

Leseprobe zu



Groll

## **Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung**

4. Auflage, 2015, 2573 Seiten, gebunden, Handbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-18063-8

**179,00 €**

## XVII. Der digitale Nachlass

**Schrifttum:** *Brinkert/Stolze/Heidrich*, Der Tod und das soziale Netzwerk – Digitaler Nachlass in Theorie und Praxis, ZD 2013, 153; *Brisch/Müller-ter Jung*, Digitaler Nachlass – Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Mediacenter-Inhalten, CR 2013, 446; *Deusch*, Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0, ZEV 2014, 2; *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, Juni 2013, [http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-DAV34\\_13.pdf](http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-DAV34_13.pdf); *Herzog*, Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverständenes Problem, NJW 2013, 3745; *Hoeren*, Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers, NJW 2005, 2113; *Martini*, Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet, JZ 2012, 1145; *Pruns*, Keine Angst vor dem digitalen Nachlass! Erbrechtliche Grundlagen – Alte Probleme in einem neuen Gewand?, NWB 2013, 3161; *Pruns*, Keine Angst vor dem digitalen Nachlass! Erbrecht vs. Fernmeldegeheimnis?, NWB 2014, 2175; *Rott/Rott*, Wem gehört die E-Mail? Rechts- und Praxisprobleme beim digitalen Nachlass, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, Umfassende Nachfolgeplanung – digitales Erbe, Vorsorgevollmacht und höchstpersönliche Verfügungen, 1.

	Rz.		Rz.
<b>I. Einleitung und Definition</b> . . . . .	1	3. Websites . . . . .	58
<b>II. Rechtliche Grundsätze zum digitalen Nachlass</b>		4. Clouds . . . . .	63
1. Grundprinzip Gesamterbsnachfolge . . . . .	5	5. Online-Bestellungen und Internet-Auktionen . . . . .	65
2. Differenzierung zwischen privaten und vermögensbezogenen Daten? . . . . .	7	6. Vererbbarkeit von Apps, eBooks, Musik- und Videosammlungen . . . . .	69
3. Gerichtliche Zuständigkeit und anzuwendendes Recht . . . . .	15	7. Kritische Betrachtung der AGB der Anbieter . . . . .	79
<b>III. Die wichtigsten Fallbeispiele</b>		<b>IV. Konsequenzen für die Beratungspraxis</b>	
1. E-Mails . . . . .	19	1. Die Perspektiven der Beteiligten . . . . .	83
a) Rechtslage . . . . .	20	2. Digitale Nachlassplanung und Vermögensvorsorge . . . . .	86
b) Die Praxis der Anbieter . . . . .	41	a) „Digitale Vorsorgemappe“ und „digitaler Bevollmächtigter“ . . . . .	87
2. Soziale Netzwerke		b) Regelungen im Testament . . . . .	95
a) Rechtslage . . . . .	47	c) Sonstige Vorsorgemaßnahmen . . . . .	99
b) Die Praxis der Anbieter . . . . .	52		

### I. Einleitung und Definition

- 1 Ein immer größer werdender Teil unseres Lebens spielt sich im Internet ab. Internetnutzer korrespondieren per E-Mail und kaufen im Netz ein. Sie pflegen private und geschäftliche Beziehungen in sozialen Netzwerken, sie teilen Fotos, Videos und Texte mit anderen Nutzern, sie chatten und twittern. Bibliotheken, Musik- und Filmsammlungen stehen nicht mehr im Regal, sondern werden im Netz heruntergeladen und digital angelegt. Eine Welt ohne Computer, Smartphone und Internet ist für viele Menschen nicht mehr vorstellbar. Doch was geschieht mit all den Internetaktivitäten, den Online-Rechtsbeziehungen

eines Menschen, den zahlreichen Daten – kurz: seinem digitalen Nachlass – wenn er verstirbt?

Eine allgemein gültige Definition für den Begriff gibt es bislang nicht<sup>1</sup>. Teilweise wird der digitale Nachlass beschrieben als „Accounts und Daten im Internet, die nach dem Tode des Benutzers weiter bestehen bleiben“<sup>2</sup>. Diese Definition ist jedoch zu eng, umfasst sie doch z.B. nicht die lokal auf der Hardware des Erblassers wie Computer oder Smartphone gespeicherten digitalisierten Informationen. 2

Der Vorzug ist deshalb einer weiter gefassten Definition zu geben, wonach zum digitalen Nachlass sämtliche „Rechtsverhältnisse des Erblassers betreffend informationstechnische Systeme einschließlich des gesamten elektronischen Datenbestands des Erblassers“<sup>3</sup> zählen. Hierzu gehören neben der Hard- und Software des Erblassers seine gesamten auf lokalen Datenträgern oder im Internet gespeicherten Daten sowie seine Zugänge zum Internet. Ferner zählen zum digitalen Nachlass die E-Mails des Erblassers, die Rechte an Websites und Blogs sowie Fotos, Videos, Textbeiträge und sonstige Inhalte, die er im Internet veröffentlicht oder dort erstellt hat. Auch sämtliche Vertragsabschlüsse und Vertragsbeziehungen des Erblassers im Internet sowie die Abwicklung bloßer Vertragsmodalitäten online (wie etwa die Rechnungstellung per E-Mail) sind mit umfasst<sup>4</sup>. 3

Der exponentiell zunehmenden Bedeutung des Lebens im und mit dem Internet steht diametral die bislang dürftige juristische Auseinandersetzung mit dem digitalen Nachlass eines verstorbenen Menschen gegenüber. In der juristischen Literatur wurde das Thema lange Zeit stiefmütterlich behandelt, erst seit kürzerer Zeit erfreut es sich im Schrifttum wachsender Beliebtheit. Doch die steigende Zahl an Fachbeiträgen zeigt vor allem eines: Zahlreiche Fragen und Probleme rund um den digitalen Nachlass sind bislang rechtlich völlig ungeklärt. Dies liegt zum einen daran, dass es Rechtsprechung zum Thema (noch) so gut wie nicht gibt. Hinzu kommt, dass die Internetaktivitäten des Erblassers auf eine Gemengelage aus Vorschriften unterschiedlicher Rechtsgebiete und formularmäßigen Regelungen der Internetanbieter treffen, so dass eine Betrachtung nur aus erbrechtlicher Sicht meist nicht ausreicht. Für den Berater birgt der digitale Nachlass, der durch das Älterwerden der internetaffinen Generationen in den nächsten Jahren mehr und mehr an Bedeutung gewinnen wird<sup>5</sup>, damit mannigfaltige neue Herausforderungen. 4

## II. Rechtliche Grundsätze zum digitalen Nachlass

### 1. Grundprinzip Gesamtrechtsnachfolge

Ausgangspunkt für die Frage der Vererbbarkeit des digitalen Nachlasses ist das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession), § 1922 BGB. Demnach geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes, d.h. mitsamt allen vererblichen Rechten und Pflichten, auf den Erben als Rechtsnachfolger über. 5

1 Deusch, ZEV 2014, 2 (2).

2 Vgl. Pruns, NWB 2013, 3161 (3161), der sich auf die Definition in der Internetenzyklopädie Wikipedia bezieht.

3 Deusch, ZEV 2014, 2 (2f.).

4 Vgl. Herzog, NJW 2013, 3745 (3745).

5 Scherer, MAH Erbrecht, § 1 Rz. 29.

- 6 Ein erster Zwischenbefund aus erbrechtlicher Sicht lautet deshalb, dass der Erbe als Rechtsnachfolger in sämtliche Rechtspositionen des Erblassers auch bezüglich des digitalen Nachlasses eintritt<sup>1</sup>. Vererbt wird das Eigentum an der Hardware des Erblassers, also Computer, Smartphone, Festplatte oder USB-Stick, einschließlich der darauf gespeicherten Daten, die Bestandteil des Geräts bzw. Speichermediums sind<sup>2</sup> (zu möglichen Ausnahmen hiervon s. Rz. 69ff.). Ferner gehen die vertraglichen Rechte und Pflichten aus Online-Beziehungen jeglicher Art im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben über. Daraus können sich – vorbehaltlich entgegenstehender vertraglicher und gesetzlicher Regelungen – Ansprüche des Erben gegen den Internetanbieter auf Auskunft, Zugang zu oder Löschung von Internetkonten sowie Herausgabe von Daten ergeben. Urheberrechte des Erblassers an geschützten Werken, ob nun digitalisiert auf seiner Hardware gespeichert, im Internet veröffentlicht oder dort erstellt, sind gem. §§ 28ff. UrhG vererblich. Dazu zählen Fotos (Schutz als Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG oder als Lichtbild gem. § 72 UrhG) und Videos (Schutz als Filmwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG oder zumindest als Laufbild, § 95 UrhG) ebenso wie vom Erblasser verfasste Texte wie etwa Blog-Einträge (Sprachwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG)<sup>3</sup>.

## 2. Differenzierung zwischen privaten und vermögensbezogenen Daten?

➡ **Beratungssituation:** Der Erblasser hat in seinem Testament eine gemeinnützige Stiftung zur Alleinerbin eingesetzt und seine beiden erwachsenen Kinder aus geschiedener Ehe enterbt. Er fragt seinen Berater, ob damit automatisch auch seine privaten digitalen Daten, insbesondere private E-Mails und die Inhalte seines Facebook-Accounts, der Erbin zustehen oder ob seine Kinder nach dem Erbfall darauf Zugriff haben.

- 7 Stark umstritten ist im Schrifttum, ob das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge auch für die höchstpersönlichen Daten im digitalen Nachlass des Erblassers gelten soll. Dies wird insbesondere am Beispiel der E-Mails des Erblassers, aber auch für sonstige Internet-Accounts diskutiert. Der Debatte liegt die Überlegung zugrunde, dass das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge nicht für die überwiegend persönlichkeitsbezogenen Rechte und Pflichten des Erblassers gilt<sup>4</sup>. Hierzu zählt auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, das, soweit es dem Schutz ideeller Interessen dient, als höchstpersönliches, unauflöslich an die Person seines Trägers gebundenes Recht nicht vererblich ist<sup>5</sup>. Da jedoch das Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde über den Tod eines Menschen hinaus gilt, besteht auch nach dem Erbfall ein postmortaler Persönlichkeitsschutz für den Verstorbenen weiter<sup>6</sup>. Wird dieser verletzt, so stehen ei-

1 Vgl. *Herzog*, NJW 2013, 3745 (3746).

2 *Bräutigam*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013.

3 Zu Art und notwendigem Umfang für die Schutzfähigkeit eines Sprachwerks vgl. *Dreier/Schulze*, § 2 UrhG Rz. 83ff.

4 *Wachter* in Scherer, MAH Erbrecht, § 4 Rz. 4.

5 BGH v. 5.10.2006 – I ZR 277/03, MDR 2007, 417 = FamRZ 2007, 207 = NJW 2007, 684; die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts gehen hingegen gem. § 1922 BGB auf den Erben über, BGH v. 1.12.1999 – I ZR 49/97, MDR 2000, 1147 = FamRZ 2000, 1080 = NJW 2000, 2195 („Marlene Dietrich“).

6 BGH v. 20.3.1968 – I ZR 44/66, JZ 1968, 697 („Mephisto“).

nem vom Erblasser zu Lebzeiten ermächtigten Wahrnehmungsberechtigten, ansonsten den nahen Angehörigen (jedoch nicht dem Erben, soweit nicht personengleich!), Abwehrrechte gegen diese Verletzung zu<sup>1</sup>.

Vor diesem Hintergrund sind nach **einer Ansicht** die höchstpersönlichen E-Mails des Erblassers und sonstige höchstpersönliche Internet-Account-Daten **nicht** vererblich<sup>2</sup>. Private E-Mails des Erblassers mit ausschließlich nicht vermögensrechtlichem Bezug (z.B. eine Liebes-E-Mail) sollen stattdessen den nächsten Angehörigen des Erblassers, ggf. auch besonderen Vertrauenspersonen zustehen, da diese die Rechte des postmortalen Persönlichkeitsschutzes des Verstorbenen wahrnehmen. Denn die Informationen in den E-Mails könnten erheblich für das Andenken an den Verstorbenen sein und auch nach seinem Tod sein Persönlichkeitsrecht beeinträchtigen<sup>3</sup>. Dies soll sowohl für die E-Mails gelten, die bereits auf einem Gerät des Erblassers gespeichert sind, als auch für den Anspruch auf Übertragung der noch nicht abgerufenen E-Mails des Erblassers gegen den Anbieter<sup>4</sup>. 8

Für Fälle, in denen der Erblasser ein E-Mail-Konto für geschäftliche und private E-Mails geführt hat, wird sogar eine „Infektionstheorie“ diskutiert. Danach könnte die Vermischung privater und geschäftlicher E-Mails das gesamte E-Mail-Konto infizieren, mit der Folge, dass dann sämtliche E-Mails den Angehörigen zuzuordnen wären bzw. dass nur diese Kenntnis nehmen dürften<sup>5</sup>. 9

Vertreten wird ferner, dass bei höchstpersönlichen, geschützten Internet-Accounts des Erblassers eine Pflicht des Diensteanbieters zur Geheimhaltung über den Tod hinaus gegenüber jedermann fortbestehe<sup>6</sup>. Zum postmortalen Persönlichkeitsschutz gehöre, dass der Einzelne auch nach seinem Tod gegen die Ausforschung seiner Persönlichkeit durch unbefugte Dritte geschützt bleibe. Unbefugte Dritte in diesem Sinne könnten aber auch Erben oder eigene Angehörige sein<sup>7</sup>. Die Entfaltung der Persönlichkeit im Internetzeitalter werde erheblich gehemmt, könnten sich die Nutzer nicht darauf verlassen, dass ihre Daten auch nach ihrem Tode nur denjenigen zugänglich gemacht werden, denen sie diese zugänglich machen wollten<sup>8</sup>. Zugangsaccounts dürften vom Anbieter deshalb nur weitergegeben werden, wenn der Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend gegenüber dem Anbieter oder Dritten die Freigabe verfügt habe<sup>9</sup>. Das Dilemma eines Accounts, in dem höchstpersönliche und vermögensrechtliche Daten (die dem Erben zustehen) vermischt sind, sei nur zu lösen, indem ein neutraler Dritter – ein Testamentsvollstrecker oder der Diensteanbieter selbst – die Daten nach dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers aussortiere<sup>10</sup>. Für 10

1 BGH v. 20.3.1968 – I ZR 44/66, JZ 1968, 697 („Mephisto“).

2 Hoeren, NJW 2005, 2113 (2114 ff.) zu E-Mails; Martini, JZ 2012, 1145 (1147 ff.); Brinkert/Stolze/Heidrich, ZD 2013, 153 (154 ff.); vgl. auch Rott/Rott, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (2).

3 Hoeren, NJW 2005, 2113 (2114).

4 Hoeren, NJW 2005, 2113 (2114).

5 Bräutigam, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 16 (24); Rott/Rott, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (5).

6 Martini, JZ 2012, 1145 (1152).

7 Martini, JZ 2012, 1145 (1150).

8 Martini, JZ 2012, 1145 (1155).

9 Martini, JZ 2012, 1145 (1152).

10 Martini, JZ 2012, 1145 (1152).

öffentlich verfügbare personenbezogene Informationen über den Verstorbenen, wie die Daten einer eigenen Homepage, könnten hingegen die Angehörigen das datenschutzrechtliche Totenfürsorgerecht wahrnehmen<sup>1</sup>.

- 11 Die **Gegenansicht** lehnt eine Differenzierung nach vermögensbezogenen und nichtvermögensbezogenen Daten ab<sup>2</sup>. Aus dem vielzitierten Grundsatz, dass vermögensrechtliche Positionen in der Regel vererbbar seien, nichtvermögensrechtliche Positionen hingegen in der Regel nicht<sup>3</sup>, dürfe nicht der Schluss gezogen werden, dass dem Erben Vermögenswerte oder geschäftliche Inhalte und den Angehörigen alles Private zustehe<sup>4</sup>. Tatsächlich würden das Eigentum oder sonstige Rechte an einer Sache unabhängig davon vererbt, in welchem Kontext der Erblasser die Sache benutzt habe. Das Erbrecht differenziere gerade nicht zwischen dem privaten und dem vermögensbezogenen Nachlass. Dies zeige schon ein Blick in den Gesetzestext: So lasse sich aus § 2047 Abs. 2 BGB folgern, dass Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers beziehen, vererbt werden. Auch könne aus § 2373 S. 2 BGB (wobei zu den „Familienpapieren und Familienbildern“ auch Briefe und Tagebücher zählen<sup>5</sup>) der Umkehrschluss gezogen werden, dass auch diese höchstpersönlichen Papiere in den Nachlass fallen und vererbbar sind<sup>6</sup>. Aus den Rechtsgrundsätzen zum postmortalen Persönlichkeitschutz ergebe sich nichts anderes: Tatsächlich handele es sich dabei um ein Recht des Verstorbenen, das ein Wahrnehmungsberechtigter oder subsidiär die Angehörigen nach dem Erbfall subjektiv treuhänderisch für den Verstorbenen ausüben. Daraus könnten den Angehörigen Abwehrrechte zustehen; ein Alternativverhältnis, wonach Positionen des Nachlasses entweder auf die Erben oder die nächsten Angehörigen übergehen, ergebe sich daraus aber nicht<sup>7</sup>.
- 12 Der zweiten Ansicht ist zuzustimmen. Die Differenzierung zwischen vermögensbezogenen und nichtvermögensbezogenen Daten lässt sich mit den erbrechtlichen Regelungen des BGB ebenso wenig vereinbaren wie eine nicht gerechtfertigte Differenzierung zwischen digitalem und „analogem“ Nachlass: Briefe und Tagebücher in Papierform dürften demnach unabhängig von ihrem Inhalt vererbt werden, E-Mails jedoch nicht. Der Diensteanbieter soll verpflichtet werden, die höchstpersönlichen Daten des Erblassers auszusortieren, eine Verpflichtung für den Vermieter, die Wohnung des Erblassers nach höchstpersönlichen Gegenständen und Unterlagen zu durchsuchen, bevor er dem Erben Zutritt gewährt, gibt es jedoch nicht<sup>8</sup>. Zudem wird eine Differenzierung oft allein schon daran scheitern, dass auch vermeintlich höchstpersönliche Daten einen Vermögensbezug haben können. Als Beispiel sei nur die private E-Mail genannt, die für die Testamentsauslegung ausschlaggebend ist.

1 Martini, JZ 2012, 1145 (1154).

2 Herzog, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 30 (48 ff.); Herzog, NJW 2013, 3745 (3747 ff.); Pruns, NWB 2013, 3161 (3166).

3 MüKo.BGB/Leipold, § 1922 Rz. 19.

4 Herzog, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 30 (49), mit dem Hinweis, dass der Grundsatz zur Vererbbarkeit von vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Positionen so pauschal ohnehin nicht richtig sei.

5 Christmann, BeckOK.BGB, § 2373 Rz. 1.

6 Pruns, NWB 2013, 3161 (3166); Herzog, NJW 2013, 3745 (3748).

7 Herzog, NJW 2013, 3745 (3748 f.).

8 Vgl. zu diesem zutreffenden Vergleich Brisch/Müller-ter Jung, CR 2013, 446 (455).

Im Übrigen würde die praktische Umsetzung einer solchen Differenzierung in der Realität wohl schlicht scheitern: Wer soll – wenn keine Testamentsvollstreckung angeordnet ist – die beim Erblasser gespeicherten Daten in höchstpersönliche und vermögensbezogene sortieren? Zum Aufgabenkreis der Nachlassgerichte zählt dies nicht<sup>1</sup>. Der Vorschlag, dies müssten treuhänderisch die Diensteanbieter übernehmen, begegnet nicht nur rechtlichen Bedenken mit Blick auf das Fernmeldegeheimnis. Er würde außerdem zu der widersinnigen Lösung führen, dass dann Fremde über höchstpersönliche Angelegenheiten des Erblassers entscheiden würden, anstatt nach den erbrechtlichen Regeln sein Erbe. Zudem ist der Vorschlag mit Blick auf den zu erwartenden Aufwand – die Rechtsabteilungen der Anbieter müssten bei jedem einzelnen Nachlassfall zunächst einmal die tatsächlichen und rechtlichen Hintergründe recherchieren, um die Inhalte überhaupt trennen zu können! – auch nicht realistisch.

Im Ergebnis stehen damit dem Erben sämtliche Daten des Erblassers zu, egal ob privat oder geschäftlich, ob beim Anbieter oder auf dem heimischen PC gespeichert. Im Ausgangsfall hat damit die alleinerbende Stiftung Anspruch auf die privaten E-Mails des Erblassers sowie auf die Inhalte seines Facebook-Kontos, wenn im Testament nichts anderes bestimmt wurde. Den Angehörigen stehen dagegen Abwehransprüche zu, wenn etwa durch die Darstellung des Verstorbenen im Internet seine Menschenwürde verletzt wird<sup>2</sup>; die bloße Berührung der Menschenwürde reicht dabei nicht aus<sup>3</sup>. Die Kinder des Erblassers im Beispielfall haben also keinen Zugriff auf digitale Inhalte. Sie könnten allenfalls Abwehransprüche geltend machen, wenn die Erbin z.B. durch das Betreiben eines Facebook-Gedenkprofils für den Vater und das Posten unangemessener Inhalte postmortal dessen Menschenwürde verletzt.

### 3. Gerichtliche Zuständigkeit und anzuwendendes Recht

Bei Streitigkeiten aus auf den Erben übergegangenen Vertragsbeziehungen mit internationalen Internetanbietern stellt sich regelmäßig die Frage nach der internationalen Gerichtszuständigkeit und dem anwendbaren nationalen Recht.

Für die **internationale Gerichtszuständigkeit** gilt bei grenzüberschreitenden zivilrechtlichen Streitigkeiten innerhalb der EU die EuGVVO. Diese greift gem. Art. 1 Abs. 2a EuGVVO zwar nicht bei erbrechtlichen Ansprüchen als solchen, wohl aber bei auf den Rechtsnachfolger übergegangenen vertraglichen Ansprüchen<sup>4</sup>. Bei einem Verbrauchervertrag ist die EuGVVO anwendbar, wenn der Vertragspartner des Verbrauchers im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats seinen Wohnsitz oder – bei drittstaatlichen Unternehmen – zumindest eine Niederlassung hat und hierüber am Vertragsschluss beteiligt ist, Art. 15 Abs. 1c, Abs. 2 EuGVVO. Wurde der Verbrauchervertrag über eine aktive Website geschlossen, die im Wohnsitzstaat des Verbrauchers zugänglich ist, kann der Erbe gem. Art. 16 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO an seinem Wohnort klagen<sup>5</sup>. Sollte die EuGVVO aus-

1 Herzog, NJW 2013, 3745 (3750).

2 Herzog, NJW 2013, 3745 (3750).

3 Scherer, MAH Erbrecht, § 1 Rz. 32.

4 Vgl. Wagner in Stein/Jonas, ZPO, Art. 5 EuGVVO Rz. 26.

5 Wagner in Stein/Jonas, ZPO, Art. 15 EuGVVO Rz. 44ff. mit Details zu den Voraussetzungen.

nahmsweise nicht anwendbar sein, so sind die Vorschriften der ZPO einschlägig, nach denen auch bei Verbraucherverträgen mit drittstaatlichen Unternehmen regelmäßig keine internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit gegeben sein wird<sup>1</sup>.

- 17 Das anzuwendende **nationale Vertragsrecht** bestimmt sich nach der ROM-I-VO. Demnach gilt gem. Art. 4 Abs. 1 ROM-I-VO das Recht des Aufenthaltsstaates des Verkäufers bzw. Dienstleisters, wenn keine Rechtswahl getroffen wurde. Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher gilt hingegen das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit dort ausübt oder auf irgendeine Weise auf diesen Staat ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt, Art. 6 Abs. 1 ROM-I-VO. Damit gilt das Recht des Verbrauchers, wenn der Vertrag über eine im Verbraucherstaat abrufbare Website des Unternehmers abgeschlossen wurde<sup>2</sup>.
- 18 Eine Rechtswahl ist auch bei Verbraucherverträgen grundsätzlich zulässig, Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 ROM-I-VO. Die Verbraucherschutzvorschriften des Verbraucherstaates gelten aber trotz Rechtswahl, da diese dem Verbraucher nicht den Schutz des zwingenden Rechts entziehen darf, das ohne Rechtswahl anzuwenden wäre, Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 1 ROM-I-VO. Damit unterliegen allgemeine Geschäftsbedingungen des Unternehmers trotz Rechtswahl der Parteien der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB. Eine AGB-Rechtswahlklausel als solche ist dabei grundsätzlich unproblematisch, allerdings kann nach der Rechtsprechung die Wahl von ausländischem Gerichtsstand **und** ausländischem Recht in AGB wegen unangemessener Verbraucherbenachteiligung unwirksam sein<sup>3</sup>.

### III. Die wichtigsten Fallbeispiele

#### 1. E-Mails

- 19 Von zentraler Bedeutung für die Abwicklung digitaler Nachlässe ist das E-Mail-Konto des Erblassers. Da für fast alle Online-Aktivitäten eine E-Mail-Adresse notwendig ist, stellt das E-Mail-Konto den „Dreh- und Angelpunkt“<sup>4</sup> dieser Aktivitäten dar.

#### a) Rechtslage

- 20 Bei der Frage nach dem Schicksal der E-Mails des Erblassers im Erbfall ist zunächst zu unterscheiden zwischen:
- E-Mails, die der Erblasser vor dem Erbfall abgerufen und auf seiner Hardware abgespeichert hat,  
sowie
  - E-Mails, die beim Erbfall noch auf dem Server des Anbieters lagern.

1 Vgl. Hoffmann in Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, § 38 Rz. 20 ff.

2 Palandt/Thorn, VO Rom I Rz. 6.

3 OLG Stuttgart v. 17.2.2011 – 2 U 65/10, WRP 2011, 644.

4 Pruns, NWB 2013, 3161 (3162).



Für die vom Erblasser noch zu Lebzeiten **abgerufenen** E-Mails, die auf einem Computer oder anderen Gerät gespeichert sind, gilt: Der Erbe erwirbt Eigentum an der Hardware samt der darauf enthaltenen Daten (vgl. Rz. 5 f.), also auch der gespeicherten E-Mails. Dies gilt nach der hier vertretenen Ansicht unabhängig vom Inhalt der E-Mails (vgl. Rz. 7 ff.). 21

Bei E-Mails, die noch **auf dem Server des Anbieters lagern**, gilt: In das schuldrechtliche Vertragsverhältnis<sup>1</sup> zwischen dem Erblasser und dem E-Mail-Anbieter samt allen Rechten und Pflichten tritt der Erbe als Rechtsnachfolger ein, § 1922 BGB. Damit geht auch die Inhaberschaft am E-Mail-Account auf den Erben über. 22

Zu diesem Ergebnis kommt man auch dann, wenn man (wie im Schrifttum vertreten) eine Parallele zwischen E-Mail-Account und Girokonto zieht<sup>2</sup>. Mit Bezug auf eine BGH-Entscheidung<sup>3</sup> zur Rechtsnachfolge in ein Girovertragsverhältnis wird diskutiert, ob die Inhaberschaft an einem E-Mail-Konto ebenso wie die Inhaberschaft an einem Girokonto nicht vererbbar sein könnte<sup>4</sup>. Dies trifft allerdings selbst dann nicht zu, wenn man den Vergleich für stimmig hält: Das Girovertragsverhältnis zwischen einer Bank oder Sparkasse und ihrem Kunden ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichen Elementen, in den der Erbe als Gesamtrechtsnachfolger eintritt. Das Girovertragsverhältnis erlischt dem BGH zufolge im Erbfall gerade nicht, sondern geht zunächst auf den Erben über. Erst wenn der Erbe das Konto als **sein eigenes** fortführt, entsteht ein neues Vertragsverhältnis<sup>5</sup>. Nichts anderes gilt für das E-Mail-Konto. 23

Damit hat der Erbe aus erbrechtlicher Sicht aus der übergegangenen Inhaberschaft des E-Mail-Kontos Anspruch auf Übermittlung der auf dem Server des Anbieters eingegangenen E-Mails (unabhängig von ihrem Inhalt, vgl. Rz. 7 ff.), dies ist eine Primärleistungspflicht des Anbieters<sup>6</sup>. Ferner hat der Erbe Anspruch auf Auskunft gegen den Anbieter bezüglich Vertrags- und Zugangsdaten wie dem Passwort<sup>7</sup>. 24

Etwas anderes gilt nur, wenn der Erblasser etwas anderes verfügt oder vertraglich etwas anderes mit dem Anbieter vereinbart hat<sup>8</sup>. Dass der Erblasser **keine** diesbezügliche Regelung getroffen hat, ist allerdings kein Argument **gegen** eine Freigabe<sup>9</sup>. 25

Umstritten ist jedoch, ob der Verpflichtung des Anbieters zur Herausgabe der Erblasser-E-Mails an den Erben Art. 10 Abs. 1 GG entgegensteht, da er damit gegen das Fernmeldegeheimnis verstößt. 26

1 Ein E-Mail-Vertrag ist ein „typengemischter Vertrag mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen“, vgl. *Bräutigam*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 16 (19).

2 *Bräutigam*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 16 (18 f.).

3 BGH v. 24.3.2009 – XI ZR 191/08, MDR 2009, 817 = ZEV 2009, 306.

4 Vgl. *Rott/Rott*, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (4).

5 BGH v. 24.3.2009 – XI ZR 191/08, MDR 2009, 817 = ZEV 2009, 306.

6 *Herzog*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 30 (52), die zutreffend die Parallele zum Anspruch des Erben gegen die Post auf Herausgabe eines beförderten Briefs gem. §§ 421 Abs. 1 S. 1 HGB, 1922 BGB zieht.

7 *Pruns*, NWB 2013, 3161 (3165).

8 *Herzog*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 30 (54).

9 *Herzog*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 30 (57).

- 27 aa) Nach **Ansicht des DAV** stellt die Weiterleitung der auf dem Server eines Anbieters gespeicherten Mails des Erblassers an den Erben grundsätzlich einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar, soweit sie nicht von der Einwilligung aller am Kommunikationsvorgang Beteiligten, also auch des Absenders, gedeckt ist<sup>1</sup>. Nach § 88 Abs. 3 TKG als einfachgesetzlicher Ausprägung des Fernmeldegeheimnisses<sup>2</sup> dürfen Diensteanbieter dem Fernmeldegeheimnis unterliegende Inhalte (zu denen nach herrschender Meinung E-Mail-Inhalte zählen<sup>3</sup>) nur dann an andere weitergeben, wenn dies im TKG oder einer anderen Vorschrift vorgesehen ist und die Vorschrift sich ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht. Nach dem BVerfG soll der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG sich zeitlich auch noch auf E-Mails erstrecken, die bereits auf dem Internetserver des Anbieters des Empfängers abgelegt sind (und zwar auch dann, wenn dieser bereits Kenntnis von ihnen genommen hat)<sup>4</sup>. Dasselbe gilt lt. DAV für § 88 TKG<sup>5</sup>.
- 28 Die Internetprovider seien als private Grundrechtsträger zwar nicht unmittelbar durch die Grundrechte verpflichtet. Sie seien jedoch mit Blick auf die Fraport-Entscheidung des BVerfG<sup>6</sup> durch Art. 10 Abs. 1 GG einer mittelbaren Grundrechtsbindung unterworfen, die im Bereich des Schutzes der Kommunikation der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Staates in Reichweite und Intensität nahe- bis gleichkomme<sup>7</sup>.
- 29 Konkret liege damit in der Weitergabe durch den Provider der bei ihm gespeicherten E-Mails an den Erben des Empfängers ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis (und damit im Ergebnis auch ein Verstoß gegen § 206 StGB), soweit nicht der Absender im Einzelfall seine Einwilligung erteilt habe. Da § 88 TKG alle am Kommunikationsvorgang Beteiligten schützt, sei es für die Einwilligung nicht ausreichend, wenn der Erblasser dem Erben durch Bekanntgabe des Passworts oder durch letztwillige Verfügung seinen Internet-Account überlassen habe, da der Adressat einer E-Mail nicht mit Wirkung für den Kommunikationspartner auf die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verzichten könne<sup>8</sup>. Auch sei § 1922 BGB mangels ausdrücklichen Bezugs auf Telekommunikationsvorgänge keine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage i.S.d. § 88 Abs. 3 S. 3 TKG<sup>9</sup>.
- 30 Als Konsequenz fordern der DAV und mit ihm Teile der Fachliteratur eine Ergänzung des § 88 TKG, die es den Providern ermöglicht, E-Mails an den Erblasser herauszugeben<sup>10</sup>. Ein Vergleich mit dem Postgeheimnis zeige, dass dort § 39 Abs. 3

1 Vgl. *Mayen/Zuck*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 66 (66 ff.); zustimmend *Deusch*, ZEV 2014, 2 (5); ähnlich *Rott/Rott*, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (5 f.); *Heinzelmann*, EE 2014, 14 (14 f.).

2 *Bock* in *Geppert/Schütz*, Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 Rz. 1.

3 *Bock* in *Geppert/Schütz*, Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 Rz. 8.

4 BVerfG v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06, NJW 2009, 2431.

5 *Mayen/Zuck*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 66 (72 f.).

6 BVerfG v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226.

7 *Mayen/Zuck*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 66 (70).

8 *Mayen/Zuck*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 66 (76).

9 *Mayen/Zuck*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 66 (81).

10 S. Gesetzesvorschlag mit Vorschlag für eine amtliche Begründung im Wortlaut in Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 6 (6 ff.); dem Vorschlag zustimmend *Deusch*, ZEV 2014, 2 (5 f.).

S. 4 PostG (gemeint ist hier offensichtlich § 39 Abs. 4 S. 2 PostG) die Postdienstleister dazu ermächtigt, mit dem Kunden vertragliche Vereinbarungen über die Zustellung an Ersatzempfänger zu treffen. Eine solche Regelung enthalte das TKG nicht<sup>1</sup>. Der Gesetzgeber hat den Vorschlag bislang nicht aufgegriffen.

Der **Gegenansicht** zufolge ist eine gesetzliche Regelung nicht notwendig. Die Weiterleitung von E-Mails an den Erben und die Gewährung des Zugangs zum E-Mail-Account des Erblassers stelle keinen Verstoß des Anbieters gegen das Fernmeldegeheimnis dar<sup>2</sup>. Als in den Vertrag mit dem Dienstleister eingetretener Rechtsnachfolger habe der Erbe einen Anspruch auf Abrufbarkeit der E-Mails, den der Anbieter erfüllen müsse. Dieser verschaffe dem Erben damit nur Zugang „im zur geschäftlichen Erbringung von Telekommunikationsdiensten erforderlichen Maße“, was § 88 Abs. 3 S. 1 TKG erlaube<sup>3</sup>. 31

Zudem habe die Einwilligung des Absenders bereits tatbestandsausschließende Wirkung: Mit dem Absenden der Nachricht und dem Zugang beim Erblasser noch zu dessen Lebzeiten hätten die Kommunikationspartner ihre Verfügungsbefugnisse über den Inhalt der Nachricht auf den Adressaten übertragen. Die mit dem Absenden erklärte und durch den Zugang wirksam gewordene Einwilligung in die Kenntnisnahme durch den Empfänger könne im Nachhinein nicht noch einmal eingeschränkt oder unter Bedingungen gestellt werden. Die Verfügungsbefugnis des Erblassers gehe auf den Erben über<sup>4</sup>. 32

Dies zeige auch der Vergleich mit der Rechtslage beim Brief- und Postgeheimnis. Zudem sei § 39 Abs. 3 S. 4 PostG (gemeint ist auch hier offensichtlich § 39 Abs. 4 S. 2 PostG) wohl tatsächlich keine Ermächtigungsnorm für eine Ersatzzustellung an den Erben. In Wirklichkeit regle die Norm eher Szenarien, in denen ein Brief an den Nachbarn oder ähnliche Personen zugestellt werden muss, weil der Empfänger nicht zu Hause und ein Einlegen des Briefes in den Briefkasten nicht möglich ist<sup>5</sup>. Dies zeige auch die Praxis: Die Postdienstleister betrachteten die Zustellung an den Erben gar nicht als einen Fall der Ersatzzustellung, wie z.B. die AGB der Deutschen Post AG zeigten, die in § 4 Abs. 3 den Erben des Empfängers nicht als möglichen Ersatzempfänger benennen<sup>6</sup>. 33

Geht die Nachricht erst nach dem Tod des Erblassers zu, sollen die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung zugunsten des Erben gelten. Denn dessen Interesse an der Sichtung der Kommunikation überwiege ein (ggf. vorhandenes, aber sowohl bei geschäftlichen als auch privaten Kontakten fragwürdiges) Geheimhaltungsinteresse des Kommunikationspartners. Die ausdrückliche Einwilligung des Kommunikationspartners könne ohne Zugang zum Konto in der Regel gar nicht eingeholt und dem Erben angesichts der sechswöchigen Ausschlussfrist gem. § 1944 Abs. 1 und 2 BGB auch nicht zugemutet werden<sup>7</sup>. 34

1 Deusch, ZEV 2014, 2 (5f.).

2 Pruns, NWB 2014, 2175ff.

3 Pruns, NWB 2014, 2175 (2178).

4 Pruns, NWB 2014, 2175 (2186).

5 Pruns, NWB 2014, 2175 (2181) mit Verweis auf die Argumentation von Herzog in NK-BGB, Anh. zu § 1922 Rz. 64.

6 Pruns, NWB 2014, 2175 (2181).

7 Pruns, NWB 2014, 2175 (2184ff.).

- 35 Weiter wird gegen die Forderung nach einer gesetzlichen Neuregelung eingewandt, dass die Anforderungen an private Unternehmen nicht überspitzt und Providern auch nicht die gleichen Grundrechtsbindungen wie dem Staat auferlegt werden dürften. Denn dem Anbieter werde sonst unter Heranziehung des Fernmeldegeheimnisses eine Rolle als Wächter über dessen Einhaltung zugewiesen, die es in der Offline-Welt in einer vergleichbaren Konstellation – etwa im Postbereich – nicht gebe<sup>1</sup>.
- 36 Ferner wird im Schrifttum vertreten, dass auf dem Server des Anbieters eingegangene E-Mails ohnehin nicht mehr vom Fernmeldegeheimnis geschützt seien<sup>2</sup>. Diese Ansicht dürfte jedoch angesichts der insofern eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG<sup>3</sup> überholt sein.
- 37 Zwar ist dem DAV darin zuzustimmen, dass eine gesetzgeberische Klarstellung u.U. aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert wäre<sup>4</sup>. Denn die Erben müssen derzeit angesichts der streitigen Rechtslage mit einer strengen Praxis der Anbieter rechnen, die die Strafbarkeit nach § 206 StGB fürchten.
- 38 Dennoch ist der Gegenansicht zuzustimmen, wonach die Weiterleitung von Erblasser-E-Mails an den Erben ohne ausdrückliche Einwilligung aller Beteiligten keinen Verstoß des Anbieters gegen § 88 Abs. 3 TKG darstellt. Denn durch die Herausgabe der Erblasser-E-Mails an den Erben erfüllt der Anbieter lediglich seine vertragliche Pflicht. Der Erbe als Rechtsnachfolger ist in diesem Zusammenhang damit schon kein „anderer“ i.S.d. § 88 Abs. 3 TKG.
- 39 Art. 10 Abs. 1 GG begründet ein Abwehrrecht gegen die Kenntnisnahme des Inhalts und der näheren Umstände der Telekommunikation durch den Staat sowie gleichzeitig einen Auftrag an diesen, Schutz auch insoweit vorzusehen, als Private sich Zugriff auf die Kommunikation verschaffen. Dem trägt § 88 TKG Rechnung<sup>5</sup>. Jedoch handelt es sich beim Erben gerade nicht um einen solchen Dritten, sondern um den durch § 1922 BGB legitimierten Rechtsnachfolger des Kommunikationsteilnehmers, der nach dessen Tod in sämtliche Rechtspositionen eintritt. Als solcher ist er nicht nur berechtigt, sondern angesichts der Haftungsvorschriften des Erbrechts ggf. sogar dazu verpflichtet, die Korrespondenz des Erblassers zu prüfen.
- 40 Zuzustimmen ist der Gegenansicht auch insofern, als dass bei der Weiterleitung der E-Mails an den Erben zumindest die mutmaßliche Einwilligung des Absenders angenommen werden kann<sup>6</sup>. In den meisten Fällen – insbesondere bei geschäftlichen, aber auch bei privaten E-Mails – werden die Kommunikationspartner mit der Weiterleitung der E-Mails an den Erben rechnen oder (vor allem, wenn sie Geschäftspartner sind) diese sogar ausdrücklich erwarten.

---

1 *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446 (450f.).

2 *Hoeren*, NJW 2005, 2113 (2115).

3 BVerfG v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06, NJW 2009, 2431.

4 Ähnlich *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446 (450f.).

5 *Bock* in Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 88 Rz. 5.

6 Ausdr. a.A. *Mayen/Zuck*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 66 (76f.).

**b) Die Praxis der Anbieter**

In der Realität ist das Vorgehen der verschiedenen Diensteanbieter beim Tod eines Nutzers uneinheitlich. Teilweise finden sich Regelungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>1</sup>, teilweise werden die Praktiken vertraglich nicht geregelt. 41

Die deutschen Anbieter **GMX** und **Web.de** gewähren dem Erben auf Antrag und gegen Vorlage eines Erbscheins Zugang zu dem E-Mail-Konto des Erblassers<sup>2</sup>, ohne dies jedoch in ihren AGB zu regeln. **GMX** sieht in seinen AGB ferner vor, dass der Anbieter die im Konto des Nutzers gespeicherten Nachrichten bei Kontoinaktivität nach sechs Monaten von sich aus löschen kann<sup>3</sup>. 42

Der Anbieter **Yahoo** schließt den Zugriff des Erben auf das Konto eines verstorbenen Nutzers in seinen AGB aus, dort heißt es unter Ziffer 5.4<sup>4</sup>: „Ein Account ist nicht übertragbar und alle Rechte an dem Account und den gespeicherten Inhalten erlöschen mit dem Tod des Nutzers.“ Auch das Passwort zum Konto gibt Yahoo nicht heraus. Möglich sind den Hilfeseiten von Yahoo zufolge nur die Schließung des Kontos des Verstorbenen und die Löschung sämtlicher Inhalte. Hierzu muss ein Antrag mit der Kopie der Sterbeurkunde sowie einer Kopie der Urkunde, welche den Antragsteller als „persönlichen Vertreter oder Testamentsvollstrecker des Nachlasses des Verstorbenen“ benennt (gemeint sind wohl das Testamentsvollstreckerzeugnis bzw. ein Erbschein) an die Yahoo-Rechtsabteilung übersandt werden<sup>5</sup>. 43

Die Firma Microsoft bietet für ihren Mail-Service **Outlook.com** (früher: Hotmail) auf ihren Hilfeseiten ein „Verfahren für nächste Angehörige“ an, wenn ein Nutzer verstirbt<sup>6</sup>. Dabei werden die auf einer DVD gespeicherten Kontoinhalte an nahe Angehörige, einen Bevollmächtigten oder den Erben weitergegeben, das Konto selbst kann geschlossen werden. Voraussetzung dafür ist ein Antrag mit diversen Informationen zu dem E-Mail-Konto des Verstorbenen, zusätzlich müssen eine Kopie der Sterbeurkunde, eine Ausweiskopie des Antragstellers sowie ein Nachweis für die Beziehung zum Erblasser vorgelegt werden, z.B. eine Kopie der Heiratsurkunde oder des Testaments. Es wird dazu geraten, die Dokumente auf Englisch bzw. zusammen mit einer beglaubigten Übersetzung einzureichen. Bei der Entscheidung über den Antrag behält Microsoft sich einen Ermessensspielraum vor. Das Passwort für das E-Mail-Konto wird nicht herausgegeben. Weist ein E-Mail-Konto 365 Tage lang keine Aktivität auf, löscht Microsoft die Inhalte von sich aus. 44

Google sieht bei seinem E-Mail-Service **Google Mail** auf seinen Hilfeseiten zwei Möglichkeiten für den Fall vor, dass ein Nutzer verstirbt: In einem zweistufigen Verfahren<sup>7</sup> kann ein „autorisierter Vertreter“ des verstorbenen Nutzers den Zugriff auf das Konto beantragen. Hierzu muss er im ersten Teil eine Kopie seines 45

1 Vgl. Rz. 79 zu Zweifeln an der Wirksamkeit einiger dieser Klauseln.

2 Martini, JZ 2012, 1145 (1146).

3 <http://service.gmx.net/de/cgi/g.fcgi/products/mail/agb>.

4 <https://info.yahoo.com/legal/eu/yahoo/utos/de-de/>.

5 <https://de.hilfe.yahoo.com/kb/yahoo-account/SLN2021.html?impressions=true>.

6 <http://windows.microsoft.com/de-de/outlook/next-of-kin>.

7 [https://support.google.com/accounts/answer/2842525?hl=de&ref\\_topic=30755325](https://support.google.com/accounts/answer/2842525?hl=de&ref_topic=30755325).

„amtlichen Ausweises“ beibringen sowie eine Sterbeurkunde, die „von einem entsprechend beeidigten Übersetzer beglaubigt ins Englische übersetzt“ worden sein muss. Außerdem muss der Antragsteller nachweisen, dass er und der Verstorbene über dessen Google Mail-Konto per E-Mail korrespondiert haben. In einem zweiten Schritt teilt Google dann nach einer Vorprüfung mit, ob das Verfahren fortgesetzt werden kann, und falls ja, welche weiteren Schritte notwendig sind. Dazu gehören eine „Anordnung eines US-Gerichts und/oder die Vorlage weiterer Unterlagen“. Ob und welche Daten Google dann tatsächlich herausgibt, steht im Ermessen des Unternehmens.

- 46 Die zweite Möglichkeit ist der sog. Kontoinaktivitäts-Manager<sup>1</sup>. Dabei kann der Google Mail-Nutzer zu Lebzeiten festlegen, welche Vertrauensperson von Google benachrichtigt werden soll, wenn sein Google-Konto (zu dem auch das Google Mail-Konto gehört) längere Zeit inaktiv war. Er kann ferner bestimmen, welche Informationen Google der Vertrauensperson in diesem Fall zugänglich machen soll, also z.B. die Freigabe der eingegangenen E-Mails. Ist das Google-Konto dann nach dem Tod des Nutzers inaktiv, so erhält die Kontaktperson nach Ablauf des zuvor festgelegten Zeitraums eine Nachricht von Google, die die notwendigen Informationen zum Datenzugriff enthält.

## 2. Soziale Netzwerke

### a) Rechtslage

- 47 Bei der Vereinbarung zwischen Nutzer und Anbieter eines sozialen Netzwerks wie Facebook, Xing oder Twitter handelt es sich nach h.M. um einen schuldrechtlichen Mischvertrag mit dienst- und werkvertraglichen Elementen<sup>2</sup>. In die vertragliche Beziehung zwischen Anbieter und Erblasser tritt der Erbe gem. § 1922 BGB ein. Die Vererbbarkeit der schuldrechtlichen Beziehung ist auch nicht wegen besonderer Personenbezogenheit gem. § 399 BGB analog ausgeschlossen, wonach ein Recht unvererblich sein kann, wenn sein Inhalt in einem solchen Maße auf die Person des Berechtigten oder Verpflichteten zugeschnitten ist, dass bei einem Subjektwechsel die Leistung in ihrem Wesen verändert würde<sup>3</sup>. Denn auch wenn die Profile der Nutzer bei sozialen Netzwerken stark personenbezogen sind, liegt eine Schutzbedürftigkeit des Anbieters bereits insofern nicht vor, als dass der Vertrag selbst regelmäßig ohne nähere Prüfung des Nutzers abgeschlossen und seine Identität auch im laufenden Betrieb nur in Ausnahmefällen kontrolliert wird<sup>4</sup>.
- 48 Als Rechtsnachfolger des Erblassers kann der Erbe die Vertragsbeziehung kündigen oder bestimmen, dass das Profil des Verstorbenen samt Inhalten gesperrt bzw. gelöscht wird, sofern der Erblasser nichts Abweichendes verfügt hat. Er hat

1 <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=de>.

2 Brinkert/Stolze/Heidrich, ZD 2013, 153 (154): Dass viele Anbieter wie z.B. Facebook ihre Dienste kostenfrei anbieten, steht der schuldrechtlichen Natur der Vereinbarung demnach nicht entgegen, da der Anbieter dank der Einwilligung des Nutzers in die Nutzungs- und Datenschutzvereinbarung Kontrolle über dessen Daten erhält, die er kapitalisieren kann.

3 MüKo.BGB/Leipold, § 1922 Rz. 21.

4 Brinkert/Stolze/Heidrich, ZD 2013, 153 (155).

ferner Anspruch gegen den Anbieter auf Zugang zum Konto/Profil des Erblassers, auf Herausgabe der dort gespeicherten Inhalte und auf Auskunft über die Vertragsdaten<sup>1</sup>.

Hat der Erblasser über das soziale Netzwerk Nachrichten versandt und empfangen oder Inhalte mit einem begrenzten Nutzerkreis geteilt, so handelt es sich um Datenübertragungen gem. § 3 Nr. 24 TKG, so dass auf solche Dienste neben dem Telemediengesetz das Telekommunikationsgesetz anzuwenden ist (vgl. § 7 Abs. 2 S. 3 TMG). Unterliegen die vom Erblasser an andere Nutzer oder umgekehrt übertragenen Daten dem Fernmeldegeheimnis, ist die Rechtslage ungeklärt, ebenso wie bei E-Mails, die beim Erbfall noch auf dem Server des Anbieters lagern (vgl. Rz. 26 ff.). 49

Das Urheberrecht an geschützten Werken wie Fotos oder Videos des Erblassers, die er auf seinen Account hochgeladen oder dort erschaffen hat, geht gem. §§ 28 ff. UrhG auf den Erben über. Allerdings muss der Erbe Nutzungsrechte an diesen Inhalten, die der Erblasser dem Anbieter ggf. vertraglich eingeräumt hat, gem. § 31 Abs. 1 S. 1 UrhG gegen sich gelten lassen<sup>2</sup>. 50

Hatte der Erblasser Konten bei kostenpflichtigen Netzwerken oder nutzte er sog. Premium-Accounts, haftet der Erbe als Schuldner auch für die nach dem Erbfall anfallenden Beiträge, § 1967 BGB. Auch wenn vertraglich dazu nichts geregelt ist, hat der Erbe ggf. das gesetzliche Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 314 Abs. 1 BGB, weil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für ihn unzumutbar ist – man denke etwa an den verheirateten Erben, der in den Vertrag seines verwitweten Vaters mit einer kostenpflichtigen Online-Partnervermittlung eintritt. 51

## b) Die Praxis der Anbieter

**Facebook** bietet auf seinen Hilfeseiten verschiedene Optionen beim Tod eines Nutzers an: Zum einen kann jede beliebige Person über ein Online-Formular beantragen<sup>3</sup>, dass das Profil in den sog. Gedenkzustand versetzt ist. Beizufügen ist dem Antrag ein Todesnachweis wie z.B. eine Kopie der Todesanzeige. Ein solches Konto kann nicht mehr bearbeitet oder verändert werden, geteilte Inhalte des Verstorbenen bleiben aber weiterhin sichtbar. Freunde können in der Chronik seines Profils Erinnerungen teilen und private Nachrichten an das Konto senden. Eine Anmeldung ist auch mit den gültigen Zugangsdaten nicht mehr möglich<sup>4</sup>. 52

Ferner können „direkte Familienmitglieder“ oder ein „Nachlassverwalter“ online die Löschung des Kontos beantragen<sup>5</sup>. Dem Antrag sind ein „offizielles Dokument“ für den Todesnachweis, z.B. die Kopie der Sterbeurkunde, sowie ein „rechtsgültiger Nachweis“ über die Beziehung zum Verstorbenen beizufügen. 53

1 Vgl. Herzog, NJW 2013, 3745 (3750); vgl. zur Gegenansicht Rz. 8 ff..

2 Martini, JZ 2012, 1145 (1147).

3 <http://www.facebook.com/help/contact/305593649477238>.

4 <http://www.facebook.com/help/103897939701143?sr=2&sid=0RK1oGyyVEZmfpxoR>.

5 <http://www.facebook.com/help/contact/?id=228813257197480>.

- 54 Die Anmeldedaten des Verstorbenen teilt Facebook niemandem mit<sup>1</sup>. Allerdings kann ein „autorisierter Vertreter“ die Inhalte des Kontos eines Verstorbenen anfordern. Der Vorgang ist lt. Facebook „langwierig“ und „erfordert einen Gerichtsbeschluss“. Dem Online-Antrag sind eine Kopie des amtlichen Lichtbildausweises, eine Kopie der Sterbeurkunde samt beglaubigter Übersetzung ins Englische sowie „alle Dokumente, die eine rechtliche Verbindung zu der verstorbenen Person nachweisen“, beizufügen<sup>2</sup>.
- 55 Bei dem Kurznachrichtendienst **Twitter** können laut der Rubrik „Richtlinien + Verstöße“ auf den Supportseiten eine „entsprechend der Nachlassbestimmungen bevollmächtigte Person“ oder „unmittelbare Familienmitglieder“ den Account eines Verstorbenen deaktivieren und löschen lassen. Hierzu muss neben einer Kopie der Sterbeurkunde und einer Ausweiskopie des Antragstellers ein unterzeichnetes, notariell beglaubigtes Dokument mit diversen Angaben vorgelegt werden. Der Account wird deaktiviert und nach 30 Tagen gelöscht. Die Anmeldedaten werden nicht herausgegeben<sup>3</sup>.
- 56 Bei dem Karrierenetzwerk **Xing** kann jede beliebige Person den Anbieter vom Tod des Nutzers informieren, sein Profil wird daraufhin deaktiviert. Im Rahmen einer internen Prüfung wird das Mitglied sodann mehrfach angeschrieben; reagiert es nicht, wird das Konto gelöscht<sup>4</sup>. Schriftlich fixiert ist diese Praxis weder in den AGB noch auf den Hilfeseiten von Xing. Laut AGB gibt Xing das Passwort eines Nutzerprofils nicht an Dritte weiter, zu den Dritten soll auch der Erbe zählen<sup>5</sup>.
- 57 Das Karrierewerk **LinkedIn** bietet auf seinen Hilfeseiten ebenfalls ein Online-Formular an, mit dem jedermann die Schließung des Kontos und Löschung des Profils eines verstorbenen Nutzers beantragen kann<sup>6</sup>.

### 3. Websites

- 58 Hatte der Erblasser eine eigene Website, so geht die Inhaberschaft an der auf ihn registrierten Internet-Domain auf den Erben über, § 1922 BGB. Zwar erwirbt ein Domain-Inhaber kein Eigentum oder ein anderes absolutes Recht an der Domain, es handelt sich aber um ein (relatives) vertragliches Nutzungsrecht, das dem Forderungsinhaber ausschließlich zugewiesen und als rechtlich geschützter Vermögenswert vererbbar ist<sup>7</sup>. Der Erbe tritt insofern in den Vertrag mit der DENIC (die zentrale Registrierungsstelle für. de-Domains) sowie dem Internet-Provider ein<sup>8</sup>.
- 59 Will der Erbe die Website nach dem Erbfall weiterbetreiben, so muss er sicherstellen, dass die Domain-Zahlungen an die DENIC weiterlaufen, damit der Vertrag nicht gekündigt wird und er Domain und Daten verliert<sup>9</sup>. Ferner muss der

1 <https://www.facebook.com/help/contact/?id=228813257197480>.

2 <https://de-de.facebook.com/help/123355624495297>.

3 <https://support.twitter.com/groups/56-policies-violations/topics/238-report-a-violation/articles/20170148-twitter-uber-einen-verstorbenen-nutzer-informieren>.

4 *Bleich*, c't 2013, 62 (63); bestätigt vom Kundenservice der Xing AG auf Anfrage.

5 *Bleich*, c't 2013, 62 (63).

6 [http://help.linkedin.com/app/answers/detail/a\\_id/2842](http://help.linkedin.com/app/answers/detail/a_id/2842).

7 *Hoeren*, NJW 2005, 2113 (2116).

8 *Dopatka*, NJW-aktuell 49/2010, 15 (16).

9 *Rott/Rott*, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (7).



Erbe zeitnah zum Erbfall das Impressum der Website ändern, sofern für die Seite die Impressumspflicht gem. § 5 TMG greift, die für alle nicht rein privaten Websites gilt<sup>1</sup>. Dem Erben wird hierfür parallel zur Erbausschlagungsfrist gem. § 1944 Abs. 1, Abs. 2 BGB eine Frist von sechs Wochen zugestanden<sup>2</sup>. Ändert der Erbe das Impressum trotz Verpflichtung nicht, muss er mit einem Bußgeld gem. § 16 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 TMG sowie Abmahnungen rechnen.

Urheberrechte an der Website sind gem. §§ 28 ff. UrhG vererblich. Neben den Inhalten wie Blog-Einträgen, Fotos und Videos (s. Rz. 6) kann die Website selbst durch Auswahl und Anordnung der Texte als Sprachwerk, Werk der angewandten Kunst oder auch Darstellung wissenschaftlicher und technischer Art (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 4, 7 UrhG) geschützt sein<sup>3</sup>. Der Erbe rückt gem. § 30 UrhG in die Position des Urhebers ein, weshalb es ihm freisteht, die Website des Erblassers und deren Inhalte umzugestalten<sup>4</sup>, sofern der Erblasser letztwillig nichts anderes verfügt hat. 60

Verstoßen Inhalte der Website gegen Rechte Dritter, z.B. wegen der unberechtigten Abbildung eines urheberrechtlich geschützten Fotos, ist Anspruchsgegner der Erbe, und zwar unabhängig davon, ob er selbst oder der Erblasser die Pflichtverletzung begangen hat<sup>5</sup>. Hat sich der Erblasser mit Inhalten seiner Website strafbar gemacht, was auch durch Verlinkung auf fremde Websites mit strafbarem Inhalt möglich ist<sup>6</sup>, so endet seine Strafbarkeit mit dem Tode. Wird der Erbe allerdings innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach dem Erbfall nicht aktiv und entfernt die entsprechenden Inhalte, setzt er sich ggf. dem Vorwurf eines Unterlassungsdelikts aus, da er als Rechtsnachfolger des Erblassers Überwachungsgarant der Gefahrenquelle „Homepage“ sein kann<sup>7</sup>. 61

Entscheidet sich der Erbe, die Website nicht weiter betreiben zu wollen, kann er den Vertrag mit der DENIC gem. § 7 Abs. 1 der DENIC-Domain-Bedingungen jederzeit fristlos kündigen<sup>8</sup>. 62

#### 4. Clouds

Unter einer Cloud versteht man Dienste, bei denen ein Anbieter externen Speicherplatz im Internet für Daten des Nutzers zur Verfügung stellt. Neben dem größeren Speicherplatz hat dies für den Nutzer auch den Vorteil, dass seine Daten geschützt sind, wenn sein heimisches Speichermedium verlorengeht oder defekt wird. Zugreifen kann er auf seine Daten mit jedem Gerät mit Internetanschluss. 63

Der Erbe tritt mit allen Rechten und Pflichten in den Vertrag mit dem Anbieter ein. Damit geht auch der Primärleistungsanspruch<sup>9</sup> auf Zugang zu den in der 64

1 Zu Details, wann diese Pflicht greift s. *Hoeren*, NJW 2005, 2113 (2116).

2 *Hoeren*, NJW 2005, 2113 (2117).

3 *Dreier/Schulze*, § 2 UrhG Rz. 101.

4 *Herzog*, NJW 2013, 3745 (3750); vgl. zum Streit um Entscheidungen des Erben zum Urheberpersönlichkeitsrecht *Dreier/Schulze*, § 30 UrhG Rz. 4.

5 *Hoeren*, NJW 2005, 2113 (2117).

6 Vgl. z.B. BGH v. 18.1.2012 – 2 StR 151/11, StV 2012, 539.

7 *Hoeren*, NJW 2005, 2113 (2117).

8 <http://www.denic.de/domainbedingungen.html>.

9 *Bleich*, c't 2013, 62 (63).

Cloud gespeicherten Daten des Erblassers – vorbehaltlich abweichender vertraglicher Regelung<sup>1</sup> – auf ihn über. Beendet der Erbe das Vertragsverhältnis durch Kündigung, ist der Cloud-Anbieter dazu verpflichtet, die gespeicherten Daten an ihn herauszugeben<sup>2</sup>.

## 5. Online-Bestellungen und Internet-Auktionen

- 65 Der Erbe haftet als Rechtsnachfolger für Verbindlichkeiten aus Verträgen, die der Erblasser im Internet abgeschlossen hat, § 1967 BGB. Hierzu zählen auch Warenbestellungen, z.B. bei den Online-Händlern Zalando oder Amazon, sowie Käufe aus Internetauktionen, z.B. bei der Handelsplattform eBay. Dabei ist es für die Wirksamkeit von Willenserklärungen, die der Erblasser noch vor seinem Tod abgegeben hat – z.B. ein Gebot bei einer eBay-Auktion – unerheblich, dass er nach Abgabe und ggf. vor Zugang der Erklärung verstorben ist, § 130 Abs. 2 BGB. Der Empfänger kann die Willenserklärung trotzdem wirksam annehmen; der Tod des Erklärenden steht einem wirksamen Vertragsschluss nicht entgegen, § 153 BGB.
- 66 Allerdings steht dem Erben, will er sich vom Vertrag des Erblassers lösen, das gesetzliche Widerrufsrecht gem. §§ 312c, 312g, 355 BGB zu, wenn der Erblasser Verbraucher und der Vertragspartner Unternehmer war und es sich um einen Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c BGB handelt. Ein im Internet abgeschlossener Kaufvertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer, worunter auch eine Online-Warenbestellung fällt, ist ein Fernabsatzvertrag<sup>3</sup>. Das Widerrufsrecht des Erblassers geht als vertraglicher Hilfsanspruch im Rahmen von § 1922 BGB auf den Erben über<sup>4</sup>. Die Widerrufsfrist beträgt in der Regel 14 Tage und beginnt mit dem vollständigen Empfang der Ware durch den Verbraucher, frühestens aber mit ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung durch den Unternehmer, vgl. §§ 355 Abs. 2, 356 Abs. 3 BGB.
- 67 Ein Widerrufsrecht besteht auch dann, wenn der Erblasser als Verbraucher im Rahmen einer eBay-Internetauktion einen Kaufvertrag mit einem gewerblichen Anbieter geschlossen hat. Ein solcher Kaufvertrag fällt nicht unter § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB, wonach das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Versteigerungen ausgeschlossen ist. Denn eBay-Auktionen sind keine Versteigerungen i.S.d. § 156 BGB, bei denen der Vertrag durch Zuschlag zustande kommt<sup>5</sup>. Bei der Auktion eines privaten Verkäufers ist der Widerruf durch den Erben des Käufers nur möglich, wenn der Vertragspartner dieses Recht freiwillig eingeräumt hat, da private Verkäufer den Bestimmungen des Fernabsatzrechts nicht unterliegen.
- 68 Hat der Erblasser für Verträge im Internet Online-Bezahlsysteme wie PayPal oder ClickandBuy genutzt und weist das Konto des Erblassers ein Guthaben auf, so kann der Erbe gemäß den auf ihn übergegangenen vertraglichen Vereinbarungen von dem Anbieter die Auszahlung verlangen.

1 Vgl. Rz. 76 zu der AGB-Klausel des Apple-Dienstes iCloud beim Tod eines Nutzers.

2 Rott/Rott, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (7).

3 Vgl. Palandt/Grüneberg, § 312c Rz. 2 ff.

4 MüKo.BGB/Leipold, § 1922 Rz. 20.

5 Palandt/Grüneberg, § 312g Rz. 13.

## 6. Vererbbarkeit von Apps, eBooks, Musik- und Videosammlungen

eBooks und Musik- bzw. Video-Downloads haben für viele Internetnutzer die CD, DVD oder das Buch in Papierform abgelöst. Anbieter wie iTunes und Amazon bieten die Dateien in ihren Internetstores kostenpflichtig zum Herunterladen an. Im Laufe eines Lebens kann ein Nutzer damit beträchtliche digitale Vermögenswerte anhäufen. Viel Geld geben Nutzer von Smartphones und Tablet-Computer auch für Apps aus, also Anwendungssoftware für Mobilgeräte. Doch selbst wenn diese Dateien auf dem Computer, dem Handy oder einem Speichermedium (wie einer CD), verkörpert sind, folgt daraus nicht automatisch, dass sie bei seinem Tod gemeinsam mit der Hardware auf den Erben übergehen. 69

Zu berücksichtigen ist, dass der Kunde an solchen Multimedia-Dateien aus sachenrechtlicher Sicht kein Eigentum, sondern nur ein Nutzungsrecht erwerben kann<sup>1</sup>. Es ist stark umstritten, ob dafür der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz gilt. 70

Nach dem Erschöpfungsgrundsatz ist das Verbreitungsrecht des Urhebers an einem Werkexemplar verbraucht, wenn es erstmalig mit seiner Zustimmung veräußert wurde, § 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2 UrhG. Dies erlaubt es dem Erwerber eines körperlichen Werkstücks wie z.B. einer CD oder eines Buchs, dieses zustimmungsfrei an einen Dritten zu übertragen<sup>2</sup>. Auch die Vererbbarkeit des verkörperten Werks kann der Urheber damit nicht ausschließen. 71

Ob der Erschöpfungsgrundsatz auch für digitale Werkexemplare gilt, wird zur Frage der Zulässigkeit des Weiterverkaufs etwa von eBooks oder Musik-Downloads kontrovers diskutiert. In einem Grundsatzurteil hat der EuGH den Erschöpfungsgrundsatz für per Internet-Download erstveräußerte Computer-Programme bejaht. Danach ist die Weiterveräußerung einer gebrauchten Software-Lizenz zulässig, wenn der Ersterwerber sie nicht mehr nutzt und seine eigene Kopie unbrauchbar macht<sup>3</sup>. Während eine Ansicht in der Literatur<sup>4</sup> diese EuGH-Rechtsprechung auch auf andere Werkarten übertragbar sieht, lehnt die Rechtsprechung dies zumindest bislang ab<sup>5</sup>. Demnach tritt auch dadurch keine Erschöpfung ein, dass der Kunde die Datei nach dem Download z.B. auf einer CD speichert und damit selbst ein körperliches Werkstück herstellt. 72

Für die im Nachlass enthaltenen Nutzungsrechte an Multimediadateien gilt damit, dass diese zwar grundsätzlich ohne Zustimmung des Rechteinhabers vererbbar sind, da § 34 UrhG nur die Übertragung unter Lebenden regelt<sup>6</sup>. Allerdings kann die Vererbbarkeit vertraglich ausgeschlossen werden, so wie der Anbieter das Nutzungsrecht insgesamt zeitlich begrenzen kann, § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG. 73

1 LG Bielefeld v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, CR 2013, 812.

2 Kloth, GRUR-Prax 2013, 239 (239).

3 EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, K+R 2012, 493.

4 Dreier/Schulze, § 69c UrhG Rz. 24; für w.N. vgl. Kloth, GRUR-Prax 2013, 239 (240).

5 LG Bielefeld v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, CR 2013, 812 zum Weiterverkauf von eBooks und Online-Hörbüchern; OLG Stuttgart v. 3.11.2011 – 2 U 49/11, MMR 2012, 834 zum Weiterverkauf von Online-Hörbüchern; LG Berlin v. 14.7.2009 – 16 O 67/08, GRUR-RR 2009, 329 zum Weiterverkauf von Musik-Downloads.

6 Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rz. 8.

- 74 In der allgemeinen Presse – juristische Fachbeiträge zu dem Thema stehen noch aus – wird vor diesem Hintergrund vor allem darüber spekuliert, ob die Inhalte der großen Anbieter **Apple** und **Amazon** vererbbar sind. Diese haben die Vererbbarkeit in ihren Nutzungsbedingungen allenfalls rudimentär geregelt: In den Nutzungsbedingungen von Apple iTunes Store wird lediglich klargestellt, dass die iTunes-Produkte dem Nutzer nur über eine Lizenz zur Verfügung gestellt werden. Weiter heißt es: „Nicht gestattet ist jedoch der Weiterverkauf und die Weitergabe der CD oder der iTunes-Produkte, soweit dies nicht nach den gesetzlichen Schrankenbestimmungen der §§ 44 ff. UrhG erlaubt ist<sup>1</sup>.“
- 75 Auch in den Nutzungsbedingungen des App Stores und des eBook Stores von Apple ist von „Nutzungslizenzen für Software-Produkte aus dem App Store und Mac App Store (...) und digitalen Buchinhalten“ die Rede. Diese Lizenzen könnten nur zur Nutzung als Endnutzer erworben werden. Für Apps, die der Kunde z.B. auf seinem iPad oder seinem iPhone nutzen kann, gilt: Die Lizenz beschränkt sich den Nutzungsbedingungen zufolge auf die Einräumung eines „nicht übertragbaren Nutzungsrechts an der lizenzierten Anwendung auf einem Gerät von Apple“, das im Eigentum oder im Besitz des Kunden steht. Die lizenzierte Anwendung dürfe nicht vermietet, verliehen, verkauft, übertragen, weitervertrieben oder unterlizenziert werden<sup>2</sup>.
- 76 In den Nutzungsbedingungen für Apples Cloud-Dienst iCloud, bei dem die Kunden u.a. ihre bei iTunes heruntergeladenen Inhalte speichern können, heißt es explizit: „Sie stimmen zu, dass Ihr Konto nicht übertragbar ist und dass alle Rechte an Ihrer Apple ID oder Ihren Inhalten innerhalb Ihres Kontos mit Ihrem Tod enden“<sup>3</sup>. Allerdings ist nicht jeder iTunes-Kunde auch automatisch ein Nutzer des Dienstes iCloud.
- 77 In den Nutzungsbedingungen für den Amazon. de Kindle-Shop ist geregelt, dass der Kunde mit dem Download der Kindle-Inhalte ein persönliches und nicht ausschließliches Recht zur Nutzung „unbegrenzt viele Male“ erwirbt. Weiter heißt es: „Sofern nichts anderes ausdrücklich angegeben ist, dürfen Sie die Rechte an den Kindle-Inhalten oder Teile davon nicht verkaufen, vermieten, verleihen, vertreiben, im Rundfunk ausstrahlen, in Unterlizenz vergeben oder anderweitig an Dritte abtreten (...)“<sup>4</sup>.
- 78 Ob mit diesen AGB-Klauseln die Vererbbarkeit des Nutzungsrechts wirksam ausgeschlossen werden soll und kann, scheint zweifelhaft. In jedem Fall kann die Vererbung des Nutzungsrechts nicht mit dem Weiterverkauf oder einer sonstigen Übertragung an Dritte gleichgesetzt werden; schon allein deshalb, weil bereits die Gefahr eines unkontrollierbaren Sekundärmarktes für gebrauchte eBooks oder Musikdateien (ein wichtiges Argument gegen die Erschöpfungswirkung für digitale Werkexemplare<sup>5</sup>) bei einer Weiterübertragung nach dem Tod von Erstnutzern wohl nicht gegeben ist.

1 <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html#SERVICE>.

2 <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html#APPS>.

3 <http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/de/terms.html>.

4 <http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=200506200>.

5 Vgl. LG Bielefeld v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, CR 2013, 812.

## 7. Kritische Betrachtung der AGB der Anbieter

Die exemplarisch vorgestellten Regelungen der Anbieter für den Todesfall eines Vertragspartners müssen, sofern sie Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen und eine AGB-Kontrolle nach deutschem Recht möglich ist, einer Prüfung gem. §§ 307 ff. BGB standhalten, um wirksam zu sein. Einschlägige Rechtsprechung gibt es noch nicht, im Schrifttum bestehen allerdings Zweifel an der Wirksamkeit bestimmter Regelungen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich angesichts der Vielzahl der im Internet vorhandenen Vertragstypen allgemeingültige Aussagen kaum treffen lassen. 79

Sofern Anbieter in ihren AGB zur Legitimation des Erben pauschal einen Erbschein verlangen, ist die BGH-Entscheidung zu beachten, nach der die AGB-Klausel einer Bank bzw. Sparkasse, wonach für den Nachweis der Erbenstellung stets ein Erbschein verlangt werden kann, den Verbraucher unangemessen benachteiligt und deshalb unwirksam ist<sup>1</sup>. Diese Rechtsprechung zu Banken/Sparkassen lässt sich auf Internetanbieter übertragen<sup>2</sup>. 80

Zweifel bestehen im Schrifttum ferner an der Wirksamkeit von Klauseln über die Beendigung von Provider-Verträgen aus Anlass des Todes sowie Regelungen über die Folgen dieser Beendigung. So sollen AGB-Klauseln regelmäßig unwirksam sein, die dem Provider beim Tod des Kunden ein einseitiges Sonderkündigungsrecht einräumen; ebenso Klauseln wie „Ihr Konto erlischt mit Ihrem Tode“, nach denen ein Account nicht übertragbar ist und die für den Fall des Todes des Inhabers ein automatisches Vertragsende vorsehen<sup>3</sup>. Dasselbe soll für Klauseln gelten, nach denen es – sofern keine Regelung des Nutzers vorliegt – im Ermessen des Anbieters steht, was mit dem Account geschieht<sup>4</sup>. 81

Kritik gibt es auch an Klauseln, die bei Vertragsende durch den Tod des Nutzers nur die Löschung seiner Daten, jedoch nicht die Herausgabe an den Erben vorsehen; oder umgekehrt nur die Herausgabe, aber nicht die Löschung: Die starke Einschränkung der sich aus der Natur des Provider-Vertrages ergebenden Rechte des Verbrauchers mache eine solche Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam<sup>5</sup>. 82

1 BGH v. 8.10.2013 – XI ZR 401/12, FamRZ 2014, 120 = MDR 2013, 1471 = NJW 2013, 3716.

2 Redeker, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 59 (63); vgl. auch Rott/Rott, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (4).

3 Redeker, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 59 (61 f.). Lt. Pruns, NWB 2014, 2175 (2185) ist ein so umfassender Ausschluss des Erbrechts jedenfalls dann unzulässig, wenn es sich um Nachrichtendienste wie einen E-Mail-Account handelt, da der Ausschluss als Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild des § 1922 BGB einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht standhalte.

4 Pruns, NWB 2014, 2175 (2185).

5 Redeker, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 59 (64 f.); vgl. auch Brisch/Müller-ter Jung, CR 2013, 446 (449), wonach eine Klausel, der Account werde mit dem Tod des Nutzers gelöscht, mit dem Erbrecht unvereinbar ist und einer AGB-rechtlichen Kontrolle nicht standhält.

## IV. Konsequenzen für die Beratungspraxis

➡ **Beratungssituation:** Im Rahmen der Testamentsgestaltung spricht der Berater die unklare Rechtslage zum digitalen Nachlass an. Der Mandant fragt daraufhin nach geeigneten Vorsorgemaßnahmen. Er erledigt einen Großteil seines Schriftverkehrs via E-Mail, ist in diversen sozialen Netzwerken aktiv und kauft gerne bei Online-Händlern ein. Außerdem betreibt er einen Blog, in dem er über private Hobbys schreibt. Alleinerbin soll seine Ehefrau werden, die sich mit Computer und Internet aber überhaupt nicht auskenne und sozialen Online-Aktivitäten sehr kritisch gegenüberstehe. Es gebe außerdem einen Account bei einem sozialen Netzwerk, von dem die Gattin auf keinen Fall zufällig erfahren solle, wenn er z.B. einen Unfall habe oder dement werde. Seine Eltern seien ebenfalls sehr internetkritisch. Der Mandant hat aber ein enges Vertrauensverhältnis mit seinem jüngeren Bruder, der internetaffin und diskret sei und sich um digitale Angelegenheiten im Notfall gerne kümmern würde. Miterbe soll er jedoch nicht werden.

### 1. Die Perspektiven der Beteiligten

- 83 Der künftige **Erblasser** wird sich häufig noch keine Gedanken über seinen digitalen Nachlass gemacht haben. Im Rahmen der Beratung zur Vermögensvorsorge und Nachlassplanung sollte der Mandant deshalb in einem ersten Schritt gezielt auf das Thema angesprochen und für die möglichen Probleme sensibilisiert werden. Dem aktiven Internetnutzer wird dabei vor allem daran gelegen sein, das Schicksal seiner Daten und Spuren im Internet über den Tod hinaus so gut wie möglich zu kontrollieren. Das Internet bietet dem Nutzer unzählige neue Möglichkeiten der Außendarstellung und Vernetzung, die zwangsläufig mit einem Verlust an Privatheit und Datenkontrolle einhergehen. Zu Lebzeiten mag dies – häufig auch im trügerischen Glauben an die Anonymität des Netzes – akzeptiert werden, für den Erbfall können die Befindlichkeiten des Betroffenen aber ganz anders gelagert sein; man denke z.B. an die Aktivitäten in einem Flirtchat, von denen die Partnerin nichts erfahren soll.
- 84 Für den **Erben** ist es entscheidend, nach dem Erbfall schnell einen möglichst umfassenden Überblick über den digitalen Nachlass zu bekommen und gleichzeitig rasch auf die Konten und Daten zugreifen zu können. Die Informationen können nicht nur wegen übergegangener vertraglicher Pflichten, sondern auch für die Entscheidung zur Ausschlagung der Erbschaft binnen der Sechs-Wochen-Frist (§ 1941 Abs. 1, Abs. 2 BGB) wichtig sein. Den Interessen des Erben wird es angesichts der Schnelllebigkeit der Internetgesellschaft deshalb regelmäßig zuwiderlaufen, wenn er für die Sichtung und Abwicklung des digitalen Nachlasses die Testamentseröffnung oder sogar die Erteilung eines Erbscheins abwarten muss.
- 85 Den nächsten **Angehörigen** (die mit dem Erben nicht personengleich sein müssen) wird vor allem der Schutz des Gedenkens an den Verstorbenen und ein pietätvoller Umgang mit seinen Daten besonders am Herzen liegen<sup>1</sup>. Generationsunterschiede und verschiedene Ansichten zur Privatheit im Internetzeitalter können dabei leicht zu Konflikten führen: So kann die 70 Jahre alte Mutter des bei einem Unfall jung verstorbenen Erblassers das Facebook-Gedenkprofil ihres

<sup>1</sup> Vgl. *Scherer*, MAH Erbrecht, § 1 Rz. 32.

Sohnes als unerträglich morbide empfinden, während seine junge Lebenspartnerin es tröstlich findet, gemeinsam mit Freunden die Erinnerung an den Verstorbenen in dem sozialen Netzwerk lebendig zu halten.

## 2. Digitale Nachlassplanung und Vermögensvorsorge

Angesichts der aufgezeigten rechtlichen Unsicherheiten gilt der Grundsatz, dass praktikable Vorsorgemaßnahmen das A und O einer konfliktfreien Nachlassabwicklung sind, für den digitalen Nachlass in besonderem Maße. Hier bieten sich **verschiedene Gestaltungsinstrumente** an. Sinnvoll ist eine „**Kombinationslösung**“<sup>1</sup> aus einer möglichst geschützten und aktuellen Auflistung von Internetaktivitäten und Passwörtern, der Beauftragung eines „digitalen Bevollmächtigten“ sowie der endgültigen Regelung des Schicksals des digitalen Nachlasses in einer Verfügung von Todes wegen. 86

### a) „Digitale Vorsorgemappe“ und „digitaler Bevollmächtigter“

Ein **Vorsorgebevollmächtigter für den digitalen Nachlass** kann sich der dringlichsten Angelegenheiten nicht nur im Erbfall, sondern auch bei Handlungsunfähigkeit des Erblassers wegen Krankheit oder Geschäftsunfähigkeit annehmen. Die Vollmacht sollte deshalb auf jeden Fall transmortal erteilt werden<sup>2</sup>. Benannt werden sollte eine Person, die nicht nur das besondere Vertrauen des Erblassers bezüglich seiner persönlichen Daten und Internetaktivitäten genießt, sondern auch die notwendigen Internetkenntnisse mitbringt. 87

Möglich ist die Aufnahme des Punktes „digitaler Nachlass“ mit in die allgemeine Vorsorgevollmacht oder aber auch die Erteilung einer separaten „digitalen Vorsorgevollmacht“ für einen anderen Bevollmächtigten. Im Innenverhältnis sind, schon um Konflikte innerhalb der Familie zu vermeiden, möglichst konkrete Anweisungen zu geben. Der Erblasser kann dem Bevollmächtigten etwa aufgeben, im Todes- oder Krankheitsfall unverzüglich eine „Abwesenheitsmeldung“ für den E-Mail-Account einzurichten, mit der Geschäftspartner informiert werden, und ihn mit der unverzüglichen Löschung bestimmter (weil etwa kompromittierender) Daten auf dem heimischen Computer oder in einem Internet-Account beauftragen. 88

Die notarielle Beurkundung der Vollmacht ist für ihre Wirksamkeit nicht notwendig. Angesichts der oft größeren Akzeptanz notarieller Vollmachten könnte sie sich aber gerade für den Fall einer etwaigen Auseinandersetzung mit einem großen internationalen Internetanbieter als sinnvoll erweisen. 89

Damit sowohl Bevollmächtigter als auch Erbe Zugriff auf Daten und Internetkonten haben, ist unbedingt zu einem **umfassenden Verzeichnis über sämtliche Internetaktivitäten und Accounts samt zugehöriger Passwörter** zu raten<sup>3</sup>. Keinesfalls vergessen werden dürfen dabei die Passwörter für die Hardware des Erblassers selbst, wie etwa Computer oder externe Festplatte. 90

1 So *Deusch*, ZEV 2014, 2 (7).

2 Vgl. *Deusch*, ZEV 2014, 2 (7).

3 So auch *Deusch*, ZEV 2014, 2 (7); *Rott/Rott*, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (8); *Heinzelmann*, Erbrecht effektiv 2014, 14 (16).

- 91 Aufgrund der hohen Sensibilität der Daten ist dem Mandanten davon abzuraten, eine solche Auflistung in Papierform zu erstellen und bei seinen wichtigen Unterlagen aufzubewahren. Denkbar wäre zwar eine Hinterlegung bei einem Notar oder in einem Bankschließfach, jedoch scheint diese Lösung wenig praktikabel: Datenschützer raten dazu, Passwörter regelmäßig zu ändern, so dass die Auflistung nach jeder notwendigen Aktualisierung neu hinterlegt werden müsste, was mit enormem Aufwand und Kosten verbunden wäre<sup>1</sup>. Abzuraten ist ferner von einer Auflistung der Passwörter im Testament – es müsste bei jeder Passwortänderung ebenfalls geändert werden – sowie davon, die Auflistung dem Testament als Anlage beizufügen: Dem Bevollmächtigten hilft dies gar nichts und auch der Erbe hat u.U. erst nach der Eröffnung des Testaments Zugriff auf die Verfügung samt Anlagen, was aber einige Wochen in Anspruch nehmen kann.
- 92 Die sicherste und gleichzeitig praktischste Lösung ist folgendes Vorgehen: Der Erblasser erstellt die Übersicht über seinen digitalen Nachlass in elektronischer Form und speichert die Auflistung auf einem USB-Stick<sup>2</sup> oder auf einer externen Festplatte<sup>3</sup>. Das Speichermedium, das beim Erblasser verbleibt, ist seinerseits passwortgeschützt. Das Passwort erhält für den Notfall der Bevollmächtigte. Sofern Erbe und Bevollmächtigter nicht personengleich sind, muss – z.B. durch konkrete Anweisung an den Bevollmächtigten oder Mitteilung des Passworts auch an den Erben – sichergestellt werden, dass nach dem Erbfall auch der Erbe, ggf. auch der Testamentsvollstrecker (s. Rz. 97f.), Zugang zu der Auflistung haben. Die Auflistung ist regelmäßig und systematisch zu aktualisieren, sei es aufgrund von Passwortänderungen, sei es wegen der Einrichtung eines neuen Accounts, was dem Erblasser ein gewisses Maß an Disziplin und Fleiß abverlangt.
- 93 Aus **Haftungsgründen** sollte der Mandant darauf aufmerksam gemacht werden, dass sich in den AGB zahlreicher Internetanbieter der Hinweis findet, dass Account-Daten nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen. Dies kann insbesondere dann problematisch werden, wenn Bevollmächtigter oder Erbe die ihnen mitgeteilten Zugangsdaten benutzen und gleichzeitig gegenüber dem Anbieter als Vertreter bzw. Rechtsnachfolger des Nutzers auftreten. Allerdings dürften sowohl ein Bevollmächtigter, der für den Erblasser in dessen Auftrag handelt, als auch der Erbe, der Rechtsnachfolger des Erblassers ist, und denen der Erblasser die Daten bewusst zugänglich gemacht hat, schon regelmäßig keine Dritten im Sinne solcher Verbotsklauseln sein.
- 94 Abzuraten ist von der Beauftragung der zahlreichen neuen Internetfirmen, die sich auf die Verwaltung von Zugangsdaten und Passwörtern für Internet-Accounts spezialisiert haben und diese nach dem Tod des Auftraggebers an zuvor benannte Vertrauenspersonen herausgeben<sup>4</sup>. Denn abgesehen von den erheblichen Sicherheitsbedenken<sup>5</sup> muss der Erblasser auch damit rechnen, dass er das

1 So auch *Deusch*, ZEV 2014, 2 (7).

2 *Bleich*, c't 2013, 62 (64); *Rott/Rott*, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (8f.).

3 *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153 (156).

4 Kritisch auch *Martini*, JZ 2012, 1145 (1154); *Deusch*, ZEV 2014, 2 (7); *Bleich*, c't 2013, 62 (64); ebenso *Bräutigam*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, DAV Juni 2013, 16 (28), der in solchen Diensten ein „El Dorado für illegale Machenschaften“ sieht.

5 *Bleich*, c't 2013, 62 (64), demzufolge nur wenige Anbieter das Maß an Seriosität ausstrahlen, die das „sensible Geschäft mit der Nachlassverwaltung“ verlangt.



neuartige Start-up-Unternehmen womöglich überlebt und seine Daten verlorengehen oder in falsche Hände geraten<sup>1</sup>.

---

## **M 172 Vorsorgevollmacht für digitale Angelegenheiten**

*Ich,*

*Vor- und Zuname: ...*

*Geburtsdatum: ...*

*Adresse: ...*

*Tel.: ...*

*E-Mail: ...*

*bevollmächtige hiermit*

*Frau/Herrn: ...*

*Geburtsdatum: ...*

*Adresse: ...*

*Tel.: ...*

*E-Mail: ...*

*mich in meinen digitalen Angelegenheiten, das heißt im gesamten Bereich der Rechtsverhältnisse betreffend informationstechnischer Systeme einschließlich meines gesamten elektronischen Datenbestands, zu vertreten und Entscheidungen für mich zu treffen.*

*Zu meinen digitalen Angelegenheiten zählen insbesondere:*

- meine Hard- und Software*
- alle meine lokal oder im Internet gespeicherten Daten, hierzu gehören auch meine Rechte an Websites, Blogs und jeglichen sonstigen Inhalten (Textbeiträge, Fotos, Videos), die ich im Internet veröffentlicht habe; außerdem sämtliche Rechte an Cloud-Diensten, bei denen ich Daten gespeichert habe, insbesondere bei Dropbox*
- sämtliche E-Mail-Accounts, insbesondere meine Accounts bei Google Mail und Web. de*
- Sämtliche Accounts bei sozialen Netzwerken, insbesondere bei Facebook, Xing, Instagram und Twitter*
- alle meine Vertragsabschlüsse und -abwicklungen im Internet, z.B. Bestellungen bei Amazon oder Online-Auktionen bei eBay*
- sämtliche sonstigen Vertragsbeziehungen im Internet.*

*Diese Vollmacht ist nicht übertragbar. Es darf auch keine Untervollmacht erteilt werden. Der Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.*

*Diese Vollmacht bleibt in Kraft, wenn ich handlungs- oder geschäftsunfähig geworden sein sollte oder wenn ich nicht mehr lebe.*

---

<sup>1</sup> Rott/Rott, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (9).

*Ohne dass hierdurch die Vollmacht nach außen eingeschränkt ist, wird der Bevollmächtigte im Innenverhältnis angewiesen, von der Vollmacht nur Gebrauch zu machen, wenn ich dies ausdrücklich anweise oder wenn durch ärztliches Zeugnis nachgewiesen ist, dass ich aufgrund einer physischen oder psychischen Krankheit oder Behinderung oder altersbedingt nicht mehr oder auch nur vorübergehend für eine gewisse Zeit in der Lage bin, meine Angelegenheiten zu besorgen.*

*Im Innenverhältnis weise ich den Bevollmächtigten an, vorzugehen wie folgt:*

- 1. Meine E-Mails sind regelmäßig abzurufen und, falls notwendig, zu beantworten, wobei der jeweilige Kontakt in diskreter und angemessener Form von meinem Gesundheitszustand benachrichtigt werden soll. E-Mails bzw. E-Mail-Accounts dürfen frühestens sechs Monate nach meinem Tod gelöscht werden.*
- 2. Von mir im Internet abgeschlossene Kaufverträge (z.B. Bestellungen bei Amazon oder Zalando) sind, soweit dies noch möglich ist, unverzüglich zu widerrufen.*
- 3. Mein Profil bei dem Online-Flirtportal... ist unverzüglich und ungesehen von dem Bevollmächtigten zu löschen. Mein Account bei dem Netzwerk Xing ist ebenfalls zu löschen. Sollte ich länger als ein halbes Jahr handlungsunfähig sein, soll außerdem mein Facebook-Profil gelöscht werden. Im Falle meines Todes bestimmt das Schicksal meines Facebook-Accounts mein Erbe gemäß meiner Verfügungen im Testament.*
- 4. Meine bei dem Cloud-Dienst Dropbox gespeicherten Daten sind unverzüglich abzurufen und lokal zu speichern.*
- 5. Auf meinen Computer findet sich unter „Dokumente“ ein Ordner „privat“, der von dem Bevollmächtigten ungesehen und unverzüglich zu löschen ist.*
- 6. Hardware, Software und sämtliche Daten sowie die Übersicht über meine Online-Aktivitäten, Zugangsdaten und Passwörter – unter Berücksichtigung der Punkte 3. und 5. – hat der Bevollmächtigte nach meinem Tode unverzüglich an meinen Erben herauszugeben.*

Ort, Datum

Ort, Datum

Unterschrift Vollmachtgeber

Unterschrift Bevollmächtigter

## **b) Regelungen im Testament**

- 95 Während die Vorsorgevollmacht die eilbedürftigen Angelegenheiten des digitalen Nachlasses abdeckt, sollte dessen endgültiges Schicksal in einer letztwilligen Verfügung geregelt werden. Auch für die Testamentsgestaltung gilt: Je konkreter die Verfügungen und Wünsche des Erblassers ausformuliert sind, umso besser lassen sich Konflikte innerhalb der Familie oder zwischen Angehörigen und Erben zu Wahrnehmungsrechten, postmortalem Persönlichkeitsschutz und angemessenem Gedenken im Internetzeitalter vermeiden. Der Erblasser sollte also nicht nur über seine Hardware samt der gespeicherten Daten verfügen. Er muss ferner konkret bestimmen, wie mit seinen Konten und sonstigen Daten im Internet zu verfahren ist:

- Soll das Facebook-Konto gelöscht oder in den Gedenkzustand versetzt werden?

- Soll der Erbe die Fotos im Instagram-Account ungesehen löschen oder herunterladen und die Fotos bestimmten Freunden oder Angehörigen zur Verfügung stellen?
- Sollen die Leser des Blogs des Erblassers über seinen Tod informiert werden oder soll der Blog sang- und klanglos aus dem Netz verschwinden?

Will der Erblasser Verfügungen über eine digitale Musiksammlung oder seine eBook-Bibliothek mit in das Testament aufnehmen, sollte der Berater ihn – sofern es sich um kostenpflichtig aus dem Internet heruntergeladene Daten handelt, an denen ggf. nur Nutzungsrechte bestehen – vorsorglich auf die unsichere Rechtslage zur Vererbbarkeit aufmerksam machen (s. Rz. 69 ff.) und zur genauen Prüfung der Anbieter-AGB raten. 96

Für schwierige Fälle bzw. für Fälle, in denen der Erbe in bestimmte Teile des digitalen Nachlasses gerade keine Einsicht haben soll, ist ggf. auch zur Testamentsvollstreckung über den digitalen Nachlass zu raten. Dies gilt auch dann, wenn ein digitaler Vorsorgebevollmächtigter benannt wurde, da zumindest eine Generalvollmacht im Erbfall vom Erben widerrufen werden kann. 97

Unabhängig davon, ob die Anordnung der Testamentsvollstreckung sich auf den digitalen Nachlass beschränkt oder Testamentsvollstreckung für den gesamten Nachlass angeordnet ist, sollten die Aufgaben in Bezug auf den digitalen Nachlass als konkrete Verwaltungsanordnung gem. § 2216 BGB ausformuliert werden, um Konflikte mit Erben und Angehörigen zu vermeiden<sup>1</sup>. Die Anweisungen in der Vorsorgevollmacht und die Verwaltungsanordnung gem. § 2216 BGB dürfen einander nicht widersprechen, sondern müssen aufeinander abgestimmt werden<sup>2</sup>. Bei der Auswahl des „digitalen Testamentsvollstreckers“ gilt dasselbe wie bei der Wahl des „digitalen Bevollmächtigten“ (s. Rz. 87). 98

---

### **M 173 Testamentarische Regelung des digitalen Nachlasses**

*Zu meinem digitalen Nachlass verfüge ich Folgendes:*

1. *Vorsorglich stelle ich hiermit ausdrücklich klar, dass mein Erbe als mein Gesamtrechtsnachfolger gem. § 1922 BGB in alle meine Online-Rechtsbeziehungen (z.B. mit E-Mail-Anbietern und Anbietern sozialer Netzwerke) eintritt. Er hat deshalb gegenüber den jeweiligen Anbietern (insbesondere E-Mail-Anbietern und Anbietern sozialer Netzwerke) auch Anspruch auf Herausgabe der bei ihnen im Internet gespeicherten Daten, seien sie geschäftlicher oder (höchst)persönlicher Natur.*
2. *Ich erteile meinem Erben folgende Auflagen:*
  - *Meine E-Mail-Konten sind ein halbes Jahr nach meinem Tode zu löschen, nachdem sämtliche Kommunikationspartner mittels einer angemessenen und pietätvoll formulierten Abwesenheitsbenachrichtigung von meinem Tode benachrichtigt und informiert worden sind, wie im Bedarfsfall mein Erbe erreicht werden kann.*

<sup>1</sup> Rott/Rott, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (9).

<sup>2</sup> Rott/Rott, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (9).

- *Mein Facebook-Profil ist für drei Monate nach meinem Tode in den Genkenzustand zu versetzen. Im Anschluss soll es gelöscht werden.*
  - *Meine Accounts bei Instagram und Youtube sind zu löschen, nachdem mein Erbe die dort veröffentlichten Inhalte lokal gespeichert hat. Meine Freunde A und B sollen auf Wunsch Kopien der Fotos und Videos erhalten, die uns bei gemeinsamen Urlauben zeigen. Ein Anspruch auf bestimmte Fotos oder Videos besteht nicht.*
  - *Auf meiner privaten Website „...“ soll mein Erbe binnen sechs Wochen nach meinem Tode eine Mitteilung veröffentlichen, die die Besucher der Seite über meinen Tod informiert. Sämtliche Kommentarfunktionen sind zu sperren. Sechs Monate nach meinem Tode ist der Vertrag mit der DENIC zu kündigen und die Website zu löschen. Es steht meinem Erben frei, die Inhalte der Website vorher lokal für sich zu speichern.*
3. *Ich beschwere meinen Erben zudem mit folgenden Vermächtnissen:*
- *Meinem Bruder C vermache ich meinen Tablet-Computer. Vor Erfüllung des Vermächtnisses hat mein Erbe sämtliche darauf enthaltenen Daten zu löschen, nachdem er sie ggf. für sich auf einem anderen Datenträger gespeichert hat. Der Anspruch auf diese Daten ist ausdrücklich nicht mitvermacht.*
  - *Meinem Vater vermache ich Kopien unseres langjährigen E-Mail-Schriftverkehrs, der in dem Ordner „Vater“ in meinem E-Mail-Account bei dem Anbieter Y gespeichert ist. Der Vermächtnisnehmer kann nicht von meinem Erben verlangen, die E-Mails nach Erfüllung des Vermächtnisses bei sich zu löschen.*

### c) Sonstige Vorsorgemaßnahmen

- 99 Um Sichtung und Abwicklung des digitalen Nachlasses im Erbfall zu erleichtern, empfiehlt es sich, dass der Erblasser privaten und geschäftlichen E-Mail-Verkehr trennt<sup>1</sup>, am besten also verschiedene E-Mail-Konten nutzt. Dasselbe gilt für Clouds, in denen er geschäftliche und private Daten speichert.
- 100 Soweit keine Sicherheitsbedenken entgegenstehen, kann es auch sinnvoll sein, die bestehenden Vorsorgeangebote der Anbieter wie z.B. den Kontoinaktivitätsmanager von Google zu nutzen<sup>2</sup>. Um böse Überraschungen im Erbfall zu vermeiden, muss der Erblasser dann aber auch regelmäßig prüfen, ob der Anbieter diese Leistung tatsächlich weiterhin anbietet oder ob er die Regelungen hierzu wieder geändert hat<sup>3</sup>.
- 101 Grundsätzlich zuzustimmen ist auch der Empfehlung, für Internetaktivitäten bewusst deutsche Anbieter zu wählen<sup>4</sup>. Ob der internetaffine Mandant angesichts der marktbeherrschenden Stellung und der für ihn attraktiven Angebote der großen internationalen Internetanbieter einem solchen Rat in der Praxis folgen wird, darf aber bezweifelt werden.

1 *Heinzelmann*, Erbrecht effektiv 2014, 14 (16); *Rott/Rott*, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (8).

2 Insofern krit. *Rott/Rott*, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (8).

3 So auch *Deusch*, ZEV 2014, 2 (7).

4 So *Rott/Rott*, NWB-EV Sonderausgabe 10/2013, 1 (8).

# A. Vermögens- und Nachlassplanung in der Beratung

**Schrifttum:** *Bonefeld/Bittler*, Haftungsfallen im Erbrecht, 2. Aufl. 2012; *Bonefeld/Hähn/Otto*, Gebührenabrechnung erbrechtlicher Mandate 2. Aufl. 2011; *Bonefeld/Wachter*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 3. Aufl. 2014; *Borgmann/Jungk/Grams*, Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2005; *Feuerich/Weyland*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 8. Aufl. 2012; *Gerold/Schmidt*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 21. Aufl. 2013; *Hartung/Römermann*, Marketing- und Management-Handbuch für Rechtsanwälte, 1999; *Hartung*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 5. Aufl. 2012; *Henssler/Prütting*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 4. Aufl. 2014; *Hinne u.a.*, Vereinbarungen mit Mandanten, 2. Aufl. 2008; *Kerscher/Krug/Spanke*, Das erbrechtliche Mandat, 5. Aufl. 2014; *Kleine-Cosack*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 6. Aufl. 2009; *Vollkommer/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009; *Zugehör/Fischer/Vill/Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch der Anwaltshaftung, 3. Aufl. 2011.

	Rz.		Rz.
<b>I. Der Mandant im Mittelpunkt ganzheitlicher Beratung</b>		b) Spezialnormen .....	43
1. Erwartungen des Mandanten und Anforderungen an den Berater ...	1	c) Sozien .....	44
2. Nachlassplanung als erbrechtsübergreifende Aufgabe .....	9	d) Einwilligung .....	45
3. Marketing		2. Rechtsfolgen	
a) Zielsetzung .....	14	a) Tätigkeitsverbot .....	46
b) Instrumente .....	15	b) Pflicht zur Niederlegung .....	47
4. Aufgabenprofil und Qualitätssicherung .....	21	c) Verlust des Honorars .....	48
		d) Parteiverrat .....	49
		e) Standesrecht .....	50
		f) Verfahrensrecht .....	51
<b>II. Methodik der Nachlassplanung</b>		3. Fallgruppen der Interessenkollision im erbrechtlichen Mandat	
1. Gestaltungs-, Risiko- und Abwicklungsplanung .....	26	a) Ehegattentestament, Erbvertrag .....	52
2. Fünf Arbeitsschritte .....	30	b) Vorweggenommene Erbfolge ..	53
a) Erfassung des Ist-Zustandes ..	31	c) Erbengemeinschaft .....	54
aa) Checkliste zur Erfassung der persönlichen Situation	32	d) Pflichtteilsberechtigte .....	55
bb) Checkliste zu rechtlichen Rahmenbedingungen ...	33		
cc) Checkliste zur Analyse der Vermögensstruktur ..	34	<b>IV. Haftung</b>	
b) Definition des Soll-Zustandes	35	1. Rechtsgrundlagen .....	56
c) Analyse der rechtlichen Ausgangssituation .....	37	2. Pflichten, Verschuldensmaßstab .....	58
d) Ermittlung von Gestaltungsvarianten .....	38	3. Haftende Personen .....	61
e) Auswahl und Umsetzung der geeigneten Lösungsvariante ..	40	4. Verjährung .....	62
3. Praktische Einschränkungen des idealtypischen Arbeitsganges ...	41	5. Typische Haftungsrisiken im Erbrecht .....	64
		6. Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	
<b>III. Interessenkollision</b>		a) Übersicht .....	70
1. Rechtsgrundlagen		b) Haftungsbeschränkung durch Eingrenzung der Tätigkeit ...	74
a) Grundnorm .....	42	c) Haftungsbeschränkung durch Einzelvereinbarung .....	77
		d) Haftungsbeschränkung durch allgemeine Vertragsbedingungen .....	79

	Rz.		Rz.
e) Persönliche Haftungs- beschränkung .....	81	f) Checkliste .....	125
7. Haftpflichtversicherung und Verhalten im Haftungsfall .....	82	g) Muster .....	126
<b>V. Honorargestaltung</b>		4. Gegenstandswert	
1. Allgemeines .....	88	a) Gerichtsverfahren .....	127
2. Honorar für Beratung, Gutachten, Mediation		b) Außergerichtliche Tätigkeit ..	129
a) Beratung .....	93	aa) Mögliche Tätigkeit vor Gericht .....	130
b) Gutachten .....	100	bb) Sonstige Angelegen- heiten .....	131
c) Mediation .....	101	c) ABC des Gegenstandswerts ..	132
3. Vergütungsvereinbarung		5. Außergerichtliche Vertretung	
a) Zulässigkeit .....	102	a) Gebühren .....	153
aa) Honorar unter der gesetz- lichen Vergütung .....	103	b) Abgeltungsbereich der Gebühren .....	157
bb) Honorar über der gesetz- lichen Vergütung .....	104	c) Mehrere Auftraggeber .....	160
b) Form .....	107	6. Gerichtliche Vertretung	
c) Hinweispflicht .....	113	a) Gebühren .....	162
d) Ausgestaltung .....	114	b) Abgeltungsbereich der Gebühren .....	165
e) Erfolgshonorar .....	123	c) Mehrere Auftraggeber .....	167
		7. Rechtsschutz .....	170
		8. Vergütung in Steuersachen .....	174

## I. Der Mandant im Mittelpunkt ganzheitlicher Beratung

### 1. Erwartungen des Mandanten und Anforderungen an den Berater

- 1 Beurteilen Sie Ihren Arzt danach, ob er Ihr Röntgenbild besonders gut auswerten kann? Oder danach, dass er sich Zeit für Sie nimmt, Ihrer Schilderung der Beschwerden zuhört und Ihnen die Symptomatik sowie seinen Behandlungsansatz ausführlich erklärt?

Rechtliche Kompetenz ist die Basis dessen, was der Mandant erwartet, jedoch in der Regel nicht überprüfen kann. „Weiche Faktoren“, beginnend mit der Freundlichkeit des Sekretariats über die Fähigkeit des Zuhörens bis hin zur Honorartransparenz, sind daher meist die **Entscheidungskriterien**, nach denen sich die Zufriedenheit des Mandanten richtet. Dieser sucht den Berater mit einem mehr oder minder konkreten Problem auf, zu dem er eine konkrete Problemlösung erwartet. Dabei interessiert ihn, von vielen Beratern zu Unrecht in den Vordergrund gestellt, nicht in erster Linie der häufig komplizierte Weg zur Lösung seines Problems, sondern die Problemlösung selbst. So sehr es geboten ist, den Mandanten über die entscheidenden Weichenstellungen und über damit verbundene Risiken aufzuklären, so sollte am Ende jeder Beratung doch eine konkrete Handlungsempfehlung stehen, wobei es für den Mandanten wiederum in der Regel unerheblich ist, ob dabei rechtliche, steuerliche oder wirtschaftliche Aspekte im Vordergrund stehen.

- 2 Häufig von entscheidender Bedeutung ist das familienpsychologische **Einfühlungsvermögen** des Beraters. Oft lässt sich nur durch sorgfältiges und einfühlen-des Zuhören feststellen, dass unterschwellig Konflikte zwischen Ehegatten bestehen, die ein Testament errichten wollen, bspw. zu der Frage, wie stark der

überlebende Ehegatte durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag gebunden werden soll. Auch wird das Beratungsgespräch mit einem 50-jährigen Zahnarzt anders ablaufen müssen als mit einer 80-jährigen Witwe, die Zeit ihres Lebens gewohnt war, dass alle Dinge von rechtlicher oder wirtschaftlicher Relevanz durch ihren Mann erledigt wurden. Doch auch wenn jede Beratungssituation verschieden ist und ein individuelles Eingehen auf den Mandanten erfordert, ein gemeinsamer Nenner bleibt: Der Mandant sucht den Rechtsberater auf, weil er spürt, dass er vor einer Problemlage steht, die komplex ist und von ihm allein nicht zu bewältigen ist. Er erwartet daher zu Recht von seinem Berater, dass dieser zunächst Ordnung in seine oft diffusen Überlegungen bringt und ihm konkret bei der Umsetzung seiner Interessen hilft.

Das Stichwort **Ordnung** sollte sich daher wie ein roter Faden durch das Mandatsverhältnis ziehen. Dies beginnt bereits mit dem ersten Kontakt, der meist durch eine telefonische Terminvereinbarung zustande kommt. Dieses erste Telefonat sollte der Anwalt nicht seinem Sekretariat überlassen, da es eine wichtige Filterfunktion hat. Zwei Nebenaspekte sind zu nennen: Zum einen kann der Anwalt wichtige Zeit sparen, indem er bei dem Telefonat entscheidet, ob er überhaupt gewillt ist, das Mandat anzunehmen oder ob er bspw. wegen einer Interessenkollision sogar verhindert ist. Zum anderen kann in dem Telefonat geklärt werden, ob Fristen laufen und deshalb eiliger Handlungsbedarf besteht. Dies betrifft bspw. die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft oder zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs. Versäumen es der Anwalt oder sein Sekretariat bei der Terminvereinbarung, den Lauf solcher Fristen zu klären, so kann dies zur Haftung aus culpa in contrahendo führen (s. Rz. 56). 3

Der Hauptaspekt, warum der Anwalt seine **Termine** selbst vereinbaren sollte, ist jedoch folgender: Nur auf diesem Wege kann sichergestellt werden, dass das erste Gespräch für beide Seiten zufriedenstellend verläuft. Der Anwalt kann mit seinem Mandanten klären, welche Unterlagen und Informationen benötigt werden, zugleich kann er sich auf die anstehende Rechtsproblematik vorbereiten. Meist kann auch eingeschätzt werden, welcher Zeitraum für das Gespräch zur Verfügung stehen muss. Häufig wird es sich dabei anbieten, den Mandanten zu bitten, seine Unterlagen vorab zu übersenden, damit der Anwalt sie in Ruhe studieren kann. 4

Ein derart vorbereiteter Besprechungstermin läuft bereits deshalb wenig Gefahr „zu zerfasern“, weil bei der telefonischen Vorbereitung bereits das Gesprächsziel festgelegt werden kann. Dies erleichtert es dem Mandanten, sich auf das Wesentliche zu konzentrieren. Verstärkt wird dieser Effekt, indem der Anwalt sich bereits zu Beginn mit seinem Mandanten über die Struktur des Gesprächs einigt. 5

➡ **Beratungssituation:** Ein älteres, sehr vermögendes Ehepaar, das kinderlos ist, sucht den Anwalt auf, um eine rechtlich und steuerlich möglichst günstige Struktur für seine Vermögensnachfolge zu finden.

Der Anwalt könnte das Gespräch bspw. wie folgt einleiten:

### M 1 Einleitung/Strukturierung Beratungsgespräch

*Ich schlage vor, dass wir unser heutiges Beratungsgespräch in drei Abschnitte gliedern: Zunächst möchte ich, damit ich Sie optimal beraten kann, mit Ihnen über Ihre persönliche Situation und über Ihre Vermögensstruktur sprechen. Danach bitte ich Sie, mir im zweiten Schritt zu schildern, welches Ihre vorrangigen Wünsche und Ziele sind. Auf dieser Grundlage kann ich Ihnen dann, drittens, Lösungen empfehlen, mit denen Sie Ihre Ziele und Wünsche verwirklichen können.*

- 6 Eine so vorgegebene **Struktur** ermöglicht es dem Mandanten, sich mitzuteilen, und zugleich dem Anwalt, seiner Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung nachzukommen, ohne dass das Gespräch ausufert. Gerade eine klare Gliederung des Gesprächs verhindert, dass sich der Mandant „abgeblockt“ fühlt. Beginnt er bspw. bei der Schilderung seiner familiären Situation ausführlich darüber zu sprechen, welche Geschenke seine Kinder bereits erhalten haben, wie undankbar sie sich gezeigt haben und was er trotzdem noch zu übertragen gedenkt, so kann der anwaltliche Berater eingreifen und darauf verweisen, dass bei der Besprechung der familiären Situation die Vermögensverhältnisse zunächst noch zurückgestellt werden. Das darin liegende Versprechen, den entsprechenden Punkt später aufzugreifen, sollte aber, dies ist ein ganz wichtiger Aspekt der Gesprächsführung, unbedingt eingelöst werden.
- 7 Besonders bedeutsam ist das **Ende des Gesprächs**. Mandantenbefragungen zeigen, dass diese oft den Eindruck haben, Steine statt Brot erhalten zu haben. Sie fühlen sich durch eine Fülle rechtlicher Informationen, die sie nicht einordnen und verarbeiten können, überfordert. (Zum psychologischen Einfühlungsvermögen des Beraters gehört in diesem Zusammenhang auch, dass er – fern jeder Überheblichkeit – Auffassungsgabe und Intelligenz des Mandanten realistisch einschätzt.) Zur Orientierung für den Mandanten, aber auch für den Anwalt selbst ist es unerlässlich, dass das Gespräch, wenn es nicht bei einer Erstberatung bleiben soll, mit einer konkreten **Verabredung über das weitere Vorgehen** endet. Dies kann bspw. in prozessualen Angelegenheiten die Fertigung eines Schriftsatzentwurfs oder in Beratungsangelegenheiten die Anfertigung eines Testamentsentwurfs sein. Wichtig zur Orientierung des Mandanten ist dabei, dass ihm konkret dargelegt wird, welche weiteren Schritte folgen und mit welchem Zeitrahmen er zu rechnen hat. Termintreue ist dabei ein Kriterium, das für den Mandanten ebenso wichtig wie für den Anwalt oft schwer einzuhalten ist, gleichwohl aber sollte es selbstverständlich sein, dass ins Auge gefasste Termine keinesfalls kommentarlos verstreichen, sondern der Mandant notfalls aufgefordert eine Zwischennachricht erhält.
- 8 In komplexen Beratungsangelegenheiten bietet sich nicht selten ein Zwischenschritt in Form eines **Mandantenschreibens** an. In diesem Schreiben werden der Sachverhalt, der Beratungsauftrag und das weitere Vorgehen festgehalten. Dies hat den Vorteil, dass auf beiden Seiten Missverständnissen vorgebeugt wird, dass der Mandant die Möglichkeit hat, seine Angaben zum Sachverhalt in der Form zu überprüfen, wie der Anwalt sie verstanden hat; schließlich ist die schriftliche Niederlegung der Gedanken für den Anwalt auch ein wichtiges Mittel der Selbst- und damit Qualitätskontrolle.



Idealtypische **Mustergliederung** für ein Mandantenschreiben:

A. Ausgangssituation

I. Familiäre Situation

II. Rechtliche Rahmenbedingungen

- bisherige Verfügungen von Todes wegen
- Erb- und Pflichtteilsverzichte
- Vereinbarungen zum Güterstand
- Verträge zugunsten Dritter (Lebensversicherungen, Bankverfügungen zugunsten Dritter)

III. Vermögen und bisherige Schenkungen

B. Wünsche des Mandanten und familiäre Besonderheiten

- eigene Absicherung für Alter und Pflegebedürftigkeit
- Absicherung des überlebenden Ehegatten
- gerechte Weitergabe des Vermögens an die nächste Generation
- Erhalt des Vermögens in der Familie
- Hilfe beim Existenzaufbau der nächsten Generation
- Sorge für behinderte Kinder
- Vermeidung von Liquiditätsabflüssen durch Pflichtteilsansprüche
- Berücksichtigung von Problemen mit Schwiegerkindern
- steuergünstige Gestaltung

C. Schlagwortartige Analyse der Probleme der derzeitigen Rechts- und Steuersituation

D. Wiedergabe des Beratungsauftrags und von Lösungsansätzen

E. Vorschläge zum weiteren Vorgehen und zur Honorargestaltung

## 2. Nachlassplanung als erbrechtsübergreifende Aufgabe

Ausgehend von den USA, wo sich das „Estate Planning“ bereits in den fünfziger Jahren als eigenständiges Rechtsgebiet durchgesetzt hat, ist mittlerweile auch in Deutschland der Begriff „Nachlassplanung“ etabliert. Sie lässt sich definieren als ein **Maßnahmenbündel**, mit dem das Vermögen einer bestimmten Person nach deren Wünschen unter familiären, wirtschaftlichen und steuerlichen Gesichtspunkten optimal auf die nächste oder auch auf weitere Generationen übergeleitet wird. Rechtlich sind dabei alle Gebiete einzubeziehen, die für die Vermögensüberleitung von Bedeutung sind, neben dem Erbrecht insbesondere das Familien- und Steuerrecht, zudem bspw. das Gesellschaftsrecht, das Schuldrecht und das Versicherungsrecht<sup>1</sup>. 9

Systematisch ist die Nachlassplanung dabei ein Teil der privaten **Finanzplanung**. Auch dies ist ein strategischer Planungsvorgang, der sich zunächst in den USA unter dem Begriff „Financial Planning“ etabliert hat. Hierunter wird der strategische Planungsvorgang verstanden, mit dem das Vermögen einer bestimmten Person oder Familie unter Ertragsgesichtspunkten und in Abstimmung mit den individuellen Bedürfnissen der Beteiligten optimal strukturiert werden soll. 10

<sup>1</sup> Reimann, ZEV 1997, 129.

- 11 Noch weitergehend – und dies wird den Erwartungen des Mandanten am meisten gerecht – kann Nachlassplanung auch als Teil eines Konzepts der persönlichen und finanziellen Vorsorge, also als **Vorsorgeplanung** verstanden werden.

➔ **Beratungssituation:** Die Mandantin, eine vermögende Witwe, berichtet, dass sie sich mit ihren beiden Töchtern nicht versteht, der Kontakt sei unwiederbringlich abgerissen. Auf die Möglichkeit angesprochen, dass sie in den vom Pflichtteilsrecht gezogenen Grenzen abweichend von der gesetzlichen Erbfolge testieren könne, erklärt sie, was mit ihrem Vermögen nach ihrem Tod geschehe, sei ihr egal, dies gelte auch unter steuerlichen Gesichtspunkten.

Damit ist die Beratungsaufgabe in Bezug auf die finanziellen Aspekte der Vorsorgeplanung erfüllt. In persönlicher Hinsicht ist die Mandantin aber darauf hinzuweisen, dass im Fall ihrer Betreuungsbedürftigkeit das Familiengericht eventuell von den Konflikten mit den Töchtern nichts erfährt und daher eine oder beide Töchter zu Betreuern bestellt werden, mit der Folge, dass diese über ihr persönliches Schicksal, bspw. auch über die Unterbringung in einem Pflegeheim, entscheiden können. Die Mandantin, die fürchtet, dass die Töchter derartige Entscheidungen vorrangig unter pekuniären Gesichtspunkten treffen werden, wird dankbar die Anregung aufgreifen, eine Betreuungsverfügung zu errichten. Dieses Beispiel zeigt, dass finanzielle oder steuerliche Aspekte nicht immer im Vordergrund der Nachlassplanung stehen müssen, ja manchmal sogar ganz zurücktreten.

12 **Gestaltungsmittel** der Nachlassplanung:

- klassische erbrechtliche Gestaltungsmittel, insbesondere Testament und Erbvertrag, Erb- und Pflichtteilsverzicht
- Vollmachten, insbesondere Altersvorsorgevollmacht und postmortale Vollmacht
- Betreuungsverfügung
- Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen
- familienrechtliche Gestaltungen, insbesondere Adoption und Eheverträge
- Lebens- und Rentenversicherungen
- Verträge zugunsten Dritter, insbesondere mit Banken
- Schenkungs- und Übergabeverträge (vorweggenommene Erbfolge)
- bei Auslandsberührung: Beeinflussung des anwendbaren Rechts, bspw. durch Wahl des Erb- oder Ehegüterrechtsstatuts nach Artikel 15 und 25 EGBGB
- Veränderungen der Vermögensstruktur

- 13 Der letztgenannte Gesichtspunkt, **Strukturierung des Vermögens** des künftigen Erblassers, wird meist vorrangig unter ertrag- und erbschaftsteuerrechtlichen Gesichtspunkten zu sehen sein, bspw. bei der Umschichtung von Privat- in Betriebsvermögen, um die hiermit aus der Sicht der Vermögensnachfolge verbundenen Vorteile zu erlangen. Nicht vergessen werden darf dabei aber, dass der Aufbau einer sinnvollen Vermögensstruktur auch aus zivilrechtlichem Blickwinkel von essenzieller Bedeutung für das Gelingen der Nachfolgeplanung sein kann.

➔ **Beratungssituation:** Ein Unternehmer hat im Laufe seines höchst erfolgreichen Berufslebens ein Konglomerat von Gesellschaften im In- und Ausland aufgebaut. Für all dies ordnet er Testamentsvollstreckung an.

In derartigen Fällen stellt sich stets die Frage, ob die Testamentsvollstreckung wegen der bekannten rechtlichen Probleme im Bereich von Personengesellschaften aber auch wegen der Frage, ob sie im Ausland für Auslandsgrundbesitz und Auslandsbeteiligungen anerkannt wird, reibungslos durchgeführt werden kann. Hier bietet es sich im Beispielsfall an, die Unternehmensstruktur nachfolgerecht zu gestalten, indem die Gesellschaften und der Grundbesitz unter das Dach einer Holding gestellt werden, die als Kapitalgesellschaft vom Testamentsvollstrecker ohne rechtliche Probleme verwaltet werden kann.

### 3. Marketing

#### a) Zielsetzung

Anwaltliches Marketing entspringt der Erkenntnis, dass in Zeiten steigenden **Wettbewerbsdrucks** auch die anwaltliche Leistung professionell dem potenziellen Mandanten nahegebracht werden muss<sup>1</sup>. Marketing ist aber mehr als Werbung: Es ist die Kunst, direkt oder indirekt Beziehungen zu potenziellen Klienten anzubahnen, um unternehmerische Ziele zu verwirklichen. Von entscheidender Bedeutung ist dabei eine realistische Zielsetzung. Ein Einzelanwalt, der bspw. in einer Kanzleibroschüre den Eindruck erweckt, er decke alle Rechtsgebiete von A bis Z ab, wirkt heutzutage unglaublich unwahrscheinlich. Das Marketing eines Erbrechtsspezialisten muss anders aussehen als das des Generalisten, der sich – vergleichbar dem Hausarzt – als Hausanwalt seines Mandanten versteht. Letzterer wird den potenziellen Mandanten realistischerweise signalisieren, dass er sie zwar auch im Bereich des Erbrechts betreut, dass er aber in schwierigeren Fällen, vor allem in steuerlicher Hinsicht, nur koordinierend tätig ist. Ersterer hingegen wird seine Spezialisierung hervorheben und hierbei auch allgemein tätige Kollegen und Steuerberater gezielt ansprechen. Dass es zwischen diesen beiden Extremen viele Differenzierungen gibt, versteht sich von selbst.

Somit ergeben sich zwei zusammenhängende Fragestellungen:

1. Welche Ausrichtung soll meine Kanzlei haben?
2. Welche Zielgruppe will und kann ich ansprechen?

#### b) Instrumente

Aus der Zielsetzung und teilweise auch aus den finanziellen Möglichkeiten des Anwalts ergeben sich die einzusetzenden Marketing-Instrumente:

**Werbemaßnahmen:** Nicht nur aus standesrechtlichen Gründen ist vor marktschreierischen Mitteln zu warnen, gerade im Erbrecht muss die Werbung in be-

<sup>1</sup> *Hartung/Römermann*, Marketing- und Management-Handbuch für Rechtsanwälte, 1999; *Kleine-Cosack*, Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, 1999; *Mauer/Krämer*, Marketingstrategien für Rechtsanwälte, 2. Aufl. 2001; *Schiefer/Hocke*, Marketing für Rechtsanwälte, 3. Aufl. 1999; *Trimborn v. Landenberg*, Anwaltliches Marketing im Erbrecht, ZErB 2000, 225; *Unger/Wolf*, Erfolgreiches Anwaltsmarketing, 1993.

sonderer Weise vertrauensbildend wirken, da der Mandant in der Regel höchst persönliche familiäre und wirtschaftliche Informationen preisgibt. Am ehesten kann man daher von der Werbung derjenigen Branchen lernen, die ebenfalls von Kompetenz und Vertrauen leben (Banken, Versicherungen, Unternehmensberater). Geeignete Maßnahmen sind je nach Budget: Briefkopfgestaltung mit Hinweis auf Tätigkeitsschwerpunkt; Annoncen in Zeitungen und Zeitschriften; Kanzleibroschüren.

- 16 **Public Relations:** Werbemaßnahmen, die in erster Linie konkrete Mandate akquirieren sollen, werden durch Öffentlichkeitsarbeit ergänzt, bei der langfristig an der „Marke“ gearbeitet wird. Bei Anwälten stehen hier schriftstellerische bzw. fachjournalistische Aktivitäten sowie die Vortragstätigkeit im Vordergrund.
- 17 **Networking:** Hier geht es um den Aufbau von Kontakten, insbesondere zu Multiplikatoren, die Empfehlungen aussprechen: Finanzdienstleister (Versicherungsagenten, Anlageberater etc), Rechtsschutzversicherer, Vermögensplaner und natürlich Steuerberater, in der Literatur genannt werden ferner Bestattungsunternehmen und Leiter von Alten- und Pflegeheimen<sup>1</sup>.
- 18 **Internet:** Das Internet spielt auch im Erbrecht eine immer größere Rolle. Mittlerweile ist es fast unverzichtbar, dieses Werbe- und Kommunikationsmittel durch eine gut gestaltete Homepage zu nutzen<sup>2</sup>.
- 19 **Service:** Dieser Punkt zielt insbesondere darauf ab, den Mandanten außerhalb der eigentlichen anwaltlichen Leistung zufrieden zu stellen und ihn so als Multiplikator zugunsten des Anwalts zu gewinnen. Hierzu gehören Selbstverständlichkeiten wie Termintreue, schnelle Terminvergabe und allgemeine Erreichbarkeit des Anwalts (zuverlässige Erledigung von Rückrufen!). Hinzu kommen Serviceangebote wie die Ausgabe von Merkblättern zu allgemein interessierenden Fragen, z.B. zum Thema „Patiententestament“. Immer wichtiger, auch außerhalb der Testamentsvollstreckung, wird das Thema „Rundum-Service“. Dies betrifft vor allem den Erben, der mit den Folgen des Erbfalls oft überfordert ist und außer juristischem Rat auch praktische Unterstützung benötigt, bspw. bei der Veräußerung einer Immobilie durch Herstellung des Kontakts zu einem seriösen Immobilienmakler.
- 20 **Preispolitik:** Es sei die Prognose gewagt, dass die Preisgestaltung künftig mehr und mehr als Marketingmittel in den Vordergrund geraten wird. In erster Linie hängt dies davon ab, welche Zielgruppe angesprochen werden soll. Spricht eine Kanzlei in erster Linie den „Durchschnittsbürger“ an, so kann es lohnend sein, Schwellenängste durch preiswerte Erstberatungsangebote abzubauen. Andererseits muss sich der Unternehmensnachfolgespezialist davor hüten, in den Ruf des „billigen Jakobs“ zu kommen. Beiden Extremen gemein ist jedoch die Notwendigkeit, dem Mandanten das Gefühl zu vermitteln, dass er einen fairen Preis bezahlt. Gerade angesichts der im Verhältnis zum RVG teilweise niedrigeren Notargebühren bedarf das Honorarthema daher einigen Fingerspitzengeföhls. Im Gegensatz zum Notar hat der Anwalt Gestaltungsspielraum, den er, bspw. durch die Vereinbarung von Stundenhonorar, nutzen sollte.

1 Trimborn v. Landenberg, ZErB 2000, 225 (227).

2 Strangmeier, Internetpräsenz für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, 2000.

#### 4. Aufgabenprofil und Qualitätssicherung

Der umfassende Charakter der Nachlassplanung fordert mehr als fundierte **Kenntnisse** im Erbrecht, der Nachlassplaner muss auch weitreichende Kenntnisse im Familienrecht, Gesellschaftsrecht, Versicherungsrecht und vor allem im Erbschaftsteuerrecht besitzen. Hinzu kommt zumindest ein Überblickswissen zum Ertragsteuerrecht sowie zum Recht der Grunderwerbsteuer und der Gewerbesteuer. Auch sollte Verständnis für wirtschaftliche und familienpsychologische Zusammenhänge vorhanden sein. Eher zu eng bemessen ist also der Katalog der besonderen Kenntnisse, den § 14f FAO für den Fachanwalt für Erbrecht aufstellt. 21

Um ein optimales Ergebnis zu erreichen, ist, vor allem bei komplexen Vermögensverhältnissen, die **Zusammenarbeit mit anderen Beratungsberufen** unerlässlich. Sie sollte vom Nachlassplaner aktiv gesucht und koordiniert werden. Dies betrifft in erster Linie den Steuerberater des Mandanten, der dessen steuerliche Verhältnisse am besten kennt. Hinzutreten, je nach Fallkonstellation, der Vermögensanlageberater des Mandanten, der Firmenkundenbetreuer seiner Hausbank, eventuell auch ein Versicherungsfachmann und ein Unternehmensberater, Letzterer vor allem im Bereich der Unternehmensnachfolge, wenn es darum geht, die Unternehmensstruktur auch unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu optimieren. 22

Problempunkte:

- Schweigepflicht
- Honorarteilung

Bei der Zusammenarbeit mit anderen Beratungsberufen ist darauf zu achten, dass der Mandant möglichst bereits zu Anfang des Mandats die **Entbindung** von der Schweigepflicht ausspricht, damit der nötige Informationsaustausch stattfinden kann. Die Entbindung kann auch stillschweigend oder mündlich erfolgen, je nach Fallgestaltung und Beziehung zum Mandanten kann es sich aber empfehlen, dies schriftlich festzuhalten, bspw. im ersten Anschreiben wie folgt: 23

---

#### M 2 Schweigepflichtentbindung

*Wir haben darüber gesprochen, dass Ihr Steuerberater und Ihr Vermögensanlageberater bei der XY-Bank in die Gestaltung einbezogen werden sollen. Diesen Personen gegenüber haben Sie mich von der anwaltlichen Schweigepflicht befreit.*

---

Zur **Honorargestaltung** ist zu beachten, dass es nach § 27 der Berufsordnung verboten ist, Dritte am wirtschaftlichen Ergebnis anwaltlicher Tätigkeit zu beteiligen. Zieht der Rechtsanwalt daher einen externen Steuerberater hinzu, so ist es nicht statthaft, diesen intern am Honorar des Anwalts zu beteiligen. Am klarsten ist es, stattdessen zu veranlassen, dass direkt zwischen dem Steuerberater und dem Mandanten ein Mandatsverhältnis zustande kommt, das entsprechend abgerechnet wird. 24

**Qualitätssicherung** in der Anwaltspraxis ist in den letzten Jahren geradezu ein Modethema geworden. Auch wenn es hier in formeller Hinsicht zu mancher Übertreibung gekommen ist (nach dem Motto: „Wenn ein Gespräch mit einem 25

Mandanten stattfindet, ist für das Vorhandensein einer geeigneten Räumlichkeit zu sorgen.“), ist das Kernanliegen dennoch berechtigt: Maßnahmen der Qualitätssicherung, die seit jeher intuitiv ergriffen wurden, transparent zu machen, um sie effizienter zu gestalten, indem sie zuverlässig in den Arbeitsalltag integriert werden. Hierzu gehört für den Anwalt die regelmäßige Fortbildung in den maßgeblichen Rechtsgebieten und in der täglichen Arbeit die Benutzung von Checklisten, bspw. zur Sachverhaltserfassung und zu etwaigen Fristproblemen. Hinzu kommt, vor allem im Bereich der Erbschaftsteuerplanung, die EDV-Unterstützung.

## II. Methodik der Nachlassplanung

### 1. Gestaltungs-, Risiko- und Abwicklungsplanung

- 26 Der Begriff „Testamentsgestaltung“ steht heute beispielhaft für die umfassende Planung der Vermögensnachfolge des Klienten. In den USA hat sich das **Estate Planning** bereits vor Jahrzehnten zu einem eigenständigen Gebiet in Rechtswissenschaft und Praxis entwickelt, wobei Nachlassplanung wiederum als Teil der privaten Finanzplanung verstanden wird. Dies verdeutlicht, dass es sich um einen Planungsprozess handelt, der alle rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte berücksichtigt, die für den Übergang des Vermögens auf die nächste Generation Bedeutung erlangen können. Im Gegensatz zur forensischen Sichtweise ist der Status quo nur ein Ausgangspunkt, da der Kautelarjurist mögliche Änderungen der rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen hat, indem er flexible Lösungen vorsieht, die dies berücksichtigen, sei es in Form von Änderungsvorbehalten, sei es in Form von Alternativlösungen.

Wie jeder Planungsprozess unterliegt auch die Nachlassplanung drei Stufen, die naturgemäß eng miteinander verzahnt sind:

- 27 – Im Wege der **Gestaltungsplanung** wird der normale, „programmgemäße“ Ablauf der Vermögensnachfolge geregelt.
- 28 – Die **Risikoplanung** berücksichtigt mögliche Entwicklungen der Zukunft, insbesondere etwaige Störfaktoren wie bspw.: Wegfall eines Erben (Ersatzerbschaft), Geltendmachung eines Pflichtteils (Pflichtteilsstrafklausel), Wegfall eines Vermögensgegenstands (Verschaffungsvermächtnis oder Wertersatz).
- 29 – Die **Abwicklungsplanung** hat eine wesentliche Hilfsfunktion, indem sie sicherstellen soll, dass die inhaltlichen Regelungen, die für den Normal- oder Risikofall vorgesehen sind, möglichst reibungslos und kostengünstig umgesetzt werden, bspw. durch Einsetzung eines Abwicklungstestamentsvollstreckers. Ein weiteres Beispiel bietet der Fall, dass der Nachlass hauptsächlich aus einem Unternehmen oder einer Immobilie besteht. Hier bietet es sich zur vereinfachten Abwicklung meist an, den für das Unternehmen oder die Immobilie vorgesehenen Nachfolger zum Alleinerben zu bestimmen und die übrigen Familienangehörigen durch Vermächtnisse zu bedenken.

### 2. Fünf Arbeitsschritte

- 30 Idealtypisch ergeben sich fünf Arbeitsschritte, die im praktischen Vorgehen naturgemäß ineinander übergehen:

- Erfassung des Ist-Zustandes
- Definition des Soll-Zustandes
- Analyse der juristischen Ausgangssituation
- Ermittlung von Gestaltungsvarianten
- Auswahl und Umsetzung der geeigneten Gestaltungsvariante

#### **a) Erfassung des Ist-Zustandes**

In einem **ersten Schritt** sind die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen möglichst vollständig zu erfassen, wobei auch Änderungen zu berücksichtigen sind, die sich bereits abzeichnen oder die realistischerweise zu erwarten sind. 31

#### **aa) Checkliste zur Erfassung der persönlichen Situation**

- Staatsangehörigkeit, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt des Klienten 32
- Familienstand (bzw. Vorhandensein eines Lebensgefährten)
- Vorhandensein möglicherweise erb- oder pflichtteilsberechtigter Angehöriger, insbesondere Eltern der Mandanten sowie Kinder einschließlich nichtehelicher und adoptierter Kinder
- In Fällen mit Auslandsberührung: Staatsangehörigkeit, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt der Angehörigen<sup>1</sup>
- Feststellung des Eheschließungsorts und des ersten ehelichen Wohnsitzes zur Ermittlung des Güterrechtsstatuts
- Persönliche Eigenschaften der Beteiligten: Hier geht es um „weiche“ Faktoren, die für die Vermögensnachfolge eine kaum zu überschätzende Rolle spielen wie bspw. die Fähigkeit eines Angehörigen, mit Geld verantwortungsbewusst umzugehen, oder die fachliche Qualifikation eines Ehegatten oder Kindes für die Unternehmensnachfolge. (Hier sollte der Berater nicht einfach die Einschätzung und Bewertung des Mandanten übernehmen, sondern diesen veranlassen, seine Einschätzung durch konkrete Geschehnisse und Erfahrungen zu belegen – oder auch sie kritisch zu reflektieren.)
- Bestehen Zweifel an der Testier- oder Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten?

#### **Mögliche Änderungen der persönlichen Situation:**

- Ehekrise oder gar Scheidungswunsch bei einem Beteiligten?
- Ernsthafte Erkrankung oder fortgeschrittenes Alter bei einem Beteiligten?
- Kinderwunsch bei einem Beteiligten?
- Adoptionswunsch?

---

<sup>1</sup> Das hat Bedeutung für die Steuerplanung, zudem müssen in diesen Fällen etwaige Gerichtsstände oder Schutzvorschriften ermittelt werden, die das jeweilige Land für eigene Staatsangehörige kennt.

**bb) Checkliste zu rechtlichen Rahmenbedingungen**

- 33 – Existiert ein Ehevertrag oder ein Vertrag mit einem nichtehelichen Lebensgefährten?
- Ist eine Bindung durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag gegeben?
- Besteht ein Vertrag über den Nachlass eines lebenden Dritten nach § 312 BGB?
- Ist der Mandant in einen Gesellschaftsvertrag oder eine Eigentümergemeinschaft eingebunden?
- Bestehen Verträge zugunsten Dritter, insbesondere Lebensversicherungen?
- Bestehen Vollmachten?
- Bestehen langfristige vertragliche Bindungen, bspw. Miet- oder Pachtverträge im Unternehmensbereich?
- Existieren Schenkungs- oder Übergabeverträge?
- Bestehen Pflichtteils- oder Erbverzichtsverträge?

**cc) Checkliste zur Analyse der Vermögensstruktur****34 Gegenwartsbezogen:**

- Immobilien
- Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen
- Geld- und Wertpapiervermögen (Zuordnung von Gemeinschaftskonten und -depots)
- Land- und forstwirtschaftliches Vermögen
- Lebensversicherungen und Bausparverträge
- Sonstiges bewegliches Vermögen (Kfz, Hausrat, Antiquitäten)
- Auslandsvermögen

**Vergangenheitsbezogen:**

- Zuwendungen an Familienangehörige (Schenkungen, Ausstattungen)

**Zukunftsbezogen:**

- Veräußerungswunsch
- Wunsch zur Auf- oder Übergabe des Unternehmens
- Renten- und Altersversorgung des Klienten und seines Ehegatten

**b) Definition des Soll-Zustandes**

- 35 In einem **zweiten Schritt** werden mit dem Mandanten die Ziele der Nachfolgeplanung festgelegt. Diese bestimmen sich nach seinen individuellen Wünschen, typischerweise stehen **sieben Gestaltungsziele** im Vordergrund:
- 36 An erster Stelle steht die **Versorgung** des Ehegatten und der Kinder (oder Enkelkinder), indem der Übergang des Vermögens oder seiner Erträge auf diese Per-



sonen sichergestellt wird. Als zweites Motiv spielt dabei im Verhältnis der Kinder eine gerechte Verteilung und der Ausgleich von **Vorempfängen** eine wichtige Rolle. Wenn zum Vermögen ein Unternehmen oder eine bedeutende Immobilie zählt, tritt als drittes Regelungsziel oft die **Sicherung der Existenz dieser Vermögenseinheit** und ihr Erhalt für die Familie in den Vordergrund. In diesem Zusammenhang spielt als viertes Regelungsziel unter Liquiditätsgesichtspunkten die **Ausschaltung von Störfaktoren** wie Pflichtteilsansprüchen und güterrechtlichen Zahlungsansprüchen eine wichtige Rolle. Häufig werden, fünftens, Regelungen gewünscht, die die Beteiligten auch nach dem Erbfall an die Vorstellungen des Erblassers binden, insbesondere durch **Vor- und Nacherbschaft oder Dauertestamentsvollstreckung**. Sechstens besteht das Ziel, den Familienfrieden zu wahren, indem **Streit vermeidende** und praktisch durchsetzbare **Lösungen** gefunden werden. Schließlich sollen, siebtens, die **Steuern und Nachlassabwicklungskosten** möglichst gering gehalten werden.

### c) Analyse der rechtlichen Ausgangssituation

Wenn der Sachverhalt feststeht und die Ziele des Klienten definiert sind, ist im **dritten Schritt** festzustellen, wie sich die Vermögensnachfolge im Erbfall ohne 37  
kautelearjuristisches Eingreifen ergeben würde:

- Zivilrechtlicher Übergang des Vermögens auf gesetzliche Erben oder bei bereits existierender testamentarischer Lösung auf die hiernach Begünstigten; Ansprüche des Ehegatten; gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklauseln; Bezugsberechtigungen aufgrund von Verträgen zugunsten Dritter (Lebensversicherungen);
- Steuerliche Folgen des Erbfalls, insbesondere im Erbschaft- und Einkommensteuerrecht;
- Im internationalen Bereich ist zu beachten, dass der potenzielle Erbfall (im Unterschied zur forensischen Tätigkeit) aus der Sicht aller beteiligten Rechtsordnungen zu untersuchen ist, in denen die Zuständigkeit eines Nachlass- oder Streitgerichts gegeben sein oder in denen Steuerhoheit bestehen könnte<sup>1</sup>.

### d) Ermittlung von Gestaltungsvarianten

Im **vierten Schritt** werden Lösungsvarianten ermittelt, die für die Verwirklichung 38  
der definierten Ziele geeignet sind. Hierbei bedient sich der Kautelarjurist der Gestaltungstypen, die für typische Fallgruppen entwickelt wurden<sup>2</sup>. Diese kautelarjuristischen Gestaltungstypen kombinieren rechtliche Lösungsmodelle und bündeln sie zu einem Maßnahmenpaket, welches die typischen Zielsetzungen des Mandanten bei einem gegebenen Sachverhalt verwirklicht (dass es sich hier-

<sup>1</sup> Zum deutschen internationalen Privatrecht und zum deutschen internationalen Erbschaftsteuerrecht Checklisten bei von Oertzen, ZEV 1995, 167 ff.; Steiner, Testamentsgestaltung in Fällen kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung, 2001.

<sup>2</sup> Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2014, Kap. 1 Rz. 73 ff.; zu Vertragstypen der Grundstückszuwendung s. insbesondere Langenfeld/Günther, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge, 6. Aufl. 2009; Gestaltungsmodelle zur Unternehmensnachfolge s. bspw. Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 5. Aufl. 2005, Kap. F.

bei nur um eine Richtschnur handelt, die an die Besonderheiten des jeweiligen Falles anzupassen ist, ist eine pure Selbstverständlichkeit).

39 Als **Regelungsinstrumente** stehen naturgemäß die klassischen **erbrechtlichen Instrumente** im Vordergrund:

- Testament und gemeinschaftliches Testament,
- Erbvertrag,
- Erb- und Pflichtteilsverzicht,
- Vertrag über den Nachlass eines lebenden Dritten (§ 311b Abs. 5 BGB).

Hinzu kommen die Regelungsinstrumente aus dem Schuld-, Familien- und Gesellschaftsrecht:

- Schenkungs- und Übergabeverträge,
- Eheverträge,
- Gesellschaftsverträge,
- Regelungen innerhalb einer Eigentümergemeinschaft,
- Verträge zugunsten Dritter,
- Vollmachten,
- Schiedsverträge.

**e) Auswahl und Umsetzung der geeigneten Lösungsvariante**

- 40 Im **fünften** und letzten **Schritt** schließlich sind Zielkonflikte zu gewichten, und es wird die vorteilhafteste Gestaltungsvariante (bzw. die vorteilhafteste Kombination von Gestaltungsvarianten) gewählt und umgesetzt. Dabei gilt für den Kautelarjuristen grundsätzlich das Gebot der Wahl des sichersten Weges.

**3. Praktische Einschränkungen des idealtypischen Arbeitsganges**

- 41 Die vorstehend geschilderten fünf Arbeitsschritte sind in der Praxis naturgemäß eng miteinander verzahnt. Auch unterliegen sie in der Alltagspraxis zahlreichen Einschränkungen: Dies beginnt mit Problemen bei der vollständigen Erfassung des Sachverhalts, bspw. wenn der Kontakt zu (nichtehelichen) Kindern abgerissen ist. Auch sind die Zielvorstellungen der Klienten oft unklar, manchmal auch irrational. Hinzu kommt, dass vor allem in steuerlichen Fragen und in Fällen mit Auslandsberührung die Ermittlung des rechtlichen Status quo häufig mit Unsicherheiten behaftet ist. Gleiches gilt für Fragen im tatsächlichen Bereich, hier bedarf es oft aufwändiger Ermittlungen, bspw. zur Feststellung von Unternehmenswerten. In eilbedürftigen Fällen (schwere Erkrankung) steht die Zeit für eine sorgfältige Prüfung häufig nicht zur Verfügung, auch wird der Klient oft nur bereit sein, ein begrenztes Budget für seine Nachfolgeplanung zur Verfügung zu stellen. All dies zwingt zu Kompromissen, wobei nicht selten auch ein Abweichen vom kautelarjuristischen Grundgebot des sichersten Weges angezeigt ist, bspw. um ambitionierte Wünsche des Klienten zu erfüllen, die ein rechtliches „Restrisiko“ erfordern, oder indem bewusst eine risikoträchtige Lösung gewählt wird, etwa um durch eine Strafklausel, deren Durchsetzbarkeit ungewiss ist, einen potenziellen Anspruchsteller abzuschrecken.

### III. Interessenkollision

#### 1. Rechtsgrundlagen

##### a) Grundnorm

„Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.“ Mit diesem Zitat des § 43a Abs. 4 BRAO ist an sich alles gesagt. Konkretisiert und erweitert wird dieses Verbot durch weitere Normen (§§ 45, 46 BRAO, § 3 BORA, Art. 3.2.3 CCBE). Aber wann liegen widerstreitende Interessen vor? In der Literatur findet sich die Aussage, dass Interessenkollision Sachverhaltsidentität voraussetze, diese liege wiederum vor, wenn es sich bei natürlicher Betrachtungsweise um ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis handelt<sup>1</sup>. Diese Definition ist allerdings oft wenig hilfreich, ja sie verstellt sogar den Blick.

➡ **Beratungssituation:** Rechtsanwalt R hat den S in einem Erbfall vertreten und weiß daher, dass dieser erhebliches Vermögen hat. Nunmehr wendet sich Gläubiger G an Rechtsanwalt R wegen der Beitreibung einer Forderung, wobei G vor einem Prozess zurückschreckt, weil er fälschlicherweise befürchtet, dass die Vollstreckungsaussichten gering wären.

In der Beratungssituation kann man kaum davon sprechen, dass beide Vorgänge, einerseits der Erbfall, andererseits die Forderungssache, ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis bilden. Dennoch kann es keinen Zweifel geben, dass R gegen § 43a Abs. 4 BRAO verstoßen würde, wenn er die Vertretung des G übernehme.

Beim Aufspüren einer Interessenkollision ist es daher hilfreicher, i.S.d. Kant'schen Imperativs danach zu fragen, ob der frühere Mandant bei objektiver Betrachtung etwas dagegen haben könnte, wenn man ein neues Mandat übernimmt, insbesondere weil die Gefahr der Verletzung einer Verschwiegenheitspflicht bestünde oder weil der neue Mandant Vorteile erlangen könnte aus der Verwertung von Kenntnissen, die bei einem früheren Mandat erworben wurden<sup>2</sup>.

##### b) Spezialnormen

§ 45 BRAO konkretisiert Fallgruppen, in denen der Gesetzgeber aufgrund abstrakter Betrachtungsweise davon ausgegangen ist, dass eine Interessenkollision naheliegt. Hiernach darf der Rechtsanwalt nicht tätig werden, 43

- wenn er in derselben Sache als Richter, Schiedsrichter, Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes, Notar, Notarvertreter oder Notariatsverwalter bereits tätig geworden ist;
- wenn er als Notar, Notarvertreter oder Notariatsverwalter eine Urkunde aufgenommen hat, deren Rechtsbestand oder Auslegung streitig ist oder aus der die Vollstreckung betrieben wird;
- wenn er gegen den Träger des von ihm verwalteten Vermögens vorgehen soll bei Angelegenheiten, mit denen er als Insolvenzverwalter, Nachlassverwal-

<sup>1</sup> Kerscher/Krug/Spanke, § 4 Rz. 10ff.; MAH Erbrecht/Scherer, § 2 Rz. 1; BGH v. 23.10.1990 – VI ZR 105/90, MDR 1991, 234 = NJW 1991, 1176.

<sup>2</sup> Ähnlich MAH Erbrecht/Scherer, § 2 Rz. 2.

ter, Testamentsvollstrecker, Betreuer oder in ähnlicher Funktion bereits befasst war;

- wenn er in derselben Angelegenheit außerhalb seiner Anwaltstätigkeit oder einer sonstigen Tätigkeit i.S.d. § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO bereits beruflich tätig war; dies gilt nicht, wenn die berufliche Tätigkeit beendet ist.

§ 45 Abs. 2 BRAO untersagt dem Rechtsanwalt ferner das Tätigwerden:

- in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt gegen den Träger des zu verwaltenden Vermögens befasst war, als Insolvenzverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker, Betreuer oder in ähnlicher Funktion;
- in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt befasst war, außerhalb seiner Anwaltstätigkeit oder einer sonstigen Tätigkeit i.S.d. § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO.

§ 46 BRAO sieht zudem vor, dass der in einem ständigen Dienstverhältnis stehende Anwalt nicht für seinen Dienstherrn vor Gericht als Rechtsanwalt auftreten darf, zudem ist dem Anwalt die Tätigkeit in einer Sache verboten, in der er als Berater in einem Dienstverhältnis bereits tätig wurde, sowie auch umgekehrt die Tätigkeit als Berater in einem Dienstverhältnis verboten ist, wenn er als Rechtsanwalt in dieser Sache tätig war. In diesen Fällen geht es also nicht um den Schutz des Mandanten vor Interessenkollision, sondern umgekehrt davor, die selbständige Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege zu schützen.

Aus der Grundnorm des § 43a Abs. 4 BRAO folgt zudem, dass der Anwalt nicht mehr als Interessenvertreter für eine Partei tätig werden darf, wenn er zuvor in derselben Sache als Mediator fungierte.

### c) Sozien

- 44 Bei Interessenkollision ist auch allen Sozien ein Tätigwerden verboten (§ 45 Abs. 3 BRAO). Dieses Tätigkeitsverbot gilt zudem für sonstige Rechtsanwälte, die mit dem betroffenen Anwalt gemeinschaftlich den Beruf ausüben, also für freie Mitarbeiter, angestellte Rechtsanwälte und sogar für alle Anwälte in einer bloßen Bürogemeinschaft (§ 3 Abs. 2 und 3 BORA). Eine kaum praxisrelevante Ausnahme regelt § 3 Abs. 2 S. 1 BORA: Wenn sich die betroffenen Mandanten nach umfassender Information mit der Vertretung durch die beruflich verbundenen Anwälte einverstanden erklären, ist dies zulässig, sofern nicht Belange der Rechtspflege entgegenstehen.

### d) Einwilligung

- 45 Die Einwilligung der von der Interessenkollision betroffenen Mandanten ändert nach herrschender Meinung nichts am Tätigkeitsverbot, ja nicht einmal etwas an der bei Vorsatz gegebenen Strafbarkeit des Parteiverrats nach § 356 StGB<sup>1</sup>. Der Grund wird darin gesehen, dass die Vorschriften über die Interessenkollision in erster Linie die Ordnungsmäßigkeit der anwaltlichen Berufsausübung sichern<sup>2</sup>. Ganz so einfach ist es bei näherer Betrachtung aber nicht: Denn das Ein-

<sup>1</sup> Kerscher/Krug/Spanke, § 4 Rz. 3.

<sup>2</sup> BGH v. 16.12.1952 – 2 StR 198/51, NJW 1953, 472.

verständnis der betroffenen Mandanten und die Frage, ob widerstreitende Interessen vorliegen, stehen oft in Wechselbeziehung.

➔ **Beratungssituation:** Vater und Sohn suchen Rechtsanwalt R auf, um die rechtlich, steuerlich und wirtschaftlich günstigste Lösung für den Übergang des Unternehmens vom Vater auf den Sohn zu finden. Ausdrücklich möchten beide das Mandat erteilen. Als Rechtsanwalt R sie darauf hinweist, dass es zwischen Übergeber und Übernehmer einen Interessengegensatz gibt, erklären beide, dass sie dies nicht so sehen, weil ihnen an einer fairen Lösung gelegen ist, bei der auch die Interessen des jeweils anderen bestmöglich gewahrt werden.

In dieser Konstellation wird man nicht von einer Interessenkollision sprechen können, zumal die Sichtweise der Mandanten auch objektiv nachvollziehbar ist. Entsteht allerdings im Laufe des Mandats ein Streit, so ist der Anwalt verpflichtet, das Mandat insgesamt niederzulegen.

## 2. Rechtsfolgen

### a) Tätigkeitsverbot

Bei Interessenkollision ist dem Anwalt jegliche Tätigkeit verboten, nicht nur die prozessuale oder die außergerichtliche Vertretung, sondern auch jede beratende Tätigkeit<sup>1</sup>. 46

### b) Pflicht zur Niederlegung

Hat der Anwalt ein Mandat übernommen, welches mit einem früheren kollidiert, so muss er niederlegen, sobald er dies erkennt; hat er mehrere kollidierende Mandate angenommen, müssen alle niedergelegt werden. Dies gilt insbesondere, wenn sich, bspw. bei der Vertretung einer Erbengemeinschaft, im Zuge des Mandats Interessenkonflikte herausstellen. 47

### c) Verlust des Honorars

Der Anwalt verliert jeden Vergütungsanspruch, da der Anwaltsvertrag nichtig ist (§ 134 BGB i.V.m. § 43a Abs. 4 bzw. § 45 BRAO). Bereits gezahltes Honorar kann der Mandant zurückfordern. Dies gilt auch, wenn der Verstoß unabsichtlich geschah oder sich erst im Nachhinein herausstellte, aber zumindest absehbar war<sup>2</sup>. Ausnahme: Der Anwalt hat den Mandanten bereits bei Abschluss des Anwaltsvertrags auf einen möglicherweise in Zukunft auftretenden Interessenkonflikt hingewiesen<sup>3</sup>. 48

### d) Parteiverrat

Bei vorsätzlicher Vertretung in „derselben Rechtssache“ macht sich der Anwalt zudem nach § 356 StGB wegen Parteiverrates strafbar. 49

<sup>1</sup> Kerscher/Krug/Spanke, § 4 Rz. 4.

<sup>2</sup> Bonefeld/Wachter/Seiler-Schopp, § 11 Rz. 10.

<sup>3</sup> BGH v. 19.9.2013 – IX ZR 322/12, FamRZ 2014, 35 m. Anm. Börger = MDR 2013, 1495 = NJW 2013, 3725 (Beratung beider Ehegatten zur Scheidung).

**e) Standesrecht**

- 50 Bei einem – auch fahrlässigen – Verstoß gegen das Verbot der Interessenkollision besteht die Möglichkeit standesrechtlicher Sanktionen (§ 113 Abs. 1 BRAO).

**f) Verfahrensrecht**

- 51 Ein Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen hat keinen Einfluss auf Gerichtsverfahren, insbesondere kann der Anwalt nicht (analog § 56 Abs. 2 ZPO) zurückgewiesen werden.

**3. Fallgruppen der Interessenkollision im erbrechtlichen Mandat****a) Ehegattentestament, Erbvertrag**

- 52 Im Grundsatz ist es wohl unstrittig, dass der Anwalt beide Ehegatten bei der Errichtung und Gestaltung eines Ehegattentestaments beraten darf, solange zwischen den Ehegatten keine kollidierenden Auffassungen zutage treten. Hier zeigt sich deutlich, dass die Frage der Vertretung widerstreitender Interessen eine Wertungsfrage ist, bei der es auf die konkreten Umstände des Falles ankommt. Denn abstrakt liegen mögliche Interessengegensätze auf der Hand:
- das mögliche Interesse des evtl. deutlich jüngeren Ehegatten, nach dem ersten Erbfall noch abweichend für die Schlusserbfolge testieren zu können;
  - die Frage, ob eine Wiederverheirungsklausel aufgenommen werden soll;
  - die Berücksichtigung von Kindern aus früheren Beziehungen.

All dies sind mögliche Interessengegensätze, derer sich die Ehegatten u.U. erst während der Beratung bewusst werden. Wenn sich dann ein solcher Interessengegensatz konkretisiert, ist der Anwalt gezwungen, das Mandat für beide Ehegatten niederzulegen.

➡ **Beratungshinweis:** Hierauf sollte zu Beginn der Beratung in schriftlich dokumentierter Form hingewiesen werden. Noch besser ist es allerdings, von vornherein das Mandat nur für einen Ehegatten zu übernehmen. Auf die in der Literatur vertretene Ansicht, nach entsprechendem Hinweis auf Interessengegensätze dürfe der Anwalt das Mandat fortführen, sollte man sich nicht verlassen, da diese durch Rechtsprechung nicht abgesichert ist<sup>1</sup>.

➡ **Beratungssituation:** Der Anwalt hat beide Ehegatten bei der Abfassung des Ehegattentestaments beraten. Nach dem Tod des einen Ehegatten sucht ihn der andere Ehegatte, der mittlerweile wieder geheiratet hat, auf und bittet um Beratung, ob er das Testament anfechten kann. Eine solche Beratung ist dem Anwalt wegen der Kollision mit den Interessen des verstorbenen Ehegatten verboten.

Bei der Gestaltung eines Erbvertrags für Ehegatten gelten die vorstehenden Grundsätze. Sofern der Erbvertrag mit anderen Personen abgeschlossen werden soll, insbesondere zwischen Eltern und Kindern, wird sich eine Vertretung bei-

<sup>1</sup> Grunewald, AnwBl 2005, 439; Schlosser, NJW 2002, 1376; Grunewald, ZEV 2006, 386.

der Vertragsparteien wegen der in der Regel auf der Hand liegenden Interessensgegensätze verbieten.

### b) Vorweggenommene Erbfolge

Praktisch in jedem Fall der **vorweggenommenen Erbfolge** ist eine Interessenkollision denkbar, da es aus der Sicht der älteren Generation in der Regel darum geht, Absicherungsmechanismen einzubauen, während die jüngere Generation naturgemäß freie Hand haben möchte. Hier sollte der Anwalt vorab klarstellen, dass er nur eine Seite vertritt (was ihn natürlich nicht hindert, im Rahmen der Beratung dem Mandanten auch die berechtigten Interessen der anderen Generation vor Augen zu führen und hierfür Lösungsmodelle vorzuschlagen; hierzu wird er in der Regel sogar verpflichtet sein). 53

### c) Erbengemeinschaft

Vorsicht ist auch geboten bei der Vertretung von **Erbengemeinschaften**. Unproblematisch ist hier in der Regel nur der Fall, dass Ansprüche der Erbengemeinschaft gegen Außenstehende durchgesetzt oder Ansprüche von Außenstehenden, bspw. auch von Pflichtteilsberechtigten, abgewehrt werden sollen. Geht es hingegen um die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, so ist ein Interessenkonflikt in nahezu jedem Fall vorprogrammiert, insbesondere wenn die Anwendung von Ausgleichsvorschriften (§§ 2055 bis 2057a BGB) in Frage kommt. Hier muss sich der Anwalt von Anfang an entscheiden, ob er für die Erbengemeinschaft als Schiedsrichter oder Mediator tätig wird oder ob er, wie es der Regelfall sein wird, die Vertretung nur eines der Miterben übernimmt und die anderen darauf verweist, dass sie sich anderweitig vertreten lassen müssen. Zwar wird in der Literatur auch vertreten<sup>1</sup>, dass die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft, also die Vertretung aller oder mehrerer Miterben, zulässig sei, wenn diese umfassend informiert wurden, dass der Anwalt keine gegensätzlichen Standpunkte vertreten werde, und sie sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt haben, doch erscheint dies kaum praktikabel. Soll der Anwalt dann bspw. einem Miterben eine für ihn günstige Ausgleichsvorschrift verschweigen, nachdem er von einem anderen Miterben über ausgleichspflichtige Zuwendungen erfahren hat? 54

### d) Pflichtteilsberechtigte

Die Vertretung mehrerer **Pflichtteilsberechtigter** bereitet in der Regel keine Probleme. Eine Ausnahme gilt, wenn einer der Beteiligten auch als Erbe in Betracht kommt oder wenn anrechnungs- oder ausgleichspflichtige Vorempfänge zu berücksichtigen sind (§§ 2315, 2316 BGB)<sup>2</sup>. Kommt ein Pflichtteilsberechtigter zugleich als Erbe oder Miterbe (und damit Schuldner des Pflichtteilsanspruchs) in Betracht, bspw. wegen möglicher Unwirksamkeit des Enterbungs-testaments, so liegt stets eine Interessenkollision vor, die die gemeinschaftliche Vertretung verbietet<sup>3</sup>. 55

<sup>1</sup> Grunewald, ZEV 2006, 386 (389); kritisch hierzu Offermann-Burckart, ZEV 2007, 151.

<sup>2</sup> Kerscher/Krug/Spanke, § 4 Rz. 30; s. auch Kap. C VI Rz. 249 ff.

<sup>3</sup> Klinger/Ruby, Form. A I. 3, Anm. 3.

- **Beratungshinweis:** Derartige Interessenkonflikte stellen sich oft erst im Laufe der Beratung bzw. Vertretung heraus. Um sich abzusichern und den Honoraranspruch nicht zu verlieren, sollte der Anwalt über mögliche spätere Interessengegensätze schriftlich aufklären und darauf hinweisen, dass er in diesen Fällen das Mandat für alle Beteiligten niederlegen muss<sup>1</sup>.

## IV. Haftung

### 1. Rechtsgrundlagen

- 56 Anders als die Haftung des Notars (§ 19 BNotO) ist die Haftung des Anwalts gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Es gelten daher die allgemeinen vertraglichen **Haftungsgrundsätze**. Hiernach haftet der Anwalt für „Kunstfehler“ auf Schadensersatz nach § 280 BGB<sup>2</sup>. Daneben kommt eine Haftung aus culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB) in Betracht, wenn der Anwalt Pflichten verletzt hat, die sich aus einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis ergeben, bspw. wenn er telefonisch mit dem Mandanten einen Termin vereinbart, obwohl es Anhaltspunkte dafür gibt, dass zu diesem Zeitpunkt eine drohende Verjährung bereits eingetreten sein wird<sup>3</sup>. Ein gesetzlich geregelter Fall der Haftung für vorvertragliches Verschulden findet sich in § 44 BRAO. Hiernach hat der Anwalt, der einen Auftrag ablehnt, den Schaden zu ersetzen, der aufgrund einer schuldhaften Verzögerung der Ablehnung entsteht<sup>4</sup>.
- 57 In Betracht kommt auch eine Haftung des Anwalts nach **§ 826 BGB**, wenn er Dritten gegenüber falsche Auskünfte erteilt, bspw. über die Tragweite eines Pflichtteilsverzichts mit seinem Mandanten<sup>5</sup>.

### 2. Pflichten, Verschuldensmaßstab

- 58 Der Anwalt muss den Mandanten **umfassend** über die Rechtslage informieren. Hierbei wird vom Anwalt eine lückenlose Kenntnis der Gesetzeslage und der höchstrichterlichen Rechtsprechung verlangt<sup>6</sup>. Im Vorfeld ist der Anwalt verpflichtet, den Sachverhalt aufzuklären, indem er die entscheidungserheblichen Informationen beim Mandanten anfordert oder für diesen, bspw. durch Grundbucheinsicht oder Zuziehung von Gerichtsakten, besorgt<sup>7</sup>.
- 59 **Steuerrechtliche Beratung** zählt zum Berufsbild des Anwalts (§ 3 Abs. 1 BRAO, § 3 StBerG), zur steuerlichen Beratung ist der Anwalt jedoch nur verpflichtet, wenn dies mit dem Mandanten (auch stillschweigend) vereinbart ist<sup>8</sup>. Ein derart

1 MAH Erbrecht/Scherer, § 2 Rz. 9.

2 Zuehör, Rz. 2, 1011 ff.

3 Zur ähnlich gelagerten Frage der unverzüglichen Prüfung von Posteingängen: BGH v. 19.2.1957 – VIII ZR 284/56, VersR 1957, 254; BGH v. 7.7.1971 – IV ZB 39/71, VersR 1971, 1022; BGH v. 21.2.1974 – II ZB 13/73, NJW 1974, 861.

4 BGH v. 19.4.1967 – VIII ZR 46/65, NJW 1967, 1567.

5 BGH v. 17.5.1990 – IX ZR 85/89, NJW 1991, 31 (32).

6 BGH v. 29.3.1983 – VI ZR 172/81, MDR 1983, 1011 = NJW 1983, 1665; differenzierend Zuehör, Rz. 584, 603 ff.

7 Zuehör, Rz. 575 ff.

8 Zuehör, Rz. 816.



umfassendes Mandat liegt nahe, wenn der beauftragte Anwalt Fachanwalt für Steuerrecht oder zugleich Steuerberater ist, ferner wenn steuerrechtliche Gesichtspunkte erkennbar im Vordergrund stehen, wie dies vor allem bei der Unternehmensnachfolge der Fall sein kann. Der Klarheit halber sollte der Rechtsanwalt daher bereits bei Annahme des Mandats schriftlich festhalten, ob er die steuerrechtliche Prüfung übernimmt oder nicht.

Im Erbrecht spielt häufig die Frage der Haftung **gegenüber Dritten** eine Rolle. Die Rechtsprechung bejaht sie aufgrund Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wenn der Dritte nach dem Inhalt des Vertrags und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in den Schutzbereich des Anwaltsvertrags einbezogen ist, was bei nahen Verwandten des Mandanten in der Regel der Fall ist<sup>1</sup>. Zu denken ist hier insbesondere an den Fall, dass der Dritte testamentarisch begünstigt werden sollte, diese Begünstigung aufgrund eines fehlerhaften Testamentsentwurfs des Anwalts aber nicht zum Zuge kommt<sup>2</sup>. 60

### 3. Haftende Personen

Bei einer Sozietät haften dem Mandanten alle Sozien, die Vertragspartner geworden sind (§ 52 Abs. 2 S. 1 BRAO). In der Regel wird das Mandat allen Sozien erteilt, insbesondere wenn es sich bei der Sozietät um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt<sup>3</sup>. Nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht haften auch angestellte Anwälte, die nach außen hin als Mitglieder der Sozietät erscheinen, insbesondere aufgrund von Angaben auf dem Briefbogen, gesamtschuldnerisch mit den Sozien<sup>4</sup>. Ebenso haften auch die in einer Partnerschaft organisierten Anwälte neben dem Partnerschaftsvermögen gesamtschuldnerisch (§ 8 Abs. 1 PartGG), es sei denn, es liegt eine Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung vor. Die Mitglieder einer Bürogemeinschaft haften nur, wenn sie nach außen wie eine Sozietät auftraten<sup>5</sup>. 61

### 4. Verjährung

Da die Sondervorschrift des § 51b BRAO 2004 aufgehoben wurde (s. hierzu 3. Aufl. Rz. 63), gelten seitdem die Verjährungsvorschriften des BGB. Hiernach unterliegt die Anwaltshaftung der Regelverjährung von drei Jahren (§§ 195, 199 BGB), beginnend mit dem Schluss des Jahres der Anspruchsentstehung und der Kenntnis (Kennenmüssen) des Gläubigers von anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners. Kenntnisunabhängig tritt die Verjährung somit erst nach zehn Jahren ab Schadensentstehung oder nach dreißig Jahren ab der Pflichtverletzung ein (§ 199 Abs. 4 BGB). Gerade für Fehler bei der Testamentsgestaltung besteht daher dreißig Jahre lang ein Haftungsrisiko, weshalb zumindest haftungsbeschränkende Vereinbarungen, besser noch die gesamten 62

1 BGH v. 11.1.1977 – VI ZR 261/75, NJW 1977, 2073; BGH v. 1.10.1987 – IX ZR 117/86, MDR 1988, 226 = NJW 1988, 200; *Zugehör*, Rz. 1666 ff.

2 BGH v. 13.7.1994 – IV ZR 294/93, FamRZ 1994, 1173 m. Anm. *Bartsch* FamRZ 1995, 1339 = ZEV 1994, 358 = NJW 1995, 51, 52; BGH v. 13.6.1995 – IX ZR 121/94, MDR 1995, 1069 = FamRZ 1995, 1127 = NJW 1995, 2551.

3 BGH v. 8.7.1999 – IX ZR 338/97, MDR 1999, 1350 = ZEV 1999, 446.

4 BGH v. 5.11.1993 – V ZR 1/93, MDR 1994, 308 = NJW 1994, 257.

5 MAH Erbrecht/N. *Schneider*, § 2 Rz. 59.

Handakten, auch so lange aufbewahrt werden sollten (also über die in § 50 Abs. 2 BRAO vorgeschriebenen fünf Jahre hinaus).

- 63 § 202 BGB erlaubt **Vereinbarungen** zur Verjährung, lediglich eine Abkürzung der Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes wird durch § 202 Abs. 1 BGB untersagt. Verjährungserleichternde Vereinbarungen für Schadensersatzansprüche wegen leichter oder auch grober Fahrlässigkeit sind dagegen grundsätzlich zulässig<sup>1</sup>. Die Einzelheiten für die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung sind in Rechtsprechung und Literatur noch nicht geklärt, doch dürften folgende Grundsätze gelten:

In erbrechtlichen Mandaten wird, außer in Fällen der Unternehmensnachfolge, in aller Regel ein Verbrauchervertrag i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB vorliegen, der der vollen Kontrolle des Rechts zur Regelung Allgemeiner Geschäftsbedingungen unterliegt. Eine Abkürzung der Verjährung auf weniger als ein Jahr würde hier nach ohnehin gegen das Klauselverbot nach § 309 Nr. 8b ff. BGB verstoßen. Zudem greift die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, so dass bspw. die Ansicht vertreten wird, eine Abkürzung der Verjährung der kenntnisunabhängigen Frist von zehn Jahren auf mehr als die Hälfte sei unangemessen und unwirksam<sup>2</sup>.

Keine besonderen Vorschriften gelten für verjährungserleichternde Einzelvereinbarungen, wobei die Rechtsprechung bekanntlich strenge Anforderungen an das Vorliegen einer Individualabrede stellt. Auch unterliegt die Einzelvereinbarung der Prüfung, ob die „strukturelle Unterlegenheit“ des rechtsunkundigen Mandanten von seinem Rechtsberater in sittenwidriger Weise ausgenutzt wurde (§§ 138, 242 BGB)<sup>3</sup>.

## 5. Typische Haftungsrisiken im Erbrecht<sup>4</sup>

- 64 **Ausschlagung:** Nicht selten wird übersehen, dass mit Ausnahme der in §§ 2306, 2307, 1371 Abs. 3 BGB geregelten Fälle nach Ausschlagung auch kein Pflichtteilsanspruch mehr besteht. Umgekehrt ist im Fall des pflichtteilsberechtigten Erben zu beachten, dass dieser, wenn er testamentarischen Beschränkungen unterliegt, den Pflichtteil nur verlangen kann, wenn er das Erbe ausschlägt. Aufgrund der kurzen Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB besteht hier meist großer Zeitdruck. Gleiches gilt, wenn der Anwalt prüfen muss, ob die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft angefochten werden kann (Anfechtungsfrist nach § 1954 BGB).

Vor allem bei erbschaftsteuerlich motivierter Ausschlagung besteht das Risiko, dass ein anderer als der Gewünschte Erbe wird, bspw. wegen konkludenter Ersatzerbenregelung im Testament<sup>5</sup>.

- 65 **Verjährung:** Wird eine Klage zur Verjährungsunterbrechung eingereicht, so muss der Anwalt auf rechtzeitige Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses

1 Zuehör, Rz. 1553 ff.

2 Palandt/Ellenberger, § 202 Rz. 16.

3 Zuehör, Rz. 1593 ff.

4 Hierzu anschaulich Bonefeld, Haftungsfallen im Erbrecht, 2. Aufl. 2012; ferner Lang, AnwBl 1983, 166; Wehrberger, AnwBl 1998, 338.

5 Hierzu Mayer, DStR 2004, 1541 ff.

achten und den Mandanten eindringlich darauf hinweisen<sup>1</sup>, dass die Verjährung nicht unterbrochen wird, wenn nicht unverzüglich gezahlt wird<sup>2</sup>.

Auskunftsprozesse ziehen sich oft lange hin, hier kann leicht übersehen werden, dass die reine Auskunftsklage (anders als die Stufenklage) die Verjährung von Pflichtteilsansprüchen nicht unterbricht. Leicht übersehen wird auch, dass Pflichtteilsergänzungsansprüche gegenüber Beschenkten (§ 2329 BGB) binnen drei Jahren ab Eintritt des Erbfalls verjähren, ohne dass es auf den Kenntnisstand des Pflichtteilsberechtigten ankommt (§ 2332 Abs. 2 BGB).

**Gebot des sichersten Weges:** Für die anwaltliche Tätigkeit gilt generell das Gebot, den Mandanten auf den sichersten Weg für die Erreichung seiner Zwecke hinzuweisen. Bspw. hat der Anwalt im Prozess gegen den Erben darauf zu achten, dass (auch in einem Vergleich) **der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung** nach § 780 Abs. 1 ZPO aufgenommen wird<sup>3</sup>. Zu prüfen ist auch, ob die Rechtsposition des Mandanten faktisch durch Sicherungsmaßnahmen geschützt werden kann, bspw. durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zur Sicherung eines aufschiebend bedingten Vermächtnisanspruches<sup>4</sup>.

Wie streng die Rechtsprechung hier sein kann, zeigt auch das Beispiel des Anwalts, der den Mandanten darauf hinwies, dass er ein amtlich verwahrtes Testament persönlich beim Nachlassgericht abholen müsse, dabei aber den Rat unterließ, dass er das hinterlegte Testament auch durch Errichtung eines handschriftlichen Testaments widerrufen kann<sup>5</sup>.

➡ **Beratungshinweis:** Besteht zwischen Ehegatten ein Erbvertrag und sucht ein Ehegatte den Anwalt auf, um sich von diesem zu lösen, weil die Ehe gescheitert ist, so genügt nicht der Hinweis auf die Rechtsfolgen der §§ 2279, 2277 BGB, wonach letztwillige Verfügungen zugunsten des Ehegatten unwirksam werden, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt hatte. Der Anwalt ist nach der Rechtsprechung zudem verpflichtet, auf die Möglichkeit der notariell beurkundeten Rücktrittserklärung (§ 2296 BGB) hinzuweisen<sup>6</sup>.

**Umfassende Interessenwahrnehmung:** Hatte der Anwalt das Mandat, ein Testament zu entwerfen, so muss er dies sinnvoll mit den übrigen Vermögensinteressen des Mandanten koordinieren. Der Anwalt muss bspw. darauf achten, dass Bezugsberechtigungen in Lebensversicherungen der testamentarischen Regelung vorgehen, ebenso wie gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklauseln. So hat der BGH einen Anwalt zu Schadenersatz verpflichtet, der übersehen hatte, dass die als Erbin vorgesehene Ehefrau des Mandanten aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeklausel zum Bilanzwert aus der Gesellschaft ausgeschlossen

1 BGH v. 24.9.1974 – VI ZR 82/73, NJW 1974, 2318.

2 Zu § 270 Abs. 3 ZPO: BGH v. 25.11.1985 – II ZR 236/84, NJW 1986, 1347.

3 BGH v. 11.7.1991 – IX ZR 180/90, MDR 1992, 195 = FamRZ 1991, 1286 = NJW 1991, 2839; BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 256/91, MDR 1992, 1186 = FamRZ 1992, 1409 = NJW 1992, 2694.

4 Kerscher/Krug/Spanke, § 2 Rz. 117.

5 BGH v. 17.12.1998 – IX ZR 270/97, ZEV 1999, 357.

6 BGH v. 13.7.1994 – IV ZR 294/93, FamRZ 1994, 1173 m. Anm. Bartsch FamRZ 1995, 1339 = ZEV 1994, 358 = NJW 1995, 51.

werden konnte<sup>1</sup> (der BGH nahm zugleich einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Ehefrau an).

- 68 Aufklärung über Kostenrisiken:** Der Anwalt muss seinen Mandanten darauf hinweisen, dass ein bestimmtes Vorgehen dessen Kostenrisiko erhöht: Bspw. die Erhebung einer Zahlungsklage vor endgültiger Erfüllung des Auskunftsanspruchs oder die Erhebung einer Klage auf Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, bevor die Teilungsreife gegeben ist<sup>2</sup>. Es ist der kostengünstigste Weg zu suchen, bspw. kann sich der Anwalt schadenersatzpflichtig machen, wenn er dem Mandanten zur Beantragung eines Erbscheins rät, obwohl zur Legitimation gegenüber der Bank das notarielle Testament nebst Eröffnungsprotokoll genügt hätte<sup>3</sup>.
- 69 Formvorschriften:** Nicht selten werden Formvorschriften übersehen: So ist eine Auseinandersetzungsvereinbarung dann notariell zu beurkunden, wenn Grundstücke oder GmbH-Anteile betroffen sind<sup>4</sup>. Ein Vergleich über das Erbrecht kann als ein dem Erbschafts Kauf ähnliches Geschäft nach den Vorschriften der §§ 2385, 2371 BGB beurkundungspflichtig sein, Gleiches gilt für den sog. Auslegungsvertrag<sup>5</sup>.

## 6. Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung

### a) Übersicht

- 70** § 52a BRAO sieht **drei** Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung vor:
- schriftliche Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung für den Einzelfall auf die Höhe der Pflichtversicherungssumme von 250 000 Euro (§ 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BRAO),
  - durch Allgemeine Geschäftsbedingungen im Fall einfacher Fahrlässigkeit auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme, sofern insoweit Versicherungsschutz besteht (§ 51a Abs. 1 Nr. 2 BRAO)<sup>6</sup>,
  - Beschränkung der Haftung auf namentlich benannte Mitglieder der Sozietät (§ 51a Abs. 2 BRAO); bei der Partnerschaftsgesellschaft beschränkt sich die Haftung ohnehin auf den oder die sachbearbeitenden Partner (§ 8 Abs. 2 PartGG).
- 71** Daneben besteht als **Viertes** die Möglichkeit, die Haftung des Anwalts indirekt einzuschränken, indem der Auftrag auf einen bestimmten Rechtsbereich beschränkt wird. Eine **fünfte** Möglichkeit der Haftungsbeschränkung ergibt sich

1 BGH v. 13.6.1995 – IX ZR 121/94, MDR 1995, 1069 = FamRZ 1995, 1127 = NJW 1995, 2551.

2 LG Erfurt v. 18.11.1997 – 9 O 4376/96, ZEV 1998, 391.

3 KG Berlin v. 7.4.1995 – 1 W 2401/92, KGReport 1995, 154.

4 Palandt/Weidlich, § 2042 Rz. 10.

5 BGH v. 22.1.1986 – IVa ZR 90/84, MDR 1986, 653 = FamRZ 1986, 462 = NJW 1986, 1812; zum Auslegungsvertrag Dressler, ZEV 1999, 289.

6 Nach h.A. verstößt dies nicht gegen die EG-Verbraucherschutz-Richtlinien (abgedruckt in NJW 1993, 1838): Feuerich/Braun, BRAO § 51a Rz. 2; Henssler/Prütting, BRAO § 51a Rz. 87; Heinrichs, NJW 1997, 1407 (1412); Reiff, AnwBl 1997 3 (12); Zugehör, Rz. 448; a.A. von Westphalen, MDR 1997, 989f.; zu den versicherungstechnischen Anforderungen Zimmermann, NJW 2005, 177 (178).