MARIETTA PIETREK

Konsens über Tradition?

Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht

Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht
328

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

328

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann

Marietta Pietrek

Konsens über Tradition?

Eine Studie zur Eigentumsübertragung in Brasilien, Deutschland und Portugal

Mohr Siebeck

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

e-ISBN PDF 978-3-16-153735-6
ISBN 978-3-16-153718-9
ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

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

Vorwort

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

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

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

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

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

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

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

Berlin, im Januar 2015 *Marietta Pietrek*

Inhaltsübersicht

Vorwort V

Inhaltsverzeichnis IX

Abkürzungsverzeichnis XXI

Einführung 1

A. Fragestellung 1
B. Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen 2
C. Stand der Forschung 3
D. Gang der Untersuchung 5
E. Themenbegrenzung 6

Kapitel 1: Grundlagen 7

A. Konsensprinzip 7
B. Traditionsprinzip 11
C. Publizitätsprinzip und Eintragungsprinzip 27
D. Einheitsprinzip 28
E. Trennungsprinzip 29
F. Kausalitätsprinzip 30
G. Abstraktionsprinzip 31
H. Herkunft der Strukturprinzipien aus dem Römischen Recht 36
I. Kombinationsmöglichkeiten der Prinzipien 40

Kapitel 2: Erwerb vom Berechtigten 48

A. Portugal 49
I. Überblick 49
II. Eigentumsübergang an Mobilien und Immobilien 51
III. Folgen eines unwirksamen Rechtsgeschäfts 67
IV. Der (Kauf-)Vorvertrag 76
V. Zusammenfassung: Erwerb vom Berechtigten 79

B. Brasilien 81
I. Überblick 81
II. Wirkungen des Grundgeschäfts 83
III. Eigentumsübergang an Mobilien 84
IV. Eigentumsübergang an Immobilien 91

V. Rechtsnatur der *tradição* / Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Einigung ... 95
VI. Folgen eines unwirksamen Grundgeschäfts ... 102
VII. Der (Kauf-)Vorvertrag ... 112
VIII. Zusammenfassung: Erwerb vom Berechtigten ... 116

Kapitel 3: Erwerb vom Nichtberechtigten ... 118

A. Portugal ... 118
I. Überblick ... 118
II. Regime des Verkaufs einer fremden Sache im Bürgerlichen Recht, Art. 892 ff. portCC ... 119
III. Wirksamer Handelskauf über eine fremde Sache, Art. 467 portCCom ... 131
IV. Geschichtlicher Zwischenruf ... 132
V. Möglichkeiten des wirksamen Erwerbs vom Nichtberechtigten ... 132
VI. Ersitzung ... 147
VII. Zusammenfassung: Erwerb vom Nichtberechtigten ... 152

B. Brasilien ... 152
I. Überblick ... 152
II. Veräußerung beweglicher Sachen durch einen Nichtberechtigten ... 153
III. Veräußerung unbeweglicher Sachen durch einen Nichtberechtigten ... 161
IV. Kaufvertrag über eine fremde Sache; Haftung wegen Eviktion ... 170
V. Ersitzung, Art. 1238 ff., 1260 ff. brasCC ... 172
VI. Zusammenfassung: Erwerb vom Nichtberechtigten ... 182

Kapitel 4: Doppelverkauf ... 184

A. Deutschland ... 184
B. Portugal ... 185
C. Brasilien ... 193

Kapitel 5: Vergleich und Bewertung ... 197

A. Konsensprinzip vs. Traditionsprinzip und Eintragungsprinzip ... 197
B. Einheitsprinzip vs. Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip ... 204
C. Kombinationen ... 212

Zusammenfassung ... 214

Anhang: Normtexte ... 225

Literaturverzeichnis ... 315

Sachregister ... 333

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Inhaltsübersicht VII

Abkürzungsverzeichnis XXI

Einführung 1

A. Fragestellung 1

B. Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen 2

C. Stand der Forschung 3

D. Gang der Untersuchung 5

E. Themenbegrenzung 6

Kapitel 1: Grundlagen 7

A. Konsensprinzip 7

I. Inhalt 7
1. Herrschende Definition: „reines Konsensprinzip“ als Verbindung aus Einheits- und Konsensprinzip 7
2. Anzuwendende Definition 8

II. Begriffsabgrenzungen 9
1. Konsensprinzip (im Allgemeinen Teil und Schuldrecht des BGB) / Konsensualverträge 9
2. Formelles und materielles Konsensprinzip im Grundbuchrecht 10

B. Traditionsprinzip 11

I. Inhalt 11

II. Deutsches Recht 12
1. Funktionen der Übergabe 12

2. Inhalt der Übergabe nach § 929 S. 1 BGB ... 15
a) Besitzlosigkeit des Veräußerers ... 16
b) Besitzerwerb auf der Erwerberseite ... 17
c) Wechsel im unmittelbaren Besitz? ... 18
d) Besitzübergang zum Zweck der Eigentumsübertragung ... 19
3. Die Übergabe beim gutgläubigen Erwerb, §§ 932 ff. BGB ... 20
4. Durchbrechungen des Traditionsprinzips ... 20
a) Übergabe kurzer und langer Hand, § 929 S. 2 BGB und § 929 S. 1 i. V. m. § 854 Abs. 2 BGB ... 21
b) Traditionssurrogat: Besitzkonstitut, § 930 BGB ... 23
c) Traditionssurrogat: Abtretung des Herausgabeanspruchs, § 931 BGB ... 25
d) Ausnahme vom Übergabeerfordernis: Schlichte Einigung bei alleinigem § 985 BGB / bei besitzlosen Sachen ... 25
e) Ausnahme vom Übergabeerfordernis: Seeschiffe, § 2 Abs. 1 SchiffsRG, § 929a BGB ... 26
f) Ersatz der Übergabe durch Eintragung: Zubehörstücke von Grundstücken, § 926 BGB ... 27

C. Publizitätsprinzip und Eintragungsprinzip ... 27

D. Einheitsprinzip ... 28

E. Trennungsprinzip ... 29

F. Kausalitätsprinzip ... 30

G. Abstraktionsprinzip ... 31

I. Inhalt ... 31
II. Durchbrechungen ... 33
1. Keine Ausnahme: Fehleridentität oder Fehlerkongruenz ... 33
2. Echte Ausnahme: Bedingungszusammenhang, § 158 BGB ... 34
3. Keine Ausnahme: Geschäftseinheit, § 139 BGB ... 34
4. Keine Ausnahme: Rückerwerb durch Nichtberechtigten ... 35

H. Herkunft der Strukturprinzipien aus dem Römischen Recht ... 36

I. Kombinationsmöglichkeiten der Prinzipien ... 40

I. Gegensatzpaare ... 40
1. Einheitsprinzip vs. Trennungsprinzip ... 40
2. Kausalitätsprinzip vs. Abstraktionsprinzip ... 41
3. Konsensprinzip vs. Traditionsprinzip ... 41
II. Einheitsprinzip und Konsensprinzip: ein Rechtsgeschäft ... 41

III. Einheitsprinzip und Traditionsprinzip:
ein Rechtsgeschäft und ein Realakt ... 43
IV. Trennungsprinzip und Konsensprinzip: zwei Rechtsgeschäfte ... 44
1. Trennungsprinzip, Konsensprinzip und Kausalitätsprinzip ... 45
2. Trennungsprinzip, Konsensprinzip und Abstraktionsprinzip ... 45
V. Trennungsprinzip und Traditionsprinzip:
zwei Rechtsgeschäfte und ein Realakt ... 46
1. Trennungsprinzip, Traditionsprinzip und Kausalitätsprinzip ... 46
2. Trennungsprinzip, Traditionsprinzip und Abstraktionsprinzip ... 47

Kapitel 2: Erwerb vom Berechtigten ... 48

A. Portugal ... 49

I. Überblick ... 49
1. Heutige Rechtslage ... 49
2. Historische Entwicklung ... 49
II. Eigentumsübergang an Mobilien und Immobilien ... 51
1. Speziessachen, Art. 408 Nr. 1 portCC
und Art. 874, 879 portCC ... 51
a) Kaufvertrag und andere entgeltliche
Veräußerungsgeschäfte ... 52
b) Rechtsnatur des Kaufvertrags ... 52
c) Schenkung ... 53
d) Formerfordernis bei Immobilienübertragungsgeschäften ... 53
e) Bedeutung der Registereintragung bei
registerpflichtigen Sachen ... 54
2. Eigentumsvorbehalt, Art. 409 portCC ... 55
3. Gattungssachen und künftige Sachen, Art. 408 Nr. 2 portCC ... 57
a) Unbestimmte Sachen / Gattungssachen ... 57
(1) Konkretisierung nach Art. 541 f. portCC ... 58
(2) Anforderungen an die Kenntnis nach
Art. 408 Nr. 2 portCC ... 58
b) Künftige Sachen ... 59
c) Wahlschulden ... 60
4. Der Eigentumsübergang als unmittelbare Folge des
Kaufvertragsschlusses ... 61
5. Bedeutung der Übergabe, insbesondere im Kaufrecht ... 63
a) Erfüllung durch Besitzverschaffung ... 63
b) Besitzübergang durch Vertragsschluss?
Insbesondere das Besitzkonstitut ... 65

III. Folgen eines unwirksamen Rechtsgeschäfts ... 67
1. Arten des Fehlens des Rechtsgeschäfts ... 68
2. Nichtigkeit / Anfechtbarkeit: Restitution nach Art. 289 portCC ... 68
3. Spätere Vertragsauflösung ... 70
a) Grundsatz: Rückwirkung der Vertragsauflösung ... 71
b) Ausnahme: Wirkung nur für die Zukunft ... 72
4. Eintritt einer auflösenden Bedingung ... 73
5. Sonderfall: Schenkungsrecht ... 74
6. Auffangtatbestand Bereicherungsrecht ... 74
IV. Der (Kauf-)Vorvertrag ... 76
V. Zusammenfassung: Erwerb vom Berechtigten ... 79

B. Brasilien ... 81

I. Überblick ... 81
1. Heutige Rechtslage ... 81
2. Historische Entwicklung ... 82
II. Wirkungen des Grundgeschäfts ... 83
III. Eigentumsübergang an Mobilien ... 84
1. Gemeinsame Regeln für Speziessachen und Gattungssachen ... 84
a) Grundsatz der Sachübergabe, Art. 1267 caput, 1204 f. brasCC ... 85
b) Keine Übergabe bei Begründung einer bloßen Detention – Abgrenzung Besitz / Detention ... 87
c) Traditionssurrogat: Symbolische Übergabe *(traditio ficta)* ... 88
d) Traditionssurrogat: Begründung eines Besitzkonstituts, Art. 1267 § ún., 1. Fall; Art. 1361 § 2 brasCC (Sicherungseigentum) ... 88
e) Traditionssurrogat: Abtretung des Herausgabeanspruchs, Art. 1267 § ún., 2. Fall brasCC ... 90
f) Traditionssurrogat: *traditio brevi manu*, Art. 1267 § ún., 3. Fall brasCC ... 90
g) Traditionssurrogat: *traditio longa manu* ... 90
2. Eigentumsvorbehalt beim Kauf ... 90
IV. Eigentumsübergang an Immobilien ... 91
1. Eintragung des Titels ... 91
2. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts ... 93
3. Bedingte Übereignung von Grundstücken ... 95
V. Rechtsnatur der *tradição* / Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Einigung ... 95

VI. Folgen eines unwirksamen Grundgeschäfts ... 102
1. Arten des Fehlens des Grundgeschäfts ... 102
2. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ... 102
a) Begriffe ... 102
b) Restitutionsanspruch, Art. 182 brasCC ... 104
c) Vindikationsanspruch, Art. 1228 caput brasCC ... 106
d) Bereicherungsanspruch ... 106
3. Spätere Auflösungen des Grundgeschäfts ... 108
a) Vertragsauflösung / *resolução*, Art. 474 f. brasCC ... 109
b) Vertragsaufhebung / *resilição*, Art. 472 f. brasCC ... 110
4. Eintritt einer auflösenden Bedingung, insbesondere Sicherungseigentum und Schenkungswiderruf ... 110
VII. Der (Kauf-)Vorvertrag ... 112
1. Abgrenzung *promessa de compra e venda* und *compromisso de compra e venda* ... 112
2. Inhalt und Wirkungen des *compromisso de compra e venda* ... 113
VIII. Zusammenfassung: Erwerb vom Berechtigten ... 116

Kapitel 3: Erwerb vom Nichtberechtigten ... 118

A. Portugal ... 118

I. Überblick ... 118
II. Regime des Verkaufs einer fremden Sache im Bürgerlichen Recht, Art. 892 ff. portCC ... 119
1. Nichtigkeit des Verkaufs, Art. 892 portCC ... 119
a) Fremdheit der Sache ... 120
b) Verkauf als eigene Sache im eigenen Namen ... 120
c) Fehlende Verfügungsbefugnis des Verkäufers ... 121
d) Begriff des guten Glaubens ... 121
e) Anwendbarkeit bei Bösgläubigkeit beider Parteien ... 122
f) Keine Erstreckung auf einen Vorvertrag ... 122
g) Eingeschränkte Geltendmachung der Nichtigkeit ... 123
2. Heilung des nichtigen Vertrags, Art. 895 portCC ... 124
3. Aus dem nichtigen Kaufvertrag entstehende Pflichten ... 126
a) Pflicht des Verkäufers zur Heilung des Vertrags, Art. 897 portCC ... 126
b) Ansprüche auf Rückgewähr von Kaufpreis und Kaufsache, Art. 289 portCC ... 127
(1) Kaufpreisrückzahlung vor Übergabe der Sache ... 127
(2) Rückgewähr von Sache und Kaufpreis nach Übergabe der Sache ... 128

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

B. Brasilien ... 152

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

3. Unbewegliche Sachen, Art. 1238–1244 brasCC 175
a) Ordentliche Ersitzung, Art. 1242 brasCC – Ersatz des rechtsgeschäftlichen gutgläubigen Erwerbs 176
b) Außerordentliche Ersitzung, Art. 1238 brasCC; Abgrenzung zur Ersitzung mit sozialer Funktion 177
c) Besondere Formen der Ersitzung, Art. 1239, 1240, 1240-A brasCC; Art. 10 Estatuto da Cidade 178
(1) Ländliche und städtische Ersitzung, Art. 1239 f. brasCC 178
(2) Ersitzung durch Verlassen der Familienwohnung, Art. 1240-A brasCC 179
(3) Kollektive städtische Ersitzung, Art. 10 Estatuto da Cidade 179
d) Kollektiver Erwerb durch *„posse-trabalho“*, Art. 1228 §§ 4, 5 brasCC 179
4. Bewegliche Sachen, Art. 1260–1262, 1243 f. brasCC 181
a) Ordentliche Ersitzung 181
b) Außerordentliche Ersitzung, Art. 1261 brasCC 181
VI. Zusammenfassung: Erwerb vom Nichtberechtigten 182

Kapitel 4: Doppelverkauf 184

A. Deutschland 184

B. Portugal 185

I. Beispielsfall 1: kein Eigentumserwerb des Zweitkäufers 185
1. Anspruch des B gegen C: Vindikationsanspruch, Art. 1311 portCC 186
2. Ansprüche des B gegen A 186
a) Vertraglicher Schadensersatzanspruch *(responsabilidade civil contratual)* 186
(1) Wegen zu vertretender Unmöglichkeit, Art. 798, 801 portCC 186
(2) Wegen Nichterfüllung, Art. 798 portCC 187
b) Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden *commodum (commodum de representação)*, Art. 803, 794 portCC 188
c) Geschäftsführung ohne Auftrag *(gestão de negócios)*, Art. 465 lit. e) portCC 190
d) Deliktischer Schadensersatzanspruch, Art. 483 Nr. 1 portCC 190
e) Bereicherungsanspruch, Art. 473 portCC 191
3. Ansprüche des C 191

II. Beispielsfall 2: wirksamer Eigentumserwerb des Zweitkäufers 191

C. Brasilien 193

Kapitel 5: Vergleich und Bewertung 197

A. Konsensprinzip vs. Traditionsprinzip und Eintragungsprinzip 197

I. Kritik am Konsensprinzip 197
II. Traditionsprinzip 199

B. Einheitsprinzip vs. Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip 204

I. Würdigung von Einheitsprinzip und Trennungsprinzip 204
1. Verzögerte Übereignung 204
a) Aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung 205
b) Einschaltung eines Vorvertrags 206
2. Rückabwicklung zwischen den Parteien 206
3. Gutgläubiger Erwerb und weitere beteiligte Dritte 208
II. Kritik am Abstraktionsprinzip 211

C. Kombinationen 212

Zusammenfassung 214

A. Prinzipien 214

B. Eigentumserwerb vom Berechtigten 215

C. Folgen eines fehlerhaften Rechtsgeschäfts 218

D. Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten 219

E. Ersitzung 222

F. Doppelverkauf 223

G. Konsens über Tradition? 223

Anhänge 225

Literaturverzeichnis 315

Sachregister 333

Verzeichnis der Anhänge

Originaltexte und deutsche Übersetzungen

Anhang 1: Brasilianische Normtexte 225

A. Código Civil von 2002 225

B. Código Civil von 1916 246

C. Nebengesetze 247

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

Anhang 2: Portugiesische Normtexte 253

A. Código Civil von 1966 253

B. Código Civil von 1867 293

C. Nebengesetze 294

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

Anhang 3: Normtexte anderer Rechtsordnungen 306

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

Einführung

A. Fragestellung

Diese rechtsvergleichende Arbeit[1] befasst sich mit der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung an beweglichen und unbeweglichen Sachen[2] in Brasilien, Deutschland und Portugal. Sie stellt dafür die zugrunde liegenden Prinzipien der Tradition und des Konsenses, der Trennung und der Einheit sowie der Abstraktion und der Kausalität dar. Die Eigentumsübertragung gehört zu den Rechtsbereichen, die in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach wie vor sehr disparat geregelt sind; darüber hinaus fehlt rechtsvergleichend bisher die hinreichende Durchleuchtung. Es verwundert daher nicht, dass die Kommission der Europäischen Union das Rechtsgebiet der Eigentumsübertragung aus dem Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) aus dem Jahr 2011 ausgeklammert hat.[3] Die Bemühungen der EU zur Vereinheitlichung des Rechts konzentrieren sich immer noch auf das Schuldrecht. Zwar gibt es Kodifikationsvorschläge für Eigentumsübertragungsvorschriften an Mobilien im achten Buch des Draft Common Frame of Reference (DCFR)[4]; diese waren jedoch noch nicht hinreichend konsensfähig und haben daher keinen Eingang in das GEK gefunden. Für die weitere europäische Rechtsangleichung hat die Thematik angesichts des großen Volumens von Warentransfers dennoch eine wirtschaftlich

---

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

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

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

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

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

B. Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen

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

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

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

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

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

C. Stand der Forschung

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

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

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

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

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

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

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

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

[15] *Krimphove*, Das europäische SachenR, inbesondere Teil III, 4., S. 79 ff.

tem und ordnet es zutreffend dem „reinen Konsensprinzip“ zu.[16] Die generalisierte, im Schwerpunkt vor allem auf den französischen Code civil bezogene Darstellung weicht jedoch zum Teil erheblich von der Rechtslage in Portugal ab.[17] *Baur/Stürner* beschränken sich auf einen Vergleich des französischen, italienischen und spanischen Rechts für den romanischen Rechtskreis.[18] *Von Caemmerers* grundlegende und nach wie vor bedeutende Abhandlung aus dem Jahr 1938[19] gibt bereits einen tiefgehenden rechtsvergleichenden Überblick. Jedoch erläutert dieser die Situationen, durch die eine Annäherung zwischen den Prinzipien der Tradition, der Trennung und des Konsenses stattfinde, ebenso wie zwischen dem Kausalitäts- und dem Abstraktionsprinzip,[20] insbesondere anhand des französischen Rechts. Die Erläuterungen lassen sich nicht auf das portugiesische Recht übertragen, das eine Sonderstellung einnimmt.

Das brasilianische Sachenrecht ist in der deutschsprachigen Literatur insgesamt noch wenig aufgearbeitet; die portugiesische Abhandlung von *Ramos*[21] – in ihrer kurzen deutschen Fassung[22] – ist hier eine besonders hervorzuhebende Ausnahme, die zudem das hiesige Thema in Kürze anschaulich, aber nicht in allen Punkten zustimmungswürdig bespricht. Auch *Griese*[23]

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In rechtsvergleichenden wie auch nationalen Untersuchungen liegt der Schwerpunkt der Betrachtung oft bei Mobilien.[24] Gerade daher lohnt es sich, den Blick auf die Eigentumsübertragung von Immobilien zu lenken, die akademisch wie praktisch[25] ebenso interessant ist.

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

D. Gang der Untersuchung

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

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

---

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

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

B.VII., S. 112 ff.) sowie den mehrfachen Verkauf einer Sache (Kapitel 4, S. 184 ff.). Sie schließt mit einem wertenden Systemvergleich, der auf die Vor- und Nachteile der Systeme eingeht.

E. Themenbegrenzung

Unberücksichtigt bleiben die Übertragung von Wertpapieren und in Urkunden verbrieften Sachen. Kursorisch dargestellt werden die Einschaltung Dritter in eine Besitz- und Eigentumsübertragung sowie der bedingte Rechtserwerb.

Die Darstellung des deutschen Rechts wird angesichts der Fülle der zur Eigentumsübertragung[26] und zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip sowie zum Kausalitätsprinzip[27] existierenden Arbeiten mit der Bearbeitung der darzulegenden Prinzipien und der ausländischen Rechtsordnungen verknüpft.

[26] Beispielhaft aus der Lehrbuchliteratur zum Sachenrecht *Baur/Stürner*, SachenR, §§ 19, 22 f., 51 f.; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR, §§ 36–50; *Wilhelm*, SachenR, Rn. 805 ff.; s. zudem die Kommentarbeiträge zu den §§ 929 ff. BGB und zahlreiche Kurzbeiträge.

[27] Für alle aus der jüngeren Literatur *Habermeier*, Das Trennungsdenken, AcP 195 (1995), 283; *Harke*, Kausalprinzip, Abstraktion und gutgläubiger Erwerb, GPR 2012, 292; *Jauernig*, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, 721; *Maurer*, Die Prinzipien der Abstraktion, Kausalität und Trennung, 2003 (insbesondere zu Forderungen); *Petersen*, Das Abstraktionsprinzip, JURA 2004, 98; *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, Kap. 9, und die dortigen umfassenden Literaturangaben; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996; *Strack*, Hintergründe des Abstraktionsprinzips, JURA 2011, 5; *Wieling*, Das Abstraktionsprinzip für Europa!, ZEuP 2001, 301; kritisch zum Abstraktionsprinzip *Koziol*, AcP 212 (2012), 1, 16 ff.; s. auch den Literaturüberblick bei *Baur/Stürner*, SachenR, insbesondere § 23 Rn. 1 m. Fn. 1; §§ 51, 52 vor Rn. 1

Kapitel 1

Grundlagen

Für eine eingehende Betrachtung der Modelle einer Eigentumsübertragung im rechtsvergleichenden Kontext ist eine Darstellung der sie beherrschenden Prinzipien unentbehrlich. Dabei wird vorliegend dem Traditionsprinzip, dem „Schlüssel" zum Verständnis der Übereignungstatbestände,[1] und dem ihm entgegengesetzten Konsensprinzip besondere Bedeutung beigemessen. Die gesetzgeberische Entscheidung, ob zur Sachübereignung eine Übergabe erforderlich oder entbehrlich ist, ist für das gesamte Privatrechtssystem und für den Rechtsverkehr in der Praxis bedeutsam.[2] So wurde das Übergabeerfordernis vor Einführung des BGB nicht nur im Gesetzgebungsprozess, sondern auch zweimal auf dem Deutschen Juristentag (1878 und 1880) diskutiert.[3] Trotzdem werden Traditions-, Konsens-, Trennungs-, Einheits-, Kausalitäts- und Abstraktionsprinzip immer wieder miteinander vermischt.[4]

Für eine anschauliche Behandlung der praktischen Auswirkungen ist im Folgenden eine deutliche Abgrenzung der Prinzipien voneinander vorzunehmen.[5]

A. Konsensprinzip

I. Inhalt

1. Herrschende Definition: „reines Konsensprinzip" als Verbindung aus Einheits- und Konsensprinzip

Nach dem international wohl überwiegenden Verständnis[6] hat das Konsensprinzip (oder Konsensualprinzip[7]) zum Inhalt, dass zur Eigentumsübertragung

---

[1] Staudinger/*Wiegand*, Vor §§ 929–931 Rn. 20.

[2] *Kaspar*, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, S. 214, 216 f., 220.

[3] *Wacke*, Besitzkonstitut, S. 3 m. w. N.

[4] Ebenso *Jauernig*, JuS 1994, 721 m. w. N. in Fn. 2; *Ramos*, RT 815, 38, 39; vermischend z. B. *Müller-Bromley*, Portug. Zivilrecht I-2, S. 24, (Trennungs- und Abstraktionsprinzip); *Sagaert*, in: Faber/Lurger, S. 9, 30 (Traditions- und Trennungsprinzip).

[5] Ebenso *Jauernig*, JuS 1994, 721 m. w. N. in Fn. 2.

[6] *Baier*, ÖJZ 1973, 200, 200; *Bucher*, ZEuP 1998, 615, 615, 621; *Ferrari*, ZEuP 1993, 52, 60; *ders*., „Eigentumsübertragung", in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch I, S. 367, 368; *Honsell*, FS Wiegand, S. 349, 350 f.; *Ramos*, RT 815 (2003), 38, 63; *ders*.,

an einer Sache lediglich der Abschluss eines wirksamen schuldrechtlichen Vertrags (in der Regel eines Kaufvertrags) notwendig ist. Ein separates dingliches Rechtsgeschäft kennt es ebenso wenig wie eine Sachübergabe. Dieser auch als „reines Konsensprinzip" bezeichnete Grundsatz verbindet das Einheits- und Konsensprinzip[8] (s. die Definitionen unter 2. und D., S. 28 f.).

Die synonyme Verwendung der Bezeichnungen „Vertragsprinzip" und „Konsensprinzip"[9] hat sich zu Recht nicht durchgesetzt, denn insbesondere im Schuldrecht ist das Vertragsprinzip mit dem Inhalt belegt, dass – von den Rechtsgeschäften unter Lebenden – grundsätzlich nur Verträge Leistungspflichten begründen.[10] Außerdem ließe diese Bezeichnung im Zusammenhang mit der Sachübereignung eine klare Abgrenzung vom Einheitsprinzip[11] oder gar vom Trennungsprinzip[12] nicht zu.

2. Anzuwendende Definition

Die herrschende Definition ist für einen eingehenden Rechtsvergleich nicht ausreichend, da sie keine saubere Unterscheidung zwischen allen denkbaren Kombinationen und Erscheinungsformen der für die Übereignung relevanten Prinzipien ermöglicht. Zu unterscheiden ist sowohl zwischen dem Erfordernis eines oder zweier Rechtsgeschäfte (Einheits- oder Trennungsprinzip) und dem eines Realaktes bzw. seiner Entbehrlichkeit (Traditions- oder Konsensprinzip). Das Einheitsprinzip kann, wie insbesondere am brasilianischen Recht zu zeigen sein wird (Kapitel 2, B., S. 81 ff.), auch mit einem Übergabeerfordernis versehen werden;[13] ebenso kann ein separater (gegebenenfalls sogar abstrakter) dinglicher Vertrag ohne eine Übergabe auftreten.[14]

Viel mehr überzeugt daher, dass das Konsensprinzip nur zum Inhalt hat, dass neben das einzige (schuldrechtlich-dingliche) Rechtsgeschäft oder neben

---

DBJV-Mit. 2/2003, 8, 9; *Sagaert*, in: Faber/Lurger, S. 9, 14, 29; *Stadler*, Abstraktion, S. 31, 128; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 293.

[7] Z. B. *Jayme*, FS Mühl, S. 339 ff.

[8] *Stadler*, Abstraktion, S. 31, 128; *Baier*, ÖJZ 1973, 200, 200; kritisch *Kaspar*, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, S. 203, der in dem französisch/rumänischen Verständnis hierin zusätzlich das Kausalitätsprinzip verortet.

[9] *Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung, S. 92 m. Fn. 9.

[10] HKK/*Thier*, § 311 I Rn. 1; *Weller*, Die Vertragstreue, S. 59; *Zimmermann*, FS Heldrich, S. 467, 469 f. („Vertragserfordernis" oder „Vertragsdogma").

[11] In diesem Sinne verwenden den Begriff „Vertragsprinzip" z. B. *Krause*, AcP 145 (1939), 312, 313, und *Friedrich*, „Uebereignung", in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, S. 606, 607.

[12] In diesem Sinne noch verwendet in den Motiven III, S. 333.

[13] Dies sieht freilich auch *Stadler*, Abstraktion, S. 129, die dies allerdings als Verknüpfung des Konsensprinzips mit dem Übergabegrundsatz bezeichnet.

[14] Ebenso *Kaspar*, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, S. 204; vgl. *Stadler*, Abstraktion, S. 130.

das vom schuldrechtlichen zu unterscheidende dingliche Rechtsgeschäft *kein zusätzlicher Publizitätsakt* (Übergabe oder Eintragung) treten muss, damit ein dingliches Recht begründet oder übertragen wird.[15] Ist ein Eintragungserfordernis dennoch vorgesehen, hat es lediglich deklaratorische Wirkung.[16] Vom Konsensprinzip zu unterscheiden ist die Frage, ob die Übereignung ein selbstständiges dingliches Geschäft oder die Eigentumsübertragung Folge des schuldrechtlichen Vertrags ist (Trennungs- versus Einheitsprinzip)[17] und ob – unter Geltung des Trennungsprinzips – das dingliche Geschäft in seinem Bestand abhängig vom schuldrechtlichen Vertrag ist (Abstraktions- versus Kausalitätsprinzip).[18] Das Konsensprinzip ist somit das Gegenstück zum Traditionsprinzip, das für die Übereignung beweglicher Sachen eine Übergabe oder ein Surrogat als Publizitätsmittel erfordert, ebenso wie zum Eintragungsprinzip bei unbeweglichen Sachen.[19]

Ausführungen zum Konsensprinzip im portugiesischen Recht im Besonderen erfolgen unten in Kapitel 2, A., S. 49 ff.

II. Begriffsabgrenzungen

1. Konsensprinzip (im Allgemeinen Teil und Schuldrecht des BGB) / Konsensualverträge

Das Konsensprinzip im soeben dargelegten Sinne ist von dem als „Konsensprinzip im engeren Sinne“ oder „Konsensualismus“[20] bezeichneten Grundsatz zu unterscheiden. Dieser besagt, dass Verträge *allein* durch die Willensübereinstimmung der Parteien – den Konsens – zustande kommen (sogenannte Konsensualverträge).[21] In Portugal wird neben dem sachenrechtlichen Konsensprinzip gleichfalls mit demselben Begriff ausgedrückt, dass Verträge in der Regel formfrei zustande kommen, Art. 219 portCC.[22]

In einem weiteren Sinn hat das Konsensprinzip zum Inhalt, dass der Konsens – wenn auch nicht die einzige, doch die wesentliche – Voraussetzung für die Begründung eines Vertrags ist.[23] Das Konsensprinzip kommt im BGB

---

[15] *Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung, S. 92 m. Fn. 9; vgl. *Baur/Stürner*, SachenR, § 64 Rn. 8.

[16] *Ramos*, RT 815 (2003), 38, 63.

[17] Richtig *Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung, S. 92 m. Fn. 9 m. w. N.; ebenso *Baur/Stürner*, SachenR, § 64 Rn. 8.

[18] *von Caemmerer*, RabelsZ 12 (1938/1939), 675, 676; *Kaspar*, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, S. 5, 204.

[19] *von Caemmerer*, RabelsZ 12 (1938/1939), 675, 676.

[20] *Zimmermann*, Law of Obligations, Kap. 18, S. 576.

[21] *Weller*, Die Vertragstreue, S. 66, m. zahlr. N. in Fn. 59, Hervorh. im Original.

[22] *Jardim*, Consensualidade, S. 2 m. Fn. 4.

[23] *Weller*, Die Vertragstreue, S. 66; in diese Richtung auch *Kramer*, FS Canaris, S. 665 ff.

zwar nicht explizit, aber doch indirekt in den Vorschriften über den Dissens (§§ 154 f. BGB) zum Ausdruck.[24]

Den Konsensualverträgen stehen Realverträge gegenüber, welche nicht allein durch die Willensübereinstimmung der Parteien zustande kommen, sondern zu ihrer Wirksamkeit der Leistung einer Partei bedürfen, insbesondere in Form der Sachübergabe.[25] Im Römischen Recht waren Realkontrakte wie Darlehen, Leihe und Verwahrung erst ab der Hingabe der Sache klagbar.[26] In Portugal finden sich noch solche Realverträge, beispielsweise beim Darlehen,[27] bei der Verwahrung (Art. 1185 portCC) und bei der Pfandbestellung an Sachen (Art. 669 portCC). Im deutschen Recht ist diese Erscheinung noch ansatzweise im Schenkungsrecht zu finden, wo ein Schenkungsversprechen mangels Formeinhaltung nur bei Vollzug durch die Übergabe der Schenksache wirksam ist, §§ 516, 518 Abs. 2 BGB (sogenannte Handschenkung).[28] Kein Realvertrag mehr ist die Verwahrung nach § 688 BGB, da die in den §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB anerkannte Vertragsinhaltsfreiheit den Vertragsschluss auch ohne tatsächliche Hinterlegung ermöglicht.[29]

2. Formelles und materielles Konsensprinzip im Grundbuchrecht

Nicht zu verwechseln ist das materiellrechtliche Konsensprinzip bei der Eigentumsübertragung ferner mit dem grundbuchrechtlichen Konsensprinzip. § 19 GBO enthält das sogenannte formelle Konsensprinzip, nach dem eine Grundbucheintragung nur vorgenommen werden darf, wenn der Betroffene sie bewilligt.[30] Der Grundbuchbeamte prüft hiernach nur die (formelle grundbuchrechtliche) Einverständniserklärung des Betroffenen. Ob sich die Parteien materiellrechtlich wirksam geeinigt haben (materielles Konsensprinzip[31]), ist aufgrund ihrer hervorgehobenen wirtschaftlichen und persönlichen Bedeutung für die Parteien nach § 20 GBO ausnahmsweise bei der Grundstücks*übertragung* zu prüfen.

---

[24] HKK/*Hofer*, vor § 145 Rn. 9; HKK/*Oestmann*, §§ 145–156 Rn. 7; *Weller*, Die Vertragstreue, S. 69 f.; vgl. *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma, S. 23.

[25] BeckOK-BGB/*Gehrlein*/*Sutschet*, § 311 Rn. 8; MüKo/*Henssler*, § 688 Rn. 4; *Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung, S. 51; *Sagaert*, in: Faber/Lurger, S. 9, 16 f.

[26] *Wacke*, Besitzkonstitut, S. 28; ausführlich *Zimmermann*, Law of Obligations, Kap. 6, S. 153 ff., insbesondere S. 164 f. und Kap. 7, S. 188 ff., 205 ff.

[27] Ganz h. M., statt aller Supremo Tribunal de Justiça, Urt. v. 25.1.2011, Processo 4033/05.2TVLSB.L1.S1, Relator *Helder Roque*, Leitsatz 1, <www.dgsi.pt/jstj.nsf> (Stand: 10.1.2015).

[28] Vgl. *Wacke*, Besitzkonstitut, S. 87.

[29] Ganz h. M., statt aller MüKo/*Henssler*, § 688 Rn. 4 m. w. N.

[30] *Baur/Stürner*, SachenR, § 16 Rn. 20.

[31] Ebenda.

B. Traditionsprinzip

I. Inhalt

Unter der Geltung des Traditions- oder Übergabeprinzips wird das Eigentum an einer Sache nicht durch die bloße Vereinbarung der Parteien übertragen, sondern daneben ist der Realakt der Übergabe oder ein Übergabesurrogat zur Besitzverschaffung erforderlich.[32]

Savigny[33] und *Windscheid*[34] folgend wurde die „Tradition" im 19. Jahrhundert zunächst als Eigentumsübertragungs*vertrag* aufgefasst, der nur zusammen mit der Übergabe zustande kam; so auch im ersten Entwurf zum BGB.[35] *Süß*[36] verstand unter dem Traditionsprinzip „die dualistische Regel, daß jede Veränderung im Sachenrecht sich nicht nur […] durch den Willen der Parteien vollzieht, sondern durch Einigung und Übergabe". „*Animus* und Realakt" bildeten so ein Ganzes.[37] Unter dem Traditionsprinzip verbargen sich somit das Trennungsprinzip (wonach schuldrechtliches und dingliches Rechtsgeschäft zu unterscheiden sind) und das Traditionsprinzip im Sinne des heutigen Verständnisses eines Übergabeerfordernisses. Die Vermengung dieser beiden Prinzipien in der heutigen Literatur[38] erfolgt daher historisch nicht ohne Grundlage. Allerdings ist die Unterscheidung zwischen Trennungs- und

---

[32] *Baur/Stürner*, SachenR, § 51 Rn. 1; *Kullerkupp*, in: Faber/Lurger, S. 47, 51; *Sacco*, in: Bussani/Werro, S. 89, 101 f.; *Sagaert*, in: Faber/Lurger, S. 9, 29; *Wadle*, JZ 1974, 689, 694. Eine a. A. sieht die Übergabe durch Besitzübertragung nicht als Realakt, sondern als rechtsgeschäftsähnliche Handlung an, *Ernst*, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, S. 62 f.; MüKo/*Oechsler*, § 929 Rn. 59; die Übergabesurrogate sind dagegen weitere Rechtsgeschäfte neben der Einigung zur Eigentumsübertragung, s. u. II.4.b), c), S. 23 ff. Abzulehnen *Stintzing*, Übertragung beweglicher Sachen, S. 7, der die *Übereignung* beweglicher Sachen als Realakt bezeichnet.

[33] *von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band III, S. 312 f.

[34] *Windscheid*, Pandekten, § 171, S. 432 f.

[35] § 874 des ersten Entwurfs: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber unter Übergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragsschließenden enthält, dass das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll. [...]"; vgl. Motive III, S. 338: „Eigenthumstradition"; *Huber*, FS Canaris, S. 471, 497; *Kraut*, Vorlesungsnachschrift WS 1820/21, abgedruckt bei *Felgentraeger*, Savignys Übereignungslehre, S. 35 f.; übersichtlich zur Entwicklung der Einigung und Übergabe im Gesetzgebungsverfahren Staudinger/*Wiegand*, § 929 Rn. 74 ff.

[36] *Süß*, FS Wolff, S. 141, 141 f.

[37] *Süß*, FS Wolff, S. 141, 142, im weiteren Verlauf (S. 147) unterscheidet er doch zwischen dem Traditionssystem einerseits und der „Teilung von Kausalgeschäft und Eigentumsübertragung", mithin dem Trennungsprinzip, andererseits.

[38] So z. B. *Sagaert*, in: Faber/Lurger, S. 9, 30, der meint, Traditionssysteme unterschieden stets zwischen dem schuldrechtlichen und dem dinglichen Geschäft; *Stadler*, Abstraktion, S. 129.

Traditionsprinzip schon den Motiven zum BGB[39] zu entnehmen. Da das Erfordernis eines selbstständigen Rechtsgeschäfts bezüglich der Verfügung bereits durch das Trennungsprinzip ausgedrückt wird, sollte der Ausdruck „Traditionsprinzip" auf das Erfordernis der Übergabe (bzw. des Übergabeersatzes) beschränkt werden.[40]

Die Bezeichnung des Erfordernisses einer zweiten – dinglichen – Einigung und einer Übergabe bzw. einer Bucheintragung als „Einigungsprinzip"[41] ist missverständlich, da sie an das gegensätzliche Konsensprinzip erinnert; sie ist außerdem zu ungenau, da sie sowohl das Trennungs- als auch das Traditions- bzw. Eintragungsprinzip beinhaltet.

Zum Traditionsprinzip im deutschen Recht sogleich unter II., zum brasilianischen Recht s. u. Kapitel 2, B., S. 81 ff.

II. Deutsches Recht

Das Traditionsprinzip ist – ebenso wie das Trennungsprinzip – im deutschen Recht in § 929 S. 1 BGB[42] zu finden: Erforderlich ist ein reales Moment – die Übergabe der Sache vom Eigentümer an den Erwerber (Traditionsprinzip) – neben einem rechtsgeschäftlichen Moment – dem dinglichen Vertrag (Trennungsprinzip).[43] Der Publizitätsakt der Übergabe ist als Voraussetzung für die Übereignung konstitutiv und nicht lediglich für eine Wirkung gegenüber Dritten relevant.[44] Dem Besitz kommt in dieser Form eine (Eigentums-)Übertragungswirkung zu.[45]

1. Funktionen der Übergabe

Der Besitz ist nach allgemeiner Auffassung „das sichtbare Kennzeichen dinglicher Rechte an beweglichen Sachen".[46] Anders als im Schuldrecht, das nur relativ zwischen den Parteien wirkende Rechte zum Gegenstand hat, ist dem Sachenrecht eigen, dass dingliche Rechte eine Wirksamkeit gegenüber der Allgemeinheit beanspruchen.[47] Um diese rechtfertigen zu können, müssen zumindest die Eigentumserwerbsvorgänge offenkundig sein – daher ist die

---

[39] Motive III, S. 333 f.

[40] Ebenso *Joost*, FS Zöllner, S. 1161, 1165.

[41] *Krause*, AcP 145 (1939), 312.

[42] Daneben auch – und strikter durchgehalten als bei der Sachübereignung – in § 1205 Abs. 1 S. 1 und § 1032 S. 1 BGB für die Pfandrechts- bzw. Nießbrauchsbestellung.

[43] *Baur/Stürner*, SachenR, § 51 Rn. 1.

[44] *Baur/Stürner*, SachenR, § 5 Rn. 42.

[45] *Baur/Stürner*, SachenR, § 4 Rn. 10; *Süß*, FS Wolff, S. 141, 164 f.

[46] *Bauer*, FS Bosch, S. 1.

[47] *Holler*, Besitzveränderung, S. 30 f. m. w. N.; *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 576; *Süß*, FS Wolff, S. 141, 144; *Wacke*, Besitzkonstitut, S. 28 f.