

Vivianne Ferreira Mese

Die soziale Funktion des Vertrages im brasilianischen Código Civil

A Função Social do Contrato no Código Civil Brasileiro

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur richterlichen
Vertragsanpassung – Um Estudo de Direito Comparado sobre a
Revisão Judicial de Contratos



Nomos

Schriften zum Portugiesischen und Lusophonen Recht

Herausgegeben von

Dr. Stephanie Müller-Bromley,
Institut für deutsch-portugiesische Rechtsbeziehungen
Instituto Jurídico Luso-Alemão

Band 9

Vivianne Ferreira Mese

Die soziale Funktion des Vertrages im brasilianischen Código Civil

A Função Social do Contrato no Código Civil Brasileiro

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur richterlichen
Vertragsanpassung – Um Estudo de Direito Comparado
sobre a Revisão Judicial de Contratos



Nomos

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

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3654-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-7941-1 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meinen Sohn und meine Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2016 an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg verteidigt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Juni 2016 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Thomas Pfeiffer danke ich für die Betreuung nicht nur während meiner Promotion, sondern auch davor und danach: für seine Unterstützung bei der Vorbereitung des Promotionsstudiums schon in Brasilien und bei der Fortsetzung meiner akademischen Karriere nach dem Abschluss der Promotion.

Ein ganz besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Christian Baldus, meinem akademischen Lehrer. Prof. Baldus hat nicht nur das Zweitgutachten rasch erstellt und viele wertvolle Anregungen gegeben. Vor allem hat er mir die Türen der Rechtsgeschichte und der methodenbewussten dogmatischen Arbeit eröffnet. Als seine wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft, wo ich von April 2010 bis Februar 2017 beschäftigt war, habe ich die Möglichkeit gehabt, mich mit rechtsgeschichtlichen und dogmatischen Fragen in einer freundlichen und motivierenden Atmosphäre zu beschäftigen. Seine fachliche und persönliche Unterstützung waren für mich von großer Bedeutung, und dafür bin ich ihm sehr dankbar.

Herrn Prof. Dr. Christoph Kern möchte ich für seine Leitung als Vorsitzender des Prüfungsausschusses sowie für die vielen hilfreichen Anregungen und Vorschläge danken.

Herzlich möchte ich mich bei dem Deutschen Akademischen Austauschdienst für die finanzielle Unterstützung meiner Promotion bedanken. Frau Maria Salgado gilt ein ganz besonderer Dank für die stets sehr freundliche Betreuung und ihr großes Maß an Hilfsbereitschaft.

Besonders danken möchte ich zudem allen Professoren, die eine wichtige Rolle für meinen akademischen Werdegang gespielt haben und mir oft eine Quelle der Inspiration waren, insbesondere Prof. Dr. Paulo Borba Casella, Prof. Dr. Daisy Gogliano, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, Prof. Dr. Claudia Lima Marques, Prof. Dr. Leonardo Martins und Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter-Christian Müller-Graff.

Für den fachlichen und persönlichen Austausch möchte ich mich bei den vielen Freunden bedanken, die ich während meiner Promotion in Hei-

delberg gefunden habe: im Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht Nilüfer Atilgan-von Dungen, Adriani Dori, Dr. Giorgos Frangou und Dr. Hannes Wais; im Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft Dr. Benjamin Herzog, Dr. Susanne Lösch, Dr. Thomas Raff, Dr. Sebastian Stepan, Johanna Stremnitzer; den (teils ehemaligen) brasilianischen Doktoranden in Heidelberg Pedro Adamy, Dr. Renato Beneduzi, Dr. Fabiana Godinho McArthur und Rafael Longhi. Ein besonderer Dank gilt Frau Dr. Lena Kunz (IGR), mit der ich nicht nur das Interesse an Zivilrechtsdogmatik und deren kritischer Betrachtung teile: Wir stehen beide gleichermaßen vor der Herausforderung, zugleich Mutter und Wissenschaftlerin zu sein.

Frau Ingrid Lesch und Frau Karla Rupp-Alene (IPR) danke ich für die stets sehr nette Betreuung und für die Unterstützung bei allen Angelegenheiten, welche die Verwaltung und Bibliothek betreffen. Ein herzlicher Dank gilt auch Frau Manuela Keller und den Hiwis vom IGR, deren Hilfe sehr zur Fertigstellung dieser Arbeit beigetragen hat.

Frau Magda Keller und Frau Rita Kocadereli möchte ich für die Korrektur des Manuskripts herzlich danken.

Frau Dr. Stephanie Müller-Bromley danke ich herzlich für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Schließlich möchte ich meiner Familie herzlich danken. Meine Eltern Joaquim und Fatima und meine Schwester Cristiane haben mich während meiner Promotion immer liebevoll und in einer nicht selbstverständlichen Weise unterstützt und gefördert. Meinem Mann Ahmet danke ich für seinen Rückhalt und sein Vertrauen in mich. Es waren vor allem die liebevolle und geduldige Motivation und Unterstützung meiner Familie, die es mir selbst in den schwierigsten Momenten ermöglicht haben, mich auf meine Promotion zu konzentrieren. Meinem Sohn Artur (*luz da minha vida*) gilt ein besonderer Dank: Da er nach der Abgabe der Dissertation geboren wurde, musste er in der letzten Phase der Promotion oft auf Zeit mit mir verzichten, ohne die Gründe dafür richtig verstehen zu können. Ihm und meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

São Paulo, April 2017

Vivianne Ferreira Mese

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Zitierweise von brasilianischen Gesetzen und online verfügbare brasilianische Gesetze	15
Kapitel 1: Einleitung	17
A. Thema und Aufgabe: Die soziale Funktion des Vertrages	17
B. Methodologische Fragen	21
I. Rechtfertigung der Rechtsvergleichung	21
II. Funktionale Rechtsvergleichung und kulturelle Dimension des Rechts	22
Kapitel 2: Die soziale Funktion des Vertrages im brasilianischen Recht	30
A. Das brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002 und sein historischer Hintergrund	30
B. Die soziale Funktion von Rechtsinstituten des Privatrechts im brasilianischen Recht	32
I. Die soziale Funktion des Eigentums	32
II. Die soziale Funktion der Gesellschaft	36
C. Die soziale Funktion des Vertrages im brasilianischen Zivilgesetzbuch	37
D. Die soziale Funktion des Vertrages nach der heutigen brasilianischen Lehre	37
I. Die soziale Funktion des Vertrages laut Miguel Reale	38
II. Die soziale Funktion des Vertrages als seine „causa“	40
1. Bettis Lehre von der wirtschaftlich-sozialen Funktion des Vertrages	43
2. Der historische Hintergrund von Bettis Lehre von der wirtschaftlich-sozialen Funktion des Vertrages	46
3. Eine Rezeption der causa-Lehre durch Art. 421 CC/2002?	49

III. Die soziale Funktion als Gebot der „Solidarität“ zwischen den Vertragsparteien	55
IV. Die soziale Funktion des Vertrages und die Einbeziehung von Interessen Dritter oder der Allgemeinheit in das vertragliche Verhältnis	57
E. Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten	65
F. Die soziale Funktion des Vertrages in der Rechtsprechung des STJ	69
I. Vorfragen bezüglich der Anwendung von Art. 421 CC/2002	72
II. Die soziale Funktion des Vertrages und der Schutz von öffentlichen Interessen	76
III. Die soziale Funktion des Vertrages und der Schutz von Interessen Dritter	77
IV. Die soziale Funktion des Vertrages und ihre Anwendung zulasten Dritter	79
V. Vertragsanpassung durch die soziale Funktion des Vertrages	80
VI. Schadenersatz wegen Verstoßes gegen die soziale Funktion des Vertrages, Treu und Glauben sowie die <i>responsabilidade pós-contratual</i>	88
VII. Inhaltskontrolle aufgrund der sozialen Funktion des Vertrages	89
VIII. Die soziale Funktion des Vertrages als Maßstab für die Gesetzesauslegung	92
IX. Zwischenergebnis	97
G. Die Vertragsanpassung im brasilianischen Zivilrecht	98
I. Die <i>resolução por onerosidade excessiva</i> (Art. 478 ff. CC/2002)	98
II. Die Vertragsanpassung von verbraucherrechtlichen Verträgen nach Art. 6 V CDC	103
Kapitel 3: Die richterliche Vertragsanpassung im deutschen Recht: Die Störung der Geschäftsgrundlage	107
A. Funktionale Rechtsvergleichung: Die Funktion des Art. 421 CC/2002 im brasilianischen Zivilrecht	107

B. Korrigierende Eingriffe in die Privatautonomie im deutschen Recht mit Vertragsanpassung als Rechtsfolge	109
C. Gegenstand der Rechtsvergleichung: Die Störung der Geschäftsgrundlage	112
D. Der historische Hintergrund von § 313 BGB	115
I. Die clausula rebus sic stantibus	116
II. Die Voraussetzungslehre von Windscheid	127
III. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor, während und nach dem Ersten Weltkrieg sowie die Lehre Oertmanns zur Geschäftsgrundlage	129
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	129
2. Oertmanns Lehre von der Geschäftsgrundlage	133
IV. Die Lehre von Larenz von der Geschäftsgrundlage	135
V. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001	136
E. Bedeutung der Störung der Geschäftsgrundlage für die Rechtsanwendung	137
I. Das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung als Geschäftsgrundlage	137
II. Korrigierender Rückgriff auf die Störung der Geschäftsgrundlage trotz Anwendbarkeit anderer Normen bzw. vertraglicher Klauseln	140
1. Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 313 BGB zu „Sonderfällen“	140
2. Vorrang der privatautonomen Anpassungsklausel	148
F. Die Vertragsanpassung: Maßstäbe für die korrigierende Abänderung des Vertrages	151
I. Die Vertragsanpassung nach Gerechtigkeitsvorstellungen: Zumutbarkeit und Interessenabwägung als Maßstäbe für die Inhaltsbestimmung der Vertragsanpassung	152
1. Zumutbarkeit	152
2. Interessenabwägung	155
II. Objektive Maßstäbe: Risikoverteilung, vertragstypische Bedingungen, gesetzliche Maßstäbe und Äquivalenzstörung	157
1. Die Risikoverteilung	158
2. Der Bezug auf vertragstypische Bedingungen bei der Vertragsanpassung	160

3. Gesetzliche Maßstäbe als Orientierungspunkte für die Anpassung	161
4. Die Äquivalenzstörung	163
G. Vertragsanpassungsarten	164
I. Korrigierende Vertragsanpassung durch die Gewährleistung eines Ausgleichsanspruchs: Eine Entscheidung für die Billigkeit	164
II. Korrektur einer Äquivalenzstörung durch Gewährung eines Ausgleichsanspruchs i. V. m. der Vertragsauflösung	169
III. Vertragsanpassung durch die Korrektur der Äquivalenzstörung	170
Kapitel 4: Ergebnisse	174
A. Die richterliche Vertragsanpassung aus einem rechtsvergleichenden Blick	174
B. Die kulturelle Dimension des brasilianischen Rechts	182
I. Flexibilität	182
II. Privatautonomiefeindlichkeit	184
III. Die überwiegende Rolle des Verbraucherrechts im brasilianischen Privatrecht	187
IV. Die so genannte „Konstitutionalisierung“ des Zivilrechts	191
C. Ein Plädoyer für die Vertragsauslegung	198
Zusammenfassung in portugiesischer Sprache	201
Literaturverzeichnis	205
Stichwortverzeichnis	217

Abkürzungsverzeichnis

Ag	<i>Agravo</i> : Rechtsmittel gegen eine Entscheidung oder Anordnung, das von einer oberen Instanz aufgehoben werden kann und den Prozess daher nicht endgültig entscheidet.
AgRg	<i>Agravo Regimental</i> : Rechtsmittel gegen eine Entscheidung, die einen <i>Recurso Especial</i> nicht zugelassen hat (Art. 522 ff. CPC/1973; Art. 1.042 CPC/2015).
Art.	Artikel (der Verfassung, des CC oder eines anderen Gesetzes)
CC	<i>Código Civil</i> (Zivilgesetzbuch): CC/2002 (ZGB von 2002) und CC/1916 (ZGB von 1916)
CDC	<i>Código de Defesa do Consumidor</i> (Gesetzbuch für Verbraucherschutz – <i>Lei</i> 8.078/90)
CF	Constituição Federal de 1988 (Verfassung)
CPC	<i>Código de Processo Civil</i> (Zivilprozessordnung): CPC/1973 (ZPO von 1973) und CPC/2015 (ZPO von 2015)
ED	<i>Embargos de divergência</i> : Rechtsmittel, das jemandem zur Verfügung steht, wenn die Entscheidung eines Senats des STJ von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Plenums abweicht (Art. 496, 546 CPC/1973; Art. 1.043 CPC/2015).
EDcl	<i>Embargos de declaração</i> : Rechtsmittel, das eingelegt werden kann, wenn das Urteil unklar oder widersprüchlich ist oder wenn das Gericht sich geweigert hat, zu einer bestimmten Rechtsfrage Stellung zu beziehen, obwohl dies in seine Zuständigkeit gefallen wäre (Art. 535 ff. CPC/1973; Art. 1.022 CPC/2015).
REsp	<i>Recurso Especial</i> : Rechtsmittel, das vor dem STJ gegen eine Entscheidung des <i>Tribunal Federal</i> oder <i>Tribunal de Justiça</i> eingelegt werden kann, mit der Folge, dass das jeweilige Urteil aufgehoben werden kann und die einheitliche Auslegung des Bundesrechts gewährleistet werden kann (Art. 105 III CF; Art. 541 ff. CPC/1973; Art. 1.029 ff. CPC/2015).
STF	<i>Supremo Tribunal Federal</i> : Neben anderen Zuständigkeiten ist das STF für die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verwaltungsakten zuständig.
STJ	<i>Superior Tribunal de Justiça</i> : Das STJ ist u. a. für die einheitliche Auslegung des Bundesrechts zuständig und dadurch die oberste Instanz in Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Finanzverfahren (vgl. Art. 105 CF).

TJ *Tribunal de Justiça*: Die *Tribunais de Justiça* sind die zweite Instanz in Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Finanzverfahren (Art. 125 CF); die erste Instanz wird von den *juizes estaduais* (Amtsrichter) gebildet. Die Zuständigkeit der TJ ist von jener der *Justiça Federal* (erster und zweiter Instanz) zu unterscheiden, die für alle Verfahren zuständig ist, in denen der Bund Kläger, Beklagter, Haupt- oder Nebenintervenient ist (Art. 108 f. CF). Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist auch eine besondere Gerichtsbarkeit und wird von der *Justiça do Traba-lho* (Arbeitsgericht erster und zweiter Instanz) ausgeübt (Art. 114 CF).

Zitierweise von brasilianischen Gesetzen und online verfügbare brasilianische Gesetze

Zitierweise von brasilianischen Gesetzen

Sowohl die *Constituição Federal* von 1988 als auch die brasilianischen Gesetze sind in Artikel (*artigos*) gegliedert. Die Artikel können in *parágrafos* (Absätze) und/oder in *incisos* (Ziffern) unterteilt werden; im letztgenannten Fall wird der erste, „ungegliederte“ Teil des Artikels *caput* genannt. Im brasilianischen Verfassungs- und Gesetzestext werden die *parágrafos* mit dem Symbol „§“ bezeichnet, während die *incisos* mit römischen Zahlen nummeriert werden. *Parágrafos* erklären, ergänzen oder ändern die Bedeutung des Artikels und können auch in *incisos* unterteilt werden. Falls ein Artikel nur einen *Parágrafo* hat, heißt dieser *Parágrafo Único*, in dieser Arbeit als „einzelner Paragraph“ übersetzt. Die *incisos* sollen grundsätzlich die Hypothesen oder Voraussetzung der Normsubsumtion auflisten. Sie können in *alíneas* (Buchstaben) gegliedert werden. Artikel werden folgendermaßen zitiert: z. B. Art. 5 XXXII oder Art. 5 § 2 CF.¹

Gesetze werden im brasilianischen Recht normalerweise mit ihrer Nummer gekennzeichnet; sie können in bestimmten Fällen einen Namen erhalten. *Lei* (Gesetz) 10.406/2002 beispielsweise ist der *Código Civil*, das Zivilgesetzbuch. Die letzte Zahl bezieht sich auf das Jahr, in dem das Gesetz verabschiedet wurde (in dem Fall 2002).

Die wichtigsten online verfügbaren Gesetzestexte

- a) *Constituição Federal*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

1 Zu der Erstellung von Gesetzen einschließlich ihrer Redaktion vgl. *Lei Complementar* 95/98 (ergänzendes Gesetz; die Verfassung schreibt ausdrücklich vor, welche Materien durch ein *Lei Complementar* geregelt werden müssen, und bestimmt für die entsprechende Gesetzgebung eine qualifizierte Mehrheit).

- b) Entwurf des CC/2002: http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=13/6/1975&txpagina=0&altura=700&largura=800&txSuplemento=2
- c) *Código Civil* von 2002: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm
- d) *Código Civil* von 1916: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm
- e) *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42)*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm
- f) *Código de Processo Civil* von 1973: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm
- g) *Código de Processo Civil* von 2015: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
- h) *Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

Kapitel 1: Einleitung

A. Thema und Aufgabe: Die soziale Funktion des Vertrages

Isolierung und Abstraktion² sind u. a. zwei Grundlagen der modernen kontinentalen Rechtssysteme, die zur römisch-rechtlichen Tradition gehören. Unter Isolierung wird die „Scheidekunst“³ verstanden, welche die juristische Tätigkeit bezeichnet: Die ganze Realität in jedem ihrer Elemente und Erscheinungen sei kein Gegenstand des Rechts, sondern das Recht betrachte nur die Elemente und Erscheinungen, die juristisch relevant seien und deswegen juristisch *anerkannt* würden. Die Isolierung des Rechts und die Abstraktion haben eine Trennung zwischen Recht und (sozialer) Realität zur Folge.⁴

Selbstverständlich gibt es jedoch keine absolute Trennung zwischen Recht und Realität: Die Realität informiert das Recht und gibt ihm Inhalt, da das Recht nur gegenüber und aufgrund der Realität existiert. Deswegen nimmt das Recht trotz seiner Isolierung und Abstraktion sozial geprägte Begriffe wie beispielsweise die guten Sitten oder den guten Glauben in Anspruch.

Dieser Dialog zwischen Recht und (sozialer) Realität findet in den verschiedenen Rechtsordnungen auch in verschiedenem Ausmaß statt. So wird er in der brasilianischen mit besonderer Intensität geführt, da das Recht nicht nur die Realität regeln muss, sondern auch in Bezug auf deren Probleme und Konflikte eine aktive Rolle spielen soll – zumindest wird das vom Recht erwartet. Das Recht wird als Instrument für die Korrektur der sozialen Realität verstanden und hat als letztes Ziel die Schaffung *sozialer* Gerechtigkeit.⁵ Dass das Recht in Brasilien eine solche Aufgabe

2 Zu Isolierung und Abstraktion im römischen Recht vgl. *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts, S. 13-44.

3 *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts, S. 13.

4 Zu der „Ablösung“ des römischen Rechts von nichtjuristischen Normen vgl. *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts, S. 16 ff.; zur Abstraktion vgl. S. 27 ff.

5 Die brasilianische Verfassung (*Constituição Federal* – CF) von 1988 schreibt vor, dass grundlegender Zweck der Bundesrepublik Brasilien der Aufbau einer freien, gerechten und solidarischen Gesellschaft ist (Art. 3 I CF). Das Einführungsgesetz zu den Normen des brasilianischen Rechts besagt, dass der Richter bei der Anwen-

wahrnimmt, ist angesichts der großen sozialen Probleme des Landes nicht schwer zu verstehen. Die Reduzierung der juristischen Isolierung im brasilianischen Recht trägt schließlich zu dessen Legitimation sowie zu dessen Akzeptanz bei. Der Rechtsanwender fühlt sich dazu berufen, aktiv in die Wirklichkeit einzugreifen, wenn der Eingriff die soziale Gerechtigkeit als Ziel und Rechtfertigung hat.

Vor der jüngeren Kodifikation, dem Zivilgesetzbuch (*Código Civil*) von 2002, waren im brasilianischen Recht mitunter Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute zu finden, die offensichtlich die Aufgabe erfüllen sollten, die soziale Wirklichkeit zu ändern. Als Beispiele können die soziale Funktion des Eigentums⁶, der Verbraucherschutz⁷ und die zivilrechtlichen Kompetenzen der Staatsanwaltschaft z. B. im Bereich des Umweltrechts⁸ und des Verbraucherrechts⁸ genannt werden.

Beim neuen *Código Civil* wurde dieses Streben nach der Erfüllung dieser Aufgabe des Rechts gegenüber der Gesellschaft nicht vernachlässigt. Der Rechtsphilosoph Miguel Reale, der Vorsitzende der Kommission für den Entwurf eines neuen Zivilgesetzbuches war, hat als Leitlinien des *Código Civil* von 2002 die folgenden drei Prinzipien etabliert: *eticidade*, *sociabilidade* und *operabilidade*.⁹ Diese drei Leitlinien sollen trotz ihrer Vagheit das ganze zivilrechtliche System prägen und finden insbesondere in Rechtsinstituten wie der sozialen Funktion des Vertrages, die Thema dieser Dissertation ist, ihren Ausdruck.

dung des Gesetzes dessen soziale Zwecke und die Erfordernisse des Gemeinwohls beachten muss (Art. 5 des *Decreto-Lei* Nr. 4.657/1942).

6 Art. 5 XXIII CF. Art. 5 enthält den Grundrechtskatalog der CF.

7 Art. 5 XXXII CF. Art. 5 XXXII CF schreibt vor, dass der Staat den Verbraucherschutz fördern muss. Darüber hinaus war sogar die Ausarbeitung eines Gesetzbuches für Verbraucherschutz innerhalb einer bestimmten Frist (innerhalb von 120 Tagen) nach dem Erlass der Verfassung angeordnet worden (Art. 48 des *Ato das Disposições Constitucionais Provisórias* – Akt für die vorläufigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen).

8 Art. 129 III CF. Der *Ministério Público* ist beispielsweise im Rahmen des Verbraucher- und Umweltschutzes zuständig.

9 Reale, *História do novo Código Civil*, S. 35-40. Eine Übersetzung der drei Prinzipien ist nicht leicht: Unter *eticidade* versteht man, dass der CC ethisch, sittlich geprägt ist. Mit *sociabilidade* ist die soziale Natur des CC gemeint: eine Kodifikation, die sich zuerst an der Gesellschaft als Ganzem und nicht nur am Individuum orientiert. Mit *operabilidade* wird die Leistungsfähigkeit des CC bezeichnet.

Die soziale Funktion des Vertrages ist in Art. 421 des *Código Civil* von 2002 verankert, der lautet:

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Die Vertragsfreiheit ist aufgrund und innerhalb der Schranken der sozialen Funktion des Vertrages auszuüben; dies ist die wörtliche Übersetzung der Norm. *Eticidade* und *sociabilidade* des Vertragsrechts stehen bei Art. 421 CC/2002 im Vordergrund. Jedoch muss Art. 421 CC/2002 im Einklang mit dem dritten Grundprinzip des CC/2002 auch funktionsfähig (*operável*) sein. Das bedeutet, dass er für die Rechtsanwender nützlich sein muss; durch ihn muss dem Rechtsanwender ein Instrument geboten werden, das systemkonform anwendbar ist.

Die Nützlichkeit und die Funktionsfähigkeit einer Vorschrift wie Art. 421 CC/2002 stehen jedoch vor einer Herausforderung, die die offene Formulierung der Vorschrift mit sich bringt: Ihr Inhalt ist so unbestimmt, dass sie gleichzeitig alles und nichts bedeuten kann. Sie beschwört einerseits die Gefahr herauf, dass nahezu jeder Sachverhalt unter sie subsumiert wird, andererseits droht sie zur bloßen, wirkungslosen Rhetorik zu werden.

Gegenstand dieser Doktorarbeit ist eine dogmatische Untersuchung der sozialen Funktion des Vertrages. Mögliche rechtssoziologische oder philosophische Aspekte einer (sozialen) Funktion des Vertrages werden nicht berücksichtigt. Durch diese Untersuchung werden die folgenden Fragen beantwortet:

- In welchem historischen und juristischen Zusammenhang ist Art. 421 CC/2002 entstanden?
- Welche Bedeutung (d. h. welchen Inhalt und welche Rechtsfolge) hat die soziale Funktion des Vertrages nach der brasilianischen zivilrechtlichen Dogmatik?
- Wie wird Art. 421 CC/2002 tatsächlich angewandt? Wie konkretisiert die Rechtsprechung Art. 421 CC/2002? In welchen Fällen wird er typischerweise angewandt? Ist diese Anwendung immer adäquat und auch in systematischer Hinsicht konsistent? Oder rekurren die brasilianische Gerichte teilweise vorschnell auf Art. 421 CC/2002? Was ist die typische Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die soziale Funktion des Vertrages?

- Gibt es im deutschen Recht ein Rechtsinstitut, dem die gleiche Funktion zukommt, die Art. 421 CC/2002 in der Rechtsprechung zugeschrieben wird?
- Wenn ja: Wie wird dieses Rechtsinstitut in der deutschen Rechtsprechung angewandt? Welche Parallelen und welche Unterschiede liegen in dieser Hinsicht zwischen beiden Rechtsordnungen vor?

Um zu zeigen, vor welchem historischen Hintergrund Art. 421 CC/2002 entstanden ist, ist eine einführende Darstellung der geschichtlichen Hintergründe der gesamten Kodifikation von 2002 unentbehrlich (vgl. 2. A). Anschließend wird dargestellt, dass das brasilianische Privatrecht schon vor dem CC/2002 die soziale Funktion von anderen Rechtsinstituten kannte (vgl. 2. B). Die soziale Funktion des Vertrages im geltenden Recht (vgl. 2. C) und ihre Bedeutung nach der brasilianischen Lehre (vgl. 2. D) werden im Folgenden erörtert. Um eine klare Definition des Inhalts und der Bedeutung von Art. 421 CC/2002 zu geben, wird eine Abgrenzung zwischen der sozialen Funktion des Vertrages und anderen Rechtsinstituten vorgenommen (vgl. 2. E). Nach dieser Abgrenzung wird die Rechtsprechung des *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) zur sozialen Funktion des Vertrages analysiert (vgl. 2. F); Ziel dieser Untersuchung ist es, die Auslegung, die Konkretisierung sowie die Anwendung des Art. 421 CC/2002 in der Rechtsprechung klarzustellen. Obwohl die Rechtsprechung bestimmte in der Lehre vertretene Formeln wiederholt, spiegelt sie nicht die Lehre wider, sondern weist Art. 421 CC/2002 insbesondere die Aufgabe zu, wirksame Verträge inhaltlich anzupassen und damit zu korrigieren. Schließlich ist es angesichts dieser Feststellung erforderlich, zwei Mechanismen zur Vertragsanpassung des brasilianischen Privatrechts zu behandeln (vgl. 2. G), um deren Anwendungsbereich von dem der sozialen Funktion des Vertrages abzugrenzen.

Nach dieser Analyse der sozialen Funktion des Vertrages im brasilianischen Recht, insbesondere in der Rechtsprechung des STJ, wird eine funktionale Rechtsvergleichung folgen. Es wird im deutschen Recht nach einem Rechtsinstitut gesucht, das den gleichen Zweck erfüllt wie die Funktion der sozialen Funktion des Vertrages in der brasilianischen Rechtsprechung (vgl. 3. A und B). Dieses Rechtsinstitut ist die Störung der Geschäftsgrundlage, die in § 313 BGB vorgeschrieben wird (vgl. 3. C). Nach einer kurzen Vorstellung des historischen Hintergrundes der Störung der Geschäftsgrundlage (vgl. 3. D), wird gezeigt, welche Rolle die Störung der Geschäftsgrundlage für die Rechtsanwendung spielt (vgl. 3. E). Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH wird anschließend die

Vertragsanpassung im Falle einer Störung der Geschäftsgrundlage behandelt. Gefragt wird nach den Maßstäben, auf die sich die Rechtsprechung für die korrigierende Vertragsanpassung stützt (vgl. 3. F), sowie nach den Methoden, mittels derer Verträge nach der Rechtsprechung angepasst werden (vgl. 3. G). Die Ergebnisse dieser rechtsvergleichenden Untersuchung werden abschließend dargestellt (vgl. 4).

B. Methodologische Fragen

I. Rechtfertigung der Rechtsvergleichung

Art. 421 CC/2002 stellt eine Generalklausel dar, die ein die Privatautonomie beschränkendes Element postuliert: die soziale Funktion des Vertrages. Im Gegensatz zur sozialen Funktion des Eigentums, für deren Konkretisierung die Verfassung sowie das Zivilgesetzbuch konkrete Maßstäbe bestimmen¹⁰, schweigt der Gesetzgeber, was die Bedeutung der sozialen Funktion des Vertrages angeht. Es besteht deswegen die Gefahr, dass diese Norm von Richtern benutzt wird, um nahezu unbeschränkt in den Vertrag einzugreifen. Wenn Art. 421 CC/2002 angesichts bloßer Gerechtigkeitsabwägungen ausgelegt wird, ist es möglich und wahrscheinlich, dass ähnliche Fälle unterschiedlich entschieden werden, was die Gleichheit stark beeinträchtigt. Auch die Freiheit der Parteien, nämlich die Privatautonomie, muss gewährleistet werden: Der Richter darf den Willen der Vertragsparteien nicht durch seinen eigenen Willen ersetzen.

Die Leistungsfähigkeit des klassischen Auslegungskanons ist für die Auslegung einer vagen Norm wie Art. 421 CC/2002 fraglich.¹¹ Der Wortlaut der Norm trägt nicht zu deren Konkretisierung bei, da er extrem lückenhaft ist. Die historische und die teleologische Auslegung führen, wie unten zu erklären ist, zu einem Ergebnis, das den Kern des Privatrechts – die Privatautonomie – und damit die gesamte Rechtsordnung gefährdet.¹² Hilfreich kann deswegen die Kontrollfunktion der Rechtsvergleichung ge-

10 Vgl. unten 2. B. I.

11 *Reinhart*, Rechtsvergleichung und Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts, S. 602.

12 Vgl. unten 2. D.

genüber den anderen Auslegungsmethoden sein.¹³ Durch die Rechtsvergleichung wird es möglich, die vom nationalen Recht gegebenen Lösungen zu überprüfen.¹⁴

Die Kontrollfunktion der Rechtsvergleichung ermöglicht vor allem einen Perspektivenwechsel im Bezug auf die eigene Rechtsordnung: Die rechtsvergleichende Untersuchung ermöglicht es, eine kritische Distanz zu der eigenen Rechtsordnung zu gewinnen.¹⁵ Sie bringt Aspekte ans Licht, die vom Anfang des juristischen Studiums an verinnerlicht werden, die allerdings nicht selbstverständlich und deswegen nicht in jeder Rechtsordnung zu finden sind. Sind solche Aspekte einem Juristen einmal bewusst geworden, kann er darüber kritisch nachdenken und sie in seinen Analysen berücksichtigen.¹⁶

II. Funktionale Rechtsvergleichung und kulturelle Dimension des Rechts

Der erste methodologische Ansatz dieser Arbeit ist die funktionale Rechtsvergleichung.¹⁷ Die funktionale Rechtsvergleichung fördert die Suche nach dem Gleichen; die von ihr etablierte Vermutung der Ähnlichkeit der verglichenen Rechtsordnungen ist Gegenstand von Kritiken geworden, aufgrund derer diese Methode sogar in Gänze abgelehnt wird.¹⁸ Die funk-

13 Zu der Leistungsfähigkeit der Rechtsdogmatik und der Rechtsvergleichung vgl. *Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, S. 209 ff.

14 *Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, S. 17, 19; *Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, S. 209. Vgl. dazu auch *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, S. 7; *Sandrock*, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, S. 30 ff.; *Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, S. 916. Reinhart kritisiert die Anknüpfung der Rechtsvergleichung an eine bloße Kontrollfunktion: *Reinhart*, Rechtsvergleichung und Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts, S. 614. Die Kontrollfunktion der Rechtsvergleichung schließt aber ihre Aufgabe im Auslegungskanon nicht aus.

15 *Basedow*, Hundert Jahre Rechtsvergleichung. Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung, S. 270; (zu vergleichenden Studien im Allgemeinen, aber insbesondere zum rechtsgeschichtlichen Vergleich vgl. *Duve*, Global Legal History – A Methodological Approach, S. 4).

16 *Duve*, Global Legal History – A Methodological Approach, S. 9.

17 Dazu vor allem *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, S. 33 ff.

18 Zu den Kritiken der funktionalen Rechtsvergleichung vgl. *Michaels*, Functional method, S. 340 ff.; *Basedow*, Hundert Jahre Rechtsvergleichung. Von wissen-