



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und
Verfassungsrecht

zum **Digitalen Nachlass**

Stellungnahme Nr.: 34/2013

Berlin, im Juni 2013

Mitglieder des Ausschusses Erbrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Andreas Frieser, Bonn
(Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Stephanie Herzog, Würselen
(Berichterstatlerin)
- Rechtsanwalt Dr. Daniel Lehmann, München
- Rechtsanwalt Richard Lindner, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Dr. Christian von Oertzen, Frankfurt
- Rechtsanwalt und Notar Dr. Hubertus Rohlfing, Hamm
- Rechtsanwalt Dr. Stephan Scherer, Mannheim

zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Christine Martin, Berlin

Mitglieder des Ausschusses Informationsrecht

- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender
und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin
- Rechtsanwalt Peter Huppertz LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider, München
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk LL.M. (EU), München
- Rechtsanwalt und Notar Ulrich Volk, Wiesbaden
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart
(Berichterstatter)

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

**...in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft
Informationstechnologie (DAVIT)**

- Rechtsanwältin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, Berlin
(Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Bräutigam, München
(Berichterstatter)

zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Thomas Marx, Berlin

Mitglieder des Ausschusses Verfassungsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn
(Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin und Notarin Mechtild Düsing, Münster
- Rechtsanwalt Roland Gerold, München
- Rechtsanwalt Dr. Rainard Menke, Stuttgart
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank Rottmann, Rackwitz
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer LL.M., Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Birgit Spießhofer M.C.J., Berlin
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg
- Rechtsanwältin Dr. Antje Wittmann, Münster

zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien
- Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen des Deutschen Bundestages
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Wirtschaftsministerien der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesverfassungsgericht
- Bundesnotarkammer
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesverband der Freien Berufe
- Deutscher Juristinnenbund
- Deutscher Notarverein e.V.
- Deutscher Richterbund e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband e.V.
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- GRUR
- BITKOM
- DGRI
- ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz
- Verband Deutscher Anwaltsnotare e.V.
- Deutsches Forum für Erbrecht e.V.
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse im Deutschen Anwaltverein
- Vorsitzende der Landesverbände im Deutschen Anwaltverein
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
- Erbrechtsausschuss im Deutschen Anwaltverein
- Informationsrechtsausschuss im Deutschen Anwaltverein
- Verfassungsrechtsausschuss im Deutschen Anwaltverein
- Verwaltungsrechtsausschuss im Deutschen Anwaltverein
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Erbrecht im Deutschen Anwaltverein
- Redaktionen AnwBl, NJW, ZEV, ZErB, ErbR, FamRZ, Juris, Juve
- Bundesgerichtshof, Bibliothek

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Die Abwicklung des und die Berechtigung am digitalen Nachlass werfen erhebliche praktische Probleme auf, die in der Beratungspraxis bisher keine hinreichende Beachtung finden. Entgegen anders lautender Äußerungen im Schrifttum geht grundsätzlich der gesamte digitale Nachlass inklusive E-Mail-Accounts, Providerverträgen und Auskunftsansprüchen z.B. in Bezug auf Passwörter gemäß § 1922 BGB im Wege der Universalsukzession auf die Erben des verstorbenen Internetnutzers über. Die zum großen Teil anders lautenden AGB der Provider halten der Inhaltskontrolle überwiegend nicht stand. Das Fernmeldegeheimnis darf der Realisierung des Erbrechts nicht entgegenstehen. Um dies zu verwirklichen hält der Deutsche Anwaltverein zumindest vor dem Hintergrund des § 88 Abs. 3 Satz 1 und 3 TKG eine Ergänzung des TKG für erforderlich. Ferner sollte de lege ferenda bei Festnetzverträgen ein Übergang des Telekommunikationsanschlusses auf die Mitwohnungsinhaber des Teilnehmers, die nicht dessen Erben sind, bzw. generell ein Übergang auf die Mitwohnungsinhaber, die Mitvertragspartner sind, vorgesehen werden ähnlich den §§ 563 ff. BGB.

Inhaltsübersicht

Teil 1: Gesetzesvorschlag	6
A. Vorgeschlagener Gesetzestext	6
B. Vorschlag für eine amtliche Begründung	7
Teil 2: Stellungnahme	11
Vorbemerkung	
Inhaltsverzeichnis der Stellungnahme	13
A. Der digitale Nachlass – empirischer Befund und Fragestellung	17
B. Bewertung der Rechtslage aus erbrechtlicher Sicht	30
C. Die AGB der Provider auf dem Prüfstand	59
D. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	66
E. Vorschläge de lege ferenda	92
F. Glossar	93

Teil 1: Gesetzesvorschlag

Regelungsvorschlag: Ergänzung des TKG im Hinblick auf Probleme des „Digitalen Nachlasses“

A. Vorgeschlagener Gesetzestext

1. § 43c TKG-E

Das TKG wird um folgende Vorschrift ergänzt:

§ 43c TKG-E

(1) 1Der Ehegatte oder eingetragene Lebenspartner, der mit einem Teilnehmer einen gemeinsamen Haushalt führt, tritt bei Verträgen über Telekommunikationsdienste im Festnetz mit dem Tod des Teilnehmers in ein vom Teilnehmer allein geführtes Vertragsverhältnis ein. 2Leben in einem gemeinsamen Haushalt Kinder des Teilnehmers oder andere Familienangehörige, treten diese mit dem Tod des Teilnehmers in dessen Vertrag ein, wenn der Ehepartner oder eingetragene Lebenspartner nicht eintritt. 3Dasselbe gilt für Personen, die mit dem Teilnehmer einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen.

(2) 1Erklärt eine in das Vertragsverhältnis eingetretene Person innerhalb eines Monats, nachdem sie vom Tod des Teilnehmers Kenntnis erlangt hat, dem Telekommunikationsdiensteanbieter gegenüber, dass sie das Vertragsverhältnis nicht fortsetzen will, gilt der Eintritt als nicht erfolgt. 2Sind keine Personen nach Absatz 1 in das Vertragsverhältnis eingetreten, setzt sich das Vertragsverhältnis mit den Erben des Teilnehmers fort. 3Für geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen gilt § 210 BGB entsprechend.

(3) Sind mehrere Personen gemeinsam Vertragspartner eines Telekommunikationsvertrags, so wird das Vertragsverhältnis beim Tod eines Vertragspartners mit den Überlebenden allein fortgesetzt.

(4) Vor dem Übergang bestehende Ansprüche, insbesondere Zahlungsverpflichtungen, Auskunfts- und Herausgabeansprüche, bleiben von den Regelungen in den Absätzen 1 bis 3 unberührt.

2. § 88 Abs. 5 TKG-E

§ 88 TKG wird um folgenden Abs. 5 ergänzt:

(5) 1Gehen gemäß § 1922 des Bürgerlichen Gesetzbuches Vertragsbeziehungen oder einzelne Ansprüche über Telekommunikationsdienste oder über Telekommunikationsinhalte im Wege der Universalsukzession über, so besteht die Befugnis des Diensteanbieters nach Absatz 3 Satz 2 auch gegenüber dem Gesamtrechtsnachfolger sowie gegenüber solchen Personen, die gemäß 43c in das Vertragsverhältnis des Teilnehmers eintreten. 2Der Diensteanbieter kann diesen Personen insbesondere in gleicher Weise Zugang zu den bei ihm gespeicherten Daten gewähren wie dem ursprünglichen Teilnehmer.

B. Vorschlag für eine amtliche Begründung

I. Problem

Immer mehr Erblasser/innen hinterlassen bei ihrem Tod zahlreiche elektronische Daten, Vertragsbeziehungen mit Telekommunikationsunternehmen und Internetdienstleistungen und vieles andere mehr, das man als „digitaler Nachlass“ bezeichnen kann. Die Behandlung dieses „digitalen Nachlasses“ wirft eine ganze Reihe von Fragen auf. Von diesen können viele schon aufgrund der bisherigen Gesetzeslage zuverlässig beantwortet werden. Eine Analyse des gegebenen Erbrechts (siehe Anhang) zeigt deutlich, dass grundsätzlich alle digitalen Rechtsgüter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB auf die Erben übergehen. Dies gilt namentlich für sämtliche vertraglichen Beziehungen mit allen aus diesen vertraglichen Beziehungen entstehenden Rechten und Pflichten, die der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes unterhalten hat. Nach seinem Tod wird der Erbe bzw. die Erbin Vertragspartner. Als Vertragspartner hat der Erbe/die Erbin auch Zugang zu sämtlichen Daten des Erblassers, auch wenn sie beim Provider gespeichert sind. So hat er z.B. Anspruch auf noch nicht abgerufene Mails, gespeicherte Daten oder auf Auskunft hinsichtlich Zugangsdaten und Passwörtern.

Ausgenommen von diesem Rechtsübergang sind nur höchstpersönliche Rechte, wie der ideelle Teil des Persönlichkeitsrechts. Nach dem Tode schützen diese höchstpersönlichen Rechte nur noch vor Herabwürdigung und Verfälschung jedweder Art, die der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre Lebensleistung erworben hat, erfährt. Allerdings muss dabei die Menschenwürde nicht nur berührt, sondern verletzt sein (Damrau/Muscheler/Schwab Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, S. 345, 346). Im Übrigen geht der ideelle Teil des Persönlichkeitsrechts des Erblassers unter. Ausübungsberechtigt hinsichtlich dieses Persönlichkeitsrechts ist nicht der Erbe, sondern sind die nahen Angehörigen, die insoweit auch Unterlassungsansprüche gegen die Erben haben, um die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Erblassers zu schützen. Im Hinblick auf den „digitalen Nachlass“ haben sie Abwehrrechte, wenn bei der grds. zulässigen Verwertung des „digitalen Nachlasses“ durch die Erben das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers verletzt wird.

Alle anderen Positionen gehen auf den Erben über. Dies gilt grundsätzlich auch für höchstpersönliche Daten, wie z.B. Liebes-E-Mails. Will der Erblasser diese Rechtsfolge nicht, kann er (z.B. durch ein entsprechendes Testament oder durch abweichende Vereinbarungen mit dem Provider) andere Regelungen treffen. Insoweit ist grundsätzlich keine Gesetzesänderung erforderlich.

Einzelne Fragen bedürfen freilich der gesetzgeberischen Klarstellung.

- Das gilt zunächst für die Reichweite des Fernmeldegeheimnisses. Soweit sich E-Mails und andere dem Telekommunikationsgeheimnis unterliegende Daten nicht auf dem Server des Erblassers, sondern auf dem Server eines Internetproviders befinden, unterliegen sie dem Fernmeldegeheimnis des § 88 TKG bzw. den Regelungen des Artikel 10 GG (BVerfG 115, 166, 185, 187; 120, 274, 307 f.). Man wird hier auf Basis der FRAPORT-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 128, 226 (249f.) von einer zwar mittelbaren, aber gesteigerten Grundrechtsbindung der Telekommunikations-

anbieter ausgehen müssen, die einer unmittelbaren Grundrechtsbindung gleichkommt.

- Regelungsbedarf besteht allerdings mit Blick auf das Fernmeldegeheimnis. Das Fernmeldegeheimnis ist nicht nur ein Geheimnis des Erblassers, in dessen Rechtsstellung der Erbe eintritt, sondern auch ein Geheimnis der Absender der Nachrichten, z.B. von E-Mails, aber auch von Nachrichten in vergleichbaren anderen Kommunikationsdiensten. In deren Rechtsstellung tritt der Erbe nicht ein. Man wird zwar im Verhältnis zwischen dem Absender und dem Erblasser davon ausgehen können, dass der Absender auf das Fernmeldegeheimnis im Verhältnis zum Adressaten verzichtet hat. Ein entsprechender Verzicht auch gegenüber dem Erben ist hingegen nicht ohne weiteres anzunehmen.
- Ein weiterer Problembereich folgt aus der mittlerweile sehr großen Bedeutung aller digitalen Dienste für das Alltagsleben. Weit über die bisher üblichen Telefondienste hinaus ist heute ein Telekommunikationsanschluss zentrale Grundlage unserer Lebensführung. Insbesondere im Festnetzbereich gibt es aber hier pro Wohnung nur einen Zugang, so dass ein Übergang dieses Vertrages auf einen Erben, der nicht gleichzeitig Mitwohnungsinhaber ist, in vielen Fällen zu der misslichen Konsequenz führt, dass ein Vertrag nach § 1922 BGB auf den Erben übergeht, die tatsächliche Nutzung der entsprechenden Anschlüsse aber bei den bisherigen Mitnutzern, der Familie oder Mitbewohnern des Erblassers bleibt. Auch hier besteht gesetzgeberischer Regelungsbedarf.

II. Lösung

Zur Lösung dieser Probleme dienen die vorgeschlagenen Änderungen des TKG.

§ 88 Abs. 5 TKG-E schafft die erforderliche gesetzliche Grundlage, die den Provider zum Eingriff in das Fernmeldegeheimnis des Erblassers (wo erforderlich) und seines Kommunikationspartners ermächtigt. Die Vorschrift sieht vor, dass der Erbe auch telekommunikationsrechtlich Zugriff auf E-Mails und andere Kommunikationsinhalte haben soll, die zivilrechtlich auf ihn übergegangen sind, ohne dass ihm das Fernmeldegeheimnis entgegengehalten werden kann. Dies entspricht der seit langem bewährten Regelung im Bereich des Briefgeheimnisses. Eine Übertragung dieser Regelung auf das Fernmeldegeheimnis bietet sich zumal auch deshalb an, weil E-Mail-Verkehr und andere elektronische Kommunikationsformen heute immer mehr an die Stelle des brieflichen Verkehrs treten. Durch die Regelung wird zwar in gewissem Umfang in das Fernmeldegeheimnis des Absenders eingegriffen. Dies ist aber dadurch gerechtfertigt, dass nach dem Tode die Rechtsverhältnisse des Erblassers einheitlich geregelt werden müssen. Hier Teilbereiche auszuklammern, wonach der Telekommunikationsdiensteanbieter vor Auskunfterteilung an den Erben die Einwilligung der Absender einholen müsste, ist nicht gerechtfertigt.

§ 43c TKG-E dient der Bewältigung des zweiten Problems. Hier wird auf mietrechtliche Regelungen zurückgegriffen, die für Fälle gelten, in denen der Erbe/die Erbin nicht in der Wohnung des Erblassers wohnt, wohl aber Personen, die keine Erben sind. Diese bewährten Lösungen werden in § 43c TKG-E auf das Recht der Telekommunikationsdienste übertragen.

Beide neuen Regelungen sollten Ihre Stellung im TKG haben, weil dort sowohl das Fernmeldegeheimnis als auch Verträge über Telekommunikationsleistungen geregelt sind.

III. Begründung im Einzelnen

1. Zu § 43c TKG-E

In § 43c TKG-E Absätze 1 und 2 geht es um die Übertragung der mietrechtlichen Regelungen auf Telekommunikationsdienste im Festnetz. Gemeint sind Telekommunikationsdienste und nicht nur Telefondienste. Insbesondere geht es darum, Verträge über technische Signalübertragung, also Leitungsverträge mit einzubeziehen. In vielen praktischen Fällen wird über Telefonverbindungen hinaus z.B. auch ein Access-Provider-Vertrag, also ein Vertrag über den Zugang zum Internet Vertragsgegenstand sein. Andere Inhalte können hinzutreten.

Hierfür sind die Regulierungen aus den Mietrechtsvorschriften der §§ 563 ff. BGB in der der Vertragssituation im Telekommunikationsbereich entsprechenden Form übernommen worden. Neben Ehepartnern sind hier insbesondere eingetragene Lebenspartner i.S.d. LPartG mit einbezogen worden. Darüber hinaus gilt die Regelung aber auch für alle anderen Personen, die mit dem Verstorbenen eine Wohnung gemeinsam bewohnt haben. Dies ist den praktischen Bedürfnissen geschuldet.

Absatz 3 gilt für die Fortsetzung von gemeinsamen Telekommunikationsverträgen aller Art und nicht nur über Telekommunikationsdienste im Festnetz. Sie gilt auch unabhängig davon, ob die Vertragspartner des Diensteanbieters miteinander verwandt sind oder zusammen wohnen. Denn schon durch den gemeinsamen Vertragsschluss ist eine so große Nähe der Vertragspartner gegeben, dass der Eintritt von Erben, die nicht zur Wohngemeinschaft gehören, in solche Verträge im Regelfall ausgeschlossen werden muss.

Absatz 4 stellt klar, dass schon im Zeitpunkt des Todes entstandene Ansprüche in die Erbmasse gehören. Die Erben haben damit u.a. Anspruch auf sämtliche Daten und Informationen, die beim Diensteanbieter gespeichert sind. Ebenso ist die Erbmasse zuständig für die Begleichung der vor dem Tod des Erblassers entstandenen Forderungen des Diensteanbieters gegen den Erblasser.

2. Zu § 88 Abs. 5 TKG-E

§ 88 Abs. 5 TKG-E erlaubt den Telekommunikationsdiensteanbietern, Auskünfte zu erteilen und Zugriffe auch den Erben in genau dem Umfang zu erlauben, die sie dem Erblasser erlauben dürfen. Aus systematischen Gründen wird diese Regelung ebenfalls auf diejenigen übertragen, die den Vertrag nach den Regelungen des § 43c TKG-E übernehmen. Damit wird eine einheitliche Regelung erreicht und den Anbietern erlaubt, einheitlich zu verfahren. Der jeweilige Rechtsnachfolger des Erblassers tritt mit allen Rechten und Pflichten in den Vertrag ein. Die Anbieter sind aus telekommunikationsrechtlichen Gründen nicht gehindert, ihre Pflichten aus den zivilrechtlichen Verträgen zu erfüllen. Mehr als eine gesetzliche Erlaubnis ist an dieser Stelle nicht zu regeln. In welchem Umfang hier Auskünfte erteilt und Zugriffe erlaubt werden müssen, ergibt sich aus den jeweils zugrunde liegenden vertraglichen

Beziehungen zwischen Diensteanbieter und dem Erblasser, die so auf den Erben übergehen, wenn der Erblasser dies nicht durch Vertrag mit dem Diensteanbieter oder testamentarisch ausgeschlossen hat.

Teil 2: Stellungnahme

Vorbemerkung

Die Abwicklung des und die Berechtigung am digitalen Nachlass wirft erhebliche Probleme auf. Diese werden hier exemplarisch am Beispiel E-Mail aufgezeigt (siehe hierzu unter A.).

So sehr digitale Inhalte im Nachlass aus der Lebenswirklichkeit kaum mehr wegzudenken sind, so wenig Beachtung erfährt die Problematik in der Beratungspraxis und der juristischen Literatur. Auch Rechtsprechung zum Thema existiert bisher nicht.

Aus erbrechtlicher Sicht bestehen Unklarheiten und Streitigkeiten darüber, welche Rechte Provider, Erben und die nächsten Angehörigen des Verstorbenen an E-Mails, Providerverträgen und ähnlichen digitalen Rechtspositionen eines Verstorbenen haben. Die wenigen juristischen Beiträge zum Thema befürworten überwiegend eine Trennung zwischen geschäftlichen und privaten Inhalten. Zu Unrecht, wie die nachfolgende Untersuchung zeigt (siehe hierzu unter B.). Vielmehr steht der digitale Nachlass aus erbrechtlicher Sicht den Erben zu; allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze stehen dem nicht entgegen (siehe hierzu unter D. II.).

Die von den Providern verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, was Kündigung- und Legitimationsklauseln sowie die Abwicklung des Vertrages nach dem Tod des Kunden angeht, ganz überwiegend unwirksam (siehe hierzu unter C.). Dies führt bei den Berechtigten zu Irritationen und der Verkürzung von Rechten, solange die Rechtsprechung nicht für Klärung gesorgt hat.

Insbesondere bei E-Mails und sonstigen dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden Kommunikationsformen stellt sich die Frage, ob das Fernmeldegeheimnis es dem Internet-Provider untersagt, den Erben ohne Einwilligung aller an dem jeweiligen Kommunikationsvorgang Beteiligten Zugang zum Internet-Account des Erblassers und zu den auf den Servern des Providers gespeicherten Account-Daten zu verschaffen (siehe hierzu unter D. I.). Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass auch die Weitergabe der auf dem Mailserver eines Providers gespeicherten E-Mails des

Erblassers durch den Provider an die jeweiligen Erben grds. einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis darstellt, soweit sie nicht im Einzelfall von der Einwilligung sämtlicher am Kommunikationsvorgang Beteiligten, also insbesondere auch vom Absender gedeckt ist. Hierdurch geraten das Erbrecht und das Fernmeldegeheimnis in ein Spannungsverhältnis, da die Realisierung des ebenfalls verfassungsrechtlich durch Art. 14 GG geschützten Erbrechts in Bezug auf den digitalen Nachlass notwendigerweise die Kenntnissgabe der Account-Daten des Erblassers durch den Internet-Provider voraussetzt. Dieser Konflikt muss unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der praktischen Konkordanz gelöst werden. Hierzu ist in formeller Hinsicht zumindest vor dem Hintergrund des § 88 Abs. 3 Satz 1 und 3 TKG eine bereichsspezifische gesetzliche Regelung erforderlich, die den Provider dazu ermächtigt, zum Zwecke der Ermöglichung des gesetzlichen Erbrechts auf seinen Servern gespeicherte Verbindungsinhalte den Erben eines Kunden mitzuteilen.

Eine gesetzgeberische Initiative ist vor diesem Befund im Hinblick auf die erbrechtliche Rechtslage und die empirisch vorgefundenen verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingung zur Klarstellung und Schaffung von Rechtssicherheit dringend zu empfehlen; aus verfassungsrechtlicher und telekommunikationsrechtlicher Sicht ist sie gar notwendig, um den bestehenden Grundrechtskonflikt zu lösen.

Inhaltsverzeichnis der Stellungnahme

A.	Der digitale Nachlass – empirischer Befund und Fragestellung	16
I.	Vererblichkeit des digitalen Nachlasses?	16
1.	Ausgangspunkt § 1922 BGB	16
2.	E-Mails versus Account	17
3.	Vererblichkeit der E-Mails	19
a)	E-Mails auf dem PC des Erblassers	19
b)	E-Mails auf dem Server des Providers	21
aa)	Passwort vorhanden	22
bb)	Passwort nicht vorhanden	22
c)	Erbe oder nächster Angehöriger – wer ist berechtigt?	23
aa)	Vermögensrechtliche E-Mails	23
bb)	Höchstpersönliche E-Mails	24
cc)	„Infektion“	24
dd)	Sinnhaftigkeit der Unterscheidung vermögensrelevanter und höchstpersönlicher E-Mails?	25
II.	Bisherige Regelungspraxis bei den Providern anhand exemplarischer Beispiele	25
1.	Hotmail	26
2.	Yahoo	26
3.	GMail	27
III.	Dienstleister zur Hinterlegung von Userkennungen und Passwörtern	28
IV.	Gang der Untersuchung	29
B.	Bewertung der Rechtslage aus erbrechtlicher Sicht	30
I.	Was ist vererblich?	30
1.	Vermögen als Ganzes i.S.d. § 1922 BGB	30
2.	Untergang von unvererblichen Rechten	31
3.	Die Angehörigen als Wahrnehmungsberechtigte	31
II.	Der erbrechtliche Vermögensbegriff (Erbchaft)	32
1.	Dingliche Positionen	32
2.	Sonstige Rechte	33
3.	Schuldrechtliche Positionen inkl. Dauerschuldverhältnissen	34
a)	Giroverhältnisse als exemplarisches Beispiel	36
b)	Gesetzliche Sonderregelungen im Mietrecht	37
III.	Befugnisse von Erben und Angehörigen: Klassische Fälle zur Abgrenzung	39
1.	Das Recht der Totenfürsorge	39
2.	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Erblassers	40
a)	Das Namensrecht	41
b)	Das Erlöschen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes mit dem Tode	41
c)	Das Fortbestehen des allgemeinen Achtungsanspruchs über den Tod hinaus	41
d)	Die vermögensrechtliche Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als vererbbares Vermögensobjekt	42
aa)	Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens des Erblassers	43

bb) Mitwirkungsbefugnis der Wahrnehmungsberechtigten? ..	43
3. Geheimhaltungsinteresse.....	44
4. Schweigepflicht	45
a) Handakten bei Tod des Rechtsanwaltes.....	46
b) Patientenakten bei Tod des Patienten	46
aa) Testier(un)fähigkeit.....	46
bb) Behandlungsfehler	48
IV. Übertragung der Rechtslage aus der „offline“-Welt auf den digitalen Nachlass de lege lata.....	48
1. Abgerufene Mails, gespeicherte Daten auf einer Festplatte o.Ä.	48
2. Benutzung von vorhandenen Zugangsdaten.....	50
3. Nicht abgerufene Mails, Übergang der Online-Verträge, Auskunft zu Passwörtern	51
a) Differenzierung zwischen abgerufenen und nicht abgerufenen E-Mails.....	51
b) Übergang der Hauptleistungspflicht und von Auskunftsansprüchen	52
c) Entgegenstehender Wille des Erblassers	54
d) Löschung von Daten auf Homepages, Facebook und Twitter ..	55
e) Wahrung des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Erblassers.....	56
4. Zwischenergebnis aus erbrechtlicher Sicht.....	56
V. Bestehende Gestaltungsmöglichkeiten	57
1. Digitales Testament / digitale Vorsorgevollmacht.....	57
2. Streitig ist das Regel-Ausnahmeverhältnis	57
3. Formerfordernisse	58
4. Digitaler Testamentsvollstrecker	58
C. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Provider auf dem Prüfstand – Regelungen für den Tod des Kunden.....	59
I. Vorbemerkung – zur rechtlichen Einordnung der Problematik	59
II. Mögliche Regelungen	60
1. Kündigungsklauseln	60
2. Legitimationsklauseln	62
3. Abwicklung des Providervertrags	64
D. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.....	66
I. Fernmeldegeheimnis.....	66
1. Bindung der Internet-Provider an das Fernmeldegeheimnis?	67
a) Internet-Provider sind private Grundrechtsträger	67
b) Grundsatz: Keine unmittelbare Grundrechtsbindung privater Internet-Provider	68
c) Aber: Unmittelbarer Grundrechtsbindung gleichkommende gesteigerte Inpflichtnahme Privater für den Schutz der Kommunikation	69
d) Gesteigerte Grundrechtsbindung auch für Internet-Provider ...	70
2. Zeitlicher Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses endet nicht mit dem Abrufen der Mails durch den Erblasser	71
3. Sachlicher Schutzgehalt des Fernmeldegeheimnisses	74
4. Einwilligung der Betroffenen.....	75

a)	Keine Einwilligung durch Abschluss eines Teilnehmer- und Benutzungsvertrages mit dem Internet-Provider.....	75
b)	Einwilligung bei Hinterlassung des Passwortes durch den Erblasser?.....	76
c)	Konkludente Einwilligung des Absenders der Mail in die Bekanntgabe der Account-Daten durch den Provider im Erbfall des Empfängers?.....	76
5.	Rechtfertigung einer Weitergabe von E-Mails durch den Internet-Provider an die Erben des Erblassers?.....	77
a)	Möglichkeit einer Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses zum Zwecke der Ermöglichung des gesetzlichen Erbrechts.....	77
b)	Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung	78
aa)	Geltung des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG auch für private Beeinträchtigungen des Fernmeldegeheimnisses?.....	79
bb)	Aber jedenfalls Geltung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts.....	79
cc)	Äußerst vorsorglich: Notwendigkeit gesetzlicher Regelung aufgrund § 88 Abs. 3 Satz 3 TKG	80
c)	Erlaubnis nach § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG?.....	81
II.	Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentum und Erbrecht)	82
1.	Tatbestandlicher Schutzbereich	82
2.	Schranken.....	83
III.	Art. 2 Abs. 1 GG (Handlungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht).....	84
1.	Allgemeine Handlungsfreiheit.....	84
2.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht.....	84
3.	Folgen	86
4.	Gesetzliche Beschränkungsmöglichkeiten	87
IV.	Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG (Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)	88
1.	Anwendungsbereich.....	88
2.	Tatbestandlicher Schutzbereich und postmortaler Datenschutz	89
3.	Jedenfalls Einschränkungsmöglichkeit.....	91
E.	Vorschläge de lege ferenda.....	92
F.	Glossar	93

A. Der digitale Nachlass – empirischer Befund und Fragestellung

– Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Bräutigam, München –

Das Zeitalter des Internets wirft neue Fragen zum Thema Tod und zum Nachlass auf. Zwar ist z.B. der E-Mail-Verkehr¹ aus dem täglichen Leben nicht mehr wegzudenken, dennoch haben die wenigsten Benutzer in diesem Bereich Vorkehrungen für den Fall ihres Ablebens getroffen.² Ohne entsprechendes Passwort können Erben und/oder Angehörige aber nicht auf E-Mail-Accounts und E-Mails des Erblassers zugreifen. Liest man in einschlägigen Internetforen, so herrscht dort weitgehend die Meinung, dass die Erben automatisch in die Rechtsstellung des Erblassers bzgl. E-Mail-Konten und E-Mails treten und diese ohne Weiteres lesen dürfen; die AGB der Anbieter sehen dies z.T. aber völlig anders. Juristisch ist diese Frage bisher kaum geklärt. Die einschlägige Kommentierung im *Palandt* lautet lapidar:

„Im Bereich Internet und E-Mail besteht bislang kaum Klarheit“³.

Selbst auf Seiten der Anwälte und Notare ist das Problembewusstsein zu Fragen des „digitalen Nachlasses“ im Rahmen der Gestaltung letztwilliger Verfügungen kaum vorhanden. Im Folgenden werden zunächst im Rahmen der Aufarbeitung des Sachverhalts die komplexen Rechtsfragen rund um dieses Thema aufgeworfen.

1. Vererblichkeit des digitalen Nachlasses?

2. Ausgangspunkt § 1922 BGB

Die Frage nach der Vererblichkeit des Nachlasses muss vor dem Hintergrund beantwortet werden, was überhaupt vererbt wird. Diesbezüglich regelt § 1922 Abs. 1 BGB:

¹ Die vorliegende Untersuchung geht zur Darstellung der Problematik exemplarisch vom Emailverkehr aus. Sie hat dabei vor Augen, dass der digitale Nachlass weit umfassender ist, von Homepages, über Facebook und Xing bis hin zu Clouds aber **auch** Diensten, die gar nicht mehr eindeutig zurechenbar sind, sondern Mischformen darstellen. Die rechtliche Beurteilung dieser Dienste ist heftig umstritten. Dies zu lösen ginge weit über den Rahmen dieser Initiativstellungnahme hinaus; muss aber im Rahmen der weiteren Diskussion im Auge behalten werden. Ein besonderes Augenmerk ist im Bereich des digitalen Nachlasses aber auf all jene Dienste zu legen, die Daten übermitteln, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen; sind diese doch auch an den Vorgaben des Datenschutzrechtes zu messen. Dies sind nicht nur E-Mails im klassischen Sinne, sondern auch neuere Formen, wie den E-Mail-ähnlichen Datenaustausch auf Plattformen wie Facebook oder Twitter sowie möglicherweise sonstige hybride Kommunikationsformen.

² Nach *Bleich*, c't 2013, S. 62 sollen Marktforscher vermuten, dass bis zu 5% der aktiven Facebook-Accounts Personen gehören, die nicht mehr am Leben sind.

³ *Palandt/Weidlich*, BGB-Kommentar, 71. Auflage 2012, § 1922 BGB Rn. 34.

„Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren **Vermögen** (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.“

Vererblich sind regelmäßig alle vermögenswerten Rechte und Rechtsstellungen,⁴ inklusive der vermögenswerten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁵ Unvererblich sind hingegen in der Regel höchstpersönliche Rechte, die keinen eigenen Vermögenswert aufweisen.⁶ Unvererblich ist insbesondere das Persönlichkeitsrecht in seinen ideellen Komponenten. Die Wahrnehmung dieses postmortalen Persönlichkeitsrechts obliegt den nächsten Angehörigen, denen diese Rechte subjektlos zur treuhänderischen Wahrnehmung zugeordnet sind.⁷ Auch ist das Recht der Totenfürsorge nicht vererblich, sondern den nächsten Angehörigen zugewiesen.⁸ Ausgehend von diesem Grundsatz, dass vermögensrechtliche Positionen vererblich sind, nicht vermögensrechtliche Positionen hingegen in der Regel nicht⁹, stellt sich schon in der Offline-Welt die Frage, ob rein private Korrespondenz des Verstorbenen vererblich ist. Hat also – um es zuzuspitzen – der Erbe das Recht, den privaten Liebesbrief/eine private Liebes-E-Mail der Freundin des Erblassers zu lesen, oder nicht? Vor diesem Hintergrund ist die juristische Klärung erforderlich, wie „E-Mails“ des Verstorbenen im Hinblick auf die Vererblichkeit und das Telekommunikationsgeheimnis einzuordnen sind und ob zwischen geschäftlichen und persönlichen Mail zu trennen ist.

3. E-Mails versus Account

Hierbei ist zunächst einmal zwischen der Vererblichkeit des Accounts und der Vererblichkeit der gespeicherten E-Mails an sich zu unterscheiden.

⁴ Vgl. BeckOK BGB/Müller-Christmann, Edition 23, § 1922 BGB Rn. 24 ff.

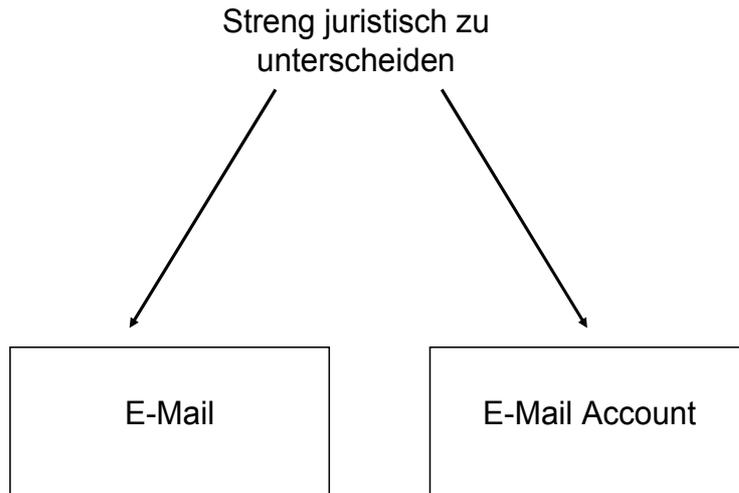
⁵ BGH NJW 2000, 2195.

⁶ Vgl. Jauernig/Stürmer, BGB, 14. Auflage 2011, § 1922 BGB Rn. 12 f.

⁷ Staudinger/Marotzke, Neubearbeitung 2008, § 1922 BGB Rn. 131.

⁸ Vgl. zum Recht der Totenfürsorge OLG Karlsruhe, NJW 2001, 2980.

⁹ Vgl. jurisPK-BGB/Schmidt, 5. Aufl. 2010, § 1922 BGB Rn. 14.



Insoweit zeigt sich eine Parallele zur Thematik „Giro-Konto“. Denn beim Giroverhältnis geht es ähnlich wie bei E-Mails einerseits um die Kontoinhaberschaft und andererseits um das Kontoguthaben an sich.

Das Kontoguthaben fällt selbstverständlich in den Nachlass, sofern nicht der Erblasser die Einlageforderung dem Nachlass durch einen mit der Bank geschlossenen Vertrag zugunsten Dritter entzogen hat.¹⁰

Auch die Rechtsstellung aus einem solchen Giroverhältnis – bis zum 31. Oktober 2009 gemäß § 676f S. 1 BGB a.F., ein auf Dauer angelegtes Geschäftsbesorgungsverhältnis, welches Dienste höherer Art zum Gegenstand hatte¹¹ - geht nach bestätigter Rechtsprechung des BGH vom 18.1.2000¹² mit dem Tod grundsätzlich auf die Erben über. Die Fortsetzung des Kontos durch die Erben begründet allerdings eine eigene Rechtsbeziehung zur Bank. Der Umstand, dass das Giroverhältnis ursprünglich vom Erblasser begründet worden war, stehe dem deshalb nicht entgegen, weil der Rechtsstellung, die man als Partner eines Girovertrags hat, für sich allein kein messbarer Vermögenswert zukomme. Ungeachtet der großen Bedeutung, die ein Girokonto heute für die Abwicklung zahlreicher Geschäfte des täglichen Lebens habe, könne einer solchen Kontoverbindung kein eigener Vermögenswert beigemessen werden, weil einerseits jeder in geordneten Verhältnissen lebende Mensch bei nahezu

¹⁰ Vgl. Palandt/*Weidlich*, BGB-Kommentar, 71. Auflage 2012, § 1922 BGB Rn. 30.

¹¹ Gemäß § 675 f Abs. 2 BGB ist nun in Umsetzung der Richtlinie 2007/64/EG (Zahlungsdiensterichtlinie) als neuer Vertragstypus und Sonderform eines Geschäftsbesorgungsvertrages der sog. Zahlungsdienstevertrag im BGB verankert worden, vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski/*Mayen*, Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage 2011, § 47 Rn. 1.

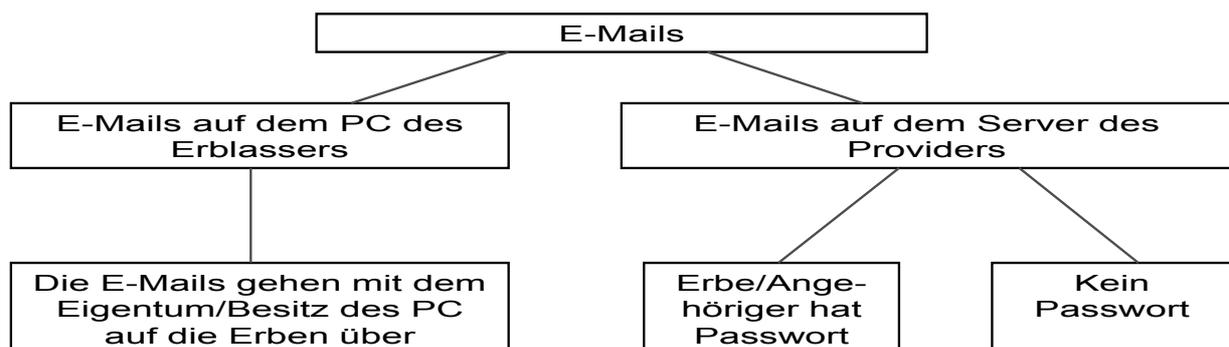
¹² BGH, NJW 2000, 1258.

jeder Bank oder Sparkasse ein Girokonto erhalten und andererseits jedes Giroverhältnis von beiden Seiten jederzeit gekündigt werden könne.¹³

Bei einem E-Mail-Service-Vertrag handelt es sich um einen typengemischten Vertrag mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen.¹⁴ Zu diskutieren ist nun, ob die Inhaberschaft des E-Mail-Kontos höchstpersönlich ist. Hierfür spricht, dass der Inhaberschaft eines Accounts kein eigener Vermögenswert beigemessen werden kann, denn jeder Mensch kann ein eigenes E-Mail-Konto durch bloße Registrierung einrichten. Es könnte daher naheliegen, die Parallele zur Inhaberschaft eines Girokontos zu ziehen und anzunehmen, dass die Fortsetzung eines E-Mail-Accounts durch den Erben nicht möglich ist.

4. Vererblichkeit der E-Mails

Ferner stellt sich die Frage nach der Vererblichkeit von E-Mails. Hierbei könnte es zunächst darauf ankommen, wo sich die E-Mails befinden. Man könnte danach differenzieren, ob die E-Mails bereits abgerufen und daher auf dem PC des Erblassers gespeichert sind oder lediglich auf einem Server des Providers aufbewahrt werden. Es könnte weiter einen Unterschied machen, ob der Erbe Kenntnis von den Passwörtern hat oder nicht.



a) E-Mails auf dem PC des Erblassers

Zur Beantwortung der Frage, ob E-Mails auf dem PC des Erblassers vererblich sind, könnte eine Unterscheidung zwischen unerwünschten (Spam), geschäftlichen und

¹³ BGH, NJW 1996, 190.

¹⁴ Vgl. Redeker, IT-Recht, 5. Auflage 2012, Rn. 1089 ff.

höchstpersönlichen E-Mails zu treffen sein.¹⁵ Allerdings sind bereits abgerufene E-Mails nicht mehr nur elektronische Informationen, sondern – da sie auf der Festplatte des Erblassers gespeichert sind – verkörperter, physischer Bestandteil der (vermögenswerten) Sache Festplatte. Sofern die digitalen Daten auf einem physischen Medium abgespeichert sind, werden die Daten im Rahmen des Eigentums des physischen Mediums betrachtet.¹⁶

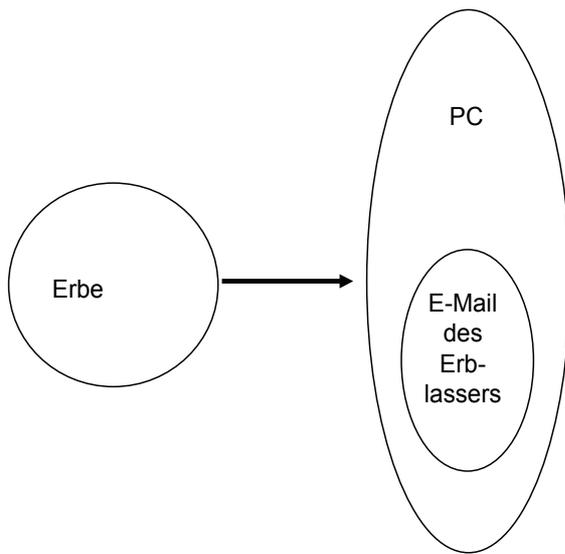
Legt man diese Maßstäbe an, könnten prima vista die gespeicherten E-Mails mit dem Eigentum an der Festplatte im Rahmen der Universalsukzession nach § 1922 BGB auf die Erben übergehen. Diese würden also Eigentümer der Festplatte samt den darauf gespeicherten elektronischen Informationen. Ob sich dies tatsächlich so verhält, bleibt dem Gang der in den folgenden Kapiteln dargestellten genauen juristischen Untersuchung vorbehalten. Es mag weiter notwendig sein, das Eigentum an den gespeicherten und damit verkörperten E-Mails von der Berechtigung zur Einsicht in diese Mails zu unterscheiden. Unabhängig von der Erbenstellung könnte also die Einsicht in die E-Mails verwehrt sein, wenn damit eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG bzw. Art. 10 Abs. 1 GG verbunden ist. In diesem Zusammenhang stellen sich mehrere Fragen. Erstreckt sich der Grundrechtsschutz auf die im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation? Oder endet der Schutz des Fernmeldegeheimnisses bereits in dem Moment, in dem die E-Mail beim Empfänger – also auf dessen PC – angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist?¹⁷

Möglicherweise kommt man über all die Probleme hinweg, wenn man in der Hinterlegung des Passwortes juristisch ein Einverständnis des Erblassers erkennen könnte. Dann ist aber immer noch nicht ausgemacht, ob das Lesen der E-Mails zulässig ist, da auch der Kommunikationspartner den Schutz des Fernmeldegeheimnisses genießt.

¹⁵ So *Hoeren*, Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mails und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers, NJW 2005, 2113, 2114.

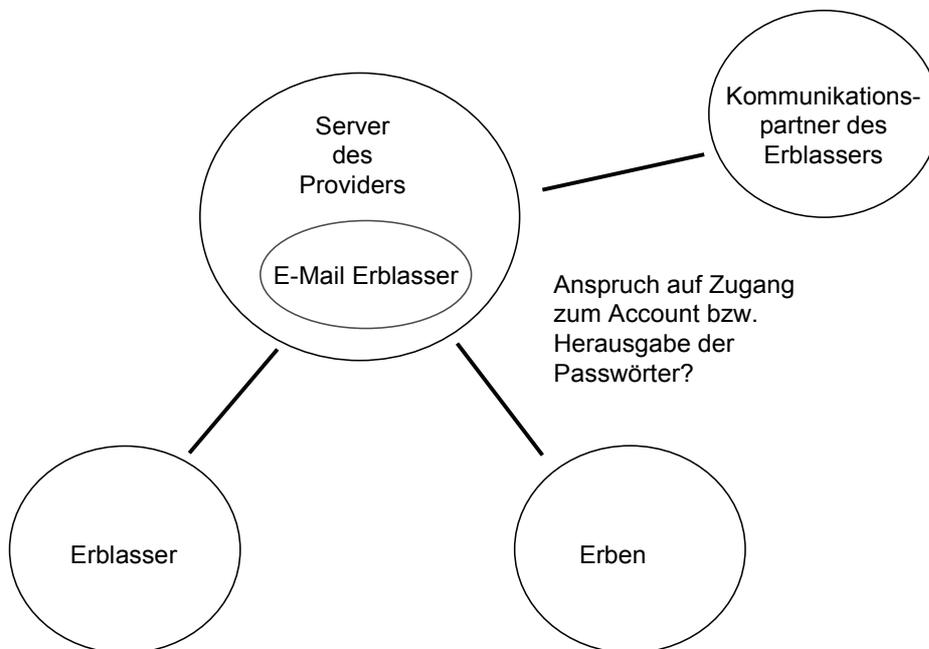
¹⁶ Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB-Kommentar, 71. Auflage 2012, § 90 BGB Rn. 2.

¹⁷ Vgl. LArbG Berlin-Brandenburg 4. Kammer, Urteil vom 16.02.2011 - Az. 4 Sa 2132/10 - Juris, Rn. 39 m.w.N.



b) E-Mails auf dem Server des Providers

Technisch (und damit faktisch) anders gestaltet sich die Situation bzgl. nicht abgerufener E-Mails, die sich noch auf dem Server des Providers befinden. Diese E-Mails sind auf im Fremdeigentum stehenden Festplatten gespeichert, welche gerade nicht im Wege der Universalsukzession der § 1922 BGB auf die Erben übergehen können.



aa) Passwort vorhanden

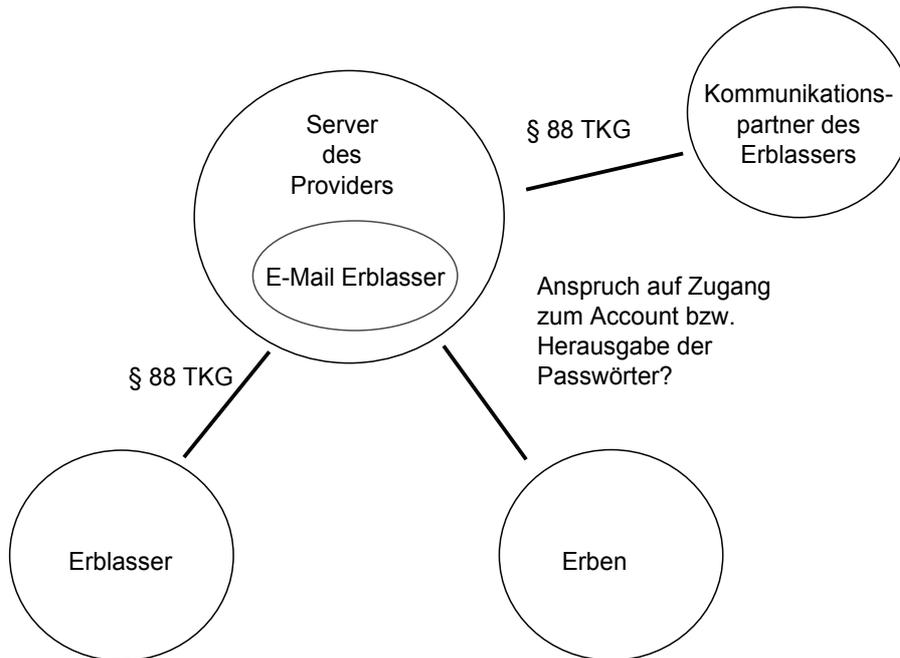
Betrachten wir zunächst die Situation, dass der Erblasser den Erben bewusst das Passwort für einen E-Mail-Account hinterlegt hat. In diesem Fall ergibt sich für die Erben aus (rein) tatsächlicher (nicht juristischer!) Hinsicht kein Problem, da sie mittels Eingabe des Passworts problemlos auf sämtliche E-Mails des entsprechenden Kontos zugreifen können. Fraglich ist aber die Rechtmäßigkeit eines so erfolgreichen Zugriffs auf die E-Mails. Denn rein praktisch setzt der Erbe ja den Account des Verstorbenen gleichsam unter der Camouflage des Erblassers fort. Der Provider kann dies nicht erkennen – und wüsste er es, würde er, vorsichtig ausgedrückt, jedenfalls Vorbehalte dagegen haben, dass nun eine andere Person Zugang zu den E-Mails hat als derjenige, für den der Account eingerichtet wurde.

Unabhängig von der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit stellt sich juristisch die Frage, ob erbrechtlich Zugriffsrechte bestehen. Zu beachten ist weiter das Fernmeldegeheimnis gemäß § 88 TKG, Art. 10 Abs. 1 GG. Zum einen ist zu untersuchen, ob der Erblasser mit Hinterlegung seines Passwortes auf den Schutz des Fernmeldegeheimnisses verzichtet hat. Zum anderen schützt § 88 TKG nach allgemeiner Meinung alle, die an der Telekommunikation beteiligt sind.¹⁸ Demnach müsste einem Zugriff jedenfalls der Schutz des Telekommunikationspartners entgegenstehen.

bb) Passwort nicht vorhanden

Tatsächlich und rechtlich komplizierter gestaltet sich die Lage, soweit den Erben kein Passwort überlassen wurde. Es stellt sich die Frage, ob und ggf. wer einen Anspruch auf Zugang zum Account bzw. auf Herausgabe des Passworts besitzt.

¹⁸ Vgl. Spindler/Schuster/Eckhardt, Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage 2011, § 88 TKG Rn. 14 f.; Beck'scher TKG Kommentar/Bock, 3. Auflage 2006, § 88 TKG Rn. 19.



Im Vergleich zum soeben dargestellten Fall stellt sich hier in besonderem Maße die Frage der erbrechtlichen Zuordnung der E-Mails (siehe sogleich) und eines etwaigen Verstoßes gegen das durch § 88 TKG geschützte Fernmeldegeheimnis.

Mangels Willensäußerung des Erblassers erscheint es hier schwieriger, von dessen Einverständnis auszugehen. Auf das fehlende Einverständnis des Kommunikationspartners käme es dann juristisch nicht mehr an. Entsprechendes mag auch für den Anspruch auf Herausgabe der E-Mails gelten. Nach allem scheint es so, als könnte der Provider den Zugang zu den E-Mails des Erblassers mit Verweis auf das Erb- und Telekommunikationsrecht verweigern.

c) Erbe oder nächster Angehöriger – wer ist berechtigt?

§ 88 TKG einmal außer Acht gelassen, stellt sich die Frage, ob es nach dem oben Gesagten weiter juristisch zwingend ist, zwischen vermögensrelevanten und höchstpersönlichen E-Mails zu unterscheiden.¹⁹

aa) Vermögensrechtliche E-Mails

Muss also beim Zugriff auf E-Mails getrennt werden zwischen ideeller (E-Mail mit höchstpersönlichem Inhalt) und vermögensrechtlicher E-Mail? Das hätte zur

¹⁹ Siehe oben IV. 1. sowie *Hoeren*, Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mails und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers, NJW 2005, 2113, 2114.

Konsequenz, dass E-Mails mit vermögensrelevantem Inhalt (z.B. E-Mails über Verträge des Erblassers, deren Durchführung und Beendigung/Kündigung) den Erben zugeordnet wären.

bb) Höchstpersönliche E-Mails

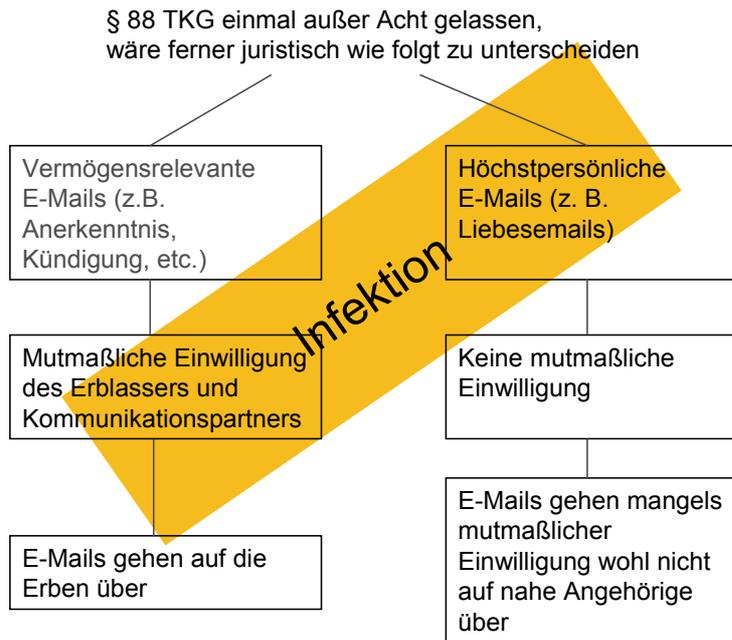
Folgt man dieser Logik, würden die nächsten Angehörigen, die nicht notwendigerweise auch Erben sind, bei höchstpersönlichen E-Mails (wie etwa einem Liebesbrief) zum Zuge kommen.

cc) „Infektion“

Bevor die juristische Beurteilung vorgenommen wird, mag eines vorausgeschickt werden: Die Praxis würde bei der Differenzierung zwischen vermögensrelevanter und höchstpersönlicher E-Mails vor kaum lösbare Probleme gestellt, wenn der Erblasser – wie häufig – nur ein einziges E-Mail-Konto besaß, über das er geschäftliche und private Mails abwickelte. Man müsste ja den Inhalt des gesamten Accounts analysieren, um die Unterscheidung vornehmen zu können. Unabhängig von der Geltung des Fernmeldegeheimnisses auch in diesem Verhältnis dürfte dies niemandem zuzumuten sein, insbesondere nicht dem Provider oder etwa staatlichen Einrichtungen.

Zur Wahrung des postmortalen Persönlichkeitsrechts wäre insoweit von einer Infektion des gesamten Kontos aufgrund der Existenz von höchstpersönlichen E-Mails auszugehen.

Als Konsequenz wären dann alle E-Mails den nächsten Angehörigen zuzuordnen – ein Befund der nicht befriedigen kann.



dd) Sinnhaftigkeit der Unterscheidung vermögensrelevanter und höchstpersönlicher E-Mails?

Neben der „Infektion“ lässt ein anderes Problem an der Differenzierung zweifeln: Die Einordnung vermögensrechtlich/höchstpersönlich kann je nach Kontext unterschiedlich ausfallen: z.B. kann ein Liebesbrief (das Paradebeispiel einer höchstpersönlichen E-Mail) –als Beweismittel in einem Prozess, in dem um die Erbenstellung gestritten wird, die entscheidende Rolle spielen. Wer möchte in einem solchen Fall den vermögensrechtlichen Einschlag dieser E-Mail leugnen?

II. Bisherige Regelungspraxis bei den Providern anhand exemplarischer Beispiele

Im Folgenden werden Beispiele dargestellt, wie Provider den Todesfall eines Nutzers regeln. Vorab hinzuweisen ist, dass die Provider fast durchgängig Kontoinhalte bzw. das Konto selbst löschen, wenn das Konto eine längere Zeit inaktiv war.²⁰ Unabhängig vom Provider ist daher Eile geboten.

²⁰ Yahoo etwa deaktiviert das Konto nach vier Monaten Inaktivität, siehe <http://help.yahoo.com/l/de/yahoo/mail/yahoomail/account/account-04.html> (aufgerufen am 07.08.2012).

Bei vielen E-Mail-Diensten, wie etwa GMX oder Hotmail, ist aus den Nutzungsbedingungen nicht ersichtlich, wie die Provider das Vertragsverhältnis im Todesfall der Nutzer regeln.

1. Hotmail

Hotmail bzw. Microsoft weist allerdings auf der Internetseite „Microsoft Answers“²¹ auf seinen sog. nächsten Familienangehörigen-Prozess hin. Demnach erlaubt

„Microsofts nächster Familienangehöriger-Prozess [...], Hotmailinhalte, wie z.B. E-Mails und deren Anhänge, Adressenlisten und Messenger Kontaktlisten an Familienangehörige von verstorbenen Personen oder solchen, die selbst aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr dazu in der Lage sind, nach einem kurzen Authentizitätsprozess, freizugeben.“

Allerdings ist es bei Hotmail weder möglich das Kennwort noch einen Zugang zu dem Konto (ggf. durch ein neues, vorläufiges Kennwort) zu erhalten. Vielmehr versendet Hotmail die Kontoinhalte in Form einer Daten-DVD an die Familienangehörigen.

Bemerkenswert ist die Schnelligkeit von Hotmail, insoweit heißt es:

„Sobald wir alle Dokumente von Ihnen erhalten haben, sollte der Verifizierungsprozess nicht länger als einen Arbeitstag dauern“.

2. Yahoo

Andere Provider sehen bereits in ihren Nutzungsbedingungen die Beendigung des Accounts vor. In Ziffer 5.4. der Nutzungsbedingungen von Yahoo²² wird beispielsweise geregelt:

„5.4. Ein Account ist nicht übertragbar und alle Rechte an dem Account und den gespeicherten Inhalten erlöschen mit dem Tod des Nutzers.“

²¹ <http://answers.microsoft.com/de-de/windowslive/forum/hotmail-signin/mein-familienmitglied-ist/f1f5c380-d29b-4561-9d8e-d19bfcbcada7?tab=MoreHelp&page=1> (aufgerufen am 07.08.2012).

²² <http://info.yahoo.com/legal/de/yahoo/tos.html> (aufgerufen am 07.08.2012).

3. GMail

Wieder andere Nutzungsbedingungen enthalten prozedurale Regelungen, die das Ergebnis offenlassen. So gewährt etwa Google bzw. dessen E-Mail-Dienst GMail an berechnigte Personen aufgrund eines komplizierten und langwierigen zweistufigen Verfahrens Zugang zu E-Mails eines verstorbenen Nutzers.

In einem ersten Schritt prüft Google die Berechnigung aufgrund

- einer beglaubigten, ins Englisch übersetzten Kopie der Sterbeurkunde,
- einer Kopie des Ausweises des Antragsstellers sowie
- einer hinreichenden Information zu einer E-Mail, die der Antragsteller aus dem betreffenden E-Mail-Account erhalten hat.²³

In einem zweiten Schritt sind weitere Rechtswege erforderlich, insbesondere ggf. eine Anordnung eines US-Gerichts. Außerdem behält sich Google sein vollständiges Ermessen vor.

Die entsprechende – über die Google Mail-Hilfe abrufbare²⁴ - Information lautet auszugsweise:

„...eine Entscheidung über die Bereitstellung der Inhalte eines Verstorbenen erfolgt erst nach sorgfältiger Prüfung. Der Antrag für den Zugriff auf E-Mail-Inhalte unterliegt einem langwierigem Bearbeitungsverfahren. Bitte beachten Sie im Vorfeld, dass Google den Inhalt des Google-Mail-Kontos möglicherweise nicht verfügbar machen kann und dass das Einsenden des Antrags und das Vorliegen der erforderlichen Dokumente keine Garantie bedeutet, dass wir Ihnen helfen können.

... Google prüft Ihre Anfrage nach Erhalt dieser Informationen und benachrichtigt Sie per E-Mail darüber, ob es möglich ist, mit den nächsten Verfahrensschritten fortzufahren. Sofern das Verfahren auf der Grundlage der Vorprüfung fortgesetzt werden kann, senden wir Ihnen weitere Informationen zum zweiten Teil des

²³ Siehe <http://support.google.com/mail/bin/answer.py?hl=de&answer=14300> (aufgerufen am 07.08.2012).

²⁴ <http://support.google.com/mail/bin/answer.py?hl=de&answer=14300> (aufgerufen am 07.08.2012).

Verfahrens. Im zweiten Teil sind weitere Rechtswege erforderlich, einschließlich einer Anordnung eines US-Gerichts und/oder der Vorlage weiterer Materialien. Beachten Sie bitte, dass die Übermittlung dieser Materialien keine Garantie dafür liefert, dass wir die Google-Mail-Inhalte bereitstellen können...“

III. Dienstleister zur Hinterlegung von Userkennungen und Passwörtern

Um den Erben Probleme bei der Nachlassabwicklung zu ersparen, wird teilweise geraten, dass der Nutzer seine Passwörter in einem Umschlag beim Notar hinterlegt.²⁵ Dieser Rat kollidiert in der Praxis jedoch mit der Empfehlung, seine Passwörter alle 90 bis 180 Tage zu ändern.²⁶ Die geänderten Passwörter müssten dann mehrmals im Jahr von neuem beim Notar hinterlegt werden.

Wie in vielen vergleichbaren Fällen haben Startups das ökonomische Potential dieser Problematik erkannt und bieten eine (kostenpflichtige) Lösung an. Sie ermöglichen ihren Kunden, Passwörter für Web-Netzwerke, E-Mail-Konten und sogar das Online-Banking bei ihnen zu hinterlegen und eine Vertrauensperson zu benennen. An diese werden im Todesfall die hinterlegten Informationen gesendet.

Solche Dienste bieten u.a. Securesafe²⁷ (Schweiz), Legacy Locker²⁸ (USA) und Deathswitch²⁹ (USA) an.

Diesen Diensten begegnen jedoch gravierende Bedenken. Sie stellen zum einen ein Eldorado für illegale Machenschaften dar, denn ein einziger „Hack“ böte Zugriff auf alle gesammelten Benutzerdaten. Ob die entsprechenden Unternehmen gegen solche Angriffe mit ausreichenden – teilweise extrem kostspieligen – Sicherungsvorkehrungen gewappnet sind, lässt sich bezweifeln.

Zum anderen besteht die berechtigte Angst, dass der Erblasser das entsprechende Unternehmen überlebt. Dies zeigt der Fall von Idivus, ein in Berlin gegründetes Startup,

²⁵ So etwa *Thilo Weichert*, Landesbeauftragter für Datenschutz in Schleswig-Holstein, zitiert in: Digitale Besitztümer als Erbe: Wer bekommt die Passwörter, abrufbar unter: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Digitale-Besitztuemer-als-Erbe-Wer-bekommt-die-Passwoerter-Update-861199.html> (aufgerufen am 07.08.2012).

²⁶ So der Landesbeauftragte für Datenschutz von Baden-Württemberg, vgl. <http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/service/lfd-merkblaetter/passwort.htm> (aufgerufen am 07.08.2012).

²⁷ www.securesafe.com (vormals Datainherit).

²⁸ <http://legacylocker.com/>

²⁹ <http://deathswitch.com/> ; (aufgerufen am 07.08.2012; mittlerweile nicht mehr aufrufbar).

das sich die Sicherung des „digitalen Nachlasses“ durch Hinterlegung von Passwörtern zum Geschäftszweck gemacht hatte.³⁰ Wer im August 2012 deren Internetseite www.idivus.com aufrief, sah verwundert auf eine mit Werbung, aber ansonsten ohne Inhalt ausgestattete Homepage. Es ist unklar, ob die Idivus - Hamburger & Morcinek GbR nicht aufgelöst worden ist. Die Frage nach der Fortsetzung des Schutzes der Passwörter im Falle von Geschäftsaufgabe oder Insolvenz ist völlig unklar. Ein schwedisches Startup in diesem Bereich informiert z.B. auf seiner Homepage, dass dessen Dienstleistung „My Web Will“ ab dem 2. November 2011 endgültig eingestellt wurde.³¹

Zudem gibt es Unternehmen, die nicht im Bereich der Vorsorge, sondern beim Auffinden und Bearbeiten des digitalen Nachlasses aktiv sind. Das deutsche Unternehmen Semno³² etwa sichtet und sichert sämtliche auf Festplatten gespeicherte persönliche Daten, bietet aber auch folgenden Dienst an:

„Wir kommunizieren mit Betreibern von Internet-Diensten, veranlassen Kündigungen und stellen Anträge auf Übertragung von Rechten. Wir holen die E-Mails von verwaisten Webmail-Konten im Internet ab, kopieren Inhalte für Sie und benachrichtigen Internet-Kontakte. Wir löschen Benutzerprofile und -konten.“

Wie dies, insbesondere das „Abholen“ von E-Mails, im Einzelfall geschieht, bleibt ungewiss.

IV. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung erarbeitet die Problematik von den einfachgesetzlichen Rahmenbedingungen her: Ausgehend von einem rein erbrechtlichen Befund werden die AGB der Provider auf den Prüfstand gestellt. Diese Ergebnisse werden sodann an den Vorgaben des TKG und der Verfassung gemessen, um die Frage beantworten zu können, ob eine zukunftsorientierte Gesetzesänderung möglich, sinnvoll oder gar notwendig erscheint.

³⁰ vgl. <http://de.startupwiki.org/ldivus>; (aufgerufen am 07.08.2012, mittlerweile inhaltsleer).

³¹ www.mywebwill.com

³² <http://www.semno.de/>

B. Bewertung der Rechtslage aus erbrechtlicher Sicht

– Rechtsanwältin Dr. Stephanie Herzog, Würselen –

Im Folgenden wird die Rechtslage aus rein erbrechtlicher Sicht bewertet. Hierzu wird zunächst der erbrechtliche Vermögensbegriff (Erbschaft) näher umrissen, sodann die Rollenverteilung zwischen Erben und Angehörigen in „offline-Sachverhalten“ beleuchtet und die möglicherweise vorzunehmende Differenzierung zwischen geschäftlichen und privaten Mails hinterfragt.

1. Was ist vererblich?

2. Vermögen als Ganzes i.S.d. § 1922 BGB

Die „Erbschaft“ besteht ausweislich des Wortlautes des § 1922 BGB nur aus dem „Vermögen“ des Erblassers. Nur dieses geht mit dem Tod eines Menschen auf den oder die Erben über. Hintergrund ist, dass das Erbrecht die Funktion hat, das Privateigentum³³ als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge von Todes wegen zu sichern.³⁴

Da aber das Vermögen „als Ganzes“ übergeht, umfasst die Erbschaft alle Rechtspositionen des Erblassers, die gesamte Rechts- und Pflichtenstellung.³⁵ Der Begriff des Vermögens ist also in einem möglichst weiten und umfassenden Sinne zu verstehen.³⁶ Gemeint ist in § 1922 BGB also das „vererbare Vermögen“ im Sinne von vererbaren Rechtspositionen, die im weitesten Sinne einen Bezug zu den Vermögenswerten des Erblassers haben, was begrifflich nicht deckungsgleich mit dem allgemeinen Vermögensbegriff ist.³⁷

³³ Da es um den Schutz des Privateigentums geht, ist es folgerichtig, dass das Erbrecht des BGB keine Vermögenswerte umfasst, die dem öffentlichen Recht entstammen und zwar selbst dann nicht, wenn sie einen Vermögenswert besitzen. Dennoch gehen öffentlich-rechtliche Ansprüche grds. auf den oder die Erben über, sofern nicht öffentlich-rechtliche Sonderregelungen entgegenstehen; Palandt/Weidlich, § 1922 BGB Rn. 8, 40-42; Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 351.

³⁴ Palandt/Weidlich, Einl. zu § 1922 BGB Rn. 1; BVerfG, NJW 1995, 2977; ZEV 2009, 390.

³⁵ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, S. 92; Hoeren, NJW 2005, 2113.

³⁶ FAKomm-ErbR/Scholz Löhnig, § 1922 BGB Rn. 8, Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 46.

³⁷ Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 113.

3. Untergang von unvererblichen Rechten

Die Alternative zur Vererblichkeit ist grds. der Untergang des Rechts.³⁸ Daher stellt die Unvererblichkeit im Sinne der Rechtssicherheit und eines Kontinuitätsgedankens die Ausnahme dar,³⁹ die gesetzlich in Sondervorschriften fixiert oder gewohnheitsrechtlich anerkannt sein oder sich aus der Natur der Sache ergeben muss, was wiederum durch Auslegung zu ermitteln ist.

So ist anerkannt, dass die Unvererblichkeit die Regel bildet, wenn es um nichtvermögensrechtliche Positionen i.o.g.S. geht;⁴⁰ diese gehen grds. nicht gemäß § 1922 BGB über. Rechte, die nur dem Erblasser höchstpersönlich zustehen, erlöschen vielmehr grundsätzlich mit dem Tod des Erblassers.⁴¹ Hierzu gehört allen voran der höchstpersönliche Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Gegensatz zum vermögensrechtlichen Teil (siehe hierzu näher unten III. 2.).

Es erscheint vorzugswürdig von höchstpersönlichen und nicht höchstpersönlichen und somit im weit verstandenen Sinne vermögenswerten Rechten zu sprechen als von vermögensrechtlichen und nicht-vermögensrechtlichen; stellt letzteres doch vordergründig zu sehr auf den allgemeinen Vermögensbegriff ab.

4. Die Angehörigen als Wahrnehmungsberechtigte

Dies ist aber weder in der Hinsicht ein Dogma, als nichtvermögensrechtliche Ansprüche per se unvererblich sind, noch dahingehend, dass sie, so sie nicht auf die Erben übergehen, untergehen. Vielmehr sind nichtvermögensrechtliche Ansprüche dann sehr wohl vererblich, wenn sie einen „bestimmungsgemäß vermögensrechtlichen Bezug“ wie der vermögensrechtliche Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufweisen.⁴²

Umgekehrt erlöschen bestimmte unvererbliche Rechte und Pflichten nicht mit dem Tod des Erblassers, sondern gehen auf dessen Angehörige zur Ausübung über, so unter bestimmten Voraussetzungen das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Bestimmungsrecht über die Leiche, die Bestattung und die Totenfürsorge.⁴³

³⁸ Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 115.

³⁹ Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 115.

⁴⁰ MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 19.

⁴¹ NK-BGB/Kroiß, § 1922 BGB Rn. 10.

⁴² Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 115 a.E.

⁴³ Palandt/Weidlich, Einl. zu § 1922 BGB Rn. 9.

Es besteht aber kein Grundsatz dergestalt, dass sämtliche o.g. nicht nach § 1922 BGB vererblichen Positionen automatisch und uneingeschränkt auf die Angehörigen des Erblassers übergehen. Es ist also kein: entweder die Erben oder die Angehörigen. Vielmehr lautet der Grundsatz, dass sämtliche Rechtsbeziehungen vererblich sind. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, so erlischt die Rechtsposition; es sei denn, es bedarf eines postmortalen Schutzes. In diesem Fall geht nicht das geschützte Recht über, sondern es bleibt das Recht des Erblassers. Da dieser es aber nach seinem Tod nicht mehr schützen kann, geht das Recht zur Ausübung auf eine andere Person, den „Wahrnehmungsberechtigten“⁴⁴ über. Wer dies ist, bestimmt vorrangig der Erblasser, hat er dies unterlassen, so sind es die nächsten Angehörigen.⁴⁵ Diese Personen üben das Recht in treuhänderischer Funktion für den Toten aus. Dabei sind sie an den wirklichen bzw. mutmaßlichen Willen des Erblassers gebunden;⁴⁶ ist dieser nicht feststellbar, so müssen sie nach dem wohlverstandenen Interesse des Verstorbenen handeln. Sie können hieraus anders als die Erben auch keine eigenen Ansprüche herleiten, sondern nur geltend machen, was zum postmortalen Schutz des Verstorbenen erforderlich ist.

II. Der erbrechtliche Vermögensbegriff (Erbschaft)

Die Erbschaft besteht aus dem auf den oder die Erben als Ganzes übergegangenen Vermögen des Erblassers i.o.g.S. Vererbt werden sämtliche vermögenswerten Rechtsverhältnisse und Beziehungen, alle geldwerten Güter des Erblassers, d.h. alle persönlichen und dinglichen Vermögensrechte und Verbindlichkeiten.⁴⁷

1. Dingliche Positionen

Das Eigentum als sachenrechtliche Rechtsposition ist wie grds. alle dingliche Rechte vererblich.⁴⁸

⁴⁴ So plastisch Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345.

⁴⁵ Hierzu eingehend Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345.

⁴⁶ Kritisch Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345, 353.

⁴⁷ NK-BGB/Kroiß, § 1922 BGB Rn. 7; Kipp/Coing, Erbrecht, § 91 III 1; Lange/Kuchinke, § 5 II 2; BGHZ 32, 369.

⁴⁸ NK-BGB/Kroiß, § 1922 BGB Rn. 8.

Hiervon bestehen Ausnahmen; es ist nicht jede vermögenswerte Position vererblich. So sind der Nießbrauch, § 1061 BGB, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, § 1090 Abs. 3 BGB, und das dingliche Vorkaufsrecht, §§ 1098 Abs. 1, 514 BGB, nicht vererblich.

Nicht die Sachen selbst, sondern die dingliche Rechtsstellung zu ihr werden vererbt.⁴⁹ Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Sache höchstpersönliche Dinge beinhaltet. Dies zeigt mittelbar die Auslegungsregel des § 2373 S. 2 BGB, nach der Familienpapiere und Familienbilder beim Erbschafts Kauf im Zweifel als nicht mitverkauft anzusehen sind. Dies zeigt, dass solche Dinge in den Nachlass fallen, also den Erben und nicht den Angehörigen zugewiesen sind. Die Begriffe „Familienpapiere“ und „Familienbilder“ sind weit auszulegen; zu ihnen zählen alle „Urkunden rechtlicher Art, Personenstandsatteste, Korrespondenzen, Briefschaften, Tagebücher, Familiennotizen usw.“ (Prot. II S. 114); unerheblich ist, ob diese Gegenstände wertlos sind oder einen erheblichen Vermögenswert besitzen.⁵⁰ Auch nach der Rechtsprechung stehen Tagebucheintragungen dem Zugriff der Erben offen.⁵¹

2. Sonstige Rechte

Vererblich sind darüber hinaus regelmäßig alle vermögenswerten Rechte und Rechtsstellungen, wie die volle Berechtigung an Rechten und Forderungen, Treuhand- und Sicherungsrechte an Sachen und Forderungen sowie beschränkte dingliche Rechte,⁵² aber auch Verbindlichkeiten, vgl. § 1967 I BGB.

Immaterialgüterrechte sind trotz ihres Persönlichkeitsbezugs regelmäßig stark vermögensbezogen und insoweit vererblich; dies gilt für Urheberrechte (§ 28 Abs. 1 UrhG), für Patentrechte (§ 15 Abs. 1 PatG), Gebrauchsmuster (§ 22 Abs. 1 GebrMG) und Geschmacksmuster (§ 29 GeschmMG); die Vererblichkeit geschützter Marken ergibt sich aus § 27 Abs. 1 MarkenG.⁵³

⁴⁹ Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 236.

⁵⁰ MüKo/Musielak, § 2373 BGB Rn. 5.

⁵¹ BVerfG, NJW 1990, 563; BGH, GRUR 1955, 201, 203.

⁵² Vgl. BeckOK BGB/Müller-Christmann, Edition 23, § 1922 BGB Rn. 24 ff.

⁵³ Vgl. BeckOK BGB/Müller-Christmann, Edition 23, § 1922 BGB Rn. 83.

3. Schuldrechtliche Positionen inkl. Dauerschuldverhältnissen

Ferner gehen schuldrechtliche Ansprüche⁵⁴ und Vertragsverhältnisse, inkl. Hilfsansprüchen⁵⁵ wie Gestaltungsrechten (z.B. Kündigung)⁵⁶ und Auskunftsansprüchen⁵⁷ über. Etwas anderes gilt dann, wenn ausnw. Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nur gegenüber dem Erblasser bestehen sollen, so wenn der spätere Erblasser in einer Generalvollmacht bestimmt hat, dass der von ihm Beauftragte nur ihm höchstpersönlich Rechenschaft schuldet.⁵⁸ Der Erblasser kann also insoweit den Übergang kraft Erbfolge durch Erklärung zu Lebzeiten verhindern.

Auch Dauerschuldverhältnisse gehen grds. als Vertragsverhältnis insgesamt nach § 1922 BGB auf die Erben über.⁵⁹

Hierzu gibt es gesetzliche Ausnahmen, z.B.:

- Das Vorkaufsrecht geht gemäß § 473 S. 1 BGB nicht auf die Erben über. Auch ein Versprechen zu einer wiederkehrenden Leistung des Erblassers nach § 520 BGB erlischt. Generell gilt, dass der Anspruch nicht auf die Erben übergeht, wenn dieser, z.B. ein Anspruch aus einem Schenkungsversprechen nach dem Willen des Schuldners nur dem Erblasser persönlich zukommen sollte.
- Die Verpflichtung zur Dienstleistung bzw. Ausführung eines Auftrages oder Geschäftsbesorgungsvertrages, die der Erblasser übernommen hat, geht nicht auf die Erben über, §§ 613 S. 1, 673 S. 1, 675 BGB, da die Leistung nur vom Erblasser höchstpersönlich aufgrund eines Vertrauensverhältnisses zu diesem übernommen wurde. Generell gilt, dass der Erbe nicht Schuldner einer Verpflichtung wird, bei der es dem Gläubiger entscheidend darauf ankam, dass der Erblasser diese, wie bspw. bei der Erstellung eines Kunstwerkes i.R.e. Werkvertrages, § 631 BGB, höchstpersönlich vornimmt.⁶⁰

⁵⁴ NK-BGB/Kroiß, § 1922 BGB Rn. 9; MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 20.

⁵⁵ BGH NJW 1989, 1601.

⁵⁶ NK-BGB/Kroiß, § 1922 BGB Rn. 10, 13.

⁵⁷ BGH NJW 1989, 1601.

⁵⁸ BGH NJW-RR 1990, 131. Kritisch *Kuchinke*, JZ 1990, 653.

⁵⁹ FAKomm-ErbR/Scholz *Löhnig*, § 1922 BGB Rn. 8.

⁶⁰ FAKomm-ErbR/Scholz *Löhnig*, § 1922 BGB Rn. 17, 20.

- Unterhaltsansprüche nach §§ 1586 Abs. 1, 1615 Abs. 1 BGB sind nicht vererblich.

Die Beispiele zeigen, dass Dauerschuldverhältnisse – wie sämtliche Schuldverhältnisse – dann im Wege der Rechtsnachfolge von Todes wegen übergehen, wenn sie einen vermögensrechtlichen Bezug i.o.g.S. aufweisen.⁶¹ Vorrang hat daher auch hier die Frage, „ob auf der einen Seite das wirtschaftliche oder kulturelle Bedürfnis, welches zu befriedigen, Aufgabe des Schuldverhältnisses ist, nach der Wirtschaftsstruktur und Sozialauffassung der jeweiligen Zeit oder konkreten Falllage an die individuelle Person eines bestimmten Gläubigers gebunden ist oder mehr den sachlichen Zwecken des Lebensausschnittes dient, dem der Schuldner angehört, und ob auf der anderen Seite die zur Befriedigung dieses Bedürfnisses erforderliche Tätigkeit des Schuldners auf die Person eines bestimmten Pflichtträgers abgestellt oder auch von einem anderen vollzogen werden kann“.⁶² In beiden Beziehungen können auch Bedürfnisse, die weder als solche der wirtschaftlichen Sphäre angehören noch zu ihrer Befriedigung irgendwelcher Einwirkung auf die Vermögensgüter des Leistenden oder des Leistungsempfängers benötigen, nicht personengebunden sein. Dann ist auch das ihnen dienende Schuldverhältnis nicht „höchstpersönlich“, sondern vererblich.⁶³

Gibt es keine explizite gesetzliche Regel, so kann man ggf. aus dem Inhalt der Leistungspflicht auf die Unvererblichkeit schließen.⁶⁴ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Vertragsbeziehungen und schuldrechtliche Forderungen grundsätzlich vererblich sind. Sie sind aber über die Fälle eines vertraglichen oder gesetzlichen Ausschlusses hinaus immer dann unvererblich, wenn ihr Inhalt so stark auf die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten zugeschnitten ist, dass sie bei einem Gläubiger- oder Schuldnerwechsel in ihrem Wesen verändert würden.⁶⁵

Hier sei die Rechtslage bei zwei Schuldverhältnissen hervorgehoben: beim Giro- und beim Mietverhältnis:

⁶¹ Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 275, 284.

⁶² Staudinger/Boehmer, (11) § 1922 BGB Rn. 197.

⁶³ Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 275.

⁶⁴ Vgl. MüKo/Leipold, BGB, 5. Auflage 2010, § 1922 BGB Rn. 23.

⁶⁵ So anschaulich zusammengefasst von FAKomm-ErbR/Scholz Löhnig, § 1922 BGB Rn. 20 a.E. und MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 21; OLG Hamm ZEV 2006, 322.

a) Giroverhältnisse als exemplarisches Beispiel

In Bezug auf Bankkonten tritt der Erbe in das Verhältnis zur Bank ein,⁶⁶ wobei auch das Auskunftsrecht aus §§ 675c, 666 BGB auf die Erben übergeht.⁶⁷ Etwas anderes könnte nur bei entgegenstehendem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers gelten, etwa bei persönlichkeitsbezogenen Vorgängen; hierfür trüge die Bank die Darlegungs- und Beweislast.⁶⁸

Das Giroverhältnis zwischen einer Bank und einem Kunden ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675c BGB, mit dienstvertraglichem Element. Es begründet für die Beteiligten ein Bündel von Rechten und Pflichten, zu denen auch die Pflicht der Bank gehört, für den Kunden ein Girokonto zu führen, in das dessen Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber der Bank eingestellt und saldiert werden. Ein Haben-Saldo des Kunden stellt eine Forderung aus unregelmäßiger Verwahrung, §§ 700, 488 BGB, dar.⁶⁹ Mit dem Tod des Bankkunden geht das gesamte Giroverhältnis auf die Erben über.⁷⁰

Erst hiernach muss in bestimmten Fällen zwischen der Kontoinhaberschaft und dem Kontoguthaben zum Todeszeitpunkt unterschieden werden.⁷¹ So hat der BGH entschieden, dass zwar das gesamte Giroverhältnis zunächst mit dem Tod des Kontoinhabers auf den Vorerben übergeht. Wenn dann aber die Vorerben das Konto nicht nur zur Nachlassabwicklung, sondern als eigenes weiterführen, so entsteht eine persönliche Rechtsbeziehung des Vorerben zur Bank, wie wenn der Vorerbe ein neues Konto eröffnet hätte. Da der Tatsache, dass das Konto ursprünglich vom Erblasser herrührte, kein messbarer Vermögenswert beikommt, geht das Konto nicht mit Eintritt des Nacherbfalles an den Nacherben über, sondern nur das beim Tod des Erblassers vorhandene Kontoguthaben gehört zum Nacherbenanwartschaftsrecht. Ist dieses beim Eintritt des Nacherbfalles nicht mehr vorhanden, so tritt an seine Stelle das neue Guthaben als Surrogat unter den Voraussetzungen des § 2111 BGB.⁷² Ferner hat der BGH diese Rechtsprechung bestätigt und dahingehend fortgeführt, dass Miterben, die

⁶⁶ Palandt/*Weidlich*, § 1922 BGB Rn. 30.

⁶⁷ BGHZ 107, 104 = NJW 1989, 1601.

⁶⁸ BGHZ 107, 104 = NJW 1989, 1601.

⁶⁹ BGH NJW 1996, 190.

⁷⁰ BGH NJW 1996, 190.

⁷¹ NK-BGB/*Kroiß*, Anhang II zu § 1922 BGB Rn. 2 bezeichnet die den Entscheidungen zu Grunde liegenden Sachverhalte nicht zu Unrecht als Sonderkonstellationen.

⁷² BGH NJW 1996, 190.

in ein Giroverhältnis eintreten und es für eigene Zwecke fortführen, in eine eigene persönliche Beziehung zur Bank eintreten.⁷³

Diese Rechtsprechung ändert aber nichts daran, dass das Giroverhältnis mit dem Tod des Kontoinhabers zunächst insgesamt auf den oder die Erben übergeht; dies stellt der BGH in den genannten Entscheidungen explizit klar.⁷⁴ Erst wenn der Erbe das Rechtsverhältnis für sich fortsetzt, so entsteht ein eigenes Rechtsverhältnis zur Bank.

b) Gesetzliche Sonderregelungen im Mietrecht

Dies ist ähnlich der Sachlage im Mietrecht, wo der Mietvertrag zunächst auf den oder die Erben übergeht, im Falle der fortgesetzten Nutzung des Mietobjektes durch die Erben aber ein eigener Mietvertrag mit den Erben zustande kommt. Hier gibt es allerdings anders als im Bankenrecht gesetzliche Sonderregelungen, die neben § 1922 BGB zu beachten sind:

Der Tod des Mieters beendet das Mietverhältnis nicht, vielmehr läuft es – wie sonstige Dauerschuldverhältnisse auch – nach dem Tod des Mieters zunächst – bis zu einer eventuellen Kündigung – fort. Abweichend von dem in § 1922 BGB genannten Grundsatz der Universalsukzession durch die Erben treten aber bei Wohnraummietverhältnissen nicht vorrangig die Erben an die Stelle des verstorbenen Mieters, sondern die in §§ 563, 563a BGB genannten Personen. Ratio ist der Bestandsschutz des Mietverhältnisses durch Sonderrechtsnachfolge für bestimmte Personen, nämlich gemäß § 563 BGB für nahe Angehörige und nach § 563a BGB für die Mitmieter.⁷⁵ Die allgemeine Erbfolge soll verdrängt werden.⁷⁶ Der Vertragsübergang geschieht außerhalb des Erbrechts und unabhängig von der Erbfolge aufgrund einer Sonderrechtsnachfolge ipso iure.⁷⁷

Dabei gewährt § 563 BGB bestimmten nahen Angehörigen des Erblassers, die bisher zwar nicht Mieter waren, aber mit dem Erblasser einen gemeinsamen Haushalt geführt haben, ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag. Ein Eintrittsrecht gesteht § 563 BGB

⁷³ BGH NJW 2000, 1258.

⁷⁴ So auch der BGH aaO.

⁷⁵ Palandt/*Weidenkaff*, § 563 BGB Rn. 1, § 563a BGB Rn. 6.

⁷⁶ BT-Drs. 14/4553, S. 62.

⁷⁷ Palandt/*Weidenkaff*, § 563 BGB Rn. 19; MüKo/*Häublein*, § 563 BGB Rn. 18; Staudinger/*Rolfs*, § 563 BGB Rn. 1; BT-Drs. 14/4553, S. 60; a.A. *Wenzel*, ZMR 1993, 439, der von einer Sondererbfolge ausgeht.

zunächst dem Ehepartner bzw. dem eingetragenen Lebenspartner zu, mit dem der Erblasser einen gemeinsamen Haushalt geführt hat, und subsidiär den Kindern des Erblassers oder sonstigen Angehörigen des Mieters, die mit ihm im gemeinsamen Haushalt gelebt haben, bzw. sonstige Personen, wie einem nichtehelichen Lebensgefährten, die mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt geführt haben, § 563 Abs. 1 und 2 BGB. Diese Personen sind in besonderer Weise schutzbedürftig, weil die gemeinsame Wohnung für sie den Mittelpunkt der Lebensführung bildet.⁷⁸ Die in der Vorschrift genannten Personen sind wegen der engen persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu dem verstorbenen Mieter einem etwaigen Erben gegenüber bevorzugt berechtigt, in das Mietverhältnis einzutreten.⁷⁹ Das Mietrecht stellt hier mithin die nächsten Angehörigen vor die Erben.

War der Erblasser nur Mitmieter, so geht § 563a BGB den § 563 BGB vor.⁸⁰ Ersterer bestimmt, dass ein Mietverhältnis, das mit mehreren Mietern geschlossen wurde, nach dem Tod eines Mieters mit den überlebenden Mietern fortgesetzt wird. Hier wird also den Mitmietern der Vorrang vor den Angehörigen eingeräumt.

Die Eintretenden nach §§ 563 f. BGB können innerhalb eines Monats ab Kenntnis vom Tod des Mieters erklären, dass sie nicht in das Mietverhältnis eintreten wollen, § 563 Abs. 3 BGB. Dann gilt der Eintritt als nicht erfolgt. Die überlebenden Mieter können das Mietverhältnis innerhalb eines Monats ab Kenntnis vom Tod des Mitmieters außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, § 563a Abs. 2 BGB. Der Vermieter wiederum kann das Mietverhältnis seinerseits innerhalb eines Monats ab Kenntnis vom endgültigen Eintritt außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn in der Person des Eintretenden ein wichtiger Grund vorliegt, § 563 Abs. 4 BGB.

Nur wenn keine Mitmieter vorhanden sind oder diese das Mietverhältnis jedenfalls nicht ohne den Erblasser fortsetzen wollen und auch keine nahen Angehörigen in das Mietverhältnis eintreten wollen oder es sich um ein anderes als ein Wohnraummietverhältnis handelt, so läuft das Mietverhältnis mit den Erben weiter. Dies stellt § 564 S. 1 BGB für das Wohnraummietverhältnis wegen des Vorrangs der Sonderregelungen der §§ 563 f. BGB klar. Im Übrigen geht das Mietverhältnis nach allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen beim Tod des Mieters im Wege der

⁷⁸ BT-Drucks 14/4553, S. 60.

⁷⁹ Staudinger/Rolfs, § 563 BGB Rn. 3.

⁸⁰ Palandt/Weidenkaff, § 563a BGB Rn. 3.

Gesamtrechtsnachfolge über, § 1922 BGB.⁸¹ Der Vermieter muss den Erben als Mieter die Sache weiter zur Verfügung stellen; die Erben haben die Miete nach o.g. Grundsätzen zu entrichten. Die weiteren Mietzahlungsverpflichtungen sind Nachlassschulden,⁸² bis der Erbe sich entschließt, selbst einen neuen, eigenen Mietvertrag mit dem Vermieter zu schließen. Dies kann auch konkludent geschehen, dadurch, dass der Erbe in die Wohnung einzieht, nicht aber dadurch, dass er eine Kündigung unterlässt.⁸³ Dann entsteht ein neues Schuldverhältnis zwischen den Erben und dem Vermieter.

Im Falle der Fortführung des Mietverhältnisses mit den Erben haben sowohl der Vermieter als auch der Erbe als Mieter die Möglichkeit, den Vertrag gemäß §§ 564 S. 2, 580 BGB innerhalb eines Monats ab Kenntnis mit der gesetzlichen Frist zu kündigen. Zur Kündigung durch den Erben ist die Vorlage eines Erbscheins nicht erforderlich⁸⁴ und auch der vorläufige Erbe kann nach § 1959 Abs. 2 BGB mit Wirkung ggü. dem endgültigen Erben kündigen; denn die Ausschlagungsfrist (6 Wochen) und die Überlegungsfrist zur Ausübung der Kündigung (1 Monat) decken sich nicht.

III. Befugnisse von Erben und Angehörigen: Klassische Fälle zur Abgrenzung

Im Folgenden soll auf einige klassische Fälle eingegangen werden, in denen die Befugnisse der Erben von denen der nächsten Angehörigen abzugrenzen sind und in denen sich auch Abgrenzungsprobleme ergeben, damit im Anschluss überprüft werden kann, inwieweit diese Lösungen aus der „offline-Welt“ für die juristische Bewertung des digitalen Nachlasses Modell stehen können.

1. Das Recht der Totenfürsorge

Der Körper des Erblassers fällt nicht in den Nachlass, sondern ist dem Rechtsverkehr entzogen.⁸⁵

Das Recht der Totenfürsorge als privatrechtliches Recht nichtvermögensrechtlicher Art⁸⁶ umfasst aber Entscheidungen über die Art der Bestattung, den Ort der letzten

⁸¹ Staudinger/Rolls, § 563 BGB Rn. 1.

⁸² MüKo/Krug, § 1967 BGB Rn. 33.

⁸³ Staudinger/Marotzke, § 1967 BGB Rn. 24.

⁸⁴ Palandt/Weidenkaff, § 564 BGB Rn. 7.

⁸⁵ Kurze/Goertz, Bestattungsrecht, 2012, S. 15, Palandt/Weidlich, § 1922 BGB Rn. 18; NK-BGB/Kroiß, § 1922 BGB Rn. 14.

Ruhestätte, das Grabmal, eine eventuelle Umbettung oder Exhumierung. Bestimmungsberechtigt hierüber ist primär der Erblasser selbst zu Lebzeiten, der seine Wünsche formfrei bindend äußern kann.⁸⁷ Der Verstorbene kann zu Lebzeiten jemanden bestimmen, der das Bestimmungsrecht für ihn ausübt. Hat er dies nicht getan, so ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass die nächsten Angehörigen (vorrangig der Ehepartner, dann die Kinder, subsidiär sonstige Verwandte) das Recht der Totenfürsorge ausüben. Bei der Ausübung sind sie an den (mutmaßlichen) Willen des Verstorbenen gebunden.⁸⁸

Hier stellt sich die Frage, ob nicht in der Einsetzung als Erben eine stillschweigende Bestimmung des Erben auch als Totenfürsorgeberechtigtem liegen kann; was zumindest dann nahe liegend ist, wenn der Erbe seine Erbenstellung als Vertrauter des Erblasser eingeräumt bekommt.

Bestattungspflichtig wiederum sind die nächsten Angehörigen. Dies beruht auf öffentlich rechtlichen Normen der Landesgesetze.⁸⁹

Die Beerdigungskosten trägt aber gemäß § 1968 BGB der Nachlass; die Totenfürsorgeberechtigten oder -verpflichteten können sich somit bei den Erben regressieren.

2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Erblassers

Spielen beim Totenfürsorgerecht Gewohnheitsrecht und zivilrechtliche mit öffentlich-rechtlichen Normen zusammen, so ist das Verhältnis von Erben und nächsten Angehörigen im Bereich des und die Reichweite des postmortalen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, also die Frage nach dem Fortbestand des allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers vor allem von der Rechtsprechung entwickelt worden.

⁸⁶ Kurze/Goertz, Bestattungsrecht, 2012, S. 31.

⁸⁷ Palandt/Weidlich, Einl. § 922 BGB Rn. 9 ff.; Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 117 ff.

⁸⁸ Kurze/Goertz, Bestattungsrecht, 2012, S. 31; Palandt/Weidlich, Einl. § 1922 BGB Rn. 9 ff.; Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 117 ff.

⁸⁹ Kurze/Goertz, Bestattungsrecht, 2012, S. 10 m.N. zu den einzelnen Landesgesetzen.

a) Das Namensrecht

Das Namensrecht als Teil dessen erlischt mit dem Tod des Namensträgers.⁹⁰

Wenn dem Namensträger („Name“) zu Lebzeiten ein Unterlassungsanspruch aus § 12 BGB gegen einen anderen zusteht, der sich den Domain-Namen „Name.de“ registrieren lässt und es der Namensträger nicht zu dulden braucht, dass er seinen Namen nicht als Internetadresse nutzen kann, weil ein Nichtberechtigter ihm bei der Registrierung zuvorgekommen ist,⁹¹ so ist dies nach dem Tod einer Person anders: Die Wahrnehmungsberechtigten können anderen die Benutzung des Namens des Verstorbenen als Internetadresse nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Namensanmaßung untersagen.

b) Das Erlöschen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes mit dem Tode

Ebenso erlischt das auf Art. 2 Abs. 1 GG basierende Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit mit dem Tode eines Menschen,⁹² weil eine freie Entfaltung der Person nach dem Tode offenbar nicht mehr in Betracht kommt.

So ist bspw. ein presserechtlicher Gegendarstellungsanspruch mangels ausreichenden Vermögensbezugs auch dann nicht vererblich, wenn er bereits zu Lebzeiten tituliert wurde.⁹³

c) Das Fortbestehen des allgemeinen Achtungsanspruchs über den Tod hinaus

Es ist aber insoweit ein postmortales Persönlichkeitsrecht anerkannt,⁹⁴ als der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, über den Tod hinaus fortbesteht.⁹⁵

Dieser schützt vor Herabwürdigungen und Verfälschungen jedweder Art, die der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre Lebensleistung

⁹⁰ BGH NJW 2007, 684. Ob es als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fortbesteht, ist offen, BGHZ 107, 385.

⁹¹ BGH NJW 2003, 897; 2004, 1793.

⁹² BVerfGE 30, 173, 194; BVerfG, NJW 2001, 2957, 2959; NJW 2006, 3409; NJW 2008, 1657.

⁹³ KG FamRZ 2007, 1130.

⁹⁴ BGHZ 107, 384 (*Emil Nolde*); BGHZ 143, 218 (*Marlene Dietrich*); BGH, NJW-RR 1994, 925 (*Schreckliches Mädchen*); OLG Köln NJW 1999, 1969 (*Konrad Adenauer*).

⁹⁵ BVerfG NJW 2001, 2957, 2959; NJW 2006, 3409 Rn. 25; BVerfG NVwZ 2008, 549; BGH NJW 2009, 751.

erworben hat, erfährt.⁹⁶ Voraussetzung ist aber, dass die Menschenwürde nicht nur berührt, sondern verletzt ist.⁹⁷ Ist dies der Fall, so kann dem mit Abwehransprüchen begegnet werden, nicht aber können Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden, weil der Verstorbene keinen durch Geldzahlung auszugleichenden Schaden erleiden kann.⁹⁸

Dieser ideelle Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist aber nicht Gegenstand der Vererbung.⁹⁹ Die genannten Ansprüche stehen damit nicht den Erben zu. Da der Verstorbene diese Abwehransprüche aber naturgemäß nach seinem Tode nicht mehr selbst geltend machen kann, werden sie von den Wahrnehmungsberechtigten treuhänderisch ausgeübt; das sind diejenigen, die der Verstorbene (auch formlos) dazu ermächtigt hat bzw. subsidiär seine nächsten Angehörigen.¹⁰⁰ Für die Wahrnehmungsberechtigten handelt es sich aber nicht um ein eigenes Recht, sondern sie üben es 30 Jahre lang subjektlos treuhänderisch für den Verstorbenen aus.¹⁰¹

Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob nicht im Einzelfall entgegen der bisherigen Praxis zu prüfen ist, ob nicht in der Einsetzung als Erben auch eine stillschweigende Ermächtigung zur Wahrnehmung eben dieser ideellen Interessen liegen könnte. Dies wird bei Einsetzung einer Vertrauensperson als Erben sicher eher der Fall sein als bei einer Stiftung als Erben.

d) Die vermögensrechtliche Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als vererbbares Vermögensobjekt

Hinzu kommt ein durch die Rechtsprechung des BGH verselbständigter vermögensrechtlicher Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹⁰² Dieser überdauert

⁹⁶ Insofern wird man mit *Martini*, JZ 2012, 1145, 1148 auch einen postmortalen Datenschutz anerkennen müssen, da sich ein Mensch zu Lebzeiten insoweit nur frei entfalten kann, wenn er sich gehen kann, dass seine Daten nicht nach seinem Tod zum Plünderungsobjekt werden. Ob die datenschutzrechtliche Geheimhaltungspflicht von Diensteanbietern aber auch im Verhältnis zum Erben gilt, erscheint mir fraglich.

⁹⁷ Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345, 346.

⁹⁸ BGHZ 143, 214, 224; BGHZ 165, 203; BGHZ 169, 193; MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 98.

⁹⁹ Kritisch zu dieser Differenzierung *Fischer*, ZEV 2006, 605.

¹⁰⁰ MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 98.

¹⁰¹ *Bender*, VersR 2001, 815; *Staudinger/Marotzke*, § 1922 BGB Rn. 131 und wohl auch BGHZ 50, 133. A.A. MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 100, der von eigenen Ansprüchen der Ermächtigten bzw. nächsten Angehörigen ausgeht. Die Ansprüche haben sie wohl auch; sie üben aber letztlich das Recht des Verstorbenen ähnlich einem Prozessstandhafter aus.

¹⁰² Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345, 347, der dies auf Art. 14 GG zurückführt.

den Tod und kann als Vermögensobjekt nach § 1922 BGB vererbt werden. Dies ist auf zehn Jahre begrenzt.¹⁰³

Der oder die Erben sind Inhaber dieses Rechts. Kraft ihrer Erbenstellung können sie es mithin nutzen oder sich gegen eine unbefugte Nutzung zur Wehr setzen,¹⁰⁴ etwa mit Unterlassungs- oder Entschädigungsansprüchen (z.B. aus § 812 BGB oder aus § 823 BGB).

aa) Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens des Erblassers

Sie können die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechtes aber nur unter Berücksichtigung des (mutmaßlichen) Willens des Erblassers nutzen, da sich die Befugnisse des Erben vom Träger des Persönlichkeitsrechts ableiten.¹⁰⁵ Es ist dabei aber nicht zu verlangen, dass der Erblasser selbst schon die jetzt vom Erben zu nutzenden Bestandteile seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts für sich zu seinem finanziellen Vorteil genutzt hat. Auch braucht es keine positive Erlaubnis des Erblassers etwa in der Form einer Verfügung von Todes wegen.¹⁰⁶ Vielmehr ist der Erbe in der Nutzung unbeschränkt, wenn nicht erkennbar der Wille des Erblassers entgegensteht. Dies kann sich aus dem konkreten Verhalten des Erblassers zu Lebzeiten ergeben. Der Erblasser kann aber zu Lebzeiten einer bestimmten Art der Nutzung durch seine Erben widersprechen.¹⁰⁷ Eine solche widersprochene, dem Willen des Erblassers widersprechende Nutzung durch den Erben wäre rechtswidrig.

bb) Mitwirkungsbefugnis der Wahrnehmungsberechtigten?

Häufig trifft man auf die Aussage, dass die Erben mit den nächsten Angehörigen zusammenwirken müssen, wenn sowohl die materiellen als auch die ideellen Interessen betroffen sind.¹⁰⁸ Dies bedarf der Präzision:

¹⁰³ BGHZ 169, 193.

¹⁰⁴ BGHZ 143, 214, 225 f.

¹⁰⁵ BGH NJW 2007, 684; NJW 2006, 605; BGH NJW 2000, 2195; BVerfG NJW 2006, 3409; MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 103 f.

¹⁰⁶ Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345, 354.

¹⁰⁷ Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345, 353 f. Ob es hierfür der Form einer Verfügung von Todes wegen bedarf ist fraglich, da es ja auf den mutmaßlichen Willen ankommt, der aus der Lebenseinstellung des Erblassers – formfrei – zu schließen ist.

¹⁰⁸ BGHZ 143, 214, 227. Kritisch MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 107, der eine generelle Vererblichkeit befürwortet oder zumindest die Erben allein zuständig sehen will, wenn zumindest auch vermögenswerte Bestandteile betroffen sind. Siehe auch FAKomm-ErbR/Scholz Löhnig, § 1922 BGB Rn. 82.

Es ist nicht so, dass die Erben die vermögensrechtliche Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur mit Erlaubnis der Wahrnehmungsberechtigten nutzen dürfen. Vielmehr sind die Erben so lange in der Nutzung frei, wie sie die Menschenwürde des Verstorbenen achten. Ist diese Grenze überschritten, so kommt den Wahrnehmungsberechtigten die Funktion zu, die Interessen des Verstorbenen zu schützen, indem sie Unterlassungsansprüche gegen die Erben geltend machen wie gegen Dritte.¹⁰⁹

Nutzt der Erbe die wirtschaftliche Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen – obwohl dies dem (mutmaßlichen) Willen des Erblassers widerspricht – so können die Wahrnehmungsberechtigten (s.o.) dem ebenfalls nur dann widersprechen, wenn durch die Art der Nutzung die Menschenwürde des Verstorbenen verletzt ist.¹¹⁰ In diesem Fall können sie gegen den Erben wie gegen Dritte Unterlassungsansprüche geltend machen.

Umgekehrt gilt, dass eine menschenunwürdige Vermarktung auch stets in die vermögensrechtliche Position des Erben eingreift, der in diesem Fall neben den Wahrnehmungsberechtigten auch aus eigenem geerbten Recht gegen Dritte Unterlassungsansprüche geltend machen kann.¹¹¹

3. Geheimhaltungsinteresse

Wenn das Eigentum auf den oder die Erben übergeht, so gilt dies grds. auch für das Eigentum an Briefen und anderen Unterlagen des Erblassers. Und zwar auch dann, wenn diese höchstpersönliche Erklärungen enthalten, wie ein Liebesbrief oder Tagebuchaufzeichnungen.

Hierin können die Erben also Einsicht nehmen und nach eigenem Gutdünken verfahren. Die Grenze ist erst erreicht, wenn durch die Verwertung das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers in o.g.S. verletzt wird; dann können die Angehörigen zur Wahrung desselben Unterlassung verlangen.

¹⁰⁹ Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345, 352 f.

¹¹⁰ So zu Recht Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345, 355 f.

¹¹¹ Darauf weist Damrau/Muscheler/Schwab, Erbrecht und Vermögensnachfolge – Festschrift für Bengel und Reimann, 2012, Seite 345, 352 zu Recht hin.

Ansonsten gilt etwas anderes nur bei entgegenstehender Verfügung des Erblassers.

4. Schweigepflicht

Die Erfüllung vererbter Auskunftsansprüche gegen Personen, die der Schweigepflicht unterliegen, wird in der Praxis oft unter Hinweis auf eben diese Schweigepflicht verweigert.

Jedenfalls in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist eine solche Weigerung aber unberechtigt, da der Erbe auch in Bezug auf den Auskunftsanspruch und das Recht, von der Schweigepflicht zu befreien, in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt und somit kein Dritter ist.¹¹²

Dient aber die Verschwiegenheitspflicht zumindest auch dem Schutz höchstpersönlicher Belange, so gehen die korrespondierenden Ansprüche auf Verschwiegenheit selbst dann, wenn die geheim zuhaltenden Umstände vermögensrelevant sind, nicht auf die Erben als solche über.¹¹³ Sie überdauern jedoch den Erbfall und bestehen als nachwirkende Elemente des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen subjektlos fort und werden – so der Erblasser keinen anderen bestimmt hat – von den nächsten Angehörigen treuhänderisch wahrgenommen. Diese können dann Verletzungen der Schweigepflicht ahnden und die Verschwiegenheit durchsetzen. Sie können aber grds. nicht von der Schweigepflicht befreien oder Mitteilung des Geheimnisses verlangen. Denn der Erblasser kann gewisse Geheimnisse auch vor den Erben und nahen Angehörigen gewahrt wissen und mit ins Grab nehmen wollen.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der ausdrückliche oder mutmaßliche Erblasserwille oder sein wohlverstandenes Interesse eine Befreiung von der Verschwiegenheit verlangen.

Dies sei anhand der Beispiele von Handakten der Rechtsanwälte und von Patientenakten verdeutlicht; dabei wird davon ausgegangen, dass im ersteren Fall der

¹¹² Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 296 f. m.w.N. zu Notar, Rechtsanwalt, Steuerberater, Bankgeheimnis und Lebensversicherung; MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 26.

¹¹³ Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 298; MüKo/Leipold, § 1922 BGB Rn. 26.

Rechtsanwalt und damit der Geheimhaltungsverpflichtete verstirbt und im zweitgenannten Fall der Patient, also derjenige zu dessen Gunsten die Geheimhaltungspflicht besteht.

a) Handakten bei Tod des Rechtsanwaltes

Die Handakten eines Rechtsanwaltes sind im Falle seines Todes nicht auf die Erben des Rechtsanwaltes vererbbar, denn der Geheimhaltungsanspruch des Mandanten ist ein höchstpersönlicher.¹¹⁴

Gleiches gilt im Übrigen grundsätzlich für Aufzeichnungen anderer schweigepflichtiger Personen, wie Steuerberater und Ärzte.

b) Patientenakten bei Tod des Patienten

Das Recht auf Einsicht in die Patientenakten ist grds. ein höchstpersönliches, doch kann es auf die Erben übergehen, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des zuvor von dem betreffenden Arzt behandelten Erblassers entspricht. Von sich aus, also aus ererbtem oder gar eigenem Recht hingegen können die Erben oder die nächsten Angehörigen die behandelnden Ärzte nicht von der Schweigepflicht entbinden.¹¹⁵ Vielmehr ist der Arzt nach Wegfall des Patienten als Rechtsperson der zur Verschwiegenheit betraute Treuhänder.¹¹⁶ Die Entscheidung ist grds. nicht justizabel, sondern in Bezug auf die Frage des Einsichtsrechts ist der Arzt gewissermaßen selbst die letzte Instanz.¹¹⁷

In der Rechtsprechung (von Teilen der Literatur heftig kritisiert) sind zwei Fälle anerkannt, in denen der Wille des Erblassers im Zweifel gegen die Verschwiegenheit spricht und in denen der Arzt die Darlegungs- und Beweislast für das Gegenteil trifft:

aa) Testier(un)fähigkeit

Die Schweigepflicht steht einem Auskunftsverlangen der Erben gegenüber den behandelnden Ärzten und dem Pflegepersonal nach ständiger höchstrichterlicher

¹¹⁴ *Knodel*, ZRP 2006, 263.

¹¹⁵ *MüKo/Leipold*, § 1922 BGB Rn. 25.

¹¹⁶ BGH NJW 1983, 2627.

¹¹⁷ BGH NJW 1983, 2627.

Rechtsprechung nicht entgegen, wenn es um die Feststellung der Testier(un)fähigkeit geht; denn dies steht im wohlverstandenen Interesse des Erblassers.¹¹⁸ Die Verschwiegenheitspflicht von Ärzten und des Pflegepersonals besteht zwar nach dem Tod des gemäß § 385 ZPO Befreiungsberechtigten grundsätzlich fort. Der Umfang der ärztlichen Schweigepflicht kann mit dem Tod des Patienten aber abnehmen. Maßgeblich für die Frage, ob und inwieweit der Arzt von seiner Schweigepflicht nach dem Tod des Patienten entbunden ist, muss grundsätzlich der erklärte oder mutmaßliche Wille dessen sein, der den Arzt von seiner Schweigepflicht entbinden kann, § 385 Abs. 2 ZPO, also im Allgemeinen derjenige des Patienten.

Hat sich der Patient zu Lebzeiten geäußert, so ist dieser wirkliche Wille maßgebend. Lässt sich dagegen eine positive Willensäußerung des Verstorbenen nicht feststellen, dann muss der mutmaßliche Wille des Patienten erforscht werden, also geprüft werden, ob er die konkrete Offenlegung durch den Arzt mutmaßlich gebilligt oder missbilligt haben würde. Das Interesse des Erblassers geht im Allgemeinen dahin, aufkommende Zweifel über seine Testierfähigkeit nach Möglichkeit auszuräumen.

Das liegt für den testierfähigen Erblasser auf der Hand, gilt aber auch für den Testierunfähigen. Sein wohlverstandenes Interesse ist nicht darauf gerichtet zu verbergen, dass er testierunfähig ist, vielmehr würden damit umgekehrt die seinem Schutz dienenden Vorschriften über die Testierfähigkeit in vielen Fällen gerade unterlaufen.¹¹⁹ In der Regel darf daher davon ausgegangen werden, dass die Aufklärung von Zweifeln an der Testierfähigkeit im wohlverstandenen Interesse des Erblassers liegt, der ein Testament errichtet hat. Hinsichtlich solcher Tatsachen, welche die Willensbildung des Erblassers und das Zustandekommen einer letztwilligen Verfügung betreffen, ist grundsätzlich keine Verschwiegenheitspflicht anzunehmen.¹²⁰

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist der Arzt also zur Aussage verpflichtet, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.¹²¹ Der Arzt hat demnach den mutmaßlichen Willen des inzwischen verstorbenen Patienten

¹¹⁸ *Bartsch*, NJW 2001, 861; BGHZ 91, 392 = NJW 1994, 2893; OLG Frankfurt aM FamRZ 1997, 1306; OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 2001, 120; BayObLGR 1995, 2; FamRZ 1991, 1461; sehr kritisch zum Teil die Literatur *Staudinger/Marotzke*, § 1922 BGB Rn. 298 m.w.N. zur Gegenmeinung.

¹¹⁹ BGHZ 91, 392. A.A. *Spickhoff*, NJW 2005, 1982; *Hess*, ZEV 2006, 479 mit dem Hinweis darauf, der Erblasser habe kein Interesse an der Feststellung seiner Testierunfähigkeit, weil dies seinen letzten Willen unwirksam macht.

¹²⁰ OLG Frankfurt aM, FamRZ 1997, 1306.

¹²¹ BGH NJW 1984, 2893; NJW 1983, 2627; *Bartsch*, NJW 2001, 862.

zu erforschen und darf sich nicht einfach auf seine ärztliche Schweigepflicht berufen oder das Zeugnis unter Hinweis auf „allgemeine Gründe des Gewissens und des Standesethos“ verweigern. Er hat vielmehr zu erläutern, warum der Patient nach seiner Ansicht auf Einhaltung des Schweigens bestanden hätte, was nach oben Gesagtem nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist.

bb) Behandlungsfehler

Ähnliches gilt für Behandlungsfehler: Sprechen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Arzt den Erblasser falsch behandelt hat und dadurch seinen Tod ggf. sogar mitverursacht hat, so wird im Zweifel anzunehmen sein, dass der Erblasser eine Klärung dieser Frage nicht verhindern wollte, der Arzt sich also nicht auf seine Verschwiegenheitspflicht berufen kann. Dabei ist streitig, ob der Auskunftsanspruch auf die nächsten Angehörigen übergeht,¹²² oder auf die Erben. Der BGH¹²³ hat mit der h.L.¹²⁴ letzteres angenommen, weil und wenn die Erben diejenigen sind, die die aus der Verletzung resultierenden vermögensrechtlichen Schadensersatzansprüche geltend machen müssen. Insofern handelt es sich um ein „nichtvermögensrechtliches Recht mit bestimmungsgemäß vermögensrechtlichem Bezug“.¹²⁵

IV. Übertragung der Rechtslage aus der „offline“-Welt auf den digitalen Nachlass de lege lata

Überträgt man die Rechtslage auf den digitalen Nachlass, so ergibt sich folgendes Bild aus erbrechtlicher Sicht:

1. Abgerufene Mails, gespeicherte Daten auf einer Festplatte o.Ä.

Unstreitig ist, dass das Eigentum des Erblassers an einer Festplatte, einer CD, einer Diskette, einem USB-Stick oder ähnlichen Speichermedien im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den oder die Erben übergeht.¹²⁶ Auf diese Weise können dann grds. auch die E-Mails oder die sonstigen gespeicherten Daten mit übergehen.¹²⁷ Zudem sind die Inhaberschaft und das Nutzungsrecht an einer Domain vererblich und

¹²² Staudinger/Marotzke, § 1922 BGB Rn. 298.

¹²³ BGH NJW 1983, 2627.

¹²⁴ Z.B. Bender, Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, 1998, S. 159 ff., 455 f.

¹²⁵ Z.B. Bender, Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, 1998, S. 193 ff., 456 f.

¹²⁶ Hoeren, NJW 2005, 2113, 2114; Martini, JZ 2012, 1145, 1147.

¹²⁷ Hoeren, NJW 2005, 2113, 2114; Bräutigam auf dem 7. Deutschen Erbrechtstag vom 16. bis 17. 3.2012 in Berlin.

zwar insoweit, als der Erbe in das Schuldverhältnis des Erblassers mit der DENIC e.G. eintritt.¹²⁸

Etwas anderes wird für den Fall vertreten, dass es sich um personenbezogene Daten zu höchstpersönlichen Zwecken, kurz um private E-Mails wie Liebesbriefe und einfache Grußmails, handelt.¹²⁹ Diese sollen nicht vererblich sein, sondern den nächsten Angehörigen zustehen.¹³⁰ Allein geschäftliche E-Mails (z.B. Online-Rechnungen, Vertragsangebote, die nach den §§ 130 Abs. 2, 153 BGB grds. auch noch nach dem Tod zum Vertragsschluss führen können) sollen im normalen Erbgang auf die Erben übergehen.¹³¹

Abgesehen von der praktischen Frage, wer nun die Festplatte aussortieren sollte (der Dienstanbieter steht hier anders als bei nicht abgerufenen E-Mails von vorne herein gar nicht zur Verfügung, hierzu näher unten unter 3.), scheint die Prämisse dieser Überlegungen fraglich: Geschlussfolgert wird diese Differenzierung aus dem vielzitierten Satz, dass nur vermögensrechtliche Beziehungen vererblich sind, nichtvermögensrechtliche Positionen hingegen nicht.¹³² Dass dieser Satz so pauschal nicht richtig ist, wurde oben aufgezeigt. Es ist eben nicht richtig, dass die Erben nur Vermögenswerte oder geschäftliche Inhalte erben und den Angehörigen alles Private zusteht. Der Erbe erbt alles Vermögen im Sinne des § 1922 BGB, und zwar unabhängig von seiner Verwendung für den privaten oder geschäftlichen oder rechtsgeschäftlichen Bereich; plastisch formuliert erbt der Erbe eben nicht nur den Geschäftsanzug, sondern auch den Pyjama bzw. genau genommen das Eigentum hieran. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang nämlich, dass nicht die verkörperte Sache selbst vererbt wird, sondern die rechtliche Stellung zu ihr.

Schließlich geht die immer wieder gern herangezogene Parallele zum „guten alten Brief“¹³³ als Argumentationshilfe fehl: Präzisiert formuliert geht nicht der Brief oder gar

¹²⁸ Vgl. *Hoeren*, Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mails und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers, NJW 2005, 2113 (2116); Palandt/*Weidlich*, BGB, 71. Auflage 2012, § 1922 BGB Rn. 34.

¹²⁹ *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *ebenfalls die Frage aufwerfend: Bräutigam* auf dem 7. Deutschen Erbrechtstag vom 16. bis 17. 3.2012 in Berlin.

¹³⁰ *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *ebenfalls die Frage aufwerfend: Bräutigam* auf dem 7. Deutschen Erbrechtstag vom 16. bis 17. 3.2012 in Berlin.

¹³¹ *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *ebenfalls die Frage aufwerfend: Bräutigam* auf dem 7. Deutschen Erbrechtstag vom 16. bis 17. 3.2012 in Berlin.

¹³² *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *ebenfalls die Frage aufwerfend: Bräutigam* auf dem 7. Deutschen Erbrechtstag vom 16. bis 17. 3.2012 in Berlin.

¹³³ Vgl. z.B. *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114.

sein Inhalt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben über, sondern das Eigentum an dem Blatt Papier (und ggf. das Urheberrecht an den darauf enthaltenen Inhalten). Ebenso geht nicht die Festplatte des PC's des Erblassers oder der auf ihr gespeicherte Inhalt über, sondern das Eigentum an ihr. Dies gilt unabhängig davon, was auf diesem Stück Papier drauf steht (s. nur oben die Erläuterungen zu § 2373 S. 2 BGB II.1.) und folgerichtig auch unabhängig davon, was für eine Art Inhalt von E-Mails auf der Festplatte oder einem sonstigen Medium gespeichert ist. Mit diesem neu gewonnen Eigentum kann der Erbe nunmehr verfahren wie er will, unabhängig von seinem Inhalt.

Nicht richtig ist – folgt man obigen Ausführungen – auch die Annahme, dass die Angehörigen einen Anspruch auf gewisse Daten haben; vielmehr stehen Ihnen nach oben Gesagtem nur Abwehransprüche zu, falls die Erben oder Dritte das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers verletzen.

2. Benutzung von vorhandenen Zugangsdaten

In Frage gestellt wird auch, ob der Erbe Zugangsdaten, auf die er Zugriff hat, ohne weiteres benutzen darf, um an private E-Mails zu gelangen.

Sind dem Erben die Zugangsdaten vom Erblasser überlassen worden, so wird man hierin eine konkludente Übertragung der Wahrnehmungsrechte im Onlinebereich sehen, deren Zulässigkeit – soweit ersichtlich – von niemandem in Frage gestellt wird.

Sind sie auf einem Blatt Papier notiert oder auf einem Medium gespeichert, so geht das Eigentum hieran auf den Erben über und er darf er sich auch des Inhaltes bedienen. Letztlich handelt es sich um einen „digitalen Schlüssel“. Zieht man hier erneut die Parallele zur Offline-Welt, so käme auch hier wohl niemand zu der Schlussfolgerung, dem Erben stünde zwar das Eigentum am Schlüssel zum Wohnhaus des Erblassers zu; er darf ihn aber nicht dazu benutzen, ins Haus zu gelangen, um dort die Sache zu ordnen, da sich dort auch private Dinge wie Liebesbriefe befinden könnten.

3. Nicht abgerufene Mails, Übergang der Online-Verträge, Auskunft zu Passwörtern

Bei nicht abgerufenen E-Mails, Homepages, Facebook- oder Twitterdaten befinden sich die Inhalte nicht auf einem Speichermedium des Erblassers, sondern auf dem Server des Diensteanbieters. Der Erbe kann daher nicht über eine Vererbung von Eigentum Inhaber auch dieser Daten werden.

Aber der E-Mail-Service- oder sonstige Online-Vertrag¹³⁴ geht als Vertragsverhältnis mit dem Tod des E-Mail-Account-Inhabers auf die Erben über, wie auch ein mietvertragliches oder girovertragliches Verhältnis nach § 1922 BGB auf die Erben übergeht.¹³⁵ Denn das Vermögen i.S.d. § 1922 BGB umfasst als Inbegriff aller geldwerten Rechtsbeziehungen auch Rechte an einer Internetdomain und Online-Guthaben und sonstige vertragliche Verpflichtungen; damit tritt der Erbe nach § 1922 BGB in das vermögensrechtliche Vertragsverhältnis mit dem Diensteanbieter ein.¹³⁶

a) Differenzierung zwischen abgerufenen und nicht abgerufenen E-Mails

Die oft vorzufindende Differenzierung zwischen E-Mails, die auf einer Festplatte gespeichert sind, und solchen, die auf dem Server verblieben sind, betrifft also (allein) die Frage, was genau vererbt wird: Letzterenfalls geht statt des Eigentums eine andere rechtliche Beziehung auf den Erben über, nämlich das Account-Vertragsverhältnis.

Führt einer der Erben den Account als eigenen weiter, so mag (ähnliche wie nach der BGH-Rspr. zu Bankverbindungen, siehe oben unter II. 3. a.) eine neue eigene persönliche Rechtsbeziehung des Anbieters zu dem Erben entstehen, wodurch auch keine Nachlassverbindlichkeiten mehr, sondern Eigenverbindlichkeiten begründet werden. Tut er das nicht, so erwächst die Stellung des Erben aus § 1922 BGB.

¹³⁴ Zur Vertragsart vgl. *Redeker*, IT-Recht, 5. Auflage 2012, Rn. 1089 ff.

¹³⁵ *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2116. Für die erbrechtliche Sicht zustimmend *Martini*, JZ 2012, 1145, 1147.

¹³⁶ So auch nahezu wortgleich *Martini*, JZ 2012, 1145, 1147.

b) Übergang der Hauptleistungspflicht und von Auskunftsansprüchen

Hieraus steht dem Erben nun derselbe Anspruch auf Zurverfügungstellung der E-Mail als Hauptleistungspflicht¹³⁷ zu wie zuvor dem Erblasser,¹³⁸ ähnlich wie der Anspruch auf Herausgabe eines beförderten Briefes gegen die Post aus § 421 Abs. 1 S. 1 HGB gemäß § 1922 BGB auf die Erben übergeht.¹³⁹ Denn zum Eigentum nach Art. 14 GG gehört nach der Rechtsprechung des BVerfG auch die auf dem Abschluss von Verträgen beruhenden schuldrechtlichen Forderungen.¹⁴⁰

Auch hier wird vertreten, dass dies dann nicht gilt, wenn die Inhalte privater Natur sind.¹⁴¹ Mehr spricht dafür, dies unabhängig davon gelten zu lassen, welchen Inhalt die E-Mails oder Homepagedaten haben. Denn wenn bei verkörperten Gedankenerklärungen in Unterlagen, auf Briefen oder in Tagebüchern in Bezug auf die Zugehörigkeit zum Nachlass nicht danach differenziert wird, ob es sich um Vermögenswerte oder höchstpersönliche Informationen handelt,¹⁴² so wird man dies auch bei nicht verkörperten Gedankenerklärungen wie einer E-Mail nicht tun.¹⁴³ Es ist auch kaum eine Grenzziehung möglich; man denke nur an die Abgrenzungsprobleme etwa beim E-Post-Brief.

Würde man den Erben nur im Falle von geschäftlichen Daten entsprechende Ansprüche einräumen und die Angehörigen als Wahrnehmungsberechtigte ansehen, sobald es um private Inhalte geht,¹⁴⁴ so führte dies schon bei der Frage, wer entscheiden sollte, welche E-Mails geschäftlich und welche privat sind, zu unlösbaren Problemen. Dies auf die Nachlassgerichte zu übertragen, wird die dortigen Kapazitäten überstrapazieren und kaum mit deren eigentlicher Aufgabe vereinbar sein. Wer einen Testamentsvollstrecker zu diesem Zwecke einsetzen und entsprechendes Vermögen hierfür einsetzen mag, dem bleibt dies unbenommen. Die Diensteanbieter hier aber quasi als subsidiären Testamentsvollstrecker zu diesem Zwecke ipso iure anzusehen,

¹³⁷ *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114.

¹³⁸ So für die erbrechtliche Betrachtung zustimmend auch *Martini*, JZ 2012, 1143, 1147.

¹³⁹ Der Postbeförderungsvertrag ist Frachtvertrag i.S.d. § 407 HGB, Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Reuschle*, Handelsgesetzbuch, 2. Auflage 2009, § 407 HGB Rn. 64.

¹⁴⁰ BVerfG, NJW 1977, 2024. Hierauf weist *Hoeren*, in NJW 2005, 2113, 2116 zu Recht hin.

¹⁴¹ *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152.

¹⁴² S.o. und auch § 2373 BGB

¹⁴³ A.A. *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152, der dafür hält, dass ein besonderer Schutz von Account-Daten selbst angesichts des Umstandes gerechtfertigt erscheint, dass das papierne Tagebuch dem Zugriff des Erben offen steht.

¹⁴⁴ So *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152.

ist zum einen teuer,¹⁴⁵ zum anderen scheint fraglich, ob sie diesen Vertrauensvorsprung verdient haben (siehe hierzu noch unten unter c.). Vor dem Hintergrund der §§ 91 ff. TKG wäre dies nach der geltenden Rechtslage aber auch wohl gar nicht zulässig. Wie dies faktisch und rechtlich (insbesondere gegenüber im Ausland sitzenden Diensteanbietern) durchzusetzen sein soll, ist eine weitere ungelöste Frage. Die Problematik wird anschaulich verdeutlicht, wenn man den Befund auf die offline-Welt überträgt, hieße dies doch, dass die Post aufgerufen wäre, noch nicht an den Erblasser zugestellte Briefe zu öffnen und nach privaten und geschäftlichen Inhalten zu sortieren und die einen den Angehörigen, die anderen den Erben zuzustellen.

Schließlich ist es auch nicht zielführend, die nächsten Angehörigen für private Inhalte als wahrnehmungsberechtigt anzusehen, führte dies doch zu der offenbar von manchen Befürwortern dieser Aufteilung gerade befürchteten Situation, dass die „geheim gehaltene Geliebte“¹⁴⁶ doch von der Ehefrau entdeckt würde.

Die Alternative bestünde darin, dem Provider aufzuerlegen, alle Daten zu löschen.¹⁴⁷ Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass gewichtige rechtsgeschäftliche Beziehungen der geordneten Abwicklung durch die Erben bedürfen, als zu weitgehend.

Neben den Hauptleistungsansprüchen gehen Auskunftsansprüche gegen den Provider, z.B. in Bezug auf Passwörter¹⁴⁸ oder sonstige Zugangs- und Vertragsdaten (bspw. auch von Zahlssystemen wie Paypal oder die Kundenkonten bei Ebay, Amazon oder Zalando¹⁴⁹) auf die Erben über.

Gleichwohl ist anzuraten, dem Erben die Zugangsdaten irgendwie anders zugänglich zu machen, ist doch das Impressum bei geschäftsmäßigen Internetauftritten nach § 6 TMG innerhalb von 6 Wochen nach dem Todesfall zu ändern.¹⁵⁰ Muss man hierzu erst Auskunft bei den Internetanbietern einholen, was in der Regel (zumindest wenn keine

¹⁴⁵ Dies räumt auch *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152 ein, der dies in Kauf nehmen will, auch wenn es letztlich auf die Nutzer umgelegt würde.

¹⁴⁶ *Martini*, JZ 2012, 1145, 1151.

¹⁴⁷ Dies ist offenbar auch *Martini*, JZ 2012, 1145, 1153 zu weit gehend, wenn er sagt, die Daten dürfen den Diensteanbietern nicht unbegrenzt als Verfügungsmasse offen stehen.

¹⁴⁸ Eine (stets aktuelle) Liste von Zugangsdaten für die Erben zu hinterlegen ist sicher eine Gestaltungsempfehlung. Wo allerdings der geeignete Ort dafür ist, ist fraglich, soll man doch die Daten möglichst geschützt aufbewahren. Der Vorschlag von *Steiner*, Präsident des Deutschen Forums für Erbrecht, in der Welt („Im Netz stirbt man nicht“ vom 23.11.2012), eine entsprechende Liste beim Nachlassgericht zu hinterlegen, wird dort wohlmöglich auf wenig Gegenliebe stoßen.

¹⁴⁹ Siehe hierzu Die Welt: Im Netz stirbt man nicht vom 23.11.2012.

¹⁵⁰ Siehe *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2117; *Bleich*, c't 2013, S. 62, 63.

notarielle Verfügung von Todes wegen vorliegt) auch noch die Vorlage eines Erbscheins erfordern wird, wird dies innerhalb dieser Frist kaum zu schaffen sein.

c) Entgegenstehender Wille des Erblassers

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der wirkliche oder der mutmaßliche Wille des Erblassers dagegen spricht. Hat der Erblasser zu Lebzeiten verfügt, dass seine Daten nach seinem Tod vom Provider gelöscht werden sollen oder nicht oder nur bestimmten Erben oder Angehörigen oder Dritten wie einem eigens hierzu eingesetzten Testamentsvollstrecker zugänglich gemacht werden sollen, so ist dies bindend (s.o.).

Fraglich ist, was dann gilt, wenn der Erblasser keine Regelung hinterlassen hat. Müssen die Provider dann Einsicht gewähren oder dürfen sie nicht. Hier kommt eine Parallele zur Rechtslage bei Ärzten, Steuerberatern, Rechtsanwälten und Banken in Betracht. Da der BGH die Verweigerung der Auskunft gegenüber den Erben bei Banken, Ärzten und sonstigen der Schweigepflicht unterliegenden Personen stets damit begründet, dass zu diesen ein besonderes Vertrauensverhältnis als Ratio der Verschwiegenheitspflicht besteht, weshalb der Erblasser diese Personen ggf. quasi als Treuhänder der Verschwiegenheit einsetzt, würde dies voraussetzen, dass ein ähnliches Vertrauensverhältnis mit ähnlichen Verschwiegenheitspflichten auch zu einem Provider bestehen würde.¹⁵¹ Dies erscheint – auch wenn es vielfach befürwortet wird – fraglich. So ist die Herausgabe von Daten durch den Provider wohl nicht strafbewehrt.¹⁵² Ferner besteht die zu bekämpfende Gefahr allen voran darin, dass die Diensteanbieter die Daten nicht kommerzialisieren und somit für eigene Zwecke nutzen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen. Diesen an die Hand zu geben, treuhänderisch dafür zu sorgen, dass die Daten gelöscht werden, würde dazu führen, dass man „das Kinde mit dem Bade auskippt“.

Gehen Vertragsverhältnisse und daraus resultierende Auskunftsansprüche grds. mit dem Tode desjenigen, der die Dienste in Anspruch genommen hat, auf die Erben über und ist dies ausnw. nicht der Fall, wenn es sich um höchstpersönliche Belange handelt,

¹⁵¹ So *Martini*, JZ 2012, 1145 ff.

¹⁵² So *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2115 und wohl auch *Martini*, JZ 2012, 1145, 1153, der allenfalls die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestandes für möglich hält.

so trägt derjenige, der sich auf diese Ausnahme beruft, also der Diensteanbieter hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

Aus Sicht der Diensteanbieter ist dies nicht der Fall, denn die Nutzer nehmen kein persönliches Vertrauen in Anspruch (anders als ein versterbender Arzt oder Rechtsanwalt), weshalb sich insoweit das Wesen des zugrunde liegenden Vertrages nicht ändert.¹⁵³ Auch die Verschwiegenheitspflicht kann hier nicht grds. herangezogen werden, da diese den Nutzer allen voran davor schützen will, dass seine Inhalte von den Diensteanbietern genutzt oder kommerzialisiert oder veröffentlicht werden. Es handelt sich kaum um ein so intimes Vertrauensverhältnis wie zu einem Arzt, das von vorne herein in Rede steht, dass der Erblasser den Diensteanbietern in gewisser Hinsicht mehr Vertrauen schenkt als seinen Erben. Und selbst dort kann das Vertrauen zu den Erben überwiegen, wenn es um die Testierfähigkeit oder um die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Behandlungsfehlern geht. Vielmehr ist das Verhältnis eher vergleichbar dem zu einer Bank, da es – zumindest in der Regel auch – abzuwickelnde rechtsgeschäftliche Dinge betreffen kann. Hier wie dort geht der Auskunftsanspruch über. Für einen entgegenstehenden Willen des Erblassers trägt der Provider die Darlegungs- und Beweislast. Er kann sich aber – wie Banken auch¹⁵⁴ – nicht auf allgemeine Verschwiegenheitspflichten oder Bedenken stützen. Dabei kann sich der Provider wie z.B. auch die Banken¹⁵⁵ nicht darauf berufen, dass dem Erblasser diese Daten bekannt waren, sondern muss dennoch Auskunft erteilen.

d) Löschung von Daten auf Homepages, Facebook und Twitter

Ähnlich vererblich sind dann wohl die Ansprüche auf Löschen von Daten auf der Facebook oder Twitterseite des Verstorbenen, da die entsprechenden vertraglichen Rechte mit dem Vertragsverhältnis auf den Erben übergehen.¹⁵⁶ Dies ist auch folgerichtig, betrachtet man die urheberrechtliche Situation: Auch hier sind die Erben nach §§ 28 Abs. 1, 30, 64 UrhG berechtigt, die Rechte des verstorbenen Urhebers wahrzunehmen.¹⁵⁷

¹⁵³ So auch *Martini*, JZ 2012, 1145, 1147.

¹⁵⁴ Siehe etwa BGH, NJW 1983, 1258.

¹⁵⁵ BGHZ 107, 104 = NJW 1989, 1601.

¹⁵⁶ So auch *Dopatka*, NJW 49/2010, Seite 14; a.A. *Martini*, JZ 2012, 1145, 1153, 1154, wonach die Angehörigen wahrnehmungsberechtigt sein sollen, wenn es um private Inhalte auf Homepages oder Blogs geht, und der sich auf § 12 Abs. 3 TMG beruft.

¹⁵⁷ *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2116.

e) Wahrung des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Erblassers

Sollte der Erbe allerdings höchstpersönliche Details aus Tagebüchern oder E-Mails gegen den Willen des Erblassers einer Öffentlichkeit zugänglich machen, so mag den Wahrnehmungsberechtigten unter o.g. Voraussetzungen ein Anspruch auf Unterlassung zum Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Erblassers zustehen.

Sollte der Erbe oder ein Dritter ideelle Inhalte auf Seiten wie Netzfriedhöfen oder ähnlichen Gedenkseiten veröffentlichen, so stehen den Erben keine Unterlassungsansprüche zu, weil dies nicht den vermögensrechtlichen Teil betrifft und auch kein übergegangenes Vertragsverhältnis. Die Wahrnehmungsberechtigten können erst dann Unterlassungsansprüche geltend machen, wenn die Menschenwürde des Verstorbenen verletzt ist und auch nur 10 Jahre lang.

Gleiches gilt wohl, wenn der Erbe bestimmte Informationen nicht löschen lässt, obwohl der Erblasser dies angeordnet hat (was wirksam ist s.o. IV. 3. c.). In diesem Fall mag der Vorschlag einen Testamentsvollstrecker zum Zwecke der Löschung einzusetzen (siehe näher unter V. 4.), weiterhelfen, insbesondere, wenn die Erben die Daten gar nicht erst zu Gesicht bekommen sollen.

4. Zwischenergebnis aus erbrechtlicher Sicht

Aus erbrechtlicher Sicht ist damit festzuhalten, dass richtiger, aber umstrittener Ansicht nach der digitale Nachlass auf den Erben übergeht.¹⁵⁸ Damit steht aus erbrechtlicher Sicht auch fest, dass die Diensteanbieter die (Zugangs)Daten – ggf. nach entsprechender Legitimation durch einen Erbschein oder ähnliches (siehe hier näher unten unter C. II. 2.) an die Erben herausgeben müssen. Dies steht allerdings unter dem Vorbehalt der telekommunikations- und verfassungsrechtlichen Analyse (hierzu unten D.).

¹⁵⁸ So auch *Bleich*, c't 2013, S. 62, 63.

V. Bestehende Gestaltungsmöglichkeiten

Schon jetzt gibt es für den Erblasser zu Lebzeiten Möglichkeiten, auf diese Rechtslage Einfluss zu nehmen.

1. Digitales Testament / digitale Vorsorgevollmacht

Soweit ersichtlich, sind sich die Stellungnahme in der Literatur darin einig, dass es möglich ist, i.R.e. Testaments oder im Rahmen einer Vorsorgevollmacht bindende Regelung zum digitalen Nachlass zu treffen.¹⁵⁹

Dies ist bei der derzeit unklaren, umstrittenen und durch keinerlei Rechtsprechung abgesicherten Rechtslage dringend zu empfehlen und diese Notwendigkeit ist der Beratungspraxis bewusst zu machen, da der digitale Nachlass sowohl in der Bevölkerung als auch in der Rechtswissenschaft eine „terra incognita“¹⁶⁰ ist.

2. Streitig ist das Regel-Ausnahmeverhältnis

Streitig ist aber das Regel-Ausnahmeverhältnis, sprich, was gilt, wenn eine entsprechende Regelung fehlt: Ist es so, dass

- die Daten von den Diensteanbietern nicht (weder an Erben noch an Angehörige) herausgegeben werden dürfen, es sei denn, der Erblasser hat eine entsprechende Freigabe verfügt,¹⁶¹

oder verhält es sich umgekehrt und

- die Diensteanbieter sind zur Herausgabe an die Erben (oder die Angehörigen?) verpflichtet, solange der Erblasser nicht die Geheimhaltung oder Löschung verfügt hat?

Der obige Befund spricht für die letztgenannte Alternative.

¹⁵⁹ Hoeren, NJW 2005, 2113, 2117; Martini, JZ 2012, 1145, 1149, 1154.
¹⁶⁰ In beidem ist Martini, JZ 2012, 1145 uneingeschränkt Recht zu geben.
¹⁶¹ So zu Recht Martini, JZ 2012, 1145, 1152.

3. Formerfordernisse

Fraglich ist schließlich, ob und wenn ja, welchen Formerfordernissen eine solche Freigabe genügen muss. Genügt der aus den Lebensumständen gefolgerte mutmaßliche Wille oder bedarf die Verfügung der Form von letztwilligen Verfügungen?

a) Da die Rechte der Erben aus der Universalsukzession des § 1922 BGB entstehen, bedarf es wohl richtigerweise einer letztwilligen Verfügung, um dies abzuändern.

b) Sollen die Rechte zu Lebzeiten i.R.e. Vorsorgevollmacht übertragen werden, so bestehen keine besonderen Formerfordernisse. Eine solche ist aber durch die Erben widerruflich.

4. Digitaler Testamentvollstrecker

Immer wieder liest man auch von dem Vorschlag, einen digitalen Testamentvollstrecker einzusetzen.¹⁶² Diese Möglichkeit – zumindest i.S.d. terminus technicus – ist nur dann eröffnet und folgerichtig, wenn man mit oben genanntem Befund annimmt, dass die Daten einschließlich der persönlichen Daten grundsätzlich in den Nachlass fallen, da der Testamentvollstrecker eben nur diesen verwaltet.¹⁶³

¹⁶² Z.B. *Steiner*, Präsident des Deutschen Forums für Erbrecht, in der Welt: „Im Netz stirbt man nicht“ vom 23.11.2012, und auch *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152.

¹⁶³ Dies obwohl die These oftmals von den Befürwortern der Gegenansicht vertreten wird.

C. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Provider auf dem Prüfstand – Regelungen für den Tod des Kunden

– *Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn* –

1. Vorbemerkung – zur rechtlichen Einordnung der Problematik

In diesem Abschnitt soll untersucht werden, welche Regelungen Internet-Provider im Hinblick auf den Tod ihres Kunden in Providerverträgen wirksam treffen können.

Ein erster Eckpunkt für die Darstellung ergibt sich aus der obigen erbrechtlichen Analyse: Im Todesfall enden Vertragsbeziehungen auch von Internet Providern nicht automatisch, vielmehr gehen sie – wie andere Verträge auch – in aller Regel im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben über. Die Erben übernehmen die Rechte und Pflichten des/der Verstorbenen (dazu oben B.II.3).

Wenn man daher über die Wirksamkeit von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Providern spricht, muss man von diesem Fortbestehen der Verträge ausgehen. Alle Klauseln müssen sich dann daran messen lassen, ob sie wirksam in den jeweiligen Vertrag mit dem Verstorbenen einbezogen wurden und nicht nach §§ 307 ff. BGB unwirksam sind.

Prüfungsmaßstab ist dabei der jeweilige Vertrag – gemessen an seiner vertragstypologischen Einordnung. Es gibt allerdings nicht den einen Vertrag über Internetproviderleistungen, sondern vom Accessprovidervertrag über Hosting-Verträge, Verträgen über Cloud-Dienstleistungen bis hin zu Verträgen über die Nutzung sozialer Netzwerke einen bunten Strauß unterschiedlicher Verträge. In vielen Verträgen werden auch unterschiedliche Dienstleistungen kombiniert (z.B. Access Providing mit E-Mail Diensten, Soziale Netzwerke mit Chat-Diensten, Host Providing mit der Herstellung des Internetauftritts). Oft kommen noch Telekommunikationsleistungen wie das Bereitstellen des Netzanschlusses hinzu. Die vertragstypologische Einordnung dieser Verträge ist im Detail sehr umstritten.¹⁶⁴ Der Umfang dieser Darstellung verbietet es, die Details dieser rechtlichen Probleme auch nur in Ansätzen darzustellen. Festgehalten werden kann

¹⁶⁴ Vgl. die umfangreichen Darstellungen bei *Härtling*, Internetrecht, Rn. 474 ff.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 995 ff.

freilich, dass die Verträge meist als Miet- oder Dienstverträge behandelt werden. Manchmal geht es auch um Werkverträge mit Dauerschuldcharakter. Soweit – wie oft bei sozialen Netzwerken¹⁶⁵ – unentgeltliche Verträge vorliegen, gilt Auftragsrecht. Leihverträge werden – soweit ersichtlich – nicht angenommen.

II. Mögliche Regelungen

Bei den Regelungen zum Todesfall kann man –vor allem zwei Komplexe unterscheiden:

Regelungen über die Beendigung des Vertrages aus Anlass des Todes und Regelungen über die Folgen einer solchen Beendigung. Hinzu kommen Regelungen über die Legitimation der Erben.

1. Kündigungsklauseln

Im Gesetz gibt es im Mietrecht ein außerordentliches Kündigungsrecht beim Tod des Mieters. Sowohl der Erbe als auch der Vermieter können das Mietverhältnis innerhalb eines Monats nach Kenntnis vom Tod des Mieters mit der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen (§ 580 BGB).

Im Dienstvertragsrecht findet sich eine solche Regel nicht. Ist der Verstorbene der Dienstverpflichtete, endet freilich das Dienstverhältnis, weil es sich um eine höchstpersönliche Verpflichtung handelt¹⁶⁶, beim Tod des Dienstberechtigten gilt dies nicht.¹⁶⁷ Auch ein außerordentliches Kündigungsrecht wird nur angenommen, wenn die Dienste wie beim Privatsekretär oder der Krankenpflegerin nur dem Dienstberechtigten persönlich erbracht werden können. Dieser Fall liegt bei Internet Providern in der Regel nicht vor. Allenfalls bei sozialen Netzwerken oder bei Spiele-Accounts könnte die Situation anders sein, weil der „Freund“ oder der Spieler konkrete natürliche Personen sind, die soziale Beziehungen mit anderen „Freunden“ bzw. Spielern aufgebaut haben. Hier kann man ein Kündigungsrechts beider Seiten mit dem Todesfall annehmen.

¹⁶⁵ A.A. dazu *Bräutigam*, MMR 2012, 635.

¹⁶⁶ Staudinger/*Oetker*, Vorbem. zu §§ 620 ff. BGB, Rn. 63; vgl. auch oben B.II.3.

¹⁶⁷ Staudinger/*Oetker*, Vorbem. zu §§ 620 ff. BGB, Rn. 65.

Im Werkvertragsrecht mit Dauerschuldcharakter gilt oft das Kündigungsrecht des Dienstvertrages, manchmal auch des Mietvertrages. Es gilt daneben aber nach der Rechtsprechung des BGH¹⁶⁸ für den Auftraggeber auch das Kündigungsrecht des § 649 BGB, so dass der Erbe in der Regel kündigen kann, allerdings mit der Folge, dass die Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen des Auftragnehmers weiterzuzahlen ist. Diese Folge ist angesichts der hohen Darlegungsanforderungen auf Seiten des Providers allerdings oft nicht sehr schwerwiegend.¹⁶⁹

Ferner fragt sich, ob nicht im Tod eines der Vertragspartner ein Grund zur außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB liegen kann. Auch dies dürfte aber nur sehr selten der Fall sein.

Bei unentgeltlichen Verträgen gibt es ohnehin ein jederzeitiges Beendigungsrecht.¹⁷⁰ Außerdem gibt es bei befristeter Leihe ein außerordentliches Kündigungsrecht des Verleihers beim Tod des Entleihers.¹⁷¹

Angesichts des obigen Befundes stellt sich die Frage, ob der Provider in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein außerordentliches Kündigungsrecht beim Tod seines Kunden vorsehen kann. Zunächst ist zu bemerken, dass ein solches Recht nur beidseitig, d.h. für Providern und Erben, vereinbart werden kann.¹⁷² Ein bloß einseitiges Kündigungsrecht für den Provider wäre nur möglich, wenn nur der Provider ein Interesse an einer solchen Kündigung haben kann. Das ist aber nicht der Fall. Den Erben kann der Provider jederzeit einseitig ein solches Kündigungsrecht einräumen, weil er sich als Steller der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dabei benachteiligt.

Ob ein beidseitiges Kündigungsrecht vereinbart werden kann, wird – soweit ersichtlich – nirgends erörtert. An sich ist auch eine Erweiterung außerordentlicher Kündigungsrechte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kaum möglich. Man könnte sich aber fragen, ob dies für den Tod nicht anders ist, weil ein solches Kündigungsrecht im Mietvertrag (und auch im Leihvertrag) ausdrücklich vorgesehen ist. Dies erscheint

¹⁶⁸ CR 2011, 176; 525.

¹⁶⁹ Dazu *Redeker*, ITRB 2012, 42.

¹⁷⁰ § 671 Abs. 1 BGB zum Auftrag, § 604 Abs. 3 BGB zur Leihe.

¹⁷¹ § 605 Nr. 3 BGB.

¹⁷² Vgl. OLG Koblenz, MMR 2004, 106; CR 2011, 471, 473.

aber zweifelhaft, weil dies in anderen Vertragstypen gerade nicht gilt und im Dienstvertrag eine solche Möglichkeit eher abgelehnt wird.

Vermutlich gibt es auch keine generelle Antwort für alle Vertragstypen. Ein Access-Providing-Vertrag – ggfs. verbunden mit einem Vertrag über den Telekommunikationsanschluss – ist anders zu behandeln als ein Vertrag zur Nutzung eines Musik-Downloadportals. Gerade beim erstgenannten Vertrag besteht oft ein starkes Interesse der Erben, den Vertrag fortzuführen, insbesondere dann, wenn sie die vom Verstorbenen bewohnte Wohnung weiter nutzen. Hier ist möglicherweise ein Kündigungsrecht des Providers beim Tod des Kunden unangemessen. Dies kann beim Musik-Downloadportal anders sein. Insgesamt dürfte aber eine Klausel, die dem Provider ein Sonderkündigungsrecht beim Tod des Kunden einräumt, meist unwirksam sein.

Eine Klausel „*Ihr Konto erlischt mit Ihrem Tode.*“ ist daher unwirksam. Sie sieht ja ein automatisches Ende vor. Selbst in den Fällen, in denen ein Kündigungsrecht wirksam eingeräumt werden kann, kann eine solche Rechtsfolge in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht vorgesehen werden.

2. Legitimationsklauseln

Eine zweite Gruppe von möglichen Klauseln betrifft den Nachweis der Erbenstellung. Hier gibt es insbesondere in den Banken-AGB Klauseln, die für einen solchen Nachweis die Vorlage eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen. Solche Klauseln werden allgemein als wirksam angesehen,¹⁷³ sind sie doch durch ein legitimes Sicherheitsinteresse des Verwenders gerechtfertigt. Höhere Anforderungen dürfen aber nicht gestellt werden. So ist es angesichts der Regelung des § 2365 BGB nicht gerechtfertigt, über den Erbschein hinaus weitere gerichtliche Entscheidungen zu verlangen.

Umstritten ist es, ob Klauseln die o.g. Anforderungen herabsetzen können. Zulässig ist es wohl, die Vorlage eines beglaubigten Testaments nebst zugehöriger

¹⁷³ Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, Anh. 4 (2), Rn. 19; OLG Celle, NJW 1998, 82, 83.

Eröffnungsniederschrift ausreichen zu lassen.¹⁷⁴ Immerhin hat der BGH entschieden, dass ein solcher Nachweis von Gesetzes wegen ausreicht und nicht immer ein Erbschein verlangt werden kann.¹⁷⁵ Der Provider kann sich freilich auf diese Klausel nicht berufen, wenn sich ihm Zweifel an der Legitimation des angeblichen Erben aufdrängen.¹⁷⁶

Allerdings hat das OLG Hamm in einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung¹⁷⁷ eine Klausel einer Sparkasse verworfen, die den Nachweis der Erbenstellung durch Erbschein verlangte, der Sparkasse aber auch gestattete, sich mit anderen Unterlagen zufrieden zu geben, ohne nähere Kriterien darzustellen, wann der geringere Nachweis ausreicht. Die Entscheidung erscheint freilich angesichts der erheblichen Werte, um die es bei Banken oft geht, falsch, gibt doch nur der Erbschein Rechtssicherheit über die Erbenstellung.¹⁷⁸ Ob im Einzelfall auch weniger ausreicht, wird man im Voraus kaum bestimmen können.

Diese zu den Banken-AGB veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung lässt sich auch auf Internetprovider übertragen. Zwar geht es dort möglicherweise nicht um so gewichtige finanzielle Interessen wie bei Banken, dafür kann es aber um durchaus sensible Daten, Texte und Fotografien dienen, die gegen den Zugriff Unberechtigter geschützt werden müssen. Diese Tatsache rechtfertigt entsprechende Legitimationsklauseln.

Betrachtet man die von den verschiedenen Providern verwendeten Klauseln, so sind sie im Ergebnis alle unwirksam: Hotmail stellt auf Familienangehörige, nicht auf Erben ab. Diese sind aber nicht berechtigt. Googles Klausel ist zum einen sehr unbestimmt und stellt die Anerkennung der Legimitation weitgehend in sein Ermessen.

„...das Vorliegen der erforderlichen Dokumente keine Garantie bedeutet,...“ „Im zweiten Teil sind weitere Rechtswege erforderlich, einschließlich einer Anordnung eines US-Gerichts und/oder der Vorlage weiterer Materialien“

¹⁷⁴ So Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, Anh. 4 (2), Rn. 19.

¹⁷⁵ BGH, NJW 2005, 2779.

¹⁷⁶ So z.B. § 5 S. 4 AGB Banken.

¹⁷⁷ Urt. v. 1.10.2012 - I-31 U 55/12, 31 U 55/12.

¹⁷⁸ §§ 2366, 2367 BGB.

... lassen Google alle Möglichkeiten. Zum anderen wird sogar die Vorlage eines Beschlusses eines US-Gerichts verlangt – nötig ist aber nur ein deutscher Erbschein. Solche Anforderungen gehen auch inhaltlich zu weit.

3. Abwicklung des Providervertrags

Eine dritte Gruppe von Klauseln betrifft die Abwicklung von Providerverträgen Verstorbener. Grundsätzlich gilt hier nichts anderes als bei der Abwicklung von Providerverträgen allgemein: Wird ein Vertrag beendet, so müssen nach völlig übereinstimmender Meinung in allen Fällen die Daten des Kunden vom Provider herausgegeben werden bzw. es dem Kunden ermöglicht werden, sie zu kopieren und zu löschen. Werden die Daten vorzeitig gelöscht, ergeben sich Schadensersatzansprüche.¹⁷⁹ Rechtsgrundlage sind oft § 667 Abs. 1 oder 2, 675 BGB, ansonsten wird dies aus der Natur des Vertragsverhältnisses hergeleitet.¹⁸⁰ Bei Mietverträgen ist dies Teil der Räumungspflicht des Mieters.

Ein Ausschluss dieses Rechts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen schränkt die sich aus der Natur des Vertrages ergebenden Rechte so stark ein, dass er nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam ist. Das gleiche gilt für Klauseln, die zwar eine Herausgabe der Daten vorsehen, eine Löschung aber ausschließen. Dies ist ja praktisch keine Herausgabe, sondern nur das Recht, eine Kopie zu ziehen. Eine solche Klausel ist damit faktisch ein Ausschluss des Rückgabeanspruchs und damit unwirksam.

Zulässig bleiben Modifikationen, z.B. Klauseln über die Art und Weise, in der die Daten herausgegeben werden müssen.¹⁸¹ Dabei muss nur sichergestellt sein, dass der Kunde (und auch seine Erben) die Daten in einer technischen Gestaltung erhalten, mit der sie sie bei Nutzung von Standard-EDV weiterverarbeiten können.

Ein besonderes Problem stellt die Herausgabe von Auszügen aus Diskussionen dar. Hier kann nicht ein einzelner die vollständige Löschung seiner Diskussionsbeiträge verlangen, weil Diskussionen dann nicht verständlich sind. Vorgesehen werden kann

¹⁷⁹ OLG Dresden, Beschl. V. 5.9.2012 – 4 W 961/12 (NJW H. 51/2012, S.8)

¹⁸⁰ OLG Düsseldorf, CR 2012, 801; vgl. auch BGH, NJW 2010, 3440 zur Herausgabe von Domain-Namen.

¹⁸¹ vgl. z.B. § 8 Abs. 3 des Musters zum Web-Hosting-Vertrag von Schuppert, in: *Redeker*, Handbuch der IT-Verträge, Kap. 3.3.

aber u.U., dass der Verfasser der Diskussionsbeiträge auf seinen Wunsch hin unkenntlich gemacht wird. Ob der Provider auch ohne eine solche Regelung anonymisieren darf, kann zweifelhaft sein, weil die Mitdiskutanten möglicherweise in ihren Persönlichkeitsrechten betroffen sind. Eine Klausel, die eine solche Anonymisierung vorsieht, dient auch den Mitdiskutanten gegenüber als Rechtfertigung.

Ein besonderes Problem stellt sich, wenn der Provider noch nicht abgerufene E-Mails speichert. Hier könnte ein Zugriff durch die Erben eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses der Absender darstellen. Solange diese Rechtsfrage nicht geklärt ist, darf ein Provider bei Vorgängen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, den Zugriff der Erben von der Einverständniserklärung des oder der Absender abhängig machen. Mehr darf er aber nicht vorsehen.

Auch hier sind viele Klauseln der Provider unwirksam. Dies gilt z.B. für die Klausel von Yahoo, die besagt, dass alle Rechte auch an den gespeicherten Inhalten beim Tod des Nutzers untergehen.

D. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

– *Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn* –

– *Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart* –

Jede Untersuchung nach möglichen gesetzgeberischen Lösungen muss ihren Ausgangspunkt zunächst im Verfassungsrecht nehmen. Denn verfassungsrechtliche Vorgaben stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Im hier relevanten Kontext der Vererblichkeit eines Internet-Accounts sowie der beim Provider vorhandenen Account-Daten (E-Mails; digitale Photos pp.) können sich verfassungsrechtliche Bindungen zunächst aus dem Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG), in Abhängigkeit von dessen Eröffnung subsidiär auch aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ergeben, und zwar nicht nur zugunsten des Erblassers, sondern auch seines jeweiligen Kommunikationspartners (dazu unten I. und II.). Speziell aus der Perspektive des Erblassers, der seinen digitalen Nachlass nicht vererbt wissen will, stellt sich die Frage des postmortalen Persönlichkeitsschutzes¹⁸² (dazu unten III.). Schließlich ist zu untersuchen, ob das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Erbrecht eine Vererbung des digitalen Nachlasses gebietet (dazu unten IV.). Im Einzelnen:

1. Fernmeldegeheimnis

– *Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn* –

Besondere Bedeutung kommt zunächst dem verfassungsrechtlich durch Art. 10 Abs. 1 GG verbürgten Fernmeldegeheimnis zu. Dieses schützt die Vertraulichkeit der Nutzung des zur Nachrichtenübermittlung eingesetzten technischen Mediums, hier also der bei der Nutzung des Internet erfolgenden Kommunikationsvorgänge. Das Fernmeldegeheimnis entfaltet nun Schutzwirkung nicht nur zugunsten des Adressaten von Kommunikationsvorgängen, also etwa auch dem Erblasser als dem Empfänger von E-Mails pp., sondern für alle an dem Kommunikationsvorgang Beteiligten, also auch den Absender der betreffenden Mail mit der Folge, dass ein Kommunikationspartner allein (etwa der Erblasser durch

¹⁸² Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Hinterlassung des Passwortes für das Internet-Account) durch seine Einwilligung nicht zugleich mit Wirkung für den anderen auf die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verzichten kann (näher unten 4.b). Dies führt zu der Frage, ob das Fernmeldegeheimnis es dem Internet-Provider untersagt, den Erben ohne Einwilligung aller an dem jeweiligen Kommunikationsvorgang Beteiligten Zugang zum Internet-Account des Erblassers und zu den auf den Servern des Providers gespeicherten Account-Daten zu verschaffen.

2. Bindung der Internet-Provider an das Fernmeldegeheimnis?

Allerdings ist bereits die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses des Art. 10 Abs. 1 GG auf die Bekanntgabe von Account-Daten durch die Internet-Provider im vorliegenden Zusammenhang zu hinterfragen.

a) Internet-Provider sind private Grundrechtsträger

Internet-Provider sind juristische Personen des Privatrechts, die durch den Staat nicht beherrscht werden und damit Grundrechtsträger sind.

Dies gilt auch für die heutige Telekom Deutschland GmbH. Das Bundesverfassungsgericht hat schon im Jahre 2006 für die damalige Deutsche Telekom AG entschieden, dass deren Grundrechtsfähigkeit nicht deswegen entfällt, weil der Bund Anteile an ihr hält, da jedenfalls ein beherrschender Einfluss des Bundes ausgeschlossen ist.¹⁸³

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Grundrechtsberechtigung der Nachfolgeunternehmen bereits aus ihrer durch Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG vorgeschriebenen Ausrichtung auf die ausschließlich privatwirtschaftliche Tätigkeit und Aufgabenstellung abgeleitet.¹⁸⁴

¹⁸³

BVerfGE 115, 205, 227 f.

¹⁸⁴

BVerfGE 114, 160, 189; Fortführung in BVerfGE 118, 226, 238; 120, 54, 68,); NVwZ 2004, 742; 118, 352, 359; anders hingegen noch BVerfGE 113, 207, 211.

b) Grundsatz: Keine unmittelbare Grundrechtsbindung privater Internet-Provider

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden private Grundrechtsträger durch die Grundrechte berechtigt, aber nicht unmittelbar verpflichtet. Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Horizontalverhältnis zwischen zwei Privaten wird deshalb abgelehnt. Denn Grundrechte sind in ihrer klassischen Funktion subjektive Abwehrrechte gegen den Staat, nicht gegen den Bürger. Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte dementsprechend (nur) den Staat in Gestalt von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung.

Dem liegt – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – eine „elementare Unterscheidung“ zugrunde: Während der Bürger durch die Grundrechte „prinzipiell frei“ ist, ist der Staat durch die Grundrechte „*prinzipiell gebunden*“. Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung sind wie zwei kommunizierende Röhren, die sich wechselseitig ausschließen. *„Der Bürger findet durch die Grundrechte Anerkennung als freie Person, die in der Entfaltung ihrer Individualität selbstverantwortlich ist. Er und die von ihm gegründeten Vereinigungen und Einrichtungen können ihr Handeln nach subjektiven Präferenzen in privater Freiheit gestalten, ohne hierfür grundsätzlich rechenschaftspflichtig zu sein. Ihre Inpflichtnahme durch die Rechtsordnung ist von vornherein relativ und – insbesondere nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit – prinzipiell begrenzt. Demgegenüber handelt der Staat in treuhänderischer Aufgabenwahrnehmung für die Bürger und ist ihnen rechenschaftspflichtig. Seine Aktivitäten verstehen sich nicht als Ausdruck freier subjektiver Überzeugungen in Verwirklichung persönlicher Individualität, sondern bleiben in distanzierterem Respekt vor den verschiedenen Überzeugungen der Staatsbürger und werden dementsprechend von der Verfassung umfassend an die Grundrechte gebunden.“*¹⁸⁵

Dies schließt zwar nicht aus, dass Private (Grundrechtsberechtigte) im Wege der mittelbaren Drittwirkung „*durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden*“. Die unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates unterscheidet sich aber grundsätzlich von der in der Regel nur mittelbaren Grundrechtsbindung der Privaten und Privatunternehmen: Während die unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates „*auf einer prinzipiellen Rechenschaftspflicht gegenüber dem Bürger beruht*“, dient die nur

¹⁸⁵ BVerfGE 128, 226, 244 f.

mittelbare Grundrechtsbindung der Privaten „dem Ausgleich bürgerlicher Freiheitssphären untereinander und ist damit von vornherein relativ“.¹⁸⁶

c) Aber: Unmittelbarer Grundrechtsbindung gleichkommende gesteigerte Inpflichtnahme Privater für den Schutz der Kommunikation

Die somit grundsätzlich nur mittelbare Grundrechtsbindung der Internet-Provider darf allerdings in ihrer Intensität gerade für den hier einschlägigen Bereich des Schutzes der Kommunikation nicht unterschätzt werden.

Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner FRAPORT-Entscheidung vom 22.2.2011 deutlich herausgestellt. Wörtlich heißt es dort wie folgt:

*„Das bedeutet jedoch nicht, dass die Wirkung der Grundrechte und damit die – sei es mittelbare, sei es unmittelbare – Inpflichtnahme Privater in jedem Fall weniger weit reicht. Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater **einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleich kommen**. Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die - wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen - früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.“¹⁸⁷*

Mit diesen Aussagen, die in ihrer Bedeutung schon deshalb nicht ernst genug genommen werden können, weil sie durch die dortige Entscheidung nicht veranlasst waren (das Gericht hatte für die Fraport AG bereits eine unmittelbare Grundrechtsbindung angenommen), hat das Bundesverfassungsgericht die Tür aufgestoßen, um für den Bereich der privaten Telekommunikationsdiensteanbieter eine gesteigerte Bindung an die Kommunikationsfreiheit der Nutzer anzunehmen. Damit relativiert sich die bisherige Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsbindung entscheidend. Die Aussage, private Anbieter seien durch

¹⁸⁶ BVerfGE 128, 226, 249.

¹⁸⁷ BVerfGE 128, 226, 249 f. – Hervorhebungen nicht im Original.

Art. 10 Abs. 1 GG nicht verpflichtet,¹⁸⁸ ist zumindest in dem Sinne irreführend, als sie eine von vornherein relative und damit inhaltlich weniger intensive Inpflichtnahme durch die Grundrechte impliziert, als sie dem Art. 10 Abs. 1 GG als dem zentralen Grundrecht für den Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation tatsächlich zukommt. Diese Aussage jedenfalls ist vor dem Hintergrund der FRAPORT-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr haltbar.

Vor dem Hintergrund dieser Aussagen des Bundesverfassungsgerichts ist § 88 TKG mehr als nur „*einfachgesetzliche Ausprägung des Fernmeldegeheimnisses*“¹⁸⁹ für private Diensteanbieter in dem Sinne, dass sie auf einer verfassungsrechtlich zwar zulässigen, aber nicht geschuldeten Entscheidung des einfachen Gesetzgebers beruht. Die inhaltlich intensiviertere (mittelbare) Grundrechtsbindung auch privater Diensteanbieter durch Art. 10 GG bedeutet vielmehr, dass die einfachgesetzliche Ausprägung des § 88 TKG eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrags aus Art. 10 Abs. 1 GG ist,¹⁹⁰ der dem Gesetzgeber – anders als im Regelfall bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten – keinen relevanten Gestaltungsspielraum mehr belässt.

d) Gesteigerte Grundrechtsbindung auch für Internet-Provider

Aus den vorstehend zitierten Aussagen aus der FRAPORT-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgt, dass auch private Internet-Provider durch Art. 10 Abs. 1 GG einer (mittelbaren) Grundrechtsbindung unterworfen sind, die in ihrer Reichweite und Intensität der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Staates nahe oder sogar gleich kommt. Dies erscheint aus der Perspektive der Kommunikationsteilnehmer gerechtfertigt. Denn die spezifische Gefährdungslage, der der Schutz des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG Rechnung trägt, besteht unabhängig davon, ob die technische Kommunikationseinrichtung – wie in der Vergangenheit – durch den Staat oder – wie seit der Einfügung von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG in das Grundgesetz – nicht mehr durch den Staat, sondern durch private Anbieter erbracht wird. In beiden Fällen sind die Kommunikationspartner für den Schutz und die Freiheit ihrer Kommunikation auf einen technischen Übermittlungsvorgang angewiesen sind.

¹⁸⁸ So etwa Beck-OK/*Baldus*, Art. 10 GG, Rn. 19.

¹⁸⁹ So die Gesetzesbegründung zu § 85 TKG 1996: BR-Drucks. 80/96, S. 55.

¹⁹⁰ Zur Erfüllung des grundrechtlichen Schutzauftrags aus Art. 10 Abs. 1 GG durch § 85 TKG 1996 vgl. BVerfGE 106, 28, 37.

Die Annahme einer gesteigerten mittelbaren Drittwirkung der privaten Anbieter an das Fernmeldegeheimnis, die in ihrer Reichweite und Intensität der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Staates gleichkommt, trägt damit der besonderen Abhängigkeit der Bürger von den Leistungen der Daseinsvorsorge Rechnung, die unabhängig von der Erbringung durch den Staat oder durch Private besteht.

Allerdings betreffen diese Aussagen des Bundesverfassungsgerichts nur solche privaten Unternehmen, welche die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und die „damit in Funktionen eintreten, die - wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen - früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren“.¹⁹¹

Dies spricht dafür, nur solche privaten Anbieter der gesteigerten Bindung an das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG zu unterwerfen, die im Sinne von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 GG „*Dienstleistungen im Bereich [...] der Telekommunikation*“ erbringen. Dies ist auch bei Internet-Providern der Fall, sofern sie ihre Leistungen nicht allein auf das Angebot von Inhalten beschränken, sondern zugleich auch fremde Informationen in einem Kommunikationsnetz übermitteln.¹⁹²

Demgegenüber unterliegen nur reine Content-Provider, die ausschließlich Inhalte anbieten, nicht mehr der gesteigerten Grundrechtsbindung des Art. 10 Abs. 1 GG.¹⁹³

Sie sind mittelbar den Pflichten des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung sowie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes unterworfen (dazu unten III. und IV.).

3. Zeitlicher Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses endet nicht mit dem Abrufen der Mails durch den Erblasser

Dies hat namentlich auch unmittelbare Auswirkungen auf den zeitlichen Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses.

¹⁹¹ BVerfGE 128, 226, 249 f.

¹⁹² Zur Abgrenzungsproblematik bei § 88 TKG vgl. nur Scheurle/Mayen/Zerres, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 88 Rn. 10; in: Säcker/Kleszczewski, Berliner Kommentar zum TKG, § 88 Rn. 21; Scherer, AfP 1996, 213; Gercke, CR 2005, 599 ff. Für den Begriff „Telekommunikation“ i.S.v. Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG vgl. Friauf/Höfling/Mayen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f GG Rn. 94 m.w.N.

¹⁹³ Zu allgemein hingegen Martini, JZ 2012, 1145 (1148 bei Fn. 15), der die Internet-Provider generell nicht dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterwerfen will.

Für § 88 TKG (und dessen nahezu wortidentischer Vorläuferregelung des § 85 TKG 1996) war und ist bis heute umstritten, ob Nachrichten, die in einer Mailbox, auf SIM-Karten oder auf Internet-Servern abgelegt sind, noch vom Schutzbereich dieser einfachgesetzlichen Vorschrift erfasst sind. Die Stimmen, welche dies verneinen, berufen sich darauf, dass in diesen Fällen der Übermittlungsvorgang vorläufig (beim Zwischenspeichern auf Mailboxen oder SIM-Karten) oder sogar endgültig (bei vom Empfänger abgerufenen E-Mails, die auf den Internet-Servern der Provider regelmäßig weiter gespeichert werden) abgeschlossen ist.¹⁹⁴

Dies deckt sich nicht mit dem Schutzgehalt des verfassungsrechtlichen Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG. Zwar erfasst auch Art. 10 Abs. 1 GG grundsätzlich nur den kommunikativen Übertragungsvorgang von der Absendung der Information bis zu deren Eingang oder Übergabe, nicht mehr hingegen die nach Abschluss der Nachrichtenübermittlung bei den Teilnehmern gespeicherten Inhalte.¹⁹⁵

Die Reichweite des Schutzes von Art. 10 Abs. 1 GG endet aber nicht in jedem Fall mit der Kenntnisnahme des Kommunikationsinhalts durch den Empfänger. Das Bundesverfassungsgericht hat den Schutzgehalt des Art. 10 Abs. 1 GG auch auf E-Mails erstreckt, die nach Kenntnisnahme beim Provider gespeichert bleiben.¹⁹⁶

Maßgeblich hierfür ist, dass auch hier der Zweck des Art. 10 Abs. 1 GG die Aktivierung seines grundrechtlichen Schutzgehalts gebietet. Art. 10 Abs. 1 GG knüpft an die spezifische Gefährdungslage für den Schutz freier Kommunikation an, die sich daraus ergibt, dass die Kommunikationspartner bei einem Telekommunikationsvorgang – anders als bei einem Gespräch unter Anwesenden – nicht die Möglichkeit haben, die Rahmenbedingungen der Kommunikation allein festzulegen und dabei auch über deren Privatheit und über die beteiligten Personen selbst zu wachen. Wegen der räumlichen Distanz zwischen ihnen sind die Kommunizierenden vielmehr auf einen technischen Übermittlungsvorgang angewiesen, der nicht in ihrem ausschließlichen Einflussbereich liegt. Das Risiko, dass sich Dritte Zugang zu den Inhalten und Übermittlungsdaten der

¹⁹⁴ In diesem Sinne *Bizer*, DuD 1996, 627; *Palm/Roy*, NJW 1996, 1791; *Scheurle/Mayen/Löwnau-Iqbal*, Telekommunikationsgesetz, 1. Aufl. 2002, § 85 TKG 1996 Rn. 11.

¹⁹⁵ BVerfGE 115, 166, 185, 187; 120, 274, 307 f.; weitere Nachweise bei *Maunz-Dürig/Durner*, Art. 10 GG Rn. 62.

¹⁹⁶ BVerfGE 124, 43, 54 f.

Kommunikation verschaffen, ist besonders groß, wenn es vielfältige technische Möglichkeiten des Zugriffs durch Dritte gibt, wie dies angesichts der Vernetzung moderner Infrastrukturen der Telekommunikation und der Einschaltung mehrerer Dienste für einen Übermittlungsvorgang typischerweise der Fall ist. Art. 10 Abs. 1 GG soll Gefahren für die Vertraulichkeit von Mitteilungen begegnen, die aus dem Übermittlungsvorgang einschließlich der Einschaltung fremder Übermittler entstehen.¹⁹⁷

Diese spezifische Gefährdungslage und der Zweck der Freiheitsverbürgung in Art. 10 Abs. 1 GG bestehen auch dann weiter, wenn die E-Mails nach Kenntnisnahme beim Provider gespeichert bleiben. Durch die Endspeicherung wird der von Art. 10 Abs. 1 GG zuvörderst geschützte Kommunikationsinhalt infolge der Nutzung eines bestimmten Kommunikationsmediums auf einem vom Kommunikationsmittler bereit gestellten Speicherplatz in einer von keinem Kommunikationsteilnehmer beherrschbaren Sphäre abgelegt. Weder bei einer Zwischen- noch bei einer Endspeicherung der E-Mails auf dem Mailserver des Providers ist dessen Tätigkeit beendet; der Provider bleibt dauerhaft in die weitere E-Mail-Verwaltung auf seinem Mailserver eingeschaltet.¹⁹⁸

Ob diese Vorgaben für das verfassungsrechtliche Fernmeldegeheimnis in Art. 10 Abs. 1 GG ohne weiteres auf das (einfachgesetzliche) Fernmeldegeheimnis in § 88 TKG übertragen werden können, wurde vielfach angenommen,¹⁹⁹ ist aber wegen der nur mittelbaren Grundrechtsbindung nicht selbstverständlich und daher besonders begründungsbedürftig. Diese Begründung ergibt sich daraus, dass im Anwendungsbereich des Schutzes der Kommunikation die mittelbare Grundrechtsbindung der privaten Provider, die anstelle des Staates nunmehr nach Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG die Rahmenbedingungen der Kommunikation bereitstellen, in dem Sinne gesteigert ist, dass sie der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Staates nahe- oder sogar gleichkommt (oben 1.d). Diese Annäherung der mittelbaren an die unmittelbare Grundrechtsbindung aber würde verfehlt, wenn ein Zugriff durch private Provider auf bei ihnen endgespeicherte E-Mails nicht mehr dem Fernmeldegeheimnis unterfiele, sobald die Mails von dem Empfänger abgerufen worden sind.

¹⁹⁷ Zusammenfassend in diesem Sinne BVerfGE 106, 28, 36; vorher bereits BVerfGE 85, 386, 396.

¹⁹⁸ BVerfGE 124, 43, 55.

¹⁹⁹ In diesem Sinne etwa Scheurle/Mayen/Zerres, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 88 TKG Rn. 9; in: Säcker/Kleszczewski, Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2008, § 88 Rn. 13 (allerdings jeweils ohne ausreichende Begründung).

4. Sachlicher Schutzgehalt des Fernmeldegeheimnisses

Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG schützt die Vertraulichkeit der unkörperlichen Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs.²⁰⁰

Die Reichweite des Grundrechts erstreckt sich ungeachtet der Übermittlungsart (Kabel oder Funk, analoge oder digitale Vermittlung) und Ausdrucksform (Sprache, Bilder, Töne, Zeichen oder sonstige Daten) auf sämtliche Übermittlungen von Informationen mit Hilfe verfügbarer Telekommunikationstechniken²⁰¹ namentlich auch auf Kommunikationsdienste des Internet²⁰² und umfasst – wie schon dargelegt (oben unter 2.) – auch den zugangsgesicherten Kommunikationsinhalt in einem E-Mail-Postfach.

Der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG richtet sich gegen Eingriffe in die durch die Telekommunikationsanlage übermittelte Kommunikation. Geschützt ist die Vertraulichkeit der Nutzung des zur Nachrichtenübermittlung eingesetzten technischen Mediums.²⁰³

Da Art. 10 Abs. 1 GG die Vertraulichkeit der Kommunikation schützen will, ist jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung kommunikativer Daten ohne Einwilligung des Betroffenen ein Grundrechtseingriff.²⁰⁴

Hierzu zählt namentlich auch die Weitergabe der aus einer Telefonüberwachung gewonnenen Informationen.²⁰⁵

Erfasst werden hierbei in der Konsequenz der obigen Ausführungen (unter 1.) nicht nur Eingriffsakte des Staates, der auf die bei den TK-Diensteanbietern gespeicherten Kommunikationsinhalte zugreift, sondern auch diejenigen der privaten Provider, die nach den Grundsätzen der FRAPORT-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einer gesteigerten mittelbaren Grundrechtsbindung unterliegen, die inhaltlich der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Staates gleichkommt. Damit sind die etwa von

²⁰⁰ BVerfGE 67, 157, 172; 106, 28, 35 f.; 110, 33, 52 f.; 120, 274, 307; 124, 43, 54.

²⁰¹ vgl. dazu BVerfGE 106, 28, 36; 115, 166, 182 f.

²⁰² So ausdrücklich BVerfGE 120, 274, 307; 124, 43, 54.

²⁰³ BVerfGE 106, 28, 37.

²⁰⁴ BVerfGE 85, 386, 398; 106, 28, 37; 124, 43, 58.

²⁰⁵ BFH, NJW 2001, 2118; Maunz-Dürig/Dürmer, Grundgesetz, Art. 10 GG Rn. 87.

Durner noch aufgezeigten Abgrenzungsprobleme, die sich aus der Beschränkung des Grundrechtseingriffs auf den Staat als alleinigen Grundrechtsadressaten ergaben,²⁰⁶ durch die FRAPORT-Entscheidung überwunden.

Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies konkret: Auch die Weitergabe der auf dem Mailserver eines Providers gespeicherten E-Mails des Erblassers durch den Provider an die jeweiligen Erben ist ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis, soweit sie nicht im Einzelfall von der Einwilligung der Betroffenen gedeckt ist.

5. Einwilligung der Betroffenen

Dies führt zu der Anschlussfrage, wann im vorliegenden Zusammenhang von einer „Einwilligung der Betroffenen“ im Sinne der Kriterien des Bundesverfassungsgerichts ausgegangen werden kann. Liegt sie vor, ist bereits der tatbestandliche Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nicht eröffnet.²⁰⁷

a) Keine Einwilligung durch Abschluss eines Teilnehmer- und Benutzungsvertrages mit dem Internet-Provider

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügt es hierfür nicht, dass die Kommunikationspartner aufgrund des Abschlusses des Benutzungsvertrages mit dem Provider ggfs. ihr Einverständnis mit dem Speichern der E-Mails auf dem Server des Providers erklärt haben.

Die Auslagerung der E-Mails auf den nicht im Herrschaftsbereich des Nutzers liegenden Mailserver des Providers bedeutet nicht, dass der Nutzer mit dem Zugriff auf diese Daten durch Dritte einverstanden ist. Wer ein Teilnehmer- oder Benutzerverhältnis eingeht, weiß zwar in der Regel, dass es technische Möglichkeiten gibt, auf die Kommunikationsinhalte zuzugreifen. Er willigt damit aber nicht darin ein, dass auf die Kommunikationsinhalte zugegriffen wird.²⁰⁸

²⁰⁶ Maunz-Dürig/*Durner*, Art. 10 GG Rn. 128 f.

²⁰⁷ Zur tatbestandsausschließenden Wirkung der Einwilligung bei Art. 10 Abs. 1 GG vgl. etwa Maunz-Dürig/*Durner*, Art. 10 GG Rn. 126.

²⁰⁸ BVerfGE 85, 386, 398; 124, 43, 58.

Für das Vorliegen einer eingriffsausschließenden Einwilligung bedarf es deshalb mehr, nämlich eines spezifischen Einverständnisses der Betroffenen damit, dass der Provider die auf seinem Server zwischen- und/oder endgespeicherten E-Mails an Dritte, hier konkret: die Erben eines der Kommunikationspartner überlässt.

b) Einwilligung bei Hinterlassung des Passwortes durch den Erblasser?

Eine derartige spezifische Einwilligung könnte allerdings dann anzunehmen sein, wenn der Erblasser seinen Erben – sei es konkludent durch Hinterlassung des Passwortes, sei es durch letztwillige Verfügung – sein Internet-Account überlässt.

Auch dies genügt indes nicht, um die Schutzwirkungen des Fernmeldegeheimnisses auszuschließen. Zwar liegt hier ein spezifisches Einverständnis mit einem Informationszugriff des Providers vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss aber die Einwilligung durch alle an dem Kommunikationsvorgang beteiligten Kommunikationspartner erteilt werden. Denn das Fernmeldegeheimnis entfaltet seine Schutzwirkung nicht nur zugunsten des Adressaten des jeweiligen Kommunikationsvorganges (hier also dem Erblasser als dem Empfänger von E-Mails pp.), sondern schützt alle an dem Kommunikationsvorgang beteiligten Kommunikationspartner. Dies hat zur Folge, dass der Adressat einer Kommunikationsvorgangs allein durch seine Einwilligung nicht zugleich mit Wirkung für den anderen auf die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verzichten kann.²⁰⁹

Damit muss über die Einwilligung des Erblassers hinaus auch der Absender der auf den Servern des Providers endgespeicherten Mail seine Einwilligung dazu erteilen, dass der Provider diese Mail an die Erben des Empfängers herausgibt.

c) Konkludente Einwilligung des Absenders der Mail in die Bekanntgabe der Account-Daten durch den Provider im Erbfall des Empfängers?

Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Absender der Mails im Zweifel damit einverstanden wäre, dass die von ihm an den Erblasser zu Lebzeiten geschickten E-Mails im Erbfall durch den Internet-Provider an dessen Erben weitergegeben würden.

²⁰⁹ Zur Erstreckung des Schutzbereichs von Art. 10 Abs. 1 GG auf alle an dem Kommunikationsvorgang beteiligten Kommunikationspartner und der Notwendigkeit des Einverständnisses aller Kommunikationspartner ausdrücklich: BVerfGE 85, 386, 399.

Denn zum einen kann nicht allgemein angenommen werden, der Absender müsse damit rechnen, dass die auf den E-Mail-Servern der Provider gespeicherten Mails im Todesfall des Empfängers an dessen Erben vererbt werden und er damit im Zweifel sein Einverständnis erklärt habe. Schon die Ausführungen unter B. zeigen, dass die Rechtslage insoweit schon objektiv nicht geklärt ist; umso weniger kann von vorausgesetzt werden, dass der Absender einer E-Mail bei seiner Absendungsentscheidung von einer solchen Rechtslage ausgegangen wäre.

Zum anderen kann die Annahme einer konkludenten Einwilligung des Absenders nicht ohne Rücksicht auf den jeweiligen Einzelfall, konkret: den jeweiligen Inhalt der Mail gerechtfertigt sein. Gerade bei höchstpersönlichen Mails (besonders krass: elektronische Liebesbriefe) muss vielmehr im Gegenteil damit gerechnet werden, dass der Absender davon ausgeht, dass solche E-Mails nur und ausschließlich zur Kenntnis durch den Empfänger bestimmt sind.

6. Rechtfertigung einer Weitergabe von E-Mails durch den Internet-Provider an die Erben des Erblassers?

Mit dem Fehlen einer Einwilligung allein ist die verfassungsrechtliche Fragestellung noch nicht vollständig beantwortet. Auch ohne Einwilligung der Kommunikationspartner kommt vielmehr eine Rechtfertigung des in der Bekanntgabe der E-Mails durch den Provider liegenden Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis aus anderen überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses und/oder anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern in Betracht. Art. 10 Abs. 1 GG bestimmt, dass das Post- und Fernmeldegeheimnis „*unverletztlich*“ sind. Hierbei bedeutet „*unverletztlich*“ nicht einschränkungslos, sondern wie bei den anderen Grundrechten der Art. 1 ff GG auch nur, dass Eingriffe nur zulässig sind, wenn sie von den formellen und materiellen Schranken des jeweiligen Grundrechts gedeckt sind.

a) Möglichkeit einer Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses zum Zwecke der Ermöglichung des gesetzlichen Erbrechts

In der allgemeinen Grundrechtslehre ist anerkannt, dass Grundrechte nicht nur – bei Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – durch Belange des Allgemeinwohls eingeschränkt werden dürfen, sondern auch durch im Einzelfall

kollidierende verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter, die mit dem einzuschränkenden Grundrecht im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz zu einem verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen sind.²¹⁰

Zu solchen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern zählt auch das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Erbrecht. Diese Vorschrift gewährleistet das Erbrecht sowohl als Individualgrundrecht als auch als Rechtsinstitut.²¹¹

Durch das Erbrecht wird das zu Lebzeiten erworbene Eigentum gleichsam über den Tod hinaus perpetuiert.²¹²

Erbrecht und Fernmeldegeheimnis geraten in ein Spannungsverhältnis, wenn die Realisierung dieses Erbrechts in Bezug auf den digitalen Nachlass notwendigerweise die Kenntnissgabe der Account-Daten des Erblassers durch den Internet-Provider voraussetzt. In einem solchen Kollisionsfall muss der Konflikt unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der praktischen Konkordanz gelöst werden. In diesem Rahmen kann auch die Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses im Einzelfall gerechtfertigt sein.

b) Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung

In formeller Hinsicht wird man im Ergebnis allerdings fordern müssen, dass eine solche Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses durch eine bereichsspezifische gesetzliche Regelung erfolgt, die den Provider dazu ermächtigt, zum Zwecke der Ermöglichung des gesetzlichen Erbrechts auf seinen Servern gespeicherte Verbindungsinhalte den Erben eines Kunden mitzuteilen. Unklar ist allein, auf welcher Grundlage sich das Erfordernis einer solchen gesetzlichen Ermächtigung ergibt.

²¹⁰ Vgl. etwa nur BVerfGE 28, 243, 260 f.; 41, 29, 51; 83, 130, 139, 143; 115, 205, 233 f. Ausführlich dazu Stern/Sachs, Staatsrecht Bd. III/2, S. 550 ff., 571 ff.

²¹¹ BVerfGE 19, 202, 206; 44, 1, 17; 67, 329, 358; 91, 346, 358; 97, 1, 6; 99, 341, 350; 112, 332, 348.

²¹² BVerfGE 91, 346, 358.

aa) Geltung des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG auch für private Beeinträchtigungen des Fernmeldegeheimnisses?

Es entsprach bisher allgemeiner Meinung, dass der Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG, wonach Beschränkungen des Post- und Fernmeldegeheimnisses nur aufgrund eines Gesetzes angeordnet werden dürfen, nur für staatliche Eingriffe gilt, nicht hingegen für private Tätigkeiten, die zu Beeinträchtigungen der in Art. 10 GG geschützten Rechte führen. Diese privaten Tätigkeiten unterlägen – so die bisherige allgemeine Meinung – zwar den Beschränkungen, die der Staat im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht erlässt, nicht hingegen dem Vorbehalt einer gesetzlichen Regelung.

Es spricht vieles dafür, dass diese Aussagen aufgrund der FRAPORT-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überdacht werden müssen. Denn wenn die die mittelbare Grundrechtsbindung Privater für den Schutz der Kommunikation einer Grundrechtsbindung des Staates nahe oder auch gleich kommen soll, sofern private Unternehmen in Funktionen eintreten, die - wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen - früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren, dann wäre schwer verständlich, weshalb dies nicht auch für die Anforderungen des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG gelten soll. Die gesteigerte Grundrechtsbindung Privater gilt nicht nur für den tatbestandlichen Schutzbereich, sondern auch für den effektiven Garantiebereich des Fernmeldegeheimnisses, der sich unter Berücksichtigung der Schranken dieses Grundrechts ergibt.

bb) Aber jedenfalls Geltung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts

Letztlich können diese Fragen aber sogar offen bleiben. Denn die Notwendigkeit gesetzlicher Ermächtigung für den Eingriff privater Provider in das Fernmeldegeheimnisses folgt wenn nicht aus dem speziellen Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG, dann jedenfalls aus dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG.²¹³

²¹³ Vgl. etwa Maunz-Dürig/Dürmer, Grundgesetz, Art. 10 GG Rn. 133; Kubicek, DuD 1995, 656, 658.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichten nämlich Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen.²¹⁴

Wie weit der Gesetzgeber die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, richtet sich maßgeblich nach dessen Grundrechtsbezug. Eine Pflicht dazu besteht aber insbesondere, wenn miteinander konkurrierende grundrechtliche Freiheitsrechte aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Insoweit ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Schranken der widerstreitenden Freiheitsgarantien jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie sie für die Ausübung dieser Freiheitsrechte wesentlich sind.²¹⁵

Diese Anforderungen gelten namentlich auch für Regelungen, die der Gesetzgeber im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht erlässt, soweit er hierbei zugleich die Schranken einander widerstreitender Freiheitsgarantien bestimmt.

Eine solche Konstellation liegt auch bei Regelungen über die Vererblichkeit des digitalen Nachlasses vor. Denn hier geraten das grundrechtlich durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgte Erbrecht und das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis in eine Kollisionslage.

cc) Äußerst vorsorglich: Notwendigkeit gesetzlicher Regelung aufgrund § 88 Abs. 3 Satz 3 TKG

Selbst wenn man auch dem nicht folgen wollte, ergibt sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Gestattung der Internet-Provider spätestens aufgrund der einfachgesetzlichen Ausgestaltung in § 88 Abs. 3 Satz 1 und 3 TKG.

Nach § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG ist es den zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichteten Diensteanbietern untersagt, sich oder anderen Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen, die über das für die

²¹⁴ BVerfGE 33, 125, 158; 34, 52, 60; 34, 165, 192 f.; 45, 400, 417; 47, 46, 78 f.; 49, 89, 127.

²¹⁵ BVerfGE 6, 32, 42; 20, 150 157 f.; 80, 137, 161; 83, 130, 142.

geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderliche Maß hinausgeht. Sofern dieses Verbot des § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG greift, bedarf jede weitergehende Ausnahme daher einer anderweitigen gesetzlichen Ermächtigung, die sich namentlich ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht.

Dies bedeutet namentlich, dass die Regelung des § 1922 Abs. 1 BGB allein nicht als ausreichende gesetzliche Ermächtigung für den Internetprovider angesehen werden kann, da sie sich nicht ausdrücklich darauf bezieht, dass der Diensteanbieter zur Realisierung des gesetzlichen Erbrechts den Erben Kenntnis von auf seinen Servern gespeicherten Mails des Erblassers verschafft.

c) Erlaubnis nach § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG?

Welchem der oben a) aufgezeigten Ansätze man auch immer folgt: In allen Fällen stellt sich die Frage, ob es den Internet-Providern durch § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG gestattet ist, den Erben eines ihrer Kunden Kenntnis von den auf den Internet-Servern gespeicherten Mails des Erblassers zu verschaffen. Dies setzt voraus, dass sich diese Weitergabe der Daten im Rahmen dessen bewegt, was für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Einrichtungen erforderlich ist.

Welches Maß an Kenntnis zur Erbringung des Telekommunikationsdienstes erforderlich ist, kann zwar nur im Hinblick auf den jeweiligen Telekommunikationsdienst ermittelt werden. Allgemein wird aber zu Recht angenommen, dass die §§ 91 ff. TKG eine „Obergrenze des Zulässigen“ darstellen: Was datenschutzrechtlich nicht gestattet ist, kann auch nicht zur Erbringung von Diensten erforderlich sein.²¹⁶

Eine Bekanntgabe des Inhalts von auf eigenen Servern gespeicherten E-Mails an Erben von Account-Kunden aber ist den Internet-Providern durch die §§ 91 ff. TKG nicht gestattet. Bei solchen Mails handelt es sich um Verkehrsdaten i.S.v. § 3 Nr. 30 TKG, d.h. um Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Solche

²¹⁶ Scheurle/Mayen/Zerres, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 88 Rn. 25; Säcker/Kleszczewski, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 88 Rn. 25.

Verkehrsdaten dürfen zum einen nur in dem durch § 96 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 TKG umschriebenen Umfang erhoben und verwendet werden. Die Kenntnisnahme oder gar Weitergabe des Inhalts einer E-Mail zählen nicht hierzu.

Zudem dürfen auch die gespeicherten Verkehrsdaten über das Ende der Verbindung hinaus nur verwendet werden, soweit sie zum Aufbau weiterer Verbindungen oder für die in den §§ 97, 99, 100 und 101 TKG genannten Zwecke oder für die durch andere gesetzliche Vorschriften begründeten Zwecke erforderlich sind. Die erstgenannten beiden Alternativen scheiden im vorliegenden Zusammenhang ersichtlich aus. Die dritte Alternative wird man im Lichte des in § 88 Abs. 3 Satz 3 TKG normierten Zitiergebots nicht im Sinne einer stillschweigenden Ermächtigung zur Weitergabe des Dateninhalts zur Realisierung des gesetzlichen Erbrechts verstehen können, da andernfalls das Zitiergebot des § 88 Abs. 3 Satz 3 TKG leer liefe.

II. Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentum und Erbrecht)

– Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart –

Soweit es um die vermögenswerten und vermögensähnlichen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts geht, ist die Nachlassfrage durch die Rechtsprechung des BGH einfachrechtlich geklärt. Im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz von Eigentum und Erbrecht gemäß Art. 14 Abs. 1 GG gilt für die vermögenswerten und vermögensähnlichen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts:

1. Tatbestandlicher Schutzbereich

Der tatbestandliche Schutzbereich des Erbrechts folgt grundsätzlich denselben Strukturen wie der Schutzbereich des Grundrechts auf Eigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Für Eigentum und Erbrecht gilt eine einheitliche private Vermögensordnung. Soweit nichtvermögensrechtliche Ansprüche oder Anwartschaften eigentumsfähig sind, sind sie aus verfassungsrechtlicher Sicht auch zwangsläufig vererbbar, und fallen sie in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.

Eigentum in diesem Sinne ist jedes vermögenswerte Recht, welches dem Berechtigten von der Rechtsordnung zur privaten Nutzung und zu eigenen Verfügung zugeordnet

ist.²¹⁷ Die Bezugnahme auf die Rechtsordnung setzt notwendig die Wandelbarkeit des Eigentumsbegriffs voraus.²¹⁸ Einen „Selbststand“ des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs gegenüber dem einfachgesetzlichen Recht gibt es nicht. Stattdessen ergibt sich der (jeweilige) Inhalt des Eigentums aus der Gesamtheit der verfassungsmäßigen Gesetze.²¹⁹

2. Schranken

Eingriffe in den Schutzbereich von Eigentum und Erbrecht sind unbeschadet der näheren Zuordnung zur Inhaltsbestimmung/Schranke oder Enteignung nur zulässig, wenn sie verhältnismäßig sind, den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG und den Vertrauensschutzgrundsatz beachten. Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der vermögenswerten und vermögensähnlichen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts also drei Möglichkeiten:

(1) Er kann im Bereich des Persönlichkeitsrechts neues Eigentum und neues vererbbares Vermögen schaffen. Hierzu muss dem betreffenden Bestandteil des Persönlichkeitsrechts durch Gesetz der Rang eines vermögenswerten Rechts eingeräumt werden.

(2) Er kann die vermögenswerten oder vermögensähnlichen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts einer Inhaltsbestimmung durch Gesetz unterwerfen. Soweit der betreffende Bestandteil nach den bestehenden Gesetzen, oder nach der Rechtsprechung zu ihnen oder nach der Verkehrsanschauung schon ein vermögenswertes Recht darstellt, unterliegt der Gesetzgeber dabei allerdings den vorgenannten verfassungsrechtlichen Beschränkungen.

(3) Er kann die vermögenswerten oder vermögensähnlichen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts – unter Beachtung der dabei geltenden besonderen Voraussetzungen – enteignen.

²¹⁷ BVerfGE 89, 1, 6; 97, 350, 371; 101, 239, 258; 112, 93, 108.

²¹⁸ BVerfGE 2, 380, 401.

²¹⁹ BVerfGE 58, 300, 336; 49, 382, 393; 52, 1, 27.

III. Art. 2 Abs. 1 GG (Handlungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht)

– Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart –

Der postmortale Schutz der immateriellen Bereiche des Persönlichkeitsrechts ist weitgehend konturenlos geblieben. Hierbei ist zwischen der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen zu unterscheiden:

1. Allgemeine Handlungsfreiheit

Für das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass dessen Schutz mit dem Tode endet: *„Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG setzt die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraus.“*²²⁰ Dies gilt auch hinsichtlich einer Drittwirkung der allgemeinen Handlungsfreiheit. Ein postmortaler Schutz von Vertrauensverhältnissen und Verschwiegenheit – wie z.B. im Hinblick auf Zugangsdaten und Passwörter – findet in der Drittwirkung der allgemeinen Handlungsfreiheit im privaten Bereich somit keine Grundlage.

2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Teilweise abweichend verhält es für den postmortalen Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, abgeleitet entweder unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG, oder aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

(1) Grundsätzlich gilt allerdings auch hier: Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht erlischt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Tod des Grundrechtsträgers.²²¹

(2) Weitergehenden Schutz fordert das verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht hingegen für den Bereich des postmortalen Würgenschutzes. Soweit es zu massiven Eingriffen in die Individualität, Identität und Integrität des

²²⁰ BVerfGE 30, 173, 194 –BVerfG NJW 2001, 594 (*Mephisto*).

²²¹ BVerfGE 30, 173, 194; NJW 2001, 2957, 2959; NJW 2006, 3409 Rn. 24; NJW 2008, 1657.

Menschen und den Achtungsanspruch des Verstorbenen kommt, besteht die staatliche Pflicht, den Menschen auch nach dem Tod gegen solche Eingriffe zu schützen.²²²

Unklar bleibt allerdings, ob dieser staatlichen Schutzpflicht auch ein subjektives Schutzrecht gegenübersteht. Bis heute ist offen geblieben, ob Art. 1 Abs. 1 GG überhaupt eine individuelle Grundrechtsträgerschaft zulässt, oder ob die Vorschrift sich auf eine objektiv-rechtliche Schutzverpflichtung des Staates beschränkt, deren Verletzung dann nur über das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geltend gemacht werden kann.

Das Bundesverfassungsgericht offenbart diesen Zwiespalt in seiner Begründung der *Mephisto-Entscheidung* überdeutlich:²²³ *„Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personenseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte.“* Von einem Grundrecht ist also nicht die Rede, sondern nur von einem Gebot. Und weiter: *„Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.“* In diesem Satz wird nur noch mit der objektiv-rechtlichen Schutzpflicht des Staates argumentiert.

Auf der anderen Seite hat das BVerfG in anderem Zusammenhang anerkannt, dass aus den objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte abgeleiteten (objektiven) Schutzpflichten auch subjektive Schutzansprüche des Grundrechtsträgers korrespondieren können.²²⁴ Auch korrespondiert aus der objektiven Pflicht des Staates aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein Grundrecht des Einzelnen auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums.²²⁵ Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass auch der aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten staatlichen Pflicht zum postmortalen Würdeschutz über

²²² BVerfG, NJW 2001, 2957, 2959; NJW 2006, 3409 Rn. 25; s. zu allem auch Dreier/*Dreier*, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 1 I Rn. 58 ff.; 74.

²²³ BVerfGE 30, 173, 194.

²²⁴ Vgl. etwa BVerfGE 77, 170, 214 f.

²²⁵ BVerfGE 125, 175; näher dazu etwa FS Stern/*Mayen*, 2012, S. 1451 ff.

Art. 2 Abs. 1 GG ein subjektives Recht entspricht, das mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.

Dies hat eine wichtige Konsequenz: Art. 2 Abs. 1 GG ist – anders als Art. 1 Abs. 1 GG – prinzipiell beschränkbar, und weist von allen Grundrechten die niedrigsten Schranken für Eingriffe in den Schutzbereich auf. Allenfalls ließe sich noch sagen, dass die Beschränkbarkeit durch Art. 1 Abs. 1 GG erschwert ist.

3. Folgen

Für den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat der Tod des Grundrechtsträgers also weitreichende Folgen: Solange nicht der Bereich des postmortalen Würdenschutzes betroffen ist, es also nicht zu massiven Eingriffen in die Individualität, Identität und Integrität des Menschen und den Achtungsanspruch des Verstorbenen kommt, besteht kein Grundrechtsschutz mehr:²²⁶

(1) Nach dem Tode ist der soziale Geltungsanspruch des Einzelnen in der Öffentlichkeit nicht mehr grundrechtlich geschützt. Die vormalige Privatsphäre kann öffentlich gemacht werden, weil der Schutz der Intimität erloschen ist. Die vormals bestehende Entscheidungsfreiheit ist aufgehoben. Das Recht am eigenen Bild und am eigenen Wort erlischt, soweit es keinen Vermögenswert erlangt hat.

(2) Dies gilt gleichermaßen für den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 GG.²²⁷ Sein Schutz wird nach dem Tod nur noch durch §§ 94 ff. StPO bewirkt. Die Gewinnung überschießender, für das Ermittlungsverfahren bedeutungsloser Daten und der Zugriff auf E-Mails aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung ist also schrankenlos zulässig, soweit dies durch §§ 94 ff. StPO gedeckt ist. Auch eine etwaige Mitwirkung der Erben an der Sichtung des Datenbestands ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

(3) In demselben sachlichen Umfang besteht auch eine Drittwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht mehr, ganz gleich, ob zusätzlich zu dem zugrunde

²²⁶ S. zu allem *Dreier-Dreier*, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 1 | Rn. 58 ff.; 74.
²²⁷ S. dazu BVerfGE 113, 29, 52 ff.; 124, 43 ff.

liegenden Rechtsverhältnis ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine vertragliche Verschwiegenheitspflicht bestehen. Beispiele:

- Ein Provider kann sich nicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht seines verstorbenen Kunden berufen. Zugegangene E-Mails sind den Erben aus verfassungsrechtlicher Sicht auch dann zugänglich, wenn sie sich auf dem Server des Providers finden. Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Absender solcher E-Mails kann allenfalls bei staatlichen Zugriffen auf die E-Mails zu beachten sein. Unter dem Gesichtspunkt der Drittwirkung der Grundrechte im privaten Bereich ist es nicht, da insoweit von einem Übergang vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des einen zu dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen auszugehen ist. Sonst wären zugegangene E-Mails anders zu behandeln als schriftliche Korrespondenz, welche vom Erblasser aufbewahrt wurde.
- Der Mobilfunkbetreiber kann die Herausgabe von Verbindungsdaten an Erben nicht gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG verweigern.
- Der Betreiber eines Homosexuellenbordells kann seinem verstorbenen, mit einer Frau verheirateten Stammkunden eine Todesanzeige widmen.

(4) Der zuletzt genannte Fall zeigt allerdings deutlich, dass trotz des fehlenden grundrechtlichen Drittschutzes einfachrechtliche Schranken bestehen können. Die Witwe wird wegen ihres Nervenzusammenbruchs nach der Lektüre der Todesanzeige Schmerzensgeldansprüche wegen der Verletzung nachwirkender vertraglicher Nebenpflichten durchaus mit Aussicht Erfolg geltend machen können. Eine große Bedeutung kommt in dem grundrechtlich schutzlos gewordenen Raum somit auch den guten Sitten zu.

4. Gesetzliche Beschränkungsmöglichkeiten

Hieraus folgt, dass die Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers außerhalb des eng zu ziehenden Bereichs des postmortalen Würdenschutzes nahezu unbegrenzt sind. Neben der Schranke der postmortalen Würde sind in einer Rechtsordnung, welche sich auch als Wertordnung versteht, aber auch die guten Sitten als Schranke zu beachten:

(1) Handlungspflichten des Gesetzgebers erwachsen aus den guten Sitten allerdings nicht. Dazu ist ihr Stellenwert verglichen mit Rechtsgütern wie Leben und körperliche Unversehrtheit zu gering.²²⁸

(2) Aus den guten Sitten kann aber Handlungsbedarf für den Gesetzgeber erwachsen, wenn anderenfalls soziale Spannungen mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind.

(3) Daher könnte sich z.B. eine Entscheidung des Gesetzgebers im Rahmen des Legitimen halten, der zufolge der Verstorbene auch seine Verbindungsdaten und seine E-Mails aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung „mit ins Grab“ nehmen darf. Glaubt man repräsentativen Erhebungen, dass die Zahl der Ehebrecher statistisch gesehen hoch ist, ließe sich dadurch in manchen Fällen der ideelle Fortbestand einer Familie über den Tod des Ehebrechers hinaus gewährleisten.

IV. Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG (Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)

– *Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart* –

– *Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn* –

1. Anwendungsbereich

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist im vorliegenden Zusammenhang nicht zu prüfen, soweit bereits das Fernmeldegeheimnis tatbestandlich greift.

Zwar haben die durch das Fernmeldegeheimnis geschützten Kommunikationsformen in weitem Umfang auch personenbezogene Daten zum Gegenstand.²²⁹ Im Rahmen von Eingriffen in individuelle Kommunikationsbeziehungen werden auch personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet, so dass gegenüber solchen Vorgängen auch der Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung eröffnet ist.²³⁰

²²⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

²²⁹ Art. 10 GG.

²³⁰ Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG; Maunz/Dürig/Durner, Grundgesetz, Bd. 1, 65. Ergänzungslieferung 2012, Art. 10 GG Rn. 54 ff.

Dennoch ist eine Vererbung des digitalen Nachlasses vorliegend nicht an diesem Grundrecht zu messen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geht das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG als das speziellere Grundrecht dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vor und verdrängt dieses.²³¹

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährt insoweit nur dort subsidiären Schutz, wo das Fernmeldegeheimnis tatbestandlich nicht greift.²³²

Eben dies ist aber, wie oben ausgeführt, im vorliegenden Zusammenhang der Fall.

Abweichendes gilt für die reinen Content-Anbieter. Für sie sind im Folgenden die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zu betrachten.

2. Tatbestandlicher Schutzbereich und postmortaler Datenschutz

Als verselbständigtes Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat das BVerfG das informationelle Selbstbestimmungsrecht konstruiert und dem Schutz von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG²³³ unterstellt. Während der unter 2. abgehandelte Schutz der Privatsphäre darauf abzielt, dem Grundrechtsträger einen Rückzugsbereich in sozialer und räumlicher Hinsicht zu gewähren, soll das informationelle Selbstbestimmungsrecht²³⁴ die individuelle Freiheit schützen, selbst über die Präsentation der eigenen Person zu entscheiden. Dies bringt das BVerfG mit der Wendung zum Ausdruck, das Recht gewährleiste dem einzelnen die Befugnis, „selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“.²³⁵ Ein absolutes, dem Eigentum vergleichbares Herrschaftsrecht über die eigenen Daten folgt hieraus allerdings nicht. Abgesichert wird nur die Persönlichkeitsentfaltung als Reflex der Datenhaltung oder Kommunikation.²³⁶ Die Privatheit der Daten oder ihre Sensibilität sind für ihren Schutz nicht maßgeblich.²³⁷ Der Schutzbereich der informationellen

²³¹ BVerfGE 100, 313, 358, 359; 107, 299, 312; 110, 33, 53; 113, 348, 364.

²³² Vgl. Maunz/Dürig/Durner, GG-Kommentar, 65. Ergänzungslieferung 2012, Art. 10 GG Rn. 56, nach Fn. 6.

²³³ BVerfGE 65, 1, 42 ff.

²³⁴ Ähnlich wie das Recht am eigenen Wort und am eigenen Bild.

²³⁵ BVerfGE 65, 1, 43.

²³⁶ So zutreffend *Albers*, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, 2006, S. 152 ff., 454 ff.; *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, S. 25 f.

²³⁷ BVerfGE 65, 1, 45.

Selbstbestimmung ist dementsprechend auch nicht auf den Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder beschränkt.²³⁸

Allerdings ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung subsidiär gegenüber den speziellen Verbürgungen des Persönlichkeitsschutzes.

Eine Erweiterung hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zuletzt durch ein Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gefunden. Auch diese Erweiterung ist ein Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, es soll vor den Gefahren des Datenzugriffs durch Infiltration schützen, denen moderne informationstechnische Systeme wie Personal Computer, Mobiltelefone und elektronische Terminkalender ausgesetzt sind.²³⁹

Im Schrifttum wird in neuerer Zeit diskutiert, ob auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit dem Tode des Grundrechtsträgers erlischt.²⁴⁰

Begreift man das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nur als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dann spricht vieles dafür, dass es – abgesehen vom Ausnahmefall des postmortalen Würdeschutzes – nicht nur keinen postmortalen Persönlichkeitsschutz, sondern auch keinen postmortalen Datenschutz gibt.²⁴¹ Nach diesem Ansatz würde gelten: Erlischt mit dem Tode die Persönlichkeit, so müssen nachfolgend weder ihre Entfaltung noch das Vertrauen auf die Datenintegrität fortgeschützt werden. Einen postmortalen Schutz vermitteln auch die Rechte auf informationelle Selbstbestimmung und auf Integrität informationstechnischer Systeme nicht.

Auf der anderen Seite ist indes die Erwägung nicht ganz von der Hand zu weisen, dass die Möglichkeit späteren Zugriffs der Erben auf den digitalen Nachlass einschränkende Vorwirkungen auf freie Kommunikation zu Lebzeiten haben kann.²⁴² Diese Erwägungen setzen an bei den besonderen Gefährdungen für den Persönlichkeitsschutz zu

²³⁸ S. dazu BVerfGE 78, 77, 84 – Bekanntgabe einer Entmündigung.

²³⁹ BVerfGE 120, 274, 302 ff., 313 f.

²⁴⁰ S. hierzu namentlich *Martini*, JZ 2012, 1151; zu allen Facetten und Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts v. Münch/Kunig/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 32 ff.

²⁴¹ In diesem Sinne *Kunig*, a.a.O.

²⁴² So *Martini*, a.a.O., S. 1151 bei Fn. 49 und sub 2.

Lebzeiten, die speziell unter den Bedingungen der Möglichkeiten weitgehender Bildung von Persönlichkeitsprofilen im Internet und deren technisch jedenfalls gegebener Unvergänglichkeit bestehen. Diese Auswirkungen bereits heute zu berücksichtigen wäre danach ein „*Gebot vorsorgenden bzw. nachwirkenden Grundrechtsschutzes*“.²⁴³

3. Jedenfalls Einschränkungsmöglichkeit

Für das verfassungsrechtliche Ergebnis (anders als für die Begründung) müssen diese Fragen nicht entschieden werden. Denn auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht schrankenlos gewährt, sondern kann durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden. Insoweit müssen der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.²⁴⁴ Im Zweifel gilt: Gesetzliche Regelungen über die Vererblichkeit des digitalen Nachlasses, die das Fernmeldegeheimnis in zulässiger Weise einschränken (dazu oben unter I. 5.), können in gleicher Weise auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung einschränken. Inhaltlich weitergehende Anforderungen bestehen hier nicht.

²⁴³ *Martini*, a.a.O., S. 1151 rechte Spalte.

²⁴⁴ BVerfGE 113, 348, 375; 118, 168, 186 f.

E. Vorschläge de lege ferenda

De lege ferenda ist zur Auflösung der Diskrepanz zwischen Fernmeldegeheimnis und Erbrecht eine gesetzliche Regelung erforderlich, die es den Diensteanbietern erlaubt, den Erben Zugang zu sämtlichen Daten zu verschaffen wie zuvor dem Erblasser. Die Regelung sollte in das TKG aufgenommen werden.

Inwieweit die Diensteanbieter zur Herausgabe von Daten etc. verpflichtet sind, ergibt sich aus dem Zivilrecht. In der Gesetzesbegründung muss es zu einer Klarstellung kommen, dass die Diensteanbieter die Daten nach dem Tod des Kunden keinesfalls von sich aus löschen dürfen, sondern die Rechte (Daten und Zugangsdaten sowie Auskunftsrechte) – vorbehaltlich einer anders lautenden Regelung durch den Erblasser – gemäß § 1922 BGB auf den oder die Erben übergehen.

Den Mitnutzern eines Festnetzanschlusses, die nicht Erben des Teilnehmers sind, sollte es in gewissem Umfang ermöglicht werden, den Zugang für sich zu erhalten; hier können die §§ 563 ff. BGB zum Vorbild einer Neuregelung genommen werden.

F. Glossar

– Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Bräutigam, München –

Account

(engl.; Konto, Benutzerkonto)

Konto für einen Computer oder ein elektronisches Kommunikationssystem, das einem bestimmten Nutzer im Regelfall mittels Userkennung (**siehe Userkennung**) und Passwort (**siehe Passwort**) zugewiesen und von einem Systemadministrator verwaltet wird.

Digitaler Nachlass

Beschreibt die Gesamtheit des digitalen Vermögens, also Urheberrechte, Rechte an Websites, Domains sowie sämtliche Vertragsbeziehungen zwischen Providern (**siehe Provider**) und dem Erblasser (**siehe Erblasser**) hinsichtlich der Nutzung des Internets selbst, aber auch hinsichtlich diverser Internetangebote (beispielhaft aufgezählt: Verträge über Zugang zu und Dienste auf sozialen Netzwerken, E-Mail-Dienste, Internetportale, etc.) und erfasst damit auch die Gesamtheit aller Accounts (**siehe Account**) und Daten des Erblassers im Internet.

Digitales Testament

Beschreibt nicht die digitale Errichtung eines Testaments (also etwa per E-Mail), die ohnehin formunwirksam wäre, sondern den Inhalt eines formgültig errichteten Testaments, der sich auf den digitalen Nachlass (**siehe Digitaler Nachlass**) bezieht.

Digitaler Testamentsvollstrecker

Eine Person, die mit der Abwicklung des digitalen Nachlasses (**siehe Digitaler Nachlass**) beauftragt wird.

Digitale Vorsorgevollmacht

Beschreibt nicht die digitale Errichtung einer Vorsorgevollmacht, sondern den Inhalt einer Vorsorgevollmacht, der sich auf die digitalen Rechtspositionen und Daten des Vollmachtgebers bezieht (**vgl. hierzu Digitaler Nachlass**).

E-Mail (= Electronic Mail)

(engl.; elektronische Post)

Briefähnliche Nachricht, die auf elektronischem Wege mittels eines Servers (**siehe Server**) in einem Internet- oder Computernetzwerk übertragen wird.

- *Abgerufene E-Mail*

E-Mail (**siehe E-Mail**), deren Inhalt durch Speicherung auf Festplatte des Empfängers verkörperter, physischer Bestandteil der Festplatte selbst ist.

- *Nicht abgerufene E-Mail*

Der Inhalt der an den Empfänger versendeten E-Mail (**siehe E-Mail**) befindet sich noch auf dem Server des Dienstbieters und damit auf keinem Speichermedium des Empfängers.

Erbe

Gem. § 1922 BGB ist Erbe eine Person, auf die das Vermögen des Erblassers (**siehe Erblasser**) im Moment seines Todes als Ganzes übergeht. Dies geschieht entweder im Wege der gesetzlichen Erbfolge oder durch Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag). Wird der Erblasser von mehreren Erben beerbt, dann werden diese als Miterben bezeichnet.

Erblasser

Erblasser ist eine natürliche Person, dessen Vermögen als Ganzes mit seinem Tod auf den oder die Erben (**siehe Erbe**) übergeht.

Fernmeldegeheimnis

Ein Grundrecht (Art. 10 Abs. 1 GG), das die Vertraulichkeit von Inhalten und Verkehrsdaten von auf Fernmeldetechnik basierender Individualkommunikation schützt. Einfachgesetzliche Ausprägung des Grundrechts finden sich in § 88 TKG und § 206 StGB.

Legitimationsklausel

Eine in AGB verwendete Klausel, die die Vorlage bestimmter Dokumente zum Nachweis der Identität des Vorweisers und im Falle der Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche zum Nachweis der Erbenstellung verlangt.

Nächste Angehörige

Bestimmung der nächsten Angehörigen richtet sich nach dem Ordnungsprinzip des Erbrechts im BGB (§§ 1924 ff. BGB) und meint vorrangig den Ehepartner, dann die Kinder, schließlich subsidiär sonstige Verwandte.

PC (= Personal Computer)

Beschreibt einen Rechner zur individuellen Nutzung (Einzelplatzrechner), der sowohl im geschäftlichen als auch im privaten Bereich eingesetzt wird. Regelmäßig ist in diesem eine Festplatte als Speichermedium integriert.

Passwort

Eine Kombination aus Ziffern, Buchstaben und ggf. Sonderzeichen, die als digitaler Schlüssel der Anmeldung in ein System und dem Nachweis der Identität des Nutzers und seiner Zugangsberechtigung dient (Authentifizierung), um das konkrete System vor unerlaubtem Zugriff zu schützen.

Postmortales Persönlichkeitsrecht

Bezeichnet die Fortwirkung des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) über den Tod hinaus. Das postmortale

Persönlichkeitsrecht wurde vom Bundesverfassungsgericht im sog. Mephisto-Urteil (BVerfGE 30, 173 ff.) „geschaffen“; es schützt in ideeller Hinsicht insbesondere den allgemeinen Achtungsanspruch - als Folge des sozialen Geltungswerts des Verstorbenen - sowie in vermögensrechtlicher Hinsicht die über den Tod hinauswirkenden Persönlichkeitsmerkmale, soweit diesen im Einzelfall ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Grundsätzlich kann es von nächsten Angehörigen des Verstorbenen geltend gemacht werden.

(Internet) (Service) Provider

(engl.; (Internetdienst) Anbieter)

Anbieter verschiedener technischer Leistungen, Dienste und Inhalte, v.a. im Hinblick auf die Nutzung des Internets.

- *Access Provider* (engl.; Zugangsanbieter)

Vermittelt fremde Informationen und verwaltet den Zugang zum Internet, ohne fremde oder eigene Inhalte zur Verfügung zu stellen. Die Haftung des Access Providers richtet sich v.a. nach den Maßstäben der §§ 7 Abs. 2, 8 TMG.

- *Host Provider*

Bringt auf seinem Server fremde Inhalte und Informationen von Internetnutzern unter und hält diese für den Nutzer bereit, bspw. in Form eines Web-Speichers oder von Datenbanken. Die Haftung des Host Providers richtet sich v.a. nach den Maßstäben der §§ 7 Abs. 2, 10 TMG.

Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Bezeichnet das Recht jedes Menschen, grundsätzlich selbst über die Erhebung und Nutzung seiner personenbezogenen Daten zu entscheiden. Dieses Recht wurde als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) vom Bundesverfassungsgericht im sog. Volkszählungsurteil anerkannt (BVerfGE 65, 1 ff.).

Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

Bezeichnet das Recht jedes Einzelnen auf den Schutz seiner personenbezogenen Daten im Rahmen der Erhebung und Nutzung im Zusammenhang informationstechnischer Systeme. Dieses Grundrecht wurde vom Bundesverfassungsgericht im Urteil zur Onlinedurchsuchung (BVerfGE 120, 174) als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt. In concreto schützt das Recht jedermann vor heimlichen Zugriffen auf und Eingriffen in Rechner, Netzwerke (insb. das Internet) und ähnliche Systeme (Mobiltelefone), wenn diese Maßnahmen persönlichkeitsrechtsgefährdender Natur sind.

Server

Bezeichnet einen Dienstleister, der in einem Computersystem (Einzelrechner oder Netzwerk aus mehreren Rechnern) Daten oder Ressourcen (wie Speicherplatz, CPU-Leistung) zur Verfügung stellt. Gemeinhin wird der Begriff Server allein als Bezeichnung von Hardware verstanden, die im Zusammenspiel mit Software Zugang zu konkreten Diensten ermöglicht.

Userkennung (Benutzerkennung)

Dient der Zuweisung eines konkreten Benutzerkontos zu seinem berechtigten Nutzer.

Webmail

Von Providern (**siehe Provider**) angebotener Internetdienst, der Verwaltung von E-Mail (**siehe E-Mail**) über einen Webbrowser ermöglicht, wodurch von jedem PC mit Internetzugang auf den E-Mail-Account (**vgl. Account**) zugegriffen werden kann.

- *Gmail*

Ein kostenloser Webmail-Dienst des Unternehmens Google Inc.

- *GMX*

Ein von dem Unternehmen 1 & 1 Mail & Media GmbH für Internetnutzer verwaltetes Internetportal, das v.a. durch das Angebot eines kostenlosen Webmail-Dienstes geprägt wird.

- *Hotmail*

Ein kostenloser Webmail-Dienst des Unternehmens Microsoft Corp.

- *Yahoo*

Yahoo Corp. ist ein Unternehmen, das verschiedene Dienstleistungen im Internet anbietet und das Internetportal Yahoo verwaltet. Dazu gehört u.a. der kostenlose Webmail-Dienst Yahoo Mail.