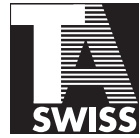




*Nula Frei, Petru Emanuel Zlatescu, Robert Naedele*

# **Tod im digitalen Zeitalter**

Rechtliche Ergänzung



Brunngasse 36  
CH-3011 Bern  
[www.ta-swiss.ch](http://www.ta-swiss.ch)

**TA-SWISS 82.1/2024**

*Nula Frei, Petru Emanuel Zlatescu, Robert Naedele*

# **Tod im digitalen Zeitalter**

Rechtliche Ergänzung



## **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

This work ist licensed under creative commons licence CC BY 4.0.



## **Zitiervorschlag**

Frei, N., Zlatescu, P. E. & Naedele, R. (2024): Tod im digitalen Zeitalter: rechtliche Ergänzung. TA-SWISS Publikationsreihe (Hrsg.): TA 82.1/2024. Zollikon: vdf.

## **Coverabbildungen**

Die Bilder wurden mit Künstlicher Intelligenz (DALL-E, Adobe Firefly) erstellt, weiterentwickelt und bearbeitet.

© Manuel Gächter, 2024

**© 2024 vdf Hochschulverlag AG**

ISBN 978-3-7281-4197-2 (Printausgabe)

Download open access:

ISBN 978-3-7281-4198-9 / DOI 10.3218/4198-9

[www.vdf.ch](http://www.vdf.ch)

[verlag@vdf.ch](mailto:verlag@vdf.ch)

Die Studie «Tod im digitalen Zeitalter» besteht aus zwei Teilen. Der erste, umfangreichere, bezieht sich auf die technischen, sozialen, ökonomischen, psychologischen und philosophischen Aspekte der Thematik, die mittels eingehender Literaturrecherchen, quantitativer und qualitativer Umfragen und in Diskussionen mit Fokusgruppen ausgelotet wurden. Anschliessend wurden die Befunde in einer ergänzenden Analyse vom juristischen Standpunkt aus in den Blick genommen und kommentiert.

L'étude « La mort à l'ère numérique » se compose de deux parties. La première, plus vaste, porte sur les aspects techniques, sociaux, économiques, psychologiques et philosophiques de la thématique, qui ont été explorés au moyen de recherches bibliographiques approfondies, d'enquêtes quantitatives et qualitatives et de discussions en focus groups. Les résultats ont ensuite été examinés et commentés d'un point de vue juridique dans le cadre d'une analyse complémentaire.



# Inhaltsverzeichnis

<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>7</b>
<b>Summary.....</b>	<b>10</b>
<b>Résumé .....</b>	<b>13</b>
<b>Sintesi .....</b>	<b>16</b>
<b>1. Einleitung.....</b>	<b>19</b>
<b>2. Persönlichkeitsrecht.....</b>	<b>21</b>
2.1. Schutzobjekt .....	21
2.2. Ende der Persönlichkeit.....	21
2.3. Schutz der Persönlichkeit der Angehörigen: Andenkenschutz .....	24
<b>3. Datenschutzrecht .....</b>	<b>25</b>
3.1. Rechtsquellen .....	25
3.2. Persönlicher Anwendungsbereich und Schutzobjekt des Datenschutzrechts .....	26
3.2.1. Auskunftsrecht .....	27
3.2.2. Recht auf Löschung.....	28
3.3. Datenschutzrechtliche Auskunftsmöglichkeiten nach dem Tod.....	29
3.3.1. Datenschutzrechtliche Ansprüche Dritter .....	30
3.3.2. Nicht-datenschutzrechtliche Interessen.....	31
3.3.3. Gesetzlich geschützte Geheimnisse.....	32
<b>4. Erbrecht .....</b>	<b>33</b>
4.1. Informationsansprüche der Erben .....	33

4.2.	Gegenstand der Erbmasse .....	34
4.2.1.	Persönlichkeitsrechte als Gegenstand der Erbmasse? .....	35
4.2.2.	Verträge mit Online-Dienstanbietern.....	35
<b>5.</b>	<b>Urheberrecht.....</b>	<b>39</b>
5.1.	Schutzbereich des Urheberrechts <i>post mortem</i> .....	39
5.2.	Andenkenschutz im urheberrechtlichen Kontext.....	40
<b>6.</b>	<b>Anwendung auf die in der TA-Studie genannten Kategorien von Death und Grief Tech .....</b>	<b>43</b>
6.1.	Dienste der Kategorie a): Informationsmanagement und Nachlassplanung .....	43
6.2.	Dienste der Kategorie b): Online Gedenktools .....	44
6.3.	Dienste der Kategorie c): Post-mortem messaging .....	45
6.4.	Dienste der Kategorie d): Digitale Weiterexistenz nach dem Tod .....	46
<b>7.</b>	<b>Empfehlungen aus rechtlicher Sicht .....</b>	<b>49</b>
	<b>Literatur .....</b>	<b>51</b>
	<b>Abkürzungen .....</b>	<b>53</b>
	<b>Zusammenfassung der Hauptstudie .....</b>	<b>57</b>
	<b>Résumé de l'étude principale .....</b>	<b>67</b>

# Zusammenfassung

## Der «digitale Tod» im Recht

In der Schweiz endet die Persönlichkeit mit dem Tod (Art. 31 Abs. 1 ZGB). Entsprechend kennt das Schweizer Recht **keinen postmortalen Persönlichkeitschutz**, im Gegensatz beispielsweise zu Deutschland. Dennoch gibt es bestimmte Aspekte, die über den Tod hinaus rechtliche Wirkungen haben. Dies betrifft insbesondere den Schutz der Persönlichkeit der Angehörigen des Verstorbenen, einschliesslich des **Andenkenschutzes**, auf den sich diese berufen können.

Auch das neue Datenschutzgesetz (DSG) und ähnliche internationale Regelungen sind nur auf natürliche Personen anwendbar und damit grundsätzlich nicht auf Verstorbene. Das Erlöschen oder die Übertragung der Betroffenenrechte nach dem Tod sind im neuen DSG nicht geregelt, dies im Unterschied zum bis Mitte 2023 geltenden Recht, das ein (rechtlich umstrittenes) postmortales Auskunftsrecht enthielt. Nach geltendem Recht können **Angehörige** hingegen nur ihre **eigenen datenschutzrechtliche Ansprüche** geltend machen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Personendaten des Verstorbenen auch sie betreffen, z.B. bei vererblichen Krankheiten. Es gibt hingegen keine allgemeine Informationspflicht, die es Angehörigen erlaubt, alle notwendigen Daten des Verstorbenen zu erhalten. Gewisse Berufsgeheimnisse, z.B. das Arztgeheimnis, gelten zudem auch nach dem Tod weiter.

Auch **erbrechtlich** ist der «digitale Tod» von Bedeutung. Im Zusammenhang mit dem **digitalen Nachlass** müssen Informationsansprüche der Erben sowie die vererbaren Gegenstände und Ansprüche unterschieden werden. Auch wenn die Erben keine Persönlichkeitsschutzrechte des Verstorbenen geltend machen können, haben sie gemäss dem Erbrecht verschiedene **Informationsansprüche**, die ihnen den Zugang zu den Personendaten des Verstorbenen ermöglichen. Nach dem Prinzip der Universalsukzession gehen die Rechte und Pflichten des Verstorbenen direkt auf die Erben über. Dazu gehören vertragliche Beziehungen, nicht jedoch Persönlichkeitsrechte. **Verträge mit Online-Dienstbietern** gelten als Teil der Erbmasse, und die Erben haben grundsätzlich dieselben Zugriffsrechte wie der Verstorbene zu Lebzeiten. Allerdings haben sie in der



Regel kein Recht auf die Weiternutzung beispielsweise eines *social media* Kontos.

Schliesslich können sich auch **urheberrechtliche** Fragen stellen. Urheberrechtlich geschützte Werke sind Teil des Nachlasses und fallen an die Erbengemeinschaft. Der Schutz der Werke dauert bis zu **70 Jahre nach dem Tod** des Urhebers an. Die Erben treten an die Stelle des Verstorbenen und können dessen Urheberrechte wahrnehmen. Persönlichkeitsrechte hingegen werden nach dem Tod nicht übertragen.

## Anwendung auf Death und Grief Tech

Für **Dienste zur Informationsverwaltung und digitale Nachlassplanung** (Kategorie a) gibt es keine urheber-, persönlichkeits- oder datenschutzrechtlichen Bedenken, solange die bestehenden Formvorschriften für letztwillige Verfügungen beachtet werden. Nach aktueller Rechtslage ist es nicht möglich, ein Testament digital zu verfassen: Verfügungen von Todes wegen müssen vollständig handschriftlich geschrieben, datiert und unterzeichnet oder öffentlich beurkundet werden, um formgültig zu sein. **Online Gedenktools** (Kategorie b) und Dienste des **Post-mortem messaging** (Kategorie c) stellen im Normalfall keine besonderen rechtlichen Herausforderungen. Komplexer ist die Rechtslage bei digitalen Avataren und Deadbots, die eine **digitale Weiterexistenz nach dem Tod** ermöglichen (Kategorie d). Hier hängt die rechtliche Bewertung stark vom Trainingsdatensatz ab, denn sowohl Bild- und Tonaufnahmen wie auch Chat-Nachrichten, Briefe oder Emails stellen urheberrechtlich geschützte Werke der verstorbenen Person dar.

## Sechs Empfehlungen

Die Rechtslage rund um den «digitalen Tod» ist komplex und fragmentiert. Die rechtlichen Vorgaben wurden noch im «analogen» Zeitalter erlassen. Einige davon können problemlos auf digitale Sachverhalte übertragen werden, andere wirken mittlerweile etwas anachronistisch, so etwa die Notwendigkeit, Verfügungen von Todes wegen handschriftlich zu verfassen. Die Studie formuliert sechs Empfehlungen für einen zeitgemässen Umgang mit dem Tod im digitalen Zeitalter:

Der *Gesetzgeber* soll erwägen:

1. eine ausdrückliche Möglichkeit zur digitalen Hinterlegung einer letztwilligen Verfügung nach Art. 505 Abs. 2 ZGB vorzusehen;
2. eine zeitgemässe digitale Form der (ordentlichen) letztwilligen Verfügung vorzusehen; in diesem Zusammenhang ist zu prüfen, wie der Zweck der Formstrenge im digitalen Zeitalter gewahrt werden kann (Übereilungsschutz, Rechtssicherheit und Beweiskraft);
3. spezifische, vom Auskunftsrecht des DSG losgelöste Regelungen der Einsicht in sowie der Löschung von personenbezogenen Daten verstorbener Personen einzuführen.

*Anbieterinnen und Anbieter* von Diensten der Kategorie a) sollen:

4. die Formvorschriften für letztwillige Verfügungen kennen und den Anwenderinnen und Anwendern kommunizieren. Damit die Plattformen zur Ablage einer Sicherheitskopie der formgültigen Verfügung dienen können, müssen sie Funktionalitäten zum Upload von Scans oder Photographien eigenhändig verfasster Testamente und zu deren fälschungssicherer Aufbewahrung vorsehen.

*Berufsverbände* (z.B. der Notarinnen und Notare, Anwältinnen und Anwälte) sollten

5. Leitlinien verfassen und Weiterbildungen für Fachpersonen entwickeln, um sie für die Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem «digitalen Tod» zu schulen;
6. erwägen, adressatengerechte Merkblätter für Bürgerinnen und Bürger sowie für Organisationen, welche im Bereich des Umgangs mit dem Tod tätig sind (z.B. Institutionen der Langzeitpflege, Sterbehilfeorganisationen, Organisationen, die im Bereich der gesundheitlichen Vorausplanung aktiv sind) zur Verfügung zu stellen.

# Summary

## “Digital death” and the law

In Switzerland, an individual ceases to exist after death (Article 31, paragraph 1, Swiss Civil Code). This means that under Swiss law **no posthumous protection of personality rights** exists (in contrast with legislation in certain other countries, e.g. Germany). Nonetheless, there are certain aspects of these rights that have legal effects beyond death. This applies in particular to the protection of the personality rights of relatives of a deceased person, including memorial protection, a right which relatives can invoke.

The new Federal Act on Data Protection (FADP) and similar international regulations are only applicable to natural persons, and thus exclude the deceased. Under the new FADP, the deletion and transfer of the rights of individuals after their death are not regulated, in contrast to the legislation that until mid-2023 incorporated a (legally disputed) posthumous right to information. In accordance with the applicable legislation, **relatives** may only **assert their own data protection entitlements**. This is in particular the case if the deceased's personal data also concern them, e.g. in the case of hereditary diseases. However, there is no general obligation of information that permits relatives to receive all the necessary data of the deceased person. In addition, certain professional secrets – e.g. medical secrecy – continue to apply posthumously.

“Digital death” is also of importance in the framework of **inheritance law**. In the context of **digital inheritance**, the information entitlements on the part of the heirs have to be differentiated from the inheritable objects and other entitlements. Even if the heirs are unable to assert any claim to the deceased's personality protection rights, under inheritance law various **entitlements to information** nonetheless apply that enable them to access the deceased's personal data. Based on the principle of universal succession, the rights and obligations of deceased persons are transferred directly to their heirs. This includes contractual relationships, but excludes personal rights. **Contracts with online providers** are inheritable as part of the estate, and in principle the heirs have the same access rights as the deceased had during his or her lifetime. However, as a rule the heirs do not have a right of further use, for example of a social media account.

**Copyright** issues could also be involved. Works protected by copyright form part of the estate and belong to the heirs. Such works remain protected by copyright for up to **70 years after the death** of the author. The heirs supersede the deceased and can adopt the latter's copyrights.

## Applicability to death tech and grief tech services

For **data and information management services** (category a) there are no concerns regarding the provisions governing the protection of copyright, personal rights or data as long as the existing formal requirements for testamentary dispositions are duly complied with. In accordance with the existing legislation it is not possible to compose a will in digital form: in order for them to comply with the applicable formal requirements, *mortis causa* dispositions have to be entirely handwritten, dated and signed, or officially notarised. Under normal circumstances, **online remembrance tools** (category b) and the **post-mortem messaging** (category c) do not pose any specific legal challenges. The legal situation with regard to digital avatars and deadbots, which facilitate the **digital survival** (category d), is more complex. Here the legal appraisal greatly depends on the applied training dataset, since images and audio recordings, as well as chats, letters and e-mails, represent copyright protected works of the deceased person.

## Six recommendations

The legal situation with respect to “digital death” is complex and fragmented. The applicable legal provisions were formulated in the pre-digital era. Some of these can be transferred to the new digital context, while others now seem rather anachronistic – for example, the requirement for *mortis causa* dispositions to be handwritten. The study has formulated six recommendations for a contemporary dealing with death in the digital age:

The *legislator* should consider:

1. To provide for the explicit possibility to deposit in digital form a testamentary disposition in accordance with Article 505, paragraph 2, Swiss Civil Code.
2. To envisage the introduction of a contemporary (officially recognised) digital form of testamentary disposition. In this context, to also examine how the objectives of the new formal requirements (protection against precipitance; legal certainty; probative force) can be secured in the digital age.
3. To introduce specific regulations – independently of the right to information provided for in the Federal Act on Data Protection – permitting the inspection and erasure of the personal data of deceased persons.

*Providers of category a) services* should:

4. Familiarise themselves with the formal requirements for testamentary dispositions and communicate these to users. In order for platforms to enable the archiving of a backup of a formally valid disposition, their operators should introduce the necessary functionalities for uploading scans or photos of handwritten testaments, and for the tamper-proof storage of uploaded documents.

*Professional associations* (e.g. of notaries, lawyers) should:

5. Formulate guidelines and develop further education for specialists in order to prepare them for dealing with legal issues relating to “digital death”.
6. Consider providing customised fact sheets for private individuals and for organisations that are involved in activities relating to death (e.g. long-term care facilities, euthanasia organisations, advance health planning organisations).

# Résumé

## La mort numérique en droit

En Suisse, la personnalité prend fin avec la mort (art. 31 al. 1 CC). En conséquence, le droit suisse ne connaît **pas de protection de la personnalité post-mortem**, contrairement à l'Allemagne par exemple. Néanmoins, certains aspects ont des effets juridiques au-delà de la mort. Il s'agit notamment de la protection de la personnalité des proches du défunt, y compris la **protection de la mémoire**, à laquelle ils peuvent se référer.

De même, la nouvelle loi sur la protection des données (LPD) et les réglementations internationales similaires ne s'appliquent qu'aux personnes physiques et ne concernent donc a priori pas les personnes décédées. L'extinction ou le transfert des droits des personnes concernées après le décès ne sont pas réglés dans la nouvelle LPD, contrairement au droit en vigueur jusqu'à mi-2023, qui contenait un droit d'accès post-mortem (contesté en doctrine). Selon le droit en vigueur, **les proches ne peuvent faire valoir que leurs propres droits en matière de protection des données**. C'est notamment le cas lorsque les données personnelles du défunt les concernent également, par exemple en cas de maladies héréditaires. En revanche, il n'existe pas d'obligation générale d'information qui permettrait aux proches d'obtenir toutes les données nécessaires relatives au défunt. Certains secrets professionnels, par exemple le secret médical, restent en outre valables après le décès.

La mort numérique est également importante du point de vue du **droit successoral**. En ce qui concerne l'héritage numérique, il convient de distinguer les droits à l'information des héritiers ainsi que les objets et droits transmissibles par héritage. Même si les héritiers ne peuvent pas faire valoir les droits de protection de la personnalité du défunt, ils ont, en vertu du droit successoral, différents **droits à l'information** qui leur permettent d'accéder aux données personnelles du défunt. Selon le principe de la succession universelle, les droits et obligations du défunt sont directement transmis aux héritiers. En font partie les relations contractuelles, mais pas les droits de la personnalité. **Les contrats avec les fournisseurs de services en ligne** sont considérés comme faisant partie de la masse successorale et les héritiers ont en principe les mêmes droits d'accès que

le défunt de son vivant. Toutefois, ils n'ont généralement pas le droit de continuer à utiliser un compte de réseau social, par exemple.

Enfin, des questions de **droit d'auteur** peuvent également se poser. Les œuvres protégées par le droit d'auteur font partie de la succession et reviennent à la communauté des héritiers. La protection des œuvres **dure jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur**. Les héritiers se substituent au défunt et peuvent exercer ses droits d'auteur.

## Application à Death et Grief Tech

Les **services de gestion de l'information et de prévoyance funéraire** (catégorie a) ne posent pas de problèmes en matière de droit d'auteur, de protection de la vie privée ou de protection des données, tant que les dispositions testamentaires existantes sont respectées. Dans la situation juridique actuelle, il n'est pas possible de rédiger un testament numérique : les dispositions pour cause de mort doivent être entièrement écrites à la main, datées et signées ou faire l'objet d'un acte authentique pour être valables. Les **services de commémoration en ligne** (catégorie b) et les **services de messages post mortem** (catégorie c) ne posent généralement pas de problèmes juridiques particuliers. La situation juridique est plus complexe pour **les avatars et les deadbots** qui font partie des **services survie numérique** (catégorie d). Dans ce cas, l'évaluation juridique dépend fortement de l'ensemble des données d'entraînement, car tant les enregistrements visuels et sonores que les messages de chat, les lettres ou les e-mails constituent des œuvres de la personne décédée protégées par le droit d'auteur.

## Six recommandations

La situation juridique autour de la « mort numérique » est complexe et fragmentée. Les dispositions juridiques ont été édictées à l'ère « analogique ». Certaines d'entre elles peuvent être transposées sans problème à des situations numériques, d'autres semblent désormais quelque peu anachroniques, comme la nécessité de rédiger les dispositions pour cause de mort à la main. L'étude formule six recommandations pour une meilleure gestion de la mort à l'ère numérique :

Le *législateur* doit envisager :

1. de prévoir une possibilité explicite de dépôt numérique d'une disposition testamentaire selon l'art. 505 al. 2 CC ;
2. de prévoir une forme numérique moderne des dispositions testamentaires (ordinaires) ; dans ce contexte, il est à examiner comment l'objectif de la rigueur formelle peut être préservé à l'ère numérique (protection contre les décisions hâtives, sécurité juridique et valeur de preuve) ;
3. introduire des règles spécifiques, indépendantes du droit d'accès de la LPD, concernant la consultation et l'effacement des données personnelles de personnes décédées.

Les *fournisseurs de services* de la catégorie a) doivent :

4. connaître les exigences formelles relatives aux dispositions testamentaires et les communiquer aux utilisateurs. Pour que les plateformes puissent servir à déposer une copie de sécurité des dispositions, elles doivent prévoir des fonctionnalités permettant de télécharger des scans ou des photographies de testaments rédigés à la main et de les conserver de manière infalsifiable.

Les *associations professionnelles* (p. ex. de notaires et d'avocats) devraient

5. rédiger des lignes directrices et développer des formations continues pour les professionnels afin de les former aux questions juridiques liées à la « mort numérique » ;
6. envisager d'élaborer des fiches d'information adaptées aux citoyens et aux organisations actives dans le domaine de la gestion de la mort (p. ex. institutions de soins de longue durée, organisations d'aide au suicide, organisations dans le domaine de la prévision en matière de santé, etc.).



# Sintesi

## La «morte digitale» nel diritto

In Svizzera la personalità finisce con la morte (art. 31 cpv. 1 CC). A differenza ad esempio di quello tedesco, il diritto svizzero non prevede quindi **alcuna protezione della personalità post mortem**. Vi sono tuttavia alcuni aspetti che hanno effetti giuridici anche oltre la morte. È il caso in particolare della protezione della personalità dei congiunti del defunto, compresa la **protezione della memoria**, a cui possono appellarsi questi ultimi.

Anche la nuova legge sulla protezione dei dati (LPD) e regolamentazioni internazionali analoghe si applicano solo alle persone fisiche e quindi, in linea di principio, non ai defunti. La nuova LPD non disciplina la cancellazione o il trasferimento dei diritti degli interessati dopo la morte, a differenza del diritto vigente fino a metà 2023, che contemplava un diritto di accesso post mortem (giuridicamente controverso). In base al diritto vigente, i **congiunti** possono far valere solo le **proprie pretese in materia di protezione dei dati**. È il caso in particolare quando i dati personali del defunto riguardano anche loro, ad esempio in presenza di malattie ereditarie. Non esiste per contro un obbligo generale d'informazione, che consenta ai congiunti di ricevere tutti i dati del defunto. Alcuni segreti professionali, ad esempio il segreto medico, si applicano anche dopo la morte.

La «morte digitale» assume rilievo anche nel quadro del **diritto successorio**. In relazione alla **successione digitale** occorre distinguere tra le pretese degli eredi in materia d'informazione nonché gli oggetti e le pretese ereditabili. Pur non potendo far valere diritti di protezione della personalità del defunto, in base al diritto successorio gli eredi hanno vari **diritti d'informazione**, che consentono loro di accedere ai dati personali del defunto. Secondo il principio della successione universale, i diritti e gli obblighi del defunto passano direttamente agli eredi. Tra tali diritti e obblighi figurano le relazioni contrattuali, ma non i diritti della personalità. I **contratti con fornitori di servizi online** sono considerati parte della massa ereditaria e, in linea di principio, gli eredi hanno gli stessi diritti di accesso del defunto quando era in vita. In genere non hanno tuttavia il diritto di continuare a utilizzare ad esempio gli account dei social media.

Possono infine porsi degli interrogativi relativi al **diritto d'autore**. Le opere protette dal diritto d'autore fanno parte della successione e passano alla comunione ereditaria. La protezione delle opere dura fino a **70 anni dopo la morte** dell'autore. Gli eredi subentrano al defunto e possono tutelarne i diritti d'autore. I diritti della personalità non sono invece trasferiti dopo la morte.

## Applicazione alle tecnologie Death Tech e Grief Tech

Per i **gestione dell'informazione e pianificazione dell'eredità digitale** (categoria a) non vi sono problemi a livello di diritto d'autore, diritti della personalità o protezione dei dati, sempreché siano rispettati i requisiti formali relativi alle disposizioni testamentarie. In base al diritto vigente non è possibile redigere un testamento in forma digitale: per essere formalmente valide, le disposizioni a causa di morte devono essere redatte dal testatore interamente di sua mano, datate e firmate oppure autenticate da un notaio. Le **tool di commemorazione online** (categoria b) e i servizi di **messaggistica post mortem** (categoria c) non pongono, di norma, sfide giuridiche particolari. È invece più complessa la situazione giuridica per quanto riguarda gli **avatar digitali e i deadbot**, che consentono una **esistenza digitale oltre la morte** (categoria d). Qui la valutazione giuridica dipende dai dati di addestramento, dal momento che sia le registrazioni di immagini e audio sia i messaggi nelle chat, le lettere o le e-mail costituiscono opere del defunto protette dal diritto d'autore.

## Sei raccomandazioni

La situazione giuridica relativa alla «morte digitale» è complessa e frammentata. Le disposizioni di legge sono state emanate nell'era «analogica». Alcune di esse possono essere applicate senza problemi al mondo digitale, mentre altre appaiono nel frattempo un po' anacronistiche, come la necessità di redigere di propria mano le disposizioni a causa di morte. Lo studio formula sei raccomandazioni per migliorare la gestione della morte nell'era digitale:

Il *legislatore* dovrebbe valutare la possibilità di:

1. prevedere espressamente, all'articolo 505 capoverso 2 CC, la possibilità di depositare i testamenti in forma digitale;
2. prevedere una forma digitale e al passo coi tempi del testamento (ordinario), verificando anche come garantire lo scopo del rigore formale nell'era digitale (protezione contro l'avventatezza, certezza del diritto e forza probatoria);
3. introdurre disposizioni specifiche, indipendenti dal diritto di accesso secondo la LPD, relative all'accesso ai dati personali dei defunti e alla loro cancellazione.

I *fornitori di servizi* della categoria a) dovrebbero:

4. conoscere e comunicare agli utenti i requisiti formali per le disposizioni testamentarie. Per poter essere utilizzate per depositare una copia di sicurezza delle disposizioni formalmente valide, le piattaforme devono prevedere funzioni di upload e conservazione a prova di falsificazione di scansioni o fotografie dei testamenti olografi.

Le *associazioni* di categoria (p. es. dei notai o degli avvocati) dovrebbero:

5. redigere linee guida ed elaborare corsi di perfezionamento per formare gli specialisti sugli aspetti giuridici legati alla «morte digitale»;
6. valutare la possibilità di mettere a disposizione adeguati promemoria destinati ai cittadini nonché alle organizzazioni attive nel campo della gestione della morte (p. es. strutture che dispensano cure di lunga durata, organizzazioni di aiuto al suicidio, organizzazioni attive nel campo della pianificazione sanitaria anticipata).

# 1. Einleitung

Die menschliche Existenz spielt sich zunehmend in der digitalen Umgebung ab, so dass sich im Internet mittlerweile Unmengen von Personendaten, Benutzerkonten sowie nicht-physischen Vermögenswerten anhäufen. Diese zunehmende Digitalisierung der Existenz und implizit auch des Todes hat Auswirkungen auf zahlreiche Rechtsverhältnisse und birgt grosse Herausforderungen sowohl für die Wirtschaft als auch die Praxis in unterschiedlichsten Rechtsbereichen.

Von den rechtlichen Auswirkungen des Todes im digitalen Zeitalter besonders betroffen sind erstens natürliche Personen, insbesondere die Erblasser und die Erben. Aufgrund der unübersichtlichen rechtlichen Regelung stellen sich oft grosse Hürden sowohl bei der Planung des eigenen digitalen Nachlasses als auch im Zusammenhang mit den Zugriffsrechten auf das digitale Erbe verstorbener Personen.

Mit zahlreichen Rechtsfragen rund um den digitalen Tod konfrontiert sind ferner Technologieunternehmen, welche digitale Dienste anbieten, wie etwa den Handel mit und die Aufbewahrung digitaler Vermögenswerte oder Konten in sozialen Netzwerken. Die grundlegenden Unklarheiten in diesem Zusammenhang betreffen den Zugang zu Konten und Daten solcher Onlinedienste. Darüber hinaus gibt es immer mehr Unternehmen, die sich auf postmortale Dienstleistungen fokussieren, wie die digitale Nachlassplanung, die Aufbewahrung von Passwörtern oder die Willensvollstreckung in Bezug auf Konten in den sozialen Medien. In diesem Zusammenhang können sich weitere rechtliche Fragen stellen, da das geltende Recht teilweise Formvorschriften für die Nachlassplanung aufstellt.

Angesichts des exponentiell zunehmenden Umfangs des digitalen Nachlasses erscheint der Bedarf nach klaren Regelungen akut. So schätzt *Bitcoin*, dass über vier Millionen Bitcoins durch den Tod von Besitzern und fehlende private Schlüssel verloren gegangen sind.<sup>1</sup> Wissenschaftliche Studien zeigen ausserdem, dass die Zahl verstorbener *Facebook*-Nutzer diejenige lebender Nutzer in etwa

---

<sup>1</sup> Cf. FRANCIS STACY, When You Die, What Happens to Your Bitcoin?, <<https://www.kiplinger.com/investing/what-happens-to-your-bitcoin-when-you-die>> (besucht am 01.04.2024).

50 Jahren mit grosser Wahrscheinlichkeit überholen wird.<sup>2</sup> Die vorliegende Studie untersucht aus dem Blickwinkel des schweizerischen Rechts die bestehenden Vorschriften, welche auf die Folgen des digitalen Todes anwendbar sind und versucht, diejenigen Lücken aufzudecken, welche ein legislatives Tätigwerden notwendig machen. Im Vordergrund der vorliegenden Studie liegen Personen- und die damit verbundenen, persönlichkeits-, datenschutz-, erb- und immaterialgüterrechtlichen Fragen. Das rechtliche Schicksal digitaler Vermögenswerte nach dem Tod, wie etwa Kryptowährungen, wird dagegen nicht näher behandelt.

---

<sup>2</sup> ÖHMAN/ WATSON, S. 1 ff.

## 2. Persönlichkeitsrecht

### 2.1. Schutzobjekt

Die Persönlichkeit eines Individuums wird als Teil der menschlichen Würde<sup>3</sup> in der schweizerischen Rechtsordnung sowohl durch das öffentliche Recht als auch durch das Zivilrecht geschützt und ist überdies auch völkerrechtlich normiert. Während der sachliche Anwendungsbereich der Persönlichkeitsrechte vom Schweizer Gesetzgeber gewollt nicht abschliessend festgelegt wurde, spielen einzelne Teilgehalte eine besondere Rolle im Zusammenhang mit dem digitalen Tod. Zu denken ist dabei an den Schutz der Privatsphäre des Einzelnen und das eng damit verbundene Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder an das Recht am eigenen Bild. Diesen Aspekten der Persönlichkeit wird auch ein spezialgesetzlicher Schutz gewidmet, und zwar das Daten- und das Urheberpersönlichkeitsschutzrecht. Vor diesem Hintergrund fokussiert die vorliegende Studie auf datenschutz- und immaterialgüterrechtliche Fragen, welche spezifische Persönlichkeitsentfaltungen in der digitalen Umwelt erfassen. Nachfolgend soll jedoch zuerst der allgemeine Geltungsbereich des Persönlichkeitsrechts rund um den Tod dargestellt werden.

### 2.2. Ende der Persönlichkeit

Das schweizerische Recht hält in Art. 31 Abs. 1 ZGB ausdrücklich fest, dass die Persönlichkeit mit dem Tod endet, so dass auch ein postmortaler Persönlichkeitsschutz in der Schweiz – anders als etwa in Deutschland – ausgeschlossen ist.<sup>4</sup> M.a.W. ergeben sich aus dem Persönlichkeitsrecht grundsätzlich keine Schranken im Zusammenhang mit den Ansprüchen an den digitalen Nachlass.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> BGE 126 I 112 E. 3.a.; 127 I 115 E. 4.a.

<sup>4</sup> BGE 127 I 145.

<sup>5</sup> KÜNZLE, Digitaler Nachlass, S. 41.

Nichtsdestotrotz hat die Persönlichkeit gewisse Wirkungen über den Tod hinaus.<sup>6</sup> Dabei handelt es sich jedoch nicht um rechtliche Auswirkungen der – nicht mehr existierenden – Persönlichkeit des Verstorbenen, sondern um den rechtlichen Schutz der Persönlichkeit seiner Angehörigen, welche insbesondere den sog. Andenkenschutz umfasst, auf welchen sich diese berufen können, um für den Schutz gewisser Aspekte der Persönlichkeit des Verstorbenen zu sorgen.<sup>7</sup>

Anders als das Schweizer Recht kennt das deutsche einen postmortalen Persönlichkeitsschutz, so dass die Persönlichkeit nicht mit dem Tod untergeht, sofern schutzwürdige Interessen weiterbestehen.<sup>8</sup> Zur Geltendmachung dieses Rechts befugt sind, neben den von Verstorbenen zu Lebzeit bestellten Bevollmächtigten, auch nahe Angehörige des Ersteren. Angesichts der Anspruchsbeurteilung der Angehörigen liegt der Hauptunterschied zum schweizerischen Andenkenschutz darin, dass dieser stets eine Geltendmachung der Verletzung der eigenen Persönlichkeit des Angehörigen voraussetzt, während nach deutschem Recht keine solche eigene Persönlichkeitsverletzung des Angehörigen erforderlich ist.<sup>9</sup> Das Konzept des postmortalen Persönlichkeitsschutzes des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) wurde vom schweizerischen Bundesgericht jedoch mehrmals abgelehnt, so dass niemand als Vertreter der verstorbenen Person in deren Namen eine Klage einreichen kann.<sup>10</sup> Die Persönlichkeitsrechte sind in der Schweiz untrennbar mit der Person des Trägers verbunden.<sup>11</sup>

Insbesondere im Nachgang des «Marlene Dietrich»-Urteils<sup>12</sup> des deutschen BGH wurde um die Jahrtausendwende in der Schweizer Doktrin diskutiert, ob der Schutz der Pietätsgefühle der Hinterbliebenen ausreicht, um auch die

---

<sup>6</sup> ROSENTHAL, Rn. 88; BBI 2017 7044.

<sup>7</sup> LÖTSCHER, Digitaler Tod, S. 441 f.

<sup>8</sup> Urteil des BGH vom 20. März 1968 (*Mephisto*), in: NJW 1968 S. 1773.

<sup>9</sup> BREITSCHMID/KAMP, Rn. 16.

<sup>10</sup> BGE 129 I 302 (*Minelli*) E. 1.2.1.; 129 I 311.

<sup>11</sup> BREITSCHMID/KAMP, Rn. 3.

<sup>12</sup> Urteil des BGH vom 1. Dezember 1999 (*Blauer Engel*), in: NJW 2000 S. 2201, worin sich die Tochter der verstorbenen Marlene Dietrich erfolgreich gegen die Vermarktung verschiedener Produkte mit ihrem Namen wehrte. Der BGH sprach ihr Schadenersatz in der Höhe der entgangenen Lizenzgebühr zu, da die vermögensrechtlichen Elemente des Persönlichkeitsrechts auf die Erbin übergehen. Cf. auch: BREITSCHMID/KAMP, Rn. 2.

vermögensrechtlichen Interessen des Verstorbenen und der Angehörigen zu wahren.<sup>13</sup> Die teilweise von der Lehre geforderte Paradigmenänderung wurde aber vom Bundesgericht klar verworfen.<sup>14</sup> Es räumte zwar ein, dass das Persönlichkeitsrecht in bestimmten Bereichen eine «strafrechtliche Tabuzone für soeben Verstorbene bejaht hat»,<sup>15</sup> auf einen weitergehenden Schutz der Persönlichkeit nach dem Tode liesse sich daraus aber nicht schliessen. Das Bundesgericht schliesst sich hiermit dem Grossteil der Lehre an, wonach auch das Fortbestehen des Persönlichkeitsrechts einer verstorbenen Person keinen umfassenden Schutz bietet: Auch in diesem Falle wäre sie auf die Ausübung durch eine lebende Person angewiesen. Zuletzt führt das Bundesgericht an, dass auch ein postmortales Persönlichkeitsrecht irgendwann enden müsste, jede Limitation jedoch willkürlich wäre.<sup>16</sup>

Zu dieser harten Linie, die das Bundesgericht in der Frage zum postmortalen Persönlichkeitsschutz fährt, ist dennoch eine Ausnahme zu nennen: Im Auftragsverhältnis zwischen einem Verstorbenen und seiner Bank treten die Erben von Gesetzes wegen an die Stelle des Verstorbenen.<sup>17</sup> Damit werden die Erben auch die Herren des Bankkundengeheimnisses und haben Anspruch auf die Rechenschaftsablegung der Bank.<sup>18</sup> Das Bundesgericht beschränkt dieses Auskunftsrecht jedoch durch eine Ausnahme für höchstpersönliche Informationen des Erblassers und begründet dies mit dem Schutz der Privatsphäre des Verstorbenen. Nur wer ein schutzwürdiges Interesse, wie zum Beispiel die Verletzung des Anspruchs auf den erbrechtlichen Pflichtteil, nachweisen kann, darf Einsicht in diese Informationen nehmen.<sup>19</sup> Dasselbe gilt mutatis mutandis im Verhältnis zwischen einem Anwalt und seinem verstorbenen Mandanten.<sup>20</sup> In diesem spezifischen Bereich besteht also ein Schutz der Privatsphäre über den Tod hinaus,

---

<sup>13</sup> Insbesondere OTT/GRIEDER.

<sup>14</sup> BGE 129 I 302 (*Minelli*) E. 1.2.3.

<sup>15</sup> BGE 129 I 302 (*Minelli*) E. 1.2.3 m.w.H.

<sup>16</sup> BGE 129 I 302 (*Minelli*) E. 1.2.5 m.w.H.

<sup>17</sup> Dazu unten, 4.2.

<sup>18</sup> Art. 400 Abs. 1 OR.

<sup>19</sup> BGE 135 III 597 E. 3.1; BGer 4A\_522/2018, E. 4.5.2; so auch TC VD HC/2022/787 E. 3.2.2.

<sup>20</sup> BGE 135 III 597 E. 3.1.



welcher insofern von der Systematik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht.

### **2.3. Schutz der Persönlichkeit der Angehörigen: Andenkenschutz**

Die «Angehörigen» sind rechtlich zu unterscheiden von den «Erben». Anders als im Fall der Erbeneigenschaft, welche durch das ZGB geregelt ist, kennt das schweizerische Recht keine Legaldefinition des Angehörigen. Als solche kommen neben den durch das Erbrecht berechtigten Erbinnen und dem Willensvollstrecker je nach Konstellation und den betroffenen andenkengeschützten Interessen auch weitere Personengruppen in Frage, wie etwa Freunde, Geschäftspartnerinnen oder Berufs- und Sportverbände.<sup>21</sup> Sofern Rechte und Pflichten der Verstorbenen nicht in die Erbmasse fallen (dazu unten, 4.2.), können Angehörige somit unter Umständen ein eigenes, aus ihrer Persönlichkeit abgeleiteten schutzwürdiges Interesse geltend machen.

Selbst wenn die Persönlichkeit, wie oben dargelegt, mit dem Tod der Betroffenen untergeht, kann sie auch nach diesem Zeitpunkt gewisse rechtlich relevante Reflexwirkungen entfalten.<sup>22</sup> So können sich nahe Angehörige der Verstorbenen in ihrer eigenen Persönlichkeit oder in ihrem Pietätsgefühl verletzt fühlen, wenn ein Eingriff in die Persönlichkeit der Verstorbenen vorliegt.<sup>23</sup> Die Reichweite dieses Andenkenschutzes ist wesentlich eingeschränkt im Vergleich zum Schutz der Persönlichkeit der Verstorbenen während deren Lebzeit und erfasst nur jene Persönlichkeitsentfaltungen der Letzteren, welche sich auch auf die Persönlichkeit der Angehörigen auswirken.<sup>24</sup> Auch ein Eingriff in das Pietätsgefühl muss eine gewisse Schwelle überschreiten. Schliesslich entfällt der Andenkenschutz, falls sich die verstorbene Person während ihrer Lebzeit gegen eine Persönlichkeitsverletzung hätte wehren können, dies aber unterliess.

---

<sup>21</sup> BREITSCHMID/ KAMP, Rn. 10.

<sup>22</sup> Cf. auch LÖTSCHER, Accounts, S. 322.

<sup>23</sup> S. dazu BGE 127 I 115 E.6.a.; 129 I 302 E. 1.2.2.; BREITSCHMID/ KAMP, Rn. 7.

<sup>24</sup> BREITSCHMID/ KAMP, Rn. 7.

## 3. Datenschutzrecht

### 3.1. Rechtsquellen

Zentrale Quelle des schweizerischen Datenschutzrechts ist das 2023 in Kraft getretene, totalrevidierte Datenschutzgesetz (DSG). Dessen Totalrevision bezweckte primär die Anpassung an die neusten technologischen Entwicklungen sowie die Annäherung an den jüngsten völkerrechtlichen Standards in diesem Bereich, etwa durch die Implementierung der Vorgaben der Konvention 108+ des Europarates<sup>25</sup>, welche die Schweiz im Herbst 2023 ratifizierte.<sup>26</sup> Ebenfalls bezweckt das neue DSG die Erreichung eines angemessenen Schutzstandards im Vergleich zum EU-Datenschutzrecht, namentlich der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Das DSG kann folglich als modernes Einheitsgesetz verstanden werden, welches einerseits private Datenbearbeitungen umfassend erfasst und andererseits die Voraussetzungen für die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane regelt.

Die Konvention 108+ des Europarates (auch modernisierte Konvention 108 genannt) wurde von der Schweiz kurz nach dem Inkrafttreten des totalrevidierten DSG im September 2023 ratifiziert.<sup>27</sup> Es handelt sich dabei um ein Änderungsprotokoll der Konvention 108 des Europarates zum Schutze des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die als einziges rechtsverbindliches Völkerrechtsinstrument zum Schutz von Personendaten einen kaum zu überschätzenden Beitrag für die Entwicklung eines europäischen Datenschutzstandards leistete. Angestrebt durch die Modernisierung der Konvention wird erstens eine Anpassung an die jüngsten technologischen Entwicklungen und zweitens die wirksamere Umsetzung der darin enthaltenen

---

<sup>25</sup> Cf. dazu EPINEY/FREI, Rn. 2.

<sup>26</sup> Cf. Kurzmeldung des EDÖB vom 8. September 2023, Schweiz ratifiziert Konvention 108+; cf. auch EPINEY/ZLATESCU, Art. 1 DSG Rn. 4.

<sup>27</sup> Cf. dazu Kurzmeldung des EDÖB vom 8. September 2023, Schweiz ratifiziert Konvention 108+, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/kurzmeldungen/2023/convention108.html> (besucht am 01.04.2024).

Garantien.<sup>28</sup> Die Angleichung an die Anforderungen der modernisierten Konvention galten als Hauptanliegen der DSG-Totalrevision.

### 3.2. Persönlicher Anwendungsbereich und Schutzobjekt des Datenschutzrechts

Eine zentrale Frage für die vorliegende Studie ist, wann die Rechtsträgerschaft an den im DSG enthaltenen Ansprüchen endet. Gemäss dem erläuternden Bericht zur Europarat-Konvention 108+ ist diese nicht anwendbar auf Personendaten verstorbener Personen, jedoch dürfen die Mitgliedstaaten einen Schutz solcher Daten einführen.<sup>29</sup>

Das neue DSG (sowie die Mehrheit der modernen Datenschutzinstrumente, wie etwa die DSGVO oder die erwähnte Konvention 108+) erfasst in seinem persönlichen Anwendungsbereich nur noch natürliche Personen.<sup>30</sup> Die im Gesetz garantierten Rechte des Datensubjekts, wie insbesondere das Auskunftsrecht, sollen die Persönlichkeit und die Grundrechte (nur) der betroffenen natürlichen Person wahren.<sup>31</sup> Das neue DSG und dessen Verordnungen beinhalten keine ausdrücklichen Regelungen zur Frage des Erlöschens der Betroffenenrechte oder der Übertragung der letzteren von Todes wegen. Für sich genommen stellt dies keine Neuerung im Vergleich zum Vorgängergesetz dar. Allerdings enthielt das alte Recht eine Bestimmung zum postmortalen Auskunftsrecht in der mittlerweile ausser Kraft getretenen Verordnung zum Datenschutzgesetz (aVDSG).

---

<sup>28</sup> Cf. auch Europarat, Modernisation of Convention 108, <<https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108/modernised>> (besucht am 01.04.2024).

<sup>29</sup> Europarat, Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal data, <<https://rm.coe.int/cets-223-explanatory-report-to-the-protocol-amending-the-convention-fo/16808ac91a>> (besucht am 26.05.2024), 6 Rn. 29.

<sup>30</sup> Cf. auch BÉGUSIN, Art. 25 DSG Rn. 4.

<sup>31</sup> Cf. Art. 1 DSG.

### 3.2.1. Auskunftsrecht

Art. 1 Abs. 7 aVDSG statuierte ein eigenes Recht Dritter auf Auskunftserteilung über Personendaten verstorbener Personen.<sup>32</sup> Vorausgesetzt war dabei der Nachweis eines schutzwürdigen Interesses, wobei die nahe Verwandtschaft oder die Ehe – fiktionsmässig – als Vorhandensein eines solchen Interesses galten.<sup>33</sup> Zu erwähnen ist, dass ein solches Recht nur im Anwendungsbereich des DSG und dessen Verordnung sowie in manchen Kantonen bestand, während andere kantonale Datenschutzvorschriften kein solches postmortales Auskunftsrecht vorsahen.<sup>34</sup> Dieses Recht der Erben wurde von einem Teil der Lehre als Anspruch *sui generis* und nicht als stellvertretende Ausübung des Auskunftsrechts des Verstorbenen betrachtet.<sup>35</sup> Diese Norm wurde jedoch von einem beträchtlichen Teil der Lehre sowie von verschiedenen Gerichten kritisiert und zum Teil sogar für bundesrechtswidrig gehalten.<sup>36</sup> Dies, weil sie im Widerspruch stehe zum Schutzobjekt des Datenschutzrechts im Allgemeinen und des Auskunftsrechts im Besonderen – dem Schutz der Persönlichkeit des Datensubjekts, die mit dessen Tod erlischt. Aufgrund der engen Verbindung zwischen der Persönlichkeit des Betroffenen und dem Auskunftsrecht sei letzteres nicht vererbbar. Nicht zuletzt bemängelte die Kritik an Art. 1 Abs. 7 aVDSG auch die fehlende Grundlage in einem Bundesgesetz für die Einräumung eines Auskunftsrechts Dritter.<sup>37</sup> Im Lichte des geltenden Rechts überzeugt diese Begründung. Die Rechtsträgerschaft sämtlicher individualrechtlichen Ansprüche des totalrevidierten DSG knüpft an die Betroffeneneigenschaft an.<sup>38</sup> Anspruchsberechtigt ist nach Art. 5 lit. b DSG die natürliche Person, über welche die Daten bearbeitet werden.

Das Problem des fehlenden Auskunftsrechts von Erben und nahen Verwandten eines verstorbenen Datensubjekts wurde auch im Rahmen der Totalrevision des

---

<sup>32</sup> Cf. auch BGE 140 V 464 E. 4.2.

<sup>33</sup> OGer ZH NP 160017-O/U vom 16. November 2016, E. IV.2.

<sup>34</sup> EPINEY/FASNACHT, §11 Rn. 21.

<sup>35</sup> Cf. BENHAMOU, Art. 25 DSG Rn. 15.

<sup>36</sup> OGer ZH, NP 160017-O/U vom 16. November 2026, E. IV.2.

<sup>37</sup> Cf. TC GE ACJC/562/2022 vom 26. April 2022.

<sup>38</sup> Vgl. z.B. Art. 25, 28 und 32 DSG.

jüngst in Kraft getretenen DSG diskutiert. Wie der Botschaft zum DSG zu entnehmen ist, wurde im Entwurf dieses Gesetzes einerseits ein Einsichtsrecht in die Daten verstorbener Personen und andererseits ein Recht der Erben auf Löschung bzw. Vernichtung der Daten des Verstorbenen vorgesehen.<sup>39</sup> Das Einsichtsrecht sollte gewährt werden, sofern der Verstorbene es während der Lebenszeit nicht ausdrücklich untersagt hatte und nur wenn der Gestuchstellende ein schutzwürdiges Interesse geltend machen könnte, dem keine gewichtigere Interessen Dritter gegenüberstanden. Mit grosser Mehrheit wurde die gesonderte Regelung des Umgangs mit Daten verstorbener Personen von der staatspolitischen Kommission des Nationalrates am 16. August 2019 aus dem Entwurf gestrichen. Begründet wurde dies mit Verweis auf die bestehenden Bestimmungen des Art. 560 ZGB, welche den Übergang der Rechte und Pflichten des Verstorbenen auf dessen Erben umfassend regle.<sup>40</sup> Wie nachfolgend (unten, Kap. 4.) dargestellt werden wird, ist dies allerdings derzeit nicht der Fall, regelt das Erbrecht doch den Übergang von Personendaten und digitalen Zugangsrechten gerade nicht.

### 3.2.2. Recht auf Löschung

Wie auch beim Auskunftsrecht handelt es sich beim – nicht ausdrücklich im Gesetz geregelten – Recht auf Löschung<sup>41</sup> ebenfalls um ein höchstpersönliches Recht. Das praktische Problem, das sich hier stellt, ist, dass Dritte wie Angehörige oft zuerst Einsicht in ihnen unbekannte Daten des Verstorbenen nehmen müssten, um ihre Löschung überhaupt beantragen zu können. Die direkte Berufung eines Dritten auf die datenschutzrechtlichen Lösungsansprüche des Verstorbenen ist dabei aber ausgeschlossen, da die Personendaten des Verstorbenen mit dessen Tod nicht mehr als personenbezogene Daten einzustufen sind.<sup>42</sup> Sollte die eigene Persönlichkeit eines Dritten durch die zu löschenden Daten des Verstorbenen mitbetroffen sein, scheint eine analoge Berufung auf den

---

<sup>39</sup> Cf. Art. 16 E-DSG.

<sup>40</sup> SPK-N, Medienmitteilung vom 16. August 2019 <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-n-2019-08-16-a.aspx>> (besucht am 17.05.2024).

<sup>41</sup> Cf. dazu EDÖB, Auskunftsrecht, <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/auskunftsrecht.html>> (besucht am 01.04.2024).

<sup>42</sup> STUDER/SCHWEIZER/BRUCKER-KLEY, Rn. 42.

Andenkenschutz – wie im Fall des Auskunftsrechts – geeignet, um einen Lösungsanspruch geltend zu machen. Diese Lösung erscheint sinnvoll in Konstellationen wie bei im Internet hochgeladenen Fotos, auf denen auch ein Angehöriger zu erkennen ist. Lösungsansprüche der Angehörigen sind ferner auch gestützt auf Andenkenschutzinteressen vorstellbar, wenn der Weiterbestand von Personendaten etwa in der Form eines Benutzerkontos in den sozialen Medien die Persönlichkeit des Angehörigen verletzt.<sup>43</sup>

### 3.3. Datenschutzrechtliche Auskunftsmöglichkeiten nach dem Tod

Das Ende der Persönlichkeit als Schutzobjekt des Datenschutzrechts führt auch zur Erlöschung der vom DSG vorgesehenen Betroffenenrechte, welche nicht vererbbar sind. Im Fall des Auskunftsrechts handelt es sich um ein (relativ) höchstpersönliches Recht i.S.v. Art. 19 ZGB, so dass nur der von der Bearbeitung (urteils-, aber nicht notwendigerweise handlungsfähige) Betroffene grundsätzlich dieses Recht ausüben kann.<sup>44</sup> Ein Dritter kann ausnahmsweise das Auskunftsrecht ausüben, falls er von der betroffenen Person bevollmächtigt wird. In Betracht kommen dabei Fälle der anwaltlichen Vertretung, der gesetzlichen Vertretung für Urteilsunfähige sowie (in Gerichtsverfahren) die Geltendmachung des Auskunftsrechts eines Vereinsmitglieds durch den Verein.<sup>45</sup>

Nichtsdestotrotz ist aus dem Wegfall der individuellen datenschutzrechtlichen Ansprüche der Verstorbenen weder zu folgern, dass jeglicher Schutz ihrer Personendaten erlischt, noch dass die Einsicht in solche Daten unter keinen Umständen verlangt werden kann. Was in beiden dieser Konstellationen zu beachten ist, ist dass die Person, welche ein Recht im Zusammenhang mit Personendaten Verstorbener geltend macht, sich auf ein *eigenes* schutzwürdiges Interesse stützen können muss. Nachfolgend werden zwei Konstellationen analysiert, in denen sich Dritte auf ein eigenes Recht berufen können, um die Einsicht in die Personendaten einer verstorbenen Person entweder zu bewirken oder

---

<sup>43</sup> LÖTSCHER, Digitaler Tod, S 451.

<sup>44</sup> Cf. Botschaft DSG, S. 7066.

<sup>45</sup> BÉGUSIN, Art. 25 DSG Rn. 5 ff.

– umgekehrt – zu verhindern. Solche schützenswerte Interessen Dritter können sich aus dem Datenschutzrecht selbst ergeben (3.3.1.) oder durch andere Rechtsbereiche begründet werden (3.3.2 und 3.3.3.).

### 3.3.1.     **Datenschutzrechtliche Ansprüche Dritter**

Eine erste Möglichkeit besteht darin, dass Dritte eigene datenschutzrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit den Personendaten der verstorbenen Person geltend machen können. Grundsätzlich können sich Dritte, wie bereits erwähnt, nur auf Rechte zum Schutz der eigenen Persönlichkeit berufen und können nicht die Verletzung – der mit dem Tod beendeten – Persönlichkeit der verstorbenen Person geltend machen.<sup>46</sup> Beispielsweise können Personendaten von verstorbenen Personen etwa auch Personendaten ihrer Erben oder ihrer nahen Angehörigen beinhalten, wie vererbliche Krankheiten oder andere genetische Besonderheiten.

Das kantonale öffentliche Recht kennt teilweise weitergehende Ansprüche auf Auskunft über Personendaten verstorbener Personen. So ist etwa an das Zürcher Datenschutzrecht zu denken, welches ein Recht auf Auskunft über Personendaten von verstorbenen Personen vorsieht. Eine solche Auskunft kann unter zwei kumulativen Bedingungen gewährt werden. Erstens muss die auskunftsgesuchstellende Person ein eigenes Interesse an der Auskunft nachweisen. Zweitens ist eine Interessenabwägung vorausgesetzt, im Rahmen derer die Interessen des Gesuchstellers gegenüber den Interessen von Angehörigen des Verstorbenen und Dritter abgewogen werden. In Bezug auf die erste Voraussetzung hält das Zürcher Recht fest, dass die Verwandtschaft ersten Grades sowie der Bestand der Ehe oder einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zum Zeitpunkt des Versterbens als ausreichendes Interesse gelten.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> MEYER/TSCHUMY, Art. 5 DSG Rn. 35.

<sup>47</sup> Zum Ganzen § 19 IDV-ZH; cf. auch Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich, Auskunft über Verstorbene Personen, <<https://www.datenschutz.ch/lexika/einwohnerkontrollen/auskunft-ueber-verstorbene>> (besucht am 01.04.2024).

### 3.3.2. Nicht-datenschutzrechtliche Interessen

Die Notwendigkeit der Einsicht in die Personendaten des Verstorbenen kann sich auch beispielsweise zur Bestimmung der Urteilsfähigkeit des Erblassers oder anderer erbrechtlicher Fragen, zum Nachweis eines Arztfehlers oder zur Löschung von Profilen in den sozialen Netzwerken ergeben.<sup>48</sup> Weder das ZGB noch das OR oder das DSG sehen einen allgemeinen Informationsanspruch vor, der für sämtliche Fälle gelten würde, in denen ein Individuum die Herausgabe von sich nicht in seinem Besitz befindenden Daten verlangen kann, falls solche Daten geeignet oder erforderlich wären, einen anderen Rechtsanspruch zu verwirklichen.<sup>49</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es immer notwendig, die Berechtigung jedes geltend gemachten Anspruchs auf Auskunftserteilung, welcher nicht unmittelbar einem Gesetz zu entnehmen ist, sorgfältig zu prüfen.<sup>50</sup> In der Abwesenheit einer gesetzlichen Regelung des Auskunftsrechts der Erben, kann eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Erben und den Geheimhaltungsinteressen der verstorbenen Person bzw. Dritter vorgenommen werden. So gilt das Geheimhaltungsinteresse der verstorbenen Person als legitimes Interesse zur Einschränkung des vertragsrechtlichen Anspruchs der Erben auf Offenlegung der Bankkonten<sup>51</sup> des Erblassers (vgl. oben, 2.2. *in fine*). Das Bundesgericht begründet dies bezugnehmend auf den Schutz der Privatsphäre des Verstorbenen, welche auch höchstpersönliche wirtschaftliche Aspekte seines Vermögens erfasse.<sup>52</sup>

Wie im Fall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gilt der Andenkenschutz auch in der datenschutzrechtlichen Praxis als bedeutsames Interesse der Angehörigen, welches die Einsicht in die Daten des Verstorbenen ermöglichen kann (s. dazu oben 2.3.).

---

<sup>48</sup> BENHAMOU, Art. 25 DSG Rn. 14.

<sup>49</sup> Cf. dazu BGE 132 III 677 E. 4.2.1.

<sup>50</sup> BGE 132 III 677 E. 4.2.4.

<sup>51</sup> Cf. dazu auch BGE 133 III 664 E. 2.5.

<sup>52</sup> BGer 4A\_522/2018 vom 17. Juli 2019, E. 4.5.2.



### 3.3.3. Gesetzlich geschützte Geheimnisse

Bei der Gewährung der Auskunft über Personendaten Verstorbener zu berücksichtigen sind schliesslich potenzielle Normkollisionen zwischen einem allfälligen Auskunftsrecht der Erben, naher Angehöriger oder Willensvollstrecker mit den spezialgesetzlichen Geheimhaltungspflichten von Angehörigen bestimmter Berufsgruppen. So gilt z.B. das ärztliche Berufsgeheimnis auch nach dem Tod des Geheimnisberechtigten.<sup>53</sup> Das Bundesgericht befand etwa, dass das Arztgeheimnis sich den Interessen der Erben entgegensetzen kann. Dies setzt die Aufhebung des Berufsgeheimnisses durch die zuständige Behörde voraus, welche einen Interessensausgleich zwischen Geheimhaltung und Auskunft treffen muss.<sup>54</sup> Auch das Bankgeheimnis bleibt nach dem Tod des Kontoinhabers bestehen.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> AGVE 2002 Nr. 153 S. 687 ff.

<sup>54</sup> Cf. dazu Art. 321 StGB.

<sup>55</sup> Art. 47 BankG.

## 4. Erbrecht

Erbrechtlich ist im Kontext des «digitalen Todes» zu unterscheiden zwischen Informationsansprüchen der Erben (4.1.) sowie den Gegenständen und Ansprüchen, die der Erbmasse zufallen (4.2.).

Mit dem Postulat Schwaab 14.3782 «Richtlinien für den <digitalen Tod>» wurde bereits 2014 im Nationalrat beantragt, das Erbrecht zu ergänzen, damit die Personendaten und die digitalen Zugangsrechte zum Erbe einer verstorbenen Person gehören. Ausserdem forderte das Postulat, darauf zu achten, dass die Persönlichkeit der verstorbenen Person im Internet auch nach ihrem Tod geschützt wird. Begründet wurde die Forderung mit der fehlenden Regelung des Eigentums an Personendaten im Erbrecht. Das Postulat wurde vom Nationalrat an den Bundesrat überwiesen, hat aber noch zu keinem Abschluss geführt. Wie die Entstehungsgeschichte des neuen DSG zeigt (oben, 3.2.1.), erachtet der Gesetzgeber das Erbrecht aber weiterhin als zentralen Regelungsbereich für die Regelung des postmortalen Datenschutzes: In der parlamentarischen Debatte anlässlich der jüngsten DSG-Totalrevision wurde ein Einsichtsrecht der Erben und anderer Dritten in Personendaten des Verstorbenen mit der Begründung abgelehnt, dass das ZGB bereits ausreichende Möglichkeiten zur Verfügung stelle, den Übergang von Rechten und Pflichten auf die Erben zu sichern und dadurch die durch den Tod des Datensubjekts ausgelösten Anliegen zu lösen.<sup>56</sup> Dies ist, wie nachfolgend aufgezeigt wird, nicht vollumfänglich der Fall.

### 4.1. Informationsansprüche der Erben

Selbst wenn sich Erben nicht auf die Persönlichkeit des Verstorbenen berufen können, um Auskunft über dessen Daten zu verlangen, statuiert das schweizerische Erbrecht verschiedene Informationsansprüche der Erben, welche den Zugang zu Personendaten ermöglichen, die den Nachlass betreffen. So ist etwa an

---

<sup>56</sup> BÉGUSIN, Art. 25 DSG Rn. 8; cf. auch parlamentarische Fahren zu Art. 16 E-DSG, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170059>> (besucht am 27.05.2024).

die Pflicht der Miterben zu denken, – soweit sie sich im Besitz von Erbschaftssachen befinden oder Schulden beim Verstorbenen haben – nach Art. 607 Abs. 3 ZGB bei der Erbteilung darüber Auskunft zu geben. Auch sieht Art. 610 Abs. 2 ZGB eine Pflicht der Miterben vor, über ihr Verhältnis zum Erblasser alles mitzuteilen, was für die gleichmässige und gerechte Verteilung der Erbschaft relevant ist.

Weitere Informationsansprüche der Erben ergeben sich aufgrund des Grundsatzes der Universalsukzession, der dem Schweizer Erbrecht zugrunde liegt. Gemäss diesem treten die Erben im Zeitpunkt des Todes in die Rechtstellung des Erblassers ein, was zur Übernahme aller vertraglichen Beziehungen des Erblassers führt. Somit können die Erben beispielsweise gestützt auf das geerbte Auftragsverhältnis von der Bank des Erblassers Auskunft über dessen Bankverhältnisse verlangen (Art. 400 OR).<sup>57</sup> Auch dieses Auskunftsrecht gilt aber nicht absolut und findet seine Schranken bei denjenigen Informationen höchstpersönlicher Natur, die der Verstorbene seiner Bank anvertraut hatte.<sup>58</sup> Weitere kraft Universalsukzession geerbte Informationsansprüche der Erben bestehen etwa in Bezug auf Lebensversicherungen (Art. 3 und 43 VVG).<sup>59</sup>

## 4.2. Gegenstand der Erbmasse

Gemäss dem Grundsatz der Universalsukzession gehen die Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers grundsätzlich<sup>60</sup> ohne weiteres auf die Erben über, und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben.<sup>61</sup> Demnach gehören zum zivilrechtlichen Nachlass nur Gegenstände mit einem wirtschaftlichen Wert, wobei bei schuldrechtlichen Forderungen und Pflichten unabhängig vom tatsächlichen

---

<sup>57</sup> BÉGUSIN, Art. 25 DSG Rn. 8.

<sup>58</sup> BGE 133 III 664 E. 2.5; BGer 4A\_522/2018 vom 18. Juli 2018, E. 4.2.

<sup>59</sup> KÜNZLE, Auskunftspflichten, S. 265 f.

<sup>60</sup> Die Vererbbarkeit gewisser Vertragsverhältnisse ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen, wie etwa Art. 338 OR (Arbeitsvertrag), oder Art. 379 Abs. 1 OR (Werkvertrag). Im Fall des Auftrags (Art. 405 OR) wird das Erlöschen lediglich vermutet.

<sup>61</sup> Art. 560 ZGB.

finanziellen Wert des Vertrags ein grundsätzlich vererbbarer Vermögenswert zu vermuten ist.<sup>62</sup> In Bezug auf Daten bedeutet dies, dass sie in erster Linie dann vererbt werden können, wenn sie einen wirtschaftlichen Wert haben, was hauptsächlich bei urheberrechtlich geschützten Informationen der Fall ist.

#### **4.2.1. Persönlichkeitsrechte als Gegenstand der Erbmasse?**

Im Zusammenhang mit dem digitalen «Nachlass» vererbbar sind somit primär urheberrechtlich geschützte Inhalte. Was urheberrechtlich geschützt ist, bemisst sich nach den (strengen) Voraussetzungen der urheberrechtlichen Werkeigenschaft (Näheres dazu unten, Kap. 5.). Die meisten «einfachen» digitalen Daten von Verstorbenen dürften nicht darunterfallen, folglich kann dem Erb- und Urheberrecht für das rechtliche Schicksal der meisten Daten keine unmittelbare Lösung entnommen werden. Insbesondere im Zusammenhang mit Daten, die mit der Persönlichkeit des Verstorbenen eng verbunden sind, ist die Bestimmung ihres erbrechtlichen Schicksals in Abwesenheit einer durch den Verstorbenen zu Lebzeiten getroffenen Regelung schwierig. Während Daten, welche auf einem lokalen Gerät gespeichert werden, zusammen mit diesem Gerät in die Erbmasse fallen, handelt es sich bei den meisten im Internet gespeicherten Daten um persönlichkeitsrechtliche Belange ohne klar bestimmmbaren wirtschaftlichen Wert, die nicht Teil der Erbmasse sind.

#### **4.2.2. Verträge mit Online-Dienstanbietern**

Anders als Vermögenswerte und Schulden des Erblassers sind Persönlichkeitsrechte also grundsätzlich nicht Teil der Erbmasse und demnach insbesondere (mit Ausnahme der Urheberrechte) nicht vererblich.<sup>63</sup> Hingegen gelten Verträge mit Online-Dienstanbietern nach der jüngeren – jedoch nicht eindeutig herrschenden – Lehre kraft Universalsukzession grundsätzlich als Teil der Erbmasse.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> LÖTSCHER, Accounts, S. 310.

<sup>63</sup> STUDER/SCHWEIZER/BRUCKER-KLEY, Rn. 11.

<sup>64</sup> KÜNZLE, Digitaler Nachlass, S. 39 f.

Zulässig sind im Rahmen der gesetzlichen Schranken vertragliche Regelungen im Hinblick auf den Tod, wie etwa die Verlegung eines Accounts in den Gedenkzustand oder dessen Löschung. Schranken der Vererbbarkeit können sich auch aus dem Wesen des Vertrages ergeben, etwa wenn es um höchstpersönliche Rechte geht.<sup>65</sup> Als Argument dafür, weshalb die Persönlichkeitsrechte keine grundsätzliche Schranke für den Übergang der Verträge zwischen einem sozialen Netzwerk und einer Nutzerin auf ihre Erben darstellt, gilt die Analogie zum physischen Nachlass des Verstorbenen. So ist daran zu denken, dass dort auch persönliche Gegenstände wie etwa Tagebücher vererbt werden.

Die Vererbbarkeit des Benutzerkontos als solchen ist von der Vererbbarkeit der Rechte an einzelnen, möglicherweise urheberrechtlich geschützten Inhalten dieses Accounts auseinanderzuhalten.<sup>66</sup> In Bezug auf den konkreten Umfang der zu erbenden vertraglichen Rechte befürwortet die jüngere schweizerische Lehre grundsätzlich dieselben Zugriffsberechtigungen, wie sie dem Erblasser zu Lebzeit zustanden.<sup>67</sup> Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage existiert soweit ersichtlich nicht. Ein rechtsvergleichender Blick in die Rechtsprechung des deutschen BGH zeigt, dass nach der deutschen Rechtsordnung der Nutzungsvertrag zwischen einem sozialen Netzwerk und einer Nutzerin beim Tod der Letzteren grundsätzlich auf deren Erben übergeht. Diesbezüglich präzisierte der BGH, dass die übergehenden Zugriffsrechte die Möglichkeit beinhalten müssen, vom Konto und dessen Inhalt mit Ausnahme der aktiven Nutzung auf dieselbe Art und Weise Kenntnis nehmen zu können, wie dies die Erblasserin konnte.<sup>68</sup>

Der Ausschluss der Vererbbarkeit des aktiven Nutzens scheint zumindest in Bezug auf primär personenbezogenen *Accounts*, welche etwa die Intimsphäre des Verstorbenen betreffen, nachvollziehbar. Wie es sich aber mit der Vererbbarkeit von Benutzerkonti verhält, bei denen eine kommerzielle Nutzung im Vordergrund steht, was beispielsweise der Fall bei *Influencern* ist, erscheint aus erbrechtlicher

---

<sup>65</sup> BGer 2C\_586/2015 vom 9. Mai 2016, E. 3.3.; BGE 133 III 664 E. 2.5.; vgl. LÖTSCHER, Digitaler Tod, S. 440.

<sup>66</sup> LÖTSCHER, Accounts, S. 305.

<sup>67</sup> LÖTSCHER, Accounts, S. 309.

<sup>68</sup> Urteil des BGH III ZB 30/20 vom 27. August 2020, in: NJW 2021, S. 160, Rn. 11; cf. auch LÖTSCHER, Accounts, *passim*.

Perspektive klärungsbedürftig. Insbesondere unter Berücksichtigung der gewinnorientierten Nutzung solcher Accounts durch den Verstorbenen, sprechen gute Gründe dafür, dass deren aktive Nutzung durch die Erben nicht automatisch ausgeschlossen sein soll. In ähnlicher Weise wie die kommerzielle Nutzung des Namens oder des Bildes einer verstorbenen Person kann auch der Weiternutzung eines *Social Media Accounts* trotz der inhärenten persönlichkeitsbezogenen Komponente ein Vermögenswert zukommen. Der deutsche BGH befand, dass vermögenswerte Elemente der Persönlichkeitsrechte auf die Erben übergehen und so lange bestehen, wie auch ein Interesse daran besteht. Ausgeschlossen scheinen in jedem Fall diejenigen Teilgehalte der Persönlichkeit, die als höchstpersönliche Rechte einzustufen sind.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Vgl. LÖTSCHER, Digitaler Tod, S. 439 f.



## 5. Urheberrecht

### 5.1. Schutzbereich des Urheberrechts *post mortem*

Das Urheberrecht schützt die wirtschaftlichen und persönlichkeitsrelevanten Interessen an den Werken individueller Schöpfung. Als Werke gelten alle geistigen Schöpfungen des Menschen mit individuellem Charakter, insbesondere Sprachwerke, Musikstücke, Fotografien, Filme, Tonaufnahmen und Computerprogramme.<sup>70</sup> Der Schutz beginnt mit der Schöpfung des Werkes und dauert im Regelfall bis 70 Jahre nach dem Tod der Urheberin an. Fotografien ohne individuellen Charakter werden für eine Dauer von 50 Jahren ab der Schöpfung geschützt.<sup>71</sup> Nach Ablauf der Schutzfrist werden die Werke gemeinfrei. Jedermann kann sie danach öffentlich zugänglich machen, verarbeiten oder verändern.<sup>72</sup>

Als Immaterialgüter bestehen diese Rechte unabhängig von der Persönlichkeit des Urhebers. Das Recht an deren Ausübung kann sowohl vererbt als auch zu Lebzeiten an jemand anderen übertragen werden,<sup>73</sup> wobei die vorliegende Untersuchung nur auf die Übertragung von Todes wegen eingeht. Die Urheberrechte sind als Immaterialgüter Teil des Nachlasses eines Verstorbenen und fallen gemäss dem Prinzip der Universalsukzession an die Erbgemeinschaft.<sup>74</sup> Bis zur Erbteilung müssen diese die daran gebundenen Rechte und Pflichten gesamthandschaftlich ausüben.<sup>75</sup> Hier kann es zu Spannungen zwischen dem Willen der Urheberin und den wirtschaftlichen Interessen der Erben kommen. Ausschlaggebend ist eine allfällige letztwillige Verfügung. Bei Interessenkonflikten ist ein Willensvollstrecker einzusetzen.<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> Art. 2 URG.

<sup>71</sup> Art. 29 URG.

<sup>72</sup> REHBINDER/HAAß/UHLIG, Art. 29 URG Rn. 2.

<sup>73</sup> Art. 16 Abs. 1 URG; DESSEMONET, Rn. 958, 971.

<sup>74</sup> Art. 560 ZGB; LÖTSCHER, Digitaler Nachlass, Rn. 20.

<sup>75</sup> Art. 602 ZGB; BGE 121 III 118, E. 2 (*Kerr Dürrenmatt*); VON BÜREN/MEER Rn. 683.

<sup>76</sup> VON BÜREN/MEER Rn. 686 sowie 715.



Mit der Ausnahme des zusätzlichen Schutzes von Computerprogrammen<sup>77</sup> unterscheidet das Urheberrecht nicht zwischen analogen und digitalen Werken.<sup>78</sup> So müssen Film- und Digitalfotografien, auf Papier geschriebene und elektronisch gespeicherte Manuskripte, Briefe und E-Mails oder Chat-Nachrichten jeweils gleich behandelt werden.

Als Rechteinhaber der Urheberrechte eines Verstorbenen entscheiden grundsätzlich die Erben darüber, ob und wie die Werke veröffentlicht werden. So können angefangene Manuskripte posthum beendet oder unfertig vom Nachlass veröffentlicht, Lizenzgebühren bezogen, Klagen aus Urheberrechtsverletzung geltend gemacht werden usw.

## 5.2. Andenkenschutz im urheberrechtlichen Kontext

Was das Urheberrecht betrifft, treten die Erben an die Stelle der verstorbenen Person und können als solche deren ehemaligen Rechte vertreten. Anders verhält es sich beim Schutz der Persönlichkeit im engeren Sinn. Diese Rechte werden nach dem Tode nicht übertragen:<sup>79</sup> Die Schweizer Rechtsordnung kennt – wie erwähnt – keinen postmortalen Persönlichkeitsschutz.<sup>80</sup> Angehörige können sich jedoch im eigenen Namen gegen die Verletzung ihrer eigenen Persönlichkeit wehren, die «mindestens in einem gewissen Umfang auch die Wahrung des Ansehens naher Verwandter oder sogar Freunde mitumfassen kann»<sup>81</sup>, wenn sie in ihrem Andenken an gemeinsame Erinnerungen oder in ihrem Pietätsgefühl gestört werden<sup>82</sup> (zum Ganzen oben, Kap. 2.).

Wichtig ist jedoch hervorzuheben, dass der Kreis der Personen, die Urheberrechtsverletzungen gelten machen können, mit dem Kreis derjenigen Personen,

---

<sup>77</sup> Art. 2 Abs. 3 URG.

<sup>78</sup> SURY, S. 167.

<sup>79</sup> MANAI, Rn. 34 ; LÖTSCHER CORDULA, Erbrecht und Digitalisierung, S. 324.

<sup>80</sup> BGE 129 I 302 (*Minelli*) m.w.H.; BGer 5A\_496/2014 vom 13. November 2014 (*Badeunfall*).

<sup>81</sup> BGE 129 I 302 (*Minelli*) E. 1.2.2.

<sup>82</sup> BGE 127 I 115 E. 6a m.w.H.

welche im Sinne des Andenkenschutzes eine Persönlichkeitsverletzung geltend machen können, auseinanderfällt. So kann es sein, dass die Erben als zur Ausübung der Urheberrechte Berechtigte das Pietätsgefühl einer dem Verstorbenen nahestehenden Person verletzen. Wo vorhanden, ist auch hier der Wille des Erblassers zu beachten, sofern er formgerecht ausgedrückt wurde.<sup>83</sup>

Weiter ist zu beachten, dass die Erblasserin vor ihrem Tode Lizenzverträge abschliessen konnte. In diesem Fall sind die Urheberrechte nicht mehr vererbbar, da deren Ausübung schon vorher nicht mehr der Verstorbenen zukam.

---

<sup>83</sup> BREITSCHMID/KAMP, Rn. 11; *supra* Kap. 4.



## **6. Anwendung auf die in der TA-Studie genannten Kategorien von Death und Grief Tech**

Abschliessend sollen die juristischen Erkenntnisse kursorisch auf die in der TA-Studie « La mort à l'ère numérique : Chances et risques du Digital Afterlife » identifizierten Kategorien von Death und Grief Tech angewendet werden. Aus persönlichkeitsrechtlicher und urheberrechtlicher Sicht ist die Unterscheidung zwischen dem analogen und dem digitalen Nachlass unbedeutend. Einzig der Zugriff auf die Werke kann sich in der digitalen Welt als schwieriger herausstellen, und die Methoden der Weiterverarbeitung sind weiter fortgeschritten und einfacher zugänglich, was das Potential von widerrechtlichen Handlungen steigert.

### **6.1. Dienste der Kategorie a): Informationsmanagement und Nachlassplanung**

Diese erste Kategorie bezeichnet Plattformen, die es Nutzenden ermöglichen, Informationen und Verfügungen zum Umgang mit ihrer digitalen Präsenz nach dem Tod in einer sicheren digitalen Umgebung an einem Ort aufzubewahren. Dies mit dem Ziel, die digitale Nachlassplanung, aber auch die Planung der Formalitäten rund um den Tod möglichst zentral und einfach zu gestalten und so die Angehörigen, aber auch die Nutzenden selbst, zu entlasten.

Aus rechtlicher Sicht sind solche Dienste weder aus urheberrechts- noch aus persönlichkeitsrechtlicher Perspektive bedenklich. Für eine datenschutzrechtliche Analyse sei auf die obigen Ausführungen (Kap. 3.) verwiesen.

Erbrechtlich hingegen sind die bestehenden Formvorschriften zu beachten. Verfügungen von Todes wegen müssen in der Schweiz vollständig handschriftlich geschrieben, datiert und unterzeichnet werden oder öffentlich beurkundet

werden, um formgültig zu sein.<sup>84</sup> Diese Formvorschriften sollen leichtsinniges Handeln verhindern. Gleichzeitig erscheinen diese rigiden Vorschriften immer mehr als Anachronismus in einem digitalisierten Zeitalter. Immerhin sieht die neuere Lehre handschriftlich auf einem Tablet-Computer verfasste Testamente als formgültig an.<sup>85</sup> Ggf. wäre für die massiven Mengen von Daten und Werken, die in der digitalen Welt anfallen, eine Formerleichterung wünschenswert. Mit Postulat 20.3797 von Marcel Dobler hat der Nationalrat den Bundesrat im Herbst 2020 beauftragt, eine digitale Verfügungsform zu prüfen.

In jedem Fall müssen die Nutzenden der Plattformen der Kategorie a) auf die geltenden Formvorschriften aufmerksam gemacht werden, damit sie die notwendigen Vorkehrungen treffen können.

Allenfalls können die Plattformen als (Sicherheits-)Ablage der formgültigen Verfügungen dienen, wenn beispielsweise die Original-Urkunde verlustig gegangen ist. Laut Art. 510 Abs. 2 ZGB behält bei Verlust der Urkunde ohne Aufhebungswillen des Erblassers die Verfügung ihre Wirkung, sofern «ihr Inhalt genau und vollständig festgestellt werden kann». Dafür müssen diese Plattformen eine Upload-Funktionalität von Scans oder Photographien eigenhändig verfasster Testamente vorsehen. Ausserdem muss das ursprüngliche Testament selbst formgültig errichtet worden sein. Nur in diesem Fall behält das verloren gegangene Testament seine Wirkung im Sinne von Art. 510 Abs. 2 ZGB. Andernfalls können die auf einer digitalen Plattform gespeicherten Verfügungen nur hilfsweise herangezogen werden, um gegebenenfalls den Willen des Erblassers zu ermitteln, ohne aber selber rechtsverbindlich zu sein.

## 6.2. Dienste der Kategorie b): Online Gedenktools

Bei dieser Kategorie von Diensten geht es um Plattformen, die dem gemeinsamen Gedenken im virtuellen Raum dienen. Diese Angebote reichen von virtuellen Gedenkseiten bis zu neuartigen, interaktiven Plattformen, die es

---

<sup>84</sup> Art. 489 ZGB. Laut Art. 506 ZGB sind mündliche Testamente nur «infolge ausserordentlicher Umstände» ausnahmsweise gültig.

<sup>85</sup> Deutlich LÖTSCHER, Erbrecht und Digitalisierung, S. 347 m. w. H. sowie CONTI, S. 189.

ermöglichen, Gedenkorte und Lebensgeschichten zu verbinden und virtuelle Räume für die geteilte Erinnerung an verstorbene Personen zu schaffen.

Für diese Dienste ist rechtlich gesehen die Unterscheidung nötig, ob sie öffentlich zugänglich sind oder nicht. Eine im privaten Rahmen gehaltene Seite mit Erinnerungen an die verstorbene Person dürfte den urheberrechtlichen Tatbestand einer Veröffentlichung nicht erfüllen und müsste so zu behandeln sein wie ein analoges Fotoalbum. Auch datenschutz- und persönlichkeitschutzrechtlich wäre eine solche private Seite im Regelfall unbedenklich.

Die Konvertierung eines bereits öffentlichen Profils (z.B. eines sozialen Mediums) in den Andenken-Modus dürfte sowohl urheber- als auch persönlichkeits- und datenschutzrechtlich keine Probleme verursachen. Da Inhalte bereits zu Lebzeiten des Verstorbenen zugänglich waren, kommt es zu keiner persönlichkeitsverletzenden Veröffentlichung oder Bearbeitung von Personendaten. Vorbehalten sind hier die Rechte anderer abgebildeter oder erwähnter Personen.

Hingegen könnten bei der Schaffung eines neuen, öffentlich zugänglichen virtuellen Erinnerungsraums sowohl urheberrechtliche Ansprüche der Erben (z.B. bei Fotografien oder Videoaufnahmen der verstorbenen Person) als auch ggf. das Persönlichkeitsrecht von Angehörigen im Sinne des Andenkenschutzes tangiert sein. Entsprechende Rechtspositionen müssten also vor der Veröffentlichung solcher Gedenkräume sorgfältig eruiert und berücksichtigt werden, sofern es nicht die Rechteinhaber selbst sind, welche die Seite einrichten.

### **6.3. Dienste der Kategorie c): Post-mortem messaging**

Dienste, die dazu dienen, nach dem Tod Nachrichten an die Hinterbliebenen zu versenden, sind aus persönlichkeits-, datenschutz-, erb- und urheberrechtlicher Sicht im Normalfall nicht problematisch. Vertragsrechtlich sieht Art. 405 Abs. 1 OR vor, dass ein Auftrag mit dem Tod oder der Verschollenerklärung des Auftraggebers erlischt. Vorbehalten sind jedoch Fälle, in denen das Gegenteil vereinbart wurde oder ein Weiterbestand des Vertrags aus der Natur des Geschäfts hervorgeht. Mindestens letzteres, meistens wohl auch ersteres, dürfte bei solchen Diensten erfüllt sein. Es lässt sich fragen, ob ein solcher Vertragsinhalt überhaupt gültig ist nach Art. 20 Abs. 1 OR (Nichtigkeit von Verträgen, die einen

unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen), eine solche Interpretation, die im Übrigen auch von ausserrechtlichen Kriterien abhängt, wie sie in der Hauptstudie geprüft werden, lässt sich unseres Erachtens aber kaum vertreten.

## 6.4. Dienste der Kategorie d): Digitale Weiterexistenz nach dem Tod

Die vierte Gruppe bilden jene Angebote, die dazu dienen, nach dem Tod Nachrichten an die Hinterbliebenen zu versenden. Darunter finden sich auch Angebote, welche den Nutzenden ein virtuelles Überleben als Deadbots, digitale Avatare oder in Form eines Deepfake ermöglichen. Bei diesen Formen ist die rechtliche Beurteilung stark geprägt von der Herkunft des Trainingsdatensatzes.

Urheberrechtlich muss bei der Verwendung von Informationen der verstorbenen Person der jeweilige individuelle Charakter angenommen werden, da sonst keine Imitation des Verstorbenen generiert werden kann. Chat-Nachrichten sind – ebenso wie Briefe auf Papier oder Emails – Werke.<sup>86</sup> Tonaufnahmen der Stimme des Verstorbenen sind nach derselben Logik auch Werke. Bildaufnahmen des Verstorbenen sind urheberrechtlich gesehen immer urheberrechtliche Werke, auch wenn ihnen kein individueller Charakter zukommt. Somit ist die Verwendung für das «virtuelle Überleben» grundsätzlich urheberrechtlich relevant, zudem können ggf. Vermögenswerte betroffen sein. Als Beispiel lässt sich der Fall der amerikanischen Schauspielerin Carrie Fisher in *Rogue One: A Star Wars Story* von 2016 anführen, deren Auftritt mittels Aufnahme der Bewegungen einer anderen Schauspielerin und deren Übertragung auf Archivmaterial auf die Leinwände gelangte.<sup>87</sup> Eine Einspeisung und Bearbeitung urheberrechtlich geschützter Werke als Trainingsdatensatz darf nur mit dem Einverständnis der Rechteinhaber des Urheberrechts (i.d.R. also der Erben) erfolgen. Von einem Einverständnis ist ferner auch auszugehen, wenn die verstorbene Person schon

---

<sup>86</sup> EGLOFF, Art. 2 URG Rn. 21.

<sup>87</sup> FÖRTSCH MICHAEL, So könnten Deepfakes die Film- und Fernsehwelt verändern, <<https://1e9.community/t/so-koennten-deepfakes-die-film-und-fernsehwelt-veraendern/4364>> (besucht am 15. März 2024).

zu Lebzeiten eigene Datensätze in eine Plattform eingespeist hat mit dem Ziel, diesen Dienst zu verwenden.

Anders verhält es sich, wenn eine Person, z.B. eine Schauspielerin, die posthume Verwendung von ihren Werken grundsätzlich untersagt hat. Dies kann sie im Sinne einer Auflage oder Bedingung zur letztwilligen Verfügung gemäss Art. 482 ZGB tun, sofern sie damit keine Pflichtteile verletzt und die Rechte an ihren (bereits veröffentlichten) Werken nicht schon zu Lebzeiten z.B. an eine Produktionsfirma abgetreten hat.

Die (ungefragte) Verwendung von Audio, Foto- oder Videoaufnahmen einer Person zwecks Erstellung eines Deepfakes stellt zwar grundsätzlich auch eine Persönlichkeitsverletzung dar.<sup>88</sup> Jedoch gehen, wie erwähnt, mit dem Tod alle Persönlichkeitsrechte unter, so dass dieser Verwendung im hier relevanten Kontext keine persönlichkeitsrechtlichen Hindernisse der verstorbenen Person entgegenstehen. Allenfalls könnte aber auch hier der Andenkenschutz der Angehörigen berührt sein.

---

<sup>88</sup> Siehe dazu: KARABOGA MURAT et al., Deepfakes und manipulierte Realitäten. Technologiefolgenabschätzung und Handlungsempfehlungen für die Schweiz. TA-SWISS Publikationsreihe (Hrsg.): TA 81/2024. Zollikon: vdf 2024





## 7. Empfehlungen aus rechtlicher Sicht

Die Rechtslage rund um den «digitalen Tod» ist komplex und fragmentiert. Die rechtlichen Vorgaben wurden noch im «analogen» Zeitalter erlassen. Einige davon können problemlos auf digitale Sachverhalte übertragen werden, andere wirken mittlerweile etwas anachronistisch. Folgende Empfehlungen können für einen besseren rechtlichen Umgang mit dem Tod im digitalen Zeitalter formuliert werden:

Der Gesetzgeber soll erwägen:

1. eine ausdrückliche Möglichkeit zur digitalen Hinterlegung einer letztwilligen Verfügung nach Art. 505 Abs. 2 ZGB vorzusehen.
2. eine zeitgemässe digitale Form der (ordentlichen) letztwilligen Verfügung vorzusehen; in diesem Zusammenhang ist zu prüfen, wie der Zweck der Formstrenge im digitalen Zeitalter gewahrt werden kann (Übereilungsschutz, Rechtssicherheit und Beweiskraft).
3. Spezifische, vom Auskunftsrecht des DSG losgelöste Regelungen der Einsicht in sowie der Löschung von personenbezogenen Daten verstorbener Personen einzuführen.

*Anbieterinnen und Anbieter* von Diensten der Kategorie a) sollen:

4. die Formvorschriften für letztwillige Verfügungen kennen und den Anwenderinnen und Anwendern kommunizieren. Damit die Plattformen zur Ablage einer Sicherheitskopie der formgültigen Verfügung dienen können, müssen sie Funktionalitäten zum Upload von Scans oder Photographien eigenhändig verfasster Testamente und zu deren fälschungssicheren Aufbewahrung vorsehen.

*Berufsverbände* (z.B. der Notarinnen und Notare, Anwältinnen und Anwälte) sollten

5. Leitlinien verfassen und Weiterbildungen für Fachpersonen entwickeln, um sie für die Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem «digitalen Tod» zu schulen;

6. erwägen, adressatengerechte Merkblätter für Bürgerinnen und Bürger sowie für Organisationen, welche im Bereich des Umgangs mit dem Tod tätig sind (z.B. Institutionen der Langzeitpflege, Sterbehilfeorganisationen, Organisationen, die im Bereich der gesundheitlichen Vorausplanung aktiv sind) zur Verfügung zu stellen.

# Literatur

Die ausgewählten Werke werden, wenn bei den einzelnen Werken nicht anders angegeben, mit den Nachnamen der Autoren und der entsprechenden Fundstelle zitiert.

BÉGUIN NICOLAS, Kommentar zu Art. 25 DSG, in: Cottier Bertil/Benhamou Yaniv (Hrsg.), *Loi sur la protection des données*, Basel 2023

BENHAMOU YANIV, Kommentar zu Art. 25 DSG, in: Meier Philippe/Metille Sylvain (Hrsg.), *Loi sur la protection des données*, Basel 2023

BREITSCHMID PETER/KAMP ANNASOFIA, Persönlichkeitsschutz Verstorbener - Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen, *successio* 2011, S. 19 ff.

CONTI YANN, Le testament électronique: état des lieux et réflexions prospectives, in: Jean-Philippe Dunand/Anne-Sylvie Dupont/Pascal Mahon (Hrsg.), *Le droit face à la révolution 4.0*, Genf/Zürich/Basel 2019, S. 171 ff.

DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. November 2020, <[https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1045/das-neue-datenschutz\\_0e89d89706.html](https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1045/das-neue-datenschutz_0e89d89706.html)> (besucht am 17.05.2024)

DESSEMONET FRANÇOIS, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999

EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020

EPINEY ASTRID/FASNACHT TOBIAS, § 11 Rechte Einzelner, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard (Hrsg.), *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern 2011

EPINEY ASTRID/FREI NULA, Die völker- und europarechtliche Einbettung des DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), *DSG, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen*, Zürich 2023

EPINEY ASTRID/ZLĂTESCU PETRU EMANUEL, Kommentar zu Art. 1 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), *DSG, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen*, Zürich 2023

KÜNZLE HANS RAINER, Auskunftspflichten gegenüber Erben, *successio* 2012, S. 256 ff. (zit. KÜNZELE, Auskunftspflichten)

KÜNZLE HANS RAINER, Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht, *successio* 2015, S. 39 ff. (zit. KÜNZLE, Digitaler Nachlass)

LÖTSCHER CORDULA, Das erbrechtliche Schicksal von Accounts bei Facebook, Google, Apple & Co, *successio* 2020, S. 304 ff. (zit. LÖTSCHER, Accounts)

LÖTSCHER CORDULA, Der digitale Nachlass, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. LÖTSCHER, Digitaler Nachlass)

LÖTSCHER CORDULA, Erbrecht und Digitalisierung, ZSR 142 (2023) S. 323 ff. (zit. LÖTSCHER, Erbrecht und Digitalisierung)

LÖTSCHER CORDULA, Persönlichkeitsrecht und Erbrecht: Digitaler Tod oder digitale Präsenz post mortem?, in: Jörg Schmid et al. (Hrsg.), *Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel*, Zürich/Genf 2022, S. 437 ff. (zit. LÖTSCHER, Digitaler Tod)

MANAÏ DOMINIQUE, La dignité de la personne décédée en droit suisse, Jusletter 10. Februar 2020 <[https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1010/la-dignite-de-la-per\\_1ecdd8efc8.html](https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1010/la-dignite-de-la-per_1ecdd8efc8.html)> (besucht am 31. März 2024)

MEIER PHILIPPE/TSCHUMY NICOLAS, Kommentar zu Art. 5 DSG, in: Meier Philippe/Metille Sylvain (Hrsg.), *Loi sur la protection des données*, Basel 2023

ÖHMAN CARL J./WATSON DAVID, Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online, *BD&S* 1/2019, S. 1 ff.

OTT WALTER/GRIEDER THOMAS, Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitschutz, *AJP* 2001, S. 627 ff.

REHBINDER MANFRED/HAAAS LORENZ/UHLIG KAI-PETER, Urheberrechtsgesetz mit weiteren Erlassen und internationalen Abkommen, 4. Aufl., Zürich 2022

STUDER MELANIE/SCHWEIZER MATTHIAS/BRUCKER-KLEY ELKE, Sterben und Erben in der digitalen Welt, Jusletter 17. Dezember 2012, <[https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2012/691/\\_10831.html](https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2012/691/_10831.html)> (besucht am 17.05.2024)

SURY URSULA, *Digital in Law, Informatikrecht*, 2. Aufl., Bern 2021

VON BÜREN ROLAND/MEER MICHAEL A., E. Rechtsübergang und Zwangsvollstreckung, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Basel 2014, S. 227 ff.

# Abkürzungen

Abs.	Absatz
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
aVDSG	Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (AS 1993 1962, ausser Kraft)
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0, Bankengesetz)
BBi	Bundesblatt
BD&S	Big Data & Society (London)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
Botschaft DSG	Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff.
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
CoE	Council of Europe, Europarat
DSG	Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (SR 235.1, Datenschutzgesetz)
DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 04.05.2016, S. 1 ff.

E.	Erwägung
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
E-DSG	Entwurf zum Bundesgesetz über den Datenschutz (BBl 2017 7193)
ELI	European Law Institute
f./ff.	folgende/fortfolgende
GE	Kanton Genf
i.S.v.	im Sinne von
IDV-ZH	Verordnung vom 28. Mai 2008 über die Information und den Datenschutz (LS/ZH 170.41)
Konvention 108	Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (SR 0.235.1)
lit.	<i>litera</i>
LS/ZH	Loseblattsammlung des Zürcher Rechts
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Frankfurt am Main)
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite(n)
SPK-N	Staatspolitische Kommission des Nationalrats
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

successio	Zeitschrift für Erbrecht, Nachlassplanung- und Abwicklung
TC	Tribunal cantonal, Kantonsgericht
URG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, SR 231.1)
VD	Kanton Waadt
vgl.	vergleiche
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1, Versicherungsvertragsgesetz)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)





# Zusammenfassung der Hauptstudie

Jean-Daniel Strub, Francesca Bosisio, Ralf J. Jox, Johan Rochel, Anca-Cristina Sterie. (2024): *La mort à l'ère numérique. Chances et risques du Digital Afterlife*. TA-SWISS Publikationsreihe (Hrsg.): TA 82/2024. Zollikon: vdf.

<https://zenodo.org/records/12566335>

Die alle Lebensbereiche durchdringende Digitalisierung macht auch vor dem Lebensende nicht Halt. Digitale Hilfsmittel erweitern heute das Spektrum der Optionen im Umgang mit Trauer und Tod erheblich. Ob es darum geht, das Lebensende oder die eigene Bestattung zu planen, Wünsche und Erinnerungen festzuhalten, wichtige Worte an Hinterbliebene weiterzugeben, Trauer mit anderen Menschen zu teilen, ja über den Tod hinaus mit Verstorbenen nicht nur in Kontakt, sondern auch in einer Art des Austauschs zu verbleiben: eine App oder eine Website macht es möglich. So gibt es beispielsweise Plattformen, auf denen Nutzende alle Dokumente, die mit ihrem Tod zu tun haben, in einer sicheren Umgebung zentral speichern können – vom Testament über die Patientenverfügung bis hin zu den letzten Wünschen rund um die Bestattung. Oder es gibt *Chatbots* – im vorliegenden Zusammenhang als *Deadbots* bezeichnet – die es unter anderem dank des Rückgriffs auf künstliche Intelligenz ermöglichen sollen, den virtuellen Austausch mit verstorbenen Personen zu pflegen. Solche neuen digitalen Möglichkeiten im Zusammenhang mit Tod und Trauer sind jedoch auch mit Risiken verbunden. So kann der Trauerprozess gestört werden etwa indem sich trauernde Angehörige unerwünschten Erinnerungen an die verstorbene Person oder einem Eingriff in ihre Privatsphäre ausgesetzt sehen. Nicht auszuschliessen ist auch, dass die digitalisierten Erinnerungen und persönlichen Daten der Verstorbenen in einer Weise verwendet werden, die ihren Werten oder Wünschen zuwiderläuft – etwa indem sie virtuell ‘wiederbelebt’ werden, ohne dass sie dem zu Lebzeiten zugestimmt hätten.

Vor diesem Hintergrund widmet sich die vorliegende Studie den aktuellen Fragen rund um das *Digital Afterlife*, verstanden als die – aktive oder passive – digitale Präsenz von Menschen nach ihrem Tod. Ihr Ziel ist es, einen Überblick zu vermitteln über die derzeit in diesem Bereich verfügbaren Anwendungen, Dienstleistungen und Tools und ein Bild davon zu zeichnen, wie die neuen Anwendungen unser Verhältnis zur menschlichen Trauer, zu damit verbundenen Ritualen sowie allgemein zum Tod beeinflussen. Damit einhergehend befasst sich die Studie

auch mit Fragen rund um die persönlichen Freiheiten, Rechte und Interessen der einzelnen Person, und zwar sowohl mit Blick auf Menschen am Lebensende als auch auf deren Angehörige. Sie zeigt auf, weshalb es für die breite Öffentlichkeit angezeigt ist, sich stärker mit dem digitalen Nachlass sowie mit der digitalen Vorsorge zu beschäftigen und – sofern es ihrem Willen entspricht – dazugehörige Vorkehrungen zu treffen. In diesem Zusammenhang behandelt die Studie ausführlich die wichtigsten philosophischen und ethischen Fragen rund um den Tod im digitalen Zeitalter.

## **Anwendungen, Akteure und Perspektiven**

Um die in der Studie dargestellten Entwicklungen einzuordnen, ist es notwendig, einen Überblick über die unterschiedlichen Anwendungen digitaler Technologien im Bereich von Tod und Trauer zu gewinnen. Deshalb zeigt die Studie mittels eines ausführlichen *Mappings* auf, welche Angebote heute verfügbar sind, wer sie mit welchen Motivationen entwickelt und welche technologischen Ansätze dabei zum Einsatz kommen. Um dies zu veranschaulichen, ist eine graphische Darstellung entstanden, die anhand ausgewählter Beispiele aufzeigt, wie die verschiedenen Anwendungen in den jeweiligen Feldern zueinander in Bezug stehen. In Übereinstimmung mit der internationalen Literatur werden vier Kategorien von Angeboten unterschieden:

### **a) Informationsverwaltung und digitale Nachlassplanung**

Eine erste Kategorie bezeichnet diejenigen Plattformen, die es Nutzenden ermöglichen, Informationen und Verfügungen zum Umgang mit ihrer digitalen Präsenz nach dem Tod in einer sicheren digitalen Umgebung an einem Ort aufzubewahren. Dies mit dem Ziel, die digitale Nachlassplanung, aber auch die Planung der Formalitäten rund um den Tod möglichst zentral und einfach zu gestalten und so die Angehörigen, aber auch die Nutzenden selbst, zu entlasten.

### **b) Online Gedenktools**

Als zweite Kategorie werden Plattformen dargestellt, die dem gemeinsamen Gedenken im virtuellen Raum dienen. Diese Angebote reichen von etablierten virtuellen Gedenkseiten, wie sie seit den Anfängen des Internet existieren, bis zu neuartigen, interaktiven Plattformen, die es ermöglichen, Gedenkort und

Lebensgeschichten zu verbinden und virtuelle Räume für die geteilte Erinnerung an verstorbene Personen zu schaffen.

### c) Post-mortem messaging

Die dritte Gruppe bilden jene Angebote, die dazu dienen, nach dem Tod Nachrichten an die Hinterbliebenen zu versenden, sei es in Form von Geschichten und Gedanken aus dem eigenen Leben, sei es in Form von nützlichen Informationen zu digitalen Profilen der verstorbenen Person. Unter diesen Angeboten finden sich auch jene, welche es Nutzenden erlauben, Nachrichten zu hinterlassen, die den Hinterbliebenen erst zu bestimmten Zeitpunkten und aus Anlass von späteren Lebensereignissen – so beispielsweise jeweils zum Hochzeitstag oder zur Volljährigkeit eines Kindes oder Enkels – zugestellt werden.

### d) Digitale Weiterexistenz nach dem Tod

Die vierte Kategorie schliesslich betrifft jene, von der aktuell vor allem international oft am meisten die Rede ist, obschon die Anzahl Anbieter weiterhin gering ist. Es handelt sich dabei um jene Plattformen, welche den Nutzenden ein virtuelles Überleben ermöglichen, ob in der Form eines *Deadbots*, als digitale *Avatar* oder in Form eines *Deep Fake*. Es sind schwergewichtig diese Angebote, die neue Möglichkeiten der künstlichen Intelligenz nutzen, um einen möglichst lebensechten Austausch mit den Verstorbenen auch als virtuelle Entitäten zu ermöglichen.

Zu diesen Anwendungen, die spezifisch für den Bereich des *Digital Afterlife* konzipiert sind, gesellt sich auch die weit verbreitete Verwendung etablierter digitaler Plattform – namentlich im Bereich der Sozialen Medien – für Zwecke rund um Trauer und Tod, etwa das Teilen von Erinnerungen an eine verstorbene Person auf Facebook. Auch diese Anwendungen zum allgemeinen Gebrauch werden in der Studie ausführlich betrachtet.

Wie die Studie anhand der ausführlichen Gespräche, die mit Entwicklerinnen und Entwicklern der untersuchten Anwendungen geführt wurden, zeigt, ist es oftmals nicht primär ein unternehmerischer Antrieb, der diese leitet. Vielmehr beabsichtigen sie zumeist auch, mit ihrem Angebot einen Beitrag zum Umgang mit der existenziellen Situation, die der Tod bedeutet, und so auf Ebene der Gesellschaft auch zu einem entlasteten Umgang mit dem Sterben und der Trauer beizutragen. Auch zeigt sich, dass es zum jetzigen Zeitpunkt kaum möglich ist,

den Markt, der für die genannten Dienstleistungen besteht, einzuschätzen. Die Entwicklung des äusserst dynamischen Marktes, auf dem derzeit Akteure in grosser Zahl auftreten und wieder verschwinden, wird entscheidend dafür sein, wer in Zukunft welche Angebote zu welchen Bedingungen nutzen kann. Es handelt sich dabei um eine Frage der Zugangsgerechtigkeit, die umso wichtiger wird, sollte ein Nutzen bestimmter Anwendungen, z. B. zur Trauerbewältigung, nachgewiesen werden.

## Chancen und Risiken der Anwendungen und Einfluss auf das Verhältnis zu Tod und Trauer

Diese Frage nach dem konkreten Nutzen von Angeboten des *Digital Afterlife* nimmt in der Studie einen wichtigen Platz ein. Sie trägt empirische Daten zum Einsatz digitaler Technologien rund um die Planung des Lebensendes zusammen und fragt nach deren Nutzung in Zusammenhang mit Trauer und Tod durch diejenigen, die ihre Erinnerungen zurücklassen, durch trauernde Angehörige, und durch Fachpersonen, die sie begleiten und betreuen. Anhand dieser Analyse lassen sich die folgenden Gesichtspunkte hervorheben:

So lässt sich beobachten, dass die Nutzung digitaler Hilfsmittel für die Vorausplanung von Fragen rund um den eigenen Tod oder im Rahmen der Trauerarbeit zunimmt, was nicht zuletzt mit den Erfahrungen während der Covid-19-Pandemie zusammenhängt. Tatsächlich scheint diese Nutzung in der Schweiz aber noch marginal. Die aktuellen Anwenderinnen und Anwender sind Personen, die sich digitale Technologien so einfach anzueignen vermögen, dass sie diese in verschiedenen Kontexten und nach neuen Nutzungsmodalitäten anwenden können, es handelt sich also mehrheitlich um «*Early Adopters*».

Ebenfalls zeigt sich, dass digitale Technologien für den allgemeinen Gebrauch – etwa soziale Medien – während der Trauerphase von Menschen genutzt werden, die es gewohnt sind, in solchen Netzwerken nach Hilfe und sozialer Unterstützung zu suchen. Während der Pandemie half diese Nutzung, der sozialen Isolation entgegenzuwirken und trauernde Angehörige zu entlasten. Dies erhöht jedoch tendenziell das Risiko, dass Trauernde ungewollt und unvorbereitet den digitalen Vermächtnissen der Verstorbenen begegnen und unerwünschten oder abfälligen Kommentaren oder Inhalten (*Trolling*) ausgesetzt sind. Dies kann dazu beitragen, dass sich trauerbedingte negative Emotionen (Verzweiflung,

Angst, Depression) verstärken und verlängert werden. Anwendungen für den spezifischen Gebrauch rund um Tod und Trauer wiederum werden häufig auf Vorschlag einer Fachperson aus dem Bereich der Sterbebegleitung oder des Bestattungswesens eingesetzt. Die Nutzung in diesem Kontext scheint stärker kontrolliert zu sein, was es erlaubt, die Risiken abzufedern, die in Zusammenhang mit Plattformen für den allgemeinen Gebrauch auftreten können. Diese Dienstleistungen können jedoch für einige unerschwinglich sein, weshalb diese Nutzenden sich womöglich wieder auf Anwendungen für den allgemeinen Gebrauch verlegen. Die Schwierigkeiten, denen Entwicklerinnen und Entwickler oft begegnen, ihre Angebote zu finanzieren, begrenzen deren 'Lebensdauer' und tragen zur Problematik des *Second Loss* bei, d. h. des zweiten, unerwünschten Verlusts von digitalen Spuren, die für Hinterbliebene bedeutungsvoll sind und mit dem Verstorbenen in Verbindung gebracht werden.

Schliesslich wird sichtbar, dass ohne klare Richtlinien jede Person potenziell dem Risiko ausgesetzt ist, dass ihre digitalen Hinterlassenschaften nach ihrem Tod verändert werden, bis hin zur Möglichkeit, dass sie für die Schaffung einer virtuellen Version der Person (die Studie verwendet und untersucht den Ausdruck «*Versonne*») verwendet werden. Eine Form der Vorausverfügung – z. B. eine Anordnung zur Verhinderung eines digitalen Wiederbelebens (*digital do not reanimate orders*) – oder die Integration des Umgangs mit digitalen Daten nach dem Tod in das *Advance Care Planning* könnten solche Risiken verringern.

## Normative Fragen

Philosophische und normative Fragen spielen in den untersuchten Dynamiken rund um den Tod im digitalen Zeitalter eine zentrale Rolle. Aus philosophischer Sicht stellt sich allem voran die Frage, inwieweit zwischen einer Person zu ihren Lebzeiten und einem virtuellen Abbild dieses Menschen Kontinuität besteht, so dass der resultierenden *Versonne* der Status einer Person zugesprochen werden könnte. In philosophischer Perspektive kommen die Studienautoren zum Schluss, dass eine solche Gleichsetzung von Person und *Versonne* in einem ontologischen Sinn nicht zulässig ist. Das bedeutet, dass die virtuell erzeugte Entität nicht den Schutz von Persönlichkeitsrechten auf demselben Niveau wie eine lebende Person geniessen kann, und auch keine entsprechende Schutzwürdigkeit gegeben ist. Aus diesem Grund wird die Annahme einer «*post-mortem privacy*», d. h. eines Rechts auf Schutz der Privatsphäre nach dem Tod,

verworfen. Die Studie kommt jedoch zum Schluss, dass es ethische Pflichten der Zurückbleibenden im Umgang mit Daten von verstorbenen Personen gibt. Diese Pflichten bestehen beispielsweise darin, eine Anordnung der verstorbenen Person zu respektieren, ihre persönlichen Daten nach dem Tod nicht zu verwenden oder sie nicht in Form eines *Deep Fake* «wiederzubeleben».

Vielfach diskutiert wird die Frage, wie mit dem Recht auf Löschung persönlicher Daten nach dem Tod, aber auch mit dem Gleichgewicht zwischen Erinnern und Vergessen, das im Zusammenhang mit Trauer und Tod eminent wichtig ist, umzugehen ist. Aus einer normativen Perspektive unterstreicht die Studie die Bedeutung des Vergessens sowie die Wichtigkeit einer ausreichenden Kontrolle über persönliche Daten nach dem Tod.

Aufbauend auf diesen thematischen Erwägungen benennt die Studie in einer Synthese zentrale Aspekte, die auch für künftige Arbeiten zum *Digital Afterlife* von Bedeutung sind. Dazu gehört zum einen die herausragende Rolle, die den Fachpersonen aus unterschiedlichen Bereichen zukommt, wenn es darum geht, die Chancen und Risiken der Nutzung digitaler Anwendungen des *Digital Afterlife* gegeneinander abzuwägen und den Zugang zu denjenigen Hilfsmitteln zu verbessern, die tatsächlichen Nutzen stiften. Zu diesen Fachpersonen gehören Notarinnen und Notare, Bestattungsunternehmen, Psychologen, Psychotherapeutinnen und andere Personen, die Trauernde unterstützen oder spirituelle Begleitung leisten. Mit ihrem Wissen können diese Personen einen wichtigen Beitrag dazu leisten, dass die Selbstbestimmung und die psychische Gesundheit von Menschen am Lebensende und von Trauernden gestärkt werden. In diesem Zusammenhang muss sichergestellt sein, dass die diskutierten Anwendungen des *Digital Afterlife* nur auf freiwilliger Basis und ohne äusseren Druck eingesetzt werden. Denn es gehört zu den menschlichen Grundfreiheiten, sich nicht mit solchen Fragen beschäftigen zu müssen, auch dann, wenn dies womöglich ratsam sein könnte. Daher ist es umso wichtiger zu klären, wie die Zustimmung zur Verwendung persönlicher Daten nach dem Tod gewährleistet, und wie die Entwicklerinnen und Entwickler sowie die erwähnten Fachpersonen fortwährend für dieses Thema sensibilisiert werden können. Schliesslich ist es wichtig, auf die grundlegende Verletzlichkeit der Nutzenden hinzuweisen, die sich in der Regel in einer (existenziellen) Trauersituation befinden und nicht nur vor Abhängigkeit und Isolation, sondern auch vor der realen Gefahr des Missbrauchs (z. B. in Form betrügerischer Handlungen) auf den betreffenden Plattformen geschützt werden müssen.

## Empfehlungen

Vor diesem Hintergrund formuliert die Studie im Sinne von Schlussfolgerungen 12 Empfehlungen in vier Handlungsfeldern, die sich nicht nur an staatliche Instanzen oder den Gesetzgeber sowie an Fachpersonen bzw. Fachinstanzen, sondern auch an die Entwicklerinnen und Entwickler von Anwendungen des *Digital Afterlife* richten. In diesem Zusammenhang ist die Projektgruppe der Ansicht, dass eine verantwortungsvolle Nutzung von Plattformen zur Antizipation von Entscheidungen im Hinblick auf den eigenen Tod (Kategorie a) aus gesellschaftlicher Perspektive wünschenswert ist, da solche Dienste nicht nur den Nutzenden, sondern auch den betroffenen Angehörigen Vorteile bringen können.

Das **erste Handlungsfeld** betrifft die Begleitung der Nutzung und die Prävention von Risiken, die mit den neuen Anwendungen rund um das *Digital Afterlife* verbunden sind:

1. Förderung des Wissens in der Bevölkerung und unter den Fachpersonen betroffener Berufsgruppen über die Herausforderungen, die mit den digitalen Spuren einhergehen, wie sie nach dem Tod von allen Personen hinterlassen werden, die digitale Anwendungen nutzen.
2. Einbezug des Themas *Digital Afterlife* in die Bemühungen der verschiedenen Akteure zur Verbesserung der *Digital Literacy* in der Bevölkerung; unter anderem Aufnahme des Themas in die Sekundarschulbildung und in die tertiäre Ausbildung von Personen, die Medien und Informatik unterrichten.
3. Sensibilisierung der Bevölkerung für die Vorteile einer angemessenen Vorausverfügung betreffend den Umgang mit ihren Daten im Todesfall und deren Nutzung.
4. Es soll festgelegt werden, wie die digitale Vorsorge besser in die Entscheidungsprozesse und die Begleitung am Lebensende integriert werden kann.
5. Förderung von Forschungsprojekten mit dem Ziel, mögliche Handlungsfelder und wünschenswerte Entwicklungen in Bezug auf die Nutzung und den normativen Rahmen, vor allem für Anwendungen aus dem Bereich der «digitalen Weiterexistenz», zu eruieren



6. Förderung der öffentlichen Debatte über die Wünschbarkeit und die soziale Relevanz einer stärkeren Verbreitung von Anwendungen des Digital Afterlife, insbesondere von solchen, die auf die «digitale Weiterexistenz» abzielen.

Das **zweite Handlungsfeld** behandelt den Zugang zu digitalen Anwendungen des *Digital Afterlife* und die Qualität der angebotenen Dienstleistungen:

7. Digitale Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Dokumenten und Verfügungen angemessen honorieren, sofern sie die oben genannten ethischen Anforderungen erfüllen (Einwilligung sowie freie und freiwillige Nutzung).
8. Seitens der Anbieter von Anwendungen des *Digital Afterlife*: Gewährleistung hoher Standards hinsichtlich der Sicherheit und des Schutzes von Daten und ihrer Speicherung, insbesondere um den Verlust oder die missbräuchliche Verwendung der Daten zu verhindern.

Das **dritte Handlungsfeld** bezieht sich auf die Begleitung von Trauernden und deren Unterstützung:

9. Es wird empfohlen, die Verfügbarkeit einer angemessenen, leicht zugänglichen und erschwinglichen Begleitung für Trauernde zu gewährleisten und Fachpersonen in allen Einrichtungen in Bezug auf die Risiken zu schulen, die mit der Nutzung digitaler Hilfsmittel im Kontext von Trauer und Tod einhergehen.

Das **vierte Handlungsfeld** schliesslich betrifft den normativen Rahmen und die Kommerzialisierung von Daten nach dem Tod:

10. Entwicklerinnen und Entwickler von Chatbots, die im Kontext des Lebensendes zum Einsatz kommen (Deadbots), müssen die Nutzenden transparent auf den artifiziellen Charakter der Konversation hinweisen und sie vorzu über eine mögliche automatisierte Abänderung der von den Verstorbenen aufgezeichneten Inhalte informieren.
11. Entwicklerinnen und Entwickler von Chatbots oder anderen Technologien für die digitale Kommunikation über den Tod hinaus müssen gewährleisten, dass auf jegliche Veränderung der Persönlichkeit oder der äusseren Erscheinung (Stimme oder Körper) der Person, die durch die Technologie imitiert wird, verzichtet wird, die deren Interessen oder ihrem dokumentierten Willen zuwiderlaufen.

12. Entwicklerinnen und Entwickler von Chatbots oder anderen Technologien für die digitale Kommunikation über den Tod hinaus sollten ein «Recht auf Löschung» vorsehen: Jede Person hat das Recht zu verfügen, dass alle digitalen Spuren vor oder nach dem Tod zu löschen seien. Jede hinterbliebene Person wiederum hat das Recht, darauf zu verzichten, Nachrichten oder andere Formen von Daten eines Verstorbenen zu lesen, anzuhören oder zu empfangen.

Es ist davon auszugehen, dass das Feld des *Digital Afterlife* mit der Ausweitung der Möglichkeiten digitaler Technologien in rascher Bewegung bleiben wird. Umso bedeutsamer ist, dass Risiken und Chancen auf diesem Gebiet fortwährend im Blick behalten und auf ihre individuellen und gesellschaftlichen Implikationen hin untersucht werden.



# Résumé de l'étude principale

*Jean-Daniel Strub, Francesca Bosisio, Ralf J. Jox, Johan Rochel, Anca-Cristina Sterie. (2024): La mort à l'ère numérique. Chances et risques du Digital Afterlife. TA-SWISS Publikationsreihe (Hrsg.): TA 82/2024. Zollikon: vdf.*

<https://zenodo.org/records/12566335>

La numérisation s'impose dans tous les domaines de la vie et elle ne s'arrête pas devant la mort. Aujourd'hui, les outils numériques élargissent considérablement l'éventail d'options disponibles pour toute personne confrontée à la fin de vie et au deuil. Qu'il s'agisse d'anticiper les décisions de fin de vie et de prévoyance funéraire, de gérer ou transmettre des souvenirs aux survivants, d'améliorer le soutien social lors d'un deuil ou de rester en contact, voire même en communication avec des défunts : des applications numériques proposent une solution pour le rendre possible. Ainsi, il existe par exemple des plateformes permettant aux utilisateurs de centraliser dans un environnement sécurisé tous les documents relatifs à leur décès – du testament aux directives anticipées jusqu'aux dernières volontés en matière de funérailles. D'autres prestataires proposent des chatbots – agents conversationnels désignés dans le présent contexte comme des deadbots – destinés à entretenir un échange virtuel avec des individus décédés, en s'appuyant notamment sur des outils d'intelligence artificielle. Les nouvelles opportunités du numérique en lien avec la mort et le deuil sont toutefois accompagnées de risques, par exemple celui de troubler le deuil ou d'exposer les proches à des souvenirs non souhaités. Et il n'est pas exclu que les souvenirs numérisés ainsi que les données personnelles des personnes décédées soient utilisés de manière contraire à leurs valeurs ou à leurs souhaits, jusqu'à les faire revivre virtuellement sans qu'elles y aient consenti de leur vivant.

Dans ce contexte, la présente étude traite du Digital Afterlife, c'est-à-dire l'ensemble des questions relatives à la présence numérique – active ou passive – des personnes après leur mort. Son objectif est de contribuer à la compréhension approfondie des multiples implications du Digital Afterlife et d'en déduire des recommandations pratiques. Pour ce faire, elle vise notamment à donner un aperçu des applications, services et outils actuellement disponibles et de dresser un tableau de la manière dont les applications, services et outils présentés influencent notre rapport au deuil, aux rituels qui l'accompagnent, et à la mort humaine. En lien avec ce qui précède, la présente étude traite également de questions liées aux libertés individuelles, les droits et les intérêts des individus,

englobant à la fois les personnes en fin de vie et les proches. Nous montrerons pourquoi il est indiqué pour le grand public de s'intéresser davantage à l'héritage numérique ainsi qu'à la prévoyance en la matière et, selon leur volonté, de prendre les dispositions nécessaires en la matière. Dans ce contexte, l'étude traite en détail des principales questions philosophiques et éthiques liées à la mort numérique.

## Outils, acteurs et perspectives

Pour pouvoir situer ces développements, il est nécessaire d'avoir tout d'abord une vue d'ensemble du paysage des applications numériques dans le domaine de la mort et du deuil. Au moyen d'une cartographie détaillée du domaine, l'étude illustre quelles sont les applications disponibles aujourd'hui, qui les développe et avec quelles motivations, et quelles approches technologiques sont utilisées. Afin d'exemplifier les types d'applications prioritaires pour cette étude, nous avons élaboré une vue d'ensemble qui montre comment les différentes applications se rapportent les unes aux autres. En adéquation avec la littérature internationale, quatre catégories d'offres sont distinguées :

### a) « Services de gestion d'informations et de prévoyance funéraire »

Cette première catégorie désigne les plateformes qui permettent aux clients de sauvegarder et de stocker en un seul endroit et de manière centralisée les informations et les dispositions relatives à leur fin de vie ainsi qu'à leur présence numérique après leur décès. Ceci dans le but de simplifier au maximum la planification successorale, mais aussi la planification des formalités liées au décès, et de soulager ainsi les proches et les utilisateurs eux-mêmes.

### b) « Services de commémoration en ligne »

Cette deuxième catégorie porte sur les plateformes qui servent à la commémoration commune d'un défunt dans un espace virtuel. Ces offres vont des cimetières virtuels et des sites de commémoration virtuels – qui existent depuis les débuts de l'internet – aux nouvelles offres interactives, qui permettent de relier les lieux de commémoration et les histoires de vie d'un défunt et de créer ainsi des espaces virtuels pour le souvenir partagé des personnes décédées.

### c) « Services messages post-mortem »

Le troisième groupe est constitué par les offres qui servent à envoyer des messages aux survivants, que ce soit sous forme d'histoires et de pensées de sa propre vie ou sous forme d'informations utiles au sujet des profils numériques de la personne décédée. Parmi ces offres, on trouve également celles qui permettent aux utilisateurs de rédiger des messages à l'intention des survivants, messages qui ne leur sont envoyés qu'à des moments prédéterminés ou en lien avec des événements ultérieurs de la vie, par exemple à l'occasion de l'anniversaire de mariage ou de la majorité d'un enfant ou d'un petit-enfant.

### d) « Services survie numérique »

La quatrième catégorie porte sur des plateformes qui permettent aux utilisateurs de continuer une existence virtuelle au-delà de leur mort, que ce soit sous la forme d'un *deadbot*, d'avatars numériques ou à travers un *deep fake*. Ce sont principalement ces offres qui utilisent les nouvelles possibilités de l'intelligence artificielle pour permettre un échange virtuel aussi réaliste que possible avec les défunts. Cette catégorie attire actuellement une part importante de l'attention médiatique, surtout au niveau international, bien que le nombre de prestataires reste faible.

À ces applications spécifiquement conçues pour le domaine du Digital Afterlife s'ajoute l'utilisation répandue de plateformes numériques établies – notamment dans le domaine des réseaux sociaux – à des fins liées au deuil et à la mort, comme le partage de souvenirs d'une personne décédée sur Facebook. Ces applications à but général sont également examinées en détail dans l'étude.

Les entretiens approfondis menés avec des développeurs des applications choisies montrent que ceux-ci ne sont souvent pas motivés en premier lieu par une ambition entrepreneuriale. La plupart du temps, leur objectif est plutôt d'apporter une contribution à la gestion de cette situation existentielle qu'est la mort humaine et de contribuer ainsi à un changement de comportement face à la finitude humaine à l'échelle de la société. L'étude rappelle également qu'à l'heure actuelle, il est très difficile d'estimer le marché existant ou potentiel pour les services mentionnés. Toutefois, l'évolution de ce marché, caractérisé par une haute dynamique et volatilité, sera décisive pour clarifier qui pourra à l'avenir utiliser quelles offres et à quelles conditions. Il s'agit donc d'une question d'équité

d'accès, d'autant plus importante si l'utilité de certaines applications, par exemple pour faire le deuil, pourra être démontrée.

## Opportunités et risques des outils et influence sur le rapport à la mort et au deuil

Cette question de l'utilité concrète des offres relatives au *Digital Afterlife* occupe une place importante dans l'étude. Afin d'évaluer cette utilité, l'étude rassemble des données empiriques sur l'emploi des technologies numériques en prévision de la mort ou en lien avec celle-ci par les créateurs de mémoires digitales, des proches endeuillés et des professionnels qui les accompagnent et prennent soin d'eux. Cette analyse permet de mettre en évidence les phénomènes suivants :

On observe que l'utilisation de technologies numériques en anticipation de son décès ou dans le cadre d'un deuil est en train de s'étendre, en lien notamment avec l'usage durant la pandémie de Covid-19. Néanmoins, nos résultats et la littérature suggèrent que cette utilisation reste marginale en Suisse. Les utilisateurs de ces technologies sont des personnes qui ont un niveau d'appropriation des technologies numériques suffisamment élevé pour pouvoir expérimenter ces technologies dans des contextes différents ou suivant des nouvelles modalités d'utilisation (aussi appelés « adopteurs précoces »).

De même, les technologies numériques à but général, telles que les réseaux sociaux, sont utilisées durant la période de deuil par des personnes qui ont l'habitude de rechercher de l'aide et du soutien social sur ces réseaux. Durant la pandémie, cette utilisation a permis de pallier l'isolement social et de soulager les proches endeuillés. Le recours aux réseaux sociaux tend toutefois à augmenter le risque d'exposition non-souhaitées des personnes endeuillées aux mémoires digitales des personnes décédées et à des commentaires ou contenus non sollicités ou désobligeants (*trolling*). Cette exposition a le potentiel de renforcer et prolonger dans le temps des émotions négatives liées au deuil (détresse, anxiété ou dépression). Les technologies numériques à but spécifique sont, quant à elles, souvent utilisées sur proposition d'un professionnel de l'accompagnement en fin de vie ou du funéraire. L'utilisation dans ce contexte semble être plus encadrée et à même d'atténuer les risques propres aux technologies à but général. Le coût de ces prestations peut toutefois être prohibitif pour certains, qui pourraient alors se tourner vers des technologies à but

général. La difficulté rencontrée par certains développeurs pour financer leurs applications limite la durée de vie de ces dernières, contribuant à la problématique du *second loss*, c'est-à-dire la deuxième perte involontaire des traces numériques associées au défunt.

Enfin, il apparaît qu'en l'absence de directives claires, toute personne est potentiellement exposée au risque de voir ses mémoires numériques altérées après son décès, quitte à les voir utilisées pour la création d'une version virtuelle de sa personne (« *versionne* »). Des directives anticipées – par exemple des directives visant à empêcher une réanimation numérique (*digital do not reanimate orders*) – ou l'intégration d'une clarification sur le sort des données numériques post-mortem dans un projet de soins anticipé (*Advance Care Planning*) pourraient permettre de minimiser ces risques.

## Questions normatives

Les questions philosophiques et normatives, jouent un rôle central dans les dynamiques étudiées autour de la mort à l'ère numérique. En effet, d'un point de vue philosophique, la première question qui se pose est celle de la continuité entre une personne de son vivant et une image virtuelle de cette personne, de sorte que la *versionne* qui en résulte pourrait se voir attribuer le statut de personne. D'un point de vue philosophique, les auteurs de l'étude concluent qu'une telle assimilation, au sens ontologique, de la personne et de la *versionne* n'est pas admissible. Cela signifie que l'entité créée virtuellement ne peut pas bénéficier d'une protection des droits de la personnalité au même niveau que celle d'une personne vivante, car elle n'est pas digne d'une telle protection. C'est pourquoi l'hypothèse d'une « *post-mortem privacy* », c'est-à-dire d'un droit à la protection de la vie privée après la mort, est rejetée dans cette étude. L'étude conclut néanmoins qu'il existe des obligations éthiques importantes pour les survivants et la société en ce qui concerne le traitement des données de personnes décédées. Ces obligations consistent, par exemple, à respecter un refus de la personne décédée de ne pas utiliser ses données personnelles après la mort ou de ne pas la « réanimer » sous forme d'un *deep fake*.

La question de comment traiter le droit à l'effacement des données personnelles après la mort, mais aussi l'équilibre entre le souvenir et l'oubli, éminemment important dans le contexte du deuil et de la mort, fait l'objet de nombreuses



discussions. Dans une perspective normative, l'étude souligne l'importance de l'oubli, ainsi que l'importance d'un contrôle suffisant des données personnelles après la mort.

Sur la base des considérations mentionnées, l'étude discute, dans le cadre d'une synthèse, quelques aspects centraux qui devront être pris en compte pour tout travail futur au sujet du *Digital Afterlife*. Il s'agit d'une part du rôle éminent que jouent les professionnels lorsqu'il s'agit d'équilibrer les avantages et les risques de l'utilisation des outils numériques du *Digital Afterlife* et d'améliorer l'accès aux technologies qui amènent un bénéfice pour leurs utilisateurs. Parmi ces professionnels, l'on comptera les notaires, les pompes funèbres, les psychologues, psychothérapeutes et autres personnes pouvant apporter un soutien aux personnes endeuillées, c'est-à-dire toute personne impliquée dans l'accompagnement spirituel. Grâce à leurs connaissances, ces personnes pourraient contribuer de manière importante à ce que l'autonomie et la santé psychique des personnes en fin de vie et des personnes endeuillées puissent être préservées. Dans ce contexte, il est nécessaire de faire en sorte que les outils du *Digital Afterlife* ne soient utilisés que sur une base volontaire et sans pression extérieure. En effet, ne pas devoir s'occuper de telles questions fait partie des libertés fondamentales de l'individu. Il est donc d'autant plus important de se déterminer sur comment garantir et protéger le consentement à l'utilisation des données personnelles après la mort et de sensibiliser les développeurs et les professionnels à cette question. Enfin, il est important d'attirer l'attention sur la vulnérabilité fondamentale des utilisateurs, qui se trouvent généralement dans une situation de deuil (existentiel) et doivent être protégés non seulement des dépendances et de l'isolement, mais aussi des risques réels d'abus (escroquerie) sur les plateformes en question.

## Recommandations

Compte tenu de ce qui précède, l'étude formule en conclusion 12 recommandations dans quatre champs d'action, s'adressant non seulement aux instances étatiques ou au législateur, mais aussi aux professionnels des divers domaines concernés et tout spécifiquement aux développeurs d'applications du *Digital Afterlife*. Dans ce contexte, le groupe de projet considère qu'une connaissance et utilisation responsable des plateformes d'anticipation des décisions en prévision de son décès (catégorie a) est souhaitable dans une perspective sociétale en

raison des avantages que ces services peuvent apporter aux utilisateurs, mais aussi aux proches concernés.

Le **premier champ d'action** concerne l'accompagnement de l'utilisation et la prévention des risques associés aux outils du *Digital Afterlife* :

1. Promouvoir auprès de la population la connaissance des enjeux associés aux traces numériques posthumes laissées par toute personne utilisant des technologies numériques.
2. Inclure la thématique du *Digital Afterlife* dans les démarches des différents acteurs visant à améliorer la culture numérique au sein de la population et auprès des professionnels concernés ; intégrer, entre autres, la thématique dans l'éducation secondaire et dans la formation tertiaire des enseignants en médias et informatique.
3. Sensibiliser la population aux avantages d'une anticipation adéquate de l'utilisation des données en cas de décès.
4. Déterminer la manière dont la prévoyance numérique peut être mieux intégrée dans les processus de décision et de l'accompagnement de fin de vie.
5. Encourager des projets de recherches approfondis pour mieux cerner les domaines d'action et les évolutions souhaitables en termes d'utilisation et de cadre normatif, avant tout au sujet des outils visant la « survie numérique ».
6. Encourager un débat public sur la désirabilité et la pertinence sociale d'une diffusion accrue des applications et outils visant la « survie numérique ».

Le **deuxième champ d'action** traite de l'accès aux outils numériques liés au *Digital Afterlife* et la qualité des services proposés :

7. Valoriser de manière appropriée les prestations favorisant la gestion du patrimoine numérique, de la prévoyance funéraire et d'autres dispositions comme les directives anticipées dès lors qu'elles remplissent les exigences éthiques indispensables (consentement et utilisation libre et volontaire).
8. De la part des prestataires d'applications, services et outils du *Digital Afterlife* : assurer des standards élevés en termes de sécurité et de protection des données et de leur stockage, notamment pour éviter la perte ou le détournement de celles-ci.

Le **troisième champ d'action** se réfère à la prise en charge des personnes endeuillées et leurs besoins de soutien :

9. Il est recommandé d'assurer la disponibilité d'une prise en charge adéquate, facile d'accès et financièrement abordable pour les personnes endeuillées qui vivent un deuil difficile et de former les professionnels aux risques associés à l'utilisation du numérique en période de deuil.

Le **quatrième champ d'action**, enfin, concerne le cadre normatif et la commercialisation des données post-mortem :

10. Les développeurs d'agents conversationnels utilisés dans le cadre de la fin de vie (*deadbots*) doivent avertir de manière transparente les utilisateurs du caractère artificiel des conversations établies et qu'ils les informent progressivement d'une altération automatisée éventuelle des contenus enregistrés par les défunts.
11. Les développeurs d'agents conversationnels ou d'autres technologies d'interaction numérique post-mortem doivent renoncer à toute altération des traits de personnalité et de l'apparence (voix ou représentation du corps) de la personne imitée par le biais de la technologie, pour autant qu'elle va à l'encontre des intérêts du défunt ou est en contradiction avec sa volonté documentée.
12. Les développeurs d'agents conversationnels ou d'autres technologies d'interaction numérique post-mortem doivent assurer un « droit à l'effacement » tant pour les personnes anticipant leur décès que pour les survivants. Toute personne anticipant sa propre mort a le droit de supprimer toutes ses traces digitales avant ou après la mort. Chaque survivant a de son côté le droit de refuser de lire, écouter et recevoir des messages ou d'autres formes de données émises par le défunt.

Il faut s'attendre à ce que le domaine du *Digital Afterlife* continue d'évoluer rapidement avec l'extension des possibilités offertes par les technologies numériques. Il est donc d'autant plus important de garder un œil sur les risques et les opportunités dans ce domaine et d'examiner continuellement leurs implications individuelles et sociales.

*Während ihres Lebens häufen Menschen zahllose Daten in digitalen Umgebungen an. Was damit nach dem Tod geschieht, ist nicht in allen Fällen klar. Welche digitalen Persönlichkeitsrechte stehen einer verstorbenen Person zu und welche Ansprüche haben Erben auf die virtuellen Hinterlassenschaften? Die zunehmende Digitalisierung des Todes wirft zahlreiche Rechtsfragen auf, die nicht nur Erblasser und Erben betreffen, sondern auch Technologiefirmen und Onlinedienste.*

*Die vorliegende Studie blickt auf das schweizerische Recht und die bestehenden Vorschriften, welche auf die Folgen des digitalen Todes anwendbar sind. Zudem versucht sie aufzudecken, welche Lücken existieren und wie der Gesetzgeber sie schliessen könnte. Damit schafft sie die juristische Ergänzung zur Studie «La mort à l'ère numérique. Chances et risques du Digital Afterlife», welche sich auf die technischen, sozialen, ökonomischen, psychologischen und philosophischen Aspekte der Thematik bezieht.*



**v/dlf**

**TA-SWISS 82.1/2024**

**ISBN 978-3-7281-4197-2 (Printausgabe)**

**ISBN 978-3-7281-4198-9 (E-Book)**

**DOI 10.3218/4198-9**