

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 9: Erbrecht (§§ 1922-2385), BeurkG (§§ 27-35): BGB

von

Dr. Sibylle Kessal-Wulf, Prof. Dr. Christoph Ann, Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen, Prof. em. Dr. Wolfgang Grunsky, Dr. Walter Hagena, Prof. Dr. Tobias Helms, Dr. Wolfgang Küpper, Prof. Dr. Knut Werner Lange, Prof. em. Dr. Dieter Leipold, Dr. Jörg Mayer, Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak, Mathis Rudy, Stefan Wegerhoff, Prof. Dr. Walter Zimmermann

6. Auflage

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 9: Erbrecht (§§ 1922-2385), BeurkG (§§ 27-35): BGB – Kessal-Wulf / Ann / Gergen / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen zum BGB, allgemeine Fragen zum Zivilrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61469 9

§ 1923 Abs. 2 analog anzuwenden und das Erbrecht des Kindes gegenüber dem Vater auch in den vom Wortlaut nicht erfassten Fällen einer Befruchtung nach dem Tod des Vaters zu bejahen.¹⁷ Rechtssicherheits- oder Vertrauensschutzwägungen, weil sich die Erbberechtigung oder die Erbquoten anderer Beteiligten durch spätere Geburt erbberechtigter Kinder auf diese Weise noch nach einem längeren Zeitraum verändern können, haben gegenüber den dargestellten verfassungsrechtlichen Gründen kein Gewicht.

3. Beweislast. Die Beweislast für das Gezeugtsein im Zeitpunkt des Erbfalls obliegt demjenigen, 18
der daraus Rechte ableitet, also dem erbberechtigten Kind. Die gesetzliche Empfängniszeit (§ 1600d Abs. 3, s. auch § 1593) ist als Niederschlag der Erfahrung zu beachten, aber rechtlich insoweit nicht bindend;¹⁸ es gilt die freie Beweiswürdigung (§ 286 ZPO).

4. Berufung zum Erben. Die beim Tod des Erblassers bereits gezeugte Person kann nur dann 19
Erbe werden, wenn sie als Erbe berufen wäre, falls sie beim Erbfall schon gelebt hätte. Die Berufungsgründe sind also nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Erbfalls zu beurteilen, sowohl bei gesetzlicher als auch bei gewillkürter Erbfolge. Die rechtliche **Abstammung** bzw. Verwandtschaft richtet sich dabei nach den allgemeinen Vorschriften. Von der bei Geburt des Kindes bereits verstorbenen Mutter (vgl. Rn. 15) stammt das Kind auf Grund § 1591 stets ab. Ob das Kind dem vor Geburt des Kindes verstorbenen Ehemann der Mutter zuzurechnen ist, ist nach § 1593 zu beurteilen. Bei einem nicht aus einer Ehe stammenden Kind kann die Vaterschaft eines verstorbenen Mannes durch (vor dem Tod erklärte) Anerkennung (§ 1592 Nr. 2) oder durch gerichtliche Feststellung (§ 1592 Nr. 3) begründet werden. Die Anerkennung ist schon vor der Geburt des Kindes zulässig, § 1594 Abs. 4.

5. Erfordernis der lebenden Geburt. Abs. 2 bedeutet nicht, dass schon die Leibesfrucht Erbe, 20
also Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers wäre. Der Erwerb der Erbenstellung setzt vielmehr voraus, dass die Leibesfrucht nach dem Erbfall lebend geboren wird und dadurch Rechtsfähigkeit nach § 1 erlangt. In der Formulierung des Gesetzes kommt dies allerdings nicht klar zum Ausdruck. Der geborene Mensch muss außerhalb des Mutterleibes noch gelebt haben,¹⁹ während es auf die Dauer dieses Lebens und die Fähigkeit zum Weiterleben nicht ankommt, s. § 1 Rn. 16. Verstirbt die Mutter samt Leibesfrucht, kommt es zu einer Fehlgeburt oder Totgeburt, so kann der nasciturus nicht erben. Der Nachlass fällt dann an diejenigen Personen, die ohne Rücksicht auf die Leibesfrucht im Zeitpunkt des Erbfalls durch Gesetz oder Verfügung von Todes wegen zu Erben berufen sind.

6. Rückwirkung. Kommt die Leibesfrucht lebend zur Welt, so tritt eine rechtliche Rückwir- 21
kung ein; denn der gezeugte Mensch gilt nach Abs. 2 als vor dem Erbfall geboren. Ist der beim Erbfall bereits Gezeugte zum Erben berufen, so ist er mit der Geburt vom Erbfall an als Träger der Nachlassrechte und -verbindlichkeiten zu betrachten. Nur so lässt es sich vermeiden, den Nachlass für eine Zeitspanne endgültig als subjektloses Vermögen zu behandeln. Durch die Rückwirkung des Nachlasserwerbs ergibt sich schließlich doch wieder eine volle Übereinstimmung mit § 1922 Abs. 1. Freilich ändert die Rückbeziehung der Rechtsfolgen nichts daran, dass *tatsächlich* das Erbrecht erst mit der Geburt erlangt wurde. Für die **Ausschlagungsfrist** ist die tatsächliche Situation maßgebend, dh. der Anfall der Erbschaft ist in dieser Hinsicht erst mit der Vollendung der Geburt des Erben eingetreten.²⁰ Jedoch kann die Ausschlagung bereits vom Erbfall an (durch

¹⁷ Näher s. *Leipold* (Fn. 13) S. 471 ff.; ebenso *Soergel/Stein* Rn. 6; *Hk-BGB/Hoeren* Rn. 3; *Bunandt/Rojahn/Große-Boymann* Rn. 6; *Brox/Walker* Rn. 9; *Brox*, FS Stree u. Wessels, 1993, S. 965 ff.; s. auch *Shook-Wiercimok FamRZ* 1986, 859, 860 (zum Recht der USA). – Dagegen *Mansees* (Fn. 13) S. 65 ff.; *Coester-Waltjen*, Gutachten zum 56. DJT 1986, Verhandlungen Bd. I, S. B 42; *Zierl DRiZ* 1986, 303; *Schumacher FamRZ* 1987, 313, 314; *Bernat* (Fn. 13) S. 190; *Britting*, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, 1989, S. 152 ff.; *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 26; *Erman/Schlüter* Rn. 3; *Bamberger/Roth/Müller-Christmann* Rn. 7. – *Selb* (Fn. 13) S. 31 empfiehlt eine gesetzliche Regelung.

¹⁸ Ebenso *Kipp/Coing* § 84 II 2; *Lange/Kuchinke* § 4 III 2 c, β (dort Fn. 37); *Erman/Schlüter* Rn. 3. – AM *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 20 ff., der bei einem innerhalb 300 Tagen nach Auflösung einer Ehe durch Tod des Ehemannes geborenen Kind aus § 1593 entnimmt, dass das Kind als vor dem Tod des Ehemannes gezeugt anzusehen ist, solange die Abstammung vom Ehemann nicht erfolgreich angefochten wurde; ebenso *Soergel/Stein* Rn. 5; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schmitz* (Fn. 7) Rn. 11; *Muscheler* Rn. 129. Dagegen *Mansees* (Fn. 13) S. 66.

¹⁹ Vgl. § 31 Abs. 1 der VO zur Ausführung des PStG v. 22.11.2008, BGBl. I S. 2263. Danach liegt eine Lebendgeburt vor, wenn bei einem Kinde nach der Scheidung vom Mutterleib entweder das Herz geschlagen oder die Nabelschnur pulsiert oder die natürliche Lungenatmung eingesetzt hat. Es sind jedoch auch andere Lebenszeichen denkbar.

²⁰ KGJ 34 A, 79, 81.

die vertretungsberechtigten Eltern oder einen Pfleger) erklärt werden.²¹ Dasselbe gilt für die Annahme, s. § 1943 Rn. 7.

22 **7. Schwebezustand zwischen Erbfall und Geburt.** Zwischen Erbfall und Geburt des beim Erbfall bereits gezeugten Menschen besteht ein Schwebezustand, da offen ist, ob der nasciturus lebend geboren wird. Zur Wahrung der künftigen Rechte sind die Eltern berufen, falls das Kind, wenn es bereits geboren wäre, unter elterlicher Gewalt stünde, § 1912 Abs. 2. Soweit ein Bedürfnis dafür besteht, kann ein Nachlasspfleger (§ 1960 Abs. 2) oder ein Pfleger nach § 1912 Abs. 1 für die Leibesfrucht bestellt werden. Die Eltern bzw. der Pfleger können die erforderlichen materiellen Rechtshandlungen und Prozesshandlungen für den nasciturus vornehmen. Zu Annahme und Ausschlagung s. Rn. 21. Auch eine Klage auf Feststellung der Erbberechtigung des nasciturus erscheint nach dem Erbfall (bei vorhandenem Feststellungsinteresse) zulässig,²² da schon in der Schwebezeit eine rechtlich gesicherte Erbaussicht und damit ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht. Zum Anspruch der Mutter auf Unterhalt aus dem Nachlass bis zur Entbindung s. §§ 1963, 2141; zum Aufschub der Erbaueinandersetzung § 2043, zur Berücksichtigung bei der Erbscheinserteilung s. § 2353 Rn. 10, § 2354 Rn. 16.

23 **8. Dogmatische Einordnung.** Die Einordnung des Abs. 2 in die Systematik des Bürgerlichen Rechts ist nicht problemlos. Die Vorschrift enthält eine **Fiktion** der Geburt vor dem Erbfall. Aus der Rückwirkung ergibt sich, dass dem später Geborenen die Rechtsfähigkeit vom Erbfall an zugebilligt wird, soweit es um die Erbenstellung geht. Dies begründet aber noch keine Rechtsfähigkeit des nasciturus, sondern stellt eine **rückwirkende Rechtsfähigkeit des lebend geborenen Menschen** vom Erbfall an dar. Schon während der Schwebezeit ist aber eine rechtliche Fürsorge für den nasciturus durch Eltern oder Pfleger vorgesehen; es werden damit schon in dieser Phase schutzfähige und schutzbedürftige rechtliche Beziehungen des nasciturus anerkannt. Rechtsbeziehungen kann aber nur ein Rechtssubjekt haben, und auch seine Vertretung, sei sie rechtsgeschäftlich oder prozessual, verlangt nach einer rechtsfähigen Person als Bezugspunkt der Rechtswirkungen des Vertreterhandelns. Das geltende Recht erklärt sich daher am besten, wenn man schon dem **nasciturus** eine **beschränkte Rechts-²³ und Parteifähigkeit²⁴** zubilligt, s. auch § 1 Rn. 24 ff.

VI. Nicht gezeugte Personen

24 **1. Keine Erbfähigkeit, mögliche Nacherbeneinsetzung.** Wer zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht gezeugt ist (nondum conceptus), kann nicht Erbe werden. Dagegen ist es möglich, nicht gezeugte Personen (zB die künftigen Enkel, die Kinder einer bestimmten Person, deren ersten Sohn u. ä.) als Nacherben einzusetzen. Für den Anfall der Erbschaft ist dann erforderlich, dass der Eingesetzte bis zum Eintritt des Nacherbfalls geboren oder zumindest gezeugt ist, § 2108 Abs. 1 mit § 1923. Die Einsetzung einer zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht gezeugten Person als Erbe ist gem. § 2101 Abs. 1 S. 1 im Zweifel als Nacherbeneinsetzung anzusehen. Die Erbschaft fällt dann – wenn die Voraussetzungen des Nacherbfalls nicht anders festgelegt sind – der bedachten Person mit ihrer Geburt an, § 2106 Abs. 2 S. 1. Vorerben sind – vorbehaltlich einer anderen Verfügung des Erblassers – die gesetzlichen Erben, § 2105 Abs. 2. Für den nicht gezeugten Nacherben kann gem. § 1913 S. 2 bereits ein Pfleger bestellt werden.

25 **2. Vermächtnis.** Ein Vermächtnis ist nicht deshalb unwirksam, weil der Vermächtnisnehmer beim Erbfall noch nicht gezeugt ist. Das Vermächtnis fällt dem Bedachten aber erst mit seiner Geburt an, § 2178; es wird bis dahin wie ein aufschiebend bedingter Anspruch behandelt, § 2179. Zur zeitlichen Begrenzung s. § 2162 Abs. 2.

26 **3. Dogmatische Einordnung.** Auch die noch nicht gezeugte Person wird also von der Rechtsordnung in bestimmter Hinsicht bereits als Zuordnungsobjekt für rechtliche Beziehungen und für ein Vertreterhandeln (Pfleger) betrachtet. Darin liegt – ähnlich wie beim nasciturus, aber in noch

²¹ OLG Stuttgart NJW 1993, 2250; OLG Oldenburg FamRZ 1994, 847; LG Osnabrück Rpfleger 1993, 342 (im Fall des § 1643 Abs. 2 S. 2 ohne familiengerichtliche Genehmigung); Peter Rpfleger 1988, 107; Linde BWNotZ 1988, 54, 56. – AM AG Recklinghausen Rpfleger 1988, 106; AG Schöneberg Rpfleger 1990, 362; LG Berlin Rpfleger 1990, 362.

²² Staudinger/Otte (2008) Rn.19.

²³ Vgl. OLG Schleswig NJW 2000, 1271, 1272; Wolf/Neuner AT § 11 Rn. 11 ff.; Leipold BGB I, 6. Aufl., § 30 Rn. 8 f.; Staudinger/Weick (2004) § 1 Rn. 15; Soergel/Fahse § 1 Rn. 16; Palandt/Ellenberger § 1 Rn. 7; Mittenzwei AcP 187 (1987), 247, 273; eigenständig Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 111 ff.; ders. FamRZ 1963, 404, 410 (Teil-Rechtsfähigkeit).

²⁴ OLG Schleswig NJW 2000, 1271, 1272; Stein/Jonas/Bork § 50 Rn. 5.

engeren Grenzen – die Zuerkennung einer **beschränkten Rechts- und Parteifähigkeit**,²⁵ s. auch § 1 Rn. 42 ff.

VII. Juristische Personen

1. Erbfähigkeit bei Bestehen zum Zeitpunkt des Erbfalls. Jede juristische Person des privaten Rechts (zB eingetragener Verein, GmbH, AG, Genossenschaft) oder des öffentlichen Rechts (zB Bund, Länder, Gemeinden, Universitäten), die im Zeitpunkt des Erbfalls und wenigstens noch einen Sekundenbruchteil darüber hinaus besteht, dh. Rechtsfähigkeit besitzt, kann Erbe werden.²⁶ Dies folgt aus der allgemeinen Rechtsfähigkeit und wird durch verschiedene erbrechtliche Normen bestätigt, die von der Erbfähigkeit einer juristischen Person ausgehen (vgl. § 2044 Abs. 2 S. 3, § 2101 Abs. 2, § 2106 Abs. 2 S. 2, § 2109 Abs. 2, § 2163 Abs. 2). Zu Besonderheiten bei juristischen Personen mit Sitz im Ausland s. Rn. 36.

2. Erweiterung der Erbfähigkeit für Stiftungen. Für Stiftungen²⁷ wird die Erbfähigkeit durch § 84 erweitert.²⁸ Sie gelten als vor dem Tod des Stifters entstanden, auch wenn die Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig erst nach dessen Tod ausgesprochen wird, können also den Stifter unmittelbar beerben²⁹ (näher s. § 84). Dies gilt auch für **ausländische Stiftungen**, wenn sie nach ihrem Heimatrecht die Rechtsfähigkeit erlangen.³⁰ Das Stiftungsgeschäft kann auch in einer Verfügung von Todes wegen enthalten sein, § 83, s. auch § 1937 Rn. 27. Dabei muss auch für das Stiftungsgeschäft die Form der Verfügung von Todes wegen gewahrt sein,³¹ doch können, soweit das Stiftungsgeschäft hinsichtlich der Satzung der Stiftung unvollständig ist, seit der Reform des Stiftungsrechts (2002) Mängel nach Maßgabe des § 83 S. 2 bis 4 behoben werden, s. dazu § 83 Rn. 18. Die dem Testament beifügte **Stiftungssatzung** muss nicht notwendigerweise eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein, wenn Stiftungswille und Stiftungszweck aus dem Testament zumindest im Wege der Auslegung entnommen werden können.³²

3. Entstehung von juristischen Personen nach dem Erbfall. Andere juristische Personen, die erst nach dem Erbfall entstehen, können dagegen nicht Erbe werden, wohl aber Nacherbe, und ihre Einsetzung ist im Zweifel als Nacherbeneinsetzung aufzufassen, § 2101 Abs. 2, s. auch §§ 2105 Abs. 2, 2106 Abs. 2 S. 2. Angesichts dieser Vorschriften ist kein Raum für eine analoge Anwendung des § 1923 Abs. 2 oder des § 84 auf solche juristische Personen, die beim Erbfall bereits im Entstehen begriffen sind.³³

VIII. Rechtsfähige Personengesellschaften; nichtrechtsfähiger Verein

1. Allgemeines. Grundsätzlich kann nur Erbe werden, wer rechtsfähig ist. Zur **wohlwollen-** **den Auslegung** in Fällen fehlender Erbfähigkeit s. § 2084 Rn. 61. Neben den natürlichen und den juristischen Personen wird heute auch den Personengesellschaften weitgehend die Rechtsfähigkeit zuerkannt. Dies hat auch für das Erbrecht zu gelten. Das erfordert die Einheit der Rechtsordnung und der Schutz des Vertrauens; denn gerade durch das selbstständige Auftreten solcher Vereinigungen kann der Erblasser dazu veranlasst werden, sie auch testamentarisch als Einheit zu bedenken.

²⁵ Vgl. RGZ 65, 277, 281, das eine fingierte Rechtspersönlichkeit und die Parteifähigkeit des bedachten Nichterzeugten bejaht; *Avenarius* JR 1994, 267, 270.

²⁶ Vgl. (auch zu steuerrechtlichen Aspekten bei Personen- und Kapitalgesellschaften als Erben) *Groh*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 433.

²⁷ Auch ausländische, BayObLGZ 1965, 77 = NJW 1965, 1438.

²⁸ Zu den Voraussetzungen, insbesondere zur Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts BayObLG FamRZ 1991, 612; zur Bedeutung des § 84 bei lebzeitiger Stiftungsgründung *Muscheler* DNotZ 2003, 661.

²⁹ Zum Stiftungsvermögen zwischen Todestag des Stifters und Genehmigung (jetzt Anerkennung) der Stiftung, insbesondere den steuerrechtlichen Aspekten: FG Düsseldorf ZEV 2000, 79 (*Ebeling*); *Orth* ZEV 1997, 327; *Ebeling* ZEV 1998, 93; *Matschke/Renner*, FS Welf Müller, 2001, S. 815. – Gegen Anerkennung einer sog. Vorstiftung zwischen Erbfall und Genehmigung *O. Schmidt* ZEV 1998, 81; näher zur Vorstiftung s. §§ 80, 81 Rn. 70 ff.

³⁰ OLG München FamRZ 2009, 1358 = NJW-RR 2009, 1019.

³¹ Dazu – hinsichtlich der Anforderungen an den Inhalt des Stiftungsgeschäfts jedoch noch nach altem Recht – OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 815, 817 f.; LG Berlin FamRZ 2001, 450.

³² OLG Stuttgart ZEV 2010, 200 (maschinenschriftliche Satzung mit eigenhändigen Zusätzen erlaubt Feststellung des Erblasserwillens hinsichtlich des Stiftungszwecks; dazu abl. Anm. *Wachter* aaO 201). – Zur Auslegung des Testaments bei Zweifel über die Errichtung einer selbständigen oder einer unselbständigen Stiftung OLG Hamm BeckRS 2012, 9390.

³³ von *Lübnow* Bd. II S. 645; *Staudinger/Otte* (2008) Rn. 33; *RGRK/Kregel* Rn. 7. – AM *Soergel/Stein* Rn. 8.

- 31 **2. OHG, KG, BGB-Gesellschaft.** Erbfähig sind OHG und KG,³⁴ da sie gem. § 124 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB als Einheit im Rechtsverkehr auftreten und Rechte sowie Verbindlichkeiten erwerben können, also nach hM rechtsfähig sind. Dasselbe gilt auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des BGH³⁵ auch für die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts,³⁶ die Gesellschaftsvermögen gebildet hat bzw. (was für die Erbfähigkeit genügen sollte) nach außen hin als Einheit in Erscheinung getreten ist. Die einer OHG, KG oder BGB-Gesellschaft zugewandten Erb- oder Vermächtnisrechte gelangen mit dem Anfall unmittelbar ins Gesamthandsvermögen der Gesellschaft. Für Nachlassverbindlichkeiten haften jedoch, wenn die OHG Erbe wird, wegen § 128 HGB auch die Gesellschafter persönlich, solange nicht für die OHG insgesamt eine Beschränkung der Haftung auf den Nachlass bewirkt wurde.³⁷ Dasselbe gilt für die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft und bei der KG für die persönlich haftenden Gesellschafter, während die Haftung der Kommanditisten auf den Betrag ihrer Einlage beschränkt ist, § 161 Abs. 1 HGB.
- 32 **3. Nichtrechtsfähiger (nicht eingetragener) Verein.** Der nichtrechtsfähige Verein wird – entgegen der Absicht des Gesetzgebers (§ 54 S. 1) – seit langem als selbstständige, vom Mitgliederwechsel unabhängige und unter eigenem Namen auftretende Einheit behandelt. Konsequenterweise ist (auch wenn man nicht so weit geht, auf Grund der neueren Rechtsentwicklung bei der BGB-Gesellschaft generell die Rechtsfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins zu bejahen)³⁸ die **Erbfähigkeit** des nichtrechtsfähigen Vereins **zu bejahen**, so dass dieser als solcher Erbe oder Vermächtnisnehmer werden kann. Die Eigenständigkeit des Vereinsvermögens und die beschränkte Haftung der Mitglieder (nur mit dem Anteil am Vereinsvermögen) ist heute im Wesentlichen anerkannt. Für das Erbrecht besteht kein Anlass, diesen Entwicklungsstand zu ignorieren. Daher ist anzunehmen, dass das zugewandte Erbrecht oder das Vermächtnis mit dem Anfall **unmittelbar Vereinsvermögen** wird,³⁹ also nicht zunächst auf die einzelnen Mitglieder als Erben übergeht und dann erst auf den Verein zu übertragen ist. Auch **haften** – entsprechend der allgemeinen Rechtslage beim nichtrechtsfähigen Verein – die Mitglieder für Nachlassverbindlichkeiten von Anfang an **nur mit dem Vereinsvermögen**, ohne dass dafür die Art und Weise der Annahme der Erbschaft von Bedeutung wäre.⁴⁰ Annahme und Ausschlagung sind Sache der vertretungsberechtigten Vereinsorgane, also in der Regel des Vorstands, nicht der einzelnen Mitglieder.
- 33 Im Einzelfall kann eine Zuwendung, die nach dem Wortlaut einem nichtrechtsfähigen Verein gemacht wird, als Verfügung **zugunsten aller Mitglieder** als Einzelpersonen oder auch zugunsten der Vorstandsmitglieder **auszulegen** sein. Ein rechtlicher Zwang, die Verfügung so auszulegen oder umzudeuten, um sie wirksam zu erhalten, besteht jedoch nicht.
- 34 **4. Eheliche Gütergemeinschaft und Miterbengemeinschaft.** Eheliche Gütergemeinschaft und Miterbengemeinschaft sind dagegen nicht in diesem Maße rechtlich verselbstständigt. Der Vorschlag, im Anschluss an die Entwicklung bei der BGB-Gesellschaft auch der Erbengemeinschaft die Rechtsfähigkeit zuzuerkennen,⁴¹ hat sich bislang nicht durchgesetzt.⁴² Es verbleibt somit bei der **fehlenden Erbfähigkeit** der ehelichen Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft, doch sind

³⁴ Staudinger/Otte (2008) Rn. 29; Palandt/Weidlich Rn. 7; v. Lübtow Bd. II S. 643; s. auch BFH NJW 1989, 2495 (Gesamthandsgesellschaft als Erwerberin iS des ErbStG). – AM Flume, Die Personengesellschaft, § 7 III 6 (S. 107); gegen die von Flume erhobenen Einwände Otte, FS H. P. Westermann, 2008, S. 535, 538 ff.

³⁵ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = JZ 2001, 655 (Wiedemann); bestätigt durch BGH NJW 2002, 1207.

³⁶ Für Erbfähigkeit Ulmer ZIP 2001, 585, 596; Scherer/Feick ZEV 2003, 341; Palandt/Weidlich Rn. 7; Bamberger/Roth/Müller-Christmann Rn. 13; Lange/Kuchinke § 4 Fn. 12 a; Leipold Rn. 26. – AM noch BayObLGZ 1998, 100, 102 = ZEV 1998, 387.

³⁷ AM Otte, FS H. P. Westermann, 2008, S. 535, 547 f.; Staudinger/Otte (2008) Rn. 29, der eine Gesellschafterhaftung für Nachlassverbindlichkeiten verneinen will. Das ist aber mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren.

³⁸ So u.a. K. Schmidt NJW 2001, 993, 1002 f.; KG MDR 2003, 1197; für den nicht eingetragenen Idealverein § 54 Rn. 17 ff. (Reuter). Der Gesetzgeber hat den nichtrechtsfähigen Verein durch § 50 Abs. 2 ZPO nF (2009) auch die aktive Parteifähigkeit zugebilligt (ebenso zuvor bereits BGH NJW 2008, 69, 74), aber an der Kennzeichnung als nichtrechtsfähig festgehalten. Dem Gesetz entspricht es daher eher, von der vollen Rechtsfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins abzusehen, mögen auch die praktischen Unterschiede der Auffassungen gering sein. Näher s. Leipold, BGB I, 6. Aufl., § 32 Rn. 10 ff.

³⁹ Kipp/Coing § 84 I 2 b; Erman/Schlüter Rn. 1; RGRK/Kregel Rn. 7; Palandt/Weidlich Rn. 7; Staudinger/Otte (2008) Rn. 31; Habscheid AcP 155 (1956), 375, 400; Flume, Die Personengesellschaft, § 7 III 6 (S. 108) (für den nichtrechtsfähigen Idealverein); ebenso § 54 Rn. 25 ff. (Reuter).

⁴⁰ Ebenso Erman/Schlüter Rn. 1.

⁴¹ So Grunewald AcP 197 (1997), 305; Eberl-Borges, Die Erbaueinandersetzung, 2000, S. 41 ff.; dies. ZEV 2002, 125; dies. LMK 2003, 5; Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 394 ff.; Weipert ZEV 2002, 300, 301; Soergel/Wolf Vor § 2032 Rn. 4.

⁴² Gegen eine Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft BGH NJW 2002, 3389 = ZEV 2002, 504 (zust. Marotzke); NJW 2006, 3715 = JuS 2007, 288 (Wellenhofer); Ulmer AcP 198 (1998), 113, 124 ff.; Bork, 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, 1999, S. 181; Heil ZEV 2002, 296; Leipold Rn. 721. Näher s. § 2032 Rn. 12.

Zuwendungen regelmäßig als Verfügungen zugunsten der einzelnen Mitglieder der Erbengemeinschaft bzw. zugunsten der beiden einzelnen Ehegatten auszulegen und auf diese Weise aufrechtzuerhalten. Da die Zahl der Mitglieder in diesen Fällen regelmäßig überschaubar ist, dürften sich daraus auch keine praktischen Schwierigkeiten ergeben.

IX. Einschränkungen der Erbfähigkeit

- 1. Ordensmitglieder.** Mitglieder von Orden und Kongregationen unterliegen keinen Beschränkungen mehr; Art. 87 EGBGB ist aufgehoben. 35
- 2. Ausländer sowie Juristische Personen mit Sitz im Ausland.** Landesrechtliche Beschränkungen für den Erwerb von Rechten (auch auf erbrechtlichem Weg) durch Ausländer oder juristische Personen mit Sitz im Ausland gelten seit 30.7.1998 nicht mehr, Art. 86 S. 1 EGBGB. Für Ausländer und ausländische juristische Personen, die nicht aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union stammen, können nach Art. 86 S. 2 u. 3 EGBGB unter bestimmten Voraussetzungen in Ausübung des Retorsionsrechts durch Rechtsverordnung der Bundesregierung Beschränkungen angeordnet werden. Näher s. die Kommentierung zu Art. 86 EGBGB. 36
- 3. Bei der Beurkundung mitwirkende Personen.** Zuwendungen an Personen, die bei der Beurkundung eines notariellen Testaments oder eines Erbvertrags als Notar, Verständigungsperson iSd. § 24 BeurkG, Zeuge oder zweiter Notar mitwirken, in der beurkundeten Verfügung von Todes wegen sind unwirksam, § 27 BeurkG iVm. § 7, § 16 Abs. 3 S. 2, § 24 Abs. 2, § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG. Auch die Ernennung einer der genannten, an der Beurkundung mitwirkenden Personen zum Testamentsvollstrecker ist unwirksam, § 27 BeurkG. Ähnliches gilt beim Bürgermeistertestament (§ 2249 Abs. 1 S. 3, 4) und beim Drei-Zeugen-Testament (§ 2250 Abs. 3 S. 2). Das Gesetz erreicht dies, indem es die Beurkundung insoweit für unwirksam erklärt. Deswegen und auch, weil Zuwendungen in anderen Verfügungen an die betreffenden Personen unberührt bleiben, erscheint es nicht sachgerecht, hier von einer relativen Erbfähigkeit⁴³ zu sprechen; der Mangel haftet der Beurkundung, nicht dem Empfänger an. 37

§ 1924 Gesetzliche Erben erster Ordnung

- (1) Gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers.
- (2) Ein zur Zeit des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der Erbfolge aus.
- (3) An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen).
- (4) Kinder erben zu gleichen Teilen.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Normzweck	1, 2	5. Annahme als Kind	16–23
1. Erbfolge nach Ordnungen	1	a) Minderjährigenadoption	17–19
2. Erbfolge nach Stämmen	2	b) Volljährigenadoption	20
II. Die Abkömmlinge	3–24	c) Zeitliche Grenzen der Annahmewirkungen	21
1. Begriff der Abkömmlinge	3, 4	d) Adoptionen vor dem 1.1.1977	22
2. Wegfall der Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern	5	e) Internationales Privatrecht; Gleichstellungsanordnung	23
3. Abstammung von der Mutter	6	6. Einbenennung eines Kindes	24
4. Abstammung vom Vater	7–15	III. Verteilung des Erbes innerhalb der ersten Ordnung	25–32
a) Vaterschaft kraft Ehe	8–11a	1. Grundsatz der Repräsentation und Erbfolge nach Stämmen	26
b) Vaterschaft kraft Anerkennung	12	2. Eintrittsprinzip	27–29
c) Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung	13–15	3. Gleiches Erbrecht der Kinder	30, 31
		4. Aufteilung bei gewillkürter Erbfolge	32

⁴³ So u. a. *Kipp/Coing* § 84 III; *Palandt/Weidlich* Rn. 1; *Erman/Schlüter* Rn. 5.

I. Normzweck

- 1 **1. Erbfolge nach Ordnungen.** Bei der Auswahl der gesetzlichen Erben aus dem Kreis der Verwandten des Erblassers folgt das Gesetz dem System der Ordnungen (**Parentelen**). Die Ordnungen sind definiert als Abkömmlinge des Erblassers (erste Ordnung), Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (zweite Ordnung), Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (dritte Ordnung) usw. Solange Erben einer niedrigeren Ordnung vorhanden sind, kommen die Angehörigen der höheren Ordnungen nicht zum Zug, § 1930. Indem die Erben nach Ordnungen, nicht nach der Gradnähe der Verwandtschaft (*Gradualsystem*) ausgewählt werden, bevorzugt das BGB die jüngere Generation vor der älteren. Damit hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, den Nachlass primär zur Zukunftssicherung der Nachkommen zu verwerten, soweit er nicht dem überlebenden Ehegatten (§ 1931) oder dem eingetragenen Lebenspartner (§ 10 LPartG) zusteht. Der (unmittelbaren oder mittelbaren) Herkunft des Erblasservermögens, die einen Heimfall an die Eltern des Erblassers rechtfertigen könnte, kommt keine Bedeutung zu, solange Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind.
- 2 **2. Erbfolge nach Stämmen.** § 1924 macht allein die *Abkömmlinge* zu gesetzlichen Erben erster Ordnung. Die Vorschrift regelt auch die Verteilung des Erbes bei mehreren Abkömmlingen und bei Vorversterben von Abkömmlingen. Zu diesem Zweck wird das Prinzip der Erbfolge nach Ordnungen durch den Grundsatz der Erbfolge nach Stämmen ergänzt. Dabei schließt der nähere Abkömmling seine eigenen Abkömmlinge aus (**Prinzip der Repräsentation**); sie kommen erst nach dem Wegfall des näheren Abkömmlings an seiner Stelle zum Zug (**Prinzip des Eintritts**). Gleich nahe Erben werden innerhalb der Stämme zu gleichen Teilen (**Erbteilung nach Köpfen**) berücksichtigt. Die damit umschriebene Verteilung innerhalb der ersten Ordnung hat zugleich Modellcharakter für die zweite und dritte Ordnung. Dies ergibt sich aus den Verweisungen in § 1925 Abs. 3 S. 1 und § 1926 Abs. 5. Erst von der vierten Ordnung an gilt innerhalb der Ordnungen das **Gradualsystem**, § 1928 Abs. 2 und 3, § 1929 Abs. 2.

II. Die Abkömmlinge

- 3 **1. Begriff der Abkömmlinge.** Der Begriff der Abkömmlinge ist im Gesetz nicht näher erläutert. In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch sind alle jene Personen gemeint, die im Rechtssinne vom Erblasser abstammen, also Kinder, Enkel, Urenkel usw. Abkömmlinge sind mit anderen Worten alle Personen, die mit dem Erblasser **in absteigender gerader Linie** (§ 1589 S. 1) **verwandt** sind.¹ Entscheidend ist die Abstammung im Rechtssinne, die von der Abstammung im biologischen Sinn (Empfängnis bzw. Zeugung des Kindes) abweichen kann. Die Voraussetzungen der Abstammung sind nach den Vorschriften des Familienrechts zu bestimmen. Bei der Abstammung eines Kindes ist zwischen der Abstammung von der Mutter und der Abstammung vom Vater zu unterscheiden. Die Rechtsstellung eines Abkömmlings kann ferner durch Annahme als Kind begründet werden.
- 4 Auch in den Fällen der sog. **künstlichen Fortpflanzung** (künstliche Insemination, in-vitro-Fertilisation usw.) ist das Familienrecht für die Beurteilung der Abstammung maßgebend (s. dazu § 1591 Rn. 9 ff.; § 1592 Rn. 18 ff.). Zur Erbfähigkeit bei postmortaler Insemination und bei in-vitro-Fertilisation s. § 1923 Rn. 16 ff.
- 5 **2. Wegfall der Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern.** Bei der Beurteilung der Abstammung ist zu beachten, dass die rechtliche Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz (1997, in Kraft getreten am 1.7.1998) völlig beseitigt wurde, nachdem durch das Erbrechtsgleichstellungsgesetz (1997, in Kraft getreten am 1.4.1998) bereits die erbrechtlichen Unterschiede aufgehoben worden waren (zum Übergangsrecht s. Einl. Rn. 135 sowie Art. 227 EGBGB (5. Aufl.), zum Recht der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder s. Einl. Rn. 101 ff.). Gleichwohl spielt es für die Voraussetzungen der Abstammung eine Rolle, ob ein Kind innerhalb einer bestehenden Ehe geboren wurde. Mit der Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern sind die Rechtsinstitute der Legitimierung durch nachträgliche Eheschließung (zur verfassungskonformen Behandlung von „Altfällen“ s. Einl. Rn. 113) und der Ehelicherklärung entfallen.
- 6 **3. Abstammung von der Mutter.** Mutter eines Kindes ist stets die Frau, die das Kind geboren hat, § 1591. Dies gilt auch dann, wenn das Kind biologisch nicht von dieser Frau abstammt, da das Kind aus einer von einer anderen Frau stammenden Eizelle entstanden ist. Die Mutterschaft kann in solchen Fällen auch nicht angefochten werden, s. auch § 1923 Rn. 17b.

¹ Ebenso BGH NJW 1989, 2197, 2198.

4. Abstammung vom Vater. Die Abstammung eines Kindes vom Vater kann nach § 1592 7 begründet werden:

- durch bestehende Ehe mit der Mutter des Kindes,
- durch Anerkennung der Vaterschaft,
- durch gerichtliche Feststellung der Vaterschaft.

a) Vaterschaft kraft Ehe. Vater ist nach § 1592 Nr. 1 der Mann, der zum **Zeitpunkt der 8 Geburt** mit der Mutter verheiratet ist. Für den Fall, dass der Ehemann vor der Geburt des Kindes verstorben ist, wird diese Regelung durch § 1593 dahin erweitert, dass (im Regelfall) auch eine Geburt innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemanns die Abstammung vom Ehemann begründet. Dasselbe gilt, wenn die Ehe durch Tod der Mutter vor der Geburt aufgelöst wurde (die Geburt kann zB durch künstliche Aufrechterhaltung der Kreislauffunktionen ermöglicht werden, obgleich der Tod im Rechtssinne – sog. Hirntod, s. § 1922 Rn. 13 – bereits eingetreten ist).

Scheidung oder Aufhebung der Ehe nach der Geburt des Kindes ändern nichts an der ehelichen **9** Abstammung. Für Kinder aus **Nichtehen** (s. § 1310 Rn. 25 ff.) gilt § 1592 Nr. 1 dagegen nicht (s. § 1592 Rn. 6).

Die Vaterschaft kraft Ehe besteht, solange nicht auf Grund einer **Anfechtung** rechtskräftig festgestellt **10** ist, dass der Ehemann nicht der Vater des Kindes ist, § 1599 Abs. 1. Dies gilt auch für das Erbrecht. Solange es an einer erfolgreichen Anfechtung der Vaterschaft fehlt, kann das gesetzliche Erbrecht nach dem Ehemann oder dessen Verwandten nicht verneint werden, und es ist auch nicht zulässig, in einem Prozess über das Erbrecht inzident die Nichtehelichkeit festzustellen.² Die Anfechtung der Vaterschaft durch den Ehemann der Mutter oder durch die Mutter ist nach § 1600 Abs. 5 ausgeschlossen, wenn beide der Zeugung mittels Samenspende eines Dritten (heterologe Insemination) zugestimmt haben. Für die Anfechtung der Vaterschaft durch die zuständige **Behörde** (§ 1600 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 und 6, eingefügt durch Gesetz v. 13.3.2008, BGBl. I S. 313) gelten in erbrechtlicher Hinsicht keine Besonderheiten.

Die rechtskräftige Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter auf Grund **11** Anfechtung wirkt auf den Zeitpunkt der Geburt zurück. Dies gilt auch, wenn die Nichtabstammung erst nach dem Tod des Ehemannes rechtskräftig festgestellt wird. Das Kind scheidet also in diesem Fall aus dem Kreis der gesetzlich erbberechtigten Abkömmlinge des Ehemannes aus.

Zur Abstammung des Kindes bei **Verschollenheit** bzw. **Todeserklärung** des Ehemannes s. **11a** § 1593 Rn. 11.

b) Vaterschaft kraft Anerkennung. Die Wirkung einer Anerkennung der Vaterschaft (§ 1592 **12** Nr. 2) ist von der Zustimmung der Mutter abhängig, § 1595 Abs. 1, ebenso von der Zustimmung des Kindes, wenn der Mutter die elterliche Sorge nicht zusteht, § 1595 Abs. 2. Zu den Erfordernissen hinsichtlich Geschäftsfähigkeit und Form s. §§ 1596 ff. Die Begründung der Vaterschaft durch Anerkennungserklärung eines Mannes ist von vornherein möglich, wenn die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt nicht verheiratet war. Andernfalls ist die Anerkennung erst möglich, wenn die Nichtabstammung vom Ehemann auf Grund Anfechtung rechtskräftig festgestellt ist, § 1594 Abs. 2, § 1599 Abs. 1. Wird allerdings das Kind geboren, nachdem ein Scheidungsantrag anhängig geworden ist, so genießt eine Anerkennung der Vaterschaft nach Maßgabe des § 1599 Abs. 2 den Vorrang vor der Vaterschaft kraft Eheschließung. Liegt bereits eine wirksame Vaterschaftsanerkennung vor, so ist eine Anerkennung durch einen anderen Mann erst nach erfolgreicher Anfechtung der Vaterschaft auf Grund der ersten Anerkennung möglich, § 1594 Abs. 2, § 1599 Abs. 1.

c) Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung. Die Begründung der Vaterschaft durch gerichtliche **13** Feststellung (§ 1592 Nr. 3) ist nur möglich, wenn keine Vaterschaft kraft Ehe oder kraft Anerkennung besteht, § 1600d Abs. 1. Gegebenenfalls müssen also die vaterschaftsbegründenden Wirkungen der Geburt bei bestehender Ehe oder der Anerkennung erst durch Anfechtung (zur Anfechtungsberechtigung s. § 1600 sowie Rn. 10) beseitigt werden, bevor die Vaterschaft eines anderen Mannes festgestellt werden kann. Die Vaterschaftsfeststellung stellt eine Abstammungssache nach § 169 Nr. 1 FamFG dar, einzuleiten durch einen **Antrag** nach § 171 Abs. 1 FamFG. Die Beteiligten ergeben sich aus § 172 Abs. 1 FamFG. – Eine **Klärung der leiblichen Abstammung**, wie sie § 1598a ermöglicht, wirkt sich auf die Abstammung im Rechtssinne nicht aus und bleibt daher erbrechtlich ohne Konsequenzen.

Die Rechtswirkungen der Vaterschaft können nach § 1600d Abs. 4 erst vom Zeitpunkt der **14** rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft an geltend gemacht werden. Dabei handelt

² Die vom BGH NJW 2008, 3429 unter bestimmten Voraussetzungen zugelassene Durchbrechung der aus § 1599 Abs. 1 folgenden Rechtsausübungssperre kommt hier nicht in Betracht. – Von der Sperrwirkung eine Ausnahme zu machen, wenn das Kind den Vaterschaftsanfechtungsprozess missbräuchlich verzögert hat und sich das Verfahren wegen Todes des Vaters ohne Entscheidung erledigt hat – so *Heukamp* FamRZ 2007, 606 – ist mit dem auf Rechtsklarheit gerichteten Ziel der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar.

es sich aber lediglich um eine „Rechtsausübungssperre“. Sie hindert nicht, dass die Rechtsfolgen der Vaterschaft schon vorher entstehen und steht daher einer Geltendmachung erbrechtlicher Folgen im Verhältnis zwischen dem Kind und dem Vater bzw. väterlichen Verwandten auch dann nicht entgegen, wenn die Vaterschaft erst nach dem Erbfall festgestellt wurde.

- 15 Auch nach dem Tode des Kindes oder des Vaters kann die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft erfolgen. Hierzu ist nach § 171 Abs. 1 FamFG ein Antrag beim Familiengericht zu stellen, das den Sachverhalt von Amts wegen (§ 26 FamFG) zu ermitteln hat.³ Das Kind kann also durch eine nach dem Tod des Vaters erfolgte Vaterschaftsfeststellung das gesetzliche Erbrecht nach dem Vater erlangen.⁴ Zeitliche Schranken hierfür gibt es nicht. Ebenso können nach dem Tod des Kindes dessen Vater oder väterliche Verwandte auf Grund einer jetzt noch erfolgenden Vaterschaftsfeststellung ein gesetzliches Erbrecht nach dem Kind erlangen.
- 16 **5. Annahme als Kind.** Die Annahme als Kind⁵ hat unterschiedliche Folgen, je nachdem, ob ein Minderjähriger oder ein Volljähriger adoptiert wurde.
- 17 **a) Minderjährigenadoption.** Die **Annahme eines Minderjährigen** als Kind gibt diesem in vollem Umfang die Rechtsstellung eines Kindes des Annehmenden, § 1754 Abs. 2. Erfolgt die Annahme durch ein Ehepaar oder wird ein Kind des einen Ehegatten vom anderen angenommen, so erhält das Kind die Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes des Ehepaares, § 1754 Abs. 1. Der Angenommene gehört zu den **gesetzlichen Erben der ersten Ordnung nach dem Annehmenden**, dessen Eltern und Voreltern. Andererseits **erlöschen** die Verwandtschaftsverhältnisse zu den bisherigen Verwandten, § 1755 Abs. 1 S. 1. Das angenommene Kind ist daher von der Annahme an nicht mehr gesetzlicher Erbe und Pflichtteilsberechtigter nach den leiblichen Eltern, Großeltern usw.⁶ Bei der Annahme des Kindes eines Ehegatten durch den anderen Ehegatten erlischt nur das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu dem anderen bisherigen Elternteil und dessen Verwandten, § 1755 Abs. 2. Dasselbe gilt bei Adoption eines Kindes des Lebenspartners, § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG iVm. § 1755 Abs. 2.
- 18 **Ausnahmen** bestehen, wenn der Annehmende mit dem Kind im zweiten oder dritten Grad **verwandt** ist (§ 1756 Abs. 1, zB Adoption durch Onkel oder Tante). Hier erlischt *nur* die Verwandtschaft des Kindes und seiner Abkömmlinge *zu seinen bisherigen Eltern*. Das Kind bzw. seine Abkömmlinge sind daher nicht gesetzliche Erben der ersten Ordnung nach den leiblichen Eltern, wohl aber nach den leiblichen Großeltern, Urgroßeltern usw. Soweit auf diese Weise eine **mehrfache Verwandtschaft** entsteht (zB die bisherige Verwandtschaft und die über den Adoptierenden vermittelte), so dass der Adoptierte mehreren Stämmen angehört, erhält er nach § 1927 innerhalb der ersten, zweiten oder dritten Ordnung die in den Stämmen anfallenden Anteile kumulativ, s. § 1927 Rn. 3. Ein von seinem Onkel adoptiertes Kind beerbt also den Großvater auf Grund Vorversterbens des Adoptivvaters und zusätzlich auf Grund Vorversterbens des leiblichen Vaters.⁷
- 19 Nimmt ein Ehegatte ein **Kind des anderen Ehegatten aus einer früheren, durch Tod aufgelösten Ehe** an, so bleiben die Verwandtschaftsverhältnisse zu den Verwandten des verstorbenen leiblichen Elternteils erhalten, sofern der verstorbene Elternteil zum Zeitpunkt seines Todes⁸ die elterliche Sorge innehatte, § 1756 Abs. 2. Dies gilt auch bei Adoption eines Kindes des Lebenspartners, § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG iVm. § 1756 Abs. 2. Das Kind und seine Abkömmlinge zählen daher unter diesen Voraussetzungen zu den gesetzlichen Erben der ersten Ordnung nach den Eltern, Großeltern des verstorbenen Elternteils usw. § 1756 Abs. 2 wird analog angewandt, wenn der überlebende Ehegatte ein Kind des vorverstorbenen Ehegatten (aus dessen früherer, durch Tod aufgelösten Ehe) annimmt.⁹
- 20 **b) Volljährigenadoption.** Die **Annahme eines Volljährigen** begründet im Regelfall (anders wenn bei der Adoption¹⁰ eine Anordnung nach § 1772 – Annahme mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption – erfolgte) nur die Verwandtschaft zwischen dem Angenommenen sowie dessen

³ Dazu OLG München FamRZ 2001, 126: Exhumierung zwecks Entnahme von Gewebeproben ist zulässig, auch gegen den Widerspruch der zur Totensorge berechtigten Personen. Näher zu den Voraussetzungen einer Exhumierung zur postmortalen Vaterschaftsfeststellung *Lakkis* FamRZ 2006, 454.

⁴ BayObLG Rpfleger 2003, 429, 430 (zu den bis 1998 geltenden Vorschriften).

⁵ Lit.: *Roth*, Erbrechtliche Probleme bei der Adoption, Diss. Freiburg 1979; *Schmitt-Kammler*, Zur erbrechtlichen Problematik der Verwandten- und Stiefkinderadoption nach § 1756 BGB, FamRZ 1978, 570; *Wetzels*, Pflichtteilsentziehung durch Minderjährigenadoption?, ZEV 2011, 401.

⁶ De lege ferenda krit. zu dieser Regelung *Wetzels* ZEV 2011, 401.

⁷ Ebenso *Roth* (Fn. 5) S. 193; *Staudinger/Frank* (2007) § 1756 Rn. 16 f.; *Soergel/Stein* Rn. 35. – AM *Dieckmann* ZBlJugR 1980, 567, 573 (dort Fn. 24); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 68 X 2 (dort Fn. 234); *Erman/Schlüter* Rn. 4; *Staudinger/Werner* (2008) Rn. 15.

⁸ LG Wuppertal FamRZ 2009, 1183 (dies gilt auch bei einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption gemäß § 1772).

⁹ LG Koblenz Rpfleger 2001, 34.

¹⁰ Auf nachträglichen Antrag ist eine solche Anordnung nicht zulässig, OLG Frankfurt FamRZ 2009, 356.