

JAN PETER SCHMIDT

Zivilrechtskodifikation in Brasilien

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

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

226

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

226

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Jan Peter Schmidt

Zivilrechtskodifikation in Brasilien

Strukturfragen und Regelungsprobleme
in historisch-vergleichender Perspektive

Mohr Siebeck

Jan Peter Schmidt, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in Konstanz und Madrid; Referendariat in Berlin und Costa Rica; seit 2004 Referent für Lateinamerika am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, seither verschiedene Forschungs- und Vortragsaufenthalte in Südamerika; 2009 Promotion.

e-ISBN PDF 978-3-16-151411-1

ISBN 978-3-16-150126-5

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.d-nb.de> abrufbar.

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Sie entstand im Rahmen meiner Tätigkeit als Lateinamerikareferent des Hamburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht. Zum Gelingen der Arbeit haben viele Personen beigetragen. Ihnen möchte ich an dieser Stelle meinen Dank abstaten.

An erster Stelle ist mein Doktorvater und akademischer Lehrer Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann zu nennen. Er hat das Thema angeregt, die Arbeit in jeder Phase vorbildlich betreut und sie ungeachtet ihres Umfangs in sehr kurzer Zeit begutachtet. Vor allem aber hat er mir ein Arbeitsumfeld geboten, das mich durch den ständigen gedanklichen Austausch und die freundschaftliche Atmosphäre persönlich wie fachlich ungemein bereichert hat. Für die unvergessliche Zeit danke ich nicht nur ihm, sondern auch allen Kollegen und Gästen des Lehrstuhls sehr herzlich.

Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und sein Eingehen auf die Ideen der Arbeit.

Herr Dr. Jürgen Samtleben, mein Vorgänger im Lateinamerikareferat, hat die Arbeit vor Drucklegung sehr gründlich durchgesehen und dabei noch viele wertvolle Anregungen beigesteuert sowie manche Ungereimtheit aufgedeckt. Herzlich danken möchte ich ihm an dieser Stelle aber auch dafür, dass er mir bei meiner Referatsarbeit immer mit Rat und Tat zur Seite gestanden hat und ich so in vielerlei Hinsicht von seinem beeindruckenden Wissens- und Erfahrungsschatz profitieren konnte.

Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow und Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt danke ich für die großzügige und unkomplizierte Ermöglichung meiner Forschungsaufenthalte in Brasilien, ebenso für alle übrige Förderung und Anteilnahme. Herrn Prof. Dr. Knudsen und seinen Mitarbeitern danke ich für das tadellose Funktionieren der wunderbaren Institutsbibliothek und für die rasche Erfüllung zahlreicher Anschaffungswünsche. Frau Ilse Groß und ihrem Team bin ich für die stets schnelle und unbürokratische Lösung aller Verwaltungsangelegenheiten sehr verbunden.

Diese Arbeit hätte schließlich nicht ohne die vielfältige Unterstützung seitens zahlreicher Freunde und Kollegen in Brasilien zustande kommen

können. Bei meinen insgesamt drei Aufenthalten in diesem Land erfuhr ich eine Herzlichkeit, Hilfsbereitschaft und vor allem Gastfreundschaft wie ich mir niemals hätte träumen lassen. Die folgenden Personen haben in besonderem Maße dazu beigetragen, dass ich mich in Brasilien immer wie zu Hause gefühlt habe: Herr Prof. Dr. João Baptista Villela und seine Assistenten, insbesondere Frau Dr. Elena de Carvalho Gomes, Frau Dr. Karine Salgado, Herr Prof. Dr. Paulo Borba Casella, Frau Dr. Renata Fialho de Oliveira, Herr Dr. Daniel Gruenbaum, Frau Lúcia Domingos und Familie, Frau Dr. Ana Paula Gambogi Carvalho und Familie, Frau Prof. Dr. Claudia Lima Marques und die Mitglieder ihrer *grupo de pesquisa*, Frau Prof. Dr. Débora Gozzo, Herr Prof. Dr. Sidnei Beneti, *Ministro* am Oberen Bundesgericht, Frau Beatriz Luz, Herr Dr. Gustavo Cerqueira und Familie, Frau Beatriz Niemeyer und Familie, Herr Dr. Thomas Richter.

Großen Dank schulde ich daneben auch all jenen brasilianischen Professoren, Richtern und Rechtsanwälten, die mir sehr spontan und geduldig für Interviews zur Verfügung gestanden haben und mir häufig auch wertvolle Materialien überließen: Frau Prof. Dr. Judith Martins-Costa, Herrn Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior, Herrn Prof. Dr. Antônio Junqueira de Azevedo, Frau Prof. Dr. Véra Fradera, Herrn Prof. Dr. Calixto Salomão Filho, Herrn *Desembargador* Benedito Silvério Ribeiro, Herrn *Desembargador* Hamilton Elliot Akel, Herrn *Desembargador* Dr. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Herrn Dr. Luis Renato Ferreira da Silva, Frau Prof. Dr. Nadia de Araujo, Herrn Prof. Dr. Gustavo Tepedino, Herrn Dr. Carlos Gersson-Branco, Herrn Prof. Dr. Nelson Nery Júnior, Herrn Prof. Dr. Fábio Ulhoa Coelho, Herrn Dr. Marcelo Calixto, Herrn Dr. Francisco Florence. Dem ehemaligen *Ministro* am Oberen Bundesgericht Prof. Dr. Ruy Rosado de Aguiar Júnior bin ich daneben auch für die Ermöglichung der Teilnahme an den *IV. Jornadas de Direito Civil* in Brasília im Jahr 2006 sehr verbunden.

Der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung e.V. danke ich für die Gewährung eines sehr großzügigen Druckkostenzuschusses. Die Druckvorlage hätte ich nicht ohne die unschätzbare Hilfe von Frau Ingeborg Stahl erstellen können. Zahlreiche andere Helfer, insbesondere meine fleißigen Korrekturleser, müssen aus Raumgründen leider ungenannt bleiben.

Zuletzt möchte ich meiner Freundin Gosia danken, die mir besonders in der schwierigen Schlussphase durch ihre Liebe und ihr Vertrauen große Kraft geschenkt hat. Widmen möchte ich diese Arbeit meinen Eltern, die mich mein ganzes Leben hindurch in allen Belangen liebevoll und großzügig unterstützt haben.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIX
Zitierweise brasilianischer Rechtsvorschriften und Gerichtsentscheidungen	XXXII
Einführung und Gang der Darstellung	1
Kapitel 1: Die Entwicklung des brasilianischen Privatrechts von der Entdeckung Brasiliens bis zum Inkrafttreten des ersten Zivilgesetzbuches im Jahr 1916.....	3
A. Von der Entdeckung im Jahr 1500 bis zur Unabhängigkeit im Jahr 1822	3
B. Die Rechtsentwicklung bis zum Zivilgesetzbuch von 1916.....	18
C. Das Zivilgesetzbuch von 1916 und seine Charakteristika	48
Kapitel 2: Entstehungsgeschichte und Leitprinzipien des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches	57
A. Vorgeschichte: Die gescheiterten Reformversuche der 1940er und 1960er Jahre.....	57
B. Die Entstehung des CC/2002	66
C. Bilanz der Ersetzung des CC/1916 durch den CC/2002.....	103
D. Die Leitprinzipien des neuen Zivilgesetzbuches.....	120
E. Zusammenfassung	128
Kapitel 3: Kodifikationsidee gestern und heute.....	133
A. Der Kodifikationsbegriff	133
B. Ursprung, Ziele und Umsetzung der Kodifikationsidee	136

C. Krise und Zukunft der Kodifikationsidee	145
D. Die Funktionen der Kodifikation in heutiger Zeit.....	153
E. Schlussfolgerungen für das Kodifizieren in heutiger Zeit.....	160
Kapitel 4: Die Reichweite des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches – der CC/2002 als <i>Code unique</i>.....	163
A. Die Reichweite des CC/2002 im Überblick	163
B. Materielle, legislative und dogmatische Selbständigkeit des Handelsrechts	167
C. Handelsgesetzbuch und <i>Code unique</i> in Europa	173
D. Brasiliens Weg zum <i>Code unique</i>	179
E. Die Lösung des CC/2002 aus vergleichender Perspektive	185
F. Zusammenfassung	222
Kapitel 5: Zivilgesetzbuch und Verbraucherschutz – die brasilianische Erfahrung	225
A. Verbraucherschützende Regelungen im System des Privatrechts.....	225
B. Die Bedeutung des Themas für das brasilianische Recht.....	228
C. Ursprung und Regelung des brasilianischen Verbraucherschutzrechts.....	229
D. Vorbilder, Struktur und Anwendungsbereich des CDC	234
E. Vergleich des CDC mit dem CC/20002 auf dem Gebiet des Vertragsrechts.....	246
F. Der dogmatische Charakter des Verbrauchervertragsrechts.....	265
G. Der gesetzliche Standort des Verbrauchervertragsrechts	281
H. Wechselwirkungen zwischen CC/2002 und CDC	287
I. Zusammenfassung der Ergebnisse und Lehren für Europa	296
Kapitel 6: Das System des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches in historisch-vergleichender Perspektive.....	299

A. Das Pandektensystem: Entstehung, Erfolge und Kritik.....	300
B. Die Entwicklung des Privatrechtssystems in Brasilien	331
C. Das System des CC/1916.....	342
D. Die Kritik am Allgemeinen Teil und die Pläne zu seiner Abschaffung	353
E. Das System des CC/2002 – Allgemeiner Teil.....	355
F. Das System des CC/2002 – Besonderer Teil.....	384
G. Zusammenfassung	385
 Kapitel 7: Die Rolle des Richters im neuen brasilianischen Zivilgesetzbuch	 389
A. Richterfreiheit, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit.....	391
B. Der Begriff der Generalklausel.....	399
C. Funktionen von Generalklauseln	404
D. Gefahren von Generalklauseln.....	448
E. Generalklauseln im CC/2002.....	461
F. Zusammenfassung	540
 Schlussbetrachtung	 545
Literaturverzeichnis	549
Personen- und Sachverzeichnis.....	601

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Zitierweise brasilianischer Rechtsvorschriften und Gerichtsentscheidungen	XXXII
Einführung und Gang der Darstellung	1
Kapitel 1: Die Entwicklung des brasilianischen Privatrechts von der Entdeckung Brasiliens bis zum Inkrafttreten des ersten Zivilgesetzbuches im Jahr 1916.....	3
A. Von der Entdeckung im Jahr 1500 bis zur Unabhängigkeit im Jahr 1822	3
I. Der Ursprung des brasilianischen Rechts.....	3
II. Die Entwicklung des portugiesischen Rechts von der Zeit der Entdeckung Brasiliens bis zu dessen Unabhängigkeit	5
1. Die königlichen Ordonnanzen	5
2. Die Lei da Boa Razão	8
3. Zusammenfassung: Brasiliens portugiesisches Erbe	11
III. Eigenständige Rechtsentwicklungen in der Kolonie Brasilien	13
1. Die Jahrhunderte der Vernachlässigung	13
2. Die Flucht des portugiesischen Königs nach Brasilien als entscheidender Wendepunkt.....	16
3. Der schmerzlose Weg zur Unabhängigkeit	17
B. Die Rechtsentwicklung bis zum Zivilgesetzbuch von 1916.....	18
I. Die Weitergeltung des portugiesischen Rechts und die ersten eigenen Gesetze.....	18
II. Die Erlangung der kulturellen und intellektuellen Unabhängigkeit	19
III. Das Handelsgesetzbuch von 1850.....	20
IV. Der Kodifikationsversuch von Teixeira de Freitas und Freitas' Bedeutung für die brasilianische Rechtswissenschaft	23
1. Die Wiederaufnahme der Idee eines eigenen Zivilgesetzbuches	23

2.	Teixeira de Freitas als Begründer der brasilianischen Rechtswissenschaft	24
3.	Freitas' Werdegang.....	24
4.	Der gescheiterte Kodifikationsversuch.....	26
	a) Die Beauftragung Freitas' und sein geplantes Vorgehen.....	26
	b) Die Consolidação das Leis Civis: Der Vorläufer des Zivilgesetzbuches.....	27
	c) Der „Esboço“: Das unvollendete Monument.....	29
	(1) Die Aufnahme der Arbeiten zur Schaffung eines Zivilgesetzbuches	29
	(2) Die Auseinandersetzungen um die Begutachtung des „Esboço“	30
	(3) Freitas' neue Idee: Der Código Geral.....	31
	(4) Die Auflösung des Vertrages	33
	(5) Merkmale und Ausstrahlungswirkung des „Esboço“.....	34
5.	Die letzten Jahre	35
6.	Teixeira de Freitas und die deutsche Rechtswissenschaft	36
7.	Teixeira de Freitas' Bedeutung für die brasilianische Rechtswissenschaft.....	38
V.	Die nachfolgenden Kodifikationsbemühungen.....	41
	1. Nabuco de Araújo und Felício dos Santos.....	41
	2. Die Kommission von 1889.....	41
	3. Der Entwurf von Coelho Rodrigues	42
	4. Der erfolgreiche Entwurf von Clóvis Bevilacqua	43
	a) Die Beauftragung Bevilacquas	43
	b) Bevilacqua und die Schule von Recife	44
	c) Die rasche Fertigstellung des Entwurfs	46
	d) Das Verfahren bis zum Inkrafttreten des CC/1916.....	47
C.	Das Zivilgesetzbuch von 1916 und seine Charakteristika.....	48
	I. Quellen, Aufbau und Stil.....	48
	II. Inhaltliche Aspekte.....	51
	III. Reaktionen auf den CC/1916	54
Kapitel 2: Entstehungsgeschichte und Leitprinzipien des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches		57
A.	Vorgeschichte: Die gescheiterten Reformversuche der 1940er und 1960er Jahre.....	57
	I. Der gescheiterte Reformversuch der 1940er Jahre	57
	1. Gründe und Ziele der Reform.....	57

2.	Der Inhalt des Vorentwurfs für ein Allgemeines Obligationenrecht von 1941	60
II.	Der gescheiterte Reformversuch der 1960er Jahre	62
1.	Ausgangspunkt der Reform	62
2.	Die Entwürfe für ein Zivilgesetzbuch und für ein vereinigtes Obligationenrecht	63
3.	Das Scheitern der Entwürfe	64
B.	Die Entstehung des CC/2002	66
I.	Der Ausgangspunkt der Reform und die herrschenden politischen Umstände	66
II.	Die Beauftragung Miguel Reales, seine Person und seine Rolle als Koordinator	67
1.	Die Beauftragung Miguel Reales	67
2.	Die Person des Miguel Reale	68
a)	Die juristische Biographie Reales	68
b)	Die politische Biographie Reales	69
3.	Der Einfluss Miguel Reales auf den CC/2002	70
III.	Zusammensetzung und Arbeitsweise der von Reale koordinierten Entwurfskommission	70
1.	Die Zusammensetzung der Kommission	70
2.	Die Arbeitsweise der Kommission	74
3.	Vorzüge und Nachteile der Kommissionsarbeit	74
IV.	Zielsetzung und Grundentscheidungen der Entwurfskommission	78
1.	Die Entscheidung für die Ersetzung des CC/1916	79
a)	Das Argument des geänderten Gesellschaftsbildes	79
b)	Das Argument der geänderten Grundprinzipien	81
c)	Andere Argumente für eine Neukodifikation	82
d)	Fazit	83
2.	Die Entscheidung für eine Reform „in einem Zug“	85
a)	Der Weg Hollands und Québecs: Sukzessive Inkraftsetzung	86
b)	Die Vorzüge der sukzessiven Inkraftsetzung angesichts der Schwierigkeiten der parlamentarischen Gesetzgebung in der heutigen Zeit	87
V.	Das Verfahren bis zur Einbringung des Entwurfs in den Kongress: Einbeziehung der Fachwelt, Umgang mit Kritik	90
1.	Veröffentlichung und Überarbeitung der Vorentwürfe	90
2.	Die Reaktionen der Fachwelt	91
3.	Der Umgang der Entwurfskommission mit der geäußerten Kritik	92
VI.	Das Verfahren im Kongress	93
1.	Das Verfahren in der Abgeordnetenkommission	93

2.	Der Entwurf im Senat	96
a)	Die Aufnahme der Arbeiten und ihre Unterbrechung durch den politischen Wandel.....	96
b)	Das Problem der fehlenden Verfassungskonformität des Entwurfs.....	98
c)	Die Verabschiedung des Entwurfs im Senat.....	98
3.	Die endgültige Inkraftsetzung des Entwurfs.....	99
a)	Die vermuteten Ursachen für das überraschende Wiederaufleben des Projekts.....	99
b)	Widerstand aus der Fachwelt.....	101
c)	Das Inkrafttreten des CC/2002.....	101
4.	Fazit des Gesetzgebungsverfahrens.....	102
C.	Bilanz der Ersetzung des CC/1916 durch den CC/2002.....	103
I.	Aktualisierung des Zivilrechts	103
1.	Allgemeiner Teil.....	104
2.	Schuldrecht	105
3.	Unternehmensrecht.....	110
4.	Familienrecht	110
5.	Erbrecht.....	111
6.	Unnötige Formalismen	112
7.	Unberechtigte Kritik	112
8.	Fazit	113
II.	Rekodifizierung der Nebengesetze.....	115
III.	Widerspiegelung der gesellschaftlichen Realität	116
IV.	Das Problem der Sprache	117
V.	Kosten.....	118
VI.	Fazit.....	119
D.	Die Leitprinzipien des neuen Zivilgesetzbuches.....	120
I.	Die Leitprinzipien des CC/2002.....	120
1.	Das Leitprinzip der eticidade.....	120
2.	Das Leitprinzip der socialidade	121
3.	Das Leitprinzip der operabilidade	123
4.	Das Leitprinzip der concretitude	124
II.	Stellungnahme.....	126
E.	Zusammenfassung	128
Kapitel 3: Kodifikationsidee gestern und heute.....		133
A.	Der Kodifikationsbegriff	133
I.	Systematik	134
II.	Vollständigkeit	134

III. Staatliche Inkraftsetzung	135
B. Ursprung, Ziele und Umsetzung der Kodifikationsidee	136
I. Ursprung und Ziele der Kodifikationsidee	136
II. Die weltweite Kodifikationsbewegung	140
1. Die Kodifikationsbewegung in Europa	141
2. Die Kodifikationsbewegung in Lateinamerika.....	143
3. Die Kodifikationsbewegung im Rechtskreis des common law.....	143
C. Krise und Zukunft der Kodifikationsidee	145
I. Das Phänomen der „Dekodifikation“	146
II. Dekodifikation in Brasilien	148
III. Kodifikationen ein Auslaufmodell?	149
1. Kodifikationspessimismus in Europa	149
2. Kodifikationspessimismus in Brasilien	149
3. Gegenargumente	150
a) Argumente für das Festhalten an der Kodifikationsidee in Europa	150
b) Argumente für das Festhalten an der Kodifikationsidee in Brasilien	152
D. Die Funktionen der Kodifikation in heutiger Zeit.....	153
I. Die Funktionen der Kodifikation bei allgemeiner Betrachtung	154
1. Die Funktionen der Rechtsvereinheitlichung und der Stiftung nationaler Identität	154
2. Die Publizitätsfunktion	155
3. Die Festschreibung von Grundprinzipien	155
4. Die Funktion der Systematisierung des Rechts	156
5. Funktion der Rechtserneuerung?	157
II. Die Funktionen des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches	158
1. Die Funktionen der Rechtsvereinheitlichung, der Stiftung nationaler Identität und der Publizität des Rechts	158
2. Die Festschreibung von Grundwerten	159
3. Die Informations- und Systematisierungsfunktion.....	159
4. Die Funktionen der Rechtserneuerung und der Konsolidierung	160
5. Fazit	160
E. Schlussfolgerungen für das Kodifizieren in heutiger Zeit.....	160

Kapitel 4: Die Reichweite des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches – der CC/2002 als <i>Code unique</i>	163
A. Die Reichweite des CC/2002 im Überblick	163
I. Die Erwägungen der Entwurfskommission.....	163
II. Bewertung	165
B. Materielle, legislative und dogmatische Selbständigkeit des Handelsrechts	167
I. Die materielle Selbständigkeit: Handelsrechtliche Sondernormen	168
II. Die legislative Selbständigkeit: Code unique versus „dualistische Vollkodifizierung“	169
III. Die dogmatische Selbständigkeit des Handelsrechts	171
IV. Materielle, legislative und dogmatische Eigenständigkeit des Handelsrechts im brasilianischen Recht nach Inkrafttreten des CC/2002	173
C. Handelsgesetzbuch und <i>Code unique</i> in Europa	173
I. Die historische Entwicklung des Handelsrechts als Grund für seine gesonderte Kodifikation	174
II. Die Gründe für die Schaffung eines Code unique in der Schweiz und in Italien	175
1. Das schweizerische OR von 1881	175
2. Der italienische Codice civile (1942)	178
D. Brasiliens Weg zum <i>Code unique</i>	179
I. Der Ursprung der Dichotomie zwischen Zivil- und Handelsgesetzbuch im brasilianischen Recht	179
1. Die Entstehung des brasilianischen Handelsgesetzbuches	179
2. Handelsgesetzbuch ohne Zivilgesetzbuch	180
II. Teixeira de Freitas' Idee der Zusammenführung von Zivil- und Handelsgesetzbuch	180
III. Die Versuche zur Vereinigung von Zivil- und Handelsgesetzbuch während des 19. und 20. Jahrhunderts	182
1. Die Schaffung des CC/1916, das Projekt von Inglês de Souza und die gescheiterten Versuche zur Reform des Handelsgesetzbuches	182
a) Die Schaffung des CC/1916.....	182
b) Die Entwürfe von <i>Inglêz de Souza</i>	182
c) Die gescheiterten Versuche zur Reform des Handelsrechts	183
2. Das zweimalige Scheitern der Unifikation im Rahmen der Zivilrechtsreform	183
a) Der Vorentwurf von 1941	184

b) Der Reformversuch von 1961-66.....	184
3. Die Vereinigung von Zivil- und Handelsrecht auf prozessualer Ebene	184
IV. Die Gründe für die Vereinigung von Zivil- und Handelsgesetzbuch bei Schaffung des CC/2002	185
E. Die Lösung des CC/2002 aus vergleichender Perspektive	185
I. Die Vereinigung der Schuldverhältnisse im CC/2002	186
1. Einheit des Schuldrechts im materiellen und im formellen Sinn	186
a) Die Argumente für eine materielle Vereinigung der Schuldverhältnisse	186
(1) Die „Kommerzialisierung des Zivilrechts“	186
(2) Berücksichtigung handelsrechtlicher Interessen auch bei einheitlicher Regelung	190
(3) Das Problem der Abgrenzung	191
(4) Die internationale Ausrichtung des Handelsrechts als Argument gegen die Einheitslösung?	191
(5) Die Situation in Brasilien	192
b) Die Argumente für eine legislative Vereinigung der Schuldverhältnisse	193
(1) Grundsätzliche Überlegungen	193
(2) Die Situation in Brasilien	195
c) Fazit.....	195
2. Die Umsetzung der Vereinigung der Schuldverhältnisse im CC/2002.....	197
a) Die Aufnahme handelsrechtlicher Typenverträge	197
b) Berücksichtigung besonderer Interessen des Handelsverkehrs.....	198
c) „Kommerzialisierung des Zivilrechts“ oder „Zivilisierung des Handelsrechts“?.....	201
d) Das Wechselrecht.....	203
e) Das Insolvenzrecht.....	204
f) Fazit.....	205
II. Die Aufnahme des Unternehmensrechts in den CC/2002 aus vergleichender Sicht.....	205
1. Das Unternehmensrecht als Fortentwicklung des Handelsrechts.....	206
a) Die Lehre vom Unternehmensrecht in Europa	206
b) Die Lehre vom Unternehmensrecht in Brasilien.....	208
c) Fazit.....	211
2. Der Begriff des „Unternehmens“.....	212
3. Der Umfang des Unternehmensrechts	215

4.	Die Argumente für und wider die Aufnahme des Unternehmensrechts in die Zivilkodifikation	215
a)	Argumente für die Einbeziehung	216
b)	Argumente gegen die Einbeziehung	218
5.	Die Ausgestaltung von Buch II des CC/2002	218
a)	Die Kritik der brasilianischen Fachwelt	218
b)	Stellungnahme	219
6.	Fazit	222
F.	Zusammenfassung	222

Kapitel 5: Zivilgesetzbuch und Verbraucherschutz – die brasilianische Erfahrung

225

A.	Verbraucherschützende Regelungen im System des Privatrechts	225
B.	Die Bedeutung des Themas für das brasilianische Recht	228
C.	Ursprung und Regelung des brasilianischen Verbraucherschutzrechts	229
I.	Die Ursprünge des brasilianischen Verbraucherschutzrechts	229
II.	Die Entstehung des Verbraucherschutzgesetzes von 1990	230
III.	Die Auswirkungen des Verbraucherschutzgesetzes auf die Rechtswirklichkeit	232
IV.	Die Frage der Einbeziehung des CDC in den CC/2002	232
V.	Fazit	233
D.	Vorbilder, Struktur und Anwendungsbereich des CDC	234
I.	Vorbilder und Struktur des CDC	234
1.	Die ausländischen Vorbilder des CDC	234
2.	Die Struktur des CDC	234
II.	Der Anwendungsbereich des CDC	237
1.	Der Verbraucherbegriff des CDC	237
a)	Der Standardverbraucher	237
b)	Die nach Art. 17 CDC dem Verbraucher „gleichgestellten“ Personen	242
c)	Die nach Art. 29 CDC dem Verbraucher „gleichgestellten“ Personen	243
d)	Das Kollektiv der Verbraucher nach Art. 2 § ún. CDC	244
2.	Der Lieferantenbegriff und die Begriffe des Produkts und der Dienstleistung	244
III.	Zusammenfassung	246
E.	CDC und CC/2002 im Vergleich	246

I.	Allgemeine Fragen	246
1.	Rechtsnatur der Regelungen	246
2.	Grundprinzipien	246
3.	Beweislast	247
a)	Die Beweislast nach dem CDC	247
b)	Die Beweislast nach den allgemeinen Vorschriften	248
II.	Regelungen im Bereich des Vertragsrechts	248
1.	Der rechtliche Charakter von Angeboten gegenüber der Öffentlichkeit	248
a)	Die Regelung des CDC zur Verbindlichkeit von Werbung	248
b)	Die Regelung des CC/2002	250
2.	Die Auslegung von Verträgen	250
a)	Die Auslegung des Vertrags zugunsten des Verbrauchers nach Art. 47 CDC	250
b)	Die Auslegung von Verträgen nach dem CC/2002	251
3.	Das Recht zur Abstandnahme vom Vertrag	252
a)	Das „Reurecht“ nach Art. 49 CDC	252
b)	Abstandnahme vom Vertrag nach dem CC/2002	253
4.	Die „Läsion“	253
a)	Die Regelungen zur „Läsion“ nach dem CDC	253
b)	Die „Läsion“ nach Art. 157 CC/2002	253
5.	Die Inhaltskontrolle von Verträgen	254
a)	Die Inhaltskontrolle nach Art. 51 CDC	254
b)	Die Inhaltskontrolle von Verträgen nach dem CC/2002	256
6.	Die Sachmängelgewährleistung beim Kauf	257
a)	Die Sachmängelgewährleistung nach dem CDC	257
b)	Die Sachmängelgewährleistung nach dem CC/2002	259
(1)	Die Neuerungen des CC/2002 gegenüber dem CC/1916	259
(2)	Vergleich der Regelungen zwischen CC/2002 und CDC	260
7.	Geänderte Umstände nach Vertragsschluss	262
a)	Die Regelung des Art. 6 V CDC	262
b)	Die Regelungen des CC/2002	263
III.	Fazit	264
F.	Der dogmatische Charakter des Verbrauchervertragsrechts	265
I.	Der dogmatische Charakter des deutschen Verbrauchervertragsrechts	265
1.	Der Begriff des Sonderprivatrechts	265
2.	Prinzipien des allgemeinen Privatrechts und des Verbrauchervertragsrechts	267

a) Verbrauchervertragsrecht als Schwächerenschutz?	267
b) Die Sicherung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit als Ziel des Verbraucherschutzes	268
c) Die Rechtfertigung der AGB-Kontrolle.....	271
3. Die Funktion des Verbraucherbegriffs	272
4. Fazit	273
II. Der dogmatische Charakter des brasilianischen Verbrauchervertragsrechts.....	274
1. Die Prinzipien des brasilianischen Verbrauchervertragsrechts	275
a) Die strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers	275
b) Hintergründe	275
2. Die Funktion des Verbraucherbegriffs nach dem CDC.....	279
3. Fazit	281
G. Der gesetzliche Standort des Verbrauchervertragsrechts	281
I. Argumente für und gegen eine Integration der verbraucherrechtlichen Normen in die Zivilkodifikation.....	282
II. Argumente für und gegen die Schaffung eines Verbraucherschutzgesetzes	285
III. Fazit.....	287
H. Wechselwirkungen zwischen CC/2002 und CDC	287
I. Die Auswirkung des CC/2002 auf die Geltung des CDC	287
II. Wechselwirkungen zwischen CC/2002 und CDC bei der Gesetzesauslegung	290
1. Der „Dialog der Quellen“	291
2. Der Anwendungsbereich des CDC im Lichte des CC/2002.....	293
a) Die Wirkung des CC/2002 auf den Verbraucherbegriff in Art. 2 caput CDC	293
b) Die Wirkung des CC/2002 auf den Verbraucherbegriff des Art. 29 CDC	294
3. Der CDC als Inspirationsquelle für die Auslegung des CC/2002.....	295
III. Fazit.....	296
I. Zusammenfassung der Ergebnisse und Lehren für Europa	296
 Kapitel 6: Das System des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches in historisch-vergleichender Perspektive.....	299
A. Das Pandektensystem: Entstehung, Erfolge und Kritik.....	300

I.	Die Entstehung des Pandektensystems	301
II.	Die Kodifizierung des Pandektensystems im sächsischen BGB und im BGB	304
	1. Das System des sächsischen BGB	304
	2. Das System des BGB	305
	a) Der Allgemeine Teil	305
	b) Die anderen Bücher des BGB und ihre Reihenfolge	306
III.	Die Verbreitung des Pandektensystems in der Welt	309
	1. Der Einfluss auf die Zivilgesetzbücher anderer Länder	309
	2. Der Einfluss auf das ausländische Rechtsdenken	311
IV.	Die Kritik am Pandektensystem in Deutschland	312
	1. Die Diskussionen um den Allgemeinen Teil	312
	a) Vorzüge und Nachteile eines Allgemeinen Teils an sich	313
	(1) Vorzüge eines Allgemeinen Teils	313
	(2) Nachteile eines Allgemeinen Teils	318
	(3) Fazit: Der Wert eines Allgemeinen Teils für das Gesetz und die Aussichten für den Allgemeinen Teil auf europäischer Ebene	320
	b) Kritik am Allgemeinen Teil des BGB	321
	(1) Kritik an den im Allgemeinen Teil des BGB enthaltenen Materien	321
	(2) Kritik an dem Fehlen allgemeiner Lehren	325
	(3) Bilanz	326
	2. Kritik am Besonderen Teil des Pandektensystems	326
	a) Kritik an der fehlenden systematischen Stringenz	326
	b) Kritik an der Kategorie des Schuldrechts	327
	c) Das Familien- und Erbrecht	330
	d) Fazit	330
B.	Die Entwicklung des Privatrechtssystems in Brasilien	331
	I. Privatrechtssysteme vor dem Kodifikationsversuch von Freitas	331
	II. Das System von Freitas	332
	1. Das System der Consolidação das Leis Civis	333
	a) Freitas' grundsätzliche Überlegungen zum System des Privatrechts	333
	b) Aufgabe und Inhalt des Allgemeinen Teils der Consolidação	335
	c) Teixeira de Freitas als Erfinder des Allgemeinen Teils?	336
	2. Das System des „Esboço“	337
	a) Die Veränderungen gegenüber dem System der Consolidação	337

b) Der Allgemeine Teil des „Esboço“	338
c) Der Besondere Teil des „Esboço“	340
III. Das System in den dem „Esboço“ nachfolgenden Entwürfen	341
C. Das System des CC/1916.....	342
I. Die Überlegungen Clóvis Bevilacqua	342
II. Der Allgemeine Teil des CC/1916	343
1. Die Bedeutung des Allgemeinen Teils im CC/1916.....	343
2. Der Inhalt des Allgemeinen Teils des CC/1916	344
a) Buch I: Von den Personen	344
b) Buch II: Von den Gütern.....	344
c) Buch II: Von den juristischen Tatsachen	345
(1) Titel II: Von den Rechtsgeschäften	345
(2) Titel III: Von den unerlaubten Handlungen	347
(3) Titel IV: Von der Verjährung	349
3. Vergleich zum Allgemeinen Teil des BGB	351
III. Der Besondere Teil des CC/1916.....	351
D. Die Kritik am Allgemeinen Teil und die Pläne zu seiner Abschaffung	353
I. Die Kritik am Allgemeinen Teil im Rahmen des Reformversuchs der 1940er Jahre	353
II. Die Kritik am Allgemeinen Teil im Rahmen des Reformversuchs von 1961-66	354
III. Stellungnahme	355
E. Das System des CC/2002 – Allgemeiner Teil	355
I. Die Gründe für die Beibehaltung des Allgemeinen Teils	355
1. Die Verteidigung des Allgemeinen Teils durch Moreira Alves	355
2. Die Verteidigung des Allgemeinen Teils in der Entwurfsbegründung von Miguel Reale	356
3. Fazit	358
II. Struktur und Inhalt des Allgemeinen Teils des CC/2002.....	358
1. Buch I: Von den Personen	358
a) Natürliche Personen	358
b) Juristische Personen	359
(1) Die Durchgriffshaftung nach Art. 50 CC/2002	359
(2) Die Regelung der Vereine und Stiftungen	360
2. Buch II: Von den Gütern	360
3. Buch III: Von den juristischen Tatsachen	361
a) Titel I: Vom Rechtsgeschäft	361
(1) Ersetzung des „ato jurídico“ durch den Begriff des „negócio jurídico“	361
(2) Willentheorie versus Vertrauensschutz	362

(3) Die Verwendung der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung im CC/2002.....	363
(4) Neue Tatbestände des „Gefahrenzustands“ und der „Läsion“	366
(5) Die Vorschriften über die Stellvertretung	370
b) Titel II: Von den erlaubten Rechtshandlungen	371
c) Titel III: Von den unerlaubten Handlungen	373
(1) Die Neufassung der deliktischen Generalklausel	374
(2) Die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	374
(3) Der Rechtsmissbrauch	375
d) Titel IV: Von der Verjährung und dem Ausschluss	376
(1) Der Übergang von der Klage- zur Anspruchsverjährung.....	376
(2) Die Rechtsfolgen der Verjährung	378
(3) Verjährungsfristen	379
(4) Die Unterscheidung zwischen Verjährungs- und Ausschlussfristen.....	380
(5) Fazit.....	381
e) Titel V: Vom Beweis	382
III. Fazit.....	382
F. Das System des CC/2002 – Besonderer Teil.....	384
G. Zusammenfassung	385

Kapitel 7: Die Rolle des Richters im neuen brasilianischen Zivilgesetzbuch

A. Richterfreiheit, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit	391
I. Die notwendige Flexibilisierung des Gesetzbuches durch richterliche Freiheit	391
II. Techniken zur Erzielung von Flexibilität	393
1. Geringe Regelungsdichte.....	393
a) Beispiele.....	393
b) Die Regelungsdichte des CC/2002	394
c) Die Ausfüllung von Regelungslücken	394
2. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe	396
III. Der Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit	397
IV. Fazit.....	399
B. Der Begriff der Generalklausel.....	399
I. Generalklausel und Kasuistik.....	400

II. Generalklauseln als unbestimmte, allgemeine und abstrakte Vorschriften.....	401
III. Generalklausel und unbestimmter Rechtsbegriff.....	403
IV. Fazit.....	404
C. Funktionen von Generalklauseln	404
I. Die Funktionen von Generalklauseln aus Sicht des brasilianischen Gesetzgebers und des brasilianischen Schrifttums	405
1. Generalklauseln als Ermächtigungsnormen für den Richter.....	405
2. Generalklauseln als Öffnungsklauseln	405
3. Generalklauseln als formale Referenzpunkte	406
4. Fazit: Die mit der Verwendung von Generalklauseln im CC/2002 verfolgten Ziele	407
II. Die Bedeutung der Generalklauseln für die Entwicklung des deutschen Zivilrechts im 20. Jahrhundert	408
1. Generalklauseln als Ermächtigungsnormen für richterliche Rechtsfortbildung?	408
a) Dagegen: Die historische Entwicklung der Generalklauseln.....	408
b) Das moderne Verständnis von Richterbindung und Richterfreiheit	409
2. Generalklauseln als Öffnungsklauseln?.....	412
3. Die Rolle der Generalklauseln im Nationalsozialismus	412
4. Rechtsfortbildung ohne Generalklauseln.....	413
5. Die Rolle der Gerichte und der Beitrag der Lehre.....	414
6. Fazit	414
III. Generalklauseln und richterliche Rechtsfortbildung im brasilianischen Recht vor dem CC/2002.....	415
1. Generalklauseln im CC/1916.....	415
a) Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften nach Art. 145 II CC/1916.....	416
b) Die deliktische Generalklausel des Art. 159 CC/1916	418
c) Das Verbot des Rechtsmissbrauch nach Art. 160 I CC/1916	420
d) Die Vertragsauslegung nach Art. 131 CCom.....	423
e) Die Vorschrift des Art. 5 LICC.....	423
f) Fazit.....	424
2. Richterliche Rechtsfortbildung ohne Generalklauseln	425
a) Die Berücksichtigung geänderter Umstände nach Vertragsschluss	425
b) Die Ausweitung der deliktischen Haftung	428
(1) Verschuldensvermutungen	428

(2) Strikte Haftung	428
(3) Merkmal der Kausalität	430
c) Die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben.....	430
(1) Terminologische Fragen: <i>boa-fé objetiva</i> und <i>boa-fé subjetiva</i>	430
(2) Die <i>boa-fé</i> im CC/1916	432
(3) Die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben bei der Kontrolle vorformulierter Verträge	433
(4) Das Verbot des <i>venire contra factum proprium</i>	434
(5) Der große Aufschwung des Prinzips von Treu und Glauben durch seine grundlegende Bearbeitung im brasilianischen Schrifttum	435
(6) Die Rezeption der Lehre durch die Rechtsprechung	436
(7) Zusammenfassung und Fazit	439
d) Die Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.....	440
e) Fazit der brasilianischen Rechtsfortbildung ohne Generalklauseln.....	441
(1) Bestätigung der fehlenden normativen Funktion von Generalklauseln	441
(2) Indirekte Bestätigung der formalen Funktionen von Generalklauseln	442
(3) Andere Gründe für die unzureichende Entwicklung von Richterrecht.....	442
3. Lehren aus der brasilianischen Rechtsentwicklung unter dem CC/1916 für die Bedeutung von Generalklauseln	446
IV. Fazit: Die Funktionen von Generalklauseln.....	446
D. Gefahren von Generalklauseln.....	448
I. Die Gefahren der „Flucht in die Generalklausel“ durch den Gesetzgeber: Überforderung der Gerichte	448
1. Das Problem der notwendigen fachlichen Qualifikation der Richter	449
2. Das Problem der zusätzlichen Arbeitsbelastung.....	450
3. Das Problem der demokratischen Legitimation und der Gewaltenteilung.....	452
4. Fazit	452
II. Die Gefahren richterlicher Willkür	453
1. Die Missbrauchsgefahr von Generalklauseln in der deutschen Diskussion.....	453
2. Die Diskussion um die Gefahren von Generalklauseln im brasilianischen Schrifttum	455

3.	Die Einstellung der brasilianischen Richterschaft zu Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit	457
4.	Generalklauseln und Korruption.....	460
E.	Generalklauseln im CC/2002.....	461
I.	Der Verbot des Rechtsmissbrauchs in Art. 187 CC/2002.....	461
1.	Hintergrund.....	461
2.	Der Anwendungsbereich des Art. 187 CC/2002	464
a)	Rechtsmissbrauch und Schadensersatz	464
b)	Begrenzung der Rechtsausübung	466
c)	Fallgruppen	467
3.	Die Erfahrungen Portugals und Griechenlands mit der Normierung des Rechtsmissbrauchs.....	468
4.	Fazit	470
II.	Die „soziale Funktion des Vertrages“ in Art. 421 CC/2002	471
1.	Die Herkunft des Art. 421 CC/2002.....	471
a)	Die Bedeutung <i>Jherings</i> , <i>Duguits</i> und <i>Cimbalis</i> für Art. 421 CC/2002.....	473
b)	<i>Emilio Bettis</i> Lehre von der „wirtschaftlich-sozialen Funktion des Rechtsgeschäfts“	474
c)	Fazit.....	476
2.	Die Funktion der Vertragsfreiheit nach Art. 421 CC/2002.....	476
a)	Die Kritik des Schrifttums an Art. 421 CC/2002.....	477
b)	Zum Vergleich: Die Lehren zur Funktion des Vertrages im Nationalsozialismus	478
c)	Die Funktion des Vertrages nach Auffassung des brasilianischen Schrifttums und der Rechtsprechung	479
d)	Stellungnahme: Die Funktion des Vertrages	481
3.	„Soziale Funktion des Vertrages“ und „soziale Funktion des Eigentums“	484
a)	Die verbreitete Darstellung im brasilianischen Schrifttum.....	484
b)	Stellungnahme.....	485
4.	Die Bedeutung des Art. 421 CC/2002 für die Rechtsanwendung	486
a)	Allgemeine Überlegungen: Ein neues Vertragsmodell?	487
b)	Konkrete Rechtsfolgen.....	489
(1)	Soziale Funktion als Schranke der Vertragsfreiheit.....	489
(2)	Soziale Funktion und Vertragsbindung.....	491
(3)	Soziale Funktion und Aufweichung des Relativitätsgrundsatzes	492

c) Stellungnahme.....	493
5. Abschließende Stellungnahme.....	497
III. Art. 422 CC/2002: Vertragsschluss und Vertragserfüllung nach Treu und Glauben	498
1. Rechtsvergleichender Überblick.....	499
2. Die Bedeutung des Art. 422 CC/2002 für das brasilianische Recht	500
3. Der Anwendungsbereich des Art. 422 CC/2002 im Vergleich zu anderen Vorschriften.....	500
4. Kritik an der Ausgestaltung des Art. 422 CC/2002	502
a) Die Kritik aus dem brasilianischen Schrifttum	502
b) Stellungnahme.....	503
5. Erzieherische Funktion von Treu und Glauben?	506
6. Fazit	507
IV. Die Generalklausel zur strikten Haftung in Art. 927 § ún. CC/2002	507
1. Hintergrund: Die historische Entwicklung der strikten Haftung als „zweite Spur“ neben der Verschuldenshaftung	509
a) Vom Verschuldensgrundsatz zum sozialen Unfallrecht	509
b) Die „Zweispurigkeit“ des Haftungsrechts.....	510
2. Ein rechtsvergleichender Überblick über die Möglichkeiten zur Regelung der strikten Haftung ohne Generalklausel	513
a) Lösung des Problems durch den Gesetzgeber: Sondertatbestände zur strikten Haftung	513
b) Lösung des Problems durch richterliche Rechtsfortbildung ohne Generalklausel.....	516
(1) Ausweitung der Verschuldenshaftung.....	516
(2) Analoge Anwendung von Spezialtatbeständen	517
c) Versicherungslösung	517
3. Eine Generalklausel für die strikte Haftung	519
a) Generalklauseln für die strikte Haftung im rechtsvergleichenden Trend	519
(1) Generalklauseln de lege lata.....	519
(2) Generalklauseln de lege ferenda.....	522
(3) Fazit.....	523
b) Vorzüge und Gefahren einer Generalklausel für die strikte Haftung.....	523
c) Fazit.....	526
4. Die Ausgestaltung der Generalklausel des Art. 927 § ún. CC/2002 in vergleichender Perspektive	527

a) Der Tatbestand der Haftungsbegründung	527
(1) Wesentliche Merkmale der Haftungsbegründung.....	527
(2) Die Haftungsbegründung in den Vorbildern aus der Rechtsvergleichung	527
(3) Möglichkeiten der Auslegung des Art. 927 § ún. CC/2002.....	529
(4) Fazit	532
b) Geschützte Rechtsgüter.....	533
c) Haftungsausschlussgründe	534
d) Reduktionsklausel	536
e) Haftungshöchstgrenzen.....	538
5. Zusammenfassung	539
V. Fazit: Die Generalklauseln des CC/2002	539
F. Zusammenfassung	540
Schlussbetrachtung	545
Literaturverzeichnis	549
Personen- und Sachverzeichnis.....	601

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	(österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgIn	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo de Regimento
ALR	Allgemeines Landrecht (für die preußischen Staaten)
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Ap. Cív.	Apelação Cível (Berufung in Zivilsachen)
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BW	Burgerlijk Wetboek
CC/1916	Código Civil 1916 (brasilianisches Zivilgesetzbuch von 1916)
CC/2002	Código Civil 2002 (brasilianisches Zivilgesetzbuch von 2002)
CCom	Código Comercial (brasilianisches Handelsgesetzbuch von 1850)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (brasilianisches Verbraucherschutzgesetz von 1990)
CF/1988	Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988 (Brasilianische Bundesverfassung von 1988)
CISG	(United Nations) Convention on the International Sale of Goods (1980)
CPC	Código de Processo Civil (brasilianische Zivilprozessordnung)
DBJV	Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.
DBJV-Mitt.	Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung e.V.
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Outline Edition 2009)
DCN	Diário do Congresso Nacional
DF	Distrito Federal
DFS	Direito das Famílias e Successões
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
ED	El Derecho
EJRL	European Journal of Law Reform
f./ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
Hpi	Haftpflicht international, Recht und Versicherung
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
IHR	Internationales Handelsrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JBl.	Juristische Blätter
JEC	Juizado Especial Cível
J. Int.'l Arb.	Journal of International Arbitration
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KOM	Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil (brasilianisches Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch)
Mich. J. Int.'l L.	Michigan Journal of International Law
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OR	Obligationenrecht
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Unidroit-Principles of International Commercial Contracts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBDC	Revista Brasileiro de Direito Comparado
RdA	Revista do Advogado
RIA	Revista do Instituto dos Advogados
RDC	Revista de Defesa do Consumidor
RDCiv	Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial
RDDP	Revista Dialética de Direito Processual
RDM	Revista de Direito Mercantil, Nova Série
RDP	Revista de Direito Privado
Rec. Ex.	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RF	Revista Forense
RFDUFMG	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais
RFDURGS	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
RFDUSP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes
R. Inf. legis.	Revista da Informação Legislativa
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
RJFNDUB	Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil

RJTJRGs	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Roma e America	Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina
RSTJ	Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
R.Trib.Reg.Fed. 1ª Reg.	Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
R.Trib.Reg.Fed. 4ª Reg.	Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região
s.	siehe
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte/n
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, Internationales Privatrecht des In- und Auslandes
STJ	Superior Tribunal de Justiça (1988 geschaffenes Oberes Bundesgericht)
STF	Supremo Tribunal Federal (Oberstes Bundesgericht)
s.u.	siehe unten
Sw. J. L. & Trade	Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas
TARGS	Tribunal de Alçada do Estado de Rio Grande do Sul
TJGB	Tribunal de Justiça do Estado de Guanabara
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRGS	Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro
UGB	(österreichisches) Unternehmensgesetzbuch
usw.	und so weiter
v.	von
vgl.	vergleiche
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
z.B.	zum Beispiel
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSS (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)
ZStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozeß international

Zitierweise brasilianischer Rechtsvorschriften und Gerichtsentscheidungen

Die Redaktion der brasilianischen Rechtsnormen ist für den deutschen Leser in einigen Punkten ungewohnt und bedarf daher einer kurzen Erläuterung: Besteht ein Artikel aus mehreren Absätzen, so wird – vergleichbar den Institutionen des Corpus Iuris Civilis – erst bei Absatz zwei eine Nummerierung in Paragraphen begonnen. „§ 1“ entspricht also dem „Absatz 2“ in der deutschen Redaktionstechnik, „§ 2“ dem „Absatz 3“ usw. Der erste Absatz der brasilianischen Artikel trägt keine gesonderte Bezeichnung, wird aber üblicherweise als *caput* (Kopf) zitiert. Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass bei einer Vorschrift, die aus einem *caput* und nur einem weiteren Absatz besteht, dieser nicht „§ 1“, sondern *Parágrafo único* genannt wird, also „einziger Paragraph“. Der Einfachheit halber wird der *Parágrafo único* in dieser Arbeit durch „§ un.“ abgekürzt.

Alle im Folgenden genannten deutschen Übersetzungen brasilianischer Rechtsvorschriften sind solche des Verfassers. Von einem Abdruck der Originalvorschriften wurde aus Platzgründen abgesehen. Diese können am einfachsten über die Linkliste der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung e.V. eingesehen werden: <www.dbjv.de/dbjv-high/links/index.htm>.

Die brasilianischen Gerichtsentscheidungen werden nach der in Brasilien üblichen Weise mit Gericht, Datum, Verfahrensart und Prozessnummer zitiert, soweit vorhanden und bekannt auch mit dem Ort ihrer Veröffentlichung. Mittels der Prozessnummer ist jede Entscheidung über die Webseite des jeweiligen Gerichts einsehbar. Die frei zugängliche Entscheidungsdatenbank des Oberen Bundesgerichts (*Superior Tribunal de Justiça*) findet sich unter: <www.stj.jus.br/SCON/>.

Einführung und Gang der Darstellung

As codificações, além de corresponderem ás necessidades mentaes de clareza e systematização, constituem, do ponto de vista social, formações organicas do direito, que lhe augmentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a reciproca elucidación dos dispositivos, fecundando principios e institutos, que, no isolamento, se não desenvolveriam sufficientemente, contendo, canalizando e orientando energias, que se poderiam prejudicar, na sua acção dispersiva.

Clóvis Bevilacqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Band I, 3. Auflage, Rio de Janeiro 1927, 9.

Das Zivilgesetzbuch gehört zu den Aushängeschildern einer Rechtsordnung. Es präsentiert Vorschriften aus zentralen Bereichen des Privatrechts in leicht zugänglicher Weise und ermöglicht dem Rechtsvergleicher damit Rückschlüsse auf die einer Rechtsordnung zugrunde liegenden Traditionen, Werte und Denkmuster. Die technische Qualität eines Zivilgesetzbuches ist nicht nur für seine Funktionsfähigkeit und Anerkennung im Inland von Bedeutung, sondern auch für seine Ausstrahlungswirkung über die Landesgrenzen hinaus. Seit es Zivilrechtskodifikationen gibt, gehören sie zu den wichtigsten Trägern von Rezeptionsvorgängen.

Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch, das 2002 verabschiedet wurde und 2003 in Kraft getreten ist, ist weltweit die erste Zivilkodifikation des 21. Jahrhunderts. Es weckt damit die Erwartung, dass in seine Entstehung die modernsten Erkenntnisse über das Zivilrecht und die Technik des Kodifizierens eingeflossen sind. Die hierbei gemachten Erfahrungen können sich auch im europäischen Kontext als wertvoll erweisen. Eine grundlegende Beschäftigung mit dem Privatrecht Brasiliens, dem flächen- und bevölkerungsmäßig fünftgrößten Land der Erde, erscheint daneben aber auch deshalb lohnend, weil sich das internationale rechtsvergleichende Schrifttum bei seiner Darstellung bislang vornehmlich auf Einzelaspekte beschränkt hat.

Die vorliegende Arbeit verfolgt daher drei Ziele: Sie möchte zunächst einen Überblick über den Verlauf der brasilianischen Privatrechtsgeschichte geben, von den Anfängen als portugiesische Kolonie im Jahr 1500

über die Schaffung des ersten Zivilgesetzbuches im Jahr 1916 bis zur Gegenwart und dem neuen Zivilgesetzbuch von 2002. Besondere Berücksichtigung erfährt dessen Entstehungsgeschichte, weil sie eng verknüpft ist mit der politischen Geschichte Brasiliens im 20. Jahrhundert und die neue Kodifikation in vielerlei Hinsicht geprägt hat. Daran angeschlossen ist eine kurze Auseinandersetzung mit den Erläuterungen des Koordinators der Entwurfskommission, *Miguel Reale*, zu den Leitprinzipien des neuen Zivilgesetzbuches (Kapitel 1 und 2).

Den Schwerpunkt der Arbeit bildet eine historisch-vergleichende Analyse struktureller Aspekte der Zivilrechtskodifikation. Hierzu erfolgt zunächst eine kurze Abhandlung über Herkunft und Ziele der Kodifikationsidee, die an ihr geäußerte Kritik und die Aufgaben der Kodifikation in der heutigen Zeit (Kapitel 3). Im Anschluss daran folgt eine Untersuchung zur Reichweite des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches, die sich schwerpunktmäßig mit der Einbeziehung des Handelsrechts (Kapitel 4) und der Ausgliederung des Verbrauchervertragsrechts befasst (Kapitel 5). Sodann wird die Systematik der neuen Kodifikation, also ihre Anordnung und Verbindung der verschiedenen Materien, eingehend beleuchtet (Kapitel 6), um sich schließlich mit der Rolle zu beschäftigen, die das Gesetzbuch dem Richter zuweist (Kapitel 7).

Das dritte Ziel dieser Abhandlung besteht darin, so viele Einblicke wie möglich in konkrete Regelungen des brasilianischen Zivilrechts zu geben. Im Mittelpunkt stehen dabei Vorschriften des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts, einschließlich des Handels- und Verbrauchervertragsrechts. Eine ausführliche Untersuchung erfahren einige wichtige Generalklauseln des neuen Zivilgesetzbuches (Kapitel 7 E).

Kapitel 1

Die Entwicklung des brasilianischen Privatrechts von der Entdeckung Brasiliens bis zum Inkrafttreten des ersten Zivilgesetzbuches im Jahr 1916

A. Von der Entdeckung im Jahr 1500 bis zur Unabhängigkeit im Jahr 1822

I. Der Ursprung des brasilianischen Rechts

Die Wurzeln des brasilianischen Rechts liegen in Portugal. Als der Seefahrer *Pedro Álvares Cabral* im Jahre 1500 an der Nordostküste des heutigen Brasiliens landete und die entdeckten Gebiete auf der Grundlage des Vertrags von Tordesillas (1494)¹ für die portugiesische Krone in Besitz nahm, brachte er auch das portugiesische Recht mit in die Neue Welt. Nach einer in Brasilien häufig zitierten Ausdrucksweise entsprang das brasilianische Recht somit nicht einer „Saat“, sondern „entwuchs dem Schössling, den die Portugiesen auf den neuen Kontinent verpflanzten“.² Da die portugiesische Krone in der Folge nur in geringem Umfang ein koloniales Sonderrecht schuf, verlief die Rechtsgeschichte Brasiliens bis zur Erlangung seiner Unabhängigkeit im Jahre 1822 weitgehend identisch mit der Rechtsgeschichte Portugals.³

¹ Dazu *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, Geschichte Brasiliens, 20; *Fausto*, História, 42 f.

² *Pontes de Miranda*, Fontes e Evolução, 49; von einer „transplantação“ spricht *Caetano* in: Estudos de Direito Civil, 9.

³ Das brasilianische Recht dieser Periode wird deshalb häufig auch als „luso-brasilianisches Recht“ bezeichnet, s. etwa *Pontes de Miranda*, Fontes e Evolução, 49 ff.; *Limongi França*, Direito Civil I, 105 ff. Auch heute gibt es zwischen Brasilien und Portugal noch enge Verbindungen auf Grundlage dieser gemeinsamen Rechtstradition und der gemeinsamen Sprache, vgl. in diesem Sinne etwa das *Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro* in Rio de Janeiro und die von ihm herausgegebene *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Zu diesen Verbindungen auch *Geiben*, Vorvertrag, 168. Im brasilianischen Schrifttum wird zuweilen auch die Frage diskutiert, ob für die Zeit vor 1822 überhaupt schon von einer brasilianischen Rechtsgeschichte gesprochen werden kann oder ob es bis dahin nur eine portugiesische Rechtsgeschichte gibt, s. hierzu den bei *Strenger*, Dogmática, 40 ff., dargestellten Streit.

Völlig unbeeinflusst blieb das brasilianische Recht dagegen von der Kultur der indigenen Völker.⁴ Dies ist insofern bemerkenswert, als es schon sehr früh zur Vermischung und Zusammenarbeit zwischen Kolonisten und Eingeborenen kam⁵ und der Einfluss der indigenen Stämme auf die Sprache und die allgemeine Kultur Brasiliens dadurch sehr groß gewesen ist.⁶ Ebenso wenig haben die afrikanischen Völker Spuren im brasilianischen Recht hinterlassen.⁷ Hierin zeigt sich erneut ein scharfer Gegensatz zu den gesellschaftlichen Verhältnissen: Der afrikanische Einfluss auf die brasilianische Kultur ist noch stärker gewesen als der indigene und auch deutlicher sichtbar als dieser.⁸ Während die brasilianische Gesellschaft also durch eine weltweit einzigartige Vermischung europäischer, indigener und afrikanischer Kulturelemente geprägt ist,⁹ sind die Wurzeln der brasilianischen Rechtskultur rein europäisch.

⁴ *David* in: *Le Droit Brésilien*, 48 f. Die Stammesrechte der verschiedenen indigenen Volksgruppen Brasiliens (für einen Überblick über diese *Kaysers*, *Die Rechte der indigenen Völker Brasiliens*, 56 ff.) waren allerdings auch nur rudimentär entwickelt, näher *Strenger*, *Dogmática*, 57; *Chaves*, RFDUSP 95 (2000), 59 ff.; *David* in: *Le Droit Brésilien*, 48.

⁵ *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, *Geschichte Brasiliens*, 23 f. Die Zusammenarbeit und Vermischung der ersten portugiesischen Siedler mit den Eingeborenen gilt vielen geradezu als das „Erfolgsrezept“ der portugiesischen Kolonisierung, *Freyre*, *Herrenhaus und Sklavenhütte*, 38 ff.

⁶ Ausführlich zum Einfluss der indigenen Völker *Freyre*, *Herrenhaus und Sklavenhütte*, 105 ff. Dieser Einfluss wird rückblickend oft unterschätzt, was möglicherweise daran liegt, dass im heutigen Brasilien (wenig präzisen Schätzungen zufolge) nur noch etwa 700.000 Nachkommen der Ureinwohner in Brasilien leben, die meisten davon im Amazonasgebiet. Was die Zahl der indigenen Bevölkerung im nichtandinen Südamerika um das Jahr 1500 angeht, gehen die Schätzungen weit auseinander und reichen von 800.000 bis 20 Millionen, vgl. *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, *Geschichte Brasiliens*, 25. S. auch *Fausto*, *História*, 37 ff.

⁷ Der Import afrikanischer Sklaven begann um 1570 und erreichte seinen Höhepunkt im 18. Jahrhundert. Man schätzt, dass von den 10 bis 15 Millionen verschleppten Afrikanern etwa 40% nach Brasilien gelangten, *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, *Geschichte Brasiliens*, 54 ff.; *Fausto*, *História*, 49 ff. Abgeschafft wurde die Sklaverei in Brasilien erst 1888, dazu unten B.IV.7 d).

⁸ Ausführlich *Freyre*, *Herrenhaus und Sklavenhütte*, 317 ff. Im heutigen Brasilien bezeichnen sich etwa 45% der Bevölkerung als schwarz oder gemischt, *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, *Geschichte Brasiliens*, 325, basierend auf Erhebungen aus dem Jahr 1990.

⁹ Der berühmte brasilianische Soziologe *Gilberto Freyre* sah in der beschriebenen Vermischung sogar eine die brasilianische Kultur durchziehende positive Kraft, s. *Freyre*, *Herrenhaus und Sklavenhütte* (im Original: „*Casa Grande e Senzala*“ (1930)), das zu den Gründungswerken der brasilianischen Soziologie zählt. Zu den Thesen *Freyres* s. auch das Vorwort von *Görgen* in: *Freyre*, *Herrenhaus und Sklavenhütte*, 17 ff., ebenso *de Castro Rocha*, FAZ vom 29. Dezember 2004, Nr. 304, Seite N 3, der zugleich darauf hinweist, dass vor *Freyre* schon der deutsche Naturforscher *Carl Philipp Martius* in seinem 1843 verfassten Essay „*Wie die Geschichte Brasiliens geschrieben werden soll*“ die „Rassenmischung“ als besonderes Merkmal der brasilianischen Gesellschaft erkannt und thematisiert hatte. Eine wichtige Ursache dieser Vermischung wird – neben der geringen

II. Die Entwicklung des portugiesischen Rechts von der Zeit der Entdeckung Brasiliens bis zu dessen Unabhängigkeit

1. Die königlichen Ordonnanzen

Die wichtigste Quelle des portugiesischen Rechts zum Zeitpunkt der Entdeckung Brasiliens waren die *Ordenações Afonsinas*, benannt nach König Afonso V. Diese umfangreiche Gesetzessammlung war mit dem Ziel erarbeitet worden, das gesamte in Portugal¹⁰ geltende Recht zusammenzufassen, zu systematisieren und zu aktualisieren.¹¹ Das genaue Datum des Inkrafttretens der *Ordenações Afonsinas* ist nicht bekannt. Es wird vermutet, dass sie 1446 von ihren Verfassern dem König übergeben und 1447 bekannt gemacht wurden.¹²

Die *Ordenações Afonsinas* speisten sich aus folgenden Quellen: den königlichen Rechtsakten in ihren verschiedenen Formen,¹³ dem Kirchenrecht,¹⁴ der Rechtsprechung der Obergerichte, den *Siete Partidas*, dem römischen Recht sowie den Sitten und Gebräuchen der Städte und Landgemeinden.¹⁵ Ihre Gliederung in fünf Bücher ging möglicherweise auf den Einfluss der Dekretalsammlung von Papst Gregor IX. (1234) zurück.¹⁶ Das erste Buch der *Ordenações Afonsinas* enthielt Vorschriften über den Staat und die Verwaltung, das zweite über die Rechte der Kirche, des Königs und des Adels. Im dritten Buch fand sich das Zivilprozessrecht geregelt, im vierten Buch das materielle Zivilrecht. Das fünfte Buch enthielt das materielle Strafrecht und das Strafprozessrecht.¹⁷ Die Sitten und Gebräuche (*costumes*) hatten ihre Position als wichtigste Rechtsquelle zwar seit Mitte des 13. Jahrhunderts an das staatlich gesetzte Recht verloren, standen mit diesem aber weiterhin auf einer Rangstufe.¹⁸

Zahl europäischer Frauen in der Kolonie – darin gesehen, dass die portugiesischen Siedler sich durch das Fehlen jeglichen „rassischen Stolzes“ auszeichneten. Schon zu Zeiten der Entdeckung Brasiliens seien die Portugiesen infolge der großen Zahl afrikanischer Sklaven in Portugal ein „Volk von Mischlingen“ gewesen, *Holanda, Raízes*, 53 ff.; s. auch *Freyre, Herrenhaus und Sklavenhütte*, 28 ff.

¹⁰ Portugal sagte sich unter Afonso I. im Jahre 1139 vom Königreich *Castilla y León* los und wurde von diesem im Jahre 1143 als unabhängiges Königreich anerkannt. Zur portugiesischen Rechtsgeschichte ab 1140 *Caetano, História*, 177 ff.

¹¹ *A. Costa, História*, 273 ff.; *Müller, Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 19 ff.

¹² *A. Costa, História*, 274.

¹³ *Cartas de lei, alvarás* etc.; zu den verschiedenen Formen der Rechtssetzung *A. Costa, História*, 295 ff.

¹⁴ Dieses bestand vor allem aus den Konkordaten mit der katholischen Kirche und den päpstlichen Bullen, *Caetano, História*, 544 f.

¹⁵ *A. Costa, História*, 276; *Pontes de Miranda, Fontes e Evolução*, 61.

¹⁶ *A. Costa, História*, 277.

¹⁷ *Caetano, História*, 538 ff.; *A. Costa, História*, 277 f.

¹⁸ Ein neu entstandener Brauch konnte deshalb auch eine geschriebene Vorschrift aufheben, *A. Costa, História*, 306 ff.

Die *Ordenações Afonsinas*, die auch als die erste Kodifikation nach Ende des Mittelalters bezeichnet wurden,¹⁹ haben in der portugiesischen und damit auch der brasilianischen Rechtsgeschichte eine wegweisende Rolle gespielt. Zunächst betonten und stärkten sie die Autonomie des noch jungen portugiesischen Rechts gegenüber den Nachbarn auf der iberischen Halbinsel.²⁰ Sodann führten sie eine Rechtsvereinheitlichung zu Lasten der Foralrechte herbei²¹ und legte so die Grundlage für den fortan in Portugal und seinen Kolonien herrschenden rechtlichen Zentralismus.²² Schließlich sollten die *Ordenações Afonsinas* hinsichtlich ihrer äußeren Form und ihrer inhaltlichen Charakteristika auch für die nachfolgenden Gesetzes-sammlungen bestimmend sein. Auf diese Weise prägten sie nachhaltig die Rechtsentwicklung der folgenden Jahrhunderte, auch wenn ihre eigentliche Geltungsdauer nur sehr kurz war: Bereits 1521 wurden sie von den *Ordenações Manuelinas* abgelöst,²³ die ihrerseits 1603 durch die *Ordenações Filipinas* ersetzt wurden.²⁴

Alle drei *Ordenações* zeichneten sich vor allem durch zwei Eigenschaften aus: Zum einen mangelte es ihnen an einer klaren Systematik, was zu vielen unstimmigen und widersprüchlichen Regelungen führte. Zum anderen enthielten sie zahlreiche Regelungslücken. Dies galt insbesondere für das Zivilrecht.²⁵ Eine große praktische Bedeutung kam daher den subsidiären Rechtsquellen zu. Hier galt folgende Rangfolge: Zunächst waren das römische Recht und das kanonische Recht anzuwenden. Wenn sich auch hier keine Regelung zu der betreffenden Frage finden ließ, durften die *Glossa Ordinaria* des *Accursius* und die Meinungen des *Bartolus* herangezogen werden. Die *Ordenações Manuelinas* und die *Ordenações Filipinas*

¹⁹ *Coelho de Rocha*, zitiert bei *Pontes de Miranda*, *Fontes e Evolução*, 62; *Valladão*, *História* I, 66.

²⁰ *A. Costa*, *História*, 278.

²¹ Foralrechte waren lokale, vom König verliehene Sonderrechte, s. *Caetano*, *História*, 235 ff.; *A. Costa*, *História*, 187 ff.; zu den Foralrechten im spanischen Recht *Becker*, *ZEuP* 1996, 88 ff.

²² *Couto e Silva*, *R. Inf. legis.* 97 (1988), 165.

²³ Zur Entstehung und Literatur *Scholz* in: *Coing* (Hg.), *Handbuch der Quellen* II/2, 285 ff.

²⁴ Die *Ordenações Filipinas* waren während der Besetzung Portugals durch Spanien auf Initiative von *Felipe II.* erarbeitet und von *Felipe III.* verkündet worden. Nach Wiederherstellung der portugiesischen Souveränität im Jahre 1640 wurden sie 1643 von *João IV.* bestätigt. Zur Entstehung und Literatur *Scholz* in: *Coing* (Hg.), *Handbuch der Quellen* II/2, 289 ff. Zuvor war 1569 noch die *Coleção de Leis Extravagantes* erschienen, die alle Gesetze enthielt, die nach 1521 ergangen waren, s. *Scholz* in: *Coing* (Hg.), *Handbuch der Quellen* II/2, 293 f.

²⁵ *A. Costa*, *História*, 308; *Fonseca*, *RFDUFPR* 44 (2006), 63; *Müller*, *Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 20. Für eine Übersicht über die Vorschriften des Schuldrechts in den *Ordenações Filipinas* s. *Wehling/Wehling*, *Direito e Justiça*, 534 f.

gestatteten die Berufung auf diese Quellen allerdings nur noch, soweit sie nicht der *communis opinio doctorum* widersprachen.²⁶

Anstatt den Mängeln der *Ordenações Afonsinas* abzuhelpfen, behielten die *Ordenações Manuelinas* und die *Ordenações Filipinas* aus Respekt vor der Tradition widersprüchliche oder längst obsolet gewordene Vorschriften und unklare Sprachregelungen bei.²⁷ „Die *Ordenações Filipinas* ... bewahrten in ihrer gesamten Struktur den Geist ihrer Vorgänger und stellten in den Zeiten der Moderne ein Stück aus dem Mittelalter dar“.²⁸ Umso erstaunlicher war die Langlebigkeit, die ihnen beschieden war: In Portugal wurden die *Ordenações Filipinas* erst im Jahre 1867 durch Erlass des ersten portugiesischen Zivilgesetzbuches außer Kraft gesetzt. Im unabhängigen Brasilien galten sie gar bis 1917.²⁹ Bemerkenswert ist dabei auch, dass die *Ordenações Filipinas* zweimal schadlos die politische Trennung von dem Land überstanden, das sie geschaffen hatte: Das erste Mal im Jahre 1640, als Portugal seine Unabhängigkeit von Spanien zurückerlangte, unter dessen Fremdherrschaft die *Ordenações Filipinas* erlassen worden waren, das zweite Mal im Jahre 1822, als Brasilien sich von Portugal lossagte, die Geltung der *Ordenações Filipinas* aber aufrecht erhielt.³⁰ Die Geltung der *Ordenações Filipinas* über einen Zeitraum von drei Jahrhunderten veranschaulicht sehr gut drei Merkmale des brasilianischen Rechts: zum Ersten seine starke Verwurzelung im portugiesischen Recht, zum Zweiten seine große Kontinuität und zum Dritten seinen Zentralismus: Trotz seiner kontinentalen Ausmaße galt in Brasilien – jedenfalls in formaler Hinsicht – immer einheitliches Recht.³¹

Die Existenz der portugiesischen Gesetzessammlungen darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Rechtslage aufgrund der stetig zunehmenden Zahl von Nebengesetzen, die nicht in die *Ordenações* eingearbeitet wurden, deren Regelungen aber häufig modifizierten, sehr unüber-

²⁶ A. Costa, *História*, 308 ff.; Caetano, *História*, 547 ff.

²⁷ A. Costa, *História*, 291 f.

²⁸ Cruz, RFDUSP 50 (1955), 35.

²⁹ Dazu unten B.I. *Moreira Alves* in: *Estudos de Direito Civil*, 38 ff., berichtet (allerdings ohne Nachweis) von einem Fall aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in dem die *Ordenações Filipinas* sogar noch nach Inkrafttreten des CC/1916 angewendet wurden, weil sie für die Voraussetzungen der öffentlichen Schriftform, um die es dabei ging, nach wie vor die maßgebliche Rechtsquelle waren.

³⁰ Ebenso unberührt gelassen wurden die *Ordenações Filipinas* von der liberalen Revolution in Portugal im Jahr 1820 und dem Sturz der brasilianischen Monarchie im Jahr 1889, vgl. auch *Pontes de Miranda*, *Fontes e Evolução*, 66.

³¹ Der italienische Handelsrechtler und Rechtshistoriker *Tullio Ascarelli* bezeichnete die lange Geltungsdauer der *Ordenações Filipinas* als das prägendste Merkmal des brasilianischen Privatrechts, zitiert bei *Fonseca*, RFDUFPR 44 (2006), 61.

sichtlich war.³² Im Jahr 1778 scheiterte der letzte Versuch einer grundlegenden Reform der *Ordenações Filipinas*.³³ Gesetzessammlungen wie das *Repertório das Ordenações e Leis de Portugal* von 1786, das alle nach 1603 ergangenen Gesetze zu erfassen suchte, konnten nur notdürftig Abhilfe schaffen.³⁴ Eine unübersichtliche Gesetzeslage ist auch heute noch ein typisches Merkmal des brasilianischen Rechts. Oftmals werden zu einem Hauptgesetz später verschiedene Nebengesetze erlassen, jedoch ohne dass die aufgehobenen Regelungen ausdrücklich benannt werden. Die Folge ist, dass schon die Ermittlung der geltenden Vorschriften oftmals mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.³⁵

2. Die Lei da Boa Razão

Der nächste „Meilenstein“³⁶ der portugiesischen Rechtsgeschichte, der wiederum aus Brasilien betraf, war die stark naturrechtlich geprägte Reformgesetzgebung des *Marquis de Pombal* im 18. Jahrhundert, deren wichtigster Bestandteil die *Lei da Boa Razão* (das Gesetz der gesunden Vernunft) aus dem Jahre 1769 war.³⁷ Dieses Gesetz versuchte zum einen, die schlimmsten Übel der *Ordenações Filipinas* zu kurieren, im Wesentlichen aber richtete es sich gegen Auswüchse in der Rechtsanwendungspraxis, die während der vorangegangenen zwei Jahrhunderte entstanden waren.³⁸ So war es Brauch geworden, das an sich nur im Falle einer Regelungslücke anwendbare römische Recht vorrangig und sogar im Widerspruch zum geschriebenen Recht anzuwenden.³⁹ Zudem hatte die Möglichkeit, bei solchen Regelungslücken, die nicht durch das römische oder kanonische Recht geschlossen werden konnten, die *communis opinio*

³² Zur *legislação extravagante* s. Scholz in: Coing (Hg.), Handbuch der Quellen II/2, 292 ff.; für Beispiele aus dem Bereich des Schuldrechts *Wehling/Wehling*, *Direito e Justiça*, 535 ff.

³³ Hierzu *A. Costa*, *História*, 382 ff., *Strenger*, *Dogmática*, 71; *Müller*, *Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 30 f. Es erschienen im Laufe der Zeit allerdings verschiedene Neuauflagen der *Ordenações Filipinas*, die letzte im Jahr 1870, die immerhin Verweise auf nachfolgende Gesetze enthielten, durch die einzelne Normen der *Ordenações* geändert oder aufgehoben worden waren, *A. Costa*, *História*, 292.

³⁴ Hierzu *Valladão*, *História* I, 68.

³⁵ Näher dazu Kapitel 2 B.IV.1.a).

³⁶ *Cruz*, *RFDUSP* 50 (1955), 43.

³⁷ Diesen Namen erhielt das Gesetz allerdings erst im 19. Jahrhundert, ursprünglich wurde es einfach als „Gesetz vom 18. August 1769“ bezeichnet, s. *A. Costa*, *História*, 366. Zum Einsetzen der Aufklärung in Portugal ab Mitte des 18. Jahrhunderts, durch die der Boden für die *Pombalinische Gesetzgebung* bereitet wurde, *Müller*, *Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 23 f.

³⁸ Zu den Zielen der *Lei da Boa Razão* auch *Müller*, *Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 25 f.; *Fonseca*, *RFDUFPR* 44 (2006), 63 f.

³⁹ *Cruz*, *RFDUSP* 50 (1955), 36.

doctorum anzuführen, dazu geführt, dass Richter und Rechtsanwälte ihre Ansichten zunehmend mit der Zitierung vermeintlicher Autoritäten begründeten, ohne sich mit dem geschriebenen Recht überhaupt zu beschäftigen.⁴⁰

Die *Lei da Boa Razão* verpflichtete deshalb den Richter, vorrangig das geschriebene nationale Recht anzuwenden, wodurch sie aber an sich nur die geltende Rechtslage bestätigte. Ihre entscheidende Regelung betraf die subsidiären Rechtsquellen: Rechtslücken waren fortan allein mittels der *boa razão*, der gesunden Vernunft, zu schließen. Für deren Ermittlung wurden dem Rechtsanwender verschiedene Hilfsmittel an die Hand gegeben: Sie konnte entweder im römischen Recht zu finden sein, soweit dieses die von den Römern begründeten „essentiellen, innerlichen und unabänderlichen Wahrheiten“ enthielt, im Völkerrecht, oder, und dies stellte die wichtigste Quelle der *boa razão* dar, in den „politischen, wirtschaftlichen, handelsrechtlichen oder seerechtlichen Bestimmungen, die die christlichen Nationen aufgestellt haben“.⁴¹ Diese Bestimmung wurde von Beginn an so verstanden, dass für das Handels- und das Seerecht nicht mehr auf das römische Recht und das Völkerrecht zurückgegriffen werden durfte, sondern direkt die „Gesetze der christlichen Nationen“ anzuwenden waren.⁴² Die Anwendung anderer subsidiärer Rechtsquellen, namentlich des kanonischen Rechts, der *Glossa Ordinaria*, den Schriften des *Bartolus* sowie der *communis opinio doctorum*, wurde ausdrücklich untersagt.⁴³ Eine wichtige Änderung traf die *Lei da Boa Razão* auch zur Rolle der Sitten und Gebräuche: Diese konnten künftig nur noch dann herangezogen werden, wenn sie weder zur *boa razão* noch zum geschriebenen Recht im Widerspruch standen und seit mindestens 100 Jahren gepflegt wurden.⁴⁴

Die *Lei da Boa Razão* sollte also das nationale Recht stärken und gleichzeitig der Vernunft Eingang in die Gesetzesanwendung verschaffen. Die Lückenhaftigkeit der *Ordenações Filipinas* ermöglichte ihr, eine grundlegende Richtungsänderung vorzunehmen, ohne selbst materiell-rechtliche Regelungen zu enthalten.

Daneben suchte die *Lei de Boa Razão* auch Einheitlichkeit auf dem Gebiet der Rechtsprechung herzustellen. Seit dem 16. Jahrhundert konnte die *Casa da Suplicação*, das Oberste Gericht des Königreichs Portugal, bindende Entscheidungen über die Auslegung bestimmter Normen erlassen

⁴⁰ S. *Pontes de Miranda*, *Fontes e Evolução*, 67 f., wonach sich in dieser Praxis der Satz von *Cicero* bewahrheitet habe, dass „keine Ansicht so töricht ist, dass es nicht einen Gelehrten gäbe, der sie vertritt“ (68).

⁴¹ § 9 *Lei da Boa Razão*; s. auch *Scholz* in: *Coing* (Hg.), *Handbuch der Quellen* II/2, 303.

⁴² *Cruz*, *RFDUSP* 50 (1955), 44.

⁴³ §§ 12, 13 *Lei da Boa Razão*.

⁴⁴ § 14 *Lei da Boa Razão*.

(*assentos*), die gesammelt wurden und alle künftigen Fälle des gleichen Sachverhalts präjudizierten.⁴⁵ Da sich im Laufe der Zeit auch einige regionale Obergerichte⁴⁶ dieser Methode bedient hatten, stärkte die *Lei da Boa Razão* das Auslegungsmonopol der *Casa da Suplicação*, indem sie klarstellte, dass diese die ausschließliche Kompetenz zum Erlass von *assentos* innehatte. Den *assentos* der Untergerichte kam fortan nur noch dann bindende Kraft zu, wenn sie vom Obersten Gericht bestätigt wurden.⁴⁷ Die Tradition der *assentos* wurde später im brasilianischen Kaiserreich fortgesetzt und erst mit Gründung der Republik im Jahr 1889 abgeschafft.⁴⁸ Im 20. Jahrhundert lebte sie in Form der *súmulas* wieder auf, die seit der Justizreform aus dem Jahre 2004 vom Obersten Bundesgericht (STF) auch mit bindender Wirkung ausgestattet werden können (*súmulas vinculantes*).⁴⁹

Flankiert wurde die *Lei da Boa Razão* drei Jahre später durch die Reform des Rechtsunterrichts in Coimbra, der einzigen Universität des portugiesischen Königreichs.⁵⁰ Während deren Statuten von 1598 ausschließlich die Lehre des *Corpus Iuris Civilis* und des *Corpus Iuris Canonici* vorgesehen hatten,⁵¹ wurde durch die neuen Statuten von 1772 erstmals das nationale Recht in den Lehrplan aufgenommen und auch ein Lehrstuhl für Natur- und Völkerrecht geschaffen. Das römische Recht sollte fortan nur noch in Gestalt des *usus modernus pandectarum* unterrichtet werden, der als Ausdruck der *recta ratio* angesehen wurde.⁵² Die neuen Statuten gaben darüber hinaus eine weitere Hilfestellung für die Ermittlung der *boa razão* im Rahmen der Rechtsanwendung: Ohne Umwege sollte künftig direkt auf den *usus modernus* im Recht der „kultivierten Nationen Europas“ zurückgegriffen werden.⁵³

Durch die Reform der Rechtslehre wurde erreicht, wozu die *Lei da Boa Razão* allein nicht imstande gewesen wäre: Die Ausbildung einer neuen Generation von Juristen, die den Geist der *Pombalinischen Gesetzgebung* verinnerlichte und die neuen Methoden zur Auslegung der Gesetze und

⁴⁵ A. Costa, *História*, 301.

⁴⁶ *Tribunais de Relação*, vgl. A. Costa, *História*, 303 f.

⁴⁷ § 8 *Lei de Boa Razão*. Auch die Fallentscheidungen der *Casa da Suplicação*, die *Estilos da Corte*, entfalteten nur noch dann bindende Kraft, wenn gleichzeitig ein entsprechender *assento* erging, §§ 5 und 14 *Lei da Boa Razão*.

⁴⁸ *Pontes de Miranda*, *Fontes e Evolução*, 94 f.

⁴⁹ Näher hierzu Kapitel 7 C.III.2.e)(3).

⁵⁰ Zur Entstehung der Reform Müller, *Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 26 f.

⁵¹ A. Costa, *História*, 338 ff.

⁵² Näher zur Reform der Rechtslehre A. Costa, *História*, 47, 450 f.; Müller, *Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 28 ff.

⁵³ A. Costa, *História*, 370 f.; s. auch Müller, *Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 27 f.

Ausfüllung ihrer Lücken beherrschte.⁵⁴ Die Rechtsprechung sollte die *Lei da Boa Razão* allerdings auch so schon frühzeitig anwenden.⁵⁵

Die *Lei da Boa Razão*, die auch als die erste große Generalklausel des luso-brasilianischen Rechts bezeichnet wurde,⁵⁶ gestattete angesichts der Lückenhaftigkeit der *Ordenações Filipinas* fortan eine erhebliche Flexibilität bei der Rechtsanwendung und ermöglichte auf diese Weise eine ständige Modernisierung des Rechts.⁵⁷ Nur so dürfte zu erklären sein, wie die „mittelalterlichen“ *Ordenações Filipinas* so lange in Kraft bleiben konnten.⁵⁸ Daneben war die *Lei da Boa Razão* auch die Geburtsstunde einer starken rechtsvergleichenden Tradition in Portugal und Brasilien: Gerichte und Anwälte stützten sich fortan massiv auf ausländische Rechtsnormen und ausländische Autoren des *usus modernus*.⁵⁹ Eines der ersten Beispiele hierfür war ein *assento* vom November 1769, also aus dem Jahr des Inkrafttretens der *Lei da Boa Razão*. Darin entschied die *Casa da Suplicação*, dass bei Darlehensverträgen zwischen Kaufleuten ungeachtet der Summe keine öffentliche Schriftform erforderlich sei, da diese Rechtsverhältnisse nicht vom portugiesischen Recht geregelt würden (das ein solches Erfordernis vorsah), sondern „allein von den handels- und seehandelsrechtlichen Bestimmungen des aufgeklärten Europa, vom Völkerrecht und von den ehrenwerten Gebräuchen der Handelsnationen desselben Europa“.⁶⁰

3. Zusammenfassung: Brasiliens portugiesisches Erbe

Das portugiesische Erbe des brasilianischen Rechts lässt sich zusammenfassend so skizzieren: Formal betrachtet herrschte eine einheitliche Gesetzgebung, die aber unsystematisch, unübersichtlich und lückenhaft war. Es sollte vor allem dieser rechtliche Flickenteppich sein, der im jungen Brasilien den Wunsch nach einer Zivilrechtskodifikation aufkommen ließ.⁶¹ Brasilien war im Zeitpunkt der Erlangung seiner politischen Selbständigkeit zudem mit der Tradition einer zentralistischen Rechtsprechung vertraut, die es fortsetzte, und die für ein Land von solcher Größe von vielen

⁵⁴ Vgl. Cruz, RFDUSP 50 (1955), 45; Fonseca, RFDUFPR 44 (2006), 64.

⁵⁵ S.u. Fn. 60.

⁵⁶ Couto e Silva, R. Inf. legis. 97 (1988), 171.

⁵⁷ Vgl. auch Scholz in: Coing (Hg.), Handbuch der Quellen II/2, 304.

⁵⁸ O. Gomes, Raízes Históricas, 6; Fonseca, RFDUFPR 44 (2006), 63 ff.

⁵⁹ Näher Kleinheisterkamp in: Oxford Handbook, 266 f.; s. auch Couto e Silva, R. Inf. legis. 97 (1988), 167, 171 f.; Pontes de Miranda, Fontes e Evolução, 97 f.; Bevilacqua, Legislação Comparada, 26 ff., unterstrich noch 1897 die praktische Bedeutung der Rechtsvergleichung.

⁶⁰ Dieses und weitere Beispiele bei Cruz, RFDUSP 50 (1955), 47 ff.

⁶¹ S.u. B.IV.

auch als notwendig erachtet wird.⁶² Gleichzeitig wird hierin der Keim für „eine ausgeprägte Liebe“ der brasilianischen Juristen zu autoritativen Meinungen und bindenden höchstrichterlichen Entscheidungen gesehen.⁶³

Daneben zeigt sich das Erbe des portugiesischen Rechts in der Rolle, die der in- und ausländischen Lehre auch heute noch für die Rechtsanwendung zukommt. Die *Glossa Ordinaria* des *Accursius*, die Meinungen des *Bartolus* und die *communis opinio doctorum* waren über Jahrhunderte hinweg subsidiäre Rechtsquellen, die in der Praxis oftmals sogar im Widerspruch zum geschriebenen Recht angeführt wurden. Mit der *Lei da Boa Razão* erhielten dann vor allem die europäischen Autoren des *usus modernus* Einzug in die Rechtsprechung. Auch heute ist es in Brasilien keine Seltenheit, wenn in einer höchstrichterlichen Entscheidung ausländisches Schrifttum zitiert wird. In ihrer hohen Wertschätzung der Lehre, für die in Brasilien der Begriff des „Bartolismo“ geprägt wurde,⁶⁴ unterscheidet sich die brasilianische Rechtsprechung deutlich von der Judikative in anderen Ländern des romanischen Rechtskreises, die sich nur selten in erkennbarer Form mit dem Schrifttum auseinandersetzt.⁶⁵ Die einflussreiche Rolle der Lehre in der Gerichtspraxis hatte allerdings auch eine Kehrseite, die ebenfalls bis in die Gegenwart hinein sichtbar ist: die latente Geringschätzung geschriebener Rechtsnormen. Nicht selten ergehen Entscheidungen ohne jegliche Angabe von Rechtsgrundlagen (was freilich nicht heißen soll, dass die brasilianischen Gerichte bewusst *contra legem* entscheiden).⁶⁶

Inhaltlich erbt Brasilien von Portugal eine starke Tradition des römischen Rechts. Dieses hatte auf zwei Wegen Eingang in das portugiesische Recht gefunden: zum einen in Form geschriebener Rechtssätze, zum anderen – und dies war aufgrund der Lückenhaftigkeit des portugiesischen Rechts noch viel bedeutender – als subsidiäre Rechtsquelle, seit der *Lei da Boa Razão* in Gestalt des *usus modernus*. Die römischrechtliche Tradition wurde in Brasilien immer bewusst fortgesetzt, sie ist auch heute ohne Schwierigkeit zu erkennen in Literatur, Rechtsprechung und Lehre.

⁶² *Marques* in: 100 Jahre BGB, 77.

⁶³ *Marques* in: 100 Jahre BGB, 78.

⁶⁴ *Martins-Costa/Branco*, *Diretrizes Teóricas*, 193 f.; *Couto e Silva*, RT 672 (1991), 53 f.; *Magalhães*, *Da Recodificação*, 44 ff.

⁶⁵ *David* in: *Le Droit Brésilien*, 135 ff.; *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung*, 121 f.

⁶⁶ Zum Stil brasilianischer Gerichtsentscheidungen auch Kapitel 7 C.III.2.e(3).

III. Eigenständige Rechtsentwicklungen in der Kolonie Brasilien

1. Die Jahrhunderte der Vernachlässigung

Anders als die spanischen Kolonien, die von ihrem Mutterland mit einem dichten Regelwerk überzogen wurden,⁶⁷ erfuhr Brasilien nur in geringem Umfang eine rechtliche Sonderbehandlung. Es schien keine umfangreichen Gold- und Silbervorkommen wie die spanischen Territorien zu beherbergen,⁶⁸ und selbst die Bestände des begehrten Brasilholzes⁶⁹ waren schon nach kurzer Zeit vernichtet. Da die ganze Aufmerksamkeit der portugiesischen Krone deshalb den Schätzen der ostindischen Kolonien galt, blieb Brasilien besonders im ersten Jahrhundert nach seiner Entdeckung im Wesentlichen sich selbst überlassen.⁷⁰ Dass die Krone im Jahre 1530 durch Entsendung einer kleinen Flotte ihr Besitzrecht auch *de facto* in Anspruch nahm, hatte vor allem den Zweck, einer Besiedelung des Territoriums durch die Franzosen zuvorzukommen. Anders als in den spanischen Kolonien fand in Brasilien auch nie eine sog. „zweite Eroberung“ statt, mit der die Krone die Kontrolle über die von Privatleuten erschlossenen und oft auch erkämpften Gebiete übernahm.⁷¹ Die sog. *bandeirantes* handelten vielmehr auf eigene Faust, als sie die Grenzen der Kolonie Brasilien nach und nach in Richtung Westen schoben, bis weit über die im Vertrag von Tordesillas festgelegte Demarkationslinie hinaus.⁷²

Die erste Sonderrechtsgesetzgebung für Brasilien stellte im Jahre 1534 die Vergabe von 15 Kapitanien (*Capitanias*) an zwölf *Donatários* dar, durch die eine Art Feudalsystem nach europäischem Vorbild eingeführt wurde.⁷³ Die *Donatários* konnten ihre Stellung vererben, aber nicht veräußern, und waren gegenüber der Krone zur Verteidigung und Kolonisierung der ihnen übertragenen Gebiete verpflichtet. Sie konnten Land an Siedler vergeben, Abgaben erheben und übten auch die Justizgewalt aus.⁷⁴ Die *Donatários* unterstanden allein den Anordnungen des Königs, was ihnen in

⁶⁷ Die Kolonialgesetzgebung wurde zusammengefasst in der *Recopilación de las Leyes de las Indias*, näher *Kleinheisterkamp* in: Oxford Handbook, 265, 270; Scholl, Rezeption, 36 ff.; Rehrmann, Lateinamerikanische Geschichte, 72 ff.

⁶⁸ Umfangreiche Gold- und Diamantenvorkommen wurden in Brasilien erst Ende des 17. Jahrhunderts entdeckt, Bernecker/Pietschmann/Zoller, Geschichte Brasiliens, 99 ff.

⁶⁹ Nach verbreiteter Ansicht war diese „glutrote“ Holzart (*pau brasil*) der Namensgeber Brasiliens, vgl. Bernecker/Pietschmann/Zoller, Geschichte Brasiliens, 31.

⁷⁰ Bernecker/Pietschmann/Zoller, Geschichte Brasiliens, 29 ff.

⁷¹ Rehrmann, Lateinamerikanische Geschichte, 84.

⁷² Die Grenzen des heutigen Brasilien wurden im Vertrag von Madrid (1750) festgeschrieben, Fausto, História, 94 ff.; Rehrmann, Lateinamerikanische Geschichte, 82.

⁷³ Fausto, História, 44 ff.; Strenger, Dogmática, 60.

⁷⁴ Bernecker/Pietschmann/Zoller, Geschichte Brasiliens, 36. Zum Justizsystem in den *Capitanias* ausführlich Wehling/Wehling, Direito e Justiça, 25 ff.; Barreto Lima, Staat und Justiz in Brasilien, 6 ff.; David in: Le Droit Brésilien, 56 ff.; Fausto, História, 63 f.

Anbetracht der Größe der von ihnen beherrschten Territorien eine bedeutende Machtfülle einräumte. Die portugiesischen Gesetze galten nur, soweit sie nicht den in den Schenkungsurkunden enthaltenen Sondervorschriften widersprachen.⁷⁵ Schon 1548 wurden – als Reaktion auf die vielerorts gescheiterten Kolonisationsbemühungen und zahlreiche Klagen über Missbrauch – die Machtbefugnisse der Statthalter durch Einsetzung eines Generalgouverneurs aber wieder eingeschränkt.⁷⁶ Mit dem *Regimento de Thomé de Souza*, auch als die „erste Verfassung Brasiliens“ bezeichnet,⁷⁷ wurde die Grundlage des kolonialen Verwaltungsrechts geschaffen. Es blieb aber bei dem System der Landschenkungen, durch das sich bald eine Elite mächtiger Großgrundbesitzer herausbildete.⁷⁸ Diese machte die monokulturelle Plantagenbewirtschaftung auf der Grundlage von Sklavenarbeit zum alles bestimmenden ökonomischen Faktor⁷⁹ und sicherte sich so für die folgenden Jahrhunderte die wirtschaftliche und politische Macht in Brasilien.⁸⁰

Die meisten der für Brasilien erlassenen Gesetze waren administrativer Natur.⁸¹ Im Bereich des Privatrechts kam es aber auf andere Weise zu eigenständigen Rechtsentwicklungen: Da die Kolonisten bei ihrer Ankunft in Brasilien „die *Ordenações* nicht unter dem Arm trugen“,⁸² oder diese zumindest nicht auf die dort herrschenden Gegebenheiten zugeschnitten waren,⁸³ konnte das portugiesische Recht nicht unbeeinflusst von den

⁷⁵ *Valladão*, *História* I, 71; *Strenger*, *Dogmática*, 61.

⁷⁶ *Strenger*, *Dogmática*, 62; *Valladão*, *História* I, 73; *Fausto*, *História*, 46 f.

⁷⁷ *Valladão*, *História* I, 73.

⁷⁸ Von großer Bedeutung war dabei auch das portugiesische Rechtsinstitut der *sesmaria*, das die Besiedelung von Brachland fördern sollte, s. *Caetano* in: *Estudos de Direito Civil*, 14 ff.; s. auch die Nachweise bei *Madlener* in: *Brasilien – Land der Zukunft?*, 290.

⁷⁹ *Fausto*, *História*, 58 f. Lange Zeit dominierend war der Zuckerrohranbau im Nordosten, in geringerer Menge kam auch Tabak dazu, *Fausto*, *História*, 76 ff.; *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, *Geschichte Brasiliens*, 54 ff. Im 19. Jahrhundert wurde dann Kaffee zum führenden Exportprodukt Brasiliens, wodurch die südlichen Regionen (vor allem São Paulo) deutlich an wirtschaftlicher und politischer Bedeutung gewannen, *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, *Geschichte Brasiliens*, 180 ff.

⁸⁰ *Amaral*, *RDCiv* 24 (1983), 76.

⁸¹ Anfang des 17. Jahrhunderts erhielt der Generalgouverneur die Genehmigung, in bestimmten Fällen Gesetze im Namen des Königs zu erlassen, was seine Verwaltungstätigkeit erheblich erleichterte, *Strenger*, *Dogmática*, 65.

⁸² *Caetano* in: *Estudos de Direito Civil*, 9.

⁸³ So klagte *Pedro Borges* in seiner Funktion als *Ouvidor-geral* schon im Jahre 1550 in einem Brief an König *João III.*, dass in der Kolonie „1000 Fälle auftreten, die von den *Ordenações* nicht erfasst werden“, zitiert bei *Caetano* in: *Estudos de Direito Civil*, 10. Ähnliches schrieb Generalgouverneur *Mem de Sá* wenige Jahre später an Königin *Catarina*: „Dieses Land kann und darf nicht durch die Gesetze und Gerichtsentscheidungen des Königreichs [Portugal] regiert werden. Wenn Eure Hoheit nicht leicht

äußeren sozialen Umständen bleiben.⁸⁴ Allerdings sind nur wenige Fälle dokumentiert, in denen sich auf diesem Weg neues Recht herausbildete. Ein Beispiel ist das Gesetz vom 30. Oktober 1793, durch das in Anerkennung eines gepflegten Handelsbrauchs die in den *Ordenações Filipinas* enthaltenen Formerfordernisse für in Brasilien geschlossene Verträge gelockert wurden.⁸⁵

Wegen des fehlenden Engagements der Krone war die tatsächliche Geltung des portugiesischen Rechts in Brasilien ohnehin sehr beschränkt. Vor allem im Hinterland der Kolonie lag die Macht in den Händen der Großgrundbesitzerfamilien, die ihre Angelegenheiten unter sich regelten.⁸⁶ Dieses auch als *privatismo doméstico* bezeichnete⁸⁷ Fehlen ausgebildeter staatlicher Strukturen, verbunden mit starker Machtkonzentration in den Händen weniger Privatpersonen, hat Brasilien über viele Jahrhunderte geprägt, und seine Folgen sind bis in die Gegenwart hinein sichtbar.⁸⁸ Gleichwohl gab es auch Bemühungen zum Ausbau des kolonialen Justizwesens: Seit 1549 übte ein geschulter Berufsrichter als *Ouvidor-geral* die Funktion einer Appellationsinstanz aus.⁸⁹ Als Reaktion auf die deutliche Zunahme von Rechtsstreitigkeiten wurde 1609 in Bahia ein erstes Appellationsgericht (*Tribunal de Relação*) geschaffen,⁹⁰ dessen Verfahrensordnung einige bedeutende Änderungen der Gerichtsverfassung herbeiführte.⁹¹ 1751 wurde ein weiteres Appellationsgericht in Rio de Janeiro eingerichtet.⁹²

Die kulturelle und intellektuelle Entwicklung der Kolonie wurde hingegen nicht nur nicht gefördert, sondern sogar gezielt behindert.⁹³ Eine kleine Druckerei, die in Rio de Janeiro installiert worden war, musste 1747 auf königliche Anordnung hin wieder entfernt und nach Portugal zurückgeschickt werden.⁹⁴ Im Unterschied zu den spanischen Territorien wurden in

zu vergeben bereit ist, wird es in Brasilien keine Leute geben ...“, zitiert nach „O Cruzeiro“, Edição Comemorativa do IV Centenário, Rio de Janeiro 1965, 6.

⁸⁴ Vgl. Strenger, *Dogmática*, 49 ff.; Caetano in: *Estudos de Direito Civil*, 9 f.

⁸⁵ Strenger, *Dogmática*, 49; seit der *Lei da Boa Razão* standen Gebräuche im Rang unter dem geschriebenen Recht, vgl. oben A.II.2.

⁸⁶ Rehrmann, *Lateinamerikanische Geschichte*, 84; Fonseca, RFDUFPR 44 (2006), 71 f.; Holanda, *Raizes*, 80 ff.; Freyre, *Herrenhaus und Sklavenhütte*, 54 ff.

⁸⁷ O. Gomes, *Raizes Históricas*, 18 f.

⁸⁸ Amaral, RDCiv 24 (1983), 76 f.

⁸⁹ Bernecker/Pietschmann/Zoller, *Geschichte Brasiliens*, 46.

⁹⁰ Bernecker/Pietschmann/Zoller, *Geschichte Brasiliens*, 53; ausführlich Barreto Lima, *Staat und Justiz in Brasilien*, 8 ff.

⁹¹ Strenger, *Dogmática*, 65.

⁹² A. Costa, *História*, 303. Ausführlich Wehling/Wehling, *Direito e Justiça*, 121 ff.

⁹³ Rehrmann, *Lateinamerikanische Geschichte*, 83.

⁹⁴ César Tripoli, *História do Direito Brasileiro* (1936), zitiert bei Meira, Teixeira de Freitas, 48.

Brasilien auch keine Universitäten gegründet.⁹⁵ Lange Zeit waren es deshalb einzig die Jesuiten, die einen Beitrag zur geistigen Entwicklung der Kolonie leisteten.⁹⁶

2. Die Flucht des portugiesischen Königs nach Brasilien als entscheidender Wendepunkt

Während die Kolonie Brasilien also über mehrere Jahrhunderte abgeschottet „wie der Privatgarten des portugiesischen Königs“⁹⁷ vor sich hin schlummerte (die 1640 erfolgte Erhebung in den Rang des Vizekönigtums hatte keine praktischen Konsequenzen),⁹⁸ kam es im Jahr 1808 zu einem entscheidenden Wendepunkt, der eine Kette von Ereignissen in Gang setzte, die schließlich im Jahre 1822 in die Unabhängigkeit Brasiliens mündete. Auslöser war die Flucht des portugiesischen Königs *João VI.* samt seinem Gefolge vor der Armee Napoleons. Eine etwa 15.000 Personen umfassende Gruppe aus Adligen, Kirchenleuten, Verwaltungsbeamten und Militärs machte sich 1807 auf den Weg über den Atlantik, eskortiert von der englischen Flotte, und landete Anfang 1808 in Rio de Janeiro, wo sie von jubelnden Volksmassen empfangen wurde.⁹⁹ Der portugiesische König war damit das erste europäische Staatsoberhaupt, das seinen Fuß in die Neue Welt setzte. Seine Ankunft hatte zahlreiche bedeutende Änderungen für Brasilien zur Folge, die zum einen das Ziel hatten, dem portugiesischen Hof den gewohnten Lebensstil zu ermöglichen, zum anderen dem Druck der Schutzmacht England geschuldet waren.

Die erste Maßnahme mit weitreichenden Folgen, getroffen auf Initiative des führenden portugiesischen Handelsrechtlers der damaligen Zeit, *Silva*

⁹⁵ *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, Geschichte Brasiliens, 73; schon 1538 wurde die Universität von Santo Domingo gegründet, 1551 die *San Marcos* Universität in Lima; zum Zeitpunkt ihrer Unabhängigkeit gab es in den ehemaligen spanischen Kolonien bereits 23 Universitäten, *Fonseca*, RFDUFPR 44 (2006), 69 f. Zum Rechtsunterricht in den Universitäten der spanischen Kolonien *Mirow*, *Latin American Law*, 34 ff.

⁹⁶ *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, Geschichte Brasiliens, 69 ff. Die Vertreibung der Jesuiten aus Portugal und seinen Kolonien in den Jahren 1759-60 (eine weitere Maßnahme der Reformpolitik des *Marquis de Pombal*) geschah aber in erster Linie aus machtpolitischen Gründen, und nicht, um die intellektuelle Entwicklung der Kolonie zu torpedieren, *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, Geschichte Brasiliens, 113 f.; anders *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 48.

⁹⁷ *Rehrmann*, Lateinamerikanische Geschichte, 83; *Olavarria*, *Códigos de Comercio*, 257 (Fn. 2), zitiert aus einem königlichen Schreiben aus dem Jahr 1800, in dem der Gouverneur von Pará aufgefordert wurde, den Aufenthalt „eines gewissen Baron von Humboldt“ an diesem Ort unbedingt zu verhindern. Zu den wirtschaftlichen Gründen für die Abschottung der Kolonie *Fausto*, *História*, 54 ff.

⁹⁸ *Valladão*, *História* I, 74.

⁹⁹ *Rehrmann*, Lateinamerikanische Geschichte, 107 f.

Lisboa,¹⁰⁰ war die Öffnung der brasilianischen Häfen für den ausländischen Handel im Jahre 1808.¹⁰¹ Die Bedeutung dieses Ereignisses zeigt sich nicht zuletzt darin, dass die spanischen Kolonien sich die Öffnung ihrer Häfen erst blutig erkämpfen mussten.¹⁰² Im gleichen Jahr wurde die Gründung von Fabriken und Manufakturen erlaubt, eine Handelskammer¹⁰³ und der *Banco do Brasil* geschaffen.¹⁰⁴ Eine Reform der Gerichtsorganisation erfolgte durch die Umwandlung des Appellationsgerichts von Rio de Janeiro in die *Casa da Suplicação do Brasil*, die fortan höchstes Gericht für alle in Brasilien angesiedelten Rechtsstreitigkeiten war.¹⁰⁵ Die Flut von neuen Gesetzen für das brasilianische Territorium ließ im Jahre 1811 beim König den Wunsch aufkommen, diese in einem *Código Brasileiro* zusammenzufassen. Auch wenn dieser letztlich nicht mehr als einen chronologischen Index darstellte,¹⁰⁶ so war er doch ein klares Anzeichen für das Tempo, mit dem die Veränderungen nun vorstättengingen, und das damit einhergehende Bedürfnis nach Ordnung und Systematisierung.

Der weitere Aufschwung Brasiliens vollzog sich in raschen Schritten: Auf dem Wiener Kongress von 1815 war es wegen seiner enormen wirtschaftlichen Bedeutung bereits Mitunterzeichner,¹⁰⁷ im gleichen Jahr wurde es per Gesetz in den Rang eines gleichberechtigten Mitglieds im „Vereinigten Königreich von Portugal, Brasilien und der Algarve“ erhoben.¹⁰⁸

3. Der schmerzlose Weg zur Unabhängigkeit

Als sich im Jahre 1820 in Portugal eine Revolution ereignete,¹⁰⁹ sah sich der König zur eiligen Rückkehr nach Europa gezwungen, um seinen Thron zu behaupten. Zurück blieb sein Sohn, Kronprinz *Dom Pedro*. Die Losagung Brasiliens vom Mutterland erschien nur noch eine Frage der Zeit. Der kurz darauf von Lissabon aus begonnene Versuch einer Rekolonisierung Brasiliens, verbunden mit der Anordnung für den Kronprinzen,

¹⁰⁰ *Silva Lisboa* gilt als erster Handelsrechtler, der auf Portugiesisch schrieb. Seine Werke „*Principios de Direito Mercantil*“ (1798) und „*Lei de Marinha*“ (1804) dienten auch als Ersatz für die noch nicht existierenden Handelsgesetzbücher Portugals und Brasiliens, *Valladão*, *História* II, 38; *Ferreira*, *Tratado* I, 68 ff.; *Swartz*, 10 *Tex. Int'l L. J.*, 350 ff.

¹⁰¹ *Requião*, *Curso* I, 16; *Ferreira*, *Tratado* I, 69 f.

¹⁰² *Olavarria*, *Códigos de Comercio*, 244.

¹⁰³ Die *Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação*, s. *Ferreira*, *Tratado* I, 90 f.; *Requião*, *Curso* I, 16.

¹⁰⁴ *Swartz*, 10 *Tex. Int'l L. J.*, 348 f.

¹⁰⁵ Zu dieser und weiteren Maßnahmen s. *Valladão*, *História* I, 75.

¹⁰⁶ *Strenger*, *Dogmática*, 72.

¹⁰⁷ *Valladão*, *História* I, 77.

¹⁰⁸ *Valladão*, *História* I, 78; *Rehrmann*, *Lateinamerikanische Geschichte*, 108.

¹⁰⁹ Hierzu *Müller*, *Portugiesisches Zivilgesetzbuch*, 31.

nach Portugal zurückzukehren, gab der Unabhängigkeitsbewegung, die im Jahre 1776 noch in den Anfängen niedergeschlagen worden war, neuen Schwung. Kronprinz *Dom Pedro* setzte sich kurzerhand an die Spitze der Separatisten, wodurch die Loslösung weitgehend ohne Blutvergießen vonstattenging. Am 7. September 1822 ließ er sich als *Dom Pedro I.* zum Kaiser von Brasilien krönen.¹¹⁰

Dass Brasilien seine Unabhängigkeit auf friedlichem Wege erlangte, spielte auch für die weitere Rechtsentwicklung eine wichtige Rolle. Denn bei der Gestaltung des künftigen nationalen Rechts wurden hauptsächlich Erwägungen praktischer Natur angestellt. Anders als in den ehemaligen spanischen Kolonien,¹¹¹ die sich ihre Unabhängigkeit in langjährigen und verlustreichen Kriegen erkämpfen mussten, bestand in Brasilien nicht das Bedürfnis, der neu gewonnenen Selbstständigkeit durch Bruch mit der ererbten Rechtstradition Ausdruck zu verleihen.¹¹² Vielmehr wurde diese sogar in einer „treueren“ Weise als in Portugal selbst fortgeführt,¹¹³ das ab den 20er Jahren des 19. Jahrhunderts unter zunehmenden Einfluss des französischen Rechts geriet.¹¹⁴

B. Die Rechtsentwicklung bis zum Zivilgesetzbuch von 1916

I. Die Weitergeltung des portugiesischen Rechts und die ersten eigenen Gesetze

Per Gesetz vom 20. Oktober 1823 wurde im Kaiserreich Brasilien zunächst die Weitergeltung aller portugiesischen Gesetze angeordnet, insbesondere der *Ordenações Filipinas* und der *Lei da Boa Razão*, soweit nicht eigene Bestimmungen entgegenstanden. Der Startschuss für eine eigene Zivilrechtskodifikation wurde durch die Verfassung vom 28. März 1824 gegeben. Diese enthielt die Aufforderung an den Gesetzgeber, „sobald wie möglich ein Zivil- und ein Strafgesetzbuch zu schaffen“.¹¹⁵ Im Strafrecht

¹¹⁰ *Rehrmann*, Lateinamerikanische Geschichte, 108; *Bernecker/Pietschmann/Zoller*, Geschichte Brasiliens, 132 ff.

¹¹¹ Brasilien ist neben der unblutigen Loslösung von Europa noch in zwei anderen Punkten einen Sonderweg gegenüber den spanischen Kolonien gegangen: Es wahrte die territoriale Einheit und hielt an einer monarchischen Regierungsform fest; näher *Brunn* in: *Integration in Lateinamerika*, 91 ff.

¹¹² *David* in: *Le Droit Brésilien*, 58 f.; *Fonseca*, RFDUFPR 44 (2006), 62. Zu pauschal dagegen v. *Rauchhaupt*, *RabelsZ* 20 (1955), 123.

¹¹³ *Cruz*, RFDUSP 50 (1955), 65; *Justo*, *RBDC* 20 (2002), 150 ff.

¹¹⁴ *Justo*, *RBDC* 20 (2002), 136 ff.

¹¹⁵ Art. 179 § 18 Verfassung 1824. Die Bestimmung war keineswegs als Aufforderung zur Schaffung eines einzigen Gesetzbuches, das beide Materien enthalten sollte, gemeint, ungenau daher das Zitat „um Código Civil e Criminal“ bei *Strenger*, *Dogmática*,

war das Reformbedürfnis offenbar am dringendsten, denn schon 1830 konnte das entsprechende Gesetzbuch in Kraft treten.¹¹⁶ Es löste das fünfte Buch der *Ordenações Filipinas* ab, das, seiner mittelalterlichen Herkunft entsprechend, noch drakonische Strafzumessungen enthalten hatte. 1832 folgte eine für die damalige Zeit sehr fortschrittliche Strafprozessordnung.¹¹⁷ Auf dem Gebiet der Zivilrechtskodifikation tat sich dagegen zunächst nichts. Immerhin ergingen einige wichtige privatrechtliche Einzelgesetze, etwa das Grundeigentum betreffend.¹¹⁸

II. Die Erlangung der kulturellen und intellektuellen Unabhängigkeit

Parallel zur Erarbeitung der genannten Gesetze vollzog sich ein gewaltiger intellektueller Aufschwung in Brasilien, der nach der politischen auch zur Erlangung der kulturellen und intellektuellen Unabhängigkeit von Portugal führte. Den Beginn dieser Entwicklung markierte im Jahre 1827 die Gründung der Fakultäten für Rechts- und Sozialwissenschaften in Olinda¹¹⁹ und São Paulo.¹²⁰ Das geistige Zentrum des portugiesischen Weltreichs war stets Coimbra gewesen. An der dortigen Universität hatten auch Brasilianer studiert, die anschließend in die Kolonie zurückkehrten.¹²¹ Von nun an konnte sich auch auf eigenem Boden eine Rechtskultur entwickeln.¹²²

Zwischen den beiden neuen Fakultäten im Norden und Süden des Landes entwickelte sich schon bald ein fruchtbarer Austausch von Personen und Ideen, später auch ein stimulierender Konkurrenzkampf, der mittelbar die Verbreitung der deutschen Kultur fördern sollte.¹²³ Der Schwerpunkt des Unterrichts lag auf dem nationalen Recht; daneben wurde aber zum Beispiel auch der französische Code civil gelehrt.¹²⁴ 1854 wurde ein erster Lehrstuhl für römisches Recht ins Leben gerufen.¹²⁵ Die Rechtsverglei-

75, und *Ferreira*, Tratado I, 89. Richtig dagegen *Moreira Alves*, RdA 61 (2000), 24, und *Valladão*, História II, 35 („um Código Civil, e Criminal“).

¹¹⁶ Das Strafgesetzbuch erfuhr im In- und Ausland viel Lob vgl. *Strenger*, Dogmática, 75; es fand auch Erwähnung in *Mittermaiers* „Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes“, Heft 7 (1835), s. *Valladão*, História II, 36.

¹¹⁷ *Valladão*, História II, 37 f.

¹¹⁸ *Fonseca*, RFDUFPR 44 (2006), 66 f.

¹¹⁹ 1854 zog die Fakultät nach Recife um.

¹²⁰ *Valladão*, História II, 21; *Campo Neto/Mendonça*, RFDUSP 95 (2000), 191 ff.

¹²¹ *Strenger*, Dogmática, 45.

¹²² *Peixoto*, RF 77 (1939), 5; *Ferraz Jr.* in: Deutsch-Südamerikanische Rechtstage 1992, 245 ff. Ausführlich zur Entwicklung des Rechtsunterrichts in Brasilien *Venancio Filho*, Das arcadas ao bacharelismo.

¹²³ So insbesondere in der Schule von Recife, dazu unten B.V.4.b).

¹²⁴ *Meira*, Teixeira de Freitas, 44.

¹²⁵ *Moreira Alves* in: Freitas e il Diritto Latinoamericano, 19. Zur Rolle des römischen Rechts im Brasilien des 19. Jahrhunderts auch *F. Pereira* in: Freitas e il Diritto Latinoamericano, 83 ff.; für die Rolle des römischen Rechts in der brasilianischen Lehre

chung spielte ebenfalls eine wichtige Rolle, und von den Studenten wurde die Kenntnis der Fremdsprachen Englisch und Französisch verlangt. 1866 wurde in Recife der erste Lehrstuhl für vergleichende Gesetzgebung gegründet.¹²⁶ Die Ausbildung war stärker auf die Praxis ausgerichtet als noch in Coimbra und enthielt in beiden Fakultäten auch sozialwissenschaftliche Elemente.¹²⁷

Ein wichtiges Indiz für den Aufschwung des geistigen Lebens war auch das Erscheinen zahlreicher Druckwerke, nicht nur juristischer, sondern vor allem literarischer und politischer Art.¹²⁸ Olinda (später Recife) und São Paulo wurden zu den Kaderschmieden für die höheren Verwaltungsposten und waren die geistige Wiege der späteren sozialen und politischen Reformen (die Abschaffung der Sklaverei im Jahre 1888 und die Gründung der Republik im Jahre 1889).¹²⁹ Die Rechtsfakultäten von São Paulo und Recife sollten ihre exklusive Stellung erst im Jahr 1891 verlieren, als eine umfassende Bildungsreform der Gründung weiterer Fakultäten in allen Landesteilen den Weg ebnete.¹³⁰

Ein weiteres wichtiges Datum für die Entwicklung der Rechtskultur der jungen Monarchie war die Gründung des Anwaltsinstituts im Jahre 1843,¹³¹ das fortan der Regierung bei allen wichtigen Gesetzesvorhaben beratend zur Seite stand.¹³² Aus seiner Vergangenheit als erster juristischer Berufsverband Brasiliens erklärt sich das noch heute bestehende Selbstverständnis der brasilianischen Rechtsanwälte als Verteidiger und Bewahrer des Rechtssystems.¹³³

III. Das Handelsgesetzbuch von 1850

Bedingt durch die Bedürfnisse der Praxis wurde zu Beginn der 30er Jahre des 19. Jahrhunderts die Erarbeitung eines Handelsgesetzbuches eingeleitet. Auslöser war die Forderung der Kaufleute von Rio de Janeiro nach der

von der Unabhängigkeit bis in die Gegenwart *Villaça de Azevedo*, RFDUSP 95 (2000), 207 ff.

¹²⁶ *Valladão*, História II, 23.

¹²⁷ *Valladão*, História II, 22 ff.

¹²⁸ *Valladão*, História II, 25.

¹²⁹ *Valladão*, História II, 28; *Ferraz Jr.* in: Deutsch-Südamerikanische Rechtstage 1992, 247 f.; *Villela* in: FS Samtleben, 745 f.; *Reale*, Deutsches Rechtsdenken, 17 ff.

¹³⁰ Ausführlich *Venancio Filho*, Das arcadas ao bacharelismo, 179 ff.

¹³¹ *Instituto dos Advogados Brasileiros*. Aus diesem ging 1930 die Anwaltskammer *Ordem dos Advogados* (OAB) hervor, vgl. *S. Cunha* in: Anwaltsberuf im Umbruch, 33 ff.; *Paul*, DBJV-Mitt. 2/2005, 1. Zur Ehrung einiger Mitglieder des OAB anlässlich des 135. Geburtstags des *Instituto dos Advogados Brasileiros* s. *Meira*, RDCiv 9 (1979), 130 ff.

¹³² *Valladão*, História II, 33.

¹³³ *Paul*, DBJV-Mitt. 2/2005, 1; *Mateucci* in: Anwaltsberuf im Umbruch, 75 f.

Einrichtung eines Handelsgerichts.¹³⁴ Ein bereits vor Erlangung der Unabhängigkeit begonnener Versuch *Silva Lisboas* zur Schaffung eines Handelsgesetzbuches war zu keinem Abschluss gekommen.¹³⁵ Mangels eigener gesetzlicher Regelungen kamen zu dieser Zeit mittels der *Lei da Boa Razão* vor allem das französische, das portugiesische und das spanische Handelsrecht zur Anwendung.¹³⁶

Da in der Verfassung die Erarbeitung eines Handelsgesetzbuches nicht explizit vorgesehen war, wurde anfangs noch über die Verfassungsmäßigkeit eines eigenständigen Kodex nachgedacht. Die Schaffung eines allumfassenden Zivilgesetzbuches wurde in jedem Fall für unzumutbar gehalten. Es hieß, das Zivilrecht habe nationalen, das Handelsrecht dagegen universellen Charakter.¹³⁷ Für den Entschluss zur Schaffung eines autonomen Handelsrechtskodex dürfte nicht zuletzt auch die Existenz anderer Handelsgesetzbücher, vor allem des französischen *Code de Commerce* (1807) und des spanischen *Código de Comercio* (1829),¹³⁸ eine wichtige Rolle gespielt haben.¹³⁹

Im Jahre 1831 wurde eine vierköpfige Kommission zur Erarbeitung eines Entwurfs eingesetzt.¹⁴⁰ Diesen übergab sie im Jahre 1834 samt Begründung der Regierung.¹⁴¹ Das nun folgende langwierige Verfahren bis zur Verabschiedung des Handelsgesetzbuches sollte einen Vorgeschmack auf die späteren Schwierigkeiten bei der Schaffung des ersten Zivilgesetzbuches geben. Ungeachtet des Drängens der Handelsverbände, der Anwaltsakademie, der Behörden und der Parlamentarier verzögerte sich die Erledigung um viele Jahre, vor allem weil die Abgeordnetenkammer in dieser Zeit mehrfach aufgelöst und neu gewählt wurde. Nachdem der Entwurf verschiedene Male zwischen der Abgeordnetenkammer und dem Senat hin und her gewandert war, wurde er im März 1850 schließlich verabschiedet und im Juni desselben Jahres bekanntgemacht. Der *Código Comercial* trat als Gesetz Nr. 566 zum 1. Januar 1851 in Kraft.¹⁴²

¹³⁴ *Ferreira*, Tratado I, 91; *Moreira Alves* in: Einheit des Obligationenrechts, 351 f.

¹³⁵ Ausführlich *Ferreira*, Tratado I, 70 ff.; die genauen Umstände des Beginns und Scheiterns dieses Unternehmens sind allerdings unklar, *Olavarria*, Códigos de Comercio, 245 (Fn. 9, 10).

¹³⁶ *Carvalho de Mendonça*, Tratado I, 77 f.; *Coelho*, Curso I, 20 ff.; *Requião*, Curso I, 16.

¹³⁷ *Ferreira*, Tratado I, 89 f.

¹³⁸ Zu diesem *Raisch*, Abgrenzung, 56 ff.

¹³⁹ Hierzu ausführlich Kapitel 4 D.I.

¹⁴⁰ Zur Entstehungsgeschichte *Olavarria*, Códigos de Comercio, 245 ff.; *Ferreira*, Tratado I, 101 ff.; *Swartz*, 10 Tex. Int'l L. J., 350 ff.

¹⁴¹ Zur Arbeitsweise der Kommission ausführlich *Ferreira*, Tratado I, 93 ff.

¹⁴² Eine deutsche Übersetzung findet sich in Borchardt (Begr.), Handelsgesetze des Erdballs V, 32 ff.

Der *Código Comercial* bestand aus drei Teilen mit insgesamt 913 Artikeln. Der erste ging über den Handel im Allgemeinen, der zweite über den Seehandel, der dritte über den Konkurs. Als Anhang wurde das Gesetz über die Handelsgerichtsbarkeit erlassen.¹⁴³ Wie zahlreiche andere Handelsgesetzbücher Lateinamerikas¹⁴⁴ war der brasilianische *Código Comercial* deutlich von den Handelsgesetzbüchern Frankreichs (1807), Spaniens (1829) und Portugals (1833)¹⁴⁵ inspiriert.¹⁴⁶ In Teilen wies er aber auch eigenständigen Charakter auf.¹⁴⁷ Der *Código Comercial* sollte seinerseits die Handelsgesetzbücher Argentiniens (1857), Uruguays (1866) und Paraguays (1870) beeinflussen.¹⁴⁸

Da ein Zivilgesetzbuch zu diesem Zeitpunkt noch nicht existierte und die bestehenden zivilrechtlichen Normen zum Schuldrecht äußerst lückenhaft waren, traf das Handelsgesetzbuch jedenfalls punktuelle Regelungen auch zu zahlreichen Fragen des allgemeinen Schuldrechts,¹⁴⁹ so z.B. zum Vertragsschluss, zu Formvorschriften, zur Auslegung,¹⁵⁰ zur Erfüllung¹⁵¹ und zur Verjährung.¹⁵² Dazu enthielt es Regelungen über einzelne Vertragstypen¹⁵³ wie den Handelskauf.¹⁵⁴ Es waren diese schuldrechtlichen Regelungen des Handelsgesetzbuches, die *Augusto Teixeira de Freitas* später als „Eindringlinge in das Zivilrecht“ empfinden sollte und in ihm den Wunsch nach einer Vereinigung von Zivil- und Handelsgesetzbuch

¹⁴³ Gesetz vom 25.6.1850. Für einen Überblick s. auch *David* in: *Le Droit Brésilien*, 97 ff.

¹⁴⁴ Für eine Übersicht bis 1961 *Olavarría*, *Códigos de Comercio*, 61 ff.

¹⁴⁵ Zu diesem *Raisch*, *Abgrenzung*, 66 ff.

¹⁴⁶ *Moreira Alves* in: *Einheit des Obligationenrechts*, 352. Nach *Olavarría*, *Códigos de Comercio*, 245 f. folgte der *Código Comercial* überwiegend dem spanischen Vorbild, das auch das portugiesische Handelsgesetzbuch stark beeinflusst hatte. Für den Bereich des Seehandels hatte sich die Entwurfskommission daneben auf die englischen Autoren *Samuel Marshall*, *A Treatise on the Law of Insurance*, 3. Auflage, London 1823, und *James Alan Park*, *A System of the Law of Marine Insurance*, 7. Auflage, London 1817, gestützt, *Olavarría*, *Códigos de Comercio*, 246.

¹⁴⁷ Im brasilianischen Schrifttum wurde dem *Código Comercial* bisweilen sogar ein sehr origineller Charakter bescheinigt, vgl. *Carvalho de Mendonça*, *Tratado I*, 103 f.; schon seine Verfasser hatten allerdings das weitgehende Fehlen eigener Ideen eingeräumt, *Ferreira*, *Tratado I*, 98; kritisch zur genannten Einschätzung auch *Olavarría*, *Códigos de Comercio*, 247. *Eder* in: *Law – A Century of Progress*, 59, hielt den *Código Comercial* immerhin für deutlich gelungener als die Handelsgesetzbücher anderer Staaten Lateinamerikas.

¹⁴⁸ *Olavarría*, *Códigos de Comercio*, 247.

¹⁴⁹ Für eine Übersicht *Bulgarelli*, *Contratos Mercantis*, 37 ff.

¹⁵⁰ S. die Art. 121-139 CCom in der bis 2002 gültigen Fassung.

¹⁵¹ Art. 428-440 CCom in der bis 2002 gültigen Fassung.

¹⁵² Art. 441-456 CCom in der bis 2002 gültigen Fassung.

¹⁵³ Titel VI-XIV CCom in der bis 2002 gültigen Fassung.

¹⁵⁴ S. Titel VIII CCom in der bis 2002 gültigen Fassung.

weckten.¹⁵⁵ Das Handelsgesetzbuch strebte im Bereich des Schuldrechts aber keine Vollständigkeit an, sondern erklärte in Art. 121 CCom die „zivilrechtlichen Bestimmungen über Verträge“¹⁵⁶ und in Art. 428 CCom die „zivilrechtlichen Vorschriften über das Erlöschen der Schuldverhältnisse“ für subsidiär anwendbar.¹⁵⁷ Gemeint waren damit vor allem die Regelungen der *Ordenações Filipinas*.

Der *Código Comercial* von 1850 markierte den Beginn der späteren Dichotomie von Zivilgesetzbuch und Handelsgesetzbuch, die schon bald ein „Lieblingsthema“ der brasilianischen Rechtswissenschaft werden sollte und auch bei Schaffung des CC/2002 eine zentrale Rolle spielte.¹⁵⁸ Gegenwärtig ist nur noch das zweite Buch des *Código Comercial* über den Seehandel in Kraft. Das dritte Buch über den Konkurs wurde schon 1890 aufgehoben,¹⁵⁹ das erste Buch über den Handel im Allgemeinen mit Inkrafttreten des CC/2002.¹⁶⁰

IV. Der Kodifikationsversuch von Teixeira de Freitas und Freitas’ Bedeutung für die brasilianische Rechtswissenschaft

1. Die Wiederaufnahme der Idee eines eigenen Zivilgesetzbuches

Der Plan, ein Zivilgesetzbuch zu schaffen, wurde erst über 20 Jahre nach seiner Postulierung durch die Verfassung wieder aufgegriffen. Rechtsanwalt *Carvalho Moreira* forderte 1845 in einem berühmt gewordenen Aufsatz die Revision und Kodifizierung des Zivilrechts, um endlich einem Rechtszustand ein Ende zu bereiten, der „zerstückelt, widersprüchlich, verworren und mit überflüssigem Ballast beladen“ war.¹⁶¹ Seine Verzweiflung lässt sich leicht nachvollziehen, ruft man sich die damalige Gesetzeslage auf dem Gebiet des Privatrechts in Erinnerung: Die schon zum Zeitpunkt der Unabhängigkeit stark veralteten und „durchlöchernten“ *Ordenações Filipinas* waren durch die brasilianische Verfassung und die brasilianischen Gesetze inzwischen noch weiter verändert worden.¹⁶² Der Vorschlag eines anderen Anwalts, den 1835 erschienenen dreibändigen „*Digesto Portuguez*“ von *Correia Teles*¹⁶³ als Gesetzbuch anzunehmen, traf

¹⁵⁵ Vgl. auch unten Fn. 215; näher zu *Freitas*’ Forderung einer Vereinigung von Zivil- und Handelsgesetzbuch Kapitel 4 D.II.

¹⁵⁶ Die Literatur interpretierte diese Vorschrift erweiternd in dem Sinne, dass sie für das gesamte Schuldrecht galt, *Bulgarelli*, *Contratos Mercantis*, 32.

¹⁵⁷ Näher *Bulgarelli*, *Contratos mercantis*, 30 ff.

¹⁵⁸ Ausführlich Kapitel 4 D.

¹⁵⁹ Dekret Nr. 917/1890, s. *Olavarria*, *Códigos de Comercio*, 251.

¹⁶⁰ Kapitel 4 A.

¹⁶¹ Nachweise bei *Pontes de Miranda*, *Fontes e Evolução*, 103.

¹⁶² Hierzu auch *Wald*, *R. Inf. legis*. 163 (2004), 250.

¹⁶³ Zur Person *Scholz* in: *Stolleis* (Hg.), *Juristen*, 146.

auf den Widerstand des Anwaltsinstituts, nach dessen Auffassung diese Lösung Stillstand oder sogar Rückschritt bedeutet hätte.¹⁶⁴

Der Ruf nach einer eigenen Zivilkodifikation entsprang also nicht dem Wunsch nach Stärkung der nationalen Identität, sondern war eine Reaktion auf die Unzulänglichkeit des geltenden Rechts. Trotz des enormen „Leidensdrucks“ sollte der Weg zur Schaffung des *Código Civil* aber lang und steinig werden: Nicht weniger als sechs verschiedene Entwürfe und ein 16 Jahre dauerndes Gesetzgebungsverfahren waren nötig, bis 1916 endlich das erste Zivilgesetzbuch Brasiliens in Kraft treten konnte.

2. Teixeira de Freitas als Begründer der brasilianischen Rechtswissenschaft

Der Erste, der die Schaffung eines brasilianischen Zivilgesetzbuches in Angriff nahm, war der Rechtsanwalt *Augusto Teixeira de Freitas* (1816-1883). Auch wenn sein Vorhaben letztlich nicht zum Erfolg führte, war sein Beitrag eine entscheidende Weichenstellung in der brasilianischen Rechtsgeschichte: Kein anderer brasilianischer Jurist hat mit seinen Ideen so stark die ihm nachfolgenden Juristengenerationen geprägt und darüber hinaus auch im Ausland starken Anklang gefunden. Aus diesem Grund sollen im Folgenden seine wichtigsten Lebensstationen, vor allem aber sein beispielloser Beitrag zur brasilianischen Rechtswissenschaft nachgezeichnet werden.¹⁶⁵

3. Freitas' Werdegang

Augusto Teixeira de Freitas wurde 1816 in der Kleinstadt Cachoeira im Hinterland des heutigen Bundesstaates Bahia als neuntes von zehn Kindern geboren. Cachoeira war zu dieser Zeit ein prosperierender Ort, in dem vor allem Zuckerrohr und Tabak angebaut wurden. Über *Freitas'* Eltern ist nur wenig bekannt. Seinem Vater wurde im Jahre 1826 von der Regierung der Titel des „Barons von Itaparica“ verliehen, die genauen Hintergründe sind allerdings nicht dokumentiert.¹⁶⁶

¹⁶⁴ *Pontes de Miranda*, *Fontes e Evolução*, 104.

¹⁶⁵ Person und Werk von *Teixeira de Freitas* können hier nur in Grundzügen dargestellt werden. Für nähere Informationen s. vor allem die eindrucksvolle (wenn auch bisweilen etwas konfuse) Biografie von *Meira*, *Teixeira de Freitas*, sowie den äußerst reichhaltigen Tagungsband von *Schipani* (Hg.) *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano* (hierzu auch den Tagungsbericht von *Samleben*: *RabelsZ* 48 (1984), 591-593). Ausführlich beschäftigt sich mit dem Werk *Teixeira de Freitas'* auch *David* in: *Le Droit Brésilien*, 61 ff.; für eine Kurzbiografie s. *Paul* in *Stolleis* (Hg.), *Juristen*, 225.

¹⁶⁶ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 11 ff.

Bereits in seiner frühen Jugend widmete sich *Teixeira de Freitas* dem Latein-, etwas später auch dem Französischstudium.¹⁶⁷ Die französische Sprache sollte für ihn (wie für viele andere brasilianische Juristen auch)¹⁶⁸ der Schlüssel zur deutschen Rechtsliteratur in Form ihrer französischen Übersetzungen werden.¹⁶⁹ Deutsch lernte er dagegen nie.

Im Jahre 1832 nahm *Freitas* sein Jurastudium an der Fakultät von Olinda auf. Im zweiten Studienjahr wechselte er nach São Paulo, wo er drei Jahre blieb. Die Gründe für seinen Wechsel sind nicht bekannt, doch waren solche „Wanderungen“ zwischen den Fakultäten von Olinda (bzw. Recife) und São Paulo damals durchaus üblich.¹⁷⁰ Die Fakultät von Olinda hatte ihren Studenten wenig zu bieten, sie litt vor allem unter chronischem Dozentenmangel, der auf der unattraktiven Lage und der schlechten Bezahlung beruhte.¹⁷¹ In São Paulo kam es am Ende seines vierten und vorletzten Studienjahres zu einem Streit mit seinen Professoren, der *Freitas* veranlasste, zur Beendigung seines Studiums wieder zurück nach Olinda zu gehen,¹⁷² wo er 1837 den Titel des *Bacharel* erlangte. Ebenfalls

¹⁶⁷ *Meira*, Teixeira de Freitas, 30.

¹⁶⁸ Allgemein zur großen Bedeutung der französischen Übersetzungen deutscher Werke für die brasilianische Rechtswissenschaft *Villela* in: Deutsch-Südamerikanische Rechtstage 1992, 265 ff.

¹⁶⁹ *Meira*, Teixeira de Freitas, 228; näher zu den von *Freitas* benutzten Werken und Übersetzungen unten B.IV.6.

¹⁷⁰ Vgl. oben B.III.

¹⁷¹ *Meira*, Teixeira de Freitas, 39 ff.

¹⁷² Auch wenn die genauen Umstände nicht bekannt sind, brachte der Vorfall erstmals bestimmte Charakterzüge *Freitas'* zum Ausdruck. Der damals 19-jährige Student beantragte schriftlich die Ersetzung zweier seiner Prüfer, die er ohne Angaben von Gründen als „verdächtig“ einstufte. Wie ungewöhnlich das Verhalten *Freitas'* war, zeigt sich schon daran, dass der Direktor der Fakultät sich nicht anders zu helfen wusste, als den „ziemlich heiklen Antrag“ des „als einen der fleißigsten und besten seines Jahrgangs“ bekannten Studenten an die Regierung weiterzuleiten, mit der Bitte, eine „gerechte und angemessene“ Entscheidung zu treffen. Der zuständige Minister lehnte den Antrag mit knappen Worten und ohne Begründung ab (*Meira*, Teixeira de Freitas, 30 f.). Dass er vor seiner Abreise aus São Paulo gerufen haben soll, dass eines Tages „sein Echo in den Bögen dieser glorreichen Akademie klingen werde“ (so *Meira*, Teixeira de Freitas, 31), passt zwar gut in die Geschichte des verkannten Genies, ist aber nicht belegt. Dennoch veranschaulicht der Vorfall die Eigenständigkeit *Freitas'* und seine Bereitschaft, die von ihm vertretene Auffassung gegen sämtliche Widerstände zu verteidigen und alle sich hieraus ergebenden Konsequenzen in Kauf zu nehmen. Dieser Charakterzug sollte in seinem späteren Leben noch oft hervortreten, so auch bei einer Begebenheit, die sich 1857 im Anwaltsinstitut zutrug, deren Präsident *Freitas* zu dieser Zeit war: Nachdem bei der Diskussion über eine Frage des römischen Rechts eine Mehrheit der Mitglieder den von *Teixeira de Freitas* eingenommenen Standpunkt abgelehnt hatte, schrieb dieser einen ausführlichen Brief an das Institut, in dem er seiner Enttäuschung über das fachliche Niveau der vorgefallenen Debatte mit kräftigen Worten Ausdruck verlieh. Am Ende des Schreibens bot er nicht nur seinen Rücktritt als Präsident an, sondern auch eine Spende für die Bibliothek des Instituts, mit der er seinen Kollegen „vor allem“ die Anschaffung

um diese Zeit schloss *Freitas* die Ehe. Aus dieser sollten insgesamt zehn Kinder hervorgehen, von denen die letzten drei allerdings bereits in früher Kindheit verstarben. Manche sehen in dem Verlust dieser Kinder einen Umstand, der *Freitas*, dem Heim und Familie sehr viel bedeuteten, in seinem späteren Leben stark aus dem Gleichgewicht gebracht haben könnte.¹⁷³

1838 wurde *Freitas* zum Zivilrichter in der Provinzhauptstadt Salvador da Bahia ernannt.¹⁷⁴ Seine Berufung verdankte er den Anführern der *Sabinada*, einer revolutionären republikanischen Bewegung, der es für kurze Zeit gelang, eine unabhängige Regierung in der Provinz Bahia einzusetzen. Nach deren gewaltsamer Absetzung durch die kaiserliche Regierung wurde *Freitas* wegen Kollaboration angeklagt, später aber freigesprochen.¹⁷⁵ Unter dem Eindruck der Geschehnisse sah *Teixeira de Freitas* keine berufliche Zukunft mehr in Bahia und zog 1843 in die Hauptstadt Rio de Janeiro, wo er eine Kanzlei eröffnete. Im gleichen Jahr wurde er Mitbegründer des Anwaltsinstituts.¹⁷⁶

4. Der gescheiterte Kodifikationsversuch

a) Die Beauftragung *Freitas*' und sein geplantes Vorgehen

Als 1854 Justizminister *Nabuco de Araújo*, der auch sein persönlicher Freund war, an *Freitas* herantrat, um mit ihm den Weg einer Zivilrechtsreform zu beraten, zählte *Freitas* aufgrund seiner Arbeit als Rechtsanwalt¹⁷⁷ und seiner gutachterlichen Tätigkeit im Staatsrat (*Conselho de Estado*) bereits zu den renommiertesten Juristen des Landes.¹⁷⁸ *Freitas* schlug dem Justizminister ein Vorgehen in drei Schritten vor:¹⁷⁹ Zunächst wollte er sämtliche geltenden Zivilrechtsnormen erfassen. Im zweiten Schritt sollten diese vereinfacht und in eine systematische Ordnung gebracht werden. Da aber die geltenden Zivilgesetze „nicht nur lückenhaft und unzureichend, sondern auch fehlerhaft und ungerecht“ seien,¹⁸⁰ hielt er als dritten Schritt die Schaffung eines Zivilgesetzbuches für unerlässlich. Anstatt ein neues Recht aus dem Nichts zu schaffen, wollte *Teixeira de Freitas* also an die

des Corpus Iuris empfahl. S. zu diesem Vorfall *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 79 ff.; *Moreira Alves* in: *Freitas e il Diritto Latinoamericano*, 19 ff.; *O. Carvalho* in: *Freitas e il Diritto Latinoamericano*, 102.

¹⁷³ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 38.

¹⁷⁴ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 37.

¹⁷⁵ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 59 ff.

¹⁷⁶ Vgl. oben B.III.

¹⁷⁷ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 79; *Valladão*, *Novas Dimensões*, 362.

¹⁷⁸ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 89 f.

¹⁷⁹ Schreiben vom 10.7.1854, abgedruckt bei *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 92 f.

¹⁸⁰ An anderer Stelle bezeichnete *Freitas* die *Ordenações Filipinas* als „pobrissimas“, *Introdução*, XXXII.

bestehende Tradition anknüpfen und diese behutsam weiterentwickeln. Das geplante Vorgehen *Freitas'* ähnelt dem von *Andrés Bello* bei der Schaffung des chilenischen Gesetzbuches (1855), der allerdings weniger scharf zwischen Konsolidierung und Kodifizierung trennte.¹⁸¹

b) *Die Consolidação das Leis Civis: Der Vorläufer des Zivilgesetzbuches*

1855 schloss *Teixeira de Freitas* mit der Regierung einen Vertrag über die ersten beiden Schritte auf dem Weg zu einem eigenen Zivilgesetzbuch, die Sammlung und Konsolidierung aller geltenden Zivilgesetze. Diese „Herkulesaufgabe“¹⁸² erledigte er in nur zwei Jahren durch die Erarbeitung der *Consolidação das Leis Civis*, in der er alle geltenden zivilrechtlichen Vorschriften in eine systematische Ordnung brachte und zu jedem der 1.333 Artikel die Quelle angab. Vorangestellt hatte *Freitas* der *Consolidação* eine etwa 180 Seiten lange Einleitung, in der er seine grundlegenden Ansichten über das Zivilrecht erläuterte, vor allem die Anordnung der Materien betreffend. Die Einleitung zur *Consolidação* gilt zu Recht als ein Werk von fundamentaler Bedeutung für die brasilianische Rechtswissenschaft.¹⁸³ Deutlich tritt in ihr *Freitas'* starke Beeinflussung durch die deutsche Pandektistik hervor.¹⁸⁴

Das Bemerkenswerte am Aufbau der Materien in der *Consolidação* war die Voranstellung eines Allgemeinen Teils,¹⁸⁵ denn diese systematische Errungenschaft existierte zu jener Zeit nur in den Lehrbüchern. *Freitas'* Pionierrolle ist die Ursache dafür, dass die Idee eines Allgemeinen Teils in Brasilien nicht nur als eine deutsche, sondern als eine zumindest auch eigene, brasilianische Idee angesehen wird.¹⁸⁶ Vereinzelt Stimmen gehen

¹⁸¹ Zum Vorgehen *Bellos* s. *Guzmán Brito*, *Codificación Civil*, 359 ff.; zum chilenischen Zivilgesetzbuch *Nelle*, Ausstrahlungswirkung.

¹⁸² *Valladão*, *Novas Dimensões*, 363.

¹⁸³ „... eine der lichtvollsten Seiten der brasilianischen Rechtsliteratur, die ... weiterhin zu den besten zählt, die jemals von uns geschrieben wurden“, *O. Gomes*, RF 287 (1984), 2; ähnlich *Bevilaqua* in: *Linhas e Perfis*, 123 f.; *Peixoto*, RF LXXVII (1939), 6.

¹⁸⁴ Näher dazu unten B.IV.6.

¹⁸⁵ Näher zum Aufbau der *Consolidação* Kapitel 6 B.II.1.

¹⁸⁶ Typisch ist der Hinweis, dass das BGB mit seinem Allgemeinen Teil erst 40 Jahre später erschienen sei, ohne dass mit einem Wort auf die wissenschaftliche Herkunft dieser Idee im Naturrecht und der deutschen Pandektistik eingegangen wird, s. etwa *Reale*, *Begründung Vorentwurf* 1974, Nr. 12; *ders.*, R.Trib.Reg.Fed. 4^a Reg., 60, (2006), 29, spricht ausdrücklich davon, dass *Freitas* die Idee eines Allgemeinen Teils „vor den Deutschen und vor dem BGB“ gehabt habe; vgl. auch *Ferraz Jr.* in: *Deutsch-Südamerikanische Rechtstage* 1992, 253: „Eine bemerkenswerte Vorwegnahme!“, ähnlich *Wald*, R. Inf. legis. 163 (2004), 251; *Justo*, RBDC 25 (2004), 176; *Limongi França*, *Direito Civil I*, 132; *ders.*, RDCiv 11 (1980), 36; *Martins-Costa*, RFDUFRGS 17 (1999), 197. Eine gehörige Portion „Mitschuld“ an dieser etwas einseitigen Darstellung dürfte *René David* haben. In: *Le Droit Brésilien*, 70, lautet ein später oft zitierter Satz von ihm: „Vierzig Jahre vor dem deutschen Zivilgesetzbuch (BGB), dem im Allgemeinen das Verdienst

sogar so weit, den Allgemeinen Teil des BGB auf den Einfluss von *Freitas* zurückzuführen!¹⁸⁷ Demgegenüber erwecken die europäischen Darstellungen zum brasilianischen Recht durchgehend den Eindruck, dass der Allgemeine Teil des ersten Zivilgesetzbuches Brasiliens von 1916 direkt und allein auf deutschem Einfluss beruhe.¹⁸⁸ Auf die Diskussion ist an anderer Stelle noch ausführlicher einzugehen.¹⁸⁹ In jedem Falle war die Voranstellung eines Allgemeinen Teils (neben dem Vorschlag der Vereinigung von Zivil- und Handelsgesetzbuch) eine der beiden zentralen Ideen von *Teixeira de Freitas*, die das brasilianische Privatrecht nachhaltig geprägt haben und die die brasilianischen Juristen als festen Bestandteil ihrer Rechtskultur betrachten.¹⁹⁰

Den Besonderen Teil der *Consolidação* baute *Freitas* anders als die deutschen Autoren ausschließlich nach der Unterscheidung zwischen persönlichen und dinglichen Rechten auf. Er legte ausführlich dar, warum er diese im römischen Recht angelegte Klassifizierung¹⁹¹ für die einzig richtige hielt.¹⁹² Im Aufbau der *Consolidação* zeigte sich also einerseits die starke Beeinflussung *Freitas'* durch die deutschen Autoren, gleichzeitig aber auch seine Eigenständigkeit. Er nahm seine Ideen aus verschiedenen Quellen, war aber nicht bloß gelehriger Schüler, sondern auch in der Lage, einen eigenen Standpunkt zu entwickeln.

Nachdem die *Consolidação* 1858 von der Regierung offiziell als Erfüllung des geschlossenen Vertrages akzeptiert und veröffentlicht worden war, behielt sie bis zum Inkrafttreten des Código Civil von 1916 praktisch den Rang eines geltenden Gesetzbuches, auch wenn es nie einen entsprechenden offiziellen Akt gab.¹⁹³ 1865 erschien (auf Kosten des Autors!)

dieser Neuerung zugeschrieben wird, hatte bereits Teixeira de Freitas in Brasilien erwo-gen, ein Zivilgesetzbuch mit einem Allgemeinen Teil zu beginnen ...“; exakter hingegen die Darstellung ebd. 101.

¹⁸⁷ *Meira*, Teixeira de Freitas, 394 ff.

¹⁸⁸ Beispielhaft hierfür die Knappheit, mit der *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, 114, feststellen: „Auf deutschen Einfluss geht weitgehend die Systematik des Gesetzes zurück, so insbesondere sein ‚Allgemeiner Teil‘“; ähnlich *Eichler* in: FS Hellbling, 499: „Das brasilianische Zivilgesetzbuch hat bekanntlich das System des deutschen Bürgerlichen in der Weise übernommen, dass es einen allgemeinen Teil ... dem besonderen voranstellt ...“. Ähnlich *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 485 (Fn. 47): „Die Wirkungen des BGB [auf den CC/1916] beschränken sich auf das System und die Übernahme von 62 Paragraphen“; *Scholl*, Rezeption, 57: „... zum BGB, dessen Gesetzssystematik er [der CC/1916] sich zu eigen machte“; und schließlich v. *Rauchhaupt*, *RabelsZ* 20 (1955), 129: „Die Berücksichtigung des deutschen Rechts zeigt sich besonders in der Betonung und Voransetzung eines Allgemeinen Teiles“.

¹⁸⁹ Kapitel 6 B.II.1.c) und C.I.

¹⁹⁰ *Couto e Silva*, R. Inf. legis. 97 (1988), 169; *Carneiro*, Estudo, XX.

¹⁹¹ Hierzu Kapitel 6 A.I.

¹⁹² *Freitas*, Introdução, LXII ff., näher Kapitel 6 B.II.1.a).

¹⁹³ S. zur Bedeutung der *Consolidação* auch unten B.IV.7.

eine zweite Auflage, die einige Korrekturen und Ergänzungen enthielt. 1875 gab *Freitas*, wiederum auf seine Kosten, eine dritte, aktualisierte Auflage heraus.¹⁹⁴

c) *Der „Esboço“: Das unvollendete Monument*

(1) *Die Aufnahme der Arbeiten zur Schaffung eines Zivilgesetzbuches*

Während *Freitas* die ersten beiden Schritte auf dem Weg zur eigenen Kodifikation (Erfassung und Systematisierung des geltenden Zivilrechts) also zügig und mit durchschlagendem Erfolg bewältigte, stand der dritte und letzte Teil des Projekts unter einem weniger guten Stern. 1859 verpflichtete sich *Freitas* durch Vertrag, die Arbeiten zum Entwurf eines Zivilgesetzbuches bis Ende 1861 abzuschließen. Er entwickelte hierbei das der *Consolidação* zugrunde gelegte System weiter.¹⁹⁵ Es sollte wiederum einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil geben. Der Besondere Teil sollte dieses Mal aber aus drei Büchern bestehen. Die ersten beiden sollten die persönlichen und die dinglichen Rechte behandeln. Im dritten Buch sollten die Materien Platz finden, die die persönlichen und die dinglichen Rechte zugleich betrafen. Hierzu zählte *Freitas* das Erbrecht, das Insolvenzrecht und das Verjährungsrecht.¹⁹⁶ Diese Einteilung der Materien, mit der er verschiedene vorhandene Modelle kombinierte und weiterentwickelte, ist wahrscheinlich der stärkste Ausdruck seiner Originalität.

Offenbar hatte *Freitas* seine Kräfte dieses Mal aber überschätzt, denn es gelang ihm nicht, die Arbeit innerhalb der genannten Frist zu beenden. Immerhin hatte er aber 1860 das Einführungskapitel und den Allgemeinen Teil vorgelegt (mit 866 Artikeln!), 1861 waren die ersten zwei von drei Kapiteln des Buches über die persönlichen Rechte gefolgt. Bemerkenswert ist, dass *Freitas* seine Arbeiten unter dem Titel „Esboço“ veröffentlichte,¹⁹⁷ was etwa „Skizze“ oder „Grundriss“ bedeutet. Diese Bezeichnung erläuterte *Freitas* damit, dass seine Arbeit noch keinen Gesetzesentwurf darstellen sollte, sondern eben nur eine Skizze, die in der Öffentlichkeit erst noch diskutiert werden musste.¹⁹⁸ Ausdruck dieser Haltung war auch das Motto, das er den vorgelegten Teilen des „Esboço“ vorangestellt hatte: „Quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari“.¹⁹⁹ Sehr zu *Freitas*' Ent-

¹⁹⁴ *Meira*, Teixeira de Freitas, 106 ff.

¹⁹⁵ Ausführlich zum System des „Esboço“ Kapitel 6 B.II.2.

¹⁹⁶ Unvollständig insofern die Darstellung bei *Bucher*, ZEuP 2004, 527, 532, der das (geplante) dritte Buch des Besonderen Teils nicht erwähnt.

¹⁹⁷ *Augusto Teixeira de Freitas*, Código Civil – Esboço, Typhografia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro 1860-65.

¹⁹⁸ Schreiben vom 20.9.1867, zitiert bei *Meira*, Teixeira de Freitas, 352. S. auch *Freitas* Vorwort zum „Esboço“.

¹⁹⁹ S. die Titelblätter der verschiedenen Lieferungen des „Esboço“.

täuschung nahm die Fachwelt den „Esboço“ allerdings in erster Linie mit Gleichgültigkeit zur Kenntnis.²⁰⁰

Im Jahr 1864 verstrich eine zweite Frist zur endgültigen Fertigstellung. 1865 legte *Freitas* das dritte Kapitel des Buches über die persönlichen Rechte vor, das damit abgeschlossen war. Insgesamt waren nun 3.702 Artikel veröffentlicht.

(2) Die Auseinandersetzungen um die Begutachtung des „Esboço“

Im April 1865 nahm eine siebenköpfige Kommission die Arbeit zur Begutachtung der vorgelegten Artikel auf. In der Folge fanden unter Beteiligung von *Freitas* zahlreiche Treffen statt.²⁰¹ Die Arbeitsweise der Kommission stellte sich jedoch schon bald als extrem ineffizient heraus, da jedes Kommissionsmitglied zu jedem Thema eine eigene Stellungnahme vorlegte, anstatt dass für die verschiedenen Teile jeweils ein Berichterstatter ernannt wurde. So wurden in vier Monaten lediglich die 20 Artikel des Einführungstitels diskutiert, wobei es fast nur um Detailfragen ging. Für *Freitas* war dieses Verfahren sehr zermürbend, da er auf die Stellungnahmen der Kommissionsmitglieder immer erst mündlich, dann aber auch schriftlich antworten musste.

Im August 1865 unterbrach die Kommission ihre Arbeit mit Hinweis auf die versäumte Frist und die Unvollständigkeit des vorgelegten Entwurfs. Wahrscheinlich waren diese Umstände für die Kommissionsmitglieder aber nur ein willkommener Vorwand, um sich ihrer Aufgabe, die in diesem Tempo noch Jahre gedauert hätte, zu entledigen.²⁰² Einiges spricht auch für die Vermutung, dass *Freitas* in diesem Zusammenhang für frühere Auseinandersetzungen mit einigen der Kommissionsmitglieder bezahlen musste.²⁰³

Freitas geriet derweil in finanzielle Schwierigkeiten: Bis 1861 hatte er für seine Arbeit noch monatliche Zahlungen erhalten; nun sollte er erst nach Fertigstellung des Entwurfs wieder entlohnt werden. Weil aber die Arbeiten am Entwurf sehr zeitraubend waren, gingen auch die Einkünfte aus seiner Kanzlei zurück: „*Teixeira de Freitas* war als Zivilrechtler Opfer eines für ihn ungünstigen Vertrages geworden“.²⁰⁴ Seine Arbeit an dem Entwurf bereitete ihm nun in zunehmendem Maße Verdross. Mit Schreiben vom 27. Oktober 1866²⁰⁵ teilte er dem damaligen Justizminister *Ribeiro de Andrade* mit, dass 3.702 Artikel bereits veröffentlicht seien, weitere 1.314

²⁰⁰ *Peixoto*, RF 77 (1939), 12 f.

²⁰¹ Zur Arbeitsweise der Kommission s. *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 217 ff.

²⁰² *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 245 f.

²⁰³ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 246.

²⁰⁴ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 341.

²⁰⁵ Abgedruckt bei *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 341 f.

Artikel sich im Druck befänden und weitere 200 so gut wie geschrieben seien, womit das Buch über das Sachenrecht abgeschlossen sei und nur das letzte Buch über Erbfolge, Konkurs und Verjährung noch fehle. Gleichzeitig tat *Freitas* jedoch kund, dass er seine Arbeit nicht fortsetzen wolle und sogar bereit sei, die erhaltenen Zahlungen zurückzuerstatten: „In einem Land, in dem edle Seelen keinen Ansporn zur Opferbereitschaft finden, kann ich meiner Lustlosigkeit nicht länger widerstehen“. Sein Rücktrittsgesuch wurde jedoch abgelehnt.²⁰⁶

(3) *Freitas' neue Idee: Der Código Geral*

In einem weiteren denkwürdigen Brief vom September 1867 stellt *Teixeira de Freitas* dann eine Idee vor, die sein immerwährendes Streben nach Systematik auf die Spitze trieb:²⁰⁷ Er wollte das Kodifikationsunternehmen wieder von vorn beginnen und ganz neu aufziehen. Zusätzlich zum Zivilgesetzbuch plante er, einen *Código Geral* schaffen. Dieser sollte sich an den Rechtsanwender richten und die Vorschriften enthalten, die für alle Rechtsmaterien gelten. Dies betraf zunächst die Regelungen über die zeitliche und räumliche Geltung von Rechtsnormen; ebenso sollten im *Código Geral* aber die Personen, Sachen und juristischen Tatsachen in einer für alle Rechtszweige verbindlichen Weise geregelt werden, für das Privatrecht ebenso wie für das Verwaltungs- und das Strafrecht. Auch die wichtigsten juristischen Definitionen wollte *Freitas* in den *Código Geral* aufnehmen.²⁰⁸ Er bezeichnete seine Idee nicht als neu, sondern nannte u.a. *Pothier*, *Francis Bacon*²⁰⁹ und den letzten Titel des Zivilgesetzbuches von Louisiana (1808)²¹⁰ als seine Vorbilder.²¹¹ Nicht bekannt war ihm offenbar, dass es auch schon in der europäischen Gesetzgebungsliteratur des 18. Jahrhunderts verschiedene Ideen zur Schaffung eines doppelten Gesetzbuches gegeben hatte.²¹²

Freitas ging mit der Idee eines *Código Geral* in der Abstraktion also noch einen Schritt weiter als im Allgemeinen Teil für das Zivilrecht: Er wollte nun einen Allgemeinen Teil für das gesamte Recht. Das Zivilgesetzbuch sollte nur noch aus dem Besonderen Teil bestehen, dafür aber auch die Normen umfassen, die jetzt noch im Handelsgesetzbuch standen.

²⁰⁶ *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 342.

²⁰⁷ Schreiben vom 20.9.1867, abgedruckt bei *Meira*, *Teixeira de Freitas*, 352 ff.; *F. Coelho*, CC I, 266 ff.; *Ferreira*, *Tratado I*, 150 ff.

²⁰⁸ Näher *Peixoto*, RF 77 (1939), 211 ff.

²⁰⁹ Zu einer Kurzbiographie s. *Lerch* in: *Stolleis* (Hg.), *Juristen*, 56. Zur Bedeutung *Bacons* für die Gesetzgebungslehre *Mertens*, *Gesetzgebungskunst*, 6, 8, 80 f., 269-272, 275-280, 380 f.

²¹⁰ „Of the Signification of Sundry Terms of Law employed in this Code“.

²¹¹ *S. Meira*, *Teixeira de Freitas*, 354.

²¹² *Mertens*, *Gesetzgebungskunst*, 255 ff.