

Vorwort

Nahezu täglich ist der Erbrechtsberater mit dem Wunsch des/der Mandanten/in befasst, Fragen, die das erst nach dem Tod des künftigen Erblassers entstehende erbrechtliche Rechtsverhältnis betreffen, schon vor dessen Tod klären zu können. Dazu gehören Informationen, die einem potentiell Erbberechtigten schon vor dem Erbfall seine spätere Rechtsposition erleichtern können, als auch verbindliche vertragliche Regelungen ante mortem, die die Abwicklung eines Erbfall es post mortem sichern. Diese völlig unterschiedlichen Ansätze zeigen schon bei einer ersten Bestandsaufnahme, wie vielfältig sich das Spektrum einer derartigen Herangehensweise darstellt. Eine solche jedem Erbrechtspraktiker bekannte Beratungssituation führte zu der Idee, möglichst viele Gesichtspunkte der einem künftigen Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten vor dem Erbfall zustehenden Rechte in einer übersichtlichen Abhandlung zusammenhängend darzustellen, auch wenn davon ganz unterschiedliche Bereiche des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts betroffen sind. Anspruch auf eine komplette Erfassung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte kann einem solchen Versuch nicht zukommen. Deshalb sind Verfasser und Verlag für alle konstruktiven Anregungen dankbar.

Der leichten Lesbarkeit wegen sind einzelne Wiederholungen, vor allem bei der nicht ganz einfachen Thematik der Wechselbezüglichkeit, beabsichtigt.

Stand von Literatur und Rechtsprechung: 30.9.2020.

Stuttgart, im Oktober 2020

Walter Krug

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Vorwort | V |
| Literaturverzeichnis | XXI |
| § 1 Grundsatz mit Ausnahmen | 1 |
| A. Überblick | 1 |
| I. Künftiges Erbrecht | 1 |
| II. Künftiges Pflichtteilsrecht | 1 |
| III. Künftiger Vermächtniserfüllungsanspruch | 2 |
| IV. Rechte eines künftigen Erben aus einem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall | 2 |
| V. Feststellungsklagen über erbrechtliche Rechtsverhältnisse zu Lebzeiten des Erblassers | 3 |
| B. Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes über die eigene Abstammung | 5 |
| I. Abstammung als Vorfrage des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts | 5 |
| II. Begriff des Abkömmlings | 6 |
| III. Einzelne Auskunftsansprüche eines Kindes | 6 |
| 1. Auskunftsanspruch des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen den Arzt | 6 |
| 2. Auskunftsanspruch des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen Reproduktionsklinik | 6 |
| 3. Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes auf Benennung der Großmutter | 7 |
| 4. Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz – SaRegG) | 7 |
| IV. Beweisbeschluss betr. Abstammungs-Gutachten nicht anfechtbar | 8 |
| V. Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter auf Nennung des Erzeugers | 8 |
| VI. Auskunftsurteil in der Zwangsvollstreckung | 9 |
| VII. Klärung von Abstammungsfragen im selbstständigen Beweisverfahren | 10 |
| C. Die Rechte Ungeborener vor dem Erbfall | 10 |
| I. Ungeborene als Rechtssubjekte des Erbrechts | 11 |
| 1. Erzeugte, aber noch nicht Geborene | 11 |
| 2. Noch nicht Gezeugte | 12 |

| | |
|--|-----------|
| II. Erbrechtliche Rechtspositionen nicht Geborener | 12 |
| 1. Erbenberufung | 12 |
| a) Rückwirkende Erbenberufung | 12 |
| b) Ausschlagung und Annahme der Erbschaft | 13 |
| c) Nasciturus und Erbschein | 13 |
| 2. Vermächtnisnehmer | 13 |
| III. Die Vertretung nicht Geborener und nicht Gezeugter | 14 |
| IV. Die Vertretung einer noch nicht existenten juristischen Person | 14 |
| V. Beim Tod des Erblassers nicht abgeschlossenes Adopti- onsverfahren | 14 |
| VI. Aufschub der Nachlassauseinandersetzung | 15 |
| VII. Der Unterhaltsanspruch der Mutter des ungeborenen Nacherben gegen den Nachlass | 15 |
| VIII. Keine Eintragung eines ungeborenen Kindes als Kom- manditist im Handelsregister | 15 |
| IX. Die Erhebung einer Erbunwürdigkeitsklage von einem Pfleger für unbekannte Nacherben | 16 |
| X. Künstliche Befruchtung nach dem Tod des Samenspen- ders | 16 |
| D. Die Rechte der noch nicht rechtsfähigen Stiftung | 17 |
| I. Die noch nicht als rechtsfähig anerkannte Stiftung | 17 |
| II. Die Stiftung von Todes wegen | 17 |
| E. Einsichtsrecht eines Kindes in Grundbuch und Grundakten der Mutter wegen möglicher Grundstücksveräußerungen? ... | 18 |
| § 2 Erb- und Pflichtteilsverzicht | 21 |
| A. Der Erbverzicht | 21 |
| I. Ausgangssituation und Begriff des Erbverzichts | 21 |
| II. Formelles | 23 |
| 1. Notarielle Beurkundung | 23 |
| 2. Stellvertretung | 24 |
| III. Arten des Verzichts | 24 |
| 1. Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht | 24 |
| 2. Pflichtteilsverzicht | 25 |
| 3. Zuwendungsverzicht | 26 |
| IV. Der Erbverzicht als vorweggenommene Erbfolge | 26 |
| V. Unentgeltlicher oder entgeltlicher Erbverzicht | 26 |
| VI. Der rechtliche Zusammenhang zwischen Abfindung und Verzichtserklärung | 27 |

| | |
|---|-----------|
| VII. Die Wirkungen des Verzichts | 27 |
| 1. Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht | 27 |
| 2. Verzicht auf eine bindende testamentarische oder erbrevertragliche Zuwendung | 28 |
| 3. Verzicht zugunsten eines anderen | 28 |
| VIII. Die Erstreckung des Erbverzichts auf die Abkömmlinge | 28 |
| 1. Der Ausschluss des Verzichtenden vom gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrecht | 28 |
| 2. Die Rechtswirkungen des Verzichts auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge | 29 |
| 3. Die Rechtswirkungen des Verzichts auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht der Eltern | 29 |
| 4. Abweichende Vereinbarungen | 30 |
| IX. Aufhebungsvertrag | 30 |
| X. Kein Rücktrittsrecht des Erben von einem Erbverzichtsvertrag | 30 |
| XI. Inhaltskontrolle beim Pflichtteilsverzichtsvertrag | 30 |
| 1. Grundsätze | 30 |
| 2. Pflichtteilsverzicht des Sozialleistungsempfängers | 34 |
| XII. Die Anfechtung des Erb- und Pflichtteilsverzichts | 37 |
| XIII. Feststellungsklage zur Wirksamkeit eines Erbverzichts | 37 |
| B. Der Pflichtteilsverzicht als Gestaltungsinstrument | 37 |
| I. Der Pflichtteilsverzicht als Alternative zum „klassischen“ Behindertentestament | 37 |
| II. Der isolierte Pflichtteilsverzicht | 39 |
| C. Der Zuwendungsverzicht | 39 |
| I. Typische Fälle eines Zuwendungsverzichts | 39 |
| II. Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge | 41 |
| III. Aufhebung eines Zuwendungsverzichtsvertrags | 41 |
| D. Erb- und Pflichtteilsverzicht und Internationales Privatrecht (EuErbVO) | 42 |
| I. Deutsches Recht: Erb- und Pflichtteilsverzicht als Rechtsgeschäft unter Lebenden | 42 |
| II. EuErbVO: Erb- und Pflichtteilsverzicht als Verfügung von Todes wegen | 42 |
| III. Kausales Rechtsverhältnis und Erfüllung | 44 |
| IV. Verfügungsgeschäft | 44 |
| V. Kausales Rechtsverhältnis | 44 |
| VI. Der isolierte Pflichtteilsverzicht | 45 |

| | |
|--|-----------|
| VII. Antrag auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses | 46 |
| § 3 Vor- und Nacherbschaft | 47 |
| A. Die Rechte des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalles | 47 |
| I. Das Rechtsverhältnis zwischen Vorerbe und Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles | 47 |
| II. Kombination zwischen teilweiser Vor-/Nacherbschaft und teilweiser Vollerbschaft | 47 |
| III. Anwartschaftsrecht des Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall | 48 |
| 1. Begriff eines Anwartschaftsrechts | 48 |
| 2. Primärnacherbe, Ersatznacherbe und Nach-Nacherbe als Anwartschaftsrechtsinhaber | 48 |
| 3. Zweck | 49 |
| 4. Die Veräußerung des Anwartschaftsrechts | 49 |
| a) Die Veräußerung an einen Dritten | 49 |
| b) Die Veräußerung an den Vorerben | 50 |
| 5. Die Vererbung des gesetzlich entstandenen Anwartschaftsrechts | 50 |
| 6. Die personelle Eingrenzung der Vererblichkeit des Nacherben-Anwartschaftsrechts | 52 |
| IV. Unwirksamwerden der Nacherbschaft durch Zeitablauf .. | 52 |
| V. Wegfall der Hofeigenschaft vor Eintritt des Nacherbfalles | 53 |
| VI. Die gestaffelte Nacherbfolge | 53 |
| VII. Die Rechte des/der Nacherben bei einer Auseinandersetzung des Nachlasses durch die Vorerben | 55 |
| 1. Die Auseinandersetzung der Vorerbengemeinschaft | 55 |
| 2. Die „Auseinandersetzung“ zwischen Vorerbe und Nacherbe | 56 |
| B. Erbschein, ENZ und öffentliche Register bei der Nacherbfolge | 56 |
| I. Nacherbenvermerk im Erbschein | 56 |
| II. Rechte des Nacherben in Bezug auf einen unrichtigen Erbschein des Vorerben | 57 |
| III. Nacherbenvermerk im Europäischen Nachlasszeugnis | 58 |
| 1. Die Vor- und Nacherbschaft im Verhältnis zur EuErbVO | 58 |
| a) Rechtsunsicherheit wg. Verfügungsbeschränkungen des Vorerben | 58 |
| b) Zuständigkeiten für die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses | 59 |

| | |
|--|-----------|
| 2. Die Anerkennung eines in Deutschland erteilten ENZ in allen Mitgliedstaaten | 59 |
| 3. Der Widerruf eines unrichtigen ENZ | 60 |
| IV. Nacherbenvermerk im Grundbuch | 60 |
| 1. Die Verfügungsbeschränkung des Vorerben | 60 |
| 2. Die Rechtswirkungen des Nacherbenvermerks | 62 |
| 3. Grundbuchberichtigungsanspruch des Nacherben bei fehlendem Nacherbenvermerk im Grundbuch | 62 |
| V. Nacherbschaft und Handelsregister | 63 |
| C. Auskunfts- und Informationsrechte des Nacherben | 64 |
| I. Errichtung eines Nachlassverzeichnisses | 64 |
| 1. Schuldrechtliche „Sicherung“ der Nacherbenrechte | 64 |
| 2. Rechtliche Grundlagen | 64 |
| 3. Keine Befreiung des Vorerben | 64 |
| 4. Mehrere Nacherben | 64 |
| 5. Mehrere Vorerben | 65 |
| 6. Inhalt des Verzeichnisses | 65 |
| 7. Formalien des Verzeichnisses | 66 |
| 8. Grenzen des Anspruchs | 66 |
| 9. Verfahren und Kosten | 67 |
| II. Feststellung des Zustandes der zum Nachlass gehörenden Sachen | 67 |
| 1. Rechtliche Grundlagen | 67 |
| 2. Verfahren und Kosten | 68 |
| III. Kontroll- und Sicherungsrechte bei einer Gefährdung des Nachlasses | 68 |
| 1. Rechtliche Grundlagen | 68 |
| 2. Inhalt des Anspruchs | 68 |
| a) Außerordentliches Auskunftsrecht | 68 |
| b) Auskunft über den aktuellen Nachlassbestand | 69 |
| c) Anspruchsvoraussetzungen | 69 |
| d) Verfahren | 70 |
| IV. Auskunftsanspruch des Nacherben gegen den Vorerben bezüglich der Anlage freier Geldmittel | 71 |
| D. Wirtschaftsplan | 72 |
| E. Die Rechte des Nacherben bei Zugriff der Gläubiger des Vorerben auf den Nachlass | 72 |
| I. Dem Nacherben gegenüber unwirksame Zwangsvoll- streckungsmaßnahmen | 72 |
| II. Die klageweise Geltendmachung der Rechte des Nach- erben | 73 |

| | |
|--|-----------|
| III. Der Nacherbe als Beteiligter im Zwangsversteigerungsverfahren | 73 |
| F. Die Rechte des Nacherben bei der Auseinandersetzung der Vorerbengemeinschaft | 74 |
| I. Erbteilung | 74 |
| II. Abschtigung | 75 |
| G. Teilungsversteigerung von Nachlassgrundstücken | 76 |
| I. Grundsatz | 76 |
| II. Der Nacherbe als Verfahrensbeteiligter | 76 |
| III. Der Erlös als dingliches Surrogat | 77 |
| IV. Verteilung des Erlöses | 77 |
| V. Die verfahrensmäßige Behandlung des Nacherbenvermerks im Grundbuch | 78 |
| H. Die einvernehmliche Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen Vorerbe und Nacherbe | 78 |
| I. Die Varianten zur Beendigung des Vor- und Nacherbenrechtsverhältnisses | 78 |
| II. Keine Erbauseinandersetzung zwischen Vorerbe und Nacherbe | 79 |
| III. Keine Erbengemeinschaft unter den Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls | 79 |
| IV. Beendigung der Vor- und Nacherbschaft bei Ausschlagung durch den Nacherben | 80 |
| 1. Ausschlagungsrecht vor Eintritt des Nacherbfalls | 80 |
| 2. Form und Frist für die Ausschlagung | 80 |
| 3. Rechtswirkungen der Ausschlagung | 81 |
| a) Erstarken des Vorerbenrechts | 81 |
| b) Rechte der Ersatznacherben und Nachnacherben ... | 81 |
| c) Verjährung des Pflichtteilsanspruchs des Nacherben | 83 |
| 4. Folgen des Wegfalls eines Nacherben | 83 |
| V. Veräußerung des Nacherbenanwartschaftsrechts | 84 |
| 1. Formalien | 84 |
| 2. Die Rechte des/der Ersatznacherben | 85 |
| 3. Kein Verzicht auf die dingliche Surrogation | 85 |
| 4. Vorkaufsrecht des Vorerben bei Veräußerung des Nacherbenanwartschaftsrechts | 86 |
| VI. Veräußerung des ganzen Nachlasses vom Vorerben an den/die Nacherben | 86 |
| 1. Verpflichtungsgeschäft | 86 |
| 2. Erfüllungsgeschäft | 87 |

| | |
|---|------------|
| VII. Veräußerung einzelner Nachlassgegenstände vom Vor- erben an den/die Nacherben | 87 |
| § 4 Erbschaftsvertrag | 89 |
| A. Grundsatz: Nichtigkeit eines Vertrages über den Nachlass eines noch Lebenden Dritten | 89 |
| B. Ausnahme vom Verbot des Erbschaftsvertrages | 90 |
| C. Abgrenzung des verbotenen vom zulässigen Erbschaftsver- trag | 90 |
| I. Abgrenzungsproblematik | 90 |
| II. Die Konkretisierung der Verbotsnorm | 90 |
| III. Unzulässiger Erbschaftsvertrag über ein künftiges Ver- mächtis – BGH | 92 |
| IV. Unzulässiger Erbschaftsvertrag über künftige Zahlungs- verpflichtungen aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten – BGH | 93 |
| D. Praktische Bedeutung von Erbschaftsverträgen unter künf- tigen gesetzlichen Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten | 94 |
| I. Das „vergessene“ Rechtsinstitut | 94 |
| II. Vertragsbeteiligte eines Erbschaftsvertrages | 94 |
| III. Vertragsgegenstand | 95 |
| IV. Notarielle Beurkundung | 97 |
| V. Höchstpersönlichkeit, Leistungsstörungen | 98 |
| VI. Fallbeispiel – Vertrag über testamentarischen Erbteil | 98 |
| 1. Sachverhalt | 98 |
| 2. Fragestellung | 98 |
| 3. Verbot des § 311b Abs. 4 BGB | 99 |
| 4. Zulässige Erbschaftsverträge nach § 311b Abs. 5 BGB | 99 |
| VII. Formulierungsbeispiel | 101 |
| § 5 Rechtspositionen aus einer wechselbezüglichen Verfügung von Todes wegen | 103 |
| A. Das Eingreifen in wechselbezügliche Verfügungen eines anderen Erblassers | 103 |
| B. Die Besonderheiten der Wechselbezüglichkeit | 103 |
| I. Ehegattentestament und Erbvertrag | 103 |
| II. Das wechselbezügliche (korrespondierende) Testament | 103 |
| 1. Begriff | 103 |
| 2. Die gesetzliche Beschränkung der Wechselbezüglich- keit | 105 |

| | |
|--|------------|
| 3. Die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB | 105 |
| 4. Einseitige Wechselbezüglichkeit | 108 |
| C. Das Unwirksamwerden einer wechselbezüglichen Anordnung infolge des einseitigen Widerrufs durch den anderen Ehegatten | 109 |
| I. Die Einflussnahme des einseitig widerrufenden Ehegatten auf die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen des anderen Ehegatten | 109 |
| II. Der einseitige Widerruf eines wechselbezüglichen Testaments bei Testierunfähigkeit des widerrufenden Testators | 110 |
| 1. Erforderliche Testierfähigkeit | 110 |
| 2. Anfechtbarkeit einer testamentarischen Anordnung | 110 |
| III. Formalien des einseitigen Widerrufs | 111 |
| IV. Zugang des Widerrufs bei Geschäftsunfähigkeit des Widerrufsempfängers | 112 |
| 1. Vertretung des Widerrufsempfängers | 112 |
| 2. Gesetzliche Erbfolge auf den Tod des testierunfähigen Testators | 113 |
| V. Einflussnahme auf das anzuwendende Erbstatut | 113 |
| VI. Gemeinschaftliches Testament und EuErbVO | 114 |
| 1. Unterschiedliche Zulässigkeit in einzelnen Staaten | 114 |
| 2. Verbot des gemeinschaftlichen Testaments | 114 |
| 3. Fehlende Kollisionsregel für gemeinschaftliche Testamente in der EuErbVO | 114 |
| VII. Keine Vermutung für die Fortgeltung der Verfügung eines Ehegatten bei Widerruf durch den anderen | 114 |
| D. Die Rechtsposition des bindend bedachten Schlusserben bzw. Vermächtnisnehmers in einem wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testament nach dem Tod des Erststerbenden | 115 |
| I. Die Selbstbindung des Erblassers von Todes wegen | 115 |
| II. Die Bindung von Todes wegen des überlebenden Ehegatten | 116 |
| III. Tatsächliche Erbaussicht des Schlusserben | 117 |
| IV. Feststellung der Unwirksamkeit einer lebzeitigen Verfügung des gebundenen Erblassers? | 118 |
| V. Feststellungsinteresse des bindend bedachten Schlusserben bzw. Vermächtnisnehmers nach Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch den überlebenden Ehegatten | 119 |
| 1. Die Rechtsposition des Schlusserben vor dem Tod des Erststerbenden | 119 |

| | |
|--|------------|
| 2. Die Rechtsposition des Schlusserben nach dem Tod des Erststerbenden | 119 |
| 3. Das Feststellungsinteresse des Schlusserben nach dem Tod des Erststerbenden | 120 |
| 4. Grundsatz: Keine prozessualen Sicherungsmittel des Schlusserben | 121 |
| 5. Rechtsschutz des Schlusserben gegenüber einem (Mit-)Erbenkonkurrenten? | 122 |
| E. Der wechselbezügliche Erbvertrag | 122 |
| I. Vertragsmäßige Verfügungen | 122 |
| II. Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung | 123 |
| III. Rücktritt vom Erbvertrag | 123 |
| § 6 Lebzeitige Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit des künftigen Erblassers | 125 |
| A. Feststellungen zur Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit des künftigen Erblassers im Feststellungsprozess? | 125 |
| I. Informationen zur Geschäftsfähigkeit als subjektives Persönlichkeitsrecht | 125 |
| II. Grundsatz: Keine gerichtliche Feststellung zur Geschäfts- und Testierfähigkeit zu Lebzeiten des Erblassers | 126 |
| III. Feststellung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden wegen Geschäftsunfähigkeit | 126 |
| B. Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit des künftigen Erblassers im Betreuungsverfahren | 127 |
| I. Psychiatrische Untersuchung des Betroffenen | 127 |
| II. Recht auf Einsicht in die Betreuungsakten | 127 |
| III. Feststellungsinteresse zu Lebzeiten des Erblassers für Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Testaments wg. Testierunfähigkeit | 127 |
| 1. Interesse des Erblassers an der Klärung seiner Testierfähigkeit | 127 |
| 2. Aufhebung eines Ehegatten-Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament | 128 |
| 3. Nervenfachärztliche Untersuchung des überlebenden Ehegatten auf Testier(un-)fähigkeit | 129 |
| 4. Feststellungsklage des Betreuers bzgl. Testier(un-)fähigkeit des Betreuten | 129 |
| a) Feststellungsinteresse | 129 |
| b) Auswirkungen auf wechselbezügliche testamentarische und erbvertragliche Verfügungen | 130 |
| IV. Selbstständiges Beweisverfahren – Zeugenvernehmung | 130 |

| | | |
|-----|---|-----|
| § 7 | Erbvertragliche Rechtspositionen | 131 |
| | A. Rechtswirkungen einer erbvertraglichen Bindung des Erblassers | 131 |
| | I. Verfügungen unter Lebenden und erbvertragliche Bindung | 131 |
| | II. Rechtsstellung des Bedachten | 131 |
| | 1. Tatsächliche Anwartschaft des Bedachten | 131 |
| | 2. Umfang eines etwaigen Schadensersatzanspruchs | 132 |
| | III. Rechtsstellung des Erblassers | 132 |
| | 1. Grundsatz | 132 |
| | 2. Zusätzlicher Verfügungsunterlassungsvertrag | 132 |
| | 3. Bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung | 133 |
| | 4. Rücktrittsrecht des Erblassers vom gegenseitigen Vertrag und vom Erbvertrag | 134 |
| | IV. Feststellungsklage wegen missbräuchlicher Schenkung zu Lebzeiten des Erblassers? | 135 |
| | V. Vergleichbare Situation beim bindend gewordenen wechselseitigen gemeinschaftlichen Testament | 136 |
| | B. Rücktrittsrechte beim Erbvertrag | 136 |
| | I. Einseitiger Erbvertrag: Kein Rücktrittsrecht des Vertragserben | 136 |
| | II. Gegenseitiger Erbvertrag: Besondere Wechselbezüglichkeit | 137 |
| | 1. Die praktische Bedeutung des gegenseitigen Erbvertrags | 137 |
| | 2. Rücktritt zu Lebzeiten beider Erblasser | 137 |
| | 3. Rücktritt nach dem Tode eines der beiden Erblasser ... | 137 |
| § 8 | Pflichtteilsrechtliche Feststellungsklagen | 139 |
| | A. Feststellung des Rechts auf Pflichtteilsentziehung | 139 |
| | B. Feststellung der Unwirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung | 139 |
| | I. Entwicklung der Rechtsprechung | 139 |
| | II. Pflichtteilsentziehende Verfügung von Todes wegen nicht erforderlich | 141 |
| | III. Darlegungs- und Beweislast | 141 |
| | IV. Rechtskraft des Feststellungsurteils | 142 |
| § 9 | Die Feststellungsklage zur Wirksamkeit eines güterrechtlichen Ehevertrags | 143 |
| | A. Die Inhaltskontrolle von Eheverträgen | 143 |
| | B. Die vom BGH entwickelten Grundsätze | 143 |

| | |
|--|-----|
| I. Die zwei Stufen der Inhaltskontrolle | 143 |
| II. Die Kernbereichslehre des BGH | 144 |
| III. Die Wirksamkeitskontrolle | 144 |
| IV. Die Ausübungskontrolle | 145 |
| V. Feststellungsinteresse in Bezug auf Wirksamkeit der Güterstandswahl unabhängig von Scheidung | 146 |
| VI. Erstreckung der Unwirksamkeit eines Ehevertrags auf einen Erbvertrag sowie auf einen Erb- und/oder Pflicht- teilsverzicht? | 147 |
| 1. Die Verbindung mehrerer Vertragstypen in einer Ur- kunde | 147 |
| 2. Die Grundsätze zur Teilnichtigkeit eines Gesamtver- trages mit verschiedenen Vertragstypen | 147 |
| VII. Wegfall der (ehe-)vertraglichen Bindung und ihre Aus- wirkungen | 149 |
| C. Gerichtliche Inhaltskontrolle güterrechtlicher Rechtswahl- vereinbarungen | 149 |
| § 10 Berufsrechtliche Pflichten des Rechtsanwalts und des Notars | 151 |
| A. Wahl des sichersten Weges – Anwaltsvertrag mit Schutzwir- kung für Dritte | 151 |
| B. Klage auf Feststellung der Notarhaftung vor dem Tod des Erblassers | 152 |
| C. Einflussnahme des künftigen Erben auf den Testaments- inhalt des Erblassers | 152 |
| § 11 Die Steuerung des Erb- und Pflichtteilsrechts im Zusammen- hang mit Trennung und Scheidung der Eheleute | 155 |
| A. Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments | 155 |
| I. Die unterschiedliche Rechtsqualität testamentarischer Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament | 155 |
| II. Widerruf bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Ehegat- ten | 157 |
| III. Rücktritt vom Erbvertrag | 158 |
| IV. Anfechtung des Erbvertrags nach Trennung | 159 |
| V. Bei Auslandsbezug: Welches Scheidungs- und Erbrecht ist anzuwenden? | 160 |
| B. Ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags: Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, § 1933 BGB | 160 |
| I. Vorverlegung des Zeitpunkts für den Wegfall des gesetz- lichen Ehegatten-Erbrechts | 161 |
| II. Zurücknahme des Scheidungsantrags | 161 |

| | |
|--|-----|
| C. Voraussetzungen für den Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts | 162 |
| I. Antrag auf Ehescheidung oder -aufhebung | 162 |
| II. Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen | 162 |
| III. Anwendung ausländischen Scheidungs- und Trennungsrechts | 163 |
| 1. Rom III-VO – Scheidungsstatut | 163 |
| 2. Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit analog § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO | 164 |
| IV. Rücknahme des Scheidungsantrags | 165 |
| V. Zustimmung zur Scheidung | 166 |
| D. Rechtsfolgen des Ausschlusses des gesetzlichen Ehegattenerbrechts | 166 |
| E. Weitere Fragen des Scheidungsfolgenrechts bei Tod eines Ehegatten vor Rechtskraft des Scheidungs(verbund)- oder Eheaufhebungsbeschlusses | 167 |
| F. Unwirksamwerden von Verfügungen von Todes wegen im Zusammenhang mit Scheidung | 167 |
| I. Einseitiges Testament und Eheauflösung | 167 |
| 1. Rechtskräftige Scheidung | 167 |
| 2. Vorverlegung des maßgeblichen Zeitpunkts auf Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags | 168 |
| II. Gemeinschaftliches Testament und Eheauflösung | 169 |
| 1. Auflösung der Ehe | 170 |
| 2. Aufhebungsantrag/Scheidungsantrag/Zustimmung zur Scheidung | 170 |
| 3. Scheidung und Wiederheirat | 171 |
| 4. Aufrechterhaltungswillen – § 2268 Abs. 2 BGB | 171 |
| 5. Wechselbezügliche Verfügungen | 172 |
| III. Ehegattenerbvertrag und Eheauflösung | 172 |
| § 12 Blick in die Zukunft: Die Ausweichklausel der EuGüVO | 175 |
| A. Anwendungsbereich | 175 |
| B. Ausweichklausel der EuGüVO: Einflussnahme eines Ehegatten auf sein eigenes künftiges gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht | 176 |
| C. Voraussetzungen für die Anwendung der güterrechtlichen Ausweichklausel | 176 |
| I. Antrag eines Ehegatten | 176 |
| II. Fehlende güterrechtliche Rechtswahl | 176 |

| | |
|--|------------|
| III. Objektives Element: Zeitdauer des letzten gewöhnlichen Aufenthalts | 177 |
| IV. Subjektiver Vertrauenstatbestand | 177 |
| V. Beweislast | 177 |
| VI. Keine Auswirkung auf Rechte Dritter | 178 |
| VII. Rechtswirkungen der gerichtlichen Entscheidung | 178 |
| VIII. Widerspruchsrecht jedes Ehegatten | 178 |
| IX. Stufenfolge der Anknüpfungsleiter | 179 |
| § 13 Das selbstständige Beweisverfahren im Erb- und Pflichtteilsrecht | 181 |
| A. Einleitung | 181 |
| B. Die Zweiteilung des selbstständigen Beweisverfahrens | 181 |
| I. Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens | 181 |
| II. Das selbstständige (oder: „isolierte“) Beweisverfahren vor einem Rechtsstreit | 182 |
| 1. Allgemeines | 182 |
| 2. Zulässigkeitsvoraussetzung: Rechtliches Interesse | 182 |
| 3. Denkbare Varianten des selbstständigen Beweisverfahrens vor einem Rechtsstreit | 184 |
| III. Das selbstständige Beweisverfahren während eines Rechtsstreits | 184 |
| 1. Allgemeines | 184 |
| 2. Denkbare Varianten des selbstständigen Beweisverfahrens während eines Rechtsstreits | 184 |
| 3. Beweiserhebung mit Zustimmung des Gegners | 185 |
| 4. Drohender Verlust von Beweismitteln oder Erschwerung seiner Benutzung | 185 |
| C. Das selbstständige Beweisverfahren im Erbprozess | 185 |
| D. Einzelheiten | 186 |
| E. Die Formalien des Antrags | 188 |
| F. Verwertung der Beweiserhebung im Hauptsacheprozess | 188 |
| G. Selbstständiges Beweisverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit | 189 |
| H. Selbstständiges Beweisverfahren nach Landesrecht (Baden-Württemberg) | 189 |
| I. Verfahrensrecht | 190 |
| I. Zuständigkeit | 190 |
| II. Bestimmtheit des Antrags | 190 |
| III. Anwaltliche Vertretung | 190 |

| | |
|--|------------|
| IV. Zustellung des Antrags | 191 |
| V. Auswahl des Sachverständigen | 191 |
| VI. Erörterungstermin | 191 |
| VII. Mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sach- verständigen | 191 |
| VIII. Aussetzung des Hauptsacheverfahrens | 192 |
| IX. Entscheidung des Gerichts | 192 |
| X. Rechte des Antragsgegners | 193 |
| XI. Frist zur Klageerhebung | 193 |
| XII. Zulässigkeit der Streitverkündung | 193 |
| XIII. Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens | 194 |
| 1. Vorschuss | 194 |
| 2. Streitwert | 194 |
| 3. Gerichtskosten | 194 |
| 4. Anwaltsgebühren | 194 |
| 5. Prozesskostenhilfe | 194 |
| 6. Kostenentscheidung | 195 |
| 7. Kostentragungspflicht aufgrund materiellen Rechts | 195 |
| a) Kostentragung aufgrund Schadensersatzrechts | 196 |
| b) Kostentragung aufgrund besonderer erbrechtlicher Anspruchsgrundlagen | 196 |
| 8. Kostentragungspflicht nach Fristsetzung zur Klage- erhebung | 196 |
| XIV. Beschwerdemöglichkeit | 197 |
| XV. Unbekannter Gegner | 198 |
| XVI. Einseitige Erledigungserklärung | 199 |
| J. Fälle aus der Rechtsprechung | 199 |
| I. Kein Rechtsschutzinteresse des potenziellen gesetzlichen Erben auf Klärung der Testierfähigkeit des Erblassers | 199 |
| 1. Urteil des OLG Köln vom 13.12.1929 | 199 |
| 2. Urteil des OLG Frankfurt/Main vom 27.1.1997 | 199 |
| II. Drohender Beweisverlust bei hohem Alter eines Zeugen | 201 |
| III. Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit des Schenkers eines Grundstücks | 202 |
| IV. Stufenklage und selbstständiges Beweisverfahren | 203 |
| Stichwortverzeichnis | 205 |

Literaturverzeichnis

- Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Band 5, 4. Auflage 2020
- Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch: HGB, Kommentar, 39. Auflage 2020
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung: ZPO mit GVG und anderen Nebengesetzen, Kommentar, 77. Auflage 2019
- Burandt/Rojahn*, Erbrecht, Kommentar, 3. Auflage 2019
- Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, 1973
- Döbereiner/Frank*, Internationales Güterrecht für die Praxis – Die neuen Güterrechtsverordnungen, 2019
- Dutta/Herrler*, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014
- Dutta/Weber*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, 2017
- Erman*, BGB, Handkommentar, 16. Auflage 2020
- Firsching/Graf*, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019
- Geimer/Schütze*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 60. EL August 2020
- Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kommentar, 17. Auflage 2018
- juris Praxiskommentar BGB*, Online Kommentar (zit.: jurisPK-BGB/Bearbeiter)
- Keidel*, FamFG, Kommentar, 20. Auflage 2020
- Kerscher/Krug/Spanke*, Das erbrechtliche Mandat, 6. Auflage 2019
- Kniffka/Koebke*, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2018
- Korbion/Mantscheff/Vygen*, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), 9. Auflage 2016
- Kroiß/Ann/Mayer*, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kommentar, Band 5: Erbrecht, 5. Auflage 2018 (zit.: NK-BGB/Bearbeiter)
- Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler*, Anwaltformulare Erbrecht, 6. Auflage 2019
- Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Auflage 2001
- Limmer/Hertel/Frenz/Mayer*, Würzburger Notarhandbuch, 5. Auflage 2017
- Ludwig*, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996
- Mayer/Süß/Tanck/Bittler*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 4. Auflage 2018
- Meikel*, Grundbuchordnung: GBO, Kommentar, 11. Auflage 2015

Moser, Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage unter besonderer Berücksichtigung erbrechtlicher Streitigkeiten zu Lebzeiten des Erblassers, Diss. Erlangen-Nürnberg 1981

Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 7./8. Auflage 2017/2018 (zit.: *MüKo/Bearbeiter*)

Musielak/Voit, Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, 17. Auflage 2020

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 79. Auflage 2020

Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Auflage 2015

Roth/Hannes/Mielke, Vor- und Nacherbschaft, 2010

Schulze/Dörner/Ebert u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Auflage 2019 (zit.: *HK-BGB/Bearbeiter*)

Seeger, Erbverzichte im neuen europäischen Kollisionsrecht, 2018

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 22: Erbrecht, 13. Auflage 2002

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2013

Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 22./23. Auflage 2014 bis 2020

Süß, Erbrecht in Europa, 4. Auflage 2020

Tanck/Krug/Süß, Anwaltformulare Testamente, 6. Auflage 2020

Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, 41. Auflage 2020

Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, 4. Auflage 2018

Wüppen, Anwartschaftsrechte im Erbrecht, 1998

Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 33. Auflage 2020

Aufsätze

Assmann, Erbrechtliche Prozesse zu Lebzeiten, ZZZ Bd. 111, 357

de Barros Fritz, Die Qualifikation von Pflichtteilsverzichteten unter Geltung der EuErbVO, ZEV 2020, 199

Beckervordersandfort, Alternativgestaltungen zum Behindertentestament bei Familien mit sehr hohem Vermögen, ErbR 2020, 528

Bennet/von Thunen, Grenzüberschreitend heiraten, FuS 2017, 95

Damrau/Bittler, Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments gegenüber dem Betreuer, ZErB 2004, 77

- Daragan*, Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall und Geschäftsführung ohne Auftrag in Schenkungsabsicht, ZEV 2020, 142
- Dutta*, Erbschaftsverträge – ein verkanntes Rechtsinstitut, ZfPW 2017, 34
- Dutta/Weber*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, DNotI-Schriftenreihe 2017
- Everts*, Die Erstreckungswirkung beim Zuwendungsverzicht: Ein Fortschritt und (fast) ein Glücksgriff des Gesetzgebers!, ZEV 2010, 392
- Heiderhoff*, Die EU-Güterrechtsverordnungen, IPRax 2018, 1
- Heiderhoff/Beißel*, Die EU-Güterrechtsverordnungen als neueste Bausteine im Europäischen Familienkollisionsrecht, Jura 2018, 253
- Helms*, Der Widerruf und die Anfechtung wechselseitiger Verfügungen bei Geschäfts- und Testierunfähigkeit, DNotZ 2003, 104
- Henssler*, Erbschaftsverträge nach § 311b Abs. 4 und 5 BGB, RNotZ 2010, 221
- Hohmann*, Die Sicherung des Vertragserben vor lebzeitigen Verfügungen des Erblassers, ZEV 1994, 133
- Jünemann*, Praktische Konsequenzen der Abschtung von Miterben, ZEV 2012, 65
- Keim*, Erbauseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben durch Freigabe aus der Nacherbenbindung?, DNotZ 2003, 822
- Keim*, Die Anwartschaft des Nacherben – das „Überraschungspaket“ beim vorzeitigen Tod des Nacherben, NJW-Spezial 2009, 399
- Klawikowski*, Die Grundstücksversteigerung bei Vor- und Nacherbschaft, Rpfleger 1998, 100
- Klinck*, Der Zuwenungsverzicht zulasten Dritter: Fortschritt durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, ZEV 2009, 533
- Kroll-Ludwigs*, Stärkung der Parteiautonomie durch die Europäischen Güterrechtsverordnungen, NZFam 2016, 1061
- Krug*, § 1371 I BGB – Ist die erbrechtliche Pausschallösung gerecht und zeitgemäß? FPR 2007, 164
- Kuchinke*, Zur Aufhebung des Erbverzichts mit Drittwirkung, ZEV 2000, 169
- Lange*, Der Pflichtteilsverzicht entfernter Berechtigter bei Pflichtteilsverzicht näher Berechtigter, ZEV 2015, 69
- Lange*, Bedarf es einer Reform des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten und des eingetragenen Lebenspartners? DNotZ 2010, 749
- Lange/Horn*, Die Anfechtung von Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträgen, ZEV 2019, 381

- Lauck/Goratsch*, Vorgehen des Prozessvertreters zur gerichtlichen Klärung der Testierfähigkeit, ZEV 2019, 192
- Limmer*, Erbschaftsverträge nach § 312 BGB: Bestandsaufnahme und Neuorientierung, DNotZ 1998, 927
- Maurer*, Fragen des Erwerbs von Nachlassgegenständen durch den Vorerben oder Nacherben, DNotZ 1981, 223
- Mayer, J.*, Nachträgliche Änderung von Anrechnungs- und Ausgleichsbestimmungen, ZEV 1996, 441
- Neukirchen*, Vereinbarungen zwischen Vor- und Nacherben bzw. Vor- und Nachvermächtnisnehmern, RNotZ 2018, 357
- Neuner*, Der nondum conceptus im Privatrecht, JuS 2019, 1
- Pfeil*, Angriff auf den Ehevertrag im Ehescheidungsverfahren – Risiken und Nebenwirkungen, NZFam 2020, 660
- v. Proff*, Erbschaftsverträge in der Praxis, ZEV 2013, 183
- Sarres*, Kann der potenzielle Erbe lebzeitige Verfügungen des Erblassers verhindern?, ZEV 2003, 232
- Schindler*, Pflichtteilsverzicht und Pflichtteilsverzichtsaufhebungsvertrag – oder: die enttäuschten Schlusserben, DNotZ 2004, 824
- Schneider*, Darf zu Lebzeiten des Erblassers Klage erhoben werden auf Feststellung, ob eine Verfügung von Todes wegen bestimmte Folgen hat?, ZEV 1996, 56
- Schotten*, Der Erb- und Pflichtteilsverzicht im deutschen Recht und die Europäische Erbrechtsverordnung, ErbR 2020, 338
- Schreiber*, Das selbständige Beweisverfahren, NJW 1991, 2600
- Weidlich*, Neuere Entwicklungen beim Behindertentestament, ZEV 2020, 136
- Wiedemann*, Abfindungsvereinbarungen unter Erben, NJW 1968, 769
- Zimmer*, Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen bei Geschäftsunfähigkeit des Widerrufsgegners, ZEV 2007, 159

Internet-Adressen für den Abruf der EuGüVO und der EuPartVO in deutscher Sprache:**EuGüVO**

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103&from=DE>

EuPartVO:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1104&from=DE>

§ 1 Grundsatz mit Ausnahmen

A. Überblick

I. Künftiges Erbrecht

Das subjektive Erbrecht entsteht erst im Augenblick des Erbfalls, d.h. des Todes des Erblassers, und bleibt vorher schon deshalb ungewiss, weil bis zum Erbfall offen ist, ob der Erbe den Erbfall erleben wird, § 1923 Abs. 1 BGB. Es lässt sich auch nicht sagen, dass zu Lebzeiten des Erblassers schon ein subjektives Erbrecht, aber kein Erbenspruch bestehe; denn zum einen ist das beim Erbfall entstehende Recht des Erben kein Anspruch, und zum anderen wäre das angebliche subjektive Erbrecht zu Lebzeiten des Erblassers ganz inhaltslos. Erst beim Erbfall lässt sich feststellen, wer kraft Gesetzes oder kraft einer Verfügung von Todes wegen zum Erben berufen ist; denn die verwandtschaftlichen, ehelichen oder lebenspartnerschaftlichen Beziehungen können sich verändern, ein Testament kann jederzeit widerrufen werden. Daher kann bei gesetzlichen oder testamentarisch berufenen Erben zu Lebzeiten des Erblassers nicht von einer rechtlich gesicherten, im Werden begriffenen Position, d.h. einem Anwartschaftsrecht, gesprochen werden.

Wer durch **Erbvertrag** des Erblassers mit einem **Dritten** als Erbe eingesetzt ist, befindet sich in einer ebenso ungesicherten Lage, da Erblasser und Dritter den Erbvertrag einvernehmlich aufheben können. Grundsätzlich dem alleinigen Willen des Erblassers entzogen ist dagegen eine vertragsmäßige Erbeinsetzung durch einen **Erbvertrag** mit dem **Berufenen** selbst sowie eine Einsetzung zum Erben des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartners durch **gemeinschaftliches Testament**, wenn die Verfügung wechselbezüglich ist, der erste Ehegatte bzw. Lebenspartner verstorben ist und der überlebende die ihm angefallene Zuwendung nicht ausgeschlagen hat, § 2271 Abs. 2 BGB. Aber auch in diesen Fällen kann der zum Erben Berufene bis zum Erbfall nicht über seine Rechtsposition verfügen, sie weder veräußern noch belasten. Daher erscheint es auch hier nicht gerechtfertigt, von einem Anwartschaftsrecht vor dem Erbfall zu sprechen. Der künftige Erbe hat also in allen Fällen nur eine mehr oder weniger begründete Aussicht auf das Erbrecht.¹

II. Künftiges Pflichtteilsrecht

Beim Pflichtteilsrecht findet sich insofern dieselbe Ungewissheit wie beim künftigen Erbrecht, als ein **Pflichtteilsanspruch** ebenfalls voraussetzt, dass der Berechtigte den Erbfall erlebt, ferner, dass er in diesem Zeitpunkt als Abkömmling, Ehegatte, eingetragener Lebenspartner oder Elternteil zum gesetzlichen Erben

¹ Vgl. MüKo/Leipold, § 1922 Rn 163 ff. m.w.N.

berufen wäre und durch wirksame Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, § 2303 BGB. Gegenüber dem Erblasser gesichert ist das Pflichtteilsrecht (als Wurzel eines etwaigen Pflichtteilsanspruchs) insofern, als der Erblasser diese Berechtigung als solche im Regelfall nicht durch Verfügung von Todes wegen entziehen kann. Da sich aber der Bestand des Pflichtteilsrechts ebenfalls erst im Zeitpunkt des Erbfalls klären lässt und eine Übertragung des Pflichtteilsrechts als solches nicht möglich ist, sollte auch hier vor dem Erbfall weder ein subjektives Recht noch eine Anwartschaft angenommen werden. Vielmehr handelt es sich um die bloße Aussicht auf ein künftiges Recht bzw. einen künftigen Anspruch.²

III. Künftiger Vermächtniserfüllungsanspruch

- 4 Auch der Vermächtnisnehmer erlangt den Anspruch gegen den Erben erst mit dem Erbfall (§ 2176 BGB) und hat wegen der unsicheren Voraussetzungen und der fehlenden Verfügbarkeit vor dem Erbfall weder ein subjektives Vollrecht noch eine Anwartschaft, sondern nur eine mehr oder weniger begründete tatsächliche Aussicht auf einen künftigen Anspruch.

IV. Rechte eines künftigen Erben aus einem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall

- 5 Rechte aus einem Vertrag zugunsten Dritter, der zwischen dem Erblasser einerseits und seinem Vertragspartner zugunsten des künftigen Erben geschlossen wird, ist kein typisches erbrechtliches Rechtsverhältnis, sondern gehört dem Schuldrecht an.³

Erbrechtliche Ansprüche, zu denen auch der Anspruch aus einem Schenkungsversprechen von Todes wegen zählt, sind zu Lebzeiten des Erblassers nicht vormerkbar. Durch Vormerkung gesichert werden können hingegen Ansprüche, die auf den Tod des Schenkers befristet sind und bei denen sich der Schenker schon endgültig zur Leistung verpflichtet hat, aber nur vereinbart ist, dass die Erfüllung auf die Zeit seines Todes oder später hinausgeschoben ist.⁴

2 So schon BGHZ 1, 343, 349 zum Pflichtteilsanspruch, während das Pflichtteilsrecht nach Ansicht des BGH schon zu Lebzeiten des Erblassers ein bestehendes subjektives Recht darstellt.

3 Vgl. dazu ausführlich *Daragan*, ZEV 2020, 142.

4 BayObLG FamRZ 2003, 486.

V. Feststellungsklagen über erbrechtliche Rechtsverhältnisse zu Lebzeiten des Erblassers

Für die Beratungspraxis stellt sich immer wieder die Frage, inwieweit schon zu Lebzeiten eines Erblassers die späteren (Erb-)Rechte potenzieller Erben gesichert werden können.⁵ 6

Ob schon zu Lebzeiten des Erblassers erbrechtliche Fragen durch Feststellungsklage geklärt werden können, ist nach § 256 ZPO zu beurteilen. Die Klage muss auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein, das nicht unbedingt ein (behauptetes) subjektives Recht einer Partei zu sein braucht. **Künftige Rechtsbeziehungen** oder rechtserhebliche Vorfälle für die Entstehung von Rechten werden jedoch nicht als Rechtsverhältnis anerkannt.⁶ Es liegt – im Grundsatz mit von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmen – im berechtigten Interesse des Erblassers, nicht schon zu Lebzeiten in Rechtsstreitigkeiten über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode verwickelt zu werden. Da der künftige Erbe zu Lebzeiten des Erblassers nur eine tatsächliche Aussicht auf den Erwerb der Erbschaft besitzt, ist ein bestehendes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Erblasser nur ausnahmsweise zu bejahen. Daher sind Klagen auf **Feststellung des künftigen Eintritts** oder Nicht-eintritts eines gesetzlichen oder gewillkürten Erbrechts oder auf Feststellung des Entstehens bzw. Nichtentstehens eines Vermächnisses im Grundsatz (mit Ausnahmen) unzulässig.

Dasselbe gilt für Klagen, durch die **einzelne Voraussetzungen** des künftigen erbrechtlichen Erwerbs festgestellt werden sollen, z.B. Klagen auf Feststellung der **Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments**, der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Widerrufs oder auf Feststellung einer bestimmten Auslegung.⁷ 7

Der zukünftige Erbe kann auch keine zulässigen Klagen über den **Bestand des Erblasservermögens** erheben, da es sich hierbei nicht um eigene Rechtsverhältnisse des künftigen Erben handelt und – wegen seiner bloßen Erbaussicht – auch kein hinreichendes eigenes rechtliches Interesse an der Feststellung eines Drittrechtsverhältnisses anzunehmen ist.⁸ Unzulässig sind daher Klagen auf Zu- 8

5 Sarres, ZEV 2002, 232.

6 Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 256 Rn 37.

7 OLG Köln JW 1930, 2064; a.A. v. Lübtow, ErbR I S. 621; Assmann, ZZZ 111 (1998), 357, 372 (Feststellungsklage des Erblassers gegen den die Gültigkeit des Testaments bestreitenden Ehegatten; bei Klagen von Erbanwärttern verneint auch Assmann mangels Feststellungsinteresses die Klagezulässigkeit).

8 Zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage über Drittrechtsbeziehungen nach h.M. siehe Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 256 Rn 33 ff.

gehörigkeit eines Grundstücks zum Erblasservermögen⁹ oder auf Feststellung der Unwirksamkeit eines vom Erblasser abgeschlossenen Vertrags,¹⁰ ebenso auf Feststellung einer Ausgleichspflicht zwischen Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls.¹¹ Dasselbe gilt für eine Klage des künftigen Erben gegen den Erwerber auf Feststellung der Unwirksamkeit einer vom noch lebenden Erblasser vorgenommenen Verfügung, weil dieser geschäftsunfähig sei.¹²

- 9 Als bereits bestehendes rechtliches Verhältnis ist jedoch die Bindung des Erblassers an einen **Erbvertrag** oder – nach dem Tod des ersten Ehegatten bzw. Lebenspartners – an wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271 Abs. 2 BGB) anzuerkennen. Eine Klage auf Feststellung der Wirksamkeit eines Erbvertrags oder einer nach § 2271 Abs. 2 BGB bindend gewordenen wechselbezüglichen Verfügung oder der Unwirksamkeit entgegenstehender letztwilliger Verfügungen ist, sofern ein rechtliches Feststellungsinteresse zu bejahen ist, ebenso zulässig wie die entsprechenden negativen Feststellungsklagen.¹³ Dagegen fehlt es vor dem Erbfall an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis zwischen Erbvertragserven untereinander oder (auch nach dem ersten Erbfall) zwischen den mehreren Schlusserben beim bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testament.¹⁴ Der in einem gemeinschaftlichen Testament mit einem Vermächtnis Bedachte kann, wenn das Vermächtnis vom überlebenden Ehegatten angefochten wurde, gegen diesen Klage auf Feststellung erheben, dass die Vermächtnisanordnung durch die Anfechtung nicht unwirksam geworden ist.¹⁵

Näheres zu einzelnen Feststellungsklagen siehe § 8.

- 10 Der **Erbverzicht** (§ 2346 Abs. 1 BGB) einschließlich der auf das Pflichtteilsrecht beschränkte Verzicht (§ 2346 Abs. 2 BGB) entfaltet schon zu Lebzeiten des Erblassers bindende Wirkung, so dass seine Wirksamkeit oder Unwirksamkeit Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann.¹⁶ Der BGH nimmt in Bezug auf das Pflichtteilsrecht ein schon vor dem Erbfall bestehendes und daher feststellungsfähiges Rechtsverhältnis an; vgl. hierzu § 8.

9 OLG Celle MDR 1954, 547: „*Ein zukünftiger Erbe ist nicht berechtigt, gegen seinen zukünftigen Miterben auf Feststellung zu klagen, dass ein Grundstück im Vermögen des noch lebenden Erblassers verblieben ist, weil die Übereignung an den Miterben nichtig sei. Dies gilt auch dann, wenn der Kläger Nacherbe ist oder ihm ein Pflichtteilsrecht zusteht.*“

10 RG JW 1911, 186 Nr. 16.

11 OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 1232.

12 OLG Koblenz ZEV 2003, 242 (offenlassend, ob die Klage unzulässig oder unbegründet ist). Siehe auch Sarres, ZEV 2003, 232.

13 BGHZ 37, 331; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 141; *Mattem*, BWNotZ 1962, 229, 240; *Hobmann*, ZEV 1994, 133, 134.

14 OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 1351.

15 BGH 1962, 1913.

16 MüKo/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 1922 Rn 175.

Eine Klage auf Feststellung der Notarhaftung, weil ein Erbverzichtsvertrag, durch den der Kläger begünstigt werden sollte (höheres Erb- und Pflichtteilsrecht), aufgrund eines Notarfehlers unwirksam sei, ist schon zu Lebzeiten des Erblassers zulässig.¹⁷

B. Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes über die eigene Abstammung

I. Abstammung als Vorfrage des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts

Im Hinblick auf das gesetzliche Erbrecht des nichtehelichen Kindes an seinem Vater und an dessen Verwandten ist der Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes über seine eigene Abstammung von besonderer Bedeutung. 11

Dieser Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Mutter auf Benennung seines Vaters ergibt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG aus seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Denn das verfassungsrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst als Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Umgekehrt begründet das allgemeine Persönlichkeitsrecht das Recht eines Mannes auf Kenntnis davon, ob ein Kind von ihm abstammt.¹⁸ Die Grundrechte des Kindes können hierbei das einer Auskunftspflicht auf Seiten der Mutter entgegenstehende allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG überwiegen.¹⁹ Als Anspruchsgrundlage wird § 1618a BGB – Beistandspflicht – herangezogen.²⁰

Aber die Gerichte haben zwischen dem Anspruch des Kindes auf Benennung des Vaters und dem Interesse der Mutter auf Geheimhaltung einen weiten Abwägungsspielraum.²¹ Soweit dem Auskunftsbegehren die Geltendmachung von Unterhalts- und Erbansprüchen zugrunde liegt, sind Rechtspositionen tangiert, die gem. Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich geschützt sind.²² Dieser Auskunftsanspruch ist gerade im Hinblick auf das seit 1.4.1998 12

17 BGH NJW 1996, 1062 = ZEV 1996, 228.

18 BVerfGE 117, 202 = BVerfG FamRZ 2007, 441 = NJW 2007, 753 = JuS 2007, 472.

19 BVerfG NJW 1988, 3010; LG Münster FamRZ 1990, 1031; Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 = NJW 1997, 1769 = FamRZ 1997, 869 = JZ 1997, 777; vgl. zur Restitutionsklage nach dem bis 31.8.2009 geltenden Recht gem. § 641i ZPO BGH Urt. v. 18.9.2003 – XII ZR 62/01, NJW 2003, 3708 = NJW-RR 2004, 216.

20 LG Münster FamRZ 1990, 1031; LG Passau NJW 1988, 144.

21 AG Düsseldorf NJW 2005, 1519.

22 Eidenmüller, JuS 1998, 789, 790.

bestehende volle gesetzliche Erbrecht des nichtehelichen Kindes an seinem Vater von besonderer Bedeutung.²³

Die Mutter kann auch verpflichtet sein, dem Kind Auskunft über Namen und Anschrift eines bestimmten Anschlussinhabers für eine Handy-Nummer zu erteilen.²⁴

II. Begriff des Abkömmlings

- 13 Die gesetzliche Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB stellt auf die rechtliche Vaterschaft und nicht auf die tatsächliche biologische Vaterschaft ab. Für die gerichtliche Entscheidung über die Vaterschaft gem. § 1592 Nr. 3 BGB ist das Familiengericht zuständig, so dass eine Überprüfung des Statusbeschlusses im Erbscheinverfahren nicht erfolgt.²⁵

Im Pflichtteilsprozess ist eine Inzidentprüfung der Vaterschaft nicht zulässig; dies muss in dem dafür eigens geregelten Statusverfahren erfolgen.²⁶

III. Einzelne Auskunftsansprüche eines Kindes

1. Auskunftsanspruch des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen den Arzt

- 14 Das Interesse des durch eine heterologe Insemination gezeugten Kindes, seine genetische Abstammung zu erfahren, kann im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung höher zu bewerten sein als die Interessen des beklagten Arztes und der Samenspender an einer Geheimhaltung der Spenderdaten. In diesem Fall kann das Kind vom behandelnden Arzt Auskunft über seine genetische Abstammung verlangen. Eine Einigung zwischen den Eltern und dem behandelnden Arzt, die Anonymität des Samenspenders zu wahren, stellt im Verhältnis zu dem ungeborenen Kind einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter dar. Die Auskunftserteilung ist dem beklagten Arzt erst dann unmöglich, wenn er die benötigten Informationen auch nach einer umfassenden Recherche nicht mehr beschaffen kann.²⁷

2. Auskunftsanspruch des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen Reproduktionsklinik

- 15 Ein Kind, das durch eine künstliche heterologe Insemination gezeugt wurde, kann grundsätzlich von der Reproduktionsklinik Auskunft über die Identität des

23 Vgl. im Einzelnen *Lorenz*, JuS 1995, 569, 572.

24 AG Bonn, Urt. v. 8.2.2011 – 104 C 593/10, FamFR 2011, 286.

25 OLG Rostock ZEV 2020, 122.

26 OLG Koblenz FamRZ 2013, 1247 = ZEV 2013, 389.

27 OLG Hamm FamRZ 2013, 637 = NJW 2013.

anonymen Samenspenders verlangen. Ein bestimmtes Mindestalter des Kindes ist dafür nicht erforderlich. Machen die Eltern den Anspruch als gesetzliche Vertreter ihres Kindes geltend, setzt dies voraus, dass die Auskunft zum Zweck der Information des Kindes verlangt wird. Außerdem muss die Abwägung aller rechtlichen Belange – auch derjenigen des Samenspenders – ein Überwiegen der Interessen des Kindes an der Auskunft ergeben.

Dem verfassungsrechtlich geschützten Recht eines Kindes auf Kenntnis von seiner Abstammung steht, so lange keine dagegen sprechenden Gründe geltend gemacht werden, keine Rechtsposition gegenüber, die den Auskunftsanspruch zu Fall bringen könnte. Der **von den Eltern erklärte Verzicht** auf die Auskunft zur Abstammung **wirkt nicht zu Lasten des Kindes**. Im Rahmen der Zumutbarkeit ist eine Abwägung der zu berücksichtigenden rechtlichen Interessen eines Kindes einerseits und des Samenspenders andererseits vorzunehmen.²⁸ 16

3. Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes auf Benennung der Großmutter

Zum Recht eines nichtehelichen Kindes auf Benennung seiner Großmutter das AG Lüdinghausen:²⁹ 17

„1. Aus der beiderseitigen allgemeinen Beistands- und Rücksichtnahmepflicht zwischen Eltern und Kindern nach § 1618a BGB leitet sich ein Anspruch des Kindes gegen seinen Vater auf Nennung von Namen und Anschrift seiner Großmutter ab.

2. Das Interesse des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung überwiegt das Interesse der Großmutter auf Geheimhaltung ihrer Personalien.“

4. Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz – SaRegG)

Das Gesetz ist am 1.7.2018 in Kraft getreten.³⁰ Ziel des Gesetzes ist es, Personen, die durch eine heterologe Verwendung von Samen gezeugt wurden, zu ermöglichen, durch Nachfrage bei einer zentralen Stelle Kenntnis über ihre Abstammung zu erlangen. Zu diesem Zweck wird ein zentrales Samenspenderregister beim Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) eingerichtet. 18

28 BGH ErbR 2015, 337 = FamRZ 2015, 642 = NJW 2015, 1098.

29 AG Lüdinghausen, Beschl. v. 6.7.2012 – 14 F 76/12, FamRZ 2013, 633 = NJW-RR 2012, 1412.

30 Art. 1 des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen v. 17.7.2017, BGBl I 2017, 2513; BT-Drucks 18/11291; BR-Drucks 454/17. Vgl. *Spickhoff*, Vaterschaftsfeststellung, Vaterschaftsanfechtung und das Recht auf Kenntnis der Abstammung nach heterologer Insemination, ZfPW 2017, 257.

Um die rechtlichen Wirkungen einer rechtlichen Vaterschaft abzumildern, wurde das BGB in Bezug auf die gesetzliche Unterhaltspflicht sowie das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht geändert. Nach § 1600d Abs. 3 wurde folgender Absatz 4 eingefügt:³¹

„Ist das Kind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nummer 9 des Transplantationsgesetzes unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt worden, der vom Spender einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 Absatz 1 S. 1 des Samenspenderregistergesetzes zur Verfügung gestellt wurde, so kann der Samenspender nicht als Vater dieses Kindes festgestellt werden.“

Der bisherige Absatz 4 wurde Absatz 5.

- 19 **Keine Vaterschaftsfeststellung**, § 1600d Abs. 4 BGB n.F. Mit dieser gesetzlichen Neuregelung besteht kein gesetzlicher Unterhaltsanspruch i.S.v. §§ 1601 ff. BGB und kein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht, weil dieses ein Verwandtschaftsverhältnis voraussetzt.
- 20 **Änderung des EGBGB**: Dem Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde folgender § 46 angefügt:³²

*„§ 46 Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen
§ 1600d Absatz 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht anzuwenden, wenn der Samen, mithilfe dessen das Kind gezeugt wurde, vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17.7.2017 (BGBl I S. 2513) verwendet wurde.“*

IV. Beweisbeschluss betr. Abstammungs-Gutachten nicht anfechtbar

- 21 Der Beweisbeschluss, der zur Feststellung der Abstammung die Einholung eines Sachverständigengutachtens anordnet, kann weder mit der Beschwerde noch mit der Berufung angefochten werden.³³

V. Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter auf Nennung des Erzeugers

- 22 Bei kollusivem Zusammenwirken der Kindesmutter mit dem tatsächlichen Vater eines als ehelich geltenden Kindes besteht ein Auskunftsanspruch des Schein-

31 Art. 2 G v. 17.7.2017, BGBl I 2017, 2513, 2517.

32 Art. 3 G v. 17.7.2017, BGBl I 2017, 2513, 2518.

33 BGH, Beschl. v. 4.7.2007 – XII ZB 199/05, m. Anm. Strohal, jurisPR-FamR 19/2007; NJW-RR 2007, 1375 = FamRZ 2007, 1728 = BGHReport 2008, 22; Beschl. v. 17.1.2007 – XII ZB 154/06, FamRZ 2007, 549.

vaters gegen die Mutter auf Nennung des Namens des Erzeugers als **Schadensersatzanspruch** nach §§ 826, 242 BGB zur Geltendmachung des Unterhaltsregresses³⁴ – und damit auch zur Anfechtung der Vaterschaft.³⁵ Der titulierte Anspruch auf Nennung des Vaters des nichtehelichen Kindes ist in der Regel auch vollstreckbar durch Festsetzung von Zwangsgeld bzw. Zwangshaft gem. § 888 ZPO.³⁶ Die erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft hat unmittelbare Auswirkungen auf das Erbrechtsverhältnis zwischen Scheinvater, wirklichem Vater und Kind.

Zur Terminologie: Das Gesetz spricht nicht mehr von der Anfechtung der Ehelichkeit, sondern von der **Anfechtung der Vaterschaft**.

Allerdings: Dem Scheinvater steht auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 826 BGB i.V.m. mit § 242 BGB gegen die Kindesmutter kein Anspruch auf Auskunft über die biologische Vaterschaft des Kindes zu, wenn ein möglicher Regressanspruch gegen den biologischen Vater aus Rechtsgründen ausscheidet.³⁷ 23

VI. Auskunftsurteil in der Zwangsvollstreckung

In der **Zwangsvollstreckung** würde ein entsprechendes Urteil gem. § 888 Abs. 1 ZPO durch die Anordnung von Zwangsgeld und ggf. Zwangshaft durchgesetzt werden. Erfüllt ein Schuldner eine Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann, so ist, wenn die Handlung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt, gem. § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO auf Antrag zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft anzuhalten ist. Der Anordnung des Beugezwanges steht § 888 Abs. 3 ZPO nicht entgegen.³⁸ 24

34 LG Saarbrücken FamRZ 2009, 124 = NJW-RR 2008, 1604: Dem Scheinvater steht gegen den leiblichen Vater des Kindes, der trotz positiver Kenntnis seiner Vaterschaft die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes unterlässt, kein Schadensersatzanspruch aufgrund vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zu. Vgl. auch OLG Jena, Beschl. v. 2.11.2010 – 1 WF 353/10, FamRZ 2011, 649 = NJW-RR 2011, 294 = ZFE 2011, 108.

35 BGH FamRZ 2008, 1751; FamRZ 1990, 367; FamRZ 1981, 531; OLG Oldenburg FamRZ 1994, 651; OLG Bamberg FamRZ 2004, 562; siehe auch Staudinger/Oechsler (2009), § 826 Rn 441 ff.; Lorenz, JuS 1995, 372. Zum sog. Scheinvater-Unterhalts-Regress und zur ausnahmsweise in diesem Prozess inzidenter zu treffenden Vaterschaftsfeststellung vgl. BGH, Urt. v. 16.4.2008 – XII ZR 144/06, FamRZ 2008, 1424 = NJW 2008, 2433 = ZFE 2008, 349.

36 BGH, Beschl. v. 3.7.2008 – I ZB 87/06, FamRZ 2008, 1751 = NJW 2008, 2919 = FamRB 2008, 298.

37 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 9.9.2010 – 6 UF 59/10, FamRZ 2011, 648 = FamFR 2010, 574.

38 HansOLG Bremen JZ 2000, 314.

VII. Klärung von Abstammungsfragen im selbstständigen Beweisverfahren

25 § 485 Abs. 1 ZPO bestimmt:

„Während oder außerhalb eines Streitverfahrens kann auf Antrag einer Partei die Einnahme des Augenscheins, die Vernehmung von Zeugen oder die Begutachtung durch einen Sachverständigen angeordnet werden, wenn der Gegner zustimmt oder zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird.“

Im Abstammungsverfahren kommt die selbstständige Beweiserhebung zum Zwecke der Klärung erbrechtlicher Fragen in Betracht (Abstammung als Vorfrage des Erbrechts, vgl. § 1924 BGB „Abkömmling“); hier sogar mit der Pflicht zur Duldung von Untersuchungen und zur Entnahme von Blutproben (§ 372a ZPO).³⁹ U.U. kann auch eine einstweilige Anordnung erlassen werden.⁴⁰

Zum selbstständigen Beweisverfahren vgl. § 13.

C. Die Rechte Ungeborener vor dem Erbfall

26 Das BGB kennt nur bruchstückhafte Regeln über die Rechtssubjekte. Wesentliches Merkmal eines Rechtssubjekts ist, dass es Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Diese Fähigkeit beginnt nach § 1 BGB, dort als Rechtsfähigkeit bezeichnet, mit der Vollendung der Geburt.

39 OLG Brandenburg, Urt. v. 8.2.2007, FamRZ 2007, 1755:

„1. Verweigert der im Rahmen eines gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahrens nach § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB potentielle Vater die zum Abstammungsnachweis vom Prozessgericht gem. § 372a Abs. 1 ZPO angeordnete Entnahme einer Blutprobe zum Zwecke der Blutgruppenuntersuchung und nennt er eine bestehende Nadelphobie als Grund für seine Weigerung, so tritt ein sog. Zwischenstreit gem. § 387 Abs. 1 ZPO ein. Über die Rechtmäßigkeit der Weigerung muss das Prozessgericht dann nach notwendiger Durchführung eines Zwischenverfahrens mit einer den Zwischenstreit abschließenden rechtskräftigen Zwischenentscheidung befinden. Erst danach kann eine Endentscheidung getroffen werden. Die Nichtdurchführung eines notwendigen Zwischenverfahrens stellt einen wesentlichen Verfahrensfehler dar.

2. Eine Vaterschaftsvermutung wegen einer verweigerter Blutentnahme aufgrund der Beweisvereitelungsregelung kommt wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes gem. § 12 FGG [seit 1.9.2009: § 26 FamFG] nur in Ausnahmefällen in Betracht und setzt voraus, dass ausschließlich der Verweigerer als möglicher Vater in Erwägung zu ziehen ist. Hat die Kindesmutter nach ihren Angaben während der gesetzlichen Empfängniszeit jedoch auch mit anderen geschlechtlich verkehrt, ist die Anwendung der Beweisvereitelungsregel zu Lasten des Verweigerers unzulässig.“

40 BVerfG, Beschl. v. 16.3.2011 – 1 BvR 2509/10, FamRZ 2011, 787.