dem Vertrauen, das er seinem Gegenüber entgegenbringt, seiner Warmherzigkeit und zugleich seiner Zielstrebigkeit und Hingabe für jedes seiner Vorhaben immer ein Vorbild sein. Die Zeit an seinem Lehrstuhl in Freiburg werde ich in allerbesten Erinnerung behalten. Nicht unerwähnt bleiben sollen die einmaligen Mitarbeiter des Lehrstuhls – jede und jeder für sich eine besondere Persönlichkeit –, die daran einen wesentlichen Anteil haben und die die Zusammenarbeit stets angenehm und spannend gemacht haben.

Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner danke ich für die rasche Zweitkorrektur wie auch für unvergessene Vorlesungen im Sachenrecht, die einen bedeutenden Anteil an meiner Themenfindung hatten.

Dem Verlag Mohr Siebeck und den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg danke ich für die freundliche Aufnahme der Arbeit in ihre Schriftenreihe und für die Gelegenheit zur Forschung in der Bibliothek des MPI. Der Deutsche Akademische Austauschdienst hat mir einen Forschungsaufenthalt in Rio de Janeiro ermöglicht und die Studienstiftung *ius vivum* die Druckkosten dieses Buches großzügig unterstützt – auch dafür bedanke ich mich herzlich.

Viele Freunde und Familienmitglieder hatten an meinem Leben während dieser Arbeit Anteil, haben mich begleitet und unterstützt. Ein besonderer Dank für ihre Freundschaft, offenen Ohren und Korrekturen geht an Dr. Jörg

Domisch, Franziska Grethe, Jesko Kötzing, Jan Philipp Pietrek, Bettina Rentsch, Dr. med. Lucia Schmidt-Gürtler, Dr. Thilo Schülke, Christoph Wenzel und Ricarda Zeh.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern Antje und Dr. André Pietrek, die mich stets und in allen Lebenslagen bedingungslos unterstützt haben und unterstützen. Nachdem ich selbst meiner Mutter bei ihrer Promotion in die Quere kam und sie nun meine Arbeit korrigiert hat, als wäre es ihre eigene, und mein Vater kaum glücklicher sein könnte, dass ich seinem Vorbild gefolgt bin, gilt umso mehr: Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Januar 2015

Marietta Pietrek

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einführung.....	1
<i>A. Fragestellung</i>	<i>1</i>
<i>B. Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen</i>	<i>2</i>
<i>C. Stand der Forschung</i>	<i>3</i>
<i>D. Gang der Untersuchung.....</i>	<i>5</i>
<i>E. Themenbegrenzung</i>	<i>6</i>
Kapitel 1: Grundlagen.....	7
<i>A. Konsensprinzip.....</i>	<i>7</i>
<i>B. Traditionsprinzip.....</i>	<i>11</i>
<i>C. Publizitätsprinzip und Eintragungsprinzip</i>	<i>27</i>
<i>D. Einheitsprinzip</i>	<i>28</i>
<i>E. Trennungsprinzip</i>	<i>29</i>
<i>F. Kausalitätsprinzip</i>	<i>30</i>
<i>G. Abstraktionsprinzip</i>	<i>31</i>
<i>H. Herkunft der Strukturprinzipien aus dem Römischen Recht.....</i>	<i>36</i>
<i>I. Kombinationsmöglichkeiten der Prinzipien.....</i>	<i>40</i>
Kapitel 2: Erwerb vom Berechtigten	48
<i>A. Portugal</i>	<i>49</i>
I. Überblick.....	49
II. Eigentumsübergang an Mobilien und Immobilien.....	51
III. Folgen eines unwirksamen Rechtsgeschäfts.....	67
IV. Der (Kauf-)Vorvertrag	76
V. Zusammenfassung: Erwerb vom Berechtigten	79
<i>B. Brasilien.....</i>	<i>81</i>
I. Überblick.....	81
II. Wirkungen des Grundgeschäfts.....	83
III. Eigentumsübergang an Mobilien.....	84
IV. Eigentumsübergang an Immobilien.....	91

V. Rechtsnatur der <i>tradição</i> / Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Einigung	95
VI. Folgen eines unwirksamen Grundgeschäfts	102
VII. Der (Kauf-)Vorvertrag	112
VIII. Zusammenfassung: Erwerb vom Berechtigten	116
Kapitel 3: Erwerb vom Nichtberechtigten	118
A. <i>Portugal</i>	118
I. Überblick	118
II. Regime des Verkaufs einer fremden Sache im Bürgerlichen Recht, Art. 892 ff. portCC	119
III. Wirksamer Handelskauf über eine fremde Sache, Art. 467 portCCom	131
IV. Geschichtlicher Zwischenruf	132
V. Möglichkeiten des wirksamen Erwerbs vom Nichtberechtigten	132
VI. Ersitzung	147
VII. Zusammenfassung: Erwerb vom Nichtberechtigten	152
B. <i>Brasilien</i>	152
I. Überblick	152
II. Veräußerung beweglicher Sachen durch einen Nichtberechtigten	153
III. Veräußerung unbeweglicher Sachen durch einen Nichtberechtigten	161
IV. Kaufvertrag über eine fremde Sache; Haftung wegen Eviktion	170
V. Ersitzung, Art. 1238 ff., 1260 ff. brasCC	172
VI. Zusammenfassung: Erwerb vom Nichtberechtigten	182
Kapitel 4: Doppelverkauf	184
A. <i>Deutschland</i>	184
B. <i>Portugal</i>	185
C. <i>Brasilien</i>	193
Kapitel 5: Vergleich und Bewertung	197
A. <i>Konsensprinzip vs. Traditionsprinzip und Eintragungsprinzip</i>	197
B. <i>Einheitsprinzip vs. Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip</i>	204
C. <i>Kombinationen</i>	212
Zusammenfassung	214
Anhang: Normtexte	225
Literaturverzeichnis	315
Sachregister	333

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Einführung.....	1
<i>A. Fragestellung</i>	1
<i>B. Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen</i>	2
<i>C. Stand der Forschung</i>	3
<i>D. Gang der Untersuchung</i>	5
<i>E. Themenbegrenzung</i>	6
Kapitel 1: Grundlagen.....	7
<i>A. Konsensprinzip</i>	7
I. Inhalt.....	7
1. Herrschende Definition: „reines Konsensprinzip“ als Verbindung aus Einheits- und Konsensprinzip.....	7
2. Anzuwendende Definition.....	8
II. Begriffsabgrenzungen.....	9
1. Konsensprinzip (im Allgemeinen Teil und Schuldrecht des BGB) / Konsensualverträge.....	9
2. Formelles und materielles Konsensprinzip im Grundbuchrecht.....	10
<i>B. Traditionsprinzip</i>	11
I. Inhalt.....	11
II. Deutsches Recht.....	12
1. Funktionen der Übergabe.....	12

2.	Inhalt der Übergabe nach § 929 S. 1 BGB	15
a)	Besitzlosigkeit des Veräußerers	16
b)	Besitzerwerb auf der Erwerberseite	17
c)	Wechsel im unmittelbaren Besitz?	18
d)	Besitzübergang zum Zweck der Eigentumsübertragung	19
3.	Die Übergabe beim gutgläubigen Erwerb, §§ 932 ff. BGB	20
4.	Durchbrechungen des Traditionsprinzips	20
a)	Übergabe kurzer und langer Hand, § 929 S. 2 BGB und § 929 S. 1 i. V. m. § 854 Abs. 2 BGB	21
b)	Traditionssurrogat: Besitzkonstitut, § 930 BGB	23
c)	Traditionssurrogat: Abtretung des Herausgabeanspruchs, § 931 BGB	25
d)	Ausnahme vom Übergabeerfordernis: Schlichte Einigung bei alleinigem § 985 BGB / bei besitzlosen Sachen	25
e)	Ausnahme vom Übergabeerfordernis: Seeschiffe, § 2 Abs. 1 SchiffsRG, § 929a BGB	26
f)	Ersatz der Übergabe durch Eintragung: Zubehörstücke von Grundstücken, § 926 BGB	27
<i>C. Publizitätsprinzip und Eintragungsprinzip</i>		27
<i>D. Einheitsprinzip</i>		28
<i>E. Trennungsprinzip</i>		29
<i>F. Kausalitätsprinzip</i>		30
<i>G. Abstraktionsprinzip</i>		31
I.	Inhalt	31
II.	Durchbrechungen	33
1.	Keine Ausnahme: Fehleridentität oder Fehlerkongruenz	33
2.	Echte Ausnahme: Bedingungszusammenhang, § 158 BGB	34
3.	Keine Ausnahme: Geschäftseinheit, § 139 BGB	34
4.	Keine Ausnahme: Rückerwerb durch Nichtberechtigten	35
<i>H. Herkunft der Strukturprinzipien aus dem Römischen Recht</i>		36
<i>I. Kombinationsmöglichkeiten der Prinzipien</i>		40
I.	Gegensatzpaare	40
1.	Einheitsprinzip vs. Trennungsprinzip	40
2.	Kausalitätsprinzip vs. Abstraktionsprinzip	41
3.	Konsensprinzip vs. Traditionsprinzip	41
II.	Einheitsprinzip und Konsensprinzip: ein Rechtsgeschäft	41

III. Einheitsprinzip und Traditionsprinzip: ein Rechtsgeschäft und ein Realakt.....	43
IV. Trennungsprinzip und Konsensprinzip: zwei Rechtsgeschäfte.....	44
1. Trennungsprinzip, Konsensprinzip und Kausalitätsprinzip.....	45
2. Trennungsprinzip, Konsensprinzip und Abstraktionsprinzip.....	45
V. Trennungsprinzip und Traditionsprinzip: zwei Rechtsgeschäfte und ein Realakt.....	46
1. Trennungsprinzip, Traditionsprinzip und Kausalitätsprinzip.....	46
2. Trennungsprinzip, Traditionsprinzip und Abstraktionsprinzip.....	47
 Kapitel 2: Erwerb vom Berechtigten.....	 48
 A. Portugal.....	 49
I. Überblick.....	49
1. Heutige Rechtslage.....	49
2. Historische Entwicklung.....	49
II. Eigentumsübergang an Mobilien und Immobilien.....	51
1. Speziessachen, Art. 408 Nr. 1 portCC und Art. 874, 879 portCC.....	51
a) Kaufvertrag und andere entgeltliche Veräußerungsgeschäfte.....	52
b) Rechtsnatur des Kaufvertrags.....	52
c) Schenkung.....	53
d) Formerfordernis bei Immobilienübertragungsgeschäften.....	53
e) Bedeutung der Registereintragung bei registerpflichtigen Sachen.....	54
2. Eigentumsvorbehalt, Art. 409 portCC.....	55
3. Gattungssachen und künftige Sachen, Art. 408 Nr. 2 portCC.....	57
a) Unbestimmte Sachen / Gattungssachen.....	57
(1) Konkretisierung nach Art. 541 f. portCC.....	58
(2) Anforderungen an die Kenntnis nach Art. 408 Nr. 2 portCC.....	58
b) Künftige Sachen.....	59
c) Wahlschulden.....	60
4. Der Eigentumsübergang als unmittelbare Folge des Kaufvertragschlusses.....	61
5. Bedeutung der Übergabe, insbesondere im Kaufrecht.....	63
a) Erfüllung durch Besitzverschaffung.....	63
b) Besitzübergang durch Vertragsschluss? Insbesondere das Besitzkonstitut.....	65

III. Folgen eines unwirksamen Rechtsgeschäfts	67
1. Arten des Fehlens des Rechtsgeschäfts	68
2. Nichtigkeit / Anfechtbarkeit: Restitution nach Art. 289 portCC	68
3. Spätere Vertragsauflösung	70
a) Grundsatz: Rückwirkung der Vertragsauflösung	71
b) Ausnahme: Wirkung nur für die Zukunft.....	72
4. Eintritt einer auflösenden Bedingung.....	73
5. Sonderfall: Schenkungsrecht.....	74
6. Auffangtatbestand Bereicherungsrecht	74
IV. Der (Kauf-)Vorvertrag	76
V. Zusammenfassung: Erwerb vom Berechtigten	79
 B. Brasilien	 81
I. Überblick.....	81
1. Heutige Rechtslage	81
2. Historische Entwicklung	82
II. Wirkungen des Grundgeschäfts.....	83
III. Eigentumsübergang an Mobilien	84
1. Gemeinsame Regeln für Speziessachen und Gattungssachen	84
a) Grundsatz der Sachübergabe, Art. 1267 caput, 1204 f. brasCC	85
b) Keine Übergabe bei Begründung einer bloßen Detention – Abgrenzung Besitz / Detention	87
c) Traditionsurrogat: Symbolische Übergabe (<i>traditio ficta</i>)	88
d) Traditionsurrogat: Begründung eines Besitzkonstituts, Art. 1267 § ún., 1. Fall; Art. 1361 § 2 brasCC (Sicherungsseigentum)	88
e) Traditionsurrogat: Abtretung des Herausgabeanspruchs, Art. 1267 § ún., 2. Fall brasCC	90
f) Traditionsurrogat: <i>traditio brevi manu</i> , Art. 1267 § ún., 3. Fall brasCC	90
g) Traditionsurrogat: <i>traditio longa manu</i>	90
2. Eigentumsvorbehalt beim Kauf.....	90
IV. Eigentumsübergang an Immobilien.....	91
1. Eintragung des Titels	91
2. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts	93
3. Bedingte Übereignung von Grundstücken	95
V. Rechtsnatur der <i>tradição</i> / Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Einigung.....	95

VI. Folgen eines unwirksamen Grundgeschäfts.....	102
1. Arten des Fehlens des Grundgeschäfts.....	102
2. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.....	102
a) Begriffe.....	102
b) Restitutionsanspruch, Art. 182 brasCC.....	104
c) Vindikationsanspruch, Art. 1228 caput brasCC.....	106
d) Bereicherungsanspruch.....	106
3. Spätere Auflösungen des Grundgeschäfts.....	108
a) Vertragsauflösung / <i>resolução</i> , Art. 474 f. brasCC.....	109
b) Vertragsaufhebung / <i>resilição</i> , Art. 472 f. brasCC.....	110
4. Eintritt einer auflösenden Bedingung, insbesondere Sicherungseigentum und Schenkungswiderruf.....	110
VII. Der (Kauf-)Vorvertrag.....	112
1. Abgrenzung <i>promessa de compra e venda</i> und <i>compromisso de compra e venda</i>	112
2. Inhalt und Wirkungen des <i>compromisso de compra e venda</i>	113
VIII. Zusammenfassung: Erwerb vom Berechtigten.....	116
 Kapitel 3: Erwerb vom Nichtberechtigten.....	 118
 A. Portugal.....	 118
I. Überblick.....	118
II. Regime des Verkaufs einer fremden Sache im Bürgerlichen Recht, Art. 892 ff. portCC.....	119
1. Nichtigkeit des Verkaufs, Art. 892 portCC.....	119
a) Fremdheit der Sache.....	120
b) Verkauf als eigene Sache im eigenen Namen.....	120
c) Fehlende Verfügungsbefugnis des Verkäufers.....	121
d) Begriff des guten Glaubens.....	121
e) Anwendbarkeit bei Bösgläubigkeit beider Parteien.....	122
f) Keine Erstreckung auf einen Vorvertrag.....	122
g) Eingeschränkte Geltendmachung der Nichtigkeit.....	123
2. Heilung des nichtigen Vertrags, Art. 895 portCC.....	124
3. Aus dem nichtigen Kaufvertrag entstehende Pflichten.....	126
a) Pflicht des Verkäufers zur Heilung des Vertrags, Art. 897 portCC.....	126
b) Ansprüche auf Rückgewähr von Kaufpreis und Kaufsache, Art. 289 portCC.....	127
(1) Kaufpreistrückzahlung vor Übergabe der Sache.....	127
(2) Rückgewähr von Sache und Kaufpreis nach Übergabe der Sache.....	128

c)	Ansprüche auf Schadensersatz, Art. 898–900 portCC	129
4.	Ersatzanspruch des gutgläubigen Käufers gegen den Eigentümer bei Erwerb von einem Händler, Art. 1301 portCC	130
III.	Wirksamer Handelskauf über eine fremde Sache, Art. 467 portCCom	131
IV.	Geschichtlicher Zwischenruf	132
V.	Möglichkeiten des wirksamen Erwerbs vom Nichtberechtigten	132
1.	Gemeinsame Regeln für bewegliche und unbewegliche Sachen	132
a)	Heilung eines nichtigen Kaufvertrags durch Eigentums- erwerb des Nichtberechtigten, Art. 895 portCC	132
b)	Weiterveräußerung nach Scheingeschäft, Art. 243 portCC	133
c)	Erwerb vom Scheinerben, Art. 2076 Nr. 2 portCC	134
d)	Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen, Art. 179 portCC und Art. 61 Nr. 2 portCSC	135
e)	Entmündigung / Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, Art. 147, 152, 1920-C portCC	136
f)	Vertragsauflösung, Art. 435 portCC	136
g)	Weiterveräußerung nach gläubigerbenachteiligender Handlung, Art. 613 portCC	137
2.	Bewegliche Sachen: Erwerb von Ehegatten, Art. 1687 Nr. 3 portCC	137
3.	Unbewegliche Sachen und registerpflichtige bewegliche Sachen	138
a)	Nichtigkeit eines vorangegangenen Geschäfts, Art. 291 portCC	138
b)	Registernichtigkeit bei Kettengeschäften, Art. 17 Nr. 2 portCódRP	140
c)	Registerberichtigung bei Kettengeschäften, Art. 122 portCódRP	142
d)	Doppelveräußerungen, Art. 5 portCódRP	142
(1)	Tatbestand und Rechtsfolgen	142
(2)	Dogmatische Konstruktion	145
(3)	Ersitzung durch den Ersterwerber	146
e)	Fazit	147
VI.	Ersitzung	147
1.	Gemeinsame Regeln, Art. 1287–1292 portCC	147
2.	Unbewegliche Sachen, Art. 1293 ff. portCC	150
3.	Bewegliche Sachen, Art. 1298 ff. portCC	151
VII.	Zusammenfassung: Erwerb vom Nichtberechtigten	152

B. <i>Brasilien</i>	152
I. Überblick.....	152
II. Veräußerung beweglicher Sachen durch einen Nichtberechtigten... 153	
1. Heilung durch Eigentumserwerb des Nichtberechtigten, Art. 1268 § 1 brasCC	153
2. Gutgläubiger Erwerb nach Rechtsscheingrundsätzen..... 154	
a) Problemstellung.....	154
b) Gesetzliche Anwendungsfälle des Erwerbs vom Scheineigentümer	155
(1) Erwerb in gewerblichem Geschäft, Art. 1268 caput brasCC	155
(2) Erwerb vom Scheinerben, Art. 1817, 1827 § ún. brasCC	156
(3) Vollmachten	157
(4) Kettengeschäfte	157
(i) Weiterveräußerung nach Scheingeschäft, Art. 167 § 2 brasCC	157
(ii) Weiterveräußerung nach gläubiger- benachteiligender Handlung, Art. 161 brasCC.....	158
(iii) Auflösend bedingtes Eigentum des Veräußerers, spätere Vertragsauflösung und -aufhebung	159
III. Veräußerung unbeweglicher Sachen durch einen Nichtberechtigten	161
1. Grundsätzliche Unzulässigkeit.....	161
2. Heilung durch Eigentumserwerb des Nichtberechtigten	161
3. Erwerb nach Rechtsscheingrundsätzen	163
a) Auf Immobilien anwendbare Regeln	163
b) Entgeltlicher Erwerb nach nicht geschuldeter Leistung, Art. 879 brasCC	163
c) Allgemeine Anwendung des Rechtsscheingrundsatzes? Insbesondere vorangegangene nichtige und angefochtene Geschäfte	165
4. Das <i>Registro Torrens</i>	168
IV. Kaufvertrag über eine fremde Sache; Haftung wegen Eviktion.....	170
V. Ersitzung, Art. 1238 ff., 1260 ff. brasCC	172
1. Gemeinsame Voraussetzungen	172
a) Eigenbesitz	173
b) Ununterbrochener und friedlicher Besitz	173
c) Sache, die der Ersitzung unterliegt	174
d) Fristablauf.....	174
2. Rechtsfolge der Ersitzung: rückwirkender Eigentumserwerb	175

3. Unbewegliche Sachen, Art. 1238–1244 brasCC	175
a) Ordentliche Ersitzung, Art. 1242 brasCC – Ersatz des rechtsgeschäftlichen gutgläubigen Erwerbs	176
b) Außerordentliche Ersitzung, Art. 1238 brasCC; Abgrenzung zur Ersitzung mit sozialer Funktion.....	177
c) Besondere Formen der Ersitzung, Art. 1239, 1240, 1240-A brasCC; Art. 10 Estatuto da Cidade	178
(1) Ländliche und städtische Ersitzung, Art. 1239 f. brasCC	178
(2) Ersitzung durch Verlassen der Familienwohnung, Art. 1240-A brasCC.....	179
(3) Kollektive städtische Ersitzung, Art. 10 Estatuto da Cidade.....	179
d) Kollektiver Erwerb durch „ <i>posse-trabalho</i> “, Art. 1228 §§ 4, 5 brasCC	179
4. Bewegliche Sachen, Art. 1260–1262, 1243 f. brasCC	181
a) Ordentliche Ersitzung	181
b) Außerordentliche Ersitzung, Art. 1261 brasCC	181
VI. Zusammenfassung: Erwerb vom Nichtberechtigten	182
Kapitel 4: Doppelverkauf	184
A. Deutschland	184
B. Portugal.....	185
I. Beispielsfall 1: kein Eigentumserwerb des Zweitkäufers	185
1. Anspruch des B gegen C: Vindikationsanspruch, Art. 1311 portCC	186
2. Ansprüche des B gegen A	186
a) Vertraglicher Schadensersatzanspruch (<i>responsabilidade civil contratual</i>)	186
(1) Wegen zu vertretender Unmöglichkeit, Art. 798, 801 portCC	186
(2) Wegen Nichterfüllung, Art. 798 portCC.....	187
b) Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden <i>commodum</i> (<i>commodum de representação</i>), Art. 803, 794 portCC	188
c) Geschäftsführung ohne Auftrag (<i>gestão de negócios</i>), Art. 465 lit. e) portCC.....	190
d) Deliktischer Schadensersatzanspruch, Art. 483 Nr. 1 portCC	190
e) Bereicherungsanspruch, Art. 473 portCC	191
3. Ansprüche des C	191

II. Beispielsfall 2: wirksamer Eigentumserwerb des Zweitkäufers	191
C. <i>Brasilien</i>	193
Kapitel 5: Vergleich und Bewertung	197
A. <i>Konsensprinzip vs. Traditionsprinzip und Eintragungsprinzip</i>	197
I. Kritik am Konsensprinzip	197
II. Traditionsprinzip	199
B. <i>Einheitsprinzip vs. Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip</i>	204
I. Würdigung von Einheitsprinzip und Trennungsprinzip	204
1. Verzögerte Übereignung	204
a) Aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung.....	205
b) Einschaltung eines Vorvertrags	206
2. Rückabwicklung zwischen den Parteien	206
3. Gutgläubiger Erwerb und weitere beteiligte Dritte	208
II. Kritik am Abstraktionsprinzip	211
C. <i>Kombinationen</i>	212
Zusammenfassung	214
A. <i>Prinzipien</i>	214
B. <i>Eigentumserwerb vom Berechtigten</i>	215
C. <i>Folgen eines fehlerhaften Rechtsgeschäfts</i>	218
D. <i>Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten</i>	219
E. <i>Ersitzung</i>	222
F. <i>Doppelverkauf</i>	223
G. <i>Konsens über Tradition?</i>	223
Anhänge	225
Literaturverzeichnis	315
Sachregister	333

Verzeichnis der Anhänge

Originaltexte und deutsche Übersetzungen

Anhang 1: Brasilianische Normtexte	225
A. <i>Código Civil</i> von 2002	225
B. <i>Código Civil</i> von 1916	246
C. <i>Nebengesetze</i>	247
I. Lei 1.237 vom 24.9.1864 – Reforma da Legislação Hipotecária (Reform des Hypothekenrechts).....	247
II. Lei 4.728 vom 14.7.1965 – Lei do Mercado de Capital (Kapitalmarktgesetz).....	247
III. Lei 5.869 vom 11.1.1973 – Código do Processo Civil (brasCPC) (Zivilprozessgesetz)	248
IV. Lei 6.015 vom 31.12.1973 – Lei de Registros Públicos (brasLRP) (Gesetz über die öffentlichen Register).....	248
V. Lei 6766/79 vom 19.12.1979 – „Lei Lehmann“	250
VI. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (brasilianische Bundesverfassung von 1988).....	250
VII. Lei 8.078/90 vom 11.9.1990 – Código de Defesa do Consumidor (Verbraucherschutzgesetz)	251
VIII. Lei 9.514/1997 vom 20.11.1997 – Sistema de Financiamento Imobiliário (Immobilienfinanzierungssystem)	251
IX. Lei 10.257/2001 vom 10.7.2001 – Estatuto da Cidade (Statut der Stadt)	252

Anhang 2: Portugiesische Normtexte.....	253
A. <i>Código Civil</i> von 1966.....	253
B. <i>Código Civil</i> von 1867.....	293
C. <i>Nebengesetze</i>	294
I. Königliche Ordonnanzen.....	294
II. Lei vom 28.6.1888 – <i>Código Comercial</i> (portCCom) (Handelsgesetz).....	295
III. Decreto-Lei 519-F2/79 vom 29.12.1979 – Regulamento dos Serviços do Registo e do Notariado (Verordnung über die Register- und Notardienste).....	297
IV. Decreto-Lei 224/84 vom 6.7.1984 – <i>Código do Registo Predial</i> (portCódRP) (Grundbuchgesetz).....	298
V. Decreto-Lei 248/86 vom 25.8.1986 – <i>Estabelecimento Mercantil</i> Individual de Responsabilidade Limitada (Ein-Personen-Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung).....	302
VI. Decreto-Lei 262/86 vom 2.9.1986 – <i>Código das Sociedades Comerciais</i> (Gesetz über die Handelsgesellschaften).....	302
VII. Decreto-Lei 255/93 vom 15.7.1993 – Transmissão de imóveis destinados à habitação (Übertragung von Wohnimmobilien).....	303
VIII. Decreto-Lei 207/95 vom 14.8.1995 – <i>Código do Notariado</i> (Notargesetz).....	304
IX. Decreto-Lei 277/95 vom 25.10.1995 – <i>Código do Registo de Bens Móveis</i> (portCRBM) (Mobiliarregistergesetz).....	304
X. Decreto-Lei 53/2004 vom 18.3.2004 – <i>Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas</i> (CIRE) (Gesetz über die Unternehmensinsolvenz und -sanierung).....	305
XI. Lei 41/2013 vom 26.7.2013 – <i>Código do Processo Civil</i> (portCPC) (Zivilprozessgesetz).....	305

Anhang 3: Normtexte anderer Rechtsordnungen.....	306
<i>A. Ehemalige Deutsche Demokratische Republik.....</i>	<i>306</i>
<i>B. Frankreich</i>	<i>306</i>
<i>C. Griechenland</i>	<i>308</i>
<i>D. Italien</i>	<i>308</i>
<i>E. Japan</i>	<i>309</i>
<i>F. Niederlande</i>	<i>310</i>
<i>G. Österreich</i>	<i>310</i>
<i>H. Polen.....</i>	<i>311</i>
<i>I. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794</i>	<i>311</i>
<i>J. Schweiz</i>	<i>312</i>
<i>K. Spanien</i>	<i>313</i>

Abkürzungsverzeichnis

§ ún.	<i>parágrafo único</i> (einziger Paragraph; entspricht Abs. 2 einer Vorschrift)
A. A. / a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz / Absätze
AC	Apelação Cível (Berufung in Zivilsachen)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
allgem.	allgemein(e/r)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
AM	Amazonas (Bundesstaat)
APL	Apelação (Berufung)
ArchBR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça (Portugal)
bspw.	beispielsweise
brasCC	brasilianischer Código Civil
brasCPC	brasilianischer Código do Processo Civil (Zivilprozessgesetz)
brasLRP	Lei de registros públicos (Brasilien) (Gesetz 6.015 vom 31.12.1973)
BRN	Boletim dos Registos e do Notariado (Portugal)
BW	Burgerlijk Wetboek (niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch)
bzw.	beziehungsweise
CC	Código Civil
CE	Ceará
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Gesetz über die Unternehmensinsolvenz und -sanierung, Portugal)
D.	Digesten
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders. / dies.	derselbe / dieselbe(n)
DF	Distrito Federal
d. h.	das heißt

Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DL	Decreto-Lei (Gesetzesdekret bzw. Gesetz)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dto.	Direito
EDcl	Embargos de Declaração (Verfahren zur Klarstellung einer Gerichtsentscheidung)
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial (Vorlageverfahren wegen Rechtsprechungsabweichung beim Superior Tribunal de Justiça, Brasilien)
ERPL	European Review of Private Law
f. / ff.	folgende/r
FAAP	Revista Juris da Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado
FDUP	Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung
GEK	Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
griechZGB	griechisches Zivilgesetzbuch
GO	Goiás (Bundesstaat)
h. A.	herrschende Auffassung
h. M.	herrschende Meinung
Hervorh.	Hervorhebung(en)
HKK	<i>Schmoeckel/Rückert/Zimmermann</i> : Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
I.	Institutionen (Justinian)
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
IRN	Instituto dos Registos e do Notariado (Portugal)
japZGB	japanisches Zivilgesetzbuch
Jb.	Jahrbuch
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPK-BGB	juris Praxiskommentar BGB
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
lit. / Lit.	littera (Buchstabe) / Literatur
Liv.	Livro (Buch)
m.	mit
m. (w. / zahlr.) N.	mit (weiteren / zahlreichen) Nachweisen
MG	Minas Gerais (Bundesstaat)

Motive II	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin / Leipzig 1888
Motive III	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III. Sachenrecht, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888
MS	Mato Grosso do Sul (Bundesstaat)
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
niederIBW	niederländisches Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
P° R. P.	Parecer Registo Predial (Gutachten zum Grundbuchgesetz, Portugal)
poln. kod. cyw.	polnischer Kodeks cywilny (Zivilgesetzbuch)
port.	portugiesisch(e/r/s)
portCC	portugiesischer Código Civil (Zivilgesetzbuch)
portCCom	portugiesischer Código Comercial (Handelsgesetzbuch)
portCódRP	Código do Registo Predial (Portugal, Grundbuchgesetz), Gesetzesdekret 224/84 vom 6.7.1984, in der Fassung des Gesetzesdekrets 125/2013 vom 30.8.2013
portCPC	portugiesischer Código do Processo Civil (Zivilprozessgesetz)
portCRBM	Código de Registo de Bens Móveis (Portugal)
portCSC	Código das Sociedades Comerciais (Portugal)
pr.	principium
Protokolle III	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 3 – Sachenrecht, Berlin 1897
R. CEJ	Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (Brasilien)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDE	Revista de Direito e Economia (Portugal)
REsp	Recurso Especial (Revision zum Superior Tribunal de Justiça, Brasilien)
Rev. Proc. Geral RJ	Revista de Direito da Procuradoria Geral (Estado do Rio de Janeiro)
RFDSP	Revista da Faculdade de Direito de São Paulo
RG	Reichsgericht
RIL	Revista de Informação Legislativa (Brasilien)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJ	Rio de Janeiro (Bundesstaat)
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência (Portugal)
Rn.	Randnummer
ROA	Revista da Ordem dos Advogados (Portugal)
RS	Rio Grande do Sul (Bundesstaat)

Rspr.	Rechtsprechung
RT	Revista dos Tribunais (Brasilien)
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência (Brasilien)
S.; s.	Satz / Seite; siehe
SachenR	Sachenrecht(s)
SchiffsRG	Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken (Schiffsregistergesetz)
schweizZGB	schweizerisches Zivilgesetzbuch
SP	São Paulo (Bundesstaat)
spanCC	spanischer Código Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasilien)
str.	streitig
Tit.	Título (Titel / Abschnitt)
Urt. v.	Urteil vom
v.	vom
v. a.	vor allem
Verf.	Verfasserin
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZSchweizR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Einführung

A. Fragestellung

Diese rechtsvergleichende Arbeit¹ befasst sich mit der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung an beweglichen und unbeweglichen Sachen² in Brasilien, Deutschland und Portugal. Sie stellt dafür die zugrunde liegenden Prinzipien der Tradition und des Konsenses, der Trennung und der Einheit sowie der Abstraktion und der Kausalität dar. Die Eigentumsübertragung gehört zu den Rechtsbereichen, die in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach wie vor sehr disparat geregelt sind; darüber hinaus fehlt rechtsvergleichend bisher die hinreichende Durchleuchtung. Es verwundert daher nicht, dass die Kommission der Europäischen Union das Rechtsgebiet der Eigentumsübertragung aus dem Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) aus dem Jahr 2011 ausgeklammert hat.³ Die Bemühungen der EU zur Vereinheitlichung des Rechts konzentrieren sich immer noch auf das Schuldrecht. Zwar gibt es Kodifikationsvorschläge für Eigentumsübertragungsvorschriften an Mobilien im achten Buch des Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁴; diese waren jedoch noch nicht hinreichend konsensfähig und haben daher keinen Eingang in das GEK gefunden. Für die weitere europäische Rechtsangleichung hat die Thematik angesichts des großen Volumens von Warentransfers dennoch eine wirtschaftlich

¹ Der Titel dieser Arbeit ist inspiriert von *Sagaert*, *Consensual versus Delivery Systems in European Private Law – Consensus about Tradition?*, in: Faber/Lurger, S. 9 ff., der freilich auf Englisch nicht die gleiche Zweideutigkeit mit sich bringt.

² Der Begriff „Sache“ wird hier im Sinne körperlicher Gegenstände (§ 90 BGB) verwendet. Die weitere portugiesische Definition von *coisas* in Art. 202 portCC, nach welchem alles, was Objekt von Rechtsbeziehungen sein kann, eine Sache ist, wird in Bezug auf die Eigentumsfähigkeit in Art. 1302 portCC wieder auf körperliche Sachen beschränkt.

³ KOM(2011), 635: Erwägungsgrund 27; vgl. die Begriffsbestimmung eines Kaufvertrags in Art. 1 (k) des Verordnungsvorschlags, die seine dinglichen Folgen offenlässt: ein „Vertrag, nach dem der Unternehmer (der ‚Verkäufer‘) das Eigentum an einer Ware auf eine andere Person (den ‚Käufer‘) überträgt oder sich zur Übertragung des Eigentums an einer Ware auf den Käufer verpflichtet [...]“; nach Art. 91 b) GEK ist der Verkäufer dazu verpflichtet, das Eigentum zu übertragen.

⁴ Dazu *van Vliet*, *Acquisition and Loss of Ownership of Goods – Book VIII of the Draft Common Frame of Reference*, ZEuP 2011, 292 ff.

nicht zu unterschätzende Relevanz und ist auch im internationalen Vergleich wieder aktuell geworden.⁵ Die Übertragung von Immobilien ist zudem noch von Harmonisierungsbestrebungen ausgeschlossen.⁶

B. Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen

Während im deutschen Recht Einigung und Übergabe der zu veräußernden Sache für einen Eigentumsübergang notwendig sind (§ 929 S. 1 BGB), d. h. das Trennungs- und das Traditionsprinzip gelten, lässt Art. 408 des portugiesischen Código Civil (portCC) die Einigung der Parteien über einen Vertragsschluss genügen. Es bedarf weder eines separaten dinglichen Geschäfts noch einer Übergabe der Sache. Hier finden sich – in größtmöglicher Reinform – das Einheits- und das Konsensprinzip. Andererseits verlangt der brasilianische Código Civil (brasCC) in Art. 1267 eine *tradição*, folgt also dem Traditionsprinzip. Ob das Trennungsprinzip (im Sinne der Existenz zweier verschiedener Rechtsgeschäfte, die zu einer Rechtsübertragung notwendig sind) oder das Einheitsprinzip in Brasilien gilt, ist dagegen umstritten (Kapitel 2, B.V., S. 95 ff.). Der brasCC legt jedoch in Art. 1268 § 2 jedenfalls fest, dass das Eigentum auf der Grundlage eines nichtigen Rechtsgrunds nicht übergehen kann.

Die aufgrund der Kolonialgeschichte weitgehend parallele Entwicklung der Rechtsordnungen von Brasilien und Portugal hat gleichwohl Unterschiede bei der Eigentumsübertragung hervorgebracht. Diese Differenzen machen den Vergleich dieser Rechtsordnungen besonders interessant und legen nahe, neben dem portugiesischen „Mutterrecht“ auch das brasilianische Recht in die Betrachtung einzubeziehen. Die portugiesische Rechtsordnung steht der deutschen diametral gegenüber. Jede der drei Rechtsordnungen hat für sich eine eigene Lösung gefunden – sei sie auch eine Mischung aus den anderen – und kommt damit für eine potenzielle Rechtsangleichung als „Lösungstyp“⁷ in Frage.

⁵ Vgl. z. B. die jüngst verfasste Dissertation von *Dubarry*, *Le transfert conventionnel de propriété*, Paris 1/Köln 2013; in jüngerer Zeit *Krimphove*, *Das europäische Sachenrecht*, 2006.

⁶ S. insbesondere Art. 2 lit. h) GEK, der lediglich bewegliche Sachen erfasst.

⁷ *Drobnig*, FS Rheinstein, S. 221, 225.

C. Stand der Forschung

Eingehende Untersuchungen zur Eigentumsübertragung in Brasilien liegen bisher nicht vor.⁸ Die portugiesische Rechtsordnung wurde jüngst insbesondere in Länderberichten beleuchtet. Hervorzuheben sind die Abhandlung von *de Medeiros Nóbrega*⁹ sowie dessen gemeinsam mit *Caramelo-Gomes* verfasster ausführlicher Länderbericht zur Eigentumsübertragung.¹⁰ Der Länderbericht gewährt eine gute Übersicht, beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf die (englische) Wiedergabe der jeweiligen Normtexte im Anwendungszusammenhang. Der Länderbericht zum portugiesischen Sachenrecht von *de Seabra* und *de Alencar Xavier*¹¹ und der aktuelle Überblick über das portugiesische Sachenrecht von *Müller-Bromley*¹² legen zwar ebenfalls gute Grundlagen, konzentrieren sich jedoch nicht auf die Eigentumsübertragung. Entsprechendes gilt umso mehr für die „Einführung in das portugiesische Recht“ von *Rathenau* (2013). *Röthlisberger*¹³ beleuchtet hauptsächlich die spanischsprachigen Rechtsordnungen; *Geiben*¹⁴ beschränkt sich auf einen *Immobilien*erwerb in Portugal und Brasilien und dies auch nur akzessorisch zu einer kollisionsrechtlichen Untersuchung. Für eine rechtssystematische Bewertung ist daher eine weitergehende Betrachtung notwendig. Eine ökonomische Analyse der verschiedenen Eigentumsübertragungssysteme in Europa nimmt *Krimphove*¹⁵ vor. Diese befasst sich zwar auch mit dem portugiesischen Rechtssys-

⁸ Anders dagegen zu anderen Rechtsordnungen des romanischen Rechtskreises, allen voran zum französischen Recht, s. nur *Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen und französischen Recht, 1973; *Jeroscheg*, Eigentum an beweglichen Sachen: französisches Recht und Rechtsvergleich, 2000; *Minuth*, Besitzfunktion beim gutgläubigen Mobiliärerwerb im deutschen und französischen Recht, 1990; jüngst *Dubarry*, Le transfert conventionnel de propriété, Diss. Paris 1/Köln 2013; in jüngerer Zeit zur Rechtslage in Rumänien: *Kaspar*, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, 2003; zu Italien und Spanien: *Bickmann*, Grundstückserwerb nach deutschem, spanischem und italienischem Recht – eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2012.

⁹ *de Medeiros Nóbrega*, Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb an beweglichen Sachen in Deutschland und Portugal, 2010.

¹⁰ *Caramelo-Gomes/de Medeiros Nóbrega*, in: National Reports on the Transfer of Movable, S. 581 ff.

¹¹ *de Seabra/de Alencar Xavier*, in: von Bar, Sachenrecht in Europa, Band 3, S. 339 ff.

¹² *Müller-Bromley*, Portug. Zivilrecht I-2, 2013.

¹³ *Röthlisberger*, Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobiliärerwerb – Eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen, 1982.

¹⁴ *Geiben*, Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienerwerbs im portugiesischen und brasilianischen Recht, 2007.

¹⁵ *Krimphove*, Das europäische SachenR, insbesondere Teil III, 4., S. 79 ff.

tem und ordnet es zutreffend dem „reinen Konsensprinzip“ zu.¹⁶ Die generalisierte, im Schwerpunkt vor allem auf den französischen Code civil bezogene Darstellung weicht jedoch zum Teil erheblich von der Rechtslage in Portugal ab.¹⁷ *Baur/Stürner* beschränken sich auf einen Vergleich des französischen, italienischen und spanischen Rechts für den romanischen Rechtskreis.¹⁸ *Von Caemmerers* grundlegende und nach wie vor bedeutende Abhandlung aus dem Jahr 1938¹⁹ gibt bereits einen tiefgehenden rechtsvergleichenden Überblick. Jedoch erläutert dieser die Situationen, durch die eine Annäherung zwischen den Prinzipien der Tradition, der Trennung und des Konsenses stattfindet, ebenso wie zwischen dem Kausalitäts- und dem Abstraktionsprinzip,²⁰ insbesondere anhand des französischen Rechts. Die Erläuterungen lassen sich nicht auf das portugiesische Recht übertragen, das eine Sonderstellung einnimmt.

Das brasilianische Sachenrecht ist in der deutschsprachigen Literatur insgesamt noch wenig aufgearbeitet; die portugiesische Abhandlung von *Ramos*²¹ – in ihrer kurzen deutschen Fassung²² – ist hier eine besonders hervorzuhebende Ausnahme, die zudem das hiesige Thema in Kürze anschaulich, aber nicht in allen Punkten zustimmungswürdig bespricht. Auch *Griese*²³

¹⁶ *Krimphove*, Das europäische SachenR, Teil III, 4.5, S. 109; zur Kritik an diesem Begriff siehe jedoch unten Kapitel 1, A.I.2., S. 8 f.

¹⁷ Insbesondere die Ausführungen zum Eigentumsübergang bei Gattungs- und ähnlichen Käufen, *Krimphove*, Das europäische SachenR, Teil III, 4.5.2, S. 111 ff., sowie bei Mehrfachveräußerungen (4.5.4.3, S. 118 f.) treffen nicht zu. Die Paragraphen-Angaben zum portugiesischen Recht (Abbildung 19) beziehen sich – offenbar ohne dass sich der Autor dessen bewusst war – auf den Código Civil von 1867, der bereits 40 Jahre vor der Veröffentlichung der Untersuchung außer Kraft getreten war; Gleiches in Teil III, 6.3.4.1, S. 211 und Abbildung 28, S. 214. Falsch ist ebenfalls die Behauptung, in Art. 1260 portCC sei grundsätzlich ein gutgläubiger Erwerb zugelassen, Teil IV, 1.2, S. 227, m. Fn. 30; zwar bezieht sich der Verweis hier eindeutig auf den aktuellen portCC, jedoch hat Art. 1260 keinen Eigentumserwerb zum Gegenstand, sondern definiert einen gutgläubigen Besitzer.

¹⁸ *Baur/Stürner*, SachenR, § 64 Rn. 7 ff., 87 ff.

¹⁹ Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, *RabelsZ* 12 (1938/1939), 675 ff.

²⁰ *Von Caemmerer*, *RabelsZ* 12 (1938/1939), 675, 682, 685 f., 689, 697, 703, 713; hervorzuheben sind der in Frankreich ausgeschlossene Vindikationsanspruch des Erwerbers, obwohl er bereits Eigentümer ist, S. 686; der Schutz des Veräußerers und seiner Gläubiger und der Gläubiger des Erwerbers, S. 686 f., 698; der Doppelverkauf bzw. der gutgläubige Erwerb, S. 687 ff., 710, 713.

²¹ *Ramos*, A transmissão de propriedade no novo Código Civil Brasileiro e no BGB alemão – um estudo comparado, *RT* 815, 38 ff.

²² *Ramos*, Das neue Código Civil Brasileiro und die Übertragung beweglicher Sachen, *DBJV-Mit.* 2/2003, 8 ff.

²³ *Griese*, Brasilianisches Immobilienrecht unter dem Aspekt des gutgläubigen Erwerbs und der Möglichkeiten der Belastung des Grundstücks durch Rechte Dritter, *DBJV-Mit.* 2/2001, 17 ff.

widmete sich bereits kurz der brasilianischen Immobilienübertragung, dies jedoch noch unter der Rechtslage vor der Einführung des neuen brasilianischen Código Civil von 2002, der zwar keinen grundsätzlichen Systemwechsel, doch aber wesentliche Änderungen der Eigentumsübertragungsvorschriften mit sich brachte.

In rechtsvergleichenden wie auch nationalen Untersuchungen liegt der Schwerpunkt der Betrachtung oft bei Mobilien.²⁴ Gerade daher lohnt es sich, den Blick auf die Eigentumsübertragung von Immobilien zu lenken, die akademisch wie praktisch²⁵ ebenso interessant ist.

Es besteht daher Bedarf, die Rechtsordnungen Portugals und Brasiliens eigens zu beleuchten.

D. Gang der Untersuchung

Zunächst werden die für eine Eigentumsübertragung an Sachen grundlegenden Prinzipien beleuchtet (Kapitel 1, S. 7 ff.). Dabei sind die in Deutschland geltenden Grundsätze der Tradition, Trennung und Abstraktion anhand des deutschen Rechts zu erläutern. Sodann geht die Arbeit auf die betreffenden Regelungen des portugiesischen und brasilianischen Rechts ein, wobei sie einen Vergleich mit dem deutschen Recht einschließt. Behandelt werden der Erwerb vom Berechtigten (Kapitel 2, S. 48 ff.), vom Nichtberechtigten (Kapitel 3, S. 118 ff.) einschließlich der Ersitzung, die in Portugal und Brasilien in weiten Teilen den gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb ersetzt, sowie der Fall des Doppelverkaufs einer Sache (Kapitel 4, S. 184 ff.). Besondere Beachtung finden das portugiesische Regime des Verkaufs einer fremden Sache (Kapitel 3, A.II., S. 119 ff.), die Frage der Rechtsnatur der Übergabe im brasilianischen Recht (Kapitel 2, B.V., S. 95 ff.), die Besonderheit, dass dort zwei verschiedene Grundbuchregister bestehen, von denen nur das private *Registro Torrens* einen gutgläubigen Erwerb ermöglicht (Kapitel 3, B.III.4., S. 168 f.), und der – umstrittene – Erwerb vom Rechtsscheineigentümer in Brasilien (Kapitel 3, B.III.3.c), S. 165 ff.)

Die Arbeit untersucht neben den schuldrechtlichen „Grundgeschäften“ (im deutschen und brasilianischen Recht) bzw. dem einheitlichen schuldrechtlichdinglichen Geschäft (im portugiesischen Recht) auch die Bedeutung des Vorvertrags in den lusitanischen Rechtsordnungen (Kapitel 2, A.IV., S. 76 ff. und

²⁴ So sind Immobilien ausdrücklich ausgelassen z. B. bei *Bucher*, ZEuP 1998, 615, 621; *Ferrari*, ZEuP 1993, 52; *Füller*, in: Faber/Lurger, S. 197, 199; *Joost*, FS Zöllner, S. 1161 m. Fn. 3; *Cristas/Gouveia*, Transmissão de Propriedade, S. 15, 21; *Kaspar*, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, S. 59.

²⁵ S. dazu zahlreiche Immobilienhandbücher; statt aller *Wollmann*, Portugal, in: Frank/Wachter, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2004, S. 1017 ff.