

Rolf H. Weber / Lennart Chrobak

Der digitale Nachlass

Fragen der rechtlichen Zuordnung von Daten zu Lebzeiten und von Todes wegen

Within the last months, the «digital death», or the digital inheritance is getting the attention of a broader audience and also gained importance from a legal perspective. The article takes these developments as a reason to analyse the legal assignment regarding the digital assets of a person stored on physical terminals and the cloud, in the lifetime and after death. Taking into account the legal frameworks of property, inheritance and obligation law, the question is discussed to what extent the Swiss law is able to do justice to the phenomena of digital dying and inheriting and which adaption options are to be considered for the future. (ah)

Category: Scientific Articles

Region: Switzerland

Field of law: Data Protection; Private law

Citation: Rolf H. Weber / Lennart Chrobak, Der digitale Nachlass , in: Jusletter IT 24
September 2015

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Was ist der digitale Nachlass?
3. Rechtliche Zuordnung von Daten unter Lebenden
 - 3.1. Lokal gespeicherte Daten
 - 3.2. Online gespeicherte Daten
 - 3.2.1. Daten, an denen Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen
 - 3.2.2. Daten, an denen keine Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen
4. Erbrechtliche Implikationen für Daten nach dem Tod
 - 4.1. Lokal gespeicherte Daten
 - 4.2. Online gespeicherte Daten
 - 4.2.1. Daten, an denen Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen
 - 4.2.2. Daten, an denen keine Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen
5. Digitale Nachlassplanung
 - 5.1. Verfügungen von Todes wegen
 - 5.2. Digitaler Vererbungsdienst
 - 5.3. Willensvollstreckung
6. Neue Lösungsansätze
 - 6.1. AGB und EULA
 - 6.2. Virtual property – Neue Schutzrechte eigener Art?
7. Ausblick

1. Einleitung

[Rz 1] Leben und Wirken von Personen erfahren eine zunehmende Digitalisierung und spielen sich vermehrt im Internet und auf elektronischen Endgeräten ab¹; digitale Dienstleistungsangebote sind deshalb aus dem Privat- und Berufsleben nicht mehr wegzudenken. Waren im Jahre 1997 nicht einmal ein Zehntel der schweizerischen Bevölkerung regelmässig «online», sind heute über 80% mehrmals pro Woche im Internet aktiv.² Zeitlebens hinterlassen die Nutzer dabei «digitale Spuren» innerhalb und ausserhalb des Internets, etwa in Form von Email- und Social Media Accounts, digitalen Musik- und Fotobibliotheken, Websites, Blogs, Avataren in virtuellen Umgebungen oder Daten auf privaten USB-Sticks und Festplatten, die den «digitalen Nachlass» einer Person konstituieren.³

[Rz 2] Die schweizerische Rechtsordnung hält bislang nicht Schritt mit der technologischen Entwicklung und viele rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit *digital assets* sind weitestgehend ungeklärt, d.h. stellen insofern «Neuland» dar.⁴ Ausgehend von den «Eigentumsverhältnissen» an den Daten zu Lebzeiten des Nutzers drängen sich indessen auch erbrechtliche und nachlassplanerische Fragen im Falle des Ablebens auf. Die jährlich 3000 *Facebook*-Toten in der Schweiz – circa

¹ Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, IKT-Ausstattung 2011, abrufbar unter: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30103.301.html (alle Internetquellen zuletzt besucht am 31. August 2015), wonach 93% der schweizerischen Haushalte ein Handy und 55% zwei und mehr Geräte besitzen.

² BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Internetnutzung, abrufbar unter: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30106.301.html.

³ STEPHAN SCHERER, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. A., München 2014, §1 Rn. 29.

⁴ Vgl. PATRICK BEUTH, Die Kanzlerin von Neuland, Zeit Online vom 19. Juli 2013, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/digital/internet/2013-06/merkel-das-internet-ist-fuer-uns-alle-neuland>, wonach die deutsche Bundeskanzlerin anlässlich einer Rede festhielt «Das Internet ist für uns alle Neuland, [...]».

8 pro Tag⁵ – illustrieren die Aktualität dieser Thematik.

[Rz 3] Der vorliegende Beitrag nimmt die zunehmende digitale Affinität zum Anlass, die rechtlichen Implikationen des digitalen Nachlasses unter sachen- und erbrechtlichen sowie nachlassplanerischen Gesichtspunkten zu untersuchen und stellt in einer rechtsvergleichenden Perspektive die Frage, ob das schweizerische Recht dieser Thematik gerecht wird.

2. Was ist der digitale Nachlass?

[Rz 4] Bevor die rechtlichen Implikationen des digitalen Nachlasses analysiert werden können, ist in einem ersten Schritt dessen Zusammensetzung zu untersuchen. Bislang fehlt es nicht nur in der Schweiz an einer allgemeingültigen Definition, weil die digitalen Werte aufgrund ihrer Inhomogenität kaum greifbar sind.⁶ Vorhandene Begriffsbeschreibungen, vorgeschlagen etwa durch den Deutschen Anwaltverein (DAV) oder im *Draft Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (UFADAA)⁷, begegnen dieser Tatsache mit entsprechend offenen Formulierungen. Als Ansatzpunkt und Veranschaulichung kann vorliegend die Definition von DEUSCH dienen, der den digitalen Nachlass als «die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers betreffend informationstechnische Systeme einschliesslich des gesamten elektronischen Datenbestands des Erblassers» umschreibt.⁸

[Rz 5] Gleich dem analogen Nachlass sind die digitalen Nachlassobjekte durch ein hohes Mass an Diversität gekennzeichnet, sodass sich kaum ein «typischer» digitaler Nachlass umschreiben lässt.⁹ Als Sammelbegriff für eine Vielzahl unterschiedlicher Daten sind davon mittlerweile nicht nur *digital assets* im Sinne blosser Inhalte (z.B. Dokumente, Bilder oder Musik), sondern auch deren digitalen Gefässe in Form von Nutzerkonten und Websites erfasst.¹⁰ Ausgangspunkt des digitalen Nachlasses bilden dabei regelmässig die Emailadresse und der damit verbundene Account, denen über die Kommunikationsfunktion hinaus eine Schlüsselfunktion als Bindeglied zu anderen Online-Accounts (z.B. *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* oder *LinkedIn*) und digitalen Dienstleistungsangeboten (z.B. E-Commerce/E-Government, Onlinespeicherdiensten wie *Dropbox* oder Online-

⁵ ELKE BRUCKER-KLEY/THOMAS KELLER/LUKAS KURTZ/KURT PÄRLI/MATTHIAS SCHWEIZER/MELANIE STUDER, *Sterben und Erben in der digitalen Welt – Von der Tabuisierung zur Sensibilisierung*. Crossing Borders, Winterthur 2013, 25; JAN ROTHENBERGER, *Das virtuelle Leben nach dem Tod*, Tagesanzeiger vom 25. August 2014, 28.

⁶ FLORIAN DEUSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, ZEV 2014, 2; BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 14; HERMANN HILL/MARIO MARTINI/EDGAR WAGNER, *Facebook, Google & Co. – Chancen und Risiken*, Baden-Baden 2013, 80.

⁷ Vgl. DEUTSCHER ANWALTVEREIN, *Stellungnahme zum Digitalen Nachlass*, Berlin 2013, 93, der definiert wird als «die Gesamtheit des digitalen Vermögens, also Urheberrechte, Rechte an Websites, Domains sowie sämtliche Vertragsbeziehungen zwischen Providern und dem Erblasser hinsichtlich der Nutzung des Internets selbst, aber auch hinsichtlich diverser Internetangebote [...] und erfasst damit auch die Gesamtheit aller Accounts und Daten des Erblassers im Internet»; vgl. auch NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, *Draft Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act 2013*, Section 2(8).

⁸ DEUSCH (n 6) 2, 3; eine ähnliche Definition findet sich bei SANDI VARNADO, *Your Digital Footprint Left Behind at Death: An Illustration of Technology Leaving the Law Behind*, Louisiana Law Review 2014, Volume 74, 721.

⁹ BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 11.

¹⁰ HILL/MARTINI/WAGNER (n 6) 80; BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 11.

Rollenspielen bzw. *digital environments*¹¹ wie *World of Warcraft* oder *Second Life*) zukommt.¹² Darüber hinaus verfügen Nutzer zunehmend auch über Websites (einschliesslich URL und *domain*), speichern und nutzen hochpreisige Nutzersoftware als «SaaS»¹³ direkt in der Cloud und schliessen Verträge über Dienstleistungsangebote im Internet ab bzw. speichern analoge Verträge in digitaler Form, die ebenfalls Teil der digitalen Nachlassmasse bilden.¹⁴

[Rz 6] Mit Blick auf die anschliessende rechtliche Analyse des digitalen Nachlasses sind die unterschiedlichen Daten nachfolgend in Gruppen zu unterteilen. Zunächst erfolgt dabei eine grobe Abgrenzung zwischen lokal gespeicherten Daten, d.h. auf einem privaten Speichermedium wie einem USB-Stick oder einer Festplatte abgelegten Daten, und online gespeicherten Daten. Hernach ist zu differenzieren, ob diese *digital assets* ein Gegenstand von Schutz- oder anderen Rechten sein können oder vornehmlich durch die Vertragsbeziehung der Parteien konkretisiert werden.

3. Rechtliche Zuordnung von Daten unter Lebenden

[Rz 7] Bevor sich die Frage nach der Übertragbarkeit von Daten *mortis causa* beantworten lässt, ist die rechtliche Zuordnung der Daten *inter vivos* anhand der vorgängig erläuterten Einteilung zu untersuchen.

3.1. Lokal gespeicherte Daten

[Rz 8] Werden Informationen bzw. sog. *digital assets*, wie z.B. Dokumente, Bilddateien oder andere Daten, auf einem privaten Datenträger wie etwa einem USB-Stick, einer CD oder einer Festplatte abgelegt, so erfolgt die rechtliche «Zuordnung»¹⁵ dieser Daten gemäss den Vorschriften des schweizerischen Sachenrechts. Eigentumsrechte i.S.v. Art. 641 ZGB, als umfassendste Herrschaftsrechte an einer Sache¹⁶, lassen sich grundsätzlich an allen Gegenständen begründen, die den Anforderungen des zivilrechtlichen Sachbegriffs genügen.

[Rz 9] In Ermangelung einer Legaldefinition der «Sache» hat eine Konkretisierung einzelner Begriffsmerkmale durch die Lehre stattgefunden. Demzufolge kommen nur «unpersönliche, körperliche, für sich bestehende Gegenstände, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können»¹⁷ als Gegenstand dinglicher Rechte in Frage. Mit Blick auf Daten ist dem Attribut der

¹¹ Vgl. MATTHIAS NÄNNI, Der Vertrag über die Nutzung virtueller Welten, in: Jusletter 25. Februar 2008, 3, der diese virtuellen Welten definiert als eine «persistente, computergesteuerte und zentral organisierte Umgebung, die Interaktion zwischen einer Vielzahl von Nutzern zulässt».

¹² VARNADO (n 8) 726, 727, 731; JOSHUA A.T. FAIRFIELD, Virtual Property, Boston University Law Review 2005, Volume 85, 1058, 1059.

¹³ Bzgl. «Software-as-a-Service»-Dienstleistungen vgl. JOE KONG/XIAOXI FAN/K.P. CHOW, Introduction to cloud computing and security issues, in: Anne S.Y. Cheung/Rolf H. Weber (eds.), Privacy and Legal Issues in Cloud Computing, Cheltenham 2015, 15.

¹⁴ FAIRFIELD (n 12) 1055; HILL/MARTINI/WAGNER (n 6) 85; für einen umfassenderen Überblick des digitalen Nachlasses vgl. BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 12 f.

¹⁵ Vgl. auch JEAN NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, 94 f.

¹⁶ ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Das Sachenrecht, Bd. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. A., Zürich 1977 (zit.: ZK ZGB-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL), Art. 641 Rz. 4.

¹⁷ ARTHUR MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Sachenrecht, Bd. 4, 1. Abteilung, 1. Teilband, Das Eigentum, Art. 641-654 ZGB, 5. A., Bern 1981 (zit.: BK ZGB-MEIER-

«Körperlichkeit» als «zentrale[m] Element»¹⁸ des Sachbegriffs besondere Aufmerksamkeit beizumessen.¹⁹ Diese Voraussetzung ist dann als erfüllt anzusehen, wenn es sich um einen dreidimensionalen Gegenstand mit einem Aggregatzustand handelt.²⁰ Bei elektronischen Daten ist jedoch fraglich, inwiefern die Materialisation elektrischer bzw. magnetischer Signale diesen Strukturmerkmalen entsprechen kann.²¹

[Rz 10] Wendet man die vorgenannten Kriterien auf lokal gespeicherte Daten an, so wird ersichtlich, dass zwar nicht die Daten selbst, aber der Datenträger dem Sachbegriff des schweizerischen ZGB genügt.²² Folglich erfasst der Eigentumsbegriff von Art. 641 ZGB nichtkörperliche Daten, falls diese auf einem körperlichen Datenträger abgespeichert sind.²³ Der Nutzer wird in diesem Fall gewissermassen «Eigentümer» der Daten und er hat positive und negative Eigentumsmacht.²⁴

[Rz 11] Vermag diese Argumentation im ersten Moment zu überzeugen, so ist die daraus abgeleitete Schlussfolgerung keineswegs unumstritten. Es ist durchaus fraglich, ob die blossе Tatsache der Speicherung von Daten auf einem privaten Datenträger dazu führt, dass die primär am Speichermedium bestehenden Eigentumsrechte sich auch auf die Daten als solche beziehen bzw. auf sie ausgeweitet gelten können.²⁵ Das zugrunde liegende Denkmuster der Überlagerung von realer und digitaler Welt ist indessen keineswegs neu und war bereits für EPSTEIN'S *chattel theory*²⁶ sinnbestimmend. Beide Ansätze teilen jedoch die gleiche Schwäche und gelangen schnell an ihre eigenen Grenzen: Das Eigentum an lokal gespeicherten Daten endet nach dem Schutzbereich des physischen Datenträgers und weist keine umfassende *erga omnes* Wirkung gegenüber Drittpersonen auf.²⁷ Eine Zweiteilung der Berechtigung an den Daten ist somit nicht ausgeschlossen. Der Datenträger vermittelt folglich weniger Eigentum mit Ausschlusswirkung gegenüber Dritten, sondern vielmehr «Besitz» i.S.v. tatsächlicher Gewalt an den Daten. Die Möglichkeit konkurrierender Ansprüche erinnert konzeptionell gewissermassen an die *relativity of title* des Personal Property Law in Common Law Jurisdiktionen.²⁸

HAYOZ), Vorb. Art. 641 Rz. 115.

¹⁸ WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. A., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB-WIEGAND), Vorb. Art. 641 ff. Rz. 5.

¹⁹ Vgl. ZK ZGB-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (n 16) Einleitung Rz. 20.

²⁰ DANIEL KÄLIN, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 2002, 43.

²¹ BSK ZGB-WIEGAND (n 18) Vorb. Art. 641 ff. Rz. 6.

²² Vgl. FLORIAN UNSELD, Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, Diss. München 2010, 28.

²³ Vgl. BK ZGB-MEIER-HAYOZ (n 17) Vorb. Art. 641 Rz. 115, wonach nur «unpersönliche, körperliche, für sich bestehende Gegenstände, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können» Gegenstand von Eigentumsrechten sein können.

²⁴ RUTH ARNET/EVA MARIA BELSER, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, 2. A., Zürich 2012, Art. 641 Rz. 28.

²⁵ UNSELD (n 22) 28; CHRIS REED, Information «Ownership» in the Cloud, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 45/2010, 1; DERS., Information in the cloud: ownership, control and accountability, in: Anne S.Y. Cheung/Rolf H. Weber (eds.), Privacy and Legal Issues in Cloud Computing, Cheltenham 2015, 139 ff.

²⁶ RICHARD A. EPSTEIN, Cybertrespass, University of Chicago Law Review 2003, Vol. 70, 78 ff.

²⁷ Vgl. FAIRFIELD (n 12) 1078.

²⁸ Vgl. BRAM AKKERMANS, The Principle of Numerus Clausus in European Property Law, Diss. Antwerpen/Oxford/Portland 2008, 373 f.

3.2. Online gespeicherte Daten

[Rz 12] Die vorangehenden Ausführungen haben den dem ZGB zugrundeliegenden Sach- und Eigentumsbegriff thematisiert und verdeutlicht, dass Daten bedingt durch ihre Unkörperlichkeit gegenwärtig allenfalls indirekt dem Eigentumsregime des ZGB unterliegen. Handelt es sich hingegen nicht um lokal, sondern um online – regelmässig in der *cloud* – abgespeicherte Daten, die sich auf einer oder mehreren Datenservertfestplatten eines Dienstbieters befinden, so erwirbt der Nutzer kein Eigentum.²⁹ In der Folge stellt sich die Frage nach Schutz und rechtlicher Zuordnung dieser online gespeicherten Daten.

3.2.1. Daten, an denen Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen

[Rz 13] Als dogmatisches Korrelat des Eigentums an körperlichen Sachen schützt das Immaterialgüterrecht Schöpfungen geistiger Natur und nimmt sich damit unkörperliche Gegenstände zum Schutzobjekt.³⁰ Dem jeweiligen Rechtsträger vermittelt die partiell als «geistiges Eigentum» bezeichnete Rechtsposition in der Folge die Herrschaft über das Immaterialgut und behält ihm dessen ausschliessliche Verwendung vor.³¹

[Rz 14] Mit Blick auf Daten als mögliches Schutzobjekt des Immaterialgüterrechts steht insbesondere der Teilbereich des Urheberrechts im Vordergrund. Im Allgemeinen schützt das URG gemäss Art. 2 Abs. 1 alle «geistigen Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben» und exemplifiziert deren mögliche Ausprägungen in Art. 2 Abs. 2. Urheberrechtlicher Schutz kommt dem Werk des Urhebers jedoch nur zu, insoweit das Ergebnis geistigen Schaffens sich durch eine gewisse Individualität bzw. Originalität auszeichnet.³² Zudem muss sich die vornehmlich intellektuelle Struktur in einer sinnlich wahrnehmbaren Form konkretisieren³³, indessen weder von dauerhaftem Charakter sein noch mit Hilfe eines bestimmten Trägers erfolgen.³⁴

[Rz 15] Digitale Daten³⁵ im Sinne elektrischer bzw. magnetischer Signale, die durch die numerischen Zeichen 0 und 1 als Aneinanderreihung von *bits* und *bytes* verkörpert werden, können geschützte Werke gemäss Art. 2 Abs. 1 URG darstellen, wenn sie die genannten Schutzvoraussetzungen erfüllen.³⁶ Die Eigenart des Werkes als Geistesschöpfung bleibt durch die Digitalisierung insofern unberührt und es resultieren keine urheberrechtlichen Lücken.³⁷ Der Werkbegriff erfasst jedoch nur *computer-aided works*, die auf die schöpferische Tätigkeit eines Menschen zurückzuführen sind.³⁸ Demgegenüber sind *computer-generated works*, bei denen die Maschine gänzlich an die

²⁹ HILL/MARTINI/WAGNER (n 6) 85.

³⁰ KAMEN TROLLER, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2. A., Basel 2005, 16.

³¹ CHRISTOPH SPAHR, Internet und Recht, 3.A., Zürich 2002, 75; TROLLER (n 30) 18.

³² TROLLER (n 30) 129, 131; BGE 113 II 190, S. 196; vgl. auch REED (n 25) 10, bzgl. der abweichenden Schutzvoraussetzungen in Common Law Jurisdiktionen.

³³ TROLLER (n 30) 130; SPAHR (n 31) 76.

³⁴ FLORENT THOUVENIN/MARCEL BIRCHER/ROLAND FISCHER, Repetitorium Immaterialgüterrecht, 2. A., Zürich 2010, 83.

³⁵ Insofern sind digitale Daten von sog. analogen Daten abzugrenzen, die nicht nur zwischen 0 und 1 unterscheiden, sondern im Prinzip auch jeden beliebigen Zwischenwert annehmen können.

³⁶ IVAN CHERPILLOD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Urheberrechtsgesetz, Bern 2012 (zit: HK URG-CHERPILLOD), Art. 2 Rz. 10; vgl. SPAHR (n 31) 77.

³⁷ Vgl. JÜRGEN ENSTHALER/STEFAN WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, 2. A., Frankfurt a.M. 2010, 34, wonach die digitale Aufbereitung im Einzelfall selbst originell sein kann.

³⁸ MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANO, URG Kommentar, 3. A., Zürich 2008, Art. 2 Rz. 18.

Stelle des schöpferisch tätigen Urhebers tritt³⁹, kein Schutzobjekt des URG.⁴⁰ Nutzergenerierten Inhalten, wie onlinegespeicherten Manuskripten, literarischen Werken, journalistischen Beiträgen, Bildern, Musik oder Videos⁴¹, welche die notwendige «gestalterische Höhe»⁴² aufweisen, kommt auch nach dem *upload* in die *cloud* – vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarungen mit dem Service Provider – urheberrechtlicher Schutz zu.⁴³ Dieser Schutz wird aber bei wenig originellen Schöpfungen wie massenhaft veröffentlichten Hobbyfilmen oder «Knipsbilder»⁴⁴ auf Plattformen wie *youtube* bzw. *instagram* in Abrede gestellt.⁴⁵

[Rz 16] Dieselben Massstäbe sind auch an andere Darstellungen im Internet anzulegen.⁴⁶ Bei digitalen Publikationsmitteln wie *Homepages*, *Websites* oder *Blogs*, deren Erscheinung durch unterschiedliche textartige, grafische, visuelle oder akustische Elemente bestimmt wird, unterliegt die Schutzfähigkeit der jeweiligen Inhalte gleichermassen den allgemeinen Schutzvoraussetzungen.⁴⁷ Anderes gilt für den mit diesen Anwendungen verbundenen *domain*, dem das erforderliche individuelle Gepräge als Voraussetzung urheberrechtlichen Schutzes wohl nur ausnahmsweise zuerkannt werden dürfte.⁴⁸ Domainnamen bewegen sich jedoch keinesfalls im rechtsfreien Raum, sondern können einerseits als Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen gem. Art. 13 Abs. 1 MSchG Markenschutz beanspruchen und andererseits dem Anwendungsbereich des Firmenschutzes unterliegen.⁴⁹

[Rz 17] Im Kontext onlinegespeicherter Daten sind auch Computerprogramme in die vorliegenden Überlegungen einzubeziehen.⁵⁰ Basierend auf dem Grundelement des Algorithmus ist das Computerprogramm im Sinne der «Gesamtheit von Anweisungen, die, wenn sie auf einem Träger gespeichert oder maschinenlesbar gemacht wurde, eine für die Bearbeitung von Informationen geeignete Maschine besondere Aufgaben erfüllen oder besondere Ergebnisse anzeigen oder erlangen lassen kann» als (Unter-)Kategorie des Oberbegriffs *software* zu begreifen.⁵¹

[Rz 18] Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen ist – ungeachtet der divergierenden Begründungsansätze⁵² – im Ergebnis unbestritten und findet seinen ausdrücklichen Niederschlag in Art. 2 Abs. 3 URG. Schutzobjekt bildet die sinnlich wahrnehmbare konkrete Struktur des

³⁹ TROLLER (n 30) 131.

⁴⁰ REHBINDER/VIGANO (n 38) Art. 2 Rz. 18; THOUVENIN/BIRCHER/FISCHER (n 34) 86.

⁴¹ Für weitere Beispiele vgl. BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 12, 13.

⁴² In der deutschen Doktrin als «kleine Münze» bezeichnet.

⁴³ HK URG-CHERPILLOD (n 36) Art. 2 Rz. 42 ff., 48, 58; REED (n 25) 11; WOLFGANG STRAUB, Cloud Verträge – Regelungsbedarf und Vorgehensweise, AJP 7/2014, 909, wonach nur ausnahmsweise ein immaterialgüterrechtlicher Anspruch auf Herausgabe von Daten bei Cloud Services besteht.

⁴⁴ Vgl. BGE 130 III 168, E. 4.5.

⁴⁵ REHBINDER/VIGANO (n 38) Art. 2 Rz. 13, 14.

⁴⁶ Vgl. REED (n 25) 11 und THOMAS STÖGMÜLLER, in: Andreas Leupold/Silke Glossner (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. A., München 2013, Teil 6, Rz. 90 ff. sowie ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht – Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. A., Zürich 2010, 17, hinsichtlich des *sui generis* Schutzes von Datenbanken im europäischen Rechtsraum.

⁴⁷ Vgl. ENSTHALER/WEIDERT (n 37) 33; HK URG-CHERPILLOD (n 36) Art. 2 Rz. 61.

⁴⁸ SPAHR (n 31) 77; ablehnend auch HK URG-CHERPILLOD (n 36) Art. 2 Rz. 47.

⁴⁹ URSULA SURY, Informatikrecht, Bern 2013, 137 f., 140; JANN SIX, Der privatrechtliche Namensschutz von und vor Domännamen im Internet, Diss. Zürich 2000, 17 ff.

⁵⁰ Vgl. TROLLER (n 30) 153, 154 für die Aufgliederung in Quell-, Objekt- und Anwenderprogramme.

⁵¹ TROLLER (n 30) 22 f., 153.

⁵² Gem. HK URG-CHERPILLOD (n 36) Art. 2 Rz. 64 handelt es sich um literarische Werke; abw. TROLLER (n 30) 154, wonach Computerprogramme keine Werke darstellen, sondern laut Gesetz nur als solche gelten.

formulierten Programms.⁵³ Spezifische Ausprägungen wie etwa Online-Rollenspiele⁵⁴ oder *virtual environments*, die sich zunehmender Beliebtheit erfreuen, unterstehen ebenfalls dem Schutzbereich des Urheberrechts.⁵⁵

[Rz 19] Mit Blick auf den rechtlichen Schutz von *digital assets* im Rahmen solcher virtuellen Welten sind zwei Ebenen von Daten zu unterscheiden: Den virtuellen Welten zugrunde liegende Daten, die Programmbefehle beinhalten, sind als Computerprogramme urheberrechtlich geschützt. Demgegenüber ist ein Grossteil der anderen Daten, wie z.B. Zugangsdaten, nutzergenerierte Spielstände und Abfolgen animierter Sequenzen, Avatare, virtuelle Grundstücke und Gegenstände, insbesondere virtuelle Währungen⁵⁶, die zwar mit dem Programm verknüpft sind, denen aber keine Steuerungsfunktion zukommt, vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 3 URG ausgenommen.⁵⁷ Unter der Prämisse, dass diese «reinen Daten»⁵⁸ insbesondere die notwendige Gestaltungshöhe aufweisen⁵⁹, können die innerhalb dieser virtuellen Umgebungen durch den Nutzer generierten Elemente jedoch audiovisuelle Werke darstellen.⁶⁰ Die urheberrechtliche Berechtigung am zugrundeliegende Computerprogramme verbleibt somit beim Provider, während innerhalb dieser Umgebung durch den Nutzer generierte Inhalte – vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen mit dem Service Provider⁶¹ – allenfalls Schutz als audiovisuelles Werk zukommen kann, der jedoch in hohem Mass der gerichtlichen Einzelfallbeurteilung ausgesetzt ist.⁶²

[Rz 20] Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass verschiedene Aspekte des digitalen Lebens rechtlichen Schutz beanspruchen können, aber kein umfassendes «geistiges Eigentum» des Nutzers an seinen *digital assets* besteht.⁶³ Der rechtliche Schutz online gespeicherter Daten erfährt deshalb eine Zweiteilung: Daten, die den spezifischen Schutzvoraussetzungen genügen, wie etwa ein auf *Dropbox* abgespeichertes Manuskript oder ein origineller persönlicher Blog, kann grundsätzlich immaterialgüterrechtlicher Schutz zuteilwerden; die zusätzliche Speicherung der Daten auf einem privaten Datenträger zieht gewissermassen eine «Doppelung» der rechtlichen Erfassung nach sich.⁶⁴ Die Mehrheit digitalisierter bzw. online gespeicherter Daten, wie etwa alltägliche E-Mails, genügt diesen Anforderungen jedoch regelmässig nicht und ist vom Schutzbereich des Urheberrechts und anderer Rechte ausgenommen.

⁵³ TROLLER (n 30) 155; vgl. DERSELBE (n 30) 23, wonach vom Fachmann direkt lesbare Programme in ihrer materialisierten Form als literarische oder bildliche Werke geschützt werden können.

⁵⁴ Vgl. MUKIT H. ARI, Computerspiele – Urheberrecht und Abgrenzung zu weiteren im Computerspielmarkt relevanten Immaterialgüterrechten, Diss. Zürich 2014, 8 bzgl. der unterschiedlichen Arten von Computerspielen.

⁵⁵ HK URG-CHEPILLOD (n 36) Art. 2 Rz. 65; vgl. ARI (n 54) 13, 15 für die differenzierte Zuteilung einzelner Aspekte von Computerspielen unter Art. 2 Abs. 2 bzw. Abs. 3; vgl. auch NÄNNI (n 11) 6, wonach neben dem urheberrechtlichen auch patentrecht- und markenrechtlicher Schutz möglich ist; eher ablehnend ggü. Patentschutz TROLLER (n 30) 22, 23; differenzierte Betrachtung des patentrechtlichen Schutz von Software und Computerprogrammen bei WEBER (n 46) 243 f.

⁵⁶ Vgl. NÄNNI (n 11) 5.

⁵⁷ NÄNNI (n 11) 6 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁸ NÄNNI (n 11) 6.

⁵⁹ Die deutsche Doktrin verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff der «kleinen Münze», § 2 Abs. 2 UrhG.

⁶⁰ HK URG-CHEPILLOD (n 36) Art. 2 Rz. 65.

⁶¹ HK URG-CHEPILLOD (n 36) Art. 2 Rz. 42 ff., 48, 58; REED (n 25) 11; STRAUB (n 43) 909.

⁶² NÄNNI (n 11) 6.

⁶³ Vgl. UNSELD (n 22) 29.

⁶⁴ BSK ZGB-WIEGAND (n 18) Vorb. Art. 641 ff. Rz. 9.

3.2.2. Daten, an denen keine Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen

[Rz 21] Sind die Daten weder auf einem privaten Datenträger hinterlegt, noch Gegenstand von Immaterialgüter- oder anderen Rechten, so bestimmt das schweizerische Obligationenrecht die Rechtsbeziehung zwischen dem Nutzer, der die Daten generiert, und dem *Internet Service Provider (ISP)*, welcher die Daten speichert bzw. verarbeitet, und schafft die Rahmenbedingungen für die rechtliche Zuordnung der Daten im Sinne eines Auffangtatbestandes.⁶⁵ Zwar entfaltet das Obligationenrecht im Gegensatz zu den vorgängig untersuchten Rechtsbereichen seine Bindungswirkung nur *inter partes*⁶⁶, doch erscheint dies insofern opportun, als praktisch alles – insbesondere auch unkörperliche Daten – Gegenstand eines Vertrages bilden kann.⁶⁷ Überspitzt formuliert ist «data [...] an area where contract is king in the business world».⁶⁸

[Rz 22] Mit Blick auf den digitalen Nachlass sind dabei einerseits Lizenzverträge von Bedeutung, im Rahmen derer der Lizenzgeber den Lizenznehmer zur entgeltlichen Nutzung eines immateriellen Gutes in vertragsgemässer Weise ermächtigt und ihm z.B. die erforderliche Computersoftware zur Nutzung einer *virtual environment* wie *Second Life* (zum Download) zur Verfügung stellt und Zugang zum System gewährt.⁶⁹ Andererseits von Interesse sind Nutzer-Verträge sowie Provider-Verträge⁷⁰, namentlich mit Hosting- oder Content-Providern, die verschiedenste Online-Dienstleistungen zum Gegenstand haben können, z.B. die Zurverfügungstellung von Speicherplatz durch Cloud Services⁷¹, die Inanspruchnahme von Mailing Services, die Erstellung einer Website bzw. einer *domain* oder die Nutzung von Social Networking bzw. Gesprächsplattformen.⁷² Gegenstand dieser Internet-Dienstleistungsverträge ist in beiden Fällen, dem Nutzer die Verarbeitung von Informationen in Form digitaler Daten mittels Computertechnologie zu ermöglichen.⁷³ Davon abzugrenzen ist der Abschluss «analoger» Verträge über das Internet, bei denen der Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnologien der Digitalisierung von Antrag und Annahme dient.⁷⁴ Relevanz erlangen solche E-Commerce Verträge – aber auch andere Dokumente etwa des E-Government⁷⁵ – im Kontext des digitalen Nachlasses, falls die Vertragsdokumente ausschliesslich digital übermittelt worden sind.

[Rz 23] Bedingt durch das Fehlen von Eigentums- oder Immaterialgüterrechten im Sinne eines ausgleichendes Korrektives lässt sich die rechtliche Zuordnung der nutzergenerierten Daten grund-

⁶⁵ Vgl. SJEFF VAN ERP/BRAM AKKERMANS, Cases, Materials and Text on Property Law, Oxford/Portland 2012, 65.

⁶⁶ RICHARD KEMP/PAUL HINTON/PAUL GARLAND, Legal rights in data, Computer Law & Security Review 2011, Vol. 27, 142.

⁶⁷ NÄNNI (n 11) 7.

⁶⁸ KEMP/HINTON/GARLAND (n 66) 142.

⁶⁹ TROLLER (n 30) 292 f., 302, 303; NÄNNI (n 11) 8, 10 f.

⁷⁰ Vgl. ORSOLYA FERCSIK SCHNYDER, Internet-Access-Providing-Verträge mit geschäftlichen und privaten Endkunden, Diss. Zürich 2012, 30 ff. bzgl. der Unterteilung der unterschiedlichen Providing Arten in der schweizerischen Lehre; WEBER (n 46) 369 ff.

⁷¹ Vgl. STRAUB (n 43) 906, wonach der Begriff *cloud* sehr unterschiedliche Erscheinungsformen von computergestützten Services bezeichnet.

⁷² SURY (n 49) 87; WEBER (n 46) 374, 376, 378; vgl. FERCSIK SCHNYDER (n 70) 36, 39 hinsichtlich des möglichen Inhalts solcher Internet-Service-Provider.

⁷³ Vgl. REED (n 25) 8.

⁷⁴ SURY (n 49) 98, 100; vgl. WEBER (n 46) 339 ff. zu Fragen des elektronischen Vertragsabschlusses.

⁷⁵ In diesem Kontext ist etwa auf die Transaktionsplattform «ZHservices» des Kanton Zürich hinzuweisen; vgl. auch die E-Government Strategie der Schweiz und deren Umsetzung, abrufbar unter <http://www.egovernment-landkarte.ch/#/>.

sätzlich frei verhandeln. Weil der Provider den Zugang zu seinem System bzw. Dienst technisch kontrolliert, findet eine einseitige Verschiebung der Verhandlungsmacht statt und die Rechtsbeziehung, einschliesslich der Berechtigung und Verwendung von Daten, wird wie bei anderen Massenvetragten durch die AGB⁷⁶ bzw. EULA⁷⁷ des Dienstansbieters bestimmt.⁷⁸ Nutzungswillige Personen stimmen den vorformulierten Vertragsbestimmungen regelmässig durch Globalübernahme zu, ohne sich mit dem Inhalt näher auseinanderzusetzen.⁷⁹

[Rz 24] Das «Eigentum» an den Daten des Nutzers ist in Abhängigkeit vom jeweiligen Dienstansbieter unterschiedlich geregelt. Die AGB von *Facebook* adressieren diesen Punkt ausdrücklich und machen den Kontrollverlust zur Nutzungsvoraussetzungen⁸⁰, indem zwar dem Nutzer seine allfällige immaterialgüterrechtlich geschützten Inhalte weiterhin gehören, aber Facebook gleichzeitig eine unentgeltliche «IP-Lizenz» für deren Nutzung erteilt. Dieser Anspruch endet mit der Löschung des Nutzerprofils unter der Bedingung, dass die Inhalte nicht mit anderen Personen geteilt bzw. von diesen gelöscht wurden.⁸¹ Die rechtliche Zuordnung von Daten, an denen keine Immaterialgüterrechte bestehen, bleibt hingegen ausser vor.

[Rz 25] Zurückhaltender erscheint der Online-Speicherservice *Dropbox*, der sich in seinen AGB bzw. Datenschutzrichtlinien⁸² nur ein beschränktes Nutzungsrecht ausbedingt, soweit dieses für den Unterhalt des Dienstes erforderlich ist. Nicht anders verhält es sich mit Blick auf allfällige Rechte des Nutzers an *digital assets* innerhalb von *virtual environments*. Die EULA bzw. ToS garantieren dem Urheber regelmässig nicht nur die Rechte an der zugrundeliegenden Software⁸³, sondern auch alle mit diesen Umgebungen verbundenen Rechte.⁸⁴ So behält sich etwa auch *Linden Lab*, der Betreiber von *Second Life*, in seinen ToS⁸⁵ die an seinem Service bestehenden sowie verbundenen Rechte vor und weist nur die am sog. *user content*⁸⁶ bestehenden Rechte primär dem Nutzer zu.⁸⁷ Der Schutzbereich dieser Bestimmung beschränkt sich jedoch auf immaterialgüterrechtlich geschützte Inhalte und wird durch die Nutzungsbedingungen dahingehend ausgehöhlt, dass *Linden Lab* eine umfassende *service content license* an allen Inhalten eingeräumt erhält.⁸⁸ Demgemäss werden berechnete immaterialgüterrechtliche Ansprüche an der virtuellen Umgebung durch das Instrument

⁷⁶ Im Englischen als *Terms of Services* (ToS) bezeichnet.

⁷⁷ Vgl. WEBER (n 46) 356 f., wonach es sich dabei um spezielle Endnutzerlizenzvereinbarungen handelt, welche dem Nutzer beim Herunterladen von Software aus dem Internet angezeigt werden und dem Nutzer vom Gesetz zugestandene Rechte regelmässig beschränken.

⁷⁸ Vgl. WEBER (n 46) 349 f.; siehe auch PAWEŁ SZULEWSKI, A contractual perspective on succession of digital assets, in: Jusletter IT 25. September 2015, 3 ff.

⁷⁹ NÄNNI (n 11) 7; WEBER (n 46) 350 ff.

⁸⁰ BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 14 f.

⁸¹ FACEBOOK, Nutzungsbedingungen vom 15. November 2013, Punkt 2.1; *Facebook* stellt dabei durch die Definitionen in Punkt 18.4 i.V.m. 18.3 klar, dass als «Inhalte» nicht nur die Informationen über den Nutzer gelten, sondern jeglicher Inhalt der auf Facebook «gepostet» wird.

⁸² DROPBOX, AGB und Datenschutzrichtlinien vom 20. Februar 2014.

⁸³ FAIRFIELD (n 12) 1082.

⁸⁴ FAIRFIELD (n 12) 1082; F. GREGORY LASTOWKA/DAN HUNTER, The Laws of the Virtual World, California Law Review 2004, Vol. 92, Issue 1, 50.

⁸⁵ LINDEN LAB, Terms of Service, abrufbar unter: <http://www.lindenlab.com/tos>.

⁸⁶ Vgl. LINDEN LAB (n 85) 1.1, wonach der User Content jegliche Inhalte umfasst, die dem Nutzer in irgendeiner Form zugerechnet werden können.

⁸⁷ LINDEN LAB (n 85) 1.3, 2.1.

⁸⁸ LINDEN LAB (n 85) 2.3.1, 2.3.5; zudem erfolgt eine weitgehende Beschränkung anderer Rechte in 2.3.4.

des Vertrages ohne zwingenden Grund auf alle nutzergenerierten *digital assets* ausgedehnt.⁸⁹

4. Erbrechtliche Implikationen für Daten nach dem Tod

[Rz 26] Im Anschluss an die rechtliche Zuordnung von Daten zu Lebzeiten ist nunmehr deren mögliche Übertragung von Todes wegen zu untersuchen. Das Interesse an der Vererbbarkeit digitaler Nachlassgegenstände wächst kontinuierlich mit der zunehmenden Alterung der «Onlinebevölkerung» und es ist fraglich, inwiefern das gegenwärtige Erbrecht des ZGB, welchem die gesellschaftlichen Strukturen des 19. Jahrhunderts zu Grunde liegen, den (Übertragungs-)Bedürfnissen der gegenwärtigen Technologiesgesellschaft gerecht wird.⁹⁰

[Rz 27] Aus erbrechtlicher Perspektive lassen sich in dieser Hinsicht unterschiedlich gelagerte Intentionen der Erben an einem Erwerb der digitalen Hinterlassenschaft ausmachen. Nebst persönlichkeitsrechtlichen Aspekte können auch vermögensrechtliche Interessen an der Zugangsgewährung – und allfälliger Deaktivierung – zu einem (kostenpflichtigen) Online-Account des Erblassers bestehen.⁹¹ In diesen Kontext kommt dem digitalen Nachlass zudem eine wichtige Beweis- und Dokumentationsfunktion der (Online-)Aktivitäten des Erblassers zu⁹², die sowohl für die Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft, als auch für die Bestimmung von Pflichtteilsansprüchen Relevanz erlangt.⁹³

[Rz 28] Weitergehend können digitale Inhalte bzw. Onlinekonten eine wichtige Informations- und allenfalls Auslegungsfunktion erfüllen, die bei der Ermittlung des Erblasserwillens im Falle unklarer Verhältnisse Bedeutung zu erlangen vermögen.⁹⁴ Der Zugang zum analogen wie auch digitalen Nachlass ist regelmässig von der Vorlage einer Erbbescheinigung bis hin zur Durchführung eines Gerichtsverfahrens abhängig⁹⁵; gleichzeitig beginnt mit dem Tod des Erblassers jedoch gemäss Art. 567 ZGB die 3-monatige Ausschlagungsfrist zu laufen. Um nicht Gefahr zu laufen, ohne Kenntnisse um die finanzielle Situation die Erbschaft anzunehmen, sollte daher primär die in einigen Kantonen existente «Bescheinigung für Auskunft» beantragt werden, welche auch im Online-Bereich die Beschaffung der erforderlichen Informationen unter Wahrung des Ausschlagungsrechts erlaubt.

[Rz 29] Ungeachtet der verschiedenen Interessenlagen stellt sich jedoch ganz allgemein die Frage nach der rechtlichen Zuordnung der Daten des Erblassers nach dessen Ableben. Das schweizerische

⁸⁹ FAIRFIELD (n 12) 1083.

⁹⁰ BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 21 ff., wonach Wachstumsraten bei jungen Nutzern stagnieren und bei älteren Nutzern enorm wachsen; VARNADO (n 8) 745.

⁹¹ SCHERER (n 3) § 1 Rn. 31.

⁹² Dabei kann es sich *inter alia* um Email-Konten oder E-Commerce (z.B. Paypal) bzw. E-Government Accounts (ZHprivateTax) handeln.

⁹³ Cf. VARNADO (n 8) 737, 738; dies gilt insbesondere, wenn der Erblasser seine Verfügungsfreiheit durch Zuwendungen, die digital dokumentiert wurden, i.S.v. Art. 522, 527 ZGB überschritten hat oder wenn sich substantielle Nachlasswerte im digitalen Nachlass befinden, die in die Bezifferung der Ansprüche der Pflichtteilsbenen einbezogen werden sollen.

⁹⁴ SCHERER (n 3) § 1 Rn. 31; zur Andeutungstheorie vgl. ANDREAS SCHRÖDER, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. A., Basel 2011, Vorb. Art. 467 ff. Rz. 20 ff.; PETER BREITSCHMID, Testament und Erbvertrag – Formprobleme, in: Annasofia Kamp/Raphael Kobler/Bettina Lienhard/Michael Lüdi/Remo Müller (Hrsg.), Peter Breitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages – In praeteritum non vivitur, Zürich 2014, 282 f.

⁹⁵ HANS RAINER KÜNZLE, Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht, Successio 1/2015, 42.

Erbrecht wird in dieser Hinsicht durch das Prinzip der Universalsukzession bestimmt, welches in Art. 560 Abs. 1 ZGB seinen Niederschlag gefunden hat. Gestützt darauf gehen alle vererblichen Vermögenspositionen und alle Schulden des Erblassers einheitlich und *ex lege* auf die Erben über.⁹⁶ Neben den in Art. 560 Abs. 2 ZGB exemplarisch aufgezählten Vermögenswerten, wie z.B. Eigentum, dingliche Rechte oder Forderungen⁹⁷, vermögen auch Immaterialgüterrechte, gewisse vermögens- und nicht-vermögensrechtliche Verhältnisse aus dem Familien- und Erbrecht, Wahlrechte⁹⁸ und – unter Vorbehalt entgegenstehender Geheimhaltungspflichten des Erblassers⁹⁹ – privatrechtliche Informationsansprüche gegenständlich zu sein.¹⁰⁰ Nicht vererbbar sind demgegenüber höchstpersönliche Rechte des Erblassers¹⁰¹, die sich aus Gesetz, Parteiwillen, Tod des beauftragten Erblassers oder aus der Natur des betroffenen Rechts (z.B. Persönlichkeitsrecht i.S.v. Art. 28 ZGB) ableiten können.¹⁰²

[Rz 30] Dies verdeutlicht, dass nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Vermögenspositionen der Universalsukzession zugänglich sind. Fraglich ist jedoch, ob Daten als «vererbliche Vermögenswerte» zu qualifizieren sind, die dem Erblasser rechtlich zugeordnet werden können und der Universalsukzession unterliegen. Die anhaltende Debatte um die systematische Analyse von Big Data durch *user analytics* kann insofern als ein Beispiel für die wirtschaftliche Nutzbarkeit abstrakter Daten(-mengen) im Sinne eines «Rohstoffs» dienen, der nunmehr auch einen konkreten Geldwert aufweist.¹⁰³ Der Nutzer bezahlt die kostenlosen Onlinedienstleistungen primär mit seinen Daten gemäss dem Grundsatz «if you are not paying for the product, you are the product».¹⁰⁴

⁹⁶ PETER BREITSCHMID/PAUL EITEL/ROLAND FANKHAUSER/THOMAS GEISER/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Erbrecht, 2. A., Zürich 2012, 16; MATTHIAS HÄUPTLI, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. A., Basel 2011 (zit.: PraxKomm-HÄUPTLI), Art. 560 Rz. 3.

⁹⁷ PraxKomm-HÄUPTLI (n 96) Art. 560 Rz. 3.

⁹⁸ Vgl. PETER TUOR/VITO PICENONI, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Erbrecht, Bd. III/2, Art. 537-640 ZGB, 2. A., Bern 1966, Art. 560 ZGB Rz. 4, die auch für Übertragbarkeit von Anwartschaften plädieren; a.M. TARKAN GÖKSU, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, 2. A., Zürich 2012, Art. 560 ZGB Rz. 7; vgl. auch IVO SCHWANDER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. A., Basel 2014, Art. 560, Rz. 8, für einen Überblick vererbbarer Vermögenswerte.

⁹⁹ PraxKomm-HÄUPTLI (n 96) Art. 560 Rz. 21 ff., wonach zwar beim Bank- und Steuergeheimnis ein solcher Anspruch besteht, nicht jedoch im Bereich des Berufs-, Anwalts- und Arztgeheimnis; vgl. VARNADO (n 8) 733.

¹⁰⁰ PraxKomm-HÄUPTLI (n 96) Art. 560 Rz. 14, 16 ff. So geht etwa der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch gem. Art. 8 DSGVO als solcher nicht auf die Erben über, doch können diese einen Auskunftsanspruch aus eigenem Recht gem. Art. 1 Abs. 7 VDSG geltend machen.

¹⁰¹ PraxKomm-HÄUPTLI (n 96) Art. 560 Rz. 7; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO (n 96) 16.

¹⁰² PraxKomm-HÄUPTLI (n 96) Art. 560 Rz. 8 so bestimmt etwa Art. 405 Abs. 1 OR die Auflösung des Auftragsverhältnisses durch den Tod des Auftragnehmers; vgl. PETER BREITSCHMID/ANNASOFIA KAMP, Persönlichkeitsschutz Verstorbener – Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen, Successio 2011, 19 ff. bzgl. der Thematik des postmortalen Persönlichkeitsschutzes.

¹⁰³ Mit Bezug auf «Smart Data» und insbesondere «Earned Data» vgl. ROLF H. WEBER, Smart Data als neue Datenschutzherausforderung?, erscheint 2015, in: Weber (Hrsg.), Datenschutzrecht – Zum Aufstieg einer neuen Rechtsdisziplin, Weblaw AG, Bern 2015.

¹⁰⁴ Vgl. EVGENY MOROZOV, Bezahlen Sie einfach mit Ihrem Leben, FAZ vom 26. Mai 2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/silicon-demokratie/virtuelle-assistenten-google-now-und-internet-org-13611012.html>; vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Special Eurobarometer Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, June 2011, 4, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_359_340_en.htm; vgl. HANS-GÜNTER LIND/HANS SUCKFÜLL, Initiative zu einer Deutschen Daten-Treuhand (DEDATE) als Ultima Ratio der Persönlichen Digitalen Datenwirtschaft (PDD), Leipzig 2013, 5, 17 ff., abrufbar unter: http://www.moez.fraunhofer.de/content/dam/moez/de/documents/Working_Paper/DEDATE-gesamt.pdf.

In der Folge wird versucht, den digitalen Nachlass genauer zu beziffern, z.B. mit USD 35'000 – 55'000.¹⁰⁵

[Rz 31] Selbst wenn es folgerichtig erscheint, die Vererbbarkeit von Daten zu bejahen¹⁰⁶, ist die Rechtslage nicht abschliessend geklärt.¹⁰⁷ Vererbt wird nicht das Nachlassobjekt selbst, sondern die daran bestehende Rechtsposition.¹⁰⁸ Zwar ist es zutreffend, dass aufgrund des umfassenden Vermögensbegriffs in Art. 560 ZGB grundsätzlich alle Vermögensbestandteile als Einheit auf die Erben übergehen; mit Bezug auf Daten bleibt jedoch teilweise unklar, in welche Rechtsposition die Erben eintreten, d.h. auf welche lebzeitigen Rechte des Erblassers Bezug genommen wird. Die rechtliche Zuordnung des digitalen Nachlasses beschränkt sich insofern nicht auf das Erbrecht, sondern hat die lebzeitige Berechtigung des Erblassers an «seinen» Daten einzubeziehen. Im Sinne der vorangehenden Ausführungen und unter systematischer Bezugnahme zur vorne vorgenommenen Einteilung der verschiedenen Datengruppen werden im Folgenden die unterschiedlichen Bestandteile des digitalen Nachlasses erbrechtlich eingeordnet.

4.1. Lokal gespeicherte Daten

[Rz 32] Wie bereits zuvor erläutert, werden unkörperliche Daten indirekt, mittels des körperlichen Datenträgers, auf dem sie abgespeichert sind, zum Gegenstand von Eigentumsrechten, auf die auch Art. 560 Abs. 2 Bezug nimmt. Demzufolge können die Daten zusammen mit dem Datenträger nicht nur lebzeitig, sondern auch von Todes wegen auf eine andere Person übertragen werden; die Erben erwerben dann beim Tod des Erblassers zusammen mit dem physischen Datenträger das «Gesamteigentum» an den lokal gespeicherten Daten im Wege der Gesamterbfolge.¹⁰⁹

[Rz 33] Die inhärente, bereits thematisierte, Schwäche dieses konzeptionellen Verständnisses des Eigentumsbegriffs setzt sich im Bereich des Erbrechts in gleicher Weise fort. Zwar wird die «Vererbung» der Daten mit Hilfe der physischen Verkörperung des Datenträgers garantiert, doch ist die aus dem erbrechtlichen Rechtserwerb resultierende *erga omnes* Wirkung des Eigentums auf diesen begrenzt und sagt insofern nichts aus über konkurrierende Rechte Dritter an den Daten aus. Der Datenträger vermittelt den Rechtsnachfolgern des Erblassers folglich kein effektives Eigentum mit Ausschlusswirkung gegenüber Dritten, sondern eher «Besitz» i.S.v. tatsächlicher Herrschaft über die Daten, welcher gewissermassen endet, wenn diese mittels Digitalisierung zu einem nicht rivalisierenden Gut werden.

[Rz 34] Die Praktikabilität dieses Ansatzes ist im erbrechtlichen Kontext zudem stark von Art und Inhalt der betroffenen Daten abhängig. So kann es zielführend sein, vertrauliche Unterlagen oder Zugangsdaten zu einem Online Account für die Nachwelt auf einem USB-Stick abzulegen. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang jedoch allfällige Online-Duplikate der Datensätze sowie etwaige vertragliche oder strafrechtliche Bestimmungen, welche die Weitergabe dieser Daten

¹⁰⁵ Vgl. KÜNZLE (n 95) 42; JAMIE PATRICK HOPKINS/ILYA A. LIPIN, Viable Solutions to the Digital Estate Planning Dilemma, Iowa Law Review Bulletin 2014, Vol. 99, 62.

¹⁰⁶ KÜNZLE (n 95) 40; so auch DEUTSCHER ANWALTVEREIN (n 7) 5; vgl. ebenso SCHERER (n 3) §1 Rn. 30.

¹⁰⁷ Vgl. auch DIETMAR WEIDLICH in: Otto Palandt/Peter Bassenge (Hrsg.), Beck'scher Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 74 A., München 2015, § 1922 Rn. 34.

¹⁰⁸ BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO (n 96) 185; STEPHANIE HERZOG, Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem, NJW 2013, 3747.

¹⁰⁹ Vgl. VARNADO (n 8) 745; KÜNZLE (n 95) 43.

an Dritte bzw. die Nutzung durch solche ausschliessen.¹¹⁰ Überspitzt formuliert kann dies dazu führen, dass der Erbe das «nackte Eigentum» an den Daten erwirbt, ohne über diese verfügen bzw. auf diese zugreifen zu können. Ähnlich verhält es sich, falls man – soweit möglich – «eigene» *digital assets* aus einer *virtual environment* lokal abspeichert. Weil das Eigentumsregime innerhalb dieser Umgebung durch die AGB bzw. EULA des ISP determiniert wird, zeitigt eine Extraktion von Daten in Form eines Avatars oder einer digitaler Währung nicht zwangsweise eine rechtliche Wirkung im Online-Bereich.

4.2. Online gespeicherte Daten

[Rz 35] Wurde der digitale Nachlass des Erblassers nicht auf lokalen Datenträger, sondern auf einer oder mehreren Datenserverfestplatten eines Dienstanbieters in digitaler Form abgespeichert, stellt sich anknüpfend an die rechtliche Zuordnung dieser Daten unter Lebenden die Frage nach deren möglichen Übertragung von Todes wegen. Erbrechtliche Fragestellungen im Kontext online gespeicherter Daten werden dabei einerseits durch die Tatsache verkompliziert, dass sich der digitale Nachlass zumeist auf diversen privaten oder geschäftlichen Endgeräten (Smartphone, Tablet, Laptop) und auf verschiedenen Accounts (Email, *Facebook*, *Dropbox*, E-Commerce/E-Government) befindet.¹¹¹ Falls die Erben um die Existenz der verschiedenen Speicherorte wissen, ist der Zugang weiter durch die Tatsache erschwert, dass ein versierter, auf Sicherheit bedachter Nutzer zumeist über verschiedene Benutzernamen und Passwörter für jedes dieser digitalen Gefässe verfügt, die zudem regelmässig gewechselt werden (sollten).¹¹²

4.2.1. Daten, an denen Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen

[Rz 36] Online gespeicherte Daten, an denen Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen, sind im Kontext des digitalen Nachlasses ebenfalls von Bedeutung; dabei steht insbesondere das Urheberrecht im Vordergrund. Wie bereits ausgeführt, fehlt es an einem umfassenden «geistigen Eigentum» an online gespeicherten Daten, doch erlangen diese urheberrechtlichen Schutz, falls sie die erforderliche «schöpferischen Gestaltungshöhe» aufweisen. Soweit die digitalen Inhalte die notwendigen Schutzvoraussetzungen erfüllen, erlaubt Art. 16 Abs. 1 URG deren Übertragung unter Lebenden und von Todes wegen.

[Rz 37] Mit Blick auf die Vererbung von Urheberrechten ist dabei eine inhaltliche Abgrenzung vorzunehmen. Neben den Vermögensrechten im Sinne der Nutzungsrechte des Urhebers¹¹³ gehen – im Gegensatz zu sonstigen Persönlichkeitsrechten¹¹⁴ – auch die Urheberpersönlichkeitsrechte auf

¹¹⁰ Einschränkungen für die Übertragbarkeit können etwa aus der Geheimnisherrschaft des Erblassers im Bereich des Berufsgeheimnisses resultieren oder aber aus den AGB bzw. EULA der Online Service Provider; der Zugriff einer Drittperson auf einen Online-Account mit fremden Zugangsdaten vermag insoweit den Tatbestand von Art. 143^{bis} StGB zu erfüllen.

¹¹¹ Vgl. VARNADO (n 8) 734.

¹¹² Vgl. VARNADO (n 8) 735.

¹¹³ JAQUES DE WERRA, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Urheberrechtsgesetz, Bern 2012 (zit: HK URG-DE WERRA), Art. 16 Rz. 6, so etwa insbesondere die in Art. 10 Abs. 2 URG aufgezählten Verwendungsrechte.

¹¹⁴ BREITSCHMID/KAMP (n 102) 26.

die Erben über, die in der Folge frei über die Rechte verfügen können.¹¹⁵ Demgemäss lassen sich individuelle und originelle digitale Geistesschöpfungen, wie z.B. online gespeicherte Manuskripte oder journalistische Beiträge, aber auch innerhalb einer geschützten virtuellen Umgebung i.S.v. Art. 2 Abs. 3 URG durch den Nutzer generierte audiovisuelle Werke, wie z.B. ein Avatar, vererben. [Rz 38] Der Erwerb urheberrechtlich geschützter Inhalte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erfährt jedoch in zweierlei Hinsicht Einschränkungen: Einerseits bedingen sich die ISP zum Teil weitreichende Nutzungsrechte an den (immaterialgüterrechtlich geschützten) Inhalten des Erblassers aus¹¹⁶, welche die alleinige Nutzungsberechtigung der Erben in Frage stellen. Andererseits bestehen sehr unterschiedliche Reaktionsmuster der ISP in Bezug auf die Zugangsgewährung zum Account des Erblassers nach dessen Ableben, wodurch die effektive Rechtsausübung der Erben zusätzlich erschwert werden kann.¹¹⁷

4.2.2. Daten, an denen keine Immaterialgüter- oder andere Rechte bestehen

[Rz 39] Soweit die *digital assets* des Erblassers weder lokal abgespeichert wurden noch Gegenstand von Immaterialgüter- oder andere Rechten sind, werden die erbrechtlichen Aspekte des digitalen Nachlasses vornehmlich durch das Obligationenrecht determiniert. Wie bereits zuvor erläutert, sind die digitalen Daten insbesondere Gegenstand von Lizenz-, Provider- und Nutzungsverträgen; das Rechtsverhältnis zwischen Betreiber und Erblasser wird jedoch vorwiegend mittels vorformulierter Vertragsbestimmungen in Form von AGB bzw. EULA bestimmt.¹¹⁸ Gemäss Art. 560 Abs. 2 ZGB gehen im Rahmen der Universalsukzession grundsätzlich alle Forderungen aus Vertragsverhältnissen des Erblassers ohne Abtretung auf die Erben über, doch kann der Erwerb aufgrund von Gesetz oder vertraglicher Abrede mit dem Betreiber ausgeschlossen sein.¹¹⁹

[Rz 40] In diesem Zusammenhang ist zwischen dem Account und dessen (Daten-)Inhalt zu differenzieren. Während an den darin enthaltenen Daten grundsätzlich keine vererbare Rechtsposition i.S.v. «Eigentum» besteht, ist ein Eintritt in die den Account betreffende Vertragsbeziehung – vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen mit dem ISP – grundsätzlich möglich.¹²⁰ Der «Eigentumserwerb» der Daten durch die Erben ist somit regelmässig von der Rechtsnachfolge in das Vertragsverhältnis mit dem Erblasser abhängig. Mit Blick auf die Vererbbarkeit online generierter bzw. digitalisierter Daten lassen sich in dieser Hinsicht unterschiedliche Verhaltensmuster der ISP feststellen, die ihre jeweilige Praxis – wenn überhaupt – in ihren AGB verankern, denen der Nutzer vor Inanspruchnahme des Dienstes zumeist im Wege der Globalübernahme zustimmt.¹²¹ Die einseitige Umverteilung der Verhandlungsmacht findet in den Vertragsbestimmungen solcher Onlineverträge zum Teil deutlich Ausdruck und der Parteiwechsel steht grundsätzlich nur dem Be-

¹¹⁵ HK URG-DE WERRA (n 113) Art.16 Rz. 7, 55; BREITSCHMID/KAMP (n 102) 26.

¹¹⁶ Vgl. LINDEN LAB (n 85) 2.3.5.

¹¹⁷ Mehr dazu nachfolgend in Punkt 5.2.2.

¹¹⁸ Vgl. KÜNZLE (n 95) 40.

¹¹⁹ Vgl. HILL/MARTINI/WAGNER (n 6) 86; so etwa gem. Art. 405 Abs. 1 OR oder auch im Arbeitsrecht.

¹²⁰ Vgl. ANTONIA KUTSCHER, Der digitale Nachlass, Diss. Göttingen 2015, 101.

¹²¹ Vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSANNE EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 10. A., Zürich 2014, N 1130; BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 37.

treiber, nicht jedoch dem Nutzer offen.¹²² In der Folge gewähren viele Anbieter wie etwa *Twitter*¹²³ den Erben keinen Zugang zu den Daten des Verstorbenen oder überführen – wie etwa *Facebook* – den Account des Verstorbenen in den sog. Gedenkzustand, d.h. alle Funktionen werden deaktiviert und der Zugriff auf nicht-öffentlich zugängliche Daten ist ausgeschlossen; der Account wird zum «Online-Mausoleum».

[Rz 41] Ähnlich verhält es sich bei *Second Life*, dessen Betreiber *Linden Lab* nach freiem Ermessen über die Übertragung von Nutzer-Accounts entscheiden kann.¹²⁴ Problematisch in dieser Hinsicht ist insbesondere auch, dass Rechte an *digital items* oft als nicht-übertragbare Onlinelizenzen ausgestaltet sind, die dann auch nicht vererbbar sind.¹²⁵ So sieht etwa die Onlineplattform *Amazon* in ihrer Lizenzvereinbarung verschiedene Beschränkungen hinsichtlich erworbener Kindle E-books vor und schliesst eine Übertragung der digitalen Bibliothek des Erblassers an Drittpersonen praktisch aus.¹²⁶

[Rz 42] *Google*¹²⁷ agiert in dieser Hinsicht proaktiver und hat dem Nutzer mit dem «Kontoinaktivitäts-Manager» ein Instrument in die Hand gegeben, mit dem er nicht nur über den Zugang an sich, sondern auch darüber entscheiden kann, welche Inhalte genau den Erben zugänglich gemacht werden sollen.¹²⁸ Nicht jeder Betreiber trifft jedoch präzise Regelungen für den Tod des Nutzers; so macht etwa der Cloud Dienstleister *Dropbox* keinerlei Angaben, wie er mit den gespeicherten Daten des Verstorbenen nach dessen Tod verfährt.¹²⁹

[Rz 43] Die Betreiber bewegen sich mit ihrem Vorgehen in einer rechtlichen Grauzone, das Fragen grundsätzlicher Natur aufwirft¹³⁰: Einerseits ist unklar, inwiefern die Erben Rechte an den digitalen Inhalten des Erblassers erwerben, wenn die Vertragsbestimmungen diesen Punkt nicht regeln.¹³¹ Das Obligationenrecht hält für die Frage der (erb-)rechtlichen Zuordnung der Daten keine Vorschriften bereit. Unter der Prämisse fehlender optischer Hervorhebung ist andererseits fraglich, ob die zum Teil einseitig ausformulierten Vertragsbestimmungen, die das Eigentum des Erblassers unterminieren bzw. den Eigentumsübergang auf die Erben durch Eintritt in das Vertragsverhältnis grundsätzlich ausschliessen, der «Ungewöhnlichkeitsregel» im Rahmen der AGB-Kontrolle standhalten.¹³² Nicht jede «unbillige» Vertragsbestimmung, welche die Rechtsstellung eines Vertragspartners beeinträchtigt, ist jedoch gleichzeitig auch als «ungewöhnlich» zu beurteilen.¹³³ Festzuhalten bleibt zudem, dass eine allfällige Anspruchsdurchsetzung regelmässig in rechtlich fragwürdiger Weise erschwert wird, weil zumeist ausländische Zivil- bzw. Schiedsgerichte

¹²² NÄNNI (n 11) 19; Vgl. LINDEN LAB (n 85) 2.2.1, 4.1.4, 11.2.

¹²³ TWITTER, AGB/Datenschutzrichtlinien, Nr. 6, 10.

¹²⁴ LINDEN LAB (n 85) 4.1.

¹²⁵ VARNADO (n 8) 746.

¹²⁶ Vgl. AMAZON, Lizenzvereinbarung und Nutzungsbedingung für Amazon Kindle vom 24. September 2014, Punkt 1.

¹²⁷ Vgl. GOOGLE, Inactive Account Manager, abrufbar unter: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=de>.

¹²⁸ Vgl. KÜNZLE (n 95) 44, bzgl. der unterschiedlichen Praxis der verschiedenen schweizerischen Emaildienste.

¹²⁹ DEUSCH (n 6) 3.

¹³⁰ HILL/MARTINI/WAGNER (n 6) 82.

¹³¹ LAURA MCKINNON, Planning for the succession of digital assets, *Computer Law & Security Review* 2011, Vol. 27, Issue 4, 364.

¹³² WEBER (n 46) 354.

¹³³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n 121) N 1141b f.; in diesem Zusammenhang wäre auch Art. 8 UWG zu berücksichtigen.

unter Ausschluss der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts vorgesehen sind.¹³⁴

[Rz 44] Bedingt durch den unpersönlichen Charakter von Onlineverträgen¹³⁵ und die begrenzte Schutzwürdigkeit der Betreiber im Kontext eines Parteiwechsels wird aus nachvollziehbaren Gründen für den grundsätzlichen Vertragseintritt der Erben, verbunden mit einem ausserordentlichen Kündigungsrecht, plädiert.¹³⁶ Eine Angleichung der rechtlichen Behandlung von Online- und Bankkonten bezüglich der Fortführung der Vertragsbeziehung mit den Erben wäre insofern wünschenswert.¹³⁷

[Rz 45] Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass die erbrechtliche Behandlung des digitalen Nachlasses insbesondere im Bereich des Obligationenrechts bisher nicht eindeutig geregelt ist und verschiedenste Fragen in diesem Kontext einer Klärung bedürfen. Insbesondere in diesem Bereich erscheint daher Handlungsbedarf von Seiten des Gesetzgebers zu bestehen, der eingehender zu thematisieren sein wird.¹³⁸

5. Digitale Nachlassplanung

[Rz 46] Die vorgängigen rechtlichen Überlegungen machen deutlich, dass neben der analogen auch die digitale Nachlassplanung zunehmend an Bedeutung gewinnt, weil man sich andernfalls dem Gutdünken der ISP aussetzt oder die Rechtslage unklar sein kann. Ungeachtet der weiter wachsenden Bedeutung des Internets und der stetig steigenden Zahl an «Silver Surfern»¹³⁹ befindet sich die digitale Nachlassplanung noch in ihren Anfängen und die beschriebenen Probleme werden geflissentlich vernachlässigt oder es wird bislang auf die Auffangfunktion der erbrechtlichen Vorschriften des ZGB vertraut. *Estate Planning* im Sinne eines ganzheitlichen Ansatzes unter Einbezug verschiedener Rechtsgebiete einschliesslich des Erbrechts¹⁴⁰ bleibt jedoch lückenhaft ohne Berücksichtigung der *digital assets* einer Person. Sonst läuft man Gefahr, dass die Daten nach dem Ableben des Erblassers weiterhin durch den Cyberspace geistern.¹⁴¹ Nachfolgend werden daher verschiedene Nachlassplanungsinstrumente im Kontext des digitalen Nachlasses erläutert.

5.1. Verfügungen von Todes wegen

[Rz 47] Als Ausdruck erbrechtlicher Gestaltungsfreiheit kann der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen in den Schranken des Gesetzes über sein Vermögen frei verfügen.¹⁴² Mit Blick auf die digitale Nachlassplanung ist jedoch strikt zu trennen zwischen analogen Verfügungen über Daten bzw. digitale Güter auf der einen Seite und digitalen Verfügungen von Todes wegen auf der anderen

¹³⁴ KÜNZLE (n 95) 42.

¹³⁵ Online Provider schliessen Verträge in der Regel unabhängig von der Person des Vertragspartners ab.

¹³⁶ HILL/MARTINI/WAGNER, (n 6) 86.

¹³⁷ Vgl. GENEVIÈVE BRUNNER, Der Tod des Bankkunden – Rechtsprobleme bei der Vererbung der Bankbeziehung aus schweizerischer Sicht, Diss. Zürich 2011, 113 f.

¹³⁸ Vgl. nachfolgend 6.1 und 7.

¹³⁹ BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 23.

¹⁴⁰ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Estate planning – vom Erbrecht zur umfassenden Erbschaftsplanung, SJZ 96/2000, Nr. 21, 485.

¹⁴¹ VARNADO (n 8) 723.

¹⁴² Vgl. Art. 470 ZGB.

Seite.

[Rz 48] Unter der Prämisse effektiver Dispositionsbefugnis des Erblassers über seine *digital assets* ist deren Einbezug in analoge Testamente bzw. Erbverträge als sinnvoll und zulässig zu erachten ist. Mit Blick auf die rechtliche Absicherung der Übertragung von Zugangsdaten und Passwörtern ist in erster Linie die Aufnahme in ein Testament empfehlenswert.¹⁴³ Ein Erblasser verfügt jedoch regelmässig über eine unüberblickbare Vielzahl von *digital assets*, deren Bestand sich zudem stetig verändert. Ein traditionelles Testament gerät hier schnell an seine Grenzen.¹⁴⁴

[Rz 49] Weil nicht auszuschliessen ist, dass diese Informationen aufgrund der Pflicht zur Testamentseröffnung (Art. 556, Art. 558 Abs. 1 ZGB) öffentlich werden, ist zu erwägen im Testament auf ein gesondertes Dokument zu verweisen, welches eine entsprechende Aufstellung der verschiedenen Accounts des Erblassers enthält.¹⁴⁵ Dies würde einem Inventar aller digitalen Nachlassgüter des Erblassers gleichkommen, welches zudem fortlaufend aktualisiert werden könnte.¹⁴⁶ Zwar ist ein solcher Einbezug durch Verweisung an den erbrechtlichen Formvorschriften zu messen und insofern als unzulässig zu beurteilen¹⁴⁷, doch kann es dennoch sinnvoll sein, eine solche Liste zu erstellen, um den Erben die Feststellung des Nachlasses zu erleichtern. Die Liste vermag nämlich sowohl die Frage des Bestandes als auch des Zugangs zu den digitalen Nachlassgütern zu klären.¹⁴⁸ Problematisch bleibt jedoch auch hier der allfällige Ausschluss der Zugangsgewährung an Drittpersonen in den AGB der ISP.

[Rz 50] Nicht anders verhält es sich hinsichtlich der Zulässigkeit einer digitalen Verfügung von Todes wegen. Aufgrund der Formvorschriften in Art. 498 ff. und Art. 512 Abs. 1 ZGB ist eine Verfügung in ausschliesslich elektronischer Form ausgeschlossen.¹⁴⁹ Fraglich ist jedoch, ob den Zielen der «Authentizität, Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit»¹⁵⁰ der erblasserischen Dispositionen nicht auch durch den Einsatz neuer Technologien bzw. elektronischer Authentifizierungsverfahren begegnet werden könnte und insofern Anpassungsmöglichkeiten bzw. -bedarf für die Zukunft besteht.¹⁵¹

[Rz 51] Mit Blick auf die Funktion der Formvorschriften wäre eine Anpassung ohne weiteres als sinnvoll zu erachten. Insbesondere sollte die Form nicht als blosser Selbstzweck verstanden werden.¹⁵² Die Möglichkeit einer digitalen Verfügung von Todes wegen würde sich insofern in eine allgemeine (technische) Entwicklung einfügen, die z.B. in Art 14 Abs. 2^{bis} OR durch die Gleichstellung eigenhändiger Unterschriften mit qualifizierten elektronischen Signaturen zum Ausdruck kommt.¹⁵³ Damit einher geht jedoch die Frage nach der eindeutigen Identifikation von Personen im digitalen Umfeld. Aus teilweise nachvollziehbaren Gründen treten nicht alle Online-Nutzer mit «Klarnamen» im Internet auf, sondern pflegen oftmals ein oder mehrere Pseudonyme, die unter Umständen keinen Rückschluss auf ihre wahre Identität zulassen. Im erbrechtlichen Kontext wäre

¹⁴³ BREITSCHMID/KAMP (n 102) 28.

¹⁴⁴ HOPKINS/LIPIN (n 105) 68.

¹⁴⁵ VARNADO (n 8) 751, 752.

¹⁴⁶ VARNADO (n 8) 751.

¹⁴⁷ KÜNZLE (n 95) 53.

¹⁴⁸ Vgl. NAOMI CHAN, Postmortem Life On-line, Probate & Property Magazine, Juli/August 2011, 38.

¹⁴⁹ So auch KÜNZLE (n 95) 40.

¹⁵⁰ JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5.A., Bern 2002, 110.

¹⁵¹ Vgl. KARLHEINZ MUSCHELER, Das eigenhändige Testament – gestern, heute und morgen, Successio 1/2014, 28.

¹⁵² BREITSCHMID (n 94) 275.

¹⁵³ Vgl. auch Art. 2 lit. c i.V.m. Art. 6 Abs. 1, 2 des Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES).

indessen eine klare Identifizierung zu verlangen.

5.2. Digitaler Vererbungsdienst

[Rz 52] Neben dem bereits bekannten Bankschliessfach, das dem Erblasser erlaubt, bestimmte Wertgegenstände einzulagern, bieten insbesondere Banken wie z.B. die Thurgauer KB, die Zürcher KB, die St. Galler KB oder die Neue Aargauer Bank in Kooperation mit dem Internetprovider DSwiss AG unter dem Namen *SecureSafe* nunmehr auch «Online-Schliessfächer» als Bestandteil ihrer E-Banking-Dienstleistungen an.¹⁵⁴ Es handelt sich um eine Erweiterung des vorbestehenden Online-Speichers *Datainherit*. Ab einer Jahresgebühr von CHF 48.– können die gespeicherten Passwörter und Dateien, wie z.B. Fotos, Videos, Lebensversicherungen oder Anlagepapiere, einer oder mehrerer Personen zugewiesen sowie diesen nach Aktivierung der Datenvererbung durch eine Vertrauensperson und Ablauf der vordefinierten Sperrfrist zugänglich gemacht werden. Weitere Beispiele solcher Vererbungsdienste sind z.B. *Legacy Locker* oder *Ziggur.me*.¹⁵⁵

[Rz 53] Entscheidende Kriterien der erfolgreichen Integration solcher neuartigen Instrumente in die Nachlassplanung sind neben der Sicherheit der anvertrauten Daten, welche auch im Fall einer Insolvenz garantiert werden muss, insbesondere die zeitliche Beständigkeit der Dienstleistung.¹⁵⁶ Die zunehmende Implementierung biometrischer Identifikationssysteme, wie z.B. Fingerabdruck- oder Netzhaut-Scan, und die damit verbundene Ablösung traditioneller Authentifikationsverfahren im Bereich der ICT mittels Pin und Passwort stellen die zukünftige Rolle digitaler Vererbungsdienste jedoch teilweise in Frage.¹⁵⁷ Die von verschiedenen ISP angebotenen «digitalen Schliessfächer» fügen sich in den gegenwärtigen Trend des Cloud Computing ein und sind mit denselben Chancen und Risiken, insbesondere im Bereich des Datenschutzes und der Informationssicherheit, behaftet.¹⁵⁸ Vor allem *Secure Safe* versucht diesen Bedenken durch seine ausschliesslichen Serverstandorte in der Schweiz Rechnung zu tragen, doch wird sich Dienst auch gegenüber dem technischen Fortschritt im Ausland behaupten müssen. Es wird somit insbesondere am Online-Nutzer sein zu entscheiden, welche zukünftige Rolle Cloud-Services als Vertrauensdienstleistungen im Kontext des digitalen Nachlasses einnehmen werden.

5.3. Willensvollstreckung

[Rz 54] Durch letztwillige Verfügung kann der Erblasser gem. Art. 517 ZGB eine oder mehrere Personen seines Vertrauens zum Willensvollstrecker ernennen. Dieser ist beauftragt, den Erblasserwillen im Rahmen des Gesetzes zu vollziehen.¹⁵⁹ Ob die Ernennung eines Willensvollstreckers als zweckmässig zu erachten ist, hat unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles

¹⁵⁴ STEFAN BETSCHON, Schweizer Berge als Bankschliessfach für Daten, NZZ vom 6. Dezember 2012, abrufbar unter: <http://www.nzz.ch/digital/schweizer-alpen-als-daten-safe-1.17873036>.

¹⁵⁵ Vgl. auch CHAN (n 148) 39.

¹⁵⁶ Vgl. VARNADO (n 8) 754.

¹⁵⁷ Vgl. KLAUS-RAINER MÜLLER, IT-Sicherheit mit System, 4. A., Wiesbaden 2011, 367 ff.

¹⁵⁸ KONG/FAN/CHOW (n 13) 9-11.

¹⁵⁹ HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Erbrecht, Bd. III, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Teil, Die Willensvollstrecker, Art. 517-518 ZGB, Bern 2011 (zit.: BK ZGB-KÜNZLE), Vorb. Art. 517-518 Rz. 1.

und mit Blick die Beschaffenheit des Gesamtnachlasses zu geschehen; der Einbezug eines solchen «Exekutors»¹⁶⁰ kann sich z.B. bei unklaren rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnissen oder dem Vorhandensein erheblicher Nachlasswerte anbieten.¹⁶¹

[Rz 55] Grundsätzlich wird der digitale Nachlass lediglich einen Teil des Auftrages des Willensvollstreckers ausmachen, doch ist auch eine inhaltliche Beschränkung auf die digitalen Nachlasswerte des Erblassers grundsätzlich denkbar.¹⁶² Zu erwägen ist allenfalls die Ernennung einer technisch versierten Person, die mit den Gegebenheiten der digitalen Welt vertraut ist. Eine isolierte «digitale Willensvollstreckung» wird nur in den wenigsten Fällen sinnvoll sein. Weil neben natürlichen auch juristische Personen als Willensvollstrecker amten können¹⁶³, ist es grundsätzlich möglich, einen Online-Dienst mit der «Vollstreckung des digitalen Willens» zu beauftragen.¹⁶⁴ Selbst wenn der in rechtlich hinreichender Form organisierter Online-Dienst sich als Willensvollstrecker, zu betätigen vermag, dürfte die professionelle Erfüllung dieser vertrauensvollen und komplexen Aufgabe oft durch den damit verbundenen Aufwand und die Kostenstruktur dieser ISP in Frage gestellt sein.¹⁶⁵

[Rz 56] Vor dem Hintergrund des regelmässigen Ausschlusses der Weitergabe von Zugangsdaten und Passwörtern an Drittpersonen in den AGB der ISP, stellt sich die Frage, ob der Willensvollstrecker die vom Erblasser zur Verfügung gestellten Informationen effektiv nutzen kann bzw. darf. Auch wenn in dieser Situation die Qualifikation des Willensvollstreckers als Drittperson im juristischen Sinne zweifelhaft ist¹⁶⁶, handelt es sich – abhängig von der jeweiligen Ausgestaltung – bei der Weitergabe der Zugangsdaten oftmals um einen Verstoss gegen die Nutzungsbedingungen. Die Durchsetzung des Zugriffsrechts auf die Daten gegenüber den mehrheitlich ausländischen ISP gestaltet sich – mit Verweis auf die vorformulierten Vertragsbestimmungen – insofern als zeit- und kostenintensive Angelegenheit.

6. Neue Lösungsansätze

[Rz 57] Die vorstehenden Ausführungen haben verdeutlicht, dass mit Bezug auf die rechtliche Zuordnung von Daten zunächst die Situation zu Lebzeiten zu eruieren ist, bevor in einem zweiten Schritt die Vererbbarkeit beurteilt werden kann. Die gegenwärtigen rechtlichen Rahmenbedingungen berücksichtigen die Rechtsposition des «Datenberechtigten» jedoch bislang nur unzureichend und ein Korrektiv analog zu dinglichen oder immateriellen Rechten fehlt im digitalen Kontext.¹⁶⁷

[Rz 58] Dabei entspricht es empirischen Erkenntnissen, dass Personen verstärkt dazu neigen, sich

¹⁶⁰ Für eine differenzierte Betrachtung der Qualifikation des Willensvollstreckers vgl. BK ZGB-KÜNZLE (n 159) Vorb. Art. 517-518 Rz. 62 f.

¹⁶¹ BK ZGB-KÜNZLE (n 159) Art. 517-518 Rz. 57.

¹⁶² Vgl. KÜNZLE (n 95) 49 f.; BK ZGB-KÜNZLE (n 159) Art. 517-518 Rz. 94.

¹⁶³ BK ZGB-KÜNZLE (n 159) Art. 517-518 Rz. 1.

¹⁶⁴ BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 43.

¹⁶⁵ So richtigerweise KÜNZLE (n 95) 50 f.; BRUCKER-KLEY/KELLER/KURTZ/PÄRLI/SCHWEIZER/STUDER (n 5) 43 f.

¹⁶⁶ Vgl. BK ZGB-KÜNZLE (n 159) Art. 517-518 Rz. 76; BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. A., Basel 2011, Art. 518 Rz. 6.

¹⁶⁷ Vgl. FAIRFIELD (n 12)1084.

mit einem Objekt zu identifizieren, wenn sie dieses als ihnen zugehörig erachten.¹⁶⁸ Ein solches in der Verhaltensökonomie als *endowment effect*¹⁶⁹ bezeichnetes Verhalten lässt sich gleichermassen auf Daten und sonstige digitale Güter übertragen und wird weiter verstärkt, falls Arbeit und Vermögen für deren Erzeugung aufgewendet wurden.¹⁷⁰ Im Ergebnis ist daher jede Person bestrebt, einen (rechtlichen) Ausschliesslichkeitsstatus an «ihren» unkörperlichen Daten gegenüber Drittpersonen zu erlangen.¹⁷¹ Diese Hypothese wird durch eine Studie der EU-Kommission mit mehr als 25'000 Befragten in 27 Mitgliedsstaaten gestützt.¹⁷² Ein Grossteil der Befragten gab dabei an, zumindest ein partielles Gefühl von Kontrolle über ihre Daten zu haben; ein Fünftel verneinte demgegenüber eine subjektive Verfügungsposition.¹⁷³ Insbesondere die jüngere Generation der *digital natives*¹⁷⁴ zwischen 14 und 25 Jahren bestätigte eine solche Dispositionsbefugnis, während diese Auffassung mit zunehmenden Alter abnimmt und insbesondere von Rentnern und Personen über 55 Jahren abgelehnt wird.¹⁷⁵ Dabei variieren die Ergebnisse in Abhängigkeit von der jeweiligen Organisation, welche die Daten verarbeitet. So ist die Erwartungshaltung vor allem an private Unternehmen, insbesondere im Onlinebereich, geringer als im öffentlichen Bereich.¹⁷⁶ Es besteht insofern eine kognitive Dissonanz zwischen rechtlicher und digitaler Realität betreffend das «Eigentum» an den eigenen Daten.

[Rz 59] Ausgehend von diesem Befund werden im Folgenden verschiedene Möglichkeiten untersucht, um die Verfügungsbefugnis des Einzelnen über seine Daten unter Lebenden und von Todes wegen zu stärken. Eine dogmatisch fundierte und kohärente Lösung kann sich dabei nicht auf den digitalen Nachlass und die damit verbundenen erbrechtlichen Implikationen beschränken. Vielmehr sind die verschiedenen interdependenten rechtlichen Ebenen einzubeziehen und ein fragmentarischer Regulierungsansatz zu vermeiden.

6.1. AGB und EULA

[Rz 60] Einen möglichen Ansatzpunkt bilden die vorformulierten Vertragsbestimmungen im Onlinebereich, etwa in Form von AGB und EULA, welche den Online-Nutzern in unterschiedlichem Umfang einzelne Rechte an den von ihnen erzeugten Daten und digitalen Inhalten einräumen. Wünschenswert wäre, wenn die ISP aus eigenem Antrieb auf eine einheitliche Lösung, hinwirken würden, die in Form von *guidelines* oder *best practices* zum Ausdruck kommen kann.¹⁷⁷ Dieser auf den Selbstregulierungskräften des Marktes basierende Ansatz geht davon aus, dass sich Portale mit nutzerfreundlicheren AGB, die effektive Verfügungsgewalt über die eigenen Daten einräumen, längerfristig gegenüber restriktiveren Konkurrenten durchsetzen werden. Als innovatives Beispiel in diese Richtung lässt sich der vorerwähnte «Inactive Account Manager» von *Google* anführen.

¹⁶⁸ LASTOWKA/HUNTER (n 84) 36.

¹⁶⁹ LASTOWKA/HUNTER (n 84) 36.

¹⁷⁰ DRUEY (n 15) 99; vgl. LASTOWKA/HUNTER (n 84) 40.

¹⁷¹ DRUEY (n 15) 96.

¹⁷² EUROPÄISCHE KOMMISSION (n 104) 9.

¹⁷³ EUROPÄISCHE KOMMISSION (n 104) 127.

¹⁷⁴ EUROPÄISCHE KOMMISSION (n 104) 4.

¹⁷⁵ EUROPÄISCHE KOMMISSION (n 104) 129.

¹⁷⁶ EUROPÄISCHE KOMMISSION (n 104) 138.

¹⁷⁷ Vgl. VARNADO (n 8) 756.

[Rz 61] Die Umsetzung dieses Ansatzes steht jedoch unter der Prämisse, dass die Marktgegenseite ein entsprechendes Bewusstsein und Verhalten entwickelt, das sich in einer gezielteren Nachfrage nutzerfreundlicher Dienste niederschlägt. Bedingt durch die einseitige Verschiebung der Verhandlungsmacht zugunsten der ISP und aufgrund der Tatsache, dass der Nutzer die vorformulierten Vertragsbedingungen regelmässig nicht liest bzw. nicht versteht und mittels Globalübernahme zustimmt¹⁷⁸, sind die Erfolgsaussichten in dieser Hinsicht aber zurückhaltend zu beurteilen. Alternativangebote zu den Marktführern fristen daher weiterhin ein Schattendasein. Demgemäss ist in jedem Einzelfall zu prüfen, wie die Übertragung der Daten unter Lebenden und von Todes wegen ausgestaltet ist, was die Praktikabilität einschränkt.

6.2. Virtual property – Neue Schutzrechte eigener Art?

[Rz 62] Die Erkenntnis, dass eine körperlichen Sachen und Vermögenswerten entsprechende Ordnung für Daten und Informationen fehlt, ist keineswegs erst seit *Google, Facebook & Co* im akademischen Diskurs präsent.¹⁷⁹ Einerseits gibt es den Versuch einer rechtlichen Annäherung an das neuartige Gut «Daten»; in Anlehnung an Bekanntes wird dabei primär die Analogie zu körperlichen Sachen gesucht, die eine «Verdinglichung» der unkörperlichen Güter nach sich zieht.¹⁸⁰ Andererseits hat die als unzulänglich empfundene Rechtslage den Anlass zur Überlegung der Genese neuer *property rights* gegeben¹⁸¹; im digitalen Kontext ist insbesondere der Ansatz des *virtual property* von Interesse.¹⁸²

[Rz 63] Diese «virtuellen Eigentumsrechte» mögen auf den ersten Blick als neue Entwicklung erscheinen, indessen sind die Überlegungen aus einer rechtsvergleichenden Perspektive keineswegs neuartig und insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist eine diesbezügliche Debatte seit längerem in Gange. Wenn auch gewisse gesetzgeberische Aktivitäten auf bundesstaatlicher Ebene festzustellen sind¹⁸³, so kennen, ungeachtet des florierenden Handels mit virtuellen Gütern auf Onlineplattformen, der bislang ohne geordneten rechtlichen Rahmen auf dem grauen Markt stattfindet, jedoch auch Common Law Jurisdiktionen bislang keine durchsetzbaren *rights in virtual property*.¹⁸⁴ Praxisorientiertere Ansätze sind demgegenüber im asiatischen Rechtsraum zu verorten: So hat z.B. China *property rights* von Online-Nutzern basierend auf vertragsrechtlichen Überlegungen anerkannt.¹⁸⁵ Taiwan hat zudem legislatorische Schritte für die rechtliche Zuordnung von Daten und digitalen Gütern unternommen und Eigentumsrechte an *virtual objects* gesetzlich verankert. Dem Nutzer wird somit ein Verfügungsrecht über elektromagnetische Signale zuerkannt.¹⁸⁶

[Rz 64] Eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Thematik erscheint längerfristig unumgänglich und es stellt sich die berechtigte Frage, inwiefern sich die Schweiz an diesen Entwicklungen

¹⁷⁸ CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. A., Zürich 2014, 607 f., 618; EUROPÄISCHE KOMMISSION (n 104) 4, 112.

¹⁷⁹ DRUEY (n 15) 98.

¹⁸⁰ DRUEY (n 15) 98.

¹⁸¹ Vgl. DRUEY (n 15) 99; NÄNNI (n 11) 7; MATTHIAS NÄNNI, *Märkte virtueller Welten*, Diss. Zürich 2009, 173 ff.

¹⁸² FAIRFIELD (n 12) 1053 ff; LASTOWKA/HUNTER (n 84) 29 ff.; vgl. auch NÄNNI (n 11) 7.

¹⁸³ Vgl. VARNADO (n 8) 760 f. bzgl. der gesetzgeberischen Schritte in Kalifornien und Oklahoma.

¹⁸⁴ FAIRFIELD (n 12) 1063.

¹⁸⁵ FAIRFIELD (n 12) 1084, 1085.

¹⁸⁶ FAIRFIELD (n 12) 1086, 1087.

orientieren und allenfalls ihr eigenes System anpassen sollte.

[Rz 65] Ein möglicher Ansatzpunkt ist in der Adaptierung bzw. Erweiterung des dem ZGB zugrundeliegenden Sachbegriffs zu sehen. Zwar stellt das Sachenrecht ein dogmatisch sehr beständiges Rechtsgebiet dar, doch ist es wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen, so etwa im Bereich der modernen Medizin sowie Biotechnologie, keineswegs verschlossen und kann sich einer veränderten Verkehrsanschauung anpassen.¹⁸⁷ Eine konzeptionelle Annäherung körperlicher und unkörperlicher Gegenstände vermag auch in der «Ausdehnung des Sachbegriffs»¹⁸⁸ auf beherrschbare Naturkräfte wie z.B. Energie (Art. 713 ZGB) zu erblicken sein.¹⁸⁹ Zwar werden Naturkräfte nicht als Sachen i.e.S. erachtet, doch kommen die sachenrechtlichen Vorschriften gleichwohl analog zur Anwendung.¹⁹⁰ Ausgehend von einem funktionalen Begriffsverständnis erscheint die teleologische Anpassung des zivilrechtlichen Sachbegriffs unter Einschluss elektronischer Daten somit nicht ausgeschlossen¹⁹¹; dies wäre auch mit Blick auf andere Jurisdiktionen des germanischen Rechtskreises, die einem umfassenden Sachbegriff folgen, wie z.B. Österreich, nachvollziehbar.¹⁹² In terminologischer Hinsicht wäre allenfalls der Rückgriff auf einen umfassenden Systembegriff wie z.B. der «digitalen Inhalte» zu erwägen.¹⁹³

[Rz 66] Ausserhalb des Systems der Eigentumsrechte finden Überlegungen des Einbezugs unkörperlicher Gegenstände nicht nur im Schutzgedanken des Immaterialgüterrechts Niederschlag¹⁹⁴, sondern erscheinen vielmehr als Ausdruck einer allgemeinen Entwicklung. Neben dem zukünftigen Art. 18 der EU-Datenschutzverordnung, der ein Recht auf Datenportabilität vorsieht und dem Nutzer ein Verfügungsrecht über die bei einem ISP gespeicherten Daten verleiht, ist auch auf die europäischen Harmonisierungsbestrebungen auf zivilrechtlicher Ebene zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, welche regelmässig keinen immaterialgüterrechtlichen Schutz geniessen, zu verweisen.¹⁹⁵

[Rz 67] Eine alternative Herangehensweise zielt auf die Erweiterung des *numerus clausus* dinglicher Rechte bzw. die Schaffung eines neuen Rechts *sui generis* an Daten und digitale Inhalten. Dabei illustriert z.B. die Rechtsfigur der Anwartschaft, welche vererbbar ist, dass die Genese neuer Rechtspositionen nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.¹⁹⁶ Überlegungen, neuartige *property rights*

¹⁸⁷ Vgl. auch LASTOWKA/HUNTER (n 84) 42; BSK ZGB-WIEGAND (n 18) Vorb. Art. 641 ff. Rz. 5; KÄLIN (n 20) 44.

¹⁸⁸ BSK ZGB-WIEGAND (n 18) Vorb. Art. 641 ff. Rz. 13a.

¹⁸⁹ DRUEY (n 15) 98; BSK ZGB-WIEGAND (n 18) Vorb. Art. 641 ff. Rz. 14 f.; VARNADO (n 8) 745; FAIRFIELD (n 12) 1066; LASTOWKA/HUNTER (n 84) 40.

¹⁹⁰ KÄLIN (n 20) 48, 122.

¹⁹¹ BSK ZGB-WIEGAND (n 18) Vorb. Art. 641 ff. Rz. 6; ablehnend NÄNNI, (n 181) 133 ff.; zur Sachqualität von Computerprogrammen vgl. KÄLIN (n 20) 178 ff.

¹⁹² BSK ZGB-WIEGAND (n 18) Vorb. Art. 641 ff. Rz. 5 f.; vgl. § 353 ABGB, der «körperliche und unkörperliche Sachen» umfasst.

¹⁹³ Vgl. hierzu Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechterichtlinie), 2011 ABl. L 304/65, Erwägung 19.

¹⁹⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 URG; vgl. LASTOWKA/HUNTER (n 84) 41.

¹⁹⁵ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, COM (2013) 813 final, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0813&from=EN>; vgl. insofern auch Art. 4 lit. b, Art. 5 lit. a und b sowie Art. 6 UWG.

¹⁹⁶ DIETER ZOBL, Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 499 f.; VAN

an Daten einzuführen, sind daher nicht von vorneherein von der Hand zu weisen.

[Rz 68] Ansätze mit einer geringeren Intensität ziehen demgegenüber z.B. die Schaffung einer gemischten, quasi-absoluten Rechtsposition mit eingeschränkter *erga-omnes* Wirkung oder die Einführung eines Immaterialgüterrechts *sui generis*, welche eine Zwischenstellung zwischen Sachen- und Immaterialgüterrechten einnehmen würde, in Betracht¹⁹⁷; insbesondere der letztere Ansatz würde dem unkörperlichen Charakter von Daten nahekommen. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung dieser Rechte würde die Rechtsposition der Nutzer gestärkt und im Sinne eines Korrektives gegenüber den regelmässig einseitig formulierten Vertragsbedingungen im Onlinebereich wirken. Die blosser Schaffung solcher Rechte schliesst die einseitige Allokation bzw. Einschränkung von Nutzerrechten im Onlinebereich zugunsten des Plattformbetreibers jedoch nicht aus.¹⁹⁸ So wäre z.B. die Ausdehnung von Immaterialgüterrechten an der zugrundeliegenden Software auf andere *digital assets*, die innerhalb einer solchen Umgebung geschaffen werden, weiterhin denkbar.¹⁹⁹ Voraussetzung der erfolgreichen Implementierung eines solchen Rechts ist folglich auch ein entsprechendes Bewusstsein der Onlinenutzer und der Wille, nicht nur eine gefühlte, sondern letztlich eine effektive Kontrolle und Dispositionsbefugnis über die eigenen Daten zu erlangen.

[Rz 69] Neben materiellen sind auch institutionelle Lösungsansätze zu berücksichtigen. Innovativ erscheint hierbei das Modell einer Daten-Treuhand in Form einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder eines Vereins, welche die Speicherung, den Zugriff und die Nutzung persönlicher Daten kontrollieren und gewährleisten könnte.²⁰⁰

7. Ausblick

[Rz 70] Die rechtlichen Implikationen des digitalen Nachlasses sind nunmehr auch in den Fokus der schweizerischen Politik gerückt. Anstoss der Debatte bildete das zwischenzeitlich angenommene Postulat von NR Jean Christophe Schwaab vom 24. September 2014. Abzuwarten bleibt, welche *Policy-Options* der Bundesrat in Erwägung ziehen wird, um technologischen Fortschritt und Recht wieder stärker in Einklang miteinander zu bringen. Um eine nachhaltige und praktikable Lösung zu implementieren, wird eine Abwägung aller involvierten Interessen unerlässlich sein. Neben rechtlichen sind insbesondere auch technische Überlegungen einzubeziehen. Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation und Zuordnung von Daten und digitalen Gütern unter das Eigentum oder andere Rechte sollte der gewählte Ansatz Rechtssicherheit bzgl. der lebzeitigen Verfügungsbefugnis der Nutzer und der anschliessenden Vererbbarkeit garantieren.²⁰¹

[Rz 71] Zu präferieren wäre in erster Linie eine auf Selbstregulierung der ISP beruhende Lösung, die dem Erblasser – und nachfolgend den Erben – durchsetzbare Dispositionsbefugnisse über die digitalen Nachlassgüter einräumt. Wie die vorangehenden Ausführungen belegen, besteht insbe-

ERP/AKKERMANS (n 65) 301; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n 121) Band 2, N 3395; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO (n 96) 17.

¹⁹⁷ Vgl. hierzu NÄNNI (n 181) 176 f.; zu den möglichen Intensitätsstufen der rechtlichen Zuweisung von Daten vgl. auch HERBERT ZECH, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem «Recht des Datenerzeugers», Computer und Recht 3/2015, 139 ff.

¹⁹⁸ LASTOWKA/HUNTER (n 84) 50; FAIRFIELD (n 12) 1075.

¹⁹⁹ FAIRFIELD (n 12) 1083.

²⁰⁰ LIND/SUCKFÜLL (n 104) 16.

²⁰¹ Vgl. VARNADO (n 8) 771.

sondere in dem durch das Obligationenrecht geprägten Bereich eine effektive Regelungslücke. In Ergänzung zu den vorangehenden Erwägungen²⁰² und in Analogie zum Bereich des E-Commerce könnten Anreize zu einer entsprechenden Adaption der AGB bzw. EULA durch die ISP mittels einer Online-Zertifizierung wie z.B. *Trusted Shops* gesetzt werden; dies würde zudem den Konditionenwettbewerb zwischen den einzelnen ISP verstärken. Ob eine dahingehende Verhaltensanpassung bei der gegenwärtigen Marktstruktur ohne Zutun des Gesetzgebers stattfinden wird, bleibt abzuwarten. Denkbar wäre auch eine Form der – untechnisch verstandenen – «gesteuerten Selbstregulierung», verbunden mit der Implementierung eines Mindeststandards, um einer Zersplitterung der Rechtslage entgegenzuwirken, welche (bislang) eine Einzelfallüberprüfung der jeweiligen Regelung des betreffenden ISP erforderlich machte.

[Rz 72] Eine teleologische Erweiterung des Sachbegriffs wäre eine ebenfalls zu erwägende Alternative, weil damit die rechtliche Zuordnung von Daten zu Lebzeiten sowie von Todes wegen eindeutig determiniert würde. Zwar lassen sich digitale Daten, bedingt durch ihre unkörperliche Gestalt, nicht ohne weiteres in das sachen- und erbrechtliche System des ZGB einfügen, doch wäre eine analoge Anwendung der Gesetzesbestimmungen, wie im Falle von beherrschbaren Naturkräften, vorstellbar. Sachdienlich wäre es zudem, den Übergang des digitalen Nachlasses bzw. der daran bestehenden Rechte auf die Erben zusätzlich in Art. 560 Abs. 2 ZGB durch eine begriffliche Erweiterung des Beispielkatalogs festzuhalten²⁰³; dies ist im Sinne eines kumulativen Erfordernisses zu verstehen und steht im Gegensatz zu einem fragmentarischen, auf das Erbrecht beschränkten Regulierungsansatz, welcher aus den bereits dargelegten Gründen abzulehnen ist.

[Rz 73] Die Genese eines gänzlich neuen Rechts an digitalen Daten erscheint demgegenüber nicht gänzlich ausgeschlossen, doch ist dieser Ansatz nicht nur mit Bezug auf den sachenrechtlichen *numerus clausus* dogmatisch schwer umzusetzen und sollte insofern den anderen Optionen nachstehen.

[Rz 74] Der digitale Nachlass als ein in Entwicklung begriffenes Feld, welches im Beginn ist, eine breitere Öffentlichkeit zu beschäftigen, ist bislang zu einem gewissen Grad durch den Widerstreit von technologischem Fortschritt und rechtlichen Rahmenbedingungen geprägt. Dabei wird es nicht nur am Gesetzgeber, sondern insbesondere auch an den Online-Nutzern liegen, ein dahingehendes Bewusstsein zu entwickeln und aktiv auf die zukünftigen Entwicklungen in diesem Bereich einzuwirken, um eine umfassende Berechtigung an allen «ihren» Daten zu erhalten.

ROLF H. WEBER ist Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Visiting Professor an der Hong Kong University, Hong Kong, sowie Konsulent in der Anwaltskanzlei Bratschi, Wiederkehr & Buob, Zürich.

MLaw LENNART CHROBAK LL.M. ist Forschungsassistent und Doktorand an der Universität Zürich.

²⁰² Vgl. nachfolgend 6.1.

²⁰³ Vgl. DEUTSCHER ANWALTVEREIN (n 7) 92.