

Professor Dr. **Mario Martini** und **Thomas Kienle**, Speyer*

**Mario Martini* ist Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Leiter des Programmbeereichs „Digitalisierung“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung und Mitglied der Datenethikkommission sowie Fellow am Center for Advanced Internet Studies. *Thomas Kienle* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl.

Facebook, die Lebenden und die Toten

Der digitale Nachlass aus telekommunikations- und datenschutzrechtlicher Sicht – zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 12.7.2018 – III ZR 183/17

Lange haben Erben, die Digitalwirtschaft und die Öffentlichkeit auf die erste höchstrichterliche Entscheidung zum digitalen Nachlass gewartet (JZ 2019, 255, in diesem Heft). Nunmehr hat der BGH die juristische „Leichenstarre“ überwunden, welche die Diskussion über Jahre prägte: Er gewährt Erben Zugang zum Benutzerkonto des sozialen Netzwerks Facebook. Die Interessen und Rechte der betroffenen Kommunikationspartner haben das Nachsehen gegenüber dem Erbrecht. Das Grundsatzurteil entspricht dem Rechtsgefühl vieler Menschen. So sehr seine Wertung in den Grundzügen überzeugen mag: Die telekommunikations- sowie datenschutzrechtliche Würdigung des BGH gibt Anlass zur Kritik.

I. Das Telekommunikationsgeheimnis und die „anderen“

Aus zivilrechtlicher Perspektive scheint die Frage nach dem digitalen Nachlass grundsätzlich leicht beantwortet: § 1922 Abs. 1 BGB lässt das Vermögen als Ganzes mit dem Tod auf die Erben übergehen.

Für die *nicht vermögenswerten*, rein persönlichen Bestandteilen des Nachlasses muss das (trotz § 2047 Abs. 2 und § 2373 Satz 2 BGB) nicht notwendig gelten. Für sie reklamiert das Bedürfnis nach Geheimhaltung privater Kommunikation in besonderer Weise Geltung. Wer den Zugang zu einem *Facebook*-Benutzerkonto erhält, taucht immerhin ungefiltert in die digitale Kommunikation ein, als sei er Zeuge eines Telefongesprächs. Darin unterscheidet sich der digitale Nachlass von einem Tagebuch. Dieses fällt in das Eigentum des Erblassers. Der Lebende muss damit rechnen, dass die Erben seine Tagebuchaufzeichnungen einsehen können und werden. Der Zugang zum digitalen Nachlass ist demgegenüber grundsätzlich nur unter Vermittlung des Diensteanbieters als Dritten möglich.¹ Sein Inhalt kann unter dem Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses stehen. So sah

¹ *Martini*, JZ 2012, 1145, 1146.

sich auch *Facebook* in der Rolle eines „Trehänders“ und schwang sich zum „Totenwächter“ des Datenschatzes auf.

Das Telekommunikationsgeheimnis endet zwar grundsätzlich in dem Moment, in dem die Nachricht bei dem Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist.² Dies gilt indes nur für solche Kommunikationsinhalte, die im „Herrschaftsbereich“ eines Kommunikationsteilnehmers endgespeichert sind.³ Ist der Inhalt der Kommunikation hingegen in einer Sphäre abgelegt, die keiner der Kommunikationsteilnehmer beherrschen kann (etwa auf dem Mailserver des Providers), dauert die spezifische Gefährdungslage an, der das Telekommunikationsgeheimnis begegnen will: das Risiko, dass Dritte sich unbefugt in die Privatheitsentfaltung auf Distanz einschalten. Dieses Schutzbedürfnis besteht zeitlich auch dann weiter, wenn die Teilnehmer die Informationsgehalte zur Kenntnis genommen haben.⁴ Die persönlichen Nachrichten, die auf *Facebook*-Servern gespeichert sind, unterliegen daher dem Telekommunikationsgeheimnis.⁵

§ 88 TKG bricht das grundrechtliche Telekommunikationsgeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG einfachgesetzlich herunter.⁶ Die Vorschrift untersagt Telekommunikationsanbietern (1.), „sich oder anderen“ (2.) über das Maß des Erforderlichen hinaus Kenntnis vom Inhalt der Telekommunikation zu verschaffen (§ 88 Abs. 3 Satz 1 TKG).

1. Facebook – ein Telekommunikationsanbieter?

Dass das Telekommunikationsgeheimnis auf das soziale Netzwerk *Facebook* Anwendung findet, versteht sich keineswegs von selbst.⁷ Denn *Facebook* überträgt als sog. Over-the-top-Dienst nicht selbst Signale. Dies setzt das TKG für einen Telekommunikationsanbieter aber voraus (vgl. § 88 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 3 Nr. 6 und Nr. 24 TKG). Der *BGH* lässt ausdrücklich offen, ob § 88 TKG auf die Betreiber solcher Dienste anwendbar ist.⁸ Das *KG* hatte das noch bejaht:⁹ *Facebook* müsse sich die Signalübertragungsleistungen (vgl. § 3 Nr. 24 TKG) der Telekommunikationsunternehmen *zurechnen* lassen.¹⁰

² *BVerfGE* 115, 166, 184; vgl. auch *BVerfGE* 120, 274, 307 f.

³ Vgl. z. B. *BVerfGE* 115, 166, 183; 120, 274, 307 f.

⁴ *BVerfGE* 124, 43, 55 f.; a. A. etwa noch *BGH* CR 2009, 446; (zu) restriktiv auch *Pagenkopf*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 10 Rn. 14b.

⁵ Siehe bereits *Martini*, JZ 2012, 1145, 1151; ebenso *KG* CR 2017, 454, 458 f. Rn. 86; *Mayen*, AnwBl Online 2018, 466, 468.

⁶ Siehe BT-Drs. 13/3609, S. 53: „einfachgesetzliche Ausprägung“.

⁷ Vgl. zu dem E-Mail-Dienst „Gmail“: bejahend z. B. *Kühling/Schall*, CR 2016, 185; verneinend hingegen *Schuster*, CR 2016, 173; diff. bereits *Martini/von Zimmermann*, CR 2007, 427, 431.

⁸ *BGH*, Urteil v. 12.7.2018 – III ZR 183/17 = JZ 2019, 255, 260, Rn. 56.

⁹ Es orientiert sich dabei an der Entscheidung des *VG Köln* v. 11.11.2015, CR 2016, 131; das *OVG Münster* (CR 2018, 402) hat diese unionsrechtlich determinierte Rechtsfrage nunmehr dem *EuGH* zur Vorabentscheidung vorgelegt.

¹⁰ *KG* CR 2017, 454, 457 Rn. 78 ff.

Das überzeugt nicht.¹¹ Denn das TKG verlangt, dass der Telekommunikationsanbieter die Signalübertragung *selbst* vornimmt („Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen“ [§ 3 Nr. 24 TKG; Art. 2 lit. c Rahmen-RL 2002/21/EG]).

Über den Verweis des § 7 Abs. 3 Satz 2 TMG findet das Telekommunikationsgeheimnis des § 88 TKG auf *Facebook* jedoch entsprechende Anwendung:¹² Das soziale Netzwerk ist Diensteanbieter im Sinne des Telemediengesetzes.¹³

2. Die Erben als andere?

Als dem Telekommunikationsgeheimnis Verpflichteter muss *Facebook* den Inhalt der Kommunikation vor „anderen“ geheim halten. Die Erben sind in den Augen des *BGH* aber nicht „andere“ im Sinne des § 88 Abs. 3 Satz 1 und 3 TKG.¹⁴ Immerhin sind sie Rechtsnachfolger der Verstorbenen.

Diese rein erbrechtliche Perspektive wird der öffentlich-rechtlichen Wertung des TKG jedoch nicht gerecht:¹⁵ § 88 TKG schützt als einfachrechtliche Ausprägung des Art. 10 Abs. 1 GG Kommunikationsbeziehungen, die sich via technischer Einrichtungen entfalten – folglich auch nur die Personen, die an dem Kommunikationsvorgang beteiligt sind.¹⁶ Derjenige, der den Adressatenkreis festlegt, bestimmt dann, wie weit der Vertraulichkeitsradius der Kommunikation *personell* reicht.¹⁷ „Anderer“ im telekommunikationsrechtlichen Sinne ist mithin jeder, der in tatsächlicher Hinsicht nicht *selbst* (in persona) mit Zustimmung der Kommunikationspartner an dem Vorgang beteiligt ist oder war – auch die (späteren) Erben.¹⁸ In diesem Verständnis spricht auch die ePrivacy-RL 2002/58/EG – als unionsrechtliche Hintergrundfolie sowohl des § 88 TKG wie auch des § 7 Abs. 3 Satz 2 TMG – in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich von „anderen Personen *als die Nutzer*“¹⁹. „Nutzer“ ist primär lebensweltlich, nicht vertragsrechtlich zu verstehen. Das unterstreicht auch die Legaldefinition des Art. 2 lit. a ePrivacy-RL: Der Erbe „nutzt“ (engl.:

¹¹ Dazu bspw. *Martini*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), BeckOK InfoMedR, 22. Ed. (Stand: 1.8.2018), § 1 TMG Rn. 13d.

¹² Dazu bspw. *Paal* in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), BeckOK InfoMedR, 21. Ed. (Stand: 1.8.2018), § 7 TMG Rn. 71.

¹³ *Martini*, JZ 2012, 1145, 1148.

¹⁴ *BGH* (Fn. 8), Rn. 56 ff.; zust. *Hoeren*, MMR 2018, 750, 750 f.

¹⁵ Ebenso bereits *Bock*, AcP 217 (2017), 370, 406; *KG CR* 2017, 454, 460 Rn. 96; eingehend *Mayen*, AnwBl Online 2018, 466 (468); a. A. z. B. *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, 2018, S. 85 ff.; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 264; aus erbrechtlicher Sicht: *Herzog*, AnwBl Online 2018, 472 ff.

¹⁶ Siehe nur *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 10 Rn. 26; vgl. auch BT-Drs. 13/3609, S. 53, der von „Dritten“ statt „anderen“ spricht.

¹⁷ *Gusy*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 10 Rn. 24; vgl. auch *Martini*, VerwArch 107 (2016), 307, 322 ff.

¹⁸ Zutreffend bereits *KG CR* 2017, 454, 460 Rn. 96.

¹⁹ Hervorhebung nicht im Original; vgl. auch EG 22 Satz 1 ePrivacy-RL; *EuGH DVBl* 2017, 177, 178 Rn. 77: „sämtliche[...] andere[...] Personen als der Nutzer“.

„using“; franz.: „utilisant“) den Kommunikationsdienst *Facebook* nicht.²⁰ Er folgt dem Erblasser nach § 1922 BGB lediglich in den *Nutzungsvertrag*, nicht aber in die *Nutzerstellung* nach, rückt namentlich nicht in die individuelle Kommunikation und damit gleichsam unter den Schutzschirm des Telekommunikationsgeheimnisses ein.²¹

Eine andere Auslegung trüge die Vertraulichkeit der Kommunikation in einer digitalen Lebenswelt gleichsam zu Grabe. Sie unterliefe den Schutzgedanken des Telekommunikationsgeheimnisses.

Dieses schützt zwar nicht das „personengebundene“ Vertrauen der Kommunikationspartner *zueinander*.²² Das Risiko, dass der Empfänger die Nachricht nicht vertraulich behandelt, trägt mithin der Absender. Das bedeutet aber nicht, dass der *Telekommunikationsanbieter* die Vertraulichkeit nicht zu wahren braucht. Solange die Kommunikationspartner die Inhalte nicht in eigener Person weitergeben, muss der Kommunikationsmittler sie vielmehr vertraulich behandeln. Es macht einen rechtlich erheblichen Unterschied, ob der Empfänger Dritte mitlesen lässt, oder ob sich Dritte mithilfe von *Facebook* in das *Medium selbst* einschalten (auch wenn sie Rechtsnachfolger sind).²³ Gewährt *Facebook* den Erben Zugang zu dem Benutzerkonto bzw. „Messenger“ des Unternehmens, greift das Unternehmen in die vertrauliche Kommunikation ein, die § 88 TKG zu schützen trachtet.²⁴

II. Verarbeitungserlaubnis? – Schutz personenbezogener Daten der Telekommunikationspartner

Aus der Sicht des *BGH* hindert auch die DSGVO²⁵ *Facebook* nicht, den Erben Zugang zu den Kommunikationsinhalten zu gewähren. Sie schützt die Daten *Verstorbener* in der Tat nicht: Datenschutzrechtlich „betroffen“ ist nur, wer lebt.²⁶ Die Daten Verstorbener ruhen

²⁰ Vgl. dazu auch die RL (EU) 2018/172 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation v. 11.12.2018. Sie definiert den „Nutzer“ als „[...] Person, die einen [...] elektronischen Kommunikationsdienst *in Anspruch nimmt*“ (Art. 2 Nr. 13).

²¹ Dieses erstreckt sich zwar auch auf geschäftliche Daten und sonstige Kommunikationsinhalte mit Vermögenswert. Es differenziert nicht nach dem Inhalt der Kommunikation. Die Pflicht zur Geheimhaltung kann sich nach dem Willen des Gesetzgebers auch gegenüber dem Erbrecht der Eltern durchsetzen (vgl. auch das Zitiergebot in § 88 Abs. 3 Satz 3 TKG i. V. m. § 7 Abs. 3 Satz 2 TMG). Der Gesetzgeber ist (nach wie vor) gefordert, den gordischen Knoten der Normenkollision durch eine klare gesetzliche Regelung aufzulösen. Die Bundesregierung sieht im Anschluss an das Urteil des *BGH* jedoch keinen Handlungsbedarf, vgl. BT-Drs. 19/4207, S. 2.

²² *BGH* (Fn. 8), Rn. 41; *BVerfG* NJW 2008, 822, 835 Rn. 291; vgl. nur *Durner*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), GG, 57. EL 2010, Art. 10 Rn. 50 m. w. N.

²³ Instrukтив *Gusy* in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Fn. 16), Art. 10 Rn. 25.

²⁴ Vgl. zu den Rechtsfolgen auch bspw. *Mayen*, AnwBl Online 2018, 466, 469 ff.

²⁵ Verordnung (EU) 2016/679.

²⁶ Siehe Art. 4 Nr. 1 Halbsatz 1 („natürliche Person“), EG 27 Satz 1, 158 Satz 1, 160 Satz 2 DSGVO. Der Unionsgesetzgeber stellt es nunmehr den Mitgliedstaaten anheim, Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Daten Verstorbener vorzusehen (EG 27 Satz 2 DSGVO). Dazu auch *Arens*, RDV 2018, 127, 128 f.; vgl. zur alten Rechtslage nur *Dammann*, in: *Simitis* (Hrsg.), BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3 Rn. 17; *Martini*, JZ 2012, 1145, 1148 f. sowie die Vorinstanzen *LG Berlin* ZD 2016, 182, 186; *KG* ZD 2017, 386, 389 f. Rn. 104.

auf dem „Datenfriedhof“ dann also gerade nicht in Frieden.²⁷ Vielmehr kann *Facebook* – wie jeder andere Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter – zu Lebzeiten erhobene Daten nach dem Tod des Nutzers nahezu unbegrenzt²⁸ ausbeuten.²⁹ Das ist kritikwürdig, entspricht aber der gegenwärtigen Rechtslage.

Folgerichtig prüft der *BGH* auch nur die datenschutzrechtlichen Belange der *Kommunikationspartner*.³⁰ Verhängt die DSGVO insoweit ein Verarbeitungsverbot, löst dies für *Facebook* zivilrechtlich eine rechtliche Unmöglichkeit aus (§ 275 Abs. 1 BGB).³¹

1. Anwendungsbereich der DSGVO

Warum der Anwendungsbereich der DSGVO auf die Kommunikation zwischen der Verstorbenen und ihren Kommunikationspartnern überhaupt eröffnet sein sollte,³² erschließt sich dem unbefangenen Betrachter nicht auf den ersten Blick. Die konkreten Kommunikationsvorgänge fanden immerhin zu einem Zeitpunkt statt, als die DSGVO noch gar nicht galt (Art. 99 Abs. 2 DSGVO). Ob die DSGVO zur Anwendung kommt, bestimmt sich jedoch nicht nach dem Zeitpunkt der Kommunikation, in die *Facebook* eingebunden war, sondern dem Zeitpunkt, zu dem der Zugriff auf die Kommunikationsdaten erfolgt (vgl. Art. 4 Nr. 2 DSGVO).³³ Der Verarbeitungsvorgang, den die Klägerin gerichtlich einfordert – die Freigabe der Information an die Erbengemeinschaft –, vollzieht sich erst nach Geltung der DSGVO. Auf die zu diesem Zeitpunkt geltende Rechtslage kommt es im Rahmen der Revisionsentscheidung an.³⁴ Indem *Facebook* die Informationen aus ihrem Nutzer-Konto an die Erben weitergibt, verarbeitet das soziale Netzwerk im zeitlichen Anwendungsbereich der DSGVO auch personenbezogene Daten *lebender* Kommunikationspartner.

Der privilegierende Ausschlussstatbestand für ausschließlich persönliche oder familiäre Tätigkeiten (Art. 2 Abs. 2 lit. c; EG 18 DSGVO) greift von vornherein nicht.³⁵ Zwar vermittelt *Facebook* private Kommunikation, seine Verarbeitung ist aber eine unternehmeri-

²⁷ Einer analogen Anwendung zumindest einzelner Betroffenenrechte, etwa des Rechts auf Auskunft aus Art. 15 DSGVO, steht der insoweit eindeutige Wille des Unionsgesetzgebers entgegen; die „Lücke“, so sie denn vorliegt, ist nicht planwidrig, vgl. *Rat der Europäischen Union*, Dok. 5406/2/14 Rev 2 v. 10.2.2014, S. 117 f. und Dok. 14786/14 v. 28.10.2014, S. 4 ff.; für eine analoge Anwendung des § 34 BDSG a. F. aus Billigkeitsgründen indes noch *LG Berlin* ZD 2016, 182, 186.

²⁸ Äußerste und wohl auch einzige Grenze ist der postmortale Schutz der Menschenwürde im Sinne des Art. 1 GRCh; im Einzelnen str., vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 GRCh Rn. 18.

²⁹ *Kienle*, Datenschutz post mortem, JuWissBlog Nr. 67/2018 v. 28.6.2018, <https://juwiss.de/67-2018/>; zur alten Rechtslage: *Martini*, JZ 2012, 1145, 1149 und 1153.

³⁰ *BGH* (Fn. 8), Rn. 68 ff.

³¹ *BGH* (Fn. 8), Rn. 64 ff.; vgl. auch *BGH* NJW 2014, 2651, 2652 Rn. 9 zu § 12 Abs. 2 TMG.

³² Der *BGH* (Fn. 8), Rn. 70 ließ diese Frage ausdrücklich dahinstehen.

³³ Vgl. *Martini*, JZ 2012, 1145, 1148.

³⁴ Vgl. die Nachweise bei *Krüger*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), MünchKommZPO, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, § 545 Rn. 9.

³⁵ A. A. tendenziell *Heintz/Ludyga*, jM 2018, 398, 402.

sche.³⁶ Das datenschutzrechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des Art. 6 Abs. 1 DSGVO greift somit:³⁷ *Facebook* muss sein Handeln auf eine Verarbeitungserlaubnis stützen können.

2. Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags

Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Alt. 1 DSGVO gestattet *Facebook* Account-Inhalte offenzulegen, soweit das Unternehmen damit Pflichten aus einem Vertrag erfüllt, „dessen³⁸ Vertragspartei die betroffene Person ist“. Die Erlaubnisnorm setzt demnach *Personenidentität* zwischen der Vertragspartei und dem Betroffenen voraus.³⁹ Die Erblasserin ist datenschutzrechtlich nicht mehr „betroffen“. Auch wenn die Erben in den Vertrag zwischen *Facebook* und der Verstorbenen einrücken (§ 1922 Abs. 1 BGB): Sie sind zwar Vertragspartei, nicht aber zugleich „betroffene Person[en]“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Alt. 1 DSGVO.⁴⁰ Das Vertragsverhältnis zwischen der Erblasserin und *Facebook* ist daher kein tauglicher Anknüpfungspunkt einer Verarbeitungserlaubnis.

Eine Verarbeitungserlaubnis kann folglich allein der Nutzungsvertrag zwischen *Facebook* und den *Kommunikationspartnern* vermitteln. Dieser schließt aber nicht notwendig ein, dass *Facebook* auch Daten gegenüber *Dritten*, also Personen offenlegen darf, die gerade *nicht* Vertragspartei sind – hier den Erben.

So wenig der Erlaubnistatbestand voraussetzt, dass der Verantwortliche selbst Vertragspartei sein muss,⁴¹ so wenig kommt es zwingend darauf an, dass der *Empfänger*⁴² der Daten Partei des Vertrags ist. Ein Vertrag bzw. eine Verarbeitung *zugunsten Dritter* ist somit auch datenschutzrechtlich möglich:⁴³ Es ist die betroffene Person, die über ihre Daten ebenso vertraglich wie datenschutzrechtlich disponieren kann.⁴⁴ Der Weg, den der *BGH* – wenn auch unausgesprochen – eingeschlagen hat, ist daher im Ansatz zutreffend.

³⁶ Ebenso *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 25.

³⁷ Das gilt freilich nur, soweit nicht die ePrivacy-RL Sonderregelungen trifft (Art. 95 i. V. m. EG 173 Satz 1 DSGVO); vgl. dazu etwa *Richter*, in: *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 95 Rn. 8; *Heun*, in: *Eßer/Kramer/von Lewinski* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 6. Aufl. 2018, § 88 TKG Rn. 4, 66 ff.; *Kiparski/Sassenberg*, CR 2018, 324 ff.

³⁸ Hervorhebung d. Verf.

³⁹ Der Verantwortliche muss hingegen nicht selbst Vertragspartei sein, vgl. *Schulz*, in: *Gola* (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 28.

⁴⁰ Die DSGVO sieht eine Rechtsnachfolge in den Status einer betroffenen Person nicht vor; der Wortlaut des Art. 4 Nr. 1 DSGVO ist insoweit eindeutig: Der *Personenbezug* ist stets höchstpersönlicher Natur und damit unvererblich.

⁴¹ Siehe den Wortlaut „eines Vertrags“, so *Albers/Veit*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 26. Ed. (1.5.2018), Art. 6 DSGVO Rn. 30; vgl. auch *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 Abs. 1 Rn. 22.

⁴² Vgl. die Legaldefinition in Art. 4 Nr. 9 DSGVO.

⁴³ So auch *Kramer*, in: *Eßer/Kramer/von Lewinski* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 25; *Schwartzmann/Klein*, in: *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 6 Rn. 46, 55; a. A. *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann* (Fn. 41), Art. 6 Abs. 1 Rn. 20.

⁴⁴ Zweifelnd zuletzt etwa *Veil*, NVwZ 2018, 686, 687 f.: „Utopie der informationellen Selbstbestimmung“; vgl. auch *Klement*, JZ 2017, 161, 162: „nützliche Fiktion“.

Zweifelhaft ist jedoch, ob es im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 *lit. b Alt. 1* DSGVO „erforderlich“ ist, den Erben Zugang zu gewähren, um *diesen* Vertrag, also den Nutzungsvertrag zwischen *Facebook* und den Kommunikationspartnern der Verstorbenen, zu erfüllen. Die Wendung „erforderlich“ rekurriert auf das vertragliche Pflichtenregime. Welche Verarbeitung erforderlich ist, bestimmt also der Vertragsinhalt.⁴⁵ Aus dem Vertragsverhältnis *Facebook* – Absender folgt indes nicht die Erlaubnis, Daten im Vertragsverhältnis *Facebook* – Empfänger (hier den Erben) offenzulegen. Beide Vertragsverhältnisse sind streng zu trennen.⁴⁶ Der Vertrag *Facebook* – Absender legitimiert mithin nicht, die Daten offenzulegen; um *diesen* Vertrag zu erfüllen, ist ein Zugang *post mortem* nicht „erforderlich“. Der Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 *lit. b Alt. 1* DSGVO ist deshalb im Ergebnis – entgegen der Ansicht des *BGH* – nicht einschlägig.⁴⁷

3. Wahrung berechtigter Interessen – Interessenabwägung

Aus der Sicht des *BGH* gebieten die berechtigten Interessen der Erben, ihnen den Zugang zu dem „Datensarkophag“ des Nutzerkontos zu gewähren (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 *lit. f* DSGVO).⁴⁸ Als „berechtigtes Interesse“ identifiziert der *BGH* dreierlei: ihr Erbrecht (Art. 14 Abs. 1 GG), ihr allgemeines Interesse, die Inhalte auf vermögenswerte Relevanz zu prüfen – hier konkretisiert durch die vermögensrechtlichen Abwehrinteressen gegenüber einem U-Bahn Fahrer, der sie auf Schadensersatz in Anspruch nimmt⁴⁹ – sowie das ideelle Interesse, Aufschluss über mögliche Suizidabsichten der Erblasserin zu erhalten.⁵⁰ Die besondere Tragik des Sachverhalts schlägt auf die Interessenabwägung durch. Insoweit handelt es sich nicht um ein „Grundsatzurteil“, sondern ein Stück weit um einen Sonderfall.

Im Rahmen der Abwägung zwischen den Interessen der Kommunikationspartner und der Erben rekurriert der *BGH* – im Einklang mit der Wertung der DSGVO (vgl. EG 47 Satz 1 Halbsatz 2) – darauf, ob die Kommunikationspartner vernünftigerweise damit rechnen mussten, dass *Facebook* den Inhalt ihrer Nachrichten gegenüber den späteren Erben offenlegen und dadurch weiterverarbeiten würde (vgl. EG 47 Satz 3 und 4 DSGVO).⁵¹ In der Lesart des *BGH* darf niemand legitimerweise darauf vertrauen, dass seine Daten privat bleiben, wenn er diese *freiwillig* Dritten offenbart hat. Vielmehr gehe er bewusst das Risiko ein, dass die Daten weitergegeben werden (können). Diese Deutung trifft sich mit der Rechtsprechung des *U. S. Supreme Courts*: Auch er bedient sich der sogenannten *reasonable expectation of privacy*- in Verbindung mit der *third-party*-Doktrin, um den Schutzbe-

⁴⁵ Schulz in: *Gola* (Fn. 39), Art. 6 Rn. 37.

⁴⁶ Der *Zugang* zu dem Benutzerkonto vollzieht sich namentlich in einer anderen vertraglichen „Sphäre“ als die Übermittlung und Bereitstellung. Ähnlich schuldet die Deutsche Post dem Absender lediglich, dass sie seinen Brief beispielsweise in das Postfach des Empfängers übermittelt und dort bereitlegt. Dass dieser Zugang erhält, beruht auf dem Mietvertrag des *Empfängers* mit der Deutschen Post.

⁴⁷ Anders etwa *Härtling/Dag*, K&R 2018, 638, 639; *Ludyga*, ZEV 2018, 592, 593; *Biermann*, ErbR 2018, 577, 579; unklar *Preuß*, NJW 2018, 3146, 3147.

⁴⁸ *BGH* (Fn. 8), Rn. 74 ff.; allg. zur Interessenabwägung *Herfurth*, ZD 2018, 514 ff.

⁴⁹ Vgl. *EuGH* CR 2017, 504, 505 Rn. 29.

⁵⁰ *BGH* (Fn. 8), Rn. 78-81.

⁵¹ *BGH* (Fn. 8), Rn. 87, was er im Ergebnis bejahte (Rn. 91).

reich des Vierten Zusatzartikels der U. S. Verfassung zu konturieren.⁵² Ähnliches gilt für die Rechtsprechung des *EGMR* zur Reichweite des Art. 8 EMRK.⁵³

Das Ergebnis der Analyse berechtigter Vertrauenserwartungen überzeugt aber nicht unbedingt: Auch wenn jeder Kommunikationspartner damit rechnen muss, dass seine Kommunikationsinhalte in die Hände Dritter fallen können, entspricht es zugleich seiner berechtigten Vertrauenserwartung, dass dies regelmäßig *nicht* geschieht. Der *BGH* verkehrt die Ausnahme zur Regel. Jedenfalls von seinem Telemedienanbieter darf der Nutzer Geheimhaltung erwarten (vgl. insbesondere § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 3, § 7 Abs. 3 Satz 2 TMG i. V. m. § 88 TKG). Er muss – vorbehaltlich gesetzlich definierter Ausnahmen⁵⁴ – nicht damit rechnen, dass dieser anderen als den Kommunikationspartnern den Zugang zu Gesprächsinhalten vermittelt.

Selbst wenn man dies unter der bisher unklaren Rechtslage als nicht gesichert ansieht und die Interessen der Erben höher gewichten mag, verdient der Weg, auf dem der *BGH* zu seinem Ergebnis gelangt, mit Blick auf die Tatbestandsmerkmale des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 *lit. f* DSGVO (a) sowie das Alter der Betroffenen (b) nachhaltige Kritik.

a) Um die berechtigten Interessen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 *lit. f* DSGVO zu hüten, muss die Datenverarbeitung „erforderlich“ sein. Der *BGH* begnügt sich insoweit mit dem Hinweis, es seien keine geeigneteren und mildereren Mittel „möglich“, um die berechtigten Interessen der Erben zu wahren.⁵⁵ Damit macht es sich der *BGH* etwas zu leicht. Denn das Prinzip der Erforderlichkeit versteht sich als „normatives Korrektiv“:⁵⁶ Es fungiert als Gegengewicht zu den berechtigten Interessen. Seine Schutzfunktion ist insbesondere von dem Grundsatz der Datenminimierung beseelt (Art. 5 Abs. 1 *lit. c* DSGVO) und stellt damit infrage, ob die *uneingeschränkte* Zugangsgewährung das „relativ mildeste Mittel“ ist.⁵⁷

⁵² Grdl. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); zur *third-party*-Doktrin: *United States v. Miller* 425 U.S. 435 (1976); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979). In der jüngsten Entscheidung *Carpenter v. United States* v. 22.6.2018 (585 U.S. ___ (2018), No. 16-402) stellte der *U. S. Supreme Court* die bei Dritten gespeicherten Mobilfunk-Standortdaten gleichwohl unter den Schutz des Vierten Zusatzartikels der U. S. Verfassung. Das Gericht trug damit dem „seismic shift [...] in digital technology“ Rechnung. Denn die Standortdaten erlaubten nicht weniger als ein „intimate window into a person’s life“ und ermöglichten Rückschlüsse auf „familial, political, professional, religious, and sexual associations“. Diese Gedanken ließen sich – erst recht – auf soziale Netzwerke wie *Facebook* übertragen; vgl. *Weinzierl*, Der Fall *Carpenter* – Seismische Veränderungen im U.S. Datenschutzrecht?, *JuWissBlog* Nr. 69/2018 v. 11.7.2018, <https://www.juwiss.de/69-2018/>.

⁵³ Vgl. z. B. *EGMR* ZD 2017, 571, 572 Rn. 73; MMR 2017, 431, 432 Rn. 42.

⁵⁴ Siehe zur Auskunftspflicht über Bestands- (nicht Inhaltsdaten) für Zwecke der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung § 14 Abs. 2 ff. TMG.

⁵⁵ *BGH* (Fn. 8), Rn. 82.

⁵⁶ *Albers/Veit*, in: *Wolff/Brink* (Fn. 41), Art. 6 DSGVO Rn. 50; siehe aber *Reimer*, in: *Sydow* (Hrsg.), *DS-GVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 58: „keine große Filterwirkung“.

⁵⁷ In diesem Sinne auch *Schantz/Wolff*, *Das neue Datenschutzrecht*, 2017, Rn. 431 a. E.; *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann* (Fn. 41), Art. 6 Abs. 1 Rn. 100; vgl. ferner die Art. 89 Abs. 1 inhärente „abgestufte Systematik“ der DSGVO; dazu etwa *Pauly*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 2. Aufl. 2018, Art. 89 Rn. 12.

Zwar ist es regelmäßig bedeutsam, wer mit *wem* kommuniziert. Gleichwohl erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich die berechtigten Interessen der Erben auch dadurch erreichen ließen, dass das soziale Netzwerk ihnen – jedenfalls in einem ersten Schritt – nur anonymisierte oder zumindest pseudonymisierte Daten Dritter offenlegt (vgl. bspw. auch Art. 32 Abs. 1 lit. a DSGVO).⁵⁸ Ob die Erblasserin tatsächlich Suizidabsichten hegte, ließe sich grundsätzlich losgelöst von der konkreten Person der Kommunikationspartner (und damit grundrechtsschonender) ermitteln: Der Einblick in den sachlichen *Inhalt* der Nachrichten genügte. Gleiches gölte für die Abwehr von Schadensersatzansprüchen des U-Bahn Fahrers. Auch die berechtigten Privatheitsinteressen der Kommunikationspartner schlagen dabei als Belang zu Buche. Der *BGH* hat sich mit dieser Frage, wiewohl die Beklagte sie in der mündlichen Verhandlung aufgeworfen hatte, (zumindest in den Entscheidungsgründen) gar nicht erst befasst.

b) Die Tochter der Klägerin ist im Alter von 15 Jahren verstorben. Eröffnet *Facebook* der Erbin eine Account-Autopsie, sind von dem Verarbeitungsvorgang daher im Zweifel auch „Kinder“ datenschutzrechtlich betroffen.⁵⁹ Die personenbezogenen Daten eines Kindes genießen unter der DSGVO aber erhöhten Schutz.⁶⁰

Wie die Belange des Kindes im Rahmen einer Interessenabwägung im Einzelnen zu gewichten sind, steuert die DSGVO nicht unmissverständlich vor. Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 *lit. f* Hs. 2 DSGVO insinuiert, dass die Interessen und Grundrechte betroffener Kinder stets überwiegen.⁶¹ In dieser Lesart erlaubte *lit. f* aber niemals, Daten zu verarbeiten, die Kinder betreffen.⁶² Das schüttete das Kind indes gleichsam mit dem Bade aus: Bei sachgerechtem Verständnis der DSGVO verbietet der Umstand „Kind“ nicht als solcher bereits die Verarbeitung. Vielmehr sind die Belange der Kinder als „besonders gewichtig“ in die Abwägung einzustellen.⁶³

⁵⁸ Damit geht zwar das Risiko einher, dass *Facebook* Einblick in den Inhalt des Benutzerkontos nebst Messenger nimmt und damit die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen leidet – jedenfalls dann, wenn sich die Klar- bzw. Profilenames der Kommunikationspartner nicht durch technische Instrumente ohne unangemessenen Aufwand automatisiert pseudonymisieren lassen (vgl. Art. 4 Nr. 5, 25 Abs. 1, 32 Abs. 1 lit. a DSGVO). Gleichwohl ist das Risiko, Kommunikationsdaten ungefiltert gegenüber einer rechtlich nicht beschränkten Zahl an Erben (§ 2032 BGB) offenzulegen, höher als jenes, das sich mit der Pseudonymisierung eines Accounts verbindet (vgl. zu dem risikobasierten Ansatz der DSGVO insbesondere Art. 24 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1). Im Übrigen unterliegt *Facebook* als Diensteanbieter für die Inhalte, die es vermittelt, zugleich dem Pflichtenregime des TMG sowie § 88 TKG (i. V. m. § 7 Abs. 3 Satz 2 TMG).

⁵⁹ So auch *BGH* (Fn. 8), Rn. 85.

⁶⁰ Vgl. EG 38, Art. 8 DSGVO. Was die DSGVO unter einem „Kind“ versteht, definiert sie nicht. Mit Blick auf EG 38 Satz 1 DSGVO erscheint es sachgerecht, insoweit auf die *Einsichtsfähigkeit* des Kindes abzustellen, nicht aber auf starre Altersgrenzen; ebenso *Assion/Nolte/Veil*, in: *Gierschmann et al.* (Hrsg.), DSGVO, 2017, Art. 6 Rn. 144.

⁶¹ „[...] überwiegen, insbesondere dann, wenn [...]“; engl.: „in particular“.

⁶² In diesem Sinne wohl *Albers/Veit*, in: *Wolff/Brink* (Fn. 41), Art. 6 DSGVO Rn. 51; vgl. auch *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 155, die nur im Alter zwischen 16 und 18 Jahren Raum für eine Interessenabwägung sehen; unter 16 Jahren überwiegen „regelmäßig“ die schutzwürdigen Interessen des betroffenen Kindes.

⁶³ *Reimer*, in: *Sydow* (Fn. 56), Art. 6 Rn. 64; *Assion/Nolte/Veil*, in: *Gierschmann et al.* (Fn. 60), Art. 6 Rn. 144 „höheres Gewicht“.

Auch wenn der *BGH* diesen Weg noch mitgeht,⁶⁴ stellt er die – abstrakt zutreffend gewichteten – Belange des Kindes in der Folge nicht in die *konkrete* Interessenabwägung ein. Vielmehr beschränkt er sich darauf, (kryptisch) zu postulieren, dass die „gebotene typisierende Betrachtungsweise“ für erwachsene Nutzer wie für minderjährige „gleichermaßen“ gelte.⁶⁵ Er misst den Interessen der Kommunikationspartner daher im Verhältnis zu denen der Erben keine überwiegende Bedeutung zu – und zwar unabhängig davon, ob diese „minderjährig“ sind oder nicht.⁶⁶ Das ist, vorsichtig formuliert, ein kühner Schluss. Das Gericht widerspricht damit seiner eigenen, abstrakten Aussage, die Interessen der Kinder hätten im Vergleich zu Erwachsenen ein „höheres Gewicht“^{67,68}

4. Verarbeitung sensibler Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO

Netzwerke wie *Facebook* bündeln vielgestaltige, mitunter hochsensible Daten an einem Ort. In ihrem digitalen Sarkophag finden sich daher sehr disparate Nachlassgegenstände. Der *BGH* seziert diesen Inhalt des Benutzerkontos nicht. Er schlägt vielmehr sämtliche Daten *erbrechtlich* über einen Leisten.⁶⁹

Datenschutzrechtlich ist aber deren Trennung geboten: „Einfache“⁷⁰ personenbezogene Daten und solche besonderer Kategorien, sog. „sensible“ (EG 10 Satz 5 DSGVO) Daten,⁷¹ erteilt ein unterschiedliches rechtliches Schicksal. Denn Art. 9 DSGVO stellt sensible Daten unter ein Sonderregime.

Um sein Schutzprogramm auszulösen, genügen bereits Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen „hervorgehen“⁷² (engl.: „revealing“; franz.: „révèle l’origine“) – ferner beispielsweise Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung. Dass ein *Facebook*-Konto keinerlei datenschutzrechtlich sensiblen Daten enthält, ist lebensfern.⁷³

Art. 9 entfaltet gegenüber Art. 6 DSGVO grundsätzlich Sperrwirkung: Was Art. 9 untersagt, kann Art. 6 DSGVO nicht erlauben. Soweit das Benutzerkonto sensible Daten enthält, hätte der *BGH* daher (jedenfalls auch) Art. 9 DSGVO als Maßstab heranziehen müssen: Die

⁶⁴ *BGH* (Fn. 8), Rn. 85.

⁶⁵ *BGH* (Fn. 8), Rn. 90.

⁶⁶ *BGH* (Fn. 8), Rn. 93.

⁶⁷ *BGH* (Fn. 8), Rn. 85.

⁶⁸ A. A. wohl *Härtling/Dag*, K&R 2018, 638, 640, nach denen die Verarbeitung von Daten Minderjähriger „im Zweifel“ erlaubt sei, wenn sie damit rechnen müssen.

⁶⁹ *BGH* (Fn. 8), Rn. 47 ff.; diff. *Hoeren*, MMR 2018, 750; grdl. *ders.*, NJW 2005, 2113, 2114; siehe auch *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152.

⁷⁰ *Frenzel*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 1.

⁷¹ Vgl. auch *Schneider*, ZD 2017, 303, 304, der die Einteilung in „wenig sensible“ und „nicht-sensible“ Daten für systematisch falsch und praktisch unsinnig hält.

⁷² Dieses Merkmal ist teleologisch zu reduzieren. Ob aus einfachen Daten sensible Daten in diesem Sinne „hervorgehen“, bemisst sich nach dem *objektiven* Verarbeitungskontext; ähnlich *Frenzel*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 8 m. w. N.

⁷³ Dies scheint auch der *BGH* (Fn. 8) zu erkennen, siehe Rn. 84 („sensible Daten, die besonders schutzwürdig sind“); erst recht gilt dies bspw. für Dating-Portale.

sensiblen Daten „infizieren“ dann das Benutzerkonto.⁷⁴ Sind die Datensätze untrennbar miteinander verwoben,⁷⁵ definieren die restriktiven Erlaubnistatbestände des Art. 9 DSGVO die Messlatte für den Account-Zugang.⁷⁶ Denn nur so lässt sich den hohen Schutzbedürfnissen dieser Daten angemessen Rechnung tragen.⁷⁷ Diese unionale Wertung der DSGVO vermag das nationale Erbrecht nicht zu überspielen.

Die Erlaubnistatbestände des Art. 6 DSGVO, auf die der *BGH* die Verarbeitungserlaubnis stützt⁷⁸, finden in Art. 9 keine Entsprechung. Auch Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO („offensichtlich öffentlich gemacht“) greift jedenfalls nicht für private, via Messenger gesendete Nachrichten.⁷⁹ Damit bliebe nur der Weg der *Einwilligung*.⁸⁰ Diese ist aber – im Unterschied zu Art. 6 DSGVO – „ausdrücklich“ zu erteilen; eine konkludente oder mutmaßliche Einwilligung genügt gerade nicht.⁸¹ Ist eine Einwilligung schon nicht „fest[zu]stellen“⁸², ist es *Facebook* versagt, den Erben als Dritten sensible Daten offenzulegen. Der *BGH* setzt sich darüber hinweg.

5. Verhältnis zum Widerspruchsrecht der betroffenen Person

Art. 21 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 DSGVO räumt der „betroffenen Person“, also den Kommunikationspartnern der Erblasserin, das Recht ein, der Verarbeitung ihrer Daten zu *widersprechen*⁸³ – und zwar „jederzeit“.⁸⁴ Die DSGVO „korrigiert“ damit gleichsam die „reichlich unscharfe“⁸⁵ und weit reichende Regelung des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f.

Der Widerspruch ist ein Gestaltungsrecht: Die betroffene Person kann mit seiner Hilfe die Rechtslage einseitig zu ihren Gunsten verändern. Ob das Widerspruchsrecht durchgreift, bestimmt sich dabei auf der Grundlage eines Abgleichs der widerstreitenden Interessen: Die typisierende Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f weicht einer Einzelfallbetrachtung, welche die „Gründe [...]“, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben“ und damit ein Verarbeitungsverbot rechtfertigen, nunmehr in die neue, zweite Ab-

⁷⁴ Vgl. *Schneider*, ZD 2017, 303, 306.

⁷⁵ Vgl. dazu auch die Wertung des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 der VO (EU) 2018/1807: Wenn personenbezogene und nicht-personenbezogene Daten „in einem Datensatz untrennbar miteinander verbunden“ sind, erklärt sie im Interesse wirksamen Rechtsgüterschutzes nicht ihren eigenen Rechtsrahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten für anwendbar, sondern die DSGVO; siehe auch den Rechtsgedanken des § 948 BGB.

⁷⁶ A. A. hinsichtlich solcher „Mischdatensätze“ *Schulz*, in: *Gola* (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 13, der im Zweifel die Anwendbarkeit des Art. 9 DSGVO verneint.

⁷⁷ Vgl. EG 51 Satz 1, EG 53 Satz 1 DSGVO; ausf. *Weichert*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 14 ff.

⁷⁸ Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Alt. 1 und lit. f DSGVO.

⁷⁹ Ebenso *Schulz*, in: *Gola* (Fn. 74), Art. 9 Rn. 26.

⁸⁰ Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO ist der „zentrale[...]“ Ausnahmetatbestand für den privaten Sektor“, *Albers/Veit*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 26. Ed. (1.5.2018), Art. 9 DSGVO Rn. 49.

⁸¹ Dazu die Vorinstanz *KG CR 2017, 454 – Leitsatz 2*.

⁸² *KG CR 2017, 454, 462 Rn. 103 = ZEV 2017, 386, 396 Rn. 91 ff.*

⁸³ Die DSGVO räumt ein solches Widerspruchsrecht nicht für jede Verarbeitung ein, sondern nur, soweit sie im öffentlichen Interesse erfolgt (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) oder um – wie hier – berechtigte Interessen wahrzunehmen (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f).

⁸⁴ Weitere Betroffenenrechte verbürgen insbesondere: Art. 13 Abs. 1 lit. d, Art. 14 Abs. 2 lit. a sowie, an den Widerspruch anknüpfend, Art. 17 Abs. 1 lit. c, Art. 18 Abs. 1 lit. d DSGVO.

⁸⁵ *Roßnagel/Nebel/Richter*, ZD 2015, 455, 457.

wägung einstellt.⁸⁶ Liegen solche besonderen Gründe vor, darf der Verantwortliche die Daten nicht schon bei „berechtigten Interessen“ verarbeiten. Vielmehr muss er „zwingende schutzwürdige Gründe“ nachweisen. Prozessual kehrt ein zulässiger Widerspruch die Darlegungs- und Beweislast teilweise⁸⁷ um: Im Zweifel genießen die Belange des Betroffenen den Vorrang; ein „non liquet“ wirkt – anders als im Falle des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO – zulasten des Verantwortlichen.⁸⁸

In der dreipoligen Verurteilungssituation *Facebook* – Erben – Kommunikationspartner provoziert das Widerspruchsrecht eine delikate, rechtlich verworrene Schwebelage: Das Revisionsurteil, das mit der Verkündung Rechtskraft erlangt, zwingt *Facebook*, den Zugang zum Account zu eröffnen. Diese Verarbeitung löst zugleich ein Widerspruchsrecht der betroffenen Kommunikationspartner aus Art. 21 DSGVO aus. Von diesem Gestaltungsrecht können sie aber nur dann Gebrauch machen, wenn sie um dessen Existenz wissen, bevor die Offenlegung der Daten unumkehrbar Fakten schafft. *Facebook* ist daher – analog – Art. 21 Abs. 4 DSGVO⁸⁹ gehalten, die Kommunikationspartner auf dieses Recht ausdrücklich hinzuweisen, *bevor* es den Erben Zugang zu dem Datenschatz gewährt.⁹⁰

Wenn einzelne *Facebook*-Freunde, die intime Nachrichten nicht in den Händen Dritter wissen wollen, ihr Recht ausüben und der Offenlegung ihrer Daten – unter Umständen zuvor – widersprechen, müsste *Facebook* nunmehr „zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung“ nachweisen.⁹¹ Das Unternehmen müsste als Verantwortlicher nunmehr *selbst* die Abwägung durchführen – und zwar *für* eine Verarbeitung, *gegen* die es sich bis zuletzt vehement gewehrt hatte.

Kommt das soziale Netzwerk in einer neuen, einzelfallbezogenen Abwägung nunmehr zu dem Ergebnis, dass die Interessen, die sich aus der besonderen Situation eines Widerspruchsführers ergeben, überwiegen, löst ein rechtmäßiger Widerspruch ein Verarbeitungsverbot *ex nunc* aus: *Facebook* dürfte die Daten des *Widerspruchsführers* trotz rechtskräftigen Urteils unionsrechtlich fortan „nicht mehr“ (Art. 21 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 DSGVO) offenlegen. Weigerte sich *Facebook* daraufhin (berechtigterweise), den Erben *unbeschränkten* Zugang zu dem Benutzerkonto zu gewähren, könnten diese wiederum die

⁸⁶ Eingehend *Kamann/Braun*, in: *Ehmann/Selmayr* (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 10; vgl. auch *Veil*, NJW 2018, 3337, 3341.

⁸⁷ Siehe EG 69 Satz 2 DSGVO; vgl. *Martini*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 35 f..

⁸⁸ Vgl. *Forgó*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 26. Ed. (Stand: 1.8.2018), Art. 21 DSGVO Rn. 10 einerseits, *Schulz*, in: *Gola* (Fn. 36), Art. 6 Rn. 58 andererseits.

⁸⁹ In Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 lit. b, Art. 14 Abs. 3 lit. b DSGVO.

⁹⁰ Vgl. *Martini*, in: *Paal/Pauly* (Fn. 87), Art. 21 Rn. 66 ff.

⁹¹ Siehe Art. 21 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 *Alt. 1*. Die Ausnahme der *Alt. 2* ist nicht einschlägig. Der Schluss, die Verarbeitung solle Rechtsansprüche der Erben verteidigen, denen sich *Facebook* ausgesetzt sieht, wäre zirkulär. Denn das Widerspruchsrecht setzt denklogisch auf der Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO auf. Dieser ist aber nicht tauglicher „Rechtsanspruch“ im Sinne des Satzes 2 *Alt. 2* (Gleiches gilt für das Urteil selbst); in diesem Sinne auch *Forgó*, in: *Wolff/Brink* (Fn. 88), Art. 21 DSGVO Rn. 14; *Martini*, in: *Paal/Pauly* (Fn. 87), Art. 21 Rn. 43. Rechts- bzw. Schadensersatzansprüche des U-Bahn-Fahrers gegen die Erben scheiden ebenso aus, da sie nicht aus dem Verhältnis erwachsen, das Art. 21 DSGVO adressiert – nämlich das zwischen Verantwortlichem und Widersprechendem.

Zwangsvollstreckung aus dem (höchstrichterlichen) Urteil betreiben.⁹² *Facebook* dürfte dagegen (im Verfahren nach § 888 ZPO bzw. im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage) abermals einwenden, die Daten offenzulegen, sei ihm nunmehr rechtlich unmöglich,⁹³ da ein begründeter Widerspruch vorliegt. Soweit das zutrifft, setzt sich das unionsrechtliche Gebot des Art. 21 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 DSGVO gegenüber dem erbrechtlichen Anspruch der Eltern durch: *Facebook* dürfte Daten, die den Widerspruchsführer betreffen, nicht mehr auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO verarbeiten.

III. Ausblick: ePrivacy-VO und ihr Verhältnis zur DSGVO

Die Totenmesse für den digitalen Nachlass in dem Verfahren III ZR 183/17 ist höchstrichterlich gelesen. Zumindest datenschutzrechtlich ist das Urteil des BGH aber womöglich schon bald nicht mehr das letzte Wort. Denn alsbald wird voraussichtlich die sog. ePrivacy-VO die rechtlichen Grenzen dafür abstecken, unter welchen Voraussetzungen elektronische Kommunikationsdaten verarbeitet werden dürfen – und insoweit die Bestimmungen der DSGVO „präzisieren und ergänzen“.⁹⁴ Der *Rat der Europäischen Union* will den Schutz der ePrivacy-VO während der Ende-zu-Ende-Kommunikation bis zu dem Moment gewährleisten, „in dem der Empfänger die *Kontrolle* über den Inhalt“ erlangt; erst danach greife dann die DSGVO.⁹⁵ Das insinuiert, dass der Schutz, den die ePrivacy-VO gewährt, auch über den laufenden Kommunikationsvorgang hinausgehen kann – und dieser auch nicht in jedem Fall mit der *Kenntnisnahme* des Kommunikationsinhalts endet.⁹⁶ Die Wendung „Kontrolle“ scheint vielmehr auf die „beherrschbare Sphäre“ des Empfängers abzuheben.

Ist die ePrivacy-VO in diesem Sinne zu verstehen, unterfallen die im *Facebook*-Account gespeicherten Nachrichten pro futuro zuvörderst ihrem Schutzregime⁹⁷ – die DSGVO greife nur subsidiär.⁹⁸ Das verändert dann die datenschutzrechtliche Bewertung. Zwar wird auch die ePrivacy-VO – ebenso wie die DSGVO – für die elektronischen Kommunikationsdaten Verstorbener nach heutigem Diskussionsstand keine Geltung beanspruchen (EG 8a Satz 1).⁹⁹ Die Verordnung stellt es den Mitgliedstaaten vielmehr anheim, entsprechende

⁹² Antrag gemäß § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO; vgl. *BGH GRUR* 2015, 1248 Rn. 14 f.

⁹³ Vgl. dazu *Gruber*, in: *Rauscher/Krüger* (Hrsg.), *MünchKommZPO*, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, § 888 Rn. 13.

⁹⁴ Art. 2 Abs. 1; Art. 1 Abs. 3 ePrivacy-VO-E(KOM); siehe den Vorschlag der *Europäischen Kommission* v. 10.1.2017, COM(2017) 10 final; die ePrivacy-VO ist Teil der EU-Datenschutzreform und sollte ursprünglich gleichsam ab dem 25.5.2018 gelten, s. Art. 29 Abs. 2 ePrivacy-VO-E(KOM); vgl. zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2017_3.

⁹⁵ *Rat der Europäischen Union*, Sachstandsbericht v. 25.5.2018, Dok. 9079/18, S. 3 – Hervorhebung nicht im Original.

⁹⁶ In diesem Sinne auch die Antwort der *Bundesregierung* v. 10.7.2018, vgl. BT-Drs. 19/3384, S. 68; ferner BT-Drs. 19/6709 v. 21.12.2018.

⁹⁷ Vgl. auch *Deusch*, *ZEV* 2017, 399.

⁹⁸ Vorschlag der *Europäischen Kommission* v. 10.1.2017, COM(2017) 10 final, S. 3; Art. 1 Abs. 3; EG 5 ePrivacy-VO-E(KOM).

⁹⁹ *Rat der Europäischen Union*, Dok. 8537/18 v. 4.5.2018, S. 12 und Dok. 13256/18 v. 19.10.2018, S. 9. Dies entspricht EG 27 Satz 1 DSGVO.

Vorschriften für die Verarbeitung solcher Daten vorzusehen.¹⁰⁰ Wie die DSGVO schützt die ePrivacy-VO aber die Daten *lebender* Kommunikationspartner. Einem Anspruch aus § 1922 Abs. 1 BGB kann künftig die Vertraulichkeit elektronischer Kommunikationsdaten nach der ePrivacy-VO¹⁰¹ entgegenstehen.

Der Verordnungsentwurf folgt dem tradierten Verbot mit Erlaubnisvorbehalt: Es schirmt die Kommunikationsdaten gegenüber „anyone other than the end-users concerned“ ab.¹⁰² Die Erben sind nicht „End-Nutzer“, sondern „andere“ bzw. Dritte („third parties“). Denn sie folgen – entsprechend der Regelungstradition der ePrivacy-RL – trotz § 1922 BGB nicht in die *Nutzerstellung*, sondern nur in den *Nutzervertrag* nach.¹⁰³ Ob die Verarbeitung erlaubt ist, beurteilt sich künftig nach Art. 6 ePrivacy-VO-E(Rat): Er wird die Weitergabe an Dritte (voraussichtlich) nur erlauben, wenn alle betroffenen Endnutzer einwilligen.¹⁰⁴ Das unterstreicht auch die Wertung des Art. 6 Abs. 2aa lit. b ePrivacy-VO-E(Rat): Metadaten dürfen an *Dritte* allenfalls anonymisiert weitergegeben werden.¹⁰⁵ Im Übrigen gilt der Grundsatz, dass die Kommunikation zwischen den Endnutzern vertraulich bleiben soll – und zwar auch gegenüber den Erben.

So offen die Totenlade des digitalen Nachlasses heute auch erscheint: Womöglich wird sie sich in Zukunft doch wieder – kraft Unionsrechts – schließen. Darin liegt auch eine Regelungschance, den digitalen Nachlass aus seiner Rolle als datenschutzrechtliches Nullum und „postmortales Freiwild“ zu befreien. Der Normgeber sollte die Verarbeitung der Daten Verstorbener dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterwerfen sowie den Angehörigen datenschutzrechtliche Nachlassorgerechte – insbesondere das Recht auf Löschung (Art. 17 DSGVO) – zugestehen, soweit der Verstorbene keine andere Verfügung getroffen hat. Die Dienstanbieter sollte er – ähnlich wie in Frankreich¹⁰⁶ – verpflichten, Einstellungen für den digitalen Nachlass vorzuhalten und die Nutzer auf diese Möglichkeiten hinzuweisen. Denn wo ein letzter Wille ist, ist auch ein Weg zum digitalen Nachlass.

¹⁰⁰ EG 8a Satz 2 ePrivacy-VO-E(Rat); ebenso EG 27 Satz 2 DSGVO.

¹⁰¹ Siehe insbes. Art. 5 und 6 ePrivacy-VO-E(KOM).

¹⁰² Art. 5 Satz 2 ePrivacy-VO-E(Rat); siehe *Rat der Europäischen Union*, Dok. 13256/18 v. 19.10.2018, S. 49: „shall be prohibited, except when permitted by this Regulation“.

¹⁰³ Siehe Art. 4 Abs. 1 lit. b ePrivacy-VO-E(Rat) i. V. m. Art. 2 Nr. 13 und 14 RiL(EU) 2018/1725; siehe zu der Frage aber auch oben Fn. 19 f.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. b ePrivacy-VO-E(Rat).

¹⁰⁵ Engl.: „not share such data with third parties, unless it is made anonymous“.

¹⁰⁶ Jeder Anbieter eines öffentlichen Kommunikationsdienstes ist dort seit 2016 verpflichtet, den Nutzer vorab zu informieren, welches rechtliche Schicksal seine Daten nach dem Tod ereilt. Der Nutzer kann sodann wählen, ob er seine Daten einem von ihm benannten Dritten post mortem zugänglich machen will oder nicht; s. Art. 40-1 (IV) de Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés; ferner Art. 40-1 (II) modifié par Art. 63 (2) de LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016. Siehe zu diesem Regelungsvorschlag bereits *Martini*, JZ 2012, 1145, 1154.