

§ 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.