

Informationen zur Entscheidung:

hat der 21. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 25.04.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Retzlaff, die Richterin am Kammergericht Kruse und den Richter am Kammergericht Schmidt

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17.12.2015 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin – 20 O 172/15 – geändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten der verstorbenen L■ W■■■■■ bei dem sozialen Netzwerk Facebook geltend.

Die Klägerin ist die Mutter der am 3. Dezember 2012 im Alter von 15 Jahren verstorbenen L■ W■■■■■ (im Folgenden: Erblasserin). Die Klägerin war zu Lebzeiten der Erblasserin deren gesetzliche Vertreterin und ist nunmehr als Miterbin Teil der Erbengemeinschaft, die neben ihr aus dem Vater der Erblasserin, Herrn ■■■■ H■■■■ , besteht.

Die Beklagte betreibt das soziale Netzwerk Facebook, über dessen Infrastruktur die Nutzer mit anderen Nutzern über das Internet kommunizieren und Inhalte austauschen können. Für die Nutzung des Dienstes ist die Eingabe von Kontozugangsdaten in Form von Benutzernamen und Passwort erforderlich.

Am 4. Januar ■■■■ registrierte sich die Erblasserin im Alter von 14 Jahren bei dem Dienst der Beklagten und unterhielt zuletzt unter dem Nutzernamen "L■■■■" einen entsprechenden Account.

Am Abend des ■■■■ verunglückte die Erblasserin unter bisher ungeklärten Umständen tödlich. Sie wurde im Berliner U-Bahnhof Schönleinstraße von einer einfahrenden U-Bahn erfasst und verstarb wenig später im Krankenhaus. Die Klägerin hoffte, über den Facebook-Account ihrer Tochter etwaige Hinweise über mögliche Absichten oder Motive ihrer Tochter für den Fall zu erhalten, dass es sich bei dem Tod der Erblasserin um einen Suizid handele. Dies war ihr jedoch nicht möglich, da die Beklagte das Benutzerkonto der Erblasserin am ■■■■ in den sog. Gedenkzustand versetzte, womit ein Zugang mit den Kontozugangsdaten nicht mehr möglich ist.

Hinsichtlich des weiteren tatsächlichen Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht Berlin hat die Beklagte mit Urteil vom 17.12.2005 verurteilt, der Erbengemeinschaft nach L■ W■■■■, bestehend aus Frau ■■ W■■■■ und Herrn ■■■ H■■■, Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten der verstorbenen L■ W■■■■ bei dem sozialen Netzwerk Facebook unter dem Nutzerkonto "L■■■■" zu gewähren.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Klägerin und dem Vater der Erblasserin als Erbengemeinschaft stehe ein Anspruch auf Zugang zu dem Benutzerkonto „L■■■■“ ihrer verstorbenen Tochter aus dem auf sie im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB übergegangenem Nutzungsvertrag mit der Beklagten zu. Zwar könne an die Erben nicht das Eigentum an den Servern übergehen, weil diese nicht im Eigentum der Erblasserin gestanden hätten. Allerdings habe die Erblasserin aufgrund eines Vertrages mit der Beklagten, das Recht gehabt, auf diese Server zuzugreifen, und dieses Recht sei zusammen mit dem bestehenden Vertragsverhältnis auf die Erben der Erblasserin übergegangen. Auch dieses Vertragsverhältnis sei Vermögen im Sinne des § 1922 BGB. Ein weiterer sachenrechtlicher Bezug bzw. eine Materialisierung der Kommunikationsinhalte sei für die

Vererbbarkeit von Ansprüchen aus Verträgen nicht erforderlich. Dabei gelte das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge auch für die höchstpersönlichen Daten im digitalen Nachlass des Erblassers insbesondere auch in Bezug auf die Vertragsverhältnisse mit sozialen Netzwerken wie Facebook. Die Ansicht, nach der nur die vermögensrechtlichen Teile des digitalen Nachlasses, nicht hingegen die nicht-vermögensrechtlichen vererblich sein sollten, sei abzulehnen, denn eine eindeutige Bestimmung des vermögensrechtlichen Charakters eines Teils des digitalen Nachlasses sei praktisch nicht möglich. Eine solche Differenzierung sei den erbrechtlichen Regelungen des BGB auch fremd, wie sich aus § 2047 Abs. 2 BGB und § 2373 S.2 BGB ergebe. Eine unterschiedliche Behandlung des digitalen und des "analogen" Nachlasses lasse sich nicht rechtfertigen.

Die Vererblichkeit des schuldrechtlichen Verhältnisses zwischen der Erblasserin und der Beklagten sei nicht wegen besonderer Personenbezogenheit des Nutzungsvertrages ausgeschlossen. Zwar könne die Vererbbarkeit eines schuldrechtlichen Vertrages entsprechend dem Gedanken des § 399 1. Alt. BGB ausgeschlossen sein, wenn sein Inhalt in einem solchen Maße auf die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten zugeschnitten sei, dass bei einem Subjektwechsel die Leistung in ihrem Wesen verändert würde. Zwar zeigen die Nr. 8 und 9 der Facebook-Nutzungsbedingungen, dass ein Nutzerprofil stark auf die Person des Nutzers bezogen sei. Gleichwohl besteht eine Schutzbedürftigkeit der Beklagten insoweit nicht, als der Nutzungsvertrag dennoch regelmäßig ohne nähere Prüfung des Nutzers abgeschlossen wird und seine Identität auch im laufenden Betrieb nur in Ausnahmefällen kontrolliert werde.

Im Übrigen möge man zwar davon ausgehen, dass der Vertrag nicht insoweit auf die Erben übergehe, als er über die Nutzung des Accounts unmittelbar an die Person des Nutzers anknüpfe. Allerdings trete der Erbe die Rechtsnachfolge im Sinne einer Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB an allen vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Positionen an, soweit diese nicht dem höchstpersönlichen Bereich zuzuordnen seien oder einen überwiegenden Personenbezug aufweisen. Dies sei bei der schlichten Gewährung des Zugangs jedoch nicht der Fall, so dass der Erbe aus dem auf ihn übergegangenen Vertragsverhältnis Auskunftsansprüche in Form des Zugangs geltend machen könne.

Aus den Nr. 8 und 9 der Facebook-Nutzungsbedingungen lasse sich keine vertraglich vereinbarte Unvererbbarkeit des Nutzerkontos ableiten. Nach Sinn und Zweck dieser Regelungen gehe es der Beklagten dort nicht darum, die Vererbbarkeit des Kontos zu regeln, sondern die Sicherheit des Accounts zu gewährleisten.

Das postmortale Persönlichkeitsrecht der Erblasserin aus Art. 1 Abs. 1 GG stehe einer Zugangsgewährung nicht entgegen, denn eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts sei nicht zu befürchten. Die Erziehungsberechtigten seien nämlich Sachwalter des Persönlichkeitsrechtes ihrer Kinder, so dass eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts schon aus diesem Grunde ausscheidet. Eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts könne deshalb durch Kenntnisnahme der bei der Beklagten gespeicherten Inhalte nicht vorliegen, wenn - wie hier - der Erbe zugleich der Sorgeberechtigte gewesen sei. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es sich bei der Erblasserin um ein 15-jähriges Kind handele, das gerade an der Grenze der Einsichtsfähigkeit sei.

Die Gedenkzustands-Richtlinie der Beklagten, wie sie zwischen 2012 und 2014 gegolten habe, stehe einem Anspruch auf Zugangsgewährung nicht entgegen. Zwar würden die Erben in den Vertrag mit der Beklagten so eintreten, wie er von der Erblasserin geschlossen worden sei, mithin auch unter Zugrundelegung der Nutzungsbedingungen der Beklagten, jedoch sei die Gedenkzustands-Richtlinie unwirksam. Dass im Gedenkzustand eine Anmeldung zum Konto selbst mit gültigen Zugangsdaten für die Erben nicht mehr möglich sei, stelle eine unangemessene Benachteiligung der Nutzer und ihrer Erben gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB dar, denn sie beschränke in pauschaler Weise die grundsätzlich von der Rechtsordnung in § 1922 BGB vorgesehene Vererblichkeit eines Rechts zum einen dadurch, dass Dritte unabhängig von ihrer Erbenstellung mit der Beantragung des sog. Gedenkzustandes die Möglichkeit hätten, den Erben des Nutzers den Zugang zu ihnen zustehenden Inhalten unmöglich zu machen. Zum anderen komme der Gedenkzustand in der Form, wie er von der Beklagten ausgestaltet sei, nämlich ohne die Möglichkeit der Erben, diesen Zustand im Einzelfall rückgängig zu machen einem „Untergehen“ des zum Nachlass gehörenden Accounts gleich. Etwaige von einem Erblasser im Rahmen einer letztwilligen Verfügung getroffene Handlungsanweisungen bezüglich der Inhalte seines Accounts, die für den Umgang mit dem digitalen Nachlass maßgeblich seien, könnten ferner nach den Nutzungsbedingungen der Beklagten keinerlei Berücksichtigung finden.

Das Fernmeldegeheimnis aus § 88 Abs. 3 TKG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 GG stehe einer Zugangsgewährung ebenfalls nicht entgegen. Gegen eine uneingeschränkte Weitergabe an die Erben spreche auch nicht eine fehlende Einwilligung der Kommunikationspartner der Erblasserin. Einer Einwilligung sämtlicher Kommunikationspartner bedürfe es nämlich dann nicht, wenn das Verschaffen von Kommunikationsinhalten im Rahmen des für die geschäftsmäßige Erbringung erforderlichen Maßes im Sinne von § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG liege. Ein Verstoß gegen § 88 Abs. 3 TKG liege nämlich nicht vor, wenn sich die Herausgabe

von Inhalten im Rahmen des "für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderlichen Maß" halte. Da die Beklagte grundsätzlich nach erbrechtlichen Vorschriften auch verpflichtet ist, der Erbengemeinschaft den zu ihrem Nachlass gehörigen Account zugänglich zu machen, sei das "erforderliche Maß" als gewahrt anzusehen. Soweit der DAV die Auffassung vertrete, dass § 1922 BGB mangels ausdrücklichen Bezugs auf Telekommunikationsvorgänge keine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage sei, könne dem nicht gefolgt werden, denn eines solchen Hinweises bedürfe es nicht.

Die Zugangsgewährung sei der Beklagten auch nicht aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten unmöglich. Dabei sei - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht auf das irische Datenschutzrecht, sondern auch hier auf das Deutsche Datenschutzrecht abzustellen. Dies folge aus der Regelung des § 1 Abs. 5 BDSG. Dieser Vorschrift liegt Art. 4 der EG-Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG) zugrunde, die die Anwendbarkeit des einzelstaatlichen Rechts positiv regelt. Da die Bestimmungen in Art. 4 der Datenschutzrichtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt seien, müsse von einer unbedingten Verpflichtung ausgegangen werden, auf die sich der Einzelne vor den nationalen Gerichten berufen könne. Soweit die Beklagte dahin gehend argumentiere, dass gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a der EG-Datenschutzrichtlinie irisches Datenschutzrecht zur Anwendung komme, da sie eine verantwortliche Stelle im Sinne dieser Norm mit Niederlassung in der EU sei, die dort Daten verarbeite, könne dem nicht gefolgt werden. Allerdings sei mit dem Kammergericht (Urt. vom 24. Januar 2014 - 5 U 42112 - zit. nach juris, Rdnr. 123 ff) davon auszugehen, dass das bundesdeutsche BDSG anwendbar ist, weil Facebook Inc. in den USA als Muttergesellschaft die für die Verarbeitung der Daten Verantwortliche ist, da die für den Internetauftritt in Deutschland verwendeten Server und Anlagen im Ausgangspunkt von der Muttergesellschaft der Beklagten in den USA - also außerhalb der EU - vorgehalten würden. Aus dem Bundesdatenschutzgesetz ergebe sich nicht, dass die Beklagte an der Zugangsgewährung gehindert wäre. In Bezug auf die Erblasserin sei das BDSG schon nicht anwendbar, weil es keinen Schutz von Toten bezwecke. Etwas anderes gelte zwar in Bezug auf die Daten Dritter, denn grundsätzlich komme das BDSG hier zur Anwendung. Das Datenschutzrecht müsse aber hinter dem erbrechtlichen Befund im Wege praktischer Konkordanz zurückstehen. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Erben in die Stellung des Erblassers von Gesetzes wegen eintreten würde. Durch die Wirkung des § 1922 BGB erfolge kein Eingriff in die Rechte Dritter. Darüber hinaus könne aber auch von einem Auskunftsanspruch nach § 34 BDSG ausgegangen werden. Nach dieser Vorschrift habe die verantwortliche Stelle dem Betroffenen auf Verlangen Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten zu

erteilen. Da § 3 Abs. 1 BDSG als Betroffenen im Sinne dieses Gesetzes eine bestimmte oder bestimmbare Person bezeichne, beschränke sich das BSDG zwar grundsätzlich auf lebende Personen. Allerdings erscheine es unbillig, die Erben auf der einen Seite als Rechtsnachfolger des Erblassers anzusehen, auf der anderen Seite aber nicht als Betroffene im Sinne des § 34 BDSG.

Letztlich könne aber sogar dahin gestellt bleiben, ob vorliegend nicht doch irisches Datenschutzrecht anzuwenden sei, denn selbst wenn dies der Fall wäre, so stünde dies dem geltend gemachten Zugangsanspruch nicht entgegen. Nach Sect. 2 (c) und 2 A(a) des irischen Datenschutzgesetzes dürften Daten zwar nur weiter gegeben werden, wenn der verantwortlichen Stelle entweder das Einverständnis jedes einzelnen Betroffenen zur Weitergabe vorliege oder wenn die Offenbarungshandlung für die Durchführung des Vertrages notwendig sei. Diese Voraussetzung sei hier aber erfüllt, weil die Erben nach erfolgter Erbfolge in den bestehenden Vertrag eingetreten seien und die Beklagte dem Vertragspartner Zugang gewähren müsse.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Begründung des Landgerichts wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Gegen das ihr am 22. Dezember 2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 22. Januar 2016 Berufung eingelegt und diese innerhalb der bis zum 22. April 2016 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet.

Die Beklagte trägt zur Begründung ihrer Berufung vor, das Landgericht habe die Sach- und Rechtslage in dem angefochtenen Urteil in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft gewürdigt, indem es die Vererbbarkeit des streitgegenständlichen Facebook-Accounts und die Zulässigkeit der Gewährung des Zugangs zum streitgegenständlichen Facebook-Account durch die Erbengemeinschaft nach Datenschutzrecht bejaht habe.

Soweit das Landgericht von einer Vererbbarkeit des streitgegenständlichen Facebook-Accounts ausgegangen sei und dies damit begründet habe, dass der „digitale Nachlass“ nicht anders zu behandeln sei als der „analoge Nachlass“, verkenne es das grundlegende Problem der Diskussion um den „digitalen Nachlass“. Die Besonderheit bestehe darin, dass sich die Daten und Informationen, die ein Verstorbener in digitalen Medien hinterlassen habe, nicht auf einem körperlichen Gegenstand (Sache) befinden, der zum Nachlass gehöre (z. B. gespeichert auf einem Computer oder USB-Stick). Vielmehr seien die Daten und Informationen ausschließlich auf den Servern der Provider gespeichert. Dieser Unterschied

sei wesentlich. Denn der Grund, aus welchem in der „analogen Welt“ Tagebücher und Briefe auf den Erben übergehen, sei, dass der Erbe Eigentum an der körperlichen Sache „Tagebuch“ oder „Brief“ erhalte; und zwar unabhängig vom Inhalt. § 2042 Abs. 2 BGB und § 2373 Satz 2 BGB, auf die das Landgericht verweise, seien Ausdruck dieser Dogmatik. Denn beide Normen regelten den Verbleib einer Sache und seien somit kein Beleg dafür, dass die Vererbbarkeit von rein digitalen Inhalten (nicht-verkörpernte Daten und Informationen) identisch mit der Vererbbarkeit von auf einem körperlichen Gegenstand gespeicherten (verkörpert) Inhalten sein müsse. Im Falle des „digitalen Nachlasses“ an E-Mail- oder Social-Media-Accounts fehle es vielmehr an einer körperlichen Sache (die sich im Nachlass befinde) als Anknüpfungspunkt.

Im Ansatz noch zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB grundsätzlich auch schuldrechtliche Ansprüche und Vertragsverhältnisse erfasse. Das Landgericht sei jedoch zu Unrecht der Auffassung gefolgt, die eine Unterscheidung zwischen dem vermögensrechtlichen und nicht-vermögensrechtlichen Teil des (digitalen) Nachlasses verneine. Daten und Informationen in Briefen oder Tagebüchern gingen auf den Erben nur über, da der Erbe den Brief bzw. das Tagebuch als körperlichen Gegenstand erwerbe, soweit diese im Eigentum des Erblassers gestanden hätten. Soweit dies nicht der Fall sei, bedürfe es für die Vererbbarkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. (vgl. z. B. § 28 Abs. 1 UrhG). Soweit diese Ansicht damit begründet werde, dass eine Unterscheidung zwischen vermögensrechtlichen und nicht-vermögensrechtlichen Teil unpraktikabel sei, da digitale Inhalte in der Regel eine Mischung aus Inhalten vermögensrechtlicher und höchstpersönlicher Natur seien, werde dies der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter nicht gerecht. Es sei ein das Erbrecht prägender Gedanke, dass ausschließlich vermögensrechtliche Positionen vererbbar seien. Nicht-vermögensrechtliche, d.h. höchstpersönliche Rechtspositionen seien nicht vererbbar und erlöschen mit dem Tod des Erblassers. Dies sei Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Erblassers. Dieser Grundsatz finde auch bei der Bewertung der Vererbbarkeit von Vertragsbeziehungen Niederschlag, die nämlich dann nicht vererbbar seien, wenn der Inhalt der Vertragsbeziehung „höchstpersönlich“ sei. Diesen wesentlichen Grundgedanken des Erbrechts, könne man nicht ohne Weiteres mit Verweis auf Praktikabilitätsgründen übergehen. Gerade bei einem Social-Media-Dienst, wie ihn die Beklagte als eine Online-Plattform betreibe, die den Zweck habe, dass sich die Nutzer mit Freunden und Familien austauschten, seien die Inhalte und Daten, die in einem Account gespeichert seien, größtenteils privater (höchstpersönlicher) Natur. Würde man der Gegenansicht folgen, so würden Inhalte und Daten, die auf Grund ihrer höchstpersönlichen

Natur nicht vererbbar seien, von den vermögensrechtlichen Inhalten und Daten „infiziert“ und wären dem Schutz, den die Unvererbbarkeit bezwecke, entzogen.

Das Landgericht habe zu Unrecht die höchstpersönliche Natur des Vertrages zwischen der Beklagten und der Erblasserin verneint. Die Beklagten habe umfangreich zur höchstpersönlichen Natur des Vertrages zwischen ihr und der Erblasserin vorgetragen, insbesondere, dass es der Vertrag zwischen Nutzer und Beklagten dem Nutzer verbietet, das Facebook-Account Dritten zur Verfügung stellen oder auf Dritte zu übertragen. Auch ist jeder Nutzer verpflichtet, bei der Anmeldung zu den Facebook-Diensten seine wahre Identität anzugeben und keine falschen persönlichen Daten zu verwenden. Würde man eine Vererbbarkeit des Vertrages bejahen, so hätte dies zur Folge, dass der Erbe, d.h. eine andere Person als diejenige, die das Facebook-Account eingerichtet habe, dieses unter dem Namen und Verwendung der persönlichen Daten des Verstorbenen weiterverwende, ohne dass den anderen Nutzern klar wäre, dass sie es nicht mehr mit dem Verstorbenen zu tun haben. Der Erbe würde quasi unter der Identität des Erblassers auftreten.

Soweit das Landgericht seine Entscheidung damit begründe, dass der Vertrag zwischen der Beklagten und der Erblasserin - obwohl er stark auf die Person des Nutzers bezogen ist - vererbbar sei, da der Nutzungsvertrag „regelmäßig“ ohne nähere Prüfung des Nutzers abgeschlossen und die Identität des Nutzers im laufenden Betrieb nur in Ausnahmefällen kontrolliert werde, sei dies rechtsfehlerhaft, weil das Landgericht dabei die Anbieter unterschiedlicher Online-Dienste pauschal gleich behandle. Für die Bewertung, ob ein Vertragsverhältnis wegen besonderen Personenbezugs nicht vererbbar sei, müsse jedoch das konkrete Vertragsverhältnis geprüft werden. Hätte das Landgericht dies getan und die Sach- und Rechtslage zutreffend bewertet, hätte es die höchstpersönliche Natur des Vertrags zwischen der Beklagten und der Erblasserin bejahen müssen. Denn die Facebook-Dienste seien hauptsächlich zur Nutzung im privaten Bereich, zur Pflege von persönlichen Beziehungen von Menschen, die weltweit verteilt sind, bestimmt. Auf Grund dieser Bestimmung zur überwiegend privaten Zwecken unterscheide sich „Facebook“ von anderen sozialen Netzwerken. Die Registrierung bei Facebook sei daher mit einer Mitgliedschaft vergleichbar, die unmittelbar an die Person des Nutzers anknüpfe und nicht übertragen werden könne.

Die Bewertung des Landgerichts ist auch deswegen rechtsfehlerhaft, da es den (mutmaßlichen) Willen der Erblasserin nicht einbezogen habe, der für die Bewertung jedoch erheblich sei. Die Beklagten habe bestritten, dass die Erblasserin der Klägerin die Zugangsdaten zum streitgegenständlichen Facebook-Account gegeben habe. Wenn die

Erblasserin der Klägerin die Zugangsdaten nicht überlassen habe, könne auf den mutmaßlichen Willen der Erblasserin geschlossen werden, dass kein anderer – jedenfalls nicht die Erben - Zugang zum Facebook-Account haben sollte. Da diese Tatsache somit entscheidungserheblich sei, hätte das Landgericht eine Entscheidung ohne Beweiserhebung nicht treffen dürfen. Aber selbst wenn man davon ausgehe, dass die Erblasserin der Klägerin die Zugangsdaten überlassen habe, wären die Erben gleichwohl nicht berechtigt, das streitgegenständliche Facebook-Account einzusehen. Denn wie sich aus dem Vortrag der Klägerin ergebe, soll die Erblasserin die Zugangsdaten allein für den Zweck der Verhinderung eines Missbrauchs des Facebook-Accounts überlassen haben. Ein Missbrauch stehe hier (unstreitig) nicht im Raum.

Soweit das Landgericht meine, das postmortale Persönlichkeitsrecht der Erblasserin werde durch die Gewährung des Zugangs der Erben zum Facebook-Account der Erblasserin nicht beeinträchtigt, da es sich bei den Erben um die Erziehungsberechtigten der Erblasserin handele, die schließlich gemäß § 1626 BGB die Sachwalter des Persönlichkeitsrechts eines Kindes seien, könne dem nicht gefolgt werden. Da das Recht der elterlichen Sorge der Klägerin und des Vaters der Erblasserin mit dem Tode der Erblasserin erloschen sei, könne es nicht zur Begründung einer Zugangsberechtigung der Klägerin zum Facebook-Account der Erblasserin herangezogen werden.

Das Landgericht habe auch eine vertraglich vereinbarte Unvererbbarkeit des Facebook-Accounts rechtsfehlerhaft verneint. Zum einen sei es unzutreffend, dass eine Regelung zur Sicherheit des Accounts nicht (auch) die Unvererbbarkeit des Kontos zum Gegenstand haben könne. Darüber hinaus sei die Auslegung des Landgerichts rechtsfehlerhaft nicht am wirklichen Willen der Parteien erfolgt (§§ 133, 157 BGB), in dem das Landgericht die Hinweise der Beklagten zum "Gedenkzustand" im „Hilfe“-Bereich ihrer Internetseite in die Bewertung nicht einbezogen habe. Aus diesen Hinweisen werde deutlich, dass das Facebook-Account im Todesfall des Nutzers nicht fortgeführt werde. Für den Nutzer sei somit der Wille der Beklagten erkennbar, dass das Facebook-Account nicht vererbbar sein solle. Diesen Hinweis hätte das Landgericht in die Auslegung des Vertrages einfließen lassen müssen.

Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Gedenkzustandsrichtlinie der Beklagten nach §§ 307 ff. BGB unwirksam sei, weil hierdurch die Rechte der Erben nach § 1922 BGB beschränkt würden. § 1922 BGB greife vorliegend jedoch nicht, da die Vertragsbeziehung zwischen der Beklagten und ihren Nutzer nicht vererbbar sei. Daher sei die Gedenkzustandsrichtlinie auch nicht nach §§ 307 ff. BGB unwirksam.

Das Landgericht habe das TKG unzutreffend angewendet. Entgegen dem Landgericht stelle es einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar, wenn die Beklagte der Klägerin den von ihr begehrten Zugang zum streitgegenständlichen Facebook-Account gewährte. Eine Weitergabe von Kenntnissen, die dem Fernmeldegeheimnis unterlägen, sei nur zulässig, soweit dies eine gesetzliche Vorschrift vorsehe, die sich ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge beziehe (sog. kleines Zitiergebot). § 1922 BGB erfülle diese Anforderungen hingegen nicht.

Das Landgericht habe zudem rechtsfehlerhaft entschieden, dass die Gewährung des von der Klägerin begehrten Zugangs zum Facebook-Account der Erblasserin nicht gegen das anwendbare Datenschutzrecht verstoße. Die Beklagten habe insoweit vorgetragen, dass sie die verantwortliche Stelle sei und sie es auch sei, die die Daten der (deutschen) Facebook-Nutzer verarbeite. Diese Verarbeitung finde in Irland statt. Dieser Vortrag sei von der Klägerin nicht bestritten worden und ergebe sich aus den Nutzungsbedingungen und der Datenschutzrichtlinie der Beklagten. Aus diesem Grund gelte nach § 1 Abs. 5 Satz 1 BDSG irisches Datenschutzrecht. Das Landgericht habe (in seinen Hilfserwägungen) einen Datenschutzrechtsverstoß nach irischem Recht zu Unrecht verneint. Zwar ist zutreffend, dass Sec. 2 A(1)(B)(i) IDSG die Offenbarung von Daten ohne Zustimmung des Betroffenen erlaube, wenn dies zur Durchführung des Vertrages notwendig sei, dessen Partei der Betroffene sei. Jedoch greife diese Regelung entgegen der Ansicht des Landgerichts hier nicht ein, da der Vertrag zwischen der Beklagten und der Erblasserin nicht vererbbar sei und die Erben daher nicht in diesen eingetreten seien.

Darüber hinaus habe das Landgericht die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten, die mit der von der Klägerin begehrten Zugangsgewährung einher geht, auch nach - nicht anwendbarem – deutschem Datenschutzrecht zu Unrecht bejaht. Das Landgericht habe nämlich auf das falsche Gesetz abgestellt, indem es seine Entscheidung auf Regelungen des BDSG gestützt habe; das gelte jedenfalls für die Bestands- und Verbindungsdaten bzw. Bestands- und Nutzungsdaten. Das BDSG werde nämlich insoweit von bereichsspezifischen Datenschutzregelungen §§ 12 ff. TMG verdrängt. Hiernach sei die Übermittlung der personenbezogenen Daten, die mit dem von der Berufungsbeklagten begehrten Zugang zum Facebook-Account der Erblasserin verbunden sei, unzulässig. Da die Übermittlung dieser Daten an die Klägerin nicht für die Inanspruchnahme des Facebook-Dienstes durch die betroffenen Nutzer erforderlich sei, würde diese außerhalb des Zwecks erfolgen, für den die Daten ursprünglich erhoben worden seien (vgl. § 15 Abs. 1 TMG). Diese zweckfremde Nutzung sei nur erlaubt, wenn eine Rechtsnorm dies gestatte, die sich

ausdrücklich auf Telemedien beziehe (§ 12 Abs. 1 TMG), sog. Zitiergebot. Als Ermächtigungsnorm komme insoweit § 1922 BGB nicht in Betracht, da sich § 1922 BGB nicht ausdrücklich auf Telemedien beziehe.

Das Landgericht gehe rechtsfehlerhaft davon aus, dass sich die Klägerin auf einen Auskunftsanspruch nach § 34 BDSG stützen könne, da im Anwendungsbereich von § 34 BDSG auch die Erben berechtigt sein müssten. Hierbei verkenne das Landgericht zum einen, dass das BDSG keinen gespalteten Begriff des Betroffenen kenne. Der Betroffene sei in § 3 Abs. 1 BDSG legaldefiniert. Auch verkennt das Landgericht den Sinn und Zweck des BDSG. Dieser bestehe im Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, die sich darin verwirklicht, dass der Betroffene selbst über die Preisgabe seiner Daten entscheiden könne. Die Klägerin begehrt jedoch die Überlassung der Daten nicht zum Zwecke des Schutzes des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Erblasserin, sondern um die Umstände des Todes der Erblasserin aufzuklären.

Schließlich sei der Klageantrag zu unbestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und der Tenor zu 1. des angefochtenen Urteils somit nicht vollstreckbar. Es sei nicht erkennbar, was mit "Zugang zum vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten" gemeint sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 17. Dezember 2015, Aktenzeichen 20 O 172/15, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass ihr nicht erkennbar sei, was mit der Formulierung "Zugang zum vollständigen Benutzerkonto und den darin enthaltenen Kommunikationsinhalten" gemeint sei. Die Beklagte selbst halte der Erbengemeinschaft nach L■ W■■■■■ und somit auch der Klägerin die Inhalte des Facebook-Accounts der Erblasserin widerrechtlich vor um sich in Folge darauf zu berufen, dass weder die Klägerin noch das Landgericht diese Inhalte genau benennen konnten. Dies sei erkennbar sachwidrig, da die einzigen Personen, die überhaupt

den Inhalt des Facebook-Accounts der Erblasserin benennen könnten, die Beklagte und/oder die Facebook Inc. seien.

Soweit die Beklagte im Folgenden darauf verweist, dass ausschließlich vermögensrechtliche Positionen vererbbar seien, müsse dies als eine rein theoretische, rechtsdogmatische Betrachtungsweise eingeordnet werden, die sich nicht ansatzweise in die Praxis übertragen lasse. In der Praxis sei die Frage, ob nun eine vermögensrechtliche oder eine nichtvermögensrechtliche Position vorliege, schlicht nicht aufzulösen. Wie das Landgericht unter Heranziehung der gesetzlichen Wertung der § 2047 Abs. 2 BGB und § 2373 S. 2 BGB richtig festgestellt habe, habe der Gesetzgeber eine Differenzierung zwischen vermögensrechtlichen und nicht-vermögensrechtlichen Teilen des Nachlasses dementsprechend auch nicht angeordnet. Darüber hinaus verkenne die Beklagte, dass die Trennung zwischen vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Positionen nun einmal vorgenommen werden müsse und hierzu am ehesten der Erbe bzw. die Erbengemeinschaft berufen sei. Dementsprechend habe der Gesetzgeber den Erben gegenüber Dritten mit weitgehenden Befugnissen hinsichtlich der Feststellung des Erbumfangs ausgestattet, z.B. §§ 2027, 2028 BGB.

Soweit die Beklagte darauf abstelle, dass die Daten und Informationen auf fremden Sachen gespeichert seien, verkenne sie den Kern der Gesamtrechtsnachfolge. Das Erbe umfasse nicht lediglich das Eigentum an einer körperlichen Sache. Das Gesetz statuiert gerade keine Sacheigentumsnachfolge, sondern ausdrücklich eine Gesamtrechtsnachfolge. §§ 2047 Abs. 2, 2373 Abs. 2 BGB seien Ausdruck dafür, dass das Erbe sich nicht nur auf vermögensrechtliche Positionen erstrecke, sondern auch vordergründig vermögensrechtlich nicht relevante Gegenstände vom Erbe umfasst seien. Insoweit in der Literatur zwischen Daten auf Festplatten im Besitz des Erben und Daten auf Datenträgern, zu denen der Erbe keinen Zugriff hat, unterschieden werde, beziehe sich diese Unterscheidung vorrangig auf die praktische Schwierigkeit des Zugriffs auf die gespeicherten Daten für den Fall, dass der Erbe gerade keinen Zugriff auf den jeweiligen Datenträger habe. Eine Unterscheidung im Sinne einer unterschiedlichen Qualität des Zugriffsrechts werde damit nicht intendiert.

Selbst wenn Trennung von vermögensrechtlichen und nicht-vermögensrechtlichen Teilen möglich sei, sei ein Facebook-Nutzerprofil jedenfalls als vermögensrechtliche Position anzusehen. Es sei nicht ersichtlich, dass der Inhalt eines Facebook-Nutzerprofils von vornherein nur nicht-vermögensrechtliche Positionen beinhalten könne. Die Beklagten negiere hiermit nicht nur das Recht des Erben in den Nutzungsvertrag zwischen der Verstorbenen und der Beklagten einzutreten. Vielmehr negiere sie bereits das Recht des Erbens sich einen Überblick über den Umfang der Erbschaft zu verschaffen. Gerade diese

Sichtung des Erbes, verbunden mit einer Auskunftspflicht von Dritten (vgl. z.B. §§ 2027, 2028 BGB) sei ein wesentlicher Pfeiler des deutschen Erbrechts, um zu Gunsten des Erben die Voraussetzungen für eine Entscheidung in der für ihn überragend wichtigen Frage der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft (vgl. §§ 1943 ff. BGB) zu schaffen.

Die Dienste der Beklagten hätten auch keinen höchstpersönlichen Charakter. Mithin ergebe sich ein genereller Anspruch der Klägerin auf Zugang ohne weiteres bereits aus der in § 1922 BGB angeordneten Gesamtrechtsnachfolge. Daher sei nicht darauf abzustellen, dass der Gesetzgeber den Übergang des "digitalen Nachlasses" im Wege des Erbes bislang nicht spezialgesetzlich angeordnet hat. Auf Basis der gesetzgeberischen Anordnung der Gesamtrechtsnachfolge ist vielmehr darauf abzustellen, ob der Gesetzgeber den Ausschluss des "digitalen Nachlass" von der Gesamtrechtsnachfolge, wie z.B. die Mitgliedschaft in einem Verein, vgl. § 38 BGB oder den Abtretungsausschluss, vgl. § 399 BGB gezielt angeordnet habe..

Das Landgericht habe zutreffend festgestellt, dass die Klägerin als Elternteil und Erziehungsberechtigte Sachwalter des Persönlichkeitsrechtes ihres Kindes seien. Dies gelte auch über den Tod des Kindes hinaus, insbesondere wenn dies im Todeszeitpunkt noch nicht voll einsichtsfähig gewesen sei

Das Landgericht habe richtigerweise ausgeführt, dass die Gedenkzustandsrichtlinie jedenfalls in der vorliegend relevanten Form zwischen 2012 und 2014 gegen §§ 305 ff. BGB verstoße und mithin unwirksam sei. Durch die Gedenkzustands-Regelungen habe die Beklagten pauschal und ohne erkennbare Rechtfertigung die durch die Rechtsordnung grundsätzlich vorgesehene Vererblichkeit eines Rechts ausgeschlossen.

Auch ein Verstoß gegen § 88 Abs. 3 S. 3 TKG sei nicht gegeben. In der Zugangsgewährung zu Gunsten der Berufungsbeklagten liege bereits keine "Weitergabe an andere" i. S. d. § 88 Abs. 3 S. 3 TKG vor. Der Erbe rücke vielmehr direkt und in vollem Maße in die vertraglichen Rechtsverhältnisse des Erblassers ein. Zudem müsse es in § 88 Abs. 3 S. 3 TKG erwähnte 'kleine Zitiergebot' zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses im vorliegenden Fall ebenfalls hinter dem selbständigen Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1. S. 1 GG auf das Recht des Erblassers, sein Vermögen an denjenigen zu vererben, dem er es vererben möchte, sowie das Recht des Erben, mit dem Tod des Erblassers in dessen vermögensrechtliche Rechtsposition einzutreten, zurücktreten.

Die Zugangsgewährung verstoße auch nicht gegen Datenschutzrecht. Deutsches Datenschutzrecht sei anwendbar. Auch im Datenschutzrecht bestehe die Möglichkeit einer freien Rechtswahl. Vorliegend sei die Ausgestaltung eines Vertrages zwischen zwei Personen Gegenstand des Verfahrens, mithin ein privates Rechtsverhältnis.

Die Beklagten habe auch 2012 für Nutzer mit Wohnsitz in Deutschland eigene Nutzungsbedingungen vorgehalten, in denen sie die Anwendung deutschen Rechts erkläre. Diese Vereinbarung beziehe sich folgerichtig auch auf den privatrechtlichen Teil des Datenschutzrechts.

Entgegen der Ansicht der Beklagten bestehe zugunsten der Erbengemeinschaft und mithin der Klägerin zudem ein Auskunftsanspruch aus § 34 Abs. 1 BDSG. Vorliegend sei eine Auskunft zwingende Voraussetzung für die Abwehr eines gegen die Erbengemeinschaft geltend gemachten vermögensrechtlichen Anspruchs eines Dritten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

A.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere übersteigt der Wert des Beschwerdegegenstands für die Beklagte 600,- € (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die vom Landgericht ausgesprochene Verurteilung der Beklagten, der Erbengemeinschaft "Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten" zu gewähren, kommt inhaltlich einem Auskunftsanspruch über die im Account befindlichen Kommunikationsinhalte nahe. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH bemisst sich der gem. §§ 2, 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzende Beschwerdewert für das Rechtsmittel der zur Auskunftserteilung verurteilten Partei nach ihrem Interesse, die Auskunft nicht erteilen zu müssen. Dabei ist im Wesentlichen darauf abzustellen, welchen Aufwand an Zeit und Kosten die Erteilung der Auskunft erfordert und ob die verurteilte Partei ein schützenswertes Interesse daran hat, bestimmte Tatsachen vor dem Gegner geheim zu halten (BGH NJW 2011, 2974). Bei der Bewertung des Interesses der Beklagten, die Auskunft nicht erteilen zu müssen, war vorliegend neben dem dafür erforderlichen Aufwand insbesondere das Interesse zu beachten, als Telekommunikationsdiensteanbieter und Telemediendiensteanbieter durch eine entsprechende Zugangsgewährung nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften wie das Telekommunikationsgesetz zu verstoßen. Der Senat schätzt danach den Wert des Interesses, den Zugang nicht gewähren zu müssen, nach § 3 ZPO auf 10.000,- €.

B.

Die Berufung der Beklagten ist auch begründet.

Der Klägerin steht der gegen die Beklagte geltend gemachte Anspruch, der Erbgemeinschaft nach L■ W■■■■■, bestehend aus Frau ■■ W■■■■■ und Herrn ■■■■ H■■■■, Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten der verstorbenen L■ W■■■■■ bei dem sozialen Netzwerk Facebook unter dem Nutzerkonto "L■ ■■■■■" zu gewähren, nicht zu, so dass das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen war.

Dabei hat der Senat vollstes Verständnis für das Anliegen der Klägerin und des Vaters der Erblasserin, das Facebook-Account ihrer Tochter durchzusehen, um die Hintergründe ihres tragischen Todes auf diese Weise vielleicht etwas erhellen zu können. Der Senat sieht sich aber rechtlich daran gehindert, diesem Ansinnen zum Erfolg verhelfen zu können.

Dabei ist davon auszugehen, dass die Klage der Klägerin zulässig ist (1.) und sich ein Anspruch der Klägerin grundsätzlich aus § 1922 BGB ergeben könnte (2.). Der Durchsetzung eines solchen Anspruchs steht jedoch das Telekommunikationsgeheimnis gemäß § 88 Abs. 3 TKG entgegen (3.). Weitere Anspruchsgrundlagen stehen der Klägerin schließlich nicht zur Seite (4.).

1. Die Klage ist zulässig.

- a) Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, die trotz der Regelung des § 513 Abs. 2 ZPO auch in zweiter Instanz von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGH, Urt. v. 19.03.2015, I ZR 94/13 für die Revisionsinstanz und § 545 Abs. 2 ZPO; vgl. auch Art. 25 EuGVVO), ist gegeben. Abgesehen von den zutreffenden Erörterungen des Landgerichts zur internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 16 Abs. 1 2. Alt. EuGVVO i. V. m. Art 15 Abs. 1 c und Abs. 2 EuGVVO ergibt sich die internationale Zuständigkeit jedenfalls nach Art. 24 EuGVVO durch rügeloses Einlassen der Beklagten vor dem Landgericht.
- b) Der Klageantrag ist entgegen der Ansicht der Beklagten hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Ein Antrag ist hinreichend bestimmt, wenn der

Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts klar umrissen sind, sich der Beklagte erschöpfend verteidigen kann und nicht dem Vollstreckungsorgan die Entscheidung überlassen bleibt, was dem Beklagten aufgegeben oder verboten ist (BeckOK ZPO/Bacher ZPO § 253 Rn. 57-58a, beck-online). Dabei ist der Antrag auszulegen, und zwar danach, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohl verstandenen Interessenlage entspricht (Musielak/Voit ZPO/Foerste ZPO § 253 Rn. 29, beck-online, m. w. N. zur Rspr. des BGH). Diesen Erfordernissen entspricht der von der Klägerin gestellte Antrag. Der Beklagten kann nicht darin gefolgt werden, dass der Antrag nicht hinreichend bestimmt und der entsprechenden Urteilstenor daher auch nicht vollstreckungsfähig sei, da der darin verwendete Begriff der "Kommunikationsinhalte" und auch der Begriff des "Zugangs" unklar sei.

aa) Hinsichtlich des Begriffs der "Kommunikationsinhalte" wendet die Beklagte einerseits ein, dass es sich dabei nur um eine Unterkategorie sämtlicher Inhalte eines Facebook-Accounts handelt. Unklar sei daher, ob z.B. auch hochgeladene Updates, wie z. B. Urlaubsfotos, die an keinen bestimmten Facebook-Nutzer gerichtet seien, von diesem Begriff umfasst werden sollten. Dabei verkennt die Beklagte allerdings, dass der Antrag bzw. der Tenor sich nicht nur auf Kommunikationsinhalte bezieht, sondern auf den vollständigen Zugang zum Benutzerkonto, woraus ersichtlich wird, dass die Klägerin Zugriff auf alle Inhalte des Accounts will und die Kommunikationsinhalte wegen ihrer Bedeutung für die Klägerin nur besonders erwähnt werden. Auch soweit der Beklagten unklar ist, ob mit Kommunikationsinhalten auch diejenigen gemeint sind, die die Erblasserin auf den Facebook-Profilen anderer Nutzer veröffentlicht hat, lässt sich dies durch eine einfache Auslegung des Antrags klären. Soweit es darin heißt, "Zugang [...] zu den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten", ergibt sich daraus, dass Zugang zu den Inhalten geschuldet wird, die aus dem Account der Erblasserin selbst ersichtlich sind, ohne (als Freund) einen anderen Account öffnen zu müssen.

bb) Auch hinsichtlich des Begriffs des "Zugangs" sieht der Senat keine Unbestimmtheit des Antrags. "Zugang" bedeutet nach Ansicht des Senats insoweit, sich wie der eigentliche Inhaber im Account bewegen und die entsprechenden Inhalte wahrnehmen zu können. Es geht also um die Ermöglichung des Zugriffs auf die im Account befindlichen Inhalte im Sinne eines passiven Leserechts. Dagegen

geht die weitere Nutzung des Accounts als eigenes Kommunikationsmittel der Erben über den Begriff des "Zugangs" hinaus. Dass sich aus dem Begriff des "Zugangs" nicht ergibt, auf welche Art und Weise das passive Leserecht zu gewähren ist, ist unschädlich. Denn der Umstand, dass die Erben sich nicht einfach mit den ihnen möglicherweise bekannten Anmeldedaten der Erblasserin Zugang zum Account verschaffen können, liegt daran, dass die Beklagte den Account in den sog. Gedenkstatus versetzt und somit den "üblichen" Zugang verhindert hat. Insoweit kann man die Beklagte als "Störer" des Zugangs bzw. den Zugang als "mangelbehaftet" ansehen. In den Fällen der Beseitigung einer Störung bzw. eines Mangels genügt es für die Bestimmtheit des Antrags, den begehrten Erfolg zu bezeichnen, während die Wahl zwischen mehreren zur Beseitigung geeigneter Mittel dem Schuldner verbleibt (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 253 Rn. 13c; vgl. auch Musielak/Voit ZPO/Foerste ZPO § 253 Rn. 30-33, beck-online). Dementsprechend ist auch hier der Erfolg "Zugang zu den Inhalten" als ausreichend bestimmte Angabe anzusehen, während die Frage, auf welche Weise die Beklagte diesen Zugang gewähren will (z. B. durch Aufhebung des Gedenkstatus, Vergabe eines "Kennworts" oder Überlassung der Inhalte auf Datenträgern etc.), Sache der Beklagten bleibt.

2. Es kann offenbleiben, ob der Klägerin und dem Vater der Erblasserin in Erbengemeinschaft aus erbrechtlicher Sicht nach § 1922 BGB ein Anspruch auf Zugang zu dem Benutzerkonto der Erblasserin zusteht.
 - a) Das Landgericht ist dabei zunächst zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei dem zwischen der Erblasserin und der Beklagten geschlossenen Vertrag um einen schuldrechtlichen Vertrag mit miet-, werk- und dienstvertraglichen Elementen handelt (vgl. Bräutigam, MMR 2012, 635, 649). Weiter ist dem Landgericht im Ergebnis soweit Recht zu geben, als grundsätzlich auf Grund der Universalsukzession des § 1922 BGB eine "Vererbung des Facebook-Accounts" durch Eintritt in die Rechts- und Pflichtenstellung des zwischen der Erblasserin und der Beklagten geschlossenen Vertrages möglich ist. Dies entspricht auch der wohl herrschenden Ansicht in der Literatur, wonach zwar nicht der "digitale Nachlass" als dingliches Recht, Sondervermögen o. Ä. (vgl. Staudinger/Kunz (2017) BGB § 1922 Rn. 600), sondern das zwischen dem Erblasser und dem Provider vereinbarte schuldrechtliche Accountverhältnis vererblich sein kann (a.a.O. Rn. 619 m. w. N.). Denn der auf Erbringung von Onlinediensten (wie z. B. E-Mail-Dienste oder Social-Media-

Plattformen) gerichtete Vertrag geht als Vertragsverhältnis mit dem Tod des Accountinhabers auf die Erben über. Das Vermögen i. S. d. § 1922 BGB umfasst als Inbegriff aller geldwerten Rechtsbeziehungen auch vertragliche Verpflichtungen aus geschlossenen Verträgen; damit tritt der Erbe nach § 1922 BGB in das vermögensrechtliche Vertragsverhältnis mit dem Diensteanbieter ein (Herzog in: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Aussüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, S. 51, künftig: DAV-Stellungnahme). Grundsätzlich steht dem Erben nun derselbe Anspruch auf Zurverfügung-Stellung der "in seinem Account" gespeicherten Inhalte als Hauptleistungspflicht wie zuvor dem Erblasser zu (Herzog, a.a.O. S. 52).

- b) Ist von einer grundsätzlichen Vererbbarkeit eines "Accountinhalts" im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Eintritt in die entsprechende Rechts- und Pflichtenstellung des den Account regelnden Vertrages auszugehen, stehen dem auch nicht der Inhalt und die Gestaltung der Facebook-Verträge an sich bzw. andere individuelle Umstände im vorliegenden Fall entgegen, wovon auch das Landgericht zu Recht ausgegangen ist. Dabei hat das Landgericht nicht übersehen, dass nach den Nutzungsbedingungen der Beklagten ein Nutzerprofil "stark auf die Person des Nutzers bezogen" ist. Im Ergebnis ist dem Landgericht aber Recht zu geben, dass sich daraus weder eine vertraglich vereinbarte noch eine sich aus dem Wesen des Vertrages ergebende Unvererblichkeit des Zugangs zum Account ergibt und auch die Beklagte daraus nicht in einem besonderen Maße zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, das der Erfüllung erbrechtlicher Zugangsansprüche zum Account entgegenstehen könnte.

aa) Richtig ist, dass sich in den Nutzungsbedingungen der Beklagten unter Nr. 4 Ziff. 8 und 9 Regelungen finden, die die Leistungserbringung der Beklagten gegenüber ihren Nutzern in einem gewissen Rahmen als personalisiert erscheinen lässt. Danach ist es dem Nutzer untersagt, sein Passwort mit anderen zu teilen bzw. Dritten Zugang zu seinem Account zu gewähren. Auch eine Übertragung des Accounts ohne vorherige schriftliche Genehmigung der Beklagten ist den Benutzern danach untersagt. Daraus ergibt sich aber noch keine vereinbarte Unvererblichkeit. Diese Vorschriften beziehen sich nur auf das Verhalten der Nutzer zu Lebzeiten, treffen aber keine Aussagen darüber, ob und inwieweit Rechte aus dem Vertrag im Falle des Todes des Nutzers auf die Erben übergehen. Dies gilt auch für den von Facebook im

Falle einer Todesmeldung vorgesehenen Gedenkstatus des Accounts des betroffenen Nutzers. Auch die über die Hilfeseiten der Beklagten ersichtlichen Hinweise zum Gedenkstatus enthalten keine Regelungen über die Vererblichkeit von Rechten aus dem Nutzervertrag. Vielmehr handelt es sich insoweit um eine Leistungsbeschreibung im Sinne des § 307 Abs. 3 BGB, mit deren Hilfe die Beklagte in Verbindung mit ihren in den Nutzungsbedingungen enthaltenen Regeln zur Personalisierung die von ihr angebotene Leistung in der Weise beschreiben möchte, dass sie ihre Dienste grundsätzlich personenbezogenen und auf die Lebzeiten ihres Vertragspartners begrenzt erbringen möchte, indem der Account eines Nutzers im Falle des Todes des Nutzers in den besonderen Gedenkzustand versetzt wird, der eine weitere aktive Nutzung des Accounts verhindert. Als eine Regelung, die lediglich den angebotenen Inhalt der Leistung bestimmt, ist die Regelung über den Gedenkstatus einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB entzogen. Ihrem Inhalt nach ist aber auch nicht ersichtlich, dass sie der Annahme einer Vererblichkeit in dem Sinne entgegensteht, dass den Erben zwar die aktive Fortführung des Accounts nicht möglich ist, jedoch ein Zugang zum Account gegeben ist, um die sonstigen, sich aus dem Nutzungsvertrag ergebenden Rechte, wie z. B. das Recht, auf gespeicherte Inhalte zugreifen zu können ("passives Leserecht"), als Erbe nach § 1922 BGB geltend machen zu können.

bb) Auch aus dem Wesen des Vertrages ergibt sich nicht seine Unvererblichkeit. Dies soll analog § 399 BGB der Fall sein, wenn die vertraglichen Leistungen einem anderen (also den Erben) nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erbracht werden kann können. Insoweit wird angenommen, dass ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners bestehen kann, nur an eine bestimmte Person leisten zu müssen, so dass ein beliebiger Gläubigerwechsel unzumutbar wäre. Dies hat das Landgericht zu Recht, aber mit nur teilweise zutreffender Begründung verneint. Richtig ist, dass die Nutzungsbedingungen der Beklagten zu einem stark persönlichkeitsbezogenen Account führen sollen. Die Frage, ob sich daraus eine besondere Schutzbedürftigkeit der Beklagten im Hinblick auf die Person des Vertragspartners ergibt, hängt dabei nach Ansicht des Senats aber nicht davon ab, ob die Beklagte die Identität ihrer Vertragspartners tatsächlich kontrolliert. Bei genauerer Betrachtung ergibt sich vielmehr, dass die Leistung der Beklagten sich letztlich darin erschöpft, den Nutzern eine Kommunikationsplattform zu Verfügung zu stellen und deren Kommunikationsinhalte zu vermitteln, so dass durch eine Änderung in der Person des Vertragspartners die von der Beklagten zu erbringenden Leistungen in ihrem Charakter nicht verändert wird. Die Personifizierung des Accounts dient dabei nur der

“Ordnung der Verhältnisse”, nicht aber einem besonderen Interesse der Beklagten, nur an bestimmte Personen Leistungen erbringen zu müssen, wie auch das an alle gerichtete Angebot zeigt, sich bei Facebook zu registrieren (von der Nutzung sollen nach den Nutzungsbedingungen nur Kinder unter 13 Jahren und verurteilte Sexualstraftäter ausgeschlossen sein, vgl. Ziffer 4 der Nutzungsbedingungen).

cc) Eine besondere Verschwiegenheitsverpflichtung der Beklagten analog derjenigen von Ärzten oder Rechtsanwälten hat das Landgericht zu Recht abgelehnt. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte ein besonderes, gesteigertes Vertrauen ihrer Nutzer in Anspruch nimmt, welches es - wie zum Beispiel im Arzt-Patienten-Verhältnis - rechtfertigen könnte, von einer Verschwiegenheitspflicht grundsätzlich auch gegenüber den Erben auszugehen. Bräutigam (in DAV-Stellungnahme, S. 55) sieht das Verhältnis zu Recht eher vergleichbar mit dem zu einer Bank, bei dem nach dem Tod des Kunden Auskunftsansprüche ebenfalls auf die Erben übergehen

c) Die vom Landgericht vorgenommene schuldrechtliche Einordnung des Vertrages zwischen der Erblasserin und der Beklagten stellt die Beklagte nicht in Frage. Sie wendet sich aber gegen die daran vom Landgericht geknüpfte Folge, dass dem Erben aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB auch ein Zugang zu den im Account vorhandenen höchstpersönlichen Inhalten zusteht. Dieser Ansicht folgt auch die herrschende Meinung in der Literatur.

aa) Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass sich aus den oftmals - wie z. B. auch vom Landgericht - zur Stützung der herrschenden Meinung herangezogenen Vorschriften der § 2047 Abs. 2 bzw. § 2373 S. 2 BGB keine Regelung über die Vererbbarkeit nicht vermögensrechtlicher, d. h. höchstpersönlicher Rechtspositionen ergibt. Denn beide Vorschriften setzen einen stattgefundenen Erbgang aufgrund der dinglichen Verkörperung der höchstpersönlichen Inhalte voraus und regeln nur ihren Verbleib bei den Erben im Falle einer Erbteilung bzw. eines Erbteilverkaufs. Eine eigenständige Vererblichkeit solcher höchstpersönlicher Inhalte regeln diese Vorschriften dagegen nicht. Auf der anderen Seite nimmt es das Gesetz aber offensichtlich hin, dass über die Verkörperung und den damit einhergehenden Vermögensbezug auch höchstpersönliche Inhalte dem Erben zukommen, auch wenn diese nach der Konzeption des § 1922 BGB und der Annahme eines postmortalem

Persönlichkeitsrechts eigentlich nicht den Erben, sondern allenfalls den Angehörigen als Hüter dieses postmortalen Persönlichkeitsrechts treuhänderisch zugestanden hätte.

bb) Das Problem, das sich bei einem nach § 1922 BGB gewährten Zugang der Erben zu einem Inhalt beispielsweise eines E-Mail-Accounts im Hinblick auf die möglichen Dateninhalte stellt, ist die Frage, ob bei einem erbrechtlichen Zugriff auf E-Mails getrennt werden muss zwischen ideeller (E-Mail mit höchstpersönlichem Inhalt) und vermögensrechtlicher E-Mail (Bräutigam in Stellungnahme des DAV zum digitalen Nachlass (S. 23 ff)). Die Praxis würde bei der Differenzierung zwischen vermögensrelevanter und höchstpersönlicher E-Mails vor kaum lösbare Probleme gestellt. Man müsste den Inhalt des gesamten Accounts analysieren, um eine Unterscheidung vornehmen zu können, was unabhängig von der Geltung des Fernmeldegeheimnisses auch in diesem Verhältnis niemandem zuzumuten sein dürfte, insbesondere nicht dem Provider oder etwa staatlichen Einrichtungen. Zur Wahrung des postmortalen Persönlichkeitsrechts wäre insoweit von einer Infektion des gesamten Kontos aufgrund der Existenz von höchstpersönlichen E-Mails auszugehen (vgl. Bräutigam a.a.O.).

cc) Als Lösung des Problems schlagen der DAV und der überwiegende Teil der Literatur vor, dass sich der aus § 1922 BGB ergebende Eintritt in die Rechte des Accountvertrages auf alle, d. h. auch auf höchstpersönliche Inhalte bezieht. Dazu führt Herzog in der DAV-Stellungnahme (S. 52 ff) aus:

“Auch hier wird vertreten, dass dies dann nicht gilt, wenn die Inhalte privater Natur sind. Mehr spricht dafür, dies unabhängig davon gelten zu lassen, welchen Inhalt die E-Mails oder Homepagedaten haben. Denn wenn bei verkörperten Gedankenerklärungen in Unterlagen, auf Briefen oder in Tagebüchern in Bezug auf die Zugehörigkeit zum Nachlass nicht danach differenziert wird, ob es sich um Vermögenswerte oder höchstpersönliche Informationen handelt, so wird man dies auch bei nicht verkörperten Gedankenerklärungen wie einer E-Mail nicht tun. Es ist auch kaum eine Grenzziehung möglich; [...] Die Alternative bestünde darin, dem Provider aufzuerlegen, alle Daten zu löschen. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass gewichtige rechtsgeschäftliche Beziehungen der geordneten Abwicklung durch die Erben bedürfen, als zu weitgehend.”

dd) Diese Ansicht erscheint zunächst überzeugend, vor allem hinsichtlich des Umstands, dass nicht ersichtlich ist, wer eine Trennung der gespeicherten Daten ihrem Inhalt nach vornehmen sollte. Die Diensteanbieter erscheinen dafür jedenfalls nicht als die geeigneten Personen, zumal eine solche Tätigkeit de lege lata gegen das Fernmeldegeheimnis aus § 88 Abs. 3 TKG verstoßen würde. Wägt man die entgegenstehenden Rechte, nämlich das Erbrecht und das postmortale Persönlichkeitsrecht gegeneinander ab, so erscheint es möglicherweise nicht gerechtfertigt, wegen der Gefahr der Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts das Erbrecht ganz zurücktreten zu lassen. Zudem scheint ein Konflikt zwischen dem Erben, dem eigentlich nur die vermögensrechtlich bedeutsamen Inhalte zustehen und den nahen Angehörigen, die treuhänderisch die höchstpersönlichen Inhalte zu verwalten haben, auch in den meisten Fällen fernliegend. Oftmals – und so auch hier – sind die Erben und die nächsten Angehörigen personenidentisch. Beide Positionen fallen nur dann auseinander, wenn die nächsten Angehörigen ihre Erbschaft ausgeschlagen haben oder der Erblasser testamentarisch eine abweichende Erbfolge bestimmt hat. Hat der Erblasser aber einen Erben bestimmt, ist in der Regel davon auszugehen, dass zur Person des eingesetzten Erbens ein gewisses Vertrauen etc. gegeben ist, so dass der Erblasser vermutlich am ehesten den Erben den Zugriff auf die höchstpersönlichen Inhalte verschaffen will, anstatt seinen nächsten Angehörigen, die er bewusst von der Erbfolge ausgeschlossen hat. Zudem sind die nächsten Angehörigen als Treuhänder des postmortalen Persönlichkeitsrechts nicht gehindert, entsprechende Abwehrrechte geltend zu machen, wenn sie feststellen, dass die Erben mit den ihnen zugänglich gemachten höchstpersönlichen Dateninhalten in einer Weise umgehen, die das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers verletzt.

ee) Andererseits ist folgendes zu bedenken: Die herrschende Meinung in der Literatur geht offenbar – zumindest unausgesprochen - davon aus, dass dem nächsten Angehörigen als Wahrnehmungsberechtigten des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Erblassers die höchstpersönlichen Daten grundsätzlich dem Inhalt nach zugänglich gemacht werden müssen. Für die Wahrnehmung der Interessen des postmortalen Persönlichkeitsrechts, d. h. für die Geltendmachung entsprechender Abwehrrechte ist aber die vorhergehende Kenntnis des Inhalts der höchstpersönlichen digitalen Inhalte nicht erforderlich; es reicht dafür letztlich aus,

dass die Angehörigen als Wahrnehmungsberechtigte Kenntnis von einem gegen das postmortale Persönlichkeitsrecht verstoßenden Umgang mit solchen Daten erlangen. Wenn aber selbst die Wahrnehmungsberechtigten des postmortalen Persönlichkeitsrechts eigentlich keinen Zugang zum Inhalt haben sollen, ist fraglich, ob man dem Erben einen solchen Zugang verschaffen muss bzw. darf. Wegen der praktischen Unmöglichkeit der Trennung der Inhalte würden dann Dateninhalte dem Erben zugänglich, die nach dem Ableben des Erblassers eigentlich niemanden zustünden. Dies spricht dann aber gegen eine Vererblichkeit des Accountinhalts insgesamt.

3. Der Senat muss die Frage, ob der Facebook-Account der Erblasserin im Sinne der obigen Erörterung vererblich ist oder nicht, jedoch nicht entscheiden. Selbst wenn der Erbengemeinschaft trotz der Vermischung vermögensrechtlicher und höchstpersönlicher Inhalte nach § 1922 BGB ein Anspruch auf Zugang zu den Accountinhalten der Erblasserin zustünde, scheiterte seine Durchsetzbarkeit an § 88 Abs. 3 TKG. Denn § 88 Abs. 3 S. 3 TKG verbietet es der Beklagten, den Eltern der Verstorbenen die Umstände und die Inhalte der über den Facebook-Account der Verstorbenen abgewickelten und auf den Servern der Beklagten noch gespeicherten Kommunikation mitzuteilen. Durch eine entsprechende Zugangsgewährung würden nämlich jedenfalls die durch das Telekommunikationsgeheimnis des § 88 TKG geschützten Rechte der Kommunikationspartner der Erblasserin verletzt werden. Dass die jeweiligen Kommunikationspartner in einen solchen Eingriff des sie schützenden Telekommunikationsgeheimnisses eingewilligt haben, kann der Senat nicht feststellen.

Im Einzelnen:

- a) Ist die Beklagte nach der Vorschrift des § 88 Abs. 3 TKG zur Verweigerung der Zugangseröffnung verpflichtet, darf die Rechtsordnung einen entsprechenden Datenzugriff nicht anerkennen (Staudinger/Kunz (2017) BGB § 1922 Rn. 627). Es liegt dann insoweit ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB vor (vgl. MüKo BGB/Ernst BGB § 275 Rn. 41-45, beck-online; Staudinger/Georg Caspers (2014) BGB § 275 Rn. 40), der dazu führt, dass die Pflicht der Beklagten zur Zugangseröffnung für die Erben entfällt (vgl. Staudinger/Kunz a.a.O.; vgl. auch BGH, Urt. v. 01.07.2014, VI ZR 345/13 betr. § 12 Abs. 2 TMG).

b) § 88 TKG stellt die einfachgesetzliche Ausgestaltung des durch Art. 10 GG garantierten Fernmelde- bzw. Telekommunikationsgeheimnisses dar. Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG schützt die Vertraulichkeit der Individualkommunikation im Fernmeldeverkehr, d. h. einer Kommunikation durch fernmeldetechnisch vermittelte Übertragung von Informationen an individuelle Empfänger (Gusy, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 9 Rn. 39). Das in Art. 10 GG niedergelegte Fernmeldegeheimnis gilt dabei unmittelbar nur im Verhältnis des Bürgers zum Staat. Art. 10 GG enthält aber auch eine objektive Wertentscheidung der Verfassung, woraus sich eine Schutzpflicht des Staates ergibt (BVerfGE 106, 28; Säcker/Klescewski, TKG, 3. Aufl. 2013 m. w. N.). Weil die Nutzer von Telekommunikationsdienstleistungen nach der Liberalisierung des Post- und Fernmeldewesens auf die Übermittlung durch private Diensteanbieter angewiesen sind, besteht nunmehr die Gefahr für die Selbstbestimmung des Einzelnen darin, dass die Diensteanbieter als Dritte von Inhalt und Umständen der Telekommunikation Kenntnis erlangen bzw. diese an weitere Dritte weiterleiten. § 88 TKG überträgt insoweit den Schutzgehalt des Art. 10 Abs. 1 GG auf das Verhältnis Privater zu einander. Die Schutzbereiche beider Normen sind insoweit identisch (Säcker/Kleszczewski, a.a.O.).

c) Die Beklagte unterliegt als Anbieterin der social-media-Plattform Facebook der Vorschrift des § 88 TKG.

aa) Diensteanbieter im Sinne der Vorschrift ist nach § 3 Nr. 6 TKG jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßige Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Telekommunikationsdienste sind "in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen" (§ 3 Nr. 24 TKG). Zu den Diensteanbietern gehören auch die Internet-Service-Provider, soweit sie Telekommunikationsdienste, wie Internettelefonie, E-Mail-Service oder SMS-Chats anbieten (vgl. Geppert/Schütz, Beck TKG-Komm/Bock, 4. Aufl. § 88 Rn.. 22). Für die geschäftsmäßige Erbringung reicht es bereits aus, dass ein auf Dauer und eine Vielzahl von Nutzungen angelegtes Angebot von Telekommunikationsdiensten vorliegt (Bock a.a.O. Rn. 23). Die genannten Voraussetzungen treffen auf die Beklagte jedenfalls dann zu, wenn über Facebook Nachrichten ausgetauscht werden

(entweder früher über die "Web chat-Funktion" oder seit dessen Einführung durch die Beklagte über den "Facebook-Messenger") oder wenn der Nutzer Inhalte mit seinen Facebook-Freunden teilt. Denn dann findet eine Datenübertragung statt (vgl. Deusch, Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0, ZEV, 2014, 2, 6; Holzer in: Groll, Praxis Handbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl., B XVII Rn. 49).

bb) Die Beklagte kann dem nicht entgegenhalten, sie sei deswegen kein Telekommunikationsanbieter, weil sie die technische Signalübertragung nicht durchführe und dafür auch keine Verantwortung habe (so i. E. auch: Martini, Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalem Persönlichkeitsschutzes im Internet, JZ 2012, 1145, 1148). Richtig ist zwar, dass die Beklagte insoweit als "Over-the-top-Dienst" zur Datenübermittlung allein die fremde Signalübertragungsleistung der Telekommunikationsunternehmen nutzt, nicht aber die Signale selbst überträgt (vgl. Wüsthof, ErbR 2016, 229, 230 Fn. 19). Die Beklagte muss sich aber die Signalübertragungsleistungen der Telekommunikationsunternehmen zurechnen lassen. Das Verwaltungsgericht Köln (Urteil vom 11. November 2015 – 21 K 450/15 – , Rn. 51) hat für den Email-Dienst Gmail, der sich für die Signalübertragung ebenfalls Dritter bedient, insoweit überzeugend ausgeführt:

"Der Einordnung des in Rede stehenden Dienstes als Telekommunikationsdienst, der eine überwiegende Signalübertragung zum Gegenstand hat, steht auch nicht entgegen, dass die raumübergreifende Signalübertragung zwischen den beteiligten Servern im Wesentlichen über das Internet erfolgt und damit nicht von der Klägerin, sondern durch die Internet-Provider "erbracht" bzw. "bereitgestellt" wird. Denn diese Signalübertragung ist der Klägerin zuzurechnen, so dass sie auch als "Anbieterin" bzw. "Erbringerin" des gesamten Kommunikationsvorgangs im Sinne des § 6 TKG anzusehen ist. Auf eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit für die Signalübertragung kommt es dabei nicht an. Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat festgestellt, dass es für die Einordnung eines Dienstes als elektronischer Kommunikationsdienst im Sinne von Art. 2 lit. c) Rahmenrichtlinie unerheblich ist, dass die Übertragung des Signals über eine Infrastruktur erfolgt, die nicht dem in Rede stehenden Unternehmen gehört. Zwar führte er zur Begründung aus, dass es nur darauf ankomme, dass das betreffende Unternehmen gegenüber den Endnutzern für die Übertragung des

Signals verantwortlich ist, was er im konkreten Fall in der Sache bejaht hat, vgl. EuGH, Urteil vom 30. April 2014 - C-475/12 -, ABl. EU 2014, Nr. C 194, 3-4 (Leitsatz), Juris, Rn. 43. Hieraus den Schluss zu ziehen, dass der vom EuGH verwendete Begriff der "Verantwortlichkeit" nur im Falle einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Nutzern des Dienstes als gegeben anzusehen ist, wäre allerdings verfehlt. Denn dann könnten die betroffenen Unternehmen durch die vertragliche Ausgestaltung mit ihren Kunden in weitem Umfang über die telekommunikationsrechtliche Qualifizierung ihrer Dienste disponieren. Dass eine solch enge Auslegung auch vom EuGH nicht beabsichtigt gewesen ist, ergibt sich insbesondere aus seinen weiteren Ausführungen, nach denen "jede andere Auslegung ... die Tragweite des NRR (neuer Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste) beträchtlich verringern, die praktische Wirksamkeit seiner Vorschriften beeinträchtigen und damit die Verwirklichung der Ziele, die er verfolgt, vereiteln (würde)", vgl. EuGH, a.a.o, Rn. 44. Der vom EuGH verwendete Begriff der "Verantwortlichkeit" ist daher dahingehend zu verstehen, dass ein Unternehmen, das seinen Kunden einen Kommunikationsdienst anbietet, auch für die hierfür erforderliche und von ihm in Anspruch genommene Signalübertragungs-(Vor-)leistung verantwortlich ist, wenn es sich diese zurechnen lassen muss, ähnlich: Kühling/Schall, CR 2015, 641 (651 f.), die von Zurechnung durch "qualifizierte Veranlassung" sprechen. Dies ist vorliegend der Fall. Der Klägerin ist die Signalübertragungsleistung der Dritten zuzurechnen, da sie sich diese faktisch für ihre Zwecke - Anbieten eines Kommunikationsdienstes - zu Eigen macht.

Diesen Ausführungen des VG Köln, die entsprechend auch für die Beklagte gelten, schließt sich der Senat an.

cc) Der Anwendung der Vorschriften des TKG auf die Beklagte steht nicht entgegen, dass die Beklagte auch als Diensteanbieter von Telemedien gemäß § 2 Nr. 1 TMG anzusehen ist, weil sie ihren Nutzern einen Server zur Speicherung von Inhalten zur Verfügung stellt (vgl. Deusch, a.a.O.). Der Begriff der "Telemedien" umfasst alle Informations- und Kommunikationsdienste, die nicht Telekommunikation im engeren Sinne oder Rundfunk sind, praktisch also jeden Online-Auftritt (Nomos-BR/Müller-Broich TMG/Jan D. Müller-Broich TMG § 1 Rn. 6-8, beck-online). Denn nach § 1 Abs. 3 TMG bleibt das TKG durch das TMG unberührt; in § 7 Abs. 2 S. 3 TMG wird zudem

ausdrücklich klargestellt, dass Telemediendiensteanbieter das Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG zu wahren haben.

dd) Über die genannte Regelung in § 7 Abs. 2 S. 3 TMG gelangt man im Übrigen zur Anwendung der Regelung über das Fernmeldegeheimnis in § 88 Abs. 3 TKG auch dann, wenn man der unter aa) und bb) erfolgten Einordnung der Beklagten als Telekommunikationsanbieter nicht folgen wollte. Dem steht auch nicht der kollisionsrechtliche Anwendungsbereich des TMG entgegen. Grundsätzlich gilt für die Anwendung des TMG zwar das Herkunftslandprinzip des § 3 Abs. 2 TMG, allerdings liegen hier die Ausnahmetatbestände des § 3 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 TMG vor, wonach die durch einen Diensteanbieter angebotene Telemedien, der – wie die Beklagte - in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassen ist, abweichend vom Herkunftslandprinzip des Abs. 2 Satz 1 den Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts unterliegen (Nomos-BR/Müller-Broich TMG/Jan D. Müller-Broich TMG § 3 Rn. 9-29, beck-online).

(1) Nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 TMG geht eine Rechtswahl der Parteien dem Herkunftslandprinzip vor. Es ist aber davon auszugehen, dass die Parteien deutsches Recht gewählt haben. In Ziffer 17 der Nutzungsbedingungen der Beklagten (Anlage W & C 1) heißt es unter 3: "Certain specific terms that apply only for German users are available here." Folgt man diesem Link, gelangt man – wenigstens in der nachfolgenden Fassung aus dem Jahr 2015, wo sich dieser Link unter der Ziffer 16 Nr. 3 findet – auf die Seite "Für Nutzer mit Wohnsitz in Deutschland". Dort heißt es unter Ziffer 5.: "Ziffer 15.1 wird ersetzt durch: Diese Erklärung unterliegt deutschem Recht.", wobei die jetzige Ziffer 15.1 der damaligen Ziffer 16.1 entspricht, in der die Rechtswahl kalifornischen Rechts enthalten ist. Damit haben die Parteien des Facebookvertrages die Geltung des deutschen Rechts gewählt. Angesichts des Umstands, dass sich keiner der Parteien in erster Instanz oder zweiter Instanz auf die Geltung kalifornischen Rechts berufen hat, geht der Senat davon aus, dass die Anwendung deutschen Rechts auch in der dem Vertrag zwischen der Erblasserin und der Beklagten zugrundeliegenden Fassung bereits vereinbart war.

(2) Nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 TMG wird auch der Bereich des Verbraucherschutzes aus dem Herkunftslandprinzip ausgenommen. Der Verbraucherschutz im Sinne der genannten Vorschrift erfasst dabei über den unmittelbaren Wortlaut der Vorschrift hinaus alle vertraglichen Schuldverhältnisse über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen zu einem Zwecke, der nicht der beruflichen

oder gewerblichen Tätigkeit des Berechtigten zugerechnet werden kann. Dieser bezieht nicht nur die spezifisch verbraucherschützenden Vorschriften, sondern alle Regelungen ein, die auch, aber nicht nur dem Schutz der Verbraucher zu dienen bestimmt sind (jurisPK-Internetrecht / Heckmann, Rn. 185). Der Verbraucher soll sich grundsätzlich des Schutzes gewiss sein, den das Recht seines Heimatstaates ihm bietet (Nomos-BR/Müller-Broich TMG/Jan D. Müller-Broich TMG § 3 Rn. 9-29, beck-online). Zu den zumindest auch die Verbraucherinteressen schützenden Vorschriften gehört aber auch die einfachgesetzliche Kodifikation des Telekommunikationsgeheimnisses in § 88 TKG.

(3) Abgesehen davon regelt § 3 Abs. 3 Nr. 4 TMG eine weitere Ausnahme vom Herkunftslandprinzip für das für den Schutz personenbezogener Daten geltende Recht. § 88 TKG stellt eine spezielle Schutzvorschrift für personenbezogene Daten dar, die im Rahmen eines Telekommunikationsvorgangs anfallen. Sie hat somit auch eine datenschutzrechtliche Wirkung bezogen auf die Weitergabe an Dritte (vgl. Bock a.a.O., § 88 Rn. 11), so dass auch sie unter die Regelung des § Abs. 3 Nr. 4 TMG fällt.

- d) Der Schutzbereich des § 88 TKG umfasst den Inhalt und die Umstände der über den Dienst der Beklagten ausgetauschten privaten Nachrichten und der mit einem begrenzten Nutzerkreis geteilten Inhalte (vgl. Deusch a.a.O.). Dies gilt auch dann, wenn der jeweilige Empfänger der Telekommunikation die an ihn gesandte Nachricht bzw. den auch an ihn geteilten Inhalt zur Kenntnis genommen hat, während die Nachricht bzw. der geteilte Inhalt noch auf den Servern der Beklagten gespeichert ist. Zwar ist der dynamische Telekommunikationsvorgang – wie bei einem Telefonat – im Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Inhalts beendet. Allerdings schützen Art. 10 GG und damit gleichlaufend auch § 88 TKG die Kommunikationsdaten noch, solange der Kommunikationsinhalt auf den Servern des Diensteanbieters bzw. Providers gespeichert ist. Nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 124, 43) erstreckt sich der Grundrechtsschutz zwar nicht auf die außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet insoweit in dem Moment, in dem die E-Mail beim Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist. Demgegenüber ist der zugangsgesicherte Kommunikationsinhalt in einem E-Mail-Postfach, auf das der Nutzer nur über eine Internetverbindung zugreifen kann, durch

Art. 10 Abs. 1 GG geschützt. Das Fernmeldegeheimnis knüpft an das Kommunikationsmedium an und will jenen Gefahren für die Vertraulichkeit begegnen, die sich gerade aus der Verwendung dieses Mediums ergeben, das einem staatlichem Zugriff leichter ausgesetzt ist als die direkte Kommunikation unter Anwesenden. Die auf dem Mailserver des Providers vorhandenen E-Mails sind nicht im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers, sondern des Providers gespeichert. Sie befinden sich nicht auf in den Räumen des Nutzers verwahrten oder in seinen Endgeräten installierten Datenträgern. Der Nutzer kann sie für sich auf einem Bildschirm nur lesbar machen, indem er eine Internetverbindung zum Mailserver des Providers herstellt. Zwar kann der Nutzer versuchen, die auf dem Mailserver gespeicherten E-Mails durch Zugangssicherungen - etwa durch Verwendung eines Passworts - vor einem ungewollten Zugriff Dritter zu schützen. Der Provider und damit auch die Ermittlungsbehörden bleiben jedoch weiterhin in der Lage, jederzeit auf die auf dem Mailserver gespeicherten E-Mails zuzugreifen. Der Kommunikationsteilnehmer hat keine technische Möglichkeit, die Weitergabe der E-Mails durch den Provider zu verhindern. Dieser technisch bedingte Mangel an Beherrschbarkeit begründet die besondere Schutzbedürftigkeit durch das Fernmeldegeheimnis. Dies gilt unabhängig davon, ob eine E-Mail auf dem Mailserver des Providers zwischen- oder endgespeichert ist. In beiden Fällen ist der Nutzer gleichermaßen schutzbedürftig, weil sie sich hinsichtlich der faktischen Herrschaftsverhältnisse nicht unterscheiden (BVerfG a.a.O.). Dem Schutz der auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails durch Art. 10 Abs. 1 GG steht nach der Rechtsprechung des BVerfG dabei nicht entgegen, dass während der Zeitspanne, während der die E-Mails auf dem Mailserver des Providers "ruhen", ein Telekommunikationsvorgang in einem dynamischen Sinne nicht stattfindet. Zwar definiert § 3 Nr. 22 TKG "Telekommunikation" als den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen und bezieht sich nicht ausdrücklich auch auf statische Zustände. Art. 10 Abs. 1 GG folgt indes nicht dem rein technischen Telekommunikationsbegriff des Telekommunikationsgesetzes, sondern knüpft an den Grundrechtsträger und dessen Schutzbedürftigkeit aufgrund der Einschaltung Dritter in den Kommunikationsvorgang an (BVerfG a.a.O.). Wegen des Gleichlaufs der Schutzbereiche von Art. 10 GG und § 88 TKG hat dies auch für die einfachkodifizierte Fassung des Fernmeldegeheimnisses in § 88 TKG zu gelten. Schließlich entfällt nach der Rechtsprechung des BVerfG der Schutz der auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails durch das Fernmeldegeheimnis auch nicht dadurch, dass ihr Inhalt oder Eingang vom Empfänger möglicherweise schon zur Kenntnis genommen

worden ist. Die Reichweite des Schutzes von Art. 10 Abs. 1 GG endet nicht in jedem Fall mit der Kenntnisnahme des Kommunikationsinhalts durch den Empfänger. Die spezifische Gefährdungslage und der Zweck der Freiheitsverbürgung von Art. 10 Abs. 1 GG bestehen auch dann weiter, wenn die E-Mails nach Kenntnisnahme beim Provider gespeichert bleiben. Durch die Endspeicherung wird der von Art. 10 Abs. 1 GG zuvörderst geschützte Kommunikationsinhalt infolge der Nutzung eines bestimmten Kommunikationsmediums auf einem vom Kommunikationsmittler bereit gestellten Speicherplatz in einer von keinem Kommunikationsteilnehmer beherrschbaren Sphäre abgelegt. Weder bei einer Zwischen- noch bei einer Endspeicherung der E-Mails auf dem Mailserver des Providers ist dessen Tätigkeit beendet; der Provider bleibt dauerhaft in die weitere E-Mail-Verwaltung auf seinem Mailserver eingeschaltet (BVerfG a.a.O). Auch dies hat aufgrund des Gleichlaufs der Schutzbereich auch für den durch § 88 TKG gewährten Schutz zu gelten. Diese Grundsätze, die das BVerfG für E-mails aufgestellt hat, gelten wegen der identischen Interessenlage auch für die von der Beklagten vermittelten und auf ihren Servern gespeicherten Kommunikationsinhalte. Abgesehen davon ist der Schutzbereich des § 88 TKG vorliegend bereits deswegen berührt, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich im Account der Erblasserin noch Nachrichten bzw. ihr als Empfängerin eines beschränkten Personenkreises geteilte Inhalte befinden, die sie vor ihrem Tod nicht mehr abgerufen hat, so dass auch der dynamische Kommunikationsvorgang letztlich noch nicht abgeschlossen ist.

Der Anwendung der Regelung des Telekommunikationsgeheimnisses auf die auf den Servern des Providers gespeicherten Kommunikationsvorgänge steht auch nicht entgegen, dass diese Speicherung zeitlich unbegrenzt möglich ist. Denn gerade daraus ergibt sich die Gefahr eines noch jederzeitig möglichen unberechtigten Zugriffs durch Dritte auf die gespeicherten Telekommunikationsdaten, dem das Telekommunikationsgeheimnis gerade entgegenwirken will.

- e) Nach § 88 Abs. 3 S. 1 und 2 TKG darf die Beklagte Kenntnisse vom Inhalt oder der näheren Umstände der Telekommunikation (vgl. Abs. 1 S. 1) nur insoweit verschaffen und verwenden, als dies für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Dienste erforderlich ist. Soweit das Landgericht meint, mit der Zugänglichmachung des Inhalts des Accounts der Erblasserin für die Erben sei das "erforderliche Maß" als gewahrt anzusehen, da die Beklagte grundsätzlich nach erbrechtlichen Vorschriften auch

verpflichtet ist, der Erbengemeinschaft den zu ihrem Nachlass gehörigen Account zugänglich zu machen, hält der Senat diese Argumentation für unzutreffend (zweifelnd auch Staudinger/Kunz, BGB § 1922 Rn. 629). Für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste ist es nicht entscheidend, ob die Beklagte ihren erbrechtlichen Verpflichtungen gegenüber der Erbengemeinschaft nachkommen kann. Als erforderlich im Sinne des § 88 Abs. 3 TKG kann nur das angesehen werden, was der technischen Ermöglichung und Aufrechterhaltung des angebotenen Dienstes dient. Dass ein solches enges Verständnis des Begriffs der Erforderlichkeit für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste gemäß § 88 Abs. 1 S. 1 TKG zutreffend ist und somit nicht jede Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung als für die Erbringung der Telekommunikationsdienste erforderlich angesehen werden kann, ergibt sich bereits aus der Erwähnung des § 138 StGB in § 88 Abs. 3 S. 4 TKG. § 138 StGB statuiert die gesetzliche Verpflichtung, eine bekannt gewordene bevorstehende Ausführung bestimmter Straftaten bei den Behörden anzuzeigen. Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass auch die Erfüllung dieser gesetzlichen Pflicht als erforderlich für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste anzusehen wäre, hätte es der in § 88 Abs. 3 S. 4 TKG enthaltenen Vorrangregelung für § 138 StGB nicht bedurft. Dass die Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs der Klägerin nicht als für die Erbringung der Telekommunikationsdienste der Beklagten erforderlich angesehen werden kann, ergibt sich im Übrigen aus folgenden Überlegungen:

aa) Was zur Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erforderlich ist, kann nur im Einzelfall anhand einer konkreten Betrachtung des jeweiligen Kommunikationsdienstes beurteilt werden (vgl. Bock a.a.O. Rn. 26). Durch den Zuschnitt des jeweiligen Leistungsangebots entscheiden Diensteanbieter und Kunde zugleich über das dafür notwendige Maß an Kenntnissen (vgl. Scheuerle/Mayen/Zerres, TKG, § 88 Rn. 24).

bb) Die Ermöglichung des Zugangs für die Erben ist aber deswegen nicht als erforderlich für die Erbringung der Dienste der Beklagten anzusehen, da die von der Beklagten versprochene Dienstleistung in der Zeit der Nutzung von Facebook durch die Erblasserin gerade nicht vorgesehen hat, dass andere Personen als die Erblasserin die Dienstleistung in Anspruch nehmen können. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Beklagte ihren Nutzern gerade nicht versprochen hat, dass auch andere Personen als die jeweiligen Kommunikationspartner, z. B. Erben im

Rahmen der regulären Dienstleistung auf archivierte Kommunikationsinhalte zurückgreifen können. Abgesehen von dem vereinbarten Verbot für den Nutzer, Accountzugangsdaten an Dritte weiter zu geben, folgt dies aus dem von Facebook für den Todesfall vorgesehenen Gedenkstatus des Accounts. Nach den Regelungen der Beklagten zum Gedenkstatus bleiben zwar Inhalte, die die Person geteilt hat (z. B. Fotos, Beiträge), auf Facebook verfügbar und sind für die Zielgruppe, mit der sie geteilt wurden, sichtbar, so dass sie von den ursprünglichen Telekommunikationspartnern erneut abrufbar sind. Dagegen kann sich niemand bei einem Konto im Gedenkzustand anmelden; Konten im Gedenkzustand können nicht geändert werden (die von der Beklagten nunmehr eingeräumte Möglichkeit der Bestimmung eines Nachlasskontakts, dem gewisse Befugnisse zur Abänderung des Accounts eingeräumt sind, gab es zur Zeit der Nutzung von Facebook durch die Erblasserin noch nicht). Aus diesen Regeln zur lediglich persönlichen Nutzung und den Regelungen des Gedenkstatus wird deutlich, dass die Beklagte lediglich Telekommunikationsdienste für den persönlichen Accountinhaber zu dessen Lebzeiten anbieten will und angeboten hat. Sie will gerade keinen Dienst anbieten, bei dem Dritte Zugang zu den Telekommunikationsinhalten haben. Dies versucht sie zu Lebzeiten des Nutzers durch die Vorschriften zur Personalisierung des Accounts zu erreichen, für den Todesfall durch den dann einzurichtenden Gedenkstatus, der einen weiteren Zugang zum Account verhindert und eine Abänderung des Accounts durch andere nicht ermöglicht. Darauf, ob den Erben ein erbrechtlicher Anspruch auf Zugang zum Accountinhalt zuzusprechen ist, kommt es insoweit nicht an. Denn dies ändert nichts daran, dass die Beklagte ihre Telekommunikationsdienste insoweit nur beschränkt auf die Person des Nutzers angeboten hat. Dies gilt auch aus der Sicht der ebenfalls vom Schutzbereich des Telekommunikationsgeheimnisses erfassten Kommunikationspartner der Erblasserin. Auch diese dürfen aufgrund der Nutzungsbedingungen und des im Leistungsangebot der Beklagten vorgesehenen und tatsächlich auch eingesetzten Gedenkstatus bei Konten verstorbener Nutzer davon ausgehen, dass nach dem Tod ein Zugang zu dem Konto des Erblassers nicht mehr möglich ist und somit Dritte nicht ohne weiteres einen Zugang zum Account des Kommunikationspartners und damit zum Inhalt der gemeinsamen Kommunikation haben können. Auch aus der Sicht der ebenfalls schutzbedürftigen, weiteren Beteiligten am Kommunikationsvorgang ist es somit für die Erbringung der versprochenen Dienste der Beklagten ebenfalls nicht erforderlich, dass Erben des Partners des Kommunikationsvorgangs nachträglich Zugang zum Inhalt der Kommunikation haben.

- f) Ist danach eine Zugangsgewährung an die Erben nicht für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste im Sinne des § 88 Abs. 3 S. 1 und 2 TKG erforderlich, fehlt es für die Zugangsgewährung an die Erben als "Weitergabe an andere" an einer gesetzlichen Erlaubnis nach § 88 Abs. 3 S. 3 TKG.

aa) § 88 Abs. 3 S. 3 TKG verlangt für eine entsprechende gesetzliche Ausnahmevorschrift, dass sich diese ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht. Diese Anforderung, auch das "Kleine Zitiergebot" genannt (Bock, a.a.O. Rn. 28), erfüllt § 1922 BGB ganz offensichtlich nicht (so auch Mayen, Stellungnahme DAV, S. 81) Das Zitiergebot soll sicherstellen, dass Einschränkungen des Fernmeldegeheimnisses nur dann erfolgen, wenn ein entsprechender Wille des Gesetzgebers deutlich wird (Bock a.a.O Rn. 28 mit Verweis in Fn. 97 auf die amtliche Entwurfsbegründung; Säcker/Kleszczewski, a.a.O., Rn. 28). Dass der Gesetzgeber bei Schaffung des § 1922 BGB nicht den Willen hatte, das Fernmeldegeheimnis einzuschränken, liegt auf der Hand. Soweit es durch die fortschreitende Digitalisierung und die rechtsfortbildende Anerkennung eines "digitalen Nachlasses" zu einem Konflikt zwischen dem Erbrecht und dem geschützten Fernmeldegeheimnis kommt, fehlt es somit bereits an einem Willensentschluss des Gesetzgebers, diesen Konflikt zu Lasten des Fernmeldegeheimnisses zu lösen.

bb) Zutreffend weist Mayen (in: DAV- Stellungnahme, S. 81) darauf hin, dass sich auch aus den datenschutzrechtlichen Regelungen der §§ 91 ff. TKG keine gesetzliche Erlaubnis zur Weitergabe von Telekommunikationsinhalten an die Erben ergebe, Erhobene Verkehrsdaten dürften nur in dem durch § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 5 TKG umschriebenen Umfang erhoben oder verwendet werden. Die Weitergabe des Inhalts einer E-Mail zähle aber nicht dazu. Zudem dürften nach § 96 Abs. 1 S. 2 TKG gespeicherte Verkehrsdaten nur verwendet werden, wenn sie zum Aufbau neuer Verbindungen oder für die in §§ 97, 99, 100 und 101 TKG genannten Zwecke oder für die durch andere gesetzliche Vorschriften begründeten Zwecke erforderlich seien. Die letzte Alternative werde man aber im Lichte des in § 88 Abs. 3 S. 3 TKG normierten Zitiergebots nicht im Sinne einer stillschweigenden Ermächtigung zur Weitergabe des Dateninhalts zur Realisierung des gesetzlichen Erbrechts verstehen können, da anderenfalls das Zitiergebot des § 88 Abs. 3 S. 3 TKG leerliefe (Mayen, a. a. O.). Es ist zutreffend, dass sich aus § 96 Abs. 1 S. 2 TKG keine Ermächtigung zur

Weitergabe von Kommunikationsinhalten zur Erfüllung erbrechtlicher Ansprüche ergibt. Denn es ist tatsächlich nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber hier den von ihm wenige Vorschriften zuvor geregelten qualifizierten Gesetzesvorbehalt ins Leere laufen lassen wollte. Die dagegen gerichtete Kritik (vgl. Kutscher, Der digitale Nachlass, S. 138), dass gesetzlich auch keine Erlaubnis vorgesehen sei, dem Erblasser als ursprünglichen Adressaten der Nachrichten den Zugang zu verschaffen, diese Erlaubnis vielmehr sich denkbareweise aus den jeweiligen Vertragsverhältnissen und den sich aus ihnen ergebenden Hauptpflichten ergebe, und der Anspruch auf Erfüllung gerade dieser Hauptpflicht auf die Erben übergehe, überzeugt dagegen nicht. Natürlich bedarf es keiner Erlaubnis dafür, dass der ursprüngliche Adressat Kenntnis von der an ihn gerichteten Kommunikation erhält. Insoweit ergibt sich so eine Erlaubnis auch nicht explizit aus den Vertragsverhältnissen. Aus der Sicht des Kommunikationspartners und des auch ihn schützenden Telekommunikationsgeheimnisses tritt aber eine entscheidende Änderung der Situation dann ein, wenn eine Erbfolge auf Seiten seines ursprünglichen Vertragspartners eintritt. Der (erbrechtlich vorgesehene) Eintritt des Erben in die Vertragsverhältnisse stellt insoweit nicht die Lösung des Konflikts zwischen Erbrecht und Telekommunikationsgeheimnis dar, sondern begründet diesen Konflikt erst. Wie der Konflikt zu lösen ist, ergibt sich dann aus der Regelung des § 88 TKG: ist die Weitergabe zur Erbringung der Dienste des Anbieters nicht erforderlich, muss eine entsprechende Entscheidung vom Gesetzgeber getroffen werden.

- g) Die Stimmen, die die Einhaltung des "kleinen Zitiergebots" als Voraussetzung für einer Ermächtigungsgrundlage nicht für erforderlich halten, überzeugen nach Ansicht des Senats nicht.

aa) Das Landgericht beschränkt sich auf die Aussage, eines "solchen Hinweises [auf Telekommunikationsvorgänge]" bedürfe es nicht. Warum dies aber entgegen § 88 Abs. 3 S. 3 TKG so sein soll, bleibt offen.

bb) Soweit von Steiner/Holzer ("Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass", ZEV 2015, 262) angenommen wird, dass der Erbe kein "anderer" im Sinne des § 88 Abs. 3 S. 3 TKG ist, kann dem nicht gefolgt werden. Der Erbe war am

Kommunikationsvorgang nicht beteiligt. Es besteht auch keine Personenidentität. Im Wege der Universalsukzession des § 1922 BGB tritt der Erbe zwar in Rechte und Pflichten des Erblassers ein, er wird aber nicht zur Person des Erblassers selbst. Die Identität als Person erlischt mit dem Tod des Erblassers. Dies gilt jedenfalls im Verhältnis zu dem ebenfalls von § 88 TKG geschützten Telekommunikationspartner. Insoweit ist der Erbe jedenfalls ein "anderer" als der ursprüngliche Kommunikationspartner.

cc) Brisch/Müller-ter Jung (Digitaler Nachlass – Das Schicksal von E-Mail und De-Mail-Accounts sowie Mediacenter-Inhalten, CR 2013, 446, 450) halten die vom DAV geforderte Klarstellung durch Aufnahme eines neuen Abs. 5 in § 88 TKG aus Gründen der Rechtssicherheit zwar für vorzugswürdig, sehen aber den Regelungsbedarf durch einen Vergleich mit der Offline-Welt als relativiert an, da dem Provider unter Heranziehung des Fernmeldegeheimnisses eine Rolle als Wächter über die Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses zugewiesen werde, die es in der Offline-Welt in vergleichbaren Konstellationen nicht gebe. Eine solche Ausdehnung der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten auf Private sei weder verfassungsrechtlich garantiert, noch einfachgesetzlich § 88 TKG zu entnehmen, noch mit den Anforderungen der Praxis in Einklang zu bringen. Soweit die Autoren damit zum Ausdruck bringen wollten, dass das Bestehen des erbrechtlichen Anspruchs eine ausreichende Ermächtigung für die Weitergabe der geschützten Kommunikation an die Erben sein soll, fehlt auch hier jede Auseinandersetzung mit dem gesetzlich festgeschriebenen "kleinen Zitiergebot". Dass die Autoren dieses möglicherweise für überflüssig halten, weil dadurch die zu starke Wächterrolle noch verfestigt wird, reicht nicht aus, um de lege lata das Zitiergebot ignorieren zu können. Auch der weitere Hinweis auf die Analogwelt des Briefes, nämlich dass die Post Briefe auch nach dem Tod des Erblassers weiter zustellt (d. h. jetzt an die Erben), spricht nicht dafür, dass die Beklagte Telekommunikationsinhalte an die Erben weitergeben darf, ohne dass es dazu einer den Anforderungen des "kleinen Zitiergebotes" des § 88 TKG entsprechenden gesetzlichen Regelung bedürfte. Denn § 39 Abs. 4 S. 2 PostG ermächtigt den Postdienstleister, mit seinen Kunden Vereinbarungen über die Auslieferung an Ersatzempfänger zu treffen. Entsprechende Vereinbarungen über die Zustellung an Ersatzempfänger haben die Postdienstleister in ihren AGB vorgesehen (Deusch a.a.O S. 5; vgl. AGB Deutsche Post Ziff. 4 (3) "Die Deutsche Post darf Sendungen, die nicht in der in Absatz 2 genannten Weise abgeliefert werden können, einem Ersatzempfänger aushändigen.") Die darin

liegende Weitergabe an Dritte ist somit bereits durch die einfach gesetzliche Regelung des Postgeheimnisses als Ausnahme gestattet. Dagegen fehlt dem TKG eine entsprechende Regelung, die vertraglich geregelte Ausnahmen vom Telekommunikationsgeheimnis durch Ersatzempfänger zulassen würde. Soweit dem Hinweis auf § 39 Abs. 4 S. 2 PostG entgegen gehalten werden kann, dass z. B. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post nicht den Erben, sondern nur Angehörige (neben Nachbarn etc.) als Ersatzempfänger bezeichnen, führt dies aber nicht dazu, dass im Bereich des Fernmeldegeheimnisses das "kleine Zitiergebot" nicht mehr zu beachten wäre, nur weil das analoge Briefgeheimnis durch die Postdienstleister möglicherweise nicht stringent beachtet wird. Abgesehen davon vermag der Vergleich des Telekommunikationsgeheimnisses nach § 88 TKG mit dem "analogen" Briefgeheimnis der Frage des Telekommunikationsgeheimnisses nicht die "Brisanz" zu nehmen. Die besondere Gefahr eines Verstoßes gegen das Telekommunikationsgeheimnis ist gerade darin begründet, dass die Kommunikation wiederholt abgerufen werden kann, solange der Kommunikationsinhalt noch auf dem Server des Diensteanbieters gespeichert ist und damit nach der Rechtsprechung des BVerfG noch vom Telekommunikationsgeheimnis geschützt ist. Eine vergleichbare Situation in der "analogen Briefwelt" gibt es nicht, da in der Regel nicht davon auszugehen ist, dass der Postdienstleister nach der Zustellung noch Kopien vom Inhalt der Kommunikation besitzt.

dd) Solmecke/Köbrich/Schmitt (Der digitale Nachlass – haben Erben einen Auskunftsanspruch, MMR 2015, 291) und ihnen folgend Klas/Möhrke-Sobolewski (NJW 2015, 3473) sind schließlich der Ansicht, dass das Fernmeldegeheimnis der Geltendmachung von Auskunftsansprüchen der Erben nicht entgegensteht, weil das Fernmeldegeheimnis im Wege der "praktischen Konkordanz" zurücktreten müsse. Die Erben hätten wegen der Erbausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB ein Interesse an der zügigen Abwicklung des Nachlasses, die durch eine stärkere Gewichtung des Fernmeldegeheimnisses verhindert werde. Die Telekommunikationspartner des Erblassers würden oftmals gerade die Geschäftspartner sein, über die die Erben Auskunft haben wollen. In solchen Fällen sei es gerade im Interesse der Kommunikationspartner, dass die Erben die offenen Verbindlichkeiten rechtzeitig sichten und ihnen nachkommen. Abgesehen von der Frage, ob die vorgenommene Abwägung der Interessen der an der Kommunikation beteiligte Parteien insoweit zutreffend ist, da insoweit eine Abwägung der Interessen der lediglich mit persönlichen und nicht geschäftsmäßigen Nachrichten an der

Kommunikation Beteiligten gänzlich fehlt, ist für den Senat nicht ersichtlich, auf welche Weise die Figur der sogenannten "praktischen Konkordanz" den qualifizierten Gesetzesvorbehalt des "kleinen Zitiergebotes" nach § 88 Abs. 3 TKG aushebeln können sollte. Die Praktische Konkordanz ist zwar ein in der Verfassungslehre anerkanntes Institut zur Lösung von Grundrechtskollisionen, Adressat der Lehre der praktischen Konkordanz ist aber jeweils die "Person", die zur Lösung eines solchen Grundrechtskonflikts auch berufen ist. Dass dies bei dem Zusammentreffen des durch Art. 14 GG geschützten Erbrechts und des nach Art. 10 GG geschützten Telekommunikationsgeheimnisses im vorliegenden Fall nicht der einzelne Gesetzesanwender sein kann, ergibt sich bereits aus dem in § 88 Abs. 3 TKG qualifizierten Gesetzesvorbehalt. Daraus folgt für den Senat eindeutig, dass der Gesetzgeber jeden Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis einem Gesetzesvorbehalt unterworfen hat. Die praktische Konkordanz kann insoweit erst bei einem entsprechenden Gesetzgebungsvorgang oder bei einer verfassungsrechtlichen Überprüfung dieses Gesetzes Anwendung finden, sie bietet aber keine Rechtfertigung für einen Eingriff ohne entsprechendes Gesetz.

- h) Entgegen der Ansicht der Klägerin folgt auch nicht aus der Entscheidung des EuGH vom 19.10.2016, C-582/14, dass das kleine Zitiergebot zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses hinter das Grundrecht des Art. 14 GG zurücktreten müsse. Der EuGH hat insoweit bezogen auf die Vorschrift des § 12 TMG, der ebenfalls einen Gesetzesvorbehalt mit "Kleinem Zitiergebot" enthält, entschieden, dass Art. 7 Buchst. f der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach der ein Anbieter von Online-Mediendiensten personenbezogene Daten eines Nutzers dieser Dienste ohne dessen Einwilligung nur erheben und verwenden darf, soweit ihre Erhebung und ihre Verwendung erforderlich sind, um die konkrete Inanspruchnahme der Dienste durch den betreffenden Nutzer zu ermöglichen und abzurechnen, ohne dass der Zweck, die generelle Funktionsfähigkeit der Dienste zu gewährleisten, die Verwendung der Daten über das Ende eines Nutzungsvorgangs hinaus rechtfertigen kann (EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-582/14 –, Rn. 64, juris). Die Klägerin nimmt insbesondere auf folgende Urteils Passage Bezug und meint daraus ableiten zu können, dass das Kleine Zitiergebot des § 88 Abs. 3 S. 3 TKG zurücktreten müsse:

“Insoweit ist ferner darauf hinzuweisen, dass Art. 7 Buchst. f der Richtlinie 95/46 einen Mitgliedstaat daran hindert, kategorisch und ganz allgemein die Verarbeitung bestimmter Kategorien personenbezogener Daten auszuschließen, ohne Raum für eine Abwägung der im konkreten Einzelfall einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen zu lassen. Ein Mitgliedstaat kann daher für diese Kategorien das Ergebnis der Abwägung der einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen nicht abschließend vorschreiben, ohne Raum für ein Ergebnis zu lassen, das aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls anders ausfällt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. November 2011, ASNEF und FECEMD, C-468/10 und C-469/10, EU:C:2011:777, Rn. 47 und 48). (EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-582/14 –, Rn. 62, juris)“.

Bei der Richtlinie 95/46/EG handelt es sich um die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr. Die Regelung des § 88 Abs. 3 S. 3 TKG stellt aber (obwohl sie – wie ausgeführt – auch eine datenschutzrechtliche Komponente hat) die einfach gesetzliche Kodifikation des Grundrechts auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses dar. Insoweit wird diese Regelung von der sog. Datenschutzrichtlinie 95/46 nicht erfasst. Auf der anderen Seite ist darauf hinzuweisen, dass das Fernmeldegeheimnis ein Menschenrecht nach Art. 7 der Grundrechtscharta der Europäischen Union ist und die Mitgliedstaaten nach Art. 5 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation vom 17.02.2002, Richtlinie 2002/58/EG, das Fernmeldegeheimnis durch innerstaatliche Vorschriften sicherzustellen haben. Für den Senat sind danach keine Gründe dafür erkennbar, weswegen das “Kleine Zitiergebot” aus europarechtlichen Gründen keine Geltung haben sollte.

- i) Der Anwendung der Regelung des § 88 TKG steht vorliegend auch nicht entgegen, dass die Klägerin – nach ihrem allerdings bestrittenen Vortrag - die Möglichkeit gehabt hätte, bis zur Einrichtung des Gedenkstatus mit den ihr bekannten Zugangsdaten Zugang zum Account zu erhalten und die Kommunikationsinhalte zur Kenntnis zu nehmen. Die Schutzbedürftigkeit der Telekommunikationspartner vor Eingriffen Dritter wird grundsätzlich nicht dadurch berührt, dass die Möglichkeit bestanden hat, dass Kommunikationsinhalte vom Empfänger unmittelbar oder durch

die Mitteilung von Zugangsdaten an andere mittelbar weitergeleitet werden. Auch wenn sich Kommunikationsteilnehmer auf die Vertraulichkeit ihrer Kommunikationspartner weder tatsächlich noch rechtlich verlassen können, sollen sich alle Teilnehmer auf die Vertraulichkeit des Mediums verlassen können (Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 10 § 48). Erst recht steht die Anwendung der Regeln über das Telekommunikationsgeheimnis nicht in Frage, wenn ein Zugang über den Account eines verstorbenen Empfängers nicht mehr möglich ist, so dass nur noch eine Verletzung der Vertraulichkeit des Mediums in Betracht kommt.

- j) Ist danach als Voraussetzung für eine Zugangsgewährung für die Erben eine gesetzliche Regelung nach § 88 Abs. 3 S. 3 TKG nicht gegeben und auch nicht obsolet, ist eine Zugangsgewährung zu den Kommunikationsinhalten auch nicht aufgrund einer Einwilligung der am Telekommunikationsvorgang beteiligten Telekommunikationspartner möglich. Jedenfalls hinsichtlich der Telekommunikationspartner der Erblasserin, kann der Senat das Vorliegen einer entsprechenden Einwilligung nicht feststellen.

aa) Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob die Erblasserin eine solche Einwilligung bereits zu Lebzeiten durch die – allerdings streitige - Weitergabe der Zugangsdaten an ihre Eltern erteilt hat. Insoweit muss auch nicht geklärt werden, ob oder gegebenenfalls inwieweit der mit der Weitergabe der Zugangsdaten nach Vortrag der Klägerin verbundene Zweck, "einen wie auch immer gearteten Missbrauch des Accounts zu vermeiden" (S. 4 der Klageschrift), der Einwilligung für eine Zugangseröffnung für die Erben nach dem Tode entgegensteht. Es kann letztlich auch dahinstehen, ob man auf Seiten der Erblasserin ein mutmaßliches Einverständnis annehmen kann. Denn die Annahme einer wirksamen Einwilligung in einen Eingriff in das Telekommunikationsverhältnis setzt insoweit voraus, dass auch der Kommunikationspartner eine entsprechende wirksame Einwilligung erteilt hat oder man von einer mutmaßlichen Einwilligung der Kommunikationspartner ausgehen kann. Ein wirksamer Verzicht nur eines Kommunikationspartners mit Wirkung für den anderen Partner ist nicht möglich (vgl. BVerfGE 106, 28; 85, 386; Scheurle/Mayen/Zerres, TKG 2. Aufl. 2008, § 88 Rn. 16 m. w. N.; Bock, a.a.O., § 88 Rn. 44; Säcker-Kleszczewski, a.a.O., § 88 Rn. 10; Gusy, a.a.O., Rn. 48; Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10 Rn. 30).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07 (BVerfGE 120, 274). Soweit es darin heißt (Rn. 291 nach juris): "Erlangt eine staatliche Stelle Kenntnis von den Inhalten einer über die Kommunikationsdienste des Internet geführten Fernkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg, so liegt darin nur dann ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, wenn die staatliche Stelle hierzu nicht durch Kommunikationsbeteiligte autorisiert ist. Da das Telekommunikationsgeheimnis das personengebundene Vertrauen der Kommunikationsbeteiligten zueinander nicht schützt, erfasst die staatliche Stelle die Kommunikationsinhalte bereits dann autorisiert, wenn nur einer von mehreren Beteiligten ihr diesen Zugriff freiwillig ermöglicht hat", ist der Fall gemeint, dass z. B. ein Teilnehmer eines geschlossenen Chats der für die Verfassungsschutzbehörde handelnden Person seinen Zugang freiwillig zur Verfügung gestellt hat und die Behörde in der Folge diesen Zugang nutzt" (a.a.O. Rn. 293).

Um einen vergleichbaren Fall des nicht geschützten Vertrauens der Kommunikationspartner zueinander geht es hier jedoch nicht. Denn es geht vorliegend nicht darum, ob ein Dritter Zugang zu den Kommunikationsinhalten über die von der Erblasserin überlassenen Zugangsdaten zu ihrem Account erhalten soll. Vielmehr geht es darum, ob der Diensteanbieter als Verpflichteter zur Wahrnehmung des Telekommunikationsgeheimnisses (§ 88 Abs. 2 TKG) Kommunikationsdaten an außerhalb des Kommunikationsvorgangs stehende Dritte weitergeben darf. In diesem Fall ist weiterhin die Einwilligung beider Telekommunikationspartner erforderlich.

bb) In der Teilnahme an einer über Facebook geführten Kommunikation liegt keine Einwilligung in die Weitergabe von Kommunikationsinhalten an den Erben des ursprünglichen Kommunikationspartners. Eine entsprechende Einwilligung kann zwar auch konkludent erfolgen. Eine konkludente Einwilligung darf angenommen werden, wenn ein bestimmtes Verhalten in einem solchen Maße üblich und geradezu selbstverständlich ist, dass entsprechend dem Grundgedanken des § 157 BGB nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vernünftigerweise nur von einer Zustimmung des Betroffenen ausgegangen werden kann, sofern er dem Verhalten nicht widerspricht (vgl. die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Voraussetzungen einer konkludenten Einwilligung des

Patienten in die Weitergabe seiner personalen Daten durch seinen Arzt, BGHZ 115, 123). Dass es zum Zeitpunkt der Teilnahme der Kommunikationspartner der Erblasserin an der Kommunikation geradezu selbstverständlich war, dass im Falle des Todes eines Telekommunikationspartners den Erben vom Betreiber der social-media-Plattform eine Zugangsmöglichkeit zu den Kommunikationsinhalten verschafft wird, lässt sich aber nicht feststellen. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass die Teilnehmer einer Kommunikation über Facebook selbstverständlich davon ausgehen mussten, dass nach dem Tod des Kommunikationspartners die Kommunikationsinhalte den Erben zugänglich gemacht würden. Vielmehr konnten die Teilnehmer einer Kommunikation über Facebook eher davon ausgehen, dass eine solche Weitergabe an die Erben aufgrund der Richtlinien zum Gedenkstatus gerade nicht erfolgt.

cc) Daran ändert auch nichts der Umstand, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Kommunikation über Facebook minderjährig gewesen ist. Auch für diesen Fall lässt sich keine Selbstverständlichkeit dahin feststellen, dass den Erben Zugang zu den Kommunikationsinhalten gewährt werden würde. Insoweit kann im Fall der Teilnahme minderjähriger Kommunikationspartner zwar davon ausgegangen werden, dass in vielen Fällen diese ihren Eltern die Zugangsdaten zum Account mitgeteilt haben. Dass dies aber in so gut wie in allen Fällen der Fall gewesen ist, kann wiederum nicht festgestellt werden. Abgesehen davon würde eine Einwilligung in die Einsichtnahme der Eltern in den Account über die Zugangsdaten noch nicht bedeuten, dass die Telekommunikationspartner gerade auch für den Fall des Todes, bei dem nach Versetzung des Kontos in den Gedenkstatus ein Zugang zum Konto über die normalen Zugangsdaten nicht mehr möglich ist, mit einer Zugänglichmachung der Inhalte an die Erben durch den Diensteanbieter einverstanden sind.

dd) Schließlich kann auch nicht eine mutmaßliche Einwilligung der Telekommunikationspartner der Erblasserin angenommen werden. Für den Fall des Zugangs zu einem E-Mail-Account des Erblassers wird hinsichtlich der geschäftlichen Korrespondenz zwar diskutiert, eine mutmaßliche Einwilligung aus dem überwiegenden Interesse der Geschäftspartner dahin herzuleiten, dass die Geschäftsbeziehung mit den Erben zügig fortgesetzt werden kann und dabei insbesondere offene Rechnungen bezahlt werden (vgl. z. B. Pruns, Keine Angst vor

dem digitalen Nachlass“, NWB 2014, 2175, 2185). Bereits für die digitale geschäftliche Korrespondenz ist dieser Ansatz aber nicht überzeugend, da fraglich ist, warum z. B. für abgeschlossene Geschäftsvorgänge oder für den Geschäftspartner nachteilige Geschäftsvorgänge ein überwiegendes Interesse des Geschäftspartners an einem Zugang der Erben zum E-Mail-Account gegeben sein soll. Noch weniger wird man Gründe für eine mutmaßliche Einwilligung der Kommunikationspartner in eine Zugangsgewährung zu den Kommunikationsinhalten für die Erben finden, wenn es – wie hier - um die Nutzung eines Telekommunikationsdienstes geht, der vorwiegend dem Austausch von persönlichen Nachrichten etc. dient. Grundsätzlich möglich ist eine mutmaßliche Einwilligung sowohl bei einem Handeln *im Interesse des Betroffenen* als auch bei einem solchen *im eigenen Interesse bzw. dem eines Dritten*: ersteres bei einer “internen Güter- und Interessenkollision im Lebensbereich des Verletzten” letzteres bei einer zu vermutenden Interessenpreisgabe des Betroffenen zu Gunsten des Täters oder Dritter. (Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. Rn. 55, beck-online). Auch beim Handeln im Interesse des Verletzten ist Grund der Rechtfertigung nicht die Wahrung des “intern” höherrangigen Interesses, entscheidend ist vielmehr das unter diesen Umständen anzunehmende Fehlen eines Schutzinteresses an dem in Anspruch genommenen Gut (Schönke/Schröder, a.a.O.). Warum im Falle des Todes des Kommunikationspartners kein Interesse mehr an den Schutzwirkungen des Fernmeldegeheimnisses gerade betreffend höchstpersönlicher Inhalte mehr gegeben und somit von einer mutmaßlichen Einwilligung in die Zugangsgewährung für die Erben aus eigenem Interesse bestehen sein soll, ist für den Senat nicht ersichtlich. Insbesondere rechtfertigen die in der Literatur erörterten Gründe, wie das vermeintliche Interesse der Kommunikationspartner, über den Tod des Erblassers informiert zu werden, etwa um den Angehörigen ihr Beileid aussprechen zu können (vgl. Pruns, a.a.O), die Annahme einer solchen hypothetische Einwilligung betreffend aller höchstpersönlichen Inhalte nicht. Auch hinsichtlich des Interesse der Klägerin und des Vaters der Erblasserin durch den Zugang zum Facebook-Account der Verstorbenen Gewissheit über die Hintergründe des Todes ihrer Tochter zu erhalten, gibt es keine Vermutung dafür, dass alle Kommunikationspartner, die mit der Erblasserin über die Dienste der Beklagten persönliche Inhalte ausgetauscht haben, ihr Interesse an der Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses insoweit gegenüber dem Interesse der Klägerin preisgeben.

- k) Aufgrund der fehlenden Einwilligung der Kommunikationspartner kann auch eine Verurteilung der Beklagten nicht nach dem Hilfsantrag der Klägerin erfolgen, mit dem die Klägerin Zugang zum vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten unter Entfernung der Namen sowie anderer personenbezogener Daten begehrt. Denn vom Telekommunikationsgeheimnis ist auch der Inhalt der Kommunikation umfasst. Soweit die Klägerin mit der Entfernung anderer personenbezogener Daten meinen sollte, dass der Kommunikationsinhalt um die Punkte bereinigt werden solle, die Rückschlüsse auf die Person des Kommunikationspartners zulassen könnten, ist eine solche Trennung nicht möglich, ohne dass der Diensteanbieter Kenntnis vom Inhalt der Kommunikation nimmt, was ihm aber ohne Einwilligung des Kommunikationspartners gerade verwehrt ist.
- l) Auch wenn die Durchsetzungssperre des § 88 TKG nur die Daten auf dem Account der Erblasserin betrifft, denen ein Kommunikationsvorgang zugrunde liegt, kommt unabhängig von der offengelassenen Frage der Vererbbarkeit auch eine Verurteilung der Beklagten hinsichtlich der nicht auf einen Kommunikationsvorgang beruhenden Inhalte des Accounts als Minus nicht in Betracht. Abgesehen davon, dass es der Klägerin ausweislich der Klagebegründung vorrangig auf die Kommunikationsinhalte ankommt und für den Senat auch nicht ersichtlich ist, inwiefern ein getrennter Zugang überhaupt möglich ist, ohne dass die Beklagte zuvor bei einer Aussonderung der Kommunikationsvorgänge wiederum gegen § 88 Abs. 3 TKG verstößt, kommt eine eingeschränkte Verurteilung bereits deswegen nicht in Betracht, weil überhaupt nicht ersichtlich ist, dass und in welcher Weise die Erblasserin die Dienste der Beklagten über die Benutzung als Kommunikationsmittel hinaus genutzt hat. Eine Verurteilung zur Zugangsgewährung zu bestimmten Dateninhalten setzt aber voraus, dass solche Dateninhalte überhaupt vorhanden sind.
4. Der Senat hat weiter geprüft, ob weitere Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen, die eine Verurteilung der Beklagten nach dem Antrag der Klägerin rechtfertigen könnten.
- a) Der Klägerin und dem Vater der Erblasserin steht kein Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB i. V. m. § 1922 BGB auf Rückgängigmachung des Gedenkstatus zu.

Nach dem bestrittenen Vortrag der Klägerin, wären sie und ihr Ehemann aufgrund der ihnen von ihrer verstorbenen Tochter überlassenen Zugangsdaten und ihrer Stellung als Rechtsnachfolger in die Rechte des Vertrages vor der Einrichtung des Gedenkstatus in der Lage gewesen, Zugang zum Account und den dortigen Kommunikationsinhalten zu nehmen. Dabei kann dahinstehen, ob der Erblasserin die Überlassung der Zugangsdaten nach den Nutzungsbedingungen der Beklagten gestattet war und ob sich insoweit aus der Minderjährigkeit der Erblasserin etwas anderes ergibt, denn ein im Rahmen eines Schadensersatzanspruches zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verpflichtendes Verhalten kann nicht in der Einrichtung des Gedenkzustandes für das Konto der Erblasserin gesehen werden. Denn dazu war die Beklagte berechtigt, nachdem sie Ihre Telekommunikationsdienste von vorneherein nur mit der Einschränkung angeboten hat und dies auch Inhalt des zwischen ihr und der Erblasserin geschlossenen Vertrages geworden ist, dass der Nutzeraccount im Falle des Todes eines Nutzers in den Gedenkstatus versetzt wird, der einen Zugang zum Account mit den bisherigen Zugangsdaten nicht zulässt.

- b) Eine solche Anspruchsgrundlage folgt auch nicht aus dem Recht der elterlichen Sorge nach §§ 1626 ff. BGB, dem die Erblasserin zum Zeitpunkt ihres Todes noch unterstand. Abgesehen davon, dass die elterliche Sorge ein dem Interesse des minderjährigen Kindes dienendes gesetzliches Schutzverhältnis darstellt (vgl. Palandt-Götz, a.a.O., § 1626 Rn. 3) und damit letztlich nicht Grundlage eines dem eigenen Aufklärungsinteresse der Eltern dienenden Anspruchs sein kann, endet das elterliche Sorgerecht – wie auch die Vorschrift des § 1698 b BGB zeigt – mit dem Tode des Kindes (Staudinger/ Peschel-Gutzeit (2015) BGB § 1626 Rn. 38). Soweit den Eltern als nächsten Angehörigen nach dem Tode ihres Kindes noch das Totenfürsorgerecht, d. h. das Recht und die Pflicht für eine Bestattung zu sorgen etc., und ein Notgeschäftsführungsrecht zustehen, lässt sich daraus kein Anspruch auf Zugang zu Social-Media-Accounts des verstorbenen Kindes herleiten, der dem eigenen Aufklärungsinteresse der Eltern dient.
- c) Ein Anspruch der Eltern der Erblasserin gegen die Beklagte auf Zugang zum Facebook-Account der Erblasserin folgt auch nicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Letzteres ergänzt als "unbenanntes" Freiheitsrecht die speziellen ("benannten") Freiheitsrechte, die ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen. Eine der Aufgaben

des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist es dabei, Grundbedingungen dafür zu sichern, dass die einzelne Person ihre Individualität selbstbestimmt entwickeln und wahren kann (BVerfGE 141, 186). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt indessen nur solche Elemente der Persönlichkeitsentfaltung, die - ohne bereits Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes zu sein - diesen in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen (BVerfGE a.a.O.). Als ein solches Element der Persönlichkeitsentfaltung ist z. B. das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung anerkannt, da die Abstammung als Individualisierungsmerkmal zur Persönlichkeit gehört und die Kenntnis der Herkunft dem Einzelnen wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität bietet (BVerfGE 90, 263). Damit lässt sich aber der verständliche Wunsch der Eltern, Gewissheit über die Umstände und Hintergründe des Todes ihres Kindes zu erlangen, nicht vergleichen. Denn dieser Wunsch nach Kenntnis bezieht sich nicht auf die die eigene Persönlichkeit konstituierenden Merkmale und Umstände, sondern auf Umstände, die gerade außerhalb der eigenen Persönlichkeit und der sie konstituierenden Elemente liegen. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die bestehende Unkenntnis über die Umstände und Hintergründe des Todes des eigenen Kindes die Persönlichkeitsentfaltung der Eltern massiv beeinträchtigen kann. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht verbürgt aber nicht Schutz gegen alles, was die selbstbestimmte Persönlichkeitsentwicklung auf irgendeine Weise beeinträchtigen könnte (BVerfGE 141, 186). Weiter gedacht müsste ein solches Grundrecht auch die Kenntnis von Umständen anderer Ereignisse umfassen, deren Eintritt die Persönlichkeitsentfaltung beeinträchtigen kann. Ein Grundrecht auf Kenntnis der Umstände und Hintergründe von Ereignissen, die für die Persönlichkeitsentfaltung bedeutsam ist, wäre mangels belastbarer Abgrenzungskriterien konturenlos damit nicht zu handhaben. Zudem verbürgt das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht Schutz gegen alles, was die selbstbestimmte Persönlichkeitsentwicklung auf irgendeine Weise beeinträchtigen könnte, denn kein Mensch vermag seine Individualität unabhängig von äußeren Gegebenheiten und Zugehörigkeiten zu entwickeln (vgl. BVerfG a.a.O.). Der lückenschließende Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts greift deshalb erst dann, wenn die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit spezifisch, d. h. in den die eigene Persönlichkeit konstituierenden Umständen gefährdet ist (vgl. BVerfG a.a.O.)

d) Auch aus einer analogen Anwendung des § 34 BDSG, wonach die verantwortliche Stelle dem Betroffenen auf Verlangen Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten zu erteilen hat, ergibt sich entgegen der Ansicht des Landgerichts keine zum Ziel führende Anspruchsgrundlage für das Begehren der Klägerin, abgesehen von Frage, ob vorliegend überhaupt die Vorschriften des deutschen BDSG herangezogen werden können. Denn der Schutz- und Wirkungsbereich des BDSG beschränkt sich – wie § 3 Abs. 1 BDSG zeigt – nur auf lebende Personen. Insoweit ist es entgegen der Ansicht des Landgerichts auch nicht unbillig, die Erben auf der einen Seite als Rechtsnachfolger des Erblassers anzusehen, aber auf der anderen Seite nicht als Betroffene im Sinne des BDSG als Rechtsnachfolger des Erblassers. Denn das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, welches Grundlage für die datenschutzrechtlichen Ansprüche des BDSG ist, endet mit dem Tod des Betroffenen (vgl. Erbs/Kohlhaas/Ambs BDSG § 3 Rn. 1-3, beck-online) und ist damit unvererblich. Daher ist es für die Erben nicht unbillig, Rechte aus dem nicht auf die Erben übergegangenen informationellen Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen nicht geltend machen zu können. Abgesehen davon bedarf es eines Rückgriffs auf eine analoge Anwendung des § 34 BDSG nicht. Bejaht man entsprechend den obigen Ausführungen eine "Vererbbarkeit des Facebook-Accounts", ergibt sich die Anspruchsgrundlage – vorbehaltlich der Frage einer Durchsetzungssperre nach § 88 TKG, an der sich auch ein aus § 34 BDSG hergeleiteter Anspruch mit demselben Ergebnis messen lassen müsste - für das klägerische Begehren bereits aus § 1922 BGB, so dass es einer analogen Anwendung des § 34 BDSG nicht bedarf. Verneint man dagegen eine solche Vererbbarkeit, ist nicht ersichtlich, warum der Rechtsnachfolger (im Übrigen) hinsichtlich dieser "nicht vererbaren Daten" einen Auskunftsanspruch geltend machen können sollte.

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

D.

Die Revision war nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zuzulassen.

Retzlaff

Kruse

Schmidt