

**Steffen Waadt (Hrsg.) / Fabiano Menke (Hrsg.) / Lisiane Feiten
Wingert Ody (Hrsg.)**

Aus der Reihe: e-fellows.net stipendiaten-wissen

e-fellows.net (Hrsg.)

Band 786

Studien zum deutsch-brasilianischen Recht

Ein Beitrag zum Deutschland-Brasilien Jahr 2013
Sammelband

 **e-fellows.net**
stipendiaten-wissen



Steffen Wasil (Hrsg.) / Fabiano Menke (Hrsg.) / Lisiane Feiten
Wingert Hdy (Hrsg.)

Aus der Reihe: e-fellows.net stipendiaten-wissen
e-fellows.net (Hrsg.)
Band 788

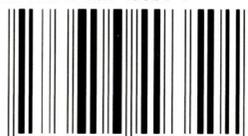
Studien zum deutsch-brasilianischen Recht

Ein Beitrag zum Deutschland-Brasilien Jahr 2013

Sammelband



Dokument Nr. V232631
<http://www.grin.com>
ISBN 978-3-656-49350-1



9 783656 493501

Steffen Waadt (Hrsg.), Fabiano Menke (Hrsg.), Lisiane Feiten Wingert Ody (Hrsg.)

Aus der Reihe: e-fellows.net stipendiaten-wissen

e-fellows.net (Hrsg.)

Band 786

Studien zum deutsch-brasilianischen Recht

Ein Beitrag zum Deutschland-Brasilien Jahr 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

Dieses Werk sowie alle darin enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsschutz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlanges. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen, Auswertungen durch Datenbanken und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme. Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe (einschließlich Mikrokopie) sowie der Auswertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, vorbehalten.

Impressum:

Copyright © 2013 GRIN Verlag GmbH
Druck und Bindung: Books on Demand GmbH, Norderstedt Germany
ISBN: 978-3-656-49350-1

Dieses Buch bei GRIN:

<http://www.grin.com/de/e-book/232631/studien-zum-deutsch-brasilianischen-recht>

Über den elektronischen Geschäftsverkehr im brasilianischen Recht

Prof. Dr. Fabiano Menke

Professor an der Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) Porto Alegre

Inhaltsverzeichnis: I. Einleitung; II. Die Haftung von Internetanbietern im elektronischen Geschäftsverkehr; III. Die Gesetzgebung des Verbraucherschutzes und der elektronische Handel; 1. Der Gesetzesentwurf über die Änderung des Código de Defesa do Consumidor und E-Commerce; 2. Unerwünschte elektronische Nachrichten (SPAM) 3. Widerrufsrecht IV. Elektronische Signatur und Sicherheit von Transaktionen im elektronischen Geschäftsverkehr V. Schlussfolgerungen; Anhang: Literaturverzeichnis

I. Einleitung

So wie die meisten Länder der Welt, hat es auch Brasilien nicht versäumt, sich der Einführung von Informations- und Kommunikationstechnologie, sowie der globalen Vernetzung durch Computer anzuschließen. Es ist durchaus möglich, die Massennutzung des elektronischen Mediums für die Durchführung von Geschäften¹ und weiterer verschiedener Handlungen sowohl durch Einzelpersonen, als auch durch Organe und öffentliche Einrichtungen zu bewerten. Dabei gibt es verschiedene Beispiele für die Anwendung des elektronischen Mediums und des Internets.

Trotz der zunehmenden Verbreitung der elektronischen Medien und des Internets, ist festzustellen, dass der brasilianische Gesetzgeber eine Gesetzesinitiative zur Regulierung dieses neuen Gebietes nicht prioritär auf seine Tagesordnung setzte. Das eigene Zivilgesetzbuch von 2002 wurde verabschiedet ohne eine spezifische Regelung für Fragen rund um das Internet zu beinhalten², da es die Kommission für die Erarbeitung des Zivilgesetzbuches dabei belassen wollte, verwandte Gebiete, wie Technologie, Internet und neue Experimente mit bioethischen Auswirkungen in Spezialgesetzen zu regeln und nur diejenigen Institute dem Zivilgesetzbuch

¹ Als ein Beispiel fungiert die in Brasilien im Jahr 2011 veröffentlichte Zahl von circa 31,7 Millionen Verbrauchern im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung, welche einen Anstieg um 30% im Vergleich zum Vorjahr bedeutet (23 Millionen Registrierte). Für das Jahr 2012 werden über 40 Millionen Benutzer prognostiziert, die Spontankäufe im Internet vollziehen, welche einen Wert von 30 Milliarden Reais übersteigen, so "<http://www.cenariomt.com.br/noticia.asp?cod=237556&codDep=15>", zuletzt besucht am 29.9.2012.

² Sicher ist die Tatsache, dass bei Verabschiedung des aktuellen Zivilgesetzbuches das Internet bereits weit verbreitet, aber immer noch nicht populär genug war, um ihm den Status von solcher Wichtigkeit zuzusprechen.

zu überlassen, die bereits juristisch fest innerhalb der Gesellschaft verankert sind.³ Dennoch wurden die elektronischen Medien allgemein in gewissem Maße Regelungen unterworfen, die in vielen der Fälle auf Initiative der Exekutive beruhen. In diesem Zusammenhang können wir die Vorschriften zu elektronischen Wahlcomputern anbringen, die seit 1996⁴ bei brasilianischen Wahlen verwendet werden dürfen.⁵ Neben dieser Regelung können noch zahlreiche andere genannt werden, wie z.B. die Einkommenserklärung über das Internet⁶, die elektronische Akte⁷ oder elektronische Rechnungen.⁸

Was den elektronischen Handel betrifft, hat sich die brasilianische Gesetzgebung nicht so entwickelt, wie man es erwartet hätte. Nach wie vor ist die Problematik Gegenstand vor den Gerichten und in Gesetzesvorhaben und, in manchen Fällen bereits Inhalt in Kraft getretener Erlasse.

Ziel dieser Arbeit ist es nicht, das Thema des elektronischen Geschäftsverkehrs im brasilianischen Recht zu erschöpfen, sondern einige Höhepunkte anzuschneiden, die beim Verständnis von der Entwicklung und der Regulierung auf diesem Gebiet helfen sollen, in dem einige Gerichtsentscheidungen, ein bestimmtes Gesetzesprojekt und ein bereits in Kraft getretener Gesetzestext analysiert werden. In diesem Kontext soll folgendes angesprochen werden:

- (a) Haftung der Internetanbieter, die im elektronischen Handel einer Art Vermittlertätigkeit nachgehen (wie z.B. „Mercado Livre“);
- (b) Normen zum Schutz des Verbrauchers, insbesondere im Hinblick auf Spam und Rücktrittsrechte ausgehend von der Prüfung des Gesetzesvorhabens bezüglich dieser Materie und
- (c) elektronische Signaturen, sowie Sicherheit bei Transaktionen im elektronischen Handel, in dem von wesentlichen Aspekten der Analyse des vorläufigen Gesetzestextes Nr. 2.200-2 von 2001 Gebrauch gemacht wird.

³ Siehe dazu Martins-Costa, J.; Branco, G.L.C., *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, S. 44-48.

⁴ Zur Entwicklung der Wahlcomputer in Brasilien, siehe auf der Seite des Obersten Wahlgerichtshofes: <http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/votoeletronico/informatizacao.htm>.

⁵ Im deutschen Recht zum Beispiel, wurde die Benutzung von Wahlcomputern zur Durchführung von Wahlen im Jahr 2005, die auf kommunaler-, Landes- und Bundesebene abgehalten, vom Bundesverfassungsgericht mit Entscheidung vom 03.03.2009 als nicht verfassungsgemäß erklärt. Hauptargument war, dass die wesentlichen Wahlvorgänge nicht nachvollziehbar seien, aber vom Bürger in zuverlässiger Weise und ohne spezielle Technikkenntnisse kontrollierbar sein müssen. Siehe dazu Fox, D. *Elektronische Wahlgeräte, Datenschutz und Datensicherheit* 2009, v. 2, S. 114.

⁶ Mehr Informationen darüber auf www.receita.fazenda.gov.br.

⁷ Lei Federal n° 11.419, de 2006.

⁸ Siehe auch <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>.

Beginnen wir mit dem ersten dieser Punkte: Die Frage der Haftung von Anbietern auf Internetseiten, die im elektronischen Handel einer Art Vermittlertätigkeit nachgehen, wie z.B. die Plattform „Mercado Livre“.

II. Die Haftung von Internetanbietern im elektronischen Geschäftsverkehr

Eine der Fragen, der sich brasilianische Gerichte widmeten, war die Haftung der Internetanbieter, die ihren Benutzern eine Plattform zur Verfügung stellten, auf der Lieferanten direkte Geschäfte tätigen können, so wie dies bei der bekannten Website e-bay der Fall ist. Im Falle Brasiliens handelt es sich dabei um die Website „Mercado Livre“.

Eine der am häufigsten wiederkehrenden Problematik, die die Justiz herausfordert, besteht darin, ob Mercado Livre für die Nicht- bzw. Schlechterfüllung durch den Verkäufer verantwortlich gemacht werden kann.

Eine weitere Fallgruppe im Bereich des Mercado Livre, die vor brasilianischen Gerichten behandelt wird, betrifft den Tatbestand des Betruges:

Eine bösgläubige Person schließt ein Geschäft auf der Seite des Mercado Livre, durch die es Produkte von einem bestimmten Verkäufer erhält. Im Verlauf schickt diese Person von einem falschen E-Mail-Konto eine Nachricht an den Verkäufer, in der er sich als Zahlungsdienstleister „Mercado Pago“⁹ (Bezahlt) ausgibt und auf diese Weise eine getilgte Rechnung angibt, die nie getilgt wurde. Der durch die Nachricht getäuschte Verkäufer ist überzeugt, dass die Zahlung erfolgte und versendet die Ware, aber erhält tatsächlich nie sein Geld. Dem Verkäufer, der praktisch den Betrüger mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht auffindig machen wird, bleibt keine Alternative als eine Entschädigung für seinen Verlust bei Mercado Livre geltend zu machen.

Dies war der Ausgangspunkt für einen vor dem Landgericht Brasília (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios) am 18.6.2008 behandelten Fall.¹⁰

⁹ Der Bezahlservice Mercado Pago ist eine Zahlungsoption, die vom Käufer in Anspruch genommen werden kann, mit deren Hilfe die Zahlung an den Verkäufer nur freigegeben wird, nachdem der Käufer den Erhalt der Ware bestätigt hat.

¹⁰ Berufung 2007.0110454560, 3. Zivilsenat, Richter Humberto Adjuto Ulhôa.

Der Verkäufer bot im Mercado Livre eine Audioausstattung für professionelle Musikaktivitäten an. Anschließend erhielt er eine Nachricht des Bezahlservices, dass eine Zahlung erfolgt sei und er die Ware an die angegebene Adresse versenden möge. Nachdem er das Produkt versandt hatte, wurde er sich bewusst, dass die angebliche Originalemail von Mercado Pago gefälscht war. Der in seinen Rechten verletzte Verkäufer klagte auf Verurteilung des Mercado Livre für seine erlittenen Nachteile und stützte sich dabei auf das Verbraucherschutzgesetz¹¹ und darauf, dass es Schwächen in der Sicherheit des Systems gäbe.¹² Die Klage wurde in erster Instanz abgelehnt.

Im Prozess vor dem Landgericht kam es jedoch zur Umkehr des Ergebnisses. Zunächst sah das Gericht das Verbraucherschutzgesetz als einschlägig an, sobald Mercado Livre einer Kauf-Verkauf-Mittleraktivität nachgeht¹³, sich somit also in den bilateralen Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer einschaltet. Jedoch, obwohl das Verbraucherschutzgesetz als einschlägig betrachtet wurde, ging das Gericht davon aus, dass der Verkäufer die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Zahlungsabwicklung nicht näher betrachtet hatte. Die Bedingungen seien recht klar in der Hinsicht gewesen, dass der Verkäufer erst dann seine Ware versenden solle, nachdem er die Zahlung auf der Seite des Mercado Pago verifiziert hat. Der Kern des Problems lag daher darin, herauszufinden, ob der Verkäufer mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt hatte, um den Schaden zu vermeiden. Die Antwort war negativ, was sich auf die Anwendung des Verbraucherschutzgesetzes zurück führen lässt, welches den Lieferanten in den Fällen von seiner Haftung befreit, in denen das Verschulden nachweislich ausschließlich dem Verbraucher oder einem Dritten zugeschrieben werden kann.¹⁴

¹¹ Der Artikel, auf den sich der Kläger stützte, war Art. 14 CDC (Código da Defesa do Consumidor): Der Dienstleister ist unabhängig von seinem Verschulden für die Wiedergutmachung des Schadens verantwortlich, der dem Verbraucher aufgrund von Mängeln im Zusammenhang mit der erbrachten Leistung entsteht. Dies gilt auch für ungenügende und unzureichende Informationen über die Verwendung der Leistung und ihre Risiken.

¹² Die Sicherheitslücke könnte im Rahmen des §1 des Art. 14 des CDC entstehen, der einen solchen Service als fehlerhaft ansieht, der so vom Verbraucher nicht erwartet werden konnte.

¹³ Die Aktivitäten des Mercado Livre werden dennoch von der weiten Definition des Verbraucherschutzgesetzes umfasst: Art. 3º: Lieferant ist jede natürliche oder juristische, öffentliche oder private, nationale oder ausländische Person, die im Bereich der Produktion, Montage, Herstellung, des Bausektors, der Verarbeitung, des Importes und Exportes, der Verteilung und Vermarktung von Produkten oder der Bereitstellung von Dienstleistungen tätig ist. Dies gilt auch für anonyme Einrichtungen.

¹⁴ „3º Der Anbieter von Dienstleistungen haftet nur dann nicht, wenn (...) II- die Schuld den Verbraucher oder einen Dritten trifft.“

Gegen eine Entscheidung des Landgerichts kann der Kläger Revision¹⁵ in der Absicht einlegen, ein für ihn günstiges Urteil zu bekommen. Und in der Tat hatte der Kläger in diesem Fall Erfolg. Die vierte Kammer des Oberlandesgerichts (Superior Tribunal de Justiça) entschied, dass in dem Falle, in dem der Verbraucher (auch wenn dieser selbst Verkäufer von Produkten ist) vom Verwender einseitig gestellte Vertragsbedingungen in der Weise missachtet, dass er sich vor Versand der Ware an den Käufer nicht der Echtheit der automatisch vom elektronischen System generierten Nachricht vergewissert, der Dienstleister wiederum nicht von seiner Haftung für ein ordnungsgemäßes Sicherheitssystem im Rahmen seines Leistungsangebots befreit wird.

In der Begründung der Entscheidung nahm die vorsitzende Richterin Maria Isabel Gallotti eines der Argumente des Urteils wieder auf: Zwar sei es empfehlenswert, die Zahlungstransaktion auf der Seite des Mercado Livre durchzuführen, dies aber nur für „E-Mails [gelte], die der vom Kläger erhaltenen sehr ähnlich war und [die] den Kauf bzw. Verkauf von im Internetauktionshaus bereitgestellter Waren anzeigen“. Um es mit anderen Worten zu sagen: Die Tatsache, dass sich Mercado Livre E-Mails bedient, um mit seinen Benutzern zu kommunizieren, gebührt ihm selbst zum Nachteil und rechtfertigt den Fehler des Verbrauchers.

Auch im Hinblick auf den Sicherheitsaspekt bei der Identifizierung, wird im Urteil obiter dictum verkündet, dass das „Fehlen von einem digitalen Authentifizierungsmechanismus bei Nachrichten, die im Einklang mit den heutigen Anforderungen virtuell stattfindender unternehmerischer Aktivitäten stehen, eine schwerwiegende Sicherheitslücke darstellt, die weder vom Verbraucher geduldet zu werden braucht noch diesem zugerechnet werden darf, jedoch der Firma, die das Risiko der wirtschaftlichen Tätigkeit übernimmt“.

Ein anderes Kernelement des Urteils war die gezogene Parallele zwischen den Dienstleistern wie Mercado Livre und den Banken. Genau wie Banken, so die Entscheidung, müssen die Dienstleister im elektronischen Geschäftsverkehr für durch Dritte verursachte Schäden aufgrund Betruges oder anderer Straftaten haften, was auch als „geschäftsinerner Zufall“ bezeichnet wird. Anders gesagt: So wie eine Bank für die Öffnung eines Girokontos haftet oder für den Erhalt von Darlehen aufgrund Betruges oder der Verwendung falscher Dokumente, so

¹⁵ Revision Nr. 1.107.024, Vierte Kammer, Vorsitzende Richterin Maria Isabel Gallotti, Entscheidung am 01.12.2011.

müssen auch die Dienstleister im elektronischen Geschäftsverkehr für die implizierten Risiken durch ihre geleistete Tätigkeit haften.

Zu kritisieren ist die Entscheidung hinsichtlich der gezogenen Parallele mit dem „geschäftsin-ternen Zufall“, dass Banken für entstandene Schäden in den Fällen der Kontoeröffnung durch einen Betrüger, der falsche Dokumente vorlegt. Die Hypothesen sind grundverschieden und erlauben streng genommen keinen Vergleich, noch weniger eine Analogie. Der Betrüger erscheint persönlich bei der Bank und legt seine Dokumente vor, deren Fälschung vom Beamten des Finanzinstituts nicht wahrgenommen wird. Und genau dort, im Irrtum während der Identifizierung und Verifizierung der Dokumente, ist der Kausalzusammenhang mit dem durch den Kunden erlittenen Schaden zu verorten. Folglich existiert eine Handlung der Bank im sogenannten „internen Zufall“, der durch einen Fehler des Angestellten bei der Identifizierung begangen wird. In den Fällen, in denen der tatsächliche Betrüger eine Nachricht versendet, die von der e-commerce-Seite zu kommen scheint, trägt die letztere nicht im Geringsten zum Schadenseintritt bei, da die E-Mail Teil eines Systems ist, dass nicht zur Seite gehört.

Man kann die Entscheidung daher nicht ohne weiteres auch auf Dienstleister von Verkaufsvermittlungen in elektronischer Form oder virtuellen Auktionen übertragen. Wenn sie ihr Verhalten in der Zukunft ändern, müssen sie zunächst die Verwendung von Kommunikationsmitteln wie der elektronischen Post mit den Nutzern ihrer Dienstleistungen vermeiden, denn wenn sie dies nicht tun, wird das Risiko von Verurteilungen aufgrund durch Betrüger versendete Nachrichten in ihrem Verantwortungsbereich, die gefälschte elektronische Adressen erzeugen, steigen. Zu beachten sind andererseits, die „im elektronischen Handel aufgestellten Richtlinien für die Beziehungen des Verbrauchs“, ausgearbeitet durch das Justizministerium Brasiliens. Sie enthalten als eine ihrer Empfehlungen, dass dem Verbraucher „die Bestätigung des Erhalts der Bestellung ohne Verzögerung und in elektronischer Form durch den Dienstleister“ sichergestellt sein muss¹⁶. Das heißt, einerseits legt die Rechtsprechung zugrunde, dass wer E-Mails als Kommunikationsmittel im Bestätigungsprozess wählt, die Risiken dieser Wahl kennen muss. Und andererseits empfiehlt das Justizministerium für den Pro-

¹⁶ Recurso Inominado n° 71003394285, Segunda Turma Recursal Cível, Vorsitzender Dr. Alexandre de Souza Costa Pacheco. Ebenso die folgende Entscheidung: Recurso Inominado n° 71002981751, Terceira Turma Recursal Cível, Vorsitzender Dr. Eduardo Kraemer, Entscheidung vom 11.8.2011.

zess der Bestätigung von Bestellungen die Abwicklung in elektronischer Form.¹⁷ Der Widerspruch ist offensichtlich und die Rechtsunsicherheit verursacht Bestürzung.

Eine weitere Konsequenz der Entscheidung ist in einem anderen Teil der Urteilsbegründung zu finden, in dem Sinne, dass "das Fehlen von Authentifizierungs-Mechanismen von digitalen Nachrichten, die im Einklang mit den Anforderungen der modernen Geschäftstätigkeit, die sich in virtueller Umgebung entwickelt, stünden, schwere Sicherheitslücken generiert, nicht dem Verbraucher zugerechnet noch durch ihn bestärkt werden kann, wohl jedoch dem Unternehmen, dass das Risiko der Geschäftstätigkeit eingeht“.

Die Frage, die vor dieser Entscheidung gemacht werden sollte ist, was der Authentifizierungsmechanismus der digitalen Nachrichten in Übereinstimmung mit den Anforderungen der Moderne sein sollte. Es ist wahr, dass das Gesetz diesen Mechanismus weder bestimmt, noch die Anforderungen nennt, die beachtet werden müssen um das durch das Gericht geforderte Maß an Sicherheit zu erreichen¹⁸.

Ebenso erwähnenswert sind die Präzedenzfälle der Rechtsprechung des Bundesstaates Rio Grande do Sul, welche für Internetkäufe und virtuelle Auktionen der Seite Mercado Livre verantwortlich sind, in Fällen, in denen Nutzer bei ihren Geschäften eine Art von Schaden erlitten haben.

Im Urteil der Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais vom 05.09.2012 wurde Mercado Livre wegen der "riskanten Aktivität" verurteilt, die Verkäufer von Produkten zu entschädigen, die von einer betrügerischen E-Mail getäuscht wurden, und daraufhin das Produkt ohne tatsächlichen Zahlungseingang verschickten.

Anhand dieser Präzedenzfälle wird deutlich, dass die von den Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul verfolgte strenge Auslegung von der Regelung des Código Civil, welche die Verantwortlichkeit für das durch die Aktion herbeigeführte Risiko zum Gegenstand hat, herrührt.

¹⁷ Interessanterweise ist festzustellen, dass selbst das Projekt zur Modernisierung des Código de Defesa do Consumidor (Projeto de Lei do Senado n° 281/2012), der den Artikel 45-C, II in den CDC fasst den Anbieter verpflichtet, das elektronische Medium zu verwenden, um unverzüglich den Erhalt von Kommunikation zu bestätigen, einschließlich des Widerrufs des Vertrages (...), genau wie Artikel D-45 besagt, dass "Bei Vertragsschluss durch elektronische oder ähnliche Mittel, muss der Anbieter dem Verbraucher eine sofortige Bestätigung der Angebotsannahme, ebenfalls auf elektronischem Wege senden."

¹⁸ Unbeschadet der Tatsache, dass Werkzeuge zur Identifikation und der Urheberschaft sowie der Integrität von elektronischen Daten, wie die digitale Signatur im brasilianischem Recht kaum vorhanden waren, wie unten zu sehen.

Die in Frage stehende Regelung ist der *parágrafo único* des Art. 927 des *Código Civil*¹⁹, welcher lautet:

"Der Schädigende muss in den gesetzlich bestimmten Fällen oder wenn die durch ihn ausgeführte Tätigkeit, ihrer Natur nach Risiken für die Rechte anderer entfaltet, den Schaden unabhängig vom Verschulden zu ersetzen."

Seit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches im Jahre 2002 versuchten Lehre und Rechtsprechung die beste Interpretation am Ende der gesetzlichen Bestimmung, sowie den angemessensten Sinngehalt dafür zu finden, was als „normal entfaltete Aktivität“, die „Risiken für die Rechte anderer“ „ihrer Natur nach“ impliziert, gilt.

Zur Interpretation des *parágrafo único* des Art. 927 des Zivilgesetzbuches erklärt Teresa Ancona Lopez, dass der Gesetzgeber nur die gefährlichen Tätigkeiten im Sinne hatte, also solche, die ihrer Natur nach mit Risiken für Dritte verbunden sind. Gemeint sind Handlungen wie etwa der Transport auf dem Luft-, See- und Landweg, Handlungen betreffend Sicherheitsdienste, die mit der Verwendung von Waffen einhergehen oder diejenigen, die mit radioaktiven Emissionen verbunden sind. Außerdem aber auch solche, die im Zusammenhang mit der Erzeugung von Feuer und Pyrotechnik und dem Verkauf von abgefülltem Gas stehen²⁰.

Die Autorin warnt zu Recht: "Es ist notwendig, dass die Lehre und Rechtsprechung die Grenzen der Verantwortlichkeit für die gefährliche Tätigkeit einhalten (weder Handlung noch Produkt) denn alles im Leben bietet Risiken und Gefahren, wenn wir damit anfangen, alle Handlungen als gefährliche zu interpretieren kommen wir schließlich dazu, jedes Individuum entsprechend der Äquivalenztheorie einzubeziehen, wie zum Beispiel der Schaden, der durch einen Radfahrer oder eine Hausfrau verursacht wird, die ihren Einkaufswagen schiebt²¹."

Schließlich fügt Teresa Ancona Lopez hinzu: "Ich denke, dass die umfangreiche Interpretation des *parágrafo único* von Artikel 927 den Unternehmen große Schäden zufügen kann: Neben der Verletzung der Prinzipien und Werte der Verfassung, welche Fundament der wirtschaftlichen Ordnung sind (Art. 170 der Bundesverfassung Brasiliens), werden auch die freie Selbstbestimmung, der freie Wettbewerb und die soziale Funktion des Eigentums betroffen,

¹⁹ Die betreffende Norm ist dem Artikel 493, Absatz 2 des portugiesischen Zivilgesetzbuches ähnlich, in dem es heißt: "Wer einem anderen in Ausübung einer Handlung Schäden zufügt, die ihrer Natur nach gefährlich ist oder gefährlich durch die Art der verwendeten Mittel zur Durchführung wird, ist verpflichtet diese zu ersetzen, außer wenn dargelegt werden kann, dass alle Maßnahmen zur Schadensvermeidung getroffen wurden."

²⁰ *Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo*, 2010, S. 683. In: Junqueira de Azevedo, Antonio; Tórrès, Heleno Taveira; Carbone, Paolo (coord.), *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas - Homenagem a Tullio Ascarelli - 2ª edição* - São Paulo: Quartier Latin, 2010, S. 667-711.

²¹ Dass., S. 685.

die sich in der sozialen Funktion von Verträgen niederschlägt. Wir dürfen nicht vergessen, dass die Fundamente der Republik die sozialen Werte der Arbeit sowie die freie Selbstbestimmung sind²²"

Dies kann als ständige Positionierung von Teresa Ancona Lopez betrachtet werden, da sie versucht eine angemessene Bedeutung der genannten Norm unter Berücksichtigung oft verbesserter verfassungsmäßigen Werte, wie der freien Selbstbestimmung, zu definieren. Es muss beachtet werden, dass die Bereitstellung einer Plattform für virtuelle Auktionen oder als Treffpunkt, der die Parteien ihre Verträge realisieren lässt, nicht als riskante Handlung betrachtet werden kann, sonst hätte dies eine Abwertung, sowie eine exzessive Verallgemeinerung des rechtlichen Schutzes die Folge.

Zu beachten ist, dass die Gestaltung des *parágrafo único* des Artikels 927 des *Código Civil* keine extensive Auslegung enthält, die durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes aufgenommen wurde. Deutlich wird dies am Beispiel der Verfahren vor dem genannten Gericht, bei denen die Haftung der Anbieter von Internet-Inhalten und E-Mails untersucht wurden²³. Für alle können wir die besondere Berufungsentscheidung Nr. 1.300.161, vom 19/07/2012 zitieren, in der beraten wurde ob der E-Mail-Anbieter für die entstandenen Schäden Verantwortung gegenüber dem Nutzer übernehmen muss, der beleidigende Nachrichten von Dritten empfangen hat. Die Dritte Kammer des Obersten Gerichtshofs, unter der Vorsitzenden Nancy Andrichi, wies die Zuweisung der Verantwortung an die E-Mail-Provider ab. Eines dem Votum zugrunde liegendem Argumentes der Vorsitzenden für die Verneinung der Schadensersatzpflicht war, dass man im vorliegenden Fall ausdrücklich nicht von einer Risikohandlung sprechen kann:

"Genauso wenig kann man von einer Risikohandlung als Rechtfertigung für den Provider für den gesendeten Inhalt der Nachrichten durch seine Benutzer sprechen".

Ergänzend fügte die Vorsitzende hinzu: "Man muss bei der Interpretation des Art. 927, *parágrafo único*, CC/02 vorsichtig sein".

In einem nicht im virtuellen Bereich stattfindenden Fall, in dem es hingegen um einen Arbeitsunfall geht, entschied der Oberste Gerichtshof in einer Linie mit der bisherigen Recht-

²² Dass., S. 685.

²³ *Recurso Especial* n° 1.300.161, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Entscheidung vom 19.7.2012; *Recurso Especial* n° 1.107.024, Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Entscheidung vom 01.12.2011; *Recurso Especial* 1.192.208, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Entscheidung vom 12.6.2012; *Recurso Especial* 1.308.830, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Entscheidung vom 08.5.2012; *Recurso Especial* 1.306.066, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, Entscheidung vom 17.4.2012; *Recurso Especial* 1.186.616, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Entscheidung vom 23.08.2011

sprechung, dass "die Art der Tätigkeit [...] ihre größere Tendenz für das Auftreten von Unfällen bestimmen [wird]. Die Gefahr, die die objektive Verantwortlichkeit einschränkt ist nicht diese, die üblicherweise jeder Handlung innewohnt.

Es erfordert die Aussetzung gegenüber einem außergewöhnlichen Risikos, wie es Handlungen mit hoch gefährlichem Potential innewohnt. Dies ist z.B. der Fall bei der Herstellung und des Transportes von Sprengstoffen".²⁴

Weiterhin wurde im Obersten Gerichtshof, in Übereinstimmung mit der Entscheidung von Minister Luis Felipe Salomão, erneut die strenge Auslegung des "Risiko-Handlung" des Art. 927, parágrafo único, bekräftigt.²⁵

Es ist zu schlussfolgern, dass diejenigen Ansichten abzulehnen sind, die die Internet- Dienstleistungen zur Abwicklung von kaufvertraglichen Beziehungen als geeignet betrachten, eine dafür faktische Unterstützung zu sein, da sie „ihrem Wesen nach Risiken beinhalten“, wie es im parágrafo único des Art. 927 CC steht.

Angemessen ist es, die Norm restriktiv zu interpretieren. Nach dieser Ansicht sind nur solche Handlungen als risikoreich anzusehen, die diese Anlage schon ihrem Wesen nach inne haben. Um diesen Teil abzuschließen, ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf des Gesetzes Nr. 1572 von 2011, für die Herausgabe eines neuen Handelsgesetzbuches in Brasilien, die Frage der Haftung im Rahmen der oben beschriebenen kaufrechtlichen Beziehungen behandelt. Dabei werden die Interessen der Involvierten nach der Maßnahme ausgeglichen, dass in seinem Artikel 111 im Prinzip die Haftung der Entwickler dieser Seiten ausgeschlossen wird, die Geschäfte direkt zwischen den Handelspartnern zustande kommen lassen²⁶.

²⁴ Recurso Especial n° 1.067.738, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Entscheidung vom 26.5.2009.

²⁵ Recurso Especial n° 1.154.737, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Entscheidung vom 21.10.2010.

²⁶ Der vollständige Inhalt des genannten Artikels ist der Folgende: "Artikel 111: Der Geschäftsmann, der eine Webseite betreibt, die nur dazu bestimmt ist die Annäherung zwischen potenziellen Geschäftspartnern und der Realisierung ihrer Geschäfte zu ermöglichen, haftet nicht für Handlungen, die von Verkäufern oder Käufern von dessen Produkten oder Dienstleistungen, jedoch muss er: I – Innerhalb von 24 Stunden nach Erhalt einer Nachricht eines Urheber Angebote von der Website entfernen, die Rechte am geistigen Eigentum anderer Menschen verletzen; II Ein Verfahren für Käufer zur Verfügung stellen, um Verkäufer zu bewerten und das jedem einsehbar ist; III – Der vorherige Artikel gilt ebenso bezüglich Datenschutzbestimmungen.

III. Die Gesetzgebung des Verbraucherschutzes und der elektronische Handel

Im nächsten Punkt analysieren wir die Frage der Verbraucherschutzvorschriften. Unser Augenmerk soll dabei auf dem Gesetzesentwurf liegen, der sich mit der Verbesserung des Verbraucherschutzgesetzes, insbesondere im Hinblick auf den elektronischen Handel, befasst.

Weiter unten im selben Abschnitt, diskutieren wir zwei wichtige Punkte die Initiative zur Modifikation des Verbraucherschutzgesetzes betreffend: Das Widerrufsrecht und unerwünschte elektronische Nachrichten (auch bekannt als Spam).

1. Der Gesetzesentwurf über die Änderung des Código de Defesa do Consumidor und E-Commerce

Noch immer gibt es in Brasilien kein gültiges Gesetz zum Verbraucherschutz im speziellen Bereich des E-Commerce. Wie bekannt ist, wurde am 11.09.1990 das Gesetz n° 8.078/1990 verabschiedet, dass den Namen Código de Defesa do Consumidor (CDC) erhalten hat. Aufgrund der bereits erwähnten Zunahme von elektronischen Einkäufen im Rahmen von Verbraucherbeziehungen²⁷, wurde im Jahr 2011 beschlossen, einen besonderen, aus Juristen bestehenden Ausschuss mit der Modernisierung des CDC zu beauftragen. Dieser Ausschuss, der unter der Leitung von Bundesrichter am STJ Antônio Herman Benjamin tagte, präsentierte als Ergebnis seiner Arbeit drei mögliche Änderungsvorschläge zum CDC, die durch Gesetzesentwürfe des Senado Federal (PLS) formal umgesetzt wurden. Der erste dieser Gesetzesentwürfe, der PLS n° 281 im Jahr 2012, beschäftigte sich mit E-Commerce.²⁸

Mit der Zustimmung zum PLS n° 281, wurde der Abschnitt VII in das Kapitel V des CDC eingefügt, der sich mit den verschiedenen Geschäftspraktiken befasst. Dieser Abschnitt VII enthält den Titel „Über E-Commerce“.

Darin ist zunächst ist Artikel 45-A mit der Absicht, die Zielsetzung des Verbraucherschutzes auch im Rahmen des E-Commerce festzusetzen, eingefügt worden, der allgemeine Regeln enthält, die darauf abzielen, das Vertrauen der Verbraucher zu verstärken „und einen effektiven Schutz durch die Verringerung der Informationsasymmetrie, durch die Bewahrung der Sicherheit bei Transaktionen, durch den Schutz der Selbstbestimmung und durch den Schutz von personenbezogenen Daten zu gewährleisten.“

Außerdem wurden auch andere Vorschriften, wie z.B. Art. 45-B eingefügt, der den Anbietern von Produkten oder Dienstleistungen, die sich elektronischer Mittel bedienen, auferlegt, dem

²⁷ Siehe dazu die Einleitung dieser Arbeit.

²⁸ Neben dem Gesetzesentwurf des Senats n° 281/2012 wurden auch gleichzeitig der PLS n° 282/2012, der den Vorrang und das beschleunigte Verfahren bei Kollektivklagen vor Gericht sicherstellt, und der PLS n° 283/2012 eingebracht, der sich mit der Frage der Verschuldung vor dem Hintergrund der vermeintlichen Notwendigkeit, die Gewährung von sog. Verbraucherrediten zu reglementieren, befasst.

Verbraucher bestimmte Informationen zur Verfügung zu stellen,²⁹ oder aber Art. 45-C, der die Anbieter verpflichtet, bestimmte Verfahren durchzuführen und bestimmte Dienste bereitzustellen,³⁰ und schließlich Art. 45-D, der bestimmt, wer bestimmte Mitteilungen an den Nutzer machen muss³¹.

Als nächstes werden wir nun die vorgeschlagene Regelung in Bezug auf unerwünschte elektronische Nachrichten analysieren.

2. Unerwünschte elektronische Nachrichten (Spam)

Art. 45-E des PLS n° 281 befasst sich mit der Frage von unerwünschten E-Mail-Nachrichten, einem Verfahren, das weltweit als Spam bekannt ist. Zu diesem Thema hat sich der STJ im Jahr 2009 im Rahmen der Bestätigung der Abweisung einer Schadensersatzklage für immaterielle Schäden durch den Empfang von unerwünschten elektronischen Nachrichten geäußert.³² Der ursprüngliche Berichterstatter des Falles, Richter Luís Felipe Salomão, musste sich mit seiner Meinung geschlagen geben, dass Schäden aufgrund von Spam anzuerkennen seien, dass Spam als missbräuchliche Handlung nach dem Wortlaut des Art. 39 III CDC³³ einzustufen sei, und dass es sich dabei um ein Eindringen in die Privatsphäre des Einzelnen handle. Gleichwohl setzte sich im Vierten Senat des STJ die mehrheitliche Auffassung durch, dass das massenhafte Versenden von elektronischen Nachrichten – Spam –, obwohl es unbestreitbar als störend empfunden wird, für sich alleine nicht geeignet ist, eine Klage aufgrund von immateriellen Schäden zu stützen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der technologische Wandel das Sperren, das Löschen und die Zurückweisung dieser Nachrichten ermöglicht.

Die Regelung des PLS n° 281 über unerwünschte Nachrichten geht von der Annahme aus, dass das Senden von elektronischen Nachrichten ohne Aufforderung des Empfängers immer

²⁹ Informationen, wie Firmenname oder Post- und E-Mail Adresse, um kontaktiert werden zu können und um Mitteilungen und Benachrichtigungen empfangen zu können, aber auch Informationen über den Endpreis von Produkten oder Dienstleistungen, inklusive etwaiger Kosten für Lieferung oder Versicherung. Außerdem Informationen über die Angebotsbedingungen, über die Zahlungsmodalitäten, über bestimmte Eigenschaften des Produkts oder der Dienstleistung und über die Gültigkeitsdauer des Angebots.

³⁰ Wie das Unterhalten von Diensten zum Empfang von Mitteilungen und Benachrichtigungen, das Treffen von angemessenen und wirkungsvollen Sicherheitsvorkehrungen, genauso wie das Gewährleisten von ausreichenden technischen Mitteln gegenüber dem Verbraucher, die eine Identifizierung ermöglichen, und schließlich Vorkehrungen für den Fall von Fehlern beim Vertragsschluss.

³¹ Je nach Vorrichtung muss der Unternehmer sofort eine Eingangsbestätigung über die Annahme des Angebots auf dem elektronischen Weg versenden. Außerdem muss er dem Verbraucher auch eine Ausfertigung des Vertrages auf einem dauerhaften Datenträger zukommen lassen, was auch elektronisch erfolgen kann.

³² Recurso Especial n° 844.736, Vierter Senat, Berichterstatter für das Urteil: Richter Honildo Amaral de Mello (vom Tribunal de Justiça do Estado do Amapá einberufener Berufungsrichter), Urteil vom 27.10.2009.

³³ Dessen Wortlaut bestimmt: „Art. 39. Einem Lieferanten von Produkten oder Dienstleistungen ist neben anderen missbräuchlichen Handlungen verboten: (...) III – dem Verbraucher ohne vorherige Bitte, Produkte zuzusenden oder Dienstleistungen zu erbringen;“.

dann verboten ist, wenn es keine frühere Beziehung zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer gibt und der Verbraucher keine vorherige Zustimmung zum Erhalt erteilt hat³⁴. Sie entspricht damit generell dem sog. „Opt-in“-Verfahren, nach dem das Versenden von elektronischen Nachrichten nur erlaubt ist, wenn der Verbraucher sich ausdrücklich für den Empfang solcher Nachrichten entscheidet.

Eine Lockerung des „Opt-in“-Verfahrens ist im ersten Absatz des Art. 45-E enthalten, gemäß dem das Senden von nicht angeforderten Nachrichten erlaubt ist, wenn eine vorherige Konsumbeziehung zwischen dem Absender und dem Empfänger bestanden hat und der Verbraucher die Möglichkeit hatte, dem zu widersprechen. Das heißt, dass der Unternehmer in der vorherigen Beziehung den Empfänger von seiner Absicht, ihm weitere E-Mails zu senden, informieren muss und ihm deutlich die Möglichkeit lassen muss, sich gegen den Empfang zu entscheiden.

Im Rahmen der Informationspflichten der Unternehmer, die ungefragt E-Mails versenden, muss über I – „Ein adäquates, einfaches, sicheres und effizientes Mittel“, das dem Empfänger die kostenlose Ablehnung der Sendung neuer unerwünschter Nachrichten zu jeder Zeit erlaubt; und II – „den weiteren Umgang mit den vom Verbraucher angegebenen Daten“ informiert werden.

Nach dem Wortlaut des vierten Absatzes des Art. 45-E, in der Fassung des PLS n° 281/2012 „gelten als unerbetene elektronische Nachrichten diejenigen Nachrichten, die im Zusammenhang mit einem Angebot oder der Bewerbung von Waren oder Dienstleistungen stehen, und die per E-Mail oder auf ähnlichem Wege gesendet werden“. Diese Regelung beabsichtigt, Übertreibungen zu vermeiden, damit Nachrichten, die weder das Bewerben noch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen beinhalten, wie z.B. Nachrichten, die vor einem möglichen Betrug oder vor Sicherheitslücken warnen, oder Nachrichten über andere relevante Informationen, wie über Produktgarantie, Service und Ähnliches, unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen einer vorherigen Beziehung zwischen Unternehmer und Empfänger, nicht als Spam angesehen werden.

³⁴ Entsprechend bestimmt Art. 45-E: „Es ist verboten unerwünschte elektronische Nachrichten an einen Empfänger zu senden, der I – in keiner früheren Beziehung mit dem Unternehmer stand und der keine vorherige Zustimmung zum Erhalt erteilt hat; II – im Register der Angebotssperre eingetragen ist; oder III direkt gegenüber dem Unternehmer deutlich gemacht hat, dass er den Erhalt nicht wünscht.“

³⁵ Im Gegensatz zum „Opt-in“-Verfahren steht das sog. „Opt-out“-Verfahren, nach dem der Unternehmer im Prinzip unerwünschte Nachrichten an den Empfänger senden kann. Nach dem Erhalt der Nachrichten liegt es an dem Empfänger selbst, dafür „zu optieren“, ob er auf der Empfängerliste des Unternehmers bleibt. Die gesetzgeberische Entscheidung für das „Opt-in“-Verfahren ist für den Verbraucher eindeutig vorzugswürdig.

3. Widerrufsrecht

Der PLS n° 281/2012 übernimmt den Begriff „Fernabsatzvertrag“, um sich auf Verträge, die außerhalb eines Geschäfts geschlossen wurden, zu beziehen, die dem Verbraucher ein einseitiges Widerrufsrecht³⁶ einräumen. In der ursprünglichen Fassung des CDC gab es keine ausdrückliche Regelung eines Widerrufsrechts für Kaufverträge, die über das Internet geschlossen wurden. Gleichwohl wurde in der Regelung über das Widerrufsrecht der Begriff „insbesondere“³⁷ bei der Aufzählung der Möglichkeiten, die ein Widerrufsrecht statuieren, verwendet, der eine Auslegung dahingehend zulässt, dass telefonische Verträge oder Haustürgeschäfte, die im Gesetz ausdrücklich genannt werden, lediglich beispielhaft sind³⁸. Der PLS n° 281/2012 erweitert die Möglichkeiten des automatischen Erlöschens (Kündigung, nach dem Wortlaut der Regelung) von akzessorischen Kreditverträgen ohne jegliche Kosten für den Verbraucher³⁹.

Auch im Hinblick auf die Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung des Widerrufsrechts hält der PLS n° 281/2012 an dem Wortlaut des aktuell einzigen Paragraphs des Art. 49 CDC fest, der bestimmt, dass „eventuell während der Bedenkzeit gezahlte Beträge sofort zurückerstattet werden müssen, einschließlich etwaiger Zinsen“⁴⁰. In diesem Zusammenhang sollte auch die jüngste EU-Richtlinie 2011/83 über die Rechte der Verbraucher beachtet werden, die die Bereiche Widerrufsrecht, missbräuchliche Klauseln, akzessorische Verbraucherkredit-

³⁶ Der vorgeschlagene neue Wortlaut von Art. 49 Caput CDC lautet: „Der Verbraucher kann von einem Fernabsatzvertrag je nachdem, welches Ereignis später eintritt, innerhalb von sieben Tagen nach der Annahme des Angebots oder innerhalb von sieben Tagen nach dem er die Ware erhalten hat oder die Dienstleistung verfügbar ist, Abstand nehmen.“ In Bezug auf das Konzept von Fernabsatzverträgen, fügte der PLS n° 281/2012 einen Paragraph 2 an Art. 49 CDC an, dessen Wortlaut lautet: „Unter Fernabsatzverträgen versteht man solche Verträge, die effektiv außerhalb von Geschäftsräumen oder ohne die gleichzeitige Anwesenheit von Verbraucher und Unternehmer geschlossen wurden, insbesondere zu Hause, telefonisch, per Nachnahme, über elektronische Mittel oder ähnlich.“

³⁷ Der ursprüngliche und immer noch rechtskräftige Wortlaut der Regelung lautet: „Art. 49 Der Verbraucher kann seine Vertragserklärung innerhalb von sieben Tagen nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung oder nach dem Erhalt der Ware oder der Dienstleistung immer dann widerrufen, wenn der Vertrag über die Lieferung von Produkten oder Dienstleistungen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurde, insbesondere telefonisch oder zu Hause.“

³⁸ Wie in den folgenden Fällen, in denen die Richter, obwohl sie den Ausdruck „insbesondere“ nicht untersucht haben, von der Annahme ausgehen, dass das Widerrufsrecht auf Käufe im Internet anwendbar ist: Tribunal de Justiça von São Paulo, Berufung n° 1.182.198-0/4, 33. Kammer, Abteilung Zivilrecht, Berichterstatter Richter Sá Duarte, Urteil vom 10.05.2010: Fall im Zusammenhang mit dem Kauf eines Mobiltelefons über das Internet; Tribunal de Justiça von Rio Grande do Sul, Berufung in Zivilsachen n° 70049155534, 12. Zivilrechtskammer, Berichterstatter Richterin Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Urteil vom 16.08.2012: Fall des Kaufs eines Flugtickets über das Internet.

³⁹ Siehe auch den Wortlaut der entsprechenden Regelung: „4° Übt der Verbraucher sein Widerrufsrecht aus, wird ein akzessorischer Kreditvertrag automatisch aufgehoben, ohne dass dem Verbraucher dadurch Kosten entstehen.“

⁴⁰ Nach der vorgeschlagenen Änderung wird der einzige Paragraph zum ersten Paragraph, da nach dieser Regelung weitere Anordnungen kommen werden.

verträge, Auskunftspflichten und E-Commerce aktualisiert.⁴¹ Gemäß Art. 14 Absatz 1 der Richtlinie trägt der Verbraucher die Kosten für die Rücksendung der Ware, es sei denn der Unternehmer stimmt zu, die Kosten zu tragen oder der Verbraucher wurde nicht darüber informiert, dass er die Kosten tragen muss.

In Bezug auf die Ausnahmen zur Anwendbarkeit des Widerrufsrechts nutzt der der PLS n° 281/2012 nicht die Chance, die Frage nach Computerprogrammen und digitalen Gütern insgesamt zu regeln, die aufgrund des Zwecks des Widerrufsrechts dadurch ausgenommen werden müssen, dass ein Widerrufsrecht nicht erlaubt wird. Das ist der Fall, weil der Telos des Widerrufsrechts der Schutz des Verbrauchers vor einer etwaigen Überraschung (zum Beispiel bei Haustürgeschäften) oder vor dem Fehlen eines vorherigen Kontakts mit dem Produkt ist. In der virtuellen Umgebung, ist aber in der Regel gerade der Verbraucher derjenige, der sich auf die Seiten der elektronischen Geschäfte begibt, um dort Produkte zu kaufen. Außerdem sind die digitalen Produkte speziell für den elektronischen Vertrieb gemacht. So passen insbesondere spezielle Testversionen eines Programms nicht zu der Idee des fehlenden Kontakts mit dem Produkt.

Ricardo Lorenzetti ist der Ansicht, dass „aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung geschlossen werden muss, dass das Widerrufsrecht funktional nicht auf Fälle des Kaufs von digitalen Gütern anwendbar ist. Aus diesem Grund, muss in diesen Fällen der Gebrauch des Widerrufsrechts als missbräuchlich angesehen werden.“⁴² Fabio Ulhoa Coelho⁴³ behauptet, dass es zum Beispiel bei finanziellen Transaktionen, die über das Internet realisiert werden, unangemessen wäre, über ein Widerrufsrecht zu sprechen: „(...) Es ist nicht richtig festzusetzen, dass jede Handlung eines Verbrauchers über das Internet innerhalb von sieben Tagen von dem Verbraucher einseitig vernichtet werden kann. Wenn man zum Beispiel an eine finanzielle Transaktion denkt, die über Online Banking realisiert wird, wie der Erwerb eines Fonds, eine Überweisung oder der Abschluss eines Darlehens. Es ist nicht zumutbar anzunehmen,

⁴¹ Für den vollständigen Text und zu weiteren Überlegungen in Bezug auf die Richtlinie 2011/83, siehe Claudia Lima Marques und Laura Schertel Mendes, **A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico** (Die neue Richtlinie 2011/83 in Bezug auf die Rechte der Verbraucher, die in Bezug auf das Widerrufsrecht, missbräuchliche Klauseln, akzessorische Verbraucherkreditverträge, Auskunftspflichten und E-Commerce aktualisiert), Revista de Direito do Consumidor n° 81/339-401. Unter anderem vereinheitlicht die Richtlinie die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts durch Festsetzung auf 14 Tage, in Übereinstimmung mit Artikel 9 Absatz 1.

⁴² Zu diesem Ergebnis kommt der Autor in der Arbeit **Comércio Eletrônico** (E-Commerce); Übersetzung von Fabiano Menke; mit Anmerkungen von Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, S. 402.

⁴³ **Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico** (Verbraucherrechte im E-Commerce), Revista da AASP n° 89/2006.

dass der Verbraucher sieben Tage später die Transaktion einseitig rückgängig machen kann, nur weil er seine Meinung über diese Handlung geändert hat.“

Die Europäische Richtlinie 2011/83 schließt ein Widerrufsrecht ausdrücklich für diejenigen Fälle aus, in denen „Verträge über digitale Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, geschlossen werden, und der Verbraucher während der Widerrufsfrist dem Beginn der Vertragserfüllung zugestimmt und zur Kenntnis genommen hat, dass er infolgedessen sein Widerrufsrecht verliert.“ So fallen nach der EU-Richtlinie 2011/83, die bis 14.06.2014 in nationales Recht umgesetzt werden muss, digitale Inhalte wie Musik oder Computerprogramme, die nicht auf einem körperlichen Datenträger verkauft werden, nicht unter die Widerrufsfrist, wenn der Verbraucher ausdrücklich in die Ausführung des Vertrags einwilligt und er darüber informiert wurde, dass ihm dieses Recht nicht mehr zur Verfügung steht.

Ein weiterer problematischer Punkt im Hinblick auf die Ausübung des Widerrufsrechts ist der Verkauf von Flugtickets im Internet. Im Verfahren einer öffentlichen Zivilklage kommen auf Vorschlag der Staatsanwaltschaft des Landes Rio de Janeiro sowohl der Beschluss als auch das Urteil des Tribunal de Justiça von Rio de Janeiro zu dem Ergebnis, dass das in Art. 49 CDC vorgesehene Widerrufsrecht nicht auf die Fälle des Kaufs von Flugtickets über das Internet anwendbar ist.

Die Grundlage der Entscheidungen konzentriert sich auf die Tatsache, dass es keinerlei Unterschied zwischen dem Ticketkauf am Verkaufsschalter der Fluggesellschaft und im Internet gibt. Denn in diesen Fällen geht es darum, dass dem Verbraucher alle nötigen Informationen zur Verfügung stehen und der Erwerb der Reise nicht durch aggressive Marketingtechniken forciert worden ist. Obwohl man hierin ein Beispiel aggressivsten Internetmarketings sehen könnte, wie z.B. durch Spam oder zumindest durch Banner, die auf Newsportalen platziert sind, ist der Position des Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro beizupflichten, dass der Kauf einer Flugreise in der Regel ein bewusster Erwerb ist. Die Initiative geht ausschließlich auf den Benutzer selbst zurück und es erscheint nicht sinnvoll, dass die Judikative ein Widerrufsrecht ohne weitere „Voraussetzungen“ annimmt, wenn man bedenkt, dass die nachträgliche Änderung von Plänen nach dem Kauf der Reise alltägliche Routine für Reisende darstellt, was mitunter Gebühren für eine Stornierung oder Flugumbuchungen zur Folge haben kann.

So wären die Interessen der Beteiligten ungleich berücksichtigt, und der Verbraucher würde zulasten des Anbieters überprivilegiert.⁴⁴

Interessant war der durch das Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entschiedene Fall⁴⁵, in dem der Kläger den Kauf einer Flugreise im Internet drei Tage vor dem Abflug tätigte und dann, indem er sich auf Art. 49 des CDC berief, die Reise verfallen ließ, als er schon am Flughafen bereit zum Einsteigen war. Die mitunter als sehr kreativ zu betrachtende Lösung war folgende: Die Richter entschieden, dass das Widerrufsrecht auf den Verkauf von Flugreisen grundsätzlich anwendbar sei, jedoch nicht, um absichtlich Vorteile aus dem Wortlaut des Art. 49 CDC zu schlagen. Das Gericht hat somit festgelegt, dass für den Kauf von Flugreisen die sieben Tage Rücktrittsfrist vom Boardingdatum ab zurück gezählt werden müssen.⁴⁶

Allerdings wäre es sinnvoller, gesetzliche Ausnahmetatbestände zu schaffen, nach denen das Widerrufsrecht bei Internetkäufen, sowie auf nicht-virtuellem Wege keine Anwendung findet, wie z.B. beim Kauf von Flugtickets. Dies würde Rechtsunsicherheit und Einzelfalllösungen für Problemfälle vermeiden, mit denen Tausende Menschen konfrontiert sein können.⁴⁷

Ausgehend vom nächsten Punkt, werden wir eine andere sehr problematische Frage im virtuellen Bereich untersuchen, welche sich auf die Sicherheit von getätigten Transaktionen bezieht.

IV. Elektronische Signatur und Sicherheit von Transaktionen im elektronischen Geschäftsverkehr

Im Einklang mit dem ersten Teil dieser Arbeit, in dem es um die zivilrechtliche Haftung im Rahmen von e-commerce Seiten am Beispiel von Fällen mit Bezug zum freien Markt ging, ist

⁴⁴ Lesenswert in Bezug auf die Bedeutung des Interessenausgleichs bei Verbraucherangelegenheiten, Marcel Leonardi: „Man darf nicht außer Acht lassen, dass das Widerrufsrecht nicht in einem Vakuum existiert, isoliert von anderen Regelungen, sondern Bestandteil des Código de Defesa do Consumidor ist, welcher als fundamentale Prinzipien Treu und Glauben des Lieferanten und des Verbrauchers und den Ausgleich der Interessen der Beteiligten in Verbraucherangelegenheiten kennt“.

Dies folgt aus der Regelung, die Art. 4º, III, des Gesetzes Nr. 8.078/1990 verfügt. **Produkte und digitale Dienstleistungen und Widerrufsrecht.** Text aufgerufen am 05.10.2012, erreichbar unter: <http://leonardi.adv.br/2011/02/produtos-e-servicos-digitais-e-direito-de-arrependimento>

⁴⁵ Zivilrevisão Nr. 70049155534, 12. Zivilkammer, Bundesrichterin Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Entscheidung vom 16.8.2012

⁴⁶ vgl. den folgenden Auszug aus der Entscheidung der Richterin: „In diesem Fall ist es entscheidend, dass die Fragestellung vernünftig analysiert wird. Der Widerruf (Rücktritt) des Kaufs der Flugreise bis zu 7 Tage vor Abflug schädigt die Airline nicht, die den Rücktritt vom reservierten Flugsitz abwickeln kann.“

⁴⁷ So zum Beispiel im deutschen Recht, in dem § 312b Abs. 3 Nr. 6 die Vorschriften über Fernabsatzverträge und somit die entsprechenden Widerrufsvorschriften bei Transportverträgen für nicht anwendbar erklärt (nach Richtlinie 1997/7/EG). Ebenso bietet Richtlinie 2011/83/EU in Art. 16 eine lange Liste von Ausnahmen vom Widerrufsrecht.

einer der meist bedenklichen Punkte für die, die im Internet Geschäfte tätigen wollen, die Sicherheit von Transaktionen. Genauer gesagt, bezieht sich das Misstrauen auf die Identität des anderen Beteiligten, also, ob derjenige auf der anderen „Seite“ wirklich der ist, für den er sich ausgibt. Abgesehen davon, birgt auch die Frage nach der Integrität und Verlässlichkeit der Informationen und persönlichen Daten der Nutzer, die sich im Netz bewegen, Unsicherheit.

Als allgemeine Regel gilt, dass diejenigen, die Dienstleistungen im Internet zur Verfügung stellen, z.B. ausgehend von der Erstellung einer e-commerce-Seite, nicht verpflichtet sind, einen besonderen Mechanismus zu benutzen, durch den Nutzer ihre Identität beweisen und entsprechende Willenserklärungen hierüber abgeben müssen. Das ist eine Tendenz der Rechtsordnungen einer großen Anzahl von Ländern. Das, was, in der virtuellen Welt reproduziert wird, bestand als Rechtsvorschriften schon für das Paradigma der „physischen“ Welt: das Prinzip der Formfreiheit.⁴⁸ Mit anderen Worten, wie schon bei den Regelungen, die für die Welt des Papiers entwickelt wurden, gibt es keine besondere Formvorschrift für Handlungen im virtuellen Umfeld.⁴⁹

Doch obwohl es keine „besondere“ Form gibt, die obligatorisch für Willenserklärungen im elektronischen Geschäftsverkehr gilt, wählen diejenigen, die e-commerce und ähnliche Seiten auf den Markt bringen, gerade das, was in diesem Artikel schon herausgestellt wurde: die Tatsache, dass sie haftbar gemacht werden können, sei es im Wege von Normen zum Schutz des Verbrauchers, oder sei es durch Auslegung zivilrechtlicher Normen, die die schwächeren Verkehrsteilnehmer schützen. Damit soll ein Minimum an Sicherheit auf ihren Plattformen „garantiert“ sein. Basierend auf dieser Tatsache und abhängig von der geschäftlichen Tätigkeit, kann der Anbieter ein mehr oder weniger starkes Instrumentarium zur Identifikation der

⁴⁸ Im brasilianischen Recht ist in Art. 107 CC/2002 ausdrücklich geregelt: „Die Gültigkeit der Willenserklärung hängt nicht von einer bestimmten Form ab, außer sie wird vom Gesetz ausdrücklich gefordert.“

⁴⁹ Eine spezielle Form – so wie es sie in der „physischen“ Welt gibt, wie z.B. die allgemeine Regelung einer verpflichtenden öffentlichen Urkunde für Rechtsgeschäfte, die die Übertragung dinglicher Rechte zum Inhalt haben, die einen Wert von über 30 Mindestlöhnen vorweisen (Art. 108 CC/2002) – könnte durch eine geringfügige Gesetzesänderung eingeführt werden, durch die Rechtsakte und Rechtsgeschäfte im elektronischen Geschäftsverkehr differenzierter geregelt werden können. Nehmen wir als Beispiel das elektronische Gerichtsverfahren. In diesem Fall bestimmt das Gesetz 11.419 von 2006 die möglichen Formen, um ein elektronisches Verfahren durchzuführen. Dabei kann nach Maßgabe des speziellen Gesetzes (Art. 1, § 2, II, a), eine digitale Signatur, basierend auf einem von einer akkreditierten Zertifizierungsstelle ausgestellten digitalen Zertifikat, verwendet werden. Ein anderes Beispiel ist das aus Gesetz Nr. 11.977, welches unter anderem die Verpflichtung vorsieht, für Dienstleistungen, die öffentlich registriert sind, ein elektronisches Registrierungssystem einzuführen (Art. 37) und dass eingereichte elektronische Dokumente für öffentlich registrierte Dienstleistungen oder solche, welche durch sie abgeschickt wurden, die Vorgaben der ICP-Brasil (Art. 38) beachten müssen. Dies bedeutet, dass es mit einem digitalen Zertifikat unterzeichnet sein sollte und innerhalb dieser Infrastruktur erworben werden musste.

Nutzer wählen, wenn es um die Sicherheit geht. Die Wahl fällt üblicherweise auf den traditionellen Mechanismus von Benutzername und Passwort.

Wie man weiß, geschieht es, dass Passwörter ihre Schwachstellen preisgeben, meistens dadurch, dass man sie selbst weitergibt. Denn sowohl der Inhaber des Passworts wie auch der spezifische Gegenpart, wie z.B. eine Bank, teilen diese Information, damit die Bank weiß, dass der Kunde der ist, für den er sich ausgibt. Dies wird als Bestätigung genommen, um den Zugang zu einem bestimmten System freizugeben, wo Transaktionen getätigt werden und andere Informationen entnommen werden können.

In diesem Zusammenhang, haben sich internationale Organisationen und Parlamente der verschiedensten Länder damit beschäftigt die sogenannten digitalen Signaturen zu regulieren.⁵⁰ Bekannt sind die gesetzgeberischen Initiativen von mehreren föderativen Vereinigungen wie den USA, der UNCITRAL, der EU und ihrer Mitgliedsstaaten ebenso wie Argentinien, Chile, Indien, Südkorea und China.⁵¹ Digitale Signaturen schaffen, indem sie sich auf die Technik der asymmetrischen Verschlüsselung stützen, höhere Sicherheit für elektronische Transaktionen, da durch diese Verschlüsselung Passwörter nicht eingesehen werden können. Dies ist einer der fundamentalsten Aspekte und unterscheidet substanziell die digitalen Signaturen von Passwörtern. Ausgehend hiervon, kann man von einer Angleichung der Auswirkungen einer

⁵⁰ Bezüglich der Namensgebung „digitale Signatur“ muss man beachten, dass diese eine Art der sogenannten elektronischen Signatur ist. Die digitale Signatur ist als eine Technik zur Identifikation, mit Zuordnung des Autors und Integrität der Dokumente in elektronischer Umgebung, basierend auf einer asymmetrischen Verschlüsselung, anerkannt worden. Die Bezeichnung „elektronische Signatur“ wurde von der Europäischen Union in Richtlinie 1999/93/EG genutzt, die sich mit dem infrage stehenden Thema beschäftigt. Die Gesetzesvorlage bezüglich elektronischer Signaturen der UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) spricht ebenfalls von der „elektronischen Signatur“, um eine neutrale Bezeichnung der Technologie sicherzustellen, und um auf diese Weise zu vermeiden, dass irgendeine Art von Technologie im Besonderen begünstigt wird.

⁵¹ Die zitierten Ländern und internationalen Organisationen sind lediglich Beispiele.

Signatur, die auf diesem Mechanismus basiert, an eine Signatur, die von eigener Hand stammt, sprechen, wodurch man die sogenannte funktionale Gleichwertigkeit erhält.⁵²

Im Anschluss an diese Entwicklung änderte Brasilien die vorläufige Maßnahme Nr. 2.200-2⁵³ von 2001, durch welche die Infrastruktur der Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) geschaffen wurde und die sich zusammensetzt aus einer leitenden politischen Behörde, aus dem Führungskomitee der ICP-Brasil, einer Wurzelzertifizierungsstelle⁵⁴, die verantwortlich ist für die Prüfung und Akkreditierung der Zertifizierungsstellen⁵⁵, die, zusammen mit ihren Registrierungsstellen, die Nutzer identifizieren, sodass diese die digitalen Signaturen als Mittel zur Identifikation in der elektronischen Umgebung nutzen können.

Die Verwendung dieser technischen und operativen Verfahren basierte auf der erwähnten Angleichung der digitalen Signatur an die eigenhändige Unterschrift, ausgehend von der Anwendung des Art. 131 CC/1916 – heute vollständig neugefasst in Art. 219 CC/2002⁵⁶. Gemäß Art. 10, § 1, der vorläufigen Maßnahme Nr. 2.200-2: „Von Aussagen in elektronischen Dokumenten, die unter Verwendung von Zertifizierungsprozessen, die bei der ICP-Brasil verfügbar

⁵² Der Gesetzesentwurf zum elektronischen Geschäftsverkehr von UNCITRAL aus dem Jahre 1996, ist als eines der grundlegenden Dokumente zur Anerkennung der funktionalen Gleichwertigkeit anzusehen: „The Model Law thus relies on a new approach, sometimes referred to as the “functional equivalent approach”, which is based on an analysis of the purposes and functions of the traditional paper-based requirement with a view to determining how those purposes or functions could be fulfilled through electronic-commerce techniques. For example, among the functions served by a paper document are the following: to provide that a document would be legible by all; to provide that a document would remain unaltered over time; to allow for the reproduction of a document so that each party would hold a copy of the same data; to allow for the authentication of data by means of a signature; and to provide that a document would be in a form acceptable to public authorities and courts. It should be noted that in respect of all of the above-mentioned functions of paper, electronic records can provide the same level of security as paper and, in most cases, a much higher degree of reliability and speed, especially with respect to the identification of the source and content of the data, provided that a number of technical and legal requirements are met. However, the adoption of the functional-equivalent approach should not result in imposing on users of electronic commerce more stringent standards of security (and the related costs) than in a paper-based environment”, S. 20, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996. Abrufbar unter: www.uncitral.org.

⁵³ Trotz der Benennung als „vorläufige Maßnahme“, gilt die vorläufige Maßnahme Nr. 2.200-2 in Brasilien zeitlich unbegrenzt nach den Bestimmungen des Art. 2 der EC 32/2001: „Art. 2: Vorläufige Maßnahmen, die vor dem Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Änderungen geändert wurden, bleiben in Kraft bis eine weitere vorläufige Maßnahme diese explizit widerruft, oder bis der Nationalkongress diese vollständig auflöst.“

⁵⁴ Die Funktion der Obersten Zertifizierungsstelle, innerhalb der Infrastruktur der öffentlichen brasilianischen Schlüssel, wird ausgeführt vom Nationalen Institut für Informationstechnologie, einer Bundesbehörde, die der Casa Civil da Presidência da República angegliedert ist. So stellt sich heraus, dass an der Spitze dessen, was man als Zertifizierungskette bezeichnen kann, die Regierung steht. Dieses Modell der Infrastruktur de Chaves Públicas, übernommen durch Brasilien, wurde inspiriert durch die deutsche Gesetzgebung, insbesondere durch das Signaturgesetz von 1997, so wie das Signaturgesetz von 2011. Über den deutschen Einfluss in der brasilianischen Gesetzgebung siehe hierzu, MENKE, Fabiano, *Assinatura digitais, certificados digitais, infraestrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã*, Revista de Direito do Consumidor, Nr. 48, S. 132.

⁵⁵ Die Hauptaufgabe der Zertifizierungsstellen ist die Ausgabe von digitalen Zertifikaten, um die Inhaber von digitalen Signaturen zu identifizieren.

⁵⁶ Die Formulierung von Art. 219 CC/2002 ist die folgende: „Von Aussagen in signierten Dokumenten wird vermutet, dass sie, in Bezug auf die Unterzeichner, wahr sind.“

sind, angefertigt wurden, wird vermutet, dass sie, in Bezug auf die Unterzeichner, nach Maßgabe des Art. 131 des Gesetzes Nr. 3.071, vom 1. Januar 1916 – Código Civil – wahr sind.“

Wie wir bereits sehen konnten,⁵⁷ sowohl in Art. 131 CC/1916 wie auch in Art. 219 CC/2002, sehen diese vor, dass die Aussagen in Bezug auf die Unterzeichner als wahr unterstellt werden. Der Zweck dieser Regelung ist es, den Aussagen aus der eigenen Hand eine relative Urhebervermutung⁵⁸ zuzuweisen.

Durch Überführung dieser Regelung in den Bereich der elektronischen Umgebung, weist die vorläufige Maßnahme Nr. 2.200-2 die Urhebervermutung (auch die relative) dem mit digitalem Zertifikat der ICP-Brasil elektronisch signierten Dokument zu.⁵⁹

Artikel 1 der vorläufigen Maßnahme Nr. 2200-2 enthält einen Verweis auf die Garantie der „Rechtsgültigkeit“ von Dokumenten in elektronischer Form⁶⁰. Diese "Garantie der Rechtsgültigkeit" verfolgt in erster Linie den Zweck, von Auffassungen Abstand zu nehmen, die elektronisch geäußerte Willenserklärungen geringer schätzen, nur weil sie auf diese Weise geäußert wurden. Es ist die Anerkennung des Postulats, dass die Nomenklatur im Rahmen von UNCITRAL zum Prinzip der Nichtdiskriminierung führt⁶¹. Die vorläufige Maßnahme Nr. 2200-2 beabsichtigte nicht, sich für ihre Regelungen oder für die Mechanismen zur Zuweisung von Urheberschaft, Exklusivität bei der Festlegung der Gültigkeitsmerkmale vorzubehalten. Mit anderen Worten, die vorläufige Maßnahme Nr. 2200-2 beinhaltet keine Entscheidung, ob sie die Voraussetzungen des ICP-Brasilien als richtig oder ungültig ansieht.

⁵⁷ Menke, F. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, S. 138-139.

⁵⁸ Die relativen Urhebervermutungen lassen eine Umkehr der Beweislast zu, im Gegensatz zu den absoluten. Trotz der Urhebervermutung im Art. 131 CC von 1916, kommentiert Eduardo Espínola 1918: „Der art. 131 CC stellt eine Vermutung auf, die nur durch einen Gegenbeweis widerlegt werden kann. Immer dann, wenn ein unterschriebenes Dokument vorgelegt wird, muss davon ausgegangen werden, dass die darin enthaltenen Aussagen wahr sind, d.h. vom Unterzeichner kommen. Folglich wollte dieser ihnen die Rechtsfolgen im Einklang mit seiner Rechtsnatur oder der Art des Rechtsaktes, den er im Blick hatte beimessen.“ **Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918, v.1, S. 417.**

⁵⁹ Es muss zusätzlich zur Autoritätsvermutung, die Vermutung der Integrität der Nachricht hinzugefügt werden, bzw. die Tatsache, dass ihr Inhalt nicht geändert wurde. Diese Vermutung ergibt sich aus der Kombination von zwei Faktoren: 1) Die Verwendung der asymmetrischen Verschlüsselung, die die Möglichkeit bietet, sich Kenntnis über etwaige Änderungen am Inhalt des Dokumentes zu verschaffen und 2) die positive Bestätigung, dass das Dokument effektivweise nicht verändert wurde.

⁶⁰ Eine Vorschrift mit folgender Formulierung: „Das ICP-Brasilien wurde gegründet, um die Authentizität, Integrität und Rechtsverbindlichkeit von elektronischen Dokumenten und Anwendungen zu gewährleisten und es unterstützt die Anwendung digitaler Zertifikate, sowie die Durchführung sicherer elektronischer Transaktionen“.

⁶¹ Mit der Auswirkung, den Art. 5 des Gesetzes über das Modell des elektronischen Handels von UNCITRAL bestimmt: "Article 5. Legal recognition of data messages: Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message." *Der Leitfaden zur Einführung des Modellgesetzes beinhaltet folgenden Kommentar zu Artikel 5: "Article 5 embodies the fundamental principle that data messages should not be discriminated against, i.e., that there should be no disparity of treatment between data messages and paper documents. It is intended to apply notwithstanding any statutory requirements for a writing or an original".*

Darüber hinaus dürfen wir nicht aus den Augen verlieren, dass § 2 des Art. 10 der vorläufigen Maßnahme Nr. 2200-2 Folgendes beinhaltet: „Die Bestimmung dieser vorläufigen Maßnahme schließt nicht die Verwendung anderer Mittel zum Nachweis der Urheberschaft und Integrität elektronischer Dokumente aus, einschließlich derer, die nicht vom ICP-Brasilien zertifiziert wurden, wenn sie von den Parteien als gültig angesehen werden oder vom Empfänger akzeptiert wurden.“ Diese Bestimmung verfolgt den Zweck, die bereits angesprochene Regel des § 1 dahingehend zu flexibilisieren, dass es den Parteien freisteht andere Mittel zur Zuordnung der Urheberschaft als die digitale Signatur des ICP-Brasilien zu wählen⁶².

Die vorläufige Maßnahme Nr. 2200-2 schafft daher keine verpflichtende besondere Form⁶³ für elektronische Medien. Und mehr noch, ihre Lehre über Form und Nachweis von Handlungen und Rechtsgeschäften innerhalb der Anleitungen des Zivilgesetzbuches, das, wie bereits erörtert, in Art. 107 bestimmt: „Die Gültigkeit der Willensäußerung hängt nicht von einer besonderen Form ab, sofern das Gesetz diese nicht ausdrücklich verlangt.“ Daher enthält der Text der vorläufigen Maßnahme Nr. 2200-2 auch keine Festlegung auf die spezielle Form der Verfahren zur Zuordnung der Urheberschaft des ICP-Brasilien.

⁶² Es muss festgestellt werden, dass die Inspiration zu der betreffenden Vorschrift aus der portugiesischen Gesetzgebung stammt, in der Art. 3, item 4, des Dekrets Nr. 290-D/1999 bestimmt: „Die vorstehenden Absätze gelten nicht für die Verwendung anderer Mittel zum Nachweis der Urheberschaft und der Integrität elektronischer Dokumente, einschließlich der elektronischen Signatur, die nicht den Anforderungen dieses Gesetzes entsprechen, vorausgesetzt, dass diese Mittel von den Parteien gemäß gültiger Vereinbarung als Beweis für die Richtigkeit eines Dokuments akzeptiert wurden“.

⁶³ Zum Konzept der speziellen Form, lehrt Pontes de Miranda: „Man kann sagen, dass es die spezielle Form ist, für die das Rechtssystem bestimmte Rechtsakte verlangt oder wenn es um eine Person oder Sache geht. Dafür wird ein Spezialgesetz benötigt“. **Tratado de Direito Privado**, Tomo III, Campinas, Bookseller, 2003, S. 394.

Hinzu kommt die Existenz weiterer Regeln, sowohl des Zivilgesetzbuches als auch der Zivilprozessordnung⁶⁴, die die Fragen des Nachweises und seiner Bewertung regeln und die im Einklang mit den Grundsätzen der Formfreiheit⁶⁵ und der freien Beweiswürdigung stehen, wie Art. 332, dieses letzten Rechtsaktes, der besagt: „Alle legalen Mittel, wie alle moralisch legitimen Maßnahmen, sind, auch wenn sie nicht in diesem Gesetzbuch angegeben sind, geeignet, die Wahrheit von Tatsachen zu beweisen.“

Es sind weder die vorläufige Maßnahme Nr. 2200-2, noch die von ihr anerkannte Technik der asymmetrischen Verschlüsselung, die die Lehre des Zivilgesetzbuches von der Möglichkeit der Ungültigkeitserklärung fehlerhafter, auf Betrug oder Zwang basierender Willenserklärungen, verändert haben und es war auch nie ihr Zweck. Es ist wahr, dass der Einsatz der elektronischen Medien im Allgemeinen die ohnehin schwierige Suche nach dem Beweis von Willensmängeln weiter erschweren kann, denn die Manifestation des Willens auf diese Weise wird in der Regel von den Vertragspartnern isoliert und ohne die Anwesenheit von anderen Menschen durchgeführt, die die Mängel als Zeugen bestätigen können. Ricardo Lorenzetti kommt auf die Irrelevanz der subjektiven Zustände für elektronische Medien zu sprechen.⁶⁶ Aber man kann nicht bis zu dem Punkt gehen zu sagen, dass es nicht mehr möglich ist, die

⁶⁴ Die Frage des Beweises ist in einem Grenzgebiet des brasilianischen Rechts verordnet, reglementiert sowohl durch das Zivilgesetzbuch, als auch durch die Zivilprozessordnung. Wie Caio Mário da Silva Pereira lehrt: „Der Beweis ist in Wahrheit ein Objekt der Zivilrechtswissenschaft, wie auch des Prozessrechts. Das Zivilrecht definiert die „Beweismittel“ und legt die Leitlinien fest, nach denen Rechtsgeschäfte, nach Vorschrift oder freiwillig, und vor allem Willenserklärungen überprüft werden. Das Verfahrensrecht bekräftigt die Grundsätze für die Bewertung der Beweismittel vor Gericht und die Technik, sie der richterlichen Würdigung zu überlassen. Somit ist es nicht das Prozess-, sondern das Zivilrecht, das die formalen Voraussetzungen für die Kundgabe des Willens bestimmt und die rechtlichen Folgen für ihren Beweis. Aber nicht im Zivilrecht, sondern im Prozessrecht wird darüber gestritten, ob das Prinzip der Freiheit des Richters bei der Entscheidungsfindung nach seiner persönlichen Überzeugung *ex informata conscientia* oder nach dem Lauf des Rechtstreits *secundum allegatum et probatum iudex iudicare debet* zu erfolgen hat (Wissentlich, muss das Gericht nach dem, was behauptet und erwiesen worden ist urteilen)“. **Instituições de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, S. 503-504. Noch in der Frage über die Wissenschaft des Beweises, sowohl im Zivilgesetzbuch, als auch in der Zivilprozessordnung, weist Clóvis do Couto e Silva darauf hin, dass es noch keine Zivilprozessordnung gab, als in Brasilien das Zivilgesetzbuch von 1916 in Kraft trat und die Notwendigkeit eines Mindestmaßes an Rechtssicherheit in dieser Angelegenheit erst durch dieses Gesetzbuch begründet wurde. Nachzulesen in **Direito material e processual em tema de prova**, Revista de Processo 13, S. 135. Die Problematik wird auch in der Analyse von Pontes de Miranda thematisiert, die den Ansatz des Zivilgesetzbuchs verteidigt, dass der Empfänger des Beweises nicht nur der Richter ist, denn die Prozessbeteiligten müssen auch von der Glaubwürdigkeit der Beweise über die Handlungen und Rechtsgeschäfte überzeugt sein, für die sie stehen. Ob. cit., nota de rodapé nº 10, S. 451. Zu einer Analyse dieser Frage. Menke, F., **Die elektronische Signatur im deutschen und brasilianischen Recht: Eine Rechtsvergleichende Studie**, Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 189-190.

⁶⁵ Über das Prinzip der Formfreiheit im brasilianischen Recht, behauptet Maria Helena Diniz: „In unserem Recht herrscht folgendes Prinzip: Egal in welcher Form der Wille kundgetan wird, gilt prinzipiell seine schöpferische Kraft, außer, wenn sich aus den Umständen etwas anderes ergibt“. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**, São Paulo: Saraiva, 2011, S. 541-542.

⁶⁶ Lorenzetti, R. L. **Comércio Eletrônico**. Übersetzung von Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, S. 299.

traditionelle Dogmatik der Mängel von Rechtsakten und Rechtsgeschäften im elektronischen Verkehr durchzusetzen. Dies liegt daran, dass der Wille des Erklärenden (frei von Mängeln), auch nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches von 2002, weiterhin einen herausragenden Platz in der Lehre des Rechtsgeschäfts einnimmt, wie es auch Antônio Junqueira de Azevedo in seinem Kommentar zur Lehre von Fehlern sagt⁶⁷: „Es ist das Kapitel der Fehler, in dem man am intensivsten den Einfluss des Willens auf die Erklärung sehen kann“ Dennoch sollte man beachten, dass das Zivilgesetzbuch von 2002 den übertriebenen Subjektivismus entfernte, der bis dahin bei Interpretation von Willenserklärungen angewendet wurde⁶⁸.

In diesem Zusammenhang haben wir bereits die Gelegenheit gehabt zu registrieren, dass laut Kommentar über die sogenannte Nicht-Zurückweisung auch die Möglichkeit der Anfechtung digital signierter elektronischer Dokumente besteht, genau wie auch auf der Grundlage der Bescheinigung des ICP-Brasilien, die besagt: „Die Nicht-Zurückweisung der Herkunft ist eine relative Vermutung, dass derjenige, der digital signiert hat, dem Grundsatz nach an die manifestierte Willenserklärung gebunden ist. Weil es sich um eine Vermutung handelt, ob relativ oder juris tantum, ist es möglich, dass Gegenteil zu beweisen. Zum Beispiel kann der vermeintliche Urheber der Willenserklärung beweisen, dass er zur Unterzeichnung des elektronischen Dokuments gezwungen wurde und damit der Vermutung der Urheberschaft entgegengetreten. Allerdings wird alles von der Analyse der Beweise abhängen und, falls der Fall vor Gericht landet, muss untersucht werden, ob nach Beendigung der Zwangslage, die notwendigen Vorkehrungen getroffen wurden, um den Empfänger der Nachricht über diese Umstände zu informieren, die der Ausführung einer vertraglichen Pflicht entgegenstehen (auch die Erklärung der Notwendigkeit eines Widerrufs eines Zertifikats bei einer Zertifizierungsstelle). Wie auch immer, es gibt unzählige Möglichkeiten der Kombination von Handlungen, die mit Vorsicht und Sorgfalt durch den Richter behandelt werden sollte.“⁶⁹

Die Differenzierung der digitalen Signatur des ICP-Brasiliens hat daher nicht das Attribut einer exklusiven und absoluten Gültigkeit für elektronische Medien, sie hat aber Auswirkungen auf die Unterscheidungen der Beweiskraft, über die ein elektronisches Dokument im Allgemeinen nicht verfügt.

⁶⁷ Azevedo, A. J. de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶⁸ Wie es Art. 112 des Zivilgesetzbuches durch folgende Formulierung zum Ausdruck bringt: „Bei den Willenserklärungen ist die mit ihnen verbundene Absicht mehr zu beachten, als der buchstäbliche Sinngehalt der Wortwahl“. Die Neuheit im Vergleich zu dem entsprechenden Artikel des früheren Zivilgesetzbuches ist der Ausdruck "die mit ihnen verbundene Absicht", dessen Ziel es ist, die Willenserklärung stärker zu objektivieren und stärker die Theorie des Willens zurückzudrängen, mit der Folge einer Annäherung an die Theorie der Erklärung.

⁶⁹ Menke, F. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, S. 141-142.

Wie bereits beobachtet: "Logische Folge im brasilianischen Recht ist eine Regel, nach der Behörden, die die Verpflichtung haben, alle technischen, administrativen, organisatorischen und rechtlichen Voraussetzungen entsprechend den Vorgaben des ICP-Brasilien zu erfüllen, einer handschriftlichen Unterschrift die gleiche Wirkung wie einer digitalen Unterschrift beimessen müssen, welche ein digitales Zertifikat von einer durch das Nationale Institut für Informationstechnologie akkreditierten Zertifizierungsstelle aufweist".⁷⁰

Die Frage, wie man das Problem löst, ist demnach eine nach der Effizienz und nicht nach der Gültigkeit. Diesen differenzierten rechtlichen-beweistechnischen Effekten fügt das ICP-Brasilien eine größere Überzeugungskraft über die Urheberschaft und Integrität des elektronischen Dokuments bei, so dass eine robustere Rechtssicherheit gegeben ist, die die Behauptung der fehlenden Urheberschaft erschwert (aber nicht unmöglich macht).

Daher kann man bei den Mechanismen des ICP-Brasilien oder anderen Mechanismen zur Identifizierung, mit der Zuweisung der Urheberschaft und der Integrität, festhalten, dass die Anbieter einem rechtlichen Rahmen vorfinden werden, der mindestens angemessen ist um Rechtsgeschäfte zu realisieren und in dem die Möglichkeit gegeben ist, elektronischen Transaktionen mehr Sicherheit hinzuzufügen, ohne in dieser Hinsicht große rechtliche Hürden zu schaffen.

V. Schlussfolgerungen

- (a) Brasilien muss, obwohl es als eines seiner wichtigsten Leitlinien die Regulierung der elektronischen Medien ansieht, in einigen Bereichen noch für praktische Regelungen im virtuellen Bereich sorgen;
- (b) Im Rahmen des elektronischen Geschäftsverkehrs, gibt es eine ansehnliche gerichtliche Tätigkeit, die über die beträchtliche Entwicklung in der Erarbeitung von Gesetzesprojekten hinausgeht;
- (c) Im Hinblick auf die Verantwortung der Anbieter von elektronischem Handel, wurde der Schwerpunkt auf den Fall der Vermittler von direkt durgeführten Geschäften zwischen Käufern und Verkäufern gelegt;
- (d) Man kann die Verantwortung für die "Risiken der normal entwickelten Aktivität" nicht schmälern, mit der sich der einzige Paragraph des Art. 927 des Zivilgesetzbuches beschäftigt,

⁷⁰ Menke, F. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, S. 140-141. Das Kursivgedruckte ist nicht Teil der Originalpublikation.

der Raum für eine weite Auslegung der Frage nach den inklusiven Leistungen der Seiten mit elektronischen Handel bietet, wie die, die sich den Interessen am Handeln annähern;

(e) In diesem Zusammenhang bringen Initiativen wie der Gesetzentwurf Nr. 1572 aus dem Jahr 2011, der ein neues Handelsgesetzbuch zum Ziel hatte, eine ausgewogenere Alternative in der Reglementierung, nicht die Verkäufer für alle Kosten verantwortlich zu machen, sondern denjenigen, der zu handeln wünscht;

(f) Es gibt eine kritikwürdige Parallele zwischen der internen Zufälligkeit, durch die Finanzinstitute für Schäden der Anleger beim Auftreten von Betrugereien an Orten wie dem freien Markt verantwortlich sind, nachdem die Hypothesen völlig deutlich sind und einen Vergleich nicht erlauben, weniger noch eine Analogie;

(g) Es ist notwendig eine übermäßige "Technisierung" in der Analyse der rechtlichen Phänomene zu vermeiden, so dass der Verbraucherschutz für diejenigen, die es wirklich brauchen gegeben ist und dabei keine übermäßigen Kosten für die Anbieter von Produkten und Dienstleistungen entstehen;

(h) In diesem Zusammenhang können spezifische Vorschriften, wie die des PLS Nr: 281/2012 über unerwünschte elektronische Nachrichten (Spam) und Widerrufsrechte, für notwendig erachtet werden;

(i) Allerdings muss man bedenken, dass zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und der Verwendung von Kasuistik aus Fällen, bei denen Tausende von Menschen mit dem gleichen Problem konfrontiert wurden, wäre es das Beste eine gesetzliche Prognose von Ausnahmen zu machen, in denen ein Widerrufsrecht bei Einkäufen im Internet nicht ausgeübt werden darf, wie beispielsweise im Falle des Erwerbs von Flugtickets;

(j) Die Verwendung von technischen und operativen Verfahren in der vorläufigen Maßnahme Nr. 2200-2 sieht vor, dass nach brasilianischem Recht, eine Gleichstellung der digitalen zur handschriftlichen Signatur für die Auswirkungen des Art. 219 des Zivilgesetzbuches erfolgt;

(k) Die digitale Signatur auf Basis des digitalen Zertifikats des ICP-Brasilien genießt unterschiedliche Beweiskraft und wahrt die Vermutung der Urheberschaft bei elektronischen Dokumenten;

(l) Dennoch ist es nicht das einzige Mittel zum Nachweis der Urheberschaft, welches das brasilianische Recht für den virtuellen Raum kennt und die Parteien können andere Mechanismen wählen, die nicht in der vorläufigen Maßnahme Nr. 2200-2 angegeben sind und sich auf das ICP-Brasilien beziehen, um so die notwendige Flexibilität zur Weiterentwicklung des elektronischen Handels zu gewährleisten.

Anhang: Literaturverzeichnis

AZEVEDO, A. J. de

Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4^ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

BORGES, Georg

Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr. München: Beck, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa

Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico, Revista da AASP n^º 89/2006

FOX, Dirk

Elektronische Wahlgeräte. Datenschutz und Datensicherheit, 2009, v.2, p. 114.

LEONARDI, Marcel

Produtos e serviços digitais e direito de arrependimento. Texto acessado em 05.10.2012, disponível em: <http://leonardi.adv.br/2011/02/produtos-e-servicos-digitais-e-direito-de-arrependimento/>

LOPEZ, Teresa Ancona

Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In: Junqueira de Azevedo, Antonio; Tôres, Heleno Taveira; Carbone, Paolo (coord.), *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas - Homenagem a Tullio Ascarelli* - 2^a edição - São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 667-711.

LORENZETTI, Ricardo Luiz

Comércio Eletrônico; tradução de Fabiano Menke; com notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima
MENDES, Laura Schertel

A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico, Revista de Direito do Consumidor n^º 81/339-401.

MARTINS-COSTA, Judith
BRANCO, Gerson Luiz Carlos

Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MENKE, Fabiano

Assinaturas digitais, certificados digitais, infraestrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã, Revista de Direito do Consumidor n^º 48, p. 132.

MENKE, Fabiano

Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MENKE, Fabiano

Die elektronische Signatur im deutschen und brasilianischen Recht: Eine Rechtsvergleichende Studie. Baden-Baden: Nomos, 2009.

PONTES DE MIRANDA,
Francisco Cavalcanti

Tratado de Direito Privado, Tomo III, Campinas, Bookseller, 2003.