

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

152. JAHRGANG

08  
2020



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Joachim Pierer:*

Die Privatsphäre des Erblassers

Seite 281

*Anton Dirlinger:*

Doppelte Zustellung im Gebührenverfahren

Seite 295

*Uwe Neumayr:*

Keine Erbunwürdigkeit bei Strafaufhebungsgründen?

Seite 299

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Indizwirkung der Vorsorgevollmacht für eine Beschränkung der Entscheidungsfähigkeit des Vollmachtgebers (*Walter H. Rechberger*)

Seite 302

Schenkungsbewertung: keine Wertminderung durch Vorbehalt eines Wohnungsgebrauchsrechts

Seite 310

REDAKTION: Ludwig Bittner, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Gottfried Musger, Helmut Ofner, Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2020/79

## Die Privatsphäre des Erblassers

### Zugleich ein Beitrag zum sog „digitalen Nachlass“

Das Erbrecht nimmt keine Rücksicht auf die Privatsphäre des Erblassers. Erben erhalten daher auch Zugang zu Sachen, Aufzeichnungen, Korrespondenz uÄ, die der Erblasser als privat oder höchstpersönlich eingestuft hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese „analog“ oder „digital“ vorhanden sind. Der Erblasser muss also Vorsorge treffen, wenn er seine Privatsphäre vor den Erben schützen will. Im Beitrag wird als Vorfrage die Nachlasszugehörigkeit der vom Erblasser als privat oder höchstpersönlich eingestuften Inhalte behandelt. Danach werden Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers zum Schutz seiner Privatsphäre analysiert und im Anschluss mögliche Lösungen zu Konflikten aufgezeigt, sollte der Erblasser nicht vorgesorgt haben.

Von Joachim Pierer

### Inhaltsübersicht:

- A. Das Problem
- B. Die Zugehörigkeit zum Nachlass
  - 1. Vererblichkeit als Grundregel
  - 2. Der Wert ist ohne Bedeutung
  - 3. Höchstpersönlichkeit als Ausnahme
  - 4. Der sog „digitale Nachlass“
  - 5. Fortsetzung: Höchstpersönlichkeit als Ausnahme
    - a) Digitale private Inhalte
    - b) Höchstpersönlichkeit im Rechtssinn
    - c) Fehlender Schutz der Privatsphäre
- C. Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers
  - 1. Vorfrage: Ermittlung des Ziels
  - 2. Letztwillige Verfügung
  - 3. Auflage
    - a) Wahrung der Erblasserinteressen
    - b) Bewahrung
    - c) Vernichtung
    - d) Durchsetzung
  - 4. Auftrag auf den Todesfall
    - a) Inhalt des Auftrags
    - b) § 1022 Satz 2 ABGB
    - c) Kein Widerruf durch die Erben
  - 5. Schuldrechtliche Vereinbarungen
    - a) Das Problem
    - b) Beendigung und Löschung im Todesfall
    - c) Ausschluss der Vererblichkeit
    - d) Verwendung von AGB
- D. Keine Vorsorge durch den Erblasser
  - 1. Konflikte zwischen den Erben
  - 2. Weitergabe durch die Erben
  - 3. Beteiligung Dritter
    - a) Herausgabepflicht und Zugriffsgewährung
    - b) Vertragsauslegung
    - c) „Zero Knowledge“
- E. Sinnvolle Weiternutzung des „digitalen Nachlasses“?
- F. Zusammenfassung

### A. Das Problem

Nach dem Tod des Erblassers<sup>1</sup> können nicht nur unverfängliche Sachen oder Schuldverhältnisse wie zB Bücher

oder E-Mail-Konten zurückbleiben, sondern auch solche, die der Erblasser als „höchstpersönlich“ oder „privat“ eingestuft hat (nachfolgend als „private Inhalte“ bezeichnet). Dass etwa vertrauliche Tagebücher in die Hände der Erben fallen oder die Erben Zugriff auf E-Mail-Konten mit vertraulicher Korrespondenz erlangen, ist idR nicht im Sinn des Erblassers, weil die Erben in dessen Privat- und Geheimsphäre eindringen. Ein diesbezügliches Problembewusstsein wird aber nur selten vorhanden sein, weil der Fokus erbrechtlicher Gestaltung und Planung auf dem Vermögen und weniger auf ideellen Aspekten liegt, sofern die Rechtsnachfolge von Todes wegen überhaupt geregelt wurde. Es stellt sich daher die Frage, wie der Schutz der Privatsphäre des Erblassers bestmöglich gewahrt werden kann.<sup>2</sup>

Denkbar sind im Wesentlichen zwei Konstellationen. Erstens: Der Erblasser ist sich der Problematik bewusst und will dementsprechend Verfügungen zum Schutz seiner Privatsphäre treffen. Dann stellt sich die Frage, welche Gestaltungsmöglichkeiten dem Erblasser offenstehen, um Konflikte im Vorhinein zu vermeiden (dazu Punkt C.). Zweitens: Der häufigere Fall wird sein, dass der Erblasser nicht vorgesorgt hat (dazu Punkt D.). Bevor auf diese Konstellationen im Einzelnen eingegangen wird, ist aber als Vorfrage zu klären, welche Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt vererblich sind (dazu Punkt B.).

### B. Die Zugehörigkeit zum Nachlass

#### 1. Vererblichkeit als Grundregel

Schon Kralik hat zu bedenken gegeben, dass das Wesen des Nachlasses schwierig zu erfassen sei.<sup>3</sup> Gem § 531 ABGB bilden die Rechte und Verbindlichkeiten eines Erblassers (Verstorbenen), soweit sie nicht höchstper-

<sup>1</sup> In der Terminologie des ErbRÄG 2015: nach dem Tod des Verstorbenen.

<sup>2</sup> Bisher wurde der sog „digitale Nachlass“ idR aus der Perspektive der Erben betrachtet. Es stellt sich aber auch die umgekehrte Frage nach der Perspektive des Erblassers, und zwar unabhängig von der Digitalisierung oder digitalen Inhalten.

<sup>3</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> (1983) 8.

sönlicher Art sind, dessen Nachlass (Verlassenschaft). Damit legt § 531 ABGB den Standardfall und die dazugehörige Ausnahme fest.<sup>4</sup> Alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen sind vererblich, außer sie sind höchstpersönlicher Natur. Rechte und Verbindlichkeiten sind in einem weiten Sinn zu verstehen, sodass darunter alle rechtlichen Positionen des Erblassers fallen, „aus denen Rechte und Rechtsverhältnisse künftig entstehen, untergehen oder sich ändern können“.<sup>5</sup>

Die Frage, ob private Inhalte vererblich sind, also ob bspw ein Erbe die Tagebücher des Erblassers erwirbt oder Zugriff auf dessen E-Mail-Konto erhält, hängt davon ab, ob man die dahinterstehenden Rechte oder schuldrechtlichen Vereinbarungen<sup>6</sup> als höchstpersönlich einordnet. Nur dann fallen sie unter die Ausnahme des § 531 ABGB und sind nicht vererblich.

## 2. Der Wert ist ohne Bedeutung

Es ist anzumerken, dass § 531 ABGB die Zugehörigkeit zum Nachlass nicht davon abhängig macht, dass es sich um Vermögen oder geldwerte Rechte und Verbindlichkeiten handelt.<sup>7</sup> Die unzutreffende Annahme, dass Vererblichkeit einen gewissen Wert bzw Vermögenswert voraussetzt, findet sich gelegentlich in der Literatur<sup>8</sup> und ist wohl auf den Einfluss des Wortlauts von § 1922 Abs 1 dBGB zurückzuführen, wonach mit dem Tod einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen übergeht.<sup>9</sup> Das Vermögen findet sich als Begriff nicht ausdrücklich in § 531 ABGB, wird von diesem aber vorausgesetzt.<sup>10</sup> Für § 531 ABGB gilt, dass die dort genannten höchstpersönlichen Rechte

und Verbindlichkeiten nicht mit nichtvermögensrechtlichen Rechtsverhältnissen identisch sind.<sup>11</sup> Ob eine Sache, ein Recht oder eine Verbindlichkeit wertvoll oder völlig wertlos ist, ist für die Frage nach der Vererblichkeit ohne Bedeutung. Ausschlaggebend ist nur die höchstpersönliche Natur, weil nur das die Vererblichkeit ausschließt.

Sachen, die im Eigentum des Erblassers standen, sind daher vererblich,<sup>12</sup> und zwar unabhängig von deren Wert. Das gilt insb für Tagebücher oder Briefe,<sup>13</sup> die idR<sup>14</sup> keinen wirtschaftlichen Wert aufweisen werden. Das ist zugleich das erste Zwischenergebnis: Sachen sind – genauer das Eigentumsrecht daran ist – vererblich; ob aus Sicht des Erblassers „privat“ oder „höchstpersönlich“, ist ohne Bedeutung.

## 3. Höchstpersönlichkeit als Ausnahme

§ 531 ABGB enthält zwar keine Aufzählung von vererblichen und unvererblichen Rechtsverhältnissen,<sup>15</sup> gibt mit der Höchstpersönlichkeit aber das maßgebliche Kriterium vor. Einen ähnlichen Anhaltspunkt bietet § 1448 ABGB, der bestimmt, dass durch den Tod nur solche Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen, welche auf die Person eingeschränkt sind, oder die bloß persönlichen Handlungen des Verstorbenen betreffen. § 1393 Satz 2 ABGB nimmt ebenfalls Bezug auf die Höchstpersönlichkeit, wenn es heißt, dass Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, nicht abgetreten werden können. § 1171 ABGB bestimmt, dass ein Werkvertrag über Arbeiten, bei denen es auf die besonderen persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommt, durch dessen Tod erlischt.

In einigen Fällen ist die Vererblichkeit<sup>16</sup> oder Unvererblichkeit<sup>17</sup> direkt dem Gesetz zu entnehmen. Fehlt es an solchen Bestimmungen, muss diese Frage durch Auslegung geklärt werden.<sup>18</sup> Vererblichkeit ist daher keine Frage des Erbrechts, sondern der jeweils betroffenen

<sup>4</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 1821, 2413.

<sup>5</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 10; Welser, Der Erbrechts-Kommentar (2019) § 531 ABGB Rz 1; OGH 5 Ob 543/95 SZ 69/193.

<sup>6</sup> OGH 3 Ob 287/08 i SZ 2009/37 (Internet-Domain); Höhne, Der Tod im Internet, ZIIR 2015, 238 (240); Brehm, Verlassenschaft 2.0 – Ausgewählte Fragen zum Umgang mit dem digitalen Nachlass, JEV 2016, 159 (162f); Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 90.

<sup>7</sup> Handl in Klang II/1<sup>14</sup> 14; Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 12; Schauer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 531 Rz 5; Zankl, Erbrecht<sup>8</sup> Rn 2i; ders, Rechts- und Beratungsfragen des digitalen Nachlasses, in Zankl/Spruzina (Hrsg), Der digitale Nachlass (2018) 11; Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 92; Dorigatti/Lackner, Das digitale Leben nach dem Tod, iFamZ 2018, 196 (197).

<sup>8</sup> Etwa bei Böhsner, Digitale Verlassenschaft – Tod im „Social Network“, Zak 2010, 368 (368f); Gebauer, Digitale Verlassenschaft – Was passiert mit Facebook-Accounts & Co? ZIIR 2015, 382 (383ff); Brehm, JEV 2016, 159 (163).

<sup>9</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 12; Schauer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 531 Rz 5. Aber auch in Deutschland ist anerkannt, dass auch nicht vermögensrechtliche Positionen vererblich sind; vgl Leipold in MünchKommBGB X<sup>7</sup> § 1922 Rz 16; Herzog, Der digitale Nachlass, NJW 2013, 3745 (3747); Budzikiewicz, Digitaler Nachlass, AcP 218, 558 (565).

<sup>10</sup> So schon bei Zeiller, Commentar II (1812) 379: „Verlassenschaft oder Nachlaß heißt, wie schon das Wort mit sich führt, der Inbegriff (§. 302.) des ganzen Vermögens, welches jemand bey seinem Ableben zurück läßt“.

<sup>11</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 12; vgl auch OGH 7 Ob 18/84 SZ 57/73; 2 Ob 195/12 h immolex 2013/33 (Pfiel); 6 Ob 263/03 z SZ 2004/15.

<sup>12</sup> So bereits Zeiller, Commentar II 379; Welser, Erbrechts-Kommentar § 531 ABGB Rz 6.

<sup>13</sup> OGH 4 Ob 387/85 SZ 58/201; C. Thiele, Social Media Accounts post mortem – Ein Beitrag zu Erbrecht, Telekommunikationsgeheimnis und Datenschutz, ZIIR 2018, 269 (272); siehe auch § 77 Abs 1 UrhG.

<sup>14</sup> Anders bspw in OGH 4 Ob 387/85 SZ 58/201: Die Witwe des Komponisten *Alban Berg* verfügte testamentarisch über die Tagebücher ihrer Mutter, *Anna Nahowski*. Diese waren auch von historischem Interesse, weil man sich Einzelheiten über *Anna Nahowskis* Affäre mit Kaiser *Franz Joseph* erhoffte.

<sup>15</sup> Eine verbindliche Liste wäre auch unmöglich zu erstellen; Welser in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 531 Rz 1.

<sup>16</sup> Bspw §§ 142, 537 Abs 1, §§ 1116 a, 1337, 1403 Abs 1 Satz 2 ABGB; § 78 Abs 1 EheG; § 23 Abs 4 EPG.

<sup>17</sup> Bspw § 364 c Satz 1, § 529 ABGB; § 77 Abs 1 EheG; § 23 Abs 3 EPG.

<sup>18</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 15; Schauer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 531 Rz 25.

Materie.<sup>19</sup> § 531 ABGB setzt ja bereits die Vererblichkeit voraus.

Höchstpersönlich meint als Adjektiv „selbst“, „in eigener Person“.<sup>20</sup> Demnach kommt es bei der Höchstpersönlichkeit auf die Person des Handelnden, Berechtigten oder Verpflichteten an. Nach der Rsp des OGH ist Höchstpersönlichkeit zu bejahen, wenn der Inhalt eines Anspruchs so sehr durch die Person des Berechtigten bestimmt wird, dass der Austausch dieser Person (durch einen Stellvertreter oder einen Erben) dazu führt, dass sich der Leistungsinhalt selbst verändert.<sup>21</sup> Ein höchstpersönlicher Anspruch kann also nicht von jeder beliebigen Person, sondern nur von einer bestimmten verpflichteten oder gegenüber einer bestimmten berechtigten Person erfüllt werden.<sup>22</sup> Klassische Beispiele hierfür sind Dienstverträge<sup>23</sup> (Verpflichteter) oder Unterhaltsansprüche<sup>24</sup> (Berechtigter).

Aus erbrechtlicher Sicht wäre die Gegenprobe zur Höchstpersönlichkeit, ob der Erblasser seine Rechtsposition einem Erben vermachen und die Leistung sowohl vom Erben und gegenüber diesem ohne Unterschied zum verstorbenen Erblasser sinnvollerweise erbracht werden könnte.

Als Zwischenergebnis steht bereits fest, dass sich die Frage nach der Höchstpersönlichkeit bei Eigentum nicht stellt,<sup>25</sup> es sind daher noch alle übrigen Rechte und Rechtsverhältnisse zu beurteilen. Da sich diese Fragen zunehmend iVm elektronischer Kommunikation und Online-Plattformen stellen, wird diese Frage auch unter dem Schlagwort „digitaler Nachlass“ behandelt. Die weitere Behandlung der Frage verlangt daher noch eine Beschäftigung damit.

#### 4. Der sog „digitale Nachlass“

Ein Fall<sup>26</sup> aus Deutschland hat dazu beigetragen, den „digitalen Nachlass“ in den Fokus der rechtswissenschaftlichen Betrachtung zu rücken. Ausgangspunkt war der Tod eines 15-jährigen Mädchens, deren Eltern auf ihr Facebook-Konto zugreifen wollten, weil sie Anhaltspunkte für einen möglichen Selbstmord ihrer Tochter in den Chat-Nachrichten suchten. Facebook hat ihnen den Zugriff verweigert, der BGH entschied aber, dass ein Facebook-Konto vererblich sei.

Gem § 531 ABGB bilden die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, soweit sie nicht höchstpersönlicher Art sind, dessen Nachlass (Verlassenschaft). Das Gesetz kennt nur den einen Nachlassbegriff des § 531 ABGB und keine weiteren Unterscheidungen in digital oder analog.<sup>27</sup> Dennoch bietet beinahe jeder Beitrag zu diesem Thema eine Definition des Begriffs an. So wird etwa vorgeschlagen, dass man darunter „die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers betreffend informationstechnischer Systeme einschließlich des gesamten elektronischen Datenbestandes des Erblassers“<sup>28</sup> oder kurz und knapp „die Summe vererblicher digitaler Inhalte“<sup>29</sup> verstehen könne.

Der „digitale Nachlass“ bereitet dann keine besonderen Probleme, wenn digitale Inhalte für die Erben direkt zugänglich sind.<sup>30</sup> Das ist etwa der Fall, wenn sich Computer, Festplatten oder USB-Sticks im Nachlass befinden und die Erben auf gespeicherte Daten zugreifen können. Diese Sachen gehen mit der Einantwortung in das Eigentum des oder der Erben über. Probleme tun sich dort auf, wo Dritte den Zugang zu digitalen Inhalten des Verstorbenen bereitstellen und den Erben den Zugriff verweigern (dazu unten Punkt D.3.). Das Problem beim „digitalen Nachlass“ ist daher die idR erschwerte Zugriffsmöglichkeit der Erben. Das ist aber kein neuartiges Problem, weil es bei jeder Sache oder jedem Schuldverhältnis dazu kommen kann, dass die Erben keinen unmittelbaren Zugriff haben. So etwa, wenn der Verstorbene eine Sache bei einem Dritten in einem Schließfach verwahrt hat. Als Unterschied bliebe dann nur noch, dass digitale Inhalte oder Daten keine physisch greifbaren Sachen sind. Aber auch das ist aus rechtlicher Sicht kein neuartiges Problem, weil gem § 531 ABGB Rechte und Verbindlichkeiten, also unkörperliche Sachen iSd § 292 ABGB,<sup>31</sup> vererbt werden können und der Sachbegriff des § 285 ABGB sehr weit zu verstehen ist.

Somit ist zum Begriff des „digitalen Nachlasses“ zu sagen, dass er aus der Neuartigkeit der faktischen Gegebenheiten resultiert, aber keine normative Bedeutung hat.<sup>32</sup> Es ist fraglich, ob man an dieser Bezeichnung festhalten sollte, zumal ja auch nicht zwischen beweglichem und unbeweglichem Nachlass oder zwischen körperlichem und unkörperlichem Nachlass unterschieden wird. Eine Unterscheidung ist nicht notwendig, weil die physische oder körperliche Beschaffenheit einer Sache keine unmittelbaren Auswirkungen auf erbrechtli-

<sup>19</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 11; Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 16 Rz 2.

<sup>20</sup> Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache I<sup>21</sup> 354.

<sup>21</sup> OGH 14. 12. 1983, 1 Ob 675/83; 9. 9. 1997, 4 Ob 199/97 m unter Hinweis auf Wolff in Klang VI<sup>2</sup> 293; 6 Ob 106/03 m SZ 2003/105; 25. 11. 2009, 3 Ob 232/09b; 6 Ob 247/08 d RdW 2010/306.

<sup>22</sup> OGH 4 Ob 47/68 SZ 41/115.

<sup>23</sup> Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht (2007) 15; Nemeth in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 531 Rz 29.

<sup>24</sup> § 77 Abs 1 EheG; § 23 Abs 3 EPG (oben FN 17).

<sup>25</sup> Oben Punkt B.2.

<sup>26</sup> BGH III ZR 183/17 NJW 2018, 3178.

<sup>27</sup> So auch C. Thiele, Der digitale Nachlass – Erbrechtliches zum Internet und seinen Diensten, jusIT 2010, 167 (168); Kölbl, jusIT 2017, 172 (173); Dorigatti/Lackner, iFamZ 2018, 196 (197).

<sup>28</sup> Brehm, JEV 2016, 159 (159) verweist auf die von Deutsch, ZEV 2014, 2 (2) vorgeschlagene Definition.

<sup>29</sup> Zankl, Erbrecht<sup>8</sup> (2017) Rz 2 f; ders in Zankl/Spruzina 10.

<sup>30</sup> Vgl Zankl, Erbrecht<sup>8</sup> Rz 2 g; ders in Zankl/Spruzina 10.

<sup>31</sup> Iro/Riss, Sachenrecht<sup>7</sup> Rz 1/10; Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> Rz 303.

<sup>32</sup> Vgl Budzikiewicz, AcP 218, 558 (560, 564).

che Fragestellungen hat. Der Begriff könnte vielmehr zur Verwirrung beitragen,<sup>33</sup> indem er fälschlicherweise suggeriert, dass es einen in einen analogen und digitalen Teil gespaltenen und daher möglicherweise gesondert zu behandelnden Nachlass gibt.

Der Begriff des „digitalen Nachlasses“ könnte höchstens dazu dienen, auf die Existenz von Sachen, Rechtsverhältnissen und dergleichen aufmerksam zu machen, an die man im Zuge der erbrechtlichen Beratung, der Gestaltung der Vermögensnachfolge oder der Todesfallaufnahme womöglich nicht in erster Linie denkt. So kann auf Servern Dritter zB für die Erben wichtige Korrespondenz (E-Mails, elektronische Zustellungen für Behördenkontakte) oder signifikante Vermögenswerte in digitaler Form (zB virtuelle Währung, nicht ausbezahlte Guthaben) vorhanden sein.

Es kommt aber nicht auf die Bezeichnung an, sondern auf die dahinterstehenden rechtlichen Fragen. Die Stärke juristisch-dogmatischer Arbeit ist ja gerade, rechtliche Strukturen und Verhältnisse hinter neuen Problemen zu erkennen und diese damit auch ein Stück weit zu entmystifizieren. Pointiert könnte man diesen Abschnitt wie folgt zusammenfassen: Es gibt keinen „digitalen Nachlass“.

## 5. Fortsetzung: Höchstpersönlichkeit als Ausnahme

### a) Digitale private Inhalte

Auch bei der Frage nach der Vererblichkeit digitaler privater Inhalte muss man daher wieder zu § 531 ABGB zurückkehren und beim obigen Punkt 3. anschließen. Es sind nun die von der Rsp entwickelten Grundsätze und die erwähnte Probe im Sinne von „Kann der Erblasser seine Rechtsposition einem Erben vermachen und die Leistung sowohl vom Erben und gegenüber diesem ohne Unterschied zum verstorbenen Erblasser erbracht werden?“ anzuwenden.

Man wird bei digitalen Inhalten bzw bei den dahinterstehenden schuldrechtlichen Verträgen idR zum Ergebnis kommen, dass sich der Leistungsinhalt auch beim Austausch des Verstorbenen durch einen Erben nicht ändert und die Leistung auch gegenüber dem Erben ohne Unterschied erbracht werden kann. Es handelt sich bloß um technische Leistungen, die nicht auf eine bestimmte Person zugeschnitten sind, sondern für jeden Nutzer gleichermaßen erbracht werden.<sup>34</sup> So sind daher etwa Verträge über Social-Media-Konten nicht höchstpersönlich und fallen gem § 531 ABGB in den

Nachlass, sie sind also vererblich.<sup>35</sup> Gleiches gilt etwa für E-Mail-Konten, ein Amazon-Konto mit gespeicherten digitalen Inhalten, ein Twitter- oder Instagram-Profil, Konten bei Netflix, iTunes oder Online-Glücksspielseiten mit dem dort eventuell vorhandenen Guthaben.<sup>36</sup>

Allein dieses Argument – nur technische Dienstleistungen, die nicht auf eine bestimmte Person zugeschnitten sind – führt jedoch nicht immer zum korrekten Ergebnis, da selbst höchstpersönliche Verträge auf technisch abstrakter Ebene automatisiert ausgeführt werden können, ohne dass es auf den konkreten Vertragspartner ankommen würde. So ist bspw ein Vertrag mit einer Online-Dating-Agentur, die Benutzern auf Basis einer Persönlichkeitsanalyse potentielle Partner vorschlägt, höchstpersönlich und daher nicht vererblich,<sup>37</sup> weil die Vorschläge auf den Nutzer zugeschnitten sind. Die technische Leistung dahinter ist jedoch nicht an eine bestimmte Person angepasst, sondern wird für jeden Benutzer gleichermaßen bereitgestellt. Den Plattformanbieter kümmert es auch hier nicht, wer sich in das Konto einloggt. Was den Unterschied ausmacht, ist die endgültige (Haupt-)Leistung, in diesem Fall die Partnervorschläge. Allfällige finanzielle Verbindlichkeiten des Erblassers aus höchstpersönlichen Vertragsverhältnissen sind allerdings (nach allgemeinen Grundsätzen) sehr wohl passiv vererblich.

### b) Höchstpersönlichkeit im Rechtssinn

Ein Grund, warum die Frage nach der Vererblichkeit digitaler privater Inhalte überhaupt erst kontrovers disku-

<sup>35</sup> In diesem Sinne für die österreichische Rechtslage bereits *Apathy/Neumayr* in *KBB*<sup>5</sup> § 531 Rz 1; *Brehm*, JEV 2016, 159 (163); *Nemeth* in *Schwimmann/Kodek*<sup>5</sup> § 531 Rz 6; *Höhne*, ZIIR 2015, 238 (240); *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 92; *Sprohar-Heimlich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 547 Rz 22; *C. Thiele*, *justIT* 2010, 167 (170); *ders*, ZIIR 2018, 269 (272); *Welser* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 531 Rz 5; *ders*, *Erbrechts-Kommentar* § 531 ABGB Rz 6; *Zankl*, *Erbrecht*<sup>8</sup> Rn 2j; *ders* in *Zankl/Spruzina* 11. *Werkusch-Christ* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.05</sup> § 531 Rz 2 führt aus, dass „allenfalls auch (vermögenswerte) Rechte und Pflichten des Verstorbenen aus Verträgen über die Zurverfügungstellung von Internetdiensten (zB Mail, Website)“ vererblich wären. *Kölbl*, *justIT* 2017, 172 (177) bejaht zwar Vererblichkeit, verneint aber die Durchsetzbarkeit des Anspruchs der Erben auf Zugriff wegen des postmortalen Schutzes von Persönlichkeitsrechten wie schon *Böhsner*, *Zak* 2010, 368 (370), die aber auch Vererblichkeit ablehnt. Die Ansicht von *Böhsner*, *Zak* 2010, 368 (369) und ihr folgend *Gebauer*, *ZIIR* 2015, 382 (386), dass Verträge über die Nutzung von Social-Media-Plattformen wie Facebook mangels Vermögenswert unvererblich wären, wurde bereits oben bei 2. widerlegt: Der Wert ist unbeachtlich.

<sup>36</sup> Vorbehaltlich besonderer Vereinbarungen zwischen Anbieter und Nutzer (dazu Punkt C.5.). Zu erwähnen ist auch noch, dass digitale Inhalte nach dem Willen der Anbieter idR bloß lizenziert und nicht verkauft werden. Dieser Aspekt bedarf einer eigenen Untersuchung, die hier nicht vorgenommen werden kann.

<sup>37</sup> *Kutscher*, *Der digitale Nachlass* (2015) 156 mit Hinweis auf ein Urteil des Amtsgerichts Dortmund 18. 9. 1990, 128 C 413/89 NJW-RR 1991, 689; so auch *Budzikiewicz*, *AcP* 218, 558 (569f).

<sup>33</sup> So auch *Herzog*, *Digitaler Nachlass*, in *Kroiß/Horn/Solomon*, *Nachfolgerecht*<sup>2</sup> Kap 9 Rz 82.

<sup>34</sup> *Brehm*, JEV 2016, 159 (163) weist iZm mit Facebook-Profilen auf das fehlende Vertrauensverhältnis und die Möglichkeit der Verwendung von Pseudonymen hin. Siehe auch *Kutscher*, *Der digitale Nachlass* (2015) 156f; ihr folgend *BGH* III ZR 183/17 (Rz 35) *NJW* 2018, 3178.

tiert wird, mag darin liegen, dass der Begriff der Höchstpersönlichkeit im rechtlichen Sinne anders verwendet wird als in der Alltagssprache. Aber: „Nicht alles, was privat ist, kann auch als höchstpersönlich angesehen werden“.<sup>38</sup> Ein Liebesbrief auf Papier, oder weniger romantisch in elektronischer Form, ist in dem Sinne höchstpersönlich, als der Inhalt nur für den Empfänger oder die Empfängerin bestimmt ist und die Veröffentlichung berechnete persönlichkeitsrechtliche Interessen<sup>39</sup> verletzen würde. Mit der alltäglichen, umgangssprachlichen „Höchstpersönlichkeit“, der „Privatheit“ oder dem „höchstpersönlichen Lebensbereich“ ist jedoch nicht die Höchstpersönlichkeit im rechtlichen Sinne, insbesondere iSd § 531 ABGB, zu verstehen. Während es bei der Höchstpersönlichkeit als Rechtsbegriff auf die Beurteilung einer rechtlich relevanten Beziehung mit einem Dritten und die Person des Berechtigten ankommt (zB ein Dienstvertrag oder die Ausübung eines Rechts), kommt es bei der alltäglichen und umgangssprachlichen Beurteilung auf die faktische Beschaffenheit und den Inhalt (zB Liebesbrief) an.

### c) Fehlender Schutz der Privatsphäre

Damit ist die eingangs gestellte Vorfrage nach der Vererblichkeit beantwortet. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Privatsphäre des Erblassers im Erbrecht keine Rolle spielt. Auch datenschutz- oder kommunikationsrechtliche Bedenken führen zu keiner anderen Beurteilung, weil die Erben in die Rechtsposition des Erblassers eintreten.<sup>40</sup> Im Erbrecht sind es also gerade die Erben, die in die Privatsphäre des Verstorbenen eindringen. Sie könnten zB schon durch das Betreten des geerbten Hauses dessen intimste Geheimnisse aufdecken.<sup>41</sup> Auf Kontoauszügen könnten sie Unterhaltszahlungen an ein ihnen nicht bekanntes uneheliches Kind des Erblassers finden und so entdecken, dass dieser ein Doppelleben geführt oder bestimmte Dinge vor der Außenwelt und auch seinen Erben geheim gehalten hat. Schon diese Beispiele zeigen, dass auch die Frage nach der Wahrung der Privatsphäre des Verstorbenen oder die Höchstpersönlichkeit im rechtlichen Sinne kein Problem ist, das erst mit der Digitalisierung aufgekommen ist.

Was aber neu ist, sind die technischen Möglichkeiten, die dem Erblasser zum Schutz seiner Privatsphäre zur Verfügung stehen. Womöglich hat der Erblasser bestimmte elektronische Kommunikationsmittel gerade deshalb gewählt, um keine physisch greifbaren Briefe oder sonstige Aufzeichnungen zu hinterlassen, die Dritten in die Hände fallen könnten. Es ist bei digitalen In-

halten bspw technisch möglich, Daten zu verschlüsseln oder automatisch zu löschen, wenn vorab definierte Bedingungen eintreten. Der nachfolgende Teil des Beitrags widmet sich daher den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers zum Schutz seiner Privatsphäre und den eingangs angesprochenen Fallkonstellationen, danach jenen Situationen, in denen der Erblasser nicht vorgesorgt hat.

## C. Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers

### 1. Vorfrage: Ermittlung des Ziels

Die Wahl des jeweiligen Mittels zur Durchsetzung des Willens des Erblassers hängt davon ab, welches Ziel erreicht werden soll. Zwei grundlegende Optionen sind denkbar: Bewahrung oder Vernichtung.

Entscheidet sich der Erblasser für die Bewahrung seiner privaten Inhalte, wird der Fokus auf der Absicherung der Übertragung bzw auf der Absicherung der Zugriffsmöglichkeit der Erben liegen. Entscheidet sich der Erblasser für die Vernichtung privater Inhalte, liegt der Fokus auf der Sicherstellung der Vernichtung nach dem Tod. Diese Option scheint aus (erb)rechtlicher Sicht herausfordernder, gleichzeitig stehen aber auch mehr Möglichkeiten zur Verfügung.

Gleichgültig, wie die Entscheidung des Erblassers ausfällt, setzt die Betrauung mit Bewahrung oder Vernichtung privater Inhalte das Vertrauen des Erblassers in die jeweilige Person voraus. Das führt zur Überlegung, mit Bedingungen zu arbeiten, sollte das Vertrauen zu Lebzeiten verlorengehen. Das legt auch nahe, an mögliche Ersatzerben zu denken, sofern die gesetzlichen Erben nicht zum Zug kommen sollen.

### 2. Letztwillige Verfügung

Das Ziel, die privaten Inhalte des Erblassers einer bestimmten Person oder Institution zukommen zu lassen, wird am effizientesten durch die Errichtung einer diesbezüglichen letztwilligen Verfügung erreicht. Das kann im Wege eines Testaments<sup>42</sup> oder eines Kodizills<sup>43</sup> geschehen. Empfehlenswert ist neben einer Auflistung von Gegenständen oder Rechtsverhältnissen auch eine generell-abstrakte Umschreibung, um Auslegungstreitigkeiten möglichst zu vermeiden. Wer zB ausdrücklich nur seine Tagebücher vermacht, lässt offen, ob seine Korrespondenz (Briefe etc) ebenfalls an diesen einen Vermächtnisnehmer gehen sollte.

Damit die privaten Inhalte aber nicht zur völlig freien Disposition der Erben oder Vermächtnisnehmer stehen, ist der Einsatz weiterer Mittel, die dem Willen des Erb-

<sup>38</sup> Zankl in Zankl/Spruzina 12 (FN 24); s auch Herzog, Digitaler Nachlass, in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht<sup>2</sup> Kap 9 Rz 22.

<sup>39</sup> Siehe den in § 77 UrhG normierten Schutz vertraulicher Aufzeichnungen. Dazu unten Punkt D.2.

<sup>40</sup> Sie sind daher keine fremden Dritten; BGH III ZR 183/17 (Rz 54 ff) NJW 2018, 3178; C. Thiele, ZIIR 2018, 269 (271 f); Dorigatti/Lackner, iFamZ 2018, 196 (197).

<sup>41</sup> Höhne, ZIIR 2015, 238 (238).

<sup>42</sup> Vgl BGH I ZR 266/52 GRUR 1955, 201 (Tagebücher von Cosima Wagner); OGH 4 Ob 387/85 SZ 58/201 (Tagebücher von Anna Nahowski).

<sup>43</sup> In der Terminologie des ErbRÄG 2015 (§ 552 Abs 2 Satz 2 ABGB): sonstige letztwillige Verfügung.

lassers zum Durchbruch verhelfen, näher zu erörtern. In Frage kommen die Auflage (Punkt 3.), der Auftrag auf den Todesfall (Punkt 4.) oder schuldrechtliche Vereinbarungen (Punkt 5.).

### 3. Auflage

#### a) Wahrung der Erblasserinteressen

Der Umgang mit den privaten Inhalten des Erblassers lässt sich durch eine Auflage (§§ 709 ff ABGB) steuern und so im Sinne des Erblassers sicherstellen. Vor dem ErbRÄG 2015<sup>44</sup> war im Gesetzestext noch vom „Auftrag“ die Rede, der aber nicht mit dem Auftrag bzw Bevollmächtigungsvertrag iSd §§ 1002 ff ABGB zu verwechseln ist.<sup>45</sup> Anders als § 1940 dBGB sagt § 709 ABGB nicht, was eine Auflage ist. Durch eine Auflage wird der Empfänger der Zuwendung zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, das in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann.<sup>46</sup> § 709 ABGB spricht im Zusammenhang mit der Auflage nur allgemein vom zugewendeten Nachlass (Verlassenschaft), eine Auflage kommt aber auch bei bloß teilweisen Zuwendungen oder überhaupt bei einem Vermächtnis in Frage.<sup>47</sup> Durch die Auflage muss nicht gezwungenermaßen ein Dritter begünstigt werden, oftmals sichert der Erblasser die Durchsetzung eigener Interessen.<sup>48</sup> Denkbar sind alle Leistungen, die auch Inhalt eines Forderungsrechts bzw eines Schuldverhältnisses sein können.<sup>49</sup>

#### b) Bewahrung

Eine Auflage kann im Fall der Bewahrung privater Inhalte etwa darin bestehen, den Umgang der Zugriffsberechtigten damit zu regeln. So könnte angeordnet werden, dass bestimmte Tagebücher erst in mehreren Jahren der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden dürfen.<sup>50</sup> Genauso könnte jemand verpflichtet werden, dafür Sorge zu tragen, dass bestimmte Social-Media-

Konten in den dort von den Betreibern vorgesehenen „Gedenkzustand“ versetzt werden.

#### c) Vernichtung

Mit einer Auflage kann aber auch die Vernichtung privater Inhalte angeordnet werden. Der oder die mit der Auflage Belasteten<sup>51</sup> müssen dann die privaten Inhalte vernichten, löschen oÄ. Als Eigentümer oder schuldrechtlich Berechtigter kann der Erblasser auch verfügen, dass seine Sachen zerstört werden sollen, ganz so wie er es selbst zu Lebzeiten hätte tun können.<sup>52</sup> Wesentlich ist bei der Auflage auch, dass die Handlung, die der Beschwerter zu setzen oder zu unterlassen hat, keinen Vermögenswert haben muss.<sup>53</sup> Die Auflage ist somit ein taugliches Mittel, um private Inhalte zu vernichten. Dass die Frage nach der Privatsphäre des Erblassers keine völlig neuartige ist, zeigen gerade ältere Beispiele für mögliche Inhalte einer Auflage: *Gschnitzer*<sup>54</sup> erwähnt beispielhaft die Vernichtung von Briefen, *Kralik*<sup>55</sup> die Vernichtung von Tagebüchern.

#### d) Durchsetzung

Der Belastete muss die Auflage gem § 709 ABGB möglichst genau erfüllen. Wenn Inhalt der Auflage die Vernichtung privater Inhalte ist, dann müssen diese vollständig vernichtet oder je nach Trägermedium gelöscht werden. Die Vernichtung ist dann erfolgreich, wenn eine Wiederherstellung ausgeschlossen ist. Demnach sollten vertrauliche Aufzeichnungen nicht bloß im Hausmüll entsorgt, sondern sorgfältig vernichtet werden (etwa durch Verbrennen, Shreddern etc). Bei digital vorhandenen privaten Inhalten hat der durch die Auflage Belastete darauf hinzuwirken, dass diese von den jeweiligen Dienstleistern gelöscht werden, oder die Löschung selbst vorzunehmen, sofern das möglich ist. Handelt es sich um physisch greifbare Datenträger, gilt auch hier, dass Wiederherstellung ausgeschlossen sein soll. Es ist auf (kostenlos erhältliche) Programme oder professionelle Hilfe zurückzugreifen. Alternativ bietet sich die physische Zerstörung an.

Wenn der Belastete die Auflage aus seinem Alleinverschulden nicht oder nicht vollständig erfüllt hat, ist die Auflage im Zweifel gem § 710 ABGB als auflösende Bedingung (§ 696 ABGB) zu behandeln. Der Belastete verliert also das ihm Zugesagte. Zwei Aspekte lassen aber zweifeln, ob die Auflage die beste Gestaltungsmöglichkeit ist, wenn private Inhalte vernichtet werden sollen:

<sup>44</sup> BGBl I 2015/87.

<sup>45</sup> Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 19. Ältere Bezeichnungen sind etwa „Zweckbestimmung“ oder nach dem römisch-rechtlichen Vorbild auch „modus“; *Rabl*, Die Nichterfüllung letztwilliger Auflagen, NZ 1998, 97 (97).

<sup>46</sup> *Apathy/Musger* in *KBB*<sup>5</sup> § 709 Rz 2; OGH 2 Ob 128/10 b EF-Z 2011/96 (*Schürz*). Die Auflage wird idR als „Nebenbestimmung“ bezeichnet (etwa OGH 2 Ob 128/10 b EF-Z 2011/96 [*Schürz*]; 7 Ob 255/06 k SZ 2007/25; 1 Ob 503/78 SZ 51/25; *Welser/Kle-tečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> Rz 616; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 709 ABGB Rz 1), damit wird aber nur die Selbstverständlichkeit ausgedrückt, dass die Auflage selbst nicht als (einzige) *causa* der Hauptzuwendung bezeichnet werden darf (vgl *Muscheler*, Erbrecht II [2010] Rz 2659).

<sup>47</sup> OGH 1 Ob 2138/96 k SZ 69/263; so schon *Pfaff/Hofmann*, Kommentar II/1 617; vgl auch *Gschnitzer* in *Klang* III<sup>2</sup> 689; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 709 ABGB Rz 4. Vgl auch § 695 Satz 1 ABGB, der seit dem ErbRÄG 2015 auch das Vermächtnis iZm der Auflage erwähnt.

<sup>48</sup> *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/93; *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 227; *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 268.

<sup>49</sup> *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 709 ABGB Rz 1.

<sup>50</sup> So etwa in OGH 4 Ob 387/85 SZ 58/201.

<sup>51</sup> Singlegleich: Beschwerter, Verpflichteter, Onerierter.

<sup>52</sup> Vgl *Gschnitzer* in *Klang* III<sup>2</sup> 693, wonach die verbindliche Kraft der Auflage aus der Testierfreiheit (und somit aus der Privatautonomie) abzuleiten ist.

<sup>53</sup> *Gschnitzer* in *Klang* III<sup>2</sup> 692; *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 266; *Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*<sup>5</sup> § 709 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 709 ABGB Rz 2.

<sup>54</sup> *Gschnitzer* in *Klang* III<sup>2</sup> 693.

<sup>55</sup> *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 266 mit Hinweis auf das Beispiel von *Bartsch*, Erbrecht<sup>2</sup> (1944) 45.

Hat der Belastete die Nichterfüllung nicht verschuldet, behält er das ihm Zugeschriebene, obwohl die privaten Inhalte nicht zerstört wurden.<sup>56</sup> Erfüllt der Belastete die Auflage aus eigenem Verschulden nicht, verliert er zwar das ihm sonst Zugeschriebene, die privaten Inhalte gehen aber womöglich dann an jene Personen, vor denen sie der Erblasser in Sicherheit bringen wollte. Die Alternative dazu, Ersatzerben einzusetzen, verkompliziert den Vorgang.

Darüber hinaus muss man sich noch der Diskussion stellen, ob die Erfüllung der Auflage auch mittels Klage und Exekution durchgesetzt werden kann. Nach hA<sup>57</sup> ist das möglich, wenn ein Aufgabeberechtigter<sup>58</sup> vorhanden ist. Das sind etwa durch die Auflage nicht beschwerte<sup>59</sup> Erben bzw Miterben.<sup>60</sup> Die Erben können sich aber in einer Zwickmühle wiederfinden, wenn sie selbst Zugriff auf die privaten Inhalte erlangen wollen. Wenn sie die Erfüllung der Auflage durchsetzen, dann werden diese dem Willen des Erblassers gemäß entweder zerstört, sicher verwahrt oder auflagentgemäß an andere Personen weitergegeben; sie erlangen also keinen Zugriff. Setzen sie die Erfüllung der Auflage nicht durch, dann darf der durch die Auflage Belastete seine letztwillige Zuwendung behalten, obwohl er die Auflage iSd § 710 ABGB schuldhaft nicht erfüllt – sie bringen sich also selbst um den freiwerdenden Erbteil. Eine derartige Situation kann durch einen unabhängigen Testaments-

vollstrecker vermieden werden; er gehört ebenfalls zu den Aufgabeberechtigten,<sup>61</sup> kann also die Erfüllung der Auflage gerichtlich durchsetzen.

Hegt man aber Zweifel gegen die grundsätzliche Klagbarkeit und möchte sie vom Willen des Erblassers abhängig machen,<sup>62</sup> wird die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers für einen solchen Willen sprechen.<sup>63</sup> Aber selbst ohne Testamentsvollstrecker wird man unter Bedachtnahme auf den Zweck, die Privatsphäre des Erblassers zu schützen – und somit ein persönlichkeitsrechtlich anerkanntes Interesse – die Klagbarkeit und mit Kralik „auch die nahen Angehörigen als Aufgabeberechtigte anerkennen müssen“.<sup>64</sup> Ansonsten wären nämlich solche Auflagen „gar keine echten Verpflichtungen“, weil jeglicher rechtlicher Zwang fehlen würde, wenn es keine Aufgabeberechtigten gibt.<sup>65</sup>

Mit dem Hinzutreten des Testamentsvollstreckers wird es aber erst recht kompliziert, weil sowohl Auflage, ein etwaiger Ersatzerbe und ein Testamentsvollstrecker in die letztwillige Verfügung aufgenommen als auch geeignete Personen für diese Rollen gefunden werden müssen. Zudem besteht immer die Möglichkeit, dass die Erbschaft oder das Vermächtnis oder die Rolle als Testamentsvollstrecker ausgeschlagen bzw nicht angenommen wird.<sup>66</sup> In diesem Fall würde das Ziel des Erblassers erst recht nicht erreicht werden. Das legt nahe, nach weiteren Wegen zu suchen. Fündig wird man sowohl im Auftrag auf den Todesfall (Punkt 4.) als auch in schuldrechtlichen Vereinbarungen (Punkt 5.).

## 4. Auftrag auf den Todesfall

### a) Inhalt des Auftrags

Vorweg sind zwei begriffliche Klarstellungen zu treffen. Der Auftrag auf den Todesfall ist nicht mit der älteren Bezeichnung „Auftrag“ für die Auflage in § 709 ABGB zu verwechseln. Inhalt eines Auftrags ist die Vornahme eines Rechtsgeschäftes bzw einer Rechtshandlung auf Rechnung des Auftraggebers iSd §§ 1002 ff ABGB.<sup>67</sup> Es handelt sich hier also um einen „reinen“ Auftrag auf den Todesfall (*mandatum post mortem*). Dieser Ab-

<sup>56</sup> Vgl auch Rabl, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 1 (9): „Diese Konsequenz ist derartig anstößig, dass sie der OGH noch niemals ausgesprochen hat“.

<sup>57</sup> Apathy/Musger in KBB<sup>5</sup> § 709 Rz 3; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 709 Rz 13; Welser, Erbrechts-Kommentar § 709 ABGB Rz 8; Eccher in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 709 Rz 8; Nemeth/Eccher in Schwimann/Neumayr, TaKomm<sup>4</sup> § 710 Rz 2; Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 269 f; OGH 2 Ob 2209/96h NZ 1998, 109. Gegen die grundsätzliche Klagbarkeit Rabl, NZ 1998, 97 (101 ff); Spitzer, Ein Bruderzwist im Fürstenhaus. Bemerkungen zur erbrechtlichen Auflage und zu 2 Ob 258/05p ÖJZ 2009, 445 (447).

<sup>58</sup> Das ist nicht die durch die Auflage begünstigte Person (Aufgabebegünstigter), weil es sich um ein Vermächtnis handeln würde, wenn die durch die Verfügung begünstigte Person selbst ein Klagerecht hätte; OGH 6 Ob 23/74 NZ 1975, 31; 2 Ob 2209/96h NZ 1998, 109; Apathy/Musger in KBB<sup>5</sup> § 709 Rz 5. Das ist für die hier behandelten Fälle nur in der Konstellation „Bewahrung privater Inhalte“ möglich, weil bei der Vernichtung der Erblasser selbst der Aufgabebegünstigte ist.

<sup>59</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 268; Apathy/Musger in KBB<sup>5</sup> § 709 Rz 3; Nieldermayr in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 709 Rz 5; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 709 Rz 8. Nach Welser, Erbrechts-Kommentar § 709 ABGB Rz 9 und auch schon Gschnitzer in Klang III<sup>2</sup> 696 darf der Erbe durch die Auflage weder beschwert noch begünstigt sein. Siehe dazu aber OGH 2 Ob 2209/96h NZ 1998, 109, der unter Zitierung von Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 268 und Eccher in Schwimann § 709 Rz 5 ausspricht, dass die Tatsache, dass die Erfüllung dem Erben selbst zum Vorteil gereicht, ihm nicht die Legitimation nehme. Das wirft freilich die Frage nach der Grenze zum Vermächtnis auf (siehe FN 58). Im konkreten Fall haben jedoch die Legatäre die Erbin (die Witwe) geklagt, die sich geweigert hatte, ihnen das Eigentum an einem mit einer Auflage belasteten Hälftanteil (Versorgung des Sohnes des Erblassers sowie von ihr) an einer Liegenschaft zu übertragen.

<sup>60</sup> OGH 3 Ob 516/87 SZ 60/225.

<sup>61</sup> OGH 2 Ob 2/67 (2 Ob 1/67) SZ 40/62; 1 Ob 2138/96k SZ 69/263; Apathy/Musger in KBB<sup>5</sup> § 709 Rz 3.

<sup>62</sup> So die Ansicht von Rabl, NZ 1998, 97 (101 ff), weil die Erfüllung der Auflage durch den drohenden Verlust der Zuwendung von § 710 ABGB mittelbar erzwungen werde. Auch Spitzer, ÖJZ 2009, 445 (447) steht dem „Dogma der grundsätzlichen Klagbarkeit“ kritisch gegenüber. Gegen die Klagbarkeit bereits Pfaff/Hofmann, Kommentar II/1 617 (in FN 29 a).

<sup>63</sup> In diesem Sinne auch Rabl, NZ 1998, 97 (105 und in FN 95).

<sup>64</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 269. Diese Überlegung von Kralik geht – noch bevor diese Thematik in Österreich aufkam – stark in die Richtung des postmortalen Schutzes von Persönlichkeitsrechten.

<sup>65</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 269.

<sup>66</sup> Vgl zu mit Auflagen belasteten Erbschaften etwa Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 19 Rz 28.

<sup>67</sup> Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 4 ff mwN.

schnitt betrifft daher nicht jene „Aufträge“ iSd § 603 ABGB bzw § 956 ABGB aF, bei denen der Beauftragte einem Dritten ohne die Einhaltung schenkungs- oder erbrechtlicher Formvorschriften eine Sache aus dem Nachlass aushändigen soll.<sup>68</sup>

Um einen Auftrag auf den Todesfall annehmen zu können, muss der Erblasser eine Person mit der Vornahme einer Rechtshandlung (letztwillig) beauftragen. Das ist etwa der Fall, wenn jemand im Namen des Erblassers nach dessen Tod einen Vertrag über die Vernichtung privater Inhalte schließen oder dessen Rechtsverhältnisse mit Anbietern digitaler Plattformen beenden soll.

Der rechtliche Charakter eines Auftrags auf den Todesfall muss aber nicht in dieser Deutlichkeit zum Ausdruck kommen, sondern kann auch aus den Umständen zu schließen sein. Das umso mehr, weil juristischen Laien Funktionen und Details des Auftragsrechts der §§ 1002 ff ABGB nicht bekannt sein werden und die Auflage bis zum ErbRÄG 2015 vom Gesetz noch „Auftrag“ genannt wurde. Auch die Person des Beauftragten ist bei der Auslegung zu beachten. So wird die Anordnung „Mein Rechtsanwalt soll meine Tagebücher und Briefe vernichten“ als Auftrag zu verstehen sein, der gem § 1004 ABGB auch entgeltlich ist. Den „Auftrag“ der Übergabe privater Inhalte an einen Dritten wird man bei Erfüllung der entsprechenden Formvorschriften – aber nur dann – in ein Vermächtnis umdeuten können,<sup>69</sup> der „Beauftragte“ könnte ein für diesen Zweck bestellter Testamentsvollstrecker sein.

#### b) § 1022 Satz 2 ABGB

Ein derartiger („reiner“) Auftrag auf den Todesfall ist auch möglich. IdR erlöschen Vollmacht und Auftrag<sup>70</sup> gem § 1022 Satz 1 ABGB zwar durch den Tod von Gewaltgeber oder Gewalthaber. Da sich der Auftrag aber auf den Sterbefall des Gewaltgebers erstreckt bzw gerade deshalb erteilt wurde, trifft die Zweifelsregel des ersten Satzes nicht zu. In der hier behandelten Konstellation soll der Machthaber ja überhaupt erst nach dem Tod des Erblassers tätig werden und den für den Todesfall erteilten Auftrag im Hinblick auf die privaten Inhalte erfüllen. Er hat also gem § 1022 Satz 2 Fall 2 ABGB das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden, bzw überhaupt erst mit der Ausführung zu beginnen.<sup>71</sup> In diesem Fall sind daher auch die Interessen der Erben ohne Bedeutung.<sup>72</sup> Es ist somit irrelevant, dass durch die Ver-

nichtung privater Inhalte der Nachlass verkleinert wird oder sie keinen Zugriff darauf erlangen.<sup>73</sup> Da der Erblasser nur über Sachen oder Rechtsverhältnisse verfügt hat, die zum Nachlass gehören,<sup>74</sup> spricht auch dieser Aspekt nicht gegen den Auftrag auf den Todesfall.<sup>75</sup>

#### c) Kein Widerruf durch die Erben

In solchen Fällen könnten die Erben daher versuchen, den Auftrag ehestmöglich gem § 1020 ABGB zu widerrufen, um sich so den Zugriff auf die privaten Inhalte zu sichern. Das könnte durch die Auflage, den Auftrag nicht zu widerrufen, oder die Vereinbarung von Unwiderruflichkeit durch den Erblasser unterbunden werden.<sup>76</sup> Da sich der Auftrag aber nicht auf Verwaltung oder Vertretung des Nachlasses,<sup>77</sup> sondern auf einen ganz bestimmten Fall der Geschäftsbesorgung nach dem Tod bezieht, können die Erben einen derartigen Auftrag von vornherein nicht widerrufen.<sup>78</sup>

Der Auftrag auf den Todesfall ist daher ein taugliches Mittel zur Wahrung der Privatsphäre des Erblassers, sofern man nicht mit den weniger sicheren Auflagen arbeiten möchte. Die Wahl wird je nach Zielgruppe zu treffen sein – Auflage bspw an Erben, Auftrag bspw an einen Testamentsvollstrecker oder Rechtsanwalt. Letzteres bietet größere Gewähr für die tatsächliche Durchführung des vom Erblasser gewollten Umgangs mit seinen privaten Inhalten.

## 5. Schuldrechtliche Vereinbarungen

### a) Das Problem

Will sich der Erblasser aber möglichst wenig vom Handeln Dritter abhängig machen, könnte er versuchen, nicht auf letztwillige Verfügung, Auflage, Auftrag auf den Todesfall und Testamentsvollstrecker zurückzugreifen, sondern bereits auf schuldrechtlichem Wege selbst

in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1022 Rz 4; *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1022 Rz 18.

<sup>73</sup> Vgl *Strasser in Rumme*<sup>3</sup> §§ 1020–1026 Rz 22 („irrelevant, ob diese Geschäftsbesorgung nach Tod des Geschäftsherrn für sie nachteilig oder vorteilhaft ist“).

<sup>74</sup> Zulässig ist mE aber auch ein darüber hinausgehender Auftrag in dem Sinne, als unvererbliche Rechtsverhältnisse vorhanden sind, deren Beendigung bzw Abwicklung es sicherzustellen gilt (bspw die Löschung von Online-Dating-Profilen). Das steht auch nicht im Widerspruch zu OGH 8 Ob 204/65 SZ 38/172, wonach es ein Auftrag bzw eine Vollmacht auf den Todesfall ausschließe, durch den Tod des Machtgebers erloschene Rechte geltend zu machen. In diesem Fall wird ja gerade keine Leistungspflicht geltend gemacht.

<sup>75</sup> Vgl *F. Bydliński*, JBl 1881, 72 (77); *Apathy in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1022 Rz 4; *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1022 Rz 18; OGH 8 Ob 204/65 SZ 38/172.

<sup>76</sup> *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1022 Rz 18; *Strasser in Rumme*<sup>3</sup> §§ 1020–1026 Rz 4; zum Testamentsvollstrecker *F. Bydliński*, JBl 1881, 72 (78).

<sup>77</sup> Dann wäre ein Widerruf möglich; *Strasser in Rumme*<sup>3</sup> §§ 1002 Rz 35; OGH 1 Ob 28/02b RdW 2002/539.

<sup>78</sup> OGH 1 Ob 577/34 SZ 16/158; *Strasser in Rumme*<sup>3</sup> § 1002 Rz 35; *Stubenrauch*, Commentar III 223.

<sup>68</sup> Vgl *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1022 Rz 16; ausführlich zu dieser Thematik *Apathy*, Der Auftrag auf den Todesfall, JBl 1976, 393.

<sup>69</sup> *Apathy*, JBl 1976, 393 (399 f).

<sup>70</sup> § 1022 ABGB gilt auch für das Auftragsverhältnis; OGH 3 Ob 508/91 SZ 64/13.

<sup>71</sup> Vgl *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1022 Rz 15; *Strasser in Rumme*<sup>3</sup> §§ 1020–1026 Rz 22; OGH 13. 12. 1870 GIU 3988.

<sup>72</sup> OGH 3 Ob 508/91 SZ 64/13; *Strasser in Rumme*<sup>3</sup> §§ 1020–1026 Rz 22; *P. Bydliński in KBB*<sup>5</sup> § 1022 Rz 5; *Apathy*

vorzusorgen. So könnte der Erblasser die Abläufe im Todesfall im Idealfall sogar automatisieren. Die schon erwähnte Facebook-Entscheidung des BGH<sup>79</sup> illustriert diese Problematik.

Facebook hat das Konto der verstorbenen Nutzerin in den sog Gedenkzustand<sup>80</sup> versetzt, nachdem es von deren Tod erfahren hatte. Wird ein Konto in den Gedenkzustand versetzt, ist ein Zugriff auf die dort gespeicherten Inhalte auch nach Eingabe der Zugangsdaten nicht mehr möglich. Die Eltern hatten also keinen Zugriff auf die Chat-Nachrichten ihrer minderjährigen Tochter, obwohl sie nach Anhaltspunkten für einen möglichen Selbstmord suchen wollten. Da sich die Regelungen zum Gedenkzustand nicht in den von der Nutzerin beim Einrichten des Kontos akzeptierten Bedingungen befanden, sondern nur im Hilfe-Bereich, wurden diese aber gar nicht Vertragsbestandteil.<sup>81</sup> Der BGH führte dazu aus, dass der Gedenkzustand die Leistungspflicht von Facebook gegenüber dem Kontoinhaber einschränke, weil der Zugang zum Konto de facto verwehrt werde. Das widerspreche dem wesentlichen Grundgedanken der Universalsukzession, der den Übergang aller Rechte und Pflichten aus einem Schuldverhältnis auf die Erben vorsehe. Der angeordnete Verlust des Zugangs zum Konto, und somit der wesentlichen Rechte aus dem Vertragsverhältnis, sei auch eine gröblich benachteiligende Vertragsbestimmung.<sup>82</sup>

Legt der Erblasser Wert auf den Schutz seiner Privatsphäre, könnte ihm aber gerade an solchen Vertragsbestimmungen gelegen sein, die einen Zugriff seiner Erben ausschließen. Der folgende Teil widmet sich daher der Frage, wie das bewerkstelligt werden könnte.

## b) Beendigung und Löschung im Todesfall

Die Vereinbarung, dass das Schuldverhältnis mit dem Tod eines Vertragspartners endet, ist aus schuldrechtlicher Sicht mit Blick auf die Privatautonomie unbedenklich.<sup>83</sup> Da der Tod immer gewiss ist, ist der Endtermin zwar nicht bestimmt, aber bestimmbar.<sup>84</sup> Der Eintritt des Ereignisses ist somit von vornherein sicher. Es handelt sich bei dieser Vereinbarung also um eine Befristung.<sup>85</sup> Die Vereinbarung einer Befristung hat auch keine Auswirkungen auf das Prinzip der Universalsukzession, weil das Rechtsverhältnis mit dem Tod endet und daher gar nicht in den Nachlass fällt.

Da das befristete Vertragsverhältnis nicht in den Nachlass fällt, haben die Erben auch keinen Zugriff auf et-

waige private Inhalte, sodass die Frage nach der Löschung bloß sekundär ist. In der Praxis sehen die AGB zahlreicher Anbieter unabhängig vom Tod des Vertragspartners vor, dass Nutzerkonten gelöscht bzw Vertragsbeziehungen beendet werden, wenn Inaktivität über einen bestimmten Zeitraum hinweg vorliegt.<sup>86</sup>

Da der Vertragspartner des Erblassers durch Dritte von dessen Tod erfährt, hat er geeignete Kontrollmechanismen zu implementieren, was den Nachweis des Todes anbelangt, um versehentliche Löschungen oder Missbrauch zu verhindern.<sup>87</sup>

## c) Ausschluss der Vererblichkeit

Der vertragliche Ausschluss der Vererblichkeit von schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen (oder umgekehrt betrachtet die Vereinbarung der Unvererblichkeit) ist im Rahmen der Privatautonomie unter Beachtung zwingender Grenzen wie der Gesetz-<sup>88</sup> oder Sittenwidrigkeit ebenfalls möglich.<sup>89</sup> Diesen Gedanken findet man schon

<sup>86</sup> Microsoft verlangt in seiner seit 30. 8. 2019 gültigen Kontoaktivitätsrichtlinie bspw eine Anmeldung alle zwei Jahre. Dazu noch Punkt C.5.d).

<sup>87</sup> Etwa die Vorlage der Sterbeurkunde gem § 57 PStG. Dazu unten Punkt D.3.a).

<sup>88</sup> Zum mierechtlichen Kündigungsschutz bspw OGH 7 Ob 1599/91 MietSlg 43.180.

<sup>89</sup> OGH 8 Ob 504/92 MietSlg 44.174 = EvBl 1992/113: „Wohl aber [im Sinne von ‚jedoch‘, Anm] kann im Rahmen der Privatautonomie vereinbart werden, daß das Präsentationsrecht nur dem Bestandnehmer persönlich zustehen und nicht vererblich sein soll“; bestätigt durch 7 Ob 520/93 MietSlg 45.112. Auch zur Schenkung auf den Todesfall ist anerkannt, dass die Parteien die Unvererblichkeit vereinbaren können, sollte der Geschenknehmer vor dem Geschenkgeber sterben; *Keinert*, Schenkung auf den Todesfall (2015) 53, 249 mwN. Auch die Lehre beantwortet die Frage, ob die Vererblichkeit privatautonom ausgeschlossen werden kann, im positiven Sinne; siehe *Schauer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 16 Rz 5 („Wenn es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, ist das Schicksal eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses vermögensrechtlicher Natur einer privatautonomem Regelung grundsätzlich zugänglich. Deswegen kann beispielsweise vereinbart werden, dass ein Rechtsverhältnis durch den Tod eines Beteiligten erlöschen oder dass der Tod eine auflösende Bedingung darstellen soll“); *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 6 („Vorschriften über die Vererblichkeit sind nur zT zwingend, im Übrigen jedoch abdingbar“); *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 11; *Gschnitzer/Faistenberger*, Erbrecht<sup>2</sup> 9; *Gasser*, Anmerkung zu BGH III ZR 183/17 JEV 2018, 159 (173); die Frage letztendlich wohl offenlassend *Zankl* in *Zankl/Spruzina* 13. Zur vergleichbaren deutschen Rechtslage hat der BGH III ZR 183/17 (Rz 24) NJW 2018, 3178 ausgesprochen, dass die Vererbbarkeit von Ansprüchen vertraglich ausgeschlossen werden kann (vgl bereits BGH XI ZR 103/88 NJW-RR 1990, 131). In diesem Sinne zur deutschen Rechtslage auch *Leipold* in *MünchKommBGB XI*<sup>8</sup> § 1922 Rz 26; *Kunz* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2017) § 1922 Rz 166; *Preuß* in *Beck Online-Großkommentar BGB* § 1922 Rz 173 (beck.de, Stand: 1. 11. 2019); *Müller-Christmann* in *Bamberger/Roth/Hau/Pos-eck* (Beck Online-Kommentar) BGB<sup>52</sup> § 1922 Rz 33 ff; *M. Schmidt* in *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger*, jurisPK-BGB<sup>8</sup> § 1922 Rz 28; *Budzikiewicz*, AcP 218, 558 (589). Zu gesellschaftsrechtlichen Konstellationen sei angemerkt, dass es dabei weniger um den gänzlichen Ausschluss der Vererblichkeit und

<sup>79</sup> BGH III ZR 183/17 NJW 2018, 3178; oben B.4.

<sup>80</sup> Auf der Plattform erscheint dann der Hinweis, dass diese Nutzerin verstorben ist („In Erinnerung an ...“).

<sup>81</sup> Vgl *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> Rz 430.

<sup>82</sup> BGH III ZR 183/17 (Rz 27 ff) NJW 2018, 3178.

<sup>83</sup> Sofern das Rechtsgeschäft nicht im Hinblick auf den Todesfall bzw für die Zeit danach geschlossen wurde.

<sup>84</sup> Vgl *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 705 Rz 2.

<sup>85</sup> Vgl *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> Rz 611; OGH 7 Ob 553/95 HS 27.385; siehe auch § 705 ABGB.

in der Rechtsordnung selbst. § 537 Abs 1 ABGB (§ 809 ABGB aF) erwähnt etwa die Möglichkeit des Erblassers, die Vererblichkeit des Erbrechts (Transmission) auszuschließen.<sup>90</sup> Umgekehrt gestattet § 529 Satz 2 ABGB, dass die gesetzlich angeordnete Unvererblichkeit abbedungen werden kann.<sup>91</sup> Aber auch aus Bestimmungen, die ausdrücklich Vererblichkeit anordnen, lässt sich ein vom Gesetzgeber erkannter Regelungsbedarf entnehmen, den es nur geben kann, wenn die Möglichkeit besteht, die Vererblichkeit durch Vereinbarung auszuschließen.<sup>92</sup> So führt der OGH zum Wiederkaufsrecht aus: „Wenn der Gesetzgeber bloß eine zeitliche Schranke hätte einführen wollen, hätte es nicht des Umwegs über die Höchstpersönlichkeit bedurft“.<sup>93</sup>

Das Argument, dass Universalsukzession zwingend sei (§§ 531, 547 ABGB), enthält zwar zweifellos eine richtige Aussage, überzeugt aber nicht, weil es nicht den Kern des Problems trifft. Es wurde bereits ausgeführt, dass die Frage der Vererblichkeit bei Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen durch Auslegung geklärt werden muss.<sup>94</sup> Die Frage nach der Vererblichkeit ist daher keine Frage des Erbrechts, sondern der jeweils betroffenen Materie. Da § 531 ABGB die Vererblichkeit bereits voraussetzt, stellt sich die Frage nach einer Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Universalsukzession von vornherein nicht: die Vereinbarung bewirkt, dass das betroffene Rechtsverhältnis gerade nicht in den Nachlass fällt, somit nicht vererblich ist und daher nicht von der Universalsukzession erfasst ist. Ansonsten wäre jedes befristete oder bedingte Rechtsverhältnis eine potentiell unzulässige Verkürzung der Erben. Zudem gibt es keine Pflicht des Erblassers, den Erben etwas zu hinterlassen.

#### d) Verwendung von AGB

Sowohl die Befristung als auch der Ausschluss der Vererblichkeit haben gemeinsam, dass sich Vereinbarung und Durchführung solcher Bestimmungen nur automatisiert effizient durchführen lassen. Das lenkt den Fokus auf die letzte Frage im Rahmen der Gestaltungsmög-

lichkeiten, nämlich auf die Möglichkeit der Verwendung vorformulierter, standardisierter Vertragsklauseln.

Auch bei diesem Aspekt trifft der Hinweis auf den zwingenden Charakter der Gesamtrechtsnachfolge bzw der Rechtsstellung der Erben<sup>95</sup> nicht den Kern des Problems. Es sei nochmals der Grundsatz wiederholt, dass die Vererblichkeit keine Frage des Erbrechts, sondern der jeweiligen Materie ist.<sup>96</sup> Daraus folgt, dass auch die Zulässigkeit der Vereinbarung der Unvererblichkeit in AGB keine Frage des Erbrechts, sondern eine des AGB-Rechts ist. Das umso mehr, weil die Vererblichkeit mittels privatautonomer individueller Vereinbarung ausgeschlossen werden kann.<sup>97</sup> Als Begründung für eine etwaige Unzulässigkeit kommt daher nur ein Verstoß gegen § 864 a oder § 879 Abs 3 ABGB in Frage.

Eine AGB-Klausel, die die Privatsphäre des Erblassers schützt, indem sie Dritten den Zugriff auf dessen private Inhalte verwehrt, ist – aus der Perspektive des Erblassers betrachtet – nicht nachteilig.<sup>98</sup> Auch der verallgemeinerungsfähige, hinter „privacy by default“<sup>99</sup> stehende Gedanke spricht für die Zulässigkeit. Hintergrund ist dabei, auch nicht technikaffinen Nutzern ein datenschutzrechtlich möglichst sicheres Umfeld zu bieten, also datensparsame Voreinstellungen zu treffen.<sup>100</sup> Versteht man das auch im Sinne größtmöglicher Wahrung der Privat- und Geheimsphäre, dann wird eine Unvererblichkeitsklausel in AGB im Sinn des Erblassers sein.

Aus diesen Ausführungen folgt aber gleichzeitig die Notwendigkeit der Differenzierung im Einzelfall: Nur dort, wo die Wahrung der Privatsphäre im Vordergrund steht, wären solche Klauseln zulässig. In Frage kämen sie daher etwa bei Rechtsverhältnissen, 1) bei denen bereits gesetzliche Bestimmungen Privatsphäre bzw Vertraulichkeit absichern; 2) die Hauptleistung erkennbar im Zusammenhang mit privaten Inhalten steht; 3) es sich nach der Verkehrsauffassung um eine vertrauliche Vertragsbeziehung handelt. Die AGB-Klausel würde dann den mutmaßlichen Willen des Erblassers widerspiegeln,<sup>101</sup> der auf die Wahrung seiner Privatsphäre bedacht ist, bei Vertragsschluss aber nicht an den Todesfall gedacht hat.

Sind hingegen private Inhalte bzw privatsphären-relevante Aspekte nicht erkennbar mit der Hauptleistung verbunden, wird eine dementsprechende Klausel regelmäßig überraschend und nachteilig sein. Aber auch hier

Vernichtung/Beseitigung geht, sondern eher darum, den Anteil im Sinne der anderen Gesellschafter am Nachlass des Verstorbenen „vorbeizuschleusen“; siehe *Rauter*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 150/08 i, JAP 2008/2009/26. Zu Personengesellschaften siehe etwa OGH 2 Ob 202/05 b ecolex 2006/323 (Mitgliedschaft des Gesellschafters durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag unvererblich); anders die Rsp und überwiegende Literatur zu Kapitalgesellschaften (vgl § 76 Abs 1 GmbHG), dazu ausführlich *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG (115. Lfg 2019) § 76 Rz 239 f sowie *Blümel*, Der GmbH-Geschäftsanteil als zwingend vererblicher Vermögenswert, NZ 2019, 241.

<sup>90</sup> Vgl *Schauer/Motal* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 537 Rz 17, 41.

<sup>91</sup> Vgl *Koch* in *KBB*<sup>5</sup> § 529 Rz 2.

<sup>92</sup> Zu § 1070 ABGB etwa OGH 5 Ob 271/03 v SZ 2004/24.

<sup>93</sup> OGH 3 Ob 77/02 y NZ 2004, 110.

<sup>94</sup> *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 15; *Schauer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 531 Rz 25; oben B.3. Vgl auch *Bock*, Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses, AcP 217, 370 (412).

<sup>95</sup> So etwa *Zankl* in *Zankl/Spruzina* 13; *C. Thiele*, ZIIR 2018, 269 (272).

<sup>96</sup> *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 15; *Schauer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 531 Rz 25; oben B.3. Vgl auch *Bock*, AcP 217, 370 (412); *Budzikiewicz*, AcP 218, 558 (589).

<sup>97</sup> Dazu C.5.c).

<sup>98</sup> Vgl auch die Nachweise zur deutschen Rechtslage bei BGH III ZR 183/17 (Rz 25) NJW 2018, 3178.

<sup>99</sup> Vgl Art 25 Abs 2 DSGVO.

<sup>100</sup> *Baumgartner* in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO<sup>2</sup> Art 25 Rz 17.

<sup>101</sup> Siehe dazu auch unten Punkt D.3.a).

steht weniger der Schutz der Erben im Vordergrund,<sup>102</sup> sondern vielmehr der Schutz der Testierfreiheit des Erblassers.<sup>103</sup>

Dass solche Klauseln im Sinne des Erblassers sein können, ist aber mit Blick auf dessen Testierfreiheit zu relativieren. Dem Erblasser in AGB aufgezwungene – und von diesem nicht abänderbare – Unvererblichkeit ist ein gesetzwidriger Eingriff in dessen Testierfreiheit, denn selbst wenn er den Erben Zugriff gewähren wollte, könnte er nicht. Daher spielt es keine Rolle, ob die vorgesehene Unvererblichkeit auf den ersten Blick zum Nutzen des Erblassers sein könnte. Um diese Problematik zu vermeiden, bietet sich daher an, den Erblasser selbst entscheiden zu lassen. Stellt man ihn vor die Wahl und wählt dieser ausdrücklich die Optionen Unvererblichkeit und Löschung im Todesfall (oder auch „Gedenkzustand“), handelt es sich um eine wirksame schuldrechtliche Vereinbarung und folglich um keine nichtige Klausel, weil sie weder überraschend noch benachteiligend ist.<sup>104</sup> Verbindet man diese Option auch noch mit der grds Vererblichkeit und einer jederzeitigen Änderungsmöglichkeit, handelt es sich hierbei mE um die zu bevorzugende zulässige vertragsrechtliche Gestaltung.

Alternativ könnte man auch an die Verwendung von Untätigkeits- oder Inaktivitätsklauseln denken.<sup>105</sup> Diese stellen gerade nicht auf den Tod des Nutzers ab, sondern spiegeln das Interesse des Vertragspartners des Erblassers an aktiven Nutzern seiner Dienste wider (bspw für Werbeeinnahmen, Serverkapazitäten etc). Hierbei müsste der Vertragspartner des Nutzers (des Erblassers) nur ein zuverlässiges Vorwarnsystem anbieten, damit Löschung und Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht innerhalb zu kurzer – und damit gröblich benachteiligender – Frist geschehen würden.<sup>106</sup> Damit löst man aber das hier behandelte Problem nicht vollständig, weil die Frage nach der Vererblichkeit ausgeblendet wird. Die fehlende Zugriffsmöglichkeit der Erben wäre nur eine zufällige Begleiterscheinung, wenn sie von dem Vertragsverhältnis lange genug nichts erfahren, sollte es überhaupt noch existieren.

## D. Keine Vorsorge durch den Erblasser

### 1. Konflikte zwischen den Erben

Fehlen Verfügungen des Erblassers über seine privaten Inhalte, ist von deren Vererblichkeit auszugehen. Trifft fehlendes Problembewusstsein (bezogen auf die privaten Inhalte) beim Erblasser auf fehlendes Problembewusstsein bei den Erben, erübrigt sich die Diskussion. Daher kann in Fällen fehlender Vorsorge nur ein Konflikt entstehen, wenn gegensätzliche Interessen der Erben untereinander aufeinandertreffen. Das kann der Fall sein, wenn bspw die Witwe des Erblassers fürchtet, dass die Kinder Zugriff auf private Inhalte ihres verstorbenen Mannes erhalten, die nicht für ihre Augen bestimmt sind, insb weil sie die Inhalte kennt.

Neben einem einvernehmlich zu erzielenden Übereinkommen über die Erbeilung<sup>107</sup> (§ 181 AußStrG) könnte man im Konfliktfall an eine Erbeilungsklage denken. Ein Erbe verfolgt dann mittels Klage samt Teilungsvorschlag<sup>108</sup> das Ziel, die privaten Inhalte zugesprochen zu bekommen. Es sind dann Sachen aufzuteilen, die idR keinen materiellen, sondern nur einen ideellen Wert aufweisen und nicht real geteilt werden können und oftmals auch nicht geteilt werden sollen. Zivilteilung kommt nicht in Frage,<sup>109</sup> weil eine gerichtliche Feilbietung § 77 UrhG widersprechen würde und die Sachen idR ohnehin materiell wertlos sind. § 844 ABGB ist auf Briefe, Tagebücher etc auch nicht anwendbar.<sup>110</sup> Es sind daher die Vorschriften über die Teilungsklage (§ 830 ABGB) anzuwenden.<sup>111</sup> Bei der Frage nach der Aufteilung müssen daher ideelle Aspekte im Vordergrund stehen. Das Gericht hat dabei die Grundsätze von Zweckmäßigkeit und Billigkeit zu beachten.<sup>112</sup> In diesem Sinne sollte idR die dem Erblasser am nächsten stehende Person die privaten Inhalte erhalten, wobei es den anderen Erben möglich sein muss, bessere (subjektive) Gründe als das bloße (objektive) Naheverhältnis vorzubringen. Das könnte auch dazu führen, dass die privaten Inhalte auf mehrere Erben aufgeteilt werden, insb weil das Gericht nicht an den Teilungsvorschlag gebunden ist.<sup>113</sup>

### 2. Weitergabe durch die Erben

Ein weiterer Konflikt kann entstehen, wenn Erben gegen den Willen anderer Erben oder naher Angehöriger private Inhalte wie bspw Tagebücher, Briefe, E-Mails

<sup>102</sup> Sie haben ja weder ein Recht auf ein Erbe noch eine besonders geschützte Stellung.

<sup>103</sup> Bock, AcP 217, 370 (412 f).

<sup>104</sup> Vgl Herzog, Digitaler Nachlass, in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht<sup>2</sup> Kap 9 Rz 81, 97.

<sup>105</sup> Vgl Herzog, Digitaler Nachlass, in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht<sup>2</sup> Kap 9 Rz 81.

<sup>106</sup> Vgl Leipold in MünchKommBGB XI<sup>8</sup> § 1922 Rz 45; Budzikiewicz, AcP 218, 558 (590). Sie halten das Erlöschen des Kontos nach einer angemessenen Frist, während derer sich kein Erbe gemeldet hat, für zulässig. Diese Frist kann mE aber nicht vom Tod des Nutzers in Gang gesetzt werden, weil der Anbieter idR erst vom Tod des Erblassers erfährt, wenn er von den Erben kontaktiert wird. Die Frist muss daher vom Tod unabhängig sein.

<sup>107</sup> Eine Teilungsanordnung des Erblassers wird in Fällen fehlender Vorsorge auch nicht existieren. Davon könnten die Erben nur einvernehmlich abgehen; OGH 7 Ob 658/79 EvBl 1980/5; 2 Ob 41/11 k NZ 2012/112.

<sup>108</sup> Vgl OGH 2 Ob 41/11 k NZ 2012/112; 3 Ob 79/13 h NZ 2014/39.

<sup>109</sup> Eine solche wäre auch nur nach Einantwortung möglich; OGH 2 Ob 41/15 s EvBl 2016/95 (Apathy).

<sup>110</sup> Sailer in KBB<sup>5</sup> § 844 Rz 4.

<sup>111</sup> OGH 2 Ob 41/11 k NZ 2012/112; 3 Ob 79/13 h NZ 2014/39.

<sup>112</sup> Weiß in Klang III<sup>2</sup> 169; Sprohar-Heimlich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 550 Rz 9.

<sup>113</sup> OGH 8 Ob 150/18 v EvBl 2019/121 (Geroldinger).

udgl weitergeben oder veräußern. In solchen Fällen greift der postmortale Schutz von Persönlichkeitsrechten, insb jener gem § 77 UrhG. Verfasser und Empfänger von Briefen, Tagebüchern oder ähnlichen vertraulichen Aufzeichnungen können gem § 77 Abs 1 UrhG verhindern, dass solche Aufzeichnungen verbreitet oder auf irgendeine Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, wenn dadurch ihre berechtigten Interessen verletzt würden. Diese Bestimmung findet sich aus historischen Gründen im UrhG, ist aber nicht urheberrechtlicher, sondern persönlichkeitsrechtlicher Natur.<sup>114</sup>

Das Recht auf Wahrung der Privat- und Geheimsphäre ist ein angeborenes (Persönlichkeits-)Recht iSd § 16 ABGB,<sup>115</sup> das auch über den Tod hinaus wirkt.<sup>116</sup> § 77 UrhG<sup>117</sup> zeigt das deutlich, weil die Bestimmung ausdrücklich eine Regelung für die Zeit nach dem Tod vorsieht: Ist der Verfasser gestorben, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, ist die Veröffentlichung nur erlaubt, wenn dadurch nicht berechnigte Interessen der nahen Angehörigen (§ 77 Abs 2 UrhG) verletzt würden. Die Interessen der nahen Angehörigen sind aber schon dann beeinträchtigt, wenn die Interessenabwägung zu Lebzeiten des Verfassers zu dessen Gunsten ausgegangen wäre.<sup>118</sup> Daher ist eine besondere Begründung für eine eigene Interessenbeeinträchtigung der Angehörigen nicht erforderlich, es ist auf die (lebzeitigen) Interessen des Erblassers abzustellen.<sup>119</sup>

Maßgeblich ist für die Klassifizierung als vertrauliche Aufzeichnung der vom Verfasser (Erblasser) intendierte Empfängerkreis.<sup>120</sup> Eine bereits erfolgte (rechtswidrige) Weitergabe oder Veröffentlichung hat daher keinen

Einfluss auf die Beurteilung als vertrauliche Aufzeichnung.<sup>121</sup> Die von § 77 Abs 1 UrhG für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit vorausgesetzte „Öffentlichkeit“ ist zwar weit auszulegen,<sup>122</sup> dennoch könnte fraglich sein, ob die Weitergabe oder Veräußerung vertraulicher Aufzeichnungen des Erblassers durch die Erben an nur einen Dritten bereits erfasst ist. Aber auch bloßes Zugänglichmachen für Einzelne oder auch nur die Gewährung von Einsicht in vertrauliche Aufzeichnungen beeinträchtigt die Geheimsphäre des Verfassers.<sup>123</sup> Die Rechtswidrigkeit ist im Rahmen einer Abwägung der Interessen zwischen Geheimhaltung und Veröffentlichungsinteresse zu beurteilen.<sup>124</sup> Finanzielle Vorteile für die Erben oder bloße Befriedigung von Neugier rechtfertigen aber keinesfalls die Annahme eines überwiegenden Interesses an der Veröffentlichung privater Details, die bspw familiäre Umstände, sexuelle Orientierung, politische Anschauungen oder die Gesundheit des Erblassers betreffen.<sup>125</sup>

Zur Geltendmachung des postmortalen Schutzes sind nach hA die nahen Angehörigen des Verstorbenen (Erblassers) aktivlegitimiert.<sup>126</sup> Gem § 77 Abs 2 UrhG sind das die Verwandten in auf- und absteigender Linie sowie der überlebende Ehegatte oder Lebensgefährte. Die Stellung als Erbe ist dagegen nicht Voraussetzung zur Geltendmachung des Schutzes.<sup>127</sup> Die Nähe der Verbindung zum Verstorbenen hat aber Auswirkung auf die Schutzdauer. Verwandte ersten Grades sowie der Partner (Ehegatte, Lebensgefährte, eingetragener Partner) können diesen Schutz Zeit ihres Lebens geltend machen, andere Angehörige nur innerhalb von zehn Jah-

<sup>114</sup> Es kommt also nicht auf eine urheberrechtliche Werkhöhe an, was sich auch aus § 77 Abs 4 UrhG ergibt.

<sup>115</sup> OGH 4 Ob 91/78 SZ 51/146.

<sup>116</sup> OGH 1 Ob 550/84 SZ 57/98; 2 Ob 162/16 m NZ 2017/126; *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 79ff mwN.

<sup>117</sup> Und auch die inhaltsgleiche Bestimmung des § 78 UrhG zum Bildnisschutz („Recht am eigenen Bild“).

<sup>118</sup> OGH 4 Ob 203/13 a SZ 2014/10; *Pierer*, Postmortaler Brief- und Bildnisschutz, ÖBI 2014, 200 (201 ff); *ders*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 60ff.

<sup>119</sup> OGH 4 Ob 203/13 a SZ 2014/10; 4 Ob 224/13 i ÖBI-LS 2014/43; 6 Ob 209/16 b JBl 2017, 672; 6 Ob 61/17 i MR 2017, 174. Eine solche Begründung wäre auch nur schwer vorstellbar. Dass die in §§ 77, 78 UrhG angesprochenen „eigenen“ Interessen der nahen Angehörigen in Wahrheit dem postmortalen Schutz dienen, ergibt sich auch aus der Frist des § 77 Abs 2 UrhG zur Geltendmachung des Schutzes, die von der Intensität der Nahebeziehung (Verwandtschaft) zum Verstorbenen abhängt; *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 62, 64.

<sup>120</sup> OGH 4 Ob 3/11 m SZ 2011/47; 6 Ob 163/15 m MR 2016, 34 (*Walter*); *Gassauer-Fleissner*, Geheimhaltung, Offenbarung und Veröffentlichung von Daten in Informationsnetzwerken, *ecolex* 1997, 102 (102); *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 1685. Daher fallen bspw auch E-Mails unter § 77 UrhG; OGH 6 Ob 131/18 k NZ 2019/110.

<sup>121</sup> 6 Ob 163/15 m MR 2016, 34 (*Walter*); *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht (1954) 222; *Walter*, Urheberrecht I Rz 1685.

<sup>122</sup> OGH 6 Ob 131/18 k NZ 2019/110; A. *Kodek* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*<sup>2</sup> § 77 UrhG Rz 25; C. *Thiele* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (19. Lfg 2017) § 77 UrhG Rz 39; *Walter*, Urheberrecht I Rz 1685; Erläut zu § 77 UrhG, abgedruckt bei *Peter*, *Urheberrecht* 614 und *Dillenz*, *Materialien zum österreichischen Urheberrecht* (1986) 159. Zum inhaltsgleichen § 78 UrhG etwa 4 Ob 187/99 z MR 2000, 143 (*Korn*).

<sup>123</sup> C. *Thiele* in *Ciresa*, *Urheberrecht* (19. Lfg 2017) § 77 UrhG Rz 44 f; *Gassauer-Fleissner*, *ecolex* 1997, 102 (103) auch mit Hinweis auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz (§ 16 ABGB).

<sup>124</sup> OGH 4 Ob 3/11 m SZ 2011/47; 6 Ob 163/15 m MR 2016, 34 (*Walter*); A. *Kodek* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*<sup>2</sup> § 77 UrhG Rz 44 ff; C. *Thiele* in *Ciresa*, *Urheberrecht* (19. Lfg 2017) § 77 UrhG Rz 49.

<sup>125</sup> Vgl A. *Kodek* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*<sup>2</sup> § 77 UrhG Rz 37; C. *Thiele* in *Ciresa*, *Urheberrecht* (19. Lfg 2017) § 77 UrhG Rz 52, 82; *ders*, *Der Briefschutz nach § 77 UrhG – neu interpretiert*, MR 2011, 262 (267 ff); *Dillenz/Gutman*, *Praxis-kommentar zum Urheberrecht*<sup>2</sup> § 77 UrhG Rz 3.

<sup>126</sup> OGH 6 Ob 283/01 p SZ 2002/107; *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 16 Rz 173; *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 121 mwN.

<sup>127</sup> *Mitteis*, *Grundriß des Österreichischen Urheberrechts* (1936) 145; A. *Kodek* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*<sup>2</sup> § 77 UrhG Rz 20; *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 133.

ren seit Ablauf des Todesjahrs. Der Erblasser könnte auch eine Person mit der Wahrung seines postmortalen Schutzes beauftragen,<sup>128</sup> das wird in der hier behandelten Konstellation fehlender Vorsorge durch den Erblasser aber nicht der Fall sein.

Zur Verfügung steht den Klägern aufgrund der Positionierung des Schutzes vertraulicher Aufzeichnungen im UrhG dessen gesamtes Instrumentarium der §§ 81 ff UrhG, also Unterlassungs-, Beseitigungs- und bei Verschulden Schadenersatzansprüche.<sup>129</sup> Da die Veräußerung zugleich ein Verstoß gegen § 77 UrhG ist, kommt auch die Nichtigkeit des Veräußerungsvertrages über die vertraulichen Aufzeichnungen gem § 879 Abs 1 ABGB in Betracht.<sup>130</sup>

Beim Erbschafts Kauf wird man schon durch (ergänzende) Vertragsauslegung ein § 2373 Satz 2 dBGB vergleichbares Ergebnis erzielen – private Inhalte sind gar nicht erfasst. Der Erwerb einer zwingend mit der Person des Verkäufers verknüpften Rechtsposition ist nämlich ausgeschlossen.<sup>131</sup>

### 3. Beteiligung Dritter<sup>132</sup>

#### a) Herausgabepflicht und Zugriffsgewährung

Zum Schluss ist noch zu erörtern, welche Verpflichtungen aus den bisherigen Ausführungen für Dritte entstehen, die private Inhalte des Erblassers innehaben, verwahren oder den Zugriff darauf gewähren können. Die Erben treten als Gesamtrechtsnachfolger gem § 547 ABGB in die Rechtsposition der Verlassenschaft bzw des Erblassers ein. Der Vermächtnisnehmer wird Einzelrechtsnachfolger des Erblassers.<sup>133</sup> Der Vertragspartner des Erblassers muss daher seinen bisherigen Pflichten, die gegenüber dem Erblasser bestanden, unverändert auch gegenüber dessen Rechtsnachfolgern nachkommen.<sup>134</sup>

Der Dritte ist aus seiner Perspektive ursprünglich dem Erblasser verpflichtet, insb was den Schutz der Privatsphäre oder die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen anbelangt. Er ist daher verpflichtet, sowohl einen Nachweis des Todes bzw der Erbenstellung als auch der Nachlasszugehörigkeit der fraglichen privaten Inhalte zu verlangen.<sup>135</sup> Das dient dem Schutz vor Miss-

brauch sowie dazu, nur den tatsächlich berechtigten Personen Zugriff zu gewähren oder Sachen herauszugeben.<sup>136</sup>

Jedenfalls ausreichend ist die Vorlage des Einantwortungsbeschlusses. Davor kann der Vertragspartner die Amtsbestätigung über die Vertretungsbefugnis (§ 810 ABGB iVm § 172 AußStrG) verlangen,<sup>137</sup> auf deren Richtigkeit er vertrauen kann.<sup>138</sup> Von der Benützung<sup>139</sup> iSd § 810 Abs 1 ABGB muss gezwungenermaßen auch der Zugang zu privaten Inhalten erfasst sein, wenn sich diese bspw auf Servern Dritter befinden. Zur Benützung durch die Rechtsnachfolger siehe noch Punkt E.

Wieder ist aber auf § 531 ABGB hinzuweisen, wonach höchstpersönliche Rechte und Pflichten nicht auf die Rechtsnachfolger des Erblassers übergehen und daher auch nicht von diesen ausgeübt werden können. Im Zusammenhang mit der Privatsphäre ist hier in erster Linie an Einsichtsrechte zu denken. Allerdings könnte aus dem mutmaßlichen Willen des Erblassers folgen, dass den Erben dennoch Einsicht zu gewähren ist, wenn sie ein berechtigtes Interesse dafür vorweisen können. Der Grundsatzentscheidung zum postmortalen Schutz von Persönlichkeitsrechten lag ein derartiger Fall zugrunde: Der Sohn begehrte Einsicht in die Krankengeschichte seiner im Krankenhaus verstorbenen Mutter, weil er einen Behandlungsfehler vermutete. Das Krankenhaus verweigerte die Einsicht unter Berufung auf den postmortalen Schutz der Privat- und Geheimsphäre der Verstorbenen. Der OGH sprach aus, dass es gerade in Fällen wie diesem sein könne, dass der Verstorbene einem Geheimnisträger Umstände anvertraut habe, die er gerade auch vor seinen Erben oder nahen Angehörigen geheim halten wollte. Daraus folge aber nicht, dass Einsicht in jedem Fall zu verweigern sei,<sup>140</sup> sondern dass der mutmaßliche Wille des Verstorbenen im Einzelfall erforscht werden müsse.<sup>141</sup>

Es besteht also die Möglichkeit, die Einwilligung des Verstorbenen zu vermuten (hypothetischer bzw mutmaßlicher Wille).<sup>142</sup> Mit diesem Instrument ist aber rest-

<sup>128</sup> Dazu Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 137 ff.

<sup>129</sup> Zum Schadenersatz ausführlich Pierer, Schadenersatz beim postmortalen Persönlichkeitsschutz, JBl 2017, 617.

<sup>130</sup> Vgl Krejci in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 879 Rz 325; Adler/Höller in Klang V<sup>2</sup> 433 zum Verlagsvertrag.

<sup>131</sup> Rabl in Rummel/Lukas<sup>4</sup> §§ 1279, 1280 Rz 13.

<sup>132</sup> Siehe auch den nach Fertigstellung des Manuskripts erschienenen Beitrag von Verweijen, Der Auskunftsanspruch des Gerichtskommissärs und der Erben gegenüber Social-Media-Plattformen, *ecolex* 2020, 180.

<sup>133</sup> Vgl Welser, *Erbrecht* (2019) 138.

<sup>134</sup> Zankl in Zankl/Spruzina 11; Dorigatti/Lackner, *iFamZ* 2018, 196 (197); Budzikiewicz, *AcP* 218, 558 (574).

<sup>135</sup> Vgl Herzog, Digitaler Nachlass, in Kroiß/Horn/Solomon, *Nachfolgerecht<sup>2</sup>* Kap 9 Rz 74.

<sup>136</sup> Vgl Spitzer, Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§ 810 ABGB neu), *NZ* 2006, 33 (34).

<sup>137</sup> Wenngleich diese nur deklarativen Charakter hat.

<sup>138</sup> Verweijen in Schneider/Verweijen, *AußStrG* § 172 Rz 21; Spitzer, *NZ* 2006, 33 (34).

<sup>139</sup> Dorigatti/Lackner, *iFamZ* 2018, 196 (198) schließen aus dem Klammersausdruck „(körperliche) Benützung“ in den ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 31 zu § 810, dass der digitale Nachlass nicht erfasst wäre. Das trifft mE nicht zu – der Klammersausdruck signalisiert ja gerade, dass es eben nicht zwingend „körperliche“ Benützung sein muss.

<sup>140</sup> Auf diese Weise könnte das Krankenhaus eigenes Fehlverhalten – etwa Verschulden am Tod der Patientin – vertuschen und sich so vor Ansprüchen der Erben zu schützen, was von F. Bydliński, *JBl* 1999, 553 zu Recht als paradoxer Geheimnisschutz post mortem bezeichnet wird.

<sup>141</sup> OGH 1 Ob 550/84 SZ 57/98.

<sup>142</sup> Im Anschluss an die eben dargestellte Entscheidung etwa OGH 1 Ob 341/99z SZ 73/87; 2 Ob 162/16m NZ 2017/126.

riktiv umzugehen, sodass Geheimhaltung die Regel und nicht die Ausnahme sein muss.<sup>143</sup> Es ist daher ein strenger Maßstab anzulegen.<sup>144</sup>

Eine Spezialnorm enthält seit dem 2. ErwSchG § 141 AußStrG: Dient die Einsichtnahme zur Durchsetzung des letzten Willens des Erblassers, ist sie zu gewähren.<sup>145</sup> Mit der Änderung des Gesetzestextes hat der Gesetzgeber auf die Rsp zum Einsichtsbegehren potentieller Erben in den Sachwalterschaftsakt reagiert, die sich dadurch Aufschlüsse über die Testierfähigkeit des Erblassers (und damit die Ungültigkeit einer ihnen nachteiligen letztwilligen Verfügung) erhofft haben.<sup>146</sup>

## b) Vertragsauslegung

Hat man es mit einem grds vererblichen Rechtsverhältnis zu tun, und begehren die Erben vom Vertragspartner des Erblassers Zugriff, muss dieser keine bloß passive Rolle einnehmen, wenn er den Schutz der Privatsphäre des Erblassers sehr ernst nimmt. Der in die Pflicht genommene Vertragspartner des Erblassers könnte sich mit Blick auf den zuletzt behandelten Aspekt des mutmaßlichen Willens des Erblassers (oben Punkt a)) auf den Standpunkt stellen, dass dieser nicht gewollt hätte, dass das konkrete Rechtsverhältnis überhaupt vererblich sein solle. Der Vertrag ist also im Hinblick auf den Todesfall lückenhaft, weshalb er auszulegen und zu ergänzen ist (§§ 914, 915 ABGB).<sup>147</sup>

Nur dort, wo die Wahrung der Privatsphäre im Vordergrund steht, wäre eine derartige Argumentation aber auch erfolgreich. In Frage kämen daher etwa Rechtsverhältnisse, 1) bei denen bereits gesetzliche Bestimmungen Privatsphäre bzw Vertraulichkeit absichern; 2) die Hauptleistung erkennbar im Zusammenhang mit privaten Inhalten steht; 3) es sich nach der Verkehrsauffassung um eine vertrauliche Vertragsbeziehung handelt.<sup>148</sup> Sind hingegen private Inhalte bzw privatsphären-relevante Aspekte nicht erkennbar mit der Hauptleistung verbunden, wird der Vertrag nicht in diesem Sinne auszulegen bzw zu ergänzen sein.

## c) „Zero Knowledge“

Es sei noch auf eine Methode zur Wahrung der Privatsphäre des Erblassers abseits rechtlicher Vorsorge hin-

gewiesen: Verschlüsselungstechniken bzw das „Zero-Knowledge“-Prinzip. Sind digitale Inhalte verschlüsselt, so sind sie nur zugänglich bzw lesbar, wenn man im Besitz des dazugehörigen Schlüssels (Passworts) ist. Den hat der Vertragspartner des Erblassers in solchen Fällen aber gerade nicht. Speichert der Vertragspartner des Erblassers die Inhalte also nur verschlüsselt, oder hat der Erblasser die Inhalte selbst verschlüsselt, geht diese Konstellation über den oben bei Punkt a) beschriebenen Fall hinaus, weil das bloße Gewähren von Zugang für die Erben nicht zum Ziel führt. Der Zugang würde, wenn überhaupt, nur zu Inhalten in verschlüsselter Zustand, also für die Erben nutzlosen Inhalten, gewährt. Mehr kann der Vertragspartner des Erblassers aber nicht tun, weil er weder den Inhalt noch den Schlüssel kennt („zero knowledge“).<sup>149</sup>

## E. Sinnvolle Weiternutzung des „digitalen Nachlasses“?

Ausführungen zum „digitalen Nachlass“ behandeln oftmals ausführlich Fragen nach Vererblichkeit, Zugang und Vorsorge, stellen aber selten die Folgefrage, was die Erben am Ende mit diesen Inhalten machen können. Unproblematisch ist die Weiternutzung durch die Erben nämlich nur in jenen Fällen, in denen die Person des Berechtigten für den Vertragspartner des Erblassers oder für Dritte (idR Kommunikationspartner) ohne Bedeutung ist, also jederzeit ausgetauscht werden kann. So wird bspw an eine sinnvolle Weiterführung eines E-Mail-Kontos oder Facebook-Profiles nur dann zu denken sein, wenn das Konto von der Person des Nutzers unabhängig ist, also nicht auf dessen Namen oder Pseudonym lautet.<sup>150</sup> Das wird im privaten Bereich so gut wie nie der Fall sein.<sup>151</sup> Die wahren Probleme des sog „digitalen Nachlasses“ werden daher erst nach und nach zum Vorschein kommen.

## F. Zusammenfassung

- Höchstpersönliche Rechte und Verbindlichkeiten fallen gem § 531 ABGB nicht in den Nachlass. Während die umgangssprachliche Einstufung als höchstpersönlich auf die faktische Beschaffenheit und die Privatheit des Inhalts selbst abstellt, hängt die rechtliche Beurteilung von der Frage ab, ob der Inhalt eines Anspruchs so sehr durch die Person des Berechtigten

<sup>143</sup> Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 83f. Vertiefend zu dieser Thematik auch *Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten gegenüber Erben (2013).

<sup>144</sup> F. Bydliński, JBl 1999, 553 (557).

<sup>145</sup> So bereits OGH 2 Ob 194/14i NZ 2016/8; 2 Ob 162/16m NZ 2017/126; siehe auch A. *Tschugguel*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 38/13 m, EF-Z 2013, 277 (279); C. *Graf*, Akteneinsicht im Außerstreitverfahren und § 141 AußStrG, Zak 2007, 427.

<sup>146</sup> ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 76f; dazu *Schoditsch*, Akteneinsicht und Amtshilfe nach dem neuen § 141 AußStrG, EF-Z 2019, 52 (53f).

<sup>147</sup> *Herzog*, Digitaler Nachlass, in *Kroiß/Horn/Solomon*, Nachfolgerecht<sup>2</sup> Kap 9 Rz 41.

<sup>148</sup> Vgl bereits oben Punkt C.5.d) zu AGB-Klauseln für derartige Fälle.

<sup>149</sup> Vgl bereits *Gloser*, „Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I, MittBayNot 2016, 12 (19).

<sup>150</sup> *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 90f (zur Möglichkeit der Löschung 92ff); *Dorigatti/Lackner*, iFamZ 2018, 196 (198); *Zankl* in *Zankl/Spruzina* 16.

<sup>151</sup> Und im geschäftlichen Bereich idR keine Frage des Erbrechts sein, weil die Inhalte dem dahinterstehenden Unternehmen zugeordnet sein werden; *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten 91.

bestimmt wird, dass deren Austausch zu einer Veränderung des Leistungsinhalts führt.

- Das führt regelmäßig dazu, dass die Erben in die Privatsphäre des Erblassers eindringen, weil auch umgangssprachlich höchstpersönliche Sachen (zB Tagebücher, Briefe) und schuldrechtliche Rechtsbeziehungen (zB Vertrag über E-Mail-Konto) grds vererblich sind.
- Will der Erblasser das verhindern, muss er durch letztwillige Verfügung, Auflage, Auftrag auf den Todesfall oder Testamentsvollstrecker vorsorgen. Möglich sind auch schuldrechtliche Abreden über Unvererblichkeit oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses im Todesfall.
- Vertragsauslegung kann ergeben, dass ein Rechtsverhältnis auch ohne Vereinbarung unvererblich sein soll, insb wenn gesetzliche Bestimmungen Privatsphäre bzw Vertraulichkeit absichern, die Hauptleistung erkennbar im Zusammenhang mit privaten Inhalten steht oder es sich nach der Verkehrsauffassung um eine vertrauliche Vertragsbeziehung handelt.
- Umgekehrt kann der mutmaßliche Wille des Erblassers ergeben, dass Erben bspw Einsichtsrechte zu gewähren sind, deren Ausübung dem Erblasser höchstpersönlich vorbehalten war, wenn sie ein berechtigtes Interesse dafür vorweisen können.
- Erben können sich einvernehmlich auf eine Teilung des Nachlasses (der privaten Inhalte) einigen oder im Konfliktfall eine Erbteilungsklage samt Teilungsvorschlag erheben.
- Die Weitergabe vertraulicher, privater Inhalte des Erblassers durch einen Rechtsnachfolger an Dritte kann die auch nach dem Tod geschützte Privat- und Geheimsphäre des Erblassers verletzen. Dagegen können die nahen Angehörigen des Erblassers gem § 77 UrhG, § 16 ABGB vorgehen, auch ohne selbst Erben sein zu müssen.

#### Über den Autor:

Univ.-Ass. Dr. Joachim Pierer, LL. M. (Yale), ist Universitätsassistent post doc am Institut für Zivilrecht der Universität Wien. E-Mail: joachim.pierer@univie.ac.at