



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die soziale Funktion des Vertrages im brasilianischen
Código Civil
Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur richterlichen
Vertragsanpassung“**

Dissertation vorgelegt von Vivianne Ferreira Mese

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

1. Die soziale Funktion des Vertrages ist in Art. 421 des brasilianischen Zivilgesetzbuches von 2002 (*Código Civil – CC/2002*) normiert. Diese Vorschrift besagt, dass die Vertragsfreiheit aufgrund und innerhalb der sozialen Funktion des Vertrages auszuüben ist.

2. In der Dissertation wird die soziale Funktion des Vertrages aus einer rechtsvergleichenden Perspektive untersucht. Für die Ergebnisse dieser Untersuchung ist vor allem die Kontrollfunktion der Rechtsvergleichung von grundlegender Bedeutung, da sie den Blick über die Grenzen der brasilianischen Dogmatik hinaus ermöglicht. Die rechtsvergleichende Arbeit trägt zudem dazu bei, dass kulturelle Aspekte des brasilianischen Rechts deutlich werden. Auch die postmoderne Rechtsvergleichung wird daher in den Blick genommen.

3. Die soziale Funktion des Vertrages erschien zum ersten Mal im Entwurf des CC/2002, der im Jahr 1975 (d. h., während der Militärdiktatur) vorgelegt und im Jahr 2002 verabschiedet wurde. Der aktuelle Art. 421 CC/2002 wurde während des fast 30-jährigen Gesetzgebungsverfahrens weder geändert noch diskutiert. Sein Verfasser, Miguel Reale, Professor für Rechtsphilosophie an der Universität São Paulo, hat sich zur sozialen Funktion des Vertrages erst nach dem Inkrafttreten des CC/2002 geäußert, und zwar in Reaktion auf die Kritik an Art. 421 CC/2002. Die historischen Wurzeln der sozialen Funktion des Vertrages sind daher unklar. Die Norm hat keine Parallele in anderen Rechtssystemen; sie basiert aber wahrscheinlich auf Bettis Lehre von der sozial-wirtschaftlichen Funktion des Vertrages, die ebenfalls in einem autoritären Kontext entstanden ist – dem italienischen Faschismus.

4. Was besagt die brasilianische Lehre zu der sozialen Funktion des Vertrages? Im Wesentlichen werden zwei unterschiedliche Wirkungen der sozialen Funktion des Vertrages diskutiert: Eine Wirkung innerhalb der Vertragsgrenzen (Solidarität zwischen den Vertragsparteien) und eine Wirkung außerhalb der Vertragsgrenzen (Schutz der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit). Es wird jedoch auch eine Kombination beider Ansätze vertreten. Die brasilianische Lehre erschöpft sich allerdings in allgemeinen Sätzen über Vertragsgerechtigkeit, Schutz öffentlicher Interessen und Beseitigung der sozialen Ungleichheit, ohne eine echte Dogmatik der sozialen Funktion des Vertrages zu entwickeln. Oft wird nicht einmal die Rechtsfolge des Art. 421 CC/2002 diskutiert.

5. Die Rechtsprechung des *Superior Tribunal de Justiça* (STJ), das für die einheitliche Auslegung des Bundesrechts zuständig und dadurch die oberste Instanz in Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Finanzverfahren ist, hatte sich in verschiedenen Fällen mit der Anwendung des Art. 421 CC/2002 zu befassen. Die Entscheidungen des STJ, die sich mit der sozialen Funktion des Vertrages inhaltlich beschäftigen, lassen sich in die folgenden Kategorien einteilen: Vorfragen hinsichtlich der Rückwirkung von Art. 421 CC/2002 und seiner prozessualen Natur; die soziale Funktion des Vertrages und der Vorrang öffentlicher Interessen; die soziale Funktion des Vertrages und der Schutz von Interessen Dritter; die soziale Funktion des Vertrages und ihre Anwendung zulasten Dritter; Vertragsanpassung; Schadenersatz wegen Verstoßes gegen die soziale Funktion des Vertrages; Inhaltskontrolle aufgrund der sozialen Funktion des Vertrages; und die soziale Funktion des Vertrages als Maßstab für die Gesetzesauslegung.

6. Unter diesen Gruppen ist jedoch eine hervorzuheben, der die meisten Entscheidungen zugeordnet werden können und auf die sich höchstwahrscheinlich die Rechtsprechung des STJ konzentrieren wird: die Vertragsanpassung aufgrund der sozialen Funktion des Vertrages (*revisão judicial de contratos*). In dieser Fallgruppe ist die soziale Funktion des Vertrages mehr als eine bloße Argumentationsfigur. Sie ist vielmehr ein Instrument für die Korrektur einer Äquivalenzstörung nach Gerechtigkeitserwägungen. Diese Korrektur basiert aber oft auf subjektiven Gerechtigkeitseinstellungen, ohne Aspekte wie die Risikoverteilung ausreichend zu berücksichtigen.

7. Die brasilianische Lehre bietet der Rechtsprechung keinen Orientierungspunkt für die Anwendung und Konkretisierung des Art. 421 CC/2002. Die Rechtsprechung des STJ greift daher auch auf allgemeine Erwägungen, etwa zur Einwirkung von verfassungsrechtlichen Prinzipien (wie z. B. Menschenwürde, Solidarität, Gleichheit etc.) auf das Vertragsrecht zurück, ohne diese Argumente zu entwickeln. Bei der Vertragsanpassung konzentriert sich das STJ auf die Korrektur von Äquivalenzstörungen, die etwa als Folge von sozialer oder wirtschaftlicher Unterlegenheit als ungerecht und deswegen korrekturbedürftig gesehen werden. Es besteht die Gefahr, dass Art. 421 CC/2002 praktisch unbegrenzt Eingriffe in den Vertrag ermöglicht.

8. In diesem Zusammenhang ist die Kontrollfunktion der Rechtsvergleichung von Bedeutung: Es ist erforderlich, über die Grenzen der brasilianischen Lehre und Rechtsprechung hinauszusehen, vor allem um das brasilianische Recht kritisch analysieren zu können.

9. Als mit Art. 421 CC/2002 vergleichbare Vorschrift aus dem deutschen Recht wurde § 313 BGB („Störung der Geschäftsgrundlage“) gewählt. Maßgeblich hierfür war die wichtigste Rechtsfolge der sozialen Funktion des Vertrages nach der Rechtsprechung des STJ: die Vertragsanpassung, die auch die wichtigste Rechtsfolge des § 313 BGB ist.

10. Gegenstand des Rechtsvergleichs ist nicht der eigentliche Inhalt von Art. 421 CC/2002 und § 313 BGB, sondern die Durchführung der Vertragsanpassung durch den STJ und den BGH unter Berufung auf die jeweilige Norm. Nach einer Darstellung des historischen Hintergrunds der Störung der Geschäftsgrundlage werden bezüglich der Vertragsanpassung anhand des § 313 BGB drei Fragen gestellt: (1.) Da Art. 421 CC/2002 vom STJ in Fällen angewandt wird, in denen eigentlich andere Normen anwendbar wären, wird analysiert, ob § 313 BGB in der Rechtsprechung des BGH auch angewandt wird, falls eine seiner Voraussetzungen (z. B. die Unvorhersehbarkeit) nicht vorliegt. (2.) Darüber hinaus wird gefragt, ob § 313 BGB subsidiär in Fällen angewandt wird, in denen es eigentlich um Sonderfälle der Störung der Geschäftsgrundlage geht, deren Tatbestand allerdings nicht erfüllt ist (weil er im Vergleich zu § 313 BGB strenger formuliert ist und seine Voraussetzungen deswegen schwerer erfüllt werden können). Beide Fragen sind zu bejahen. Wie der STJ bei der Anwendung von Art. 421 CC/2002 greift der BGH auch dann auf den flexiblen, offenen Tatbestand des § 313 BGB und seine Rechtsfolge zurück, wenn er grundsätzlich nicht anwendbar wäre.

11. Es wird weiterhin untersucht (3.), an welchen Kriterien der BGH sich orientiert, um einen Vertrag nach § 313 BGB anzupassen. Diese Maßstäbe können in zwei Gruppen geteilt werden. Auf einer Seite werden Verträge nach Gerechtigkeitsvorstellungen (Zumutbarkeit und Interessenabwägung im Einzelfall) angepasst; auf der anderen Seite wendet der BGH bei der Vertragsanpassung auch objektive Maßstäbe an (Risikoverteilung, vertragstypische Bedingungen, gesetzliche Maßstäbe, Äquivalenzstörung).

12. In der Rechtsprechung beider Gerichte spielt die Billigkeit bei der Vertragsanpassung eine große Rolle, aber in unterschiedlichen Graden. Anders als bei der Vertragsanpassung anhand von Art. 421 CC/2002 wird bei der Vertragsanpassung aufgrund von § 313 BGB mehr als nur die Äquivalenzstörung berücksichtigt. Der BGH betrachtet auch andere Elemente wie etwa den Parteienwillen; es liegt ein Streben nach Objektivierung vor. Dies zeigt sich in der Berücksichtigung objektiver Maßstäbe durch den BGH.

13. Durch den Vergleich treten einige Unterschiede zwischen dem brasilianischen und dem deutschen Recht zutage. Diese Besonderheiten des brasilianischen Rechts bilden seine kulturelle Dimension und konnten nur mit Hilfe der Rechtsvergleichung aufgezeigt werden. Die Rechtsvergleichung ermöglicht einen Perspektivenwechsel, der anders nicht möglich gewesen wäre. Sie befreit uns von einer unbewussten Betrachtungsweise, die wir von Beginn der juristischen Ausbildung an haben und nach der kulturelle Aspekte unserer Rechtsordnung selbstverständlich sind. Sie sind es aber nicht.

14. Die Besonderheiten des brasilianischen Rechts, die seine kulturelle Dimension darstellen und erst durch den Rechtsvergleich deutlich geworden sind, bestehen in Flexibilität, Privatautonomiefeindlichkeit, der überwiegenden Rolle des Verbraucherrechts im brasilianischen Privatrecht und der so genannten Konstitutionalisierung des Zivilrechts. Diese kulturellen Besonderheiten werden am Beispiel einer Entscheidung des STJ (*AgRg no REsp 1.272.995/RS*)¹ veranschaulicht.

15. In diesem Fall ging es um einen *contrato de crédito educativo*, einen Kreditvertrag zum Bildungszweck. Ein solcher Vertrag hat die Finanzierung des Studiums an einer privaten Universität zum Gegenstand. Vertragsparteien sind einerseits der Staat, andererseits ein Student, der finanziell nicht in der Lage ist, die Studiengebühren selbst zu tragen.

16. Der Kredit muss erst ein Jahr nach dem Abschluss des Studiums zurückbezahlt werden. In dem konkreten Fall wurde für den Fall der Nichtrückzahlung eine Vertragsstrafe in Höhe von 10% vereinbart. Der STJ hat entschieden, dass die Vertragsstrafe in dieser Höhe unverhältnismäßig war. Die Vertragsstrafe wurde auf 2% reduziert, wie in Art. 52 § 2 des Gesetzbuches für Verbraucherschutz (*Código de Defesa do Consumidor* – CDC) vorgeschrieben ist.

¹ *AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial)* ist das Rechtsmittel gegen eine Entscheidung, die einen *Recurso Especial* nicht zugelassen hat (Art. 1.072 der brasilianischen Zivilprozessordnung [*Código de Processo Civil* – CPC]). *Recurso Especial* ist das Rechtsmittel, das vor dem STJ eingelegt werden kann, um eine einheitliche Auslegung des Bundesrechts zu gewährleisten (Art. 105 III der Verfassung [*Constituição Federal* – CF], Art. 1.029 ff. CPC).

17. Der CDC konnte indes nicht unmittelbar angewandt werden, weil der STJ mehrmals entschieden hatte, dass ein *contrato de crédito educativo* kein verbraucherrechtliches Verhältnis darstelle; es liege ein staatliches Programm zur Ausbildungsförderung vor, kein Kreditvertrag. Die Nichtanwendbarkeit des CDC auf den vorliegenden Fall gab der STJ mit Verweis auf seine eigene Rechtsprechung zu. Trotzdem nahm er bei der Reduktion der Vertragsstrafe ausdrücklich auf den nicht anwendbaren CDC Bezug, in dem durch die Anwendung von Art. 421 CC/2002 eine Anpassung im Licht des CDC durchgeführt wurde.

18. Wie rechtfertigt der STJ seine Entscheidung, die Vertragsstrafe auf die im CDC festgesetzte Grenze von 2% zu reduzieren? In der Argumentation des STJ werden die vier oben erwähnten kulturellen Aspekte des brasilianischen Rechts sichtbar. Im Hintergrund steht der soziale Zweck des Vertrages (Bildung), was im Laufe der gesamten Entscheidung hervorgehoben wird, sowie das Scheitern des brasilianischen Staates, der nicht in der Lage ist, soziale Ungleichheit zu bekämpfen (im konkreten Fall: die Unfähigkeit des Staates, genügend Studienplätze an öffentlichen, gebührenfreien Universitäten anzubieten; er ermöglicht daher den Zugang zu Studienplätzen, indem er die Finanzierung der höheren Studiengebühren an privaten Universitäten unterstützt). Die Judikative fühlt sich deswegen verpflichtet, soziale Gerechtigkeit zu schaffen.

19. Das brasilianische Recht ist durch eine umfassende Flexibilität geprägt, insbesondere bei der Gesetzesauslegung und -anwendung, die oft methodologische Rahmen bewusst ignorieren. Aus diesem Grund stellt die Anwendung einer nicht anwendbaren Norm für den STJ kein besonderes Problem dar. Der STJ erkennt einerseits, dass der CDC auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. Andererseits beruft er sich gerade auf den CDC und seine 2%-Grenze für Vertragsstrafen, um den konkreten Vertrag anzupassen. Es wird also eine Norm zumindest mittelbar angewandt, die nach Aussage des Gerichtes selbst unanwendbar ist. Dieser Rückgriff auf den CDC wird noch merkwürdiger, wenn man berücksichtigt, dass der CC/2002 eine Norm enthält (Art. 413 CC/2002), nach welcher der Richter die Vertragsstrafe nach Billigkeit reduzieren darf, wenn sie offensichtlich exzessiv ist. Die Regel aus dem CC/2002 wird schlechthin ignoriert, und das aufgrund der methodologischen Flexibilität der brasilianischen Gerichte.

20. Das brasilianische Recht ist auch durch eine gewisse Privatautonomiefeindlichkeit charakterisiert. In seiner Entscheidung polarisiert das Gericht das Vertragsverhältnis: Vertragsparteien seien auf einer Seite ein Schwächerer (*vulnerável*) und auf der anderen Seite der Staat in Form einer staatlichen Bank. Die Verletzlichkeit (*vulnerabilidade*) des Studenten wird vorausgesetzt; aufgrund dieser Verletzlichkeit sieht sich das Gericht dazu ermächtigt, in das Vertragsverhältnis einzugreifen und diese schwächere Vertragspartei vor der „bösen“ mächtigeren Vertragspartei zu schützen. Dieser Eingriff wird im Namen der Gerechtigkeit vollzogen; was solche Anpassungen wirtschaftlich bewirken können (z. B. eine Erhöhung der Zinsen für derartige Kredite), wird nicht diskutiert.

21. Die Privatautonomiefeindlichkeit zeigt sich auch in dem Argument des STJ, die in Art. 421 CC/2002 verankerte soziale Funktion des Vertrages sei zusammen mit dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 422 CC/2002) die Säule des modernen Vertragsrechts. Das moderne

Vertragsrecht wird stets als Gegensatz zu dem Vertragsrecht des CC/1916 (*Código Civil* von 1916) genannt, das– ob zu Recht oder zu Unrecht – für exzessiv individualistisch und liberal gehalten wird.

22. Eine dritte Eigenart des brasilianischen Rechts ist die beherrschende Rolle, die das Verbraucherrecht im Privatrecht einnimmt. Anstelle der Norm des CC/2002 zur Anpassung von Vertragsstrafen wendet der STJ lieber mittelbar den CDC an, ohne dass es für die Lösung des Falles einen Vorteil gibt, denn der Richter darf nach Art. 413 CC/2002 den Vertrag nach Billigkeit anpassen. Das erklärt sich daraus, dass der CDC als eine moderne, gerechtere Kodifikation als den CC/2002 gesehen wird, die von Lehre und Rechtsprechung als Paradigma für ein solidarisches Recht verstanden wird. Aus diesen Gründen bezieht sich der STJ in der Entscheidung auf die Verletzlichkeit des Schuldners (die Verletzlichkeit des Verbrauchers ist Grundlage des Verbraucherschutzes nach Art. 4 I CDC) und auf das im CDC gewährleistete Prinzip des Gleichgewichts im Vertragsverhältnis. Das CDC sei zwar nicht anwendbar; er projiziere sein Licht (so das vom STJ gewählte Sprachbild) aber auf die Auslegung des Vertrages. Diese indirekte Anwendung des CDC wird anhand der sozialen Funktion des Vertrages begründet, die wie der CDC auch einem „menschlicheren“ Verständnis des Vertrages entspreche. Obwohl der Rückgriff auf den CDC nicht nötig war, erklärt er sich aus der überwiegenden Rolle des Verbraucherrechts in Brasilien.

23. Die letzte Besonderheit des brasilianischen Rechts, die am Beispiel dieser Entscheidung verdeutlicht werden kann, ist die so genannte Konstitutionalisierung des Zivilrechts. Das Verfassungsrecht wird immer wieder bei der Auslegung und Anwendung des Zivilrechts herangezogen, auch weil die Verfassung, die nach der Militärdiktatur, also im Rahmen der Redemokratisierung Brasiliens, im Jahr 1988 verabschiedet wurde, wie der CDC als gerechteres, solidarisches, moderneres Recht von Lehre und Rechtsprechung gesehen wird. Deswegen wird bei der Auslegung des CC/2002 wie auch von Rechtsgeschäften auf Grundrechte und verfassungsrechtliche Prinzipien Bezug genommen; eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten wird vorausgesetzt.

24. Der STJ erklärt in der erwähnten Entscheidung, die soziale Funktion des Vertrages nach Art. 421 CC/2002 folge aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Menschenwürde. Weil Art. 421 CC/2002 seine Grundlage in der Menschenwürde habe, bestimme er die gesamte Rechtsordnung. Dieser Rückgriff auf die Menschenwürde ist allerdings bloße Rhetorik; der STJ klärt nicht auf, in welcher Hinsicht die Menschenwürde durch Art. 421 CC/2002 konkretisiert oder geschützt werden soll. Diese Argumentation dient nur der Legitimation der Entscheidung, namentlich der Anwendung eines nicht anwendbaren Gesetzes.

25. Aber: Das Recht kann zwar soziale Ungleichheit bekämpfen, aber nicht in der Dimension wie es in Brasilien erwartet wird. Billigkeitsjurisprudenz führt zu Ungerechtigkeit, in letzter Instanz zulasten der Ärmere. Der Schutz von Verletzlichen *a priori* führt zu Entmündigung und auch zu einer Rechtskultur, in der sich die Vertragsparteien an den Vertrag nicht gebunden fühlen. In dieser Doktorarbeit wird für eine Rückkehr zur Zivilrechtsdogmatik plädiert, hinsichtlich des Vertrages für eine Rückkehr zur Vertragsauslegung. Es gibt kein Privatrecht ohne Privatautonomie.