

Kapitel 3 – Die Rechtsverhältnisse zwischen Provider und Nutzer im Nachlass

Nachdem die relevanten Erbrechtsobjekte bestimmt wurden, ist der Blick nun auf ihre (Un-)Vererbbarkeit sowie auf etwaige Beschränkungen des übergegangenen Rechts zu richten. Angesichts der Tatsache, dass die Digitalwirtschaft mehr noch als das globalisierte Wirtschaftsleben im Allgemeinen durch das grenzüberschreitende Agieren aller beteiligten Akteure geprägt ist, sind internationalprivatrechtliche Vorüberlegungen zum anwendbaren Recht angezeigt (dazu A.). Im Anschluss sind die aufgeworfenen Fragen betreffend die Übergangsfähigkeit und Durchsetzbarkeit am Maßstab des deutschen Rechts zuerst für die nutzungsvertragliche Position des Erblassers (dazu B.) und sodann für dessen Immaterialgüterrechte (dazu C.) zu untersuchen.

A. Vorüberlegung: Anwendbares Recht / IPR

Der Analyse des materiellen deutschen Rechts sind einführende Überlegungen zur internationalprivatrechtlichen Frage nach dem anwendbaren Recht voranzustellen.²⁰⁹ Denn insbesondere Sachverhalte, die einen Bezug zur Digitalisierung oder zum Internet haben, sind vielfach durch grenzüberschreitende Elemente geprägt.²¹⁰ Sowohl im vertraglichen – genannt sei beispielsweise der Fernabsatz im Online-Handel – als auch im außerver-

-
- 209 Diese Arbeit soll sich auf das materielle Recht konzentrieren. Zur international-civilverfahrensrechtlichen Frage nach der gerichtlichen Zuständigkeit im Kontext des digitalen Nachlasses vgl. *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 161 f.; *Bock* in: *Groll/Steiner* (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.149 ff.; *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 123 ff.; der BGH begründet die Zuständigkeit deutscher Gerichte in seinem Facebook-Urteil mit Art. 17 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 Brüssel Ia-VO in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 Var. 2 Brüssel Ia-VO (Internationaler Gerichtsstand für Verbrauchersachen am Wohnsitz des Verbrauchers), vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 16.
- 210 Mit anschaulichen Beispielen *Härtig*, Internetrecht, Rn. 2760 f.; *Hoeren*, Internetrecht, Rn. 1245; *Hetmank*, Internetrecht; S. 11; in diesem Sinne aber zum Internationalen Zivilverfahrensrecht (IZVR) *Banholzer* in: *Hoeren/Sieber/Holznagel* (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 25 Rn. 10-12 m.w.N.

traglichen Bereich – so etwa bei Persönlichkeitsrechtverletzungen in den sozialen Medien – agieren Verbraucher wie auch Unternehmen in digitalen Zusammenhängen häufig über nationalstaatliche Grenzen hinweg. Daraus folgt die kollisionsrechtliche Bedeutung dieser Fälle.²¹¹ Anhand allfälliger Rechtsstreite im Kontext des digitalen Nachlasses zeigt sich diese internationalprivatrechtliche Dimension auf paradigmatische Weise.²¹²

Wie sich gezeigt hat, verbirgt sich hinter der Bezeichnung des digitalen Nachlasses eine große Bandbreite unterschiedlicher Erbrechtsobjekte.²¹³ Diese Vielfalt der Erbrechtsobjekte wirkt in die kollisionsrechtliche Anknüpfung fort. Im Vordergrund steht hier, wie auch im materiellen Recht, die Untersuchung vertraglicher Rechtspositionen (dazu II.). Daneben soll auf das anwendbare Recht bei anderen Erbrechtsobjekten, namentlich Immaterialgüterrechten, eingegangen werden (dazu III.). Alledem ist eine Abgrenzung zu den Vorgaben des internationalen Erbrechts voranzustellen (dazu I.).

I. Ausgangspunkt: Internationales Erbrecht

Die EuErbVO²¹⁴ enthält das für die Rechtsnachfolge von Todes wegen relevante Kollisionsrecht für alle Erbfälle, die nach dem 16. August 2015 eingetreten sind, vgl. Art. 1 Abs. 1, 83 f. EuErbVO sowie Art. 3 Nr. 1 lit. e), 25 EGBGB. Als zentrale internationalprivatrechtliche Norm der Verordnung unterwirft Art. 21 Abs. 1 EuErbVO „die gesamte Rechtsnachfolge von To-

211 Nach der Legaldefinition des Art. 3 EGBGB „bestimmt sich das anzuwendende Recht bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat“ nach dem IPR. Siehe dazu *Looschelders* in: Staudinger, Einleitung zum IPR, Rn. 4, 13.

212 Dem widmen *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 123 ff. folgerichtig eigens einen Abschnitt in ihrem Praxishandbuch; *Bock* in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.141 ff.; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 67 ff.; *Budzikiewicz*, ACP (218) 2018, 558, 588 f. speziell zum Zusammenhang zwischen IPR und AGB; Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 403 f., abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

213 S. hierzu bereits die Nachweise in Fn. 5, 6 und 7.

214 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, Celex-Nr. 3 2012 R 0650.

des wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.“²¹⁵ Damit wendet sich die EuErbVO von dem in Deutschland zuvor maßgeblichen Anknüpfungsmoment der Staatsbürgerschaft des Erblassers weitgehend ab, vgl. noch Art. 25 Abs. 1 EGBGB a.F.²¹⁶

Aus der nicht abschließenden Aufzählung des Art. 23 Abs. 2 EuErbVO ergibt sich, was als ein Bestandteil der „gesamten Rechtsnachfolge von Todes wegen“ dem Umfang des Erbstatuts zuzurechnen ist.²¹⁷ Dazu gehören insbesondere der Eintritt und Zeitpunkt des Erbfalls,²¹⁸ die Berufung der Berechtigten²¹⁹ und die Erbfähigkeit²²⁰ als klassische Fragen des Erbrechts.

Dagegen richtet sich die Vererbbarkeit einer Rechtsposition nicht nach dem Erbstatut, sondern nach dem jeweiligen Statut des betreffenden Rechtsverhältnisses.²²¹ Denn das letztere Statut befindet über den Inhalt des infrage stehenden Rechts und damit auch über die Dauer seiner Existenz.²²² Ferner setzt der Wortlaut des Art. 23 Abs. 2 lit. e) EuErbVO die Existenz von zum Nachlass gehörenden Gegenständen für den Übergang auf die Erben voraus.²²³ Für schuldrechtliche Rechtsverhältnisse folgt das ferner aus Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO, dessen Rechtsgedanke neben der Abtretung auch die Vererbbarkeit erfasst, sowie explizit aus Art. 15 lit. e) Rom II-VO.²²⁴ Die Systematik des materiellen deutschen Rechts verhält sich in-

215 Vgl. dazu Köhler in: NK-Nachfolgerecht, Art. 21 EuErbVO Rn. 3 ff.; Bauer in: Dutta/Weber (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Art. 21 EuErbVO Rn. 3 ff.

216 Köhler in: NK-Nachfolgerecht, Art. 21 EuErbVO Rn. 1; Bauer in: Dutta/Weber (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Art. 21 EuErbVO Rn. 1. Die Staatsbürgerschaft ist nunmehr nur noch im Rahmen einer beschränkten Rechtswahlmöglichkeit des Erblassers von Bedeutung, vgl. Art. 22 Abs. 1 EuErbVO.

217 Der Wortlaut des Art. 23. Abs. 2 EuErbVO ist insoweit eindeutig („insbesondere“). So auch Köhler in: NK-Nachfolgerecht, Art. 23 EuErbVO Rn. 1; Dutta in: MüKo BGB, Art. 23 EuErbVO Rn. 5.

218 Vgl. Art. 23. Abs. 2 lit. a) EuErbVO. Siehe dazu Köhler in: NK-Nachfolgerecht, Art. 23 EuErbVO Rn. 2.

219 Vgl. Art. 23. Abs. 2 lit. b) EuErbVO. Dazu Köhler a.a.O. (Fn. 218), Rn. 3.

220 Vgl. Art. 23. Abs. 2 lit. c) EuErbVO. Dazu Köhler a.a.O. (Fn. 218), Rn. 4.

221 Schmidt in: Dutta/Weber (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Art. 1 EuErbVO Rn. 145 f.; Dutta in: MüKo BGB, Art. 23 EuErbVO Rn. 25 und Art. 1 EuErbVO Rn. 37, 54 jeweils m.w.N.; Bock in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.143; zur Abgrenzung von Erb- und Gesellschaftsstatut so auch Köhler in: NK-Nachfolgerecht, Art. 23 EuErbVO Rn. 22.

222 Schmidt in: Dutta/Weber (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Art. 1 EuErbVO Rn. 145.

223 Bock in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.143.

224 Dutta in: MüKo BGB, Art. 23 EuErbVO Rn. 25.

soweit parallel; das fünfte Buch des BGB enthält die erbrechtlichen Vorgaben u.a. zu Erbfall, Erbfolge und Erbfähigkeit. Die Frage nach der Vererbbarkeit wird dagegen im Kontext des jeweiligen Rechtsverhältnisses geregelt, wenn und soweit der Gesetzgeber hier ein Klarstellungs- oder Regelungsbedürfnis sieht.²²⁵

Daraus folgt für diese Arbeit, dass kollisions- ebenso wie materiell-rechtlich nach dem konkret infrage stehenden Erbrechtsobjekt zu unterscheiden ist. So entscheidet das Sachstatut über die Vererbbarkeit eines körperlichen Speichermediums, wie etwa einer Festplatte. Das Vertragsstatut entscheidet über die Vererbbarkeit der Rechte und Pflichten aus dem Nutzungsvertrag zwischen den Nutzern und Providern.²²⁶ Schließlich richtet sich die Vererbbarkeit von Immaterialgüterrechten nach dem auf sie anwendbaren Statut.²²⁷

II. Vertragsstatut bei Nutzungsverträgen als Erbrechtsobjekt

Die Rom I-VO regelt ausweislich ihres Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO das anwendbare Recht „für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen.“ Im Folgenden wird in einem ersten Schritt zwischen Verbraucherverträgen im Sinne von Art. 6 Rom I-VO und sonstigen Verträgen zu differenzieren sein. In beiden Kategorien ist sodann danach zu unterscheiden, ob die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben – und bejahendfalls ob sie deutsches Recht gewählt haben – oder nicht. Die Darstellung wird sich hierbei auf Aspekte konzentrieren, die besondere Herausforderungen im kollisionsrechtlichen Umgang gerade mit dem digitalen Nachlass begründen.²²⁸

225 Genannt seien etwa § 1061 S. 1 BGB für den Nießbrauch sowie § 613 BGB für den Dienstvertrag, der nach einhelliger Meinung auch die (Nicht-)Vererbbarkeit der Dienstpflicht regelt. Hingewiesen sei ferner auf § 28 Abs. 1 UrhG. Zu den Vorschriften, welche die Vererbbarkeit im Rahmen verschiedener Gesellschaftsformen regeln, s. Scherer in: Sudhoff (Hrsg.), Unternehmensnachfolge, Kap. A Rn. 9 ff.

226 Zur autonomen internationalprivatrechtlichen Qualifikation des Nutzungsverhältnisses als Vertrag vgl. Gläser, MMR 2015, 699, 699.

227 Schmidt in: Dutta/Weber (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Art. 1 EuErbVO Rn. 145 f.; Dutta in: MüKo BGB, Art. 1 EuErbVO Rn. 54.

228 Jenseits dieser Aspekte sei v.a. auf die vorhandene internationalprivatrechtliche Literatur zur Rom I-VO und insbesondere zu Art. 6 Rom I-VO verwiesen, s. die Nachweise bei der folgenden Darstellung der einzelnen Tatbestandsmerkmale.

1. Nutzungsverträge als Verbraucherverträge i.S.v. Art. 6 Rom I-VO

Art. 6 Rom I-VO regelt das auf Verbraucherverträge anzuwendende Recht. Dabei erfasst Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO den Fall, dass die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben. Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO statuiert das Günstigkeitsprinzip für Verträge, die einer (wirksamen)²²⁹ Rechtswahl unterliegen.

a) Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO

Voraussetzung für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 6 Rom I-VO ist, dass „eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann („Verbraucher“), mit einer anderen Person einen Vertrag schließt, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt („Unternehmer“),“ vgl. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO.²³⁰ Ohne eine privatautonome Rechtswahl unterliegt ein solcher Vertrag „dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat,“ sofern der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausübt oder sie (auch) auf diesen Staat ausrichtet.²³¹

aa) Der Nutzer als Verbraucher

Die verschiedenen Internetdienste der Provider erlauben hierbei Vertrags- und Nutzungskonstellationen, die sich zwischen reinen Verbrauchertrträgen, Mischverträgen und rein beruflich genutzten Angeboten bewegen. Manche Internetdienste fallen im Ganzen in eine dieser Kategorien. Von Ausnahmen in Einzelfällen abgesehen, dürfte zum Beispiel die Nutzung von Berufsnetzwerken wie LinkedIn und Xing beruflichen oder gewerbli-

229 Eine unwirksame Rechtswahl wird wie ein Vertrag ohne Rechtswahl – also nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO – behandelt, vgl. *Thorn* in: Palandt, Art. 6 Rom I-VO Rn. 10; *Bach* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Art. 6 Rom I-VO Rn. 27.

230 Zum Verbraucherbegriff des Art. 6 Rom I-VO s. *Martiny* in: MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 12 ff.; *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 38 ff.

231 Zu den situativen Anwendungsvoraussetzungen vgl. *Martiny* in: MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 36 ff.; *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 102 ff. Siehe dazu ferner die Erwägungsgründe 24 und 25 der Rom I-VO.

chen Zwecken dienen, während Nutzungsverträge mit Online-Datingportalen regelmäßig als Verbraucherverträge zu qualifizieren sind. E-Mail-Dienste werden in vielen Fällen sowohl beruflich als auch privat genutzt.²³²

Bei anderen Internetdiensten dürfte demgegenüber erst die konkrete Art der Nutzung über die hier aufgeworfene Frage entscheiden. So teilt zwar die Mehrzahl der Nutzer von Instagram ihre Fotos in ihrer Rolle als Verbraucher. Sogenannte Influencer hingegen können (auch) gewerblich handeln. Das Influencer-Marketing steht hier beispielhaft für Abgrenzungsfragen in inhaltlicher wie zeitlicher Hinsicht: Erfolgreiche Influencer mit über einer Million Follower²³³ handeln professionell und können dabei mit hohen Umsätzen rechnen.²³⁴ Der Weg zu diesem Status verläuft indes graduell und schließt mitunter Übergangsstadien ein.²³⁵ In diesem Zusammenhang wird auch von sogenannten Micro-Influencern gesprochen. Schließlich gibt es Nutzer, die (noch) rein privat handeln, aber den Status als Influencer anstreben.²³⁶ Werbepartner platzieren ihre Produkte nach Vereinbarung in den Beiträgen reichweitestarker Accounts. Die Gegenleistung der werbenden Unternehmen, soweit eine solche überhaupt erbracht wird, reicht von der kostenfreien Zurverfügungstellung der abgebildeten

232 Ähnlich *Gläser*, MMR 2015, 699, 702 und *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 78.

233 Zur Veranschaulichung sei auf die Instagram-Accounts des Fußballspielers *Cristiano Ronaldo* (242 Mio. Abonnenten) und der Musikerin *Ariana Grande* (206 Mio. Abonnenten) verwiesen, deren Profile zu denen mit den meisten sog. „Followern“ auf Instagram gehören [Stand: 17.11.2020].

234 Laut *Willems*, MMR 2018, 707, 707 erzielte die deutsche Influencerin *Caro Daur* im Jahr 2017 einen Jahresumsatz von EUR 1 Mio. Weiterführend zur rechtlichen Beurteilung des Instagram-Marketings s. etwa *Fries*, Influencer-Marketing. Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media, *passim*; *Leeb/Maisch*, ZUM 2019, 29; *Köhler*, ZUM-RD 2019, 141; *Troge*, GRUR-Prax 2018, 87.

235 Generalanwalt *Bobek* konstatiert in seinen Schlussanträge vom 14.11.2017 – C-498/16, Rdnr. 49 – Maximilian Schrems/Facebook Ireland Lim.: Es gibt „heutzutage ganze Berufszweige, die die Grenze zwischen privaten und beruflichen Verbindungen in der Internet-Kommunikation, insbesondere in sozialen Netzwerken, verwischen. Einige Nutzungen könnten als privat erscheinen, sind aber in vollem Umfang kommerzieller Natur. „Influencer“, die Marketing in sozialen Medien betreiben, „Prosumer“ (professionelle Verbraucher) oder Community Manager nutzen ihre persönlichen Konten in sozialen Netzwerken [...] als wichtiges Arbeitswerkzeug.“ S. dazu *Willems*, MMR 2018, 707, 707 f.

236 Zur Phänomenalisierung des Influencer-Marketings mit Angaben zu Umsätzen in Abhängigkeit zur Anzahl der Follower, vgl. *Fries*, Influencer-Marketing. Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media, S. 3 ff.

Produkte bis hin zur Zahlung von Honoraren. Die Übergänge sind fließend und mitunter zufällig, weil sie unter anderem vom Verhandlungsgeschick der Beteiligten abhängen. Insgesamt wird hierdurch eine inhaltliche Kategorisierung erschwert.

Die Rechtsprechung zum Internationalen Zivilverfahrensrecht gibt dazu Anlass, von einer engen Auslegung des Verbraucherbegriffs in Fällen einer Mischnutzung auszugehen. So kommen die Vorschriften zum Gerichtsstand für Verbrauchersachen (nur) dann zur Anwendung, wenn ein etwaiger beruflich-gewerblicher Zweck des Geschäfts derart nebensächlich ist, dass er eine „ganz untergeordnete Rolle spielt.“²³⁷ Es ist umstritten, ob diese Rechtsprechung auf das Europäische Kollisionsrecht übertragen werden kann.²³⁸ Dagegen wird zwar angeführt, dass dies zu einer Einschränkung des durch Art. 6 Rom I-VO vermittelten Verbraucherschutzes führen würde.²³⁹ Allerdings ähneln sich der Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 Brüssel Ia-VO und Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO stark, woraus sich ein überzeugendes systematisches Argument für die einheitliche Auslegung der europäischen Rechtsbegriffe ableiten lässt.²⁴⁰ Danach kommen richtigerweise nur die Nutzer in den Genuss des Verbraucherstatuts nach Art. 6 Rom I-VO, die ihren Account (nahezu) ausschließlich für private Zwecke nutzen.

Die Gewichtung von beruflichen und privaten Zwecken wird nicht anhand der inneren Willensrichtung des Nutzers bestimmt, sondern auf Grundlage der für den Provider objektiv erkennbaren Umstände des Geschäfts.²⁴¹ Der für diese Feststellung maßgebliche Zeitpunkt ist nach geltendem Recht der Moment des Vertragsschlusses. Ändert der Zweck des Geschäfts sich später, soll das den privaten oder geschäftlichen Charakter

237 So ausdrücklich BGH, Beschluss vom 13.10.2016 – IX ZB 9/16, BeckRS 2016, 18608 Rn. 8 in Anknüpfung an EuGH NJW 2005, 653 Rn. 39 ff.

238 Ausführlich zum Streitstand *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 47 m.w.N.; Staudinger in: HK-BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 5 m.w.N.; offenlassend *Martiny* in: MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 15.

239 *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 47.

240 *Thorn* in: Palandt, Art. 6 Rom I-VO Rn. 5; *Ragno* in: Leible/Ferrari (Hrsg.), Rome I Regulation, S. 135 f.; *Stürner* in: Erman, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8 f.; *Kutschér*, Der digitale Nachlass, S. 78 f., weist allerdings auf Erw. Gr. 17 der VR-RL hin, wonach eine Schwerpunktbezeichnung vorzunehmen ist. Anschließend plädiert *Kutschér* selbst aber für ein Wahlrecht des Nutzers.

241 *Thorn* in: Palandt, Art. 6 Rom I-VO Rn. 5; *Ragno* in: Leible/Ferrari (Hrsg.), Rome I Regulation, S. 134 f.; mit Beispielen für objektiv erkennbare Indizien *Kutschér*, Der digitale Nachlass, S. 78.

der Transaktion nicht (mehr) berühren.²⁴² Ob diese Abgrenzung immer zu sachgemäßen Ergebnissen führt, erscheint vor dem Hintergrund des Influencings zumindest zweifelhaft. Denn ein Instagram- oder YouTube-Nutzungsvertrag kann zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch ein Verbrauchervertrag gewesen sein und erst durch eine später entstandene Influencer-Tätigkeit gewerbliche Züge angenommen haben.²⁴³

Zusammenfassend sei festgestellt, dass aus der Vielfalt der Vertrags- und Nutzungskonstellationen durchaus komplexe Fragen zur Verbraucherrolle des Nutzers folgen können. Dessen ungeachtet handelt die Mehrzahl der Nutzer in sozialen Netzwerken sowie von sonstigen Kommunikations- und Informationsdiensten aus rein privaten Motiven und damit als Verbraucher.

bb) Ausüben bzw. Ausrichten der Tätigkeit durch den Anbieter

Der Provider muss seine beruflich-gewerbliche Tätigkeit in dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers ausüben oder sie (auch) auf diesen Staat ausrichten, vgl. Art. 6 Abs. 1 lit a) und b) Rom I-VO. Ferner muss der betreffende Vertrag in den Bereich dieser beruflich-gewerblichen Tätigkeit fallen. Letztere Voraussetzung erfüllen die durch die Provider angebotenen Nutzungsverträge grundsätzlich, da sie den Kern der geschäftlichen Tätigkeit der Provider gegenüber ihren Nutzern bilden.

Das Merkmal des Ausübens ist erfüllt, wenn der Unternehmer im Verbraucherstaat aktiv am Geschäftsverkehr teilnimmt.²⁴⁴ Eine Niederlassung des Providers in dem betreffenden Staat ist dafür zwar nicht zwingend notwendig, sofern vorhanden aber hinreichend.²⁴⁵ Unter anderem die Anbieter Facebook, Google, Twitter und LinkedIn betreiben Zweigniederlassun-

242 So ausdrücklich *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 49; wohl auch *Martiny* in: MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 17.

243 Ähnliches gilt für einen E-Mail-Account, der zunächst rein privat genutzt wurde und erst im Laufe der Zeit auch zu beruflichen Zwecken verwendet wird. Die umgekehrte Reihenfolge dürfte weniger problematisch sein, da die strukturelle Ungleichheit der Vertragspartner, welche den Verbraucherschutz begründet, gerade nicht vorlag und sich auch nicht nachträglich einstellen kann.

244 *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 107. Das Merkmal des Ausübens entspricht der Formulierung in Art. 17 Abs. 1 lit. c) Brüssel Ia-VO und soll nach Erwägungsgrund 24 Rom I-VO auch in Übereinstimmung damit ausgelegt werden, vgl. *Magnus* a.a.O., Rn. 106; *Stürner* in: Erman, Art. 6 Rom I-VO Rn. 21.

245 *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 107.

gen, Xing und Parship haben ihren Unternehmenssitz in Deutschland. Damit fällt die Tätigkeit einiger wichtiger Marktteilnehmer bereits unter Art. 6 Abs. 1 lit a) Rom I-VO.

Die Tatbestandsalternative des Ausrichtens ist inhaltlich weiter gefasst und setzt das Entfalten werbender unternehmerischer Tätigkeit zum Zwecke des Abschlusses und der Durchführung von Verträgen im Verbraucherstaat voraus.²⁴⁶ Der entsprechende Wille des Unternehmers ist aus allen relevanten Umständen des Einzelfalls zu ermitteln.²⁴⁷ Die Praxis der Provider in Deutschland dürfte dabei in den meisten Fällen als ein Ausrichten zu werten sein. Denn die Anbieter der Kommunikations- und Internetdienste haben in der Mehrzahl deutschsprachige Webseiten mit einer deutschen Top-Level-Domain (.de), sie werben aktiv auf dem deutschen Markt um Nutzer und verwenden dabei AGB in deutscher Sprache.²⁴⁸

b) Rechtsfolge: Qualifikation abhängig von Rechtswahl

Wenn die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO erfüllt sind, ist das anzuwendende Recht in Abhängigkeit davon zu bestimmen, ob die Parteien eine (wirksame) Rechtswahl getroffen haben. Ist dies nicht der Fall, so gilt das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt, d.h. seinen tatsächlichen Lebensmittelpunkt,²⁴⁹ hat, vgl. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO.

Unterliegt der Verbrauchervertrag einer wirksamen Rechtswahl, dann statuiert Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO das Günstigkeitsprinzip zugunsten

246 *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 112; eingehend *Staudinger* in: Ferari u.a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Art. 6 Rom I-VO Rn. 47 ff.; zum Verhältnis des Ausrichtens zu Art. 17 Abs. 1 lit. c) Brüssel Ia-VO gilt das in Fn. 244 Gesagte entsprechend, vgl. *Magnus* a.a.O.; *Stürner* in: Erman, Art. 6 Rom I-VO Rn. 23.

247 *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 113, 115 ff. Zu den Indizien im Bereich sozialer Medien und Internetdienste mit zahlreichen Beispielen *Kutschler*, Der digitale Nachlass, S. 81 f. und *Gläser*, MMR 2015, 699, 702.

248 Beispielhaft *Gläser*, MMR 2015, 699, 702 zu den Nutzungsbedingungen von Facebook in Deutschland; *Magnus* in: Staudinger, Art. 4 Rom I-VO Rn. 601 f., 609; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 162.

249 Nach *Thorn* in: Palandt, Art. 19 Rom I-VO Rn. 6 ist das der Ort, an dem die Person durch „familiäre, freundschaftliche, berufliche sowie wirtschaftliche Beziehungen sozial integriert ist.“ Ähnlich auch *Stürner* in: Erman, Art. 19 Rom I-VO Rn. 2; *Ragno* in: Leible/Ferrari (Hrsg.), Rome I Regulation, S. 151.

des Verbrauchers. Es bleibt den Parteien nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 3 Rom I-VO zwar unbenommen, eine andere Rechtsordnung als die des Verbraucherstaats zu wählen. Diese Rechtswahl darf indes nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch zwingendes Recht seines Aufenthaltsstaats gewährt wird.²⁵⁰ Sofern die Parteien nicht (ohnehin schon) deutsches Recht gewählt haben, kommt aus der Perspektive deutscher Verbraucher der Vorschrift des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB an dieser Stelle besondere Bedeutung zu. Da die §§ 305 ff. BGB zwingendes, verbraucherschützendes Recht sind, gehören sie zu den Normen, deren Schutzniveau nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO nicht unterlaufen werden darf.²⁵¹ Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wiederum darf mittels AGB nicht von wesentlichen Grundgedanken des in Deutschland geltenden Rechts abgewichen werden.²⁵² Im Ergebnis folgt daraus, dass das deutsche Recht auch bei wirksamer Wahl einer anderen Rechtsordnung inzident zum Prüfungsmaßstab wird.²⁵³ Das gilt auch für Normen, die – wie § 1922 Abs. 1 BGB – nicht (primär) verbraucherschützend sind, aber über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verbraucherrelevant werden.²⁵⁴ Zur Anwendung kommt das Recht, das sich im Vergleich zwischen der verbraucherstaatlichen und der gewählten Rechtsordnung als für den Verbraucher günstiger herausstellt – also im Falle eines Rechtsstreits eher seinem Antrag entspricht.²⁵⁵

250 Zum Günstigkeitsprinzip gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 137 ff.; *Stürner* in: Erman, Art. 6 Rom I-VO Rn. 16; *Martiny* in: MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO Rn. 58 ff.; *Ragno* in: Leible/Ferrari (Hrsg.), Rome I Regulation, S. 152 f.

251 *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 140.

252 Zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vgl. nur *Grüneberg* in: Palandt, § 307 BGB Rn. 28 ff. m.w.N.

253 *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 83; *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 126 f.; *Bock* in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.147.

254 *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 83 und ihr folgend der Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 403 f., abrufbar a.a.O. (Fn. 43); explizit zu einer Abweichung von § 1922 Abs. 1 BGB als unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 (und Nr. 2) BGB vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 30 f.

255 *Stürner* in: Erman, Art. 6 Rom I-VO Rn. 16a; *Thorn* in: Palandt, Art. 6 Rom I-VO Rn. 8; *Magnus* in: Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rn. 144.

c) Zwischenergebnis

Der Nutzungsvertrag zwischen einem Provider und einem Verbraucher, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, unterliegt deutschem Recht, sofern keine (wirksame) Rechtswahl vorliegt oder die Parteien eindeutig deutsches Recht gewählt haben. Haben die Parteien hingegen wirksam eine andere Rechtsordnung als die deutsche gewählt, kommen die Bestimmungen der fremden Rechtsordnung nur insofern zur Anwendung, wie sie nicht hinter dem Niveau des deutschen Verbraucherschutzes zurückbleiben.

2. Nutzungsverträge ohne Verbraucherbeteiligung

Falls ein Nutzungsvertrag ohne Verbraucherbeteiligung und damit außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Rom I-VO vorliegt,²⁵⁶ ist ebenfalls danach zu unterscheiden, ob die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben. Ist das nicht der Fall, kommt es zur objektiven Grundanknüpfung nach Art. 4 Rom I-VO (dazu a),²⁵⁷ anderenfalls ist insbesondere Art. 3 Rom I-VO maßgeblich (dazu b).

a) Allgemeine Vertragskollisionsnorm, Art. 4 Rom I-VO

Die objektive Anknüpfung folgt dem durch Erwägungsgrund 19 und Art. 4 Rom I-VO vorgegebenen Dreischritt: Kann der anzuknüpfende Vertrag einer der ausdrücklich genannten Vertragsarten zugeordnet werden, gilt die vertragsspezifische Vorgabe des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO. Andernfalls gibt nach Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO die für den Vertrag charakteristische Leistung den Ausschlag. Die Anknüpfung nach Abs. 1 und Abs. 2 gilt dabei jeweils vorbehaltlich der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO. Nur wenn keines dieser Kriterien zu einer eindeutigen Anknüpfung führt,

256 Es gibt zwar auch Verträge mit Verbraucherbeteiligung, die von Art. 6 Rom I-VO nicht erfasst werden (v.a. im C2C Bereich), vgl. *Leible* in: NK-Rom VO, Art. 6 Rom I-VO Rn. 31. Das ist hier aber nicht relevant, da der Provider stets Unternehmer ist und Nutzungsverträge im C2C-Bereich daher (fast) nicht vorkommen.

257 Zu dessen Voraussetzungen *Staudinger* in: HK-BGB, § Art. 4 Rom I-VO Rn. 2 ff.

gilt nach Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO das reine Prinzip der engsten Verbindung.²⁵⁸

In Betracht kommt zunächst, Nutzungsverträge als Dienstleistungsverträge im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO anzuknüpfen. Die vertragstypologische Bestimmung von Nutzungsverträgen nach deutschem Recht ist, wie bereits dargestellt, komplex und lässt sich nicht pauschal für alle Internetdienste einheitlich beantworten.²⁵⁹ Selbst wenn die Vertragstypen des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO autonom auszulegen sind und sich daher Unterschiede zwischen der Vertragstypologie nach nationalem Recht und der Einordnung von Verträgen in das System der Rom I-VO ergeben können,²⁶⁰ stellt die große Vielfalt der Internetdienste auch die Einordnung im Rahmen des Kollisionsrechts vor Herausforderungen. So ist der Dienstleistungsbegriff des Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO im unionalen Kollisionsrecht zwar weiter zu verstehen als der des deutschen Zivilrechts.²⁶¹ Das wird beispielweise daran deutlich, dass der europäische Dienstleistungsbegriff auch Verträge im Sinne der §§ 631 ff. BGB erfasst.²⁶² Gleichzeitig fallen aber Lizenzverträge über Immaterialgüterrechte nicht unter Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO.²⁶³ Lizenzrechtliche Aspekte werden indes in vielen Nutzungsverträgen (mit)geregelt, da Immaterialgüterrechte eine wichtige Rolle im Rahmen der Internetdienste spielen.²⁶⁴ Eine Unterscheidung zwischen Nutzungs- und Lizenzvertrag ließe sich nicht immer trennscharf aufrechterhalten. Beispielsweise im Rahmen von YouTube-Premium konvergieren Merkmale des sozialen Netzwerks mit Aspekten einer Streaming-Plattform. Darüber hinaus gibt es parallel zum nationalen deutschen Recht eine kollisionsrechtliche Diskussion zum Einfluss der (Un-)Entgeltlichkeit auf die Vertragstypologie, die im Kontext der oftmals kostenfreien

258 Zur Normstruktur *Leible* in: NK-Rom VO, Art. 4 Rom I-VO Rn. 5; instruktiv *Junker*, Internationales Privatrecht, § 15 Rn. 21 ff.

259 Dazu bereits zuvor auf S. 33 ff.

260 *Gläser*, MMR 2015, 699, 700 ff.; *Leible* in: NK-Rom VO, Art. 4 Rom I-VO Rn. 17. Erwägungsgrund 17 Rom I-VO verweist für die Auslegung teilweise auf Art. 7 Nr. 1 lit. b) Brüssel Ia-VO.

261 *Thorn* in: Palandt, Art. 4 Rom I-VO Rn. 8; *Martiny* in: MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 34 ff.; *Staudinger* in: HK-BGB, § Art. 4 Rom I-VO Rn. 4.

262 *Leible* in: NK-Rom VO, Art. 4 Rom I-VO Rn. 29; *Junker*, Internationales Privatrecht, § 15 Rn. 24.; *Staudinger* in: HK-BGB, § Art. 4 Rom I-VO Rn. 4.

263 *Magnus* in: Staudinger, Art. 4 Rom I-VO Rn. 40; *Thorn* in: Palandt, Art. 4 Rom I-VO Rn. 8.

264 Das gilt für Lizenzen des Providers an Inhalten des Erblassers, s. dazu S. 194 ff., sowie für die umgekehrte Konstellation einer Lizenzierung von Medien an Nutzer.

Internetdienste eine Einordnung nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO zusätzlich erschwert.²⁶⁵

Vor diesem Hintergrund bietet sich eine Lösung über die Auffangregel des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO an, der seinem Wortlaut nach auch dann zur Anwendung kommt, wenn „die Bestandteile des [anzuknüpfenden] Vertrags durch mehr als einen der Buchstaben [...] des Abs. 1 abgedeckt“ sind. Das ist vorliegend sachgerecht etwa angesichts der Typenmischung aus Dienstleistung und Miete, Art. 4 Abs. 1 lit. b), c) und d) Rom I-VO, wie sie im Rahmen des Cloud-Computings und des Host-Providings vorliegen kann.²⁶⁶ In der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO besteht Einigkeit darüber, dass der Provider „die Partei [ist], welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat.“²⁶⁷ Die vom Provider geschuldete Informations- bzw. Kommunikationsleistung prägt den konkreten Nutzungsvertrag deutlich stärker als die schlichte Zahlung oder Datenpreisgabe durch den Nutzer. Damit kommt das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts, also regelmäßig des realen Sitzes,²⁶⁸ des Providers zur Anwendung.

b) Rechtswahlvereinbarung zwischen Unternehmern, Art. 3 Rom I-VO

Haben die Parteien hingegen eine Rechtswahl getroffen, gelten die Vorgaben des Art. 3 Rom I-VO. Dessen Abs. 1 ermöglicht sowohl eine explizite als auch eine konkludente Wahl des anzuwendenden Rechts. Ob eine in AGB vorformulierte Rechtswahlklausel wirksam in die Einigung einbezogen wurde, ist eine Frage von „Zustandekommen und Wirksamkeit“, die sich nach dem Statut des Hauptvertrages bemisst, vgl. Art. 3 Abs. 5 in Ver-

265 Nach *Leible* in: NK-Rom VO, Art. 4 Rom I-VO Rn. 29 ist die Entgeltlichkeit eine zwingende Voraussetzung für den Dienstleistungsbegriff des Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO; a.A. aber *Magnus* in: Staudinger, Art. 4 Rom I-VO Rn. 40; dazu auch *Gläser*, MMR 2015, 699, 700 f. m.w.N. Zum Einfluss der Frage auf das nationale Recht und dort zu Data-for-Access-Konstellationen vgl. bereits zuvor auf S. 37 ff.

266 *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 87 nennt hierfür E-Mail-Verträge als Beispiel; *Nordmeier*, MMR 2010, 151, dort Text in Fn. 13.

267 *Leible* in: NK-Rom VO, Art. 4 Rom I-VO Rn. 112; *Gläser*, MMR 2015, 699, 699 f.; *Magnus* in: Staudinger, Art. 4 Rom I-VO Rn. 608 und 621a jeweils m.w.N.; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 87 f.; *Nordmeier*, MMR 2010, 151, 152 lässt die Einordnung nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO vor diesem Hintergrund ebenfalls explizit offen.

268 *Magnus* in: Staudinger, Art. 4 Rom I-VO Rn. 608; vgl. Art. 19 Rom I-VO.

bindung mit Art. 10 Rom I-VO.²⁶⁹ Aus deutscher Perspektive gilt, wie stets, bei ausländischer Rechtswahl der Vorbehalt des *ordre public*, der sich hier aus Art. 21 Rom I-VO ergibt.²⁷⁰

c) Zwischenergebnis

Nutzungsverträge, die ohne Beteiligung von Verbrauchern geschlossen werden, unterliegen dem von den Parteien gewählten Recht. Wenn und soweit keine wirksame Rechtswahl getroffen wurde, unterliegt der Nutzungsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Provider seine Hauptverwaltung hat, vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO, bzw. in dem sich die Niederlassung befindet, zu deren Vertrieb der Vertragsschluss gehört, vgl. Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO.²⁷¹

III. Sonstige Erbrechtsobjekte und ihre Anknüpfung

Neben vertraglichen Rechten und Pflichten können auch andere Rechtspositionen als Erbrechtsobjekte Bestandteil des digitalen Nachlasses sein. Dazu gehören insbesondere Urheberrechte bzw. urheberrechtliche Lizenzen des Erblassers sowie unter Umständen das Eigentum an beweglichen Sachen wie körperlichen Speichermedien.

Im Rahmen des urheberrechtlichen Kollisionsrechts ist aus der Perspektive des Erblassers beziehungsweise seiner Erben zu unterscheiden zwischen der Inhaberschaft an eigenen Urheberrechten und Lizenzen an Urheberrechten anderer. Letztere sind eng mit den soeben dargestellten Nutzungsverträgen verwandt und treten etwa im Kontext von Streaming-Plattformen oder bei privaten Mediatheken von erworbenen Musik- oder Filmdateien auf. Auf urheberrechtliche Lizenzen findet, wie auch auf Nutzungsverträge, das Kollisionsrecht für vertragliche Schuldverhältnisse und

269 Vgl. nur *Junker*, Internationales Privatrecht, § 15 Rn. 12. Zur Rechtswahl qua AGB s. im Allgemeinen *Magnus* in: Staudinger, Art. 3 Rom I-VO Rn. 176 ff. und *Stürner* in: Erman, Art. 10 Rom I-VO Rn. 8 ff. sowie im Kontext des digitalen Nachlasses *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 588 f. und *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 75 ff.

270 *Magnus* in: Staudinger, Art. 3 Rom I-VO Rn. 22. Art. 21 Rom I-VO geht Art. 6 EGBGB wegen des Vorrangs des Europarechts vor.

271 Für eine exemplarische Ermittlung der maßgeblichen Konzerngesellschaft für Facebook s. *Gläser*, MMR 2015, 699, 699 f.

damit insbesondere die Rom I-VO Anwendung.²⁷² Hierbei sind vor allem die Art. 3, 4 Abs. 2 und 6 Rom I-VO maßgeblich.²⁷³ Auf allfällige Rechtsstreite infolge einer (vermeintlichen) Urheberrechtsverletzung findet gem. Art. 8 Rom II-VO das Recht desjenigen Staates Anwendung, für den der Schutz beansprucht wird (sog. Schutzlandprinzip). In diesem Fall sind auch der Bestand und die Inhaberschaft eines Urheberrechts nach dem durch das Schutzlandprinzip bestimmten Recht zu ermitteln.²⁷⁴ Verletzungshandlungen, die online begangen werden, können in der Folge einen Strauß unterschiedlicher Rechtsordnungen zur Anwendung bringen und eine Mosaikbetrachtung notwendig machen, wenn und soweit der Urheberrechtsinhaber die Verletzung in mehreren Schutzzländern verfolgt.²⁷⁵ Das gilt folglich auch für Urheberrechte, die ursprünglich dem Erblasser zustanden und als Teil des digitalen Nachlasses auf die Erben übergegangen sein könnten.²⁷⁶

Das auf das Eigentum an Speichermedien anzuwendende Sachstatut wird maßgeblich durch die Art. 43 und 46 EGBGB bestimmt.²⁷⁷ Art. 43 Abs. 1 EGBGB unterwirft subjektive dingliche Rechte an einer Sache dem

272 *Stimmel*, GRUR Int. 2010, 783, 783 ff.; *Martiny* in: MüKo BGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 244.; *Wandtke*, Urheberrecht, Kap. 10 Rn. 6.

273 Insoweit kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zur Anknüpfung von Nutzungsverträgen auf S. 73 ff. verwiesen werden. Vgl. auch *Fezer/Koos* in: Staudinger, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 1123.

274 So die st. Rspr., vgl. BGH GRUR 2018, 178 Rn. 13 – Vorschaubilder III; BGH GRUR Int. 2015, 375 Rn. 24 – *Hi Hotel II*; BGH GRUR 2016, 490 Rn. 24 – *Marcel-Breuer-Möbel II*; *Wandtke*, Urheberrecht, Kap. 10 Rn. 7; *Fezer/Koos* in: Staudinger, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 1072 ff.; a.A. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1011 ff. und insbesondere 1019 ff.; *Drexel* in: MüKo BGB, Internationales Wirtschaftsrecht, Teil 8. Internationales Immaterialgüterrecht, Rn. 175 ff.

275 *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 69; *Grünberger* in: NK-Rom VO, Art. 8 Rom II-VO Rn. 44; ausführlich *Drexel* in: MüKo BGB, Internationales Wirtschaftsrecht, Teil 8. Internationales Immaterialgüterrecht, Rn. 296 ff. sowie *Fezer/Koos* in: Staudinger, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 1072, 1107 ff.

276 Zu Beispielen möglicher Urheberrechte des Erblassers vgl. noch auf S. 188 ff. Das Immaterialgüterstatut genießt Vorrang gegenüber dem Erbstatut, soweit es vom allgemeinen Erbrecht abweichende Regelungen enthält, wie etwa § 28 Abs. 2 S. 2 UrhG. Denn die inhaltliche Ausgestaltung des Immaterialgüterrechts ist untrennbar mit dem Immaterialgüterstatut verbunden und sollte daher auch dessen Recht unterliegen, vgl. dazu *Dutta* in: MüKo BGB, Art. 1 EuErbVO Rn. 54; *Schmidt* in: *Dutta/Weber* (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Art. 1 EuErbVO Rn. 146.

277 Allgemein zum internationalen Sachenrecht *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht II, § 3 passim; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, Rn. 1529 ff.

Recht des Belegenheitsorts der betroffenen Sache.²⁷⁸ Beispielsweise die Vererbbarkeit einer externen Festplatte, die sich bei den persönlichen Gegenständen des Erblassers in seinem Haus in Deutschland befindet, richtet sich mithin nach deutschem Sachenrecht. Art. 46 EGBGB enthält demgegenüber eine Ausweichklausel für Sachverhalte, in denen zu einer anderen als der nach Art. 43 EGBGB berufenen Rechtsordnung eine wesentlich engere Verbindung besteht.²⁷⁹ Die Möglichkeit einer privatautonomen Rechtswahl eröffnet der nationale deutsche Gesetzgeber mit Blick auf die Ordnungsinteressen des Rechtsverkehrs nicht.²⁸⁰

IV. Zusammenfassung

Es lässt sich keine allgemeingültige, übergreifende Anknüpfung für Rechtsfragen des digitalen Nachlasses benennen. Vielmehr ist nach dem jeweils infrage stehenden Erbrechtsobjekt zu unterscheiden und sodann einzeln anzuknüpfen. Der digitale Nachlass ist insofern nicht internationalprivatrechtlich verklammert. Im Gegenteil wirkt seine Vielfalt in das Kollisionsrecht fort, wodurch eine einheitliche Antwort auf die Frage nach dem anwendbaren Recht in allfälligen Rechtsstreiten im Kontext des digitalen Nachlasses nicht möglich ist.

Aus der bereits zuvor konstatierten „Verschuldrechtlichung [...] der Universalsukzession 2.0“²⁸¹ folgt hier die besondere Bedeutung des Vertragsstatuts und der Rom I-VO.²⁸² Denn den Nutzungsverträgen kommt als Erbrechtsobjekten im digitalen Nachlass, wie gesehen, eine hervorgehobene Bedeutung zu. Diese Nutzungsverträge sind vielfach Verbraucherverträge und daher nach den Sonderregeln des Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom I-VO anzuknüpfen. In den Fällen, in denen kein Verbraucher an dem Vertrags-

278 Sog. lex rei sitae bzw. lex situs, vgl. *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht II, § 3 Rn. 12; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, Rn. 1530 f.

279 Dazu *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht II, § 3 Rn. 24 ff.; zu einzelnen Fallgruppen vgl. *Wendehorst* in: MüKo BGB, Art. 46 EGBGB Rn. 30 ff.

280 Weiterführend zu der (umstrittenen) Frage, ob sich aus europäischem Recht ein anderes Ergebnis ableiten lässt *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht II, § 3 Rn. 169 ff.; *Wendehorst* in: MüKo BGB, Art. 46 EGBGB Rn. 18 ff. m.w.N.

281 *Sorge*, MMR 2018, 372, 377. Dazu zuvor im Kontext der Diskussion zu einem Recht an Daten auf S. 68 f.

282 Im Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 403 f., abrufbar a.a.O. (Fn. 43), wird auch ausschließlich des IPR bezüglich „vertraglicher Regelungen“ thematisiert.

verhältnis beteiligt ist, kommt hingegen der Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO und der objektiven Grundanknüpfung nach Art. 4 Rom I-VO entscheidende Bedeutung zu.

B. Nutzungsverträge als Erbrechtsobjekt

Die Vererbbarkeit eines Nutzerkontos in sozialen Medien war der Gegenstand des bislang einzigen höchstrichterlichen Urteils im Bereich des digitalen Nachlasses.²⁸³ Konkret ging es in dem Sachverhalt um die Frage, ob die Erben der minderjährigen Inhaberin eines Facebook-Accounts qua Universalsukzession in den Nutzungsvertrag zwischen Erblasserin und Facebook einrücken.²⁸⁴ An dieser Konstellation entfaltet sich auf exemplarische Weise das Geflecht der widerstreitenden Interessen aller Beteiligten – also vor allem der Parteien des Nutzungsvertrags, der Erben und der Kommunikationspartner des Erblassers. Für die jeweiligen Interessen lassen sich unterschiedliche Regelungsregime in Ansatz bringen, welche sich zum einen auf die grundsätzliche Übergangsfähigkeit des Nutzungsvertrags im Erbgang (dazu II.) und zum anderen auf die Durchsetzbarkeit der übergegangenen Rechtsposition (dazu III.) auswirken können. Daraus ergibt sich das gesetzlich vorgesehene Ergebnis zu Nutzungsverträgen im Erblass. Fraglich ist sodann, ob und inwieweit den Parteien ein (formular-)vertraglicher Gestaltungsspielraum verbleibt, in dessen Wahrnehmung sie von dem gesetzlichen Ergebnis abweichen können (dazu IV.). Allerdings ist eine allgemeine Einführung zu Verträgen als Erbrechtsobjekten voranzustellen (dazu I.).

283 BGH NJW 2018, 3178. Ein neueres Urteil des LG Münster ErbR 2019, 455 betrifft die Vererbbarkeit eines iCloud-Accounts. Es handelt sich dabei um ein Versäumnisurteil, in dessen Begründung lediglich kurz auf das o.g. Facebook-Urteil des BGH verwiesen wird.

284 Zur Folgefrage der Zwangsvollstreckung des aus dem Nutzungsvertrag folgenden Rechts auf Zugang zu den Accountinhalten, vgl. Seidler, NZFam 2020, 141, 143 f. sowie BGH ZEV 2020, 714 mit kritischer Anm. v. Elzer, FD-ZVR 2020, 432500 und mit zustimmender Anm. v. Lieder/Berneith, FamRZ 2020, 1761, 1762 f. Die Instanzen hatten sehr unterschiedlich argumentiert und entschieden, vgl. LG Berlin ZUM-RD 2019, 613 und KG Berlin ZEV 2020, 176 mit Anm. v. Deusch ebd.

I. Einführung: Vertragliche Rechtsverhältnisse als Erbrechtsobjekte

Die Betrachtung des Nutzungsvertrags beginnt mit der grundsätzlichen Frage danach, wie sich der Tod einer Vertragspartei auf das Schicksal eines Vertrages auswirkt. Nach § 1922 Abs. 1 BGB geht das Vermögen des Erblassers mit dem Erbfall im Wege der Universalsukzession insgesamt und ungeteilt „als Ganzes“ ipso iure auf den (oder die) Erben über.²⁸⁵ Dazu gehören Ansprüche und Verbindlichkeiten aus schuldrechtlichen Verträgen.²⁸⁶ Der Erbe rückt in das Rechtsverhältnis – also umfassend in die gesamte rechtliche Beziehung – zwischen einer Person und dem Erblasser ein.²⁸⁷ Das schließt neben sämtlichen vertraglichen Rechten und Pflichten auch Hilfsansprüche und Gestaltungsrechte ein.²⁸⁸ Der gesetzliche Nachfolgemechanismus bewirkt demnach, dass der Erbe nach dem Erbgang in der vertraglichen Stellung des Erblassers steht. Im Grundsatz sind vertragliche Rechtsverhältnisse somit vererbbar.

Dieser Grundsatz gilt indes nicht ausnahmslos. Zunächst können die Parteien in der privatautonomen Ordnung des BGB selbst entscheiden, ob ihre vertragliche Beziehung einer Rechtsnachfolge unterworfen sein soll. Denn aus der Vertragsfreiheit folgt, dass die Parteien den Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten im Erbfall beschränken oder ausschließen können.²⁸⁹ Dies ist innerhalb der weiten Grenzen der §§ 138, 242, 313 BGB jedenfalls im Wege einer Individualabrede ohne Weiteres möglich. Etwas anderes kann gelten, wenn die Vererbbarkeit mittels AGB ausgeschlossen werden soll. Entsprechende Klauseln obliegen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB.²⁹⁰ Ferner bestehen vom Grundsatz der Vererbbarkeit auch gesetzliche Ausnahmen. Schuldrechtsimmanenter ord-

285 Weidlich in: Palandt, § 1922 BGB Rn. 10.

286 Lange, Erbrecht, § 9 Rn. 32; Hoeren in: HK-BGB, § 1922 BGB Rn. 12; Alexander, K&R 2016, 301, 306; Dietzel, Untergang statt Fortbestand, passim.

287 Kunz in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 79; Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 20.

288 Lange, Erbrecht, § 9 Rn. 32.

289 Vgl. Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 42; Lange, Erbrecht, § 9 Rn. 33; Bock, AcP (217) 2017, 370, 372; BGH NJW 2018, 3178 Rn. 24. Dieser Grundsatz gilt freilich nicht unbeschränkt. Hingewiesen sei etwa auf § 563 BGB, der für Wohnraummietverträge im Falle des Todes des Mieters für einen bestimmten Kreis Anspruchsberechtigter ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag vorsieht. Dieses Recht kann von den ursprünglichen Mietvertragsparteien nicht abbedungen werden, § 563 Abs. 5 BGB.

290 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 28 ff. prüft obiter die Wirksamkeit einer entsprechenden Klausel im Facebook-Nutzungsvertrag. Der BGH stellt hier Verstöße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB fest. Siehe zum Ganzen auf S. 162 ff.

net das BGB beispielsweise für manche Vertragsarten, vgl. §§ 613, 673 S. 1, 675 Abs. 1 BGB, sowie für manche Vertragsgegenstände, vgl. § 520 BGB, an, dass die vertraglichen Beziehungen mit dem Tode eines Vertragspartners enden sollen.²⁹¹ Parallel dazu kann sich die Unvererbbarkeit aus der Höchstpersönlichkeit einer vertraglichen Beziehung ergeben.²⁹²

Sofern die Parteien – wie regelmäßig – keine explizite Vereinbarung getroffen haben und außerdem keine (gesetzliche) Ausnahme einschlägig ist, kommt indes die erbrechtliche Grundregel zur Anwendung, nach der vertragliche Rechtsverhältnisse vollumfänglich der Rechtsnachfolge von Todes wegen unterfallen.

II. Höchstpersönlichkeit als die Grenze der Vererbbarkeit

Die Inhalte eines Social Media Accounts, zu denen öffentlich einsehbare Posts sowie Privatnachrichten gehören, können in ihrer Gesamtheit ein sehr genaues, digitales Abbild des Nutzers darstellen. Entsprechend sind bei solchen Accounts neben der Sozial- auch die Privatsphäre und mit der Intimsphäre selbst der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts betroffen, beispielsweise wenn der Nutzer im privaten Chat gegenüber Dritten vertrauliche Informationen preisgibt.²⁹³ Das ist nicht zwangsläufig der Fall, wie ein Blick auf geschäftlich genutzte Accounts zeigt, kommt aber häufig vor. An dem Informationsgefüge sind mit dem Nutzer, seinen Kommunikationspartnern und dem Provider zunächst drei Parteien beteiligt. Durch den Erbgang kommen die Erben als eine neue, vierte Partei hinzu, die – sofern und soweit der Nutzungsvertrag vererbbar ist – umfassend Einblick in die Accountinhalte erhält.

291 *Lange*, Erbrecht, § 9 Rn. 32; *Kunz* in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 469 ff.; *Hoeren* in: HK-BGB, § 1922 BGB Rn. 12. Das schließt nicht aus, dass aus der Abwicklung des Schuldverhältnisses noch einzelne Ansprüche der Erben (z.B. der Anspruch auf bereits verdiente Dienstvergütung) oder des Vertragspartners (z.B. Herausgabeansprüche) resultieren, vgl. *Müller-Glöge* in: MüKo BGB, § 613 Rn. 10 ff.

292 *Lange*, Erbrecht, § 9 Rn. 33; *Hoeren* in: HK-BGB, § 1922 BGB Rn. 12; *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 26 legt als Maßstab § 399 BGB analog an.

293 Das Gutachten der Datenethikkommission vom 23.10.2019, S. 111, nennt hier als Beispiel das „Online-Konto in einer Gruppe ‚Anonymer Alkoholiker‘“, abrufbar a.a.O. (Fn. 30).

Vor diesem Hintergrund kann die Höchstpersönlichkeit, die eine Grenze der Vererbbarkeit darstellt,²⁹⁴ in zwei unterschiedlichen Konstellationen Bedeutung erlangen: Bei Nutzungsverträgen über Soziale Medien steht zuerst das Gefüge zwischen Provider, Erblasser und den Kommunikationspartnern des Erblassers im Vordergrund (dazu 1.). Die Berücksichtigung der Interessen des Providers und des Erblassers ergibt sich insofern schon aus deren Stellung als Parteien des Nutzungsvertrags. In diesem Rahmen sind auch die Interessen der Kommunikationspartner des Erblassers zu berücksichtigen, die bei der Nutzung des Accounts sowie bei dessen Übergang von Erblasser auf Erbe zwangsläufig ebenfalls betroffen werden. Als zweiter Anwendungsfall sehen Teile des Schrifttums die Höchstpersönlichkeit der Accountinhalte im Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Erben als Hindernis für die Vererbbarkeit des Nutzungsvertrags (dazu 2.). Hier treten die nächsten Angehörigen des Erblassers als die Wahrnehmungsberechtigten des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen als weitere Partei hinzu.

1. Höchstpersönlichkeit im Gefüge zwischen Provider, Erblasser und Kommunikationspartnern des Erblassers

Der Begriff der Höchstpersönlichkeit ist im Erbrecht nicht eigens explizit geregelt und birgt aufgrund seiner Unbestimmtheit eine gewisse Unschärfe. Als Rahmen und als Maßstab zur Bestimmung der Unterscheidung zwischen regulär vererbbares Rechtsverhältnissen (der Regelfall) und solchen Rechtsverhältnissen, die aufgrund von Höchstpersönlichkeit unvererbbar sind (die Ausnahme), hat sich im vertraglichen Bereich die analoge Anwendung des § 399 Fall 1 BGB durchgesetzt.²⁹⁵ Im Folgenden wird diese Norm zunächst in ihrem originären Regelungskontext dargestellt, bevor ihr Gehalt sodann auf den digitalen Nachlass bezogen wird.

294 Vgl. *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 382 ff. sowie bereits die Nachweise in Fn. 292.

295 Vgl. nur BGH NJW 2018, 3178 Rn. 34 m.w.N. Der BGH nennt zusätzlich den Rechtsgedanken des § 38 BGB; s. ferner *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 26.

a) Der Rechtsgedanke des § 399 Fall 1 BGB im Erbrecht allgemein

Dem Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Forderungen im Wege der Abtretung setzt § 399 Fall 1 BGB eine Ausnahme entgegen.²⁹⁶ Danach kann eine Forderung „nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann [...].“ Bei der Anwendung von § 399 Fall 1 BGB werden mehrere Fallgruppen unterschieden.²⁹⁷ Von Interesse sind vorliegend vornehmlich Fälle der Änderung des Leistungsinhalts durch Abtretung sowie der personengebundenen Ansprüche, für die sich die Unabtretbarkeit daraus ergibt, dass die Person des Gläubigers für den Inhalt des Anspruchs wesentlich ist.²⁹⁸ Zu diesen höchstpersönlichen, zessionsfeindlichen Ansprüchen gehören beispielsweise der Anspruch auf Urlaub(sabgeltung), der Anspruch auf Unterlassung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung oder der Anspruch auf Pflegeleistungen.²⁹⁹

Der skizzierte Rechtsgedanke des § 399 Fall 1 BGB hat Einzug in das Erbrecht gefunden.³⁰⁰ Nicht nur entspricht das Regel-Ausnahme-Verhältnis von abtretungsfähigen und abtretungsfeindlichen Ansprüchen demjenigen von vererbaren und unvererbaren Rechtsverhältnissen, sondern auch muss angesichts des Subjektwechsels von Zedenten zu Zessionar beziehungsweise von Erblasser zu Erbe eine ähnliche Konfliktlage austariert werden. In Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 399 Fall 1 BGB ist eine Forderung also dann nicht vererblich, wenn sie in einem solchen Maße auf die Person des Schuldners oder des Gläubigers zugeschnitten ist, dass die versprochene Leistung durch eine Rechtsnachfolge in ihrem Wesen verändert würde.³⁰¹ In der Literatur wird hier regelmäßig das Beispiel

296 S. Busche in: Staudinger, § 399 BGB Rn. 1 ff. zu dieser und weiteren Ausnahmen; Grüneberg in: Palandt, § 399 BGB Rn. 1.

297 Roth/Kieninger in: MüKo BGB, § 399 Rn. 7 f.; Busche in: Staudinger, § 399 BGB Rn. 4; Grüneberg in: Palandt, § 399 BGB Rn. 4.

298 Roth/Kieninger in: MüKo BGB, § 399 Rn. 7 und 9 ff.; Grüneberg in: Palandt, § 399 BGB Rn. 4 ff.

299 Schulze in: HK-BGB, § 399 Rn. 2; Roth/Kieninger in: MüKo BGB, § 399 Rn. 16; zahlreiche Beispiele finden sich bei Busche in: Staudinger, § 399 BGB Rn. 7 ff.; Grüneberg in: Palandt, § 399 BGB Rn. 4 ff.

300 Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 26; BGH NJW 2018, 3178 Rn. 34; kritisch dazu Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 77 f.

301 Lange, Erbrecht, § 9 Rn. 33; Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 26; Hoeren in: HK-BGB, § 1922 BGB Rn. 12.

eines Künstlers bemüht, dessen Erben nicht verpflichtet sein können, seine Auftragswerke anzufertigen oder abzuschließen.³⁰²

b) Der Rechtsgedanke des § 399 Fall 1 BGB im digitalen Nachlass

Bezieht man den Rechtsgedanken des § 399 Fall 1 BGB auf den Nutzungsvertrag zwischen Provider und Erblasser, ist nach den jeweiligen Pflichten der Parteien zu differenzieren. Diese Pflichten können sich zwischen den verschiedenen Internetdiensten zwar durchaus unterscheiden. Im Wesentlichen wird aber der Provider verpflichtet sein, eine IT-Infrastruktur zu unterhalten und dem Nutzer dazu mittels eines Accounts Zugang zu gewähren. Der Nutzer stellt seine persönlichen Daten zur Verfügung und setzt sich dadurch während der Nutzung personalisierter Werbung aus.³⁰³

aa) Beurteilung der Pflichten des Providers

In seiner Beurteilung der providerseitigen Pflichten am Maßstab des Rechtsgedankens aus § 399 Fall 1 BGB nimmt der BGH eine formal-technische Betrachtungsweise vor. Das Gericht trennt zwischen den (vermeintlich) rein technischen Leistungspflichten des Providers, die für jeden Nutzer gleich und daher nicht persönlichkeitsrechtlich relevant seien, und den Accountinhalten wie der Gestaltung der Profilseite, Fotos und Privatnachrichten, die von den Nutzern erstellt werden und persönlichkeitsrechtliche Bezüge aufweisen können.³⁰⁴ Die technische Leistung des Providers – insbesondere die Übermittlung von Inhalten und Nachrichten – könne unverändert auch gegenüber den Erben erbracht werden.³⁰⁵ Zuvor hat bereits Seidler argumentiert, dass zwischen Persönlichkeitswerten und ihrer Ver-

302 Vgl. nur *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 26, der auch keine Pflicht des Privatlehrers zum Unterricht der Erben seines verstorbenen Schülers sieht; vgl. auch *Lange*, Erbrecht, § 9 Rn. 33.

303 Zu den Pflichten des Providers s. S. 91 f. und zu denen des Nutzers s. S. 93 f.

304 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 35; so auch schon *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 156 f.; a.A. *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473, 3474.

305 BGH a.a.O. (Fn. 304); *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 78; Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 328, abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

körperung zu unterscheiden sei.³⁰⁶ Als Beispiel nennt sie den Inhalt eines Tagebuchs, der zwar postmortalen Persönlichkeitsrechtsschutz genieße, ohne dass daraus aber die Höchstpersönlichkeit des Sacheigentums an dem Papier des Tagebuchs folge. Parallel seien zwar die Kontoinhalte, nicht jedoch der Nutzungsvertrag höchstpersönlich.³⁰⁷

Leipold hingegen will darauf abstellen, ob das gesamte Vertragsverhältnis entscheidend durch höchstpersönliche Zwecke des Nutzers geprägt ist.³⁰⁸ Die Argumentation des BGH nennt *Leipold* „etwas formal.“³⁰⁹ Dem ist zuzustimmen. Denn eine Gesamtbetrachtung des Vertragsverhältnisses erlaubt einen flexibleren Umgang mit den unterschiedlichen Internetdiensten, die schon heute existieren und deren weitere Entwicklung nicht vorherzusehen ist. Die rein formal-technische Ansicht des BGH ließe keine Unterscheidung zwischen einem beruflich genutzten Netzwerk wie LinkedIn, einem vorrangig privaten Zwecken dienendem Netzwerk wie Facebook und Dating-Apps zu, die intimsten Interessen dienen.³¹⁰ Solange die Vererbbarkeit eines Vertragsverhältnisses, wie gesetzlich vorgesehen, der Regelfall bleibt, können mittels Gesamtbetrachtung notwendige Ausnahmen benannt werden. Hier hat das Kriterium des § 399 Fall 1 BGB gerade den Vorteil, dass es unabhängig von der Unterscheidung zwischen analogem und digitalem Erbe sachgerecht einen Gleichlauf von (vergleichbaren) analogen und digitalen Sachverhalten ermöglicht.³¹¹ Wenn man davon ausgeht, dass Plattform- und Nutzungsverträge in der Zukunft einen immer größeren Teil des bisher analogen Lebens digital abbilden werden,

306 Seider, Digitaler Nachlass, S. 136; ausführlich wiedergegeben bei Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 327-329, abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

307 Seidler, Digitaler Nachlass, S. 136; ebenfalls mit einem Vergleich zur analogen Welt argumentieren Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 77 f.: Ein Nutzungskonto in einem sozialen Netzwerk unterscheide sich von der Mitgliedschaft in einem Verein, die gem. § 38 S. 1 BGB im Grundsatz weder übertragbar noch vererblich ist, dadurch, dass bei Abschluss des Nutzungsvertrags – anders als bei der Aufnahme in den Verein – die Identität des Erblassers keine Rolle spielt; dem folgend Willems, ZfPW 2016, 494, 506 f.; vgl. ferner Raude, RNotZ 2017, 17, 20.

308 *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 33.

309 Im Ergebnis aber trotzdem wie BGH so *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 33.

310 Mit anderer Argumentation für eine Ausnahme bei (online) Partnerschaftsbörsen ist auch Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 558, 569 f.; Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 340, abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

311 Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 338, abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

dürfte es nicht sinnvoll sein, das erarbeitete Unterscheidungskriterium durch eine pauschale formal-technische Betrachtungsweise faktisch aufzu geben.

bb) Beurteilung der Pflichten des Nutzers

In der Diskussion haben die nutzerseitigen Pflichten bislang weniger Aufmerksamkeit erfahren als die Providerpflichten. So stellt der BGH zentral darauf ab, dass kein schutzwürdiges Interesse des Providers daran bestehe, seine Leistung nicht auch gegenüber den Erben erbringen zu müssen.³¹² Wenn und soweit die Erben aber über den schllichten Zugang hinaus das Recht zur fortgesetzten Nutzung des Erblasseraccounts begehen,³¹³ können auch die Leistungen des Nutzers einen besonderen Personenbezug aufweisen.³¹⁴ Denn die Internetdienste basieren oftmals auf Dienstegegen-Daten Modellen.³¹⁵ Die Wertschöpfung aufseiten der Provider basiert darauf, präzise Werbeprofile der Nutzer anzulegen und damit Werbekunden zu akquirieren. Ein Subjektwechsel aufseiten des Nutzers würde – zumindest bei einer aktiven Weiternutzung des Accounts durch den neuen Inhaber – zu einer Vermischung der Nutzungsdaten und damit zu einem nicht mehr eindeutigen Werbeprofil führen.³¹⁶ Das wiederum schmälert die Attraktivität des Angebots der Provider gegenüber den Werbekunden erheblich, da der in der Präzision liegende Vorteil vor herkömmlicher, breiten(un)wirksamer Werbung verloren geht.

Dieses Problem stellt sich hingegen nicht für werbefreie Premiumversionen, die dafür oftmals kostenpflichtig sind, oder für sonstige Internetdienste, die Daten nicht in der beschriebenen Form nutzen.³¹⁷ Provider

312 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 36 a.E.

313 Zur Frage nach der Reichweite des Erbrechts vgl. noch auf S. 100 ff.

314 Dazu bislang hauptsächlich *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 570 f.; *Gomille*, ZUM 2018, 660, 666 sieht ein berechtigtes Interesse des Providers „an der Vermeidung einer Zuordnungsverwirrung“.

315 Zu mehrseitiger Finanzierung in Data-for-Access-Konstellationen vgl. schon zuvor auf S. 37 ff.

316 Auch *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 136 warnt davor, dass sich Nutzungshandlungen des Erblassers und der Erben in einem Account mischen können, bezieht dies jedoch nicht auf § 399 Fall 1 BGB und die Data-for-Access-Konstellation.

317 *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 570 f. folgert daraus, dass eine Fortführung von Social-Media-Accounts durch die Erben, anders als bei E-Mail-Diensten, regelmäßig ausgeschlossen sei.

schließen Verträge im Internet regelmäßig ohne genaue Prüfung der Identität und Solvenz ihrer Vertragspartner (i.e. der Nutzer), sodass ein Vertragspartnerwechsel im Wege der Universalsukzession für die Provider unproblematisch erscheint, wenn die Gegenleistung des Nutzers (ausschließlich) eine Geldzahlung ist.³¹⁸

cc) Zusammenfassung

Die Vielfalt der Internetdienste verbietet eine pauschale Beurteilung der Vererbbarkeit unter dem Gesichtspunkt des § 399 Fall 1 BGB. Zwar bleibt die Vererbbarkeit von vertraglichen Rechtsverhältnissen auch für Nutzungsverträge der gesetzlich vorgesehene Regelfall. Gleichwohl setzt die Vielfalt der Providerangebote mit ihrem unterschiedlichen Maß an Persönlichkeitsbezug und die ebenso diverse Ausgestaltung der nutzerseitigen Pflichten aber eine genaue Betrachtung des konkret infrage stehenden Vertragsverhältnisses voraus. Es ist im Wege einer Gesamtbetrachtung zu prüfen, ob das Vertragsverhältnis durch höchstpersönliche Zwecke geprägt ist.

c) Vertragsimmanenter Schutz der Kommunikationspartner

Die Frage, ob und inwieweit die Interessen der Kommunikationspartner des Erblassers der Vererbbarkeit selbst oder zumindest ihrer Durchsetzbarkeit entgegensteht, wird im Zusammenhang mit mehreren Regelungsmaterien relevant. Der BGH geht dieser Frage gleich an drei Stellen nach, indem er die Interessen von Dritten und Kommunikationspartnern auf vertraglicher, telekommunikations- und auf datenschutzrechtlicher Ebene berücksichtigt.³¹⁹ Die jeweils vorgetragenen Argumente und Wertungen ähneln einander und fußen letztlich allesamt auf Aspekten des Persönlichkeitsrechts der Kommunikationspartner des Erblassers.³²⁰ Gleichwohl sind die Regime dogmatisch voneinander getrennt zu würdigen. Denn die Regelungsmaterien unterscheiden sich sowohl in ihren Tatbestandsvoraussetzungen als auch in ihren Rechtsfolgen.

Auf vertraglicher Ebene prüft der BGH im Rahmen und am Maßstab von § 399 BGB analog, ob „der höchstpersönliche Charakter und damit

318 Bock, AcP (217) 2017, 370, 395 f.

319 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 39 ff., 54 ff., 88 ff.

320 „Überschneidungen“ konstatiert auch Pruns, ErbR 2018, 614, 618.

der vertragliche Ausschluss der Vererbbarkeit des Zugangsrechts zu dem Benutzerkonto [...] aus im Nutzungsvertrag stillschweigend vorausgesetzten und damit immanenten Gründen des Schutzes der Persönlichkeitsrechte der Kommunikationspartner“ folgt.³²¹ Der BGH führt sodann im Wesentlichen drei Argumente gegen das Vorliegen von Höchstpersönlichkeit an: Erstens sieht er nur eine konto- und keine personenbezogene Pflicht des Providers bei der Zustellung elektronischer Nachrichten (dazu aa). Weiterhin argumentiert das Gericht mit der (vermeintlichen) Erwartungshaltung eines verständigen Nutzers (dazu bb). Schließlich analysiert der BGH die mangelnde Verfügungsbefugnis des Nutzers über eine Nachricht nach deren Versenden (dazu cc).

aa) Konto- oder personenbezogene Pflicht des Providers

Eine zentrale Bedeutung für den BGH hat ein Vergleich zur analogen Briefpost, aus dem er folgert, den Provider treffe nur eine konto-, aber keine personenbezogene Pflicht bei der Vermittlung von Kommunikationsinhalten.³²² Eine elektronische Nachricht werde ebenso wie ein Brief (nur) an ein Nutzerkonto bzw. einen Briefkasten und nicht an eine bestimmte Person zugestellt.³²³ Sei die Zustellungspflicht des Providers aber schon nicht personen-, sondern nur kontobezogen, dann könne sie nicht höchstpersönlich sein.

So sehr dieser Vergleich sich *prima facie* aufdrängen mag, so sehr hinkt er bei näherer Betrachtung jedoch auch. Die Gegenüberstellung übersieht, dass die technischen Möglichkeiten und das Nutzungsverhalten inhaltlich wie funktional eine andere Dimension erreicht haben als ein herkömmlicher Briefwechsel.³²⁴ Wer Zugang zu sämtlichen Nutzungskonten des Erb-

321 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 39. Das Gericht verneint dies im Ergebnis freilich.

322 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 41 mit Verweis auf Herzog, ZErb 2017, 205, 208; *dies.* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 35a; Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 87.

323 Ebd. Fn. 322.

324 Zweifelnd auch Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 34 und Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 235; schon Martini, JZ 2012, 1145, 1150 spricht von einem im Vergleich zum Tagebuch „ungleich detailreichere[n] Wissensschatz eines Online-Kontos.“; nur im Ansatz ebenso Bock in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.28 und *dies.*, AcP (217) 2017, 370, 394: „neue Quantität an Datenmassen und vermeintlich persönlichen Inhalten im digitalen Zeitalter.“

lassers erhält, liest nicht nur – um im Bilde zu bleiben – einzelne aufbewahrte Briefe, die der Verstorbene von Dritten erhalten hat. Zumindest im Falle von Social Media-affinen Nutzern ermöglicht der Zugang darüber hinaus tiefe Einblicke in eine umfassende, lückenlose Dokumentation nahezu der gesamten Lebensrealität des Verstorbenen und damit auch derjenigen seiner Kontakte.³²⁵ Die Kommunikationsdaten sind eher mit einem detaillierten Logbuch zu vergleichen, in dem jede Interaktion zwischen dem Erblasser und seinen Kommunikationspartnern notiert ist.

Zu den Informationen gehören der genaue Zeitpunkt des Abschickens sowie der Kenntnisnahme durch den Empfänger jeder einzelnen Nachricht, der gesamte Kommunikationsverlauf vergleichbar einem transkribierten Telefonat (und nicht – wie bei Briefpost – nur maximal die Hälfte der ausgetauschten Nachrichten) und bei manchen Internetdiensten auch Informationen zum physischen Ort, von dem die Nachrichten verschickt wurden. Die Kommunikationsdaten enthalten im Vergleich zur Briefpost ein Vielfaches an Inhalten samt zahllosen Fotografien, Sprachnachrichten, Links und Dateien. Weitere technische Entwicklungen wie die vollständige Aufzeichnung und Archivierung eines jeden Videotelefonats sind zukünftig leicht vorstellbar.³²⁶ Die sehr intensive Betroffenheit des Persönlichkeitsrechts der Kommunikationspartner kann sich in qualitativer Hinsicht ergeben, wenn sich unter den vielen Nachrichten intime Inhalte oder Bilder befinden.³²⁷ Aber auch in quantitativer Hinsicht ist der schieren Menge an Informationen und der Tatsache, dass sich daraus ein (vollständiges) Persönlichkeitsprofil des Nutzers ableiten ließe, persönlichkeitsrechtliche Bedeutung beizumessen.³²⁸

325 Nachdrücklich in diesem Sinne das Gutachten der Datenethikkommission vom 23.10.2019, S. 110, abrufbar a.a.O. (Fn. 30).

326 Auch Wagner sieht ein Risiko, dass jede auch nur „vorübergehende Parteiinteraktion für alle Ewigkeit gespeichert und den Erben zugänglich gemacht“ werde, zitiert nach dem Diskussionsbericht von Bornhauser, AcP (218) 2018, 594, 595.

327 Den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, also die Intimsphäre, sieht Pruns, ErbR 2018, 550, 555 f. und ders., ErbR 2018, 614, 619 berührt bei Nacktbildern, statt Unvererbbarkeit folge daraus aber nur ein Löschungsanspruch gegen die Erben; zustimmend Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 38. Für ein anderes Beispiel intimer Inhalte s. bereits den Nachweis in Fn. 293.

328 Zu Detailreichtum als Faktor bei der Abgrenzung von Privat- und Intimsphäre vgl. Wanckel in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 19 Rn. 7 und 51 f. jew. m.w.N.

bb) Erwartungen des verständigen Nutzers

Weiterhin argumentiert der BGH mit einer spezifischen Erwartungshaltung, die er verständigen Facebook Nutzern unterstellt. Zunächst könne der Kommunikationspartner schon zu Lebzeiten des Erblassers keine berechtigte Erwartung an die Vertraulichkeit der gemeinsamen Korrespondenz haben.³²⁹ Denn der Erblasser und Empfänger der Nachricht könne seine Login-Daten an Dritte weitergeben, Nachrichten weiterleiten oder auf andere Weise Dritten zugänglich machen. Ferner könnten Unbefugte ein Empfängerkonto von vornherein unter falschem Namen führen.³³⁰ Wenn der Kommunikationspartner aber bereits vor dem Erbfall das Risiko trage, dass Dritte Kenntnis von den im Account des Erblassers gespeicherten Informationen erwerben, gelte dies *erst recht* für den Zugriff der Erben auf diese Inhalte.³³¹

Dem ist sicher zuzugeben, dass jeder Nutzer ein gewisses Risiko für seine Privatsphäre bewusst in Kauf nimmt, wenn er Soziale Medien verwendet. Gleichwohl sind sowohl der Ausgangspunkt des BGH als auch die daraus gezogene Konsequenz kritisch zu würdigen. Das Gericht geht von einem sehr ausgeprägten Risikobewusstsein des verständigen Nutzers aus. Inwiefern das der Lebensrealität von (vor allem jungen)³³² Nutzern entspricht, sei dahingestellt. Sicher falsch wäre es aber zu glauben, dass ein Nutzer angesichts des ihm bewussten Risikos nur solche Inhalte über Soziale Medien mit dem Erblasser teilt, die er (notfalls) auch gegenüber den Erben oder sonstigen Dritten preisgeben würde. Vielmehr vertraut der verständige Nutzer trotz des ihm bewussten Risikos darauf, dass die Vertraulichkeit der Korrespondenz regelmäßig gewahrt bleibt.

Angesichts dessen lassen sich zwei Punkte festhalten: Zum einen sind die geteilten Inhalte trotz des etwaigen Risikobewusstseins persönlichkeits-

329 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 41; zustimmend Preuß, NJW 2018, 3146, 3147; nach Gomille, ZUM 2018, 660, 662 besteht gegen die „Redseligkeit der selbst gewählten Vertrauensperson“ weder zu deren Lebzeiten noch nach ihrem Tod ein Schutz.

330 Ebd. Fn. 329. Zu ergänzen ist noch die Gefahr, dass der Account des Erblassers trotz angemessener Sicherheitsvorkehrungen von Dritten gehackt wird.

331 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 42; die Kenntnisnahme der Kommunikationsinhalte durch die Erben sei eine „im Internet typische Nutzungshandlung“, befindet Specht-Riemenschneider in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.), HGB, Plattformnutzungsverträge, Rn. 95

332 Alexander, notar 2018, 367, 367 sieht bei „jüngeren und besonders internetaffinen Generationen“ häufig eine Verdrängung der Fragen des digitalen Nachlasses.

rechtlich sensibel. Zum anderen verkennt der BGH die Ausnahme zur Regel, wenn aus den Risiken (die eintreten können, aber regelmäßig nicht eintreten) auf die Übergangsfähigkeit im Erbfall (der zwangsläufig eintritt) geschlossen wird.³³³ Die Vererbbarkeit des Accounts damit zu begründen, dass der Kommunikationspartner mit dem Eintritt der Erben in den Nutzungsvertrag des Erblassers (ergo mit der Vererbbarkeit) rechnen muss,³³⁴ mutet zirkelschlüssig an.³³⁵

cc) Keine Verfügungsbefugnis nach Versenden einer Nachricht

Schließlich, so der BGH, begebe sich der Nutzer mit dem Versenden jeder Verfügungsbefugnis über seine Nachricht und tue dies im Bewusstsein, dass er von da an grundsätzlich keine Möglichkeit habe, die übermittelte Nachricht zurückzufordern.³³⁶

Die Entscheidung des BGH ist in Bezug auf die gegenwärtige³³⁷, technische Ausgestaltung von Facebook sowie auf das entsprechend ausgerichtete Nutzungsverhalten ergangen. Insoweit ist der Entscheidung zuzustimmen. Allerdings sollte das Argument nicht pauschal auf andere Internetdienste übertragen werden,³³⁸ ohne dass die konkrete technische Ausgestaltung und die damit einhergehende Erwartungshaltung der Nutzer jeweils neu geprüft wird. So ermöglicht beispielsweise WhatsApp dem Absender innerhalb der ersten Stunde nach dem Verschicken, seine Nachricht auch mit Wirkung für die App des Empfängers nachträglich zu löschen. Der Inhalt wird selbst dann ausgeblendet, wenn der Empfänger die Nachricht zu diesem Zeitpunkt bereits gelesen hatte.³³⁹ Eine Erweiterung dieser Funktion über den Zeitraum von einer Stunde hinaus dürfte dem

333 *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238.

334 So ausdrücklich BGH NJW 2018, 3178 Rn. 44.

335 *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 34.

336 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 41; überwiegend zustimmend *Pruns*, ErbR 2018, 614, 618; zweifelnd *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238.

337 Das Urteil ist vom 12. Juli 2018. Seitdem hat sich an der hier interessierenden Funktionsweise von Facebook (noch) nichts geändert [Stand: 17.11.2020].

338 Für das Urteil jedenfalls im Ganzen so aber *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 46; *Apel*, ZD 2018, 486, 487 f.; *Gloser*, DNotZ 2018, 859, 865; *Lieder* in: *Ermann*, § 1922 BGB Rn. 14a; *ders./Berneith*, FamRZ 2018, 1486, 1486 f.; *Ludyga*, ZEV 2018, 592, 592 f.; hingegen wie hier den Einzelfall betonend *Hoeren*, MMR 2018, 749, 749 f.

339 Weitere Informationen unter <https://faq.whatsapp.com/de/iphone/26000069> [17.11.2020]. Davon freilich nicht erfasst sind Inhalte, die der Empfänger zuvor

Anbieter in technischer Hinsicht leicht möglich sein. Auch der Erfolg von Snapchat beruht unter anderem darauf, dass Nutzer einander Nachrichten schicken können, die der Empfänger nur vorübergehend aufrufen kann.³⁴⁰ Zum einen folgt daraus, dass es durchaus technisch möglich ist, dem Nutzer auch nach dem Versenden einer Nachricht weiter eine (begrenzte) Verfügungsbefugnis über dieselbe einzuräumen. Zum anderen wird die Erwartungshaltung der Nutzer durch Internetdienste, die entsprechende Einflussmöglichkeiten technisch einräumen, (mit)geprägt. Dabei ist zwischen den verschiedenen Apps sowie innerhalb einer App nach unterschiedlichen Versionen zu unterscheiden.³⁴¹ Insgesamt macht die eröffnete Bandbreite der Funktionen es schwer, dienstübergreifend mit einer bestimmten Erwartungshaltung der Nutzer an die eigene Verfügungsbefugnis zu argumentieren.

dd) Zwischenergebnis zu c)

Nach der Entscheidung des BGH haben die Interessen der Kommunikationspartner des Erblassers zurückzustehen hinter den Interessen der Erben und dem Kontinuitätsgedanken des § 1922 Abs. 1 BGB. Das Ergebnis des Gerichts, wonach die Persönlichkeitsrechte der Kommunikationspartner der Vererbbarkeit des Nutzungsvertrags nicht entgegenstehen, ist sehr ausführlich begründet und im Wesentlichen nachvollziehbar. Dennoch zeigen nach hier vertretener Ansicht die Wertungen des BGH dort einige Schwächen, wo sie die Realität von Social Media-affinen Nutzern nicht in vollem Umfang nachvollziehen. Internetdienste sind nicht (nur) das digitale Äquivalent zum klassischen Briefverkehr. Dieser Vergleich sollte nicht den Blick auf Ausmaß, Vielfalt und Dynamik des realen Nutzungsverhaltens verstellen. Selbst wenn man aber die dargestellten Einschätzungen des BGH in Bezug auf den Nutzungsvertrag zu Facebook teilt, darf das Ergebnis gleichwohl nicht vorschnell auf andere oder gar auf grundsätzlich alle accountgestützten Nutzungsverträge übertragen werden. Vielmehr sollten

bereits außerhalb der App (zusätzlich) abgespeichert hat. Das dürfte aber die Ausnahme sein.

- 340 Klages, ZD 2017, 390, 390 zufolge zeige das heutige Nutzerverhalten, dass Inhalte, die keinen Bestand haben sollen, mit Diensten wie Snapchat verschickt würden, da dort Inhalte selbstständig unverzüglich nach Kenntnisnahme gelöscht werden.
- 341 WhatsApp etwa lässt das nachträgliche Löschen nur für Nutzer zu, welche die aktuellste Version der Anwendung installiert haben (s. dazu a.a.O. Fn. 339).

die vonseiten des BGH unterstellten Erwartungen der Nutzer eines Internetdienstes für jedes Angebot einzeln geprüft werden.

Im Übrigen ist es eine Schwäche von § 399 BGB als Prüfungsmaßstab, dass er als Ergebnis nur die Extrempositionen von Vererbarkeit und Unvererbarkeit und in der Folge vollen oder gar keinen Zugang zu den Accountinhalten zulässt. Wie sich zeigen wird, erlaubt namentlich das Datenschutzrecht bei der Entscheidung über den Zugang auch Zwischenpositionen. Deshalb bietet das Datenschutzrecht sich vorrangig an, um die widerstreitenden Interessen von Erben, Provider und Kommunikationspartnern zu einem schonenden Ausgleich zu bringen.³⁴²

d) Reichweite des ererbten Rechts am Nutzungskonto

Interessanterweise lässt der BGH in seiner Entscheidung, in der er ansonsten gleich mehrfach durch obiter dicta Stellung bezieht,³⁴³ offen, ob das Erbrecht über den (schlichten) Zugang zu den Accountinhalten hinaus auch das Recht zur fortgesetzten Nutzung des Accounts durch die Erben einschließt.³⁴⁴ Wie bereits aufgezeigt, nimmt der BGH in Bezug auf die Übermittlung von Nachrichten und den Kontozugang eine formal-technische Betrachtungsweise vor und folgert daraus nur eine Konto-, aber keine Personenbezogenheit der Providerpflichten.³⁴⁵ Die aktive Weiternutzung des Kontos – also das Posten und Verschicken von Nachrichten – soll hingegen „auf den Kontoberechtigten zugeschnitten und damit personenbezogen“ sein.³⁴⁶ Diese Widersprüchlichkeit scheint das Gericht in Kauf zu nehmen, weil es ohnehin von einer geringen praktischen Relevanz der aufgeworfenen Frage ausgeht: Die Fortführung des Kontos durch die Erben sei „regelmäßig nicht beabsichtigt.“³⁴⁷ Diese Annahme wird aber nicht

342 Hoeren, MMR 2018, 749, 749; Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 238 f. betonen zu- recht, dass die DS-GVO etwa mit der Anonymisierung oder Pseudonymisierung von Nutzerdaten vermittelnde Zwischenpositionen kennt. Vgl. dazu S. 133 f.

343 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 28 ff., 47 ff., 52 f. Die obiter dicta loben wegen ihrer klarstellenden Wirkung Apel, ZD 2018, 486, 486 und Gloser, DNotZ 2018, 859, 865.

344 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 36.

345 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 35; vgl. dazu bereits auf S. 95 f.

346 Ebd. Fn. 344; dieser Tendenz folgend gegen ein Recht auf aktive (Weiter-)Nutzung durch die Erben Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 37.

347 Zwei Mal explizit so BGH NJW 2018, 3178 Rn. 36 und 37; diese Einschätzung teilt auch Seidler, Digitaler Nachlass, S. 136; dies, NZFam 2020, 141, 144 f.

weiter belegt oder begründet. Dabei ließen sich mit dem YouTube-Channel oder dem Instagram Account eines Influencers oder mit einem gut bewerteten Google Business Account schon heute mehrere Beispiele nennen, bei denen die zukünftige Nutzung des Kontos einen erheblichen Wert haben kann und sogar noch vor dem Zugang zu gespeicherten Inhalten aus der Vergangenheit das Hauptinteresse der Erben bilden könnte.³⁴⁸ Die Entwicklung der technischen Möglichkeiten und der Nutzungsgewohnheiten dürfte weitere solche Anwendungsfälle mit sich bringen. Der Standpunkt des BGH wird indessen nachvollziehbarer, wenn man mit dem Vergleich zum Giro-Konto ein Argument aus der vorausgegangenen Debatte genauer in den Blick nimmt. Denn der BGH zitiert hier selbst seine Rechtsprechung zum Girovertrag sowie die darauf Bezug nehmenden Beiträge zum digitalen Nachlass.³⁴⁹

aa) Die Rechtsprechung zum Girokonto im digitalen Nachlass

Den Vergleich zur Rechtsprechung des BGH zum Erbe an Girokonten³⁵⁰ brachten ursprünglich *Bräutigam*³⁵¹ und *Herzog*³⁵² – allerdings mit gegensätzlichen Ergebnissen – in die Debatte zum digitalen Nachlass ein. Als Mitautoren der Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins³⁵³ haben sie auf der Suche nach einer praktikablen Handhabung des digitalen Nachlasses die (vermeintlich) vergleichbare Unterscheidung zwischen Kontoinhaberschaft und Kontoinhalt (= Guthaben) herangezogen. *Bräutigam* zufolge sei die Inhaberschaft eines Girokontos wegen der ungehinderten Eröffnung für jedermann gerade nicht vermögensrechtlicher (und im Umkehrschluss daher höchstpersönlicher) Natur.³⁵⁴ Daraus schlussfolgert er ers-

348 Dass rein geschäftlich genutzte Accounts ggf. anders zu behandeln sind, sieht schon *Raude*, RNotZ 2017, 17, 20. Freilich können sich sodann Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis ergeben. Siehe dazu bereits den Hinweis auf die Schlussanträge von Generalanwalt *Bobek* vom 14.11.2017 – C-498/16, Rdnr. 49 – Maximilian Schrems/Facebook in Fn. 235.

349 Ebd. Fn. 344.

350 BGH NJW 1996, 190; BGH NJW 2000, 1258; *Weidlich* in: Palandt, § 1922 BGB Rn. 30; instruktiv zur hiesigen Debatte s. *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 74 ff.

351 *Bräutigam* in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 17 ff. und *ders.* in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), nach § 1922 BGB Rn. 5.

352 *Herzog* in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 36 f. und 51 und *dies.*, NJW 2013, 3745, 3747, 3749.

353 DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013.

354 Ebd. Fn. 351.

tens eine Übertragbarkeit auf digitale Nutzungskonten, da deren Eröffnung ebenfalls jedermann problemlos möglich ist, und zweitens ein Hindernis für die Rechtsnachfolge in die Inhaberschaft selbst.³⁵⁵ Herzog hingegen betont zurecht, dass nach der Rechtsprechung des BGH sowohl die Inhaberschaft als auch das Guthaben des Girokontos zumindest im Zeitpunkt des Erbfalls auf die Erben übergehen und mithin vererbar sind.³⁵⁶ Daraus folgert sie, dass die Giro-Rechtsprechung keinen Schluss auf die Unvererbbarkeit digitaler Accounts zulässt.³⁵⁷

In seiner aktuellen Entscheidung zur Übergangsfähigkeit des Facebook-Nutzungsverhältnisses will der BGH augenscheinlich vor allem das von Bräutigam vorgetragene Argument gegen die Vererbbarkeit entkräften, indem er sich Herzogs Lesart der Giro-Rechtsprechung anschließt.³⁵⁸ Insofern reiht sich dieser Teil nahtlos in die sukzessions- und erbenfreundliche Argumentationslinie des gesamten Facebook-Urteils ein. Indem aber auf die alte Rechtsprechung zum Giroverhältnis rekuriert wird, um damit dem Argument von Bräutigam entgegenzutreten, wird unglücklicherweise auch ein anderer Aspekt der Giro-Judikate in die Debatte zum digitalen Nachlass hineingetragen. Denn die Girorechtsprechung sieht vor, dass bei fortgesetzter Nutzung des ererbten Kontos anstelle des alten Girovertrags (zwischen Erblasser und Bank) ein neues, eigenes Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und der Bank entsteht. Dies ist dem konkreten Sachverhalt, welcher der damaligen Entscheidung zugrunde lag, geschuldet.³⁵⁹ Die Übertragung dieses Gesichtspunkts auf die Situation des digitalen Nachlasses

355 Hierunter versteht Bräutigam die fortgesetzte Nutzung des Accounts durch die Erben. Gleichzeitig geht er von einem problemlosen Übergang der Accountinhalte auf die Erben aus. Vgl. hierzu die Fundstellen in Fn. 351. Dem folgt Leeb, K&R 2014, 693, 694 f.

356 Ebd. Fn. 352. Implizit wirft sie damit Bräutigam vor, die Giro-Rechtsprechung falsch zu verstehen.

357 Dem schließt sich die ganz h.M. an, s. Gloser, MittBayNot 2016, 12, 14; Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 558, 569 f.; Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 101; Seidler, Digitaler Nachlass, S. 87; Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 75; BGH NJW 2018, 3178 Rn. 36.

358 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 36.

359 Herzog, NJW 2013, 3745, 3747 bezeichnet die Entscheidung als „Sonderfall“; deutlicher noch Batreau in: NK-BGB, Anhang II zu § 1922 BGB Rn. 3, der von einer „atypischen Sonderkonstellation“ und einem „Sonderweg“ des BGH spricht, den die Bankenpraxis als „Ausflug der höchstrichterlichen Rechtsprechung weitgehend unbeachtet gelassen“ habe. Inhaltlich ging es in dem Urteil um eine Vor- und Nacherbschaft, bei der die Vorerbin das Konto des Erblassers siebzehn Jahre zur Abwicklung der eigenen Geschäfte des täglichen Lebens verwendete. Der Nacherbe versuchte sodann erfolglos, die kontoführende Bank

ses ist der Ursprung dafür, dass der BGH sich nun mit seinen Zweifeln an dem Recht der Erben zur weiteren Nutzung des Erblässeraccounts sowohl zu seiner sonstigen sehr erbenfreundlichen Linie, als auch zu seiner formal-technischen Betrachtungsweise des Nutzungsverhältnisses in Widerspruch setzt.³⁶⁰ Es ist daher zu prüfen, ob die Parallele zum Girokonto nicht insgesamt aufgegeben werden kann.

bb) Keine Vergleichbarkeit von Girokonto und online Accounts

Girokonten samt Guthaben einerseits und digitale Nutzerkonten mit ihren gespeicherten Inhalten andererseits unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Funktion, ihrer rechtlichen Qualität und ihres (potenziellen) Wertes.

Die Funktion eines Girokontos liegt (fast) ausschließlich in der Abwicklung des Zahlungsverkehrs des Kontoinhabers. Der Kontoinhaberschaft liegt ein Girovertrag zugrunde, der ein Zahlungsdiensterahmenvertrag im Sinne von § 675f Abs. 2 BGB ist.³⁶¹ Der Inhaberschaft selbst kommt aber kein Wert zu, da gem. § 31 Abs. 1 ZKG jeder Verbraucher mit rechtmäßigem Aufenthalt in der Europäischen Union einen Anspruch auf Abschluss eines Basiskontovertrags hat.³⁶² Es sind kaum Konstellationen vorstellbar, in denen eine bestimmte Nutzung des Kontos durch seinen Inhaber zu einem gesteigerten Wert der Kontoinhaberschaft selbst führen kann. An dem Guthaben wiederum besteht unstreitig ein Auszahlungsanspruch des Kontoinhabers gegen die Bank gem. §§ 780, 781 BGB.³⁶³

Die den Accounts bei Sozialen Medien und anderen Internetdiensten zugrundeliegenden Nutzungsverträge sind juristisch weitaus weniger klar

u.a. auf Umschreibung des Kontos auf sich selbst in Anspruch zu nehmen, vgl. BGH NJW 1996, 190; siehe zum Ganzen bereits die Darstellung bei *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 74 ff.

360 So verhält es sich auch mit *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 75 f., die in (fast) allen Fragen sukzessionsfreudlich argumentieren und nur bei der Weiterführung des Accounts insoweit zweifeln; *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 27; s. ferner *Raudé*, RNotZ 2017, 17, 20.

361 Vgl. nur *Herresthal* in: MüKo HGB, Teil 1. Recht des Zahlungsverkehrs, A. Das Giroverhältnis, Rn. 167 m.w.N. sowie passim zum Giroverhältnis allgemein.

362 Zum Kontrahierungzwang der Kreditinstitute vgl. *Herresthal*, a.a.O. (Fn. 361), Rn. 185 ff.; mit der Abschlusspflicht argumentiert auch *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 59 f.

363 *Herresthal*, a.a.O. (Fn. 361), Rn. 350 m.w.N. zur a.A.

definiert.³⁶⁴ Die Funktion der Accounts ist nach der Intention beider Vertragsparteien vielfältig und entwicklungsoffen.³⁶⁵ Funktional schließt der Account private und gewerbliche Zwecke ein, umfasst private und öffentliche Kommunikation sowie politische und sonstige Meinungsbildung. Die Rechtsposition an den abgespeicherten Inhalten ist, wie gesehen,³⁶⁶ in Ermangelung eines Rechts an Daten unklar und setzt sich aus vereinzelten Immaterialgüterrechten und lediglich faktischen Zugangsmöglichkeiten zusammen. Der Wert der Kontoinhaberschaft ist im Ausgangspunkt und Regelfall sehr gering, kann aber durch eine bestimmte Nutzung des Accounts stark zunehmen.³⁶⁷

Nach alledem handelt es sich bei Girokonto und digitalem Account um zwei grundlegend verschiedene Dinge. Zwar mag der Vergleich gerade ganz zu Beginn der Debatte um den digitalen Nachlass einen ersten kreativen Zugang zu der Problematik eröffnet haben, weil hier wie dort zwischen der Inhaberschaft selbst und dem Kontoinhalt differenziert werden kann.³⁶⁸ Insgesamt sollte aber über die Reichweite des Erbrechts an digitalen Nutzungskonten autonom entschieden werden, anstatt alte und Sonderkonstellationen betreffende Rechtsprechung zum Girokonto heranzuziehen.

cc) Zwischenergebnis zu d)

Sofern das Nutzungsverhältnis grundsätzlich vererbbar ist, schließt das Erbrecht daran neben dem Zugang zu gespeicherten Inhalten auch die aktive Weiternutzung des Accounts ein. Es wäre widersprüchlich, die Vererbbarkeit im Grundsatz zu bejahen, woraus der persönlichkeitsrechtlich sensible Zugang zu allen gespeicherten Inhalten folgt, sodann aber mit Hin-

364 Zu den Schwierigkeiten bei der vertragstypologischen Einordnung vgl. bereits zuvor auf S. 33 ff. Wie gesehen, ist allein schon umstritten, ob es sich überhaupt um ein entgeltliches Vertragsverhältnis handelt.

365 Enger noch und nur für E-Mail-Accounts *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 87 f.

366 Zum Recht an Daten s. S. 44 ff.

367 *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 58 f.; *Seidler*, NZFam 2020, 141, 144; zur Funktionsweise des Influencings vgl. bereits zuvor auf S. 74 ff. Ein weiteres Beispiel dafür sind Accounts und virtuelle Gegenstände bei online Computerspielen, vgl. *Hermes*, GRUR-Prax 2013, 400, 400 ff.

368 Seinerzeit wurde aber auch, ebenfalls von *Herzog*, die (Un-)Vererbbarkeit eines Mietverhältnisses hilfsweise als Argument herangezogen, vgl. *Herzog* in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 37 ff. Beide Vergleiche dürften als erste Orientierungshilfen in der noch sehr jungen Debatte zu sehen sein.

weis auf den Personenbezug die fortgesetzte Nutzung des Accounts als vom Erbrecht nicht umfasst anzusehen.³⁶⁹

Unabhängig von diesem Ergebnis kann der Umgang des Erben mit seinem Recht durchaus bestimmten Beschränkungen unterliegen, die den Übergang selbst nicht betreffen. So ist bei der geschäftlichen Nutzung eines geerbten Accounts das Lauterkeitsrecht zu beachten. Denn es verstößt etwa gegen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG, wer in irreführender Weise bestimmte Tätigkeits- oder Berufsbezeichnungen verwendet oder unrichtige Angaben über besondere Fähigkeiten oder Leistungen macht.³⁷⁰ Der Erbe muss hier also überprüfen, ob alle Angaben in dem Account des Erblassers auch auf ihn zutreffen oder ob gegebenenfalls deutlich wird, dass keine Personenidentität zwischen altem und neuem Accountinhaber besteht. Verarbeitet der Erbe in einem geschäftlichen Account, der auf ihn übergegangen ist, beispielsweise Kundendaten, können ihn auch datenschutzrechtliche Pflichten bei der Accountnutzung treffen.³⁷¹ Unabhängig von der Frage, ob der Account geschäftlich oder privat genutzt wird, können schließlich Klarnamenpflichten des (neuen) Accountinhabers bestehen.³⁷²

e) Zwischenergebnis zu 1.

Im Verhältnis zwischen dem Erblasser, seinen Kommunikationspartnern und dem Provider ist nach der Rechtsprechung des BGH für den Fall von

369 Anders wohl BGH NJW 2018, 3178 Rn. 21 und 36; *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 75 f.; *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 33 und 37; *Biermann* in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 50 Rn. 14; *ders.*, ErbR 2018, 577, 578; ebenso aber mit anderer Begründung *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 571; *Rössel*, ITRB 2018, 224, 225 weist auf die Identifikationsfunktion des Nutzungskontos hin, die beeinträchtigt würde.

370 *Bornkamm/Feddersen* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), § 5 UWG Rn. 4.144 f.; s. auch *Nordemann* in: HK-UWG, § 5 Rn. 3.1 ff.; zur Vererbbarkeit von Bewertungen vgl. *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 36 sowie Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 360 ff., abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

371 Zu dieser Konstellation vgl. die Studie des Fraunhofer Instituts für Sichere Informationstechnologie, S. 46, abrufbar a.a.O. (Fn. 7).

372 *Seidler*, NZFam 2020, 141, 144; *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 76. Diese Pflicht kann sich z.B. aus den AGB des Providers ergeben, vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 37 zu Facebook (nach dessen Angaben); ferner *Lieder/Berneith*, FamRZ 2016, 743, 743 und Studie des Fraunhofer Instituts für Sichere Informationstechnologie, S. 47, abrufbar a.a.O. (Fn. 7).

Facebook keine die Vererbbarkeit des Nutzungsvertrags ausschließende Höchstpersönlichkeit der Leistungspflichten anzunehmen. Als Maßstab hat das Gericht hier den Rechtsgedanken des § 399 Fall 1 BGB herangezogen. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Bevor dieser Grundsatz aber auf andere Internetdienste übertragen wird, sind die Annahmen, die den BGH für Facebook zu diesem Ergebnis kommen ließen, jeweils auf ihre Gültigkeit zu überprüfen. Das betrifft insbesondere den Persönlichkeitsrechtschutz der Kommunikationspartner des Erblassers und die Erwartungen eines verständigen Nutzers, die sich zwischen verschiedenen Internetdiensten unterscheiden (können). Hier müssen die dynamische Entwicklung der technischen Möglichkeiten sowie das darauf basierende Nutzungsverhalten fortlaufend beobachtet werden. Den Regelfall wird dabei die Vererbbarkeit des Nutzungsverhältnisses bilden, dem nur ausnahmsweise die Unvererbbarkeit wegen angenommener Höchstpersönlichkeit gegenübersteht. Positionen, die zwischen diesen beiden Polen liegen, sind nicht auf der Ebene des Rechtsübergangs, sondern vielmehr im Rahmen des Umgangs mit der bereits übergegangenen Position – etwa unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzrechts – an späterer Stelle zu erarbeiten.

Wenn und soweit ein Nutzungsverhältnis unter dem Gesichtspunkt des § 399 Fall 1 BGB als vererbbar beurteilt wird, schließt das Erbrecht auch die aktive Weiternutzung des übergegangenen Accounts ein. Dies kann nicht unter neuerlicher Bezugnahme auf das Merkmal der Höchstpersönlichkeit in Zweifel gezogen werden. Wiederum getrennt zu betrachten ist die Frage, ob und inwieweit der Erbe bei der Nutzung des ererbten Accounts Beschränkungen des geltenden Rechts zu beachten hat. Die Rechtsprechung des BGH zur Vererbbarkeit eines Girokontos kann auf die hier aufgeworfenen Fragen nicht angewendet werden und sollte in der Debatte um den digitalen Nachlass als Argumentationshilfe insgesamt aufgegeben werden.

2. Höchstpersönlichkeit im Verhältnis zwischen dem Erblasser, seinen nächsten Angehörigen und den Erben

Im Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Erben bzw. seinen nächsten Angehörigen kann das Merkmal der Höchstpersönlichkeit ebenfalls Bedeutung erlangen. Dass zwischen den Erben und den nächsten An-

gehörigen gegebenenfalls zu differenzieren ist,³⁷³ zeigt der folgende Blick auf die Grundsätze des allgemeinen respektive des postmortalen Persönlichkeitsrechts.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht jeder natürlichen Person ergibt sich zu ihren Lebzeiten aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.³⁷⁴ Nach ihrem Tod besteht das sich nunmehr aus Art. 1 Abs. 1 GG allein ergebende postmortale Persönlichkeitsrecht fort.³⁷⁵ Dessen sachlicher Schutzbereich erfasst zum einen den allgemeinen Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, und zum anderen den sittlichen, personalen und sozialen Geltungswert, den eine Person durch ihre Lebensleistung erworben hat.³⁷⁶ Dieser Schutz bewahrt den Verstorbenen insbesondere davor, herabgewürdigt oder erniedrigt zu werden.³⁷⁷ Mit Blick auf die erbrechtliche Übergangsfähigkeit ist zwischen den vermögenswerten Bestandteilen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die regulär vererblich sind, und dem nicht vererblichen ideellen Teil zu unterscheiden.³⁷⁸ Letzterer wird als postmortales Persönlichkeitsrecht von den Wahrnehmungsberechtigten subjektlos treuhänderisch für den und im (mutmaßlichen) Interesse des Verstorbenen ausgeübt.³⁷⁹ Die Wahrnehmungsberechtigten bestimmt der Erblasser selbst, in Ermangelung einer Anordnung gelten indessen die nächsten Angehörigen als ermächtigt. Zur näheren Bestimmung dieses Begriffs wird gemeinhin auf § 77 Abs. 2 StGB, § 22 S. 4 KUG und § 60 Abs. 2 UrhG verwiesen.³⁸⁰ Danach sind übereinstimmend zunächst der überlebende Ehegatte bzw. Lebenspartner und die Kin-

373 In der Facebook-Entscheidung des BGH kam es darauf nicht an, weil die Kläger zugleich Erben und nächste Angehörige waren, vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 48, 53, 92 f.

374 Lorenz in: Bonner Kommentar, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 228; Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 GG Rn. 86, 89; Sodan in: Sodan (Hrsg.), Art. 2 GG Rn. 9.

375 Lorenz in: Bonner Kommentar, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 388; Sodan in: Sodan (Hrsg.), Art. 1 GG Rn. 26; Schmitt in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 29 Rn. 1 ff.

376 So fast wörtlich BVerfG NJW 2006, 3409, 3409; BVerfG NJW 2001, 2957, 2959.

377 BVerfG NJW 2001, 2957, 2959; BVerfG NJW 1971, 1645, 1647; ausführlich dazu Rixecker in: MüKo BGB, nach § 12 Rn. 46 ff., 54 ff.

378 Zum Ganzen Schmitt in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 29 Rn. 3 ff.; Leipold, Erbrecht, Rn. 635 f.; einschränkend Lange/Holtwiesche, ZErb 2016, 157, 160.

379 Ebd. Fn. 378; Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 50 m.w.N.

380 Lange, Erbrecht, Kap. 2 Rn. 40; Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 158; ders., Erbrecht, Rn. 635; ausführlich Schmitt in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 29 Rn. 57 ff.; ständige Rechtsprechung seit BGH NJW 1968, 1773, 1775.

der gemeinsam berechtigt. Subsidiär treten die Eltern des Erblassers an deren Stelle. Im Folgenden ist zu prüfen, ob aus alledem Rückschlüsse auf den Umgang mit dem digitalen Nachlass gezogen werden können.

a) Differenzierungstheorie und „Infektion“

Die soeben dargestellten und weithin anerkannten Grundsätze des postmortalen Persönlichkeitsschutzes eröffnen zum einen die Unterscheidung zwischen Erben und nächsten Angehörigen und zum anderen zwischen vermögenswerten und ideellen Bestandteilen der Persönlichkeit. Hieraus leitete zuerst *Hoeren* für den digitalen Nachlass eine Matrix ab, nach der vermögenswerte Inhalte des Erblasseraccounts den Erben und nicht-vermögenswerte, höchstpersönliche Inhalte den nächsten Angehörigen des Erblassers zuzuordnen seien.³⁸¹ Rein private Nachrichten seien aus Gründen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes den Erben vorzuenthalten und den nächsten Angehörigen als Vertrauenspersonen zur treuhänderischen Verwahrung zuzuleiten.³⁸² Diese Unterscheidung werde auch durch den Wortlaut des § 1922 Abs. 1 BGB bestätigt, wonach (nur) das „Vermögen“ des Erblasser auf die Erben übergeht.³⁸³ Auch *Martini* möchte den Accountinhalt in einen vermögensrechtlichen Teil und einen personenbezogenen Teil trennen.³⁸⁴ Während der erstere den Erben zustehe, stehe das postmortale Persönlichkeitsrecht für den personenbezogenen Teil jedweider Kenntnisnahme durch Erben wie durch Angehörige entgegen. *Martini* geht also insofern über *Hoeren* hinaus, wenn er schlussfolgert, dass der Zugang zu dem nicht-vermögenswerten Teil des Accountinhalts mit dem Tod des Nutzers erlischt.³⁸⁵ Danach würde aus dem postmortalen Persönlich-

381 *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114 f.

382 *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114 nennt als Beispiel „Liebes- oder einfache Gruß-E-Mails“; dieser Ansicht folgen *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 154 f. und *Haase*, Rechtsfragen des digitalen Nachlasses in: *Taeger* (Hrsg.), Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013, S. 385; *Rixecker* in: *MüKo BGB*, nach § 12 Rn. 151.

383 Ausdrücklich so *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 154; *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114 sieht darin „einen groben Auslegungsgrundsatz.“

384 *Martini*, JZ 2012, 1145, 1150 ff.

385 *Martini*, JZ 2012, 1145, 1150, das gelte vorbehaltlich anderslautender Verfügungen durch den Erblasser.

keitsrecht ein Anspruch des Erblassers auf Schutz vor Einsicht seiner Erben und Angehörigen in seine persönlichen Nachrichten folgen.³⁸⁶

Ein Folgeproblem dieser Ansicht und der auch von ihren Vertretern eingestandenen Abgrenzungsprobleme wird unter dem Stichwort der Infektion diskutiert.³⁸⁷ Die naheliegende Konstellation, in der ein Account sowohl vermögenswerte als auch höchstpersönliche Nachrichten beinhaltet, provoziert die Frage, wer die erforderlich werdende Unterteilung treffen sollte und rechtlich dürfte.³⁸⁸ Wenn und soweit hier keine praktikable Lösung gefunden wird, könnte nach dieser Ansicht auch nur eine höchstpersönliche Nachricht den gesamten Account gleichsam infizieren und so zu dessen Unvererbarkeit führen. Denn, so lässt sich die Argumentation konsequent fortsetzen, der Menschenwürdegehalt des postmortalen Persönlichkeitsrechts ist gem. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG unantastbar und daher keiner Abwägung z.B. in Form einer Schwerpunktbeurteilung zugänglich.³⁸⁹

b) Einheitlichkeit des Nachlasses

Der BGH lehnt die Differenzierungstheorie ab und sieht allein die Erben als Berechtigte an dem gesamten (digitalen) Nachlass an.³⁹⁰ Neben den erheblichen praktischen Problemen, die eine Trennung der Accountinhalte in vermögenswert und höchstpersönlich mit sich bringen würde (dazu aa), sprechen für eine solche Lesart die Wertung der §§ 2047 Abs. 2, 2373 BGB (dazu bb) sowie die Funktion und Reichweite der Wahrnehmungsberech-

386 Martini, JZ 2012, 1145, 1152 sieht hier eine staatliche Schutzwidrigkeit sowie einen Anspruch des Nutzers gegen den Diensteanbieter; Rixecker in: MüKo BGB, nach § 12 Rn. 151.

387 Bräutigam in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 24; Rott/Rott, NWB-EV 2013, 160, 164; Raude, ZEV 2017, 433, 435; Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 343, abrufbar a.a.O. (Fn. 43); Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 105 f.

388 Martini, JZ 2012, 1145, 1152 möchte die Provider in die Pflicht nehmen, die den zusätzlichen Aufwand dann einzupreisen hätten.

389 Zur Abwägungsfeindlichkeit der Menschenwürde vgl. Sodan in: Sodan (Hrsg.), Art. 1 GG Rn. 27; Dreier in: Dreier (Hrsg.), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 46; Jarass in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Art. 1 GG Rn. 15; zur Ableitung des postmortalen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG vgl. bereits die Nachweise in Fn. 375.

390 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 47 ff.; explizit in Bezug darauf zustimmend Lieder/Berneith, FamRZ 2018, 1486, 1487; Wellenhofer, JuS 2018, 1101, 1103; Ludyga, ZEV 2018, 592, 593; Heintz/Ludyga, jM 2018, 398, 400.

tigung nächster Angehöriger an dem postmortalen Persönlichkeitsrecht des Erblassers (dazu cc).

aa) Praktikabilitätserwägungen

Es bestehen in zweifacher Hinsicht Zweifel an der Praktikabilität der Differenzierungstheorie.³⁹¹ Zum einen lässt sich die Unterscheidung zwischen vermögenswerten und höchstpersönlichen Accountinhalten inhaltlich nicht trennscharf durchführen. Vielmehr sind die Grenzen fließend, etwa weil höchstpersönliche Inhalte beispielsweise als Beweismittel in einem Prozess Vermögenswert erlangen können oder weil in einer Nachricht höchstpersönliche und geschäftliche Informationen gemeinsam enthalten sind.³⁹² Zum anderen wäre, auch wenn geeignete inhaltliche Kriterien entwickelt würden, mit der Sortierung ein erheblicher Aufwand verbunden. Diese Aufgabe wäre von staatlichen Stellen wie dem Nachlassgericht kaum zu bewältigen.³⁹³ Dem Provider wiederum ist eine Kenntnisnahme der Nachrichteninhalte (telekommunikations-)rechtlich gar nicht gestattet.³⁹⁴ Die Änderung dieser Rechtslage mit der Absicht der Schaffung eines besseren postmortalen Persönlichkeitsschutzes zu fordern, hieße das Kind mit dem Bade auszuschütten. Folglich könnte allein die Annahme einer Infektion des gesamten Accounts durch einzelne höchstpersönliche Inhalte zu praktisch handhabbaren und eindeutigen Ergebnissen führen. Dies würde bei praxisnaher Betrachtung aber zu einer Unvererbbarkeit nahezu aller Nutzerkonten und damit zu einer grundsätzlichen Zurückstellung der Erbeninteressen führen. Denn in nahezu jedem Account dürften zumindest

391 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 51; dem BGH insoweit zustimmend *Seidler*, NZ-Fam 2020, 141, 143; bereits zuvor auch *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 113 ff.; *Kunz* in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 608; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 392 f.; *Glosser*, MittBayNot 2016, 12, 16.

392 *Bräutigam* in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 25 nennt das Beispiel von Liebesbriefen, die als Beweismittel in einem Prozess dienen; *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 111 f.; *Gomille*, ZUM 2018, 660, 664; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 263.

393 *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 45; *dies.* in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 52 f.; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 113.

394 *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 45; *Kunz* in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 608; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 392 f.; *Gomille*, ZUM 2018, 660, 664; *Traschler*, ZEuP 2020, 168, 173; zum Telekommunikationsrecht s. noch S. 148 ff.

auch einige wenige private Inhalte gespeichert sein.³⁹⁵ Ob ein solches Ergebnis mit den gesetzlichen Wertungen des Erbrechts vereinbar ist, soll im nächsten Schritt geprüft werden.

bb) Die Wertung der §§ 2047 Abs. 2, 2373 BGB

Dem Erbrecht selbst lässt sich in zwei Bestimmungen eine implizite Aussage über die Vererbbarkeit von (analogen) Rechtspositionen mit höchstpersönlichem Inhalt entnehmen. Die §§ 2047 Abs. 2, 2373 BGB regeln zwar nicht selbst die Vererbbarkeit höchstpersönlicher Inhalte,³⁹⁶ setzen diese aber voraus. So regelt § 2047 Abs. 2 BGB, dass „Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlass beziehen,“ bei der Verteilung gemeinschaftlich bleiben.³⁹⁷ Dieser Anordnung bedarf es aber nur dann, wenn die genannten Schriftstücke überhaupt als Teil des Nachlasses den Erben zustehen. Nach § 2373 S. 2 BGB sind „Familienpapiere und Familienbilder“ beim Erbschaftskauf als im Zweifel nicht mitverkauft anzusehen.³⁹⁸ Gehörten etwa Familienbilder, die nach der Differenzierungstheorie wohl als höchstpersönlich zu bewerten und damit unvererbbar wären, nicht zur Erbmasse, liefe die Vorschrift des § 2373 S. 2 BGB prinzipiell leer. Daraus folgert die herrschende Meinung, dass die §§ 2047 Abs. 2, 2373 BGB im Rückschluss die Vererbbarkeit höchstpersönlicher Rechtspositionen verlangen und dass das Gesetz nicht zwischen höchstpersönlichen und vermögenswerten Nachlassgegenständen unterscheidet.³⁹⁹

395 Das gilt insbesondere, wenn man wie *Hoeren* auch einfache Gruß-E-Mails zu den unvererblichen Inhalten zählen möchte, vgl. *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 576; *Gomille*, ZUM 2018, 660, 664.

396 Insoweit ist KG Berlin, ZD 2017, 386 Rn. 62 zuzustimmen, das dann aber einen falschen Schluss zieht, vgl. *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 40a f.; *dies.*, ZErb 2017, 205, 205 f.; differenzierend *Alexander*, notar 2017, 355, 356.

397 Dazu *Eberl-Borges* in: NK-BGB, § 2047 Rn. 4; *Zimmer* in: Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), § 2047 BGB Rn. 4f.; *Flechtnner* in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), § 2047 BGB Rn. 4ff.

398 Dazu *Kroiß* in: NK-BGB, § 2373 Rn. 2 f.; *Gierl* in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), § 2373 BGB Rn. 4; *Musielak* in: MüKo BGB, § 2373 Rn. 5 f.

399 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 49; *Lieder* in: Erman, § 1922 BGB Rn. 14a; *ders./Berneith*, FamRZ 2016, 743, 743; *Heintz/Ludyga*, jM 2018, 398, 400; *Glöser*, MittBayNot 2016, 12, 16; *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 39 ff.; eingehend *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 33 ff.; *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 122; *Lange/Holtwiesche*, ZErb 2016, 125,

Indes lässt sich dem in diesen Normen ausgedrückten Rechtsgedanken nicht entnehmen, dass das Persönlichkeitsrecht dem Sukzessionsgedanken grundsätzlich untergeordnet wäre. Zum einen betreffen die §§ 2047 Abs. 2, 2373 BGB das Eigentum an Sachen im Sinne von § 90 BGB, welches nach dem Erbfall zwingend zugeordnet werden muss, um die Herrenlosigkeit der Gegenstände abzuwenden.⁴⁰⁰ Vor diese unerwünschte Alternative ist man aber im Falle des Nutzungsverhältnisses nicht zwangsläufig gestellt.⁴⁰¹ Außerdem stammen beide Vorschriften aus dem Jahr 1900 und damit aus einer Zeit, bevor die Dogmatik des allgemeinen wie postmortalen Persönlichkeitsrechts entwickelt wurde.⁴⁰² Mit Blick auf die Möglichkeiten der verfassungskonformen Auslegung (des Erbrechts) und der mittelbaren Drittewirkung der Grundrechte (in Nutzungsverträgen zwischen Privaten) kann den einfachrechtlichen §§ 2047 Abs. 2, 2373 BGB nach allem nur eine eingeschränkte Aussagekraft über die Reichweite des Persönlichkeitsrechts beigemessen werden.⁴⁰³

cc) Funktion und Reichweite der Wahrnehmungsberechtigung

Die Differenzierungstheorie missversteht die Funktion und die Reichweite der Wahrnehmungsberechtigung nächster Angehöriger an dem postmortalen Persönlichkeitsrecht des Erblassers. Der postmortale Persönlichkeitsschutz des Erblassers wird von seinen nächsten Angehörigen treuhänderisch für ihn und in seinem Interesse ausgeübt.⁴⁰⁴ Daraus folgt, dass die Angehörigen gegen eine Verletzung des subjektlosen postmortalen Persönlichkeitsrechts mit Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen vorgehen

126; einschränkend *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 34: Der Rechtsgedanke lasse sich „zunächst einmal auf die Vererbung des [Nutzungs-]Kontos“ übertragen.

400 So schon *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 575.

401 Das Nutzungsverhältnis könnte, wie die Gegenansicht nahelegt, auf die nächsten Angehörigen übergehen oder komplett erlöschen mit der Folge, dass auch die Accountinhalte zu löschen wären.

402 *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 383 f.; *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 575 f.

403 So *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 383 f., die den §§ 2047 Abs. 2, 2373 BGB daher nur die Aussage regelmäßiger (nicht ausnahmsloser) Vererbbarkeit persönlicher Inhalte entnimmt; auf verfassungskonforme Auslegung und mittelbare Drittewirkung weist bereits hin *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152.

404 Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 378 und 379 sowie ausführlich *Schwab* in: FS für Bengel und Reimann, S. 349 ff.

können.⁴⁰⁵ Die Angehörigen werden hingegen nicht selbst Inhaber des Rechts. Die Wahrnehmungsbefugnis dient dazu, anstelle des Erblassers, der dazu selbst naturgemäß nicht mehr in der Lage ist, Persönlichkeitsrechtsverletzungen effektiv bekämpfen zu können. Die Wahrnehmungsbefugnis erweitert hingegen nicht den Kreis eigener subjektiver Rechte der Angehörigen und begründet keine zusätzliche parallele Rechtsnachfolge neben dem Erbrecht.

Bezogen auf die Accountinhalte ergibt sich daraus, dass die Angehörigen gegen den persönlichkeitsverletzenden Umgang etwa mit den privaten Nachrichten des Erblassers vorgehen können.⁴⁰⁶ Das schließt auch und gerade die Erben als Verpflichtete etwaiger Unterlassungsansprüche ein.⁴⁰⁷ Aus der Wahrnehmungsberechtigung lässt sich hingegen kein eigenes, dem Erbrecht vorrangiges Recht auf die und an den Inhalten selbst ableiten.⁴⁰⁸ Ein solches Recht wäre aber notwendig, um die aus der Differenzierungstheorie folgende Trennung zwischen vermögenswerten und höchstpersönlichen Inhalten durchzusetzen – etwa durch die Geltendmachung von entsprechenden Zugangsansprüchen gegen den Provider. Dem Vorschlag der Differenzierungstheorie, den Angehörigen die höchstpersönlichen Teile des Accountinhalts zuzuleiten, fehlt es daher an einer rechtlichen Grundlage.⁴⁰⁹

-
- 405 *Leipold*, Erbrecht, Rn. 635; *Schmitt* in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 29 Rn. 76; die Angehörigen haben hingegen keine Geldansprüche, vgl. BGH NJW 2006, 605, LS 1 und dazu *Schmitt*, a.a.O., Rn. 77 ff. m.w.N.
- 406 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 53; *Specht-Riemenschneider* in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.), HGB, Plattformnutzungsverträge, Rn. 92; *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 576; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 390; *dies.* in: *Groll/Steiner* (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.32; *Hoeren*, MMR 2018, 749, 749.
- 407 Ebd. Fn. 406 sowie *Preuß*, NJW 2018, 3146, 3149; die Anspruchsgrundlage wäre § 1004 Abs. 1 BGB analog.
- 408 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 53; *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 38; *Specht-Riemenschneider*, a.a.O. (Fn. 406); *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 50; hingegen ein Einsichtsrecht der Angehörigen unter Umständen anerkennend *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 102 f.
- 409 Daher vermag *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114 nicht zu überzeugen; *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 51 f. m.w.N.; *dies.*, ZErb 2017, 205, 207; *Bräutigam* in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), nach § 1922 BGB Rn. 5; *Bock* in: *Groll/Steiner* (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.32 f.; jüngst auch *Hoeren*, MMR 2018, 749, 749 f.: Es sei zwar „schade“, dass der BGH die vorgeschlagene Berücksichtigung des postmortalen Persönlichkeitsrechts abgelehnt habe, es handele sich aber um ein „dogmatisch profund begründetes, [...] herausragen-

dd) Zwischenergebnis zu b)

Eine Differenzierung zwischen vermögenswerten und höchstpersönlichen Accountinhalten in der Form, dass letztere den nächsten Angehörigen des Erblassers zuzuleiten wären, ist abzulehnen. Gegen eine derartige Trennung sprechen die Wertung der §§ 2047 Abs. 2, 2373 BGB und die Dogmatik des postmortalen Persönlichkeitsrechts, aus der sich eine Spaltung des Nachlasses nicht ableiten lässt. Schließlich bedeutete die Vorstellung einer praktisch durchzuführenden Aufteilung der im Nutzungskonto enthaltenen Daten einen erheblichen Aufwand und große inhaltliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Nach alledem ist festzuhalten, dass es nur einen einheitlichen (digitalen) Nachlass gibt, der sich aus vermögenswerten und höchstpersönlichen Bestandteilen zusammensetzt.

c) Kein Ausschluss der schlichten Kenntnisnahme durch die Erben

Wenn und soweit ein Aussortieren höchstpersönlicher Accountinhalte demnach weder rechtlich noch praktisch durchführbar ist, dann muss vor dem Hintergrund der bereits dargestellten Infektionsgefahr davon ausgegangen werden, dass die Erben mit dem Zugang zum Account (auch) Einblick in private und intime Informationen des Erblassers erhalten. Fraglich ist sodann, ob bereits diese schlichte Kenntnisnahme durch die Erben das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers verletzt und dadurch Abwehransprüche der Angehörigen zeitigt.⁴¹⁰ Das setzt voraus, dass schon der nur lesende Zugriff auf die Accountinhalte einen Eingriff in die Individualität, Identität und Integrität des Menschen und den Achtungsanspruch des Verstorbenen darstellt.⁴¹¹ Hierbei kann unterschieden werden zwischen Privatnachrichten und Inhalten, welche der Erblasser öffentlich oder jedenfalls mit einem weiteren Personenkreis von Netzwerkkontakte („Freunden“) geteilt hat. In Bezug auf letztere ist der Erblasser insofern weniger schutzwürdig, als dass er einen Teil seiner Privatsphäre freiwillig

des Grundsatzurteil“; *ders.*, MMR 2020, 183, 184 („besonnenes und kluges Urteil“).

410 Für Handlungen jenseits der schlichten Kenntnisnahme wie bestimmte Formen von Veröffentlichung und Vermarktung oder der Diffamierung (mittels) privater und intimer Accountinhalte ist das unumstritten, vgl. die Nachweise in Fn. 406.

411 Zuck in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 84 f. mit Verweis auf BVerfG, NJW 2001, 2957, 2959; NJW 2006, 3409, 3409 f.; Bock, AcP (217) 2017, 370, 391.

preisgegeben hat.⁴¹² Aber auch in Bezug auf die Privatnachrichten ist zu konstatieren, dass die Annahme einer Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts hier zu einer Aushöhlung des Erbrechts führen würde, die der Erbrechtsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG zuwiderläuft. Der personale Schutzbereich der Erbrechtsgarantie erstreckt sich nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG „gerade, wenn nicht sogar in erster Linie auf den Erblasser.“⁴¹³ Der Impetus, den Erblasser vor seinen Erben zu schützen, könnte sich dadurch negativ auf die Interessen des Erblassers selbst auswirken.

Überhaupt erscheint es fragwürdig, den Erben pauschal die Ausfor-schung der Persönlichkeit des Erblassers in Bezug auf intime Details der Lebensführung zu unterstellen.⁴¹⁴ Entweder sind die Erben kraft gewill-kürter Erbfolge – also auf ausdrücklichen Wunsch des Erblassers – in die Position des Rechtsnachfolgers gekommen. Oder sie haben diese Stellung der gesetzlichen Erbfolge zu verdanken, die auf dem Ehegatten- und Ver-wandtenerbrecht basiert und als normative Ordnung die Gerechtigkeits-vorstellung des Gesetzgebers ausdrückt.⁴¹⁵ Die Erben sind dem Erblasser folglich in der Regel persönlich bekannt. Diese Tatsache ist sodann vor dem Hintergrund zu betrachten, dass der Erblasser zu Lebzeiten den post-mortalen Umgang mit dem digitalen Nachlass durch testamentarische An-ordnung, faktische Handlungen oder vertragliche Vereinbarung mit dem Provider durchaus selbst beeinflussen kann.⁴¹⁶ Wenn der Erblasser nun keinerlei Vorkehrung gegen den Zugriff seiner ihm bekannten Erben auf die Accountinhalte trifft, spricht das dagegen, ein derart starkes und fol-genreiches Schutzbedürfnis vor dem schlicht lesenden Zugriff auf die Da-ten anzunehmen.⁴¹⁷

412 Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 109 f.; Martini, JZ 2012, 1145, 1152; Lange/Holtwiesche, ZErb 2016, 157, 160.

413 BVerfG NJW 2011, 366 Rn. 17; BVerfG NJW 1995, 2977, 2978; Axer in: BeckOK Grundgesetz, Art. 14 GG Rn. 146; Bock, AcP (217) 2017, 370, 392.

414 So aber Martini, JZ 2012, 1145, 1150; a.A. Bock, AcP (217) 2017, 370, 393.

415 Röthel, Erbrecht, Kap. 2 Rn. 5 ff.; ausführlich *dies.*, Solidaritätskonzept und Sta-tusorientierung des Erbrechts, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtli-cher Status und Solidarität, S. 97 ff.; a.A., die gesetzliche Erbfolge bilde den mut-maßlichen Willen des Erblassers ab, Muscheler, Erbrecht. Band I, Rn. 1276 ff. m.w.N.

416 Bock, AcP (217) 2017, 370, 393 f.; zu den Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien des Nutzungsvertrags vgl. noch S. 159 ff.

417 Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 576 f.; Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 34 und 50; Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 38; Specht-Riemenschneider in:

d) Zwischenergebnis zu 2.

Das Merkmal der Höchstpersönlichkeit steht der Vererbbarkeit des Nutzungsvertrags im Verhältnis zwischen dem Erblasser, seinen nächsten Angehörigen und den Erben nicht entgegen. Die Erben rücken in das Nutzungsverhältnis des Erblassers mit dem Provider ein und erhalten dadurch Zugriff auf das Nutzungskonto und die darin enthaltenen Daten. Dieser Zugriff verletzt nicht per se das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers und kann daher auch nicht von den nächsten Angehörigen mit Unterlassungsansprüchen unterbunden werden. Die Accountinhalte werden vor dem Zugriff der Erben keiner Filterung unterzogen und nicht in vermögenswerte und höchstpersönliche Daten unterteilt. Die wahrnehmungsberechtigten Angehörigen können allenfalls dann Ansprüche wegen der Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Erblassers geltend machen, wenn Dritte oder die Erben mit den Accountinhalten in verletzender Weise umgehen. Denn aus dem Zugang zum Account folgt nicht etwa ein Recht der Erben zum beliebigen Umgang mit den Inhalten.⁴¹⁸ Den Angehörigen stehen hingegen keine eigenen subjektiven Rechte an dem oder einem Teil des Nutzungsvertrags zu.

3. Zwischenergebnis zu II.

Im Regelfall ist der Vertrag zwischen einem Nutzer und dem Anbieter eines Sozialen Netzwerks vererbbar. Das Merkmal der Höchstpersönlichkeit als Grenze der Vererbbarkeit steht dem weder bezogen auf das Gefüge zwischen dem Erblasser, seinen Kommunikationspartnern und dem Provider noch im Verhältnis des Erblassers zu seinen Erben und nächsten Angehörigen grundsätzlich entgegen. Insofern besteht regelmäßig ein Gleichlauf zwischen analogen und digitalen Erbrechtsobjekten mit Persönlichkeitsbezug. Allerdings kann dieses Ergebnis nicht ungeprüft auf jedes Angebot von Informations- und Kommunikationsdiensten übertragen werden. Die genaue Funktionsweise des jeweiligen Internetdienstes und die darauf ausgerichteten Gewohnheiten und Erwartungen der Nutzer sind zu unter-

Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.), HGB, Plattformnutzungsverträge Rn. 92; in diese Richtung auch Sorge, MMR 2018, 372, 377 a.E.

418 Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 38; ebenso Specht-Riemenschneider in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.), HGB, Plattformnutzungsverträge Rn. 92.

suchen. Das gilt auch und gerade in Ansehung der weiterhin zu erwartenden rasanten Entwicklung des Angebots, die Ausnahmen vom Grundsatz der Vererbbarkeit durchaus möglich machen kann. Dabei sind die (persönlichkeitsrechtlichen) Interessen des Erblassers durch den Rechtsübergang nach hier vertretener Auffassung in einem geringeren Maße gefährdet, als es die schwerpunktmaßige Behandlung dieses Aspekts in der bisherigen Debatte vermuten lässt. Das Persönlichkeitsrecht der Kommunikationspartner des Erblassers ist hingegen schon aktuell berührt und bedarf besonderer Aufmerksamkeit bei der Beobachtung technisch-funktionaler Entwicklungen der Internetdienste. Im Übrigen ist auf der nun folgenden Ebene – namentlich im Rahmen des Datenschutzrechts – nach Beschränkungen des bereits auf die Erben übergegangenen Rechts zu suchen, die unter anderem ebendiesen Interessen der Kommunikationspartner oder anderer Dritter dienen können.

III. Beschränkung des übergegangenen Rechts

Wenn die Erben als neue Accountinhaber und Parteien des Nutzungsvertrags die auf sie im Wege des Erbgangs übergegangenen Rechte geltend machen, können dieser Geltendmachung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen verschiedene Durchsetzungshindernisse entgegenstehen.⁴¹⁹ Untersagt etwa das Datenschutzrecht der DS-GVO (dazu 1.) dem Provider die Verarbeitung der Accountdaten in Form der (umfassenden) Zugangsgewährung gegenüber den Erben, löst dies zivilrechtlich eine rechtliche Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB aus.⁴²⁰ Die vertragliche Leistungspflicht des Providers erlöscht in diesem Fall *ipso iure*,⁴²¹ sodass der Anspruch der Erben auf Zugang dauerhaft ausgeschlossen wäre.

419 Kunz in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 626 ff. spricht von „Zugangssperren“; nicht ganz eindeutig zur dogmatischen Einordnung Bock, AcP (217) 2017, 370, 397.

420 Gomille, ZUM 2018, 660, 664 f.; Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 237 mit Verweis auf BGH NJW 2014, 2651 Rn. 9 (zu § 12 Abs. 2 TMG) wonach der Mangel einer gesetzlich "erforderlichen datenschutzrechtlichen Ermächtigungsgrundlage" zu rechtlicher Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB führt; Kunz in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 627; auch Caspers in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 40 zufolge begründen gesetzliche Verbote mit Erlaubnisvorbehalt rechtliche Unmöglichkeit; zu rechtlicher Unmöglichkeit allgemein Ernst in: MüKo BGB, § 275 Rn. 41 ff.

421 Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB, § 275 Rn. 65 sowie zu den sonstigen Rechtsfolgen in den Rn. 67 ff.; Grüneberg in: Palandt, § 275 BGB Rn. 31.

Telekommunikationsrechtlich gilt dasselbe entsprechend, wenn und soweit der Anbieter dem sogenannten Kenntnisnahmeverbot aus § 88 Abs. 3 S. 1 TKG mit Bezug auf die Erben unterliegt (dazu 2.).⁴²²

1. Das Datenschutzrecht der EU-Datenschutz-Grundverordnung

Im Datenschutzrecht ist vornehmlich die seit dem 25. Mai 2018 in den Mitgliedstaaten gem. Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV unmittelbar geltende DS-GVO zu beachten.⁴²³ Zunächst ist zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der DS-GVO bei den hier aufgeworfenen Fragen der Rechtsnachfolge in Nutzungsverträge überhaupt eröffnet ist (dazu a). Sofern der Anwendungsbereich eröffnet ist, genießt die DS-GVO als unionaler Sekundärrechtsakt Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, wenn und soweit dem nationalen Gesetzgeber keine Gestaltungsoptionen (insbesondere durch sogenannte Öffnungsklauseln) eingeräumt sind.⁴²⁴ Insoweit kommt § 1 Abs. 5 BDSG eine klarstellende Funktion zu.⁴²⁵ Sodann ist zu prüfen, ob es für den Provider datenschutzrechtlich zulässig ist, den Erben Zugang zum Nutzungskonto des Erblassers zu verschaffen. Das ist in Abhängigkeit von den Accountinhalten vor allem am Maßstab von Art. 6 DS-GVO (dazu b) bzw. von Art. 9 DS-GVO (dazu c) zu messen.

422 KG Berlin, ZD 2017, 386 Rn. 66, 104 (mit kritischer Anm. von *Klages*) lässt die Vererbbarkeit eines Facebook-Accounts sogar explizit dahinstehen, da dem Zugang ohnehin die „Durchsetzungssperre“ aus § 88 Abs. 3 TKG entgegenstehe.

423 Vgl. Art. 99 Abs. 2 DS-GVO; allgemein zum zweijährigen Übergangszeitraum vgl. *Pauly* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 99 DS-GVO Rn. 2 ff.; zum Übergangszeitraum mit Bezug auf das Facebook-Verfahren *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 237 und BGH NJW 2018, 3178 Rn. 65 f.

424 *Paal/Pauly* in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, Einleitung Rn. 20 f.; *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 60; *Kühling*, NJW 2017, 1985, 1986 f.; allgemein zum Anwendungsvorrang des Europarechts vgl. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht. Ein Studienbuch, § 10 passim; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 196 ff. mit ausführlichen Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH.

425 Vgl. *Ernst* in: Paal/Pauly (Hrsg.), § 1 BDSG Rn. 13; *Klar* in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), § 1 BDSG Rn. 31; *Kühling*, NJW 2017, 1985, 1986 f.

a) Anwendungsbereich der DS-GVO

Der sachliche Anwendungsbereich der DS-GVO umfasst (vor allem) „die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten [...]“, vgl. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO. Hierdurch sind mit der „Verarbeitung“ einerseits und mit „personenbezogenen Daten“ andererseits zwei zentrale Begriffe der DS-GVO als Tatbestandsmerkmale der Eröffnung des Anwendungsbereichs benannt.

Die Zugangsgewährung gegenüber den Erben durch den Provider erfüllt unproblematisch den weiten Verarbeitungsbegriff der DS-GVO, der in Art. 4 Nr. 2 DS-GVO legal definiert wird und jeden Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie u.a. „[...] das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung“ umfasst.⁴²⁶ Das gilt unabhängig davon, ob die Erben sich mit den ihnen bekannten Login-Daten des Erblassers nach dem Erbfall weiterhin im Erblasseraccount anmelden oder ob der Provider diese Anmeldung erst durch die Mitteilung oder Zurücksetzung des Passworts ermöglicht. Denn die „Bereitstellung“ als Verarbeitungsvariante im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DS-GVO ist auch dann erfüllt, wenn die verantwortliche Stelle die Daten zweckgerichtet bereitstellt und die eigentliche zugreifende Aktivität von Dritten (i.e. den Erben) ausgeht.⁴²⁷

Näherer Betrachtung bedarf das zentrale Schutzobjekt der DS-GVO, sprich das personenbezogene Datum, hinter dem nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO die betroffene Person steht.⁴²⁸ Als betroffene Personen kommen hier der Erblasser (dazu aa) und seine Kommunikationspartner (dazu bb) in Betracht.

Schließlich darf kein privilegierender Ausnahmetatbestand vom Anwendungsbereich der DS-GVO einschlägig sein (dazu cc). Teilweise wird im hier relevanten Zusammenhang erwogen, insoweit Art. 2 lit. c) DS-GVO

426 Zu dem weiten Begriff der „Verarbeitung“ vgl. *Ernst* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 4 DS-GVO Rn. 20 ff.; *Schild* in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 4 DS-GVO Rn. 29 ff.; *Arning/Rothkegel* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 4 DS-GVO Rn. 56 ff.; *Klabunde* in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 4 DS-GVO Rn. 22 ff.

427 Vgl. *Schild* in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 4 DS-GVO Rn. 50; ähnlich *Reimer* in: HK-DS-GVO, Art. 4 Rn. 69 f., der den Begriff der „Bereitstellung“ mit Bezug auf die vormalige Regelung des § 3 Abs. 4 Nr. 3 lit. a) BDSG a.F. bestimmt.

428 Vgl. *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 248; *Ziebarth* in: HK-DS-GVO, Art. 4 Rn. 7 und 9.

(„Verarbeitung personenbezogener Daten [...] zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten“) heranzuziehen.⁴²⁹

aa) Kein postmortaler Datenschutz des Erblassers

Nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO sind personenbezogene Daten „Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen.“ Bei praxisnaher Betrachtung ist davon auszugehen, dass der Account des Erblassers (auch) Informationen enthält, die sich auf den Erblasser selbst beziehen. Der potenzielle Zugriff auf diese Informationen als datenschutzrechtlich erhebliche Handlung findet aber erst nach dem Tod des Erblassers als ursprünglichem Accountinhaber statt.

Der Begriff der *natürlichen* Person aus Art. 4 Nr. 1 DS-GVO ist in Verbindung mit Erwägungsgrund 27 S. 1⁴³⁰ als eindeutiger Hinweis darauf zu sehen, dass es sich bei der betroffenen Person um einen lebenden Menschen handeln muss.⁴³¹ Die DS-GVO reguliert die Verarbeitung personenbezogener Daten von Verstorbenen nicht.⁴³² Der Kenntnisnahme der Accountinhalte steht de lege lata mithin kein postmortales Datenschutzrecht des Erblassers entgegen.⁴³³ Dieses Ergebnis steht in Einklang mit der nationalen und der europäischen Grundrechtsbasis des Datenschutzes: Auf nationaler Ebene sind Verstorbene vom persönlichen Schutzbereich des

429 Dies (wohl) bejahend *Heintz/Ludyga*, jM 2018, 398, 402; a.A. *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 237. Ausführlich dazu sogleich auf S. 123 f.

430 Erwägungsgrund 27 der DS-GVO lautet: „Diese Verordnung gilt nicht für die personenbezogenen Daten Verstorbener. Die Mitgliedstaaten können Vorschriften für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten Verstorbener vorsehen.“ Zur rechtspolitischen Empfehlung an den nationalen Gesetzgeber von dieser Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, vgl. Gutachten der Datenethikkommission vom 23.10.2019, S. 111, abrufbar a.a.O. (Fn. 30).

431 *Ernst* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 4 DS-GVO Rn. 4; *Gola* in: Gola (Hrsg.), Art. 4 DS-GVO Rn. 26 ff.; *Arning/Rothkegel* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 4 DS-GVO Rn. 18 ff.; *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 250; im Ergebnis auch BGH NJW 2018, 3178 Rn. 67.; a.A. zur Rechtslage vor Geltung der DS-GVO *Culmsee*, Postmortaler Datenschutz, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013, S. 413 ff.

432 Sonderfälle, in denen Daten Verstorbener auch Lebende betreffen (z.B. Informationen zu Erbkrankheiten des Toten), mögen vereinzelt eine Ausnahme begründen, vgl. *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 250; *Arning/Rothkegel* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 4 DS-GVO Rn. 18 m.W.N.

433 *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 237 finden dieses Ergebnis „kritikwürdig“; zur rechtspolitischen Diskussion vgl. den Nachweis in Fn. 430.

sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ableitenden Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) ausgeschlossen.⁴³⁴ Auf europäischer Ebene gilt grundsätzlich, dass die Grundrechtsberechtigung aus der EU-Grundrechte-Charta⁴³⁵ sowie aus der EMRK⁴³⁶ ebenfalls mit dem Tod des Grundrechtsträgers endet.

Nach alledem lässt sich die Eröffnung des Schutzbereichs der DS-GVO nicht mit dem Erblasser als „betroffener Person“ im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DS-GVO begründen.

bb) Kommunikationspartner des Erblassers als „betroffene Person“

Als betroffene Person im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DS-GVO kommen ferner die Kommunikationspartner des Erblassers in Betracht. Die Privatnachrichten, die im Account des Erblassers vorgehalten werden, sind mit dem Profilnamen der Kommunikationspartner bezeichnet und mit dem entsprechenden Profil verlinkt. Den zugreifenden Erben ist es daher möglich, den Profilnamen und -inhalt gemeinsam mit den Nachrichteninhalten zu betrachten. Dieser Zusammenschau lassen sich ohne Weiteres Informationen entnehmen, welche sich auf die Kommunikationspartner als identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Damit liegen personenbezogene Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DS-GVO vor.

Trotzdem soll der Anwendungsbereich nach einer Ansicht auch mit Blick auf die Kommunikationspartner des Erblassers nicht eröffnet sein.⁴³⁷

434 *Gersdorf* in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 2 GG Rn. 16 und 31; *Di Fabio* in: Maunz/Dürig (Begr.), Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 173, 226; kritisch zur rein „richterlichen Rechtsfortbildung [ohne] textliche Basis“ für die Bestimmung der Grundrechtsträgerschaft *Ipsen*, Staatsrecht II, Grundrechte, Rn. 317f.; zum postmortalen Persönlichkeitsrecht, das sich allein aus Art. 1 Abs. 1 GG ableitet, vgl. bereits die Nachweise in Fn. 375, 376 und 389.

435 *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, § 4 Rn. 29; zum postmortalen Würdeschutz aus Art. 1 S. 1 EU-GRCh vgl. *Callies* in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 1 EU-GRCh Rn. 18 m.w.N. Die DS-GVO nimmt in ihrem Erwägungsgrund Nr. 1 explizit Bezug auf Art. 8 Abs. 1 EU-GRCh.

436 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 17 Rn. 4; *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, Art. 1 Rn. 3; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in: HK-EMRK, Art. 1 EMRK Rn. 24. Potenziell einschlägig wäre vorliegend Art. 8 Abs. 1 EMRK.

437 So der Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 347 f., abrufbar a.a.O. (Fn. 43) mit irreführendem Verweis auf *Kühling/Martini* u.a., Die DSGVO und das natio-

Dies wird mit dem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Datenverarbeitung und dem Erbfall und der daraus folgenden Nähe zum postmortalen Datenschutz begründet: Die in Erwägungsgrund 27⁴³⁸ ausgedrückte (Selbst-)Begrenzung des Anwendungsbereichs der DS-GVO werde unterlaufen, wenn die Daten des Verstorbenen wegen der parallelen Betroffenheit der Kommunikationspartner doch in den Anwendungsbereich der DS-GVO fielen.⁴³⁹ Im Umkehrschluss sei ein umfassender Anwendungsausschluss der DS-GVO bezüglich der Zugriffsrechte der Erben auf alle Kommunikationsdaten des Erblassers anzunehmen.⁴⁴⁰

Diese Ansicht überzeugt nicht.⁴⁴¹ Die DS-GVO trägt ausweislich ihres Erwägungsgrunds 1 der Grundrechtsposition der betroffenen Person Rechnung. Die lebenden Kommunikationspartner sind Grundrechtsträger und betroffene Personen im Sinne der DS-GVO. Dieser Befund darf nicht negiert und unterlaufen werden. Die Feststellung, dass die DS-GVO den postmortalen Datenschutz nicht erfasst, ist als Ausnahme vom Anwendungsbereich grundsätzlich eng auszulegen. Um der Gegenansicht gerecht zu werden, müsste die Ausnahme aber sogar extensiv über ihren eigenen Wortlaut hinaus auch auf Personen bezogen werden, die (wie die Kommunikationspartner) vom Wortlaut des Art. 4 Nr. 1 DS-GVO erfasst sind. Das diese Lesart nicht überzeugen kann, zeigt ein Blick auf die Diskussion um solche Daten, die sich zwar auf den Verstorbenen beziehen, aber – wie etwa Informationen zu Erbkrankheiten – auf die Nachkommen als lebende Personen durchschlagen.⁴⁴² Wenn solche Daten gleichsam mittelbar in den Anwendungsbereich der DS-GVO fallen, dann muss das erst recht für die unmittelbar erfasste Korrespondenz zwischen dem Erblasser und seinen Kommunikationspartnern gelten.

nale Recht, S. 21; a.A. Wüsthof, ErbR 2018, 579, 582; unklar Schneider, Datenschutz nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, S. 103 f.; ausdrücklich offen gelassen in BGH NJW 2018, 3178 Rn. 70.

438 Vgl. den Wortlaut von Erwägungsgrund 27 in Fn. 430.

439 Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministinnen und Justizminister der Länder, S. 347 f., abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

440 Ebd. Fn. 439.

441 Wie hier Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 237; bezogen auf die grundsätzliche Eröffnung des Anwendungsbereichs der DS-GVO auch Wüsthof, ErbR 2018, 579, 582.

442 Vgl. die Nachweise in Fn. 432 sowie Klar/Kühling in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 5 und Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 320.

Die Zugangsgewährung der Provider gegenüber den Erben ist folglich eine Verarbeitung personenbezogener Daten und fällt damit in den Anwendungsbereich der DS-GVO.

cc) Ausschluss des Anwendungsbereichs gem. Art. 2 Abs. 2 DS-GVO

Ferner wird an der Eröffnung des Anwendungsbereichs unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 2 lit. c) DS-GVO gezweifelt.⁴⁴³ Danach findet die DS-GVO „keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten.“ Zwar mögen einige Nutzungsverhältnisse vorrangig oder sogar allein persönlichen oder familiären Zwecken dienen. Erwägungsgrund 18 S. 2 erwähnt sogar explizit die „Nutzung sozialer Netze“ als mögliches Beispiel einer persönlichen oder familiären Tätigkeit. Zu beachten ist aber, dass die Zugangsgewährung zum Erblasseraccount als datenschutzrechtlich relevanter Verarbeitungsvorgang nicht *durch* eine natürliche Person zu den genannten Zwecken erfolgt, wie es Art. 2 Abs. 2 lit. c) DS-GVO voraussetzt. Im Gegenteil verarbeitet der Provider die personenbezogenen Daten gerade im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit. Konsequenterweise lautet Erwägungsgrund 18 S. 3: „Diese Verordnung gilt jedoch für die Verantwortlichen [...], die die Instrumente für die Verarbeitung personenbezogener Daten für solche persönlichen oder familiären Tätigkeiten bereitstellen.“ Weder eine Privilegierung der Providertätigkeit noch die Schutzlosigkeit der datenschutzrechtlichen Interessen der Kommunikationspartner wäre mit dem Sinn und Zweck der DS-GVO vereinbar. Ein Anwendungsausschluss gem. Art. 2 Abs. 2 lit. c) DS-GVO kommt mithin nicht in Betracht.⁴⁴⁴

443 In diese Richtung *Heintz/Ludyga*, jM 2018, 398, 402; zum alten Recht gem. §§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 27 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. auch *Bock*, AcP 217 (2017), 370, 399 f.

444 *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 237; *Kühling/Raab* in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), Art. 2 DS-GVO Rn. 25; *Zerdick* in: *Ehmann/Selmayr* (Hrsg.), Art. 2 DS-GVO Rn. 11; ebenso *Ernst* in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), Art. 2 DS-GVO Rn. 20 f., nach dem Art. 2 Abs. 2 lit. c) DS-GVO als Ausnahmenorm grundsätzlich restriktiv auszulegen ist.

dd) Zwischenergebnis zu a)

Der Anwendungsbereich der DS-GVO ist in Bezug auf die Kommunikationspartner des Erblassers als betroffene Personen im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DS-GVO eröffnet. Die Zugangsgewährung durch die Provider gegenüber den Erben steht damit unter dem Grundverordnungsregime und unterfällt grundsätzlich dem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des Art. 6 Abs. 1 S. 1 DS-GVO.⁴⁴⁵ Der nutzungsvertragliche Zugangsanspruch der Erben ist in der Folge nur soweit durchsetzbar, wie seine Erfüllung durch den Provider mit der DS-GVO in Einklang steht.

b) Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO

Art. 6 Abs. 1 S. 1 DS-GVO statuiert ein präventives Verbot der Datenverarbeitung mit Erlaubnisvorbehalt.⁴⁴⁶ Die Zugangsgewährung durch den Provider ist demnach unzulässig, wenn und soweit nicht eine Verarbeitungserlaubnis einschlägig ist. Als Erlaubnistatbestände kommen hier die Einwilligung der Kommunikationspartner in die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO (dazu aa), die Vertragserfüllung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO (dazu bb) sowie die Wahrung berechtigter Interessen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO (dazu cc) infrage.⁴⁴⁷

aa) Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DS-GVO

Der Einwilligung kommt als Erlaubnistatbestand nach der Konzeption des europäischen Datenschutzgesetzgebers insgesamt eine hervorgehobene Be-

445 Das gilt gem. Art. 95 DS-GVO und Erwägungsgrund 173 S. 1, soweit nicht die ePrivacy-RL Sonderregelungen trifft, vgl. *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, Fn. 37 mit Verweis auf *Heun* in: Auernhammer, § 88 TKG Rn. 4, 67 ff.; vgl. dazu *Kiparski/Sassenberg*, CR 2018, 324, 324 ff. sowie ausführlich *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 101 ff.

446 *Frenzel* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 1; ausführlich und differenzierend *Taeger* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 3 ff.; *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 322; *Heberlein* in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 1.

447 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 70 prüft (nur) Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 sowie lit. f) DS-GVO.

deutung zu.⁴⁴⁸ Die betroffene Person kann in die Verarbeitung der auf sie bezogenen Daten einwilligen und erhält dadurch sowie durch die Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung gem. Art. 7 Abs. 3 DS-GVO privat-autonomen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Verarbeitungsvorgangs.

Ob und inwieweit eine wirksame Einwilligung der Kommunikationspartner in die Verarbeitung durch den Provider vorliegt, ist freilich eine Frage des Einzelfalls und kann deshalb nicht abstrakt beurteilt werden. Grundsätzlich ist allerdings zu beachten, dass Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DS-GVO die Einwilligung in die Datenverarbeitung „für einen oder mehrere bestimmte Zwecke“ voraussetzt. Das Merkmal der Bestimmtheit (in der englischen Sprachfassung: „*specific*“) lässt Zweifel daran auftreten, dass die Zugangsgewährung gegenüber den Erben auf eine etwaige Einwilligung der Kommunikationspartner gestützt werden kann. Die Voraussetzungen der Bestimmtheit sowie der Informiertheit⁴⁴⁹ des Einwilligenden stehen in engem Zusammenhang zueinander und sollen der betroffenen Person in ihrem Zusammenspiel ermöglichen, die Tragweite ihrer Erklärung zu beurteilen.⁴⁵⁰ Auch wenn die Kommunikationspartner gegenüber dem Provider in die Datenverarbeitung zu manchen Zwecken eingewilligt haben sollten, wird dazu wohl kaum die Bereitstellung gegenüber einer gem. § 2032 Abs. 1 BGB unbestimmten Zahl an Erben gehören.⁴⁵¹ Die Zugangsgewährung gegenüber den Erben wird demnach regelmäßig eine sogenannte Zweckänderung darstellen.

Der Provider unterliegt dem Zweckbindungsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. b) S. 1 HS 2 DS-GVO.⁴⁵² Daher darf der Provider die Datenverarbeitung im Falle einer Zweckänderung nur dann vornehmen, wenn der neue Zweck (i.e. die Erfüllung des Zugangsanspruchs der Erben) mit dem ur-

448 Buchner/Kühling, DuD 2017, 544, 544 ff.; Wendeborst/von Westphalen, NJW 2016, 3745, 3745; in diesem Sinne mit Nachdruck auch Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 7 DS-GVO Rn. 1; Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, Rn. 325; ausführlich zur Einwilligung allgemein Ernst ZD 2017, 110.

449 Diese Voraussetzung folgt aus Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, dazu Ernst, ZD 2017, 110, 113; Mantz in: HK-DS-GVO, Art. 4 Rn. 176; Radlanski, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, S. 16 f. m.w.N.; Tavanti, RDV 2016, 231, 234 f.

450 Vgl. nur Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, Rn. 504 ff.

451 Ähnlich Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 240 allerdings zur Einwilligung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO. Siehe dazu noch auf S. 144 f.

452 Zum Grundsatz der Zweckbindung Mantz/Marosi in: Specht/Mantz (Hrsg.), Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, § 3 Rn. 81 ff.; Reimer in: HK-DS-GVO, Art. 5 Rn. 18 ff; Roßnagel in: NK-Datenschutzrecht, Art. 5 DS-GVO Rn. 63 ff.

sprünglichen Zweck, in den die Kommunikationspartner als Betroffene eingewilligt haben, nicht unvereinbar ist.⁴⁵³ Ferner hat der Provider die zusätzlichen Voraussetzungen aus Art. 6 Abs. 4 DS-GVO zu beachten.⁴⁵⁴ Die damit aufgeworfenen Fragen können und sollen hier nicht im Einzelnen vertieft werden, weil die Argumentation stark von den Details des Einzelfalls abhängig ist. Festzustellen ist aber jedenfalls, dass nach Erwägungsgrund 50 unter anderem die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person hinsichtlich der Zweckänderung zu berücksichtigen sind.⁴⁵⁵ Insofern kann auf die Ausführungen zur Erwartungshaltung der Nutzer im Rahmen der Höchstpersönlichkeit verwiesen werden: Während der BGH und Teile der Literatur davon ausgehen, dass der Übergang eines Nutzerkontos auf die Erben samt Zugriffsrecht zur vernünftigen Erwartung der Kommunikationspartner gehöre⁴⁵⁶, ist ein dahingehendes Bewusstsein nach hier vertretener Ansicht lebensfern und sollte nicht unterstellt werden.⁴⁵⁷

Nach alledem bestehen zumindest Zweifel daran, dass die Zugangsgewährung gegenüber den Erben auf eine (zu anderen Zwecken erteilte) Einwilligung der Kommunikationspartner gestützt werden kann. Unbenommen bleibt es dem Provider freilich, eine Einwilligung zu ebendiesem Zweck bei den Kommunikationspartnern eigens einzuholen.

bb) Erfüllung eines Vertrags, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO

Als weiterer Erlaubnistatbestand kommt Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO in Betracht. Danach ist die Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn sie „für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, [...] erforderlich“ ist. Der Tatbestand der Vertragserfüllung steht in engem Zusammenhang mit der Einwilligung, da die Verarbeitung der Daten – wenn auch nicht explizit adressiert – als erforderliches Zwischenziel

453 Außerdem löst die Verarbeitung zu einem anderen als dem ursprünglichen Zweck gem. Art. 13 Abs. 3 und 14 Abs. 4 DS-GVO eine Informationspflicht des Verantwortlichen gegenüber der betroffenen Person aus, vgl. Steinrötter/Rabimii/Tran, EWS 2019, 301, 306.

454 Reimer in: HK-DS-GVO, Art. 5 Rn. 24 m.w.N.; Herbst in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 5 DS-GVO Rn. 45 ff.; Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 5 DS-GVO Rn. 30 f.; zu diesem sog. Kompatibilitätstest Schantz, NJW 2016, 1841, 1844.

455 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, Rn. 424.

456 Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 331.

457 Siehe dazu S. 97 ff.

gleichsam von der Freiwilligkeit des privatautonomen Vertragsschlusses mitumfasst ist.⁴⁵⁸ Der Wortlaut des Erlaubnistatbestands benennt zwei Voraussetzungen, denen hier nachzugehen ist. Da ist zum einen die Stellung der betroffenen Person als Vertragspartei (dazu (1)) und zum anderen die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung (dazu (2)).

(1) Die betroffene Person als Vertragspartei

Die betroffene Person muss Partei gerade desjenigen Vertrags sein, zu dessen Erfüllung die Verarbeitung erforderlich ist.⁴⁵⁹ In sozialen Netzwerken als Mehrparteienkonstellationen ist folglich zwischen unterschiedlichen Schuldverhältnissen zu unterscheiden.⁴⁶⁰ Das Vertragsverhältnis zwischen dem Provider und dem Erblasser, in welches die Erben einrücken, kann nicht als Anknüpfungspunkt für die Verarbeitung der auf die Kommunikationspartner bezogenen Daten herangezogen werden, weil die Kommunikationspartner insoweit keine Parteistellung innehaben.⁴⁶¹ In dem allein entscheidenden Vertragsverhältnis zwischen Provider und Kommunikationspartner schuldet der Betreiber des sozialen Netzwerks jedenfalls die Übermittlung der Nachrichten an das Konto des Empfängers.⁴⁶² Der BGH geht darüber aber noch hinaus, wenn er nicht nur für die Übermittlung, sondern auch für den Zugang des Empfängers zu den Nachrichten auf den

458 Vgl. Reimer in: HK-DS-GVO, Art. 6 Rn. 18; Albers/Veit in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 6 DS-GVO Rn. 29; ähnlich auch Buchner/Petri in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 26.

459 Ausführlich *Britz/Indenhuck*, Die Daten der Dritten – Verarbeitung drittbezogener Daten im Vertragsverhältnis, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2018, S. 231 ff.

460 Explizit zu sozialen Netzwerken *Schantz* in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 34 a.E. sowie allgemein Rn. 20; *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 237.

461 Vgl. ebd. Fn. 460. Unschädlich ist es nach dem Wortlaut der Norm hingegen, wenn der Empfänger der Daten (= die Erben) selbst nicht Vertragspartei ist, vgl. dazu *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 237; *Kramer* in: Auernhammer, Art. 6 DS-GVO Rn. 37; a.A. wohl *Schantz* in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 20: Keine „Verträge zugunsten Dritter“.

462 Nach *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238 dort in Fn. 46 ist ein Vergleich mit analogen Briefen heranzuziehen, bei denen die Deutsche Post dem Absender (nur) die Übermittlung in das Postfach des Empfängers schulde. Der Zugang zum Postfach sei hingegen eine Frage des Vertrags zwischen Empfänger und der Deutschen Post.

Vertrag zwischen dem Provider und dem Kommunikationspartner abstellt.⁴⁶³ Da die Zustellungspflicht des Providers gegenüber den Kommunikationspartnern nicht personen- sondern kontobezogen sei, umfasse die Erfüllung dieser Pflicht die Übermittlung an das Nutzerkonto des Empfängers sowie die Ermöglichung des jederzeitigen Abrufs der Inhalte an dieser Stelle durch den Berechtigten.⁴⁶⁴ Der Wechsel der Person des Berechtigten qua Erbfall ändere an alledem nichts.⁴⁶⁵ Dieser Sichtweise des BGH wird vorgeworfen, nicht hinreichend trennscharf zwischen den grundsätzlich nur relativ wirkenden Schuldverhältnissen zu unterscheiden.⁴⁶⁶

Zwischen den beiden Sichtweisen entscheidend ist die Frage, inwieweit dem Erlaubnistatbestand aus lit. b) eine streng schuldrechtliche oder eine wertungsoffene Konzeption zugrunde liegt. Dieser Frage sollte sich sinnvollerweise über die zweite Voraussetzung aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO, dem Merkmal der Erforderlichkeit, weiter genähert werden. Denn lit. b) gestattet die Datenverarbeitung gerade, wenn und soweit sie zur Vertragserfüllung *erforderlich* ist. Insofern besteht eine Wechselbeziehung zwischen der Erforderlichkeit und dem vertraglichen Pflichtenrégime.⁴⁶⁷

(2) Erforderlichkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO

Zu fragen ist, ob es im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO für die Erfüllung des Nutzungsvertrags zwischen den Kommunikationspartnern und dem Provider erforderlich ist, den Erben Zugang zum Account des Erblassers zu verschaffen.

Zur Auslegung des Merkmals der Erforderlichkeit werden dabei im Wesentlichen zwei Ansichten vertreten: Ein weiter Ansatz möchte unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten die Erforderlichkeit dann bejahen, wenn es keine zumutbare Alternative gleicher Eignung gibt, um

463 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 72.

464 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 73. Vgl. zu dieser technisch-formalen Betrachtungsweise des BGH auch bereits zuvor im Zusammenhang mit der Höchstpersönlichkeit auf S. 95 f.

465 BGH a.a.O (Fn. 464).

466 Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 237 f.; zweifelnd auch Preuß, NJW 2018, 3146, 3147; a.A., dem BGH zustimmend, hingegen Härtung/Dag, K&R 2018, 638, 639.

467 Reimer in: HK-DS-GVO, Art. 6 Rn. 20; Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 14; ferner Albers/Veit in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 6 DS-GVO Rn. 32.

den Vertragszweck ohne oder zumindest mit einem Weniger an Datenverarbeitung zu erreichen.⁴⁶⁸ Ein solch wertender Ansatz läuft letztlich aber auf eine Interessenabwägung hinaus, die aus systematischen Gründen dem dafür vorgesehenen Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO überlassen bleiben sollte.⁴⁶⁹ Im Rahmen von lit. f) ist das Merkmal der Erforderlichkeit selbst eine von mehreren Tatbestandsvoraussetzungen.⁴⁷⁰ Für lit. b) nun in der Erforderlichkeit alleine – der Sache nach – einen Verweis auf den (gesamten) Tatbestand von lit. f) zu sehen, würde der Systematik der Erlaubnistatbestände nicht gerecht.

Unter Bezugnahme auf die bereits erwähnte Verwandtschaft zur Einwilligung ist nach einem engeren Ansatz daher richtigerweise entscheidend, ob die Datenverarbeitung für die betroffene Person im Vertrag so klar angelegt war, dass der Verantwortliche sich unter Verweis auf den Vertragschluss auf die Willensbekundung der betroffenen Person stützen kann.⁴⁷¹ Spiegelbildlich ist zu prüfen, ob sich die betroffene Person treuwidrig verhält, wenn sie die Datenverarbeitung (nachträglich) ablehnt.⁴⁷²

Durch den Abschluss eines Nutzungsvertrags mit dem Betreiber eines sozialen Netzwerks bekundet der Nutzer seine Billigung einer weitgehenden Datenverarbeitung. Es ist für den einzelnen Nutzer hinreichend deutlich erkennbar, dass die Inanspruchnahme der unterschiedlichen Kommunikations- und Informationsfunktionen nicht ohne umfangreiche Datenverarbeitungsvorgänge möglich ist. Auf diese Willensentschließung muss sich der Provider verlassen können. Indes gehört die Zugangsverschaffung gegenüber den Erben – beispielsweise in Form der Mitteilung oder Zurücksetzung des Passworts des Erblassers – gerade nicht zu der vernünftigen Erwartung des Kommunikationspartner des Verstorbenen.⁴⁷³ Konsequenterweise kann danach in dem Abschluss des Nutzungsvertrags auch keine die Verarbeitung legitimierende Willensbekundung verortet werden. Es ist mithin für die Erfüllung des Vertrages zwischen Provider und

468 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, Rn. 371; Buchner/Petri in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 45; in diese Richtung auch Albers/Veit in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 6 DS-GVO Rn. 32.

469 Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 32.

470 Ausführlich zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO sogleich auf S. 130 ff. Zu den Voraussetzungen von lit. f) vergleiche die Nachweise in Fn. 476.

471 Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 32; ähnlich so auch Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 3 Rn. 43.

472 Ebd. Fn. 469.

473 Vgl. dazu bereits auf S. 97 ff. sowie die Nachweise zur Gegenansicht in Fn. 331.

Kommunikationspartner nicht erforderlich i.S.v. lit. b), dass der Provider den Erben Zugang zum Nutzungskonto des Verstorbenen verschafft.⁴⁷⁴

(3) Zwischenergebnis zu bb)

Das Merkmal der Erforderlichkeit aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO steht systematisch und teleologisch in Zusammenhang mit dem Erlaubnistatbestand der Einwilligung aus lit. a). Bei der Bestimmung des zur Vertragserfüllung Erforderlichen ist daher auf das vertragliche Pflichtenregime sowie auf die im Vertragsschluss ausgedrückte Willensbekundung der betroffenen Person zu rekurrieren. Auf dieser Grundlage und angeichts der Erwartungshaltung eines verständigen Nutzers kann der Vertrag zwischen den Kommunikationspartnern und dem Provider nicht zum Anknüpfungspunkt dafür gemacht werden, den Erben Zugang zu verschaffen zu einem vom Vertrag gänzlich unabhängigen Account (i.e. dem des Erblassers).

cc) Wahrung berechtigter Interessen, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO

Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO ermöglicht die Datenverarbeitung auf Grundlage einer Interessenabwägung. Danach ist die Verarbeitung rechtmäßig, wenn sie „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich [ist], sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen [...].“ Bei lit. f) handelt es sich um eine Auffangvorschrift, die in Ansehung des abschließenden Charakters von Art. 6 Abs. 1 DS-GVO dazu dient, den von lit. a) bis e) nicht erfassten Fällen praktisch Rechnung zu tragen.⁴⁷⁵ Der Erlaub-

474 Im Ergebnis wie hier, aber mit etwas anderer Begründung *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 237 f.; offenlassend *Preuß*, NJW 2018, 3146, 3147; a.A. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 71 ff.; *Härtig/Dag*, K&R 2018, 638, 639.

475 *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 399; ausführlich *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 3 Rn. 51; *Buchner/Petri* in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 141; a.A., nicht Auffang- sondern Ausnahmetatbestand, *Frenzel* in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 26. Im Ergebnis ist die hohe tatsächliche Bedeutung der Vorschrift aber einhellige Meinung.

nistatbestand hat eine dreiteilige Struktur:⁴⁷⁶ Berechtigte Interessen des Verantwortlichen bzw. Dritter (dazu (1)), die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung (dazu (2)) sowie kein Überwiegen der berechtigten Interessen des Betroffenen (dazu (3)). Die Abwägung hat dabei prinzipiell anhand der konkreten Umstände eines jeweiligen Einzelfalls zu erfolgen.⁴⁷⁷ Ferner ist es nach dem Wortlaut von lit. f) eigens zu würdigen, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt (dazu (4)). Schließlich kann eine auf lit. f) gestützte Datenverarbeitung ein Widerspruchsrecht der betroffenen Person gem. Art. 21 Abs. 1 DS-GVO auslösen (dazu (5)).

(1) Berechtigte Interessen des Verantwortlichen bzw. Dritter

Der Begriff des berechtigten Interesses ist weit auszulegen.⁴⁷⁸ Dafür sprechen nicht zuletzt die Erwägungsgründe 47 bis 49, in denen ein breites Spektrum legitimer Interessen exemplarisch aufgezählt wird.⁴⁷⁹ Berücksichtigungsfähig ist grundsätzlich jedes rechtliche, tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse.⁴⁸⁰ Dabei kann es sich bei den geltend gemachten Interessen ausweislich des insoweit eindeutigen Wortlauts von lit. f) um solche des Verantwortlichen selbst oder um solche von Dritten handeln.⁴⁸¹

476 Vgl. dazu *Frenzel* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 27 ff.; allgemein zu den Voraussetzungen von lit. f) siehe *Buchner/Petri* in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 141 ff.; *Reimer* in: HK-DS-GVO, Art. 6 Rn. 52 ff.; mit Vorschlag zur praktischen Handhabung der Abwägung *Herfurth*, ZD 2018, 514, 514 ff.

477 *Albers/Veit* in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 6 DS-GVO Rn. 49, 51; BGH NJW 2018, 3178 Rn. 75 unter Verweis auf EuGH NJW 2016, 3579 Rn. 62.

478 *Frenzel* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 28; ausführlich *Taeger* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 103 ff.

479 *Frenzel* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 28; BGH NJW 2018, 3178 Rn. 76 weist hin auf die in den Erwägungsgründen genannten Beispiele wie etwa die Verhinderung von Betrug, die Direktwerbung, konzerninterne Übermittlungen oder die Verbesserung der Netz- und Informationssicherheit.

480 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 76; *Buchner/Petri* in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 146a; *Reimer* in: HK-DS-GVO, Art. 6 Rn. 54; *Taeger* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 107.

481 *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 401; für einen Vergleich der Rechtslage vor und unter Geltung der DS-GVO s. *Taeger* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 104 und Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 645.

Den Schwerpunkt der bisherigen Debatte über die Zugangsgewährung gegenüber den Erben haben die Interessen der Erben gebildet.⁴⁸² Hier sind vor allem das durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG garantierte Erbrecht sowie der in § 1922 Abs. 1 BGB ausgeprägte Grundsatz der Universalkzession zu nennen. Diese Positionen drohen ausgehöhlt zu werden, wenn der im Wege des Erbgangs übergegangene vertragliche Anspruch auf Zugang zum Erblasseraccount durch entgegenstehendes Datenschutzrecht (grundsätzlich) vereitelt würde.⁴⁸³ Außerdem trifft die Erben das Recht und die Pflicht zur Fortführung des Geschäftsverlaufs beziehungsweise zur Abwicklung noch ausstehender Geschäfte des Erblassers.⁴⁸⁴ Nach § 130 Abs. 2 BGB bleibt eine Willenserklärung auch dann wirksam, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt. Folgerichtig steht der Tod des Antragenden gem. § 153 BGB regelmäßig auch dem wirksamen Zustandekommen eines Vertrages nicht im Wege. So sind die Erben unmittelbar nach dem Erbfall darauf angewiesen, zügig und umfassend Informationen zur Zusammensetzung und zum Wert der Erbschaft zu erhalten.⁴⁸⁵ Dazu gehören insbesondere die Nachlassverbindlichkeiten, für welche die Erben gem. § 1967 BGB haften.⁴⁸⁶ Die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft beträgt im Regelfall sechs Wochen ab Kenntnis des Erben von der Erbschaft und seiner Erbenstellung, vgl. § 1944 BGB.⁴⁸⁷ Die Nachlassermittlung würde ohne Zugang zu den Nutzerkonten des Erblassers erschwert. Denn mitunter lassen sich Hinweise auf die Aktiva und Passiva des Nachlasses (nur) aus dem E-Mail-Verkehr des Erblassers oder sonstigen digitalen Speichern (bspw. di-

482 Mit unterschiedlichen Ergebnissen vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 78 ff. einerseits sowie *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238 andererseits.

483 Vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 78 nach dem es „bereits für sich genommen ein gewichtiges berechtigtes Interesse eines Vertragspartners dar[stellt], die Hauptleistungsansprüche aus [einem] Vertragsverhältnis auch geltend machen zu können.“

484 *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 18 f.; zur Pflicht das Impressum einer Webseite des Erblassers nach dem Erbfall zu aktualisieren *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2116 f., der dafür eine Frist von 6 Wochen annimmt; *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 8, betont das Abmahnrisiko, wenn diese Pflicht nicht fristgerecht erfüllt wird; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 397 weist auf sonstige Fristen – insbesondere Kündigungsfristen – hin, die von den Erben zu beachten seien; s. auch *Funk*, Das Erbe im Netz, S. 6.

485 *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 562; *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473, 3474; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 396.

486 *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 8; *Küpper* in: MüKo BGB, § 1967 Rn. 2 ff.; *Hoeren* in: HK-BGB, § 1967 Rn. 3 ff.

487 Vgl. dazu *Leipold* in: MüKo BGB, § 1944 Rn. 3 ff.; *Siegmann/Höger* in: BeckOK BGB, § 1944 Rn. 2 ff.

gitalisierten Vertragsdokumenten in cloudbasierten Speichern des Erblassers) entnehmen.⁴⁸⁸ Bei der Nachlassermittlung kommt dem E-Mail-Konto des Erblassers eine Schlüsselfunktion zu, da über das E-Mail Postfach regelmäßig sowohl Kenntnis von als auch Zugang zu den sonstigen Nutzerkonten des Erblassers (bei sozialen Netzwerken, Streamingdiensten, Partnerbörsen, Online-Spielen etc.) erlangt werden kann.⁴⁸⁹ Das dringende Interesse der Erben an der Nachlassermittlung wird durch die Regelung der §§ 1993 ff. BGB weiter unterstrichen.⁴⁹⁰ Danach haben die Erben auf Antrag eines Nachlassgläubigers innerhalb einer gerichtlichen Frist ein Inventar über den Nachlass zu erstellen. Nach erfolglosem Ablauf der Frist droht den Erben eine unbeschränkte Nachlasshaftung.⁴⁹¹ Schließlich kommen potenziell Interessen der Erben hinzu, die vor allem emotionaler Natur sein werden wie etwa die Trauerbewältigung oder Erinnerungspflege.⁴⁹²

Daneben können durchaus auch eigene berechtigte Interessen des Providers an der Zugangsgewährung gegenüber den Erben bestehen. Erfolgreiche und reichweittestarke Accounts, zum Beispiel eines Influencers, steigern die Attraktivität des Netzwerks für mögliche neue Nutzer. Es ist somit zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Zugangsgewährung gegenüber den Erben es ermöglicht, solche Accounts aufrechtzuerhalten und damit die wirtschaftlichen Interessen des Providers zu fördern.

(2) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

Die Datenverarbeitung muss nach lit. f) zur Wahrung der berechtigten Interessen *erforderlich* sein. Das Merkmal der Erforderlichkeit steht den sehr

488 Auer-Reinsdorff in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 21 Rn. 84; anschaulich insoweit auch Sorge, MMR 2018, 372, 374.

489 Abhängig von der technischen Gestaltung des Zugangs lassen sich Passwörter in vielen Fällen allein mittels des E-Mail-Kontos zurücksetzen. Sofern ein Provider für den Zugang oder die Zurücksetzung der Zugangsdaten eine Zwei-Faktor-Authentifizierung eingerichtet hat, sind die Rechtsnachfolger auf Auskunftsansprüche gegen den Provider angewiesen.

490 So auch bereits Thiesen, Daten in der Erbmasse, S. 8.

491 Vgl. dazu Küpper in: MüKo BGB, § 1994 Rn. 11 ff.; Hoeren in: HK-BGB, § 1994 Rn. 1 ff.; Lohmann in: BeckOK BGB, § 1994 Rn. 11 ff.

492 Beispiele für einzelfallspezifische Interessen finden sich bei BGH NJW 2018, 3178 Rn. 80 f. (u.a. Suizidabsichten der Erblasserin).

weiten berechtigten Interessen als ein normatives Korrektiv gegenüber.⁴⁹³ Entscheidend ist, ob eine bestimmte Form der Datenverarbeitung zur Erreichung eines konkreten Zwecks das relativ mildeste Mittel ist.⁴⁹⁴ In Ansehung des Grundsatzes der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c) DS-GVO ist zur möglichst weitgehenden Schonung der betroffenen Person derjenige Weg zur Wahrung der berechtigten Interessen zu wählen, welcher unter mehreren gleichermaßen geeigneten Mitteln die niedrigste Eingriffsintensität aufweist.⁴⁹⁵

In seiner Facebook-Entscheidung stellt der BGH ohne nähere Prüfung fest, dass neben der (vollständigen) Zugangsgewährung zum Account des Erblassers keine geeigneteren und mildernden Mittel bestünden, um die berechtigten Interessen der Erben zu erfüllen.⁴⁹⁶ Dabei erscheint es zumindest nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass die Erbeninteressen bereits durch einen eingeschränkten Zugang zu den Accountinhalten in Form von anonymisierten oder pseudonymisierten Daten gewahrt werden können.⁴⁹⁷ Denkbar wäre hier auch eine Zugangsgewährung in zwei Schritten:⁴⁹⁸ In einem ersten Schritt könnten den Erben zunächst nur die Nachrichteninhalte ohne die Identität der Absender eröffnet werden; erst im Anschluss und bei Fortbestehen der Erbeninteressen hinsichtlich bestimm-

493 *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238; *Albers/Veit* in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 6 DS-GVO Rn. 50. Insofern handelt es sich funktional nicht um denselben Erforderlichkeitsbegriff wie im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO, zu diesem siehe bereits zuvor auf S. 128 f.

494 Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 431 mit Verweis auf EuGH NVwZ 2009, 379 Rn. 65 zu Art. 7 lit. e) DSRL; *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238; ähnlich Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 100; ferner Heberlein in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 28: „das absolut Notwendige.“

495 *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238; Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 100; einschränkend Kramer in: Auernhammer, Art. 6 DS-GVO Rn. 79 f.; Plath in: Plath (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 56 f., 18; keine Filterwirkung vom Merkmal der Erforderlichkeit erwartet Reimer in: HK-DS-GVO, Art. 6 Rn. 54; nicht ganz so weitgehend Taeger in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 112 nach dem das Merkmal aber zumindest „dem unternehmerischen Streben nach Effizienz und wirtschaftlicher Unternehmensführung nicht entgegengehalten werden“ kann.

496 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 82.

497 So auch *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238 f., die u.a. exemplarisch auf Art. 32 Abs. 1 lit. a) DS-GVO verweisen; allgemein zur Anonymisierung im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 431 sowie Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 100.

498 Andeutungsweise in diese Richtung *Martini/Kienle*, a.a.O. (Fn. 497).

ter Nachrichtenverläufe könnte sodann in einem zweiten Schritt die Identität von Kommunikationspartnern preisgegeben werden.

Zwar ist dem BGH zuzugeben, dass es für das Verständnis der Korrespondenz in der Regel von Belang sein dürfte, *wer* eine bestimmte Nachricht an den Erblasser verschickt hat. Es sind aber zumindest auch Konstellationen denkbar, in denen der unbeschränkte Zugriff der Erben auf den Erblasseraccount nicht erforderlich ist. Zum einen seien beispielhaft Fälle genannt, in denen das Interesse an den gespeicherten Inhalten aus der Vergangenheit ohnehin nur nachrangig ist gegenüber dem Interesse an der Nutzungsmöglichkeit des Accounts für die Zukunft.⁴⁹⁹ Zum anderen kommen Sachverhalte in Betracht, in denen das Informationsinteresse der Erben bereits durch den Kommunikationsinhalt unabhängig von der Identität der Kommunizierenden befriedigt werden kann. Freilich mag es sich dabei zwar nicht um den Regelfall handeln, gleichwohl ist diese Möglichkeit aber ernsthaft und im Einzelfall zu prüfen.⁵⁰⁰ Denn erforderlich ist die Datenverarbeitung in Form der (vollständigen) Zugangsgewährung nur, wenn (und soweit) sie sich nach der Prüfung denkbarer Alternativen als das relativ mildeste Mittel herausstellt.

(3) Kein Überwiegen der Interessen der betroffenen Person

Den berechtigten Interessen des Verantwortlichen bzw. Dritter dürfen nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO keine überwiegenden Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person gegenüberstehen. Da lit. f) die Verarbeitung personenbezogener Daten gerade ohne Einwilligung der Betroffenen gestatten kann, sind regelmäßig berührt Art. 7 GRCh, das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie der Kommunikation, und Art. 8 GRCh, das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten.⁵⁰¹ Darüber hinaus ist der Begriff des Interesses des Betroffenen ebenso weit auszulegen, wie die Interessen des Verarbei-

499 Siehe dazu bereits (bei) Fn. 348.

500 Zur einzelfallspezifischen Anwendung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO vgl. bereits die Nachweise in Fn. 477.

501 Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 101; Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, Rn. 403; Heberlein in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 28; das gilt unabhängig davon, dass der (private) Verarbeitende gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh selbst nicht unmittelbar an die GRCh gebunden ist, vgl. Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 30.

tenden bzw. der Dritten, sodass einzelfallspezifisch weitere Betroffeneninteressen neben Art. 7, 8 GRCh treten können.⁵⁰²

Ein zentraler Aspekt der Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen ist nach Erwägungsgrund 47 S. 1 und 3 die „vernünftige Erwartung“ der betroffenen Person hinsichtlich der konkret infrage stehenden Datenverarbeitung.⁵⁰³ Dabei ist ein objektivierter Maßstab anzulegen.⁵⁰⁴ Zu fragen ist demnach, ob die Datenverarbeitung für einen objektiven Dritten in der Situation des Betroffenen vorhersehbar wäre. Insofern kann wiederum auf die Ausführungen zur Erwartungshaltung eines durchschnittlichen Nutzers sozialer Medien im Rahmen der Höchstpersönlichkeit verwiesen werden: Während der BGH in seinem Facebook-Urteil unter Zustimmung von Teilen der Literatur davon ausgeht, dass der Übergang eines Nutzerkontos auf die Erben samt Zugriffsrecht zur vernünftigen Erwartung der Kommunikationspartner gehöre,⁵⁰⁵ ist eine dahingehende Erwartungshaltung nach hiesiger Auffassung nicht lebensnah und sollte daher nicht unterstellt werden.⁵⁰⁶

Neben den vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person argumentiert der BGH weiterhin damit, dass dem Eingriff in die Interessen der Kommunikationspartner hier nur ein geringes Gewicht zukomme.⁵⁰⁷ Die Verwirklichung des Erbrechts in Form der Zugangsgewährung stellt nach Ansicht des BGH einen eng umgrenzten Zweck dar, welchem das Gericht Beispiele mit einem (vermeintlich) weitergehendem Zweck gegenüberstellt, die hier nicht einschlägig sind, wie etwa Werbung oder Profilbil-

502 Heberlein in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 28; Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 101 nennt beispielhaft wirtschaftliche Interessen des Betroffenen, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder diskriminierende (Folge-)Effekte der etwaigen Datenverarbeitung.

503 Heberlein in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 28; ferner Kramer in: Auernhammer, Art. 6 DS-GVO Rn. 83 ff. mit einer produktiven Unterscheidung zwischen vernünftiger und tatsächlicher Vorhersehbarkeit der Verarbeitung für Betroffene.

504 Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 30; Tavanti, RDV 2016, 295, 299; Kramer in: Auernhammer, Art. 6 DS-GVO Rn. 84.

505 Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 331. Das Gericht bekräftigt diese Ansicht auch und gerade im Rahmen seiner datenschutzrechtlichen Prüfung, vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 90 f. diesbezüglich zustimmend Härtling/Dag, K&R 2018, 638, 639 sowie Apel, ZD 2018, 486, 487.

506 Siehe dazu zuvor auf S. 97 ff.

507 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 92; a.A. Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 239 und dort in Fn. 58, welche vor der Offenlegung gegenüber „einer rechtlich nicht beschränkten Zahl an Erben (§ 2032 BGB)“ warnen.

dung.⁵⁰⁸ Dieser Vergleich hält einer Überprüfung nur in Bezug auf die Profilbildung stand. Hinsichtlich der Werbezwecke ist dem Gericht insofern zu widersprechen, als dass die betroffene Person sich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu Werbezwecken bei der Nutzung des Sozialen Netzwerks bewusst und dauerhaft aussetzt.⁵⁰⁹ In vielen Fällen wird sie in die Verarbeitung zu Werbezwecken bei Abschluss des Nutzungsvertrags sogar eingewilligt haben. Der Zugang der Erben zur Korrespondenz zwischen dem Erblasser und der betroffenen Person stellt hingegen eine neue, im bisherigen Nutzungsverhältnis ungewöhnlichen Verarbeitungszweck dar, der von der Einwilligung des Betroffenen regelmäßig gerade nicht umfasst sein wird.⁵¹⁰ Daher ist es kaum überzeugend, wenn der BGH eine Hierarchie der Eingriffsintensität insinuiert, der zufolge es dem Betroffenen eher zumutbar sein soll, dass die auf ihn bezogenen Daten den Erben (erstmals) zugänglich werden, als dass sich die ohnehin schon laufende Verarbeitung des Providers zu Werbezwecken fortsetzt.

(4) Kinder im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO

Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO bestimmt a.E., dass eine Datenverarbeitung auf Grundlage berechtigter Interessen nur rechtmäßig ist, sofern nicht die Interessen des Betroffenen überwiegen, „insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.“⁵¹¹ Es ist umstritten, welche Konsequenzen aus diesem Passus folgen. Weitgehend Einigkeit besteht noch darüber, dass unter einem Kind im Grundsatz ein Minderjähriger bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres zu verstehen ist.⁵¹² Eine strikt grammatische Auslegung von lit. f) a.E. ließe den Schluss zu, dass in dem

508 BGH a.a.O. (Fn. 507).

509 Vgl. dazu bereits zuvor auf S. 37 ff.

510 Andernfalls käme es auf die Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO schon nicht an. Zur Einwilligung nach lit. a) siehe S. 124 f.

511 Ausführlich zum Datenschutz von Kindern in der DS-GVO vgl. *Roßnagel*, ZD 2020, 88, passim sowie (rechtspolitisch) das Gutachten der Datenethikkommission vom 23.10.2019, S. 114 f., abrufbar a.a.O. (Fn. 30); im Kontext des digitalen Nachlasses (aber bezogen auf den Erblasser statt auf die Kommunikationspartner) z.B. *Knoop*, NZFam 2016, 966, 967 f.

512 Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 112 und Heberlein in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 31 verweisen auf Art. 1 UN-Kinderrechtskonvention; Buchner/Petri in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 155; a.A. Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 239 die anstelle einer Altersgrenze auf die Einsichtsfähigkeit des Kindes abstellen wollen.

Fall eines Kindes als Betroffenem stets ein Überwiegen der Betroffeneninteressen zu sehen sei. Ein solche Lesart hätte zur Folge, dass die Verarbeitung von Daten, die sich auf Kinder beziehen, grundsätzlich nicht auf lit. f) gestützt werden könnte. Dies nehmen einige Stimmen in der Literatur unter Verweis auf Art. 8 Abs. 1 S. 1 DS-GVO zumindest für unter 16-jährige Betroffene⁵¹³ bzw. mit Verweis auf Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 DS-GVO jedenfalls für unter 13-jährige Betroffene⁵¹⁴ an. Andere Stimmen wollen den Zusatz in lit. f) a.E. statt an einer Altersgrenze eher thematisch orientieren und ein Überwiegen der Betroffeneninteressen dann annehmen, wenn einer der in Erwägungsgrund 38 genannten Risikofälle vorliegt.⁵¹⁵ Dazu gehört die Verarbeitung von auf Kinder bezogenen Daten für Werbezwecke, für die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen oder für direkt auf Kinder ausgerichtete Dienste. Wiederum andere Teile der Literatur lehnen jedwede starre Lesart von lit. f) a.E. ab und fordern lediglich ein erhöhtes Gewicht der Kindesinteressen in einer nach wie vor durchzuführenden Abwägung im Einzelfall.⁵¹⁶

Gemeinsam ist allen Ansichten, dass bei der Verarbeitung auf Grundlage von lit. f) zwischen den Daten Erwachsener und denen von Kindern zu unterscheiden ist. In Bezug auf die Zugangsverschaffung zum Erblasseraccount kommt diese Unterscheidung zum Tragen, wenn sich unter den Kommunikationspartnern des Erblassers (auch) Kinder befunden haben (können).⁵¹⁷ Unabhängig vom Alter des Betroffenen sind dessen „vernünftige Erwartungen“ hinsichtlich der konkret infrage stehenden Datenverarbeitung mittels eines objektivierten Maßstabs zu bestimmen.⁵¹⁸ Bei dieser Maßstabsbildung sind die begrenzte Einsichtsfähigkeit eines Kindes sowie seine beschränkte Befähigung zur Risikofolgenabschätzung entschei-

513 Buchner/Petri in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 155.

514 Albers/Veit in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 6 DS-GVO Rn. 51; so wohl auch Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 112.

515 Schantz in: NK-Datenschutzrecht, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 112.

516 So Reimer in: HK-DS-GVO, Art. 6 Rn. 64; Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 239; wohl auch Heberlein in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 31; den Zusatz in lit. f) a.E. als deklaratorisch bezeichnend Schulz in: Gola (Hrsg.), Art. 6 DS-GVO Rn. 59.

517 Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Erblasser selbst minderjährig war, vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 85; hingegen auf den Schutz des minderjährigen Erblassers (!) abststellend Hoeren, MMR 2018, 749, 749.

518 Siehe hierzu bereits S. 135 f. sowie die Nachweise in Fn. 503 und 504.

dend zu berücksichtigen.⁵¹⁹ Nach hier vertretener Ansicht gehört der Zugang der Erben zur Korrespondenz zwischen Erblasser und Kommunikationspartnern bereits nicht zur vernünftigen Erwartung erwachsener Nutzer. Das gilt sodann erst recht für Minderjährige, denen grundsätzlich nicht unterstellt werden kann, bei der Nutzung sozialer Medien den eigenen Tod oder den ihres Kommunikationspartners als Möglichkeit auch nur in Betracht zu ziehen.⁵²⁰

(5) Widerspruchsrecht des Betroffenen, Art. 21 Abs. 1 S. 1 DS-GVO

Der betroffenen Person steht gem. Art. 21 Abs. 1 S. 1 DS-GVO ein Widerspruchsrecht gegen eine auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO gestützte Verarbeitung zu, sofern dafür Gründe vorliegen, die sich aus der „besonderen Situation“ des Betroffenen ergeben.⁵²¹ Ist das der Fall, darf die Verarbeitung nicht bereits bei einem „berechtigten Interesse“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO, sondern nur bei Vorliegen „zwingender schutzwürdiger Gründe“ oder zur „Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen“ erfolgen, vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 2 DS-GVO. Ausweislich des Wortlauts der Norm geht ein „non liquet“ dabei zulasten des Verantwortlichen.⁵²² Die betroffene Person muss durch den Verant-

519 Ausdrücklich in diesem Sinne Erwägungsgrund 38 S. 1: „Kinder verdienen bei ihren personenbezogenen Daten besonderen Schutz, da Kinder sich der betreffenden Risiken, Folgen und Garantien und ihrer Rechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten möglicherweise weniger bewusst sind.“ Siehe aber BGH NJW 2018, 3178 Rn. 90; Härtling/Dag, K&R 2018, 638, 639; zurecht kritisch zu dieser Rspr. Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 239; ausführlich zur Nutzung sozialer Netzwerke durch Kinder und Jugendliche nach BDSG a.F., vgl. Jandt/Roßnagel, MMR 2011, 637, 637 ff.

520 Alexander, notar 2018, 367, 367 fordert „die jüngeren und besonders internetaffen Generationen“, die Fragen des digitalen Nachlasses „häufig noch als unangenehm verdrängen“, zur Auseinandersetzung mit diesem Thema auf.

521 Ausführlich hierzu im Kontext des digitalen Nachlasses Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 240; allgemein zum Widerspruchsrecht Forgó in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 21 DS-GVO Rn. 1 ff.; Martini in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 21 DS-GVO Rn. 1 ff.

522 Vgl. Forgó in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 21 DS-GVO Rn. 10; Martini in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 21 DS-GVO Rn. 36; Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 240; in Art. 21 Abs. 1 DS-GVO trotzdem nur eine „Härtefallregelung für Ausnahmesituationen“ zulasten des Betroffenen sieht Veil, NJW 2018, 3337, 3341; in diese Richtung auch Uecker, ZD 2019, 248, 249.

wortlichen auf ihr Widerspruchsrecht hingewiesen werden, vgl. Art. 21 Abs. 4 DS-GVO.⁵²³

Für den digitalen Nachlass lässt sich das Widerspruchsrecht als Möglichkeit zur Differenzierung zwischen unterschiedlichen Inhalten des Erblasseraccounts fruchtbar machen. Sofern die Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO zumindest grundsätzlich den Zugang der Erben zum Account des Erblassers ermöglicht, muss der Provider die Kommunikationspartner des Erblassers gem. Art. 21 Abs. 4 DS-GVO über ihr Widerspruchsrecht gegen die Zugangsverschaffung gegenüber den Erben informieren.⁵²⁴ Solchen Kommunikationspartnern, die besonders intime Informationen bzw. Bilder mit dem Erblasser geteilt haben, ist dann die Möglichkeit des Widerspruchs eröffnet. Beruflichen Kontaktpersonen hingegen steht mangels „besonderer Situation“ entweder schon kein Widerspruchsrecht zu oder sie machen von ihrem Recht bewusst keinen Gebrauch, weil die Fortführung bzw. Abwicklung der Geschäfte des Erblassers durch die Erben sogar im Interesse geschäftlicher Kommunikationspartner stehen kann.

Die etwaige Ausübung des Widerspruchsrechts zeitigt sodann eine (nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO zweite) Abwägung zwischen den „zwingenden schutzwürdigen Gründen für die Verarbeitung“ und den „Interessen, Rechten und Freiheiten der betroffenen Person“.⁵²⁵ Dadurch kann das im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO abstrakt für den gesamten Account ermittelte Ergebnis (i.e. die umfassende Zugangsgewährung) durch die konkrete Abwägung nach Art. 21 Abs. 1 DS-GVO zugunsten einzelner besonders schutzwürdiger Kommunikationspartner des Erblassers korrigiert werden. Im Ergebnis steht den Erben dann ein weitgehender, aber um einzelne Nachrichtenverläufe gekürzter Zugang zu den Accountinhalten zu. Die Pflicht zur technischen Umsetzung dieser (erforderlichenfalls im Gerichtsprozess festgelegten) Differenzierung trifft zweckmäßigerweise den Betreiber des Sozialen Netzwerks als Verantwortlichen.

523 *Herbst* in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 21 DS-GVO Rn. 34 ff.; *Martini* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 21 DS-GVO Rn. 64 ff.; *Forgó* in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 21 DS-GVO Rn. 24 ff.

524 Zum vorgeschriebenen Zeitpunkt des Hinweises gem. Art. 21 Abs. 4 DS-GVO vgl. *Martini* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 21 DS-GVO Rn. 66 ff. sowie *Herbst* in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 21 DS-GVO Rn. 37 f.

525 *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 240.

(6) Zwischenergebnis zu cc)

Um die Zugangsgewährung gegenüber den Erben auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO stützen zu können, muss eine Abwägung der im konkreten Einzelfall berührten Interessen durchgeführt werden. Dabei müssen namentlich das Verwendungsinteresse der Dritten (regelmäßig vor allem der Erben) mit dem Privatheitsinteresse der betroffenen Person (den Kommunikationspartnern des Erblassers) sorgfältig abgewogen werden. Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit sind denkbare Alternativen zur Zugangsgewährung zu erwägen, mit denen die Erbeninteressen gewahrt werden können bei gleichzeitig größerer Schonung der Betroffeneninteressen. Dazu kann insbesondere gehören, nur einen eingeschränkten Zugang zum Erblasseraccount etwa unter Anonymisierung oder Pseudonymisierung der gespeicherten Inhalte zu gewähren, wenn und soweit das Informationsinteresse der Erben dadurch bereits (weitgehend) befriedigt werden kann. Wenn auch der Abwägung gem. lit. f) im Facebook-Urteil des BGH⁵²⁶ eine gewisse Vorbildwirkung zukommen mag, so befreit das Urteil nicht von der jeweiligen Prüfung im Einzelfall, in dem durchaus eine anders gelagerte Interessenkollision zu anderen Ergebnissen führen kann.⁵²⁷ Zwingend notwendig ist es, die besondere Schutzwürdigkeit der Interessen von Kindern als datenschutzrechtlich Betroffenen angemessen zu berücksichtigen und ihnen in der Abwägung ein besonderes Gewicht beizumessen. Wenn und soweit die Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO zugunsten der Verarbeitung ausfällt, begründet dies ein Widerspruchsrecht der betroffenen Person nach Art. 21 Abs. 1 S. DS-GVO, worauf die Kommunikationspartner als Betroffene gem. Art. 21 Abs. 4 DS-GVO hingewiesen werden müssen. Der Widerspruch besonders schutzwürdiger Kommunikationspartner bewirkt, dass ihre Korrespondenz mit dem Erblasser von dem Zugangsrecht der Erben ausgenommen sein kann.

526 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 74 ff.

527 An „verschiedenen Stellen der Urteilsbegründung einzelfallorientierte Abwägungen vorherrschen“ sieht auch Hoeren, MMR 2018, 749, 750; noch weiter gehen Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 238, die das Urteil als „Sonderfall“ bezeichnen; differenzierend Preuß, NJW 2018, 3146, 3147.

c) Verarbeitung „sensibler“ Daten im Sinne von Art. 9 DS-GVO

Die DS-GVO unterscheidet zwischen unterschiedlichen Kategorien von personenbezogenen Daten. Während sich die Zulässigkeit der Verarbeitung „einfacher“⁵²⁸ personenbezogener Daten nach Art. 6 DS-GVO richtet,⁵²⁹ stellt Art. 9 DS-GVO ein Sonderregime für die „Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten“ auf. Im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 DS-GVO geht Art. 9 DS-GVO als lex specialis vor,⁵³⁰ sodass eine Verarbeitung nicht auf Art. 6 Abs. 1 DS-GVO gestützt werden kann, wenn und soweit Art. 9 DS-GVO dem entgegensteht.⁵³¹ Während Art. 9 Abs. 1 DS-GVO den Anwendungsbereich der Norm bestimmt und ein Verarbeitungsverbot aufstellt (dazu aa), sieht Art. 9 Abs. 2 DS-GVO abschließende Ausnahmetatbestände vor (dazu bb).

aa) Das Verarbeitungsverbot aus Art. 9 Abs. 1 DS-GVO

Die von Art. 9 DS-GVO erfassten Daten werden gemeinhin als „sensible“ Daten bezeichnet, vgl. Erwägungsgrund 10 S. 5.⁵³² Art. 9 Abs. 1 DS-GVO untersagt die Verarbeitung sensibler Daten. Zu den sensiblen Daten gehören nach dem Wortlaut der Norm „personenbezogene Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit [hervorgeht], sowie [...] genetische Daten, biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person.“ Teleologisch ist in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO unter anderem ein (in-

528 Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 1; Schneider, ZD 2017, 303, 304 kritisiert diese in der DS-GVO angelegte Unterscheidung rechtspolitisch.

529 Siehe zu Art. 6 DS-GVO bereits zuvor auf S. 124 ff.

530 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, Rn. 359, 439 ff.; Mester in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 2; Schneider, ZD 2017, 303, 304: „[...] die Erlaubnisse nach Art. 6 DS-GVO [werden] ausgehebelt.“ Zur umstrittenen Frage nach dem Verhältnis von Art. 6 Abs. 4 DS-GVO (Zweckänderung) und Art. 9 DS-GVO vgl. nur Schiff in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 10 f. m.w.N.

531 Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 239.

532 Zu dieser und anderen geläufigen Bezeichnungen vgl. Albers/Veit in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 7 m.w.N. sowie (kurz) Frenzel a.a.O. (Fn. 528).

formationelles) Diskriminierungsverbot und damit eine normative Konkretisierung von Art. 21 Abs. 1 GRCh zu sehen.⁵³³

Für die Zugangsgewährung gegenüber den Erben folgt daraus, dass diese (zumindest auch) am Maßstab von Art. 9 DS-GVO zu messen ist, sofern mit dem Zugang zum Erblässeraccount die Möglichkeit zur Einsicht in sensible Daten der Kommunikationspartner einhergeht.⁵³⁴ Hier ist zwischen verschiedenen Internetdiensten zu unterscheiden. Etwa im Falle von Dating-Portalen muss mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass der Account des Erblässers (auch) sensible Daten der Kommunikationspartner enthält. Allerdings wird in der Literatur zurecht auf den weiten Anwendungsbereich von Art. 9 DS-GVO verwiesen, der sich nicht zuletzt aus dem Merkmal des „Hervorgehens“ ergibt.⁵³⁵ *Frenzel* nennt insoweit das Beispiel der Muttersprache, aus der die ethnische Herkunft als ein sensibles Datum im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO hervorgehen kann.⁵³⁶ Legt man diesen Maßstab zugrunde, können Angaben in beruflichen Netzwerken wie Xing oder LinkedIn sensible Daten darstellen. Demnach ist nicht nur bei Nutzerkonten in Dating-Portalen mit sensiblen Daten (der Kommunikationspartner) zu rechnen.⁵³⁷ Ob der Anwendungsbereich von Art. 9 DS-GVO eröffnet ist, muss in jedem Einzelfall geprüft werden.

533 Weichert in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 2, 15 f. m.w.N.; dazu und zu weiteren durch Art. 9 DS-GVO konkretisierte Freiheitsgewährleistungen, vgl. Albers/Veit in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 4 mit Verweis auf Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 90 ff.

534 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 84, 93 sieht im Falle eines Facebook-Accounts zwar sensible Daten betroffen, erwähnt Art. 9 DS-GVO indessen nicht; zu Recht sehr kritisch deshalb Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 239 f.

535 Schiff in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 4f.; Mester in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 6; kritisch zur Rechtslage Schneider, ZD 2017, 303, 303 ff.

536 Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 8; den Verarbeitungskontext betont auch Mester in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 6.

537 Für Facebook so bereits die Nachweise in Fn. 534.

bb) Die Ausnahmetatbestände aus Art. 9 Abs. 2 DS-GVO

Art. 9 Abs. 2 DS-GVO zählt abschließend die Ausnahmetatbestände auf, welche aus dem grundsätzlichen Verarbeitungsverbot des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO herausführen.⁵³⁸

In Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO ist als erster Ausnahmetatbestand – und insofern vergleichbar mit dem Katalog des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO – die Einwilligung der betroffenen Person vorgesehen. Im Kontrast zur allgemeinen Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a), Art. 7 DS-GVO sind indes erhöhte Anforderungen zu beachten.⁵³⁹ Insbesondere setzt Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO eine ausdrückliche und demnach nicht lediglich konkludenterteilte Einwilligung voraus.⁵⁴⁰ Wie gesehen, erscheint es bereits zweifelhaft, dass die Kommunikationspartner bei Vertragsschluss mit dem Provider oder später in die Zugangsgewährung gegenüber den Erben im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DS-GVO wirksam eingewilligt haben.⁵⁴¹ Die Prüfung des Vorliegens einer Einwilligung bleibt zwar eine Frage des Einzelfalls, gleichwohl dürften sich die genannten Zweifel aber erst recht im Rahmen von Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO auswirken.⁵⁴²

Weiterhin ist Art. 9 Abs. 2 lit e) DS-GVO zu beachten, wonach das Verbot aus Abs. 1 nicht gilt, soweit sich die Verarbeitung auf sensible Daten bezieht, „die die betroffene Person offensichtlich öffentlich gemacht hat.“⁵⁴³ Die Adressaten der Veröffentlichung durch den Betroffenen dürfen dabei aber nicht lediglich einem individuell bestimmten Personenkreis

538 *Petri* in: NK-Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 2; *Schiff* in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 8; *Frenzel* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 1.

539 *Mester* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 18; *Schneider*, ZD 2017, 303, 308, hingegen will im Wege einer weiten Auslegung des Einwilligungstatbestands eine zu starke Behinderung der Verarbeitung verhindern; dazu *Albers/Veit* in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 49.

540 *Mester* a.a.O. (Fn. 539); *Schiff* in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 33; *Petri* in: NK-Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 33; *Frenzel* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 21; nach *Albers/Veit* in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 50 f. ist auch „ein gesteigertes Maß an Bestimmtheit erforderlich sowie die Nennung der betroffenen Daten und des Verwendungszwecks.“

541 Siehe hierzu bereits zuvor auf S. 124 f.

542 Ebenso zweifelnd *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 240.

543 Zu den Voraussetzungen von lit. e) siehe *Petri* in: NK-Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 57 ff.; *Mester* in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 25; *Schiff* in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 45 f.

angehören. Vielmehr muss es sich um eine Mitteilung an die Allgemeinheit handeln.⁵⁴⁴ Im Kontext sozialer Medien ist folglich zwischen öffentlich geteilten Informationen, wie in der Regel einem Tweet auf Twitter oder einem Lebenslauf bei LinkedIn, und beispielsweise Privatnachrichten zu unterscheiden, die nicht im Sinne von lit. e) veröffentlicht sind.⁵⁴⁵ Weiter verengt wird der Ausnahmetbestand aus lit. e) durch das Merkmal „offensichtlich“, das einen eindeutigen, bewussten Willensakt des Betroffenen bei der Veröffentlichung voraussetzt.⁵⁴⁶ Zumindest die Gewährung des *uneingeschränkten Zugangs* zum Erblasseraccount lässt sich nach allem nicht auf Art. 9 Abs. 2 lit e) DS-GVO stützen, wenn und soweit damit ein Zugriff auf in den Privatnachrichten enthaltene sensible Daten der Kommunikationspartner einhergeht.

Schließlich erlaubt Art. 9 Abs. 2 lit. f) DS-GVO „die Verarbeitung [...] zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen“ soweit erforderlich. Dieser Ausnahmetbestand ist indes nicht mit der Abwicklung eines Vertragsverhältnisses im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO gleichzusetzen.⁵⁴⁷ Die eindeutige begriffliche Differenzierung und die Systematik sprechen dafür, dass Art. 9 Abs. 2 lit. f) DS-GVO nur im Falle eines rechtlichen Konflikts, nicht jedoch zur regulären Vertragsabwicklung und -erfüllung herangezogen werden kann.⁵⁴⁸ Insbesondere sofern die Verarbeitung sensibler Daten selbst die vertragliche Erfüllungshandlung darstellt, bedarf es folglich eines eigenen Ausnahmetbestands namentlich in Form der Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO.⁵⁴⁹ Ebenso verhält es sich bei der Zugangsgewährung gegenüber den Erben, da der Provider damit den im Erbgang übergegangenen vertraglichen Zugangsanspruch der Erben erfüllt. Diese Zugangsgewährung unterschiedslos auf Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO wie bereits auf Art. 6 Abs. 1

544 Mester in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 25; Schiff in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 45.

545 Schiff a.a.O. (Fn. 544); Petri in: NK-Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 58; Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 240; Spindler/Dalby in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Art. 9 DS-GVO Rn. 14; Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 67 zufolge „transzendieren [geschlossenen Gruppen in sozialen Medien] die klassische Dichotomie von öffentlich/nicht-öffentlicht.“

546 Schiff a.a.O. (Fn. 544); Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 66.

547 Albers/Veit in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO Rn. 45; zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO siehe S. 126 ff.

548 Schiff in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 48; Schneider, ZD 2017, 303, 305 a.E.; ähnlich auch Weichert in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 84.

549 Schiff in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 48.

S. 1 lit. b) Var. 1 DS-GVO zu stützen, hieße die Systematik der DS-GVO und den darin angelegten besonderen Schutz sensibler Daten zu unterlaufen.

cc) Zwischenergebnis zu c)

Ob der Anwendungsbereich von Art. 9 DS-GVO eröffnet und dadurch das Verarbeitungsverbot aus Abs. 1 berufen ist, muss ebenso wie die Frage, inwieweit ein etwaig einschlägiger Ausnahmetatbestand aus Abs. 2 in Betracht kommt, im Einzelfall geprüft und kann hier nicht abstrakt für unterschiedliche Internetdienste und Nutzungsverhältnisse beurteilt werden. Indessen lassen sich zwei zentrale Punkte festhalten, die für den digitalen Nachlass von Bedeutung sind: Erstens ergibt sich aus der intensiven Nutzung von Internetdiensten durch viele Privatpersonen in Kombination mit dem breit formulierten Wortlaut des Anwendungsbereichs („hervorgehen“), dass Art. 9 DS-GVO nicht nur in seltenen Ausnahmefällen einschlägig sein dürfte.⁵⁵⁰ Zweitens hat sich gezeigt, dass die Zugangsgewährung gegenüber den Erben erheblichen Schwierigkeiten begegnet, sobald durch das Vorliegen sensibler Daten der Kommunikationspartner ebendieser Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO eröffnet ist. Denn Art. 9 Abs. 2 DS-GVO enthält keinen allgemeinen Abwägungstatbestand, der mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO vergleichbar wäre.⁵⁵¹ Über die explizit in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO genannten Ausnahmen hinaus gibt es daher keine Möglichkeit, durchaus berechtigte Interessen etwa der Erben zu berücksichtigen. Das nationale (Erb-)Recht hat gegenüber der Wertung des in seiner Anwendung vorrangigen unionalen Datenschutzrechts insofern zurückzustehen.⁵⁵²

550 Umso bemerkenswerter ist es, dass der BGH Art. 9 DS-GVO unerwähnt lässt, obgleich er explizit (auch) sensible Daten betroffen sieht, vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 84, 93; sehr kritisch dazu *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 239 f.; zustimmend hingegen *Härtung/Dag*, K&R 2018, 638, 639.

551 Mester in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Art. 9 DS-GVO Rn. 2 sieht Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO durch die Sperrwirkung des lex specialis Grundsatzes explizit ausgeschlossen.

552 So *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 239; rechtpolitische Kritik wegen mangelnder Praxistauglichkeit von Art. 9 DS-GVO allgemein übt *Schneider*, ZD 2017, 303.

d) Zwischenergebnis zu 1.

Die DS-GVO schützt (lediglich) die personenbezogenen Daten von lebenden Personen. Das unionale Datenschutzrecht kann nicht für den vereinzelt geforderten Schutz der Privatsphäre des Erblassers (vor seinen eigenen Erben) herangezogen werden. Da mit dem Zugang der Erben zum Account des Erblassers neben dessen Daten auch diejenigen seiner Kommunikationspartner zwangsläufig verarbeitet werden, ist die DS-GVO allerdings zum Schutz der (lebenden) Kommunikationspartner zur Anwendung berufen. Während das Erbrecht nur die Extrempositionen von umfassender Vererbarkeit beziehungsweise von Unvererbarkeit der nutzungsvertraglichen Stellung des Erblassers kennt, erlaubt die DS-GVO vermittelnde Positionen. Einen Ansatzpunkt dafür bietet zum einen das Merkmal der Erforderlichkeit, durch welches die Anonymisierung oder zumindest Pseudonymisierung (von Teilen) der Inhalte des Erblasseraccounts verlangt werden kann. Zum anderen ermöglicht ein etwaiges Widerspruchsrecht der Betroffenen die Unterscheidung zwischen mehreren Kommunikationspartnern, die in ihren Privatheitsinteressen unterschiedlich intensiv berührt sind. Durch diese beiden Ansatzpunkte sowie wegen der ohnehin einzelfallbezogenen Beurteilung (und im Falle von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO Abwägung), welche die DS-GVO voraussetzt, ist das Datenschutzrecht besser als das Erbrecht geeignet, um sachgerechte Ergebnisse auch und gerade vor dem Hintergrund der multipolaren Rechtsbeziehungen im digitalen Nachlass zu ermitteln.

Erheblich höhere Hürden bei der Zugangsgewährung und damit verbunden eine Einbuße bei der soeben festgestellten Flexibilität der DS-GVO sind zu verzeichnen, sobald der Erblasseraccount sensible Daten der Kommunikationspartner im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO enthält. Abgesehen von einer etwaigen Einwilligung der Betroffenen nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO, die einzuholen dem Verantwortlichen zu raten ist, erfasst keiner der Ausnahmetatbestände in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO rechtssicher die vorliegende Konstellation. Auf Rechtssicherheit sind nicht zuletzt die Provider als Verantwortliche indes dringend angewiesen, seit mit Einführung der DS-GVO eine erhebliche Verschärfung des Bußgeldrahmens bei Datenschutzverstößen einhergegangen ist.⁵⁵³

553 Dazu Frenzel in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 83 DS-GVO Rn. 1 sowie Faust/Spittka/Wybitul, ZD 2016, 120, 120 ff.; Boehm in: NK-Datenschutzrecht, Art. 83 DS-GVO Rn. 3 vergleicht den Bußgeldrahmen mit dem des europäischen Kartellrechts; zu Kriterien und Praxis der Bußgeldzumessung vgl. Paal, RDV 2020, 57,

2. Fernmeldegeheimnis gem. § 88 TKG

Während das verfassungsrechtliche Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG lediglich den Staat unmittelbar verpflichtet,⁵⁵⁴ hat der einfache Gesetzgeber mit § 88 TKG eine Norm geschaffen, die auch private Anbieter von Telekommunikationsdiensten zu Adressaten des Fernmeldegeheimnisses macht.⁵⁵⁵ Mit Blick auf Gegenstand, Inhalt und Reichweite des Schutzbereichs entsprechen Art. 10 GG und § 88 TKG einander weitgehend.⁵⁵⁶ Der sachliche Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses erfasst die Vertraulichkeit der Individualkommunikation im Fernmeldeverkehr.⁵⁵⁷ Fraglich ist, ob das Fernmeldegeheimnis damit der Durchsetzung des auf die Erben übergegangenen Rechts auf Zugang zum Erblasseraccount entgegensteht. Hier ist zunächst zu prüfen, ob und inwieweit die Anbieter von Kommunikations- und Informationsdiensten zur Einhaltung von § 88 TKG verpflichtet sind (dazu a). Danach ist die Zugangsgewährung gegenüber den Erben am Tatbestand von § 88 Abs. 3 TKG zu messen (dazu b).

57 ff.; neben das Bußgeld- tritt ein Haftungsrisiko auf Schadensersatz gem. Art. 82 DS-GVO, vgl. dazu *Paal*, MMR 2020, 14, 14ff.; von „Verunsicherung“ der großen Anbieter berichtet *Pruns*, ErbR 2019, 456, 457, der ferner auf § 206 StGB hinweist.

554 *Hermes* in: Dreier (Hrsg.), Art. 10 GG Rn. 50; zur Privatisierungsgeschichte der Deutschen Bundespost in diesem Zusammenhang vgl. *Ogorek* in: BeckOK GG, Art. 10 Rn. 12, 12.1 m.w.N.; s. aber *Mayen* in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 67 ff., der breiter argumentiert mit Verweis auf BVerfGE 128, 226, 249 f. – FRAPORT; *ders.*, ZHR 182 (2018), 1, 6 f.

555 *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, Rn. 76; anschaulich KG Berlin, ZD 2017, 386 Rn. 66-68; *Mayen* in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 1; s. aber *ders.* a.a.O (Fn. 554); *Graulich* in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 3 mit Hinweis auf § 206 StGB, der ebenfalls Private adressiert und die Verletzung des Fernmeldegeheimnisses unter Strafe stellt.

556 *Mayen* in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 3; *Eckhardt* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 88 TKG Rn. 4 m.w.N.; KG Berlin a.a.O. (Fn. 555); zum Schutzbereich von Art. 10 GG und § 88 TKG vgl. *Bock* in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 TKG Rn. 4 ff. respektive Rn. 12 ff.

557 *Gusy* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 10 GG Rn. 59; *Hermes* in: Dreier (Hrsg.), Art. 10 GG Rn. 36; *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, Rn. 69; KG Berlin a.a.O. (Fn. 555).

a) Verpflichtung des Providers durch § 88 TKG

Die Eigenschaft als Adressat des Fernmeldegeheimnisses kann sich für den Anbieter von Kommunikations- und Informationsdiensten aus § 88 Abs. 2 S. 1 TKG (dazu aa) oder aus § 7 Abs. 3 S. 2 TMG (dazu bb) ergeben.

aa) Verpflichtung als Diensteanbieter im Sinne des TKG

Den originären Anwendungsbereich des einfachrechtlichen Fernmeldegeheimnisses bestimmt zunächst § 88 Abs. 2 S. 1 TKG, wonach jeder „Diensteanbieter“ zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet ist.⁵⁵⁸ Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 6 TKG ist „Diensteanbieter“ jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt.“ Telekommunikationsdienste wiederum werden in § 3 Nr. 24 TKG definiert als „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen.“

Problematisch ist vorliegend, dass sich die Anbieter von Kommunikations- und Informationsdiensten bei sogenannten „Over-the-top“-Diensten der fremden Signalübertragung durch Telekommunikationsunternehmen bedienen, nicht aber selbst Signale übertragen.⁵⁵⁹ Versendet ein Nutzer beispielsweise eine Nachricht oder einen sonstigen Inhalt über WhatsApp, wird diese Nachricht – anders etwa als die über das Vodafone-Netz übermittelte SMS eines Vodafone-Kunden – nicht über WhatsApp-eigene Telekommunikationsnetze, sondern über das offene Internet übermittelt.⁵⁶⁰ Bislang wurde darüber gestritten, ob sich der Anbieter des Kommunikationsdienstes (im Beispiel WhatsApp) die Signalübertragung der Telekom-

558 Zum Adressatenkreis nach § 88 Abs. 2 S. 1 TKG vgl. *Graulich* in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 75; *Mayen* in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 53 ff.; *Bock* in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 TKG Rn. 22 ff.; *Eckhardt* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 88 TKG Rn. 26 ff.

559 Instruktiv zu Begriff und Funktionsweise unterschiedlicher OTT-Dienste vgl. *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 91, 91 ff.; ferner *Schuster*, CR 2016, 173, 174.

560 Speziell zum Beispiel von WhatsApp und seiner Funktionsweise in diesem Zusammenhang, vgl. *Schneider*, ZD 2014, 231, 232 m.w.N.

munikationsunternehmen zurechnen lassen muss und sich dadurch selbst ebenfalls als Adressat des TKG qualifiziert.⁵⁶¹

Die aufgeworfene Frage ist durch die dem TKG zugrunde liegende und hier entscheidende Vorschrift des Art. 2 lit. c) der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG europarechtlich determiniert. Der EuGH ist der vorgenannten extensiven Lesart im Sinne einer Zurechnung jüngst klar entgegengetreten.⁵⁶² In einem Urteil zu Googles Webmail-Dienst Gmail nimmt der EuGH eine technisch geprägte Begriffsbestimmung vor und sieht keine „ganz oder überwiegend“ in der Übertragung von Signalen bestehende Tätigkeit aufseiten von Gmail.⁵⁶³ Nach diesem Urteil, das auf Vorlage des OVG NRW⁵⁶⁴ erging, dürfte zumindest die Einbeziehung aller OTT-Dienste in das Regelungsregime des TKG nunmehr kaum noch vertretbar sein.⁵⁶⁵ Allerdings wird sich zukünftig aus dem bis 21. Dezember 2020 umzusetzenden neuen Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK-RL) wahrscheinlich eine Einbeziehung von OTT-Kommunikationsdiensten in den unionalen Regelungsrahmen ergeben, vgl. Art. 2 Nr. 4 lit. b), Nr. 5 EKEK-RL.⁵⁶⁶

561 Ausführlich dazu *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 55 ff. m.w.N.; *Spindler* in: Schmitz/Spindler (Hrsg.), § 1 TMG Rn. 26 ff.; für eine weite Auslegung des TKG in diesem Sinne *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 641 ff. und *dies.*, CR 2016, 185, 185 ff.; hingegen für eine enge Auslegung unter Ausschluss der Anwendbarkeit auf OTT-Dienste etwa *Schuster*, CR 2016, 173, 173 ff.; *Gersdorf*, K&R 2016, 91, 91 ff.; differenzierend *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 91, 91 ff.; *Schneider*, ZD 2014, 231, 235 f.; im Kontext des digitalen Nachlasses zu diesem Streit noch *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 153 ff. sowie *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 185 ff.; BGH NJW 2018, 3178 Rn. 56 lässt die Frage explizit offen.

562 EuGH Urteil vom 13.6.2019 – C-193/18 – MMR 2019, 514 mit Anm. von *Spies*; dazu auch *Schumacher*, K&R 2019, 490, 490 f.

563 EuGH MMR 2019, 514 Rn. 35 ff.; *Ludwigs/Huller*, NVwZ 2019, 1099, 1099 f.

564 OVG NRW MMR 2018, 552, 552 ff.

565 Zum Ganzen *Martini* in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 TMG Rn. 13a ff.; instruktiv zur Unterscheidung zwischen OTT-Kommunikationsdiensten (wie Gmail und WhatsApp), die nicht unter das TKG fallen, und OTT-0-Diensten (wie SkypeOut), die nach EuGH Urteil vom 5.6.2019 – C-142/18 – MMR 2019, 517 von der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG erfasst sind, vgl. *Ludwigs/Huller*, NVwZ 2019, 1099, 1101; *Schumacher*, K&R 2019, 490, 490 f.

566 *Ludwigs/Huller*, NVwZ 2019, 1099, 1101; *Martini* in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 TMG Rn. 13f; *Schumacher*, K&R 2019, 490, 491; *Spies*, MMR 2019, 516, 517 (auch) zu den mitgliedstaatlichen Umsetzungsbestrebungen in Deutschland.

bb) Verpflichtung als Diensteanbieter im Sinne des TMG

Ungeachtet der strittigen und dynamischen Rechtslage im Telekommunikationsrecht ergibt sich die Geltung von § 88 TKG für die Anbieter von Informations- und Kommunikationsdiensten jedenfalls (auch) aus dem Verweis in § 7 Abs. 3 S. 2 TMG.⁵⁶⁷ Danach haben Diensteanbieter im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG ausdrücklich das Fernmeldegeheimnis aus § 88 TKG zu wahren.⁵⁶⁸ Diensteanbieter im Sinne des TMG ist, wer „eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt,“ vgl. § 2 S. 1 Nr. 1 TMG. Telemedien wiederum sind nach § 1 Abs. 1 S. 1 TMG „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG [...], telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 RStV sind.“⁵⁶⁹ Wie soeben festgestellt, ist § 3 Nr. 24 TKG hier de lege lata nicht erfüllt.⁵⁷⁰ Das Vorliegen von telekommunikationsgestützten Diensten und Rundfunk kann ebenfalls ausgeschlossen werden.⁵⁷¹ Damit sind die drei negativen Voraussetzungen des Telemedienbegriffs erfüllt. Die Anbieter sozialer Medien vermitteln auf elektronischem Wege, insbesondere über das Internet, Information und Kommunikation. Nach alledem stellen die Anbieter von Informations- und Kommunikationsdiensten somit Telemedien dar.⁵⁷²

567 So *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 236; anders noch zur Rechtslage vor der 3. TMG-Novelle gem. § 7 Abs. 2 S. 3 TMG a.F. *Martini*, JZ 2012, 1145, 1148; wie hier auch *Mayen*, AnwBl Online 2018, 466, 467; vgl. ferner *ders.*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 60; a.A., der sachliche Schutzbereich sei nicht eröffnet, *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 138 f.

568 Vgl. hierzu *Paal* in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 7 TMG Rn. 71; *Hoffmann/Volkmann* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 7 TMG Rn. 43; noch zu § 7 Abs. 2 S. 3 TMG a.F. ebenfalls *Müller-Broich* in: NK-TMG, § 7 Rn. 10.

569 Zum Begriff der Telemedien s. *Spindler* in: Schmitz/Spindler (Hrsg.), § 1 TMG Rn. 8 ff. sowie *Martini* in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 TMG Rn. 8 ff.

570 Siehe dazu zuvor auf S. 149 f.

571 Zum Begriff des § 3 Nr. 25 TKG vgl. *Ricke* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 3 TKG Rn. 51; *Ditscheid* in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 3 TKG Rn. 80 ff.

572 Für Twitter so etwa *Engeler*, MMR 2017, 651, 652; für Facebook *Rockstroh*, MMR 2013, 627, 628 sowie *Martini*, JZ 2012, 1145, 1148; i.U. für Webmail-Dienste *Martini* ebd.; weitere Beispiele bei *Ricke* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 1 TMG Rn. 12.

cc) Zwischenergebnis zu a)

Die Anbieter von Informations- und Kommunikationsdiensten sind zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses aus § 88 TKG verpflichtet. Das folgt de lege lata zwar nicht aus § 88 Abs. 2 S. 1 TKG, aber aus § 7 Abs. 3 S. 2 TMG. De lege ferenda ist die Entwicklung der mitgliedstaatlichen Umsetzung von Art. 2 Nr. 4 lit. b), Nr. 5 EKEK-RL in nationales Recht zu beobachten. Während die Geltung des Fernmeldegeheimnisses für die Anbieter von Informations- und Kommunikationsdiensten dem Grunde nach (wohl) fortbestehen wird, könnte dieses Ergebnis nach einer TKG-Novelle rechtlich anders herzuleiten sein.

b) Tatbestand von § 88 Abs. 3 TKG

Die Inhalte des Erblasseraccounts, insbesondere die davon umfassten Privatnachrichten, fallen in den sachlichen Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses, solange und soweit sie im Herrschaftsbereich – also insbesondere auf den Servern – des Providers abgespeichert sind.⁵⁷³ Das gilt unabhängig davon, ob der Adressat den Inhalt der Nachrichten bereits zur Kenntnis genommen hat beziehungsweise ob die Nachrichten auf dem Server zwischen- oder endgespeichert sind.⁵⁷⁴ Bei der Nutzung sozialer Medien verbleiben die Accountinhalte regelmäßig auf dem Server des Providers. Einer Differenzierung wie bei E-Mails zwischen Webmail-Diensten (Speicherung auf dem Server des Providers) und endgerätebasierten E-Mail-Programmen (Speicherung auf dem Endgerät des Nutzers) bedarf es nicht. Demnach unterfällt der Inhalt eines Social-Media-Accounts dem

⁵⁷³ Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 235; zum Schutzbereich vgl. Graulich in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 21; Bock in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 TKG Rn. 12.

⁵⁷⁴ So explizit BVerfGE 124, 43, 55 zu Art. 10 Abs. 1 GG. Nach Mayen in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 27 gelten diese Maßstäbe „auch für § 88 TKG, der den Zweck verfolgt, das im Staat-Bürger-Verhältnis unmittelbar geltende Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG auf das Horizontalverhältnis zwischen privatem Diensteanbieter und privatem Nutzer zu übertragen.“ Vgl. ferner ders., AnwBl Online 2018, 466, 467 f. sowie bereits ders. in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 71 ff.; Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, Rn. 71 ff.; bis zur Klarstellung durch das BVerfG noch a.A. BGH NJW 2009, 1828, 1828.

Fernmeldegeheimnis.⁵⁷⁵ Geschützt sind dabei sowohl der Empfänger als auch der Absender der jeweiligen Privatnachricht.⁵⁷⁶

Nach § 88 Abs. 3 S. 1 TKG ist es dem Provider als Normadressaten untersagt, „sich oder anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste [...] erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen.“ Umstritten ist, ob § 88 Abs. 3 S. 1 TKG damit dem Provider die Zugangsverschaffung gegenüber den Erben verbietet.

aa) Herrschende Ansicht: Kein Verstoß gegen § 88 Abs. 3 S. 1 TKG

Die überwiegende Ansicht in der Literatur⁵⁷⁷ und im Anschluss daran der BGH⁵⁷⁸ sehen in der Zugangsverschaffung zugunsten der Erben keinen Verstoß gegen § 88 Abs. 3 S. 1 TKG. Während innerhalb dieser Meinung zwar mit Blick auf das Ergebnis Einigkeit herrscht, werden zu dessen Herleitung im Wesentlichen aber vier unterschiedliche Anknüpfungspunkte vorgeschlagen:

Einige Stimmen rekurrieren ausgehend von der Annahme, dass der Zugangsanspruch grundsätzlich im Wege des Erbgangs auf die Erben übergeht,⁵⁷⁹ auf das vertragliche Pflichtenregime des Providers, um die TKG-Konformität zu begründen: Die Zugangsverschaffung stelle die Erfüllung vertraglicher Pflichten des Providers dar und halte sich deshalb in dem „für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste“ erforderlichen Maß der Kenntnisverschaffung.⁵⁸⁰ Das erforderliche Maß der Kenntnisverschaffung wird in der telekommunikationsrechtlichen Litera-

575 Mayen, AnwBl Online 2018, 466, 468 mit Verweis auf KG Berlin, ZEV 2017, 386 Rn. 86; Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 235; Härtling/Dag, K&R 2018, 638, 639.

576 Graulich in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 22; Bock in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 TKG Rn. 19.

577 Ein guter Überblick zu den vier vertretenen Begründungsansätzen findet sich bei Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 59 ff. sowie bei dies./Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 82 ff.; für ausführliche Nachweise zu den vier Teilmeinungen siehe noch Fn. 580, 584, 587 und 592.

578 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 56 ff.

579 Das entspricht auch der hier vertretenen Auffassung, vgl. dazu S. 88 ff.

580 So erstinstanzlich das LG Berlin ZEV 2016, 189, 192 f. mit Verweis auf Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 264; Pruns, NWB 2014, 2175, 2178; Thiesen, Daten in der Erbmasse, S. 201 f.

tur allerdings zum einen eng und zum anderen technisch ausgelegt.⁵⁸¹ Nach *Graulich* soll sich der Provider selbst nur Kenntnis verschaffen dürfen, wenn das für die Herstellung der Verbindung, die Beseitigung von Fehlerquellen oder für die Abrechnung der erbrachten Leistung erforderlich ist.⁵⁸² Gemessen an diesem Maßstab ist eine Kenntnisverschaffung des Kommunikationsinhalts – insbesondere zugunsten Dritter – regelmäßig nicht erforderlich.⁵⁸³

Auf die Erforderlichkeit kommt es indes nicht an, wenn die Erben bereits keine „anderen“ sind im Sinne von § 88 Abs. 3 S. 1 BGB.⁵⁸⁴ Nach Ansicht des BGH werde anstelle des Erblassers der Erbe als neuer Kontoberechtigter zum Teilnehmer der (fortlaufenden) Kommunikationsvorgänge.⁵⁸⁵ Demnach soll eine erbrechtlich bedingte Sukzession auch in die Stellung des Kommunikationsteilnehmers stattfinden. Dem wird entgegnet, dass „anderer“ jeder sei, der nicht an der Telekommunikation beteiligt war; der Beteiligtenbegriff wiederum sei lebensweltlich und nicht vertragsbeziehungsweise erbrechtlich zu beurteilen.⁵⁸⁶ Da die Erben nicht selbst und persönlich am Kommunikationsvorgang beteiligt waren, seien sie „andere“ im Sinne von § 88 Abs. 3 S. 1 BGB.

Ein weiterer Ansatz zur Begründung der TKG-Konformität geht von einer entweder expliziten, konkludenten oder zumindest mutmaßlichen Einwilligung des Erblassers sowie seiner Kommunikationspartner in die

581 *Graulich* in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 77 ff.; *Bock* in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 TKG Rn. 26.

582 *Graulich* in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 78; ähnlich auch *Bock* in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 TKG Rn. 26.

583 *Graulich* in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), § 88 TKG Rn. 79 f. (beachte aber Rn. 74); zum digitalen Nachlass hierzu KG Berlin, ZEV 2017, 386 Rn. 78 ff.; zweifelnd auch *Kunz* in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 629.

584 So BGH NJW 2018, 3178 Rn. 56 ff.; dem zustimmend *Hoeren*, MMR 2018, 749, 749 f. sowie *Preuß*, NJW 2018, 3146, 3146 f.; in diesem Sinne bereits zuvor *Biermann*, ZErb 2017, 210, 214 f.; *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 86 f.; *Herzog*, ZErb 2017, 205, 208; *Wüsthof*, ErbR 2017, 508, 510; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 264; *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 585; *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 115; Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 347, abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

585 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 60.

586 *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 236; *Mayen*, AnwBl Online 2018, 466, 468 f.; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 406; *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 211; KG Berlin, ZEV 2017, 386 Rn. 85.

Zugangsgewährung gegenüber den Erben aus.⁵⁸⁷ Der Erblasser erteile bereits durch die Erbeinsetzung seine Einwilligung. Da beide Kommunikationsteilnehmer durch das Fernmeldegeheimnis geschützt werden,⁵⁸⁸ könne der Empfänger allein zwar nicht wirksam in den Zugriff auf die gem. § 88 TKG geschützten Daten einwilligen.⁵⁸⁹ Indes willigten auch die Kommunikationspartner (konkludent) in den Zugriff der Erben ein.⁵⁹⁰ Dieser Meinung wird zumindest in ihrer Pauschalität die Gefolgschaft von anderen Stimmen verweigert, die auf die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Feststellung der Einwilligung hinweisen und zumindest für besonders sensible Korrespondenz keinen dahingehenden Willen der Kommunikationspartner erkennen wollen.⁵⁹¹

Schließlich gibt es noch einen vierten Ansatz, der das gewünschte Ergebnis der TKG-Konformität gleichsam im Wege einer Gesamtbetrachtung unter Verweis auf das Rechtsinstitut der praktischen Konkordanz herleitet.⁵⁹² Die Interessen der Erben und der Sukzessionsgedanke dürften ange-sichts des verfassungsrechtlich geschützten Erbrechts, vgl. Art. 14 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG, nicht durch die Beschränkung des Accountzugangs ausgehöhlt werden. Diesem Ansatz wird vorgeworfen, das Verfassungsrechtsinstitut „lediglich als ein Vehikel für eine rein vom Ergebnis her orientierte Betrachtung“ zu gebrauchen.⁵⁹³ Denn unter praktischer Konkordanz sei nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG der schonende Ausgleich kolli-dierender Grundrechtspositionen in dem Sinne zu verstehen, dass die jeweiligen Interessen der Beteiligten möglichst weitgehend wirksam wer-

587 Pruns, NWB 2014, 2175, 2183 ff.; ders., ZErb 2017, 217, 220 ff.; Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 68a; Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 90 ff.; Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 212 f.; Thiesen, Daten in der Erbmasse, S. 198 ff.; zumindest für den geschäftlichen Kontext so auch Ludgya, ZEV 2018, 1, 6.

588 Siehe dazu bereits die Nachweise in Fn. 576.

589 Bock in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 TKG Rn. 19; problematisch insoweit der Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 345, abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

590 Ebd. Fn. 587; Kutscher, Der digitale Nachlass, 2015, S. 145.

591 Bräutigam in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), nach § 1922 BGB Rn. 22; Bock, AcP (217) 2017, 370, 407 f.; Mayen in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 75 ff.

592 Bock, AcP (217) 2017, 370, 408 ff.; Klas/Möhrke-Sobolewski, NJW 2015, 3473, 3477 f.; Solmecke/Köbrich/Schmitt, MMR 2015, 291, 292; Brisch/Müller-ter Jung, CR 2013, 446, 450; nicht eindeutig Frank/Helms, Erbrecht, § 1 Rn. 9a: „einschränkende Auslegung [von § 88 Abs. 3 TKG] erscheint durchaus denkbar.“

593 Vgl. Kuntz, JM 2016, 190, 191 f.; kritisch auch Bräutigam in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), nach § 1922 BGB Rn. 23.

den.⁵⁹⁴ Ein schonender Ausgleich werde aber kaum erreicht, wenn die Vertraulichkeitsinteressen der Kommunikationspartner de facto vollständig zurückgestellt werden.⁵⁹⁵

bb) Andere Ansicht: Verstoß gegen § 88 Abs. 3 S. 1 TKG

Anderer Ansicht nach verstößt der Provider gegen das Fernmeldegeheimnis und seine Pflicht aus § 88 Abs. 3 S. 1 TKG, wenn und soweit er dem Erben Zugang zum Account des Erblassers verschafft.⁵⁹⁶ Danach sei die Kritik, die an den vier soeben dargestellten Begründungsansätzen der herrschenden Meinung geübt wird, durchschlagend.⁵⁹⁷ Hier stehen zwei Aspekte im Vordergrund: Zum einen wird die Wirkung der zivilrechtlichen Sukzession(sfiktion) für den öffentlich-rechtlichen Kontext des Telekommunikationsrechts bestritten.⁵⁹⁸ Das Fernmeldegeheimnis beabsichtige den Schutz der tatsächlich-real an der Kommunikation beteiligten Personen, sodass ein Wechsel in der Person eines Beteiligten – entgegen der erbrechtlichen Anordnung – nicht hinweggingt werden könne.⁵⁹⁹ Zum anderen wird auf das sogenannte kleine Zitiergebot aus § 88 Abs. 3 S. 3 TKG verwiesen.⁶⁰⁰ Danach müssen gesetzliche Ausnahmen von § 88 Abs. 3 S. 1 TKG das Fernmeldegeheimnis ausdrücklich in Bezug nehmen oder zumin-

594 Vgl. dazu etwa BVerfGE 134, 204, 223; BVerfGE 89, 214, 232 jew. m.w.N.; aus der Literatur zum Rechtsinstitut der praktischen Konkordanz vgl. nur Lübbe-Wolff in: FS Kirchberg, S. 143 ff. m.w.N.

595 So Kuntz a.a.O. (Fn. 593); einen ausreichenden Schutz der Kommunikationspartner sehen aber Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 97 die auf bestehende Löschungs-/Herausgabeansprüche gegen die Erben (freilich im Anschluss an deren Zugang zum Erblasseraccount) hinweisen.

596 Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 235f.; Mayen, AnwBl Online 2018, 466, 466 ff.; ders. in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 80 f.; Deusche, Digitales Sterben – Das Erbe im Web 2.0, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013, S. 437 f.; Kuntz, jM 2016, 190, 191 f.; Uhrenbacher, Digitales Testament und digitaler Nachlass, S. 181; KG Berlin, ZEV 2017, 386 Rn. 66 ff.

597 Siehe hierzu bereits die Nachweise in den Fn. 583, 586, 591 und 593.

598 Pointiert Mayen, AnwBl Online 2018, 466, 468 f.: Es handele sich „um eine Fiktion, die für die Zwecke des Erbrechts gilt, die aber auf das Fernmeldegeheimnis nicht übertragen werden kann.“ Ähnlich Martini/Kienle, JZ 2019, 235, 236.

599 Ebd. Fn. 598.

600 KG Berlin, ZEV 2017, 386 Rn. 81 f.; ferner Mayen in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 81 f.; ders., AnwBl Online 2018, 466, 470.

dest erkennbar eine gesetzgeberische Abwägung mit dem Fernmeldegeheimnis enthalten.⁶⁰¹ Dem genüge § 1922 Abs. 1 BGB aber gerade nicht.⁶⁰²

cc) Rechtsdogmatische oder rechtspolitische Lösung

Den für das Datenschutzrecht der DS-GVO festgestellten Vorteil der einzelfallorientierten Flexibilität weist das Telekommunikationsrecht gerade nicht auf. Es lässt nur die Extrempositionen eines umfassenden Zugangs der Erben oder ebendessen Ausschluss zu. Die Debatte im Spannungsfeld zwischen Rechtsnachfolge und Fernmeldegeheimnis wurde – vor allem bis zu dem sukzessionsfreundlichen Grundsatzurteil des BGH⁶⁰³ – auch deshalb so kontrovers geführt, weil damit die gesamte Handhabung des digitalen Nachlasses entscheidend beeinflusst wird. Ein vollständiger Ausschluss der Erben von allen Nutzerkonten des Erblassers wird im Übrigen lagerübergreifend als unbillig empfunden. Während die herrschende Ansicht dem mit teilweise ergebnisgetriebenen Auslegungsansätzen begegnet,⁶⁰⁴ fordern die anderslautenden Stimmen mehrheitlich Korrekturen durch den Gesetzgeber.⁶⁰⁵ Nicht zuletzt das Gutachten der Datenethikkommission sieht den Gesetzgeber auch nach dem Facebook-Urteil des BGH dazu aufgerufen, die Normkollision zwischen Fernmeldegeheimnis und Erbrecht aufzulösen.⁶⁰⁶ Da den Interessen der Kommunikationspartner aber, wie gesehen,⁶⁰⁷ auch und gerade mit den Mitteln des Datenschut-

601 *Bock* in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 TKG Rn. 28; *Eckhardt* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 88 TKG Rn. 51.

602 KG Berlin, ZEV 2017, 386 Rn. 81 f.; ferner *Mayen* in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 81 f.; *ders.*, AnwBl Online 2018, 466, 470.

603 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 56 ff.

604 Krit. *Mayen*, AnwBl Online 2018, 466, 471: eine „Logik, wonach nicht sein kann, was nicht sein darf, ist nun einmal keine überzeugende Auslegungsmethode.“

605 *Kuntz*, jM 2016, 190, 191 f.; *Mayen*, AnwBl Online 2018, 466, 471; *Bräutigam/Herzog/Mayen/Redeker/Zuck* in: DAV-Stellungnahme Nr. 34/2013, S. 92; *Uhrenbacher*, Digitales Testament und digitaler Nachlass, S. 223 f.; rechtspolitisch (wohl) etwas restriktiver *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 240 f.; bemerkenswert insoweit KG Berlin, ZEV 2017, 386 Rn. 48: „[...] der Senat [hat] vollstes Verständnis für das Anliegen der Klägerin, [...] sieht sich aber rechtlich daran gehindert, diesem Ansinnen zum Erfolg verhelfen zu können.“

606 Vgl. Gutachten der Datenethikkommission vom 23.10.2019, S. 111, abrufbar a.a.O. (Fn. 30).

607 Siehe dazu bereits S. 147 f.

zes angemessen Rechnung getragen werden kann, ist der BGH nach hier vertretener Ansicht zurecht für seinen pragmatischen Umgang mit der gegenwärtigen Telekommunikationsrechtslage gelobt worden.⁶⁰⁸

c) Fazit zu 2.

Das Telekommunikationsrecht wird von (fast)⁶⁰⁹ allen Stimmen in der Debatte um den digitalen Nachlass als ein Hindernis auf dem Weg zu einer interessengerechten Lösung gesehen. Insofern hat der BGH mit seiner Auslegung des Begriffs der „anderen“ aus § 88 Abs. 3 S. 1 TKG einen lösungsorientierten Ausweg gefunden, ohne – wie von anderen Stimmen gefordert – ein Tätigwerden des Gesetzgebers abzuwarten. Ob damit aber eine dauerhafte Klärung der Debatte einhergegangen ist, darf bezweifelt werden. Der unionale Gesetzgeber prägt mit den aktuellen Vorhaben von EKEK⁶¹⁰ und ePrivacy-VO⁶¹¹ die Telekommunikationsrechtsordnung mit Wirkung auch für das nationale deutsche Telekommunikationsrecht. Hier werden die weiteren Entwicklungen genau zu beobachten sein, da das Ergebnis des BGH die Grenzen der Auslegung berührt und (auch insoweit) keinesfalls unumstritten ist. Wenn und soweit die Auslegung des Begriffs der Beteiligten an einem Kommunikationsvorgang und die damit verbundene Frage danach, wer als Dritter/Anderer zu gelten hat, (künftig) in den Anwendungsbereich des Europarechts fallen, ebnet das in einem derart umstrittenen Punkt den Weg zu einem ergebnisoffenen Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH im Sinne von Art. 267 AUEV.

3. Zwischenergebnis zu III.

Während das materielle Erbrecht der richtige Ort ist, um über die Persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Erblassers zu entscheiden, werden die entsprechenden Belange der Kommunikationspartner primär durch das Datenschutz- sowie das Telekommunikationsrecht geschützt. Hierbei

608 In diesem Sinne insbesondere *Hoeren*, MMR 2018, 749, 749 f.; ferner *Preuß*, NJW 2018, 3146, 3146 f.; *Härtig/Dag*, K&R 2018, 638, 639.

609 Anders – soweit ersichtlich – nur *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152 und (wohl) *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 235 f.

610 Siehe hierzu S. 149 ff.

611 Dazu *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 240 f.; *Lieder/Berneith*, ZRP 2020, 87, 89.

haben sich de lege lata die datenschutzrechtlichen Vorgaben der DS-GVO als vorrangig geeignet erwiesen, um die mitunter widerstreitenden Interessen der Erben und der Kommunikationspartner einzelfallorientiert zu einem schonenden Ausgleich zu bringen. Danach stellt der umfassende Zugang der Erben zum Account des Erblassers die Regel dar, von der nach Maßgabe der DS-GVO im Einzelfall begründete Ausnahmen zu machen sind.

IV. Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob und inwieweit die Parteien des Nutzungsvertrags von den bislang ermittelten Ergebnissen durch Vereinbarung abweichen können. In der privatautonomen Rechtsordnung des BGB ist es den Parteien eines Vertrags grundsätzlich unbenommen, in Wahrnehmung ihrer Vertragsfreiheit etwa den Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten im Erbfall zu beschränken oder auszuschließen.⁶¹² Treffen die Parteien des Nutzungsvertrags entsprechende Sonderregelungen im Wege einer Individualabrede (dazu 1.), sind regelmäßig (nur) die weiten Grenzen der §§ 138, 242, 313 BGB zu beachten.⁶¹³ Entsprechende AGB-Klauseln (dazu 2.) obliegen zusätzlich der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB.⁶¹⁴ In jedem Fall ist die multipolare Rechtsbeziehung im digitalen Nachlass angemessen zu berücksichtigen – namentlich in Form der (datenschutzrechtlichen) Interessen der Kommunikationspartner, über welche die Vertragsparteien regelmäßig nicht allein disponieren können.

612 Vgl. *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 42; *Lange*, Erbrecht, § 9 Rn. 33; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 372; *Kunz* in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 166ff., 636; BGH NJW 2018, 3178 Rn. 24. Das gilt freilich nicht unbeschränkt, vgl. etwa § 563 BGB. Noch weiter geht *Webleit*, MMR 2018, 279, 280 der bezogen auf Nutzungsverträge sogar grundsätzlich einen (konkludent) auf den Tod des Nutzers auflösend bedingten Vertrag annimmt.

613 Zur Vertragsfreiheit und ihren Grenzen, vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, § 3 Rn. 1 ff.; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, § 4 Rn. 1 ff.

614 Die Bereichsausnahme für Verträge auf dem Gebiet des Erbrechts gem. § 310 Abs. 4 S. 1 BGB greift hier nicht ein, vgl. zu dessen Reichweite *Becker* in: BeckOK BGB, § 310 Rn. 25; *Piekenbrock* in: Staudinger, § 310 BGB Rn. 148; wie hier auch *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 56; eine (in Teilen obiter erfolgte) AGB-Prüfung im Bereich des digitalen Nachlasses findet sich bei BGH NJW 2018, 3178 Rn. 25 ff.

1. Regelungen im Wege der Individualabrede

Die Untersuchung des individualvertraglichen Gestaltungsspielraums der Nutzungsvertragsparteien hat nur einen theoretischen Wert, soweit unter einer Individualabrede das Ergebnis einer gleichberechtigten, ergebnisoffenen Verhandlung verstanden wird. In der Praxis diktieren die Provider bestimmte Vertragsinhalte, welche die Nutzer lediglich im Ganzen annehmen oder ablehnen können.⁶¹⁵ Zwar weisen einzelne Stimmen in der Literatur darauf hin, dass es dem Provider durchaus technisch möglich und auch rechtlich zulässig sei, beim Abschluss des Nutzungsvertrags mit Freitextfeldern in den AGB zu arbeiten.⁶¹⁶ Dadurch könnte der Nutzer einen eigenen Vorschlag für das rechtliche Schicksal des Accounts und der darin enthaltenen Daten formulieren. In der Folge wäre entweder schon das Vorliegen von AGB zu verneinen, weil ein „Aushandeln“ im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB vorliegt, oder zumindest eine nach § 305b BGB vorrangige „Individuelle Vertragsabrede“ gegeben.⁶¹⁷ Realistischerweise müsste die Nachfolgeregelung aber eine besondere Priorität für den Anbieter haben, um aus dessen Sicht den zusätzlichen Aufwand zu rechtfertigen, der durch die Prüfung der jeweiligen nutzerseitigen Eingabe entsteht.⁶¹⁸

615 Pointiert in diesem Sinne *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 640: „Individuelle Aushandlungslösungen verbieten sich gegenüber Anbietern, die Millionen, ja Hunderte von Millionen Nutzer haben. [...] den Nutzern [bleibt] nichts anderes übrig, als die Bedingungen auf einer ‚take it or leave it-Basis‘ anzunehmen.“ In diese Richtung auch *Kunz* in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 636 sowie die Studie des Fraunhofer Instituts für Sichere Informationstechnologie, S. 116, abrufbar a.a.O. (Fn. 7); hinzukommt, dass nach Ansicht von *Dix*, ZEuP 2017, 1, 4 wegen des „sozialen Anschluss- und Nutzungzwangs“ bei großen Internet-Plattformen selbst die zivilrechtliche Vorstellung der Vertragsabschlussfreiheit „zunehmend lebensfremd“ ist.

616 *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 411 f. dort in Fn. 294 sowie *dies.* in: *Groll/Steiner* (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.119; *Lieder/Berneith*, FamRZ 2018, 1486, 1487; i.e. ähnlich auch *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 37 f., 70 f., der die Möglichkeit sieht, dem Nutzer ein einseitiges Bestimmungsrecht einzuräumen; zur a.A., wonach die Nutzer keine realistische Möglichkeit haben, individuelle abweichende Regelungen zur Vererbbarkeit zu treffen, vgl. *Kunz* in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 636 sowie *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 221.

617 Zum Verhältnis von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB und § 305b BGB vgl. *Mäsch* in: Staudinger, § 305b BGB Rn. 2; *Schmidt* in: BeckOK BGB, § 305b Rn. 8.

618 *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 9 beschreibt das Vorgehen der Provider als von Pragmatismus und Kosteneffizienz gekennzeichnet; zurecht skeptisch *Kutschner*, Der digitale Nachlass, S. 151 f.

Denn der Provider muss jeweils sichergehen, dass er durch die Freitexteingabe des Nutzers nicht zu etwas verpflichtet wird, das entweder aus Rechtsgründen gar nicht oder aus wirtschaftlichen Gründen nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erfüllt werden kann.⁶¹⁹ Das (ökonomische) Interesse des Providers an der Vermeidung „toter“ Nutzerkonten⁶²⁰ stellt insofern keinen hinreichenden Antrieb dar, weil eine entsprechende Regelung der (Un-)Vererbarkeit im Wege von AGB effizienter ist.⁶²¹ Auch ein wahrnehmbares Drängen der Nutzer auf eine solche Selbstbestimmung durch Freitextfelder ist bislang nicht zu verzeichnen.

Weniger aufwändig in der Handhabung und daher aus Sicht des Providers möglicherweise attraktiver ist es, dem Nutzer mittels Auswahlbuttons die Wahl zwischen unterschiedlichen vorformulierten Anordnungsvarianten einzuräumen.⁶²² Indes führt eine solche Lösung gerade nicht aus der AGB-Kontrolle heraus.⁶²³ Denn um AGB handelt es sich auch dann, wenn einer Vertragspartei nur die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Alternativen hat, weil bereits darin eine einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit zu sehen ist.⁶²⁴ Solange der Nutzer keinerlei Möglichkeit hat, eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen, ist eine Prüfung am Maßstab der §§ 305 ff. BGB erforderlich.⁶²⁵

Nach alledem dürfte die praktische Relevanz der Individualabrede für den digitalen Nachlass von nur geringer Bedeutung sein. Den Schwerpunkt der hiesigen Untersuchung bildet daher der formularvertragliche Gestaltungsspielraum der Parteien.

619 *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 455; s. aber den Gestaltungsvorschlag nach *Thiesen* a.a.O. (Fn. 616), bei dem keine providerseitige Prüfung vorgesehen ist.

620 Damit argumentieren *Lange/Holtwiesche*, ZErb 2016, 125, 129; *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 590; ferner *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 413.

621 Zu den rechtlichen Grenzen der Lösung mittels AGB siehe noch S. 164 ff.

622 Dafür plädieren daher auch *Brisch/Müller-ter Jung* a.a.O. (Fn. 619) sowie *Litzenburger*, FD-ErbR 2016, 375286.

623 *Litzenburger*, FD-ErbR 2018, 407688; *Bock* in: *Groll/Steiner* (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.121; a.A. (wohl) *Lieder/Berneith*, FamRZ 2018, 1486, 1487 in Fn. 21.

624 BGH NJW-RR 2018, 693 Rn. 18; *Schmidt* in: BeckOK BGB, § 305b Rn. 9 m.w.N.; *Mäsch* in: *Staudinger*, § 305 BGB Rn. 63 m.w.N.; *Schuster* in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 305 BGB Rn. 21 ff.

625 BGH NJW 2017, 2346 Rn. 9; *Litzenburger*, FD-ErbR 2018, 407688 m.w.N.; vgl. auch *Mäsch* in: *Staudinger*, § 305 BGB Rn. 63 a.E.

2. Regelung im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Regelmäßig stellt der Provider dem Nutzer bei Abschluss des Nutzungsvertrags für eine Vielzahl von Verträgen⁶²⁶ vorformulierte Vertragsbedingungen mit der Folge, dass der AGB-Begriff aus § 305 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt ist.⁶²⁷ Das gilt unabhängig von der Bezeichnung der Vertragsbedingungen durch den Provider zum Beispiel als „Nutzungsbedingungen“.⁶²⁸ Sofern AGB vorliegen, ist in der weiteren Prüfung am Maßstab der §§ 305 ff. BGB zwischen der Einbeziehungs- (dazu a) und der Inhaltskontrolle (dazu b) zu unterscheiden.

a) Einbeziehungskontrolle

Die AGB müssen wirksam in den Vertrag einbezogen werden, um für den Nutzungsvertrag Geltung zu beanspruchen. Nach Maßgabe von § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB werden die AGB nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn der Provider bei Vertragsschluss ausdrücklich auf die AGB hinweist und dem Nutzer die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Ferner muss der Nutzer mit der Geltung der AGB einverstanden sein. Bezogen auf die wirksame Einbeziehung können die im Rahmen des E-Commerce entwickelten Grundsätze auf den Abschluss des Nutzungsvertrags übertragen werden.⁶²⁹ Hier hat sich in der Praxis durchgesetzt, dass der Vertragsschluss durch einen Klick technisch erst dann möglich ist, wenn der Kunde zuvor eine Box ange-

626 Für den hier praktisch relevanten Fall des Verbrauchervertrags kommt es gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf das Merkmal der „Vielzahl von Verträgen“ nicht an.

627 Vgl. *Berberich*, MMR 2010, 736, 736 f.; auch *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 637 und *Jandt/Roßnagel*, MMR 2011, 637, 639 setzen das Vorliegen von AGB voraus; einen Überblick über die Anbieterpraxis gibt die Studie des Fraunhofer Instituts für Sichere Informationstechnologie, S. 117 ff., abrufbar a.a.O. (Fn. 7).

628 Vgl. *Berberich* a.a.O. (Fn. 627) für weitere Beispiele, wie „Terms of Service“ oder „Rules of Conduct“, welche die Eigenschaft als AGB ebenfalls nicht berühren; s. auch *Schuster* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 305 BGB Rn. 12 und 43.

629 Vgl. dazu *Föhlisch* in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 13 Rn. 115 ff. sowie *Basedow* in: MüKo BGB, § 305 Rn. 74 ff.; *Schuster* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 305 BGB Rn. 32 ff.; s. aber auch *Janal*, NJW 2016, 3201, 3201 ff. zur AGB-Einbeziehungskontrolle bei Vertragsabschluss mittels Smartphones im sog. „M-Commerce“; dazu auch *Basedow* a.a.O. Rn. 76.

klickt hat, in der auf die verlinkten AGB hingewiesen wurde.⁶³⁰ Bei sozialen Netzwerken ist der entscheidende Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Sinne von § 305 Abs. 2 BGB die Registrierung eines neuen Nutzers.⁶³¹

Jedenfalls kein Vertragsbestandteil werden solche Bestimmungen, auf die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses überhaupt nicht hingewiesen wird.⁶³² Das betrifft insbesondere Regelungen, die nicht Bestandteil der in Bezug genommenen Nutzungsbedingungen sind, sondern an anderer Stelle auf der Webseite des Providers mitgeteilt werden.⁶³³ So verhielt es sich mit der Richtlinie zum sogenannten Gedenkzustand von Facebook, die zum Zeitpunkt des BGH-Urteils statt in den AGB ausschließlich im Hilfe-Bereich des sozialen Netzwerks ausgeführt wurde.⁶³⁴ Ein Nutzerkonto wird danach in den Gedenkzustand versetzt, sobald Facebook Kenntnis vom Tod des Kontoinhabers erlangt. Niemand – also auch kein Erbe – kann sich bei einem in den Gedenkzustand versetzten Account anmelden und die Kontoinhalte einsehen. Ob darin ein formularvertraglicher Ausschluss der Vererbbarkeit des Facebook-Nutzerkontos zu sehen ist, musste der BGH mangels wirksamer Einbeziehung nicht entscheiden.⁶³⁵ Nunmehr wird der Gedenkzustand in Ziff. 4.5.5 der Nutzungsbedingungen zwar zumindest erwähnt.⁶³⁶ Es fehlt aber unverändert an einer weiteren Ausführung des Begriffs.⁶³⁷ Die praktischen und rechtlichen Konsequenzen aus einer Versetzung des Accounts in den Gedenkzustand erschließen sich dem Nutzer nach wie vor erst nach einer sorgfältigen Recherche im – nicht in Bezug genommenen – Hilfe-Bereich des Netzwerks.

630 Basedow a.a.O. (Fn. 629); Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 106; Paul in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 7.4 Rn. 143 spricht von „click-wrap“.

631 Schuster in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 305 BGB Rn. 44; Seidler, Digitaler Nachlass, S. 143.

632 Willems, ZfPW 2016, 494, 509; Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 105 f.; Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 122.

633 Ebd. Fn. 632.

634 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 27; dazu auch Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 43. Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt vgl. Grüneberg in: Palandt, § 307 BGB Rn. 7 m.w.N.

635 Dessen ungeachtet findet sich ein entsprechendes obiter dictum, vgl. BGH NJW 2018, 3178 Rn. 28 ff. Siehe dazu noch S. 166 ff.

636 Abrufbar unter <https://www.facebook.com/legal/terms/update> [17.11.2020].

637 Zum „Verstecken“ von Regelungen in AGB (indes zu § 307 Abs. 1 S. 2 BGB) vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministinnen und Justizminister der Länder, S. 353, abrufbar a.a.O. (Fn. 43).

Mithin werden die Regelungen zum Gedenkzustand noch immer nicht wirksam in den Vertrag einbezogen.

Den Schwerpunkt der hiesigen Darstellung stellt im Weiteren die Inhaltskontrolle dar, weil davon auszugehen ist, dass Provider ihre AGB so gestalten können, dass sie wirksam in den Vertrag einbezogen werden.

b) Inhaltskontrolle

Um den Nutzer als Vertragspartner des Verwenders vor einseitigen Benachteiligungen durch AGB zu schützen, unterliegen wirksam einbezogene Nutzungsbedingungen der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 bis 309 BGB,⁶³⁸ wenn und soweit dafür der Anwendungsbereich gem. § 307 Abs. 3 BGB eröffnet ist.⁶³⁹

Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB unterliegen nur solche AGB der Inhaltskontrolle, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Telos der Norm ist es, Bestimmungen über den Leistungsgegenstand und die Höhe der Gegenleistung – vorbehaltlich § 307 Abs. 3 S. 2 BGB – dem Kontrollregime zu entziehen, weil diese Fragen wegen ihrer besonderen Bedeutung ohnehin im Fokus der Vertragsparteien stehen und von den Beteiligten alleine zu regeln sind.⁶⁴⁰

Das Kammergericht Berlin sieht in AGB-Klauseln zur (Un-)Vererbbarkeit eines Accounts eine solche Leistungsbestimmung.⁶⁴¹ Der Inhalt der Leistung werde lediglich beschrieben, indem der geschuldete Kontozugang als personenbezogen und auf die Lebzeiten des Nutzers begrenzt wer-

638 Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, § 16 Rn. 18; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, § 4 Rn. 33.

639 Zum Anwendungsbereich der AGB-Inhaltskontrolle s. *Wurmnest* in: MüKo BGB, § 307 Rn. 1 ff.; von „Schranken der Inhaltskontrolle“ spricht *Wendland* in: Staudinger, § 307 BGB Rn. 281 ff.; ausführlich zur Eröffnung der Inhaltskontrolle im Kontext des digitalen Nachlasses *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 56 ff.

640 Vgl. *Wurmnest* in: MüKo BGB, § 307 Rn. 13; *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, § 16 Rn. 18; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, § 4 Rn. 46; *Schmidt* in: BeckOK BGB, § 307 Rn. 71 und 79; BGH NJW 2018, 534 Rn. 15 m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung.

641 KG Berlin ZEV 2017, 386 Rn. 58 zum sogenannten Gedenkzustand bei Facebook. Die Argumentation des KG lässt sich indes auf ähnliche Klauseln betreffend die Unvererbbarkeit übertragen; zurecht kritisch dazu *Gloser*, DNotZ 2018, 306, 310; *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 110; unklar *Raude*, ZEV 2017, 433, 437.

de.⁶⁴² Eine solche Lesart würde indes zu einer sehr starken Beschränkung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle führen. Die Leistungspflicht des Providers einschränkende oder ausgestaltende Bestimmungen sind aber gerade kontrollpflichtig.⁶⁴³ Für kontrollfreie Leistungsbeschreibungen im Sinne von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB verbleibt nach ständiger Rechtsprechung des BGH „nur der enge Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.“⁶⁴⁴ Die Frage nach der (Un-)Vererbbarkeit des Nutzungskontos stellt für den Nutzungsvertrag indessen kein solches essentiale negotii, sondern eine Modifikation des Leistungsumfangs des Providers (i.e. des Verwenders) dar.⁶⁴⁵ Insofern wird eine von dem disponiblen Grundsatz des § 1922 Abs. 1 BGB⁶⁴⁶ abweichende und daher kontrollpflichtige Regelung getroffen.⁶⁴⁷

In der folgenden Untersuchung wird zwischen drei verschiedenen Klauseln unterschieden. In der Praxis der Provider gibt es erstens Klauseln, aus denen entweder explizit oder zumindest faktisch die Unvererbbarkeit des Accounts folgt (dazu aa), und zweitens Klauseln, durch die eine bestimmte Person unabhängig von einer etwaigen Erbenstellung mit der Wahrnehmung der Accountberechtigung betraut wird (dazu bb). Schließlich sind sogenannte Legitimationsklauseln in den Blick zu nehmen (dazu cc), in denen die Anforderungen an den Erbfolgenachweis definiert werden.

642 KG Berlin a.a.O. (Fn. 641).

643 BGH NJW 2018, 534 Rn. 15 m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung; aus der Literatur vgl. etwa Schmidt in: BeckOK BGB, § 307 Rn. 80.

644 BGH NJW 2018, 534 Rn. 15; NJW 2008, 360 Rn. 18; ebenso bereits zur Vorgängervorschrift von § 307 Abs. 3 BGB (i.e. § 8 AGBG) BGH NJW 2001, 2635, 2636.

645 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 29; sich dem BGH anschließend Bock in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.127.

646 Zur Disponibilität der Vererbbarkeit vgl. bereits die Nachweise in Fn. 612.

647 Im Ergebnis wie hier auch der Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 352, abrufbar a.a.O. (Fn. 43); Bock, AcP (217) 2017, 370, 412; Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 558, 589; Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 95; a.A. hingegen Thiesen, Daten in der Erbmasse, S. 35 ff., 61 f. sowie KG Berlin a.a.O. (Fn. 641).

aa) (Faktischer) Ausschluss der Vererbbarkeit

Manche Anbieter schließen die Vererbbarkeit des Nutzungskontos in ihren AGB explizit aus.⁶⁴⁸ Bestimmungen anderer Anbieter, die zwar den erbrechtlichen Übergang selbst unberührt lassen, aber weitgehende Beschränkungen der Accountfunktionen ab dem Zeitpunkt des Erbfalls vorsehen, wirken sich für die Erben sehr ähnlich aus. Ein prominentes Beispiel dafür ist der sogenannte Gedenkzustand von Facebook.⁶⁴⁹ Ferner finden sich AGB-Klauseln, die entweder eine Beschränkung⁶⁵⁰ des Rechts auf Zugang zu oder die Löschung⁶⁵¹ von inaktiven Nutzerkonten vorsehen. Als inaktiv gilt ein Account, sobald ein konkret bestimmter Zeitraum seit der letzten Anmeldung des Accountinhabers vergangen ist.⁶⁵² Liegt der Grund für diese Inaktivität im Tod des Nutzers, ist aus Sicht der Erben – unabhängig von einer etwaigen Kenntnis des Providers vom Erbfall – wiederum eine mit expliziten Löschungsklauseln vergleichbare Wirkung zu konstatieren. Der BGH hat in seiner Facebook-Entscheidung grundsätzlich offengelassen, ob ein formularvertraglicher Ausschluss der Vererbbarkeit möglich ist.⁶⁵³

-
- 648 So z.B. bei Verizon Media-Accounts, zu denen der Webmail-Anbieter Yahoo gehört, vgl. Ziff. 3 lit. a) der AGB, abrufbar unter <https://www.verizonmedia.com/policies/ie/de/verizonmedia/terms/otos/index.html> [17.11.2020]; ferner Apple bezüglich der Apple-ID für iCloud, vgl. Ziff. IV. D. der AGB, abrufbar unter <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/de/terms.html> [17.11.2020].
- 649 S. die Bestimmungen zum Gedenkzustand bei Facebook, abrufbar a.a.O. (Fn. 636). Zur Wirkung des Gedenkzustands für den Account(inhaber) sowie zur – derzeit unwirksamen – Einbeziehungspraxis von Facebook vgl. bereits zuvor auf S. 162 f.
- 650 So z.B. der Webmail-Anbieter GMX, vgl. Ziff. 17.9 der AGB, abrufbar unter <https://agb-server.gmx.net/gmxagb-de> [17.11.2020].
- 651 So z.B. die Online-Dating-Plattform Parship, vgl. Ziff. 7.7 der AGB, abrufbar unter <https://www.parship.de/termsandconditions/> [17.11.2020].
- 652 Das sind z.B. sechs Monate bei GMX (vgl. den Nachweis in Fn. 650) und 24 Monate bei Parship (vgl. den Nachweis in Fn. 651). Komplexer ist die Feststellung der Inaktivität bei GMail-Accounts, vgl. <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=de> [17.11.2020].
- 653 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 25; wie hier verstehen den BGH auch *Lieder/Berneith*, FamRZ 2018, 1486, 1487; *Pruns*, ErbR 2019, 456, 457; *Goratsch*, NZFam 2018, 810, 810; *Traschler*, ZEuP 2020, 168, 173; anders lesen das Urteil hingegen *Litzénburger*, FD-ErbR 2018, 407688 und *Bräutigam* in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), nach § 1922 BGB Rn. 15.

Bei der nachfolgenden Beurteilung der vorgenannten Klauseln sind zwei Aspekte zu beachten: Zum einen passen die Provider ihre Nutzungsbedingungen fortlaufend an die technischen und juristischen Entwicklungen an.⁶⁵⁴ Zum anderen unterscheiden sich die Formulierung und der Regelungsgehalt der AGB verschiedener Anbieter mitunter erheblich.⁶⁵⁵ Vor diesem Hintergrund sollen hier keine konkreten Klauseln geprüft, sondern verallgemeinerbare Parameter zur Bestimmung des Gestaltungsspielraums und seiner Grenzen entwickelt werden. Da keines der Klauselverbote aus §§ 308, 309 BGB einschlägig ist,⁶⁵⁶ muss dafür die Generalklausel aus § 307 Abs. 1 und 2 BGB in den Blick genommen werden.⁶⁵⁷ Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind „Bestimmungen in ABG [...] unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.“ Hierzu soll zuerst ein Maßstab anhand der gesetzlichen Regelbeispiele⁶⁵⁸ einer unangemessenen Benachteiligung aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (dazu (1)) und § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB (dazu (2)) gebildet werden, aus dem sich sodann Vorgaben für eine zulässige Klausel zur (Un-)Vererbbarkeit ableiten lassen (dazu (3)). Schließlich soll die sogenannte Frist-Variante gesondert untersucht werden (dazu (4)).

654 Bock, AcP (217) 2017, 370, 412 m.w.N.; bereits Deusch, ZEV 2014, 2, 7 empfiehlt Nutzern vor diesem Hintergrund, sich laufend über den aktuellen Standpunkt des/der Provider(s) zu informieren, zu denen ein Nutzungsverhältnis besteht.

655 Bock a.a.O. (Fn. 654); Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 90. Freilich sehen einige Anbieter überhaupt keine entsprechenden Klauseln in ihren AGB vor, vgl. etwa die AGB von LinkedIn, abrufbar unter https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?trk=homepage-basic_join-form-user-agreement [17.11.2020], oder von XING, abrufbar unter <https://www.xing.com/terms/xing> [17.11.2020].

656 Biermann in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 50 Rn. 58; Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 352, abrufbar a.a.O. (Fn. 43); Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 110; offenlassend bezüglich § 308 Nr. 4 BGB der BGH NJW 2018, 3178 Rn. 32; dieses Ergebnis auch rechtspolitisch weiterhin wünschenswert finden Lieder/Berneith, ZRP 2020, 87, 88.

657 Zum Verhältnis von § 307 Abs. 1 und 2 zu §§ 308 f. BGB vgl. Grüneberg in: Palandt, § 307 BGB Rn. 1 m.w.N. (§ 307 BGB als „Kernstück“ des AGB-Rechts); ferner Stadler in: Jauernig, BGB, § 307 Rn. 1.

658 Grüneberg in: Palandt, § 307 BGB Rn. 28: Die gesetzlichen Regelbeispiele des Abs. 2 sollen Abs. 1 inhaltlich konkretisieren; s. ferner Roloff/Looschelders in: Erman, § 307 BGB Rn. 1.

(1) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung „im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.“ Eine Klausel, die entweder explizit oder faktisch die Unvererbbarkeit des Vertragsverhältnisses zur Folge hat, weicht von der gesetzlichen Regelung des § 1922 Abs. 1 BGB ab. Denn danach ist eine Rechtsposition in der Regel und ohne anderslautende gesetzliche oder vertragliche Bestimmung vererblich.⁶⁵⁹ Aus dieser Feststellung allein kann indes noch nicht für jeden Fall einer Unvererbbarkeitsklausel auf das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung geschlossen werden.⁶⁶⁰ Vielmehr muss genauer betrachtet werden, welche „wesentlichen Grundgedanken“ des § 1922 Abs. 1 BGB durch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB der Disposition mittels AGB entzogen sind.⁶⁶¹ Die Vererbbarkeit einer Rechtsposition wird durch das Gesetz, das selbst zahlreiche Ausnahmen vom Grundsatz der Vererbbarkeit kennt,⁶⁶² nämlich gerade nicht *zwingend* vorgegeben.⁶⁶³ Nicht zuletzt ist die Disponibilität der Vererbbarkeit eines Vertrags im Rahmen von Individualvereinbarungen anerkannt.⁶⁶⁴ Aus § 1922 BGB folgt zwar der zwingende Charakter des Prinzips der Gesamtrechtsnachfolge;⁶⁶⁵ wel-

659 Bock, AcP (217) 2017, 370, 412 f.; *dies.* in: Groll/Steiner (Hrsg.), *Praxishandbuch Erbrechtsberatung*, Rn. 20.129 spricht anschaulich von Regel-Ausnahme-Verhältnis.

660 Sehr knapp daher Pruns, NWB 2014, 2175, 2185; Gloser, MittBayNot 2016, 12, 18 f.; auch Kutscher, *Der digitale Nachlass*, S. 126 f.

661 Vgl. Grüneberg in: Palandt, § 307 BGB Rn. 30 zur Unterscheidung zwischen gesetzlichen Zweckmäßigkeitserwägungen und formularmäßig nicht abbedingbaren Gerechtigkeitsgeboten; Roloff/Loosholders in: Erman, § 307 BGB Rn. 24; aus der Rechtsprechung siehe dazu z.B. BGH NJW 2007, 3637 Rn. 22.

662 Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 291.

663 Lange/Holtwiesche, ZErb 2016, 125, 128; Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 558, 589; Bock, AcP (217) 2017, 370, 412 f.; *dies.* in: Groll/Steiner (Hrsg.), *Praxishandbuch Erbrechtsberatung*, Rn. 20.129; Kunz in: Staudinger, § 1922 BGB Rn. 636; Lieder/Berneith, FamRZ 2018, 1486, 1488.

664 Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 612.

665 Lange/Holtwiesche, ZErb 2016, 125, 128 mit Hinweis auf § 2087 BGB; Müller-Christmann in: BeckOK BGB, § 1922 Rn. 16; vertiefend zum Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 180 ff.

che Rechtsposition aber zu dem unaufteilbaren Nachlass gehört, ist eine der Universalsukzession vorgelagerte Frage.⁶⁶⁶

Diese vorgelagerte Frage darf der Einflusssphäre des Erblassers nicht vollständig entzogen werden. Sowohl § 1922 Abs. 1 BGB als auch die verfassungsrechtliche Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG sehen vor, dass dem Erblasser eine Gestaltungs- und Verfügungsbefugnis über seine Rechte nicht nur lebzeitig, sondern ebenso von Todes wegen zukommt.⁶⁶⁷ Zwar muss im Falle vertraglicher Rechtspositionen – anders als bei dem Erblasser allein zustehenden absoluten Rechten – ein Ausgleich mit den Interessen des Verwenders als anderer Vertragspartei erfolgen. Allerdings wäre eine einseitige Bestimmung über die Vererbbarkeit durch den Verwender der AGB ohne eine Möglichkeit der Einflussnahme durch den Nutzer nicht mit der genannten Gestaltungs- und Verfügungsbefugnis des Erblassers vereinbar.⁶⁶⁸

Vor diesem Hintergrund stellt nicht die Vereitelung der Rechtsnachfolge durch die Erben den Leitbildverstoß im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar.⁶⁶⁹ Denn zum einen ist die schlichte Erberwartung im Zeitraum vor dem Erbfall bereits nicht schutzwürdig und zum anderen sind die Interessen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (i.e. der Provider und der spätere Erblasser) richtigerweise maßgeblich.⁶⁷⁰ Vielmehr ist zu prüfen, ob die betreffende Klausel die Dispositionsbefugnis des

666 Lange/Holtwiesche a.a.O. (Fn. 665); Raude, ZEV 2017, 433, 437; in diese Richtung auch Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 558, 589; Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 226 f.

667 Leisner in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, § 174 Rn. 18; Große-Wilde in: Große-Wilde/Ouart (Hrsg.), Deutscher Erbrechtskommentar, Einleitung vor § 1922 BGB Rn. 1 mit Verweis auf BVerfGE 99, 341, 350 (Erbrecht diene der „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“); im Kontext des digitalen Nachlasses dazu Bock, AcP (217) 2017, 370, 412 f.; dies. in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.129; Lange/Holtwiesche a.a.O. (Fn. 665); Raude, ZEV 2017, 433, 437.

668 Bock in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.129; dies., AcP (217) 2017, 370, 412 f.; Lange/Holtwiesche a.a.O. (Fn. 665); Raude, ZEV 2017, 433, 437.

669 So (wohl) aber Kutschner, Der digitale Nachlass, S. 126 f., siehe indes ebd. S. 158 f.; Solmecke/Schmitt, ZD 2016, 186, 186; Seidler, Digitaler Nachlass, S. 144 f.; ähnlich Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 92; Alexander, notar 2018, 367, 367; nicht eindeutig BGH NJW 2018, 3178 Rn. 30.

670 Bock in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.129; Lange/Holtwiesche, ZErb 2016, 125, 129.

Erblassers so sehr einschränkt, dass darin eine unangemessene Benachteiligung liegt.⁶⁷¹

(2) § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB enthält das zweite gesetzliche Regelbeispiel einer unangemessenen Benachteiligung, die danach widerleglich vermutet wird,⁶⁷² „wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“ Der wichtigste Anwendungsfall von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist die Freizeichnung von Kardinalpflichten.⁶⁷³ Es gehört zu den Hauptleistungspflichten des Providers, dem Nutzer Zugang zu dessen Account zu verschaffen.⁶⁷⁴ Das gilt unabhängig von der umstrittenen und von der jeweiligen Ausgestaltung des Internetdiensts abhängigen Frage nach der vertragstypologischen Einordnung des Nutzungsvertrags.⁶⁷⁵ Nach Ansicht des BGH⁶⁷⁶ und einiger Stimmen in der Literatur⁶⁷⁷ wird diese Pflicht des Providers in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise eingeschränkt, wenn der Provider unter Berufung auf eine

671 Bock, AcP (217) 2017, 370, 412 f.; dies. in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.129; Lange/Holtwiesche a.a.O. (Fn. 665); Raude, ZEV 2017, 433, 437; wohl auch Biermann in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 50 Rn. 60.

672 Zur Widerleglichkeit der Vermutung vgl. Grüneberg in: Palandt, § 307 BGB Rn. 28; kritisch dazu Wurmnest in: MüKo BGB, § 307 Rn. 65.

673 Grüneberg in: Palandt, § 307 BGB Rn. 33, 37; Berger in: Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), § 307 BGB Rn. 26; Schulte-Nölke in: HK-BGB, § 307 Rn. 17; Wurmnest in: MüKo BGB, § 307 Rn. 72.

674 So zurecht Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 359, abrufbar a.a.O. (Fn. 43); Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 558, 589; BGH NJW 2018, 3178 Rn. 31.

675 Ebd. (Fn. 674); allgemein zur im Rahmen von § 307 BGB problematischen Vertragstypenbestimmung im Bereich elektronischer Medien, vgl. Schuster in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 307 BGB Rn. 33 ff.; zur Vertragstypologie bei Nutzungsverträgen vgl. S. 33 ff.

676 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 31 (obiter dictum zum Gedenkzustand bei Facebook).

677 Gloser, DNotZ 2016, 545, 548 f.; Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 558, 589 f.; Alexander, notar 2018, 367, 367; wohl auch Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 95; Biermann in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 50 Rn. 62.

Unvererbbarkeitsklausel dem Erben – ab dem Moment des Erbfalls als Nutzungsvertragspartei – den Accountzugang verwehrt.

Es stellt ein Problem an dieser Argumentation dar, dass sie sich unterschiedslos auf alle Internetdienste und auf jede Form einer Unvererbbarkeitsklausel übertragen lässt. Damit hätte der BGH aber die Tür zum formularmäßigen Ausschluss der Vererbbarkeit, die er explizit offengelassen hat,⁶⁷⁸ faktisch wieder verschlossen. Das kann in dieser Pauschalität nicht überzeugen. Telos der Inhaltskontrolle ist es, einen Ausgleich für die strukturell schwächere Verhandlungsposition des Nutzers (i.e. der Vertragspartner des Verwenders) zu schaffen.⁶⁷⁹ Insofern ist den obigen Ausführungen dann zu folgen, wenn der Provider unter Ausnutzung seiner überlegenen Stellung das eigene Pflichtenregime zulasten des Nutzers und seiner Erben verkürzt, ohne die Interessen seines Vertragspartners zu berücksichtigen. Wird dem Erblasser hingegen die Möglichkeit eingeräumt, etwa mittels Auswahlbuttons über das Schicksal seines Accounts im Erbfall (mit) zu bestimmen, dann sollte die Gestaltungsfreiheit der Parteien nicht unter Bezug auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB pauschal beschnitten werden. Denn der Erblasser kann im Einzelfall durchaus ein Interesse daran haben, dass seine Erben keinen Zugang zum Account erhalten.⁶⁸⁰ Kann er das in einer für den Provider bindenden Weise (z.B. bei Abschluss des Nutzungsvertrags) festlegen, wird die Gestaltungs- und Verfügungsbefugnis des Erblassers dadurch sogar erweitert. Denn so kann der Erblasser unterhalb der höheren Schwelle letztwilliger Verfügungen bereits auf vertraglicher Ebene disponieren.⁶⁸¹ Dies mit Hinweis auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu unterbinden, hieße die Inhaltskontrolle (im Interesse der Erben) zulasten des Vertragspartners des Verwenders in Stellung zu bringen. Festzuhalten ist, dass auch im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB kein Weg an einer einzelfallbezogenen

678 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 25; zu unterschiedlichen Lesarten des Urteils in diesem Punkt vgl. bereits die Nachweise in Fn. 653.

679 Vgl. bereits die Nachweise in Fn. 638.

680 Nachdrücklich in diesem Sinne *Martini*, JZ 2012, 1145, 1146 ff.; *Rixecker* in: MüKo BGB, nach § 12 Rn. 151; auch *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 45 betont die Bewertung jeder Klausel im Einzelfall: Eine genauere Regelung durch AGB könnte auch im Interesse des Account-Inhabers liegen.

681 Das dürfte vor allem für jüngere Nutzer attraktiv sein, denen *Alexander*, notar 2018, 367, 367 eine häufige Verdrängung der Fragen des digitalen Nachlasses attestiert; a.A. Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 365 f., abrufbar a.a.O. (Fn. 43), wonach die Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers mit einer Auflage (§§ 1940, 2192 ff. BGB) ausreichen.

genen Prüfung der Klausel vor dem Hintergrund der Details des Nutzungsverhältnisses vorbeiführen kann.

(3) Vorgaben für eine zulässige Klausel zur (Un-)Vererbbarkeit

Zuerst hat eine Klausel aus Gründen der Rechtssicherheit die Zuordnungsfunktion von § 1922 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen.⁶⁸² Unabhängig vom Schicksal des Accounts im Erbfall muss demnach eindeutig bestimmt sein, wer an den Accountinhalten berechtigt sein soll, solange und soweit diese nicht gelöscht werden.⁶⁸³

Im nächsten Schritt ist bezüglich der Parteiinteressen festzuhalten, dass die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 BGB eine Interessenabwägung voraussetzt, die sich im Falle von Nr. 1 am Merkmal der *Unvereinbarkeit* mit Grundgedanken des Gesetzes und im Falle von Nr. 2 an der *Vertragszweckgefährdung* entfaltet.⁶⁸⁴ Zwar kann eine solche Abwägung nur im Einzelfall bezogen auf eine konkrete Klausel und in Bezug auf einen bestimmten Internetdienst durchgeführt werden.⁶⁸⁵ Trotzdem lassen sich zumindest wiederkehrende Verwendungsinteressen der Provider identifizieren. Dazu gehören die rationalisierte Vertragsabwicklung durch die Vermeidung „toter“ Nutzerkonten.⁶⁸⁶ Basiert der betreffende Internetdienst auf einem Data-for-Access-Finanzierungsmodell,⁶⁸⁷ wird der Provider ferner ein Interesse daran haben, „Zu-

682 BGH NJW 2018, 3178 Rn. 30; zustimmend *Lieder/Berneith*, FamRZ 2018, 1486, 1488; kein Risiko für klare Zuordnungsverhältnisse sieht hingegen *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 226 f.; allgemein zur Zuordnungsfunktion des § 1922 Abs. 1 BGB vgl. *Kunz* in: *Staudinger*, § 1922 BGB Rn. 9 f.

683 Nach nicht näher begründeter Ansicht von BGH NJW 2018, 3178 Rn. 30 soll dem nicht genügen, wenn ausschließlich der Provider berechtigt ist. Dadurch entstehe ein „Datenfriedhof“.

684 Ausführlich dazu *Wendland* in: *Staudinger*, § 307 BGB Rn. 253 ff. (zu Nr. 1) und Rn. 280 (zu Nr. 2) jeweils m.w.N.

685 *Alexander*, notar 2018, 367, 367 hingegen sieht in der restriktiven Linie des BGH NJW 2018, 3178 Rn. 28 ff. eine verallgemeinerbare Konstellation, die sich auf alle Arten von Anbietern internetbasierter Leistungen übertragen lasse.

686 *Lieder/Berneith*, FamRZ 2018, 1486, 1488; *Lange/Holtwiesche*, ZErb 2016, 125, 129; *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 590; ferner *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 413; *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 97 („digitale Müll-Accounts“); a.A. *Gomille*, ZUM 2018, 660, 666, weder erhöhten sich die Geschäftschancen des Providers, noch verringere sich sein Aufwand durch die Stilllegung des Accounts.

687 Zur Funktionsweise mehrseitiger Finanzierung s. S. 37 ff.

ordnungsverwirrung⁶⁸⁸ zu vermeiden. Denn durch die Vermischung der Daten unterschiedlicher Nutzer (i.e. erst der Erblasser und dann die Erben) in einem Account wird die Präzision personalisierter Werbung und in der Folge das datenbasierte Geschäftsmodell beeinträchtigt.⁶⁸⁹ Das gilt zumindest, wenn neben dem lesenden Zugriff auch eine aktive Weiternutzung des Erblasseraccounts durch die Erben vorgesehen ist.⁶⁹⁰ Für den Nutzer ist vor allem das zuvor herausgearbeitete Interesse zu nennen, mittels einer ausreichenden Gestaltungs- und Verfügungsbefugnis als Erblasser über den Inhalt des eigenen Nachlasses bestimmen zu können.

Eine Klausel, die für den Todesfall des Nutzers alternativlos die Löschung seines Accounts mitsamt den darin gespeicherten Inhalten vorsieht,⁶⁹¹ wird der nutzerseitigen Verfügungsbefugnis nicht genügen.⁶⁹² Das gilt erst recht, wenn alle Accountinhalte ohne entsprechende Anweisung des Erblassers bei dem Provider verbleiben, ohne dass zumindest auch die Rechtsnachfolger darauf Zugriff haben.⁶⁹³ Der Anforderung ausreichender Verfügungsbefugnis wird hingegen eine Gestaltung gerecht, die dem Nutzer für den Fall seines Todes eine Wahlmöglichkeit darüber einräumt, wie mit seinem Account verfahren werden soll.⁶⁹⁴ *Auer-Reinsdorff* schlägt eine ausgewogene AGB-Gestaltung in diesem Sinne vor, die eine genaue Differenzierung auf Grundlage der Einstellungen des Accountinhabers ermöglicht.

688 *Gomille*, ZUM 2018, 660, 666.

689 *Gomille*, ZUM 2018, 660, 666. Indes kann der Provider umgekehrt auch ein Interesse am fortgesetzten Betrieb eines populären, reichweitestarken Accounts haben.

690 *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 570 f. sieht hierin daher sogar ein Hindernis für die Vererbbarkeit des Rechts auf fortgesetzte Nutzung; ähnlich *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 37. Zur Reichweite des ererbten Rechts am Nutzerkonto vgl. bereits S. 100 ff.

691 So die Praxis bei Verizon Media- und iCloud-Accounts, vgl. a.a.O. (Fn. 648).

692 So auch *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 235 ff.; *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 111 f.

693 Mit dieser Begründung – nicht aber wegen Gefahren für die Rechtssicherheit – ist dem Ergebnis in BGH NJW 2018, 3178 Rn. 30 zuzustimmen.

694 Entsprechend auch der Regulierungsansatz im Gutachten der Datenethikkommission vom 23.10.2019, S. 111, abrufbar a.a.O. (Fn. 30): „Die Datenethikkommission sieht die vorrangig anzustrebende Lösung in bewussten und informierten Dispositionen des Betroffenen noch zu Lebzeiten.“ Der Ansatz der DEK geht zurück auf *Martini*, JZ 2012, 1145, 1154; bekräftigt in *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 241.

licht.⁶⁹⁵ Einmal implementiert dürfte sich der dafür erforderliche Durchführungsaufwand für den Provider in einem zumutbaren Rahmen halten. Entscheidet der Inhaber sich in diesem Rahmen für die Löschung aller Accountinhalte, sind der Provider und die Erben allerdings auch daran gebunden. In diesem Fall kann nicht mit Hinweis auf das Interesse der Erben an einer zügigen Nachlassermittlung und -abwicklung für die Unzulässigkeit einer solchen Klausel gestritten werden.⁶⁹⁶ Denn entscheidend ist nicht der Accountzugang der Erben, sondern ob dem Erblasser die Entscheidung darüber, ob die Erben zugangsberechtigt sein sollen oder gerade nicht, einseitig vom Provider mittels AGB abgenommen wird.⁶⁹⁷

(4) Frist-Variante

Stellt man auf einem Spektrum dar, ob und inwieweit eine AGB-Gestaltung die Interessen des Erblassers berücksichtigt, dürften die alternativlose Löschung einerseits und das stark ausdifferenzierte Wahlrecht des Nutzers nach *Auer-Reinsdorff*⁶⁹⁸ andererseits als die beiden Extrempositionen gelten. Dazwischen liegt die Frist-Variante, bei welcher der Provider nach einer bestimmten Zeit der Inaktivität den Account löscht.⁶⁹⁹ Wenn auch nicht explizit, betrifft diese Konstellation bei praxisnaher Betrachtung je-

695 *Auer-Reinsdorff* in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 21 Rn. 84 f.: Danach kann der Nutzer zuerst wählen, ab wann sein Account als inaktiv gelten soll. Im Falle von Inaktivität nimmt der Provider Kontakt per E-Mail auf. Reagiert der Nutzer darauf wiederholt nicht, befolgt der Provider eine vorab bei Vertragsschluss vom Nutzer ausgewählte Anweisung (Löschung der Accountinhalte bzw. Zugangsgewährung gegenüber den Erben oder einer konkret bestimmten Vertrauensperson). Schließlich kann der Nutzer im Voraus bestimmte Inhalte über Filter als vertraulich markieren, welche den Erben/der Vertrauensperson vorenthalten bleiben; in diese Richtung auch der Regelungsvorschlag der FDP-Bundestagsfraktion, vgl. BT-Drs. 19/14044, S. 6 Ziff. 4.

696 *Fußeder*, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 234 ff.

697 *Fußeder* a.a.O. (Fn. 696); *Lange/Holtwiesche*, ZErb 2016, 125, 128 f.; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 412 f.; *dies.* in: *Groll/Steiner* (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.129; auch *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 45 betont die Bewertung jeder Klausel im Einzelfall: Eine genauere Regelung durch AGB könnte auch im Interesse des Account-Inhabers liegen.

698 S. dazu Fn. 695.

699 So die Praxis bei GMX und Parship, vgl. a.a.O. (Fn. 650 und 651).

denfalls faktisch⁷⁰⁰ auch Erbfälle und dürfte im Falle einer ausreichend bemessenen Frist zur Wahrung der Interessen des Providers zulässig sein.⁷⁰¹ Einige Stimmen in der Literatur fordern, dass die Klausel wegen des Informationsinteresses der Erben nur dann wirksam sein könne, wenn der Fristablauf bis zur Information der Erben über die formularvertragliche Vereinbarung gehemmt bleibe.⁷⁰² Diese Anforderung dürfte für den Provider indes kaum zu erfüllen sein. Denn erstens hat der Anbieter nicht unbedingt positive Kenntnis davon, dass die Inaktivität auf dem Tod des Nutzers basiert. Zweitens kann der Provider beispielsweise bei Accounts, die der Erblasser ohne Kenntnis seiner Erben oder anderer Dritter unter einem Pseudonym eröffnet hat, nicht zur Ermittlung der Erben verpflichtet werden.

(5) Zwischenergebnis zu aa)

Die Vererbbarkeit eines Nutzerkontos kann in den AGB des Diensteanbieters nur ausgeschlossen werden, wenn der Gestaltungs- und Dispositionsbefugnis des Erblassers über den eigenen Nachlass ausreichend Rechnung getragen wird. Dem genügt eine Gestaltung, in welcher der Erblasser mittels Auswahlbuttons über den Übergang des Accounts beziehungsweise dessen Ausschluss entscheiden kann. Eine einseitig durch den Provider vorgegebene Bestimmung, wonach der Account nicht übertragbar ist, stellt hingegen eine unangemessene Benachteiligung des Nutzers im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Eine Klausel, welche die Löschung des Accounts nach einer Zeit der Inaktivität vorsieht, ist wirksam, wenn die vorgesehene Frist nicht zu kurz bemessen ist.

700 *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 153 f. („Der Tod des Nutzers ist damit [...] erst recht erfasst.“).

701 *Leipold* in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 45; *Bock*, AcP (217) 2017, 370, 413; *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 97; *Seidler*, NZFam 2020, 141, 144; im Grundsatz so auch *Lieder/Berneith*, FamRZ 2018, 1486, 1488.

702 So *Lieder* in: *Erman*, § 1922 BGB Rn. 14a und *ders./Berneith*, FamRZ 2018, 1486, 1488 die als Orientierungsgröße für die Frist auf § 1944 BGB verweisen.

bb) Bestimmung zur Accountberechtigung

Die Anbieter Facebook⁷⁰³ und Google⁷⁰⁴ räumen dem Nutzer optional die Möglichkeit ein, eine Vertrauensperson zu benennen, welche im Todesfall die (alleinige)⁷⁰⁵ Berechtigung am Account erhalten soll.⁷⁰⁶ Diese Konstellation ist zunächst zivilrechtlich zu beurteilen (dazu (1)). Im Anschluss ist eine Bewertung unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmen (dazu (2)).

(1) Civilrechtliche Beurteilung

Der Nutzer kann eine beliebige Person als Vertrauensperson bestimmen. Handelt es sich dabei nicht um seine Erben, führt diese Vereinbarung zwischen Erblasser und Provider – ihre wirksame Einbeziehung vorausgesetzt⁷⁰⁷ – zu einer Abweichung von dem gesetzlichen Ergebnis der Rechtsnachfolge des Erben in den Nutzungsvertrag. Abgewichen wird insoweit wiederum von dem in § 1922 Abs. 1 BGB enthaltenen Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach Rechtspositionen regelmäßig auf die Erben übergehen. Indes handelt es sich bei dieser Abweichung nicht um eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁷⁰⁸ Hier kann der zu Unvererbbarkeitsklauseln herausgearbeitete Maßstab herangezogen werden: Der Inhalt des Nachlasses ist eine primär vom Erblasser zu

703 Sogenannter Nachlasskontakt, vgl. Ziff. 4.5.5 der AGB, abrufbar a.a.O. (Fn. 636).

704 Sogenannter Kontoinaktivitätsmanager, vgl. <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=de> [17.11.2020].

705 Zur parallelen Berechtigung von Vertrauensperson und Erben, vgl. *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 72, 75 f.; *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 158 sieht die Befugnisse der Erben durch die Benennung einer Vertrauensperson nicht beschränkt.

706 In diese Richtung auch die vorgeschlagene Klausel von *Auer-Reinsdorff* in: *Auer-Reinsdorff/Conrad* (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 21 Rn. 84 f.

707 Das ist in der aktuellen Gestaltung zweifelhaft bei Google, da die Informationen zum Kontoinaktivitätsmanager lediglich im Hilfe-Bereich untergebracht sind, vgl. a.a.O. (Fn. 704). Zur Einbeziehungskontrolle vgl. bereits S. 162 f.; zur Abgrenzung von AGB zur Individualabrede bei Auswahlbuttons s. die Nachweise in Fn. 622 ff.

708 A.A. *Gomille*, ZUM 2018, 660, 666 der im „Nachlasskontakt“ von Facebook den unzulässigen Versuch einer rechtsgeschäftlichen Substitution der Universalsukzession durch eine Sondererbfolge sieht; kritisch auch *Funk*, Das Erbe im Netz, S. 35 f. („Lösung am Erbrecht vorbei“).

bestimmende und dem Nachfolgemechanismus des § 1922 Abs. 1 BGB vorgelagerte Frage. Bei der Einsetzung einer Vertrauensperson wird die Rechtsposition der Accountinhaberschaft aber gerade im Wege des Vertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall (gleichsam am Nachlass vorbei)⁷⁰⁹ auf die benannte Vertrauensperson übertragen.⁷¹⁰ Es liefe dem Teilos der Inhaltskontrolle zuwider, in diesem Fall zum Schutze der Erben von einer unwirksamen Abweichung von § 1922 Abs. 1 BGB auszugehen, denn dadurch würde die Dispositions- und Verfügungsbefugnis des Erblassers beschränkt.

Das Dreiecksverhältnis ist folgendermaßen rechtsdogmatisch einzuordnen: Bei einem Nutzungsvertrag zwischen dem Provider als Versprechendem und dem Erblasser als Versprechensempfänger handelt es sich um das Deckungsverhältnis.⁷¹¹ Der Schenkungsvertrag zwischen dem Erblasser und der begünstigten Vertrauensperson ist das Valutaverhältnis.⁷¹² Dieser Schenkungsvertrag kommt (erst) nach dem Tod des Erblassers wirksam zu stande, indem der Provider das Angebot des Erblassers zum Abschluss des Schenkungsvertrags an die Vertrauensperson weiterleitet, vgl. § 130 Abs. 2 BGB. Die Vertrauensperson kann das Angebot sodann annehmen, vgl. § 153 BGB, ohne die Annahme gegenüber den Erben zu erklären, vgl. § 151 S. 1 BGB.⁷¹³ Der Formmangel des Schenkungsvertrags im Sinne von § 518 Abs. 1 S. 1 BGB wird durch den Vollzug der Schenkung gem. § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Der Anspruch der Vertrauensperson gegen den

709 Allgemein *Janoschek* in: BeckOK BGB, § 331 Rn. 5 (Erwerb des Leistungsanspruchs „unmittelbar unter Umgehung des Nachlasses.“).

710 *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 81 hält einen einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall oder eine postmortale Vollmacht für denkbar; *Bock* in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.133 geht von einer „Außenvollmacht“ aus; nicht eindeutig *Deusch*, ZEV 2014, 2, 6; wie hier *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 71 ff.; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 152 ff.

711 Anders wohl *Deusch*, ZEV 2014, 2, 6 der lediglich ein Auftragsverhältnis zwischen Erblasser und Provider annimmt und auf § 672 S. 1 BGB hinweist; sich dem anschließend *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 157 f.

712 *Thiesen*, Daten in der Erbmasse, S. 73; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 154; a.A. *Wunderlin/Bielajew*, IPRB 2014, 223, 225: Benennung als Nachlassverwalter.

713 Die Erben könnten versuchen, das Angebot vor Zugang bei der Vertrauensperson zu widerrufen, vgl. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB. Zu diesem als „Wettlauf zwischen Erben und Begünstigtem“ bezeichneten Problem und seiner Vermeidung *Gubitz*, ZEV 2006, 333, 333 ff.; grundlegend *Muscheler*, WM 1994, 921, passim; zuerst zu der hier wichtigen Unterscheidung zwischen heimlicher und offenbarter Schenkung *Hager* in: FS von Caemmerer, S. 146 f.; dazu ferner *Musielak* in: MüKo BGB, § 2301 Rn. 38.

Provider auf Zugang zum Erblasseraccount wird folglich mit dem Tod des Erblassers unmittelbar erworben im Sinne von § 331 BGB.⁷¹⁴ Nach allem scheitert die Benennung einer Vertrauensperson daher auch nicht an der für Verfügungen von Todes wegen (insbesondere gem. §§ 2064, 2231, 2247 BGB) vorgeschriebenen Form.⁷¹⁵

(2) Datenschutzrechtliche Bewertung

So begrüßenswert die Möglichkeit zur Benennung einer Vertrauensperson im Sinne der zivilrechtlich vorgesehenen Gestaltungs- und Dispositionsbefugnis des Erblassers auch sein mag,⁷¹⁶ muss der Blick doch auch auf die datenschutzrechtliche Umsetzbarkeit dieser Anordnung gelenkt werden.⁷¹⁷ Denn je nach betroffenem Internetdienst werden der Vertrauensperson mit dem Zugang zum Erblasseraccount personenbezogene Daten von Kommunikationspartnern des Erblassers zugänglich gemacht. Das erfolgt dann zwar auf ausdrücklichen Wunsch des Erblassers. Dieser kann aber nicht über die datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte seiner Kommunikationspartner disponieren. Dass der Erblasser vor seinem Tod faktisch ungehindert Inhalte seines Accounts mit derselben Vertrauensperson teilen kann, ändert daran nichts. Denn das Datenschutzrecht verpflichtet den Provider unmittelbar. Der Übertragung der Accountinhalte unter Vermittlung des Anbieters als Drittem wohnt eine spezifische datenschutzrechtliche Gefahr inne.⁷¹⁸ Denn zum einen wird aus der Ausnahme (ein privater Nutzer gewährt einer anderen Person Zugang zum eigenen Account) die Regel (der Provider gewährt in jedem Erbfall einer Vertrauens-

714 Allgemein zur Konstruktion des Vertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall, vgl. *Musielak* in: MüKo BGB, § 2301 Rn. 31 ff.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, S. 752 ff.; *Große-Wilde* in: *Große-Wilde/Ouart* (Hrsg.), Deutscher Erbrechtskommentar, § 2301 BGB Rn. 31 ff.

715 *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 81; kritisch dazu *Raude*, RNotZ 2017, 17, 23 wonach die „Aufweichung“ der Formvorschriften bedenklich erscheine.

716 *Kutschner*, Der digitale Nachlass, S. 154 („Die Provider könnten sich in dieser Hinsicht ein Beispiel am Vorreiter Google nehmen.“) und nochmals auf S. 161; kritischer sieht das Angebot hingegen *Funk*, Das Erbe im Netz, S. 35 f.

717 Dieser Aspekt fehlt bei dem Klausurvorschlag von *Auer-Reinsdorff* in: *Auer-Reinsdorff/Conrad* (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 21 Rn. 84 f.

718 *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 235.

person Zugang).⁷¹⁹ Zum anderen hat der verarbeitende Provider andere technische Möglichkeiten als ein einzelner Nutzer, um effizient und umfassend in einer Vielzahl von Fällen Accountinhalte auf die jeweils benannte Vertrauensperson zu übertragen.

Vor der Zugangsgewährung gegenüber der Vertrauensperson muss sich der verarbeitende Provider deswegen mit denselben datenschutzrechtlichen Einwänden auseinandersetzen, wie er es bei der Zugangsgewährung gegenüber den Erben hätte tun müssen.⁷²⁰ Die veränderte Person des Datenempfängers ist dabei vor allem für die Abwägung von Bedeutung, die im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO und – die Ausübung des Widerspruchs durch den Kommunikationspartner vorausgesetzt – erneut im Rahmen von Art. 21 Abs. 1 DS-GVO zu erfolgen hat. Denn während die Privatheitsinteressen der betroffenen Kommunikationspartner unverändert gewichtig sind, kann für das Verwendungsinteresse der Vertrauensperson beispielsweise nicht die Notwendigkeit einer zügigen Nachlassermittlung und -abwicklung angeführt werden. Die Vertrauensperson ist nicht demselben Haftungsrisiko aus § 1967 BGB ausgesetzt wie die Erben und hat auch nicht die knappe Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB zu beachten.

Es kann keine abstrakte Aussage über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Zugangsgewährung gegenüber der Vertrauensperson getroffen werden, weil die erforderliche Abwägung im Einzelfall erfolgen muss und ihr Ergebnis unter anderem von dem betroffenen Internetdienst abhängt. Wird als Vertrauensperson für ein geschäftlich genutztes E-Mail-Konto etwa der Mitgesellschafter eingesetzt,⁷²¹ kann das sogar eher im Interesse der (dann wohl ebenfalls geschäftlichen) Kommunikationspartner sein, als es der Zugang durch die Erben wäre. Gleichwohl begegnet der verarbeitende Provider grundsätzlich höheren datenschutzrechtlichen Hürden bei der Zugangsverschaffung gegenüber der Vertrauensperson als gegenüber den Erben.

719 Die Argumentation von *Martini/Kienle*, JZ 2019, 235, 238 zum Zugang durch die Erben ist insoweit auf die Konstellation mit einer Vertrauensperson übertragbar.

720 Vgl. dazu ausführlich auf S. 118 ff.

721 Anschauliches Bild bei *Podszun*, GWR 2016, 37, 37 („twitternder Anwalt“).

(3) Zwischenergebnis zu bb)

Bestimmt der Nutzer gegenüber dem Diensteanbieter eine Vertrauensperson, die im Erbfall die Zugangsrechte zum Account erhalten soll, ist darin ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall zu sehen. Der Wirksamkeit dieser Vereinbarung stehen weder erbrechtlichen Formerfordernisse noch die Inhaltskontrolle aus §§ 307 ff. BGB entgegen. Enthält der Account (auch) personenbezogene Daten der Kommunikationspartner des Erblassers, darf der Provider der Vertrauensperson indessen nur Zugang gewähren, wenn und soweit dies mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben der DS-GVO in Einklang steht.

cc) Legitimationsklauseln / Erbfolgenachweis

Es kann irreversible Folgen haben, wenn der Provider einer unberechtigten Person Zugang zum Account des Erblassers verschafft.⁷²² Denn sobald jemand Zugang zu dem Nutzerkonto hat, kann er die darin gespeicherten Inhalte vervielfältigen und exportieren. Zwar ist es möglich, dem Berechtigten im Nachhinein *ebenfalls* Zugang zu verschaffen.⁷²³ Da Daten aber nicht-rival, nicht-abnutzbar und nicht-exklusiv sind,⁷²⁴ ersetzt dies bezüglich des lesenden Zugriffs nicht den einmal gewährten Zugang des Unberechtigten, so wie es bei der Herausgabe einer dem Nachlass zugehörigen Sache im Sinne von § 90 BGB der Fall wäre, die zuvor einer unberechtigten Person ausgehändigt wurde.⁷²⁵ Anders verhält es sich nur mit der Möglichkeit zur fortgesetzten Nutzung des Accounts, die durch eine Zurücksetzung des Passworts dem Unberechtigten wieder vollständig entzogen werden kann. Vor dem Hintergrund des Bußgeld- und Haftungsrisikos für

722 Brisch/Müller-ter Jung, CR 2013, 446, 451.

723 Vorausgesetzt der Unberechtigte hat zuvor nicht irreversible Änderungen an den Accountinhalten veranlasst, vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 358, abrufbar a.a.O. (Fn. 43) (providerseitige „Entgegennahme einer Löschungsanweisung“).

724 Vgl. zu diesem Aspekt in der Diskussion um ein Recht an Daten Wagner in: MüKo BGB, § 823 Rn. 335; Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 117 ff., 328 f.; ders., CR 2015, 137, 140.

725 Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, ebd. (Fn. 723), wonach im hiesigen Kontext „regelmäßig vollendete Tatsachen geschaffen werden.“

den Provider insbesondere unter Geltung der DS-GVO⁷²⁶ sind die Anbieter auf Rechtssicherheit angewiesen und haben daher ein Interesse daran, hohe Anforderungen an den Nachweis der Berechtigung an einem Account zu stellen.⁷²⁷ Dabei haben die Erben gleich zwei Nachweise zu führen: Die Berechtigung am Account ergibt sich kumulativ aus der Erbenstellung (dazu (1)) einerseits und der Nachlasszugehörigkeit des Accounts (dazu (2)) andererseits.⁷²⁸

(1) Nachweis der Erbenstellung

Eine für den Provider besonders sichere Variante des Nachweises über die Ebenstellung stellt wegen der Vermutungswirkung des § 2365 BGB ein Erbschein dar.⁷²⁹ In einer viel beachteten Entscheidung zur Legitimation gegenüber Sparkassen hat der BGH eine Klausel indessen für unwirksam erklärt, die bei kundenfeindlicher Auslegung die Vorlage eines Erbscheins zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung zwingend voraussetzte.⁷³⁰ Derart hohe Anforderungen gingen selbst über die grundbuchrechtlichen Anforderungen hinaus, vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO,⁷³¹ und stellten

726 Dazu *Frenzel* in: Paal/Pauly (Hrsg.), Art. 83 DS-GVO Rn. 1; *Faust/Spittka/Wybitul*, ZD 2016, 120, 120 ff.; *Boehm* in: NK-Datenschutzrecht, Art. 83 DS-GVO Rn. 3 vergleicht den Bußgeldrahmen mit dem des europäischen Kartellschritts; zu Kriterien und Praxis der Bußgeldzumessung vgl. *Paal*, RDV 2020, 57, 57 ff.; neben das Bußgeld- tritt ein Haftungsrisiko auf Schadensersatz gem. Art. 82 DS-GVO, vgl. dazu *Paal*, MMR 2020, 14, 14 ff.; von „Verunsicherung“ der großen Anbieter berichtet *Pruns*, ErbR 2019, 456, 457, der ferner auf § 206 StGB hinweist; s. aber *Deusch*, ZEV 2018, 687, 689.

727 *Solmecke/Köbrich/Schmitt*, MMR 2015, 291, 294; *Litzenerger*, FD-ErbR 2018, 407688; s. aber *ders.* in: BeckOK BGB, § 2232 Rn. 25; a.A. hingegen *Dopatka*, NJW-aktuell 49/2010, S. 14 dem zufolge viele Anbieter in der Praxis „kulant“ seien und niedrige Anforderungen genügen ließen.

728 Vgl. *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 74 ff.; *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 451; *Bock* in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.133 ff.

729 *Stürner* in: *Jauernig*, BGB, § 2365 Rn. 2: Die Vermutung für den Erbscheinserben ist im Prozess analog § 292 ZPO nur durch den Gegenteilsbeweis zu widerlegen.

730 BGH NJW 2013, 3716; dem zustimmend *Keim*, ZEV 2014, 277, 278; *Fest*, JZ 2014, 152, 156; *Linardatos/Schwarz*, EWiR 2013, 731, 732; instruktiv dazu *Pieckenbrock/Rodi* in: *Staudinger*, Anhang zu §§ 305–310 BGB Rn. F 140 ff.; im Kontext des digitalen Nachlasses besonders *Seidler*, Digitaler Nachlass, S. 146 ff.

731 BGH NJW 2013, 3716 Rn. 38.

eine unangemessene Benachteiligung der Erben dar, die ein Interesse „an einer möglichst raschen und kostengünstigen Abwicklung des Nachlasses“ haben.⁷³² Mehrere Stimmen in der Literatur zum digitalen Nachlass fordern die Übertragung der bankenrechtlichen Rechtsprechung auf Legitimationsklauseln in Nutzungsverträgen.⁷³³

Allerdings ist fraglich, ob die Interessenlage bei der Legitimation gegenüber Banken und gegenüber den Anbietern von Internetdiensten vergleichbar ist. Denn über die eigenen Interessen hinaus hat der Provider – anders als ein Kreditinstitut – in der mehrpoligen Situation des digitalen Nachlasses vielfach zusätzlich die Vertraulichkeitsinteressen der Kommunikationspartner zu wahren. Andererseits bleibt es nach der Rechtsprechung des BGH durchaus möglich, in begründeten Zweifelsfällen auf die Vorlage eines Erbscheins zu bestehen.⁷³⁴ Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB stellt es lediglich dar, wenn die Vorlage eines Erbscheins ausnahmslos vorausgesetzt ist.⁷³⁵ Eingedenk dessen kann der Provider im Einzelfall entscheiden, ob und inwieweit er wegen Zweifeln an der Berechtigung eines (vermeintlichen) Erben zusätzliche Nachweise bis hin zum Erbschein fordert.⁷³⁶ Insofern wird (lediglich) die AGB-Gestaltungsmöglichkeit des Providers beschnitten, nicht aber ein grundsätzliches Risiko für die Interessen der Kommunikationspartner begründet. Daher ist der vorgenannten Meinung zuzustimmen, wonach die Rechtsprechung zur Legitimation gegenüber Banken herangezogen werden kann.

732 BGH NJW 2013, 3716 Rn. 35; bestätigt und vertieft in BGH NJW 2016, 2409 Rn. 20 mit zustimmender Anmerkung von Kroiß; zur Reaktion der Kautelarpraxis auf diese Rechtsprechung, vgl. Pieckenbrock/Rodi in: Staudinger, Anhang zu §§ 305–310 BGB Rn. F 140a.

733 Vgl. Leipold in: MüKo BGB, § 1922 Rn. 45; Seidler, Digitaler Nachlass, S. 148; dies., NZFam 2020, 141, 144; Herzog in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 74; dies., NJW 2013, 3745, 3750; Solmecke/Köbrich/Schmitt, MMR 2015, 291, 294; Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, S. 355 ff., abrufbar a.a.O. (Fn. 43); Lieder/Berneith, ZRP 2020, 87, 88; Lieder in: Erman, § 1922 BGB Rn. 14a.

734 Pieckenbrock/Rodi in: Staudinger, Anhang zu §§ 305–310 BGB Rn. F 141 m.w.N.; Bock in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.134.

735 BGH NJW 2013, 3716 Rn. 35; Linardatos/Schwarz, EWiR 2013, 731, 732.

736 Zwischen dem Haftungsrisiko auf Schadensersatz wegen unberechtigten Beharrens auf einem Erbschein, vgl. BGH NJW 2013, 3716 Rn. 41, und dem Bußgeldrisiko nach Art. 83 DS-GVO, vgl. die Nachweise in Fn. 726, wird sich der Provider im Zweifel für ersteres entscheiden.

(2) Nachweis der Nachlasszugehörigkeit

Die Erbenstellung ist zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Rechtsnachfolge in den Nutzungsvertrag. Es muss sich nämlich zudem um den Account des Erblassers handeln. Der Nachweis der Nachlasszugehörigkeit stellt insbesondere bei solchen Nutzerkonten ein Problem dar, welche der Erblasser unter einem Pseudonym und ohne Angabe seiner persönlichen Kontaktdaten eröffnet hat.⁷³⁷ Das ist zum Beispiel bei Freemail-Accounts nicht ungewöhnlich.⁷³⁸ Die Eigentumsvermutung aus § 1006 BGB, die auch durch den Erbenbesitz des § 857 BGB begründet wird,⁷³⁹ hilft mangels Sacheigenschaft des Accounts beziehungsweise des zugrundeliegenden Nutzungsverhältnisses grundsätzlich nicht weiter.⁷⁴⁰ Hier gelten die allgemeinen zivilprozessualen Regeln zur Darlegungs- und Beweislast, wenn und soweit die Erben von dem Provider zu einem bestimmten Account Zugang begehren. Soweit ersichtlich enthalten die AGB der Provider diesbezüglich keine speziellen Klauseln. In der Literatur findet sich der Ratschlag an den Erblasser, eine Liste mit seinen Nutzerkonten zu führen, sofern er seinen Erben nach dem Erbfall das Auffinden seiner Nutzerkonten sowie die Durchsetzung des übergegangenen Zugangsrechts erleichtern beziehungsweise ermöglichen möchte.⁷⁴¹

737 Vgl. hierzu *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 451; ferner *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 75 ff.; *Bock* in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.136.

738 Vgl. *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 451; *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 77.

739 *Herrler* in: Palandt, § 857 BGB Rn. 4; *Berger* in: Jauernig, BGB, § 857 Rn. 3; *Schäfer* in: MüKo BGB, § 857 Rn. 9; BGH NJW 1993, 935, 937.

740 *Bock* in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Rn. 20.136; anders nur für körperliche Speichermedien des Erblassers *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 75.

741 So z.B. *Raude*, RNotZ 2017, 17, 25 und *Gloser*, MittBayNot 2016, 101, 105 beide mit Hinweis auf etwaige Sicherheitsrisiken und Vorschlägen zu deren Minimierung; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265 f.; *Salomon*, NotBZ 2016, 324, 328 f.; *Herzog* in: NK-Nachfolgerecht, Kap. 9 Rn. 77; ausführlich zur Vorsorge durch den Nutzer s. die Studie des Fraunhofer Instituts für Sichere Informationstechnologie, S. 175 ff., abrufbar a.a.O. (Fn. 7).

dd) Zwischenergebnis zu b)

Einige Anbieter von Informations- und Kommunikationsdiensten sehen in ihren AGB Regelungen zum digitalen Nachlass vor. Die Klauseln unterscheiden sich stark und betreffen unterschiedliche Aspekte der Rechtsnachfolge in die nutzungsvertragliche Position des Erblassers. Grob lassen sich dabei drei unterschiedliche Themenkreise identifizieren. Die erste Gruppe von Klauseln betrifft die Frage, *ob* überhaupt jemand in die vertragliche Position des Nutzers einrücken soll. Die zweite Art von Klauseln regelt, *wer* ein Zugriffsrecht erhalten soll. Drittens geht es darum, welche Anforderungen an den Nachweis der Berechtigung an einem Account gestellt werden können.

Die wirksame Einbeziehung der Klauseln vorausgesetzt, konzentriert sich die AGB-rechtliche Prüfung auf die Inhaltskontrolle und dort auf die Regelbeispiele einer unangemessenen Benachteiligung aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB. Hier ist vor allem das einfach- wie verfassungsrechtlich geschützte Recht des Erblassers zu berücksichtigen, selbst darüber disponieren zu können, welche seiner Rechtspositionen in seinen Nachlass fallen sollen. Nimmt der Provider dem Erblasser diese Gestaltungs- und Dispositionsbefugnis einseitig mittels AGB ab, ist darin eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu sehen. Gleichzeitig findet die Freiheit des Erblassers ihre Grenze in den datenschutzrechtlichen Interessen seiner Kommunikationspartner. Der Provider ist als Adressat der DS-GVO zur Wahrung dieser Interessen verpflichtet und kann keine Anordnung des Erblassers erfüllen, die im Widerspruch zur DS-GVO steht. Hinsichtlich des Nachweises der Berechtigung darf der Provider in Zweifelsfällen auf die Vorlage eines Erbscheins bestehen. Im Übrigen muss er aber – entsprechend der Rechtsprechung zur Legitimation gegenüber Banken – auch andere Nachweise genügen lassen.

3. Zwischenergebnis zu IV.

In Wahrnehmung ihrer Privatautonomie können die Parteien des Nutzungsvertrags grundsätzlich von dem gesetzlich vorgesehenen Ergebnis zur Vererbbarkeit eines Nutzerkontos abweichen. Dieser vertragliche Gestaltungsspielraum hat indessen praktische Grenzen, die vor allem Individualabreden betreffen, und rechtliche Grenzen, welche sich primär bei der Verwendung von AGB zeigen. Im digitalen Massenverkehr stellen Individualabreden die seltene Ausnahme dar, weil für die Internetdiensteanbie-

ter ein erheblicher Aufwand mit der Prüfung einzelner nutzerseitiger Eingaben verbunden ist. Die praktikablere Vorgehensweise, bei welcher der Provider seinem Vertragspartner lediglich einzelne vorformulierte Varianten anbietet, zwischen denen sich der Nutzer mittels Auswahl-Buttons entscheiden kann, ist bereits als Unterfall von AGB den §§ 305 ff. BGB unterworfen. Bei der Wahrnehmung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit durch solche Auswahlversionen oder im Wege herkömmlicher AGB hat der Provider die Interessen des Nutzers angemessen zu berücksichtigen und darf ihn nicht einseitig benachteiligen. Unabhängig von der gewählten Form der Vereinbarung führt für den Anbieter kein Weg aus seinen Pflichten nach Maßgabe der DS-GVO, die er gegenüber den Kommunikationspartnern des Erblassers trägt. Insbesondere können diese Pflichten nicht im Verhältnis zwischen Erblasser und Anbieter abbedungen werden.

V. Zwischenergebnis zu B.

Die Untersuchung des Accounts – respektive der Position des Erblassers im Nutzungsvertrag mit dem Anbieter von Informations- und Kommunikationsdiensten – als Erbrechtsobjekt verdeutlicht die Verflechtung unterschiedlicher Regelungsmaterien im Kontext des digitalen Nachlasses. Rein erbrechtlich ist zu konstatieren, dass die nutzungsvertragliche Rechtsposition des Erblassers grundsätzlich gem. § 1922 Abs. 1 BGB vererbt wird und dass die Erben als neue Accountinhaber gegenüber den Anbietern von Kommunikations- und Informationsdiensten dieselben Rechte und Pflichten tragen wie zuvor der Erblasser. Das schließt sowohl das Recht auf den lesenden Zugriff auf die gespeicherten Accountinhalte als auch das Recht zur aktiven Weiternutzung des Nutzerkontos ein. Das gilt jedenfalls, wenn und soweit die ursprünglichen Parteien des Nutzungsvertrags nicht in Wahrnehmung ihrer Vertragsfreiheit abweichende Regelungen vereinbart haben.

Jenseits des Erbrechts sind indes gesetzliche Pflichten zu beachten, die der Parteidisposition entzogen sind und welche die Ausübung der übergegangenen Rechte beschränken beziehungsweise ihrer Durchsetzung entgegenstehen können. Zum Beispiel dürfen die Erben ihr Recht zur aktiven Weiternutzung des Accounts nicht in unlauterer Weise ausüben – sie haben die Vorgaben des UWG zu beachten, soweit sie den Account gewerblich nutzen. Ferner kann auch und gerade der Provider seine vertraglichen Pflichten gegenüber den Erben nur in datenschutzrechtskonformer Weise erfüllen. Insbesondere ist er an die Vorgaben der DS-GVO gebunden. Da-

mit wird der regelmäßig multipolaren Situation im sensiblen Kontext des Zugriffs auf Kommunikationsdaten Rechnung getragen.

Vor diesem Hintergrund kann bereits auf Grundlage des geltenden Rechts kein abstrakt-generelles Ergebnis zur Durchsetzbarkeit des Rechts auf lesenden Zugriff der Erben formuliert werden. Vielmehr müssen im konkreten Einzelfall die Funktionsweise des Internetdienstes, die Art der betroffenen Daten sowie die Interessen aller Beteiligten angemessen berücksichtigt werden.⁷⁴² Erst recht müssen mit Blick auf die Zukunft die dynamischen Entwicklungen in technischer wie in rechtlicher Hinsicht laufend daraufhin überprüft werden, ob und inwieweit sie Einfluss auf die hier gefundenen Ergebnisse haben. Denn zum einen können sich technische Veränderung auf das Nutzungsverhalten und die darauf basierenden nutzerseitigen Erwartungen auswirken, denen etwa bei der erb- und datenschutzrechtlichen Beurteilung große Bedeutung zukommt. Zum anderen sind die Aktivitäten des (unionalen) Gesetzgebers insbesondere im Bereich des Telekommunikations- und Datenschutzrechts zu beobachten, in deren Anwendungsbereich die hier aufgeworfenen Fragen fallen (können).

C. Urheberrechtlich geschützte Accountinhalte als Erbrechtsobjekt

Neben den nutzungsvertraglichen Rechtspositionen des Erblassers sind auch seine Urheber- und Leistungsschutzrechte als Erbrechtsobjekte von Bedeutung für den digitalen Nachlass. Urheberrechts- oder zumindest Leistungsschutz nach Maßgabe des UrhG kann an unterschiedlichen Inhalten bestehen, die der Erblasser in seinen Account bei einem Internetdienstanbieter einbringt. Beispielhaft seien hierfür die Veröffentlichung von Bildern auf Instagram, von Videos auf YouTube oder eines Blogbeitrags auf Tumblr genannt.⁷⁴³ Damit tritt neben die vertragliche Stellung als Accountinhaber gegebenenfalls eine zweite Rechtsposition im Verhältnis zu den Kontoinhalten – die des Inhabers der Urheber- bzw. Leistungs-

742 Nach hier vertretener Ansicht ist BGH NJW 2018, 3178 daher mehr Ausgangs- als Endpunkt der Debatte zum Erbrecht an Nutzungsverträgen.

743 Mit weiteren Beispielen Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 156 ff.; Bauer, User Generated Content, in: Große Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, S. 6 ff.; Reinemann/Remmertz, ZUM 2012, 216, 218 ff.

schutzrechte an in den Account hochgeladenen Werken.⁷⁴⁴ Regelmäßig lässt sich der Provider von dem Nutzer eine Lizenz an diesen Immaterialgüterrechten einräumen, ohne die ein technisch reibungsloser Betrieb der Plattform nicht möglich wäre.⁷⁴⁵ Denn der Provider nimmt urheberrechtlich relevante Verwertungshandlungen (mindestens) im Sinne der §§ 16 und 19a UrhG vor, indem er die nutzerseitig eingebrachten Inhalte auf seinem Server speichert und Dritten zugänglich macht.⁷⁴⁶ Zwar wirft diese Praxis bereits zu Lebzeiten des Nutzers rechtliche Fragen auf.⁷⁴⁷ Jedenfalls aber stehen sich im Nutzungsvertrag und im Lizenzverhältnis (noch) dieselben Parteien gegenüber. Das kann sich mit dem Tod des Nutzers ändern: Während das Urheberrecht regelmäßig gem. § 28 Abs. 1 UrhG in Verbindung mit § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben übergeht,⁷⁴⁸ kann die Rechtsnachfolge der Erben in den Nutzungsvertrag – wie gesehen – aus unterschiedlichen Gründen ausgeschlossen sein. Haben Erblasser und Provider beispielsweise den Übergang der Accountinhaberschaft wirksam vertraglich ausgeschlossen beziehungsweise anstelle der Erben eine Vertrauensperson als neuen Accountinhaber bestimmt,⁷⁴⁹ stehen dem Provider mit dem Urheberrechtsinhaber und Lizenzgeber einerseits und dem Accountinhaber andererseits unterschiedliche Personen gegenüber.

Im Folgenden sollen die Entstehung und die rechtlichen Konsequenzen dieses Auseinanderfallens näher beleuchtet werden. Dafür ist in einem ersten Schritt zu klären, ob und inwieweit Immaterialgüterrechte an den Accountinhalten bestehen und wie diese vererbt werden (dazu I.). Im Anschluss sind die an diesen Immaterialgüterrechten eingeräumten Lizenzen und deren Schicksal nach dem Tod des ursprünglichen Lizenzgebers genauer in den Blick zu nehmen (dazu II.). Zuletzt soll untersucht werden,

744 Sofern im Folgenden aus Gründen der besseren Lesbarkeit ausschließlich der Begriff des Urheberrechts genannt wird, sind Leistungsschutzrechte grundsätzlich mitgemeint, soweit im Text nicht ausdrücklich unterschieden wird.

745 Berberich, MMR 2010, 736, 737, 739; Paul in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 7.4 Rn. 140; Solmecke ebd., Teil 21.1 Rn. 6; ders./Dam, MMR 2012, 71, 72.

746 Redeker in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 12 Rn. 432; Berberich, MMR 2010, 736, 737; eingehend zu § 19a UrhG Werner in: Ensthaler/Weidert (Hrsg.), Urheberrecht und Internet, Kap. 3 Rn. 38 ff.; zweifelnd aber Imhof in: Bisges (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht, Kap. 4 Rn. 139.

747 Vgl. v.a. zur Wirksamkeit der Lizenzeinräumung mittels AGB noch auf S. 198 ff.

748 Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 648 ff.; Hoche in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, § 28 Rn. 1; Rebbinder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 988.

749 Siehe dazu S. 159 ff.

ob sich aus dem Urheberrecht eine von der Stellung als Vertragspartei des Nutzungsvertrags unabhängige Berechtigung an den Accountinhalte ableiten lässt (dazu III.).

I. Die Urheberrechte des Nutzers und ihre Vererbbarkeit

Aus dem übergeordneten Themenkomplex „Urheberrecht und Erbrecht“⁷⁵⁰ sind hier diejenigen Aspekte herauszugreifen, die den Lebensbereich eines durchschnittlichen Nutzers sozialer Medien betreffen. Dabei sind zuerst die Accountinhalte in den Blick zu nehmen: Von den zahlreichen Medien, welche im Rahmen unterschiedlicher Internetdienste jeden Tag gespeichert und verbreitet werden, qualifizieren sich manche (aber nicht alle) für Urheber- oder zumindest für Leistungsschutz – wenn auch mitunter nur unter dem Gesichtspunkt der sogenannten „kleinen Münze“.⁷⁵¹ Ob und inwieweit Immaterialgüterschutz besteht, kann zwar nur für einen konkreten Inhalt festgestellt werden.⁷⁵² Grundsätzlich lassen sich aber durchaus Leitlinien anhand unterschiedlicher Werkarten und bezogen auf die Person des Schöpfers im Sinne von § 7 UrhG entwickeln (dazu 1.). Im Anschluss ist der in § 28 Abs. 1 UrhG vorgesehene Erbfolgemechanismus bezogen auf die vermögensrechtlichen und insbesondere die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse des Erblassers beziehungsweise der Erben darzustellen (dazu 2.).

750 Monografisch dazu *Clément*, Urheberrecht und Erbrecht, und *Gloser*, Die Rechtsnachfolge in das Urheberrecht, jeweils *passim*; für einen Überblick über die einschlägige Rechtsprechung vgl. *Gergen*, ZErb 2009, 42, 42 ff.

751 *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 30 f.; zum Begriff vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 292 ff. („Als ‚kleine Münze‘ werden solche [Werke] bezeichnet, die nur ein soeben noch für ausreichend gehaltenes Minimum an Individualität aufweisen.“); *Bisges*, GRUR 2015, 540, 540 ff.; *ders.*, Die Kleine Münze im Urheberrecht, S. 18 ff.; *Ensthaler* in: *Ensthaler/Weidert* (Hrsg.), Urheberrecht und Internet, Kap. 2 Rn. 22 ff.

752 *Schulze* in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 36; eine dem Urheberrechtschutz formal zugängliche Werkart allein reicht nicht aus, vielmehr muss im Einzelfall eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG vorliegen, vgl. *Ahlberg* in: BeckOK Urheberrecht, § 2 UrhG Rn. 50 ff.; *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 2.

1. Urheber- und Leistungsschutzrechte des Nutzers

Das UrhG unterscheidet in § 2 Abs. 1 UrhG zwischen unterschiedlichen Werkarten, denen die vom Nutzer in den Account eingebrachten Inhalte zugeordnet werden können. So kann ein Blogbeitrag als Sprachwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, ein Foto als Lichtbildwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG und ein Video als Filmwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG geschützt sein. Voraussetzung ist jeweils, dass in dem konkreten Werk eine persönliche geistige Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG zu sehen ist.⁷⁵³ Es muss die individuelle Kreativität des Urhebers in dem Werk zum Ausdruck gebracht werden, indem ein bestehender Spielraum für kreative Entscheidungen ausgenutzt wird.⁷⁵⁴

a) Unterscheidung der Kontoinhalte nach Werkarten

Bei der urheberrechtlichen Beurteilung der großen Zahl unterschiedlicher Accountinhalte ist eine Orientierung anhand der verschiedenen Werkkategorien möglich. So ist für Sprachwerke festzuhalten, dass nicht jeder „Tweet“ auf Twitter oder jedes „Statusupdate“ bei Facebook eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG darstellt.⁷⁵⁵ Gleichwohl reicht die Vielfalt nutzergenerierter Inhalte auch in dieser Werkart hin zu Beiträgen, die Ausdruck der Individualität ihres Schöpfers sind:⁷⁵⁶ Man denke etwa an ein für einen Podcast vorbereitetes Interview, an eine ausführliche Film- oder Buchrezension oder an ein per Privatnachricht

753 Schulze in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 6 („einheitliche Schutzworaussetzung“); Ahlberg in: BeckOK Urheberrecht, § 2 UrhG Rn. 50.

754 Loewenheim/Leistner in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 2 UrhG Rn. 30; eingehend zu den Anforderungen des § 2 Abs. 2 UrhG vgl. Schulze in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 36 ff.; Dreyer in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch (Hrsg.), Urheberrecht, § 2 UrhG Rn. 18 ff.

755 Wie hier Wiebe in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 2 UrhG Rn. 16 f.; Budzikiewicz, AcP (218) 2018, 558, 567 f.; Bock, AcP (217) 2017, 370, 381; einen Schutz auch von Tweets können sich hingegen vorstellen Dreyer in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch (Hrsg.), Urheberrecht, § 2 UrhG Rn. 312 und Krieg, K&R 2010, 73, 75; zur Maßstabsbildung im analogen Bereich instruktiv Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 204 f.

756 Mit Beispielen zur Abgrenzung Reinemann/Remmertz, ZUM 2012, 216, 218 f.; Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 159; Bauer, User Generated Content, in: Große Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, S. 6 f.

übermitteltes Liebesgedicht⁷⁵⁷. Kein Schutz kommt hingegen schlichten Textnachrichten zu, die lediglich dem Austausch über den Alltag oder etwa zur Koordinierung einer Verabredung dienen.

Für Lichtbild- und Filmwerke ist darauf hinzuweisen, dass das UrhG unterhalb der Schwelle von § 2 Abs. 2 UrhG für Lichtbilder gem. § 72 UrhG und für Laufbilder gem. § 95 UrhG Leistungsschutz gewährt.⁷⁵⁸ Damit dürfte der Mehrheit der bei Instagram oder Pinterest eingestellten Fotografien und der bei YouTube und Vimeo hochgeladenen Videos zumindest Leistungsschutz zukommen.⁷⁵⁹ Auf den einschlägigen Plattformen werden aber nicht nur Amateurfilme oder private Urlaubsfotos geteilt, sondern auch aufwendig produzierte und nachbearbeitete Kurzfilme oder Porträt-fotografien veröffentlicht, für welche Urheberschutz angenommen werden kann. Die ständige Praxis der Plattformbetreiber, sich im Rahmen des Nutzungsvertrags umfassende Nutzungsrechte an den Inhalten der Nutzer einräumen zu lassen, ist insofern jedenfalls als Hinweis auf die praktische Relevanz der Urheber- und Leistungsschutzrechte zu werten.⁷⁶⁰

Im Übrigen ist der Katalog des § 2 UrhG nicht abschließend,⁷⁶¹ sodass gerade vor dem Hintergrund der sich ständig wandelnden Ausdrucksformen im Digitalen an ungenannte Werkarten im Sinne des UrhG zu denken ist.⁷⁶² Zum Beispiel könnte ein Instagram Account selbst ein urheberrechtliches Werk darstellen.⁷⁶³ Zwar sind die Gestaltungsmöglichkeiten der Nutzer durch die Vorgaben der Plattform faktisch eingeschränkt, so dass die Werkqualität der meisten Nutzerkonten abzulehnen sein wird. Instagram Accounts kommen für Urheberrechtsschutz aber zumindest

757 Mit einem Beispiel dazu *Krieg, K&R* 2010, 73, 75.

758 *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 30; das Verhältnis von Filmwerk zu Laufbildern entspricht demjenigen von Lichtbildwerk zu Lichtbild, vgl. *Seifert/Wirth* in: HK-UrhG, § 2 Rn. 27.

759 So für Videos *Wiebe* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 95 UrhG Rn. 3; *Budzikiewicz*, AcP (218) 2018, 558, 568; *Katzenberger/N. Reber* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 95 UrhG Rn. 12; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 30; zu Lichtbildern *Gomille*, ZUM 2018, 660, 661 f.

760 Zur Lizenzierung und ihrer Wirksamkeit vgl. noch S. 194 ff.

761 Der Wortlaut („insbesondere“) ist insoweit eindeutig, vgl. *Seifert/Wirth* in: HK-UrhG, § 2 Rn. 2; *Schulze* in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 3.

762 *Podszun* in: FS 50 Jahre UrhG, S. 361 ff.; *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 159 (das UrhG ist „offen für jegliche neuen Ausdrucksformen.“).

763 Zurückhaltend, aber grundsätzlich offen *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 159 f.; a.A. *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 42 f.; ausführlich zur etwas anders gelagerten Frage nach dem Urheberschutz an Computerspiel-Accounts s. *Gräber*, Rechte an Accounts, S. 63 ff.

eher in Betracht als Konten anderer Internetdienste, da hier das Gesamtkonzept eines Accounts über den einzelnen Beitrag hinaus mitunter sogar das primäre Gestaltungsobjekt sein kann. So werden Fotografien, die bei Instagram durch den Nutzer als einzelne Beiträge veröffentlicht werden, durch die Verantwortlichen mancher Accounts so ausgewählt beziehungsweise angefertigt, dass sie einem übergeordneten Konzept für den Account entsprechen. Dieses Konzept kann thematisch-inhaltlicher und/oder ästhetisch-gestalterischer Natur sein. Es ist nicht auszuschließen, dass manche Nutzerkonten als solche auf diese Weise zu einer persönlichen, geistigen Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG werden.

b) Der Nutzer als Schöpfer im Sinne von § 7 UrhG

Nach § 7 UrhG ist Urheber(rechtsinhaber) der Schöpfer des Werkes. Im Falle von Lichtbildschutz wird gem. § 72 Abs. 2 UrhG der Lichtbildner, im Falle von Laufbildschutz gem. §§ 95, 94 UrhG der Laufbildhersteller der Leistungsschutzrechtsinhaber.⁷⁶⁴

Keinen Schutz erlangt der Nutzer demnach an solchen Accountinhalten, die er gar nicht selbst geschaffen und unter Umständen sogar unter Verletzung fremder Urheberrechte in seinen Account eingebracht hat.⁷⁶⁵ Das schließt im Account des Erblassers gespeicherte, aber von einem Kommunikationspartner erhaltene Inhalte wie empfangene Privatnachrichten aus. Anders liegt jedoch der Fall bei vom Nutzer unter Verwendung vorhandenen Materials selbst erzeugten sog. Mash-Ups, für die – unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Nutzung des Materials – Urheberrechtsschutz in Betracht kommen kann.⁷⁶⁶

764 Vgl. zur Leistungsschutzrechtsinhaberschaft bei Laufbildern *Katzenberger/N. Reber* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 95 UrhG Rn. 19 f. und bei Lichtbildern *Schulze* in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 72 Rn. 32 f.

765 *Bauer*, User Generated Content, in: Große Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, S. 15 ff. problematisiert das Themenfeld nutzergenerierter Inhalte primär vor diesem Hintergrund; zum sogenannten „Schöpferprinzip“, vgl. *Hoeren* in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 10 Rn. 1 ff.

766 *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 159; zur Differenzierung zwischen der Schutzhfähigkeit einer Bearbeitung, § 3 S. 1 UrhG, und den Voraussetzungen für eine (rechtmäßige) Veröffentlichung/Verwertung der Bearbeitung, § 23 S. UrhG, siehe *Schulze* in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 23 Rn. 2 m.w.N.

c) Zwischenergebnis zu 1.

Auch wenn es eine Frage des Einzelfalls ist, ob und inwieweit Schutzrechte nach Maßgabe des UrhG an Accountinhalten bestehen, lassen sich nach alledem bestimmte Grundsätze festhalten: Keinesfalls genießt der gesamte Accountinhalt Urheberrechtsschutz. Vor allem enthaltene Chat-Verläufe, die lediglich dem gewöhnlichen Austausch unter Nutzern dienen, sind nicht geschützt. Für die vom Erblasser formulierten Nachrichten (und Statusmeldungen) scheitert ein Schutz regelmäßig an den Anforderungen aus § 2 Abs. 2 UrhG, von Kommunikationspartnern empfangene Nachrichten sind bereits nicht vom Erblasser geschaffen im Sinne von § 7 UrhG. Zugleich dürfte eine Mehrzahl an Accounts (zumindest auch) geschütztes Material enthalten. Das gilt unter dem Gesichtspunkt des Leistungsschutzes, in dessen Rahmen § 2 Abs. 2 UrhG nicht eingreift, insbesondere für die eingebrachten Bilder und Videos, soweit sie vom Nutzer selbst hergestellt wurden. Das Urheberrecht hat als Anknüpfungspunkt für die Berechtigung an den Accountinhalten gegenüber einem nutzungsvertraglichen Zugangsanspruch mithin jedenfalls den Nachteil der Unvollständigkeit der umfassten Inhalte.

2. Vererbung des Urheberrechts, § 28 Abs. 1 UrhG

Nach § 28 Abs. 1 UrhG ist das Urheberrecht vererblich. Dasselbe gilt für das Leistungsschutzrecht an Licht- und Laufbildern.⁷⁶⁷ Damit wird die Regelung des § 1922 Abs. 1 BGB speziell für das Erbe an Urheberrechten bekräftigt. Ausweislich des § 30 UrhG gehen grundsätzlich alle Rechte des Urhebers unter Einschluss der Urheberpersönlichkeitsrechte auf die Erben über.⁷⁶⁸ Insofern unterscheidet sich das Urheberpersönlichkeitsrecht von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung

767 *Ohly* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 28 UrhG Rn. 18 (Lichtbildschutz), Rn. 20 (Laufbildschutz); *J.B. Nordemann* in: Fromm/Nordemann, § 28 UrhG Rn. 16; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 991. Die nachfolgenden Ausführungen zum UPR sind für das Leistungsschutzrecht indes nicht relevant, weil Leistungsschutzrechte nicht in demselben Maße persönlichkeitsrechtlich geprägt sind wie Urheberrechte.

768 *Ohly* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 28 UrhG Rn. 1 m.w.N.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 648 ff.; *J.B. Nordemann* in: Fromm/Nordemann, § 28 UrhG Rn. 1; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 988; zu beachten sind indes die den Rechtsnachfolger betreffenden Besonderheiten aus §§ 31a

mit Art. 1 Abs. 1 GG, welches nur in seinen vermögenswerten Bestandteilen vererblich ist und hinsichtlich der ideellen Teile als postmortales Persönlichkeitsrecht von den Angehörigen subjektlos treuhänderisch für den Verstorbenen ausgeübt wird.⁷⁶⁹ Das Urheberrecht hingegen bleibt auf Grundlage der monistischen Theorie des deutschen Urheberrechts⁷⁷⁰ auch im Erbgang ein einheitliches Recht.⁷⁷¹ Bei der Ausübung des übergegangenen Urheberrechts sind die Rechtsnachfolger nicht an den Willen des Urhebers gebunden,⁷⁷² weshalb sie ihr nunmehr eigenes Urheberrecht folglich nicht selbst durch eine interessenswidrige Ausübung verletzen können.⁷⁷³

Hieraus ergibt sich der Unterschied zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht: Verletzen die Erben das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers, können sie von den wahrnehmungsberechtigten Angehörigen des Erblassers auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.⁷⁷⁴ Hingegen

Abs. 2 S. 3, 42 Abs. 1 S. 2, 62 Abs. 5 S. 2, 115 ff. UrhG, vgl. dazu *Schack* a.a.O. Rn. 649 und *Spautz/Götting* in: BeckOK Urheberrecht, § 30 UrhG Rn. 4.

- 769 *Spautz/Götting* in: BeckOK Urheberrecht, § 28 UrhG Rn. 3 sehen wegen dieser Unterscheidung eine eigenständige Bedeutung von § 28 UrhG; a.A. (§ 28 UrhG sei rein deklaratorisch) *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, S. 24; zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Erbgang vgl. die Nachweise in Fn. 378 und 379.
- 770 Dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 343 („das Urheberrecht [ist] ein einheitliches Recht, in welchem persönlichkeits- und vermögensrechtliche Befugnisse untrennbar miteinander verwoben sind.“); abgrenzend zur dualistischen Theorie *Loewenheim/Peifer* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 11 UrhG Rn. 3.
- 771 *Gloser*, DNotZ 2013, 497, 501; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 649; *Wiebe* in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 30 UrhG Rn. 1; *Ohly* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 30 UrhG Rn. 4.
- 772 Das gilt freilich nicht, sofern sich der Erblasser gegenüber Dritten vertraglich gebunden hat, vgl. *Ohly* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 30 UrhG Rn. 6. Zur Bindung der Erben an vom Erblasser eingeräumte Lizenzen siehe noch S. 205 f.
- 773 So die h.M., vgl. *Ohly* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 30 UrhG Rn. 6 f.; *J.B. Nordemann* in: Fromm/Nordemann, § 30 UrhG Rn. 10; *Schulze* in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 30 Rn. 4; *Kottboff* in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch (Hrsg.), Urheberrecht, § 30 UrhG Rn. 3; *A. Nordemann* in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 23 Rn. 22; a.A. (treuhänderische Bindung des Urheberpersönlichkeitsrechts vergleichbar dem APR) *Clément*, Urheberrecht und Erbrecht, S. 64 ff.; *Rebbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 989; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 651; *von Welser*, Die Wahrnehmung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse durch Dritte, S. 148 ff.
- 774 Vgl. dazu bereits die Nachweise in Fn. 405, 406 und 407.

sind die Erben in ihrem Umgang mit den geschützten Werken des Erblassers grundsätzlich frei, weil sie selbst Inhaber des Urheberpersönlichkeitsrechts sind und niemand sonst aktiv legitimiert aus ebendiesem Recht gegen sie vorgehen kann.⁷⁷⁵ Wollen die Erben aber ihrerseits auf Grundlage des Urheberpersönlichkeitsrechts gegen Dritte vorgehen, sind für die erforderliche Interessenabwägung stets die Interessen des Urhebers maßgeblich.⁷⁷⁶ Beispielsweise setzen Ansprüche der Erben gegen Dritte wegen Entstellung des Werks gem. § 14 UrhG demnach voraus, dass die „berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen“ des Urhebers – und nicht etwa diejenigen der Erben – gefährdet sind. Das ist relevant für die Ausübung von jeglichen urheberrechtlichen Befugnissen durch die Erben.⁷⁷⁷

3. Zwischenergebnis zu I.

Die urheberrechtliche Analyse des Erblasseraccounts ergibt, dass – in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls – an einer Vielzahl, nicht aber an allen eingebrachten Inhalten Urheber- oder Leistungsschutz nach Maßgabe des UrhG bestehen kann. Diese Rechte gehen allesamt und in vollem Umfang auf die Erben über. Vererblich ist indes nur das Urheberrecht, nicht hingegen die Urheberschaft.⁷⁷⁸ Sofern das Gesetz demnach einen Anspruch von (überwiegenden) urheberrechtlichen Interessen *des Urhebers* abhängig macht, so bezieht sich das auf den verstorbenen Schöpfer und nicht auf den Rechtsnachfolger.

II. Lizenz des Providers an Urheberrechten des Nutzers

Damit der Provider die urheber- beziehungsweise leistungsschutzrechtlich geschützten Inhalte des Nutzers auf einem Server speichern und Dritten, wie den Privatkontakten oder Followern des Nutzers, zugänglich machen

⁷⁷⁵ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 649 und dort in Fn. 11 und 12.

⁷⁷⁶ So die h.M. vgl. ebd. Fn. 773; a.A. (rein erbrechtliche Betrachtung: keine Unterscheidung zwischen Urheber- und Erbeninteressen) Gloser, Die Rechtsnachfolge in das Urheberrecht, S. 124 ff. und Gergen, ZErb 2009, 42, 47 f.

⁷⁷⁷ Zum Rückrufsrecht (der Erben) wegen gewandelter Überzeugung gem. § 42 Abs. 1 (S. 2) UrhG vgl. noch in Fn. 850.

⁷⁷⁸ So fast wörtlich Schulze in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 28 Rn. 3; siehe ferner Spautz/Götting in: BeckOK Urheberrecht, § 28 UrhG Rn. 3.

darf, muss der Provider Inhaber eines wirksam eingeräumten Nutzungsrechts⁷⁷⁹ sein.⁷⁸⁰ Die Praxis der Provider bestätigt diesen Befund, wie ein exemplarischer Blick auf die AGB der Anbieter Facebook⁷⁸¹, YouTube⁷⁸², LinkedIn⁷⁸³, Instagram⁷⁸⁴ und Pinterest⁷⁸⁵ zeigt. Die Provider streben mit ihren AGB jeweils eine umfangreiche Einräumung von Nutzungsrechten an den geschützten Inhalten des Nutzers an. Besonders weit geht die entsprechende Klausel von Twitter.⁷⁸⁶ Vorgesehen ist dort eine „weltweite, nicht ausschließliche, unentgeltliche Lizenz mit dem Recht zur Unterlizenenzierung, [nutzerseitig eingebrachte] Inhalte [...] über sämtliche Verbreitungswege, die gegenwärtig bekannt sind oder in Zukunft bekannt sein werden [...] zu verwenden, zu vervielfältigen, zu reproduzieren, zu verarbeiten, anzupassen, abzuändern, zu veröffentlichen, zu übertragen, anzuzeigen und zu verbreiten.“⁷⁸⁷ Ob und inwieweit die Lizenzierung mittels AGB gegenüber dem Urheber wirksam ist, muss am Übertragungszweckgedanken des § 31 Abs. 5 UrhG und an den §§ 305 ff. BGB gemessen werden (dazu 1.). Nach dem Erbfall stellt sich sodann die Frage, ob auch die Rechtsnachfolger und nunmehrigen Urheberrechtsinhaber an die Ein-

779 Vgl. die Legaldefinition in § 31 Abs. 1 S. 1 UrhG: „Der Urheber kann einem anderen das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen.“ Ausführlich zu dem Begriff Berger in: Berger/Wündisch (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, § 1 Rn. 38 ff.

780 Betroffen sind mind. §§ 16, 19a und ggf. 23 S. 1 UrhG, s. Berberich, MMR 2010, 736, 737, 739; Paul in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 7.4 Rn. 140; Solmecke ebd., Teil 21.1 Rn. 6; ders./Dam, MMR 2012, 71, 72; ferner König/Stang in: Münchener Anwaltshandbuch Urheberrecht, § 31 Rn. 14.; zweifelnd aber Imhof in: Bisges (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht, Kap. 4 Rn. 139.

781 Vgl. Ziff. 3.3.1 der AGB von Facebook, abrufbar a.a.O. (Fn. 636); die Wirksamkeit einer früheren Version der Klausel offenlassend BGH NJW 2018, 3178 Rn. 38.

782 Vgl. unter „Ihre Inhalte und Ihr Verhalten“ in den AGB von YouTube, abrufbar unter <https://www.youtube.com/t/terms> [17.11.2020].

783 Vgl. Ziff. 3.1 der AGB von LinkedIn, abrufbar a.a.O. (Fn. 655).

784 Vgl. unter „Deine Verpflichtungen“ in den AGB von Instagram, abrufbar unter <https://help.instagram.com/581066165581870> [17.11.2020].

785 Vgl. Ziff. 3.b der AGB von Pinterest, abrufbar unter <https://policy.pinterest.com/de/terms-of-service> [17.11.2020].

786 Vgl. Ziff. 3 der AGB von Twitter, abrufbar unter <https://twitter.com/de/tos> [17.11.2020].

787 Ebd. (Fn. 786); die Klausel soll darüber hinaus explizit ein Recht zur unentgeltlichen Nutzung durch Twitter und „andere Unternehmen und Organisationen“ umfassen, die Inhalte des Nutzers zu Werbezwecken zu verwenden und in anderen Medien zu veröffentlichen; zu diesem Aspekt König/Stang in: Münchener Anwaltshandbuch Urheberrecht, § 31 Rn. 14 und dort in Fn. 46.

räumung des Nutzungsrechts gebunden sind und inwieweit diese Bindung von der Stellung als Accountinhaber (un)abhängig ist (dazu 2.).

1. Wirksame Vereinbarung über Nutzungsrechte

Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs ist zwischen zwei unterschiedlichen Arten von Rechtseinräumungsklauseln zu unterscheiden. Für pauschal formulierte Klauseln, welche die eingeräumten „Nutzungsarten nicht ausdrücklich einzeln bezeichnen“, gilt unmittelbar § 31 Abs. 5 UrhG (dazu a).⁷⁸⁸ Dagegen verbleibt bei Klauseln, die wie etwa die beispielhaft zitierten AGB von Twitter alle erfassten Nutzungsarten katalogartig aufzählen,⁷⁸⁹ kein Raum für die Anwendung von § 31 Abs. 5 UrhG; sie sind (allein) an den §§ 305 ff. BGB zu messen (dazu b).

a) Übertragungszweckgedanke des § 31 Abs. 5 UrhG

Nach dem Übertragungszweckgedanken⁷⁹⁰ des § 31 Abs. 5 UrhG räumt der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Rechte ein, als es der Zweck der Verfügung verlangt.⁷⁹¹ Die Bestimmung des Verfügungszwecks muss dabei für den jeweiligen Internetdienst mit Blick auf seine Funktion für den Nutzer und seine technische Ausgestaltung erfolgen.⁷⁹² Der zugrundeliegende Nutzungsvertrag indiziert insoweit den von beiden Parteien verfolgten Zweck:⁷⁹³ Im Vordergrund steht regelmäßig, die technische

788 Nordemann, NJW 2012, 3121, 3122; Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 37; Berberich, MMR 2010, 736, 737; grundsätzlich zum Verhältnis von Urheberrecht und AGB-Kontrolle Mäsch in: Staudinger, Anhang zu §§ 305–310 BGB Rn. L 31 ff.

789 Kritisch dazu Rehbinder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 916 („Nutzungsrechtseinräumungen tendieren [...] heute zur Geschwärigkeit amerikanischer Verträge“).

790 Früher Zweckübertragungstheorie genannt, vgl. zur Terminologie Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 615 und dort in Fn. 91 sowie Burda, Die Zweckbindung im Urhebervertragsrecht, S. 43 ff.

791 Wiebe in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 31 UrhG Rn. 13; Schulze in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 31 Rn. 110; einen Überblick über die Rechtsprechung geben Hertin/Wagner, Urheberrecht, Rn. 555 ff.; ausführlich Burda, Die Zweckbindung im Urhebervertragsrecht, S. 52 ff.

792 Berberich, MMR 2010, 736, 737 („einzelfallabhängig“); zur Bestimmung des Zwecks Burda, Die Zweckbindung im Urhebervertragsrecht, S. 112 ff.

793 Burda, Die Zweckbindung im Urhebervertragsrecht, S. 116 f.

und wirtschaftliche Funktionsfähigkeit der Plattform sicherzustellen, um die Nutzung der Plattform zu ermöglichen – nicht jedoch die Einräumung von Nutzungsrechten zum Zwecke der sonstigen Verwertung.⁷⁹⁴ Danach würde im Falle einer pauschal formulierten Rechtseinräumungsklausel⁷⁹⁵ nach Maßgabe von § 31 Abs. 5 UrhG (nur) ein einfaches, auf die Laufzeit des Nutzungsvertrags begrenztes Recht des Providers nach § 16 UrhG (Vervielfältigungsrecht) und § 19a UrhG (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung) sowie (in Abhängigkeit von den Funktionen der Plattform) ggf. nach § 23 S. 1 UrhG (Bearbeitungsrecht) eingeräumt.⁷⁹⁶ Darüber hinaus muss der Provider diese Rechte an den Werken des Erblassers seinerseits Dritten einräumen können, wenn und soweit die Plattform vorsieht, dass andere Nutzer die Inhalte des Erblassers downloaden und selbst weiterbearbeiten können.⁷⁹⁷

Indessen greift der Übertragungszweckgedanke aufgrund seiner Rechtsnatur als Auslegungsregel lediglich, wenn und soweit Raum für eine Auslegung besteht.⁷⁹⁸ Die aktuellen AGB der Provider enthalten keine pauschalen, sondern sehr detaillierte Rechtseinräumungsklauseln.⁷⁹⁹ Damit vermeidet die Providerpraxis gerade die Erfüllung des negativen Tatbestandsmerkmals aus § 31 Abs. 5 S. 1 UrhG, wonach die vom Nutzungsrecht erfassten Nutzungsarten „nicht ausdrücklich einzeln bezeichnet“⁸⁰⁰ sein dürfen. Die Wirksamkeit detaillierter Klauseln zur Nutzungsrechtseinräumung ist demnach allein am Maßstab der §§ 305 ff. BGB zu prüfen.

794 Berberich, MMR 2010, 736, 737; in diese Richtung auch Solmecke/Dam, MMR 2012, 71, 73 f.; Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 35.

795 Vgl. jeweils mit einem Beispiel für eine solche Klausel Nordemann/Czychowski in: Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, § 43 Rn. 137 und Berberich, MMR 2010, 736, 737.

796 Ähnlich (aber über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) Solmecke/Dam, MMR 2012, 71, 72.

797 Redeker in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 12 Rn. 432 a.E.

798 Berberich, MMR 2010, 736, 737; Soppe in: BeckOK Urheberrecht, § 31 UrhG Rn. 99; Solmecke in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 21.1 Rn. 8; s. aber Rebinder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 916.

799 Vgl. die Beispiele a.a.O. (Fn. 781-786).

800 § 31 Abs. 5 S. 1 UrhG lautet: „Sind bei der Einräumung eines Nutzungsrechts die Nutzungsarten nicht ausdrücklich einzeln bezeichnet, so bestimmt sich nach dem [...] Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt.“ (Hervorhebung nicht im Original).

b) AGB-Kontrolle, §§ 305 ff. BGB

Die Klauseln sind Bestandteil der für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, welche der Provider als Verwender dem Nutzer stellt im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Hinsichtlich der Anforderungen an eine wirksame Einbeziehung insbesondere gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB gelten die Ausführungen zu AGB-Klauseln betreffend die Vererbbarkeit des Vertragsverhältnisses entsprechend.⁸⁰¹ Ein spezifischer Aspekt der Einbeziehungskontrolle von Rechtseinräumungsklauseln wird unter dem Gesichtspunkt des § 305c Abs. 1 BGB diskutiert.⁸⁰² Danach werden Bestimmungen in AGB, „die so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, [...] nicht Vertragsbestandteil.“ Zur Annahme einer solchen „überraschenden Klausel“ muss der Art oder dem Umfang der Nutzungsrechtseinräumung – aus Sicht eines Durchschnittsurhebers – ein Überrumpelungseffekt zukommen.⁸⁰³ Zwar werden die weite Verbreitung der vorliegenden Klauseln im Kontext sozialer Medien sowie die damit einhergehende Aufmerksamkeit gegen ein Hindernis für die Einbeziehung im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB ins Feld geführt.⁸⁰⁴ Demgegenüber ist aber fraglich, ob die angesprochenen Verkehrskreise tatsächlich von der Verwendung solcher Klauseln ausgehen und ob in Ansehung der großen Vielfalt der Anbieter und ihrer jeweiligen Klauseln von einer „Branchenüblichkeit“ gesprochen werden kann.⁸⁰⁵ Sofern im Einzelfall eine Klausel zur Rechtseinräumung, etwa aufgrund ihres Umfangs, als überraschend gem. § 305c Abs. 1 BGB einzurordnen ist, richtet sich die Lizenzierung gem. § 306 Abs. 1 und 2 nach der gesetzlichen Vorschrift des § 31 Abs. 5 UrhG.⁸⁰⁶ Insoweit kann dann auf

801 Siehe dazu zuvor auf S. 162 f. Indes ist die dort problematische Regelung jenseits der AGB im Hilfe-Bereich mancher sozialer Netzwerke für die hier relevante Einräumung von Nutzungsrechten unüblich, vgl. die Klauselbeispiele a.a.O. (Fn. 781-786), die allesamt ein regulärer Bestandteil der jeweiligen AGB sind.

802 Vgl. die Nachweise in Fn. 804.

803 *Wandtke/Grunert* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, Vor §§ 31 ff. Rn. 103; *Ohly* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 40.

804 *Berberich*, MMR 2010, 736, 737; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 32 f.; i.E. auch *Imhof* in: Bisges (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht, Kap. 4 Rn. 138; a.A. *Solmecke/Dam*, MMR 2012, 71, 72; (wohl) *Nordemann*, NJW 2012, 3121, 3121 und *Ohly* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 40

805 *Solmecke/Dam*, MMR 2012, 71, 72.

806 Ebd. (Fn. 805).

die Ausführungen zu pauschal formulierten Rechtseinräumungsklauseln verwiesen werden.⁸⁰⁷

Wirksam einbezogene AGB sind sodann einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zu unterziehen, sofern deren Anwendungsbereich gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eröffnet ist. Die Kontrollfähigkeit der Rechtseinräumung in urheberrechtlichen Lizenzverträgen wird vereinzelt bestritten, weil die Hauptleistungspflicht des Urhebers der gerichtlichen Kontrolle entzogen sein soll.⁸⁰⁸ Diese Argumentation kann jedoch nicht auf die Nutzungsverträge zwischen einem Internetdiensteanbieter und seinen Nutzern übertragen werden, weil die Einräumung von Nutzungsrechten in diesem Fall gerade nicht die Hauptpflicht ist, sondern als Nebenpflicht lediglich die Teilnahme an der Plattform ermöglicht.⁸⁰⁹

Bei der demnach eröffneten Inhaltskontrolle sind die Lizenzklauseln auf eine unangemessene Benachteiligung des Nutzers hin zu überprüfen. Dabei ergeben sich vor allem aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (dazu aa) und dem Transparenzgebot⁸¹⁰ des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB (dazu bb) die wesentlichen Vorgaben für wirksame Bestimmungen zur Rechtseinräumung in AGB (dazu cc).

aa) Leitbildverstoß, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Für die Annahme eines Leitbildverstoßes im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB kommen zwei gesetzliche Ausgangspunkte in Betracht, von denen die Provider mit ihrer Regelungspraxis abweichen. Das könnte zum einen der Übertragungszweckgedanke des § 31 Abs. 5 UrhG sein, der insoweit jenseits seines originären Anwendungsbereichs auch bei detailliert ausformulierten Klauseln in der Gestalt als gesetzliches Leitbild über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in die Debatte zurückkehrt. Zum anderen könnte es § 11 S. 2

807 Siehe dazu S. 196 f.

808 Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1087; ausführlich dazu Peifer, AfP 2012, 510, 514 f.

809 Berberich, MMR 2010, 736, 738; Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 33 f.; Ohly in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 49; Solmecke/Dam, MMR 2012, 71, 72; nunmehr auch Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1087 in Fn. 37.

810 Insoweit kommt es auf die festgestellte Eröffnung der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 2 BGB freilich nicht an, vgl. Wurmnest in: MüKo BGB, § 307 Rn. 22.

UrhG sein, wonach das Urheberrecht (auch) „der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes“ dienen soll.

Zwar hat der BGH zu § 31 Abs. 5 UrhG in einer Grundsatzentscheidung⁸¹¹ festgehalten, dass dem Übertragungszweckgedanken als (schlichter) Auslegungsregel kein Leitbildcharakter im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zukommt.⁸¹² Indes ist es (selbst ungeachtet der grundsätzlichen Kritik an dem Urteil im urheberrechtlichen Schrifttum)⁸¹³ fraglich, ob die Ausführungen des BGH für Nutzungsverträge zwischen Providern und ihren Nutzern gelten können.⁸¹⁴ Das wesentliche Argument des BGH entspringt dem Kontext klassischer urheberrechtlicher Lizenzverträge, die von Urhebern und Verwertern in gewerblicher Absicht abgeschlossen werden: Die von § 11 S. 2 UrhG verlangte Angemessenheit der Vergütung des Urhebers möchte der BGH sicherstellen, indem die vom Verwerter erbrachte finanzielle Gegenleistung für die Nutzungsrechtseinräumung erforderlichenfalls über §§ 32, 32a UrhG für den Urheber verbessert wird.⁸¹⁵ Hingegen stehe einer Kontrolle des Umfangs der Nutzungsrechtseinräumung als Hauptleistungspflicht des Urhebers der Vorrang der privatautonomen Vertragsgestaltung entgegen.⁸¹⁶

Der Nutzer sozialer Medien hingegen räumt dem Provider gerade *unentgeltlich* Nutzungsrechte an seinen Inhalten ein. Eine Korrektur allein auf der Vergütungsseite im Sinne des BGH würde eine von den Parteien nicht vorgesehene wirtschaftliche Verwertung der Inhalte überhaupt erst begründen.⁸¹⁷ Wenn aber eine finanzielle Kompensation des Nutzers für die über den Vertragszweck hinausgehende Rechtseinräumung nicht möglich

811 BGH GRUR 2012, 1031 Rn. 16 ff.; instruktiv zu den § 31 Abs. 5 UrhG betreffenden Aussagen des Urteils vgl. *Schippan*, ZUM 2012, 771, 773 f.; das Gericht setzt insoweit die frühere Rechtsprechung aus BGH GRUR 1984, 45, 48 f. fort

812 Ebenso *Nordemann*, NJW 2012, 3121, 3122 und *Wille*, ZUM 2011, 206, 206 ff.

813 *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), UrhG, Vor §§ 31 ff. Rn. 108; *Ohly* in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.), Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 49; *Schulze* in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), UrhG, Vor § 31 Rn. 16; *ders.*, GRUR 2012, 993, 993 f.; *Berberich*, WRP 2012, 1055, 1057 ff.

814 Insoweit ebenso zweifelnd *Berberich*, MMR 2010, 736, 739 und *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 34 f.; a.A. (wohl) *Paul* in: *Hoeren/Sieber/Holznagel* (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 7.4 Rn. 146.

815 BGH GRUR 2012, 1031 Rn. 29; *Wille*, ZUM 2011, 206, 209; *Dorner*, MMR 2011, 780, 782.

816 BGH GRUR 2012, 1031 Rn. 18; auch *Imhof* in: *Bisges* (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht, Kap. 4 Rn. 81 betont gerade die Eigenschaft als Hauptleistungspflicht.

817 *Ebd.* (Fn. 814).

ist, dann kann dem zwingenden Gebot des § 11 S. 2 UrhG nur über eine Kontrolle des Umfangs der eingeräumten Rechte genügen werden.⁸¹⁸

Folglich begrenzt der Zweck des Nutzungsvertrags gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Reichweite des dem Provider eingeräumten Nutzungsrechts.⁸¹⁹ Als Vertragszweck wiederum kommt nur in Betracht, was beide Parteien gemeinsam anstreben oder zumindest akzeptieren, nicht aber einseitige Zwecksetzungen (des Providers).⁸²⁰ Eine Zweckbestimmung in AGB ist ihrerseits am Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu messen.

bb) Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders „auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.“ Um dem Transparenzgebot zu genügen, muss der Verwender die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners so klar wie möglich formulieren.⁸²¹ Über die schlichte sprachliche Verständlichkeit hinaus schließt das ebenso ein, dass ein durchschnittlicher Vertragspartner die (wirtschaftlichen) Belastungen, die sich aus den AGB ergeben (können), nachvollziehen kann.⁸²² Weder soll die Umschreibung Auslegungsspielräume einseitig zugunsten des Verwenders eröffnen, noch darf sie den Vertragspartner durch falsche Vorstellungen vom Vertragsinhalt zu einem unangemessenen Vertragsabschluss bringen.⁸²³

Im Folgenden sollen vor allem die Klauseln der Provider zur Bestimmung des Zwecks der Nutzungsrechtseinräumung im Lichte des Transpa-

818 Im Ergebnis wie hier, aber allein über § 11 S. 2 UrhG argumentiert das KG Berlin ZD 2014, 412, 417 f. In der Revision musste BGH ZD 2016, 484 dazu nicht Stellung nehmen; s. außerdem bereits die Nachweise in Fn. 814 sowie Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 774a.

819 Zum Zweck von Nutzungsverträgen vgl. bereits zuvor auf S. 196 f.

820 Ohly in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 31 UrhG Rn. 64 f. möchte zur Ermittlung des Vertragszwecks §§ 133, 157 BGB sinngemäß anwenden; Soppe in: BeckOK Urheberrecht, § 31 UrhG Rn. 95 ff.; Schulze in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 31 Rn. 121 f.; ausführlich zur Zweckbestimmung Burda a.a.O. (Fn. 792).

821 Schmidt in: BeckOK BGB, § 307 Rn. 45; Wurmnest in: MüKo BGB, § 307 Rn. 61; Grüneberg in: Palandt, § 307 BGB Rn. 21; Schulte-Nölke in: HK-BGB, § 307 BGB Rn. 21 f. jeweils m.w.N.

822 Ebd. (Fn. 821).

823 Ebd. (Fn. 821).

renzgebots betrachtet werden.⁸²⁴ Etwa die AGB der Anbieter Instagram⁸²⁵, Facebook⁸²⁶ und Google⁸²⁷ enthalten solche Zweckbestimmungen, während beispielsweise Twitter⁸²⁸ auf eine explizite Spezifizierung verzichtet. Wenn der Zweck so formuliert ist, dass die Rechtseinräumung eine Bedingung dafür sein soll, dass der Dienst zur Verfügung gestellt werden kann,⁸²⁹ dann muss unterschieden werden: Soll die Rechtseinräumung in einem allgemeineren Sinne den Betrieb des Dienstes und seine Weiterentwicklung ermöglichen (d.h. insbesondere finanzieren), sodass auch eine weitgehende gewerbliche Verwertung der Inhalte etwa zu Werbezwecken von diesem Zweck erfasst ist. Oder ist in einem engeren technisch-funktionalen Sinne gemeint, dass die Funktionen der Plattform (wie beispielsweise das „Posten“ und „Teilen“ von Inhalten) einem Nutzer gegenüber in urheberrechtlich zulässiger Weise erbracht werden können. Um dem Transparenzgebot zu genügen, müssen die Formulierung und der Kontext in den AGB verdeutlichen, welche der beiden Varianten gemeint ist. Denn die rechtlichen Konsequenzen für die Reichweite der eingeräumten Nutzungsrechte unterscheiden sich deutlich und der Nutzer muss nachvollzie-

-
- 824 U.a. zur Intransparenz, die (bei ausländischen Internetdiensteanbietern) aus Übersetzungsproblemen resultieren kann, vgl. Solmecke/Dam, MMR 2012, 71, 72, 74; allgemein auch Nordemann, NJW 2012, 3121, 3125 a.E. („Der Einhaltung des Transparenzgebots muss in urheberrechtlichen Formularverträgen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.“).
- 825 Vgl. unter „Deine Verpflichtungen“ in den AGB von Instagram, abrufbar a.a.O. (Fn. 784): Du „gewährst [...] uns hiermit [...] eine [...] Lizenz, [...] damit wir den Instagram-Dienst zur Verfügung stellen können“ (Hervorhebung nur hier).
- 826 Vgl. Ziff. 3.3.1 der AGB von Facebook, abrufbar a.a.O. (Fn. 636): „Diese Lizenz dient nur dem Zweck, dir unsere Produkte bereitzustellen.“ In einer früheren Version der Zweckbestimmungsklausel von Facebook sah das KG Berlin ZD 2014, 412, 418 einen Verstoß (u.a.) gegen das Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.
- 827 Vgl. unter „Lizenz“ in den AGB von Google, abrufbar unter <https://policies.google.com/terms?gl=DE&hl=de> [17.11.2020] („Diese Lizenz ist beschränkt auf den ausschließlichen Zweck der Erbringung der Dienste, das heißt um zu ermöglichen, dass die Dienste wie vorgesehen funktionieren und neue Funktionen und Funktionalitäten geschaffen werden können. Dies umfasst die Verwendung automatisierter Systeme und Algorithmen zur Analyse Ihrer Inhalte [...]\“).
- 828 Vgl. Ziff. 3 der AGB von Twitter, abrufbar a.a.O. (Fn. 786).
- 829 Explizit so Instagram (s. die Hervorhebung in Fn. 825) und Google („um zu ermöglichen, dass die Dienste [...] funktionieren und neue [...] geschaffen werden können.“ Hervorhebung nur hier).

hen können, inwieweit genau er die Verwertung seiner Werke gestattet.⁸³⁰ Es darf insoweit kein Auslegungsspielraum verbleiben, den der Provider zu seinen Gunsten nutzen kann, indem er zusätzliche Nutzungsarten als von der Zweckbestimmung erfasst definiert.

cc) Vorgaben für eine zulässige Klausel zur Rechtseinräumung

Nach alledem ergeben sich aus § 307 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Nr. 1 BGB die Rahmenbedingungen für eine zulässige Klausel, mittels welcher die unentgeltliche Einräumung von Nutzungsrechten an den Inhalten eines Nutzers sozialer Medien vereinbart wird. Die Reichweite der Rechtseinräumung wird durch den Vertragszweck begrenzt. Dieser Zweck der Rechtseinräumung muss zwar für jeden Internetdienst in Abhängigkeit von dessen Funktionen jeweils einzeln bestimmt werden, wird aber regelmäßig primär in der technisch-funktionalen Ermöglichung des Plattformbetriebs bestehen. Während die einseitige Festsetzung eines deutlich weitergehenden Zwecks in den AGB des Providers an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB scheitert, steht § 307 Abs. 1 S. 2 BGB einer mehrdeutigen Formulierung der Zweckbestimmung entgegen, die Auslegungsspielräume zugunsten des Providers belässt.

Aus dem vom Nutzungszweck verlangten direkten Bezug zum Plattformbetrieb ergeben sich Beschränkungen der Rechtseinräumung in inhaltlicher wie in zeitlicher Hinsicht. Die inhaltliche Dimension begrenzt die von der Lizenz erfassten Nutzungsarten und die Reichweite des providerseitigen Rechts zur Unterlizenzierung.⁸³¹ Mit Blick auf die zeitliche Dimension scheiden überschließende Rechte über das Ende der Plattformnutzung hinaus aus.⁸³² In den AGB einiger Anbieter finden sich bereits kon-

830 *Paul* in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 7.4 Rn. 146; zwar auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB bzw. § 305c Abs. 1 BGB abstellend betont aber auch *Redeker* in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 12 Rn. 433, dass „der Umfang der Rechteeinräumung für den Nutzer klar erkennbar sein“ muss.

831 *Berberich*, MMR 2010, 736, 738 mit Beispielen für insoweit „unnötige Rechte“; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 774a; *Paul* in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 7.4 Rn. 146.

832 *Berberich*, MMR 2010, 736, 738; *Paul* in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 7.4 Rn. 146.

krete Anhaltspunkte für die Umsetzung dieser Maßstäbe,⁸³³ während andere Anbieter insoweit weder eine Beschränkung des Nutzungszwecks noch der eingeräumten Nutzungsrechte erkennen lassen.⁸³⁴ Die Einräumung eines einfachen, auf die Laufzeit des Nutzungsvertrags begrenzten Rechts des Providers nach §§ 16, 19a und ggf. 23 S. 1 UrhG sowie die entsprechende Möglichkeit zur Unterlizenzierung bleiben demnach unproblematisch möglich.

c) Zwischenergebnis zu 1.

Sogenannte Buy-Out-Klauseln, mit denen der Urheberrechtsinhaber gegen einen Pauschalbetrag umfassend Nutzungsrechte an seinen Werken einräumt, sind in der Praxis verbreitet und bis zur Grenze des § 138 BGB zulässig.⁸³⁵ Indessen sind die dazu entwickelten Maßstäbe nur bedingt übertragbar auf Lizenzklauseln in Nutzungsverträgen der Anbieter von Kommunikations- und Informationsdiensten. Die Rechtseinräumung durch den Nutzer erfolgt hier im Gegensatz zu den Buy-Out-Klauseln im klassischen Urhebervertragsrecht erstens unentgeltlich und zweitens (lediglich) als Nebenleistung, sodass der Urheber und Social-Media-Nutzer nicht auf die Ansprüche auf angemessene Vergütung nach §§ 32, 32a UrhG verwiesen werden kann. Die daraus resultierende Notwendigkeit, die Reichweite der Rechtseinräumung selbst einer Kontrolle zu unterziehen, verleiht dem Urhebervertragsrecht insoweit eine verbraucherschützende Dimension.⁸³⁶ Das ist bemerkenswert, weil der Schutz des Urhebers als Kunstschaffendem und der Schutz des Verbrauchers als Rezipienten bislang meist gegen-

833 Beispielsweise findet sich eine explizite Begrenzung der Nutzungsrechtseinräumung in zeitlicher Hinsicht bei Facebook (s. Fn. 781), Instagram (s. Fn. 784) und Google (s. Fn. 827).

834 An der Wirksamkeit der AGB von Twitter, wonach ein Recht auf kommerzielle Verwertung aller Inhalte des Nutzers durch Twitter und seine Unterlizenznnehmer vorgesehen ist (s. Fn. 786 und 787), bestehen insofern Zweifel.

835 So *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1075, 1096 und *Imhof* in: Bisges (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht, Kap. 4 Rn. 42 jeweils mit Verweis auf BGH GRUR 2012, 1031.

836 So bereits *Berberich*, MMR 2010, 736, 741 a.E.

läufig wahrgenommen wurden,⁸³⁷ diese Rollenverteilung im Kontext von nutzergenerierten Inhalten aber ihre Eindeutigkeit verliert.⁸³⁸

2. Bindung der Rechtsnachfolger an die Lizenzeinräumung

Wenn und soweit der Urheber zu seinen Lebzeiten wirksam Nutzungsrechte einräumt, sind die Erben⁸³⁹ als Rechtsnachfolger und neue Urheberrechtsinhaber gegenüber dem Lizenznehmer grundsätzlich ebenso an diese Rechtseinräumung gebunden.⁸⁴⁰ Dementsprechend konstatiert Ohly, dass der „Rechtsnachfolger [...] im Blick auf den Sukzessionsschutz so behandelt [wird], wie wenn er das fragliche Nutzungsrecht selbst eingeräumt hätte.“⁸⁴¹ Bezogen auf das Verhältnis zwischen Nutzer und Provider bleibt die Lizenz des Providers damit grundsätzlich nach Maßgabe der inhaltlichen und zeitlichen Beschränkungen, die sich aus der formularvertraglichen Einräumung ergeben,⁸⁴² über den Erbfall hinaus weiter wirksam.

Inwiefern sich diese Beschränkungen auswirken, hängt wegen ihres Ursprungs im Zweck der Rechtseinräumung nicht zuletzt von dem Schicksal der Accountinhaberschaft im Erbfall ab. Wenn und soweit die Erben den Erblasseraccount nach dem Erbfall übernehmen und fortgesetzt nutzen, bleibt parallel dazu der Zweck der Nutzungsrechtseinräumung – die ermöglichten des Plattformbetriebs – weiterhin gültig. Haben sich der Erb-

837 Vgl. dazu etwa *Stieper*, VuR 2014, 261, 261 f.; *Wandtke* in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), UrhG, Einleitung Rn. 26.

838 *Bauer*, User Generated Content, in: *Große Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski* (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, S. 35 ff.; vgl. ferner die modellhafte Bezeichnung des „Prosument“ im Vorwort desselben Sammelbandes.

839 Zum Sukzessionsschutz auch bei einem Vermächtnisnehmer als Rechtsnachfolger im Urheberrecht, vgl. *Gloser*, Die Rechtsnachfolge in das Urheberrecht, S. 228.

840 Das insoweit einhellige Ergebnis wird in der Literatur auf unterschiedliche Normen gestützt, vgl. *Gloser*, Die Rechtsnachfolge in das Urheberrecht, S. 227 f. und *Reinke* in: *Bisges* (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht, Kap. 9 Rn. 13 (§ 33 S. 2 Fall 1 UrhG); *Ohly* in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.), § 33 UrhG Rn. 16 und *Wandtke*, Urheberrecht, Kap. 4 Rn. 143 (§ 30 UrhG); *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 654 a.E. (§§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB); *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 988 (bürgerliches Recht); nicht festgelegt *Berger* in: *Berger/Wündisch* (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, § 1 Rn. 69 und *Clément*, Urheberrecht und Erbrecht, S. 104.

841 *Ohly* in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.), § 33 UrhG Rn. 16.

842 Vgl. dazu zuvor auf S. 198 ff.

lasser und der Provider hingegen wirksam darauf geeinigt, dass der Account im Erbfall zu löschen ist, entfällt mit dem Tod des Nutzers der Lizenzzweck mit der Folge, dass das urheberrechtliche Nutzungsrecht des Providers endet.⁸⁴³

Betreibt schließlich eine vom Erblasser benannte Vertrauensperson, die nicht zugleich Erbin ist, den Account als eigenen oder als Gedenkseite weiter, fallen die Inhaberschaft von Account und Urheberrecht auseinander. In diesem Fall muss der Zweck der Rechtseinräumung wie folgt erneut in den Blick genommen werden. Die ursprünglichen Parteien des Account-Vertrags (i.e. der Erblasser und der Provider) haben sich zum einen auf eine Einräumung von Nutzungsrechten zur Ermöglichung des Accountbetriebs und zum anderen auf die Berechtigung der Vertrauensperson am Account im Erbfall geeinigt. Vor diesem Hintergrund sind die Erben an die Urheberrechtslizenz des Providers gebunden, obwohl sie selbst keine Accountberechtigung haben. Denn der Lizenzzweck erfasst nach dem Willen der Vertragsparteien über die Lebzeiten des Erblassers hinaus auch die Nutzung durch die von ihm ausgewählte Vertrauensperson. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus einer Kontrollüberlegung: Wären die Erben nicht an die Lizenz gebunden, weil sie nicht gleichzeitig die Accountberechtigung innehaben, liefe die Möglichkeit zur Benennung einer Vertrauensperson stets leer. Der Provider könnte in diesem Fall gegenüber der Vertrauensperson nie die zum Betrieb des Accounts erforderlichen Nutzungshandlungen durchführen. Dem Willen der Nutzungs- und Lizenzvertragsparteien – insbesondere dem Willen des Erblassers und Urhebers, der die Möglichkeit zur Benennung einer Vertrauensperson bewusst wahrgenommen hat – würde ein solches Ergebnis kaum gerecht. Im Gegenteil spricht der beschränkte Umfang der Nutzungsrechtseinräumung, der insbesondere keine gewerbliche Verwertung der Inhalte durch den Provider umfasst, dafür, dass den Erben eine fortgesetzte Bindung an die Lizenz zulässig ist.

843 Nach Ziff. 3.3.1 der AGB von Facebook (s. Fn. 781) ist die Lizenz explizit auf die Löschung des Accounts auflösend bedingt; ähnlich auch die AGB von Instagram (s. Fn. 784); die AGB von Google (s. Fn. 827) sehen eine Befristung der Lizenz vor; vgl. zur Befristung und auflösenden Bedingung urheberrechtlicher Nutzungsrechte Berger in: Berger/Wündisch (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, § 1 Rn. 196 f.

3. Zwischenergebnis zu II.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der Erblasser zu seinen Lebzeiten dem Provider in der Regel formularvertraglich die zum Plattformbetrieb technisch-funktional notwendigen Nutzungsrechte wirksam einräumt. Der Einräumung inhaltlich oder zeitlich weitergehender Rechte sind hingegen enge Grenzen gesetzt. Nach dem Erbfall sind die Erben als neue Urheberrechtsinhaber grundsätzlich an die dem Provider eingeräumte Lizenz gebunden. Das gilt solange und soweit der Account nicht gelöscht wird und unabhängig von der Frage, wer nach dem Willen des Erblassers ab dem Zeitpunkt des Erbfalls bezogen auf den Account zugangs- und nutzungsberechtigt ist.

III. Berechtigung an den Accountinhalten kraft Urheberrechts

Im Regelfall gehen die nutzungsvertragliche Position der Accountinhaberschaft einerseits und die Urheber- und Leistungsschutzrechte an den Accountinhalten andererseits im Erbgang gemeinsam auf die Erben über. Ein anderes Ergebnis – also das Auseinanderfallen der Rechtspositionen – ist indes nicht ausgeschlossen. Die Accountinhaberschaft kann kraft nutzungsvertraglicher Vereinbarung mit dem Tod des Erblassers erlöschen oder statt auf die Erben auf eine Vertrauensperson übergehen. Die urheberrechtlichen Positionen können beispielsweise im Wege der Erfüllung eines Vermächtnisses auf einen vom Erblasser bestimmten Dritten oder an Miterben im Wege der Erbauseinandersetzung zu übertragen sein, vgl. § 29 Abs. 1 UrhG.⁸⁴⁴

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und inwieweit sich allein aus der Stellung als Urheberrechtsinhaber eine Berechtigung an den Accountinhalten ableiten lässt. Diese Berechtigung könnte sich durch ein Recht auf Löschung der Inhalte (dazu 1.) oder durch ein Recht auf Zugang zu ebenjenen (dazu 2.) ausdrücken. Vorweg kann festgehalten werden, dass sich etwaige Ansprüche des Urheberrechtsinhabers lediglich auf die urheber- beziehungsweise leistungsschutzrechtlich geschützten Anteile der

844 § 29 Abs. 1 UrhG regelt insoweit die einzig zulässigen Konstellationen einer translativen Übertragung des Urheberrechts, vgl. dazu *Ohly* in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 29 UrhG Rn. 8 ff.; *Hoche* in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, § 29 Rn. 24 ff.; *Schulze* in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 29 Rn. 4 ff.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 648.

Accountinhalte und daher (regelmäßig) weder auf den Account als solchen noch auf sämtliche Accountinhalte beziehen kann.⁸⁴⁵

1. Recht des Urheberrechtsinhabers auf Löschung der Accountinhalte

Der Urheberrechtsinhaber kann grundsätzlich mit Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen aus § 97 UrhG gegen die Verletzung seines Rechts vorgehen.⁸⁴⁶ Die Möglichkeit, Dritten auf diesem Wege den Zugang zu den Accountinhalten zu untersagen oder die Löschung der urheberrechtlich geschützten Teile des Accounts zu verlangen, findet indes eine wichtige Grenze in der dargestellten Bindung des Rechtsnachfolgers an die vom Urheber eingeräumte Lizenz.⁸⁴⁷ Zwar wird im Kontext nutzergenerierter Inhalte dem Rückruf von Nutzungsrechten wegen gewandelter Überzeugung gem. § 42 UrhG mitunter eine wichtige Bedeutung zugesprochen.⁸⁴⁸ Allerdings sieht § 42 Abs. 1 S. 2 UrhG für die Ausübung des Rückrufs durch den Rechtsnachfolger hohe Hürden vor. Außerdem ist bei der Ausübung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse, wie dargestellt,⁸⁴⁹ gerade das Interesse des Urhebers und nicht dasjenige seines Rechtsnachfolgers maßgeblich.⁸⁵⁰ Soweit der Erblasser das Auseinanderfallen von Account und Urheberrecht durch entsprechende Vorkehrungen selbst herbeigeführt hat, wird der nachgefolgte Urheberrechtsinhaber einen Löschungsanspruch zulasten des gewillkürten Accountinhabers kaum auf die Interessen des Erblassers stützen können.

Wenn und soweit der Provider oder die am Account berechtigte Vertrauensperson aber urheberrechtliche Nutzungshandlungen vornehmen,

845 Zu der Frage, an welchen Accountinhalten Urheber- bzw. Leistungsschutz bestehen kann, vgl. bereits S. 189 ff.

846 Zu den Anspruchsvoraussetzungen vgl. J.B. Nordemann in: Fromm/Nordemann, § 97 UrhG Rn. 8 ff.; Specht in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 97 Rn. 3 ff.; ferner Meckel in: Dreyer/Kothhoff/Meckel/Hentsch (Hrsg.), § 97 UrhG Rn. 1 ff.

847 Vgl. dazu zuvor auf S. 205 f. Ein Nutzungsrecht lässt den Tatbestand aus § 97 Abs. 1 UrhG entfallen, s. Leistner in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 97 UrhG Rn. 25.

848 So Rauda, GRUR 2010, 22, 22 ff.; sogar für freie Widerrufbarkeit Redeker in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), MMR-HdB, Teil 12 Rn. 437 f.; a.A., wegen der Entschädigungspflicht gem. § 42 Abs. 3 UrhG werde die praktische Bedeutung des Rückrufs gering bleiben, Paul ebd., Teil 7.4 Rn. 141.

849 Siehe dazu Fn. 776.

850 Peukert in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 42 UrhG Rn. 9 erklärt damit die „besonderen Voraussetzungen des [§ 42] Abs. 1 S. 2“ UrhG.

die über den Umfang der eingeräumten Lizenz hinausgehen, zeitigt das Unterlassungsansprüche des Urheberrechtsinhabers, vgl. § 97 Abs. 1 UrhG. Mit Blick auf die inhaltlichen Beschränkungen der formularvertraglichen Lizenzierung⁸⁵¹ ist damit insbesondere eine gewerbliche Verwertung der Inhalte jenseits der schlichten Nutzung des Accounts ausschließlich dem Urheberrechtsinhaber vorbehalten.

2. Recht des Urheberrechtsinhabers auf Zugang zum Account

Die Grundlage für einen Anspruch auf Accountzugang könnte § 25 Abs. 1 UrhG bilden,⁸⁵² wonach der Urheberrechtsinhaber „vom Besitzer des Originals oder eines Vervielfältigungsstückes seines Werkes verlangen [kann], daß er ihm das Original oder das Vervielfältigungsstück zugänglich macht, soweit dies zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken oder Bearbeitungen des Werkes erforderlich ist und nicht berechtigte Interessen des Besitzers entgegenstehen.“ Das Zugangsrecht schützt die Beziehung des Urhebers zu seinem Werk.⁸⁵³ Sollte der Urheberrechtsinhaber (vorübergehend) Zugang zu den Accountinhalten erhalten, könnte er unproblematisch ein Vervielfältigungsstück in Form einer digitalen Kopie herstellen.⁸⁵⁴ Allerdings muss der Anspruchssteller das Bezugsobjekt des Anspruchs aus § 25 Abs. 1 UrhG nach allgemeinen Grundsätzen benennen.⁸⁵⁵ Interesse dürfte aber gerade an denjenigen Inhalten bestehen, die nicht ohnehin öffentlich einsehbar sind und die dem Anspruchssteller daher weder bekannt sind noch von ihm konkret benannt werden können.⁸⁵⁶ Außerdem erfasst § 25 Abs. 1 UrhG jedenfalls nur die Teile des Accounts, die Schutz nach Maßgabe des UrhG genießen⁸⁵⁷ – mit der Folge, dass sich aus dem Urheberrecht

851 Vgl. dazu zuvor auf S. 198 ff.

852 So zuerst Brinkert/Stolze/Heidrich, ZD 2013, 153, 155.

853 Wiebe in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, § 25 UrhG Rn. 1; Schulze in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 25 Rn. 1 („unauflösliches urheberpersönlichkeitsrechtliches Band zwischen Urheber und Werk“); Bullinger in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhG, § 25 Rn. 1.

854 Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 38.

855 Auf diese Hürde hinweisend Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 37 ff.; Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 28; Thiesen, Daten in der Erbmasse, S. 152 f.

856 Ebd. (Fn. 855).

857 Das sind insbesondere Werke i.S.v. § 2 UrhG und Lichtbilder i.S.v. § 72 UrhG, Laufbilder i.S.v. § 95 UrhG sind hingegen nicht erfasst, vgl. Schulze in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 25 Rn. 8; Vogel in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), § 25 UrhG Rn. 8 a.E.

kein vollständiger Zugang ableiten lässt, der mit der nutzungsvertraglichen Position vergleichbar wäre.⁸⁵⁸ Insbesondere alle von den Kommunikationspartnern des Erblassers empfangenen Nachrichten und Medien können hier kein Bezugsobjekt im Rahmen von § 25 Abs. 1 UrhG sein.

3. Zwischenergebnis zu III.

Aus dem Urheberrecht allein kann der Rechtsnachfolger kein Herrschaftsrecht über den Account und seine Inhalte ableiten. Hat der Erblasser Vorekehrungen getroffen, die in Abweichung vom gesetzlichen Regelfall dazu führen, dass die Account- und die Urheberrechtsinhaberschaft auseinanderfallen, dann dürfen die Konsequenzen dieser Entscheidung nicht über den Umweg des Urheberrechts nivelliert werden. Das gilt für den Anspruch des Urheberrechtsinhabers auf Löschung des Accounts, welcher an der fortlaufenden Wirksamkeit der Nutzungsrechte des Providers scheitert, ebenso wie für den entsprechenden Zugangsanspruch, für den bereits keine hinreichende Anspruchsgrundlage ersichtlich ist.

IV. Zwischenergebnis zu C.

Die Urheberrechte des Erblassers können als eigenständiges Erbrechtsobjekt im digitalen Nachlass untersucht werden. Ein Nutzer sozialer Medien bringt zahlreiche Inhalte in seinen Account ein, die Urheberrechts- oder zumindest Leistungsschutz nach dem UrhG genießen. Die bestehenden Immaterialgüterrechte gehen im Erbfall auf die Erben über. Dieser Übergang schließt die an den Inhalten eingeräumten Nutzungsrechte des Providers ein, welche im Grundsatz auch den Rechtsnachfolger binden, soweit nichts anderes bestimmt ist oder aus dem Zweck der Nutzungsrechtseinräumung folgt. Der Zweck bildet insofern sowohl zu Lebzeiten des Nutzers als auch nach dem Erbfall die Grenze der (formularvertraglichen) Lizenzierung an den Provider. Das Urheberrecht vermittelt seinem Inhaber derweil keine Rechtsposition, welche die nutzungsvertragliche Accountinhaberschaft ersetzen kann.

⁸⁵⁸ Thiesen, Daten in der Erbmasse, S. 152 f.; ferner Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass, S. 28

D. Schlussbetrachtungen zu Kapitel 3

Die Untersuchung der Rechtsverhältnisse zwischen Provider und Nutzer als Erbrechtsobjekt(e) erfordert es, das sich dynamisch entwickelnde Angebot von Informations- und Kommunikationsdiensten sowie das damit zusammenhängende Nutzungsverhalten aus der Perspektive unterschiedlicher Rechtsmaterien zu beleuchten. Dabei besteht ein Interesse des Rechtsverkehrs an einer praktikablen Handhabung und klaren, möglichst einheitlichen Regeln zum Umgang mit dem digitalen Nachlass. In Übereinstimmung mit dem Facebook-Urteil des BGH⁸⁵⁹ ist von einem sukzessionsfreundlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis auszugehen, wonach die Übergangsfähigkeit der nutzungsvertraglichen Position im Erbgang sowie die Durchsetzbarkeit des daraus abgeleiteten Rechts auf Zugang zu und Nutzung des Accounts den Regelfall und Ausgangspunkt bildet. Insofern ist auch keine Kollision zwischen der nutzungsvertraglichen und der urheberrechtlichen Erbrechtsposition feststellbar.

Allerdings scheint der in der Debatte vielfach bemühte Vergleich zu analogen Nachlassgegenständen, wie Briefpost oder einem Tagebuch, Ausdruck des Wunsches danach zu sein, Nutzerkonten als – wenn auch neuartigen – Erbrechtsobjekten *keinerlei* Sonderstatus im überkommenen Regelungsregime des Erbrechts zuzubilligen. Indessen darf die Komplexität der aufgeworfenen Fragen nicht im Interesse des Rechtsverkehrs negiert werden. Denn Nutzerkonten treten im Informationszeitalter nicht schlicht an die Stelle eines herkömmlichen Briefwechsels. Vielmehr gehen sie darüber hinsichtlich ihrer Funktion, ihres Umfangs und ihrer Vielfalt weit hinaus. Aus der Eigenschaft von Nutzerkonten als digitalem Abbild unterschiedlichster Lebensbereiche resultiert eine Vielschichtigkeit, der auch juristisch Rechnung zu tragen ist. Vor diesem Hintergrund sollte dem Drängen auf eine vollständige Gleichsetzung von Analogem und Digitalem nicht voreilig nachgegeben werden. Stattdessen sollten gerade diejenigen Regelungsregime fruchtbar gemacht werden, die eine einzelfallgerechte Differenzierung zwischen unterschiedlich gelagerten Sachverhalten ermöglichen. Das sind namentlich das unionale Datenschutzrecht sowie der vertragliche Gestaltungsspielraum von Provider und Nutzer.⁸⁶⁰ Schon gegenwärtig ist es rechtlich geboten und inhaltlich sachgemäß, zu unterscheiden beispiels-

859 BGH NJW 2018, 3178.

860 Zu Vertragsabreden betreffend die Vererbbarkeit s. S. 159 ff. Zur Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte an den Accountinhalten des Erblassers s. S. 194 ff.

weise zwischen unterschiedlichen Internetdiensten,⁸⁶¹ zwischen gewerblich und privat genutzten Accounts,⁸⁶² zwischen einfachen und sensiblen personenbezogenen Daten⁸⁶³ oder zwischen minder- und volljährigen Nutzern.⁸⁶⁴ Sollte das vielfältige Angebot von Informations- und Kommunikationsdiensten erwartungsgemäß seine Expansion in verschiedenste Aspekte unserer Lebensführung fortsetzen, wird die Notwendigkeit eines differenzierenden und einzelfallorientierten Vorgehens weiter zunehmen. Nur so können die kollidierenden Interessen in der multipolaren Konstellation des digitalen Nachlasses zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden.

861 Vgl. dazu die Ausführungen zum vertragssimmanenten Schutz der Kommunikationspartner des Erblassers auf S. 94 ff.

862 Vgl. dazu etwa die Ausführungen zum IPR auf S. 74 ff. oder zum UWG auf S. 104 f.

863 Vgl. dazu die Ausführungen zur Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 9 DS-GVO auf S. 142 ff.

864 Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) a.E. DS-GVO auf S. 137 ff.