

José Carlos de Medeiros Nóbrega

# **Die Entwicklung des portugiesischen Sachenrechts**

Universitätsverlag Osnabrück

The logo consists of a solid red square on the left and the letters 'V&R' in white on the right.

V&R

V&R Academic

Schriften zum  
Internationalen Privatrecht  
und zur Rechtsvergleichung

Band 35

Herausgegeben im  
European Legal Studies Institute /  
Institut für Europäische Rechtswissenschaft /  
Institut pour le droit en Europe  
der Universität Osnabrück

von

Professor Dr. Dr. h. c. mult. Christian von Bar, FBA,  
Professor Dr. Hans Schulte-Nölke und  
Professor Dr. Dr. h. c. Fryderyk Zoll

José Carlos de Medeiros Nóbrega

# **Die Entwicklung des portugiesischen Sachenrechts**

Eine systematische Gesamtbetrachtung unter besonderer Berücksichtigung der lusophonen Rechte

V&R unipress

Universitätsverlag Osnabrück



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8471-0217-5

ISBN 978-3-8470-0217-8 (E-Book)

**Veröffentlichungen des Universitätsverlags Osnabrück  
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.**

© 2015, V&R unipress in Göttingen / [www.v-r.de](http://www.v-r.de)

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Printed in Germany.

Druck und Bindung: CPI buchbuecher.de GmbH, Birkach

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

---

# Inhalt

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	11
Vorwort . . . . .	13
Einleitung . . . . .	15
A. Grundlagen des portugiesischen Rechts als Grundlagen des portugiesischsprachigen Rechtsraums? . . . . .	17
I. Historische Entwicklung des portugiesischen und des portugiesischsprachigen Rechts . . . . .	17
1. Die königlichen Ordonnanzen als Grundlage für das gesamte portugiesischsprachige Recht . . . . .	18
2. Die Kodifikationsära und die nationalen Zivilgesetzbücher . .	22
a) Der portugiesische Código Civil von 1867 ( <i>Código de       Seabra</i> ) . . . . .	22
b) Der brasilianische Código Civil von 1916 . . . . .	24
c) Der portugiesische Código Civil von 1966 ( <i>Código Vaz       Serra</i> ) . . . . .	28
d) Einwirkung der port. Zivilgesetzbücher von 1867 und 1966 inbs. in Afrika . . . . .	29
e) Der brasilianische Código Civil von 2002 . . . . .	32
f) Die Zivilkodifikation in Timor-Leste von 2011 . . . . .	33
II. Ausstrahlungswirkung des portugiesischen Rechts . . . . .	37
1. Die lusophonen Länder und die Gemeinschaft portugiesischsprachiger Länder . . . . .	37
2. Die lusitanische Rechtsfamilie bzw. das Gemeinsame Recht der portugiesischsprachigen Länder . . . . .	39

B. Das objektive Sachenrecht im portugiesischen Recht . . . . .	43
I. Terminologie – Bezeichnung des Rechtsgebietes . . . . .	43
1. Direitos reais . . . . .	43
2. Direito das coisas – Buch III port. CC . . . . .	44
3. Direito da propriedade – Titel II Buch III port. CC . . . . .	45
II. Rechtsquellen des portugiesischen Sachenrechts . . . . .	46
1. Zivilgesetzbuch . . . . .	46
2. Verfassung . . . . .	47
3. Sonstige Gesetze . . . . .	48
III. Reformen und Reformbedarf . . . . .	49
C. Allgemeine Sachenrechtsgrundsätze . . . . .	53
I. Allgemeine Lehre der Sachenrechte? . . . . .	53
II. Merkmale – Características . . . . .	54
III. Rechtsgrundsätze – Princípios . . . . .	54
1. Absolutheit ( <i>princípio da absolutidade</i> ) . . . . .	55
2. Numerus clausus ( <i>princípio da tipicidade</i> – Art. 1306(1) CC) . . . . .	56
3. Publizität ( <i>princípio da publicidade</i> ) . . . . .	60
4. Übertragbarkeit der dinglichen Rechte ( <i>transmissibilidade dos direitos reais</i> ) . . . . .	61
D. Gegenstand der dinglichen Rechte . . . . .	65
I. Begriff von Sachen ( <i>coisas</i> ) – eine Einführung . . . . .	65
1. Allgemeiner Begriff im Art. 202 port. CC . . . . .	65
2. Zu verschiedenen Begriffen: <i>coisa</i> / Sache bzw. <i>bem</i> / Gut . . . . .	66
II. Kritik zum allgemeinen Begriff von Sache im Art. 202 (1) port. CC . . . . .	69
1. Art. 202 (1) i. V.m. Art. 1302 – Körperliche Sache als Gegenstand vom Eigentum bzw. Sachenrechte . . . . .	70
2. Art. 202 (2) – Sachen außer Handel . . . . .	73
a) »Sachen, die im Eigentum der öffentlichen Hand sind« . . . . .	74
b) »Sachen, die von Natur aus nicht für die individuelle Aneignung geeignet sind« . . . . .	77
3. Einschränkung auf körperliche Sachen . . . . .	78
4. (Sachen)rechte an Rechten? . . . . .	79
5. Tiere . . . . .	82
III. Klassifizierung der (körperlichen) Sachen – Art. 203 . . . . .	83
1. Unterscheidung zw. Grundstücken und beweglichen Sachen – <i>Summa divisio</i> ? . . . . .	84
a) Die unbeweglichen Sachen ( <i>coisas imóveis</i> ) . . . . .	87
b) Grundstück nicht gleich Grundstück ( <i>prédios</i> ) . . . . .	89

c) Die beweglichen Sachen ( <i>coisas móveis</i> ) . . . . .	91
d) Bewegliche Sachen als Bestandteil unbeweglicher Sachen sind Immobilien . . . . .	92
e) Den unbeweglichen gleichgestellte bewegliche Sachen . . .	94
2. Zusammengesetzte vs. einzelne Sachen ( <i>coisas compostas vs.</i> <i>singulares</i> ) . . . . .	96
3. Vertretbare Sachen ( <i>coisas fungíveis</i> ) . . . . .	98
4. Verbrauchbare und abnutzbare Sachen ( <i>coisas consumíveis e</i> <i>deterioráveis</i> ) . . . . .	100
5. Teilbare Sachen ( <i>coisas divisíveis</i> ) . . . . .	102
6. Nebensachen oder Zubehör ( <i>coisas acessórias ou pertenças</i> ) vs. Bestandteile ( <i>partes integrantes</i> ) . . . . .	104
7. Zukünftige Sachen ( <i>coisas futuras</i> ) . . . . .	106
IV. Andere Rechtsfiguren in Hinsicht auf Sachen . . . . .	109
1. Früchte ( <i>frutos</i> ) . . . . .	109
2. Verbesserungen bzw. Verwendungen ( <i>benfeitorias</i> ) . . . . .	110
E. Kategorisierung der Sachenrechte (Umfang des positiven Inhaltes) .	113
I. Allgemeine Lehre zur Klassifizierung nach Funktion und nach Umfang . . . . .	113
II. Dingliche Nutzungsrechte . . . . .	117
1. Besitz ( <i>posse</i> ) – ein dingliches Nutzungsrecht? . . . . .	121
2. Eigentumsrecht und dessen allgemeinen Bestimmungen zum Sachenrecht . . . . .	124
a) Regelungen zum Eigentumsrecht als Prototyp eines AT im Buch III . . . . .	124
b) Sonderregime des Eigentums am Beispiel des <i>Trust</i> ( <i>propriedade fiduciária</i> ) . . . . .	126
3. Nutzungsrechte allgemeiner Art . . . . .	128
III. Dingliche Sicherungsrechte . . . . .	129
IV. Dingliche Erwerbsrechte . . . . .	133
F. Einschränkungen im Sachenrecht (Umfang des negativen Inhaltes) . .	137
I. Allgemeines (zugleich die soziale Funktion des Eigentums) . . . .	137
II. Negativer Inhalt – verschiedene Systematisierungsversuche . . .	139
III. Negativer Inhalt öffentlich-rechtlicher Natur . . . . .	141
1. Enteignung . . . . .	143
2. Requirierung bzw. Anforderung . . . . .	144
3. Nationalisierung und Kollektivierung . . . . .	146
4. Beschlagnahme . . . . .	146
5. Verwaltungsrechtliche Dienstbarkeiten . . . . .	147



6. Baurecht ( <i>ius aedificandi</i> ) . . . . .	148
IV. Negativer Inhalt privatrechtlicher Natur (insb. das Nachbarschaftsrecht) . . . . .	149
1. Emissionen ( <i>emissões</i> ) – eine allgemeine Regel mitten der Kasuistik? . . . . .	150
2. Schädliche Einrichtungen . . . . .	151
3. Grabungen . . . . .	152
4. Vorübergehender Notweg . . . . .	152
5. Pflicht zum Erhalt der Immobilie . . . . .	153
6. Natürlicher Wasserfluss und Wasserschutzwerke . . . . .	153
7. Abschirmen des Grundstücks bzw. des Gebäudes . . . . .	154
8. Öffnung von Fenstern u. Ä. an einem kontinuierlichen Nebengebäude . . . . .	154
9. Tröpfeln . . . . .	155
10. Anbau von Bäumen und Büschen . . . . .	155
G. Inhalte sachenrechtlicher Ansprüche . . . . .	157
I. Allgemeines . . . . .	157
1. Zum Stand der Lehre – eine Bestandaufnahme . . . . .	157
2. Vorschriften zum Schutz der dinglichen Rechte im port. CC . . . . .	158
3. Die Verletzung der dinglichen Rechte als Voraussetzung der dinglichen Klage . . . . .	159
4. Sachenrechtliche Ansprüche bzw. dingliche Klagen . . . . .	161
5. Unterschiede zwischen dinglichen und persönlichen Klagen (zugl. die rechtliche Natur einer dinglichen Klage) . . . . .	162
6. Die besondere Stellung der possessorisches Klagen ( <i>acções possessórias</i> ) innerhalb der dinglichen Klagen ( <i>acções reais</i> ) . . . . .	164
II. Außergerichtlicher Schutz . . . . .	166
1. Selbsthilfe ( <i>acção directa</i> ) . . . . .	166
2. Notwehr ( <i>legítima defesa</i> ) . . . . .	167
III. Gerichtlicher Schutz dinglicher Rechte . . . . .	167
1. Herausgabeklage ( <i>acção de reivindicação</i> ) . . . . .	169
2. Negatorische und konfessorische Klagen ( <i>acções negatória e confessória</i> ) . . . . .	172
3. Grenzziehungsklage ( <i>acção de demarcação</i> ) . . . . .	173
IV. Gerichtlicher Besitzschutz . . . . .	173
1. Sicherungsklage ( <i>acção de prevenção</i> ) . . . . .	174
2. Erhaltungs- ( <i>acção de manutenção</i> ) und Wiedereinsetzungsklage ( <i>acção de restituição</i> ) . . . . .	175

3.	Verfahren zur vorläufigen Wiedereinsetzung im Fall von Entziehung mit Gewalt ( <i>procedimento cautelar de restituição provisória no caso de esbulho violento</i> ) . . . . .	178
4.	Drittwiderrpruch ( <i>embargos de terceiro</i> ) . . . . .	178
5.	Weitere Anspruchsziele – insb. zu den dinglichen Sicherungsrechten . . . . .	179
H.	Inhaber subjektiver Sachenrechte . . . . .	181
I.	Allgemeines . . . . .	181
1.	Terminologie und Grundkonzepte . . . . .	181
2.	Keine Persönlichkeit vor der Geburt und nach dem Tod . . . . .	183
II.	Kinder und in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erwachsene . . . . .	184
1.	Minderjährige . . . . .	184
2.	In der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erwachsene . . . . .	187
a)	Völlige Entmündigung . . . . .	188
b)	Eingeschränkte Entmündigung . . . . .	189
III.	Juristische Personen und Gesellschaften . . . . .	190
1.	Juristische Personen des Privatrechts . . . . .	190
2.	Der Staat sowie andere juristische Personen des öffentlichen Rechts . . . . .	193
IV.	Sachenrechtliche Privilegierungen einzelner Personengruppen . . . . .	195
1.	Sachenrechte, die nur von bestimmten Personen vergeben werden können . . . . .	195
2.	Sachenrechte, die nur von bestimmten Personen erworben werden können . . . . .	196
V.	Mehrheiten von Rechtsinhabern . . . . .	198
1.	Miteigentum . . . . .	198
2.	»Horizontales Eigentum« (Stockwerkseigentum) . . . . .	199
	Zusammenfassung und Schlussbemerkungen . . . . .	203
	Literaturverzeichnis . . . . .	207
	Anhang . . . . .	221
	Brasilien – Código Civil von 1916 . . . . .	221
	Portugal – Código Civil von 1966 . . . . .	224
	Brasilien – Código Civil von 2002 . . . . .	227
	Timor-Leste – Código Civil von 2011 . . . . .	231



---

## Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
angol.	angolanisch
AT	Allgemeiner Teil
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
bras.	brasilianisch
BT	Besonderer Teil
CC	Código Civil (Zivilgesetzbuch)
CDP	Cadernos de Direito Privado
CE	Código das Expropriações (Enteignungsgesetzbuch)
CJ	Colectânea de Jurisprudência (Urteilssammlung)
CP	Código Penal (Strafgesetzbuch)
CPC	Código de Processo Civil (Zivilprozessgesetzbuch)
CPLP	Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (Gemeinschaft der portugiesischsprachigen Länder)
CRPr	Código do Registo Predial (Grundbuchgesetzbuch)
CSC	Código das Sociedades Comerciais (Gesetzbuch der Handelsgesellschaften)
DBJV	Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DG	Diário do Governo (port. Gesetzblatt bis 1976)
DL	Decreto-Lei (Verordnung mit Gesetzeskraft)
DLJV	Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung
DR	Diário da República (port. Gesetzblatt)
ERCL	European Review of Contract Law
IDILP	Instituto do Direito de Língua Portuguesa
IPRAX	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
n. F.	neue Fassung
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
PALOP	Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (Afrikanische Länder mit Portugiesisch als Amtssprache)

port.	portugiesisch
ReDiLP	Revista do Direito de Língua Portuguesa
RFD	Revista da Faculdade de Direito (vgl. USP)
RDS	Revista de Direito das Sociedades
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (Oberster Gerichtshof)
tim.	timorisch, aus Timor-Leste
UC	Universidade de Coimbra
UCP	Universidade Católica Portuguesa
USP	Universidade de São Paulo
UL	Universidade de Lisboa
UNL	Universidade Nova de Lisboa
Verf.	Verfassung, Constituição
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

Sonstige Abkürzungen werden entweder im laufenden Text erklärt oder entstammen den üblichen Abkürzungsverzeichnissen in deutscher Sprache.

---

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2013 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Sie wurde aktualisiert und gibt jetzt die Rechtslage auf dem Stande von Anfang 2015 wieder. Sie zentriert im portugiesischen Recht, greift aber weiter aus. Ihr Gegenstand ist die Entwicklung einer allgemeinen Sachenrechtslehre in den Ländern des portugiesischsprachigen Rechtsraums.

Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am European Legal Studies Institute. Sie ist durch das von meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar, geleitete Projekt zum Gemeineuropäischen Sachenrecht maßgeblich gefördert worden. Meinem akademischen Lehrer gilt mein ganz besonderer und herzlicher Dank!

Ebenfalls herzlich danken möchte ich Herrn Professor Dr. Hans Schulte-Nölke für das Zweitgutachten, und beiden Gutachtern für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Großen Dank schulde ich außerdem Frau cand. iur. Christina Brendel und Herrn Mag. Jur. Hinrich Doege für die sprachliche Hilfe beim Korrekturlesen des Manuskripts.

Diese Arbeit widme ich meiner Familie, insbesondere meinem Sohn.

José Carlos de Medeiros Nóbrega  
Osnabrück, im März 2015



---

## Einleitung

»O Direito desenvolve-se inevitavelmente em duas dimensões: a reguladora, constante das fontes de Direito, e a de conhecimento, propiciada pela ciência do Direito«.  
Vieira, FS Oliveira Ascensão I, S. 22

Diese Arbeit befasst sich mit dem geltenden portugiesischen Sachenrecht und dessen Wechselwirkung zu den lusophonen Ländern. Gegenstand der Untersuchung ist die rechtswissenschaftliche Ausarbeitung einer Allgemeinen Sachenrechtslehre (*teoria geral dos direitos reais*) anhand des normativen Systems. Die Wahl des Themas erklärt sich aus der weit anhaltenden Kontroverse über den Reformbedarf des Sachenrechts und durch die entscheidende Rolle der Rechtswissenschaft bei der Bildung des Rechtssystems.<sup>1</sup>

Das Sachenrecht ist bekannterweise durch Beständigkeit gekennzeichnet. Punktuelle Reformen, wie z.B. das Ende der Gleichstellung von Tieren und Sachen, sind Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Ein weiteres und wesentliches Vorhaben der Rechtslehre im Diskussionsprozess ist die Ausarbeitung einer Allgemeinen Sachenrechtslehre. Hierauf bezogen werden in dieser Arbeit die materiell-rechtlichen Vorschriften des geltenden portugiesischen Rechts unter Bezugnahme auf weitere Rechtsquellen im portugiesischsprachigen Rechtsraum eingehend erforscht und ausgewertet.

Die Untersuchung geht zuerst von den historischen sowie normativen Grundlagen des portugiesischen bzw. des portugiesischsprachigen Rechts (Kap. A) aus. Erforderlich für den Ausbau einer Allgemeinen Lehre ist die nähere Betrachtung des objektiven Sachenrechts und dessen normativen Systems (Kap. B). Eine Besonderheit des portugiesischen Código Civil sind dessen allgemeine Bestimmungen zum *direito de propriedade* (Art. 1302–1315 port. CC). Diese Regeln sind von zentraler Bedeutung, denn sie gelten als ein Prototyp für einen möglichen Allgemeinen Teil des Sachenrechts und somit als Stütze für den Ausbau einer Allgemeinen Sachenrechtslehre. Dementsprechend werden in dieser Arbeit Art. 1302 über den Gegenstand des Eigentumsrechts i.V.m Art. 202 (Kap. D), Art. 1305 über den positiven und den negativen Inhalt des Eigentumsrechts (Kap. E und Kap. F), Art. 1306 über den Typenzwang im Sachenrecht

---

<sup>1</sup> José Alberto Vieira, O contributo renovador de José de Oliveira Ascensão para o sistema científico de Direitos Reais, FS Oliveira Ascensão I (Coimbra 2008), S. 15–104. Grundlegend auch António Menezes Cordeiro, Evolução juscientífica e Direitos Reais, ROA 45 (1985) 71.



(Kap. C, III, 2), Artt. 1311 i.V.m. Art. 1315 über den Schutz der Sachenrechte (Kap. G) und Art. 1404 über die Anwendbarkeit der Regelung des Miteigentums auf dinglicher Rechte in Mehrinhaberschaft (Kap. H, V, 1) einer dahingehenden Prüfung unterzogen.

Die rechtswissenschaftliche Betrachtung des Sachenrechts anhand des portugiesischen normativen Systems bietet gleichermaßen einen Beitrag für den portugiesischsprachigen Rechtsraum (Kap. A, II) sowie für das Sachenrecht in Europa.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> *Christian von Bar*, Gemeineuropäisches Sachenrecht. Bd. I Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte (München 2015).

---

## A. Grundlagen des portugiesischen Rechts als Grundlagen des portugiesischsprachigen Rechtsraums?

### I. Historische Entwicklung des portugiesischen und des portugiesischsprachigen Rechts

Das portugiesische Recht sowie das daraus entstandene Recht der ehemaligen portugiesischen Kolonien bzw. Überseegebieten in Afrika und Asien einerseits und das Recht in Brasilien andererseits haben gemeinsame historische Wurzeln. Die portugiesischsprachigen Gebiete in Afrika wurden erst nach dem Inkrafttreten des geltenden port. CC von 1966<sup>3</sup> unabhängig und behielten größtenteils das portugiesische Zivilrecht bei. In Macau wurden die Grundzüge des geltenden Zivilrechts, die ihren Ursprung in der portugiesischen Mutterrechtsordnung haben, gleichfalls beibehalten. In Timor-Leste wurde das portugiesische Zivilrecht dagegen nach der Unabhängigkeit wiederbelebt.<sup>4</sup> Das brasilianische teilt mit dem portugiesischen Recht vor allem die Einflüsse aus der Zeit der königlichen Ordonnanzen<sup>5</sup> und die Auseinandersetzung mit der deutschen Rechtswissenschaft.<sup>6</sup> Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, die historische Entwicklung des portugiesischsprachigen Rechts anhand seiner Quellen zu betrachten.

---

3 Diese Arbeit behandelt grundsätzlich das geltende portugiesische Zivilrecht. Aus diesem Grund sind die nicht gekennzeichneten Artikel jene aus dem portugiesischen Zivilgesetzbuch von 1966 (port. CC), es sei denn, dass aus dem Zusammenhang eine andere Rechtsquelle erkennbar ist.

4 S. über den »civilismo lusófono« in Afrika und Asien zuerst *Menezes Cordeiro*, *Direito civil I*<sup>4</sup>, S. 251–262.

5 Vgl. *Pontes de Miranda* in seinem in den 1920er Jahren verfassten Bericht für den deutschsprachigen Leser: »Jahrhundertlang war die Rechtsentwicklung Brasiliens die gleiche wie im portugiesischen Mutterland. (...) Die weitere Entwicklung des portugiesisch-brasilianischen Rechts ist eigenartig.« in: Schlegelberger (-*Pontes de Miranda/Goes*), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch I – Brasilien*, S. 811.

6 Eingehend tiefgründig *Herzog*, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasil*.

## 1. Die königlichen Ordonnanzen als Grundlage für das gesamte portugiesischsprachige Recht

Das normative System des portugiesischen Sachenrechts lässt sich in drei historische Abschnitte gliedern: die erste Epoche umfasst die *ius commune* und die königlichen Ordonnanzen, die zweite Epoche tritt mit der ersten Zivilrechtskodifikation ein (der sog. *Código de Seabra*, verabschiedet durch *Carta de Lei* vom 1.7.1867) und die aktuelle Rechtslage, die mit dem Inkrafttreten des aktuellen *Código Civil* von 1966 (verabschiedet durch DL 47344 vom 25.11.1966) am 1.6.1967 anfängt und bis zur Gegenwart<sup>7</sup> reicht.<sup>8</sup>

Die *Ordenações Reais* gelten als Kompilationen von Gesetzen unter der Herrschaft bestimmter Könige und können drei verschiedenen Epochen zugeordnet werden.<sup>9</sup> Zu der Zeit von König *Dom Afonso V.* (1432–1481) sind die nach ihm benannten *Ordenações Afonsinas* 1446 entstanden. Deren Quellen sind das römische und das kanonische Recht, das Recht der *Siete Partidas*<sup>10</sup> und alte nationale Sitten und Gebräuche der Städte und Landgemeinden. Diese Kompilation wurde unter der Regie von König *Dom Manoel* (1469–1521) verbessert und erweitert. Die *Ordenações Manuelinas* wurden in ihrer endgültigen Fassung erst 1521 geschaffen. Während der Vereinigung der iberischen Kronen verlor Portugal zwischen 1580 und 1640 die Souveränität. Infolge der Herrschaft von König *Filipe II. von Spanien*<sup>11</sup> (1527–1599) wurden die *Ordenações Filipinas* von 1595 durch Erlass (*Alvará*) von 11.1.1603 auf Portugal erstreckt und nach der Zeit der Personalunion vom portugiesischen König *Dom João IV* im Jahr 1643

7 Die »Eigentumsordnung« wird zurzeit nicht vom Unionsrecht »berührt« (so explizit Art. 345 AEUV), wenn gleich das normative Sachenrecht durch das Unionsrecht mittelbar beeinflusst wird, siehe zum Time-Sharing-Recht (port. *direito real de habitação periódica*) unten in Fn. 171 und 399; vgl. ferner dazu Faber und Lurger (-*Caramelo-Gomes und Nóbrega*), National Reports IV, Portugal, S. 591 ff.

8 *Vieira*, *Direitos reais*, S. 35 zieht somit die Kodifikationen als entscheidendes Kriterium zur historischen Gliederung heran. Für eine andere Betrachtungsweise, d.h. ohne Anerkennung der Kodifikation als entscheidendes Element, vgl. *Gomes da Silva*, *História do direito português*, S. 43. S. dazu außerdem *Albuquerque*, *Direitos reais*, S. 59–63 m.w.N.

9 *Coing* zählt die Ordonnanzen aus dem Königreich Portugal zu den wichtigsten lokalen und territorialen Rechten neben dem römischen Recht als *ius commune*, vgl. *Coing*, *Europäisches Privatrecht I*, S. 122–123.

10 Die politische Unabhängigkeit Portugals durch den König *Alfons I. (Dom Afonso Henriques)* im Jahr 1140 bis zu derer Anerkennung durch Kastilien und Leon im Jahr 1143 (Abkommen von Zamorra) brachte keine Autonomie im Rechtswesen mit sich, sodass das vorherige foralische Rechtssystem erst einmal erhalten geblieben ist, vgl. *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 192–193. Über den Einfluss des kastilischen Rechts in Portugal und insb. der *Siete Partidas* vgl. *Almeida Costa*, op. cit., S. 258–262, sowie *Zwalve und Sirks*, *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte*, S. 55 m.w.N.

11 In Portugal ist er als König *Filipe I von Portugal* in die Geschichte eingegangen, dazu *Ramos (-Monteiro)*, *História de Portugal*<sup>6</sup>, S. 271, 274.

für das Königreich Portugal ratifiziert.<sup>12</sup> Laut dem Rechtshistoriker *Braga da Cruz* galten diese letzten Ordonnanzen »bereits 1603 als alt und anachronistisch«.<sup>13</sup>

Zur Aufklärungszeit im 18. Jahrhundert war das Regime der Königlichen Ordonnanzen aufgrund seiner Ergänzungen und Gesetzeslücken durch unzählige Widersprüche belastet.<sup>14</sup> *Marquês de Pombal* (1699–1782),<sup>15</sup> der Premierminister des Königs *Dom José*,<sup>16</sup> hatte 18. 8. 1769 das später so genannte »Gesetz der gesunden Vernunft« (*Lei da Boa Razão*)<sup>17</sup> verabschiedet, das die Auslegung und Anwendung der Gesetze im Fall von Gesetzeslücken und Unbestimmtheiten regeln sollte.<sup>18</sup> Die Geltung der *Ordenações* wurde gestärkt, indem das römische Recht zu einem subsidiären Rechtssystem erklärt wurde.<sup>19</sup> Die »missbräuchliche Auslegung der Gesetze« durch eine unsichere Kenntnis des römischen Rechts war nicht mehr akzeptabel. Die Lehren der Glossatoren (namentlich erwähnt im Gesetzestext werden *Accursius* und *Bartolus*) durften vor dem Gericht nicht mehr vorgetragen und in der Rechtspraxis nicht mehr durchgesetzt werden.<sup>20</sup> Dies hatte zur Folge, dass das römische Recht seine Vorbildfunktion verlor.<sup>21</sup>

12 Einzelheiten bei *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 311 ff bzw. 319 ff. Vgl. in deutscher Sprache *Schmidt*, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, S. 6, Fn. 24 m.w.N.

13 *Braga da Cruz*, RFDUSP 50 (1955) S. 32, 35. Diese Kritik wird aufgenommen von *Santos Justo*, BFD 79 (2003), S. 3, Fn. 5.

14 *Braga da Cruz*, RFDUSP 50 (1955) S. 36.

15 *Sebastião José de Carvalho e Mello* wurde 1769 vom König *Joseph I.* zum *Marquis von Pombal* ernannt. Nach ihm wird diese Reformzeit »ciclo pombalino« genannt, vgl. *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 387 ff.

16 Die Aufklärung in Portugal kam mit der Verbindung mit dem Obrigkeitsstaat, s. dazu *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, S. 313.

17 Die Umbenennung als »Lei da boa razão« wird *Correia Telles* in seinem Kommentar aus dem Jahr 1824 zugesprochen. Siehe dazu *Gomes da Silva*, *História do direito português*<sup>5</sup>, S. 467, Fn. 1 mit Verweis auf *Correia Telles*, *Commentario critico à lei da Boa Razão em Data de 18 de Agosto de 1769* (Lissabon 1824).

18 Durch diese Reform schloss sich Portugal dem »Zeitalter des Vernunftrechts« an, dazu ausführlicher *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, S. 249 ff, insb. S. 275: »Das Vernunftrecht schuf zunächst die erste Bedingung für eine Anpassung der Rechtswissenschaft an die neue europäische Philosophie: die Freiheit der Rechtspolitik vom römischen Recht«. Zutreffend auch für Portugal, vgl. *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, S. 276: »Als es im 18. Jh. auch die Darstellung des positiven Rechts zu ordnen begann, vermittelte es ihnen das System, das bis heute die Gesetzbücher und Lehrbücher des Kontinents beherrscht«.

19 Die Lösungen des römischen Rechts oder das, was man darunter verstand, sollte trotz der Gesetzeslücken und überlappenden Rechtsquellen im nationalen Recht nur im letzten Fall angewendet werden, vgl. dazu *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 340–343 und S. 405–407.

20 Siehe Nr. 13 des Gesetzes vom 18. 8. 1769: »Mando, que as Glosas, e Opiniões dos sobreditos Acurcio, e Bartholo, não possam mais ser alegadas em juízo, nem seguidas na prática dos Julgadores (...)«. Vgl. dazu *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, S. 133 über die Rezeptionsgeschichte des römischen Rechts, denn »rezipiert wurde nicht das klassische

Als Rechtsquellen wurden die gewöhnlichen Sitten, die vorhandenen Gesetze und das Recht der »aufgeklärten christlichen Nationen« benannt,<sup>22</sup> also jene, in denen die *recta ratio* ihren Ausdruck fand.<sup>23</sup> Die Gesetzgebung anderer Nationen sollte nach Bedarf, d.h. im Fall von Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung der portugiesischen Gesetze, aber umfassend berücksichtigt werden. Somit wurde seit dem »Gesetz der gesunden Vernunft« die Rechtsvergleichung in Portugal und auch in Brasilien ein traditionell anerkanntes Mittel zur Auslegung von Normen, und für die Zwecke der Rechtsfortbildung bzw. als Beitrag für die Weiterentwicklung des eigenen Rechts angewendet, was sich bis heute in den portugiesischsprachigen Rechtsordnungen feststellen lässt.<sup>24</sup>

Grundlegend für die Durchsetzung der Reformen von *Marquês de Pombal* waren die sog. »Neuen Statuten der Universität« (1772) und dementsprechend die Ausbildung einer neuen Juristengeneration.<sup>25</sup> Diese Reformen beeinflussten die Rechtslehre ebenfalls in vergleichbarer Weise. Als Meilenstein für die Entwicklung des modernen portugiesischen Rechts gelten die im Jahr 1791 und 1793 von *Melo Freire* in lateinischer Sprache veröffentlichten *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*.<sup>26</sup> Diese folgen der Unterteilung der Institutionen des *Gaius*

---

römisches Recht, (...) sondern das europäische *jus commune*, welches die Glossatoren (...) einheitlich durchgebildet hatten«.

- 21 »Das römische Recht verlor seine Autorität zugunsten der *recta ratio* bzw. »*boa razão*«,« betont *Braga da Cruz*, RFDUSP 50 (1955) S. 38 f. Zum Paradigmenwechseln siehe statt viele *Reis Marques*, *Codificação e paradigmas da modernidade*, S. 528 ff.
- 22 Wörtlich aus Nr. 9 des Gesetzes vom 18.8.1769: »que (...) se recorra antes em casos de necessidade ao subsídio próximo das sobreditas *Leis das Nações Cristãs, iluminadas, e polidas*, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada e são *Jurisprudência* (...)« (Hervorhebung wurde hinzugefügt).
- 23 *Braga da Cruz*, RFDUSP 50 (1955) S. 43.
- 24 Die *Lei da Boa Razão* wird richtigerweise von *Schmidt*, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, S. 11 als die Geburtsstunde einer starken rechtsvergleichenden Tradition in Portugal und Brasilien gesehen. Für Portugal bestätigend *Baldus*, GPR 2013, 302, wonach »die portugiesische Zivilrechtsdogmatik ohnehin ein Muster an komparatistischer Offenheit ist«. Die portugiesischsprachige Rechtsliteratur hält dementsprechend auch reichliche Beispiele für die Berücksichtigung fremder Rechtsordnungen bereit. Demzufolge ist es keine Seltenheit, dass ein Urteil portugiesischer oder brasilianischer Gerichte sich auf eine rechtsvergleichende Studie beruft oder gar rechtsvergleichend ist (siehe z.B. STJ 24.6.2004, Processo 03B3105).
- 25 Diese *Novos Estatutos da Universidade* bzw. *Estatutos Pombalinos da Universidade* gelten als eine Ergänzung der Reformen von *Marquis von Pombal* und legen das Naturrecht und das *usus modernus pandectarum* als Grundlagen der juristischen Ausbildung fest (damals nur an der Universität zu Coimbra möglich), mit der Folge, dass die portugiesischen Gesetze nach der Regel der *recta ratio* mit Hilfe der ausländischen Lehre auszulegen waren, dazu *Braga da Cruz*, RFDUSP 50 (1955) S. 45–46 mit Hinweis auf *Carpzov*, *Heineccius*, *Thomasius*, *Struve*, *Stryck*, *Böhmer* u. a. Vgl. dazu abweichend *Coing*, *Europäisches Privatrecht I*, S. 15, wonach die Lehren der deutschen Pandektistik in Portugal nicht aufgenommen worden seien, sondern sich auf das römische Recht auf der Grundlage der Literatur des 18. Jahrhunderts bezog.
- 26 *Paschalis Josephi Mellii Freirii* [*Pascoal José de Melo Freire*], *Institutiones juris civilis lusi-*

i. d. F. der Institutionen des *Justinian* und entsprachen damit dem Schema *persona, res* und *actio*, wie es im deutschen Recht ebenfalls sichtbar ist.<sup>27</sup>

Die privatrechtliche Gesetzgebung in Frankreich und Preußen hatten ebenfalls Einfluss auf die portugiesische Rechtslehre. Somit umfasst *Correia Teles* in seinem Werk *Digesto Português* (1835) Elemente des preußischen ALR (1794) und des franz. Code Civil (1804).<sup>28</sup> Darüber hinaus bildeten die *Instituições de Direito Civil Português* (1843/1852) von *Coelho da Rocha* wichtige Grundlagen für die Modernisierung des portugiesischen Rechts. Dem zweiten Buch seiner *Instituições* hat *Coelho da Rocha* den Titel »Dos direitos das cousas« (Von den Sachenrechten) gewidmet. Ähnlichkeiten zwischen seinem Werk und dem deutscher Wissenschaftler lassen sich feststellen, indem *Coelho da Rocha* selbst eingeräumt habe, dem von *Mackeldey* entwickelten System gefolgt zu sein.<sup>29</sup>

Währenddessen haben die *Ordenações Filipinas* ihre Geltung als geschriebenes Recht in Portugal bis zum Inkrafttreten der ersten modernen portugiesischen Kodifikation (*Código Civil* vom 1. 7. 1867) am 22. 3. 1868 bewahrt.<sup>30</sup>

---

tanii cum publici tum privati – Liber I De jure publico, Liber II De jure personarum, Liber III De jure rerum, Liber IV De obligationibus et actionibus, veröffentlicht in Lissabon (Typ. da Academia Real das Sciencias, 1789–1793), aus dem Lateinischen ins Portugiesische von *Miguel Pinto de Menezes* mit dem Titel »Instituições do direito civil português, tanto público como particular« übersetzt und in BMJ 161–171 (1967) abgedruckt. Einzelheiten in *Albuquerque*, *Direitos reais*, S. 72–82. Siehe zum gesamten Werk von *Melo Freire* in *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 414–416 mit der Aussage, dass sein Werk als offiziell galt und während einer langen Zeit die juristische Ausbildung, die Rechtsliteratur sowie die Rechtspraxis grundlegend beeinflusst hat (*op. cit.*, S. 416).

27 *Menezes Cordeiro*, *Direitos reais*, S. 22–23. Für Details über die Entstehung des deutschen Pandektensystems im Zusammenhang mit den portugiesischsprachigen Rechten, s. *Schmidt*, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, insb. S. 300 ff., sowie *Müller*, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch*, S. 28 ff.

28 *Correia Teles* [*Correia Telles*], *Digesto português ou Tratado dos direitos e obrigações civis, acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil* (Coimbra 1835). Diese »portugiesischen Digesten« waren anders als ein Lehrbuch, eher als einen Kodifikationsentwurf zu verstehen. Der Band 1 entspricht dem Buch 1, dessen Titel XIII und XIV die Rechte und Verbindlichkeiten umfassten, die sich aus Besitz und Eigentum ergeben. Kurioserweise gab es den Vorschlag, dieses Werk von *Correia Teles* als das brasilianische Zivilgesetzbuch anzunehmen. Der Versuch scheiterte im Jahr 1851, als sich das brasilianische Anwaltsinstitut (*Instituto dos Advogados Brasileiros*) dagegen aussprach, s. dazu *Braga da Cruz*, *RFDUSP* 50 (1955) S. 32, 66, sowie *Delgado*, *Codificação, descodificação e recodificação*, S. 109, Fn. 133 m.w.N.

29 *Coelho da Rocha* (1793–1850) gilt somit als Pionier der Pandektistikrezeption in Portugal, dazu *Müller*, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch*, S. 34 ff, insb. S. 39, sowie *Sinde Monteiro*, *Manuel de Andrade und der Einfluss des deutschen BGB auf das portugiesische ZGB von 1966*, S. 36–37.

30 Bestätigend *Cabral de Moncada*, *Lições de direito civil*<sup>4</sup>, S. 93, insb. Fn. 2.

## 2. Die Kodifikationsära und die nationalen Zivilgesetzbücher

### a) Der portugiesische Código Civil von 1867 (*Código de Seabra*)

Das portugiesische Recht des 19. Jahrhunderts sollte »auf der Grundlage der Gesetzgebung vereinheitlicht, systematisiert und vereinfacht werden.«<sup>31</sup> Diese Entwicklungslinie deutete sich bereits im Rahmen des neuzeitlichen Rationalismus an<sup>32</sup> und nahm Form unter den politischen Idealen des Liberalismus an.<sup>33</sup>

In Portugal ist die erste Zivilkodifikation das Ergebnis der Arbeit von *António Luís de Seabra* (1798–1895),<sup>34</sup> der durch das Dekret vom 8.8.1850 mit der Erarbeitung eines Zivilgesetzbuchs persönlich beauftragt wurde. Das Zivilgesetzbuch wird seither nach seinem Urheber »*Código de Seabra*« genannt. *Coelho da Rocha* wurde durch dasselbe Dekret als einer der Begutachter nominiert, starb jedoch vor dem Anfang der Arbeiten.<sup>35</sup>

*Seabra* entwickelte eine eigene Systematik für das Gesetzbuch und untergliedert es in vier Teile, die auf den Lebensabschnitten eines Menschen basieren, nämlich dem Erwerb von Rechts- und Geschäftsfähigkeit (entsprechend der Geburt des Menschen), dem Erwerb von Rechten, dem Eigentumsrecht i. S. d. der Nutznießung des Vermögens, sowie dem Schutz dieser Rechte:<sup>36</sup>

31 *Santos Justo*, BFD 79 (2003), S. 4 sieht diese Aufgabe als gelungen. Über die erfolgreiche, sogar begeisterte Aufnahme des ersten Zivilgesetzbuchs in Portugal, siehe *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 480. Die Kritiken ließen nicht lange auf sich warten, dazu *ders.*, S. 481 ff.

32 *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 476–477 deutet die Misserfolge einer frühzeitigen Kodifikation anfang des 19. Jahrhunderts als ein Vorteil; ansonsten wäre die Gefahr zu hoch, dass es in Portugal eine angepasste Version (Kopie) des französischen Code Civil geben würde.

33 *Braga da Cruz*, RFDUSP 50 (1955) S. 32, 51–52.

34 Zu seiner Biographie ist anzumerken, dass der frühere Richter an dem Berufungsgericht von Porto das Amt als Rektor der Universität Coimbra zu der Zeit übernahm, als das Zivilgesetzbuch (1866–1888) verabschiedet wurde und in Kraft trat. Ihm wurde außerdem ein Adelstitel verliehen (Graf), sodass er *Visconde de Seabra* genannt wurde, s. dazu m.w.N. *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 476, Fn. 2 und *Santos Justo*, BFD 79 (1995) 607.

35 Siehe in deutscher Sprache *Müller*, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch*, S. 40–41 m.w.N. aus portugiesischen Quellen.

36 *Almeida Costa*, *História do direito português*<sup>4</sup>, S. 477–478 betont die »poderosa feição individualista« der ersten port. Zivilkodifikation, in dem der Kodex sich nach dem Leben des Individuums, also des Rechtssubjekts orientiert. »*Seabra* stellte das Rechtssubjekt in den Mittelpunkt der Kodifikation und teilte dessen juristischen Leben in vier chronologische Abschnitte auf«, so ausdrücklich *Müller*, *Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch*, S. 42. Die Idee eines Aufbaus der Kodifikation nach dem chronologischen Verlauf des Lebens eines Menschen wird den Schriften von *Cardoso da Costa* aus dem Jahr 1822 zugesprochen (nämlich *Que he o código civil?* und dessen Ergänzung, veröffentlicht als *Prospecto do Código Civil português*), s. dazu für alle *Reis Marques*, *Codificação e paradigmas da modernidade*, S. 660 ff.

Teil I–Von der Rechtsfähigkeit – *Da capacidade civil* (Artt. 1–358)

Teil II–Vom Erwerb der Rechten – *Da aquisição dos direitos* (Artt. 359–2166)

Teil III–Vom Eigentumsrecht – *Do direito da propriedade* (Artt. 2167–2360)

Teil IV–Von der Verletzung und Wiedergutmachung der Rechte – *Da ofensa dos direitos e da sua reparação* (Artt. 2361–2538)

*Seabra* legte auf den dritten Teil seiner Kodifikationsarbeit einen Schwerpunkt und schrieb hierüber ein wichtiges Werk.<sup>37</sup> Die Systematik seines Zivilgesetzbuchs entstand unter großem Einfluss des französischen Rechts, welches auch von *Coelho da Rocha* und anderen zeitgenössischen Autoren große Beachtung fand.<sup>38</sup> Durch Einwirkung der Lehre geschah ein Paradigmenwechsel in der portugiesischen Rechtstradition: zu dem bereits vorhandenen französischen Einfluss zählte nun der dazu gekommene Einfluss der deutschen Rechtslehre, in dem die Professoren *Guilherme Moreira*<sup>39</sup> und *Manuel de Andrade*,<sup>40</sup> wie vorher *Coelho da Rocha*, das portugiesische Zivilrecht mit Elementen der Pandektenwissenschaft weitgeschrieben haben.

Im Jahr 1930 erfolgte eine Novellierung des *Código de Seabra*, die unter vielseitiger Kritik stand. Professor *Vaz Serra* wurde zum Justizminister ernannt und begann mit den Arbeiten zu einer großen Reform.<sup>41</sup> Die Gründe für die Neuschaffung werden von *Vaz Serra* in der Präambel des DL 33908 vom 4. 9. 1944 sowie in einem Aufsatz in der von seinem Justizministerium herausgegebenen Fachzeitschrift (*Boletim do Ministério da Justiça*) erläutert: die vielen Ungenauigkeiten des mittlerweile seit nun 80 Jahre geltenden *Código de Seabra*, misslungene Reformen, Überlagerung durch Einzelgesetze, nicht einwandfreie Gesetzestechnik, fehlende Begriffsgenauigkeiten sowie mangelhafte Rechtssicherheit.<sup>42</sup> Das Hauptergebnis dieser Revision, die sich in Wirklichkeit als

37 *Seabra*, A propriedade. Filosofia do direito. (Coimbra 1850). S. dazu Coing (-Scholz), Handbuch III(1), Portugal, S. 802.

38 *Müller*, Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch, S. 55.

39 Siehe zuerst *Jayme*, *Guilherme Moreira* (1861–1922) und die deutsche Pandektistik, S. 63 mit Verweis auf *G. Moreira*, *Instituições do direito civil português* (Coimbra 1907), S. 135f. Dort liest sich in der Übersetzung von *Jayme*, op. cit., S. 65: »Es ist der deutsche Gesetzgeber, der bewiesen hat, dass es möglich ist, in einem Kodifikationswerk die wissenschaftlichen Erfordernisse und die Vorteile der Praxis gebührend zu vereinen. (...) Und es scheint, dass dieses Gesetzbuch dazu bestimmt ist, im Hinblick auf die Kodifikationsarbeiten des Zivilrechts in diesem Jahrhundert den gleichen Einfluss auszuüben, wie der französische Code civil ihn in Bezug auf das verflossene Jahrhundert ausgeübt hat.«

40 Siehe *Sinde Monteiro*, *Manuel de Andrade* und der Einfluss des deutschen BGB auf das portugiesische ZGB von 1966, S. 29, 34.

41 Siehe Zusammenfassung bei *Müller*, Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch, S. 67–82.

42 *Vaz Serra*, *BMJ* 2 (1947) 24–76. S. in deutscher Sprache *Müller*, Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch, S. 67 ff.



Neukodifizierung erwies, war die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der zivilrechtlichen Materie im Lichte der Pandektistik. Daraus resultierten eine neue Systematisierung des Zivilrechts, die Einführung eines Allgemeinen Teils und letztendlich die Verabschiedung einer neuen Kodifikation, dem port. Código Civil von 1966, der mittlerweile von *Menezes Cordeiro* zu Recht *Código Vaz Serra* genannt wird.<sup>43</sup>

b) Der brasilianische Código Civil von 1916

Während die letzten königlichen Ordonnanzen (*Ordenações Filipinas* von 1603) in Portugal aufgrund des Inkrafttretens des portugiesischen *Código Civil* von 1867 in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts längst zur Rechtsgeschichte gehörten, reichte die Geltung der zivilrechtlichen Materie aus dem alten königlichen portugiesischen Recht in Brasilien über dessen Unabhängigkeitserklärung am 7.9.1822 bis in das Jahr 1917, d. h. bis zum Inkrafttreten des brasilianischen *Código Civil* von 1916.<sup>44</sup> Das ist der Grund, warum die weitere Entwicklung des portugiesisch-brasilianischen Rechts »eigenartig«<sup>45</sup> ist.

Die Entstehung des ersten Zivilgesetzbuchs in Brasilien zeigt deutliche Züge eines »eklektischen Charakters«,<sup>46</sup> indem Einflüsse von kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zusammen mit der Weiterentwicklung des portugiesischen Rechts eine entscheidende Rolle gespielt haben.<sup>47</sup> Die Fortgeltung der portugiesischen Rechtsordnung fand Ausdruck in dem »*princípio de continuidade das leis*« aus dem brasilianischen Gesetz vom 23.11.1823, wonach die *Ordenações* und sonstiges geltendes portugiesisches Recht im Kaiserreich Brasilien ihre Geltung behielten, sofern »ein neues Gesetzbuch nicht erlassen« würde, oder die *Ordenações*, Gesetze und Verordnungen, die das portugiesische Recht ausmachten, nicht ausdrücklich aufgehoben würden.

Dementsprechend hat die erste brasilianische Verfassung vom 25.3.1824 unter Kaiser *Dom Pedro I* das Vorhaben vorangestellt, dass nationale straf- und zivilrechtliche Kodifizierungen so früh wie möglich verabschiedet werden sollten (Art. 179 (18) aaO). Der Erlass eines Zivilgesetzbuches war in der Kultur der

43 *Menezes Cordeiro*, Da modernização do direito civil, S. 44 ff und *ders.*, Direito civil I<sup>4</sup>, S. 238 ff.

44 *Gomes*, Raízes históricas e sociológicas<sup>2</sup>, S. 9–11; eingehend *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, S. 3–18.

45 Vgl. *Schlegelberger* (-*Pontes de Miranda/Goes*), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch I – Brasilien, S. 811.

46 Vgl. *Heinsheimer*, Einführung, S. V, in: *Heinsheimer* (Hrsg.), Die Zivilgesetze der Gegenwart III Brasilien. Diesen Ausdruck verleiht *Heinsheimer* den Zivilgesetzbüchern Lateinamerikas. Mehr dazu unten.

47 Siehe in deutscher Sprache m. w. N. für alle *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, insb. S. 48 ff.

Zeit eine Art Reifezeugnis einer Nation; die Idee eines eigenen *Código Civil* war also ein zeitgenössisches Anliegen der Unabhängigkeit.<sup>48</sup> Die Schwierigkeiten, die es dafür zu überwinden galt, waren enorm, denn man hatte bis zu dieser Zeit noch keine eigenen Rechtsfakultäten in Brasilien. Die ersten juristischen Fakultäten in Brasilien wurden erst 1827 in São Paulo und Olinda gegründet, wobei letztere später in das benachbarte Recife versetzt wurde. Die Rechtsgelehrten in Brasilien wurden überwiegend im portugiesischen Coimbra ausgebildet.<sup>49</sup>

Vor allem die *Faculdade de Direito de Recife* sollte jedoch später in den Entwürfen brasilianischer Gesetze eine wesentliche Rolle spielen.<sup>50</sup> Eine so genannte »*cultura jurídica nacional*« wurde nur mühsam geboren.<sup>51</sup> Seit Inkrafttreten der kaiserlichen Verfassung von 1824 dauerte es noch ca. neunzig Jahre bis zum Inkrafttreten des ersten brasilianischen *Código Civil*, denn Priorität hatte die Schaffung eines Strafgesetzbuches (*Código Criminal* von 1830) sowie eines Gesetzbuches über den Strafprozess (*Código de Processo Criminal* von 1832). Vor dem Erlass eines Zivilgesetzbuches entstand außerdem der brasilianische *Código Comercial* von 1850 nach dem Vorbild des französischen Handelsgesetzbuchs. Für das wachsende bürgerliche Milieu war die Kodifizierung der für den Handel relevanten Gesetze wichtiger als der Schutz und die Gewährleistung der zivilrechtlichen Ansprüche.<sup>52</sup>

Die Schaffung eines brasilianischen Zivilgesetzbuches gehörte aber seit 1824 längst zum Regierungsprogramm. Ein weiterer Schritt war der Auftrag des Kaisers an *Teixeira de Freitas*, der erst im Jahr 1857 bzw. 1858 in die so genannte »*Consolidação das Leis Cíveis*« mündete. Diese Gesetzeskonsolidierung gilt als die Herausgabe einer bereinigten Sammlung geltender Rechtsquellen, nämlich »die erste umfassende systematische Sammlung des Zivilrechts des unabhängigen Brasiliens, welche auf der Grundlage der fortgeltenden *Ordenações Filipinas* von 1603 aufgebaut wurde und 1917 die Autorität eines echten ZGB erhielt.«<sup>53</sup>

---

48 Vgl. dazu *Villela*, Die brasilianische Zivilrechtsgesetzgebung und das Familienrecht in historischer Entwicklung, insb. S. 19.

49 Die *Universidade de Coimbra* behielt bis 1910 das Monopol der juristischen Ausbildung in Portugal.

50 Zu beachten ist die »*Escola do Recife*«, auch bekannt als »*Escola Alemã do Recife*«, aufgrund der Berücksichtigung der deutschen Rechtswissenschaft durch die brasilianischen Rechtsgelehrten in Recife, u. a. Tobias Barreto, Clóvis Bevilacqua und Sílvio Romero. *Marques*, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, S. 79 bezeichnet die »*Escola Alemã do Recife*« als die »juristische deutsche Schule von Recife«. Vgl. *Wolkmer*, *História do direito no Brasil*, S. 81.

51 Während der kolonialen Zeit herrschte ein Druckverbot, so dass jedes Buch ausländischer Herkunft sein musste. Vgl. dazu *Kozima*, *Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil*, S. 361.

52 *Wolkmer*, *História do direito no Brasil*, S. 88.

53 *Marques*, Das BGB und das brasilianische ZGB von 1916, S. 79.