

Dienstleistungsverträge im brasilianischen Recht

JAN PETER SCHMIDT

I. Dienstleistungsverträge im Zivilgesetzbuch von 2002.....	181
II. Dienstleistungsverträge im Verbraucherschutzrecht	184
1. Anwendungsbereich des Verbraucherschutzgesetzes	184
2. Der Begriff der Dienstleistung	185
3. Die Haftung für Mangelfolgeschäden	187
4. Die vertragliche Gewährleistung bei fehlerhaften Dienstleistungen	189
5. Besonderheiten des brasilianischen Verbrauchermarktes	191
III. Fazit.....	191

I. Dienstleistungsverträge im Zivilgesetzbuch von 2002

Brasilien hat sich im Jahr 2002 ein neues Zivilgesetzbuch gegeben (Código Civil).¹ Moderne Tendenzen im Recht der Dienstleistungsverträge² haben darin aber keinen Niederschlag gefunden. Die Unterscheidung der verschiedenen Vertragstypen verläuft vielmehr in traditionellen Bahnen und ist deutlich von der Systematik des *ius commune* und insbesondere der deutschen Pandektistik geprägt.³ Der Werkvertrag (*empreitada*, Art. 610 ff. Código Civil) hat wie im BGB eine selbständige Regelung neben dem Dienstvertrag (*prestação de serviço*, Art. 593 ff. Código Civil) erfahren, und beide werden wie im deutschen Recht danach unterschieden, ob nur

¹ Gesetz Nr. 10.406 vom 10.1.2002, in Kraft getreten am 12.1.2003. Gesetzestext im Internet abrufbar unter <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Französische Übersetzung: *Société de Législation Comparée*, Code civil brésilien (Paris, 2009).

² Der Begriff des Dienstleistungsvertrages wird hier und im Folgenden in einem weiten Sinne verstanden, d.h. er umfasst alle Verträge, in denen eine Partei sich gegenüber der anderen zur Vornahme bestimmter Handlungen gegen Entgelt verpflichtet. Keine Dienstleistungsverträge sind danach also insbesondere Verträge zur Übereignung oder Überlassung einer Sache.

³ Siehe dazu den Beitrag von *F. Ranieri* in diesem Band (S. 2 ff., 15 ff.).

die Vornahme bestimmter Handlungen oder ein Erfolg geschuldet ist.⁴ Das Zivilgesetzbuch von 2002 knüpft in diesem Punkt nahtlos an das erste brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916⁵ an, in dem der Einfluss des *ius commune* sogar noch deutlicher zum Ausdruck gekommen war: Sachmiete, Dienstvertrag und Werkvertrag⁶ waren unter dem gemeinsamen Dach der *locação* vereint,⁷ der Dienstvertrag hieß noch „Dienstmiete“ (*locação de serviços*).⁸ Im neuen Zivilgesetzbuch steht die Sachmiete nun klar von den anderen beiden Vertragstypen getrennt, und die *Dienstmiete* ist in *Dienstleistung* umbenannt worden.⁹ Grundlegende inhaltliche Änderungen waren mit diesen Formalreformen aber nicht verbunden.

Die Vorschriften über den Dienstvertrag erfassen auch Arbeitsverträge, doch haben diese seit den 1940er Jahren eine derart umfangreiche sondergesetzliche Regelung erfahren,¹⁰ dass das Zivilgesetzbuch in diesem Be-

⁴ N. Andrighi/S. Beneti/V. Andrighi, in: S. de Figueiredo Teixeira (Hg.), *Comentários ao novo Código Civil*, Bd. IX (Rio de Janeiro, 2008), 232 f.; G. Tepedino/ H. Barboza/ M.C. Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, Bd. II (Rio de Janeiro, 2006), Art. 610 (343 f.). Während die Systematik der Dienstleistungsverträge also eng den europäischen Vorbildern folgt, finden sich in einzelnen Regelungen durchaus originelle Lösungen, die versuchen, der sozialen Wirklichkeit Brasiliens gerecht zu werden. Hierzu zählt etwa Art. 595 Código Civil (entspricht Art. 1217 Código Civil/1916), der regelt, wie ein schriftlicher Dienstvertrag mit einem Analphabeten geschlossen werden kann, oder Art. 609 Código Civil/2002 (Art. 1236 Código Civil/1916), der anordnet, dass der Verkauf des landwirtschaftlichen Grundstücks, auf dem eine Dienstleistung erbracht wird, nicht zur Beendigung des Dienstverhältnisses führt. Beachtung verdient ferner Art. 608 Código Civil/2002 (Art. 1235 Código Civil/1916), der die Abwerbung von Dienstkräften und damit einen Fall der Verleitung zum Vertragsbruch regelt (die im deutschen Recht über § 826 BGB gelöst wird; siehe G. Wagner, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [Bd. V, 5. Aufl., 2009], § 826, Rn. 53 ff.).

⁵ Gesetz Nr. 3.071 vom 1.1.1916, in Kraft getreten am 1.1.1917, im Folgenden Código Civil/1916. Deutsche Übersetzung bei K. Heinsheimer (Hg.), *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, Bd. III: Brasilien, Código Civil (1928).

⁶ Die eigenständige Regelung des Werkvertrages (im Unterschied etwa zum französischen Code civil) ging unmittelbar auf den Einfluss des deutschen Rechts zurück, siehe Clovis Bevilacqua, den Verfasser des Zivilgesetzbuches von 1916: C. Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (Historische Ausgabe, Rio de Janeiro, 1958), Bd. IV, Art. 1237.

⁷ Art. 1188 ff. Código Civil/1916.

⁸ Art. 1216 ff. Código Civil/1916.

⁹ Zustimmung T. Ancona Lopez, in: A. Junqueira de Azevedo (Hg.), *Comentários ao Código Civil*, Bd. VII (São Paulo, 2003), Art. 592 (189), die den Begriff der „Dienstmiete“ für unvereinbar mit der Menschenwürde hält; ähnlich C.M. da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Bd. III (11. Aufl., bearbeitet von R. Fichtner, Rio de Janeiro, 2004), 376.

¹⁰ Diese ist zusammengefasst in der Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Gesetzesdekret Nr. 5.452 v. 1.5.1943, seitdem vielfach reformiert.

reich praktisch keine Rolle mehr spielt.¹¹ In weitgehendem Maße verdrängt werden die Regelungen über Dienstverträge und Werkverträge daneben auch von den Vorschriften des Verbraucherschutzgesetzes.¹²

Klassischen Mustern folgt das neue Zivilgesetzbuch nicht nur bei den allgemeinen Kategorien des Dienst- und des Werkvertrages, sondern auch bei den gesondert geregelten Typen von Dienstleistungen. Hier finden wir den Verwahrungsvertrag (Art. 627 ff. Código Civil), den Auftrag (Art. 653 ff. Código Civil)¹³, die Kommission (Art. 693 ff. Código Civil), den Maklervertrag (Art. 722 ff. Código Civil), den Handelsvertretervertrag (Art. 710 ff. Código Civil)¹⁴, den Transportvertrag (Art. 730 ff. Código Civil) und den Versicherungsvertrag (Art. 757 ff. Código Civil). Erkennen lässt sich hieran, dass das neue Zivilgesetzbuch in Anlehnung an den italienischen Codice civile (1942) das Modell eines *Code unique*¹⁵ verwirklicht hat, es regelt also in weitgehendem Umfang auch das Handels- bzw. Unternehmensrecht.¹⁶

Stellt man die Frage, warum der brasilianische Gesetzgeber, der sich im Allgemeinen sehr stark von europäischen Vorbildern hat leiten lassen, sich in keiner Weise neueren Tendenzen im Recht der Dienstleistungsverträge geöffnet hat,¹⁷ ist die Antwort einfach: Das neue Gesetzbuch wurde bereits

¹¹ Comentários ao Código Civil/*Ancona Lopez* (oben Fn. 9), Art. 592 (191); *Tepedino/Barboza/Bodin de Moraes* (oben Fn. 4), Art. 593. Die Subsidiarität der Regelungen des Código Civil/2002 gegenüber arbeitsrechtlichen oder anderen Spezialgesetzen wird in Art. 593 Código Civil/2002 sogar ausdrücklich erklärt.

¹² Dazu unten, II.

¹³ Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang, dass das Auftragsrecht auch die gewillkürte Stellvertretung regelt. Die gesetzliche Stellvertretung wird dagegen abstrakt im Allgemeinen Teil des Código Civil/2002 behandelt (Art. 115–120 Código Civil/2002). Diese Synthese aus deutschen und französischen Vorbildern erscheint unglücklich, näher *J.P. Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), 370 f.

¹⁴ Der Handelsvertretervertrag ist freilich nach wie vor auch spezialgesetzlich geregelt, ohne dass eine Klärung erfolgte, wie sich die verschiedenen Rechtsquellen zueinander verhalten, näher *Schmidt* (oben Fn. 13), 197, Fn. 245.

¹⁵ Dazu *J.P. Schmidt*, Code unique, in: J. Basedow/K. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, Bd. I (2009), 263 ff.

¹⁶ Das brasilianische Handelsgesetzbuch von 1850 wurde durch den Código Civil/2002 deshalb weitgehend außer Kraft gesetzt. Weiterhin sondergesetzlich geregelt sind hingegen Leasing- und Franchisingverträge sowie bestimmte Formen von Vertragshändlerverträgen: näher *Schmidt* (oben Fn. 13), 163 ff., 197 f.

¹⁷ Selbst das portugiesische Zivilgesetzbuch von 1966, das einen vergleichsweise modernen Ansatz enthält, indem es von einem sehr weiten Begriff der Dienstleistung ausgeht, der auch den Werkvertrag umfasst (Art. 1154 Código civil, näher *C. Wendehorst*, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 (2006), 205, 224), wurde offenbar nicht berücksichtigt, und dies obwohl der wissenschaftliche Austausch zwischen beiden Ländern aufgrund der gemeinsamen historischen Wurzeln im Allgemeinen sehr rege ist. Zur Diskussion um das Bestehen

zu Beginn der 1970er Jahre entworfen und während des 27 Jahre dauernden Gesetzgebungsverfahrens nur notdürftig aktualisiert.¹⁸ Internationale Rechtsentwicklungen der 1980er und 90er Jahre sind deshalb am neuen Zivilgesetzbuch weitgehend spurlos vorbeigegangen.¹⁹

II. Dienstleistungsverträge im Verbraucherschutzrecht

Wie im brasilianischen Vertragsrecht überhaupt, spielt ein Großteil der „Musik“ im Recht der Dienstleistungsverträge heutzutage nicht im Zivilgesetzbuch, sondern im Verbraucherschutzgesetz aus dem Jahr 1990²⁰ (*Código de Defesa do Consumidor*²¹). Dieses wurde durch das neue Zivilgesetzbuch nicht angetastet und geht ihm als *lex specialis* grundsätzlich vor. Das Verbraucherschutzgesetz basiert in weiten Teilen auf dem französischen Entwurf für einen *Code de la Consommation* aus dem Jahr 1985, der in Frankreich selbst nie zur Verabschiedung gelangt ist.²²

1. Anwendungsbereich des Verbraucherschutzgesetzes

Der Anwendungsbereich des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes ist sehr weit. Er erfasst grundsätzlich alle Arten von Verträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern und sieht für jedes Vertragsstadium jedenfalls punktuelle Regelungen vor. Eine wichtige Besonderheit besteht darin, dass die Gerichte in vielen Konstellationen auch gewerblich handelnden Personen den Verbraucherstatus zuerkennen. Die Ursache liegt in der unpräzisen Verbraucherdefinition: Nach Art. 2 *caput*²³ *Código de Defesa*

einer „lusitanischen Rechtsfamilie“ C.F. Nordmeier, Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht (2008), 16 ff.

¹⁸ Eingehend zur verschlungenen Entstehungsgeschichte des Zivilgesetzbuches von 2002 Schmidt (oben Fn. 13), 57 ff.

¹⁹ Dies gilt nicht nur für das Recht der Dienstleistungsverträge, sondern für das gesamte Schuldrecht: s. Schmidt (oben Fn. 13), 105 ff.

²⁰ Gesetz Nr. 8.078 vom 11.9.1990, deutsche Übersetzung: *Deutsch-Brasilianische Industrie- und Handelskammer São Paulo* (Hg.) (São Paulo, 1991).

²¹ So die gängige Bezeichnung im brasilianischen Schrifttum, obgleich das Gesetz weder formell als „Código“ bezeichnet ist noch materiell die Anforderungen an eine echte Kodifikation erfüllt: näher Schmidt (oben Fn. 13), 231 f., 234 ff.

²² Zu diesem Entwurf C. Witz/G. Wolter, Das neue französische Verbrauchergesetzbuch, ZEuP 1995, 35, 36 f.; zu anderen Vorbildern und der Struktur des *Código de Defesa do Consumidor* Schmidt (oben Fn. 13), 234 ff.

²³ Mit *caput* wird der erste Absatz eines brasilianischen Gesetzesartikels bezeichnet, eine Nummerierung nach Paragraphen beginnt erst mit Absatz zwei. Besteht ein Artikel neben dem *caput* nur aus einem weiteren Absatz, so wird dieser mit *parágrafo único* (einzigster Paragraph) bezeichnet.

do Consumidor ist Verbraucher jede natürliche oder juristische Person, die ein Produkt oder eine Dienstleistung als „Endverbraucher“ erwirbt. Seit Inkrafttreten des Verbraucherschutzgesetzes gibt es in der brasilianischen Lehre und Rechtsprechung einen Streit darüber, ob das Merkmal des „Endverbrauchers“ wörtlich oder teleologisch auszulegen ist. Die Anhänger der sog. „maximalistischen Theorie“ lassen es für die Bejahung der Verbrauchereigenschaft genügen, dass das Produkt oder die Dienstleistung nicht mehr unmittelbar weitergereicht wird; eine Nutzung zur Wertschöpfung, also eine gewerbliche Verwendungsabsicht, ist unschädlich. Die Anhänger der teleologischen Auslegung hingegen sehen nur denjenigen als Verbraucher an, der ein Produkt oder eine Dienstleistung endgültig dem Wirtschaftskreislauf entzieht und nicht mehr zur Wertschöpfung verwendet. Schließlich finden sich in Lehre und Rechtsprechung auch vermittelnde Ansichten, die auf die Schutzbedürftigkeit im Einzelfall abstellen.²⁴ Da es gerade bei zu gewerblichen Zwecken erlangten Dienstleistungen typisch ist, dass diese nicht bloß durchgereicht, sondern allenfalls mittelbar weitergegeben werden, bejaht die Rechtsprechung in diesen Fällen besonders häufig das Merkmal des „Endverbrauchs“ und damit das Vorliegen eines Verbrauchervertrages.²⁵

2. Der Begriff der Dienstleistung

Wie in anderen Bereichen auch,²⁶ enthält das Verbraucherschutzgesetz im Recht der Dienstleistungsverträge einige sehr innovative Ansätze. So verzichtet es vollständig auf die klassischen Typisierungen und behandelt alle Arten von Dienstleistungen einheitlich. Art. 3 § 2 Código de Defesa do Consumidor definiert die Dienstleistung (*serviço*) als „jede Tätigkeit, die auf dem Verbrauchermarkt gegen Entgelt erbracht wird, einschließlich des Bank-, Finanz-, Kredit- und Versicherungswesens“. Dienstleistungsverträge sind also insbesondere Reiseverträge,²⁷ Transportverträge, Beherbergungsverträge, Arztverträge, Architektenverträge, Anwaltsverträge, Bewachungsverträge, Unterrichtsverträge, Versicherungsverträge, Verträge über

²⁴ Zum Streitstand *Schmidt* (oben Fn. 13), 237 ff.

²⁵ Etwa bei Transport- oder Kreditverträgen, s. *A.P. Gambogi Carvalho*, Verbraucherverträge im Internet (2005), 72.

²⁶ Zu erwähnen ist etwa Art. 30 Código de Defesa do Consumidor, nach dem jede öffentliche verbreitete Information oder Werbung, soweit sie hinreichend konkret ist, ein bindendes Vertragsangebot des Unternehmers darstellt, näher *Schmidt* (oben Fn. 13), 248 ff.

²⁷ Zum Begriff der Dienstleistung i.S.d. Art. 3 § 2 Código de Defesa do Consumidor: *C. Lima Marques*, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* (4. Aufl., São Paulo, 2002), 358 ff., 374 ff.; *C. Lima Marques/A.H. Benjamin/B. Miragem*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (2. Aufl., São Paulo, 2006), Art. 14 (289 ff.).

die Lieferung von Gas, Wasser, Elektrizität²⁸ etc. Der Versuch der brasilianischen Banken, sich mittels einer Verfassungsbeschwerde dem Anwendungsbereich des Código de Defesa do Consumidor zu entziehen, scheiterte im Jahr 2006.²⁹ Ausgenommen vom Dienstleistungsbegriff sind nach Art. 3 § 2 Código de Defesa do Consumidor sind lediglich solche Tätigkeiten, „die ihren Ursprung in einem Arbeitsverhältnis haben“.

Das Verbraucherschutzgesetz regelt nicht alle Aspekte von Dienstleistungsverträgen, aber einige sehr zentrale. Neben der Klauselkontrolle (Art. 51 Código de Defesa do Consumidor), die in der Praxis des Versicherungsrechts eine große Rolle spielt,³⁰ ist vor allem die Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen zu nennen. Das Gesetz widmet sich zunächst der Haftung für Schäden an Körper und Eigentum des Verbrauchers, also Mangelfolgeschäden (Art. 14 Código de Defesa do Consumidor), und sodann der vertraglichen Gewährleistung (Art. 20 Código de Defesa do Consumidor). In der Praxis überschneiden sich beide Bereiche allerdings häufig oder werden in Rechtsprechung und Schrifttum jedenfalls nicht klar von einander getrennt.

²⁸ Im Zusammenhang mit den letztgenannten Dienstleistungen spielt in der brasilianischen Rechtspraxis die Frage eine große Rolle, ob der Lieferant einen säumigen Verbraucher von der weiteren Zufuhr abschneiden darf. Die Rechtsprechung verneinte ein solches Zurückbehaltungsrecht zunächst, nahm mit Blick auf die gesamtwirtschaftlichen Konsequenzen später aber eine Kehrtwende vor. Im Grundsatz ist dem Lieferanten ein sog. *corte* nun erlaubt, es sei denn, der körperlichen Unversehrtheit des Verbrauchers drohen erhebliche Beeinträchtigungen: Superior Tribunal de Justiça (STJ) 7.2.2006, Recurso Especial (REsp) 647.222/RS, Revista do Direito do Consumidor 61 (2007), 307; ausführlich zur Rechtsprechung und der Diskussion im Schrifttum: F. Costa de Azevedo, Revista do Direito do Consumidor 62 (2007), 86 ff.

²⁹ Eingehend dazu: C. Lima Marques/J.B. de Almeida/R.A. Pfeiffer (Hg.), Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos (São Paulo, 2006).

³⁰ So erklärt die Rechtsprechung etwa Klauseln, durch die bestimmte Kosten von der Deckung ausgenommen werden (z.B. die Kosten für die Behandlung einer HIV-Infektion im Falle einer Krankenversicherung), häufig für missbräuchlich und damit nichtig; diese interventionistische Linie hat im brasilianischen Schrifttum sowohl großes Lob als auch scharfe Kritik erfahren: näher Schmidt (oben Fn. 13), 254 ff.

3. Die Haftung für Mangelfolgeschäden

Die in Art. 14 Código de Defesa do Consumidor³¹ geregelte Haftung für Mangelfolgeschäden infolge fehlerhafter Dienstleistungen ist parallel zur Produkthaftung³² ausgestaltet und erinnert damit an den europäischen Vorschlag einer Richtlinie zur Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen aus dem Jahr 1990,³³ der allerdings nicht zur Verabschiedung gelangte.³⁴ Die in Art. 14 Código de Defesa do Consumidor statuierte Haftung ist somit eine deliktische, keine vertragliche: Geschützt ist jede Person, die infolge der fehlerhaften Dienstleistung einen Schaden erlitten hat.³⁵ Der Dienstleister haftet grundsätzlich verschuldensunabhängig.³⁶ Eine Privilegierung genießen Freiberufler wie Ärzte, Anwälte und Architekten, denen nach Art. 14 § 4 Código de Defesa do Consumidor ein Verschulden nachgewiesen werden muss.³⁷ Ausgeschlossen ist die Haftung nach Art. 14 § 3

³¹ Art. 14 Código de Defesa do Consumidor: „Der Erbringer von Dienstleistungen haftet unabhängig von einem Verschulden für die Beseitigung der Schäden, die dem Verbraucher durch Fehler im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen entstanden sind, sowie durch unzureichende oder unangemessene Informationen über ihre Verwertung und ihre Risiken. § 1 – Die Dienstleistung ist mangelhaft, wenn sie nicht diejenige Sicherheit bietet, die der Verbraucher erwarten kann. Hierbei sind unter anderem folgende erhebliche Umstände zu beachten: I – die Art der Erbringung, II – das Ergebnis und die Risiken, die man vernünftigerweise von ihr erwarten kann, III – die Zeit, in der sie erbracht wird. § 2 – Die Dienstleistung wird nicht durch die Anwendung neuer Techniken mangelhaft. § 3 – Der Erbringer der Dienstleistung haftet nur dann nicht, wenn er beweist: I – dass bei Erbringung der Dienstleistung der Mangel nicht existierte; II – das ausschließliche Verschulden des Verbrauchers oder eines Dritten. § 4 – Die persönliche Haftung der Freiberufler hängt vom Vorliegen eines Verschuldens ab“ (Deutsche Übersetzung auf der Grundlage von *Deutsch-Brasilianische Industrie- und Handelskammer* (Hg.) (oben Fn. 20).

³² Art. 12 Código de Defesa do Consumidor, dazu *R. Martins*, Produkthaftung im brasilianischen Verbraucherschutzgesetz, Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung 2/2006, 27 ff.

³³ Dazu *E. Deutsch*, Einheitliche Dienstleistungshaftung in Europa, ZRP 1990, 454 ff.; *P. Förchner*, Die Haftungsregeln des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes (1994), 43 f.

³⁴ Mittelbar hat er jedoch Eingang in das griechische Recht gefunden: dazu *G.I. Arnokouros*, Liability for Legal Services, ZEuP 2002, 542 ff. (diesen Hinweis verdanke ich Professor Filippo Ranieri).

³⁵ Dies wird klargestellt durch Art. 17 Código de Defesa do Consumidor.

³⁶ Häufige Fälle in der Praxis betreffen etwa die Haftung des Krankenträgers gegenüber dem Patienten für eine während des Aufenthalts erlittenen Infektion; siehe die Nachweise bei *Marques/Benjamin/Miragem* (oben Fn. 27), Art. 14 (306 ff.).

³⁷ Stellt dieses Erfordernis den Verbraucher jedoch vor Probleme, kann der Richter nach Art. 6 VIII Código de Defesa do Consumidor eine Umkehr der Beweislast anordnen. Ein Nachweis des Verschuldens soll zudem dann entbehrlich sein, wenn der Freiberufler nicht nur sorgfältiges Bemühen, sondern den Eintritt eines Erfolges schul-

Código de Defesa do Consumidor nur bei alleinigem Verschulden des Verbrauchers oder eines Dritten.³⁸

Lehre und Rechtsprechung entnehmen dem Art. 14 Código de Defesa do Consumidor zudem eine gesamtschuldnerische Haftung aller Glieder einer Dienstleistungskette.³⁹ Wer sich also in dem vom Reiseveranstalter gebuchten Hotel beim Sprung in den Swimmingpool verletzt, weil dessen geringe Tiefe nicht ausreichend gekennzeichnet war, kann nicht nur den Veranstalter, sondern auch den Hotelier in Anspruch nehmen, unabhängig von der Gestaltung der vertraglichen Beziehungen.⁴⁰

Schwierigkeiten bereitet in der Praxis häufig die Bestimmung der Fehlerhaftigkeit einer Dienstleistung. Reicht es aus, dass der Verbraucher einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Erbringen der Dienstleistung und dem Eintritt eines Schadens darlegt,⁴¹ oder muss er zudem nachweisen, dass die Dienstleistung nicht ordnungsgemäß erbracht wurde? Gerichte und Schrifttum versuchen meist, sich in dieser Frage mit der in Europa wohlbekannten Unterscheidung zwischen *obrigação de meio* und *obrigação de resultado* zu helfen.⁴² Nach wohl h.M. soll etwa der Arzt bei der medizinisch indizierten Heilbehandlung nur sorgfältiges Bemühen schulden, bei der sog. Schönheitsoperation dagegen auch den versprochenen Erfolg.⁴³

dete: siehe *S. Cavaliere Filho*, Programa da Responsabilidade Civil (8. Aufl., São Paulo, 2008), 368 ff. und die Nachweise unten unter Fn. 42.

³⁸ Der Ausschlussstatbestand wird von der Rechtsprechung bisweilen sehr eng ausgelegt: so ließ etwa STJ 24.4.2001, REsp 227.364/AL, die Bank gegenüber ihren in einer Filiale ausgeraubten Kunden haften. Anders dagegen STJ 2.3.1999, REsp 164.155/RS, für den Überfall auf Reisende während eines Bustransports (die hier und im Folgenden genannten Entscheidungen des STJ sind, soweit kein anderer Veröffentlichungsort genannt ist, über die Prozessnummer abrufbar unter <www.stj.jus.br/SCON/>).

³⁹ *A.H. Benjamin/C. Lima Marques/L.R. Bessa*, Manual de Direito do Consumidor (São Paulo, 2008), 135 f.; *R. Nunes*, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (2. Aufl., São Paulo, 2005), 192 f.

⁴⁰ STJ 17.4.2001, REsp 287.849/SP, Revista dos Tribunais 797 (2002), 226. Typisch ist auch die gemeinsame Haftung von Arzt und Krankenhausträger im Falle eines Behandlungsfehlers: siehe die Nachweise bei *Marques/Benjamin/Miragem* (oben Fn. 27), Art. 14 (311 ff.).

⁴¹ Zum Ursprung dieser Unterscheidung im französischen Recht *Ranieri* in diesem Band, S. 30 f.

⁴² *Cavaliere Filho* (oben Fn. 37), 167 f.; *Marques/Benjamin/Miragem* (oben Fn. 27), Art. 20 (360 f.); *G. Tepedino*, A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, in: ders., Temas de Direito Civil, Bd. II (Rio de Janeiro, 2006), 83, 86 ff.; kritisch *M. Junqueira Calixto*, A culpa na responsabilidade civil (Rio de Janeiro, 2008), 199 f. („gekünstelte Unterscheidung“).

⁴³ STJ 13.4.1999, REsp 81.101/PR; weitere Nachweise bei *Calixto* (oben Fn. 42), 201 ff. Als zu pauschal kritisiert wird die Unterscheidung zwischen medizinisch indiziertem Eingriff und Schönheitsoperation hingegen von *R. Rosado de Aguiar Jr.*,

4. Die vertragliche Gewährleistung bei fehlerhaften Dienstleistungen

An vertraglichen Rechtsbehelfen im Falle einer fehlerhaften Dienstleistung kann der Verbraucher wählen zwischen: (i) der erneuten Vornahme der Leistung, (ii) dem Rücktritt und der Rückforderung bereits geleisteter Beträge inkl. Schadensersatz und (iii) der Minderung (Art. 20 Código de Defesa do Consumidor⁴⁴). Bei diesem Regime fällt die überaus geringe Regelungsdichte ins Auge, die allerdings ein typisches Merkmal brasilianischer Gesetze ist⁴⁵ und die wegen der großen Flexibilität, die sie erlaubt, in Fachkreisen auch sehr beliebt ist. So stellt sich etwa die Frage, unter welchen Umständen die gesamte Wiederholung der Leistung verlangt werden kann. Im Reiserecht gab es den Fall einer Familie, die bei einem brasilianischen Veranstalter eine Rundreise durch Argentinien gebucht hatte. Als die Familie nach Rückkehr geltend machte, dass die verschiedenen Hotels und anderen Leistungen nicht die versprochene Qualität gehabt hatten, wurde der Reiseveranstalter zur nochmaligen Durchführung der vollständigen Reise verurteilt, ohne dass die Familie die zweite Reise bezahlen oder Wertersatz für die erste leisten musste.⁴⁶ Diese Entscheidung scheint allerdings nicht Schule gemacht zu haben,⁴⁷ vielmehr be-

Responsabilidade Civil do Médico, Revista dos Tribunais 718 (1995), 33, 40. Zur Diskussion auch *Cavaliere Filho* (oben Fn. 37), 380 ff. In STJ 9.11.2004, REsp 594.962/RJ wurde eine Erfolgsverpflichtung auch im Zusammenhang mit einer radiologischen Diagnose angenommen, in dem Sinne, dass die Diagnose zutreffend sein müsse.

⁴⁴ Art. 20 Código de Defesa do Consumidor: „Der Erbringer von Dienstleistungen haftet für Qualitätsmängel, welche die Dienste ungeeignet für den Verbrauch machen oder ihren Wert mindern, sowie für diejenigen Mängel, die ihren Ursprung in der Abweichung von den Angaben im Angebot oder in öffentlichen Erklärungen haben. Der Verbraucher kann alternativ nach seiner Wahl fordern: I – die Wiedervornahme der Dienstleistung ohne zusätzliche Kosten, wenn dies möglich ist; II – die unverzügliche Rückerstattung der gezahlten Summe, geldwertberichtigt, unbeschadet eventuellen Schadensersatzes; III – die anteilige Minderung des Preises. § 1 – Die Wiedervornahme kann auf Rechnung und Gefahr des Erbringers einem gebührend befähigten Dritten übertragen werden. § 2 – Ungeeignet sind Dienstleistungen, die sich mit den Zwecken, die man vernünftigerweise von ihnen erwartet, als unvereinbar erweisen, sowie diejenigen, die nicht den Normen über die Leistungserbringung entsprechen“ (Deutsche Übersetzung auf der Grundlage von *Deutsch-Brasilianische Industrie- und Handelskammer* (Hg.) (oben Fn. 20).

⁴⁵ Vgl. auch die Beispiele bei *Schmidt* (oben Fn. 13), 394.

⁴⁶ Diese Entscheidung wurde mir von Herrn Paulo de Tarso Sanseverino mitgeteilt, Richter am Oberlandesgericht von Rio Grande do Sul. Sie scheint nicht veröffentlicht worden zu sein.

⁴⁷ *A.H. Benjamin*, in: J. de Oliveira (Hg.), *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor* (São Paulo, 1991), Art. 20 (106), will die erneute Vornahme der Leistung nur dann zulassen, wenn sie in einem angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis zum Mangel steht. Siehe auch unten, Fn. 49.

lassen es die Gerichte in der Regel bei der Minderung und dem Ersatz der *danos morais*, also der immateriellen Schäden.⁴⁸

Ähnliche Fragen stellen sich auch im Fall des Rücktritts. Hat etwa der beauftragte Malermeister drei Wände ordnungsgemäß gestrichen, nicht aber die vierte, so könnte, jedenfalls nach dem Wortlaut des Art. 20 Código de Defesa do Consumidor, der Verbraucher ohne Weiteres, insbesondere ohne Nachfristsetzung, vom gesamten Vertrag zurücktreten und die empfangene Leistung vollständig einbehalten. In Rechtsprechung in Schrifttum wird die Problematik mittlerweile allerdings erkannt und für eine einschränkende Auslegung des Art. 20 Código de Defesa do Consumidor plädiert, um eine ungerechtfertigte Bereicherung des Verbrauchers zu vermeiden.⁴⁹ Gestattet man allerdings nur den Teilrücktritt oder nimmt man eine Wertersatzpflicht für schon erhaltene Leistungen an, so läuft der Rücktritt im Ergebnis regelmäßig auf eine Minderung hinaus.⁵⁰

Erwähnung verdient schließlich der Umstand, dass die brasilianische Rechtsprechung und Lehre wie im Falle des Art. 14 Código de Defesa do Consumidor eine vertragliche Direkthaftung aller Glieder einer Dienstleistungskette annehmen,⁵¹ obwohl das Gesetz eine solche nur im Falle der kaufrechtlichen Gewährleistung statuiert.⁵² Fälle aus der Rechtsprechung

⁴⁸ Vgl. etwa STJ 21.6.2004, REsp 575.486/RJ; STJ 15.4.1004, REsp 229.814/SP; Tribunal de Justiça do Distrito Federal 20.5.2008, Apelação Cível 2007.09.1.014464-0, Revista do Direito do Consumidor 68 (2007), 253 ff. Siehe auch *Marques* (oben Fn. 27), 1000 f. Bei materiellen oder immateriellen Schäden, die im Zusammenhang mit Flugreisen auftreten, lassen die Gerichte die in der (von Brasilien ratifizierten) Warschauer Konvention statuierten Haftungsgrenzen ausdrücklich unbeachtet, siehe neben den eben genannten Entscheidungen auch STJ 12.12.2005, REsp 552.553/RJ, DJ 1.2.2006, Revista de Direito do Consumidor 61 (2007), 302 ff. Zur Haftung der Fluggesellschaften nach dem Código de Defesa do Consumidor im rechtsvergleichenden und internationalprivatrechtlichen Kontext *C.F. Nordmeier*, *Direito Internacional Privado: Implicações em viagens aéreas internacionais e a situação jurídica dos passageiros* (im Erscheinen, Revista de Direito do Consumidor 2010).

⁴⁹ Nach STJ 9.10.2001, REsp 328.182/RS, wird das Wahlrecht des Art. 20 Código de Defesa do Consumidor durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt. *Nunes* (oben Fn. 39), 285 ff., argumentiert mit dem Gedanken des Rechtsmissbrauchs.

⁵⁰ Näher *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 272 f.

⁵¹ *Benjamin/Marques/Bessa* (oben Fn. 39) 157 f., unter Heranziehung von Art. 7 einziger Paragraph (zu dieser Bezeichnung s.o. Fn. 23) und Art. 25 § 1 Código de Defesa do Consumidor.

⁵² Art. 18 *caput* Código de Defesa do Consumidor. In Art. 18 § 5 und Art. 19 § 2 Código de Defesa do Consumidor wird die Haftung für bestimmte Fälle (etwa den Kauf von „Naturprodukten“) auf den Händler beschränkt: näher *Förschner* (oben Fn. 33), 84 ff. Vorbild für die Möglichkeit des Verbrauchers, sich nicht nur gegen seinen Vertragspartner, sondern auch unmittelbar gegen den Hersteller zu wenden, war die *action directe* des französischen Rechts, dazu *M. Hassemer*, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen* (2007), 169 ff.

betreffen etwa die gemeinsame Haftung des Reisebüros und der Fluggesellschaft.⁵³ Selbst wer die Dienstleistung nur vermittelt hat, sitzt mit im Boot der Gesamtschuldner.⁵⁴

5. Besonderheiten des brasilianischen Verbrauchermarktes

Dem europäischen Beobachter mutet das Niveau des brasilianischen Verbraucherschutzrechts häufig übertrieben an, und auch in Brasilien mehren sich in neuerer Stimmen, die dem Verbraucherschutzrecht vorwerfen, volkswirtschaftliche Schäden hervorzurufen und den Verbrauchern einen Freibrief für unverantwortliches Handeln auszustellen.⁵⁵ Zum besseren Verständnis ist daher ein kurzes Eingehen auf die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Hintergründe erforderlich: Jahrzehntlang war der brasilianische Verbrauchermarkt von einem sehr unethischen Klima geprägt. Viele Unternehmen nutzten das lückenhafte Gesetzesrecht und die geschäftliche Unerfahrenheit vor allem der einkommens- und bildungsschwachen Bevölkerungsschichten nach Kräften aus. Unzureichender Wettbewerb schützte sie vor nachteiligen Konsequenzen. Dem Verbraucherschutzgesetz kam und kommt deshalb auch eine wichtige erzieherische Funktion zu: Mehr als um einen gerechten Interessenausgleich im Einzelfall, geht es darum, den Unternehmer für die Zukunft zu redlichem Verhalten zu bewegen. Dies erklärt auch die häufige Gewährung von Schmerzensgeld durch die Gerichte, die meist eine verkappte Form des Strafschadensersatzes ist.

Brasiliens Fachkreise sind sich jedenfalls darin einig, dass sich das geschäftliche Verhalten vieler Unternehmen seit Inkrafttreten des Verbraucherschutzgesetzes signifikant gebessert hat und dieses daher zu den erfolgreichsten Kapiteln in der jüngeren brasilianischen Rechtsgeschichte zählt.⁵⁶ Gleichzeitig wird immer häufiger erkannt, dass die Rechte der Verbraucher an manchen Stellen einer Einschränkung bedürfen.

III. Fazit

Ungeachtet ihres großen Erfolges in Brasilien, lässt sich für Europa aus den brasilianischen Regelungen zu Dienstleistungsverträgen, insbesondere

⁵³ Siehe A. Pasqualotto, Causa e responsabilidade nos contratos de turismo, Revista de Direito do Consumidor 67 (2008), 9, 19 ff.

⁵⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 6.8.1997, Revista dos Tribunais 746 (1997), 218.

⁵⁵ Dazu und zum Folgenden näher C. Gloger, Brasilien im internationalen Standortwettbewerb (2003), 105 ff.; Schmidt (oben Fn. 13), 275 ff.

⁵⁶ Näher Schmidt (oben Fn. 13), 232.

denen des Verbraucherschutzgesetzes, wohl nur wenig lernen. Die einheitliche Behandlung aller Dienstleistungsverträge löst die bekannten Abgrenzungsprobleme nur vordergründig. Diese kehren umgehend wieder in Gestalt der Unterscheidung zwischen Bemühensversprechen und Erfolgsversprechen. Was die Etablierung einer Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen in Parallele zur Produkthaftung betrifft, wurde diese in Europa mit guten Gründen verworfen. Es fehlt bei den meisten Dienstleistungen doch an den Merkmalen, die die Produkthaftung rechtfertigen, nämlich Massenherstellung, mangelhafte Endkontrolle und Anonymität.⁵⁷ Die Vertrags- und die allgemeine Deliktshaftung sind in diesem Bereich deshalb ausreichend. Mehr schon lässt sich der Idee abgewinnen, ein einheitliches Gewährleistungsregime für Dienstleistungen zu etablieren. Allerdings sind dann wesentlich differenziertere Regelungen notwendig als sie das Verbraucherschutzgesetz bereitstellt, etwa zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Wiedervornahme der Leistung und des Rücktritts vom gesamten Vertrag.

⁵⁷ *Deutsch, ZRP 1990, 455.*

