

Der nondum conceptus im Privatrecht

Als nondum conceptus wird im Lateinischen der noch nicht Empfangene, der bislang noch gar nicht Gezeugte bezeichnet. Einen nondum conceptus hat beispielsweise vor Augen, wer in seinem Testament ein zukünftig erwartetes, erst zu zeugendes Enkelkind mit einem Vermächtnis bedenkt (vgl. § 2178). Auch über das Erbrecht hinaus werden in zahlreichen Rechtsgebieten noch nicht gezeugte Kinder berücksichtigt.¹ Zusätzliche Komplexität erfährt die Thematik durch die Möglichkeiten der künstlichen Befruchtung.

I. Abgrenzung zum nasciturus

Vom nondum conceptus ist der nasciturus abzugrenzen, der ab der Zeugung (*Fertilisation*) zu existieren beginnt. Die Zeugung ist freilich, ebenso wie der Tod am Lebensende,² kein punktuell Ereignis, sondern ein komplexer Prozess.³ Die sog. *Befruchtungskaskade* beginnt mit der Imprägnation, dh dem Eindringen des Spermiums in die Eizelle (Oozyte) und der Verschmelzung der Zellmembranen. Im weiteren Verlauf, dem sog. *Pronucleus-Stadium*, formieren sich zwei Vorkerne (Pronuclei), die jeweils den einfachen Chromosomensatz von Frau und Mann enthalten, ohne dass sich die beiden (haploiden) Zellkerne bereits vereint haben. Der Befruchtungsvorgang endet mit der Verschmelzung der beiden Vorkerne (*Konjugation*). Ab diesem Moment findet ein kategorialer Wechsel vom nondum conceptus zum *Embryo* (Zygote) statt, verbunden mit dem rechtlichen Status als nasciturus. In der Literatur wird zwar mitunter erst der spätere Zeitpunkt der Einpflanzung (Implantation)⁴ oder der Einnistung (Nidation)⁵ als maßgeblich erachtet, doch ist die Befruchtung bereits mit der Zellkernverschmelzung abgeschlossen und dadurch, mit den Worten der Gesetzesautoren, „menschliches Leben erzeugt (worden)“⁶. Demgemäß gilt nach § 8 I ESchG jede „befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an“ als Embryo. Von dieser Phase an wird vielfach auch schon der verfassungsrechtliche Schutz

bejaht.⁷ Jedenfalls würde es im Privatrecht zu einer nicht zu rechtfertigenden Benachteiligung führen, einem Kind erbrechtliche (§ 1923 II), schadensersatzrechtliche (§ 844 II 2) oder sonstige Rechte zu verweigern, nur weil der Vater bereits vor der Nidation verstorben ist.⁸

Ob dies auch dann gilt, wenn das Kind zum Zeitpunkt des Todes des Vaters noch gar nicht gezeugt war, ist im Folgenden zu erörtern. Die Problematik ist deshalb von besonderer Relevanz, weil in der Reproduktionsmedizin eine *Kryokonservie-*

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

1 S. rechtsvergleichend zum frz. u. engl. Recht *Hermanns-Engel*, Die rechtl. Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung, 1997, 73 ff., 138 ff.

2 S. näher *Wolff/Neuner*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 11 Rn. 9.

3 Ausf. zum Folgenden *Hinrichsen*, Humanembryologie, 1990, 78 ff.; *Tautpitz/Hermes*, NJW 2015, 1802; *Velte*, Die postmortale Befruchtung im dt. u. span. Recht, 2015, 6 ff. mw.N.

4 So etwa *Erman/Lieder*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1923 Rn. 3; *Hegnauer*, FS Noll, 1984, 49 (56).

5 So etwa *Palandt/Sprau*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1 Rn. 8; BeckOGK BGB/Schöpflin, 2018, § 1912 Rn. 3.

6 BT-Drs. 11/5460, 8.

7 So etwa *Coester-Waltjen*, FamRZ 2015, 1981; *Böckenförde*, JZ 2003, 809 (811 ff.); BeckOGK BGB/Mössner, 2018, § 90 Rn. 16.1; *Müller-Terpitz*, Der Schutz d. pränatalen Lebens, 2007, 131 ff.; sehr str., vgl. *Hufen*, JuS 2010, 145 mw.N.

8 Vgl. *Staudinger/Kamowski*, BGB, 2013, § 1 Rn. 23; *Schlüter/Rothel*, ErbR, 17. Aufl. 2015, § 6 Rn. 9; ausf. *Roller*, Die Rechtsfähigkeit d. Nasciturus, 2013, 135 ff.

runge (Einfrieren) von bereits befruchteten Eizellen nur ausnahmsweise in Betracht kommt; der Gesetzgeber will die Erzeugung überzähliger Embryonen und deren Verwerfung vermeiden.⁹ Im Regelfall werden Keimzellen oder Zellen im Pronucleus-Stadium (sog. 2-PN-Zellen) kryokonserviert mit dem Ziel einer späteren Weiterkultivierung bis zur Kernverschmelzung. Die postmortale Befruchtung (einer Eizelle mit dem Samen eines verstorbenen Mannes) ist zwar gem. § 4 I Nr. 3 ESchG verboten,¹⁰ doch ist die Vorschrift verfassungsrechtlich und rechtspolitisch stark angreifbar,¹¹ erfasst nach umstrittener Ansicht keine 2-PN-Zellen¹² und kann faktisch im In- und Ausland umgangen werden. Betroffen von dem Verbot des § 4 I Nr. 3 ESchG sind beispielsweise Soldaten und deren Ehefrauen, die vor einem Kriegseinsatz die Möglichkeit einer Post-mortem-Befruchtung sicherstellen wollen.¹³

Juristisch betrachtet ist eine 2-PN-Zelle, ebenso wie die einzelne Keimzelle, ein Rechtsobjekt, an dem beide Keimzellengeber Miteigentum erlangen (§ 947 I), welches von den jeweiligen Persönlichkeitsrechten überlagert wird.¹⁴ Werden konservierte Keimzellen schuldhaft vernichtet, kommt deshalb ein immaterieller Schadensersatzanspruch wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung in Betracht (§ 823 I BGB iVm Art. 1 I, Art. 2 I GG).¹⁵ Die Rechtsprechung geht hingegen von einer Körperverletzung sowie einem Schmerzensgeldanspruch gem. § 253 II aus,¹⁶ doch kann man Gameten, die sich in einem Depot befinden, schon räumlich kaum als integralen Teil des Körpers ansehen.

II. Erbrecht

Ein nondum conceptus kann grundsätzlich kein Erbe werden. Dies zeigt neben einem Umkehrschluss aus § 1923 II („bereits gezeugt war“) auch § 2101 I 1, wonach im Zweifel eine Einsetzung als *Nacherbe* anzunehmen ist. Wird also eine noch nicht gezeugte Person als Erbe eingesetzt, wird diese im Zweifel *Nacherbe*,¹⁷ so dass ihr die Erbschaft gem. § 2106 II 1 mit der Geburt anfällt.¹⁸ Kann der Bedachte nicht mehr geboren werden oder ist die Frist des § 2109 I (grds. 30 Jahre) abgelaufen, wird der Vorerbe (das sind in der Regel die gesetzlichen Erben) endgültiger Erbe.¹⁹ Der nondum conceptus kann des Weiteren mit einem *Vermächtnis* bedacht werden (vgl. § 2178 iVm der 30-Jahres-Frist gem. §§ 2162 II, 2163 I Nrn. 1, 2). Möglich ist auch die Anordnung eines *Nachvermächtnisses* gem. § 2191 oder einer *Auflage* gem. § 1940 iVm §§ 2192 ff. zu Gunsten noch nicht gezeugter Personen.²⁰

Kontrovers wird die gesetzliche Erbfolge von Kindern nach *postmortaler Befruchtung* beurteilt. Während kryokonservierte Embryonen bereits begrifflich von der extensiven Regelung der Erbfähigkeit gem. § 1923 II erfasst werden, kann ein *post mortem* gezeugtes Kind nach dem Wortlaut der Norm nicht Erbe werden. Ihm würde also die Erbfähigkeit versagt, obwohl die Vaterschaft des Erblassers gerichtlich festgestellt oder präkonzeptionell anerkannt wurde.²¹ Ein solcher Ausschluss wird als sachgerecht verteidigt, weil zum Zeitpunkt des Erbfalls Rechtssicherheit und Rechtsklarheit herrschen müssten,²² doch wirkt das Argument – ungeachtet der Möglichkeiten der Anfechtung, Erbunwürdigkeit und Ausschlagung – schon deshalb wenig überzeugend, weil auch später noch bislang unbekannte Erben ihre Rechte geltend machen können.²³ Darüber hinaus würde in die Erbrechtsgarantie des

Art. 14 I 1 iVm Art. 6 I GG, die eine Beteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass gewährleistet,²⁴ erheblich eingegriffen werden.²⁵ In der weiteren Folge wird vielfach eine analoge Anwendung von § 1923 II gefordert.²⁶

Dieser Analogieschluss entspricht allerdings nicht der gesetzesnächsten, der systemkonformsten Lösung. Methodischer Ausgangspunkt ist der „Normalfall“ des § 2101 I: Die Großmutter setzt ein noch nicht gezeugtes Enkelkind als Erben ein. Bestimmt sie pauschal ihre „Enkelkinder“ als Erben, werden nondum concepti auf Grund des familiären Näheverhältnisses im Zweifel (hM: nach Maßgabe freier Interpretation²⁷) ebenfalls mit berücksichtigt, da die gegenläufige Auslegungsregel des § 2070 nur „Abkömmlinge eines Dritten“, zB Nefen oder Nichten, erfasst. Dieses gesetzliche Modell gilt folgerichtig auch für das Vater-Kind-Verhältnis: Setzt der Testator sein zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht gezeugtes Kind als Erben ein, wird dieses *Nacherbe* iVm § 2101 I 1.²⁸ Bestimmt der Testator pauschal alle „Kinder“ als Erben, werden nondum concepti im Zweifel ebenfalls *Nacherben*. Der nondum conceptus wird damit im Vergleich zu lebenden Geschwistern oder einem nasciturus zwar etwas nachteilhafter behandelt (auf Grund der Rechte des Vorerben gem. §§ 2112 ff.), doch ist die Zwischenphase einer Vorerbschaft sachgerecht, da Zeugung und Geburt als *Nacherbe* eben noch völlig offen sind (auch im Unterschied zum nasciturus).

- 9 S. insb. die Begrenzung durch § 1 I Nrn. 3, 5 ESchG u. die Gesetzesbegr., BT-Drs. 11/5460, 9: „Damit soll dem Entstehen sog. ‚überzähliger‘ Embryonen entgegengewirkt werden“; s. hierzu auch Günther in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, 211 ff.; Ebeling/Zimmermann, DEuFamR 1999, 25 (31); krit. Frommel, GesR 2018, 413 (413): „Aber wenn schon eingestiftete Foeten keinen wirksamen Individualrechtsschutz geltend machen können, dann sind Embryonen erst recht keine Träger von subjektiven Rechten.“
- 10 Zum Verbot d. Eizellspende gem. § 1 I Nrn. 1, 2 ESchG s. näher Taupitz in Günther/Taupitz/Kaiser (o. Fn. 9), 180 ff.; Wollenschläger, MedR 2011, 21.
- 11 S. eingehend Inthorn/Pisani, MedR 2018, 419 (420 f.); Biermann, NZFam 2017, 962 (963 f.); Prehn, MedR 2011, 559 (560 ff.); Krüger, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, 2010, 20 ff.
- 12 OLG Rostock, MedR 2010, 874; aA Krüger (o. Fn. 11), 3 ff.; Taupitz in Günther/Taupitz/Kaiser (o. Fn. 9), 319 f.
- 13 Über diese Praxis (in anderen Ländern) berichten Brox, FS Stree und Wessels, 1993, 965 (966 f.), u. Lenckner in Herzog/Kunst/Schlaich/Schneemelcher, Ev. Staatslexikon, 3. Aufl. 1987, „Insemination, künstliche“, Sp. 1338.
- 14 BeckOGK BGB/Mössner (o. Fn. 7), § 90 Rn. 16.2; Börgers/Frister, HFR 2010, 1 (3 f.); Wolf/Neuner (o. Fn. 2), § 24 Rn. 13; zum umstr. Ausschluss von Herausgabeanspr. gem. §§ 1 I Nr. 2, 4 I Nr. 3 ESchG s. OLG Rostock, MedR 2010, 874; OLG Karlsruhe, FamRZ 2016, 1790.
- 15 Vgl. Taupitz, NJW 1995, 745 (748 ff.); MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 169; Neuner, AcP 214 (2014), 459 (506) mwN.
- 16 BGHZ 124, 52 (54 ff.) = NJW 1994, 127 (noch zu § 847 I aF).
- 17 S. zudem § 2102 I, der besagt, dass die Einsetzung als *Nacherbe* im Zweifel auch die Einsetzung als *Ersatzerbe* enthält.
- 18 Gem. § 2108 I iVm § 1923 II muss der *Nacherbe* beim *Nacherbfall* geboren o. gezeugt sein; anderenfalls ist er im Zweifel zweiter *Nacherbe* nach den ges. Erben; s. Staudinger/Avenarius, BGB, 2013, § 2108 Rn. 5; MüKoBGB/Grunsky, 7. Aufl. 2017, § 2108 Rn. 3.
- 19 Vgl. MüKoBGB/Grunsky (o. Fn. 18), § 2101 Rn. 6.
- 20 S. näher Hermanns-Engel (o. Fn. 1), 68 ff.
- 21 S. zur Vaterschaft näher u. im Text bei Fn. 56 ff.
- 22 Erman/Lieder (o. Fn. 4), § 1923 Rn. 3; BeckOK BGB/Müller-Christmann, 2018, § 1923 Rn. 8.
- 23 Vgl. Velte (o. Fn. 3), 124; Brox, FS Stree und Wessels (o. Fn. 13), 965 (973); MüKoBGB/Leipold (o. Fn. 18), § 1923 Rn. 23.
- 24 Vgl. BVerfGE 112, 332 (Ls. 1) = NJW 2005, 1561 = JuS 2005, 835 (Sachs).
- 25 MüKoBGB/Leipold (o. Fn. 18), § 1923 Rn. 22 f.; s. ferner BeckOGK BGB/Tegelkamp, 2018, § 1923 Rn. 42 f.; Velte (o. Fn. 3), 123.
- 26 GrdL. Leipold, FS Kralik, 1986, 467 (471 ff.); Brox, FS Stree und Wessels (o. Fn. 13), 965 (969 ff.); Schlüter/Röthel (o. Fn. 8), § 6 Rn. 9; aA Mansees, Das ErbR d. Kindes nach künstl. Befruchtung, 1991, S. 68.
- 27 OLG Köln, NJW-RR 1992, 1031 = JuS 1993, 163 (Hobloch); Czubayko in Burandt/Rojahn, ErbR, 2. Aufl. 2014, § 2070 Rn. 4; BeckOGK BGB/Gomille, 2018, § 2070 Rn. 5.
- 28 AA Velte (o. Fn. 3), 126, die auch in diesem Fall f. eine analoge Anwendung d. § 1923 II plädiert.

Hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge ist kennzeichnend, dass dem historischen Gesetzgeber die Möglichkeiten der künstlichen Befruchtung noch nicht bekannt waren.²⁹ Daher handelt es sich um eine *nachträgliche* Gesetzeslücke,³⁰ die durch eine *analoge Anwendung des § 2101 I 1* zu schließen ist. Die Stellung als Nacherbe ist für den nondum conceptus auf Grund der Rechte des Vorerben zwar wiederum schlechter als die Annahme einer Erbfähigkeit analog § 1923 II, doch entspricht diese Abfolge dem sachgerechten gesetzlichen Regelungsmodell. Es wäre geradezu systemwidrig, den gesetzlichen Erben besser zu stellen als den gewillkürten. Zudem wird ein längerfristiger Aufschub der Auseinandersetzung verhindert, der gem. § 2043 I nur bei einem nasciturus vorgesehen ist.

Im Verhältnis von Großeltern zu Enkelkindern ergibt sich das Problem der gesetzlichen Erbfolge nur ganz ausnahmsweise, wenn beispielsweise die Tochter enterbt wurde und (die Enkelkinder sowie) die noch nicht gezeugten Kinder der Tochter als gesetzliche Erben in Betracht kommen. Auch in dieser Konstellation ist eine analoge Anwendung von § 2101 I 1 geboten, zumal ein verallgemeinerbarer Umkehrschluss aus § 2070 eine Berücksichtigung der nondum concepti innerhalb eines Stammes nahe legt.³¹

III. Vertragsrecht

Nondum concepti können für den Fall ihrer Lebendgeburt Rechte aus einem *Vertrag zu Gunsten Dritter* (zB aus einem Spar- oder Versicherungsvertrag) erwerben.³² Der Rechtsgrund einer solchen Begünstigung ist zumeist ein Schenkungsvertrag, kann aber auch in der Erfüllung einer Unterhaltspflicht liegen.³³ Falls der Versprechensempfänger (also der Gläubiger aus dem Deckungsverhältnis) vor der Geburt des nondum conceptus stirbt, kann das Versprechen, an den nondum conceptus zu leisten, nach § 331 II nur dann noch geändert werden, wenn die Befugnis hierzu vorbehalten worden ist. Dadurch soll verhindert werden, dass die Erben des Versprechensempfängers die Begünstigung (des nondum conceptus, der noch kein Recht gem. § 331 I erwerben kann) wieder aufheben (etwa im Deckungsverhältnis durch eine Abmachung mit dem Versprechenden oder durch Widerruf der Willenserklärung im Valutaverhältnis gem. § 130 I 2).³⁴ Steht hingegen fest, dass der Dritte nicht geboren wird, fällt die Forderung in den Nachlass des Versprechensempfängers, sofern nichts anderes vereinbart ist.³⁵ Die Kontroverse, ob auch *Verfügungen* zu Gunsten Dritter analog § 328 getroffen werden können, wirft im Hinblick auf die Einigung sowie die Bindung des Versprechenden im Fall der Begünstigung eines nondum conceptus keine zusätzlichen Konfliktpunkte auf.³⁶

Des Weiteren können nondum concepti in *Verträge mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter* einbezogen werden, die die Eltern mit Ärzten, Krankenhäusern oder Reproduktionskliniken abgeschlossen haben.³⁷ Auch Arbeits- oder Mietverträge kommen in Betracht. Die Pflichtverletzung kann zum einen in einer *präkonzeptionellen Schädigung* der Keim- oder 2-PN-Zellen liegen (zB durch radioaktive Strahlung), so dass der Embryo *ab initio*, also vom Moment der Zeugung an, mit einer Behinderung existiert.³⁸ Die durch das Handicap entstehenden Kosten hat die schuldhaft handelnde Vertragspartei zu übernehmen. Der Einwand, es fehle an der notwendigen

Bestimmtheit für Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten des nondum conceptus,³⁹ verfährt nicht, da eine überschaubare, klar abgrenzbare Personengruppe hierfür ausreicht, ohne dass die Zahl oder die Namen der zu schützenden Personen bekannt sein müssen.⁴⁰

Eine vertragliche Pflichtverletzung kann zum anderen auch darin liegen, dass die *Zeugung eines gehandicapten Kindes nicht verhindert* wurde. Man denke an eine fehlerhafte genetische Untersuchung oder Beratung, an eine inakkurate Präimplantationsdiagnostik oder an eine unzureichend durchgeführte, genetisch indizierte Sterilisation. Auf den ersten Blick scheinen hier eigene Ansprüche des Kindes („*wrongful life claims*“) grundsätzlich auszuschließen, da die kindliche Existenz gerade auf der Pflichtverletzung des elterlichen Vertragspartners beruht und sich nur schwer darlegen lässt, dass die Nichtexistenz gegenüber dem Leben mit einer Behinderung vorzugswürdig ist. Es kommt jedoch auch in diesen Konstellationen ein Schadensersatzanspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter in Betracht, weil der Kontrakt nicht nur dazu dient, ein behindertes Kind als solches zu verhindern, sondern zugleich dem potenziellen Kind (neben den Eltern) die durch eine Behinderung bedingten finanziellen (Mehr-)Belastungen ersparen soll.⁴¹

IV. Deliktsrecht

Werden einzelne Keimzellen oder 2-PN-Zellen präkonzeptionell geschädigt, besteht neben einem Schadensersatzanspruch

- 29 Vgl. Brox, FS Stree und Wessels (o. Fn. 13), 965 (971 ff.); aA Britting, Die postmortale Insemination als Problem d. ZivR, 1989, 153 (m. Verw. auf §§ 2101 I, 2106 II).
- 30 Zu dieser Art von Lücke näher Canaris, Die Feststellung v. Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, 135 f.
- 31 AA Leopold, FS Kralik (o. Fn. 26), 467 (474).
- 32 S. nur BGHZ 129, 297 (305) = NJW 1995, 2028; MuKoBGB/Gottwald, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 24; Looschelders, SchuldR AT, 16. Aufl. 2018, § 51 Rn. 6.
- 33 S. BGHZ 129, 297 (Ls. 1) = NJW 1995, 2028; „Eine Vereinbarung zwischen Eheleuten, mit welcher der Ehemann sein Einverständnis zu einer heterologen Insemination erteilt, enthält regelmäßig zugleich einen von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten berechtigenden Vertrag zugunsten des aus der heterologen Insemination hervorgehenden Kindes, aus dem sich für den Ehemann dem Kind gegenüber die Pflicht ergibt, für dessen Unterhalt wie ein ehelicher Vater zu sorgen.“
- 34 Prot. I, 766; Avenarius, JR 1994, 267 (269); BeckOGK BGB/Mäsch, 2018, § 331 Rn. 29; Staudinger/Jagmann, BGB, 2015, § 331 Rn. 24; s. beim Erbvertrag die ähnl. Regelung d. § 2290 I 2.
- 35 BeckOGK BGB/Mäsch (o. Fn. 34), § 331 Rn. 28; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2010, § 331 Rn. 18; eine 30-Jahres-Frist, ähnl. wie beim Vermächtnis, wurde bewusst nicht geschaffen, vgl. Prot. I, 767; Staudinger/Jagmann (o. Fn. 34), § 331 Rn. 25.
- 36 Vgl. Saerbeck, Beginn u. Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, 1974, 41 (nicht erfasst werden v. der Analogie zu § 328 weitere Erfordernisse wie die Besitzverschaffung u. die Grundbucheintragung).
- 37 Vgl. BGHZ 204, 54 (Rn. 13 ff.) = NJW 2015, 1098 = JuS 2015, 462 (Wellenhofer); Spickhoff in Spickhoff, MedizinR, 3. Aufl. 2018, BGB § 1 Rn. 15.
- 38 Bei Infektion mit Lues (vgl. BGHZ 8, 243 = NJW 1953, 417) erfolgt die diaplazentare Übertragung auf den Embryo gewöhnlich im 4.-5. Schwangerschaftsmonat; s. Braun-Falco/Plewig/Wolff, Dermatologie u. Venerologie, 3. Aufl. 1984, 88.
- 39 So aber MuKoBGB/Schmitt, 7. Aufl. 2015, § 1 Rn. 48; anders jetzt MuKoBGB/Spickhoff, 8. Aufl. 2018, § 1 Rn. 52.
- 40 BGH, NJW 1998, 1059 (1062); NJW 1987, 1758 (1760); Hk-BGB/Schulze, 9. Aufl. 2017, § 328 Rn. 17; nicht überzeugend wirkt allerdings, dass die Rspr. (BGHZ 204, 54 [Ls. 1] = NJW 2015, 1098 = JuS 2015, 462 [Wellenhofer]) aus dem Vertrag m. Schutzwirkung zugunsten Dritter einen Anspr. d. Kindes auf Auskunft über den Samenspender ableitet, denn „Leistungsnahe“ (andere Gefahrengesetzgebung) u. „Glaubigernahe“ divergierende Interessen fehlen; krit. auch Gruber, ZIPW 2016, 68 (75); maßgeb. Grundlage f. den Auskunftsanspr. ist Art. 2 I iVm Art. 1 I GG; vgl. BeckOGK BGB/Mäsch, 2018, § 328 Rn. 194; mittlerweile besteht in § 10 SaRegG eine ges. Regelung.
- 41 Ausführlicher Neuner, AcP 214 (2014), 459 (481 ff.).

aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter auch ein späterer Anspruch wegen einer *Gesundheitsverletzung gem. § 823 I*,⁴² da ohne die Verletzungshandlung die Behinderung nicht eingetreten wäre.⁴³ Dass die schädigende Handlung bereits vor der Zeugung stattfand, ist im Lichte von Art. 2 II 1 GG irrelevant und ähnlich zu beurteilen wie die Haftung für kontaminierte Babinahrung, die vor dem Zeitpunkt der Zeugung hergestellt wurde.⁴⁴ Inhaltlich umfasst der Anspruch wiederum die Mehrkosten auf Grund der Behinderung (einschließlich Schmerzensgeld gem. § 253 II).⁴⁵

Anders ist die Rechtslage bei Falschberatung, Falschbehandlung oder sonstigen Fehlern, die zur Konzeption eines *nicht erwünschten* behinderten Kindes führen.⁴⁶ Eine Gesundheitsverletzung scheidet hier aus, weil auf die Konstitution des Kindes weder prä- noch postkonzeptionell Einfluss genommen wurde.⁴⁷ Ebenso scheidet eine Persönlichkeitsrechtsverletzung aus.⁴⁸ Der Arzt oder Berater hat lediglich die Existenz des Kindes (mit-)verursacht. Das Kind wurde dadurch Träger von Persönlichkeitsrechten und nicht Opfer einer Persönlichkeitsrechtsverletzung. Es verbleiben in diesen Fällen somit nur potenzielle Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.

Ein weiteres deliktsrechtliches Problem stellt sich, wenn ein Unterhaltspflichtiger getötet wird (zB ein Elternteil). Der Schädiger muss in diesem Fall den Unterhaltsberechtigten (Kindern) gem. § 844 II 1 Schadensersatz leisten, und zwar auch jenem Kind, das „zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war“ (§ 844 II 2). Ähnliche Bestimmungen enthalten § 10 II 2 StVG, § 35 II 2 LuftVG, § 5 II 2 HPfIG und § 28 II 2 AtG. Obwohl der Wortlaut dieser Normen (in Übereinstimmung mit § 1923 II) jeweils voraussetzt, dass ein Kind bereits „gezeugt“ war, wird teilweise gefordert, einem Kind einen Ersatzanspruch auch dann nach § 844 II 2 zuzusprechen, wenn es erst *nach dem Tod* des Verletzten künstlich gezeugt wird.⁴⁹ Gegen eine solche Extension auf post mortem gezeugte Kinder sprechen jedoch mehrere Argumente: Erstens besteht kein Anlass, künstlich gezeugte gegenüber natürlich gezeugten Kindern zu privilegieren. Wird der unterhaltspflichtige Großvater getötet und zeugt sein Sohn später ein Kind, hat dieses ebenfalls keinen Anspruch gegen den Schädiger. Zweitens werden nondum concepti gegenüber bereits lebenden Kindern nicht unbillig benachteiligt, da ihr späterer Kindesunterhalt durch andere Familienmitglieder oder den Sozialstaat sichergestellt wird. Drittens werden auch die zum Unterhalt verpflichteten Familienmitglieder nicht unbillig belastet, weil die Zeugung als unterhaltsbegründende *conditio sine qua non* eben erst nach der schädigenden Handlung stattfand und auf einer zumeist autonomen Entscheidung der Hinterbliebenen beruht. Als Viertes kommt spiegelbildlich hinzu, dass die Unterhaltskosten dem Schädiger nicht zurechenbar sind und zu unvorhersehbaren Ansprüchen führen würden.

V. Sachenrecht

Das Erb- und Schuldrecht berücksichtigt nondum concepti in vielfacher Weise. Es ist daher nur folgerichtig, dass deren künftige Rechte und Ansprüche auch abgesichert werden (können). So ist gem. § 51 GBO bei der *Eintragung* eines Vorerben zugleich das Recht des Nacherben (dh des nondum conceptus) von Amts wegen in das Grundbuch ein-

zutragen.⁵⁰ Dadurch wird ein gutgläubiger Erwerb verhindert, der grundsätzlich auch zu Lasten eines Nacherben möglich ist (vgl. § 2113 III). Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist auch die Eintragung einer *Hypothek* für noch nicht gezeugte Kinder möglich.⁵¹ Ebenso kann nach ganz hM eine *Vormerkung* eingetragen werden, die eine Forderung, beispielsweise aus einem zu Gunsten des nondum conceptus abgeschlossenen Vertrag gem. § 328, sichert.⁵² Erforderlich ist lediglich, dass der nondum conceptus bei der Eintragung ins Grundbuch jeweils durch die Nennung seiner Eltern hinreichend individualisiert wird („Abkömmling der E“).⁵³

VI. Familienrecht

Zur Sicherung der Rechte des nondum conceptus kann gem. § 1913 auch ein *Pfleger* bestellt werden. Dies kommt nach § 1913 S. 2 insbesondere bei einer Nacherbschaft in Betracht, wenn der Vorerbe eine Verfügung treffen will, zu der er die Zustimmung des Nacherben benötigt (vgl. § 2120). Auch für einen Vermächtnisnehmer, der noch nicht gezeugt ist, kann die Vertretung durch einen Pfleger erforderlich sein.⁵⁴ Im Übrigen kann ein Fürsorgebedürfnis iSv § 1913 S. 1 in all jenen Fällen bestehen, in denen die Rechtsordnung nondum concepti berücksichtigt (wie etwa beim Vertrag zu Gunsten Dritter). Liegt ein Fürsorgebedürfnis vor, hat die Anordnung der Pflegschaft von Amts wegen durch das Betreuungsgericht zu erfolgen.⁵⁵

- 42 Zur analogen Rechtslage iRd *Gefährdungshaftung* gem. § 84 AMG s. *Handorn in Fuhrmann/Klein/Leischfresser*, ArzneimittelR, 2. Aufl. 2014, § 27 Rn. 18; BeckOGK AMG/Franzki, 2018, § 84 Rn. 43; nach der Rspr. hat allerdings ein Kind, das als nasciturus durch die Folgen einer v. seiner Mutter vor seiner Zeugung erlittenen Berufskrankheit geschädigt wurde, keinen Anspr. auf Entschädigungsleistungen aus d. *ges. Unfallversicherung* gem. § 555 a RVO aF bzw. § 12 SGB VII; vgl. BSGE 58, 83 = NJW 1986, 1569; bestätigt durch BVerfGE 75, 348 = NJW 1988, 757.
- 43 So auch MüKoBGB/Wagner (o. Fn. 15), § 823 Rn. 206 f.; *Erman/Wilhelmi*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 823 Rn. 22; eine Haftung vorbelasteter Eltern kommt höchstens in Extremfällen in Betracht, jedenfalls nicht schon bei einer „bekannten, nicht heilbaren Krankheit, die durch die Zeugung unter Umständen oder gar sicher übertragen wird“; so aber *Staudinger/Hager*, BGB, 2017, § 823 Rn. B 47; von der zivilrechtl. Thematik sind Anspr. nach dem *Opferentschädigungsgesetz* zu unterscheiden; das BSG (BSGE 89, 199 = BeckRS 2002, 40590) judizierte, dass einem gewaltsam gezeugten Kind, das wegen des Inzestes bereits bei der Zeugung in seiner Gesundheit beeinträchtigt war, eine Entschädigungsleistung nach § 1 OEG zustehen kann.
- 44 Ähnl. *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 1 h; *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 1049.
- 45 Hinsichtl. des Schutzes seiner Integrität ist der nasciturus bereits rechtsfähig; s. näher *Roller* (o. Fn. 8), 164 ff.; *Wolff/Neuner* (o. Fn. 2), § 11 Rn. 12 f.
- 46 S. auch schon *Neuner*, AcP 214 (2014), 459 (480).
- 47 Vgl. BGHZ 86, 240 (251 f.); *Waibl*, Kindesunterhalt als Schaden, 1986, 358 ff.; anders aber *Spickhoff* in *Spickhoff* (o. Fn. 37), BGB § 1 Rn. 15; MüKoBGB/Wagner (o. Fn. 15), § 823 Rn. 207 mwN.
- 48 AA *Deutsch*, JZ 1983, 451 (451); *Stathopoulos*, FS Canaris I, 2007, 1213 (1227).
- 49 So *Staudinger/Röthel*, BGB, 2015, § 844 Rn. 79; aA *Staudinger/Kannowski* (o. Fn. 8), § 1 Rn. 25; MüKoBGB/Spickhoff (o. Fn. 39), § 1 Rn. 51.
- 50 Entsprechendes gilt für die Eintragung im Schiffsregister, vgl. § 54 SchRegO.
- 51 Mot. III, 641; s. ferner RGZ 61, 355 (356 f.); *Staudinger/Avenarius* (o. Fn. 18), § 2101 Rn. 10; *Palandt/Ellenberger* (o. Fn. 5), § 1 Rn. 9; jurisPK-BGB/Martinek, 8. Aufl. 2017, § 1 Rn. 15.
- 52 LG Passau, MittBayNot 2004, 362 (363); *Palandt/Bassenge* (o. Fn. 5), § 883 Rn. 11; *Staudinger/Gursky*, BGB, 2013, § 883 Rn. 72 mwN.
- 53 RGZ 61, 355 (357); BeckOGK BGB/Müller-Christmann, 2018, § 2101 Rn. 27 mwN.
- 54 Vgl. BayObLGZ 1979, 340 (343); BeckOGK BGB/Schöpflin, 2018, § 1913 Rn. 18; MüKoBGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 1913 Rn. 15; mögl. sind ferner eine *GoA* sowie eine *Vertretung ohne Vertretungsmacht*; s. *Deynet*, Die Rechtsstellung d. nasciturus u. der noch nicht erzeugten Person im dt., franz., engl. u. schott. Recht, 1960, 106 f.; MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 677 Rn. 16 (zum nasciturus).
- 55 S. näher MüKoBGB/Schwab (o. Fn. 54), § 1913 Rn. 19; *Staudinger/Bienwald*, BGB, 2017, § 1913 Rn. 29.

Umstritten ist, ob eine *Vaterschaftsanerkennung* bereits präkonzeptionell abgegeben werden kann, insbesondere im Hinblick auf eine postmortale Befruchtung oder im Vorfeld einer heterologen Insemination (dh mit Spendersamen). Eine Anerkennung, die zeitlich bereits vor einer heterologen Insemination erfolgt, würde das Risiko für die zukünftige Mutter ausschließen, dass der unverheiratete Partner nach der Befruchtung die Anerkennung doch verweigert und das Kind vaterlos bleibt.⁵⁶ Gegen diese Option wird eingewandt, dass sich für eine nicht existente Person noch gar keine Abstammungsangaben machen lassen.⁵⁷ Dabei wird allerdings übersehen, dass sich die Anerkennung auf das zukünftige Kind bezieht. Ähnlich wie bei unerlaubten Handlungen, die gegenüber dem *nondum conceptus* ausscheiden und nur in Form von präkonzeptionellen Verletzungshandlungen zu einer späteren Schädigung des Embryos führen können, geht es auch in diesem Kontext um präkonzeptionelle Erklärungen mit Wirkung *pro futuro*, nämlich für das erwartete Kind. Da die Zeugung des Kindes allerdings noch nicht feststeht, wird zudem eingewandt, dass die präkonzeptionelle *Vaterschaftsanerkennung* unter einer Bedingung erfolgt und deshalb gem. § 1594 III unwirksam ist.⁵⁸ Rein normtextuell ist diese Schlussfolgerung korrekt, doch erklärt § 1594 IV eine vorgeburtliche Anerkennung ausnahmsweise für zulässig, obwohl die Geburt, ebenso wie die Zeugung, ein ungewisses Ereignis ist. Erforscht man Sinn und Zweck des § 1594 III, ergeben die Gesetzesmaterialien, dass „klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden (sollen).“⁵⁹ Die Anerkennung darf also beispielsweise nicht vom Ergebnis eines *Vaterschaftstests* oder einer Eheschließung abhängig sein.⁶⁰ Eine *Vaterschaftsanerkennung* unter der Bedingung der Zeugung dient indes gerade der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, indem Mutter und Kind definitiv abgesichert werden: der Vater steht fest. Zugleich wird, so wie es der Gesetzgeber intendiert, die seelische Belastung der Mutter verringert, „wenn sich der Vater bereits vor der Geburt zu seinem Kinde bekennt.“⁶¹ Methodisch ist daher eine teleologische Reduktion von § 1594 III geboten und eine präkonzeptionelle Anerkennung der *Vaterschaft* zulässig.⁶² Das Gleiche gilt folgerichtig für die präkonzeptionelle Zustimmung der Mutter zur Anerkennung sowie für die Sorgeerklärung des Vaters.⁶³

VII. Prozessrecht

Können *nondum concepti* einzelne Rechte für den Fall ihrer Geburt erwerben, sind sie insoweit auch *parteifähig*.⁶⁴ Der *nondum conceptus* wird also Partei und von dem nach § 1913 zu bestellenden Pfleger vertreten. Demgemäß hat bereits das RG entschieden, dass für eine noch nicht gezeugte Nachkommenschaft („Gustav E.’sche Deszendenz“) beispielsweise ein Zwangsversteigerungsverfahren angemeldet und ein Widerspruchsprozess geführt werden kann.⁶⁵

VIII. Theoretische Erklärungen

Ebenso wie die postmortale⁶⁶ wird auch die pränatale Rechtsstellung dogmatisch unterschiedlich beurteilt. Allerdings dürfte weitgehende Einigkeit bestehen, dass für deliktische Ansprüche der rechtliche Status des (inexistenten und damit noch gar nicht verletzbaren) *nondum conceptus* keine Rolle spielt. Die entscheidende (und zu bejahende)⁶⁷ Frage

lautet vielmehr, ob eine präkonzeptionelle Verletzungshandlung die Gesundheit eines später gezeugten Menschen gem. § 823 I schädigen kann.⁶⁸ Darüber hinaus dürfte unstrittig sein, dass der *nondum conceptus* mangels Rechtsfähigkeit gem. § 1 nicht Inhaber eines vollen Forderungsrechts sein kann, vielmehr dieses erst ab der Geburt erlangt.⁶⁹ Umgekehrt „erwirbt“ der *nondum conceptus* schon vor seiner Geburt eine gesicherte vermögensrechtliche Position, die ihm im Falle der Geburt nicht mehr entzogen werden kann. Dies gilt insbesondere auch im Rahmen eines Vertrags zu Gunsten Dritter gegenüber den Nachlass- oder Privatgläubigern der Erben des Versprechensempfängers, und zwar ungeachtet der dogmatischen Kontroverse, ob die Erben die künftige Forderung treuhänderisch erwerben⁷⁰ oder aber der *nondum conceptus* selbst.⁷¹ Des Weiteren ist nach der klaren Gesetzeslage die Eintragung einer Hypothek sowie die Bestellung eines Pflegers zu Gunsten des *nondum conceptus* möglich, wiederum unabhängig von der wissenschaftlichen Streitfrage, ob es hierfür der Konstruktion einer „fingierten Rechtspersönlichkeit“⁷² oder anderer Annahmen bedarf. Die Diskussion über den rechtlichen Status des *nondum conceptus* ist daher primär akademischer Natur.

Zahlreiche Autoren gehen von subjektiv bedingten Rechten aus, die von der späteren Geburt abhängen, ohne jedoch die Übergangsphase bis hin zur Geburt näher zu erklären, in der bereits sicherbare Rechte bestehen.⁷³ Eingehendere Untersuchungen zeigen im Wesentlichen folgende konstruktive Wege auf, um die rechtliche Stellung des *nondum conceptus* zu erfassen: Nach der Lehre von der „fiktiven Rechtspersönlichkeit“ ist die künftige postnatale Rechtsfähigkeit des *nondum conceptus* im Wege einer *Fiktion* zu antizipieren.⁷⁴ Mittels dieser Fiktion der Rechtsfähigkeit

- 56 Eine *Vaterschaftsfeststellung* scheidet hier mangels leiblicher *Vaterschaft* ebenso *ex praemissione* aus wie eine *Vaterschaft* auf Grund Ehe gem. § 1592 Nr. 1; zudem regelt § 1600 d IV nur den Ausschluss der Antefechtung; s. zur Interessenlage auch *Wilms*, RNotZ 2012, 141 (145).
- 57 So BeckOGK BGB/Balzer, 2018, § 1594 Rn. 83; *Muscheler*, FamR, 4. Aufl. 2017, Rn. 548.
- 58 *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, 6. Aufl. 2010, § 52 Rn. 55; *Staudinger/Rauscher*, BGB, 2011, § 1594 Rn. 50; BeckOK BGB/Veit, 2018, § 1626 b Rn. 3.
- 59 BT-Drs. V/2370, 27.
- 60 S. MüKoBGB/Wellenhofer (o. Fn. 54), § 1594 Rn. 38.
- 61 BT-Drs. V/2370, 27.
- 62 Vgl. *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591 (595); *Roth*, DNotZ 2003, 805 (808 f.); *Spickhoff*, AcP 197 (1997), 398 (424 ff.); *Velte* (o. Fn. 3), 111 ff.
- 63 AA wiederum *Staudinger/Coester*, BGB, 2015, § 1626 b Rn. 9; BeckOGK BGB/Balzer, 2018, § 1595 Rn. 22 f., 68; BeckOK BGB/Veit (o. Fn. 58), § 1626 b Rn. 3; BeckOGK BGB/Osthold, 2018, § 1626 b Rn. 14; wie hier *van de Loo*, FF 2016, 62 (64).
- 64 S. nur *Jacoby* in *Stein/Jonas*, ZPO, 23. Aufl. 2014, § 50 Rn. 5 (auflosend bedingt); MüKoZPO/Lindacher, 5. Aufl. 2016, § 50 Rn. 8; *Schulze* in *Wiczorek/Schütze*, ZPO, 4. Aufl. 2018, § 50 Rn. 12 a.
- 65 RGZ 61, 355; s. auch RGZ 65, 277.
- 66 S. näher *Larenz/Canaris* (o. Fn. 44), § 80 VI; *Wolf/Neuner* (o. Fn. 2), § 11 Rn. 26 ff.
- 67 S. o. im Text bei Fn. 42 ff.
- 68 Vgl. *Larenz/Canaris* (o. Fn. 44), § 76 II 1 h; BeckOGK BGB/Behme, 2018, § 1 Rn. 29.
- 69 Vgl. *Muscheler*, DNotZ 2003, 661 (676).
- 70 So *Soergel/Hadding* (o. Fn. 35), § 331 Rn. 17; *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, 236.
- 71 Vgl. MüKoBGB/Gottwald (o. Fn. 32), § 331 Rn. 13; *Erman/Westermann*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 331 Rn. 8; *Staudinger/Lagmann* (o. Fn. 34), § 331 Rn. 25; Hk-BGB/Schulze (o. Fn. 40), § 331 Rn. 6.
- 72 So RGZ 65, 277 (281); *Avenarius*, JR 1994, 267 (268 ff.); aA *Staudinger-Scherubl*, BGB, 1981, § 1115 Rn. 4.
- 73 S. *Staudinger/Kannowski* (o. Fn. 8), § 1 Rn. 25; *jurisPK-BGB/Martinek* (o. Fn. 51), § 1 Rn. 15; *Palandt/Ellenberger* (o. Fn. 5), § 1 Rn. 9.
- 74 *Staudinger/Avenarius* (o. Fn. 18), § 2101 Rn. 10; *Avenarius*, JR 1994, 267 (268 ff.); mwN.

werden jedoch der Sachverhalt und das dogmatische Problem nur überspielt, dass noch überhaupt kein Rechtssubjekt existiert.⁷⁵ Man darf sich auch durch die fast schon personalisierte Rede vom „nondum conceptus“ nicht irritieren lassen: Zwar bestehen verschiedene Rechte im präkonzeptionellen Stadium, doch fehlt das Rechtssubjekt. Deshalb wirkt es ebenfalls wenig überzeugend, dem nondum conceptus eine *beschränkte Rechtsfähigkeit* zuzuschreiben.⁷⁶ Diese Zuerkennung trifft *cum grano salis* auf den nasciturus zu, der als „selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung (Art. 2 II 1, Art. 1 I GG)“⁷⁷ steht. Ein Nullum kann indes schwerlich – auch nicht partiell – Träger von Rechten sein, zumal dadurch die Bestimmung des § 1 gesprengt würde.⁷⁸ Es verbleibt somit nur die Annahme von *vorübergehenden*⁷⁹ *subjektlosen Rechten* für den noch nicht Gezeugten,⁸⁰ da auch ein „Anwartschaftsrecht“ des nondum conceptus, das mit der Geburt zum Vollrecht erstarkt,⁸¹ dessen Rechtsfähigkeit voraussetzt. Die Konzeption subjektloser Rechte ist dem BGB zwar in weiten Teilen fremd, wie das Prinzip der Universalsukzession gem. § 1922 I im Gegensatz zu einer ruhenden Erbschaft im römischen Recht („hereditas iacens“) zeigt.⁸² In einigen Fällen kann eine Subjektlosigkeit gleichwohl eintreten, wie etwa bei einer subjektiv-dinglichen Belastung (Grunddienstbarkeit) zu Gunsten des Eigentümers eines gem. § 928 aufgegebenen Grundstücks.⁸³ Insgesamt handelt es sich bei der Rechtsstellung des nondum conceptus um einen äußerst schwierigen Grenzfall, den man, abgesehen von Fiktionen, dadurch lösen kann, dass man entweder (wie hier) Rechte ohne Subjekte für eine Übergangszeit anerkennt oder nicht existenten Subjekten Rechte zuspricht.

IX. Schluss

Der nondum conceptus ist kein rein privatrechtliches Phänomen, auch wenn sich die Untersuchung auf diese Perspektive beschränkt. Aus dem Bereich des Strafrechts ist nur das Verbot der missbräuchlichen Anwendung von Fortpflanzungstechniken, namentlich das Klonierungsverbot gem. § 6 ESchG, zu nennen. Besonders hervorgehoben sei des Weiteren der Schutz zukünftiger Generationen durch die Verfassung sowie das generelle Problem der generationenübergreifenden Verteilungsgerechtigkeit.⁸⁴

75 Ähnl. auch der Versuch, den noch nicht Gezeugten als jur. Person zu behandeln; vgl. *Kohler*, BGBI, 1906, § 1511 I (354 f.); zu früheren Versuchen, den Nachlass ebenfalls kurzerhand zur jur. Person zu erklären, s. *Falk*, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 221 (225) mwN; zum *trust* in den Ländern des *common law* näher *Hermanns-Engel* (o. Fn. 1), 93 ff.

76 So NK-BGB/*Ring*, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 51; MüKoBGB/*Spickhoff* (o. Fn. 39), § 1 Rn. 49; MüKoBGB/*Leipold* (o. Fn. 23), § 1923 Rn. 32.

77 *BVerfGE* 39, 1 (Ls. 1) = NJW 1975, 573.

78 So bereits *Oertmann*, BGB AT, 3. Aufl. 1926, Anm. 5 zu § 1 („gibt also dem Parteiwillen die Macht, Rechtssubjekte zu schaffen“); *Hobner*, Subjektlose Rechte, 1969, 144.

79 Die f. ein Recht konstitutive Relation ist hier nur vakant; korrespondierende Pflichten bestehen im Hinbl. auf den künftigen Rechtsträger; s. (in Abgrenzung zu dauerhaft subjektlosen Rechten) *Luther*, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte, 2009, 72 f.

80 Vgl. *Hobner* (o. Fn. 78), 144 f.

81 So *Erman/Schmidt* (o. Fn. 4), § 2100 Rn. 9 ff.; AK-BGB/*Schaper*, 1990, § 2100 Rn. 98.

82 Zur histor. Diskussion über subjektlose Rechte ausf. *Falk*, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 221 (225 ff.); *Bagel*, Gruchot 52 (1908), 193.

83 S. MüKoBGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl. 2017, § 928 Rn. 10; *Palandt/Herrler* (o. Fn. 5), § 928 Rn. 3; *Hübner*, BGB AT, 2. Aufl. 1996, Rn. 125; ausf. (wenngleich extensiv) *Hobner* (o. Fn. 78), 63 ff., 81 ff.

84 S. näher *Mathis*, Nachhaltige Entwicklung u. Generationengerechtigkeit, 2017; *Kleiber*, Der grundrechtl. Schutz künftiger Generationen, 2014; *Unnerstall*, Rechte zukünftiger Generationen, 1999.