

ANDREAS HUMM

Testierfreiheit und Werteordnung

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

490

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

490

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Andreas Humm

Testierfreiheit und Werteordnung

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
anstößiger letztwilliger Verfügungen in
Deutschland, England und Südafrika

Mohr Siebeck

Andreas Humm, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg und Kapstadt; Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; Forschungsaufenthalte 2017 an der Stellenbosch University und 2019 an der University of Oxford; 2021 Promotion (Bucerius Law School); Referendariat am Landgericht Wiesbaden.

ISBN 978-3-16-161644-0 / eISBN 978-3-16-161892-5

DOI 10.1628/978-3-16-161892-5

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Diese Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und wurde von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 20.12.2021 statt. Die Arbeit befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand ihrer Einreichung im Juni 2021.

Ganz herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann. Er hat diese Arbeit betreut, seine Faszination für die südafrikanische Rechtsordnung mit mir geteilt und mich auf vielfältige Weise unterstützt und gefördert. Frau Professorin Dr. Anne Röthel danke ich für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt auch Frau Professorin Birke Häcker, die mich während meines Forschungsaufenthaltes an der Universität Oxford im Hilary Term 2019 betreut und sehr freundlich am Institute of European and Comparative Law aufgenommen hat. Großen Dank schulde ich auch Professor Marius de Waal, der leider viel zu früh verstorben ist. Er hat meinen Forschungsaufenthalt an der Universität Stellenbosch im Frühjahr 2017 mit seiner aufrichtigen und empathischen Art begleitet und meine vielen Fragen zum südafrikanischen Recht beantwortet.

Die Bucerius Law School hat diese Arbeit mit dem Promotionspreis 2022 ausgezeichnet. Für diese Ehre und die besondere Wertschätzung meiner Arbeit möchte ich mich ganz herzlich bedanken.

Der Deutsch-Südafrikanischen Juristenvereinigung sowie der Stiftung Vorsorge danke ich für die finanzielle Unterstützung der Arbeit und ihrer Drucklegung.

Ich hatte das große Glück, von den herausragenden Forschungsbedingungen des Max-Planck-Instituts profitieren zu dürfen. Ein noch größeres Glück waren die vielen netten Kolleginnen, Kollegen und Freunde, die mir stets mit Rat und Zuspruch zur Seite standen. Besonders hervorheben möchte ich dabei Johannes Liebrecht, Jan Peter Schmidt, Jakob Gleim, Christoph Schoppe, Alexander Ruckteschler und Ben Köhler. Janina Jentz danke ich herzlich für ihre professionelle Hilfe bei der Drucklegung des Manuskripts.

Ganz besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die mich über meine gesamte Ausbildung hinweg vorbehaltlos unterstützt und gefördert haben. Meinem Vater danke ich auch für das unermüdliche Korrekturlesen der Arbeit. Mein größter Dank gilt schließlich meiner Frau Judith. Sie hat mich mit ihrer liebevollen und geduldigen Art in allen Phasen dieser Arbeit unterstützt und begleitet.

Hamburg / Wiesbaden, im September 2022

Andreas Humm

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Einleitung.....	1
-----------------	---

A. <i>Das Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Werteordnung</i>	2
B. <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	6
C. <i>Gang und Methodik der Untersuchung</i>	8
D. <i>Begriffsklärung</i>	11
I. <i>Letztwillige Verfügung, letztwillige Zuwendung</i>	11
II. <i>Grundlegende Wertvorstellungen</i>	12
III. <i>Gute Sitten, public policy, boni mores</i>	13
IV. <i>Drittwirkung, Horizontalwirkung, Privatrechtswirkung</i>	15
V. <i>Civil law, common law, customary law</i>	16

Kapitel 1 – Zurücksetzung naher Angehöriger:

Geliebtentestament.....	19
-------------------------	----

A. <i>Deutschland</i>	20
I. <i>Geliebtentestament</i>	21
II. <i>Zurücksetzung zugunsten sonstiger Familienfremder</i>	38
III. <i>Zwischenergebnis Deutschland</i>	39
B. <i>England</i>	41
I. <i>Rechtlicher Kontext: family provision</i>	42
II. <i>Geliebtentestament: vergleichbare Fälle</i>	48
III. <i>Zwischenergebnis England</i>	61

C. <i>Südafrika</i>	62
I. Südafrikanische Mischrechtsordnung und Testierfreiheit	62
II. Rechtlicher Kontext: <i>claim for maintenance</i>	67
III. Geliebtentestament: vergleichbare Fälle	73
IV. <i>Customary law</i>	81
V. Zwischenergebnis Südafrika	87
D. <i>Vergleichende Analyse</i>	88
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick	88
II. Ehebild, Sexualmoral und ihre rechtliche Sanktionierung	91
III. Testierfreiheit und familiäre Nachlassteilhabe	117
IV. Vergleichendes Fazit	141
E. <i>Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i>	145
I. Maßstab der Sittenwidrigkeit	146
II. Zeitpunkt der Beurteilung	155
III. Fazit.....	164
 Kapitel 2 – Potestativbedingungen: letzter Wille unter Vorbehalt	 167
A. <i>Deutschland</i>	169
I. Das Meinungsspektrum im Schrifttum des 20. Jahrhunderts	169
II. Die Entwicklung der Rechtsprechung	174
III. Zwischenergebnis Deutschland.....	192
B. <i>England</i>	194
I. Die Testierschranke der <i>public policy</i>	194
II. Die <i>in terrorem</i> -Doktrin	199
III. <i>Uncertainty</i> : die Unbestimmtheit letztwilliger Bedingungen.....	201
IV. Ausblick: möglicher Einfluss des <i>Human Rights Act</i>	210
V. Zwischenergebnis England.....	213
C. <i>Südafrika</i>	214
I. Trennungsklauseln und die Frage nach Maßstab und Rechtsfolge.....	215
II. Ehelosigkeits- und Wiederverheirathungsklauseln.....	218
III. <i>Faith and Race Clauses</i> : spezifische Vorgaben zu Ehe und Religion	221

IV. Ausblick: möglicher Einfluss der südafrikanischen Verfassung	227
V. Zwischenergebnis Südafrika	229
<i>D. Vergleichende Analyse</i>	230
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick	231
II. Das römische Recht: Ursprung der Regeln über letztwillige Bedingungen.....	235
III. Entwicklung eines einheitlichen Sittenwidrigkeitsmaßstabs in Deutschland.....	241
IV. Fragmentierte Rechtslage in England.....	260
V. Englische und römisch-holländische Einflüsse in Südafrika.....	275
VI. Vergleichendes Fazit	286
<i>E. Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i>	289
I. Maßstab der Sittenwidrigkeit	289
II. Rechtsfolge.....	303
 Kapitel 3 – Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen.....	319
<i>A. Deutschland</i>	321
I. Vorab: Testierfreiheit und allgemeiner Gleichheitssatz	321
II. Testierfreiheit und Diskriminierungsverbote.....	322
III. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen	328
IV. Zwischenergebnis Deutschland	332
<i>B. England</i>	332
I. Diskriminierung in <i>charitable trusts</i>	332
II. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen	339
III. <i>In Re Hand's Will Trust</i> (2017) und mögliche Implikationen	341
IV. Zwischenergebnis England.....	343
<i>C. Südafrika</i>	343
I. Diskriminierung in <i>charitable trusts</i>	344
II. Diskriminierung in rein privater Sphäre.....	353
III. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen	361
IV. Anordnung der männlichen Primogenitur des <i>customary law</i> kraft letztwilliger Verfügung	362
V. Zwischenergebnis Südafrika	366

<i>D. Vergleichende Analyse</i>	366
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick	367
II. Letztwillige Diskriminierung und private Gemeinwohlförderung	370
III. Verfassung, Diskriminierungsverbote und Privatrechtswirkung	384
IV. Vergleichendes Fazit	404
<i>E. Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i>	407
I. Horizontalwirkungsmodus des Art. 3 GG im Erbrecht	408
II. Letztwillige Diskriminierung und Tatbestandsmodell	414
III. Rechtsfolge	425
Ergebnisse und Thesen	433
Literaturverzeichnis	447
Rechtsprechungsverzeichnis	479
Sachverzeichnis	489

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Einleitung.....	1
-----------------	---

A. <i>Das Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Werteordnung</i>	2
B. <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	6
C. <i>Gang und Methodik der Untersuchung</i>	8
D. <i>Begriffsklärung</i>	11
I. Letztwillige Verfügung, letztwillige Zuwendung.....	11
II. Grundlegende Wertvorstellungen.....	12
III. Gute Sitten, <i>public policy</i> , <i>boni mores</i>	13
IV. Drittwirkung, Horizontalwirkung, Privatrechtswirkung.....	15
V. <i>Civil law</i> , <i>common law</i> , <i>customary law</i>	16

Kapitel 1 – Zurücksetzung naher Angehöriger:

Geliebtentestament.....	19
-------------------------	----

A. <i>Deutschland</i>	20
I. Geliebtentestament	21
1. Frühes 20. Jahrhundert.....	22
2. Nationalsozialismus	25
3. Nachkriegszeit bis 1960er-Jahre	28
a) Faktische Beweislastumkehr im Rahmen der Gesinnungsprüfung	28
b) Ein Urteil des BGH als Kulminationspunkt der Sittenstrenge.....	29
c) Teilnichtigkeit und die mindere Stellung des Pflichtteilsberechtigten	30
4. Rechtsprechungswandel.....	33

5. Jüngere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	35
II. Zurücksetzung zugunsten sonstiger Familienfremder	38
III. Zwischenergebnis Deutschland	39
 B. England	 41
I. Rechtlicher Kontext: <i>family provision</i>	42
1. Der Weg zum <i>Inheritance (Family Provision) Act 1938</i>	42
2. Kreis der Antragsberechtigten	44
3. Maßstab, Richtlinien und Kompetenzen	46
II. Geliebtentestament: vergleichbare Fälle	48
1. <i>Family provision</i>	48
a) Geliebtentestamente	49
b) Zuwendungen an sonstige Familienfremde	51
2. Testierfähigkeit (<i>testamentary capacity</i>)	53
3. Testamentsauslegung (<i>construction</i>)	58
4. <i>Secret trust</i>	59
III. Zwischenergebnis England	61
 C. Südafrika	 62
I. Südafrikanische Mischrechtsordnung und Testierfreiheit	62
II. Rechtlicher Kontext: <i>claim for maintenance</i>	67
1. Der Anspruch der Abkömmlinge	68
2. Der Anspruch des überlebenden Ehegatten	70
III. Geliebtentestament: vergleichbare Fälle	73
1. <i>Claim for maintenance</i>	75
2. Widerruf (<i>revocation</i>)	78
3. Testierfähigkeit (<i>testamentary capacity</i>) und <i>undue influence</i>	79
IV. <i>Customary law</i>	81
1. <i>Customary law of succession</i> : traditionelles Erbrecht	81
2. Kolonialer Einfluss und jüngere Entwicklungen	83
3. Testierfreiheit und möglicher Einfluss des <i>ubuntu</i> -Gedankens	84
V. Zwischenergebnis Südafrika	87
 D. Vergleichende Analyse	 88
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick	88
II. Ehebild, Sexualmoral und ihre rechtliche Sanktionierung	91
1. Geliebtentestament: Die Wurzeln der Sittenwidrigkeitsjudikatur	92
a) Anknüpfungspunkte im 19. Jahrhundert	92
b) Vergleichbare Maßstäbe im englischen Recht	95

c) Etablierung des Geliebtentestaments im Rahmen des § 138 BGB.....	97
d) Der Umgang englischer Richter mit Sitte und Moral.....	99
2. Die sittenstrenge Rechtsprechung der deutschen Nachkriegszeit	103
a) Naturrechtsrenaissance als rechtsphilosophischer Kontext	103
b) Beweislastumkehr: Entwicklung und ideengeschichtlicher Hintergrund.....	107
c) Rechtliche Sanktionierung von Ehe- und Sexualmoral in England.....	111
3. Hintergründe des Rechtsprechungswandels in Deutschland.....	114
III. Testierfreiheit und familiäre Nachlassteilhaber	117
1. Historische Entwicklung und die Wirkmächtigkeit von Narrativen.....	118
a) Deutschland und die ungebrochene Tradition zwingender familiärer Nachlassteilhaber	118
b) Die Testierfreiheit im englischen Rechtsbewusstsein	125
c) Südafrika und das koloniale Erbe – zwischen zwei Stühlen.....	130
2. Konzeption und Verständnis familiärer Nachlassteilhaber	134
a) Das deutsche Pflichtteilsrecht.....	134
b) Die englische <i>family provision</i>	136
c) Der südafrikanische <i>claim for maintenance</i>	139
3. Cursorischer Abgleich mit tatsächlichem Testierverhalten	140
IV. Vergleichendes Fazit	141
<i>E. Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i>	145
I. Maßstab der Sittenwidrigkeit	146
1. Das verwerfliche Motiv des Erblassers	146
2. Gesamtbetrachtung und wirtschaftliche Auswirkungen.....	149
3. Ideelle Auswirkungen.....	152
II. Zeitpunkt der Beurteilung.....	155
1. Die Diskussion im Rahmen der Rechtsprechung zum Geliebtentestament	157
2. Stellungnahme	159
III. Fazit.....	164

Kapitel 2 – Potestativbedingungen: letzter Wille unter Vorbehalt	167
A. <i>Deutschland</i>	169
I. Das Meinungsspektrum im Schrifttum des 20. Jahrhunderts	169
1. Einwirkung auf Dinge innerster Überzeugung	170
2. Vermögens- versus Verhaltensbezug	171
3. Der Topos vom unzumutbaren Druck	171
4. Rechtsfolgen sittenwidriger Potestativbedingungen	172
II. Die Entwicklung der Rechtsprechung	174
1. Anstößige Potestativbedingungen	175
2. Verstärkte Berücksichtigung des Erblassermotivs	176
3. Wiederverheiraturungsklauseln	179
4. Erbstreitigkeiten im deutschen Hochadel	181
a) Der Fall Leiningen	182
b) Der Fall Hohenzollern	184
c) Reaktionen aus dem Schrifttum	188
d) Auswirkungen auf Wiederverheiraturungsklauseln	189
III. Zwischenergebnis Deutschland	192
B. <i>England</i>	194
I. Die Testierschranke der <i>public policy</i>	194
1. Ehelosigkeitsklauseln – Grundsatz und Ausnahmen	195
2. Trennungs- und Scheidungsklauseln	197
II. Die <i>in terrorem</i> -Doktrin	199
III. <i>Uncertainty</i> : die Unbestimmtheit letztwilliger Bedingungen	201
a) Die Rechtslage im 19. und frühen 20. Jahrhundert	202
b) <i>Clayton v Ramsden</i> (1942): <i>uncertainty</i> als Wirksamkeitsschranke letztwilliger Bedingungen	203
c) <i>In Re Allen</i> (1953): der Unterschied zwischen <i>condition precedent</i> und <i>subsequent</i>	205
d) <i>Blathwayt v Cawley</i> (1975)	207
IV. Ausblick: möglicher Einfluss des <i>Human Rights Act</i>	210
V. Zwischenergebnis England	213
C. <i>Südafrika</i>	214
I. Trennungsklauseln und die Frage nach Maßstab und Rechtsfolge	215
II. Ehelosigkeits- und Wiederverheiraturungsklauseln	218
III. <i>Faith and Race Clauses</i> : spezifische Vorgaben zu Ehe und Religion	221
1. Die Ausgangslage	221

2. Die Bestimmtheitsrechtsprechung der 1940er-Jahre	222
3. <i>Aronson v Estate Hart</i> (1949)	223
4. Unterschwelliger Rechtsprechungswandel	227
IV. Ausblick: möglicher Einfluss der südafrikanischen Verfassung	227
V. Zwischenergebnis Südafrika	229
D. <i>Vergleichende Analyse</i>	230
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick	231
1. Fallgruppen und rechtliches Instrumentarium	231
2. Inhaltliche Argumentation: Anstößigkeit und Rechtfertigung	232
II. Das römische Recht: Ursprung der Regeln über letztwillige Bedingungen.....	235
1. Die Bedingung der Ehescheidung	237
2. Allgemeine und spezifische Ehebedingungen	237
3. Wiederverheiratungsklauseln.....	239
III. Entwicklung eines einheitlichen Sittenwidrigkeitsmaßstabs in Deutschland.....	241
1. <i>Usus modernus pandectarum</i> und die Diskussion um Religionsbedingungen	241
2. Erste allgemeine Rechtssätze über sittenwidrige Rechtsgeschäfte	242
3. Unerlaubte Bedingungen in den Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts.....	243
4. Fortentwicklung bei den Autoren des 19. Jahrhunderts.....	248
5. Sittenwidrige Bedingungen und die Entstehung des BGB.....	252
6. Kontinuitäten und Entwicklungen im 20. Jahrhundert.....	256
IV. Fragmentierte Rechtslage in England.....	260
1. Historische Wurzeln, <i>stare decisis</i> und <i>adversarial procedure</i>	262
2. Entwicklung und Konzeption der <i>public policy</i>	267
3. Handhabung und Fortbildung der <i>public policy</i>	270
V. Englische und römisch-holländische Einflüsse in Südafrika.....	275
1. Die Regeln über letztwillige Bedingungen: Wurzeln und <i>bellum juridicum</i>	277
2. Der Umgang mit <i>public policy</i> und <i>boni mores</i> in Südafrika.....	283
VI. Vergleichendes Fazit	286
E. <i>Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i>	289
I. Maßstab der Sittenwidrigkeit	289
1. Die Ratio einer Testierschranke bei letztwilligen Bedingungen	289
a) Schutz gesellschaftlicher Interessen	290
b) Verpönte Ökonomisierung persönlicher Entscheidungen.....	291

c) Begrenzung der Testierfreiheit auf vermögensbezogene Ziele	292
d) Schutz des Bedachten vor übermäßiger Beeinflussung	292
2. Abwägung zwischen Testierfreiheit und Freiheitsrechten	293
a) Eingriff in Freiheitsrechte?	294
b) Reine Abschlusskontrolle?	297
c) Inhaltskontrolle: Grad der Beeinflussung	298
II. Rechtsfolge	303
1. Gesamtnichtigkeit und gesetzliche Erbfolge	304
2. Orientierung am hypothetischen Erblasserwillen	305
a) §§ 2085 und 139 BGB	305
b) Umdeutung nach § 140 BGB	308
c) Ergänzende Testamentsauslegung	308
3. Restgeltung der Verfügung ohne die Bedingung	312
a) Hintergründe der römischen Rechtsfolgenlösung	313
b) Orientierung am Schutzzweck der Sittennorm	315
 Kapitel 3 – Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen	319
 A. <i>Deutschland</i>	321
I. Vorab: Testierfreiheit und allgemeiner Gleichheitssatz	321
II. Testierfreiheit und Diskriminierungsverbote	322
1. Die Entscheidungen des BGH	322
a) Ehegattenstiftung (1978)	322
b) Hohenzollern (1998)	323
2. Die Positionen im Schrifttum	325
a) Vorrang der Testierfreiheit	325
b) Prinzip der personalen Gleichheit	327
c) Das Motiv des Erblassers als entscheidender Faktor	327
III. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen	328
1. Rechtsprechung	329
2. Aussagen des Schrifttums	330
IV. Zwischenergebnis Deutschland	332
 B. <i>England</i>	332
I. Diskriminierung in <i>charitable trusts</i>	332
1. Der englische <i>trust</i>	332
2. Die englischen Fälle	334
a) <i>In Re Lysaght</i> (1965)	334
b) <i>In Re Harding</i> (2007)	336

3. Ausblick	337
II. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen	339
1. <i>Blathwayt v Cawley</i> (1975)	339
2. Kritische Stimmen aus der Literatur	340
III. <i>In Re Hand's Will Trust</i> (2017) und mögliche Implikationen	341
IV. Zwischenergebnis England.....	343
 C. <i>Südafrika</i>	343
I. Diskriminierung in <i>charitable trusts</i>	344
1. Der südafrikanische <i>trust</i>	344
2. Die „pre-constitutional era“	345
a) Die Rechtsprechung bis 1993	345
b) <i>William Marsh Will Trust</i> (1993).....	347
3. Die Entwicklung seit Inkrafttreten der Verfassung.....	348
a) <i>Minister of Education v Syfrets Trust Ltd</i> (2006).....	348
b) <i>Emma Smith Educational Fund</i> (2010).....	350
c) <i>BOE Trust Ltd</i> (2012).....	351
II. Diskriminierung in rein privater Sphäre.....	353
1. Die Position im Schrifttum	353
2. Erste Rechtsprechung	354
3. Die Entscheidung des <i>Constitutional Court</i> in <i>King v De Jager</i> (2021).....	357
III. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen	361
IV. Anordnung der männlichen Primogenitur des <i>customary law</i> kraft letztwilliger Verfügung	362
1. Hintergrund: Verfassungswidrigkeit der traditionellen Erbfolge	362
2. Testierfreiheit und männliche Primogenitur	364
V. Zwischenergebnis Südafrika	366
 D. <i>Vergleichende Analyse</i>	366
I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick	367
1. Letztwillige Diskriminierung und Förderung von Gemeinwohlbelangen	367
2. Präponderanz der Testierfreiheit in der privaten Sphäre?	368
II. Letztwillige Diskriminierung und private Gemeinwohlförderung	370
1. Vergleichbare Konstellationen in Deutschland?.....	370
a) Rechtsfähige Stiftung	371
b) Nichtrechtsfähige Stiftung.....	372
c) Stiftungskörperschaft	373
d) Gemeinnützigkeit nach § 52 AO.....	374
2. Einfluss rechtlicher Strukturmerkmale auf Entscheidungsdichte und Sichtbarkeit im Diskurs.....	375

a)	Deutsches Stiftungsrecht	375
aa)	Die Entwicklung des deutschen Stiftungsrechts	376
bb)	Verwaltungs- und Konzessionssystem als Filter.....	378
cc)	Die Stiftung von Todes wegen und ihre Stellung in der Praxis.....	380
b)	<i>Charitable trusts</i> im englischen Recht.....	381
aa)	Förderung von <i>charitable trusts</i> im englischen Recht	381
bb)	Die englische <i>Charity Commission</i>	383
c)	Ausprägung subjektiver Rechte im englischen und südafrikanischen <i>trust law</i>	384
III.	Verfassung, Diskriminierungsverbote und Privatrechtswirkung	384
1.	<i>Transformative constitutionalism</i> in Südafrika.....	385
a)	Verfassung, <i>Equality Act</i> und <i>public policy</i>	385
b)	Historisch bedingte Verwerfungslinien	388
c)	Abkehr von der Trennung zwischen privater und öffentlicher Sphäre	390
2.	Grundgesetz und <i>value formalism</i> in Deutschland	392
a)	Die Wertordnung des Grundgesetzes.....	392
b)	Die Wirkung des Art. 3 GG in privaten und privat- öffentlichen Konstellationen	394
c)	Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz	397
3.	<i>Parliamentary sovereignty</i> statt <i>constitutional supremacy</i> in England	398
a)	Die britische Verfassung und der <i>Human Rights Act</i>	399
b)	Anti-Diskriminierungsgesetzgebung in England.....	401
c)	Die englische Einstellung gegenüber dem Instrument der <i>public policy</i>	403
IV.	Vergleichendes Fazit	404
<i>E.</i>	<i>Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i>	407
I.	Horizontalwirkungsmodus des Art. 3 GG im Erbrecht	408
1.	Der Vergleich mit England und Südafrika	409
2.	Das Verhältnis zwischen Erblasser und „benachteiligter“ Person.....	411
3.	Die Probleme einer Rechtfertigungspflicht	413
II.	Letztwillige Diskriminierung und Tatbestandsmodell	414
1.	„Spezifische Konstellationen“ im Erbrecht	414
a)	Die Kriterien der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG.....	415
aa)	Soziale Macht und Bedeutung für das gesellschaftliche Leben.....	415
bb)	Öffentlichkeitsbezug.....	417

b) BGH: Beeinträchtigung der betroffenen Person in ihrer Würde	419
c) <i>King v De Jager</i> : Differenzierung zwischen unbekanntem Merkmalsträgern	421
2. Letztwillige Bedingungen	424
3. Zwischenfazit: Sittenwidrigkeit nur in begrenzten Ausnahmefällen	425
III. Rechtsfolge	425
1. Gesamtnichtigkeit und gesetzliche Erbfolge	426
2. Orientierung am hypothetischen Erblasserwillen	427
3. Schutzzweckerwägungen	430
 Ergebnisse und Thesen	 433
 Literaturverzeichnis	 447
Rechtsprechungsverzeichnis	479
Sachverzeichnis	489

Abkürzungsverzeichnis

A	Appellate Division (Südafrika)
a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABAJ	American Bar Association Journal
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abth.	Abtheilung
AC	Law Reports, Appeal Cases (England)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AD	South African Law Reports, Appellate Division
a. F.	alte Fassung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJ	Acting Judge
AJA	Acting Judge of Appeal
AJCL	American Journal of Comparative Law
ALJ	Australian Law Journal
All ER	All England Law Reports
All SA	All South African Law Reports
Amtsbl.	Amtsblatt (des Kontrollrats in Deutschland)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ARCL	Annual Review of Civil Litigation
Annual Survey of SA Law	Annual Survey of South African Law
AO	Abgabenordnung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Atk	Atkyns' Chancery Reports (England)
Auckland University LR	Auckland University Law Review
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bad. LR	Badisches Landrecht

BadRpr	Badische Rechtspraxis und Annalen der Badischen Gerichte
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BCLR	Butterworths Constitutional Law Reports (Südafrika)
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
BeckOGK	beck-online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck Online Rechtsprechung
Begr.	Begründer
begr. von	begründet von
Bem.	Bemerkungen
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bing	Bingham's Common Pleas Reports (England)
Bl.	Blatt
Bl. für Rechtsanw.	Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C	Cape Provincial Division (Südafrika)
c.	chapter
C.	Codex
Cambridge LJ	Cambridge Law Journal
CBR	Canadian Bar Review
Cap.	Caput; Capitul
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
CB	Common Bench Reports (England)
CC	Constitutional Court (Südafrika)
C. civ.	Code civil (Frankreich)
Ch	Law Reports, Chancery Division (3rd Series)
Ch D	Law Reports, Chancery Division (2nd Series)
CJ	Chief Justice

CJCCL	Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law
CLY	Current Law Yearbook (England)
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis
Conv	Conveyancer and Property Lawyer
Cornell LQ	Cornell Law Quarterly
Cowp	Cowper's King's Bench Reports (England)
CPD	South African Law Reports, Cape Provincial Division
D	Durban and Coast Local Division (Südafrika)
D.	Digesten
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Dick	Dicken's Chancery Reports (England)
dies.	dieselbe(n)
diesbzgl.	diesbezüglich
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM&G	De Gex, Macnaghten & Gordon's Chancery Reports (England)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	deutsch
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1. Entwurf)
East	East's Term Reports, King's Bench (England)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
engl.	englisch
entspr.	entsprechend
ER	English Reports
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErgBd.	Ergänzungsband
ERPL	European Review of Private Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWCA	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)

EWHC	England and Wales High Court
f., ff.	folgende
Fam	Law Reports, Family Division
Fam BR	Family Business Review
Fam Law	Family Law (England)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FD-ErbR	Fachdienst Erbrecht (beck-online)
FF	Forum Familien- und Erbrecht
FG	Festgabe
FLR	Family Law Reports (England)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechts, hrsg./begr. von J. A. Gruchot; zuvor (bis 1871): Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, des Handels- und Wechselrechts durch Theorie und Praxis, hrsg. von J. A. Gruchot
GW	Griqualand West Local Division (Südafrika)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Harvard LR	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HLC	House of Lords Cases (England)
h. M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. von	herausgegeben von
HWBEuP	Handwörterbuch des europäischen Privatrechts
ICON	International Journal of Constitutional Law
ICR	Industrial Cases Reports (England)
insbes.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
J	Judge/Justice

JA	Juristische Arbeitsblätter
	Judge of Appeal
JCl. Civil	Juris-Classeur Civil
Jhd.	Jahrhundert
JJ	Judges (Plural)
JJA	Judges of Appeal (Plural)
JJS/TRW	Journal for Juridical Science/Tydskrif vir Regswetenskap
JLPUL	Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law
JOL	Judgments Online Law Report Service (Südafrika)
Jr.	Junior
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports, King's Bench (England)
KG	Kammergericht
K&J	Kay & Johnson's Vice Chancellor's Reports (England)
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KStG	Körperschaftsteuergesetz
lat.	lateinisch
Law Com.	Law Commission
LAWSA	The Law of South Africa
LC	Lord Chancellor
Lfg.	(Ergänzungs)Lieferung
LG	Landgericht
Lib.	Liber
Lit.	Literatur
LJ	Lord/Lady Justice
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LQR	Law Quarterly Review
LR Ch App	Law Reports, Chancery Appeal Cases (England)
LR Eq	Law Reports, Equity Cases (England)
LR HL	Law Reports, English and Irish Appeals
LRI	Law Reports Ireland
LR PC	Law Reports, Privy Council Appeal Cases
LR P&D	Law Reports, Probate & Divorce Cases (England)
LR QB	Law Reports, Queen's Bench (England)

LStiftG RhPf.	Landesstiftungsgesetz Rheinland-Pfalz
LT	Law Times Reports (England)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Manitoba LJ	Manitoba Law Journal
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mer	Merivale's Chancery Reports (England)
Michigan LR	Michigan Law Review
Minnesota LR	Minnesota Law Review
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MLR	Modern Law Review
Moore PC	Moore's Privy Council Cases
MR	Master of the Rolls
Münch. Hdb.	Münchener Handbuch
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKommStGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
M&W	Meeson & Welsby's Exchequer Reports (England)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N	Natal Provincial Division (Südafrika)
n. Chr.	nach Christus
Neubearb.	Neubearbeitung
n. F.	neue Fassung
NI	Northern Ireland Law Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
NLJ	New Law Journal
Nm	Namibia High Court
No.	number
NomosKommAGG	Nomos Kommentar Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
NomosKommEMRK	Nomos Kommentar Europäische Menschenrechtskonvention
Nov.	Novelle
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
npoR	Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen
NS-Zeit	Zeit des Nationalsozialismus
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NYLF	New York Law Forum
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZLR	New Zealand Law Reports

O	Orange Free State Provincial Division (Südafrika)
o.ä.	oder ähnliches
OAG	Oberappellationsgericht
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
Oñati SLS	Oñati Socio-Legal Series
OPD	Orange Free State Provincial Division Reports (Südafrika)
Otago LR	Otago Law Review
PD	Law Reports, Probate, Divorce & Admiralty Division (England)
PER/PELJ	Potchefstroomse Elektroniese Regsblad/Potchefstroom Electronic Law Journal
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
ProstG	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz)
QBD	Law Reports, Queen's Bench Division (England)
R	Rhodesia High Court
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK BGB	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (Reichsgerichtsratkommentar)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
röm.	römisch
Rob Ecc	Robertson's Ecclesiastical Reports (England)
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SächsArch	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SA	South African Law Reports
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SALJ	South African Law Journal
SB	StiftungsBrief

SC	Supreme Court Reports, Supreme Court of the Cape of Good Hope (Südafrika); Session Cases (Schottland)
SCA	Supreme Court of Appeal (Südafrika)
Schmollers Jahrb.	Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, hrsg. von Gustav Schmoller
SchuldR	Schuldrecht
SEC	South Eastern Cape Local Division (Südafrika)
SeuffA	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sim NS	Simons' Vice Chancellor's Reports, New Series (England)
SJ	Solicitors' Journal
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
Stellenbosch LR	Stellenbosch Law Review
str.	strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Sydney LR	Sydney Law Review
T	Transvaal Provincial Division (Südafrika)
TE	Teilentwurf Erbrecht (Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, Redaktor: Gottfried von Schmitt)
TestG	Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (Testamentsgesetz)
Texas International LJ	Texas International Law Journal
Th.	Theil
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal of Contemporary Roman-Dutch Law)
Tit.	Titel; Titulus
TLCP	Transnational Law & Contemporary Problems
TLR	Times Law Reports (England)
TPD	South African Law Reports, Transvaal Provincial Division
TS	Transvaal Supreme Court Reports (Südafrika)
TSAR/JSAL	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg/Journal of South African Law
Tulane LR	Tulane Law Review
Tul Eur&Civ LF	Tulane European & Civil Law Forum
u. a.	unter anderem; und andere
Übers.	Übersetzung
UK	United Kingdom
Urt.	Urteil

u. U.	unter Umständen
v	versus
v.	vom
VC	Vice-Chancellor
v. Chr.	vor Christus
VerfBlog	Verfassungsblog
Verh.	Verhandlungen
Ves	Vesey Junior's Chancery Reports (England)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VOC	Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie (Vereinigte Ostindische Handelskompanie)
Vor	Vorbemerkungen
W	Witwatersrand Local Division (Südafrika)
Waikato LR	Waikato Law Review
Wake Forest LR	Wake Forest Law Review
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Otto Warneyer; Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen: Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Otto Warneyer
Washburn LJ	Washburn Law Journal
WCC	High Court of South Africa, Western Cape Division, Cape Town; zuvor: Western Cape High Court, Cape Town
WLD	South African Law Reports, Witwatersrand Local Division
WLR	Weekly Law Reports (England)
WoBlatt	Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle in actenmäßigen Darstellungen aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTLR	Wills & Trusts Law Reports
ZACC	South Africa: Constitutional Court
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZAKZDHC	South Africa: Kwazulu-Natal High Court, Durban
z. B.	zum Beispiel
ZCivR	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
zit.	zitiert

ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZRG (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess und das Verfahren in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Einleitung

„Solange Haßlau eine Residenz ist, wußte man sich nicht zu erinnern, daß man darin auf etwas mit solcher Neugier gewartet hätte [...] als auf die Eröffnung des Van der Kabelschen Testaments“ – so der Beginn des Romans „Flegeljahre“ von *Jean Paul*.¹ Zur Testamentseröffnung waren sieben entfernte Verwandte des „Haßlauer Krösus“ erschienen, die „einige Hoffnung auf Plätze im Vermächtnis“ hegten. Empörung und Entrüstung machten sich breit, als der Bürgermeister das Testament verlas und offenbar wurde, dass Van der Kabel seine Verwandten enterbt und eine flüchtige Bekanntschaft, den jungen Gottwalt Peter Harnisch, zu seinem „Universalerben“ eingesetzt hatte. Doch wurde es diesem nicht leicht gemacht: „Allein er hat Nüsse vorher aufzubeißen“. Um die Erbschaft antreten zu können, müsse Harnisch einige Stationen aus dem Leben Van der Kabels nachleben – unter anderem solle er einen Tag lang Klavierstimmer sein, einen Monat lang das Gärtchen als Obergärtner bestellen, ein Vierteljahr Notarius und so lange bei einem Jäger sein, bis er einen Hasen erlegt. Er solle als Korrektor arbeiten, auf dem Lande Schule halten und mit der Vokation zum Pfarrer schließlich die Erbschaft erhalten. Mache er Fehler in seinen Aufgaben, seien Erbteile an die Verwandten abzutreten. Diese wies der Erblasser an, „scharf aufzupassen und ihm nicht den kleinsten Fehltritt [...] unbemerkt nachzusehen“. Sie sollten den jungen Universalerben „ordentlich, obwohl christlich“ schikanieren. Mit den Worten „weiter brauch’ ich mich der Welt nicht aufzutun, vor der mich die nahe Stunde bald zusperren wird“ beschließt der Erblasser sein Testament.²

Wenngleich *Jean Paul* bei der Schilderung dieses durchaus skurrilen Testaments mit Ironie zu Werke geht, sind ausgefallene letztwillige Anordnungen keineswegs nur in Romanen anzutreffen.³ Wie ein Blick in die Rechtsprechung

¹ *Paul*, Flegeljahre, 9.

² *Paul*, Flegeljahre, 9 ff. Erwähnung des Romans auch bei Staudinger (11. Aufl. 1954)/*Seybold*, Bem. zu §§ 2074–2076 Rn. 6; *Birk*, DNotZ 1972, 284, 285 f.; *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 575; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 1 f.

³ Vgl. BayObLG, FamRZ 1986, 606: Bedingung, dem Erblasser vor der Beerdigung die Pulsadern zu öffnen, da dieser Angst hatte, als Scheintoter bestattet zu werden. Kurios auch das Testament des englischen Mr. Budd, gestorben 1862: „In case my son Edward shall wear a moustache, then the devise [...] shall be void“, siehe *Andrews*, The Book of Oddities, 50. In der schottischen Entscheidung *Aitken’s Trustees v Aitken* 1927 SC 374 ordnete der Erblasser den Abriss eines Gebäudes an, um dort eine ihn darstellende Reiter-

zeigt, werden solche Gestaltungen von den Begünstigten auch nicht immer so gelassen hingenommen, wie von Gottwalt Peter Harnisch, dem Erben im Roman. Und nicht nur letztwillige Bedingungen können die Nachwelt eines Erblassers umtreiben. Die Auseinandersetzung mit dem letzten Willen und dem Nachlass ist für die Hinterbliebenen oft in vielerlei Hinsicht emotions- und spannungsgeladen. Als letzter kommunikativer Akt des Erblassers besitzt das Testament besondere Symbolkraft.⁴ So kann eine als ungerecht empfundene Differenzierung zwischen den Begünstigten, das Übergehen der Familie zugunsten Anderer oder der beschriebene Versuch, mit Mitteln der Erbschaft auf die Lebensführung der Erben Einfluss zu nehmen, schnell zu Enttäuschung, Entrüstung oder Missgunst führen – in manchen Fällen kommt es auch zum Prozess.⁵ Letztlich muss dann die Rechtsordnung entscheiden, ob sie die moralische Entrüstung auf den Rang einer enttäuschten Hoffnung und nicht geschützten Erberwartung verweist oder bereit ist, der letztwilligen Verfügungsfreiheit des Erblassers Grenzen zu ziehen.

A. Das Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Werteordnung

Die Testierfreiheit zählt zu den Grundprinzipien des deutschen Erbrechts. Als erbrechtliche Ausprägung der Privatautonomie ermöglicht sie einem Erblasser, die Erbfolge nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln.⁶ Das BVerfG sieht in der Testierfreiheit ein „bestimmendes Element der von Art. 14 I 1 GG geschützten Erbrechtsgarantie“.⁷ Sie diene der „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“ und genieße daher beson-

statue zu errichten: „I wish to be erected [...] a massive equestrian bronze statute of artistic merit, representing me as Champion at the Riding of the Towns Marches [...]“. Ein südafrikanischer Erblasser gebot, wer das hinterlassene Anwesen bewohne, habe einen weißen europäisch-stämmigen Ehepartner zu wählen, dieser müsse den Namen des Erblassers annehmen und kinderlose Witwen verstorbener Söhne hätten das Landgut nach drei Monaten zu verlassen, *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T) 478 ff., zu diesem Fall noch unten Kapitel 2 – C. (214). Daher zu Recht *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 575: „Die Wirklichkeit bleibt hinter der Dichtung nicht zurück“.

⁴ Vgl. hierzu *Lüscher*, in: Erben und Vererben, 125, 140; *Langbein*, Geerbte Dinge, 217 ff.; *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 45 f. Vgl. auch *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, 1.

⁵ Vgl. aus kulturwissenschaftlicher Sicht auch *Langbein*, Geerbte Dinge, 227 f.

⁶ Siehe nur BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010; BVerfG, FamRZ 2000, 945, 946; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 191 f.; *Leipold*, Erbrecht, 23 und 83. Die Respektierung der Testierfreiheit sei „wesentlicher Bestandteil unserer Rechtskultur“, so Staudinger/*Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 151.

⁷ BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010.

ders ausgeprägten Schutz.⁸ Die Testierfreiheit unterliegt im deutschen Recht aber auch zahlreichen Beschränkungen, darunter die Verbotsgesetze und die Sittenwidrigkeit, das Pflichtteilsrecht, die zeitlichen Grenzen der Vermögensbindung, der erbrechtliche Typenzwang und in gewisser Hinsicht auch die Formvorschriften. In diesen Testierschranken kommen unterschiedliche rechtliche, (volks)wirtschaftliche und moralische Erwägungen zur Geltung.⁹ Die vorliegende Arbeit interessiert sich vor allem für die Schranke der Sittenwidrigkeit. Wenngleich das BVerfG formuliert, die Testierfreiheit umfasse auch die Freiheit, „die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen“,¹⁰ bildet die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB auch im Erbrecht das Einfallstor für grundlegende Wertvorstellungen.¹¹ Die Norm legitimiert den Richter zur Rechtsfortbildung, um die herrschende Rechts- und Sozialmoral zur Geltung zu bringen.¹² Hier haben sich auch in der Diskussion um mutmaßlich sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen mehrere Fallgruppen herausgebildet.¹³ Diese Fallgruppen bilden den Ausgangspunkt der Arbeit. Der Fokus liegt dabei auf drei Fallkonstellationen, die eine „moralische Entrüstung“ und den Vorwurf der Anstößigkeit in besonderem Maße hervorzurufen scheinen.¹⁴

⁸ Siehe BVerfG, NJW 1999, 1853, 1853; BVerfG, FamRZ 2000, 945, 946; BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010.

⁹ Vgl. bspw. *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 192; *Dittrich*, ZEV 2013, 14, 16 ff.; *Zimmermann*, in: Freedom of Testation/Testierfreiheit, VII f. Vgl. aus historischer Sicht auch *Du Toit*, Stellenbosch LR 10 (1999), 232.

¹⁰ BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010; BVerfG, FamRZ 2000, 945, 946.

¹¹ Vgl. MünchKommBGB/*Leipold*, Vor § 2064 Rn. 13 ff.

¹² Vgl. *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 69; *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 58 („ein Stück offengelassener Gesetzgebung“). Vgl. auch *Sack*, NJW 1985, 761, 764; *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 2.

¹³ Im Überblick zu den Fallgruppen *BeckOGK/Preuß*, § 1922 BGB Rn. 28 ff.; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 145 ff.; *MünchKommBGB/Leipold*, Vor § 2064 Rn. 13 ff.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 979 ff.; *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter III. (im Erscheinen). Allgemein zur Fallgruppenbildung bei § 138 BGB *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 3.

¹⁴ Von der Untersuchung ausgeklammert bleibt die in Deutschland als „Behindertentestament“ bekannte Fallgruppe. Dabei geht es um testamentarische Gestaltungen, mit denen erreicht werden soll, dass ein Kind mit Behinderung zwar Zuwendungen aus dem Nachlass erhalten kann, der Sozialhilfeanspruch aber bestehen bleibt. Dieser würde erlöschen, falls das Kind durch die elterliche letztwillige Zuwendung zu verwertbarem Vermögen kommt (vgl. §§ 2 Abs. 1, 90 Abs. 1 SGB XII, sog. Nachrang der Sozialhilfe). Verwirklicht wird dies meist durch eine kautelarjuristische Konstruktion aus Dauertestamentsvollstreckung sowie Vor- und Nacherbfolge. Letzteres verhindert den möglichen Kostenersatzanspruch des Sozialhilfeträgers gegen den Erben des Sozialhilfeberechtigten (§ 102 SGB XII). Diese Fallgruppe unterscheidet sich von den übrigen schon durch den anderen Hintergrund einer möglichen Sittenwidrigkeit (finanzielle Schädigung des Sozialhilfeträgers bzw. der Soli-

Zunächst sollen jene Fälle betrachtet werden, in denen der Erblasser nahe Angehörige zugunsten familienfremder Personen zurücksetzt. Dies umfasst insbesondere die als Geliebten- oder Mätressentestament bekannt gewordene Konstellation. Typischerweise setzt dabei der verheiratete Erblasser eine Frau zur (Allein-)Erbin ein, mit der er ein außereheliches Verhältnis pflegt. Hier gerät die Testierfreiheit in Konflikt mit dem Grundsatz der Familienerbfolge und Vorstellungen von Familiensolidarität, Ehe- und Sexualmoral. Für derartige Zurücksetzungen, die man als besonders unzumutbar und stoßend empfand, bot die Sittenwidrigkeit die Möglichkeit, den durch das Pflichtteilsrecht gewährten Schutz zu erweitern. Diese Fallgruppe dominierte die Diskussion um sittenwidrige Testamente über weite Teile des 20. Jahrhunderts, verlor dann aber zunehmend an Bedeutung.¹⁵ Die Orientierung der Sittenwidrigkeit an außerrechtlichen Maßstäben wich allmählich einem stärkeren Fokus auf rechtliche und grundrechtliche Wertungen.¹⁶ Dies rückte zwei weitere Fallgruppen in den Mittelpunkt des Interesses. Dazu zählen zunächst die schon erwähnten Bedingungen, mit denen der Erblasser die Zuwendung an ein bestimmtes Verhalten des designierten Empfängers knüpft. Da in diesen Fällen der Eintritt der Bedingung in der Macht (lat. *potestas*) des Begünstigten steht, nennt man eine solche Bedingung auch Potestativbedingung.¹⁷ Durch die Verknüpfung mit dem Verhalten des Begünstigten sind solche Gestaltungen geeignet, Einfluss auf dessen persönliche Lebensführung zu nehmen – man spricht mit Blick auf den Erblasser gelegentlich auch von der „Herrschaft aus dem Grabe“ oder dem Regieren mit „kalter Hand“.¹⁸ Hier kann es zu einer Kollision zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Autonomie- und Freiheitssphäre des Bedachten kommen.¹⁹ Die dritte Fallgruppe betrifft testamentarische Gestaltungen, in denen der Erblasser die Begünstigten nach verpönten Differenzierungsmerkmalen wie bspw. Geschlecht, Abstammung oder Religion auswählt. Dort gerät die Testierfreiheit in einen möglichen

dargemeinschaft). Zudem ist diese Fallgruppe stark sozialrechtlich geprägt, was insbes. mit Blick auf den Rechtsvergleich den Umfang der Arbeit sprengen würde. Der BGH lehnt eine Sittenwidrigkeit ab. Siehe im Überblick *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 983 ff.; MünchKommBGB/*Leipold*, Vor § 2064 Rn. 23.

¹⁵ Siehe bspw. *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 980 ff. Ausführlich dazu in Kapitel 1 (19).

¹⁶ Vgl. *Leipold*, Erbrecht, 87 f.; MünchKommBGB/*Leipold*, Vor § 2064 Rn. 13 ff.; *Kroppenberg*, in: HWBEuP Bd. II, Sp. 1483 f. Vgl. auch *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 491 ff.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 194.

¹⁷ Zum Begriff der Potestativbedingung *Röthel*, Erbrecht, 122; *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 27.

¹⁸ Vgl. bspw. *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575 mit dem Titel „Grenzen der Testierfreiheit – Grenzen einer ‚Herrschaft aus dem Grabe‘“. *Lange* und *Kuchinke* sprechen von „Zuckerbrot und Peitsche“, *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 810. Vgl. auch *Edenfeld*, DNotZ 2003, 4, 4 f. und 13; *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86, 90 (mit Fn. 11), jeweils m. w. N.

¹⁹ Siehe bspw. MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 18 ff. Ausführlich dazu in Kapitel 2 (167).

Konflikt mit Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten.²⁰ Angesichts der Tatsache, dass in Deutschland wohl weniger als ein Drittel der Erblasser überhaupt ein Testament errichten und die allermeisten darunter ihre nahen Angehörigen ohne derartige Kapriolen begünstigen, bleiben diese Sachverhalte außergewöhnliche Ausnahmefälle.²¹ Gerade dies macht sie interessant.

In den beschriebenen Fällen tritt die Testierfreiheit jeweils in ein Spannungsfeld mit grundlegenden Wertvorstellungen. Dieses Spannungsfeld soll aus rechtsvergleichender Perspektive betrachtet werden – namentlich mit Blick auf das deutsche, englische und südafrikanische Recht (wobei mit englischem Recht das Recht von England und Wales angesprochen ist).²² Der Vergleich zwischen Deutschland, England und Südafrika erscheint in mehrfacher Hinsicht reizvoll. Wenngleich die Rechtsordnungen in historischer, kultureller und rechtlicher Sicht gewisse Berührungspunkte aufweisen, zeichnen sie sich doch gleichzeitig durch jeweils eigene Entwicklungslinien und Charakteristika aus, die ein interessantes rechtsvergleichendes Bild versprechen – Deutschland als kontinentaleuropäische Rechtsordnung mit kodifiziertem Zivilgesetzbuch, England mit seinem auf Präjudizien basierten *common law* und Südafrika als Mischrechtsordnung, die kontinentaleuropäische, britische und afrikanische Elemente in sich vereint.²³ Der Blick auf Südafrika erscheint noch aus zwei weiteren Gründen vielversprechend. Die vergleichsweise junge südafrikanische Verfassung hat eine intensive Diskussion um den Einfluss der dort verankerten Rechtspositionen auf das Privatrecht und auch auf die Testierfreiheit ausgelöst. Gerade die Auseinandersetzung mit Fällen letztwilliger Diskriminierung scheint in Südafrika stärker ausgeprägt zu sein als in Deutschland. Außerdem wirft die Kollision bzw. Interaktion des europäisch-stämmigen Rechts mit dem *customary law* der afrikanischen *communities* interessante Fragen auf.²⁴

²⁰ Mit einer Übersicht der Meinungen Staudinger/Otte, Vor §§ 2064–2086 Rn. 149 ff. Ausführlich dazu in Kapitel 3 (319). Im Vergleich zu den übrigen Fallgruppen hat die Thematik letztwilliger Diskriminierung in Rechtsprechung und Schrifttum bislang die geringste Aufmerksamkeit erfahren.

²¹ Vgl. zu Testierverhalten und -häufigkeit MünchKommBGB/Leipold, Einl. ErbR Rn. 68; Röthel, in: Verh. 68. DJT (2010) Bd. I, A14 f.; Bauer, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 162 ff.; Vollmer, Verfügungsverhalten, 73 und 127 ff.; Stadler, Versorgungselement, 117 ff. Vgl. auch Duvenkrop, Übergehung, 98.

²² Zur rechtlichen Unterteilung des Vereinigten Königreichs Bailey/Ching/Gunn/Ormerod, Modern English Legal System, 2; von Bernstorff, Einführung in das englische Recht, 1.

²³ Vgl. auch die Erwägungen zur Wahl der Rechtsordnungen bei Dannemann, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, 390, 413 ff. Zur Perspektive der Rechtsvergleichung auf „mixed legal systems“ Du Plessis, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, 474, 475 ff.

²⁴ Vgl. auch Du Plessis, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, 474, 497. Zu den Herausforderungen einer rechtsvergleichenden Perspektive auf customary law siehe Bennett, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, 652, 677 ff.

B. Gegenstand der Untersuchung

Die Arbeit verfolgt zwei Ziele. Erstens soll untersucht werden, welche Wertvorstellungen, Hintergründe und Rahmenbedingungen jeweils dafür verantwortlich sind, dass eine letztwillige Verfügung als sittenwidrig erachtet wird. Die rechtsvergleichende Betrachtung der drei Fallgruppen soll dabei helfen, die Ansichten und Standpunkte im geltenden deutschen Recht besser verstehen und einordnen zu können. Zweitens soll auf Basis der dadurch gewonnenen Erkenntnisse die Handhabung der drei Fallkonstellationen im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB einer kritischen Würdigung zugeführt werden.

Mit Blick auf das erstgenannte Ziel – die analytisch-rechtsvergleichende Betrachtung der drei Fallkonstellationen – sollen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den drei Rechtsordnungen herausgearbeitet und ergründet werden. Dabei verfolgt die Arbeit in rechtsvergleichender Hinsicht ein besonderes Erkenntnisinteresse: Sie stellt die Frage, ob etwaige Gemeinsamkeiten und Unterschiede beim Umgang mit der jeweiligen Fallkonstellation auch auf entsprechend ähnlichen oder abweichenden Wertvorstellungen beruhen. Ist die unterschiedliche rechtliche Handhabung einer vergleichbaren letztwilligen Verfügung darauf zurückzuführen, dass man sie aus unterschiedlichen Gründen oder in unterschiedlichem Maße für anstößig erachtet? Räumt man deshalb der Testierfreiheit ein anderes Gewicht ein? Bestehen – im Sinne des bekannten Ausspruchs „andere Länder, andere Sitten“ – möglicherweise sogar gänzlich andere, rechtsordnungsspezifische (Wert-)Vorstellungen? Andererseits wäre aber auch denkbar, dass man bestimmte letztwillige Gestaltungen in allen drei Rechtsordnungen in ähnlicher Weise für verwerflich hält (sinngemäß: „andere Länder, gleiche Sitten“) und etwaige Unterschiede durch Faktoren bedingt sind, die mit den inhaltlichen Wertungen und der moralischen Entrüstung in keinem engeren Zusammenhang stehen. Zu denken wäre dabei bspw. an allgemeine Charakteristika der jeweiligen Rechtsordnung und Rechtstradition, an konzeptionelle Entscheidungen eines Gesetzgebers, gewisse Vorverständnisse der Rechtsanwender, den Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln, an historische Entwicklungslinien und Pfadabhängigkeiten, aber auch an gesellschaftliche Rahmenbedingungen. Dann wäre ein unterschiedlicher Umgang mit den zu untersuchenden Sachverhalten eher als Folge eines anderen rechtlichen, historischen und gesellschaftlichen Gesamtkontextes zu betrachten.²⁵ Diese beiden Erklärungsansätze – andere (Wert-)Vorstellungen in der Sache oder stärkerer Einfluss des (rechtlichen) Kontextes – sind in ihrer Alternativität zwar stark vereinfachend. Doch dienen sie damit der Annäherung an die Frage, welche Hintergründe und Faktoren bei der (erb)rechtlichen Auflösung des Span-

²⁵ Vgl. zur Bedeutung des Kontextes auch *Kischel*, Rechtsvergleichung, 187 f. und 238 f.

nungsfelds zwischen Testierfreiheit und grundlegenden Wertvorstellungen von Bedeutung sind. Dabei geht es der Arbeit nicht darum, eine allgemeine Theorie der Normkonkretisierung im Bereich der Sittenwidrigkeit zu entwickeln²⁶ oder die Dogmengeschichte der guten Sitten rechtsvergleichend aufzuarbeiten.²⁷ Ziel ist vielmehr die analytisch-rechtsvergleichende Betrachtung ausgewählter Sachverhalte.

Eine rechtsvergleichende Untersuchung an der Schnittstelle von Sittenwidrigkeit und Erbrecht scheint im Schrifttum mitunter in zweierlei Hinsicht auf Skepsis zu stoßen (insbesondere, wenn sie als mögliche Inspirationsquelle für das eigene Recht dienen soll): Zum einen wird angemerkt, man müsse beim rechtsvergleichenden Blick auf Konzepte wie die „guten Sitten“ beachten, dass diese eng mit den Anschauungen, Einstellungen und Werten der jeweiligen Gesellschaft zusammenhängen und sich zudem im Laufe der Zeit verändern.²⁸ Gerade bei Berührung mit dem Verfassungsrecht sei eine rechtsvergleichende Untersuchung angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verfassungsgarantien und unterschiedlich verstandener Generalklauseln kaum von Nutzen.²⁹ Zum anderen scheint für rechtsvergleichende Vorhaben auf dem Gebiet des Erbrechts teilweise ganz generell die Frage nach deren Sinn und Nutzen gestellt zu werden. Die gern geäußerte These einer besonders engen Verbindung des Erbrechts mit kulturellen Eigenheiten eines Landes vermittelt den Eindruck, Rechtsvergleichung verspreche dort wenig Gewinn.³⁰ So wird bemerkt, das Erbrecht sei in besonderem Maße kulturell und religiös verwurzelt,³¹ in ihm schlage das „Herzblut der Bevölkerung“.³² Das Erbe sei derart

²⁶ Vgl. allgemein zur Normkonkretisierung *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht; mit Blick auf die Sittenwidrigkeit *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 56 ff.

²⁷ Eine Dogmengeschichte der guten Sitten stehe bislang noch aus, so *Mayer-Maly*, in: FG Kaser (1986), 151, 151. Für die Privatrechtsgeschichte der Neuzeit wohl einzig *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit (1973).

²⁸ Vgl. bspw. *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G10, der aber gleichzeitig das mögliche Potential rechtsvergleichender Analysen in diesem Bereich betont (siehe auch Ziffer 3G3).

²⁹ Siehe *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 133.

³⁰ Vgl. (kritisch) zur These der kulturellen Prägung des Erbrechts *Zimmermann*, JZ 2016, 321, 322; *De Waal*, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, 1058, 1059 ff. („It has often been stated as a piece of conventional wisdom [...]“). Vgl. aber bspw. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 38 f. Die Autoren sprechen mit Blick auf Gebiete des menschlichen Zusammenlebens, die durch besonders starke moralische und sittliche Wertungen gefärbt sind (wozu bspw. auch Testierschranken zugunsten der Verwandten zählen sollen) von „Wertungsaporien“, die es dem Betrachter verbieten zu sagen, eine Lösung sei besser oder schlechter als die andere.

³¹ *Dethloff*, ZEuP 2007, 992, 994: „Familien- und Erbrecht sind in besonderem Maße historisch gewachsene, kulturell sowie religiös verwurzelte, durch unterschiedliche soziale und wirtschaftliche Verhältnisse geprägte Rechtsmaterien. Die Vielfalt nationaler Regelungen ist

eng mit dem Rechtsgefühl eines Volkes verbunden, dass sich die verschiedenen Gesellschaften in trefflicher Weise anhand des Erbrechts charakterisieren ließen.³³ Wenn nun die vorliegende Untersuchung auf erbrechtliche Fallkonstellationen gerichtet ist, in denen Wert- und Moralvorstellungen eine besondere Rolle spielen, könnte man mutmaßen, dass dort umso mehr „Herzblut der Bevölkerung“ zu finden ist. Inzwischen mehren sich allerdings die Stimmen, die die These von der besonderen kulturellen Prägung des Erbrechts kritisch hinterfragen.³⁴ Gleichzeitig steigt auch die Zahl der Forschungsprojekte, die erkennen lassen, dass Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Erbrechts nicht nur bestens möglich, sondern auch aufschlussreich und gewinnbringend sein kann.³⁵ Diesen Eindruck möchte die vorliegende Arbeit ein weiteres Stück stärken, zumal eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Sittenwidrigkeit im Erbrecht bislang nicht ersichtlich ist.³⁶

C. Gang und Methodik der Untersuchung

Die drei Fallgruppen aus der deutschen Diskussion um sittenwidrige letztwillige Verfügungen leiten den Gang der Untersuchung an, die sich dementsprechend in drei Kapitel gliedert. Das erste Kapitel untersucht die Zurücksetzung naher Angehöriger mit besonderem Fokus auf der Begünstigung eines außer-

daher noch groß“; *Vaquer*, in: *Europ. Private Law: A Handbook* Bd. I, 555, 557: „Succession law is deeply rooted in the fundamental social and cultural values of a society [...]“.

³² Siehe *Kramer*, *RabelsZ* 72 (2008), 773, 788, der Vertrags- bzw. Schuldrecht als Rechtsmaterien bezeichnet, „bei denen – anders als im Familien- und Erbrecht – nicht das Herzblut der Bevölkerung schlägt [...]“. Vgl. auch *Friedman*, in: *Death, Taxes and Family Property*, 9, 14: „Rules of inheritance and succession are [...] the genetic code of a society“.

³³ *Sorel*, *Introduction à l'économie moderne*, 74: „L'héritage est lié d'une manière si étroite aux sentiments juridiques d'un peuple, que l'on a pu considérer parfois les lois successorales comme fournissant un moyen excellent pour caractériser les diverses sociétés“. Aufgegriffen bspw. von *Cates/Sussman*, *Fam BR* 5 (1992), 205, 210.

³⁴ Siehe *Zimmermann*, *JZ* 2016, 321, 331; *Kroppenberg*, in: *HWBEuP* Bd. I, 416, 418; *Pintens*, *FamRZ* 2003, 329, 331; *Leipold*, in: *FS Söllner*, 647, 649 ff.; *De Waal*, in: *Bill of Rights Compendium*, Ziffer 3G3. Vgl. auch *De Waal*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 1058, 1062 f.

³⁵ Siehe bspw. die mehrbändige Reihe *Reid/De Waal/Zimmermann* (Hrsg.), *Comparative Succession Law*. Siehe auch *Henrich/Schwab* (Hrsg.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*; *Anderson/Arroyo i Amayuelas* (Hrsg.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom*; *Du Toit*, *Stellenbosch LR* 11 (2000), 358; *Du Toit*, *Tul Eur&Civ LF* 27 (2012), 97; *Röthel* (Hrsg.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*; *Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020), 465; *Zimmermann*, *RabelsZ* 85 (2021), 1; *Gleim*, *Letztwillige Schiedsverfügungen*.

³⁶ Siehe rechtsvergleichend zum Konzept der Sittenwidrigkeit *Simitis*, *Gute Sitten und ordre public*; zur englischen public policy *Lloyd*, *Public Policy*.

ehelichen Partners (Geliebten testament). Das zweite Kapitel nimmt letztwillige Potestativbedingungen in den Blick und das dritte Kapitel widmet sich Fällen letztwilliger Diskriminierung. In jedem Kapitel wird zunächst der Umgang des deutschen, englischen und südafrikanischen Rechts mit der jeweiligen Fallkonstellation untersucht (jeweils Abschnitte A. bis C.), um auf der so geschaffenen Vergleichsgrundlage der Frage nachgehen zu können, welche Faktoren für die konstatierten Gemeinsamkeiten und Unterschiede verantwortlich gemacht werden können (vergleichende Analyse, jeweils Abschnitt D.). Am Ende eines jeden Kapitels werden die deutschen Standpunkte in Rechtsprechung und Schrifttum einer kritischen Würdigung unterzogen (jeweils Abschnitt E.).

Die jeweils zunächst deskriptive Annäherung an die drei Rechtsordnungen verfolgt das Ziel, die Grundlage für die vergleichende Analyse zu schaffen. Auf die Darstellung des deutschen Umgangs mit der entsprechenden Fallgruppe folgt der Blick auf England und Südafrika. Ausgangspunkt ist dabei stets der konkrete Lebenssachverhalt, wie er der deutschen Fallgruppe zugrunde liegt. So soll untersucht werden, ob in England und Südafrika vergleichbare Sachverhalte vor die Gerichte gelangen, ob sie in ähnlicher Weise als problematisch wahrgenommen und auf welchem Wege sie einer rechtlichen Lösung zugeführt werden.³⁷ Der Fokus liegt vorwiegend auf der Rechtsprechung des 20. und 21. Jahrhunderts.³⁸ Dabei wird sowohl versucht, Entwicklungslinien der Rechtsprechung nachzuzeichnen, als auch den Konnex zum Schrifttum herzustellen.³⁹

Die vergleichende Analyse versucht sodann zu ermitteln, auf welche Wertungen, Einflussfaktoren und Rahmenbedingungen die beobachteten Gemeinsamkeiten und Unterschiede zurückgeführt werden können. Die Bandbreite möglicher Blickwinkel ist groß: die rechtshistorische und ideengeschichtliche Perspektive ist ebenso interessant wie der Blick auf konzeptionelle Entscheidungen des Gesetzgebers, die Privatrechtswirkung verfassungsrechtlicher Rechtspositionen oder die richterliche Handhabung vordergründig ähnlicher Rechtsinstrumente wie Sittenwidrigkeit, *public policy* und *boni mores*.⁴⁰ Da aber jede Fallkonstellation unterschiedliche Fragen aufwirft, wählt die Untersu-

³⁷ Vgl. zu Ziel und Grenzen der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung *Michaels*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 345, 346 ff. und 368 ff. Siehe grundlegend *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 31 ff.

³⁸ Den deskriptiven Abschnitten liegt die Betrachtung von etwa 270 Gerichtsentscheidungen zugrunde.

³⁹ Vgl. auch *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 3: „§ 138 [BGB] ist wie alle Generalklauseln damit in besonderem Maße zugänglich für eine historische Aufarbeitung der in der Rechtsprechung wirkenden Traditionslinien“.

⁴⁰ Für das Erfordernis einer breiten Perspektive in der Rechtsvergleichung bspw. *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 86 f.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 42 f.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 187 f. und 242.

chung für die vergleichende Analyse auch einen jeweils anderen Zugriff und eine andere Struktur. In Kapitel 1 dienen jene moralischen Wertungen als vergleichender Ansatzpunkt, die der deutschen Rechtsprechung zum Geliebtentestament zugrunde liegen. In Kapitel 2 wurde ein stärker rechtshistorischer Zugriff gewählt, da die Regeln über letztwillige Potestativbedingungen jeweils auf das römische Recht zurückgehen. Kapitel 3 widmet sich stärker dem jeweiligen Verfassungsverständnis und der Privatrechtswirkung von Verfassungsrecht. Die rechtsvergleichende Analyse erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit – die Ausführungen können nur Schlaglichter werfen. Der Versuch, Hintergründe und Einflussfaktoren zu benennen, die für die rechtliche Auflösung des Spannungsfeldes zwischen Testierfreiheit und kollidierenden Wertvorstellungen eine Rolle spielen, birgt zudem zwangsläufig die Gefahr von Überzeichnungen und Reduktionsismus. Manche Einflüsse – man denke bspw. an unterschwellige Narrative, gewisse Vorverständnisse oder das richterliche Selbstverständnis – sind in ihrer Wirkung schwer zu messen, da sie in Rechtsprechung und Literatur selten offen zutage treten.⁴¹ Damit ist gleichzeitig angesprochen, dass die Untersuchung auf der Betrachtung einschlägiger Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Schrifttums beruht. Eine solche rechtliche Binnensicht bringt Beschränkungen mit sich. Daher ist die analytisch-vergleichende Betrachtung lediglich als eine Annäherung zu verstehen – als Erklärungsansatz zum besseren Verständnis anstößiger letztwilliger Verfügungen.

Am Ende eines jeden Kapitels werden die in deutscher Rechtsprechung und Literatur anzutreffenden Standpunkte und Lösungswege einer kritischen Würdigung unterzogen. Letztwillige Zuwendungen zwischen Partnern eines außerehelichen Verhältnisses scheiterten bis in die 1970er-Jahre an der Sittenkontrolle des BGH. Seine sittenstrenge Haltung in Sachen Geliebtentestament hat der BGH zwar inzwischen aufgegeben. Doch müssen sich die in der jüngeren Rechtsprechung immer noch anzutreffenden Relikte der damaligen Rechtsprechung daran messen lassen, ob der Fallgruppe überhaupt noch eine sachgerechte und der heutigen Zeit angemessene Ratio zugrunde liegt und die entsprechenden Annahmen sich in das Regelungsmodell des BGB einfügen lassen. Der heutige Standpunkt deutscher Gerichte zur Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgebend ist (Errichtung des Testaments, Erbfall oder gerichtliche Entscheidung), hat sich aus der Rechtsprechung zum Geliebtentestament entwickelt und wird daher auch im Rahmen dieser Fallgruppe erörtert. Mit Blick auf letztwillige Potestativbedingungen und letztwillige Diskriminierung geht die Untersuchung davon aus, dass sich die Lösung im Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und grundlegenden Wertvorstellungen von verfassungsrechtlichen Vorgaben leiten lassen

⁴¹ Vgl. ähnlich *Lloyd, Public Policy*, xii: „[...] certain conventional attitudes which tend to shelter or conceal the nature of the judicial process“. Vgl. bspw. auch *Kischel, Rechtsvergleichung*, 196 ff.

Sachverzeichnis

- adversarial procedure*
– England 266, 288
– Südafrika 282–283
African National Congress (ANC) 388
Akademie für Deutsches Recht 122
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) 326, 373–374, 397–398, 406
„andere Länder, andere Sitten“? 6, 437
Anti-Diskriminierungsgesetzgebung
– Deutschland 397–398
– England 401–403
– Südafrika 385–388
Apartheid 66, 279, 385, 388–389
Augustus (Kaiser) 238, 240, 286
Auslegung, wohlwollende *siehe benigna interpretatio*
Ausschlagung 189–190, 295, 297–298, 300, 442
- Bedingung *siehe* Potestativbedingung
Behindertentestament 3 (Fn. 14), 413
bellum juridicum (Südafrika) 218, 222–226, 229–230, 277–283, 288, 435
beneficiary *siehe* *trust*
benigna interpretatio 314
Berliner Testament 179–180 (Fn. 61)
„Bierdosen-Flashmob“ (BVerfG 2015) 396
Bill of Rights *siehe* *Constitution of the Republic of South Africa*
Black Administration Act (Südafrika) 70 (Fn. 312), 83–84, 362–364
boni mores
– Begriff 14–15, 215, 283
– *siehe auch* *public policy*
– römisches Recht 235–241
– synonyme Verwendung mit *public policy* (Südafrika) 14, 215, 283–284
British Constitution
– Fundament/Quellen 399
– liberale Grundkonzeption 399, 406
– *siehe auch* *parliamentary sovereignty*
Buren-Krieg 279
- Chancery* 201, 263–264
Charakteristika der Rechtsordnung/
Rechtstradition 5, 6, 289, 436, 438, 440
charitable trust *siehe* *trust*
Charity Commission 383–384, 404
claim for maintenance (Südafrika)
– Anspruch der Abkömmlinge 68–69
– Anspruch des überlebenden Ehegatten 70–73
– *Carelse v Estate de Vries* (1906) 68–69, 75–76, 132–133
– Konzeption und Verständnis 67–73, 139–140, 144, 434
– *Maintenance of Surviving Spouses Act* 72–73
– postmortaler Unterhaltsanspruch 75–76, 139–140
– „strange but happy misreading“ 69, 132
common law (Begriff) 16
condition
– *siehe auch* Potestativbedingung/England
– *subsequent/precedent* 195
Constitution of the Republic of South Africa
– Einfluss auf *public policy* und *boni mores* *siehe* *public policy* (Südafrika)
– *siehe auch* *Equality Act* (Südafrika)
– Horizontalwirkung 228, 349, 357–358, 386, 406, 437
– Symbol des Bruchs mit Apartheid 385, 437
– *siehe auch* *transformative constitutionalism*
– Verabschiedung/Inkrafttreten 343, 385

- constitutional supremacy* (Südafrika) 391
- construction* 58
- curtesy* 126
- customary law* (Südafrika)
- Begriff 16, 65–67
 - *siehe auch Black Administration Act*
 - *customary law of succession*
 - Enterbung 82
 - Erbfolge 81–83, 362–363
 - Funktionsverlust 362–363
 - Reform 83–84, 363–365
 - Verfassungswidrigkeit 83, 363
 - Familienfürsorge und Gemeinschaftlichkeit 82
 - *living customary law* 67
 - *lobolo* (Brautpreis) 81, 363
 - *siehe auch* Mischrechtsordnung (Südafrika)
 - *official customary law* 66, 362
 - Primogenitur, männliche 81, 83, 362
 - Primogenitur kraft letztwilliger Verfügung 362–366
 - Testierfreiheit 81–84, 362–364
 - *siehe auch ubuntu*
- cy-près*-Doktrin
- England 333–337, 367, 382
 - Südafrika 345
- De Villiers, Chief Justice* 68–69, 75–76, 132
- Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen
- Apartheid, Abkehr von 349–350, 351, 353
 - Bedingungen/ Dreiecksverhältnisse 328–331, 339–340, 361, 424–425, 444
 - Beweislastumkehr (Südafrika) 358, 386, 406
 - *siehe auch cy-près*-Doktrin
 - *siehe auch* Drittwirkung
 - *siehe auch* Ebenbürtigkeitsklausel
 - *siehe auch element of state action*
 - *siehe auch Equality Act*
 - *siehe auch faith and race clauses*
 - formale Gleichheit 319
 - Freiheit und Gleichheit 319
 - Gemeinwohlförderung, private
 - als Gefahr für die Interessen des Staates 376–377
 - Wohlwollen im englischen Recht 381–384
 - Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick 367–370
 - inhaltliche Auseinandersetzung 367, 405, 436
 - *King v De Jager* (Südafrika 2021) 357–360
 - Maßstab der Sittenwidrigkeit 322–331, 407–425
 - *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* (Südafrika 2006) 348–350, 390
 - Präponderanz der Testierfreiheit in der privaten Sphäre 368–370, 406, 436
 - privates und staatliches Handeln 340, 342, 350, 368, 373
 - private und öffentliche Sphäre 350–351, 353–360, 368–370, 390–392, 405–406, 418, 422
 - *siehe auch* Privatrechtswirkung Art. 3 GG
 - *public benefit* (England) 333, 338–339
 - *public policy* (England) 335–336, 338–339, 339–340
 - *siehe auch public policy* (Südafrika)
 - *siehe auch Race Relations Act*
 - Rechtsfolge (Deutschland) 425–432, 445
 - Rechtsfolge
 - England 367
 - Südafrika 350, 354, 358, 367
 - sachlicher Grund 321, 327, 395
 - Sensibilität, gestiegene 320, 335, 339–340
 - Sichtbarkeit im Diskurs 343, 367–368, 370–384, 404, 436
 - *siehe auch* Stiftung
 - Stipendien 334–336, 345–346, 348–353, 367, 372–373, 389–390
 - *siehe auch trust*
 - *siehe auch Trust Property Control Act*
 - Würdeverletzung 324, 328, 356, 419–425, 444
- dower* 126
- Drittwirkung der Grundrechte
- Begriff 15
 - *siehe auch* Horizontalwirkung
 - Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln 183–184, 393

- Lüth-Urteil (BVerfG 1958) 319, 393
- mittelbare 319, 393
- *siehe auch* Privatrechtswirkung Art. 3 GG
- *siehe auch* Stadionverbot-Entscheidung Druck-Topos (unzumutbarer Druck)
- Kriterien 186–187, 189–192, 292–293, 298–303, 442–443
- Kritik 189
- Rezeption 175–176, 188, 232, 259, 287

- Ebenbürtigkeitsklausel 167, 185, 293
- Ecclesiastical Courts* 201, 262–264, 287, 435
- Ehelosigkeitsklausel 169, 181, 195–197, 218–219, 237–239, 262–267
- Eheschließungsfreiheit 172, 183–184, 227, 232–235, 293
- element of state action* (Südafrika) 350, 390
- Entscheidungsfreiheit *siehe* Potestativbedingung
- equality* (Stellenwert in Südafrika) 343, 350, 359, 369, 386, 388–390, 407, 437
- Equality Act*
- England 337–339, 402
- Südafrika 349, 358, 387
- equality, substantive* (Südafrika) 389, 392, 407
- Erbe
- ideelle Stellung 39, 121, 123
- emotionaler und symbolischer Gehalt 154, 296, 299, 415–416
- gesellschaftliche Veränderungen 417
- Erberwartung 154–155, 162, 298, 412, 441
- executor* (Südafrika) 74, 355

- Facebook (BVerfG 2019) 396 (Fn. 463), 416
- faith and race clauses* (Südafrika)
- *Aronson v Estate Hart* (1949) 223–226, 278–283, 295, 361
- *siehe auch* *bellum juridicum*
- Einfluss der Verfassung 227–229
- Kritik an der Rechtsprechung 226, 228, 230
- Familienerbfolge
- *siehe auch* *customary law*
- *siehe auch* gesetzliche Erbfolge
- *siehe auch* Narrative
- *siehe auch* Pflichtteilsrecht
- Familiensolidarität 4, 67, 87–88, 124, 134–136, 143–144, 165, 433–434
- family provision* (England)
- Antragsberechtigung 44–45
- Entstehungsgeschichte 42–44
- *Ilott v The Blue Cross* (2017) 52–53
- *Inheritance (Family Provision) Act 1938* 42–44
- *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* 45, 46
- Kompetenzen des Gerichts 47
- Konzeption 53, 136–139, 144, 434
- Kosten 49
- Maßstab und Kriterien 46–48, 53, 137
- Testierschranke 128–129, 138
- favor testamenti* 236, 313–314
- fideicommissum* (Südafrika) 219 (Fn. 286), 354, 358
- Fideikommiss (Deutschland) 181–182, 184
- Fraport-Entscheidung (BVerfG 2011) 396
- Freimaurer 374–375

- Geliebtentestament (Zurücksetzung naher Angehöriger)
- Bedeutungsverlust der Fallgruppe 145
- Belohnung für geschlechtliche Hingabe (Maßstab) 22–24, 28–30, 35, 40, 146–148, 441
- Beweislast(umkehr) 23, 28–30, 33–36, 107–111, 147, 441
- Deregulierung der privaten Sphäre (England) 114, 434
- Ehe-Verständnis 24–25, 30, 105, 109–117
- England: vergleichbare Fälle 48–62
- Erinnerungsstücke 26, 153–154, 441
- Erweiterung des Pflichtteilsrechts 40, 433
- Etablierung als Fallgruppe des § 138 BGB 97–99
- Fallkonstellationen 21
- Familienbild 104–106
- Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick 88–91
- Gesinnungsprüfung 28–29, 33–35

- „Hergabe für die Hingabe“ *siehe* Belohnung für geschlechtliche Hingabe
- ideelle Auswirkungen 152–155, 441
- *illicit cohabitation* (England) 95
- Kulminationspunkt der Sittenstrenge 29–30
- „living in sin“ (England) 111
- moralisierende Richterfreiheit 32
- Motiv des Erblassers 22–24, 28–30, 35, 146–148, 441
- *siehe auch* Naturrechtsrenaissance
- *siehe auch* „Onkel-Ehe“
- Pietätsvorstellungen 24, 40, 433
- *siehe auch* Prostitutionsgesetz
- Rechtsprechungswandel 33–35, 114–117, 441
- Relikte früherer Rechtsprechung 35–37, 39, 41
- „Reprivatisierung der Intimsphäre“ 117
- Sanktionsgedanke 24–25, 29, 33–34, 38, 117, 147
- Scheidungsrecht 110–111, 116
- Sexualmoral 24, 105, 109–110, 148
- sonstige Familienfremde 38–39
- „strategy of minimisation“ (England) 112
- Südafrika: vergleichbare Fälle 73–81
- Teilnichtigkeit 30–32, 37
- Verletzung familiärer Pflichten 37–38, 149
- „verschleierte Privatstrafe“ 110
- „Wiederverankerung des Rechts in der Sittlichkeit“ 104, 434
- wirtschaftliche Auswirkungen der Verfügung 33, 35, 37, 149–152, 441
- Wolfenden-Strategie (England) 113–114
- Zeitpunkt der Beurteilung *siehe* Sittenwidrigkeit
- Gemeinnützigkeit 370–372, 374–375, 404
- general restraint of marriage* 195–197, 262–267
- gesetzliche Erbfolge als sittliches Prinzip 35, 36, 124
- von Gierke, Otto* 120–121
- Groenewegen van der Made, Simon à* 68
- Grotius, Hugo* 63 (Fn. 267), 243, 284
- Grundgesetz
 - *siehe auch* Drittwirkung
- *siehe auch* Privatrechtswirkung Art. 3 GG
- transformative Ausrichtung 393
- *siehe auch value formalism*
- Wertordnung 183, 187, 188, 293, 323, 375, 392–394, 431, 439
- Hausverbot *siehe* Wellness-Hotel
- historic fault lines* *siehe* Verwerfungslinien
- Hochadel *siehe* Hohenzollern; Leiningen
- Hoferbenfall (BGH 1956) 177–178, 258, 261, 290, 300, 302
- Hohenzollern 167, 184–187, 293–294, 300–302
- Horizontalwirkung
 - Begriff 15
 - *siehe auch Constitution of the Republic of South Africa*
 - *siehe auch* Drittwirkung
 - *siehe auch Equality Act*
 - *siehe auch Human Rights Act*
 - *siehe auch* Privatrechtswirkung Art. 3 GG
- Human Rights Act* (England) 210–212, 214, 338, 341–343, 400–401, 406
- in terrorem*-Doktrin (England) 199–201, 213, 264–265
- Intestate Succession Act* (Südafrika) 83, 364
- iura novit curia* 266, 282–283
- joint tenancy* 129
- joint will* 219, 354
- King v De Jager* (Südafrika 2021) 357–360, 419–423
- Kohler, Josef* 94, 98–99, 257
- Konfessionsklausel *siehe* Religionsbedingung
- Konsensklausel 182–183
 - *siehe auch in terrorem*-Doktrin
 - *siehe auch* Leiningen
- Konstitutionalisierung 259–260, 317, 443
- Kontext, rechtsordnungsspezifischer 6–7, 141–145, 286–289, 404–407, 437–440
- kulturelle Prägung (des Erbrechts) 7–8, 439

- laissez faire* (England) 127, 261
 Landrecht churfürstliche Pfalz bey Rhein (1610) 242
legitima portio (Südafrika) 63–65, 68, 79, 131
 Leiningen 181–184
 letztwillige Bedingung *siehe* Potestativbedingung
 letztwillige Verfügung (Begriff) 11–12
lex Iulia et Papia 169, 219, 237–239, 241, 253
limitation 195–196, 199

 Machtstrukturen im Erbgang 296, 415–417
Mandela, Nelson 65 (Fn. 281), 388
Master (Südafrika) 74
 Materialisierung 317, 443
 Mätressentestament *siehe* Geliebtentestament
 Mischrechtsordnung (Südafrika) 5, 16, 62–67, 229, 277–283, 438, 440
moral duty test (Neuseeland) 43
Mortmain Act (England) 126
mutual will 219

 Nacherbfolge 182, 179 (Fn. 61), 184–187, 422
 Narrative
 – deutsche Familienerbfolge 118–125, 134–136, 143, 164–165, 433
 – englische Testierfreiheit 99, 125–130, 143–144, 208–209, 261, 434
 – südafrikanische Testierfreiheit 79, 130–133, 143–144, 346, 434
National Party *siehe* Apartheid
 Naturrecht 243
 Naturrechtsrenaissance 103–107, 433
 Noterbrecht 32, 33, 151, 441

 „Onkel-Ehe“ 106

 Pandektistik 248–252, 266, 286
parliamentary sovereignty (England) 399, 406
partial restraint of marriage 199, 202, 262–267
persona turpis 93–94
personalty 125–127, 195

 Pfadabhängigkeiten 438, 440
 Pflichtteilsrecht
 – Entstehung und Konzeption 20–21, 118–125, 134–136, 143–144, 150
 – *siehe auch* Familiensolidarität
 – innere Rechtfertigung 134–136, 165
 – Kritik 120–124, 165, 433
 – „mindere Rechtsstellung“ 31, 40
 – Verankerung im Grundgesetz (BVerfG) 165
 – zwingender Angehörigenschutz *de lege ferenda* 165–166
 Potestativbedingung, letztwillige
 – Abschlusskontrolle 297–298, 442
 – Allgemein/Begriff 4, 167–168
 – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1811) 245–246
 – Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794) 246–247
 – Anreize, materielle 170, 232
 – Argumentation 232–235
 – Austauschcharakter 171
 – Badisches Landrecht (1809) 245
 – *siehe auch bellum juridicum*
 – Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756) 244–245
 – *siehe auch* Druck-Topos
 – *siehe auch* Ebenbürtigkeitsklausel
 – *siehe auch* Ehelosigkeitsklausel
 – Einfluss *stare decisis* und *adversarial procedure* (England) 262–267
 – Eingriff in Freiheitsrechte 186–189, 294–296
 – Entscheidungsfreiheit 169, 232–235
 – Entstehung des BGB 252–255, 286–287
 – *siehe auch faith and race clauses*
 – Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick 231–235
 – *siehe auch general restraint of marriage*
 – „Grundrechtskitsch“ 294, 317
 – „Herrschaft aus dem Grabe“ 168, 189, 208, 235, 289, 435
 – *siehe auch* Hoferbenfall
 – *siehe auch* Hohenzollern
 – Inhaltskontrolle 298–303
 – Inkonsistenz der Rechtsprechungsentwicklung 231–232
 – *siehe auch in terrorem*-Doktrin
 – 20. Jahrhundert 256–260

- Komplexität der Rechtslage (England) 194, 213–214, 260, 262–267, 274–275, 286
- *siehe auch* Konsensklausel
- Kontext, historischer
 - England 262–267
 - Südafrika 277–283
- *siehe auch* Leiningen
- Maßstab der Sittenwidrigkeit 169–172, 175–179, 232, 248, 256–260, 289–303, 442–443
- Motiv als Rechtfertigung 176–179, 233–234, 250, 257–259, 301–302
- *siehe auch partial restraint of marriage*
- *siehe auch public policy*
- Ratio der Sittenwidrigkeit 289–293, 442
- Rechtsfolge der Unwirksamkeit
 - Deutschland (Sittenwidrigkeit) 172–174, 184–187, 191–192, 303–318, 443
 - Diskussion bei Entstehung des BGB 252–255, 314–315
 - England 195, 198, 206–207
 - gemeines Recht 169, 251, 252
 - Naturrecht 243
 - römisches Recht 236, 313–314
 - Südafrika 217–218, 219
- *siehe auch* Religionsbedingung
- römisches Recht 235–241
- *siehe auch* Scheidungsklausel
- Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit 425, 444
- Systematisierung (19. Jahrhundert) 248–252, 435
- *siehe auch uncertainty*
- *usus modernus pandectarum* 241–242
- Verfassungsrecht, Einfluss 171–172, 183–184, 232–235, 259–260, 287, 298–303
- *siehe auch* Wiederverheiratungsklausel
- pragmatists* 278–281
- Präjudizienbindung *siehe stare decisis*
- praktische Konkordanz 294, 439
- precedent, binding siehe stare decisis*
- von Preußen *siehe* Hohenzollern
- Primogenitur *siehe* Fideikommiss; *customary law*
- Privatrechtswirkung *siehe auch* Horizontalwirkung; Drittwirkung
- Privatrechtswirkung Art. 3 GG
 - letztwillige Bedingungen 424–425
 - Erbrecht 408–414
 - *siehe auch King v De Jager*
 - Öffentlichkeitsbezug 394–397, 417–419, 425, 443–444
 - Prinzip der personalen Gleichheit 327
 - Rechtfertigungsmodell 408, 411–414, 443
 - sachlicher Grund 321, 327, 395, 408–409, 413, 416, 422–423, 425, 444
 - spezifische Konstellationen 395, 406, 414–424
 - *siehe auch* Stadionverbot-Entscheidung
 - Tatbestandsmodell 408, 414–425, 443
 - Unpersönlichkeit/Unbekanntheit 417–419, 421–423, 425, 444
 - Vergleich mit England und Südafrika 409–410
 - Vorrangmodell 408, 443
 - Wertungsoffenheit des Gleichheitssatzes 394–395
 - Würdeverletzung 324, 328, 356, 419–425, 444
- Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000*
siehe Equality Act (Südafrika)
- pro non scripto* 217, 219, 236, 358
- Prostitutionsgesetz (ProstG) 147–148, 441
- public benefit siehe trust*
- public interest siehe Trust Property Control Act*
- public policy* (Begriff) 14–15, 205, 267–268, 283, *siehe auch boni mores*
- public policy* (England)
 - Anwendungsbereich 194–199, 213, 234, 265–266, 272–273, 435
 - *siehe auch* general restraint of marriage
 - Handhabung und Fortbildung 270–275
 - Konzeption und Argumentation 101, 234, 267–270, 288, 435
 - *siehe auch* Recht und Moral
 - richterliche Zurückhaltung und Skepsis 101, 204–205, 208–209, 267, 270–275, 339–340, 403, 406, 435
 - „the rise of formalism and the decline of equity“ 100–101, 273, 435
 - *siehe auch* Scheidungsklausel
 - *siehe auch* „unruly horse“

- Ursprung und Entwicklung 267–270
- public policy* (Südafrika)
- „cautious boldness“ 285
- Einfluss England 284, 435
- Einfluss *stare decisis* und *adversarial procedure* 282–283
- Einfluss Verfassung 227–229, 285–286, 348, 349, 351, 352, 387
- Flexibilität 349, 387
- Konzeption und Handhabung 283–286, 288, 387–388, 435
- public-private divide* 391
- Pufendorf, Samuel von* 243
- purists (purism)* 279–283, 288

- querela inofficiosi testamenti* 92–95, 97

- Race Relations Act* (England) 336–337, 367, 402
- rainbow nation* 65
- realty* 125–127, 195
- Recht und Moral
- England 113–114, 273, 287, 434–435
- Südafrika 284–285
- Rechtskultur 440
- Rechtstradition, gemeinsame 438
- Rechtsvergleich
- Auswahl der Rechtsordnungen 5
- Gang und Methodik der Untersuchung 8–11
- Gegenstand der Untersuchung 6–8
- *siehe auch* Kontext
- *siehe auch* kulturelle Prägung
- Rechtsverständnis (England) 100–102, 287–288
- Reformation 241
- Religionsbedingung 241–242
- *siehe auch faith and race clauses*
- *siehe auch uncertainty-Doktrin*
- „Rentenkonkubinat“ *siehe* „Onkel-Ehe“
- Richterliches Rechtsbewusstsein *siehe bellum juridicum*; Narrative
- right of survivorship* 129
- römisch-holländisches Recht in Südafrika 62–65, 131

- Scheidungsklausel
- England 197–199
- *siehe auch* Hoferbenfall
- römisches Recht 237
- Südafrika 215–218
- von Schmitt, Gottfried* 21, 118–120, 252–255
- Schreiner, Oliver Deneys, Judge (of Appeal)* 278–282
- secret trust* *siehe* *trust*
- settlor* *siehe* *trust*
- Sittenwidrigkeit
- Anstandsformel 13, 22, 146
- Ausnahmecharakter 35, 36, 146, 299, 323, 394, 413, 419, 425
- Beweislast *siehe* Geliebtentestament
- *siehe auch* Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen
- *siehe auch* Druck-Topos
- Entwicklung eines einheitlichen Maßstabs 241–260, 286, 435
- Fallgruppen 3–5
- *siehe auch* Geliebtentestament
- Generalklausel 3, 13, 251–252
- Gute Sitten (Begriff) 13–14
- *siehe auch* Konstitutionalisierung
- Konzeption und Argumentation 146, 234, 256–260
- Pluralisierung und Diversifizierung der Gesellschaft 146, 259
- *siehe auch* Potestativbedingung
- Rechtsfolge
- *siehe* Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen
- *siehe* Geliebtentestament
- *siehe* gesetzliche Erbfolge
- *siehe* Noterbrecht
- *siehe* Potestativbedingung
- *siehe pro non scripto*
- Systematisierungsschritte 241–260
- als Unterfall der Unmöglichkeit 236, 241, 243, 248–252, 256
- Verrechtlichung 13–14, 146, 259–260
- Zeitpunkt der Beurteilung 155–164, 441–442
- Sitte und Moral in der Rechtsprechung
- englische Zurückhaltung 99–102
- *siehe auch* Recht und Moral
- „Sog in die Annahme“ 297–298, 442
- Solidarität *siehe* Familiensolidarität
- Stadionverbot-Entscheidung (BVerfG 2018) 395–397, 414–419

- stare decisis*
- und Potestativbedingungen in England 265–267, 287
 - *binding precedent* in Südafrika 278
 - und *public policy* (England) 194, 204–205, 265–267
 - und *public policy* (Südafrika) 282
- Statute of Wills* (England) 126
- Statuten von Peina (1597) 242
- Steyn, Chief Justice* 70, 132–133
- Stiftung
- Abgrenzung öffentlich/privat 376–378
 - Allzweckstiftung 376
 - Aufsicht/Stiftungsbehörde 372, 377, 378–380, 404, 436
 - *siehe auch* Gemeinnützigkeit
 - Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts 378
 - nichtrechtsfähige/unselbständige 372–373
 - rechtsfähige 370–372, 376
 - Stiftungsbegriff, funktionaler 370
 - deutsches Stiftungsrecht (Entwicklung) 376–378
 - Verwaltungs- und Konzessionssystem 378–380, 404, 436
 - von Todes wegen 370–371, 380–381, 422
- Stout, Sir Robert* 42–43
- strict settlements* 126
- Studienstiftung des deutschen Volkes 373–374
- Südafrika
- *siehe bellum juridicum*
 - *siehe Constitution of the Republic of South Africa*
 - *siehe* Mischrechtsordnung
 - *siehe rainbow nation*
- Symbolkraft *siehe* Erbe
- teleologische Reduktion der
Nichtigkeitsfolge 174, 315, 431, 443, 445
- Testament *siehe* letztwillige Verfügung
- testamentary capacity* 53–58
- Testamentsgesetz (TestG) 25–28, 154
- Testamentsvollstreckung 178
- Testator's Family Maintenance Act* (Neuseeland) 42–43
- Testierfreiheit
- *siehe auch customary law*
 - *siehe auch* Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen
 - Entwicklungsphasen (England) 42
 - Erbrechtsgarantie 2–3, 326–326, 411–413
 - und Familienerbfolge 117–141
 - funktionswidriger Einsatz 171, 292
 - „hohes Lied der Testierfreiheit“ 184
 - Kern der Testierfreiheit 319, 321–322, 411–413, 416
 - *siehe auch* Narrative
 - Orientierung an *ubuntu* (Südafrika) 359
 - als patriarchalisches Institut 359
 - Phase absoluter Testierfreiheit (England) 42–44, 125–130
 - *Succession Act* (Südafrika) 65, 79
 - verfassungsrechtliche Verankerung in Südafrika 352, 357 (Fn. 234), 360
 - und Werteordnung 2–5
- Testierverhalten im Vergleich 140–141
- transformative constitutionalism* (Südafrika) 359, 385–392, 392, 406–407, 410, 437
- trust* (England)
- der englische *trust* 332–334
 - *charitable trust* 332–334, 367, 376
 - *siehe auch cy-près*-Doktrin (England)
 - *public benefit* 333, 338–339
 - *public trust* 401
 - *secret trust* 59–61
 - *subjektive Rechte* 384
- trust* (Südafrika)
- der südafrikanische *trust* 344–345
 - *charitable trust* 345, 367
 - *siehe auch cy-près*-Doktrin (Südafrika)
 - *element of public benefit* 345
 - als Institut öffentlichen Interesses 350
 - Rezeption des englischen *trust* 344
 - subjektive Rechte 384
 - *siehe auch Trust Property Control Act*
- trustee* *siehe trust*
- Trust Property Control Act* (Südafrika) 344, 347, 351, 352, 367
- Tutu, Desmond* 65 (Fn. 281)
- ubuntu* (Südafrika)
- Begriff und Verständnis 85–87

- als Gegenpol zu Autonomie und Individualismus 87
- und Testierfreiheit 84–87, 359–360
- Verfassungsrang 85–86
- Umverteilung 359–360
- uncertainty*-Doktrin
 - England 201–209, 233, 262, 266, 288
 - Südafrika 222–226, 277–282
- undue influence* 57
- „unruly horse“ (*public policy*) 14, 270, 287, 352
- Unterhaltsanspruch (Vererblichkeit)
 - *siehe claim for maintenance*
 - Deutschland 149–152, 165–166
- value formalism* (Deutschland) 392–394, 406
- Van den Heever, Judge of Appeal* 278–283
- van Riebeeck, Jan* 62
- Verfassung
 - *siehe British Constitution*
 - *siehe Constitution of the Republic of South Africa*
 - *siehe Grundgesetz*
- Verwerfungslinien, historisch bedingte (Südafrika) 388–390, 419
- viktorianisches Zeitalter 96
- VOC (Vereenigde Geocroyerde Oost-Indische Compagnie) 62
- Voet, Johannes* 68, 216, 278, 284
- Wellness-Hotel (BVerfG 2019) 396
- Werteordnung 2–5, *siehe auch* Wertvorstellungen
- Wertordnung *siehe* Grundgesetz
- Wertvorstellungen, grundlegende (Begriff) 12
- Wiederverheiratsklausel 179–180, 189–192, 197, 219–221, 239–240, 300–301
- Wilhelm II. (Kaiser) *siehe* Hohenzollern
- Zeitgeist 115, 136, 141, 144, 289, 291, 434, 436, 438
- Zölibatsklausel *siehe* Potestativbedingung
- zufällige Entwicklungen 143–144, 434, 438, 440
- Zurücksetzung naher Angehöriger *siehe* Geliebtestament