

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](http://www.mohrsiebeck.com)

Dieses Werk ist seit 11/2023 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

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 Wiederverheiratungsklauseln .....	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
<i>A. Das Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Werteordnung .....</i>	<i>2</i>
<i>B. Gegenstand der Untersuchung .....</i>	<i>6</i>
<i>C. Gang und Methodik der Untersuchung.....</i>	<i>8</i>
<i>D. Begriffsklärung .....</i>	<i>11</i>
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
---	----

<i>A. Deutschland .....</i>	<i>20</i>
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. <i>England</i> .....	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. <i>Südafrika</i> .....	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. <i>Vergleichende Analyse</i> .....	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 Nachlassteilhabe .....	117
1. Historische Entwicklung und die Wirkmächtigkeit von Narrativen.....	118
a) Deutschland und die ungebrochene Tradition zwingender familiärer Nachlassteilhabe .....	118
b) Die Testierfreiheit im englischen Rechtsbewusstsein .....	125
c) Südafrika und das koloniale Erbe – zwischen zwei Stühlen.....	130
2. Konzeption und Verständnis familiärer Nachlassteilhabe .....	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
<i>A. 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. Wiederverheiratungsklauseln.....	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 Wiederverheiratungsklauseln.....	189
III. Zwischenergebnis Deutschland.....	192
<i>B. 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</i> <i>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
<i>C. Südafrika</i> .....	214
I. Trennungsklauseln und die Frage nach Maßstab und Rechtsfolge.....	215
II. Ehelosigkeits- und Wiederverheiratungsklauseln.....	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. 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.	Abteilung
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

CJCL	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 (Reichsgerichtsrätekommentar)
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*.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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

---

<sup>1</sup> *Paul*, Flegeljahre, 9.

<sup>2</sup> *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.

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Das BVerfG sieht in der Testierfreiheit ein „bestimmendes Element der von Art. 14 I 1 GG geschützten Erbrechtsgarantie“.<sup>7</sup> 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“.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Vgl. aus kulturwissenschaftlicher Sicht auch *Langbein*, Geerbte Dinge, 227 f.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010.

ders ausgeprägten Schutz.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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“,<sup>10</sup> bildet die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB auch im Erbrecht das Einfallstor für grundlegende Wertvorstellungen.<sup>11</sup> Die Norm legitimiert den Richter zur Rechtsfortbildung, um die herrschende Rechts- und Sozialmoral zur Geltung zu bringen.<sup>12</sup> Hier haben sich auch in der Diskussion um mutmaßlich sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen mehrere Fallgruppen herausgebildet.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

---

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010; BVerfG, FamRZ 2000, 945, 946.

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> Die Orientierung der Sittenwidrigkeit an außerrechtlichen Maßstäben wich allmählich einem stärkeren Fokus auf rechtliche und grundrechtliche Wertungen.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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“.<sup>18</sup> Hier kann es zu einer Kollision zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Autonomie- und Freiheitssphäre des Bedachten kommen.<sup>19</sup> 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.

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

<sup>16</sup> 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.

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

<sup>18</sup> 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.

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

Konflikt mit Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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).<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

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

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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-

---

<sup>25</sup> 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 entwickeln<sup>26</sup> oder die Dogmengeschichte der guten Sitten rechtsvergleichend aufzuarbeiten.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> Gerade bei Berührung mit dem Verfassungsrecht sei eine rechtsvergleichende Untersuchung angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verfassungsgarantien und unterschiedlich verstandener Generalklauseln kaum von Nutzen.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> So wird bemerkt, das Erbrecht sei in besonderem Maße kulturell und religiös verwurzelt,<sup>31</sup> in ihm schlage das „Herzblut der Bevölkerung“.<sup>32</sup> Das Erbe sei derart

---

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

<sup>27</sup> 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).

<sup>28</sup> 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).

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

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> *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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> Diesen Eindruck möchte die vorliegende Arbeit ein weiteres Stück stärken, zumal eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Sittenwidrigkeit im Erbrecht bislang nicht ersichtlich ist.<sup>36</sup>

### 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“; *Vaquier*, 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 [...]“.

<sup>32</sup> 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“.

<sup>33</sup> *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.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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*.

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

ehelichen Partners (Geliebtentestament). 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.<sup>37</sup> Der Fokus liegt vorwiegend auf der Rechtsprechung des 20. und 21. Jahrhunderts.<sup>38</sup> Dabei wird sowohl versucht, Entwicklungslinien der Rechtsprechung nachzuzeichnen, als auch den Konnex zum Schrifttum herzustellen.<sup>39</sup>

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*.<sup>40</sup> Da aber jede Fallkonstellation unterschiedliche Fragen aufwirft, wählt die Untersu-

---

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Den deskriptiven Abschnitten liegt die Betrachtung von etwa 270 Gerichtsentscheidungen zugrunde.

<sup>39</sup> 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“.

<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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

---

<sup>41</sup> 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.

muss.<sup>42</sup> Eine besondere Herausforderung besteht darin, die im Grundsatz starre Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB auf methodisch konsistente Weise mit den verfassungsrechtlichen Wertungen und Anforderungen in Einklang zu bringen.<sup>43</sup> An geeigneten Stellen (wenn Wertungen und Konzeptionen eine gewisse Kompatibilität aufweisen) kann die englische oder südafrikanische Perspektive Denkanstöße für das deutsche Recht bieten.<sup>44</sup>

## D. Begriffsklärung

Vorab sollen einige Begriffe erläutert werden, die ihm Rahmen der Untersuchung von Bedeutung sind.

### I. Letztwillige Verfügung, letztwillige Zuwendung

Das BGB definiert „letztwillige Verfügung“ (ebenso wie „Testament“) in § 1937 BGB als einseitige Verfügung von Todes wegen und grenzt diese damit zum Erbvertrag ab. Der Begriff der „Verfügung“ wird bspw. in § 2085 oder § 2253 BGB auch im Sinne einzelner testamentarischer Anordnungen gebraucht (z.B. Erbeinsetzung).<sup>45</sup> Dieser Terminologie schließt sich die Untersuchung an.<sup>46</sup>

Da das Testament den Standardfall erbrechtlicher Rechtsgeschäfte bildet,<sup>47</sup> verwendet die Arbeit meist den Begriff „letztwillige Verfügung“, auch wenn eine entsprechende Anordnung gleichermaßen mittels Erbvertrag möglich wäre. Gegenüber dem Oberbegriff der „Verfügung von Todes wegen“ hat der Begriff der letztwilligen Verfügung den Vorteil eleganter Kürze, eignet sich aber vor allem auch für die Beschreibung des englischen und südafrikanischen Rechts. Dort ist in der Regel schlicht die Rede von „(last) will“ – ein

---

<sup>42</sup> Vgl. zur Bedeutung der Grundrechte bei der Bestimmung der Sittenwidrigkeit schon BVerfG, NJW 1958, 257, 257 (Lüth, bzgl. § 826 BGB). Vgl. bspw. auch BVerfG, NJW 2004, 2008, 2009 (Hohenzollern).

<sup>43</sup> Vgl. bspw. MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 29; *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 589 f.

<sup>44</sup> Allgemein zu den Grenzen funktionaler Rechtsvergleichung für die wertende Betrachtung *Michaels*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 345, 379 ff. Vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 46 f.

<sup>45</sup> Siehe *Staudinger/Otte*, § 1937 Rn. 1 ff.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 327; *Röthel*, Erbrecht, 67. Streng genommen ist nur die einseitige Anordnung bis zum Tode frei widerprüflich und damit wirklich Ausdruck des letzten Willens („letztwillig“), so *Staudinger/Otte*, § 1937 Rn. 3. Das gemeinschaftliche Testament ist eine doppelte einseitige (verknüpfte) Verfügung von Todes wegen, so *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 421.

<sup>46</sup> Teilweise wird der Begriff der „Verfügung“ auch als Abkürzung für „letztwillige Verfügung“ benutzt, was sich aus dem jeweiligen Kontext ergibt.

<sup>47</sup> Vgl. auch *Röthel*, Erbrecht, 68.

Erbvertrag im deutschen Sinne ist den beiden Rechtsordnungen nicht bekannt.<sup>48</sup> Der Terminus der letztwilligen Verfügung ist somit auch als funktionaler Begriff für die Zwecke des Rechtsvergleichs geeignet.

Im Gegensatz zur letztwilligen Verfügung als Rechtsgeschäft meint der Begriff „letztwillige Zuwendung“ die in tatsächlicher Hinsicht erfolgende Begünstigung.

## II. Grundlegende Wertvorstellungen

Die Untersuchung betrachtet mit den drei Fallgruppen sittenwidriger letztwilliger Verfügungen Konstellationen, in denen die Testierfreiheit in ein Spannungsfeld mit grundlegenden Wertvorstellungen tritt. Dieser Begriff ist weit zu verstehen. Er umfasst nicht nur rechtliche Wertungen wie bspw. jene des Verfassungsrechts, sondern gerade auch außerrechtliche (man könnte auch sagen: außergesetzliche) Wertungen wie gesellschaftliche Rechtsüberzeugungen oder sittlich-moralische Anschauungen und Wertmaßstäbe.<sup>49</sup> Dabei ist zu betonen, dass wohl in kaum einer Gesellschaft eine wirklich homogene Wertordnung anzutreffen ist.<sup>50</sup> Die Arbeit erfasst einschlägige Wertmaßstäbe nur in der Form, wie sie im rechtlichen Diskurs zur Sprache kommen. Dabei sind die Grenzen zwischen rechtlicher und moralischer Wertung bzw. Argumentation oft fließend.<sup>51</sup> Die Untersuchung ist bemüht, die Wertungen, die in den einzelnen Fallkonstellationen zur Geltung kommen, möglichst konkret zu ermitteln. Der Begriff der grundlegenden Wertvorstellungen ermöglicht sodann – gewissermaßen als eine Art Sammelbegriff –, die verschiedenen Aspekte auf einer höheren Abstraktionsebene zu vereinen und dadurch mit Blick auf die Fragestellung zu operationalisieren.

---

<sup>48</sup> Vgl. mit dem Begriff des „will“ bspw. *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, 49 ff.; *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 3 ff. Zum Verbot des pactum successorium in Südafrika *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 36 ff. In England ist es zwar möglich, sich vertraglich zu einer bestimmten Testamentsgestaltung zu verpflichten; dies hat allerdings in erbrechtlicher Hinsicht keine Auswirkungen auf Testier- oder Widerrufsfreiheit. Ein Vertragsbruch kann Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Nachlass zur Folge haben, vgl. *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, 54 ff.; *Kerridge*, Law of Succession, 111 ff. (auch zur Figur des proprietary estoppel).

<sup>49</sup> Vgl. näherungsweise die Ausführungen bei *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 94 ff.

<sup>50</sup> Vgl. bspw. *Teubner*, Standards und Direktiven, 54 („Fiktion einer homogenen Gesellschaftsmoral“); *Newburn*, Permission and Regulation, 160 („the use of phrases such as ‘morality’ and ‘value-system’ also tend to exaggerate the degree of consensus that exists in a society at any time“).

<sup>51</sup> Vgl. nur *Auer*, Materialisierung, 216 und 218: Moralische und rechtliche Wertungen seien untrennbar miteinander verwoben und die historisch-kulturelle Verknüpfung zwischen rechtlichem und moralischem Diskurs trete gerade in der Anwendung der Generalklauseln zutage.

### III. Gute Sitten, *public policy*, *boni mores*

Die Begriffe der guten Sitten, *public policy* und *boni mores* bilden in Deutschland, England und Südafrika jeweils die Basis eines generalklauselartigen Nichtigkeitsgrundes, der der Privatautonomie Grenzen setzen kann und daher auch eine Testierschranke darstellt. Die Instrumente der *public policy* bzw. *boni mores* erscheinen auf den ersten Blick als Äquivalente der Sittenwidrigkeit, kommt ihnen doch allen die Funktion zu, grundlegende Wertungen der Rechtsordnung zur Geltung zu bringen.<sup>52</sup> Konzeption und Handhabung der Doktrinen werden vor allem im Zusammenhang mit letztwilligen Bedingungen näher untersucht (Kapitel 2). Da die Begriffe der guten Sitten, *public policy* und *boni mores* aber über den Gang der gesamten Untersuchung eine Rolle spielen, sollen sie vorab in aller Kürze skizziert werden.

Alle drei Begriffe sind ausfüllungsbedürftig. Ein Verstoß gegen die guten Sitten soll nach deutschem Verständnis vorliegen, wenn das Rechtsgeschäft nach seinem aus Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermittelnden Gesamtcharakter dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ widerspricht. Die sog. Anstandsformel stammt aus den Motiven zum heutigen § 826 BGB, wurde aber von der Rechtsprechung schon bald auch für § 138 BGB in Stellung gebracht.<sup>53</sup> Die Formel fordert nach allgemeinem Verständnis nicht dazu auf, das Anstandsgefühl in tatsächlicher Hinsicht zu eruieren, sondern zielt letztlich auf eine richterliche Rechtsfortbildung im Einzelfall.<sup>54</sup> Im Wege einer umfassenden Interessenabwägung ist die herrschende Rechts- und Sozialmoral zur Geltung zu bringen – verkörpert in vielgestaltigen heteronomen Moralnormen (d.h. fremdgesetzte Moralnormen im Gegensatz zu autonomen Moralnormen nach dem Gewissen jedes Einzelnen). Hierzu gehören sowohl rechtliche als auch außerrechtliche Wertmaßstäbe inklusive Ethik, Sitte und Moral.<sup>55</sup> Im Laufe der Zeit hat sich die Argumentation im Rahmen

---

<sup>52</sup> Für die Sittenwidrigkeit Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 69 ff. Zur englischen *public policy* Knight, LQR 38 (1922), 207, 208. Für Südafrika Hawthorne, Fundamina 19 (2013), 300, 300 f.

<sup>53</sup> Siehe Motive BGB Bd. II, 727 (= Mugdan, Materialien Bd. II, 406) zu § 705 E I (heute § 826 BGB): „[...] ein Mißbrauch ist es aber, wenn seine Handlungsweise den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden widerspricht“. Mit dieser Formel sodann RGZ 48, 114, 124 (1901) zu § 826 BGB und RGZ 80, 219, 221 (1912) zu § 138 BGB (auch mit Verweis auf den aus der Zusammenfassung von Beweggrund, Inhalt und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter). Siehe zum Ganzen auch Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 57 und 10; Sack, NJW 1985, 761, 761; Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 6 ff.

<sup>54</sup> Siehe Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 59 f.; BeckOGK/Jakl, § 138 BGB Rn. 22 ff.

<sup>55</sup> Siehe Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 62 ff. und 94 ff.; MünchKommBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 11.

der Sittenwidrigkeit allerdings zunehmend verrechtlicht, wobei vor allem die Wertentscheidungen der Grundrechte eine große Rolle spielen.<sup>56</sup>

Die englische *public policy* hatte verschiedene Vorläufer, existiert als eigenständige Doktrin aber etwa seit dem 18. Jahrhundert.<sup>57</sup> Inhaltlich orientiert sie sich vor allem an gesamtgesellschaftlichen Bedürfnissen und grundlegenden rechtlichen Prinzipien.<sup>58</sup> Sittlich-moralische Erwägungen spielen eher eine untergeordnete Rolle.<sup>59</sup> Infolge der zunehmend verrechtlichten Argumentation im Rahmen der Sittenwidrigkeit scheinen sich die beiden Konzepte einander allerdings angenähert zu haben.<sup>60</sup> In einer Leitentscheidung zur *public policy* aus dem Jahr 1853 ist zu lesen:

„Public policy [...] is that principle of the law which holds that no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public, or against the public good [...]“.<sup>61</sup>

Das 19. Jahrhundert, in das die zitierte Entscheidung fällt, ist verantwortlich für eine bis heute spürbare Zurückhaltung beim Umgang und bei der Fortbildung der *public policy*. Immer wieder begegnet die zur umsichtigen Handhabung mahnende Beschreibung der *public policy* als „unruly horse“.<sup>62</sup> In jüngerer Zeit wird nun diskutiert, inwiefern der *Human Rights Act* (der grundlegende Rechte aus der EMRK in englisches Recht überführt) stimulierenden Einfluss auf den Umgang mit der *public policy* haben kann.<sup>63</sup>

Die englische *public policy* gelangte mit der britischen Besatzung im 19. Jahrhundert nach Südafrika, wo sie nun meist synonym mit den *boni mores* des römisch-holländischen Rechts verwendet wird.<sup>64</sup> Eine für das Ver-

---

<sup>56</sup> Vgl. Auer, Materialisierung, 150; Teubner, Standards und Direktiven, 37 f.; Münch-KommBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 12 f. und 20 ff.; Leipold, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1035 ff.

<sup>57</sup> Vgl. Knight, LQR 38 (1922), 207, 207 ff.

<sup>58</sup> Vgl. Lloyd, Public Policy, 27 f.; Abraham, AcP 150 (1949), 385, 386; Simitis, Gute Sitten und ordre public, 132 ff.

<sup>59</sup> Vgl. Lloyd, Public Policy, 27 f. und 150; Abraham, AcP 150 (1949), 385, 386.

<sup>60</sup> Vgl. dazu Wiethölter, Rechtswissenschaft, 197; Simitis, Gute Sitten und ordre public, 162 ff.

<sup>61</sup> *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 196 (*Lord Truro*). Vgl. auch *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 92: „[...] a principle of judicial legislation or interpretation founded on the current needs of the community“.

<sup>62</sup> Der Ausspruch geht zurück auf *Burrough J* in *Richardson v Mellish* (1824) 2 Bing 229, 252. Vgl. auch *Shatten*, ABAJ 51 (1965), 1048, 1049; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 7; *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 91 und 99.

<sup>63</sup> Vgl. bspw. *Grattan*, in: Modern Studies in Property Law Bd. I, 257, 264 ff. Vgl. auch *Baker*, An Introduction to English Legal History, 231.

<sup>64</sup> Vgl. *Hawthorne*, Fundamina 19 (2013), 300, 304 ff. Vgl. bspw. *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 218: „Public policy – like its synonyms *boni mores*, public interest and the general sense of justice of the community [...]“.

Vgl. auch *Aquilius*, SALJ 58 (1941), 337, 344.

ständnis der *public policy* in Südafrika zentrale Entscheidung beschreibt deren Gehalt mit den Worten:

„The interests of the community or the public are [...] of paramount importance in relation to the concept of public policy. Agreements which are clearly inimical to the interests of the community whether they are contrary to law or morality, or run counter to social or economic expedience, will accordingly, on the grounds of public policy, not be enforced.“<sup>65</sup>

Wenngleich das englische und das südafrikanische Verständnis der *public policy* wohl nicht ganz deckungsgleich sind, bestanden infolge des englischen Einflusses auf das südafrikanische Recht deutliche Ähnlichkeiten – auch hinsichtlich einer gewissen Zurückhaltung gegenüber *policy*-Erwägungen.<sup>66</sup> Inzwischen hat die 1996 verabschiedete Verfassung signifikanten Einfluss auf Auslegung und Anwendung von *public policy* und *boni mores* genommen, die nun im Lichte der *Bill of Rights* zu betrachten sind.<sup>67</sup>

#### IV. Drittwirkung, Horizontalwirkung, Privatrechtswirkung

In den drei zu betrachtenden Rechtsordnungen ist jeweils eine Diskussion um den Einfluss gewisser Freiheits- bzw. Gleichheitsgarantien auf das Privatrecht anzutreffen – die deutschen Grundrechte, die Rechte der EMRK (die über den englischen *Human Rights Act* in Bezug genommen werden) sowie die Garantien der südafrikanischen *Bill of Rights*. Der primäre Anwendungsbereich dieser Rechtsgarantien besteht im Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Das deutsche Grundgesetz und der englische *Human Rights Act* schweigen zu einer möglichen Geltung in Privatrechtsverhältnissen, die südafrikanische Verfassung sieht sie explizit vor.<sup>68</sup> Für Deutschland hat sich für die Wirkung der Grundrechte in Privatrechtsbeziehungen – zurückgehend auf *Hans-Peter Ipsen* – der Terminus der Drittwirkung eingebürgert.<sup>69</sup> In England und Südafrika wird die Thematik unter dem Schlagwort der *horizontality* bzw. *horizontal application* oder *horizontal effect* erörtert.<sup>70</sup> Die Arbeit verwendet den Begriff der Drittwirkung lediglich im deutschen Kontext, die Termini der Horizontal- oder Privatrechtswirkung dagegen für alle drei Rechtsordnungen. Inhaltlich bezeichnen sie für die Zwecke dieser Arbeit alle dasselbe geschilderte Phänomen.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 8. Siehe auch *Kuhn v Karp* 1948 (4) SA 825 (T) 842: „injurious to the interest of the community as a whole“.

<sup>66</sup> Vgl. *Hawthorne*, *Fundamina* 19 (2013), 300, 319 f.; *Dugard*, *SALJ* 88 (1971), 181, 183 ff.

<sup>67</sup> Vgl. bspw. *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 333.

<sup>68</sup> Dazu noch unten Kapitel 3 – D.III. (384).

<sup>69</sup> Vgl. *Stern*, *Staatsrecht* Bd. III/1, 1513; *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung*, 10.

<sup>70</sup> Vgl. für England bspw. *Hoffman/Phillipson/Young*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 1, 1 ff.; für Südafrika *Cockrell*, in: *Bill of Rights Compendium*, Ziffer 3A1 ff.

<sup>71</sup> Vgl. zu diesen Begriffen im deutschen Kontext *Stern*, *Staatsrecht* Bd. III/1, 1513 f.

### V. *Civil law, common law, customary law*

Im Zusammenhang mit dem südafrikanischen und englischen Recht begegnen in der Arbeit die Begriffe *civil law*, *common law* und *customary law*. Gerade dem Begriff des *common law* kommt eine multiple Bedeutung zu. *Common law* steht zunächst für die auf dem englischen Recht basierende Rechtstradition, die gern der kontinentaleuropäischen Tradition des *civil law* gegenübergestellt wird. Innerhalb des englischen Rechts wird *common law* sodann verstanden als Summe aller Rechtssätze, die durch die Gerichte entwickelt wurden und nicht Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht sind. Zum anderen – insbesondere für rechtshistorische Ausführungen – kann das englische *common law* (königliche Gerichte, *Common Law Courts*) von der *equity* (*Court of Chancery*) und dem *canon law* (kirchliche Gerichte, *Ecclesiastical Courts*) abgegrenzt werden.<sup>72</sup>

Das südafrikanische Recht ruht – überwölbt durch die Verfassung – auf drei Säulen: römisch-holländischem Recht, englischem Recht und den traditionellen Rechten afrikanischer Bevölkerungsgruppen. Römisch-holländisches Recht und englisches Recht haben sich im Laufe der Zeit zu einem genuin südafrikanischen *common law* verbunden.<sup>73</sup> Der Begriff des südafrikanischen *common law* ist nicht unproblematisch – zum einen aufgrund der bisweilen uneinheitlichen Verwendung, zum anderen wegen seiner begrifflichen Nähe zum britischen *common law*. Für die Zwecke dieser Arbeit wird der Begriff des südafrikanischen *common law* in Abgrenzung zum Gesetzesrecht (*legislation*) verstanden und umfasst in dieser Lesart neben römisch-holländischen und englischen Rechtsprinzipien auch die südafrikanische Rechtsprechung (*precedents*).<sup>74</sup> Demgegenüber bezeichnet *customary law* das traditionelle Recht der afrikanisch-stämmigen Bevölkerungsgruppen. Um die Begriffe „Stammesrecht“ und „indigenes Recht“ zu vermeiden, wird der in der südafrikanischen Literatur gängige und auch von der Verfassung bemühte Begriff des *customary law* verwendet. Die verschiedenen Bevölkerungsgruppen werden als *communities* bezeichnet.<sup>75</sup> Der Rechtsvergleich mit Südafrika wäre

---

<sup>72</sup> Vgl. *Vogenauer*, in: HWBEuP Bd. I, 280, 280 f.; *von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 3 ff. Zu den *Ecclesiastical Courts* siehe *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, 135 ff.; zur *Chancery* 105 ff.

<sup>73</sup> Siehe *Zimmermann/Visser*, in: *Southern Cross*, 1, 9 ff. („The three Graces of South African Law“); *Du Bois*, in: *Wille’s Principles of South African Law*, 3, 33 ff.

<sup>74</sup> So auch *Du Bois*, in: *Wille’s Principles of South African Law*, 3, 64 ff. Teilweise wird das südafrikanische *common law* auch als *residual law* gesehen. Es soll danach nur Rechtsgrundsätze umfassen, die weder in Gesetzen niedergeschrieben, noch durch die Rechtsprechung entwickelt wurden, vgl. *Visser*, *THRHR* 49 (1986), 127, 128 (insbes. Fn. 1). Dagegen mit deutlich weiterem Verständnis (inkl. Verfassung, Gesetzesrecht und *customary law*) *Rautenbach*, *Acta Juridica* 2014, 132, 133 (Fn. 4).

<sup>75</sup> Vgl. bspw. *Rautenbach*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, v sowie section 211 *Constitution of the Republic of South Africa*, Act 108 of 1996. Dagegen wird bspw. in

unvollständig, würde dem *customary law* als „third Grace“ keine Beachtung geschenkt. Doch war eine Testierfreiheit nach deutschem bzw. europäischem Verständnis dem traditionellen Erbrecht des *customary law* nicht geläufig.<sup>76</sup> Ohne den Pol der Testierfreiheit konnte auch kein vergleichbares Spannungsfeld mit grundlegenden Wertvorstellungen entstehen. Daher liegt der Fokus der Arbeit auf dem europäisch geprägten Recht. Auf Basis der Verfassung ergeben sich allerdings verstärkt Berührungspunkte zwischen europäischen und afrikanischen Elementen, was in Kapitel 1 und 3 Anlass dazu gibt, auch das *customary law* in den Blick zu nehmen.<sup>77</sup>

---

*Alexkor Ltd v The Richtersveld Community* 2004 (5) SA 460 (CC) 467 der Begriff „indigenous law“ verwendet.

<sup>76</sup> Vgl. *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 204.

<sup>77</sup> Vgl. auch *Du Plessis*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 474, 497.



## Kapitel 1

### Zurücksetzung naher Angehöriger: Geliebtentestament

„Verehrte gnädige Frau!“, beginnt ein als Brief verfasstes Testament vom 1. Januar 1914. „Ich habe durch ein Schreiben an meinen Sohn bestimmt, daß Ihnen, teure Freundin, auf Lebenszeit ein Jahrgeld von 20 000 M ausgezahlt wird [...] Nehmen sie es freundlich an als ein bescheidenes Zeichen meiner steten Fürsorge. Ich bitte Sie, von diesem Schreiben an geeigneter Stelle Gebrauch zu machen, wenn, was ich nicht erwarte, durch Mißverständnis eine Verzögerung eintreten sollte. Ich danke Ihnen hier noch einmal von ganzem Herzen für alle mir gezeigte Freundschaft u. Selbstlosigkeit. Ihr alter treuer Freund“. Die Erben des Unterzeichners wehrten sich gegen die Auszahlung des hier ausgesetzten Vermächtnisses mit dem Argument, es verstoße aufgrund der nahen Beziehung „unerlaubter Art“, die zwischen dem damals verheirateten Erblasser und der Bedachten bestanden habe, gegen die guten Sitten.<sup>1</sup>

Lange Zeit waren in Deutschland solche als Geliebten- oder Mätressentestament bekannten Fälle Hauptschauplatz der Diskussion um die Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen.<sup>2</sup> Im stereotypen Fall begünstigt ein verheirateter Mann seine außereheliche Geliebte zulasten seiner nächsten Angehörigen (insbesondere Ehefrau und Kinder). Testamente mit derartigem Inhalt wurden über Jahrzehnte hinweg für sittenwidrig und nichtig erklärt. Dass dadurch anstelle der testamentarischen die gesetzliche Erbfolge zum Tragen kam, bedeutete eine Erweiterung der Nachlassbeteiligung zurückgesetzter Angehöriger über das Pflichtteilsrecht hinaus.<sup>3</sup> Seit den 1970er-Jahren wurde die Rechtsprechungslinie Stück für Stück gelockert und eine Sittenwidrigkeit wurde seither nicht mehr angenommen.<sup>4</sup>

Angesichts dessen könnte man nun fragen, warum es sich lohnt, eine Fallgruppe, die derart an Bedeutung verloren hat – und zudem in der Vergangenheit ausführlich besprochen wurde – erneut zu untersuchen. Zwei Gründe sprechen dafür. Zum einen sind im Schrifttum sowie in jüngeren Urteilen immer noch Relikte der alten Rechtsprechung zu finden. Grund genug, diese mit Blick auf ihre Entwicklungsgeschichte einer kritischen Würdigung zu

---

<sup>1</sup> Siehe RG, LZ 1927, Sp. 531, 531 ff.

<sup>2</sup> Siehe *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 201; *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 326 (Fn. \*): „Hauptschicht“.

<sup>3</sup> Siehe MünchKommBGB (4. Aufl. 2001)/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rn. 59.

<sup>4</sup> Vgl. *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 490.

unterziehen. Zum anderen erscheint insbesondere die rechtsvergleichende Betrachtung interessant. So kennen zwar auch England und Südafrika Rechtsinstitute, die unter gewissen Voraussetzungen eine Nachlassbeteiligung für zurückgesetzte Angehörige ermöglichen. Doch ist dort auf den ersten Blick keine ähnlich moralisierende Rechtsprechung ersichtlich, wie sie in Deutschland zu finden war. Die Fallgruppe des Geliebtentestaments scheint also geradezu prädestiniert für die Frage zu sein, ob die unterschiedlich ausgeprägten Testierschranken auch auf unterschiedlichen Wertvorstellungen basieren oder ob andere Aspekte für die Divergenzen verantwortlich sind.

Die zu betrachtenden Fälle sind im Kontext jener Mechanismen zu sehen, mit denen die jeweilige Rechtsordnung zurückgesetzten Angehörigen eine Nachlassbeteiligung ermöglicht, namentlich des deutschen Pflichtteilsrechts, der englischen *family provision* und des südafrikanischen *claim for maintenance*. Auf eine detaillierte Einführung zum deutschen Pflichtteilsrecht wird mit Blick auf den deutschen Leserkreis verzichtet. Dagegen werden das englische und südafrikanische Modell dargestellt, um den jeweiligen rechtlichen Kontext verständlich zu machen. Das vergleichende Hauptaugenmerk liegt anschließend auf der Frage, wie die englische und südafrikanische Rechtsprechung vergleichbare Fälle behandeln, inwieweit dabei sittlich-moralische Erwägungen und Argumente eine Rolle spielen und wodurch etwaige Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen bedingt sein könnten. Um einen zu engen Blickwinkel zu vermeiden, werden neben den Fällen letztwilliger Zuwendungen an die außereheliche Geliebte auch Zuwendungen an sonstige familienfremde Personen erörtert.

## A. Deutschland

Testierfreiheit und Familienerbfolge zählen zu den zentralen Grundsätzen des deutschen Erbrechts.<sup>5</sup> Macht ein Erblasser von seiner Testierfreiheit dergestalt Gebrauch, dass er seine nächsten Angehörigen übergeht, bringt das BGB die letztwillige Verfügungsfreiheit des Erblassers und die Familienbindung des Vermögens mithilfe des Pflichtteilsrechts zum Ausgleich.<sup>6</sup> § 2303 BGB lautet:

„(1) Ist ein Abkömmling des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er von dem Erben den Pflichtteil verlangen. Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils.

(2) Das gleiche Recht steht den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers zu, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind. [...]“

---

<sup>5</sup> Siehe Staudinger/Otte, Einl. Erbrecht Rn. 50 ff. Vgl. aus verfassungsrechtlicher Sicht Dittrich, ZEV 2013, 14, 15 ff.; Leipold, Erbrecht, 26 f.

<sup>6</sup> Siehe MünchKommBGB/Lange, § 2303 Rn. 1; Leipold, Erbrecht, 27. Vgl. auch BVerfG, NJW 2005, 1561, 1564 (zur Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts).

Die Regelungen des Pflichtteilsrechts gehen maßgeblich auf *Gottfried (Ritter von) Schmitt* zurück, den bei Schaffung des BGB für den Entwurf des Erbrechts zuständigen Redaktor.<sup>7</sup> Sein Entwurf basierte auf einem ausführlichen Rechtsvergleich der damals geltenden deutschen Rechte.<sup>8</sup> Trotz gewisser Kontroversen um die Ausgestaltung einer zwingenden Nachlassbeteiligung naher Angehöriger wurden die Regelungen des Entwurfs von den Kommissionen weitgehend gebilligt und fanden auch im Schrifttum überwiegend Anklang.<sup>9</sup> Die Konzeption des Pflichtteilsrechts bot in den Augen der Väter des BGB eine klare, einfache und praxistaugliche Lösung für Fälle der Enterbung naher Angehöriger.<sup>10</sup> Das Festschreiben dieses Lösungswegs im BGB verhinderte allerdings nicht, dass Fälle letztwilliger Zuwendungen an Familienfremde – die man schon in der Diskussion um den Erbrechtsentwurf als problematisch erachtet hatte – auch weiterhin Anstoß erregten.<sup>11</sup>

### I. Geliebtentestament

Besondere Berühmtheit erlangte im Laufe des 20. Jahrhundert das sog. Geliebtentestament: ein verheirateter Erblasser, der – sei es durch Einsetzung der Geliebten zur (Allein-)Erbin oder durch Aussetzung eines Vermächtnisses – diese zulasten seiner Ehefrau und Kinder begünstigt.<sup>12</sup> Die Fälle beschränkten sich allerdings nicht auf diese Konstellation, sondern waren vielgestaltig. Bisweilen war der Erblasser ledig oder die Erblasserin verwitwet und statt Ehefrau und Kindern fühlten sich auch Eltern oder Geschwister durch die Zuwendung an die Geliebte in unzumutbarer Weise zurückgesetzt. Gemeinsam war diesen Fällen aber stets die Begünstigung eines außer- bzw. nichtehelichen Partners zum Nachteil von Familienmitgliedern. Diese brachten vor, die letztwillige Verfügung verstoße gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB.

---

<sup>7</sup> Die Klammern sind dadurch bedingt, dass *Schmitt* (geb. 1827) seinen Erbrechtsentwurf im Jahr 1879 vorlegte, jedoch erst 1889 in den Ritterstand und einige Jahre später in den Adelsstand erhoben wurde, siehe *Schröder*, Abschaffung oder Reform des Erbrechts, 10; *Jahnel*, in: Materialien BGB, 69, 85; *Schubert*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), XI ff. Im Folgenden zit. als *von Schmitt*.

<sup>8</sup> Siehe *Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020), 465, 483 f. und auch *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 271.

<sup>9</sup> Siehe dazu *Mertens*, Entstehung, 81 ff.; *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 269 ff.

<sup>10</sup> Siehe Protokolle BGB Bd. V, 495 ff. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 764 f.).

<sup>11</sup> Siehe dazu noch unten Kapitel 1 – D.II.1. (92).

<sup>12</sup> Der Einfachheit halber werden die Fälle im Folgenden auch mit dem Schlagwort „Geliebtentestament“ bezeichnet. Zum ebenfalls verwendeten Begriff des „Mätressentestaments“ *Speckmann*, *JZ* 1969, 733, 734 (Fn. 5). Vgl. auch *Ruß*, Liebesverhältnis, 51; *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 61.

### 1. Frühes 20. Jahrhundert

Die heute so bekannte Formel, wonach ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, sofern es nach dem sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakter dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht, etablierte sich auch in den Urteilen zum Geliebtentestament.<sup>13</sup> Die Gerichte stellten in den Fällen der Geliebtentestamente insbesondere auf den Beweggrund des Erblassers ab und nahmen einen Sittenverstoß an, sofern die Zuwendung an die Geliebte als Belohnung für schon geschehenen oder als Anreiz für zukünftigen Geschlechtsverkehr gewährt wurde.<sup>14</sup> Keine Sittenwidrigkeit sollte dagegen vorliegen, wenn der Erblasser die Geliebte aus sittlich nicht zu beanstandenden Motiven finanziell sicherstellen wollte wie bspw. aus Dankbarkeit für Dienste und Hilfe in Haushalt oder Beruf, als Entschädigung für ihre „geopferte Frauenehre“ oder als Sühne für an ihr begangenes Unrecht.<sup>15</sup> Hier knüpfte man an einen Maßstab an, der sich in Schrifttum und Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts schon für lebzeitige Zuwendungen findet.<sup>16</sup>

Anfangs war weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur eine wirklich einheitliche Linie in derartigen Fällen ersichtlich.<sup>17</sup> Wo manche für eine Vermutung der Unsittlichkeit eintraten,<sup>18</sup> mahnten andere zu Zurückhaltung mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit in solchen Fällen.<sup>19</sup> Es zeigt sich in der Rechtsprechung allerdings eine disparate Würdigung je nachdem, ob der Erblasser verheiratet war oder nicht.<sup>20</sup> Falls er verheiratet war – und sich ein aner kennenswertes Motiv für die Zuwendung an die Geliebte nicht geradezu aufdrängte – schlossen die Gerichte vom objektive Vorliegen der außereheli-

---

<sup>13</sup> Siehe bspw. OLG Zweibrücken, SeuffA 57 (1902), 438, 440; RG, JW 1911, 29, 29; RGZ 98, 176, 176 (1920); RG, LZ 1927, Sp. 531, 533; RG, WarnR 1928, 342, 345. Siehe dazu auch *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 9 ff. Zur sog. Anstandsformel auch oben Einleitung (13).

<sup>14</sup> So u.a. RG, JW 1910, 6, 6 f.; RG, LZ 1927, Sp. 531, 533; RG, WarnR 1929, 166, 167; RG, WarnR 1934, 193, 194. Vgl. auch *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 12 ff.

<sup>15</sup> Siehe mit derartigen Ausführungen RG, WarnR 1910, 388, 389; RGZ 98, 176, 177 f. (1920) zu lebzeitigem Schuldversprechen; RG, WarnR 1928, 342, 345 und (obwohl letztlich die Sittenwidrigkeit bejahend) auch RG, LZ 1927, Sp. 531, 533; RG, WarnR 1934, 193, 194.

<sup>16</sup> Teilweise wurde explizit auf einen Beitrag *Josef Kohlers* verwiesen, siehe OLG Zweibrücken, SeuffA 57 (1902), 438, 440 und *Linz*, DJZ 1922, Sp. 437, 438. Siehe dazu noch Kapitel 1 – D.II.1.a) (92).

<sup>17</sup> „Die Rechtsprechung in dieser Frage ist durchaus schwankend“, so *Josef*, SächsArch 14 (1919), 258, 259.

<sup>18</sup> *Josef*, BadRpr 21 (1919), 10, 11; *Linz*, DJZ 1922, Sp. 437, 438.

<sup>19</sup> Siehe *Jastrow*, ZZP 34 (1905), 497, 500; *Leonhard*, Kommentar BGB Erbrecht (1912), 369 f.; *Ruß*, Liebesverhältnis, 10.

<sup>20</sup> So auch *Ruß*, Liebesverhältnis, 19 und 26 („Zwiespältigkeit der Rechtsprechung“).

chen Beziehung recht schnell auf einen subjektiven Zusammenhang zwischen Geschlechtsverkehr und Zuwendung.<sup>21</sup> Zwar lag die Beweislast (noch) bei der die Sittenwidrigkeit behauptenden Partei, doch stellten die Gerichte hier keine hohen Anforderungen.<sup>22</sup>

So verneinten nur wenige Urteile bei verheirateten Erblässern die Sittenwidrigkeit einer solchen Zuwendung.<sup>23</sup> Abgesehen von diesen wenigen Ausnahmen wurden Erbeinsetzungen und Vermächtnisse eines verheirateten Erblassers grundsätzlich für nichtig erklärt. Die gesetzlichen Erben erhielten dadurch den ungeschmälernten Nachlass. Dies stieß schon damals auf Kritik. So hielt *Georg Ruß* der Rechtsprechung entgegen:

„Wäre das Gesetz der Ansicht gewesen, daß die Ehefrau noch weitere Ansprüche habe als den Pflichtteil, dann hätte es das klar sagen können.“<sup>24</sup>

War der Erblasser dagegen nicht verheiratet, legten die Gerichte mildere Maßstäbe an und zeigten sich erstaunlich einfühlsam. So wurde bspw. die Zuwendung von Seiten eines Erblassers, der weder verheiratet war noch andere nahe Verwandte hinterließ, als Ausdruck der Dankbarkeit für eine Lebensgemeinschaft im höheren Sinne bezeichnet. Er sei weder rechtlich noch moralisch verpflichtet gewesen, seine entfernten Verwandten zu bedenken. Eine Sittenwidrigkeit könne daher nicht angenommen werden.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Siehe dazu *Ruß*, Liebesverhältnis, 18 f. Derart bspw. RG, JW 1910, 6, 6 sowie RG, WarnR 1934, 193, 194 f. (da die Klägerin schon zu Lebzeiten Vergütung für ihre Tätigkeit in Haushalt und Praxis sowie Geschenke erhalten habe, liege der Schluss nahe, dass die Vermächtnisse Belohnung und Ansporn für die geschlechtliche Hingabe darstellen sollten).

<sup>22</sup> *Ruß*, Liebesverhältnis, 16 f. Siehe bspw. RG, JW 1910, 6, 6; RG, WarnR 1929, 166, 168.

<sup>23</sup> Siehe RG, WarnR 1910, 388, 388 f.: Ein Verstoß gegen die guten Sitten sei nicht mit dem Begriff der Sittlichkeit gleichzusetzen. Dem Erblasser könne es auch darum gegangen sein, die Mutter seiner Kinder finanziell abzusichern, welche ihm möglicherweise auch ohne finanzielle Anreize treu geblieben wäre. Ein Sittenverstoß sei nur dann anzunehmen, wenn die Ehefrau und die ehelichen Kinder in Not versetzt oder in empörender Weise benachteiligt würden. Vgl. dazu auch *Karow*, Sittenwidrigkeit, 70 f.

In RG, WarnR 1928, 342 hatte ein Zahnarzt Ehefrau und Töchter zu Erben eingesetzt aber seiner Assistentin ein Vermächtnis ausgesetzt und bestimmt, dass die Praxis seiner jüngeren Tochter und der Assistentin je zur Hälfte zustehen solle. Da das Gefühl der Dankbarkeit seine Wurzel sowohl in der persönlichen Beziehung zur Assistentin als auch in ihren Leistungen in seiner Zahnarztpraxis gehabt habe, könne eine Sittenwidrigkeit des Vermächtnisses verneint werden. Die Zuwendung der Praxishälfte zwingt die Tochter allerdings zu einem persönlichen Zusammenwirken mit der an der Zerstörung des Familienfriedens mitschuldigen Geliebten und sei daher sittenwidrig. Siehe dazu auch *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 74.

<sup>24</sup> *Ruß*, Liebesverhältnis, 53.

<sup>25</sup> RG, DRiZ 1932, Sp. 326, 327 f. Vgl. auch RGZ 98, 176 (1920) zu lebzeitigem Schuldversprechen.

Anknüpfungspunkt der Sittenwidrigkeit war stets das Motiv des Erblassers für die Zuwendung an die Geliebte. Um vom objektiven Vorliegen einer außerehelichen Beziehung auf die Motivation des Erblassers schließen zu können, wurde in der Rechtsprechung immer stärker das Bild gezeichnet, wonach sich das ehebrecherische Verhältnis in der geschlechtlichen Beziehung der Partner erschöpft. Vor diesem Hintergrund fiel dann die Annahme leicht, dass eine letztwillige Zuwendung auch aus diesem Grund erfolgt war. Dagegen gestand man zu, dass die wilde Ehe unverheirateter Partner „pekuniär ungetrüb“ auf wahrer Zuneigung beruhen könne.<sup>26</sup>

Schon daran wird deutlich, dass die Anstößigkeit des Geliebtentestaments – anders als es die Formel der Rechtsprechung suggeriert – nicht wirklich auf einer tatsächlich nachzuweisenden sexuellen Motivation beruhte. Die Subsumtion unter die Beweggründe des Erblassers kaschierte wohl bloß die wahren Hintergründe und „irrationalen Quellen“<sup>27</sup> dieser Rechtsprechungslinie: In den Urteilen klingen neben einer strengen Sexualmoral auch die Überzeugung von einer Familienbindung des Nachlasses, von mit dem Erbvorgang verbundenen Pietätsvorstellungen und vom gebotenen Schutz der Institution Ehe an.<sup>28</sup> So bezeichnete das Reichsgericht die Beschränkung der Ehefrau auf den Pflichtteil als eine Beschimpfung der Familienehre<sup>29</sup> und sah nach dem herrschenden Volksbewusstsein in der Beeinträchtigung der Erbansprüche des Kindes einen Widerspruch zum Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden.<sup>30</sup> Man ging von einer moralischen Pflicht des Erblassers aus, den nahen Angehörigen mehr als nur den Pflichtteil zu hinterlassen.<sup>31</sup> Die Gerichte sahen es zudem als problematisch an, dass den Angehörigen zugemutet werde, der Geliebten das Vermächtnis auszahlen zu müssen.<sup>32</sup> All diese Ausführungen erfolgten vor dem Hintergrund eines Ehe-Verständnisses, wonach die Ehe Grundlage und Zukunftsgarant der Gesellschaft ist,<sup>33</sup> die wirtschaftliche Ver-

---

<sup>26</sup> Siehe kritisch dazu *Ruß*, Liebesverhältnis, 19 und 21 sowie 54; *Baumann*, Konkubinat, 136 f.: „Die deutsche Rechtsprechung leidet unter der zwiespältigen Behandlung von verheirateten und unverehelichten Konkubinanten“.

Die Beschränkung der Beziehung auf die rein sexuelle Ebene geht außerdem einher mit einem abwertenden Blick auf die Bedachte, die, so scheint es, von monetären Vorteilen getrieben und ohne eigenen Willen vom Erblasser „bestimmt“ wird, vgl. *Knüpfer*, Mätresen, Geliebte und Gefährten, 151.

<sup>27</sup> Mit diesem Ausdruck *Ruß*, Liebesverhältnis, 50.

<sup>28</sup> Dazu auch *Ruß*, Liebesverhältnis, 48 ff.

<sup>29</sup> RG, JW 1911, 29.

<sup>30</sup> RG, WarnR 1929, 166, 167. Siehe auch RG, WarnR 1934, 193, 195.

<sup>31</sup> Dazu *Ruß*, Liebesverhältnis, 51.

<sup>32</sup> Siehe RG, LZ 1927, Sp. 531, 533; RG, WarnR 1929, 166, 167; RG, WarnR 1934, 193, 194.

<sup>33</sup> Siehe *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 103. Vgl. dazu auch RGZ 71, 85, 86 ff. (1909) bzgl. einer Unterlassungsklage gegen den Ehebrecher aus § 823 BGB: „Das natürliche und sittliche Band der Ehe ist die Grundlage der Familie, diese die Grundlage

sorgung der Beteiligten sichert<sup>34</sup> und deshalb außereheliche Verhältnisse entsprechende Sanktionierung erfordern.<sup>35</sup> *Georg Ruß* formulierte treffend:

„Hier sind Widerstände am Werk, der Kampf des Geregeltten gegen das Ungeregelte, des Soliden gegen das Unsolide, des staatlich Anerkannten und Geschützten gegen das der Willkür Preisgegebene. Der normale Mensch mit normalen [sic] Empfinden und normalbürgerlicher Gesittung, so meinen die Gerichte, lebt mit seiner Frau in einer gesetzlich begründeten Ehe; es entspricht seiner normalen Gesittung, sein Vermögen zum Nutzen der Familie zu verwalten und zu hinterlassen. [...] Es besteht jedenfalls eine tief eingewurzelte, zum Teil auch mit religiösen Vorstellungen verknüpfte Abneigung gegen die freien Beziehungen der Geschlechter, besonders aber dann, wenn durch sie eine Verschleuderung des Zusammengesparten, eine Abwanderung des Vermögens aus dem engsten Kreise der Familie eintritt. Nur so ist die Rechtsprechung der höheren Gerichte zu verstehen; im Gesetz ist sie nicht gegründet. Das Gesetz gäbe Freiheit zu jeder Entscheidung. [...]; die irrationalen Gründe, die das innere Wesen der Ehe wenig berühren und die damit zusammenhängen, daß die Ehe eine wirtschaftliche Institution geworden ist und als wirtschaftliche Institution Schutz genießt, finden sich [in den Entscheidungen] nirgends.“<sup>36</sup>

## 2. Nationalsozialismus

Der Nationalsozialismus bewirkte gewisse Veränderungen in der Handhabung der Geliebtentestamente.<sup>37</sup> Von besonderer Bedeutung war § 48 Abs. 2 des 1938 in Kraft getretenen Testamentsgesetzes (TestG):<sup>38</sup>

---

der Gesellschaft und des Staates als der geordneten Gesellschaft.“ Und weiter: „[...] dass auch jeder Dritte die Verpflichtung hat, das eheliche Verhältnis anderer als ein unantastbares Gut zu achten und zu ehren und sich aller Störungen dieses Verhältnisses, vornehmlich in der zartesten und empfindlichsten seiner Beziehungen, der geschlechtlichen, durch einen unerlaubten Geschlechtsverkehr mit einem der Ehegatten zu enthalten [...]“.

<sup>34</sup> Siehe *Ruß*, Liebesverhältnis, 51 ff.: „Die Ehemoral, die das RG predigt, ist eine Wirtschaftsmoral [...]“ (55).

<sup>35</sup> *Linz* meinte 1922, man müsse im Kampf gegen die Zügellosigkeit der Sitten jedermann von letztwilligen Verfügungen an die Mätresse tunlichst abhalten, *Linz*, DJZ 1922, Sp. 437, 438. Vgl. erläuternd *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 97 ff.; *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 17. Siehe auch *Ruß*, Liebesverhältnis, 56: „Das Liebesverhältnis muß also das Licht scheuen, es wird von der Rechtsprechung gezwungen, sich zu verbergen und unwahrhaftig zu werden [...]“.

<sup>36</sup> *Ruß*, Liebesverhältnis, 50 f.

<sup>37</sup> Vgl. OLG München, HRR 13 (1937), Nr. 495: „Nun steht zwar das BGB. auf dem liberalistischen Standp. der absoluten Verfügungsfreiheit des Erbl. [...] Wie auf anderen Gebieten des bürgerl. Rechts, [...] ist aber auch im Erbrecht [...] dem Eindringen der neuen, durch den Nationalsozial. geläuterten RAnschauung auf dem Weg über die Generalklausel das Tor geöffnet. [...] Was im einzelnen [...] den guten Sitten widerspr., ist dem gesunden deutschen Volksempfinden auf der Grundlage der nationalsozial. Weltanschauung zu entnehmen“.

<sup>38</sup> Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31.7.1938 (RGBl. I, 973).

„Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewußter Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat.“

Das Erbe sollte zum Wohle von Familie, Sippe und Volk wirken.<sup>39</sup> Die Norm kann als Konkretisierung des allgemeinen Sittenwidrigkeitstatbestandes für den Bereich des Erbrechts verstanden werden, um dort die nationalsozialistischen Ideen in möglichst effektiver Weise umzusetzen.<sup>40</sup> An erster Stelle unter den in der Gesetzesbegründung genannten Fällen, die von der Vorschrift erfasst werden sollten, stand „eine die Familie benachteiligende Zuwendung an eine Mätresse“. Auch die sachlich nicht gerechtfertigte Zuwendung von Familienerinnerungsstücken an Fremde wurde genannt.<sup>41</sup> *Gustav Boehmer* sah die praktische Bedeutung der Norm unter anderem in einem – verglichen mit dem Pflichtteilsrecht – stärkeren Schutz erwürdiger Verwandter über die Rechtsfolge der Nichtigkeit.<sup>42</sup>

So wurde die Nichtigkeit eines Testaments nach § 48 Abs. 2 TestG bejaht, das dem Sohn des Erblassers zumutete, der ehemaligen Hausdame, mit der der Erblasser in ehebrecherischer Beziehung gestanden hatte, eine monatliche lebenslange Rente zu zahlen. Dies sei für den Sohn ein nach gesundem Volksempfinden entwürdigendes Ansinnen und beschränke ihn in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit. Ein durchschlagender Grund für das Hinwegsetzen des Erblassers über die sittlichen Pflichten gegenüber seiner Familie sei nicht ersichtlich.<sup>43</sup>

Interessant erscheinen aber gerade jene Entscheidungen, die eine Nichtigkeit ablehnen. So wurde ein gröblicher Verstoß gegen das gesunde Rechtsempfinden im Sinne des § 48 Abs. 2 TestG verneint, da die zugunsten der Geliebten zurückgesetzte Ehefrau durch Pflichtteil und Witwenversorgung

<sup>39</sup> Siehe Vorspruch zum TestG, abgedruckt bei Palandt (2. Aufl. 1939)/*Seibert*, Einl. vor § 1 TestG. Darauf Bezug nehmend bspw. RGZ 166, 395, 398 f. (1941).

<sup>40</sup> *Wanner*, Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate, 185. Das RG beschrieb dies in RG, DR 1942, 850, 850: „Der in § 138 Abs. 1 BGB enthaltene allgemeine Rechtsgedanke hat für das Testamentsrecht seine besondere Ausprägung durch die Vorschrift des § 48 Abs. 2 TestG gefunden. Sie reicht [...] weiter als die allgemeine bürgerlich-rechtliche Vorschrift [...]“. Siehe auch Begründung TestG, DJ 1938, 1254, 1259.

<sup>41</sup> Begründung TestG, DJ 1938, 1254, 1259. Weiter wurden genannt: die Zuwendung von Werten an eine staatsfeindliche Organisation oder die Einsetzung eines Juden zum Erben eines Ariers unter Übergehung naher arischer Verwandter.

<sup>42</sup> *Boehmer*, ZAKDR 1941, 73, 74. Er führt aus, die verschärften Anforderungen des § 48 Abs. 2 TestG schöpften ihren weltanschaulichen Inhalt nicht aus dem Gesetz selbst, sondern aus dem nationalsozialistischen Weltbild, das auch § 138 BGB mit diesem Inhalt gefüllt habe (73). Zum Verhältnis von § 138 BGB und § 48 Abs. 2 TestG auch *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 328 (Fn. 11) sowie *Wanner*, Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate, 184 f. m. w. N.

<sup>43</sup> RGZ 166, 395, 398 f. (1941). Eine Sittenwidrigkeit (noch vor Inkrafttreten des TestG und daher nach § 138 BGB) bejahend auch OLG München, HRR 13 (1937), Nr. 495.

ausreichend gesichert sei. Mangels aus der Ehe hervorgegangener Kinder bedürfe es zu einer angemessenen Versorgung der Familie keiner weiteren Maßnahmen des Erblassers. Noch weniger sei die Verfügung nach § 138 BGB zu beanstanden.<sup>44</sup>

Und auch ein Urteil aus dem Jahre 1944 betont mit Blick auf § 48 Abs. 2 TestG einen sachlichen Prüfungsmaßstab. Ein Unternehmer hatte seine erste Frau sowie seine beiden Töchter kraft eines mit seiner zweiten Ehefrau geschlossenen Erbvertrags enterbt. Es sei zu berücksichtigen, so das Reichsgericht, dass der Erblasser seiner ersten Frau vor der Scheidung sein gesamtes Vermögen mit Ausnahme der Fabrik übereignet hatte. Zudem müsse in Kriegszeiten die volle Leistungsfähigkeit des Unternehmens, das vorwiegend für die Wehrmacht arbeite, gewahrt werden. Ob der Pflichtteil der Ehefrau sowie der Unterhalt der Töchter vor § 48 Abs. 2 TestG ausreichend seien, bedürfe noch genauerer Feststellungen.<sup>45</sup>

Der vom Fokus auf die Motivation des Erblassers geprägte Prüfungsmaßstab der Gerichte wich also einem Ansatz, der, so das Reichsgericht selbst, „[...] rein sachlich nach der Gesamtheit der festgestellten Umstände“ fragte und „[...] mit persönlichen Absichten, Meinungen und Beweggründen nichts zu tun“ hatte.<sup>46</sup> Der moralisierende Schutz von Ehe und Familie durch Sanktionierung ehebrecherischer Beziehungen wich konkreten Überlegungen zur Versorgung insbesondere der Kinder und Belangen der Volksgemeinschaft.<sup>47</sup> Trotz des Anscheins, den § 48 Abs. 2 TestG vermittelt, wäre es zu kurz gegriffen, die Entwicklungen in der Fallgruppe des Geliebtentestaments auf eine insgesamt stärkere Betonung der Familienbindung des Vermögens während des Nationalsozialismus zu stützen. Dazu schreibt *Gerhard Otte*:

„Die Familie interessierte den Nationalsozialismus nur als Quelle rassistisch ‚hochwertigen‘, erbgesunden Nachwuchses, sonst nicht. [...] In einem totalitären System muss die Familie bei Kollisionen mit den Interessen einer größeren, ‚übergeordneten‘ Gemeinschaft stets unterliegen.“<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> RG, DR 1942, 850, 851.

<sup>45</sup> RG, DR 1944, 494, 495 f.

<sup>46</sup> Siehe RGZ 166, 395, 397 (1941). Siehe auch RG, DR 1944, 494, 495. Die Rspr. war hinsichtlich des objektivierten Prüfungsmaßstabes aber nicht völlig einheitlich. Einige Entscheidungen maßen die letztwillige Verfügung weiterhin an der Gesinnung des Erblassers, siehe OLG München, HRR 13 (1937), Nr. 495; RG, WarnR 1941, 52, 53 (in beiden Fällen aber keine Anwendung des TestG); RG, DR 1942, 1341. Siehe auch *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 328 (Fn. 11).

<sup>47</sup> Siehe *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 98 und 102 f. Eine ausdrückliche Absage an den Sanktionsgedanken erteilt RG, DR 1944, 494, 496: „Strafgesichtspunkte, wie sie dem BerR. offenbar wegen des Verhaltens des Erblassers vorschweben, haben grundsätzlich auszuscheiden.“

<sup>48</sup> *Otte*, in: FS Horn, 113, 121 f.

Durch die verschärften Anforderungen des § 48 Abs. 2 TestG an die sachliche Pflichtmäßigkeit einer letztwilligen Verfügung erhöhte sich der Druck auf die Testierfreiheit.<sup>49</sup> Doch darf andererseits nicht übersehen werden, dass die objektivierte Betrachtungsweise auf Grundlage von Versorgungs- und Zumutbarkeitsaspekten auch manche Verfügung vor einer Unwirksamkeit bewahrte.<sup>50</sup>

### 3. Nachkriegszeit bis 1960er-Jahre

Nach dem Ende des Nationalsozialismus und der Aufhebung des § 48 Abs. 2 TestG im Jahr 1946<sup>51</sup> kehrten die Gerichte zu den subjektiven Bewertungsmaßstäben zurück.<sup>52</sup> So wurde vorwiegend wieder auf die Gesinnung des Erblassers abgestellt. Die Frage, ob die Geliebte mit der letztwilligen Verfügung für den außerehelichen Geschlechtsverkehr belohnt oder zu dessen Fortsetzung bestimmt werden sollte, rückte im Rahmen des § 138 BGB erneut in den Mittelpunkt.<sup>53</sup>

#### a) Faktische Beweislastumkehr im Rahmen der Gesinnungsprüfung

Zwar hatten die Gerichte an das Vorbringen der sich auf die Sittenwidrigkeit berufenden und damit beweisbelasteten Partei auch zum Anfang des 20. Jahrhunderts schon keine besonders hohen Anforderungen gestellt. Doch etablierte sich nun eine Vermutungsregel, die dieses Verhältnis vollständig umkehrte und die Sittenwidrigkeit damit zur Regel machte. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (OGH) proklamierte 1948:

„Leben Personen im Konkubinat, so gewährt der männliche Partner im allgemeinen Geschenke für den Geschlechtsverkehr. Daran ändert der Umstand nichts, daß der weibliche Teil Hausarbeiten verrichtet. Zumeist ist für den Mann eben die geschlechtliche Hingabe bestimmend. Was aber für Geschenke gilt, muß entsprechend für letztwillige Verfügungen an die Geliebte gelten. [...] Diesen Anschein aber müsse die Beklagte entkräften.“<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Siehe *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 328; *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 474; *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 16. Vgl. auch *Boehmer*, ZAKDR 1941, 73, 73.

<sup>50</sup> Siehe *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 98; *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 328.

<sup>51</sup> Art. Ia Kontrollratsgesetz Nr. 37 vom 30.10.1946 (Amtsbl. 1946, 220).

<sup>52</sup> So auch *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 160; *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 30 f. *Leipold* merkt an, dass mögliche Auswirkungen der Aufhebung des § 48 Abs. 2 TestG seitens der Rspr. nie wirklich erörtert wurden, *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1015. Der OGH stellte lediglich fest: „Infolge der Aufhebung dieser Bestimmung ist der frühere Rechtszustand wiederhergestellt“, OGHZ 3, 158, 161 (1950).

<sup>53</sup> Siehe bspw. OGHZ 1, 249, 250 f. (1948); BGHZ 20, 71, 72 ff. (1956); BGH, FamRZ 1964, 140, 140; BGH, NJW 1968, 932, 934.

<sup>54</sup> OGHZ 1, 249, 251 (1948).

Der Geliebten wurde also auferlegt darzutun, dass die Verfügung gerade nicht ausschließlich in sexuellen Motiven des Erblassers wurzelte. Dem daran anknüpfenden BGH<sup>55</sup> wurde vorgeworfen, hierdurch den allgemeinen Beweislastgrundsatz zu unterlaufen, nach dem die sich auf die Nichtigkeit berufende Partei auch die entsprechenden Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit darlegen muss.<sup>56</sup> Der BGH wehrte sich gegen den Vorwurf einer Beweislastumkehr. Denn immerhin obliege der Partei, die eine Nichtigkeit behauptete, der Beweis eines ehebrecherischen Verhältnisses.<sup>57</sup> Zum eigentlich problematischen Rückschluss auf die Motivation des Erblassers – von *Joachim Gernhuber* als „Verrat an psychologischen Einsichten“ bezeichnet<sup>58</sup> – schwieg der BGH.<sup>59</sup> Hier manifestiert sich erneut, dass die Gesinnungsprüfung nur als Mittel zur Sanktionierung des als verwerflich verstandenen Verhaltens des Erblassers fungierte.<sup>60</sup> Der Beweis „achtenswerter“ Beweggründe gelang der Bedachten meist nicht, wodurch das verkehrte Regel-Ausnahme-Verhältnis der Sittenwidrigkeit letztwilliger Zuwendungen in außerehelichen Verhältnissen zementiert wurde.<sup>61</sup>

#### b) Ein Urteil des BGH als Kulminationspunkt der Sittenstrenge

Die Beweislastregelung fasste festen Fuß in der Rechtsprechung des BGH. Als Kulmination dieser sittenstrengen Rechtsprechung erscheint letztlich ein Urteil aus dem Jahr 1968.<sup>62</sup>

Ein unverheirateter Erblasser hatte seine Schwester als Erbin eingesetzt. Einer verheirateten Frau, mit der eine enge und intime Beziehung bestand, hatte er diverse Gegenstände sowie einen Geldbetrag von 20.000 DM vermacht. Die Dame hatte sich um den Haushalt des Erblassers gekümmert, ihn versorgt und betreut. Ihre Ehe bestand nach eigener Aussage nur noch auf dem Papier und die Eheleute hatten sich entsprechende Freiheiten zugesie-

---

<sup>55</sup> Siehe bspw. BGH, FamRZ 1954, 195, 196 (nicht entscheidungserheblich); BGHZ 20, 71, 75 f. (1956); BGH, FamRZ 1964, 140, 141; BGH, NJW 1968, 932, 936.

<sup>56</sup> Allenfalls, so die Revisionskläger in einem Fall aus 1964, könne man nach den Regeln des Anscheinsbeweises verfahren, siehe BGH, FamRZ 1964, 140, 141.

<sup>57</sup> Siehe BGH, FamRZ 1964, 140, 141.

<sup>58</sup> *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 329.

<sup>59</sup> Vgl. auch *Müller-Freienfels*, JZ 1968, 441, 444.

<sup>60</sup> In diesem Sinne *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 160. Siehe auch *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 329 („Ausweis einer verschleierte Privatstrafe“); *Flume*, AT Bd. II, 376.

<sup>61</sup> Anders ausnahmsweise BGH, BeckRS 1958, 31372778. Hier wurden die langjährigen Dienste der Haushälterin, die dem unverheirateten und kinderlosen Erblasser 30 Jahre lang den Haushalt geführt hatte, als maßgeblicher Beweggrund ihrer Einsetzung als Alleinerbin anerkannt.

<sup>62</sup> BGH, NJW 1968, 932; dazu *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1023: „Kulminationspunkt der strengen Rechtsprechungsphase“.

chert.<sup>63</sup> Der BGH sah auch hier als maßgeblich an, ob es ausschlaggebender Zweck des Erblassers gewesen war, die Partnerin für ihre geschlechtliche Hingabe zu belohnen.<sup>64</sup> Weder die Zerrüttung ihrer Ehe noch das Einverständnis des Ehemannes könne die Sittenwidrigkeit beseitigen. Denn zum einen werde schon geschlechtlicher Verkehr zwischen unverheirateten Personen als sittenwidrig angesehen, zum anderen sei die Ehe nicht nur Angelegenheit der Partner. Sie sei eine in hohem Maße im Interesse der Allgemeinheit geschaffene und geförderte Einrichtung, ohne die ein Kultur- und Rechtsstaat nicht denkbar wäre.<sup>65</sup> Die Darlegungs- und Beweislast, dass die Zuwendungen nicht auf den erotischen Beziehungen zum Erblasser beruhen, trage die Bedachte. Menschliche Verbundenheit und Verständnis füreinander seien keine selbständigen achtenswerten Beweggründe auf Seiten des Erblassers.<sup>66</sup>

Die Entscheidung rief starke Kritik hervor, sowohl in der Presse als auch in juristischen Fachkreisen.<sup>67</sup> Selbst das Reichsgericht war bei unverheirateten Erblassern noch nachgiebiger gewesen und hatte nicht derart tief in die moralische Schublade gegriffen. Dem Urteil wurde vorgeworfen, es übertreffe mit seinen beiläufigen moralisierenden Werturteilen noch die bisher schon sittenstrenge und befremdliche Praxis und ignoriere sämtliche Reformbestrebungen im Bereich des Außerehelichen- und Scheidungsrechts.<sup>68</sup> Die Ehe sei keine öffentliche Zwanganstalt und die Grundanschauung des Senats lasse Lebensnähe und menschliches Verständnis vermissen.<sup>69</sup> Die Terminologie der „Belohnung für ehebrecherischen Verkehr“ wurde als zutiefst erniedrigend und abwertend bezeichnet.<sup>70</sup> *Hermann Husmann* monierte, die höchstrichterliche Rechtsprechung laufe darauf hinaus, „daß sie dem Erblasser [...] eine verwerfliche Gesinnung und der Bedachten käufliche Liebe unterstellt [...]“.<sup>71</sup>

### c) Teilnichtigkeit und die mindere Stellung des Pflichtteilsberechtigten

Nur ein Jahr nach diesem so heftig kritisierten Urteil musste der BGH erneut über einen vergleichbaren Fall entscheiden.<sup>72</sup> Der Erblasser hatte die Beklagte, mit der er ein langjähriges Liebesverhältnis unterhalten und vier Söhne gezeugt hatte, zur alleinigen Erbin bestimmt und seine Ehefrau und die sieben

---

<sup>63</sup> Zum Sachverhalt siehe BGH, NJW 1968, 932, 933 f.

<sup>64</sup> BGH, NJW 1968, 932, 934.

<sup>65</sup> BGH, NJW 1968, 932, 935.

<sup>66</sup> BGH, NJW 1968, 932, 936.

<sup>67</sup> Siehe die Zitate aus der ZEIT bei *Speckmann*, JZ 1969, 733, 733. Die Entscheidung wird dort als töricht und anmaßend beschrieben und der BGH ironisch als höchste moralische Instanz titulierte.

<sup>68</sup> *Müller-Freienfels*, JZ 1968, 441, 441 f.

<sup>69</sup> *Breithaupt*, NJW 1968, 936, 936.

<sup>70</sup> *Speckmann*, JZ 1969, 733, 734 f.

<sup>71</sup> *Husmann*, NJW 1971, 404, 406.

<sup>72</sup> BGH, NJW 1969, 1343.

ehelichen Kinder auf den Pflichtteil gesetzt. Das Berufungsgericht lehnte eine sexuelle Motivation der Zuwendung ab und meinte, der Erblasser habe in erster Linie für die Mutter seiner vier Kinder sorgen wollen.<sup>73</sup> Der BGH entgegnete, dem Berufungsgericht könne trotzdem nicht dahin gefolgt werden, dass die Beklagte alleinige Erbin geworden sei. Indem er seine Ehefrau und die ehelichen Kinder auf den Pflichtteil gesetzt habe, habe er in sittenwidriger Weise gegen von ihm zu beachtende Verpflichtungen und Rücksichten verstoßen.<sup>74</sup> Dem Erblasser sei klar gewesen, dass Ehefrau und eheliche Kinder Anspruch auf den halben Wert des Nachlasses haben würden. Um der Beklagten und ihren Kindern die andere Hälfte zukommen zu lassen, sei es nicht erforderlich gewesen, Ehefrau und eheliche Kinder in die gegenüber der Miterbenstellung mindere Rechtsstellung des lediglich Pflichtteilsberechtigten zu drängen. Sie hätten dadurch keinen unmittelbaren Einfluss auf die Verwaltung des Nachlasses und es sei für sie peinlich und demütigend, sich wegen ihrer Ansprüche an die Geliebte des Erblassers wenden zu müssen.<sup>75</sup> Das Testament wurde daher insoweit für sittenwidrig und nichtig erklärt, als der Erblasser die Hälfte des Nachlasses seiner Ehefrau und den ehelichen Kindern als Pflichtteilsberechtigten statt als Erben zugewendet hatte.<sup>76</sup> Mit Blick auf den nichtigen Anteil ließ der BGH unter Verweis auf § 2088 Abs. 1 BGB die gesetzliche Erbfolge eintreten.<sup>77</sup> Dies erhob die ursprünglich auf den Pflichtteil verwiesenen Angehörigen zu Miterben in Höhe der Hälfte des Nachlasses. Der BGH störte sich hier also offensichtlich weniger an der Höhe der Nachlassbeteiligung von Ehefrau und ehelichen Kindern, als an deren rechtlicher Stellung als bloße Pflichtteilsgläubiger.<sup>78</sup> Der Schritt zur Teilnichtigkeit dürfte dem BGH nicht sonderlich schwer gefallen sein, konnte er doch auf ein früheres Urteil aus dem Jahr 1955 verweisen, in dem der Anteil der außerehelichen Partnerin auf ein Drittel begrenzt worden war. Damals war für den BGH entscheidend gewesen, dass die Geliebte im Vergleich zu den beiden Kindern keine günstigere Stellung erhielt.<sup>79</sup>

Diesen beiden Fällen war gemein, dass das jeweilige Berufungsgericht eine rein sexuelle Motivation der letztwilligen Verfügung verneint hatte und somit für den sonst bemühten Maßstab kein Raum war. Da eine volle Gültig-

---

<sup>73</sup> Siehe BGH, NJW 1969, 1343, 1343 f.

<sup>74</sup> BGH, NJW 1969, 1343, 1346. Ähnlich zuvor auch schon BGH, FamRZ 1963, 287, 289.

<sup>75</sup> BGH, NJW 1969, 1343, 1346.

<sup>76</sup> BGH, NJW 1969, 1343, 1346.

<sup>77</sup> BGH, NJW 1969, 1343, 1346. So zuvor auch BGH, FamRZ 1963, 287, 290.

<sup>78</sup> So auch *Reinicke*, NJW 1969, 1347, 1347. Vgl. auch *Finger*, JZ 1983, 608, 609.

<sup>79</sup> BGH, FamRZ 1963, 287, 289 f. *Otte* beschreibt die beiden Urteile als „völlig divergierende Resultate, die fast willkürlich anmuten“, *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 162. Auch OGHZ 1, 249, 252 f. (1948) und BGH, FamRZ 1954, 195, 198 sprachen sich für die grds. Möglichkeit einer Teilnichtigkeit aus.

keit der Testamente dem BGH aber scheinbar widerstrebte, musste er in diesen Fällen auf objektive Kriterien wie die Verletzung von Rücksichtspflichten zurückgreifen.<sup>80</sup> Diesbezüglich hatte der OGH im Jahr 1950 mit bedenklicher inhaltlicher Nähe zu Urteilen aus der NS-Zeit erklärt, dass ein Erblasser – selbst wenn keine Belohnung oder Sicherung des Geschlechtsverkehrs bezweckt war – nicht frei von Rücksichtnahme und Verantwortung gegenüber seinen Angehörigen sei. Das verbleibende Pflichtteilsrecht sei als reines Vermögensrecht unerheblich. Die Berufung als Erbe unterstehe vielmehr sittlichen Gesichtspunkten.<sup>81</sup>

Letztlich wurden in diesen Urteilen des BGH Testierfreiheit und Rechtssicherheit durch eine moralisierende Richterfreiheit verdrängt – in Gestalt einer in der Höhe variierenden Teilnichtigkeit und der über die fragwürdige Anwendung des § 2088 Abs. 1 BGB berufenen gesetzlichen Erbfolge.<sup>82</sup> Durch das teilweise Eintreten der gesetzlichen Erbfolge wurden die zurückgesetzten Angehörigen Miterben neben der Geliebten. In den Beratungen zum BGB hatte man sich allerdings bewusst gegen eine dingliche Ausgestaltung der zwingenden Nachlassteilhabe entschieden – eine Konzeption, die auch als Noterb(en)recht bezeichnet wird.<sup>83</sup> Daher kritisierte *Friedrich Wilhelm Bosch*, der BGH schaffe mit seiner Rechtsprechung faktisch ein materielles Noterbrecht der Angehörigen, das die Schöpfer des BGB gerade nicht gewollt hätten.<sup>84</sup> Dass der BGH aber die Erbeinsetzung der Geliebten zumindest teilweise akzeptierte, war womöglich mitbedingt durch die vehemente Kritik an seiner Rechtsprechung.<sup>85</sup> Dies waren erste Anzeichen eines Rechtsprechungswandels.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> Siehe BGH, NJW 1969, 1343, 1346; BGH, FamRZ 1963, 287, 289.

<sup>81</sup> OGHZ 3, 158, 161 ff. (1950). Vgl. dazu die Ausführungen in RG, DR 1944, 375, 376. Zur Kontinuität gegenüber Urteilen aus der NS-Zeit auch noch unten Kapitel 1 – D.II.2.b) (107).

<sup>82</sup> Vgl. *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 489. Siehe auch *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 161. *Ramm*, JZ 1970, 129, 130: „Neben die testamentarische und die gesetzliche Erbfolge tritt nunmehr die richterliche Erbfolge, die der testamentarischen übergeordnet ist.“

<sup>83</sup> Die Bezeichnung „Noterbe“ meint dabei „notwendiger Erbe“. Vgl. zu den Begriffen des formellen und materiellen Noterbenrechts und ihren Bezügen zum römischen Recht *Zimmermann*, RabelsZ 84 (2020), 465, 468.

<sup>84</sup> *Bosch*, FamRZ 1963, 290, 290. Siehe zur Diskussion um die Konzeption des Pflichtteilsrechts bei Entstehung des BGB auch noch unten Kapitel 1 – D.III.1.a) (118).

<sup>85</sup> „[...] offensichtlich wich der BGH vor der geballten Kritik vorsichtig zurück“, so *Finger*, JZ 1983, 608, 609.

<sup>86</sup> *Ramm*, JZ 1970, 129, 130: „dieser zaghafte erste Schritt ins Neuland“. *Finger* ergänzt: „Doch blieben seine ersten Erkundungsversuche auf Neuland noch tastend, verliefen im Ergebnis eher unglücklich“, *Finger*, JZ 1983, 608, 609. Siehe auch *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1029.

#### 4. Rechtsprechungswandel

Die weitere Auflockerung der sittenstrengen Rechtsprechung<sup>87</sup> und die damit verbundene Rückbesinnung auf die konzeptionellen Entscheidungen des BGB<sup>88</sup> erfolgte nicht abrupt und explizit, sondern in mehreren klandestin anmutenden Teilschritten.<sup>89</sup>

Schon bald musste sich der BGH mit einer Vorlage des KG auseinandersetzen, das sich offen gegen die Vermutung des unsittlichen Beweggrundes gestellt hatte.<sup>90</sup> Der Erblasser hatte seine außereheliche Geliebte zur Alleinerbin eingesetzt und damit Ehefrau und Geschwister enterbt. Der BGH vollzog schon in seinen Formulierungen eine erstaunliche Wende. Das Erbrecht des BGB sei vom Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht, hinter die Ehe und Verwandtschaft in der Regel zurücktreten müssten, so das Gericht. Der Wille des Erblassers sei auch dort zu respektieren, wo das Motiv keine besondere Achtung verdiene. Ein Noterbrecht kenne das deutsche Erbrecht nicht.<sup>91</sup> Das Gericht stellte klar, es gehe im Rahmen des § 138 BGB nicht um eine Sanktion für unsittliches Verhalten, sondern allein um die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts. Zwar bezeichnete der BGH immer noch die im Rechtsgeschäft zum Ausdruck kommende unredliche Gesinnung des Erblassers als entscheidenden Grund der Sittenwidrigkeit.<sup>92</sup> Falls die letztwillige Verfügung aber nicht ausschließlich für sexuelle Hingabe belohnen oder dazu bestimmen wolle, führe die außereheliche Geschlechtsbeziehung allein noch nicht zur Sittenwidrigkeit. Es komme dann vielmehr auf Inhalt und Auswirkungen des Rechtsgeschäfts an: Wer wurde zurückgesetzt und wie eng war das familienrechtliche Verhältnis? Wie wirkt sich die Bevorzugung der Bedachten auf die wirtschaftliche Stellung der Zurückgesetzten aus und in welches Verhältnis treten diese Parteien aufgrund der Verfügung?<sup>93</sup>

Die eigentliche Bedeutung dieser Entscheidung liegt aber in den Äußerungen zur Beweislast. Es gelte diesbezüglich nichts von den allgemeinen Grundsätzen Abweichendes, so der BGH. Jede Partei müsse die Voraussetzungen einer von ihr in Anspruch genommenen günstigen Rechtsfolge dartun und beweisen. Unter Zitierung früherer Urteile schickte sich das Gericht an zu betonen, dass auch der bisherigen Rechtsprechung etwas anderes nicht

---

<sup>87</sup> Als „Auflockerung der Rechtsprechung“ der BGH selbst in BGH, NJW 1984, 797, 797.

<sup>88</sup> So auch *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 491.

<sup>89</sup> Siehe *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1029 und 1045 („auf leisen Sohlen“). Siehe auch *Finger*, JZ 1983, 608, 608.

<sup>90</sup> Siehe Vorlegungsbeschluss KG, NJW 1968, 2032.

<sup>91</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1274 f.

<sup>92</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1275.

<sup>93</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1275.

entnommen werden könne.<sup>94</sup> Dies kaschierte den Rechtsprechungswandel, den das Gericht sodann vollzog: Es gebe keinen Erfahrungssatz, dass in einem solchen Fall rein sexuelle Motive für die letztwillige Zuwendung von Bedeutung gewesen seien, „denn bei einer langjährigen Verbindung, wie sie zwischen dem Erblasser und der Bedachten bestanden hat, erschöpfen sich die Beziehungen in aller Regel nicht im Sexualbereich.“<sup>95</sup> Mit dieser Aussage nahm der BGH Abstand von der über Jahre hinweg praktizierten Beweislastumkehr. Er vermied aber gleichzeitig die offene Auseinandersetzung mit „einer der mißglücklichsten zivilrechtlichen Rechtsprechungslinien, die er bisher wohl entwickelt hat“.<sup>96</sup> Der BGH setzte neue Akzente, indem er nicht nur die Motivation des Erblassers, sondern auch den Inhalt der Verfügung für bedeutsam erklärte und dem Sanktionsgedanken zugunsten einer Fokussierung auf das Rechtsgeschäft eine Absage erteilte.<sup>97</sup>

Die Sittenwidrigkeit wurde allerdings nur im Hinblick auf die Zurücksetzung der Geschwister und das ihnen nach gesetzlicher Erbfolge theoretisch zustehende Viertel des Nachlasses verneint. Nur diesbezüglich nahm der BGH Abstand von seiner noch zwei Jahre früher vertretenen Auffassung.<sup>98</sup> Demgegenüber – obwohl die Position der zurückgesetzten Ehefrau eigentlich gar nicht Gegenstand der Vorlage war – stimmte der BGH den Ausführungen der Instanzgerichte zu, „daß [...] die Zurücksetzung der Ehefrau [...] unwirksam sei, weil achtenswerte Beweggründe [...] nicht festzustellen seien [...]“.<sup>99</sup> Die Verfügung gehe über das sittlich Zulässige hinaus und sei daher teilweise unwirksam.<sup>100</sup> In diesem Fall belief sich die Nichtigkeit auf die Höhe des gesetzlichen Erbteils der Ehefrau von drei Vierteln des Nachlasses. Die Entscheidung bewirkte also im Ergebnis weniger eine „grundlegende Abkehr“<sup>101</sup> von der bisherigen Rechtsprechung, sondern eher „kleine Kurskorrekturen“.<sup>102</sup> Zwar brachte die Entscheidung das Ende für die „Begriffsakrobatik“ rund um die Motivation des Erblassers<sup>103</sup> und stellte damit

---

<sup>94</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1276.

<sup>95</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1276.

<sup>96</sup> Mit diesem Ausdruck *Finger*, JZ 1983, 608, 608. Siehe zu diesem Wandel auch *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1029 ff.

<sup>97</sup> *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 148.

<sup>98</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1277: „Soweit das Urteil [...] v. 26.02.1968 [...] diesen Ausführungen entgegensteht, hält der erkennende Senat an seiner damals vertretenen Auffassung nicht länger fest.“

<sup>99</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1276.

<sup>100</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1277. Dazu auch *Speckmann*, NJW 1970, 1839, 1840. Zu den dogmatischen Friktionen dieses Ergebnisses *Jungmichel*, Teilnichtigkeit, 92 und 143 f.

<sup>101</sup> So aber *Speckmann*, NJW 1970, 1839, 1839.

<sup>102</sup> Mit diesem Ausdruck *Grziwotz*, ZEV 1994, 267, 268. *Thielmann* sieht die Diskussion im Kern nicht über den Stand von 1968 hinaus gediehen, *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 229.

<sup>103</sup> *Speckmann*, NJW 1970, 1839, 1840.

die Beweislastverteilung vom Kopf wieder auf die Füße.<sup>104</sup> Doch schufen die vagen übrigen Kriterien und insbesondere die Teilnichtigkeit neue Probleme und waren damit der Rechtssicherheit abträglich.<sup>105</sup>

Der BGH bekräftigte ein Jahr später seine Rückkehr zu allgemeinen Beweislastgrundsätzen und erklärte das Testament einer Witwe zugunsten eines 25 Jahre jüngeren verheirateten Mannes für wirksam.<sup>106</sup> Der bislang letzte Schritt des BGH erfolgte dann im Jahr 1982 – erneut ein Stück in Richtung Testierfreiheit.<sup>107</sup> In dieser Freiheit werde der Erblasser „durch das der gesetzlichen Erbfolge zugrunde liegende sittliche Prinzip regelmäßig nicht beschränkt“.<sup>108</sup> Die Schranken würden vielmehr durch die Bestimmungen des Pflichtteilsrechts gezogen. Die daneben eingreifende Schranke des § 138 BGB solle zurückhaltend angewandt und nur in besonders hervorstechenden Ausnahmefällen angenommen werden. Sie berechtige den Richter nicht, die Auswirkungen einer letztwilligen Verfügung an seinen eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen zu messen und den Willen des Erblassers danach zu korrigieren.<sup>109</sup> Die Sprache des Urteils ist – verglichen mit den moralisierenden Äußerungen früherer Urteile – deutlich sachlicher.<sup>110</sup> Doch bleibt festzustellen, dass der BGH der Sittenwidrigkeit keinen endgültigen Riegel vorgeschoben hat.<sup>111</sup> Er zieht nach wie vor eine familienfeindliche Gesinnung sowie die wirtschaftlichen Auswirkungen der Verfügung auf die zurückgesetzten Angehörigen als Faktoren einer Sittenwidrigkeit in Betracht.<sup>112</sup>

### 5. Jüngere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

In der Folgezeit wurde die Rechtsprechung durch Urteile der Oberlandesgerichte geprägt.<sup>113</sup> Zwar gilt dort nach wie vor die Motivation einer Belohnung oder eines Anreizes für sexuelle Hingabe als entscheidender Faktor einer

---

<sup>104</sup> Siehe *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1032. Als Fortschritt bezeichnend *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 149.

<sup>105</sup> Zu Problemen in der Praxis *Grziwotz*, ZEV 1994, 267, 269.

<sup>106</sup> BGH, FamRZ 1971, 638, 639. Dieses Urteil steht in deutlichem Gegensatz zur sittenstrengen Entscheidung aus dem Jahre 1968, der ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag. Siehe oben Kapitel 1 – A.I.3.b) (29).

<sup>107</sup> BGH, NJW 1983, 674. Der Erblasser wurde von seiner Ehefrau sowie seinen drei Kindern nach gesetzlicher Erbfolge beerbt. Seiner Lebenspartnerin erließ er vermächtnisweise eine Darlehensschuld.

<sup>108</sup> BGH, NJW 1983, 674, 675.

<sup>109</sup> BGH, NJW 1983, 674, 675. Genau letzteres aber habe die Rechtsprechung bis in die 1960er-Jahre getan, so *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 491.

<sup>110</sup> So auch *Finger*, JZ 1983, 608, 609: „[...] im gewählten Sprachgebrauch wohlthuende Nüchternheit“.

<sup>111</sup> Vgl. *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 154 f.

<sup>112</sup> BGH, NJW 1983, 674, 675 f. Dazu auch *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 155.

Sittenwidrigkeit.<sup>114</sup> Da infolge der Aufgabe der Beweislastumkehr eine ausschließlich sexuelle Motivation aber positiv dargetan werden muss und dies bei lebensnaher Betrachtung in kaum einem Fall gelingen wird, hat dieses Kriterium seine Schlagkraft eingebüßt.<sup>115</sup> Es ist kein jüngerer Fall bekannt, in dem eine derartige Motivation bejaht wurde<sup>116</sup> – selbst dann nicht, wenn die Geliebte aus dem „Milieu“ stammte.<sup>117</sup>

Stets wurde herausgestellt, dass das Erbrecht vom Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht werde und demnach die Schranke der Sittenwidrigkeit neben dem Pflichtteilsrecht nur in besonderen Ausnahmefällen zum Tragen kommen dürfe.<sup>118</sup> Die Testierfreiheit werde weder durch moralische Pflichten noch durch das der gesetzlichen Erbfolge zugrunde liegende sittliche Prinzip beschränkt, so die Gerichte.<sup>119</sup> Mögliche Kränkungen oder Enttäuschungen der Angehörigen seien unbeachtlich.<sup>120</sup>

Die Gerichte wagten aber weder einen Bruch noch die offene Auseinandersetzung mit der früheren Rechtsprechung des BGH.<sup>121</sup> Angesichts der inzwi-

---

<sup>113</sup> Viele dieser Entscheidungen ergingen im Erbscheinsverfahren und gelangten über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde (§ 27 ff. FGG a.F.) vor ein OLG bzw. das BayObLG. Der BGH hatte nach 1982 keine Gelegenheit mehr erhalten, sich in erbrechtlichem Kontext zur Thematik zu äußern, bekräftigte aber seine diesbezüglichen Maßstäbe und Kriterien auch in Konstellationen lebzeitiger Rechtsgeschäfte, siehe BGH, NJW 1984, 797, 797; BGH, NJW 1984, 2150, 2151.

<sup>114</sup> Siehe BayObLG, FamRZ 1984, 1153, 1154; OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1026 f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 583 f.; BayObLG, FamRZ 2002, 915, 916 f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545 ff.

<sup>115</sup> Siehe *Speckmann*, NJW 1970, 1839, 1840. Vgl. auch *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 980.

<sup>116</sup> So *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 160 f. Siehe auch *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1033.

<sup>117</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545.

<sup>118</sup> Siehe insbes. OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 583 f.; BayObLG, FamRZ 2002, 915, 916; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545. Nun verwiesen die Gerichte in diesem Zusammenhang auch erstmals auf die verfassungsrechtliche Verankerung der Testierfreiheit, siehe BayObLG, FamRZ 2002, 915, 916; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545.

<sup>119</sup> Siehe bspw. BayObLG, FamRZ 2002, 915, 916; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545. 1969 hatte der BGH noch die Ansicht vertreten, die Verweisung der Angehörigen auf den Pflichtteil zugunsten einer außerehelichen Partnerin verstoße in sittenwidriger Weise gegen Verpflichtungen und Rücksichten des Erblassers, BGH, NJW 1969, 1343, 1346.

<sup>120</sup> Siehe OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027 (keine Sittenwidrigkeit eines Testaments zugunsten des Partners einer homosexuellen Beziehung, anders noch RG, LZ 1922, Sp. 556, 556 f.). 1969 war hinsichtlich der Gefühle der Angehörigen noch problematisiert worden, dass sich die Ehefrau und Kinder zur Verwirklichung ihrer Pflichtteilsansprüche an die Geliebte wenden müssen und dies peinlich und demütigend sei, BGH, NJW 1969, 1343, 1346.

<sup>121</sup> Siehe *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 490; *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1029; *Finger*, JZ 1983, 608, 609.

schen überdeutlichen Kritik an der Rechtsprechung zum Geliebtentestament erstaunt es, dass das BayObLG im Zusammenhang mit einem Geliebtentestament das Schlagwort „Verletzung familiärer Pflichten“ bemüht<sup>122</sup> und das OLG Düsseldorf – zumindest hypothetisch – eine Teilnichtigkeit in Erwägung zieht.<sup>123</sup> Es wird deutlich, dass die Gerichte die Tür zur Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung wegen unzumutbarer Zurücksetzung naher Angehöriger nie ganz schließen wollten.<sup>124</sup> Und so formuliert das OLG Düsseldorf:

„Deshalb kann nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände, die über die Benachteiligung der Angehörigen hinausgehen, ein "Geliebtentestament" den Benachteiligten unzumutbar sein und damit gegen die guten Sitten verstoßen. Bei der Feststellung der Unzumutbarkeit ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen.“<sup>125</sup>

Der Maßstab innerhalb dieser Gesamtwürdigung verschob sich hin zu objektiveren Kriterien, die weniger moralisch aufgeladen erscheinen. So stellen die Gerichte auf die Zumutbarkeit der finanziellen Auswirkungen ab,<sup>126</sup> ob also die Angehörigen trotz des Pflichtteilsrechts besonders bedürftig zurückblieben,<sup>127</sup> ob ihr Lebensunterhalt gesichert sei<sup>128</sup> oder ob sie in die Nähe einer Notlage gebracht würden.<sup>129</sup> Auch wurde gewürdigt, inwieweit die zurückgesetzte Ehefrau am Erwerb des Vermögens beteiligt gewesen war.<sup>130</sup>

Allerdings wurde in keiner der jüngeren Entscheidungen eine Sittenwidrigkeit bejaht. Damit scheint die Betonung der Testierfreiheit – trotz nie verabschiedeter Relikte des Geliebtentestaments und einiger kritikwürdiger Annahmen – inzwischen nicht mehr nur eine hohle Phrase zu sein.<sup>131</sup> Und auch die einst stark moralisierenden Äußerungen sind einem überwiegend sachlichen und nüchternen Sprachgebrauch gewichen.<sup>132</sup>

---

<sup>122</sup> BayObLG, FamRZ 2002, 915, 917.

<sup>123</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 547. Siehe auch OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 584.

<sup>124</sup> Siehe *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 981.

<sup>125</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 583 f.

<sup>126</sup> Siehe OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027.

<sup>127</sup> BayObLG, FamRZ 2002, 915, 917. Siehe auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 547.

<sup>128</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 584.

<sup>129</sup> OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027. Vgl. für damalige Verhältnisse eher zurückhaltend RG, WarnR 1910, 388, 388: „Eine solche Annahme wäre nur etwa dann gerechtfertigt, wenn durch das Vermächtnis die Witwe des Erblassers und seine ehelichen Kinder in Not versetzt oder in empörender Weise benachteiligt wären“.

<sup>130</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 584.

<sup>131</sup> *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1033: „[...] die Testierfreiheit trug am Ende den Sieg davon“. Siehe auch *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 492 ff. sowie *Grziwotz*, ZEV 1994, 267, 269 f.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 981 f.

<sup>132</sup> So auch *Knüpfer*, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 221; *Finger*, JZ 1983, 608, 609.

## II. Zurücksetzung zugunsten sonstiger Familienfremder

Ergänzend soll nun noch auf Konstellationen geblickt werden, in denen andere familienfremde Personen begünstigt wurden, die mit dem Erblasser in keiner intimen Beziehung standen.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts findet sich im Schrifttum meist nur der Hinweis, es stehe dem Erblasser nach § 1938 BGB frei, einen Verwandten oder den Ehegatten vorbehaltlich der Pflichtteilsansprüche zu enterben.<sup>133</sup> Bezüglich der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen wird auf die Fälle von Belohnung oder Förderung außerehelichen Geschlechtsverkehrs verwiesen.<sup>134</sup> Diesbezüglich kritisiert *Alexis Baumann* im Jahr 1932: „Es ist [...] nicht einzusehen, warum eine Zuwendung an irgend einen Freund rechtsgültig sein soll, nicht aber an die Konkubine“.<sup>135</sup>

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind erst ab den 1940er-Jahren Fälle zu finden, in denen die Begünstigung anderer familienfremder Personen als der außerehelichen Geliebten problematisiert und teilweise für nichtig erklärt wird. Die Entscheidungen ergingen auf Grundlage des § 48 Abs. 2 TestG. Auch in diesen Fällen wird deutlich, dass insbesondere die Versorgung der Nachkommenschaft und das „Volksganze“ die Erwägungen leiteten.<sup>136</sup>

Aus der Nachkriegszeit sind im Vergleich mit der Geliebtentestaments-Rechtsprechung nur wenige Entscheidungen ersichtlich. In zwei Fällen wurde dem Testament vor allem die Vernachlässigung der Kinder durch den Erblasser und damit eine Verletzung der Vaterpflichten entgegengehalten.<sup>137</sup> Damit wurde über die Sittenwidrigkeit ein lebzeitiges Verhalten des Erblassers sanktioniert.<sup>138</sup> Diese Entscheidungen fallen zeitlich in die zunehmend sittenstrenge Phase des BGH in Fällen des Geliebtentestaments.<sup>139</sup> Allerdings betonte der BGH, der Erblasser könne insbesondere Verwandte, die nicht pflichtteilsberechtigt sind, aus jedem beliebigen Grund von der Erbfolge ausschließen.<sup>140</sup>

---

<sup>133</sup> *Strohal*, Erbrecht, 65 f., insbes. (Fn. 1): „Eines Rechtfertigungsgrundes zu solcher Ausschließung bedarf es nicht. Soweit der von der gesetzlichen Erbfolge in Folge der Anordnung des Erblassers Ausgeschlossene pflichtteilsberechtigt ist, kann er sein Pflichtteilsrecht geltend machen“. Siehe auch *Staudinger* (9. Aufl. 1928)/*Herzfelder*, § 1937 Ziffer 3.

<sup>134</sup> Siehe *Staudinger* (9. Aufl. 1928)/*Herzfelder*, Vor §§ 1937–1941 Ziffer 5; *Staudinger* (9. Aufl. 1925)/*Riezler*, § 138 Ziffer I. 3. b.

<sup>135</sup> *Baumann*, Konkubinats, 137.

<sup>136</sup> Sittenwidrigkeit angenommen in RG, SeuffA 97 (1943), 88 und RG, DR 1944, 375. Wirksamkeit dagegen in RG, DR 1940, 917 und RG, DR 1942, 538.

<sup>137</sup> Siehe BGH, LM zu § 138 (Cd) BGB Nr. 7 (1956), Bl. 2 f.; OLG Frankfurt, FamRZ 1960, 79, 80.

<sup>138</sup> Siehe dazu *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 45.

<sup>139</sup> Die beiden Fälle weisen, was die Sachverhalte angeht, gewisse Berührungspunkte zum Geliebtentestament auf (Enterbung seiner inzwischen mütterlosen Kinder zugunsten der Verlobten; Erbeinsetzung des unehelichen Kindes).

<sup>140</sup> BGH, FamRZ 1956, 83, 84.

Die spätere Rechtsprechung ist auch hier durch Entscheidungen der Oberlandesgerichte geprägt.<sup>141</sup> Dort fällt ab den 1970er-Jahren – und damit parallel zur Rechtsprechungsentwicklung in Sachen Geliebtentestament – ein deutlich stärkeres Bekenntnis zum Grundstanz der Testierfreiheit auf. Dies gilt auch für jene Fälle, in denen pflichtteilsberechtigten Angehörige zurückgesetzt wurden.<sup>142</sup>

Exemplarisch für diese Phase der Rechtsprechung steht eine Entscheidung aus dem Jahre 1986.<sup>143</sup> Der Erblasser hatte fast sein gesamtes Vermögen einem Freund zugewandt. Ehefrau und Sohn hielten das Testament für sittenwidrig. Das Gericht führte aus, ein Mangel an Familiensinn und väterlicher Fürsorge reiche für eine Sittenwidrigkeit nicht aus. Ehefrau und Sohn seien zu keiner Zeit in die Nähe wirtschaftlicher Not geraten. Die Lebensführung werde im Hinblick auf die nicht unerheblichen Pflichtteilsansprüche nicht gefährdet.<sup>144</sup>

Trotz der inzwischen permissiven Grundhaltung finden sich aber auch hier noch Relikte früherer Rechtsprechung. So stellt bspw. das OLG Düsseldorf 1997 neben der Erörterung des wirtschaftlichen Standes der Familie fest, die Zurücksetzung der nicht pflichtteilsberechtigten Angehörigen sei nach der Wertung des Gesetzes eher hinzunehmen als diejenige von Ehegatten oder Abkömmlingen.<sup>145</sup>

### III. Zwischenergebnis Deutschland

Der historische BGB-Gesetzgeber hatte sich für den Fall, dass ein Erblasser seine nächsten Angehörigen übergeht oder enterbt, dezidiert gegen ein Noterbrecht und für ein schuldrechtlich ausgestaltetes Pflichtteilsrecht entschieden. Die zweite Kommission stützte die Entscheidung bezüglich der Rechtsnatur unter anderem mit der Erwägung, man habe im Volk für die ideelle Stellung als Erbe nur geringes Verständnis.<sup>146</sup> Trifft man in der heutigen Literatur auf die so selbstverständlich klingende Aussage, einer Enterbung näher

---

<sup>141</sup> OLG Hamm, FamRZ 1979, 1074; BayObLG, FamRZ 1985, 1082; BayObLG, NJW 1987, 910; BayObLG, FamRZ 1992, 226; OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1506.

<sup>142</sup> So in OLG Hamm, FamRZ 1979, 1074; BayObLG, NJW 1987, 910; BayObLG, FamRZ 1992, 226. Die Gerichte verwiesen dabei auf die Rspr. zum Geliebtentestament, vgl. bspw. OLG Hamm, FamRZ 1979, 1074, 1075. Zustimmend aus der Literatur von Lübtow, Erbrecht Bd. I, 102; Thielmann, Sittenwidrige Verfügungen, 213 ff.

<sup>143</sup> BayObLG, NJW 1987, 910.

<sup>144</sup> BayObLG, NJW 1987, 910, 911 f. (das Gericht verweist an mehreren Stellen auf bedeutsame Entscheidungen zum Geliebtentestament, so bspw. BGH, NJW 1970, 1273 und BGH, NJW 1983, 674). Siehe auch OLG Hamm, FamRZ 1979, 1074, 1076; BayObLG, FamRZ 1992, 226, 227 f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1506, 1508.

<sup>145</sup> Siehe OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 1506, 1507 f.

<sup>146</sup> Siehe Protokolle BGB Bd. V, 495 ff. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 764 f.) und dazu noch unten Kapitel 1 – D.III.1.a) (118).

Angehöriger stehe – abgesehen vom Pflichtteilsrecht – nichts entgegen,<sup>147</sup> so könnte man meinen, dies sei seit jeher ein unumstößlicher Grundsatz gewesen. Dagegen führte die Rechtsprechung zum Geliebtentestament in Fällen einer als unzumutbar empfundenen Zurücksetzung naher Angehöriger über lange Zeit zu einer deutlichen Erweiterung des Pflichtteilsrechts.<sup>148</sup>

Auf die noch nicht ganz einheitliche Rechtsprechungslinie in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts folgte die Zeit des Nationalsozialismus mit Fällen, die am Maßstab des § 48 Abs. 2 TestG und damit am Bild des auf Familie und Volksgemeinschaft Rücksicht nehmenden verantwortungsbewussten Erblassers gemessen wurden. Urteile der Nachkriegszeit verweisen teilweise ungeniert auf diese Rechtsprechungsepisode und zusammen mit der von sittenstrengen Moralvorstellungen befeuerten Beweislastumkehr, machte die Rechtsprechung die Sittenwidrigkeit zur Regel und die Gültigkeit zur Ausnahme.

Die auch als „Hergabe für die Hingabe“ abgekürzte Formel der Rechtsprechung<sup>149</sup> suggeriert, nur den inneren Zusammenhang von letztwilliger Zuwendung und sexueller Hingabe sanktionieren zu wollen. Doch wird schnell deutlich, dass diese Formel Mittel zum Zweck war, um tiefere Beweggründe – oder nach *Georg Ruß* „irrationale Quellen“ – zur Geltung zu bringen.<sup>150</sup> Dazu zählen einerseits der Schutz der Institution Ehe und die Durchsetzung der damit zusammenhängenden Sexualmoral,<sup>151</sup> andererseits aber auch die Vorstellung einer sittlich gebotenen Weitergabe von Vermögen innerhalb der Familie – die Familienerbfolge also als das sittlich Gebotene, eine Zuwendung an Fremde als begründungsbedürftige und mitunter verwerfliche Ausnahme.<sup>152</sup> Und wenn die Verweisung auf das Pflichtteilsrecht als mindere Rechtsstellung, als Rücksichtslosigkeit und als Beschimpfung der Familienehre bezeichnet wird,<sup>153</sup> so wird deutlich, dass die Bewertung des Erbgeschehens durch die Rechtsprechung auch mit Vorstellungen von Familienehre, Moral und Pietät verknüpft ist.

Obwohl Geliebtentestamente besonders streng behandelt wurden, da dort zu der schon für sich als anstößig empfundenen Zurücksetzung naher Ange-

---

<sup>147</sup> Siehe bspw. Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 49 f.; Staudinger/*Otte*, Einl. Erbrecht Rn. 54; *Leipold*, Erbrecht, 87.

<sup>148</sup> Siehe MünchKommBGB (4. Aufl. 2001)/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rn. 59: „bedenkliche Nebenfunktion einer Erweiterung des Pflichtteilsrechts“.

<sup>149</sup> Siehe Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 693.

<sup>150</sup> *Ruß*, Liebesverhältnis, 50.

<sup>151</sup> Vgl. bspw. BGH, NJW 1968, 932, 935.

<sup>152</sup> Vgl. bspw. RG, WarnR 1929, 166, 167: „Eine Erbeinsetzung [...] durch die die Erbansprüche des Kindes des Erblassers beeinträchtigt werden [...]“. Vgl. auch das immer wieder angesprochene „der gesetzlichen Erbfolge zugrunde liegende sittliche Prinzip“, so bspw. in BGH, NJW 1970, 1273, 1274; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545.

<sup>153</sup> Siehe BGH, NJW 1969, 1343, 1346; RG, JW 1911, 29.

höriger noch der Einfluss der Ehe- und Sexualmoral hinzutrat, führte die Überzeugung von familiären Pflichten und einer Familienbindung des Vermögens teilweise auch bei der Begünstigung sonstiger familienfremder Personen zur Sittenwidrigkeit. Doch gibt es hier im Vergleich zu den Fällen des Geliebtentestaments einen deutlich kleineren Judikatur-Fundus. Daraus könnte man folgern, dass – abgesehen von gewissen Ausnahmekonstellationen – die gesetzliche Konzeption des Pflichtteilsrecht dort zumindest überwiegend akzeptiert wurde. Es überrascht nicht, dass sich die Entwicklungen dieser Konstellation in zeitlicher Hinsicht mit jenen im Rahmen des Geliebtentestaments decken.<sup>154</sup>

Ab den 1970er-Jahren erfolgte die sukzessive Abkehr vom „moralingesäuerte[n] Kontrollmaßstab“, wodurch man schrittweise zum Regelungsmodell des BGB zurückkehrte.<sup>155</sup> Auch wenn im Zuge des Rechtsprechungswandels die stark moralisch gefärbte Beurteilung aufgegeben wurde und die Gerichte inzwischen zurückhaltend mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit umgehen, sehen sie eine Sittenwidrigkeit wegen unzumutbarer Zurücksetzung oder Verletzung familiärer Pflichten durchaus noch als möglich an. Dabei hat sich der Blick inzwischen von einer moralischen Gesinnungskontrolle hin zur Erörterung objektiver Auswirkungen der letztwilligen Verfügung verschoben – namentlich, ob Angehörige besonders bedürftig zurückbleiben bzw. ob deren Lebensunterhalt gesichert ist. Die Gerichte ließen die Tür zur Sittenwidrigkeit stets einen Spalt breit offen. Eine Zurücksetzung naher Angehöriger kann daher grundsätzlich immer noch zur Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung führen – mit der fragwürdigen Folge, dass die Nachlassteilhabe der Angehörigen über das vom Gesetz für eben diesen Fall vorgesehene Pflichtteilsrecht hinausgeht.

## B. England

„[...] We had always understood, my mother and I, that we should be provided for when my father went. [...] and when my father died, it was found that he had left nearly all his money to another woman. She – he – they lived together...“

„But – your mother? She was his wife! She came first!“

[...] „They can do it, it seems. [...] In Scotland a man is compelled by law to leave a proportion of his estate to the widow. In England, no.“

„It’s incredible.“

Diese Unterhaltung zweier Damen, die Ende des 19. Jahrhunderts in einem kleinen Londoner Ladengeschäft spielt, entstammt dem 1937 erschienenen

<sup>154</sup> Vgl. auch *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 163.

<sup>155</sup> Siehe *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 693; *Falk*, in: *Das BGB und seine Richter*, 451, 490 ff.

Roman „Alas, Poor Lady“ von *Rachel Ferguson*.<sup>156</sup> Das väterliche Testament der Ladeninhaberin Mrs. Cator, über das sich deren Kundin Queenie Scrimgeour echauffiert, hätte man in Deutschland wohl als Geliebtentestament bezeichnet. Das Buch ist in einer Zeit angesiedelt, als in England nahezu unbeschränkte Testierfreiheit galt. Doch war diese weitreichende Verfügungsbefugnis nur von vergleichsweise kurzer Dauer gewesen. Historisch betrachtet durchlief die englische Testierfreiheit im Spannungsfeld mit der Nachlassbeteiligung der Familie drei wesentliche Phasen: die über lange Zeit bestehenden Testierschranken zugunsten der Familie gingen sukzessive über in die beschriebene kurze Phase absoluter Testierfreiheit gegen Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts, die schließlich im Jahr 1938 einer in gerichtlichem Ermessen stehenden Nachlassbeteiligung der Angehörigen weichen musste (*family provision*).<sup>157</sup> Bevor jene Fälle untersucht werden, die mit der deutschen Diskussion um das Geliebtentestament und eine unzumutbare Zurücksetzung naher Angehöriger vergleichbar sind, soll – um den rechtlichen Kontext verständlich zu machen – die heutige Nachlassteilhabe in Form der *family provision* betrachtet werden.

## I. Rechtlicher Kontext: *family provision*

### I. Der Weg zum *Inheritance (Family Provision) Act 1938*

Im 19. Jahrhundert bestand in England eine weitgehend unbeschränkte Testierfreiheit, die auch in vielen englischen Kolonien übernommen wurde – darunter auch Neuseeland.<sup>158</sup> Im Jahr 1896 lancierte dort der schottische Einwanderer *Sir Robert Stout* (Parlamentarier, Premierminister und späterer *Chief Justice*) einen Gesetzesvorschlag, nach dem einem Ehegatten und den Kindern in Anlehnung an das schottische Recht zusammen zwei Drittel des Nachlasses vorbehalten werden sollten.<sup>159</sup> Der Gesetzesvorschlag wurde in dieser Form zu-

<sup>156</sup> *Ferguson*, *Alas, Poor Lady*, 197 f.

<sup>157</sup> Siehe mit ähnlichem Überblick *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, 204. Vgl. auch *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 384 ff.; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 3 ff. Näheres zur historischen Entwicklung der Testierschranken im englischen Recht unten Kapitel 1 – D.III.1.b) (125).

<sup>158</sup> Siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 390; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 7. Zur Entwicklung der Testierfreiheit in England noch unten Kapitel 1 – D.III.1.b) (125). Zu Neuseeland *Peart/Vines*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 450, 450 ff. Zum englischen Einfluss auf die Entwicklung der Testierfreiheit in Südafrika siehe unten Kapitel 1 – C.I. (62).

<sup>159</sup> Für *Sir Robert Stout* stand die Gesetzesinitiative im Zusammenhang mit Frauenrechten und der Frauenbewegung, für die er und seine Frau *Lady Anna Stout* sich politisch einsetzten. Siehe instruktiv zur Gesetzgebungsgeschichte und dem Zusammenhang mit den *Stouts Atherton*, *Otago LR* 7 (1990), 202, 207 ff. Siehe auch *Peart/Vines*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 450, 454 ff. Siehe ergänzend zu Schottland *Reid*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 417, 417 ff.

nächst abgelehnt. Denn eine generelle Beschränkung der Verfügungsfreiheit ging vielen Parlamentariern der neuseeländischen Liberal Party zu weit.<sup>160</sup>

Man einigte sich sodann auf einen Kompromiss und ersetzte die festen Anteile durch ein ermessensbasiertes Modell. Die Zielsetzung, die Familie des Erblassers zu schützen, blieb gleich, doch beschnitt der Gesetzentwurf die Testierfreiheit nicht grundsätzlich, sondern ermöglichte eine Art Missbrauchskontrolle im Einzelfall.<sup>161</sup> Das im Jahr 1900 verabschiedete Gesetz<sup>162</sup> eröffnete überlebenden Ehegatten und Kindern fortan die Möglichkeit, das Gericht um Unterhalt aus dem Nachlass zu ersuchen, wenn der Erblasser es unterlassen hatte, eine angemessene Versorgung sicherzustellen (*adequate provision for the proper maintenance and support*).<sup>163</sup> Den Gerichten war ein großer Ermessensspielraum eingeräumt und die neuseeländische Rechtsprechung entwickelte bezüglich der Frage, ob der Erblasser eine angemessene Versorgung hinterlassen hatte, den *moral duty test*. In der Entscheidung *Allardice v Allardice* aus dem Jahr 1910 (an der auch *Sir Robert Stout* als *Chief Justice* beteiligt war), formulierte *Edwards J*:

„It is the duty of the Court [...] to place itself in all respects in the position of the testator, and to consider whether or not [...] the testator has been guilty of a manifest breach of that moral duty which a just, but not loving, husband or father owes towards his wife or towards his children [...]“.<sup>164</sup>

Die neuseeländische Gesetzgebung, die mit ihrem ermessensbasierten Modell Neuland betreten hatte, war politisch akzeptiert und wurde rege in Anspruch genommen.<sup>165</sup> Das Modell strahlte in den folgenden Jahren auf weitere Länder aus, darunter auch England.<sup>166</sup>

---

<sup>160</sup> *Atherton*, Otago LR 7 (1990), 202, 211 ff.

<sup>161</sup> Siehe *Atherton*, Otago LR 7 (1990), 202, 213 f. Siehe auch *Oughton/Tyler*, Tyler's Family Provision, 7 f. Die unterschiedliche Stoßrichtung wird schon am Namen der Gesetzentwürfe deutlich. Der Vorschlag Stouts trug den Titel „Limitation to the Power of Disposition by Will Bill“, wohingegen Robert McNabs Kompromissvorschlag den Titel „Testator's Family Maintenance Bill“ trug, siehe *Atherton*, Otago LR 7 (1990), 202, 216.

<sup>162</sup> Testator's Family Maintenance Act 1900.

<sup>163</sup> Siehe im Detail *Atherton*, Otago LR 7 (1990), 202, 213 ff.; *Patterson*, Law of Family Protection and Testamentary Promises, 1 ff.; *Peart/Vines*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 450, 454 ff. Siehe auch *Oughton/Tyler*, Tyler's Family Provision, 7; *Kerridge*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 384, 390.

<sup>164</sup> *Allardice v Allardice* 1910 (29) NZLR 959 (CA) 972 f. Siehe zum moral duty test *Patterson*, Law of Family Protection and Testamentary Promises, 13 ff.; *Peart/Vines*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 450, 464 ff. Siehe auch *Oughton/Tyler*, Tyler's Family Provision, 7 ff.

<sup>165</sup> Siehe *Oughton/Tyler*, Tyler's Family Provision, 7 ff.

<sup>166</sup> *Patterson*, Law of Family Protection and Testamentary Promises, 1; *Oughton/Tyler*, Tyler's Family Provision, 9 f.; *Kerridge*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 384, 390.

Und so stieß *Viscount Astor* im Jahr 1928 im englischen *House of Lords* die Diskussion an, ob die Testierfreiheit zugunsten naher Angehöriger eingeschränkt werden sollte. Das Beispiel, mit dem *Astor* die Ungerechtigkeit mancher Testamente verdeutlichen wollte, handelte von einem wohlhabenden Erblasser, der den Großteil seines Nachlasses seiner Geliebten und den unehelichen Kindern hinterließ und damit Ehefrau und eheliche Kinder zurücksetzte. Sein Vorschlag, das neuseeländische Modell zu übernehmen, stieß zunächst auf starken politischen Widerstand jener Stimmen, die eine Beschränkung der so geschätzten Testierfreiheit grundsätzlich ablehnten.<sup>167</sup>

Es dauerte letztlich 10 Jahre und erforderte viele Überarbeitungen des ursprünglichen Gesetzentwurfs bis der *Inheritance (Family Provision) Act* schließlich 1938 verabschiedet wurde.<sup>168</sup> Man war sich bewusst, dass England inzwischen eines der letzten Länder war, das eine restlose Zurücksetzung der Angehörigen erlaubte. Letztlich wurde der Weg dadurch frei gemacht, dass man sich auf gewisse Änderungen einigte, darunter die strikte Beschränkung der Nachlassteilhabe auf den Unterhalt und den Ausschluss erwachsener Kinder von der Antragsberechtigung.<sup>169</sup>

Die für kurze Zeit geltende absolute Testierfreiheit, die dem Erblasser eine vollständige Enterbung seiner nächsten Angehörigen erlaubt hatte, erfuhr durch dieses Gesetz eine deutliche Einschränkung.<sup>170</sup> Es beschränkt einen dem englischen Recht bislang unbekanntem Weg, indem die Beteiligung naher Angehöriger am Nachlass in das Ermessen des Gerichts gestellt wurde.<sup>171</sup> Die Gerichte konnten nun im Einzelfall bestimmten Personen auf deren Antrag einen angemessenen Unterhalt aus dem Nachlass zusprechen, sofern der Erblasser es unterlassen hatte, letztwillig ausreichend Vorsorge für diese Personen zu treffen.<sup>172</sup>

## 2. Kreis der Antragsberechtigten

Der Kreis der Antragsberechtigten umfasste 1938 zunächst nur die engsten Angehörigen des Erblassers, namentlich den Ehepartner sowie unverheiratete

---

<sup>167</sup> Siehe ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 9 ff.; *Dainow*, *Cornell LQ* 25 (1940), 337, 344 ff. Auch *Astors* Vorstoß stand in Zusammenhang mit der Frauenbewegung.

<sup>168</sup> *Inheritance (Family Provision) Act* 1938 (c.45).

<sup>169</sup> Siehe *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 15 ff.; *Dainow*, *Cornell LQ* 25 (1940), 337, 352 ff.

<sup>170</sup> Siehe *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, 204; *Sloan*, *Borkowski's Law of Succession*, 289 f.; *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 389 ff.

<sup>171</sup> Siehe *Albery*, *Inheritance (Family Provision) Act*, 2.

<sup>172</sup> Section 1 (1) *Inheritance (Family Provision) Act* 1938 (c.45). Das Gesetz fand ab 1952 auch Anwendung auf Fälle gesetzlicher Erbfolge, siehe section 7 (a) *Intestates' Estates Act* 1952 (c.64). Zum Ganzen im Überblick *Sloan*, *Borkowski's Law of Succession*, 289.

Töchter und minderjährige Söhne (jünger als 21 Jahre).<sup>173</sup> Seither wurde der Personenkreis stetig erweitert.

1958 traten zunächst frühere Ehegatten hinzu, die noch nicht wieder geheiratet hatten.<sup>174</sup> Eine größere Reform im Jahr 1975 ließ sodann die Alters- und Ehebeschränkung bei Kindern entfallen, sodass fortan auch erwachsene und verheiratete Kinder einen Antrag auf *family provision* stellen konnten.<sup>175</sup> Außerdem wurden Personen hinzugefügt, die – ohne leibliche Kinder zu sein – vom Erblasser als Kind der Familie behandelt wurden.<sup>176</sup> Hinzu traten auch Personen, die unmittelbar vor dem Tod des Erblassers von diesem unterhalten worden waren (oft als *dependants* bezeichnet).<sup>177</sup> 1995 wurde die Liste der Antragsberechtigten sodann um Personen ergänzt, die in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des Erblassers mit ihm wie Ehefrau oder Ehemann im gleichen Haushalt gelebt hatten (auch als *cohabitants* bezeichnet).<sup>178</sup> 2004 wurden durch den *Civil Partnership Act* die Verweise auf Ehepartner jeweils um die gleichgeschlechtliche Partnerschaft erweitert.<sup>179</sup>

Die Antragsberechtigung orientiert sich damit im Gegensatz zum deutschen Pflichtteilsrecht nicht nur an formalen Familienstrukturen wie Abstammung oder Ehe (Statusbeziehungen), sondern auch an „gelebter“ Familie und Verantwortungsverhältnissen zu Lebzeiten des Erblassers (Realbeziehungen).<sup>180</sup>

<sup>173</sup> Section 1 (1) Inheritance (Family Provision) Act 1938 (c.45). Ebenfalls berechtigt waren volljährige Söhne bzw. verheiratete Töchter, sofern sie aufgrund geistiger oder psychischer Behinderung nicht in der Lage waren, sich selbst zu unterhalten. Siehe auch *Kerridge*, Law of Succession, 183 f.; *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, 289.

<sup>174</sup> Sections 3 und 5 Matrimonial Causes (Property and Maintenance) Act 1958 (c.35).

<sup>175</sup> Section 1 (1) (c) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63). Dazu auch *Kerridge*, Law of Succession, 209.

<sup>176</sup> Section 1 (1) (d) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63). Damit waren zunächst Stiefkinder gemeint, also Kinder eines späteren Ehepartners des Erblassers. Später wurde dies auch auf Kinder eines civil partner sowie eines cohabitant ausgedehnt und letztlich entfiel der Konnex mit einer bestimmten Partnerschaft gänzlich, siehe dazu *Kerridge*, Law of Succession, 214 f.; *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, 293 f.

<sup>177</sup> Section 1 (1) (e) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63). Mit dieser Ergänzung wollte man ursprünglich insbes. Fälle nichtehelicher Lebensgemeinschaften erfassen. Die reichlich weite Regelung umfasst u.U. auch eine Geliebte. Vgl. dazu *Kerridge*, Law of Succession, 216 und 221.

<sup>178</sup> Durch section 2 (2) und (3) Law Reform (Succession) Act 1995 (c.41), nun section 1 (1) (ba) i.V.m. section 1 (1A) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63). Nun konnten unverheiratete Partner einen Antrag als cohabitant stellen, ohne wie bisher eine Abhängigkeit vom Erblasser als dependant nachweisen zu müssen. Siehe dazu *Kerridge*, Law of Succession, 207 ff. und 221 f.

<sup>179</sup> Durch section 71 und schedule 4 Ziffer 15 Civil Partnership Act 2004 (c.33). Dazu *Kerridge*, Law of Succession, 184; *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, 290.

<sup>180</sup> Siehe *Douglas*, Oñati SLS 4 (2014), 222, 225 ff.; *Probert*, in: Current Issues in Succession Law, 31, 47 ff.; *Röthel*, RabelsZ 76 (2012), 131, 154 ff. Siehe auch unten Kapitel 1 – D.III.2.b) (136).

### 3. Maßstab, Richtlinien und Kompetenzen

Das Gericht muss sodann entscheiden, ob es die Zuwendungen, die der Erblasser der antragstellenden Person gemacht hat, für angemessen hält (*reasonable financial provision*) und – falls dies nicht der Fall ist – in welcher Höhe dem Antrag stattgegeben werden soll.<sup>181</sup> Das Gesetz gibt Kriterien an die Hand, die in die Entscheidung einfließen sollen, darunter die finanziellen Bedürfnisse des Antragstellers, die finanziellen Bedürfnisse der übrigen Begünstigten, Größe und Beschaffenheit des Nachlasses und gegebenenfalls auch das Verhalten der beteiligten Personen.<sup>182</sup> Der neuseeländische *moral duty test* kam in England dagegen nie zur Anwendung.<sup>183</sup> Die Gerichte bekennen allerdings, dass es sich bei der Angemessenheit durchaus um eine Wertentscheidung (*value judgment*) handelt und ihnen bei der sich anschließenden Frage nach der Höhe der gerichtlichen Anordnung ein beachtliches Ermessen eingeräumt ist.<sup>184</sup>

Das ursprüngliche Gesetz von 1938 forderte die Überzeugung des Gerichts, dass die letztwillige Verfügung keine angemessene Versorgung für den Unterhalt (*maintenance*) des Antragstellers bot.<sup>185</sup> Die *family provision* war also grundsätzlich nicht dazu gedacht, nahen Angehörigen standardmäßig eine gewisse Mindestbeteiligung am Nachlass zu sichern, sondern sollte vielmehr nur den geregelten Unterhalt dieser Personen sicherstellen und Härtefälle abwenden.<sup>186</sup> Die alleinige Ausrichtung am angemessenen Unterhalt wurde 1975 im Zuge der Reform durch einen zweigeteilten Maßstab ersetzt. Für überlebende Ehegatten gilt seitdem ein großzügigerer Maßstab. *Reasonable financial provision* bedeutet fortan für Ehegatten eine finanzielle Ausstattung, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls für einen Ehegatten angemessen erscheint, gleichgültig ob sie für den Unterhalt benötigt wird oder nicht.<sup>187</sup> Der Gesetzgeber wollte damit eine Angleichung an die Regelungen des Scheidungsrechts erreichen und verhindern, dass der

---

<sup>181</sup> Vgl. section 1 (1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63): „[...] that person may apply to the court [...] on the ground that the disposition of the deceased’s estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant.“ Zur Zuständigkeit siehe *Kerridge*, Law of Succession, 186.

<sup>182</sup> Siehe Section 3 (1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63).

<sup>183</sup> Auch in der englischen Rechtsprechung wird aber bisweilen von „moral obligation“ gesprochen, dazu noch unten Kapitel 1 – B.II.1. (48).

<sup>184</sup> Vgl. *In Re Coventry* [1980] Ch 461, 487; *In Re Hancock* [1998] 2 FLR 346, 353; *Hlott v Mitson* [2012] 2 FLR 170, 194 f. und 186. Vgl. auch *Kerridge*, Law of Succession, 193.

<sup>185</sup> Section 1 (1) Inheritance (Family Provision) Act 1938 (c.45).

<sup>186</sup> Siehe *Dainow*, Cornell LQ 25 (1940), 337, 350; *Douglas*, Oñati SLS 4 (2014), 222, 227.

Ehegatte im Todesfall schlechter gestellt wird als im Falle einer Scheidung.<sup>188</sup> Für Abkömmlinge und alle übrigen Antragsberechtigten gilt dagegen weiterhin die Beschränkung auf eine angemessene Versorgung für den eigenen Unterhalt.<sup>189</sup> Dies bedeutet nach der Rechtsprechung weder eine bloße Garantie des Existenzminimums, noch eine deutliche Verbesserung des Lebensstandards.<sup>190</sup>

Minderjährige Kinder scheinen grundsätzlich keine Schwierigkeiten zu haben, *family provision* zugesprochen zu bekommen, sofern sie diese benötigen.<sup>191</sup> Denn minderjährige Kinder haben moralische und finanzielle Anrechte gegenüber ihren Eltern, so der *High Court* 1998.<sup>192</sup> Dagegen zählt die Handhabung von Anträgen erwachsener Kinder schon seit vielen Jahren zu den Hauptproblemen der englischen *family provision*.<sup>193</sup>

Die letztliche Anordnung des Gerichts kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen. So kann entweder eine regelmäßige Zahlung oder eine Einmalzahlung bestimmt werden. Zudem ist das Gericht befugt, die Übertragung eines konkreten Nachlassgegenstandes an den Antragsteller anzuordnen, den Verkauf von Nachlassgegenständen zu bestimmen sowie einen Ehevertrag des Erblassers oder Bestimmungen eines *trust*, in dem sich der Nachlass befindet, zu ändern.<sup>194</sup>

---

<sup>187</sup> Section 1 (2) (a) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63). Section 1 (2) (aa) regelt das Gleiche für civil partner.

<sup>188</sup> Siehe *The Law Commission*, Law Com. No. 61: Family Law, 4 ff. (Ziffer 13 ff.) und 8 f. (Ziffer 26 ff.). Siehe dazu auch *Kerridge*, Law of Succession, 189 f. und zu den Hintergründen *Röthel*, RabelsZ 76 (2012), 131, 148 ff. und 158 f. England kennt kein eheliches Güterrecht und so erfolgt der Ausgleich im Falle der Scheidung ebenfalls qua ermessensbasierter Gerichtsentscheidung, siehe section 23 und 25 Matrimonial Causes Act 1973 (c.18). Siehe auch *Douglas*, Oñati SLS 4 (2014), 222, 233 f.

<sup>189</sup> Section 1 (2) (b) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63). Siehe dazu auch *Lord Hughes in Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 13: „This limitation to maintenance provision represents a deliberate legislative choice and is important“.

<sup>190</sup> „[...] the court’s assessment should not be motivated by a desire to provide an improved standard of living as opposed to a desire to meet appropriate living needs. Nor on the other hand is the court bound to limit maintenance to mere subsistence level“, *Ilott v Mitson* [2015] 2 FLR 1409, 1426. Siehe auch *In Re Thornley* [1969] 1 WLR 1037, 1041: „She is not limited to having a little butter to spread on her bread [...] but to ‘reasonable maintenance’“.

<sup>191</sup> Siehe dazu *Kerridge*, Law of Succession, 213 f.

<sup>192</sup> *In Re Robinson* [2001] WTLR 267, 271.

<sup>193</sup> Siehe dazu *Kerridge*, Law of Succession, 209 ff. und 220 f. Vgl. insbes. den in letzter Instanz durch den Supreme Court entschiedenen Fall *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17.

<sup>194</sup> Siehe section 2 Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (c.63). Siehe dazu auch *Kerridge*, Law of Succession, 224 ff.

Es ist festzuhalten, dass die englische *family provision* neben den familiären Statusverhältnissen wie Ehe und Abstammung in beachtlichem Maße auch den Realbeziehungen des Erblassers Rechnung trägt.<sup>195</sup> Das auf individuelle Entscheidungen im Einzelfall ausgerichtete System der englischen *family provision* kann dabei sehr unterschiedliche Ergebnisse hervorbringen.<sup>196</sup> Dies hängt stark mit den durch das Gesetz eingeräumten weiten Beurteilungsspielräumen zusammen: der Wertentscheidung zur Frage, ob ausreichend Versorgung gewährt wurde und dem sich anschließenden Ermessen, in welcher Höhe eine solche zugesprochen werden soll.<sup>197</sup> Hierzu bemerkt *Gillian Douglas*:

„The introduction of a discretionary regime [...] fits an approach to succession which focuses on the individual merits of a claim – the underlying rationale is one of remedying hardship rather than upholding justice and, like the English financial remedies jurisdiction on divorce, it values the flexibility to provide individualized outcomes over prior recognition of ‚entitlement‘ or certainty“.<sup>198</sup>

## II. Geliebtentestament: vergleichbare Fälle

Im Folgenden soll nun untersucht werden, wie die englische Rechtsprechung mit letztwilligen Anordnungen umgeht, in denen familienfremde Personen und insbesondere außereheliche Partner zulasten naher Angehöriger begünstigt wurden. Vor dem Hintergrund des Vergleichs mit Deutschland ist dabei von besonderem Interesse, inwieweit sittlich-moralische Erwägungen in die rechtliche Beurteilung einfließen. Solche Fälle stechen aus dem englischen Diskurs um die Nachlassteilhabe naher Familienangehöriger nicht in gleicher Weise hervor, wie dies in Deutschland zu beobachten ist. Insbesondere werden sie nicht im Rahmen des auf den ersten Blick mit der deutschen Sittenwidrigkeit vergleichbaren Instruments der *public policy* behandelt. Der Blick richtet sich daher zunächst auf das Regime der *family provision*, sodann aber schlaglichtartig auch auf weitere Kontexte wie bspw. die Testierfähigkeit, die Testamentsauslegung sowie Gestaltungen im Rahmen sogenannter *secret trusts*.

### 1. Family provision

Die Dichte der veröffentlichten Entscheidungen zur englischen *family provision* ist generell nicht besonders hoch und es besteht dabei ein gewisses Überge-

<sup>195</sup> Siehe *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 154 ff.

<sup>196</sup> Vgl. *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 15: „The level at which maintenance may be provided for is clearly flexible and falls to be assessed on the facts of each case“.

<sup>197</sup> In *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 23 wird betont, dass sich diese beiden Aspekte in der Regel auch stark überschneiden.

<sup>198</sup> *Douglas*, *Oñati SLS* 4 (2014), 222, 227. Vgl. auch *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 159 („ausgeprägte Scheu vor Normativität“).

wicht an *big money cases*. Beides ist nicht zuletzt den hohen Kosten geschuldet, die in England mit einem solchen Prozess verbunden sind.<sup>199</sup> Dennoch finden sich für hiesige Zwecke einige aufschlussreiche Urteile. So schreibt *Clive Margrave-Jones* in der Einleitung seines Kapitels über die *family provision*:

„Take a typical situation. The husband marries, and after some years separates from his wife and thereafter lives with his mistress. He makes substantial provision by will for his mistress, and the wife seeks to interfere with the will. A slanging match between wife and mistress can easily follow.“<sup>200</sup>

#### a) *Geliebtentestamente*

Sucht man nach Fällen, die in Deutschland als Geliebtentestament bezeichnet würden, so fällt der Blick zunächst auf eine Entscheidung aus dem Jahr 1969, in der einer zurückgesetzten Ehefrau *family provision* gewährt wurde.<sup>201</sup> Der Erblasser Edgar Scott Thornley hatte mit seiner Frau ein Wirtshaus gekauft und betrieben. Nachdem er unter Alkoholeinfluss und infolge manisch-depressiver Phasen gewalttätig geworden war, verließ sie ihn im Jahr 1962 – ohne sich scheiden zu lassen. 1963 begann er eine Beziehung mit Pauline Bradley: „Very soon she became his mistress. She was a married woman.“<sup>202</sup> Auch sie litt unter der Gewalttätigkeit des Erblassers, bevor dieser sich das Leben nahm.<sup>203</sup> In seinem Testament hatte er Pauline – abgesehen von einer kleinen Rentenzahlung für seine Ehefrau – das Wirtshaus sowie sein gesamtes übriges Vermögen hinterlassen. Die Ehefrau beantragte *family provision*, die ihr in Höhe von £ 100 pro Jahr zugesprochen wurde. Das Berufungsgericht erhöhte die *family provision* auf £ 234 jährlich. Zur Frage, ob der Erblasser *reasonable provision* für seine Ehefrau verfügt habe, führte *Harman LJ* aus:

„The testator’s moral obligation to the widow was much greater than that to Pauline. The widow had been married to him for 16 years. She had originally put up part of the money which started their joint life together. She worked at the ‘Marsham Arms’, which between them they converted from a losing to a money-making concern [...] so that by the time Pauline comes on the scene she comes into an established, profitable business already made; [...] here was a plum which dropped, so to speak, right into her mouth and was the fruits of the widow’s efforts over a considerable time. [...] one is to have regard to all the circumstances, including [...] the history I have related, in coming to a conclusion as to

---

<sup>199</sup> Zu Entscheidungsdichte und Kosten siehe *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 153. Siehe zu den Kosten auch *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 409 f.; *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, 204. Vgl. auch die Aussage von *Goff LJ* in *In Re Coventry* [1980] Ch 461, 486: „[...] applications in small estates should be discouraged, because the costs tend to become wholly disproportionate to the end in view [...]“.

<sup>200</sup> *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, 204.

<sup>201</sup> *In Re Thornley* [1969] 1 WLR 1037.

<sup>202</sup> *In Re Thornley* [1969] 1 WLR 1037, 1040.

<sup>203</sup> „She threatened to leave, and he went into the next room and shot himself“, berichtet das Urteil vom Erbfall, *In Re Thornley* [1969] 1 WLR 1037, 1040.

what is ‘reasonable’. She is not limited to having a little butter to spread on her bread [...] but to ‘reasonable maintenance’.<sup>204</sup>

Wenn *Harman LJ* hier von moralischer Verpflichtung spricht, fußt diese nach den Urteilsgründen allerdings weniger auf abstrakten Pietäts- oder Sittlichkeitserwägungen, als vielmehr auf der Dauer der Ehe und den von der Ehefrau konkret erbrachten Beiträgen mit Blick auf das Wirtshaus.<sup>205</sup>

Demgegenüber sind aber ebenso Fälle ersichtlich, in denen die von der Ehefrau beantragte *family provision* abgelehnt wurde.<sup>206</sup> So hinterließ ein verheirateter Erblasser sein kleines Vermögen per letztwillig errichtetem *trust* einer anderen Frau, mit der er zwei Kinder gezeugt hatte. Bei der Entscheidung über die seitens der Ehefrau beantragte *family provision* sah *Farewell J* den Erblasser in einem Dilemma:

„In these circumstances the testator was in a dilemma. He owed a duty to his wife, who had lived with him for many years, who had had a child by him, and who had apparently assisted him with money from time to time; and no doubt he treated her badly when he left her and went to live with another woman. On the other hand, he was under a moral, if not a legal, obligation to make provision for his two children, who were none the less his children because they were born out of wedlock, and for the woman who had borne those children.“<sup>207</sup>

Der Nachlass war so gering, dass das Gericht es als unmöglich betrachtete, daraus sowohl die Ehefrau als auch die außereheliche Partnerin mit Kindern zu versorgen. Da die Ehefrau ein geringes Einkommen besaß, die neue Partnerin aber vermögenslos und sozialhilfebedürftig war, wies das Gericht den Antrag der Ehefrau auf *family provision* zurück und billigte damit das Testament. Auch *Farewell J* spricht hier von moralischer Verpflichtung – allerdings nicht gegenüber der Ehefrau, sondern gegenüber der außerehelichen Partnerin.<sup>208</sup>

Und schließlich sind auch noch jene Fälle zu betrachten, in denen die Geliebte *family provision* beantragte. Dies wurde durch section 1 (1) (e) des Gesetzes über die *family provision* ermöglicht: Seit 1975 waren danach auch Personen antragsberechtigt, die unmittelbar vor dem Tod des Erblassers von diesem unterhalten worden waren. So verhielt es sich in einem 1979 entschiedenen Fall: Der verheiratete Erblasser Arthur Harrison wird als „wealthy Birmingham businessman“ beschrieben, der einen stattlichen Nachlass hinterließ.

---

<sup>204</sup> *In Re Thornley* [1969] 1 WLR 1037, 1040 f.

<sup>205</sup> Vgl. auch *Kerridge*, Law of Succession, 196 ff. mit Bezügen zum gesetzlichen Kriterienkatalog.

<sup>206</sup> *In Re Joslin* [1941] Ch 200; *In Re E.* [1966] 1 WLR 709. Vgl. auch *In Re Kennedy* [1980] CLY 2820.

<sup>207</sup> *In Re Joslin* [1941] Ch 200, 202.

<sup>208</sup> *In Re Joslin* [1941] Ch 200, 202 f. Für einen vergleichbaren Fall siehe *In Re E.* [1966] 1 WLR 709, 713 ff.

„The deceased worked hard and for long hours, but he also allowed himself considerable relaxation. Since he and his wife separated he had several mistresses. I have been told of three“,

stellt *Hollings J* in seiner anschaulichen Beschreibung des Sachverhalts fest.<sup>209</sup> Während der von seiner Ehefrau getrennte (aber nicht geschiedene) Erblasser mit einer neuen Partnerin und deren Sohn zusammenlebte, begann die Beziehung zu Miss Malone. All ihre Ausgaben wurden vom Erblasser getragen und sie ging fortan keiner Arbeit mehr nach.<sup>210</sup> In seinem Testament bedachte er dann unter anderen seine Ehefrau sowie die neue Partnerin und ihren Sohn, nicht aber Miss Malone. Ihrem Antrag auf *family provision* wurde in Höhe von £ 19.000 stattgegeben. Das Gericht würdigte insbesondere das Maß an Verantwortung, das der Erblasser für Miss Malones Unterhalt übernommen hatte. Er habe ihr über 12 Jahre vermittelt, sich finanziell auf ihn verlassen zu können und habe sie so von einer Erwerbstätigkeit abgehalten. Da er derart großzügig zu ihr gewesen sei, sollte dies auch das Gericht sein – im gesetzlich bestimmten Rahmen.<sup>211</sup>

Das Urteil würdigt über viele Seiten alle Details des Sachverhalts und betrachtet sämtliche Beziehungen und Verpflichtungen des Erblassers, bevor es zum Schluss kommt, der Geliebten gegen die letztwillige Verfügung des Erblassers eine Teilhabe am Nachlass zu gewähren. Es ist dabei keine Rede von moralischer Verpflichtung – man orientiert sich an den vom Gesetz für die Ermessensausübung zur Verfügung gestellten Kriterien.

Die Behandlung von Geliebtentestamenten nach den Regeln der englischen *family provision* folgt also keinem einheitlichen Schema, sondern erfolgt einzelfallabhängig. Mal wird der Ehefrau *family provision* zugesprochen, ein anderes Mal wird ihr Antrag abgelehnt und man greift in das Testament zugunsten der Geliebten nicht ein, ein wiederum anderes Mal erhält gar die Geliebte *family provision*.<sup>212</sup>

#### b) Zuwendungen an sonstige Familienfremde

Auch bei *family-provision*-Anträgen von Angehörigen, die zugunsten anderer familienfremder Personen oder Organisationen zurückgesetzt wurden, sticht

---

<sup>209</sup> *Malone v Harrison* [1979] 1 WLR 1353, 1355.

<sup>210</sup> Vgl. *Malone v Harrison* [1979] 1 WLR 1353, 1355 ff.

<sup>211</sup> *Malone v Harrison* [1979] 1 WLR 1353, 1364 ff. Es wurde angeordnet, die *family provision* sei aus dem Anteil zu zahlen, den der Erblasser seinem Bruder hinterlassen hatte.

<sup>212</sup> Vgl. auch *Kourkgy v Lusher* (1983) 4 FLR 65. Dort wurde der Geliebten die beantragte *family provision* versagt, da der Erblasser die finanzielle Verantwortung für sie aufgegeben hatte und sie über ausreichend eigene finanzielle Mittel verfügte (allerdings im Kontext gesetzlicher Erbfolge). Demgegenüber haben überlebende Ehegatten durch die zwischenzeitliche Anpassung des Maßstabs nun wohl bessere Chancen auf *family provision*, siehe oben Kapitel 1 – B.I.3. (46). Vgl. dazu auch *In Re Besterman* [1984] Ch 458, 477 ff.

die Ermessensbasierung im Einzelfall und die Orientierung an den Details der jeweiligen Beziehung ins Auge.<sup>213</sup>

Der wohl bekannteste Fall wurde 2017 vor dem *Supreme Court* entschieden. Die Erblasserin Melita Jackson hatte ihren Nachlass fast vollständig mehreren Tierschutzorganisationen hinterlassen und ihre einzige Tochter Heather Ilott explizit von der Erbfolge ausgeschlossen. Mutter und Tochter hatten sich im Laufe der Jahre zunehmend entfremdet. Die Tochter lebte mit Mann und fünf Kindern in finanziell prekären Verhältnissen und bezog staatliche Sozialleistungen. In einer dem Testament beigelegten Erklärung schrieb die Mutter, sie fühle weder eine moralische noch eine finanzielle Verpflichtung gegenüber ihrer Tochter. Die Tochter beantragte, ihr mindestens die Hälfte des Nachlasses im Wege der *family provision* zuzusprechen. In erster Instanz wurden der Tochter £ 50.000 gewährt (etwa ein Zehntel des Nachlasswertes). Der *High Court* war sodann der Ansicht, dass der Tochter gar keine Teilhabe zustehe. Der *Court of Appeal* wiederum erkannte auf insgesamt £ 163.000, wohingegen der *Supreme Court* letztlich das erstinstanzliche Urteil wiederherstellte.<sup>214</sup> Dabei betonte der *Supreme Court*, dass das Gesetz eine umfassende Berücksichtigung der persönlichen und familiären Umstände verlange (*broad brush approach*).<sup>215</sup> Der Instanzrichter habe sich berechtigterweise durch zwei Aspekte leiten lassen. Zum einen habe er berücksichtigt, dass die Tochter angesichts der Entfremdung und des fehlenden Kontakts nicht erwarten konnte, vom Nachlass zu profitieren. Zum anderen habe er die prekäre finanzielle Situation der Tochter gewürdigt, was ihn letztlich zu einem vertretbaren Ergebnis geführt habe.<sup>216</sup> *Lady Hale* kritisierte allerdings in ihrem Votum das englische System der *family provision* mit deutlichen Worten:

„The problem with the present law is that it gives us virtually no help in deciding how to evaluate these [claims] or balance them with other claims on the estate. [...] I have written

---

<sup>213</sup> Siehe die hier einschlägigen Entscheidungen *In Re Gregory* [1970] 1 WLR 1455: Begünstigung von Freunden und entfernteren Familienmitgliedern; *family provision* der Ehefrau wegen langem Getrenntleben ohne finanzielle Abhängigkeit abgelehnt; *In Re Besterman* [1984] Ch 458: Großteil des Nachlasses an die Universität Oxford, *family provision* zugunsten der Ehefrau gewährt; *In Re Jennings* [1994] Ch 286: keine letztwillige Berücksichtigung des zu Lebzeiten vernachlässigten, aber nun finanziell auf eigenen Füßen stehenden Sohnes; *family provision* abgelehnt.

<sup>214</sup> Zum Sachverhalt und dem Gang durch die Instanzen siehe *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 4 ff. und 26 ff. Nach deutschem Recht hätte die Tochter einen Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des Nachlasswertes gehabt, vgl. §§ 2303 Abs. 1, 1924 Abs. 1 BGB.

<sup>215</sup> *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 24.

<sup>216</sup> *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 35. *Kerridge* sieht das Ergebnis begründet in „some sort of welfarist view of the position of the family“, *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 402.

this judgment only to demonstrate what, in my view, is the unsatisfactory state of the present law, giving as it does no guidance [...]“.<sup>217</sup>

Der geschilderte Gang durch die Instanzen scheint dies zu belegen.<sup>218</sup> Insgesamt zeigt sich in den betrachteten Fällen unter dem Regime der englischen *family provision* die vom Gesetz vorgesehene starke Einzelfallabhängigkeit. Es wird deutlich, wie die englische *family provision* neben traditionellen Statusbeziehungen auch Realbeziehungen berücksichtigt.<sup>219</sup> Zwar erwähnen zahlreiche Urteile die Begriffe *moral obligation*, *moral duty* oder *moral claim*.<sup>220</sup> Doch betont die Rechtsprechung, dass das Vorliegen einer moralischen Verpflichtung keine Voraussetzung eines Anspruchs auf *family provision* sei.<sup>221</sup> Sofern dennoch die Rede von moralischer Verpflichtung ist, bezieht sich dies weniger auf abstrakte Sittlichkeitserwägungen, sondern vielmehr auf Verpflichtungen, die in den konkreten Beziehungsverläufen im Laufe der Jahre entstanden oder auch wieder entfallen sind.<sup>222</sup> Schon diese Konzeption mag ein Grund dafür sein, dass letztwillige Verfügungen zugunsten außerehelicher Geliebter in England keine vergleichbar prominente und herausgehobene Stellung in Rechtsprechung und Literatur einnehmen.<sup>223</sup>

## 2. Testierfähigkeit (*testamentary capacity*)

Bei der Suche nach vergleichbaren Konstellationen erscheint es angebracht, den Blick über die *family provision* hinaus zu richten. Denn enttäuschte Angehörige begnügen sich nicht immer mit einem Antrag auf *family provision*. Sie stellen mitunter das gesamte Testament infrage, um die testamentarische

---

<sup>217</sup> *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 58 und 66. Sie verwies zudem auf das ungeklärte Verhältnis zwischen finanzieller Unterstützung in der Familie und Unterstützungsleistungen des Staates (Ziffer 63 ff.).

<sup>218</sup> Vgl. auch *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 397 ff. und letztlich auf 402: „Anyone who has attempted to read through the reports of all the hearings in this case is likely, at some stage, to have paused to reflect on the potential advantages of a system of forced heirship“.

<sup>219</sup> Vgl. *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 154 f.

<sup>220</sup> Siehe *In Re Joslin* [1941] Ch 200, 202; *In Re Makein* [1955] Ch 194, 208; *In Re Ducksbury* [1966] 1 WLR 1226, 1233; *In Re Thornley* [1969] 1 WLR 1037, 1040; *In Re Coventry* [1980] Ch 461, 475 ff. und 487 ff.; *Cameron v Treasury Solicitor* [1996] 2 FLR 716, 722; *In Re Hancock* [1998] 2 FLR 346, 351; *Barrass v Harding* [2001] 1 FLR 138, 143. Vgl. auch *The Law Commission*, Law Com. No. 61: Family Law, 23 f. (Ziffer 89).

<sup>221</sup> Siehe *In Re Hancock* [1998] 2 FLR 346, 351 und 356. Vgl. auch *In Re Coventry* [1980] Ch 461, 487; *Cameron v Treasury Solicitor* [1996] 2 FLR 716, 722; *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 20. Siehe dazu auch *Probert*, in: *Current Issues in Succession Law*, 31, 47. So wurde in einigen Fällen der Anspruch gewährt, obwohl eine moralische Pflicht verneint worden war (*In Re Hancock*; *In Re Coventry*).

<sup>222</sup> Vgl. auch *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 147 („Verantwortungsverhältniss[e]“).

<sup>223</sup> Siehe dazu auch unten Kapitel 1 – D.III.2.b) (136).

Begünstigung familienfremder Personen abzuwenden und in den Genuss der gesetzlichen Erbfolge oder eines für sie günstigeren Testaments zu gelangen. Das Instrument der *public policy*, das auf den ersten Blick als Äquivalent der deutschen Sittenwidrigkeit erscheint, spielt dabei interessanterweise keine Rolle. Daher muss der Blick auf andere Wirksamkeitsvoraussetzungen bzw. -grenzen eines Testaments gerichtet werden, darunter *undue influence* (unzulässige Beeinflussung oder Zwang), *knowledge and approval* (Wissen und Wollen bzgl. des Testamentsinhalts) sowie *testamentary capacity* (Testierfähigkeit).<sup>224</sup> Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Testierfähigkeit und der Frage, ob es bei deren rechtlicher Würdigung eine Rolle spielt, dass familienfremde Personen begünstigt wurden.

Als Ausgangspunkt dient die Entscheidung *Sharp v Adam* aus dem Jahr 2006.<sup>225</sup> Der Erblasser Mr. Adam hatte zwei Mitarbeitern seines Gestüts per Testament den Großteil seines Vermögens hinterlassen. Seine beiden Töchter, die in einem früheren Testament Hauptbegünstigte gewesen waren, erhielten nichts. Der Rechtsstreit drehte sich um die Frage, ob Mr. Adam bei der Errichtung des letzten Testaments testierfähig war. Er litt an multipler Sklerose in fortgeschrittenem Stadium und war in seinen Kommunikationsmöglichkeiten aufgrund schwerer körperlicher Beeinträchtigungen stark eingeschränkt. Die Beweislage zu mentalen Einschränkungen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung war uneindeutig. Letztlich akzeptierte der *Court of Appeal* die Entscheidung des Instanzrichters, der die Testierfähigkeit abgelehnt und den Töchtern den Nachlass aufgrund des früheren Testaments zugesprochen hatte.<sup>226</sup> Er hatte angesichts der harmonischen Familienverhältnisse im Übergehen der Töchter eine irrationale Entscheidung gesehen und daraus Rückschlüsse auf die Testierfähigkeit gezogen: die natürlichen Empfindungen für seine Töchter und der Gerechtigkeitssinn seien von einer Geistesstörung beeinträchtigt gewesen.<sup>227</sup>

Ähnlich wurde im Fall *Kostic v Chaplin* argumentiert. Der an Wahnvorstellungen leidende Erblasser hatte seinen einzigen Sohn enterbt und sein Vermögen einer politischen Partei hinterlassen. Er habe die Anrechte des Sohnes nicht gewürdigt und die zu erwartende natürliche Zuneigung vermissen lassen, so das Gericht.<sup>228</sup> Nach dem früheren Testament erhielt der Sohn den Nachlass.

---

<sup>224</sup> Siehe ausführlich zu diesen Voraussetzungen *Kerridge*, *Law of Succession*, 67 ff.; *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, 37 ff.; *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, *Theobald on Wills*, Ziffer 3–001 ff.

<sup>225</sup> *Sharp v Adam* [2006] EWCA 449.

<sup>226</sup> *Sharp v Adam* [2006] EWCA 449, Ziffer 93 ff.

<sup>227</sup> Vgl. *Sharp v Adam* [2006] EWCA 449, Ziffer 63 ff.

<sup>228</sup> *Kostic v Chaplin* [2007] EWHC 2298 (Ch), Ziffer 204 ff.

Beide Entscheidungen verweisen ausführlich auf die im Jahr 1870 ergangene Entscheidung *Banks v Goodfellow*, die noch heute als Leitentscheidung zur Testierfähigkeit herangezogen wird.<sup>229</sup> Dort heißt es zum Verhältnis von Testierfreiheit und den Erwartungen naher Angehöriger:

„[...] a moral responsibility of no ordinary importance attaches to the exercise of the right thus given. The instincts and affections of mankind [...] will lead men to make provision for those who are the nearest to them in kindred and who in life have been the objects of their affection. [...] Hence arises a reasonable and well warranted expectation on the part of a man's kindred surviving him, that on his death his effects shall become theirs, instead of being given to strangers. To disappoint the expectation thus created and to disregard the claims of kindred to the inheritance is to shock the common sentiments of mankind, and to violate what all men concur in deeming an obligation of the moral law.“<sup>230</sup>

Für die Ausübung einer Verfügungsmacht, die derart mit moralischer Verantwortung einhergehe, so *Cockburn CJ* weiter, müssten die entsprechenden kognitiven und moralischen Fähigkeiten beim Erblasser vorliegen. Zur Testierfähigkeit zähle, dass er die Anrechte anderer Personen richtig einschätzen könne und seine Gefühle und sein Gerechtigkeitsgefühl nicht von einer Geistesstörung vergiftet sein dürfen.<sup>231</sup> Im Falle erwiesener Wahnvorstellungen spreche eine Vermutung gegen die Wirksamkeit des Testaments – umso mehr wenn nahe Angehörige zurückgesetzt würden:

„And the presumption against a will made under such circumstances becomes additionally strong where the will is, to use the term of the civilians, an inofficious one, that is to say, one in which natural affection and the claims of near relationship have been disregarded.“<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549: Der Erblasser hatte ein Testament zugunsten seiner bei ihm lebenden Nichte errichtet. Er litt unter Wahnvorstellungen und glaubte, von bösen Geistern verfolgt zu werden. Nach seinem Tod griffen andere Familienmitglieder das Testament mit der Begründung an, der Erblasser sei nicht testierfähig gewesen. Das Gericht sah keinen Zusammenhang zwischen letztwilliger Verfügung und den Wahnvorstellungen und bestätigte die Wirksamkeit des Testaments. Zur Bedeutung dieser Leitentscheidung und zur Diskussion um den Einfluss des Mental Capacity Act 2005 (c.9) vgl. *Reed*, in: *Current Issues in Succession Law*, 169, 169 ff.; *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills* Bd. I, Ziffer 4.9.

<sup>230</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, 563.

<sup>231</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, 565. Vgl. mit einer ähnlichen Aussage zur Testierfähigkeit in Deutschland BGH, BeckRS 1958, 31372778: „Er mußte vielmehr auch in der Lage sein, sich über die Tragweite dieser Anordnungen, insbesondere auch über ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen und über die Gründe, die für oder gegen ihre sittliche Berechtigung sprachen, ein klares Urteil zu bilden [...]“. Das Urteil betraf eine Konstellation des Geliebtentestaments (keine Sittenwidrigkeit, aber Testierfähigkeit wegen schwerer Krankheit abgelehnt). Der Verweis auf die sittliche Berechtigung wird heutzutage kritisiert. Das Merkmal scheint jedoch heute keine maßgebliche Rolle zu spielen, siehe MünchKommBGB/*Sticherling*, § 2229 Rn. 35.

<sup>232</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, 570. Vgl. auch *Harwood v Baker* (1840) III Moore PC 282, 291 (= 13 ER 117, 120) sowie *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64,

Angesichts der Tatsache, dass die Rechtsprechung bei einer Zurücksetzung naher Angehöriger auf eine Verletzung des Sittengesetzes verweist (*moral law*), bisweilen eine Vermutungsregel gegen solche Verfügungen aufstellt und die Ungerechtigkeit eines Testaments als Anzeichen mangelnder Testierfähigkeit wertet, könnte man meinen, dass englische Gerichte die Erwartungen naher Angehöriger auf die Beurteilung der Testierfähigkeit durchschlagen lassen.<sup>233</sup> Sicherlich blieben die Richter vom Inhalt der letztwilligen Verfügung nicht unberührt. Und möglicherweise fiel es Angehörigen leichter, die Testierfähigkeit anzugreifen, wenn soziale Erwartungen und Normen enttäuscht worden waren.<sup>234</sup> Doch scheint die Annahme, englische Gerichte würden eine Zurücksetzung naher Angehöriger im Wege der Testierfähigkeit leichtfertig „korrigieren“, bei genauer Betrachtung nicht gerechtfertigt. Hierfür sprechen drei Beobachtungen:

Erstens litten die Erblasser in den angesprochenen Fällen an schweren Krankheiten. Die Testierfähigkeit stand wohl zu Recht in Frage. Dass sich die Gerichte die Entscheidung nicht leicht machten, geht schon aus der umfangreichen Beweiswürdigung hervor.<sup>235</sup>

Zweitens zeigen weitere Fälle, dass bei weitem nicht jede Zuwendung an Familienfremde als irrational oder ungerecht eingestuft wurde und die Gerichte in vielen Fällen die Testierfähigkeit und die Wirksamkeit des Testaments bejahten. Dabei wurden die jeweiligen Hintergründe der letztwilligen Verfügung intensiv berücksichtigt.<sup>236</sup> Selbst die Fälle aus dem 19. Jahrhundert – als es noch keine *family provision* gab und der „Korrekturbedarf“ noch stärker hätte empfunden werden können – ergeben kein eindeutiges Bild.<sup>237</sup>

---

64: „[...] but there is a limit beyond which it will cease to be a question of harsh unreasonable judgment, and then the repulsion which a parent exhibits to his child must be held to proceed from some mental defect.“

<sup>233</sup> Vgl. auch *In Re Ritchie* [2009] EWHC 709 (Ch), Ziffer 191 („strong moral obligation“).

<sup>234</sup> Siehe *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 125.

<sup>235</sup> Siehe bspw. die Aussagen in *Sharp v Adam* [2006] EWCA 449, Ziffer 94 ff., die belegen, dass dem Gericht die Entscheidung sichtlich schwer fiel.

<sup>236</sup> Siehe bspw. *Blackman v Man* [2007] EWHC 3162 (Ch): Nachlass an befreundetes Paar, Nichten und Neffen erfolglos; *Perrins v Holland* [2011] Ch 270 und Vorinstanz *Perrins v Holland* [2009] EWHC 1945 (Ch): Nachlass an Pflegekraft, lebten wie Ehepaar zusammen, Sohn erfolglos; *In Re Walker* [2014] EWHC 71 (Ch): Nachlass an 23 Jahre jüngeren Partner, Töchter erfolglos. Ähnliches gilt für Fälle, in denen eine undue influence im Raum stand, siehe bspw. *Barry v Butlin* (1838) II Moore PC 480 (= 12 ER 1089): Nachlass an Anwalt, Doktor und Butler, Sohn erfolglos, dazu auch *Kerridge*, *Law of Succession*, 88; *In Re Good* [2002] EWHC 640 (Ch): Großteil an Haushaltshilfe und deren Familie, Familie erfolglos; *Cowderoy v Cranfield* [2011] EWHC 1616 (Ch): Nachlass an Freund des verstorbenen Sohnes, Enkelin erfolglos.

<sup>237</sup> So wurde in *Harwood v Baker* (1840) III Moore PC 282 (= 13 ER 117, 120) die Testierfähigkeit im Ergebnis abgelehnt, ebenso in *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64. Anders dagegen in *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549.

Drittens wurde in einigen Entscheidungen ausdrücklich vor Rückschlüssen von ungerecht wirkenden Anordnungen des Erblassers auf die Wirksamkeit des Testaments gewarnt.<sup>238</sup> Manche Urteile betonten ausdrücklich, dass es bei der Frage nach den Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Testaments nicht um Gerechtigkeit oder eine moralische Bewertung der Verfügungen gehe.<sup>239</sup>

Mit vergleichendem Blick auf das deutsche Geliebtentestament mag zuletzt eine Textstelle aus der Entscheidung *Wingrove v Wingrove* aus dem Jahr 1885 aufschlussreich sein. Dort versuchte *Sir James Hannen* die Jury anhand eines Beispielfalls über die Handhabung der Doktrin der *undue influence* zu informieren. Er schildert die Situation eines jungen Mannes, der sich in den Fängen einer Dirne befinde. Diese versuche, ihn zu einem Testament zu ihren Gunsten und zu Lasten seiner Angehörigen zu bewegen. Doch solange es sich nicht um Zwang handle, so der Richter, biete das Recht keinen Schutz.<sup>240</sup> Und er fügte hinzu:

„These illustrations will sufficiently bring home to your minds that even very immoral considerations either on the part of the testator, or of some one else offering them, do not amount to undue influence [...] though you may condemn the testator for having such a wish [...]“.<sup>241</sup>

*Roger Kerridge* bemerkt diesbezüglich, dass englische Richter des 19. Jahrhunderts in ihren Aussagen zwar teilweise sehr wertend waren, aber dennoch versuchten, die Entscheidung letztlich nicht von ihren Moralvorstellungen abhängig zu machen.<sup>242</sup>

Diese Beobachtung deckt sich im Ergebnis auch mit dem heutigen Bild, das die Literatur von dieser Rechtsmaterie zeichnet. Es wird davon ausgegangen, dass die Hürden, Wirksamkeitsschranken zu beweisen, hoch und die

<sup>238</sup> So mahnte *Lord Neuberger MR* in *Gill v Woodall* [2011] Ch 380, 390: „[...] a court should be very slow to find that a will does not represent the genuine wishes of the testatrix simply because its terms are surprising, inconsistent with what she said during her lifetime, unfair, or even vindictive or perverse“ (Nachlass an Tierschutzorganisation zulasten einziger Tochter; Gericht verneinte letztlich die Voraussetzung des knowledge and approval).

<sup>239</sup> Vgl. *Nutt v Nutt* [2018] EWHC 851 (Ch), Ziffer 69: „But it is not my task to decide whether the 2010 will was justified or fair; I am only required to decide if it is valid“; *Sharp v Adam* [2006] EWCA 449, Ziffer 79: „We agree with this, provided that the inquiry is directed to the testator’s soundness of mind, and not to general questions of perceived morality“; *Fuller v Strum* [2002] 1 WLR 1097, Ziffer 33: „But ‘the righteousness of the transaction’ is perhaps an unfortunate term, suggestive as it is that some moral judgment by the court is required. What is involved is simply the satisfaction of the test of knowledge and approval [...]“. Siehe selbst *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, 565 f.

<sup>240</sup> *Wingrove v Wingrove* (1885) 11 PD 81, 82: „[...] a young man may be caught in the toils of a harlot [...] yet the law does not attempt to guard against those contingencies“.

<sup>241</sup> *Wingrove v Wingrove* (1885) 11 PD 81, 83.

<sup>242</sup> Siehe im Kontext von undue influence *Kerridge*, Law of Succession, 78 (Fn. 79).

Gerichte grundsätzlich bestrebt sind, einem Testament zur Geltung zu verhelfen.<sup>243</sup> Obwohl die englischen Richter also das Zurücksetzen naher Angehöriger teilweise mit kritischem Blick betrachteten und als irrational, überraschend oder unmoralisch bezeichneten, schien dies zumindest nicht in systematischer Weise im Rahmen der Testierfähigkeit oder anderer Voraussetzungen gegen die Wirksamkeit eines Testaments verwandt worden zu sein.<sup>244</sup>

### 3. Testamentsauslegung (construction)

Ein ähnlicher Eindruck ergibt sich auch mit Blick auf die Auslegung von Testamenten. Hier scheinen die Richter der Maxime einer Orientierung am Erblasserwillen konsequent zu folgen, auch wenn dieser auf die Begünstigung familienfremder Personen wie der außerehelichen Geliebten gerichtet war.<sup>245</sup>

So hatte bspw. der Erblasser John Gains 1834 eine Frau mit dem Namen Mary geheiratet. Im Jahr 1840 vollzog er – obwohl schon verheiratet – eine Eheschließung mit einer Frau namens Caroline, mit der er bis zu seinem Tod zusammenlebte. In seinem Testament bedachte er sodann „my dear wife Caroline“. Der gesetzliche Erbe (wohl ein Sohn aus der wirksam geschlossenen Ehe mit Mary) argumentierte, die Bezeichnung „wife“ könne nur die tatsächlich mit dem Erblasser verheiratete Frau meinen. *Maule J* sah dies anders:

„Here is a person fitly named, and there can be no reasonable doubt that [Caroline] was the person intended. [...] I see no ground for holding, that [...] the property go to some one to whom he did not mean to give it. Caroline was de facto the testator's wife; and she lived with him, as such, down to the time of his death. [...] if Mary was his lawful wife, all that can be said, is that the testator had been guilty of bigamy.“<sup>246</sup>

Auch in späteren Entscheidungen mit Begünstigungen zugunsten einer nicht-ehelichen Partnerin folgten die Gerichte dieser Linie und damit dem erkennbaren Willen des Erblassers.<sup>247</sup> Die sittliche Bewertung – und selbst der Vorwurf der Bigamie – spielten dabei keine rechtliche Rolle.<sup>248</sup>

<sup>243</sup> Vgl. *Kerridge*, Law of Succession, 70 sowie 77 f. und 89 ff.; *Reed*, in: Current Issues in Succession Law, 169, 179 ff. Vgl. auch *Margrave-Jones*, Mellows: Law of Succession, 55 (Fn. 2).

<sup>244</sup> Siehe auch die Beschreibung der zitierten Passage aus *Banks v Goodfellow* durch *May LJ* in *Sharp v Adam* [2006] EWCA 449, Ziffer 68: „Thus the judgment recognises a moral responsibility, which is nevertheless not translated into a requirement of the law“.

<sup>245</sup> Siehe dazu *Probert*, The Changing Legal Regulation of Cohabitation, 97 ff. und 118 sowie 156. Vgl. auch *Probert*, in: Interdisciplinary Perspectives, 115, 119 ff.

<sup>246</sup> *Doe d. Gains v Rouse* (1848) 5 CB 422, 427 (= 136 ER 942). Siehe ähnlich *Lepine v Bean* (1870) LR 10 Eq 160, 163: „And the words of the will are so strong that it is obvious that, by ‘my wife’ he meant Margaret Bishop [...]“.

<sup>247</sup> Siehe *In Re Wagstaff* [1908] 1 Ch 162, 165; *In Re Brown* (1909–1910) 26 TLR 257; *In Re Lynch* [1943] 1 All ER 168, 169: „[...] I have no difficulty in arriving at the conclu-

#### 4. *Secret trust*

Abschließend soll noch auf ein weiteres Rechtsinstitut geblickt werden: Lebenssachverhalte, in denen ein Erblasser seine außereheliche Partnerin und die gemeinsamen Kinder begünstigt, sind auch im Rahmen der Diskussion um den sogenannten *secret trust* anzutreffen.<sup>249</sup>

Der Erblasser ist mitunter bestrebt, Zuwendungen an die außereheliche Partnerin geheim zu halten und daher so zu gestalten, dass die Begünstigte keine Erwähnung im Testament findet. Denn die testamentarische Anordnung kann nicht nur mit Blick auf die eheliche Familie unerwünschte Publizität mit sich bringen, sondern auch der Allgemeinheit Einblicke gewähren, da das englische *probate*-Verfahren das Testament zu einem öffentlich zugänglichen Dokument macht.<sup>250</sup>

So kann der Erblasser einer Person, die er zum *trustee* erwählt, per Testament eine gewisse Summe hinterlassen (bspw. einem Freund oder seinem Anwalt). Dem Testament geht dann eine Absprache voraus, dass die Summe nicht zur freien Verfügung steht, sondern *in trust* gehalten und zugunsten dritter Personen – wie bspw. der außerehelichen Partnerin – verwendet werden soll. Wenn weder die Errichtung des *trust* noch der Verwendungszweck im Testament genannt werden, so bezeichnet man diese Konstruktion als *fully secret trust*. Hat der Erblasser im Testament dagegen offengelegt, dass die zunächst begünstigte Person die Summe *in trust* halten soll, nicht aber zu wessen Gunsten, so spricht man von einem *half secret trust*.<sup>251</sup> Die meist mündlichen Absprachen über die Mittelverwendung unterliegen dabei nicht den erbrechtlichen Formvorschriften.<sup>252</sup>

---

sion upon the construction of this particular will [...] that the testator has provided his own dictionary in his application of the words ‘wife’ und ‘widowhood’ [...].“

<sup>248</sup> Vgl. auch *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 120.

<sup>249</sup> Dieser Sachverhalt wird gar als die klassische Konstellation eines *secret trust* beschrieben, vgl. *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 98 f.; *Glister/Lee*, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, Ziffer 6-022; *Kincaid*, *Conv* 2000, 420, 420; *Challinor*, *Conv* 2005, 492, 498. Siehe aus der Rspr. bspw. *In Re Boyes* (1884) 26 Ch D 531; *Blackwell v Blackwell* [1929] AC 318; *In Re Keen* [1937] Ch 236. Zur Verwendung des *secret trust* zugunsten von *charities* vgl. *Kerridge*, *Law of Succession*, 123.

<sup>250</sup> Siehe *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 99 (mit Fn. 36); *Glister/Lee*, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, Ziffer 6-022; *Kincaid*, *Conv* 2000, 420, 420. Siehe auch *Kerridge*, *Law of Succession*, 129 (Fn. 137).

<sup>251</sup> Siehe zur Unterscheidung *Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, Ziffer 4-051; *Kerridge*, *Law of Succession*, 120. Vgl. bspw. *In Re Boyes* (1884) 26 Ch D 531, 532. Dort war ein Anwalt als *trustee* vorgesehen: „[...] the testator expressed to him verbally his desire to provide for a certain lady and child, whose names he did not wish to appear in his will, and he therefore desired to leave the whole of his property to the Defendant as trustee to act with respect thereto according to any further written directions [...]“.

<sup>252</sup> Siehe *Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, Ziffer 4-052; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 93 f. Die Legitimation für die Unterwanderung

Beispielhaft für die hier zu untersuchende Konstellation steht die Entscheidung *Blackwell v Blackwell* aus dem Jahr 1929.<sup>253</sup> Der Erblasser John Duncan Blackwell hatte in einem Kodizill (Nachtrag zu einem Testament) seinen fünf *trustees* die Summe von £ 12.000 hinterlassen und angeordnet, sie sollten die jährlichen Erträge für die von ihm genannten Zwecke einsetzen. Nach mündlicher Absprache war dies die Begünstigung einer gewissen Dame. Die überlebende Ehefrau und der Sohn des Erblassers stellten die Wirksamkeit des *secret trust* in Frage.<sup>254</sup> Die Richter im *House of Lords* wiesen die Klage ab. Sie sahen in der Anordnung einen wirksamen (*secret*) *trust*, dessen Voraussetzungen (Errichtungswille, die Kommunikation des Vorhabens gegenüber dem *trustee* sowie dessen Einwilligung) erfüllt seien.<sup>255</sup>

In den untersuchten Entscheidungen zu *secret trusts* zugunsten der außerehelichen Geliebten beschäftigten sich die Gerichte intensiv mit dogmatischen Details der Rechtsfigur. Der Inhalt der Anordnung, namentlich die Zuwendung an die Geliebte, fand dagegen keine besondere Berücksichtigung.<sup>256</sup> Insbesondere war keine Rede von einer möglichen Anstößigkeit – eher im Gegenteil. In der Entscheidung *In Re Boyes* bedauerte *Kay J* gar, dass der *trust* nicht zur Entstehung gelangen konnte und stattdessen die übrigen Angehörigen profitierten:

---

der Formerfordernisse des Wills Act ist noch heute umstritten, siehe im Überblick *Kerridge*, *Law of Succession*, 121 ff. Früher war man der Auffassung, ein *secret trust* sei nötig, um zu verhindern, dass der mündlich verpflichtete *trustee* das Hinterlassene unter Berufung auf die Formvorschriften für sich behalte. Siehe *McCormick v Grogan* (1869) LR 4 HL 82, 97. Für eine ähnliche Begründung *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 97 f. Vgl. auch *Glister/Lee*, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, Ziffer 6-036. Heute wird eher vertreten, ein *secret trust* habe gar keinen Bezug zur letztwilligen Verfügung und unterliege somit losgelöst von erbrechtlichen Normen dem *trust law*. Siehe *In Re Snowden* [1979] Ch 528, 535. In diesem Sinne auch *Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, Ziffer 4–063 ff. Teilweise wird die Legitimation des *secret trust* grundsätzlich in Frage gestellt und betont, die Rechtsfigur sei als Relikt aus alten Tagen dringend reformbedürftig, *Challinor*, *Conv* 2005, 492, 499 f. Siehe auch *Glister/Lee*, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, Ziffer 6-040; *Kerridge*, *Law of Succession*, 121 und 128.

<sup>253</sup> *Blackwell v Blackwell* [1929] AC 318.

<sup>254</sup> Siehe zum Sachverhalt *Blackwell v Blackwell* [1929] AC 318, 318 und 326 f.

<sup>255</sup> Siehe die Ausführungen von *Lord Buckmaster* in *Blackwell v Blackwell* [1929] AC 318, 329 ff. und von *Viscount Sumner* (334 ff.). Zu Details siehe *Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, Ziffer 4–078 ff.

<sup>256</sup> Vgl. *In Re Boyes* (1884) 26 Ch D 531; *Blackwell v Blackwell* [1929] AC 318; *In Re Keen* [1937] Ch 236. Vgl. auch *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 124.

„I cannot help regretting that the testator's intention of bounty should fail by reason of an informality of this kind [...] I can only hope they will consider the claim which this lady has upon their generosity.“<sup>257</sup>

Es scheint allerdings, als wäre die Zahl der Entscheidungen mit *secret trusts* zugunsten einer Geliebten im Laufe des 20. Jahrhunderts gesunken oder gar ganz abgeebbt. Hierzu wird in der Literatur angeführt, die Begünstigung der außerehelichen Geliebten und der unehelichen Kinder habe an Relevanz verloren und der *secret trust* werde inzwischen eher für andere Gestaltungsziele genutzt.<sup>258</sup>

### III. Zwischenergebnis England

Trotz mancher Aussagen im Diskurs, die ein gewisses Störgefühl bei der Zurücksetzung naher Familienmitglieder zugunsten Familienfremder vermitteln, existiert in England keine vergleichbar moralgeladene rechtliche Diskussion um die Zurücksetzung naher Angehöriger, wie sie in Deutschland insbesondere um die Fälle des Geliebtentestaments geführt wurde. So sticht in England auch keine eigenständige und prominente Fallgruppe für letztwillige Zuwendungen an familienfremde Personen ins Auge. Moral oder Sitte werden – falls sie überhaupt bemüht werden – nicht nur zugunsten der ehelichen Kernfamilie in Bezug genommen. Die durch Gesetz und *case law* geprägten Regelungsmodelle und Voraussetzungen von *family provision*, Testierfähigkeit, Auslegung oder *secret trust* werden in der Rechtsprechung eher nüchtern und sachlich befolgt. Zwar könnte man bspw. in den mitunter spitzfindigen Voraussetzungen eines *secret trust* subtile Schranken zugunsten der ehelichen Familie sehen. Sind die Voraussetzungen aber erfüllt, so akzeptiert das englische Recht den Willen – unabhängig von der Natur der Verbindung zwischen Erblasser und begünstigter Person.<sup>259</sup> Eine rechtliche Sanktionierung außerehelicher Beziehungen findet nicht statt und auch das Rechtsinstrument der *public policy* wird nicht bemüht. Sittlich-moralische Erwägungen spielen (allenfalls mit Ausnahme weniger Fälle zur Testierfähigkeit) bei der Nach-

---

<sup>257</sup> *In Re Boyes* (1884) 26 Ch D 531, 537. Siehe auch *In Re Keen* [1937] Ch 236, 248: „It is always with reluctance that a Court refuses to give effect to the proved intention of the testator. In the present case it may be said that the objection is merely a matter of drafting [...]“.

<sup>258</sup> So würden *secret trusts* heutzutage eher von unentschlossenen Erblassern genutzt, die sich formlose Änderungen ihrer Vermögensverteilung offen halten wollen, so *Glister/Lee*, Hanbury and Martin: *Modern Equity*, Ziffer 6-022; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 99 f. Vgl. auch *Challinor*, *Conv* 2005, 492, 499. Siehe auch *Meager*, *Conv* 2003, 203, 207 f., die die Begünstigung einer Geliebten als „outmoded“ bezeichnet. Weitere Anwendungsgebiete seien Fälle zerstrittener Familien, die Umgehung des Scheidungsfolgenrechts bei einer Scheidung des Begünstigten oder die Verhinderung des Verlustes staatlicher Unterstützung für ein behindertes Kind (vergleichbar mit der in Deutschland als Behindertentestament bekannten Situation).

<sup>259</sup> Siehe *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 117 und 123.

lassteilhaber naher Angehöriger innerhalb der betrachteten Rechtsinstitute also keine wirkliche Rolle. Eine Textstelle aus der Entscheidung *Sharp v Adam* bringt dies recht treffend auf den Punkt:

„Thus the judgment recognises a moral responsibility, which is nevertheless not translated into a requirement of the law.“<sup>260</sup>

## C. Südafrika

Die südafrikanische Rechtsordnung vereint mehrere Rechtstraditionen unter ihrem Dach.<sup>261</sup> Das Zusammenspiel von *civil law* römisch-holländischer Provenienz, englischem *common law* und *customary law* afrikanischer *communities* prägt auch den erbrechtlichen Kontext und letztlich auch die vorliegende Untersuchung. So erfolgt im Interesse eines kontextuellen Verständnisses zunächst ein Überblick über die historische Entwicklung der Testierfreiheit in der südafrikanischen Mischrechtsordnung, gefolgt von einer Einführung in das System zwingender Nachlassteilhaber naher Angehöriger nach geltendem südafrikanischem Recht. Darauf gründet sodann die vergleichende Untersuchung zum Thema Geliebtentestament und Zurücksetzung naher Angehöriger. Abschließend wird diese Thematik im Kontext des *customary law* betrachtet.

### I. Südafrikanische Mischrechtsordnung und Testierfreiheit

Am 06. April 1652 landete Jan van Riebeeck mit drei Schiffen in der Tafelbucht vor dem heutigen Kapstadt. Er hatte den Auftrag, dort eine Vorratsstation für die Schiffe der niederländischen Handelskompanie (*Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie*, kurz VOC) zu errichten.<sup>262</sup> Die neue Siedlung vergrößerte sich rasch, und damit wurden auch Rechtspflege und einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen erforderlich.<sup>263</sup> Da die Niederlande zu dieser Zeit noch kein uniformer Staat, sondern ein Zusammenschluss mehrerer Provinzen waren,<sup>264</sup> gab es kein einheitliches niederländisches Recht,

---

<sup>260</sup> *Sharp v Adam* [2006] EWCA 449, Ziffer 68. Vgl. auch *Kerridge*, *Law of Succession*, 78: „[the judges] did not permit their moral code to interfere with their decisions“.

<sup>261</sup> Vgl. *Rautenbach*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, v: „South Africa’s official legal system comprises a number of distinct legal traditions; a common-law mix of transplanted European laws (Roman-Dutch law and English law), as well as traditional community laws, collectively known as customary law. The South African Constitution provides for the future recognition of other legal traditions founded on religion or custom.“

<sup>262</sup> Siehe *Giliomee/Mbenga*, *New History of South Africa*, 40 ff.; *Fagan*, in: *Southern Cross*, 33, 35; *Zimmermann*, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, 1.

<sup>263</sup> *Zimmermann*, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, 1.

<sup>264</sup> Siehe *Lademacher*, *Geschichte der Niederlande*, 75 ff.; *Rietbergen*, *A Short History of the Netherlands*, 79 f.

das man hätte übernehmen können.<sup>265</sup> Doch dominierte Holland als bevölkerungsreichste und finanzkräftigste Provinz den Staatenverbund,<sup>266</sup> wodurch das römisch-holländische Recht eine prominente Stellung unter den Rechten der Provinzen erlangte.<sup>267</sup>

Im Jahr 1621, also noch vor Gründung der Siedlung am Kap, hatte das oberste Direktorium der VOC angeordnet, dass in allen indischen Überseeterritorien das Recht der Provinz Holland anzuwenden sei. Da die Siedlung am Kap als Außenposten des östlichen Herrschaftszentrums in Batavia (dem heutigen Jakarta) galt, wurde das römisch-holländische Recht auch am Kap der Guten Hoffnung angewandt.<sup>268</sup> Mit dem römisch-holländischen Erbrecht gelangte auch der Grundsatz der Testierfreiheit ans Kap – zusammen mit den damaligen Testierschranken zugunsten der Familie.<sup>269</sup> So konnten Kinder, Eltern und – unter bestimmter Voraussetzung – auch Geschwister ein Drittel bzw. die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils als *legitima portio* verlangen.<sup>270</sup>

Als Frankreich während der napoleonischen Kriege in den Vereinigten Niederlanden einmarschierte, besetzten die Briten im Jahr 1795 das Kap, um einen französischen Vormarsch auf diese Siedlung zu verhindern. Nach dem Vertrag

---

<sup>265</sup> Die Provinzen hatten – trotz vieler Gemeinsamkeiten – jeweils eine eigene Rechtsordnung. Wirtschaftlicher Aufschwung, steigender Wohlstand und Wachstum der Städte seit dem 15. Jhd. waren von der verstärkten Rezeption des römischen Rechts begleitet worden. Doch hatte auch diese in den Provinzen in unterschiedlichem Ausmaß stattgefunden. Siehe *Rietbergen*, A Short History of the Netherlands, 60 f. und 92 f.; *Israel*, The Dutch Republic, 328 ff.; *Lademacher*, Geschichte der Niederlande, 46 sowie *Wessels*, History of the Roman-Dutch Law, 127; *Lee*, An Introduction to Roman-Dutch Law, 3 ff.; *Feenstra*, in: L' Europa e il Diritto Romano, Bd. I, 243, 251 ff.

<sup>266</sup> *Lademacher*, Geschichte der Niederlande, 93; *Zimmermann*, in: Das römisch-holländische Recht, 9, 19. Siehe auch *Israel*, The Dutch Republic, 9 ff., 277 und 328 ff.

<sup>267</sup> Von Einfluss waren hierbei auch die Reputation und Autorität der holländischen Gerichte, das Ansehen der Universität Leiden sowie die Werke holländischer Juristen – darunter insbesondere Hugo Grotius. Siehe *Zimmermann*, in: Das römisch-holländische Recht, 9, 20 ff.

<sup>268</sup> Siehe *Fagan*, in: Southern Cross, 33, 38 ff.; *Zimmermann*, Das römisch-holländische Recht in Südafrika, 4; *Giliomee/Mbenga*, New History of South Africa, 41 ff.; *Davenport/Saunders*, South Africa: A Modern History, 27 f.

<sup>269</sup> Da die Grundsätze gewillkürter Erbfolge im römisch-holländischen Recht wohl besonders stark römisch-rechtlich geprägt waren, bildete die Testierfreiheit einen integralen Bestandteil des römisch-holländischen Erbrechts, siehe *Lee*, An Introduction to Roman-Dutch Law, 352; *Du Toit*, Stellenbosch LR 10 (1999), 232, 239 f.

<sup>270</sup> Hatte der Erblasser bis zu vier Kinder, stand einem Kind ein Drittel des gesetzlichen Erbteils zu, bei fünf oder mehr die Hälfte. Eltern hatten (falls sie ohne Testament zur gesetzlichen Erbfolge gelangt wären) ebenso wie Geschwister Anrecht auf ein Drittel (letztere nur bei Bevorzugung einer anrühigen Person – *persona turpis*). Siehe dazu *Kahn*, 1994 Supplement, 12 f. (mit Fn. 50); *Zimmermann*, Das römisch-holländische Recht in Südafrika, 189; *De Waal*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 477, 479 f.; *Du Toit*, Stellenbosch LR 10 (1999), 232, 240.

von Amiens im Jahr 1802 kam das Kap zwar zunächst wieder unter niederländische Herrschaft, doch in der Folge weiterer kriegerischer Auseinandersetzungen in Europa besetzen die Briten das Kap im Jahr 1806 erneut – die Gebiete sollten nun dauerhaft Teil des britischen Empire werden.<sup>271</sup> Obwohl die Briten das römisch-holländische Recht grundsätzlich bestehen ließen,<sup>272</sup> geriet es mehr und mehr unter englischen Einfluss.<sup>273</sup> Die Anglisierung des Rechts wurde von den Briten zwar durchaus mit Nachdruck verfolgt,<sup>274</sup> beruhte neben expliziten Gesetzen aber vor allem auf einem eher beiläufigen Eindringen des englischen Rechts in die bestehende Rechtspraxis.<sup>275</sup>

Auch im Erbrecht war die zunehmende Anglisierung spürbar.<sup>276</sup> Die britischen Siedler wandten sich gegen die römisch-holländischen Beschränkungen der Testierfreiheit, insbesondere gegen die *legitima portio*. Speziell dafür eingesetzte Kommissionen sollten die Angelegenheit näher untersuchen. Und obwohl dort Skepsis gegenüber einer unbeschränkten Testierfreiheit geäußert

---

<sup>271</sup> Dazu *Davenport/Saunders*, South Africa: A Modern History, 40 ff.; *Zimmermann*, Das römisch-holländische Recht in Südafrika, 7 f.

<sup>272</sup> Damit folgte die Kolonialmacht der Leitentscheidung *Campbell v Hall* (1774) 1 Cowp 204, 209 (= 98 ER 1045, 1047). Falls in besetzten Gebieten ein „zivilisiertes“ Rechtssystem vorgefunden wurde, sollte dieses zunächst seine Geltung behalten. Siehe auch *Hahlo/Kahn*, The South African Legal System and its Background, 575; *Zimmermann*, Das römisch-holländische Recht in Südafrika, 7 ff.

<sup>273</sup> Bei der Umbildung des Gerichtswesens orientierte man sich am englischen System, führte englisches Beweisrecht ein und erklärte Englisch zur offiziellen Gerichtssprache. Auch die Bindung an Vorentscheidungen (doctrine of precedent bzw. principle of stare decisis) hielt Einzug. Der englische Privy Council war lange Zeit höchste Rechtsmittelinstanz und Richter und vor Gericht zugelassene Anwälte hatten ihre Ausbildung oft auf den britischen Inseln erworben. Siehe *Hahlo/Kahn*, The South African Legal System and its Background, 576 ff. und 240 f.; *Beinart*, Acta Juridica 1981, 7, 11.

<sup>274</sup> *Du Toit*, in: Exploring the Law of Succession, 67, 68.

<sup>275</sup> *Hahlo/Kahn*, The South African Legal System and its Background, 578: „The English influence on the law of South Africa waxed and waned with the power and prestige of Great Britain. It reached its height during the half-century from 1860 to 1910, when the sun of the British Empire stood at its zenith and Britannia, firmly and indisputably, ruled the waves. By a process of imperceptible accretion, not unlike *alluvio*, aided by legislation with an English bias, a layer of English rules and concepts became superimposed upon the law of Grotius and Voet. Roman-Dutch law was assuming an anglicized look“; *Wessels*, SALJ 37 (1920), 265, 272: „Sometimes the influence has been open and overwhelming [...] At other times English legal ideas have crept in insidiously and, as it were, almost by accident“. Vgl. auch *Zimmermann*, in: FG Kaser (1986), 395, 401.

<sup>276</sup> So trat die englische Testamentsform (zunächst) neben die bisher im römisch-holländischen Recht geltenden Testiermöglichkeiten und britische Siedler durften englisches Erbrecht zur Anwendung bringen. Universalzuckzession und Vonselbsterwerb wurden durch das englische System des executorship ersetzt. Siehe dazu *Zimmermann*, Das römisch-holländische Recht in Südafrika, 12; *Hahlo/Kahn*, The South African Legal System and its Background, 578; *De Waal*, in: Essays on the History of Law, 300, 315.

wurde, entschied sich der Gesetzgeber letztlich für die Abschaffung der *legitima portio*.<sup>277</sup> So lautete der im Kap-Territorium erlassene *Succession Act* aus dem Jahr 1874:

„No legitimate portion shall be claimable of right by any one [...]. Every person competent to make a will shall have full power [...] to disinherit or omit to mention any child, parent, relative, or descendant without assigning any reason for such disinheritance or omission [...]“<sup>278</sup>

Der englische Einfluss hatte also dazu geführt, dass einer Enterbung naher Angehöriger zunächst keine Schranken mehr gezogen waren. Dies sollte sich allerdings später mit der Einführung eines postmortalen Unterhaltsanspruchs (*claim for maintenance*) für Abkömmlinge und überlebende Ehegatten wieder ändern (dazu sogleich).

Die Verbindung von römisch-holländischem und englischem Recht hat Südafrika zu einer Mischrechtsordnung werden lassen – mit Zügen von kontinentaleuropäischem *civil law* und britischem *common law*.<sup>279</sup> Bei der Betrachtung des südafrikanischen Rechts muss aber auch dem *customary law* Rechnung getragen werden. Denn es bildet neben römisch-holländischem und englischem Recht den dritten Pfeiler der südafrikanischen Rechtsordnung.<sup>280</sup>

So beherbergt die *rainbow nation*<sup>281</sup> Südafrika selbstverständlich nicht nur die Nachfahren der europäisch-stämmigen Siedler.<sup>282</sup> Vielmehr bildet die afrikanisch-stämmige Bevölkerung den Großteil der Einwohner<sup>283</sup> und deren

<sup>277</sup> Siehe *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 304 ff.; *Beinart*, *Acta Juridica* 1981, 7, 18; *Kahn*, 1994 Supplement, 13 f. (mit Fn. 50); *Lehmann*, *Acta Juridica* 2014, 9, 27 ff. (auch zu weiteren aufgehobenen Beschränkungen).

<sup>278</sup> The *Succession Act* of 1874 (Act 23 of 1874). Zur Gesetzgebung in den übrigen Territorien siehe *Kahn*, 1994 Supplement, 13; *Lee*, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, 368 (Fn. 5, 6).

<sup>279</sup> Siehe dazu *Zimmermann/Visser*, in: *Southern Cross*, 1, 1 ff.

<sup>280</sup> Siehe auch *Zimmermann/Visser*, in: *Southern Cross*, 1, 12 ff.

<sup>281</sup> Der für die Diversität Südafrikas stehende und heute weit verbreitete Begriff wurde nach dem Ende der Apartheid von Desmond Tutu geprägt (ehem. Erzbischof von Kapstadt) und auch von Nelson Mandela aufgegriffen, siehe *Rautenbach*, *JLPUL* 60 (2010), 143, 143.

<sup>282</sup> Als diese vom Kap nach Norden und Osten vorstießen, trafen sie auf afrikanische Stämme, die aus Gebieten nördlich des heutigen Südafrika nach Süden vordrangen. Die ursprünglichen Bewohner des Kaps – die Khoi und San – wurden im Laufe der Zeit dagegen fast vollständig ausradiert, siehe *Bekker*, in: *Introduction to Legal Pluralism* (4. Aufl. 2014), 17, 20; *Giliomee/Mbenga*, *New History of South Africa*, 50 ff. und 73 ff.

<sup>283</sup> Zahlen aus dem Jahr 2016 weisen folgende Zusammensetzung der Bevölkerung auf (umgerechnet in Prozent): Black African 80,66 %, Coloured 8,75 %, Indian/Asian 2,47 %, White 8,12 %, siehe *Statistics South Africa*, *Community Survey 2016: Statistical Release P0301*, 21. Diese Einteilung in die genannten Bevölkerungsgruppen wurde zwar inbes. während der Apartheid eingeführt (u. a. durch den *Population Registration Act* 30 of 1950,

traditionelle Rechtssysteme finden trotz Kolonialgeschichte noch weite Verbreitung.<sup>284</sup> Angesichts der vielen verschiedenen *communities* (Bevölkerungsgruppen) gibt es kein einheitliches Rechtssystem, sondern es existieren – wenngleich viele Gemeinsamkeiten bestehen – eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtstraditionen. Auch deshalb bereitet die Definition des Begriffs *customary law* gewisse Schwierigkeiten.<sup>285</sup> Südafrikanisches *customary law* war ursprünglich auch nicht in Gesetzen festgehalten – mündlich überlieferte Bräuche und Gepflogenheiten bildeten die wichtigste Rechtsquelle.<sup>286</sup> Insbesondere die britischen Kolonialherren begannen jedoch, die traditionell überlieferten Rechtsregeln in Gesetzesform zu gießen.<sup>287</sup> So entstand im Laufe der Zeit ein Rechtsgefüge, das heute als *official customary law* bezeichnet wird. Diese Gesetze sind nicht unproblematisch, wurden sie doch mit europäischer Feder geschrieben und von eurozentrischen Gerichten und Autoren interpretiert.<sup>288</sup>

Lange Zeit fristete das *customary law* ein Schattendasein und hatte im Vergleich zum europäisch-stämmigen Recht eine untergeordnete Stellung. So stand die Anwendung des *customary law* meist unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit *natural justice* und *public policy*. Streitigkeiten nach *customary law* mussten vor spezielle Gerichte gebracht werden.<sup>289</sup> Dies änderte sich drastisch mit dem Ende der Apartheid und dem Inkrafttreten der neuen Verfassung. Section 211 (3) der südafrikanischen Verfassung verpflichtet die

---

siehe zum historischen Kontext *Davenport/Saunders*, *South Africa: A Modern History*, 377 ff.), bleibt jedoch auch nach deren Ende weit verbreitet und in Statistiken präsent.

<sup>284</sup> *Rautenbach/Du Plessis*, in: *The Future of African Customary Law*, 336, 340; *Bennett*, SAJHR 10 (1994), 122, 122.

<sup>285</sup> *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 19 ff. Eine (wenn auch nicht sehr präzise) Legaldefinition findet sich in section 1 Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act 11 of 2009: „Customary law means the customs and practices observed among the indigenous African people of South Africa which form part of the culture of those people.“ Annähernd wortgleich auch section 1 Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998.

<sup>286</sup> *Rautenbach*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 3, 9; *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 32. Siehe auch die Beschreibung in *Alexkor Ltd v The Richtersveld Community* 2004 (5) SA 460 (CC) 480.

<sup>287</sup> Die teilweise Anerkennung des *customary law* erfolgte auf Grundlage politischen Kalküls, da die Briten feststellen mussten, dass die europäischen Gesetze bei einem Großteil der Bevölkerung kein Gefolge finden würden, siehe *Himonga/Rautenbach*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 35, 37. Siehe auch *Bennett*, *Customary Law in South Africa*, 34 ff. Den europäisch-stämmigen und daher im *customary law* weitestgehend unerfahrenen Richtern sollten mit den Kodifikationen einheitliche und verständliche Regeln an die Hand gegeben werden. Die zuvor sehr disparate Entscheidungspraxis hatte Unmut in der Bevölkerung erzeugt und sollte in geordnetere Bahnen gelenkt werden, siehe *Bennett/Pillay*, SAJHR 19 (2003), 217, 218.

<sup>288</sup> *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 30 ff. Siehe auch *Alexkor Ltd v The Richtersveld Community* 2004 (5) SA 460 (CC) 480.

<sup>289</sup> *Church*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 3; *Pieterse*, SAJHR 17 (2001), 364, 368 ff.

Gerichte, in einschlägigen Fällen *customary law* anzuwenden, sofern es mit der Verfassung in Einklang steht.<sup>290</sup> Die Gerichte stellten klar, dass das *customary law* nun als gleichberechtigte Rechtsquelle zu betrachten sei.<sup>291</sup> Die Gerichte gaben zu verstehen, dass neben dem *official customary law* gerade auch das *living customary law*, d.h. die tatsächlich gelebten Regeln und Gebräuche Berücksichtigung finden sollten. Die Frage nach Inhalt, Umfang und Bindungswirkung dieser meist nur mündlich überlieferten Regeln fördert allerdings erhebliche (beweisrechtliche) Schwierigkeiten zu Tage.<sup>292</sup>

Möchte man die Thematik zurückgesetzter Angehöriger auch im Kontext des *customary law* betrachten, so sind dessen Spezifika zu beachten: *Customary law* ist stark von Gedanken der Gruppen- und Familiensolidarität geprägt und kannte ursprünglich keine Testierfreiheit nach europäischem Verständnis. Dennoch wirft das Thema gerade mit Blick auf das Verhältnis und die Interaktion von *customary law* und europäisch geprägtem Recht interessante Fragen auf, die am Ende des Abschnitts noch näher beleuchtet werden.<sup>293</sup>

Zunächst soll aber betrachtet werden, welchen Weg das europäischstämmige Recht Südafrikas bei der Nachlassteilhabe naher Angehöriger gegen den Willen des Erblassers heutzutage geht. Daran anschließend wird erörtert, wie Fälle, die mit der deutschen Fallgruppe des Geliebtentestaments vergleichbar sind, rechtlich gelöst werden und welche Rolle dabei sittlich-moralische Erwägungen spielen.

## II. Rechtlicher Kontext: *claim for maintenance*

Auch für Südafrika kann man die Entwicklung familiärer Nachlassteilhabe gegen den Erblasserwillen in drei Phasen beschreiben: Angefangen bei den römisch-holländischen Testierschranken über deren Abschaffung unter engli-

---

<sup>290</sup> Siehe hierzu *Himonga/Rautenbach*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 35, 39 ff.

<sup>291</sup> *Alexkor Ltd v The Richtersveld Community* 2004 (5) SA 460 (CC) 478 f. Siehe auch *Gumede v President of Republic of South Africa* 2009 (3) SA 152 (CC) 163. Siehe zur verfassungsrechtlichen Verankerung des *customary law* *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 604 f.

<sup>292</sup> *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 31 unter Verweis auf *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 620. Siehe auch *Himonga/Rautenbach*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 35, 35 ff. Angesichts der Koexistenz von europäisch geprägtem Recht und *customary law* sah sich der Gesetzgeber in der Pflicht, in manchen Bereichen die Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung der beiden Rechtssysteme voranzutreiben und erließ u.a. im Familien- und Erbrecht wegweisende Gesetze, die Elemente aus beiden Rechtstraditionen zu vereinen suchten. Vgl. insbes. *Recognition of Customary Marriages Act* 120 of 1998 sowie *Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act* 11 of 2009. Siehe hierzu *Bennett*, in: *Introduction to Legal Pluralism* (4. Aufl. 2014), 35, 46 f.

<sup>293</sup> Siehe unten Kapitel 1 – C.IV. (81).

schem Einfluss hin zur (Wieder)einführung einer Nachlassbeteiligung von Kindern sowie Ehegatten im Wege eines *claim for maintenance*.<sup>294</sup>

### 1. Der Anspruch der Abkömmlinge

Die durch britischen Einfluss ausgeweitete Testierfreiheit bedeutete eine gewisse Schutzlosigkeit insbesondere unterhaltsbedürftiger Kinder des Erblassers, die sich nun nicht mehr auf ihre *legitima portio* berufen konnten.<sup>295</sup> Im Jahr 1906 wurde diese als unbefriedigend empfundene Rechtslage<sup>296</sup> von Seiten der Rechtsprechung abgemildert. Die Klägerin in jenem Fall, der 1906 vor *Chief Justice De Villiers* gelangte, hatte den schon verheirateten Erblasser im Alter von 21 Jahren kennengelernt. Bis der Erblasser 1905 ohne Testament verstarb, gingen aus seiner Verbindung mit der Klägerin Mary Elizabeth Carelse sieben Kinder hervor. Die Klägerin und die nichtehelichen Kinder hatte er zuvor finanziell unterstützt – letztlich also auch hier eine „Geliebtenkonstellation“. Nach seinem Tod verlangte Mary Carelse neben Schadensersatz für ihre Verführung und ein gebrochenes Heiratsversprechen insbesondere die Fortzahlung des Unterhalts.<sup>297</sup>

Die *legitima portio* war abgeschafft. Und so beschäftigte sich *De Villiers CJ* – unter Rückgriff auf Schriften zum römisch-holländischen Recht – mit der Frage, ob die Unterhaltsverpflichtung eines Vaters bei dessen Tod auf die Erben übergehe:<sup>298</sup> *Johannes Voet*, bedeutender niederländischer Jurist (1647–1713), hatte dies in seinem Pandektenkommentar verneint.<sup>299</sup> Das Unbehagen, das *De Villiers CJ* gegenüber dieser Rechtslage verspürte, hielt er nicht zurück:

„An unnatural father possessed of ample means might bequeath all his property to strangers, and leave his own legitimate offspring unprovided for, and a burthen [sic] on the rest of the community.“<sup>300</sup>

Vor diesem Hintergrund folgte er stattdessen der Gegenposition, die er als Ansicht des niederländischen Juristen *Groenewegen* verstand (1613–1652)<sup>301</sup>

<sup>294</sup> Siehe *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 505 f.

<sup>295</sup> Dazu *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 480 f.

<sup>296</sup> Vgl. dazu *Beinart*, *Acta Juridica* 1958, 92, 107.

<sup>297</sup> Zum Sachverhalt siehe *Carelse v Estate De Vries* (1906) 23 SC 532, 532 ff.

<sup>298</sup> Zur Bedeutung der „alten Autoritäten“ für das südafrikanische Recht siehe *Zimmermann*, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, 58 ff.: „[...] Johannes Voet [...] mit seinem Pandektenkommentar, den etwa Lord de Villiers kaum geringer als eine juristische Bibel schätzte“.

<sup>299</sup> *Voet*, *Commentarius ad Pandectas*, 23.2.82 und 25.3.18, übersetzt in *Gane*, *The Selective Voet*, Bd. IV, 23.2.82 (114) und 25.3.18 (373 f.). Dazu *Kahn*, 1994 Supplement, 14; *Beinart*, *Acta Juridica* 1958, 92, 103 ff.

<sup>300</sup> *Carelse v Estate De Vries* (1906) 23 SC 532, 537. Zu diesem Unbehagen *Beinart*, *Acta Juridica* 1958, 92, 107; *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 480 f.

und sprach den Kindern, solange sie sich noch nicht selbst unterhalten konnten, einen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass zu.<sup>302</sup> Die Interpretation der Textstelle sollte sich später als falsch herausstellen. Doch bis dahin waren andere Gerichte der Entscheidung schon derart beständig gefolgt, dass der Unterhaltsanspruch bedürftiger Kinder gegen den Nachlass (*claim for maintenance*) trotz der Fehlinterpretation fester Bestandteil des südafrikanischen Rechts geworden war.<sup>303</sup> *Ellison Kahn* bezeichnete dies als „strange but happy misreading“.<sup>304</sup>

Nachfolgende Entscheidungen schärften die Konturen des Anspruchs.<sup>305</sup> Sowohl minderjährige als auch erwachsene Kinder können den Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass geltend machen.<sup>306</sup> Voraussetzung ist die Bedürftigkeit des Abkömmlings. Die Gerichte berücksichtigen dabei insbesondere, welche Begünstigungen dem Antragsteller aus dem Nachlass zugeflossen sind, scheinen aber eher zurückhaltend zu sein, schon bestehendes Eigenvermögen des Kindes anspruchsmindernd einzubeziehen.<sup>307</sup> Letztlich ist dies eine Entscheidung im Einzelfall.<sup>308</sup> Auch die Höhe des gewährten Unterhalts ist eine einzelfallabhängige Ermessensentscheidung. Sie scheint jedoch nicht auf das Existenzminimum beschränkt zu sein und sich unter anderem am bisherigen Lebensstandard des Kindes zu orientieren.<sup>309</sup>

---

<sup>301</sup> *Groenewegen van der Made*, *De Legibus Abrogatis* (engl. Übersetzung 1975, Bd. II), 34.1.15 (231 f.). Siehe *Carelse v Estate De Vries* (1906) 23 SC 532, 537.

<sup>302</sup> *Carelse v Estate De Vries* (1906) 23 SC 532, 537 f. („means of subsistence“).

<sup>303</sup> Siehe *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 481 (Fn. 29) mit Verweis auf entsprechende Gerichtsentscheidungen; *Kahn*, 1994 Supplement, 15. Siehe auch *Glazer v Glazer* 1963 (4) SA 694 (A) 707: „[...] this error notwithstanding, these decisions have passed into settled law [...]“.

<sup>304</sup> *Kahn*, 1994 Supplement, 12.

<sup>305</sup> Siehe *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 481 f.

<sup>306</sup> Siehe *Hoffmann v Herdan* 1982 (2) SA 274 (T) 275. Siehe auch *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 482 f.; *Kahn*, 1994 Supplement, 16; *Van Heerden/Cockrell/Keightley*, *Boberg's Law of Persons and the Family*, 271. Ob auch entferntere Abkömmlinge – insbesondere Enkel gegen ihre Großeltern – einen derartigen Anspruch haben, ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, siehe dazu *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 42 f.

<sup>307</sup> Siehe dazu *Van Heerden/Cockrell/Keightley*, *Boberg's Law of Persons and the Family*, 275 m.w.N. in Fn. 33; *Kahn*, 1994 Supplement, 16; *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 484 f. Vgl. bspw. *Christie v Estate Christie* 1956 (3) SA 659 (N) 663.

<sup>308</sup> So wurde im Fall einer schon erwachsenen und verheirateten Tochter erwogen, ob nicht der Ehepartner die Bedürftigkeit abzuwenden vermag, siehe *Ex parte Jacobs* 1982 (2) SA 276 (O). Dazu *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 42 (Fn. 79).

<sup>309</sup> Dazu *Van Heerden/Cockrell/Keightley*, *Boberg's Law of Persons and the Family*, 276; *Van Zyl*, in: *LAWSA* Bd. XVI, Ziffer 215. Vgl. auch *Ex Parte Insel* 1952 (1) SA 71 (T) 74 f.

## 2. Der Anspruch des überlebenden Ehegatten

Im Gegensatz zu dem durch die Rechtsprechung etablierten Anspruch der Kinder hatten überlebende Ehegatten in Südafrika lange Zeit keine Möglichkeit, gegen den Willen des Erblassers am Nachlass teilzuhaben.<sup>310</sup>

Einst hatte der Güterstand der Gütergemeinschaft dem überlebenden Ehegatten (und insbesondere der Frau) finanziellen Schutz beim Tod des anderen geboten – der Überlebende erhielt die Hälfte des gemeinsamen Gutes.<sup>311</sup> Doch verblasste dieser güterrechtliche Mechanismus im Laufe der Zeit, da es in Südafrika üblich wurde, die Gütergemeinschaft per Ehevertrag auszuschließen. Dies ließ den überlebenden Ehegatten mitunter schutzlos zurück – meist traf es die Witwe.<sup>312</sup>

Ein solcher Fall führte 1963 zur Entscheidung *Glazer v Glazer*. Die Eheleute hatten die Gütergemeinschaft ehevertraglich ausgeschlossen und die Witwe fand letztlich keine Berücksichtigung im Testament ihres Mannes.<sup>313</sup> Chief Justice Steyn lehnte allerdings eine weitere Rechtsfortbildung im Sinne eines postmortalen Unterhaltsanspruchs zugunsten des überlebenden Ehegatten ab. Neben Ausführungen zum römisch-holländischen Recht<sup>314</sup> stützte er dies unter anderem auf die Erwägung, man dürfe die Fehlinterpretation, die zu einem Anspruch der Kinder geführt habe, nicht noch weiter auf den überlebenden Ehegatten ausdehnen.<sup>315</sup> Die fortdauernde Schutzlosigkeit des überlebenden Ehegatten rief allerdings Kritik hervor. So mahnte *H. R. Hahlo*:

---

<sup>310</sup> „South Africa was [...] well behind the times in providing post-mortuary family support. In the Western world the law of every state – or practically every state – made provision for a minimum share [...] or a claim for maintenance to a surviving spouse at a time when South Africa was preening itself on its freedom of testation“, *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 44.

<sup>311</sup> Siehe *Kahn*, 1994 Supplement, 18; *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 295 f. und 304.

<sup>312</sup> Siehe *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 5 ff.; *Kahn*, 1994 Supplement, 18 f.; *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 486. Vgl. auch die Zahlen bei *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 313. Für „blacks“ bestand nach section 22 (6) Black Administration Act 38 of 1927 seit 1929 grds. Gütertrennung. Erst seit 1988 gelten die gleichen Regeln wie auch für den Rest der Bevölkerung, siehe *Kahn*, 1994 Supplement, 18 f.; *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 486 f. (auch zur Wortwahl bzgl. der Hautfarbe). Zum Black Administration Act auch noch unten Kapitel 1 – C.IV.2. (83).

<sup>313</sup> Siehe zum Sachverhalt *Glazer v Glazer* 1963 (4) SA 694 (A) 700 f.

<sup>314</sup> *Steyn CJ* verneinte die Fortgeltung römischer Novellengesetzgebung zugunsten einer bedürftigen Witwe (Nov. 53.6 und Nov. 177.5) im geltenden südafrikanischen Recht, *Glazer v Glazer* 1963 (4) SA 694 (A) 703 ff. Zu diesen Novellen im römischen Recht *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 288 ff.

<sup>315</sup> *Glazer v Glazer* 1963 (4) SA 694 (A) 706 f.: „It would be an innovation by way of the extension of an error [...]“. Siehe dazu auch *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 307: „This decision has put an end to any possibility of judicial resuscitation of these fairly

„South African law is probably the only legal system in the world today under which a man, without any good reason, may completely disinherit his wife and children in favour of more remote relatives or strangers. [...] it is by no means unknown that a cantankerous old man, for no discoverable reason, disinherits his family completely. It is submitted that cases of this kind [...] should not be tolerated in a civilized system of law, and the Law Revision Committee might well turn its attention to this matter.“<sup>316</sup>

Mehrere Reformvorhaben scheiterten, mal aus Angst vor zu weitgehender Beschränkung der Testierfreiheit, mal aus Praktikabilitätsabwägungen.<sup>317</sup> Auch ein der deutschen Zugewinnngemeinschaft ähnlicher neuer Güterstand verbesserte die Situation des überlebenden Ehegatten nur geringfügig.<sup>318</sup> Den Durchbruch brachte schließlich eine 1987 veröffentlichte Stellungnahme der *Law Commission*. Die Kommission erörterte drei Modelle für eine mögliche Reform: *legitimate portion* (fixer Anteil), *equitable share* (ermessensbasierter Anteil) sowie *claim for maintenance* (bedürfnisabhängiger Unterhaltsanspruch). Dass sie sich letztlich für den bedürfnisabhängigen Unterhaltsanspruch aussprach, scheint vor allem drei Gründe zu haben.

So war die Kommission der Ansicht, die öffentliche Meinung deute auf eine soziale Norm hin, den überlebenden Ehegatten nicht unversorgt zurückzulassen.<sup>319</sup> Dementsprechend sah man in einem postmortalen Unterhaltsanspruch auch die passendste Lösung. Die Modelle der *legitimate portion* und des *equitable share* brachte man dagegen nicht mit einem solchen Versorgungsgedanken in Verbindung, sondern sah sie eher in sittlich-moralischen

---

commendable laws of Justinian, and it is difficult to question the conclusion reached by the Court, as the whole history of these laws is wrapped in some uncertainty, but it can be said that the decision could [...] possibly just as readily have gone the other way. The actual provisions of the Novels may now be dead, but their spirit [...] remains“. Vgl. auch *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 43.

<sup>316</sup> *Hahlo*, SALJ 75 (1958), 126. Siehe auch *Hahlo*, SALJ 81 (1964), 1, 2; *Beinart*, SALJ 70 (1953), 280, 297; *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 322.

<sup>317</sup> Siehe zum 1969 vorgelegten Family Maintenance Bill sowie zum 1983 eingebrachten Vorschlag bzgl. des Matrimonial Property Bill *Kahn*, 1994 Supplement, 19 f.; *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 489 f.; *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 15.

<sup>318</sup> Eingeführt wurde das accrual system durch den Matrimonial Property Act 88 of 1984 für den Fall eines ehevertraglichen Ausschlusses der Gütergemeinschaft (siehe section 2). Zur Ähnlichkeit mit der deutschen Zugewinnngemeinschaft vgl. *Sonnekus*, in: *Family Law Service*, Ziffer B7 ff. (und B1 Fn. 8). Zum accrual system und seinen Vor- und Nachteilen siehe *Sonnekus*, in: *Family Law Service*, Ziffer B1; *Du Toit*, in: *Exploring the Law of Succession*, 67, 72; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 44.

<sup>319</sup> *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 1 und 14 f. Der Report bezog sich auch auf Stellungnahmen zur Reform, die die Kommission aus der Gesellschaft erhalten hatte.

Erwägungen verwurzelt (*moral right to share*).<sup>320</sup> Gegenüber Aspekten moralischen Einschlags war die Kommission generell recht kritisch eingestellt.<sup>321</sup> Zweitens war die Kommission bestrebt, den Eingriff in die Testierfreiheit möglichst gering zu halten. Die *legitimate portion* würde alle überlebenden Ehegatten begünstigen, wohingegen ein Unterhaltsanspruch auf Fälle konkreter Bedürftigkeit beschränkt bliebe. Da überlebende Ehegatten nur in wenigen Fällen bedürftig zurückgelassen würden, sei die Wiederbelebung einer *legitimate portion* eine zu drastische Beschränkung der in Südafrika inzwischen so fest verwurzelten Testierfreiheit.<sup>322</sup> Und schließlich sah man den großen Vorteil eines *claim for maintenance* in Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit.<sup>323</sup>

Die Empfehlungen der *Law Commission* wurden angenommen und führten 1990 zum Inkrafttreten des *Maintenance of Surviving Spouses Act*.<sup>324</sup> Danach hat nun auch der überlebende Ehegatte (bis zu seinem Tod oder seiner Wiederverheiratung) einen bedürfnisabhängigen Anspruch auf Unterhalt aus dem Nachlass (*reasonable maintenance needs*).<sup>325</sup> Als problematisch erwies sich die Frage, welche Verbindungen als Ehe anzuerkennen sind und wer dementsprechend als überlebender Ehegatte gilt. Gesetzgeber und *Constitutional Court* gaben den Begriffen deutlichere Konturen.<sup>326</sup> So sind inzwischen auch monogame und polygame Ehen nach *customary law*<sup>327</sup>, Ehen nach islamischem Recht<sup>328</sup> sowie gleich- oder verschiedengeschlechtliche Partnerschaften nach dem *Civil Union Act* erfasst.<sup>329</sup> Eine Ausdehnung auf nichtehe-

---

<sup>320</sup> *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 18 f. und 24. Mit der equitable portion Anleihen beim englischen Recht zu nehmen, hielt man außerdem für unangebracht.

<sup>321</sup> Vgl. *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 33 f.

<sup>322</sup> Siehe *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 19 und 23.

<sup>323</sup> *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 19 f.

<sup>324</sup> *Maintenance of Surviving Spouses Act* 27 of 1990.

<sup>325</sup> Section 2 (1): „If a marriage is dissolved by death [...] the survivor shall have a claim against the estate of the deceased spouse for the provision of his reasonable maintenance needs until his death or remarriage in so far as he is not able to provide therefor from his own means and earnings“. Die Unterhaltsansprüche der Kinder und des überlebenden Ehegatten bestehen in Südafrika nicht nur im Falle einer restlosen Enterbung, sondern auch wenn die Höhe einer letztwilligen Zuwendung oder der gesetzliche Erbteil für einen ausreichenden Unterhalt nicht genügen. Siehe zum Ganzen auch *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 491 ff. sowie *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 41 ff.

<sup>326</sup> Siehe hierzu *Jamneck/Rautenbach/Paleker/Van der Linde/Wood-Bodley*, *The Law of Succession in South Africa*, 133 ff.; *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 492 ff. sowie *Du Toit*, SALJ 126 (2009), 463.

<sup>327</sup> Siehe section 2 *Recognition of Customary Marriages Act* 120 of 1998.

<sup>328</sup> Hier sind neben monogamen (*Daniels v Campbell* 2004 (5) SA 331 (CC) 349 f.) wohl auch polygame Ehen nach islamischem Ritus erfasst (*Hassam v Jacobs* [2008] 4 All SA 350 (C) 358). Dazu *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 493 f.

<sup>329</sup> Siehe section 13 *Civil Union Act* 17 of 2006.

liche Lebensgemeinschaften wurde vom *Constitutional Court* im Jahre 2005 abgelehnt.<sup>330</sup> Der *Supreme Court of Appeal* betont zudem ausdrücklich die Beschränkung des Anspruchs auf die Unterhaltsbedürfnisse.<sup>331</sup> Zur Bestimmung des angemessenen Unterhalts gibt das Gesetz eine (nicht abschließende) Liste relevanter Kriterien an die Hand.<sup>332</sup>

Die einstigen finanziellen Schutzmechanismen für hinterbliebene Familienangehörige – teils gezielt aufgehoben, teils im Laufe der Zeit erodiert – lebten im Zuge des 20. Jahrhunderts in neuem Gewand wieder auf und stellen heute anerkannte Beschränkungen der Testierfreiheit dar.<sup>333</sup> „The story of family provision in South Africa [...] has thus come full circle“, schreibt *Marius de Waal*.<sup>334</sup>

### III. Geliebtentestament: vergleichbare Fälle

Auch für Südafrika soll nun untersucht werden, ob es Fälle gibt, die mit der deutschen Diskussion um Geliebtentestamente und andere unzumutbare Zurücksetzungen naher Angehöriger vergleichbar sind und wie rechtlich mit ihnen umgegangen wird. Es wird also auch hier insbesondere auf Sachverhalte geblickt, in denen eine außereheliche Partnerin oder andere familienfremde Personen begünstigt wurden. Von besonderem Interesse ist die Frage, ob – ähnlich wie in Deutschland – die sittlich-moralische Bewertung eine Rolle in den Entscheidungen spielt.

In der südafrikanischen Literatur wurde ein Übergehen nächster Angehöriger im Testament teilweise als verwerflich bezeichnet<sup>335</sup> und vereinzelt postu-

---

<sup>330</sup> *Volks v Robinson* 2005 (5) BCLR 446 (CC). Siehe dazu auch *Jamneck/Rautenbach/Paleker/Van der Linde/Wood-Bodley*, *The Law of Succession in South Africa*, 135 f.; *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 494 (Fn. 141).

<sup>331</sup> „Reasonable maintenance must exclude extravagant demands of maintenance and a surviving spouse who cannot show that he or she is not able to maintain him- or herself is not eligible for maintenance from the deceased’s estate“, *Friedrich v Smit* 2017 (4) SA 144 (SCA) 150.

<sup>332</sup> Darunter die Größe des Nachlasses, finanzielle Bedürfnisse und zur Verfügung stehende Mittel, die Dauer der Ehe, der Lebensstandard sowie das Alter des überlebenden Ehegatten, vgl. section 3 Maintenance of Surviving Spouses Act 27 of 1990. Der Anspruch besteht auch nur insoweit, als die Bedürfnisse nicht mit eigenem Vermögen und Einkommen bestritten werden können, siehe die Legaldefinition in section 1 unter „own means“. Siehe dazu auch *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 494 ff.; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 45.

<sup>333</sup> Im Überblick *Du Toit*, in: *Exploring the Law of Succession*, 67, 71 ff.

<sup>334</sup> *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 505.

<sup>335</sup> *Hahlo*, SALJ 75 (1958), 126 („[...] cases of this kind [...] should not be tolerated in a civilized system of law [...]“). Siehe ähnlich kritisch *Beinart*, SALJ 70 (1953), 280, 297; *Beinart*, *Acta Juridica* 1958, 92, 92; *Roux*, *De Rebus* 2013, 48, 50 („[...] whether it is morally acceptable is another question [...]“).

lierte man ein moralisches Anrecht auf Nachlassteilhabe.<sup>336</sup> Diese Äußerungen stehen allerdings überwiegend in Zusammenhang mit der Kritik an der Schutzlosigkeit des überlebenden Ehegatten vor 1990 und der diesbezüglich geführten Reformdiskussion.<sup>337</sup> Eine Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung wegen Zurücksetzung naher Angehöriger auf Grundlage von *public policy* oder *boni mores* wird grundsätzlich nicht in Erwägung gezogen.<sup>338</sup>

Unter den veröffentlichten südafrikanischen Entscheidungen scheinen Fälle, in denen ein Erblasser seine nächsten Angehörigen übergeht und den Nachlass einer außerehelichen Geliebten oder sonstigen familienfremden Personen zukommen lässt, noch spärlicher gesät zu sein als in England.<sup>339</sup> Die geringen Entscheidungszahlen zu den hier interessierenden Konstellationen können verschiedene Ursachen haben. Unter anderem muss der postmortale Unterhaltsanspruch (anders als in England) nicht zwingend gerichtlich geltend gemacht werden, sondern wird zunächst gegenüber *executor* oder *Master* erklärt.<sup>340</sup> So kann über den Anspruch schon auf dieser Ebene und ohne Einblick der Öffentlichkeit entschieden werden. Des weiteren stand dem überlebenden Ehegatten bis 1990 überhaupt keine derartige Nachlassteilhabe zu, weswegen es bis zu diesem Zeitpunkt auch keine Gerichtsentscheidungen geben konnte. Das „Geliebtentestament“ existiert im südafrikanischen Diskurs auch nicht als eigenständige Fallgruppe.

Dennoch soll untersucht werden, ob aus Entscheidungen zum *claim for maintenance* und weiteren Rechtsinstituten, die übergangenen Angehörigen Handhabe gegen die Benachteiligung bieten können, eine richterliche Hal-

---

<sup>336</sup> Siehe *Hahlo*, SALJ 76 (1959), 435, 447 („moral claim“); *Rowland*, *Codicillus* 11 (1970), 4, 10 („moral obligation“). Vgl. auch *Roux*, *De Rebus* 2013, 48, 50. Kritisch dagegen *Lehmann*, *Acta Juridica* 2014, 9, 39.

<sup>337</sup> Siehe bspw. *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 312 ff. mit dem Titel „The Forgotten Widow“; *Rowland*, *Codicillus* 11 (1970), 4, 8 ff.

<sup>338</sup> *Roux*, *De Rebus* 2013, 48, 50 scheint als einziger eine Unwirksamkeit in Betracht zu ziehen. Die Rechtsgrundlage bleibt unklar: „Effectively, this will bring morality into dispute, which would be challenging to prove in a court, but [...] may well have the result that the will may be declared invalid“.

<sup>339</sup> Die anzutreffenden Fälle betreffen nicht selten wiederverheiratete Erblasser und damit Streitigkeiten zwischen „erster“ und „zweiter“ Familie. Siehe bspw. *In Re Estate Visser* 1948 (3) SA 1129 (C); *Ex parte Zietsman: In Re Estate Bastard* 1952 (2) SA 16 (C); *Friedrich v Smit* 2017 (4) SA 144 (SCA). Mit der Aussage, dass eine Enterbung der Familie zwar selten vorkomme aber dennoch bekannt sei siehe *Hahlo*, SALJ 75 (1958), 126; *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 10 ff.; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 44.

<sup>340</sup> Siehe dazu *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 45 f.; *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 498 f.; *Friedrich v Smit* 2017 (4) SA 144 (SCA) 150. Vgl. auch section 35 (7) bis (10) Administration of Estates Act 66 of 1965. Zur Nachlassabwicklung in Südafrika und den Aufgaben von *executor* und *Master* siehe *De Waal/Schoeman-Malan*, *Law of Succession*, 237 ff.

tung zur Zurücksetzung dieser Personen abgelesen werden kann und welche Rolle moralische Argumente in diesem Zusammenhang spielen.

### 1. *Claim for maintenance*

Der postmortale Unterhaltsanspruch eines Kindes geht auf die Entscheidung *Carelse v Estate De Vries* zurück.<sup>341</sup> Zwar handelte es sich in diesem Fall nicht um die Konstellation eines Geliebtentestaments – klagte doch gerade die unversorgte außereheliche Partnerin auf postmortalen Unterhalt für die nichtehelichen Kinder. Doch ließ *Chief Justice De Villiers* zweierlei Dinge durchblicken: Einerseits störte ihn sichtlich die Schutzlosigkeit der Kinder. Dass ein „unnatural father“ all sein Vermögen Fremden zuwenden und seine eigenen Kinder bedürftig zurücklassen könne, bewog ihn wohl letztlich dazu, den Anspruch zu bejahen.<sup>342</sup> Andererseits wollte er ihnen aber auch nicht mehr als die Sicherung der Existenzgrundlage gewähren und erklärte:

„To do more would be against the policy of the law, which discourages all illicit relations between the sexes; to do less would be absolute cruelty to the innocent illegitimate offspring, besides being a gross injustice towards the mother in throwing upon her the whole burthen [sic] of maintaining the children, for whose existence the deceased was primarily responsible.“<sup>343</sup>

*De Villiers CJ* unterstreicht also zum einen die natürliche Pflicht eines Vaters, für seine Abkömmlinge zu sorgen und die Mutter der Kinder bei deren Unterhalt zu unterstützen, hebt aber auch hervor, dass die Rechtsordnung unerlaubten Beziehungen zwischen den Geschlechtern entgegenrete.

Mit Blick auf die angesprochene Versorgungspflicht fällt unter den Folgeentscheidungen insbesondere *In Re Estate Visser* aus dem Jahr 1948 ins Auge. Der Erblasser hatte den Hof seinem ältesten Sohn aus erster Ehe hinterlassen. Den postmortalen Unterhaltsanspruch der minderjährigen Tochter aus zweiter Ehe stützte *Thompson AJ* auf die mit *Carelse v Estate De Vries* begonnene Rechtsprechungslinie und bezeichnete den Anspruch als eine aus Pflicht und natürlichem Recht folgende Haftung.<sup>344</sup> Doch bezog er sich mit dieser Aussage ausdrücklich auf die lebzeitige Unterhaltspflicht eines Va-

---

<sup>341</sup> Siehe dazu oben Kapitel 1 – C.II.1. (68).

<sup>342</sup> Der Erblasser war im hiesigen Fall allerdings intestat verstorben, sein Vermögen kam also seinen ehelichen Kindern zugute.

<sup>343</sup> *Carelse v Estate De Vries* (1906) 23 SC 532, 538.

<sup>344</sup> Siehe *In Re Estate Visser* 1948 (3) SA 1129 (C) 1134 (Afrikaans): „Afgesien van die feit dat dit in die belang van vastigheid in die reg klaarblyklik wenslik is om hierdie sake te volg, meen ek – met respek – dat hierdie beslissings volkome in ooreenstemming is met die bogemelde beginsel van aanspreeklikheid ex pietate of jure naturali [...]“. Siehe dazu auch *Van Zyl*, in: LAWSA Bd. XVI, Ziffer 215.

ters<sup>345</sup> und sah keine spezifisch erbrechtliche Haftung begründet. Vielmehr betrachtete er den postmortalen Unterhaltsanspruch als Fortsetzung des lebzeitigen – wie es schon *De Villiers CJ* in *Carelse v Estate De Vries* postuliert hatte. Der Anspruch sei daher auch keine Beschränkung der Testierfreiheit. Es gehe hier nicht um einen Eingriff in das Testament – das Gericht schütze lediglich die Rechte der Kinder.<sup>346</sup>

Spätere Entscheidungen folgten dieser Konzeption der postmortal fortgesetzten Unterhaltsverpflichtung. Über Verweise auf die in *In Re Estate Visser* angesprochene natürliche Unterhaltungspflicht hinaus wurden keine sittlich-moralischen Erwägungen für eine zwingende Nachlassteilgabe der Abkömmlinge ins Feld geführt.<sup>347</sup> Es wird vielmehr deutlich, dass die Gerichte die Nachlassteilgabe mit Bedacht handhaben. Denn sowohl Kinder als auch überlebende Ehegatten müssen ihre Anspruchsberechtigung (also insbesondere ihre Bedürftigkeit) hinreichend beweisen. Nicht wenige Klagen scheiterten an dieser Beweisschwelle.<sup>348</sup>

Für den vergleichenden Blick auf das Geliebtentestament sind kaum Sachverhalte ersichtlich, in denen Familienmitglieder zugunsten eines außerehelichen Partners zurückgesetzt wurden und sodann postmortalen Unterhalt forderten. Entsprechend schwierig erscheint es, eine Aussage zu treffen, inwieweit sich sexualmoralische Wertungen (erb)rechtlich niederschlagen. In den wenigen einschlägigen Entscheidungen zeigt sich keine sittlich-moralische Argumentation. Und auch die von *De Villiers CJ* gegen unerlaubte Beziehungen ins Feld geführte *policy of the law* findet keine Erwähnung mehr.<sup>349</sup>

---

<sup>345</sup> Siehe auch die in diesem Zusammenhang zitierten Digestenstellen bei *In Re Estate Visser* 1948 (3) SA 1129 (C) 1133.

<sup>346</sup> „Vryheid van erflating bedoel dat ‘n kind geen aanspraak het om enige deel van sy ouer se boedel ex testamento te verkry nie: maar daardie vryheid van erflating kann nie aangeroop word nie om die erfater se verpligting om sy kinders te onderhou te ontduik nie. Dit is nie ‘n kwessie van verandering van die testament nie: die Hof beskerm slegs die regte van die kinders“, *In Re Estate Visser* 1948 (3) SA 1129 (C) 1135 (Afrikaans). Heute werden die Ansprüche von Kindern und überlebendem Ehegatten durchaus als Testierschranken betrachtet, vgl. *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 4; *Lehmann*, Acta Juridica 2014, 9, 11.

<sup>347</sup> Vgl. bspw. *Ex parte Zietsman: In Re Estate Bastard* 1952 (2) SA 16 (C) 21; *Du Toit v Thomas* 2016 (4) SA 571 (WCC) 574.

<sup>348</sup> So im Falle von Abkömmlingen *Couper v Flynn* 1975 (1) SA 778 (R); *Ex parte Jacobs* 1982 (2) SA 276 (O); *Van Zyl v Serfontein* 1989 (4) SA 475 (C) und für überlebende Ehegatten *Friedrich v Smit* 2017 (4) SA 144 (SCA) 150 f.

<sup>349</sup> Vgl. bspw. *Davis' Tutor v Estate Davis* 1925 WLD 168: der Erblasser lebte von seiner Ehefrau getrennt, enterbte seine minderjährige Tochter und begünstigte stattdessen eine familienfremde Dame (deren genaues Verhältnis zum Erblasser unklar bleibt). Das Gericht sprach der Tochter regelmäßige Unterhaltszahlungen aus dem Nachlass zu. Sittlich-moralische Argumente werden nicht bemüht; das Urteil ist von einem sachlich-neutralen Blick auf die Bedürfnisse des Kindes geprägt.

Löst man sich etwas vom erbrechtlichen Kontext, so gerät die Entscheidung *Bopape v Moloto* ins Blickfeld.<sup>350</sup> Ein verheirateter Familienvater hatte eine außereheliche Affäre begonnen und seiner Geliebten aus dem gemeinsamen Vermögen der Ehegatten große Summen für den Bau eines Hauses zukommen lassen. Die Ehefrau forderte das Geld zurück und berief sich dabei auf eine Bestimmung des *Matrimonial Property Act*, nach der Schenkungen aus dem gemeinsamen Vermögen ohne Zustimmung des anderen Teils unwirksam sind.<sup>351</sup> Von Interesse ist hier der richterliche Blick auf den Sachverhalt. *Maritz AJ* schien sich am Vorgehen des außerehelichen Paares durchaus zu stören:

„There is not much to be said morally for defendant [Geliebte] and second plaintiff [Familienvater] [...] it would smack of injustice if a paramour were to be allowed to retain gains which are clearly prejudicial to a joint estate.“<sup>352</sup>

*Maritz AJ* betonte allerdings ausdrücklich, er wolle sein Urteil nicht durch moralische Erwägungen trüben lassen.<sup>353</sup> Interessanterweise findet sich in dieser Entscheidung ein Argumentationsstrang, der an die im Rahmen des deutschen Geliebtentestaments etablierte Formel von Belohnung und Fortsetzung der geschlechtlichen Beziehung erinnert. Der Parteivertreter der Geliebten hatte vorgebracht, es handele sich nicht um eine Schenkung im Sinne des *Matrimonial Property Act*, da der Mann mit den Zuwendungen schließlich auch einen eigenen Vorteil verfolge, indem er damit die Affäre fördere und intensiviere.<sup>354</sup> Der innere Zusammenhang von außerehelicher Beziehung und Rechtsgeschäft wird allerdings nicht für dessen Unwirksamkeit in Stellung gebracht, sondern soll umgekehrt gerade die Anwendbarkeit jener Norm verhindern, die zur Unwirksamkeit führen würde. Das Gericht wies das Argument zurück und ordnete die Rückzahlung der geflossenen Gelder an.<sup>355</sup> Obwohl das Urteil letztlich auf einer recht sachlichen Subsumtion unter die Norm des *Matrimonial Property Act* beruht, lässt sich erkennen, dass außereheliche Beziehungen – gerade wenn sie zum finanziellen Nachteil des Familienvermögens geraten – durchaus als anstößig empfunden werden.

Obwohl man aus Fällen wie *Carelse v Estate De Vries* oder *Bopape v Moloto* herauslesen kann, dass außereheliche Beziehungen bisweilen mit (mora-

---

<sup>350</sup> *Bopape v Moloto* [1999] JOL 5288 (T).

<sup>351</sup> Section 15 (3) (c) *Matrimonial Property Act* 88 of 1984.

<sup>352</sup> *Bopape v Moloto* [1999] JOL 5288 (T) 4 und 10.

<sup>353</sup> „[...] but I will endeavour not to have my judgment clouded thereby“, *Bopape v Moloto* [1999] JOL 5288 (T) 4.

<sup>354</sup> Und das Gericht gesteht zu: „It is difficult to imagine an unfaithful husband acting out of pure liberality in showering his paramour with gifts“, *Bopape v Moloto* [1999] JOL 5288 (T) 11.

<sup>355</sup> *Bopape v Moloto* [1999] JOL 5288 (T) 10 f.: „[...] there is no room for limiting the plain meaning of the act in such a gratuitous manner.“

lischer) Skepsis betrachtet wurden, hat dies auf testamentarische Zuwendungen keine rechtlichen Auswirkungen.<sup>356</sup> So scheint die Gewährung des postmortalen Unterhaltsanspruchs von sittlich-moralischen Erwägungen nicht erkennbar beeinflusst zu werden.

Dies muss jedoch nicht bedeuten, dass enterbte oder übergangene Angehörige in Südafrika nicht versuchen würden, die letztwillige Verfügung auf anderem Wege anzugreifen, um in den Genuss eines früheren und zu ihren Gunsten lautenden Testaments oder der Intestaterbfolge zu kommen.<sup>357</sup> Und so sollen über die Fälle des postmortalen Unterhaltsanspruchs hinaus – ähnlich wie auch schon zum englischen Recht – schlaglichtartig weitere Rechtsinstitute betrachtet werden, die von zurückgesetzten Familienangehörigen gegen die Wirksamkeit eines Testaments in Stellung gebracht werden können. In Südafrika scheint dies nicht zuletzt deshalb angebracht, da der überlebende Ehegatte bis 1990 keine Möglichkeit der Nachlassteilhabe im Falle einer Enterbung hatte. Betrachtet werden namentlich die Anforderungen an den Widerruf eines Testaments (*revocation*), die Testierfähigkeit des Erblassers (*testamentary capacity*) sowie die unzulässige Einflussnahme auf dessen Willen (*undue influence*).

## 2. Widerruf (*revocation*)

Anfang des 20. Jahrhunderts sind zwei Fälle beachtenswert, die sich um den Widerruf eines Testaments drehen. In *Shearer v Shearer's Executors* hatte der Erblasser ein Testament zugunsten seiner Geschwister errichtet. Er heiratete und bekam Kinder, änderte jedoch nicht sein Testament. Die Ehefrau brachte vor, Heirat und Geburt der Kinder führten automatisch zum Widerruf des Testaments, was die Kinder zu Alleinerben nach Intestaterbfolge gemacht hätte.<sup>358</sup>

In *Vimpany v Attridge* hatte der Erblasser dagegen zunächst seine Kinder zu Erben eingesetzt, dann jedoch ein neues Testament zugunsten einer (wohl nicht zur Familie gehörenden) Dame verfasst. Seine Kinder behaupteten, ein Testament zugunsten der Abkömmlinge müsse ausdrücklich widerrufen werden, eine lediglich abweichende Verfügung genüge nicht für einen Widerruf. Dadurch wären sie in den Genuss des früheren Testaments gekommen.<sup>359</sup>

---

<sup>356</sup> Siehe auch *Hodges v Coubrough* 1991 (3) SA 58 (D) 66. *Didcott J* lehnte es dort zwar ab, den postmortalen Unterhaltsanspruch überlebender Ehegatten auch auf zuvor geschiedene Ehegatten zu erstrecken, betonte aber zugleich (obiter) die Möglichkeit, derartige Zahlungen vertraglich oder testamentarisch anzuordnen: „Everybody may bind his estate, by contract no less firmly than by will, to pay maintenance after his death. And he may settle the maintenance on whomsoever he chooses, on his current wife, a former wife, a mistress, an employee or anyone else“.

<sup>357</sup> Zur Problematik letztwilliger Diskriminierung ausführlich in Kapitel 3 (319).

<sup>358</sup> *Shearer v Shearer's Executors* 1911 CPD 813.

<sup>359</sup> *Vimpany v Attridge* 1927 CPD 113.

Die Argumentations- und Vorgehensweise des Gerichts ähnelt sich in beiden Fällen: Zunächst befasste sich das Gericht mit römisch-holländischen Quellen und wies auf Basis der so festgestellten Rechtslage das Vorbringen der Parteien zurück. Das Ergebnis wurde aber jeweils noch durch einen Verweis auf den Geist des *Succession Act* aus dem Jahr 1874 untermauert, der unter britischem Einfluss die *legitimate portion* abgeschafft und damit die Testierfreiheit gestärkt hatte.<sup>360</sup> Die Entscheidungen veranschaulichen nicht nur das doppelte koloniale Erbe des südafrikanischen Rechts, sondern zeigen vor allem auch, welchen Einfluss das Gesetz von 1874 auf die Reichweite der Testierfreiheit hatte – gerade auch im Bewusstsein der Richter. Man scheint zugunsten übergangener Familienmitglieder kein moralisches Auge zuzudrücken. Und so beginnt das Urteil in *Shearer v Shearer's Executors* mit den Worten:

„It certainly appears to be somewhat of a hard case for the plaintiff, who is suddenly left penniless with three small children [...] but the question to consider is: has she any legal claim on behalf of these children?“<sup>361</sup>

### 3. Testierfähigkeit (*testamentary capacity*) und *undue influence*

Bei der Beurteilung der Testierfähigkeit berücksichtigt auch die südafrikanische Rechtsprechung die Frage, ob der Erblasser in der Lage war, die Anrechte verschiedener Personen auf eine Begünstigung zu verstehen, und so gegebenenfalls den Willen bilden konnte, sie von einem Anteil auszuschließen.<sup>362</sup> Die Ähnlichkeit der Formel zum englischen Recht ist kaum verwunderlich, nehmen doch einige Urteile ausdrücklich Bezug auf englische Entscheidungen wie *Harwood v Baker* oder *Banks v Goodfellow*.<sup>363</sup> Doch auch in Südafrika ist an dieser Stelle nicht erkennbar, dass die Rechtsprechung die Testierfähigkeit für die Sicherung einer Nachlassteilhabe der Familie benutzte.<sup>364</sup>

---

<sup>360</sup> Das Gericht kam im ersten Fall zum Schluss, dass eine Eheschließung nicht als Widerruf eines Testaments wirke (*Shearer v Shearer's Executors* 1911 CPD 813, 821); im zweiten Fall, dass ein zulasten der Kinder wirkendes neues Testament das frühere nicht ausdrücklich widerrufen müsse (*Vimpany v Attridge* 1927 CPD 113, 115 ff.).

<sup>361</sup> *Shearer v Shearer's Executors* 1911 CPD 813, 819. Ein hilfsweise geltend gemachter postmortaler Unterhaltsanspruch der Kinder scheiterte an der Überschuldung des Nachlasses.

<sup>362</sup> Siehe bspw. *Naidoo v Crowhurst* [2010] 2 All SA 379, 384 f.; *Katz v Katz* [2004] 4 All SA 545, 552 Vgl. auch section 4 Wills Act 7 of 1953 und dazu *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 36 ff.

<sup>363</sup> Siehe bspw. *Harlow v Becker* 1998 (4) SA 639 (D) 644 f.; *Kirsten v Bailey* 1976 (4) SA 108 (C) 110. Siehe zu diesen englischen Entscheidungen oben Kapitel 1 – B.II.2. (53).

<sup>364</sup> Ein derartiger Eindruck, der bspw. bei der Lektüre von *Harlow v Becker* 1998 (4) SA 639 (D) 648 zunächst entstehen kann, wenn das Gericht das Testament zugunsten eines Familienfremden für unwirksam erklärt und damit das frühere Testament zugunsten der Abkömmlinge zur Geltung bringt („[...] unable to form a rational appreciation of the claims of those who were her heirs under the 1990 will and unable to form an intelligent

Ähnlich verhält es sich mit der Doktrin der *undue influence*, für deren Vorliegen eine hohe Schwelle angesetzt wird. So muss die unbotmäßige Beeinflussung die Intensität von Zwang erreichen, um eine letztwillige Verfügung unwirksam zu machen.<sup>365</sup> Ein Urteil lohnt insofern einen näheren Blick, als sich Richter *Van der Westhuizen* dort nicht nur mit der Doktrin der *undue influence* auseinandersetzte, sondern auch das Verhältnis von Testierfreiheit und Moral beleuchtete. Nachdem der Erblasser eine intime Beziehung mit einer Frau begonnen hatte, errichtete er ein Testament zu ihren Gunsten. Damit widerrief er ein früheres Testament, in dem seine Eltern begünstigt waren. Nachdem der Erblasser verstorben war, brachten die Eltern vor, die Freundin des Erblassers habe ihn manipuliert und ausgenutzt, weshalb das Testament wegen *undue influence* unwirksam sei.<sup>366</sup> Dazu meinte *Van der Westhuizen* zunächst einleitend (übersetzt aus Afrikaans):

„Doch respektieren wir die Wünsche einer nicht mehr unter uns weilenden Person in einem Maße, dass es rechtlich zulässig ist, alles Eigentum sprichwörtlich an den Lieblings-Gastwirt oder den Tierschutzverband zu vermachen, selbst auf Kosten des Ehegatten und der Kinder [...] Das Recht ehrt den Wunsch eines Toten, selbst wenn er Hass und Neid unter den nahestehenden Überlebenden verursacht oder himmelschreiend unbillig erscheint. Nur wo bewiesen werden kann, dass eine testamentarische Anordnung einer verstorbenen Person die Folge von Zwang oder unangemessener Beeinflussung ist, wird dies nicht rechtlich anerkannt. Die offensichtliche Unbilligkeit oder Unsittlichkeit, wenn eine Person den lebenslang treuen Ehepartner bedürftig zurücklässt, um am Ende die Lieblingsprostituierte in Luxus leben zu lassen, wiegt nicht den Respekt auf, den das Recht für die Wünsche der Toten hat.“<sup>367</sup>

Das Vorliegen von *undue influence* wurde letztlich verneint und die Wirksamkeit des Testaments wurde bestätigt:

„Offensichtlich hat Willem Petrus Jacobs [der Erblasser] genau das getan, was er unbedingt tun wollte. Es geht hier nicht darum, ob seine Gründe sinnvoll, moralisch akzeptabel oder Zeichen von Unreife sind.“<sup>368</sup>

Auch wenn die zitierten Ausführungen zu großen Teilen nur *obiter* erfolgten, bestätigen sie doch den insgesamt gewonnenen Eindruck, dass das südafrikanische Recht einer bei der Zurücksetzung naher Angehöriger empfundenen Unsittlichkeit oder moralischen Verwerflichkeit keine rechtliche Relevanz

---

purpose of depriving them of their inheritance“), scheint sich insgesamt nicht zu bestätigen und das Ergebnis scheint in diesem Fall tatsächlich gravierender geistiger Insuffizienz geschuldet. Vgl. ergänzend *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 39 ff. Vgl. auch *Hahlo*, SALJ 81 (1964), 1, 2.

<sup>365</sup> Siehe *Katz v Katz* [2004] 4 All SA 545, 575. Vgl. auch *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 44 ff. m. w. N.

<sup>366</sup> *Thirion v Die Meester* 2001 (4) SA 1078 (T).

<sup>367</sup> *Thirion v Die Meester* 2001 (4) SA 1078 (T) 1083.

<sup>368</sup> *Thirion v Die Meester* 2001 (4) SA 1078 (T) 1095.

beimisst – weder mit Blick auf den postmortalen Unterhaltsanspruch noch was andere Wirksamkeitsvoraussetzungen des Testaments anbelangt. Zur Abwendung einer finanziellen Unzumutbarkeit scheint der postmortale Unterhaltsanspruch grundsätzlich als ausreichendes Mittel betrachtet zu werden.

#### IV. Customary law

Abschließend soll die Thematik noch im Kontext des *customary law* betrachtet werden – dem dritten Pfeiler der südafrikanischen Mischrechtsordnung.

##### 1. Customary law of succession: traditionelles Erbrecht

Das traditionelle Erbrecht des *customary law* kannte keine testamentarische Erbfolge.<sup>369</sup> Beim Tod eines Familienoberhauptes wurde dessen Position als Kopf der Großfamilie vom ältesten Sohn des Hauses übernommen. So folgte das Erbrecht einer patrilinearen Primogenitur, d.h. einem Erstgeborenenrecht in männlicher Linie.<sup>370</sup> Das neue Familienoberhaupt tritt in die Fußstapfen des Verstorbenen und wird Träger sämtlicher Rechte und Pflichten. Die Pflichten umfassen insbesondere Sorge und Unterhalt für Frauen und Kinder und somit bspw. auch die Zahlung des Brautpreises (*lobolo*) für die Hochzeit eines männlichen Familienmitglieds. Um diese Pflichten erfüllen zu können, erlangt der Erbe die Kontrolle über Familien- und Hausvermögen.<sup>371</sup> Der Haupterbe ist dabei eher als Treuhänder zugunsten der Familie und weniger als umfassend verfügungsbefugter Alleinerbe zu verstehen.<sup>372</sup> Die Primogenitur diente im Verständnis des *customary law* durch die klare Bündelung aller Rechte und Pflichten letztlich dem Familienzusammenhalt.<sup>373</sup>

---

<sup>369</sup> *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 204 (auch zur Unterscheidung zwischen Nachfolge in den Status und Übergang des Vermögens); *Maithufi*, TSAR/JSAL 1994, 262, 264.

<sup>370</sup> Im Falle einer polygam strukturierten Familie wurden alle weiteren Häuser dem ältesten Sohn des jeweiligen Hauses zugeordnet. Siehe zum Ganzen *Rautenbach*, in: Introduction to Legal Pluralism, 177, 179 ff.

<sup>371</sup> In Bezug auf das Vermögen ist zwischen Familienvermögen (general/family property), Hausvermögen (house property), und persönlichem Vermögen (personal property) zu unterscheiden. Persönliches Vermögen wird in der Regel unter nahen Familienangehörigen verteilt. Siehe zum Ganzen *Rautenbach*, in: Introduction to Legal Pluralism, 177, 185 f.; *Jamneck/Rautenbach/Paleker/Van der Linde/Wood-Bodley*, The Law of Succession in South Africa, 12.

<sup>372</sup> Siehe die Ausführungen in *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 617 und 644 f. sowie *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 214. *Mbatha* vergleicht die Stellung des customary-law-Erben mit der eines trustee, *Mbatha*, SAJHR 18 (2002), 259, 267.

<sup>373</sup> Auch der Ausschluss weiblicher Familienmitglieder von der Erbfolge soll letztlich der Familie dienen und einen Abfluss des Familienvermögens verhindern. Denn nach customary law wird die Frau qua Heirat mitsamt ihres Vermögens Teil einer fremden

Eine Enterbung des Sohnes ist nach traditionellem *customary law* nur unter engen formalen und inhaltlichen Voraussetzungen möglich. Es ist ein Treffen der Familienmitglieder unter Beteiligung des zu enterbenden Sohnes sowie des *traditional leader* erforderlich, bei dem die Gründe für die Enterbung vorgetragen werden.<sup>374</sup> Nur schwerwiegende Verfehlungen oder psychische Krankheit erlauben einen Ausschluss von der Erbfolge, die weitreichende Konsequenzen nach sich zieht.<sup>375</sup> Dem Sohn wird nicht nur die Nachfolge in Status und Vermögen entzogen. Er wird von finanzieller und sonstiger Unterstützung durch die Familie abgeschnitten und auch die spirituelle Bindung zu den Ahnen wird gekappt.<sup>376</sup> Ein solcher Akt bildet daher die Ausnahme<sup>377</sup> und scheint funktional eher mit den Instituten der *unworthiness to inherit* und der deutschen Erbnurwürdigkeit vergleichbar.<sup>378</sup>

Diese von Gedanken der Familienfürsorge und Gemeinschaftlichkeit getragene Erbfolge ist weder so starr wie die uns bekannten gesetzlichen Erbfolgeregelungen, noch ist sie zwischen den verschiedenen *communities* völlig einheitlich.<sup>379</sup> Doch kann festgehalten werden, dass eine Testierfreiheit im uns bekannten Sinne nie Teil des traditionellen *customary law* war.<sup>380</sup> Insofern war auch der Konflikt zwischen Testierfreiheit und familiärer Nachlassenteilhabe, wie er für Deutschland, England und das europäisch geprägte süd-

---

Familie, namentlich jener ihres Ehemannes. Siehe zum Ganzen *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 643 ff.; *Rautenbach/Du Plessis*, in: *The Future of African Customary Law*, 336, 352; *Van Niekerk*, *Obiter* 26 (2005), 474, 483.

<sup>374</sup> Zum Verfahren siehe *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: *LAWSA Bd. XXXII*, Ziffer 213.

<sup>375</sup> So bspw. bei verschwenderischer Lebensführung, Angriffen auf Leib oder Leben des Erblassers oder dauerhafter Vernachlässigung familiärer Pflichten, vgl. *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: *LAWSA Bd. XXXII*, Ziffer 213.

<sup>376</sup> *Rautenbach*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 177, 181.

<sup>377</sup> Siehe *Bekker*, *Seymour's Customary Law in Southern Africa*, 303.

<sup>378</sup> Zur *unworthiness* im südafrikanischen Recht siehe *De Waal/Schoeman-Malan*, *Law of Succession*, 115 ff.; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 81 ff. Zu Deutschland siehe § 2339 (Erbnurwürdigkeit) sowie § 2333 (Pflichtteilsentziehung) und § 2338 BGB (Pflichtteilsbeschränkung).

<sup>379</sup> Siehe *Bennett*, *Customary Law in South Africa*, 335. So gibt es durchaus Mechanismen, mit deren Hilfe ein letzter Wille zur Geltung gebracht werden kann (bspw. sog. *deathbed wishes*), siehe *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: *LAWSA Bd. XXXII*, Ziffer 211. Erhebliche Abweichungen von der traditionellen Erbfolge sind dabei aber nicht üblich, siehe *Bekker*, *Seymour's Customary Law in Southern Africa*, 311 ff.; *Bennett*, *Customary Law in South Africa*, 351 f.; siehe auch *Coertze*, *Bafokeng Family Law and Law of Succession*, 247 ff. Streitigkeiten werden eher im privaten Verhandlungswege als vor Gericht beigelegt. Auch wohnt den Regeln eine Flexibilität inne, die für das Wohl der Familie Abweichungen und Ausnahmen erlaubt. So scheinen inzwischen auch Frauen in zunehmendem Maße an der Nachfolge beteiligt zu sein. Siehe *Mnisi Weeks*, *Acta Juridica* 2015, 215, 239 ff.; *Bennett*, *Customary Law in South Africa*, 334; *Mbatha*, *SAJHR* 18 (2002), 259, 269 und 283. Siehe auch *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 646.

afrikanische Recht nun bislang untersucht wurde, nicht in vergleichbarer Weise anzutreffen.

## 2. Kolonialer Einfluss und jüngere Entwicklungen

Allerdings wurde auch das Erbrecht des *customary law* in den letzten 150 Jahren stark durch Gesetzgebung und Rechtsprechung geformt – teilweise geradezu verformt.<sup>381</sup> Im Jahr 1929 wurden Nachlässe der als *Blacks* bezeichneten Personen mit section 23 des *Black Administration Act*<sup>382</sup> einer landesweit einheitlichen Regelung unterstellt, die insbesondere regelte, ob das europäisch geprägte Erbrecht oder das des *customary law* Anwendung zu finden hatte. Für den Großteil des Vermögens wurde zwingend die Intestaterbfolge des *customary law* und damit die männliche Primogenitur angeordnet.<sup>383</sup> Angesichts dessen hatte die in section 23 (3) für alles übrige Vermögen garantierte Testierfreiheit nur eine sehr beschränkte Reichweite.<sup>384</sup>

Im Jahr 2004 wurden section 23 des *Black Administration Act* sowie das Erbfolgeprinzip der männlichen Primogenitur durch den *Constitutional Court* in der Entscheidung *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* für verfassungswidrig und unwirksam erklärt.<sup>385</sup> Der Gesetzgeber hob in der Folge zahlreiche Bestimmungen des *Black Administration Act* auf<sup>386</sup> und erklärte für den Fall, dass eine dem *customary law* unterstellte Person kein Testament hinterlässt, den europäisch geprägten *Intestate Succession Act* für anwendbar.<sup>387</sup> So verloren die ehe-

---

<sup>380</sup> Bekker, Seymour's Customary Law in Southern Africa, 311; Du Plessis/Rautenbach/Olivier, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 211; Rautenbach/Du Plessis, in: The Future of African Customary Law, 336, 349.

<sup>381</sup> Siehe den Überblick bei Rautenbach, in: Introduction to Legal Pluralism, 177, 186 ff. In den verschiedenen Territorien bestand zunächst ein unübersichtlicher Flickenteppich aus Einzelgesetzgebung, siehe Du Plessis/Rautenbach/Olivier, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 222.

<sup>382</sup> Black Administration Act 38 of 1927.

<sup>383</sup> Siehe dazu Rautenbach, in: Introduction to Legal Pluralism, 177, 187 ff. sowie die abgedruckten Gesetzes- und Verordnungstexte in *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 601 ff.

<sup>384</sup> Siehe dazu Bekker, Seymour's Customary Law in Southern Africa, 316 f. und 320; Pieterse, SAJHR 17 (2001), 364, 384.

<sup>385</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC).

<sup>386</sup> Repeal of the Black Administration Act and Amendment of Certain Laws Act 28 of 2005.

<sup>387</sup> Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act 11 of 2009. Es wird teilweise kritisiert, dies schaffe das Erbrecht des *customary law* gänzlich ab. So Bekker/Koyana, De Jure 45 (2012), 568, 584 und zuvor schon Ngcobo J in seinem Sondervotum, *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 655 ff. und 639. Kritisch auch Van Niekerk, Obiter 26 (2005), 474, 477 (Verschärfung der Dichotomie zwischen official und living customary law); Sibanda/Mosaka, Acta Juridica 2015, 256, 278

mals im *Black Administration Act* vorgesehenen Testierverbote ihre Geltung. Damit stand nun auch nach *customary law* lebenden Personen volle Testierfreiheit zu.<sup>388</sup>

### 3. Testierfreiheit und möglicher Einfluss des ubuntu-Gedankens

Da es nun theoretisch jedermann freisteht, vom Prinzip der Testierfreiheit Gebrauch zu machen und nahe Angehörige von der Erbfolge auszuschließen, könnte die hier untersuchte Problematik einer (unzumutbaren) Zurücksetzung naher Angehöriger grundsätzlich auch im Kontext des *customary law* relevant werden. Doch stellt sich schon die Frage, inwieweit die neue Rechtslage Einzug in die gelebte Rechtspraxis halten und in welchem Maß von der Testierfreiheit Gebrauch gemacht werden wird – insbesondere mit Blick auf den ländlichen Raum und Bevölkerungsteile, in denen die traditionelle Erbfolge noch verbreitet ist.<sup>389</sup>

Allerdings scheint es im Laufe der Zeit für Personen, die nach *customary law* leben, immer üblicher geworden zu sein, ihren letzten Willen in schriftlicher Form niederzulegen.<sup>390</sup> Gerade unter jüngeren Städtern wird ein wachsender Trend konstatiert, letztwillige Verfügungen zu errichten.<sup>391</sup> Urbanes Umfeld, Abwesenheit der Großfamilie, Entfremdung von spiritueller Anknüpfung und der Einfluss westlichen Eigentumsverständnisses bringen entsprechende Veränderungen mit sich.<sup>392</sup> Dann stellt sich womöglich auch hier die Frage nach den Grenzen einer Enterbung naher Angehöriger – in Anbetracht der kulturell verwurzelten Gemeinschafts- und Solidaritätsvorstellungen gerade auch unter sittlich-moralischem Blickwinkel. Würden die gleichen

---

(Dominanz des westlichen common law). Eher positiv *Rautenbach/Du Plessis*, in: *The Future of African Customary Law*, 336, 359.

Der Gesetzgeber war bemüht, Elemente des *customary law* einfließen zu lassen. So wird die Intestaterbfolge um Bestimmungen für polygame Ehen und die regelmäßig breiter gefächerten Familienstrukturen ergänzt, siehe section 1 bis 3 des Reform-Gesetzes. Siehe dazu *Rautenbach/Du Plessis*, in: *The Future of African Customary Law*, 336, 347 ff.; *Du Toit*, SALJ 126 (2009), 463, 474 ff.

<sup>388</sup> Siehe *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 224. Vgl. auch noch unten Kapitel 3 – C.IV.1. (362).

<sup>389</sup> *Bennett* gibt zu bedenken, dass Testamente bislang nur von einer gebildeten und wohlhabenden Minderheit genutzt werden, *Bennett*, *Customary Law in South Africa*, 360. So haben auch Umfragen ergeben, dass viele Nachlässe nach wie vor in traditioneller Weise abgewickelt werden, siehe *Bekker/Koyana*, *De Jure* 45 (2012), 568, 583 f.

<sup>390</sup> Siehe *Bekker*, *Seymour's Customary Law in Southern Africa*, 313; *Rautenbach*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 177, 185.

<sup>391</sup> *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. I, 381, 383.

<sup>392</sup> Siehe dazu noch unten Kapitel 3 – C.IV.1. (362). Vgl. zur veränderten sozialen Rolle von Familie und Gemeinschaft auch *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 27.

Testierschranken gelten wie im südafrikanischen *common law*, so stünde der Verfügungsfreiheit außer dem *claim for maintenance* nichts entgegen. Sittlich-moralische Erwägungen haben dort – wie gesehen – keinen besonderen Einfluss. Allerdings spielt in jüngerer Zeit der *ubuntu*-Gedanke eine immer prominentere Rolle im rechtlichen Diskurs und es wäre denkbar, dass *ubuntu* einer Zurücksetzung auf die eine oder andere Weise Grenzen ziehen kann.

Das Konzept *ubuntu* entzieht sich einer knappen Definition.<sup>393</sup> *Ubuntu* wird zunächst als afrikanische Lebensphilosophie und Weltanschauung beschrieben.<sup>394</sup> Es betont die Bedeutung gegenseitiger Solidarität, was in dem Satz „*umuntu ngumuntu ngabantu*“ zum Ausdruck gebracht wird (ein Mensch ist ein Mensch wegen anderer bzw. durch andere Menschen).<sup>395</sup> *Ubuntu* ist ein weitreichendes, flexibles und anpassungsfähiges Prinzip, das jedoch stets die Solidarität in der Gruppe und insbesondere die gegenseitige Fürsorge in der Familie betont.<sup>396</sup> Gruppensolidarität, Mitgefühl, Respekt, Menschenwürde und gesellschaftlicher Einklang werden als charakteristische Werte des *ubuntu*-Gedankens bezeichnet.<sup>397</sup> In jüngerer Zeit gewinnt *ubuntu* im juristischen Schrifttum sowie in der Rechtsprechung zunehmend an Bedeutung.<sup>398</sup> Die Fälle und Rechtsgebiete, in denen auf *ubuntu* Bezug genommen wurde, könnten unterschiedlicher nicht sein.<sup>399</sup> Vor allem vor dem *Constitutional*

---

<sup>393</sup> So u.a. *Mokgoro*, in: *Ubuntu and the Law*, 317, 317; *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 28. Das Wort stammt aus der Sprache der Zulu.

<sup>394</sup> Siehe *Mokgoro*, in: *Ubuntu and the Law*, 317, 317; *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 29.

<sup>395</sup> *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) 501 (Votum *Mokgoro J.*). Für die englische Übersetzung des Satzes siehe *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 29 (Fn. 74).

<sup>396</sup> *Mokgoro*, in: *Ubuntu and the Law*, 317, 318. Siehe auch *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 642 (Sondervotum *Ngcobo J.*).

<sup>397</sup> *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) 501 (Votum *Mokgoro J.*).

<sup>398</sup> Offizielle Erwähnung fand *ubuntu* im Epilog der Übergangsverfassung von 1993: „[...] there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for *ubuntu* but not for victimisation.“ Zwei Jahre später hielt *ubuntu* Einzug in die südafrikanische Rechtsprechung. Die Ausführungen von *Justice Mokgoro* zu *ubuntu* in ihrem Votum zur Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe erfuhren große Beachtung, *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) 500 f. Siehe dazu *Bekker*, in: *Ubuntu and the Law*, 377, 377; *Bekker/Rautenbach/Tshivhase*, in: *Introduction to Legal Pluralism*, 17, 28 ff.

<sup>399</sup> Zulässigkeit einer Zwangsräumung, *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC); Verfassungsmäßigkeit des customary law of succession, *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC); Schadensersatz wegen Ehrverletzung, *Dikoko v Mokhatla* 2006 (6) SA 235 (CC); Zulässigkeit einer vertraglichen Ausschlussfrist, *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC). Für Verweise auf weitere Urteile siehe auch *Himonga/Taylor/Pope*, PER/PELJ 16 (2013), 369.

*Court* ist *ubuntu* inzwischen ein sehr präsender Gedanke und wird als Wert mit Verfassungsrang gehandelt.<sup>400</sup>

So rankt sich um *ubuntu* inzwischen eine lebhafte Diskussion.<sup>401</sup> Die Ausführungen der Gerichte blieben allerdings oft oberflächlich und es wurde kaum deutlich, welche genaue Auswirkung der *ubuntu*-Gedanke auf die zu entscheidende Rechtsfrage haben sollte.<sup>402</sup> Es besteht daher das Bedürfnis, das sehr diffuse Konzept rechtlich besser handhabbar zu machen,<sup>403</sup> seine historisch verwurzelten Bestandteile auf ihre Gültigkeit zu testen und es möglichst sorgsam und überlegt in die südafrikanische Mischrechtsordnung einzupflegen.<sup>404</sup> Wechselwirkungen zwischen *ubuntu* und europäisch-stämmigen Rechtsprinzipien sind aber durchaus schon feststellbar. Im Vertragsrecht wird *ubuntu* mitunter als Fairness fördernder Rechtsgrundsatz in Stellung gebracht.<sup>405</sup> So befand der *Constitutional Court* bspw., dass bei der Frage nach

---

<sup>400</sup> „The spirit of ubuntu, part of the deep cultural heritage of the majority of the population, suffuses the whole constitutional order. It combines individual rights with a communitarian philosophy. It is a unifying motif of the Bill of Rights [...]“, *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC) 237.

<sup>401</sup> Manche sehen *ubuntu* in Widerspruch zur Verfassung (*Keevy*, JJS/TRW 34 (2009), 19, 52 f.), andere loben *ubuntu* als Baustein einer neuen südafrikanischen Rechtskultur und sehen es als afrikanisches Pendant der englischen equity (*Bennett*, PER/PELJ 14 (2011), 29, 48 ff.).

<sup>402</sup> *Bekker*, in: *Ubuntu and the Law*, 377, 386 f.; *Himonga/Taylor/Pope*, PER/PELJ 16 (2013), 369, 418. So wurde der Vorwurf laut, man wolle mithilfe der Verweise auf *ubuntu* den Urteilen nur den Anschein eines afrikanischen Gepräges geben, um sie so besser vor der Gesamtbevölkerung legitimieren zu können, *English*, SAJHR 12 (1996), 641, 641; ähnlich kritisch *Kroeze*, Stellenbosch LR 13 (2002), 252, 264 („flavour of the month“). Hiergegen verteidigten sich die Gerichte, siehe *Sachs J* in *Dikoko v Mokhatla* 2006 (6) SA 235 (CC) 272: „Ubuntu-botho is more than a phrase to be invoked from time to time to add a gracious and affirmative gloss to a legal finding already arrived at. [...] Historically it was foundational to the spirit of reconciliation and bridge-building that enabled our deeply traumatized society to overcome and transcend the divisions of the past. [...] It feeds pervasively into and enriches the fundamental rights enshrined in the Constitution.“

<sup>403</sup> *Bekker*, in: *Ubuntu and the Law*, 377, 387.

<sup>404</sup> *Mokgoro*, in: *Ubuntu and the Law*, 317, 318 f. Jüngere Entscheidungen scheinen schon etwas konkretere Folgerungen aus *ubuntu* zu ziehen, siehe bspw. *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 339 zum Einfluss von *ubuntu* auf public policy im Vertragsrecht und *Dikoko v Mokhatla* 2006 (6) SA 235 (CC) 260 f. (*Mokgoro J*) und 272 ff. (*Sachs J*) mit der Forderung nach alternativen Lösungen zur Streitbeilegung in Fällen der Ehrverletzung. Siehe dazu auch *Du Plessis*, in: *Comparative Law*, 47 sowie *Bekker*, in: *Ubuntu and the Law*, 377.

<sup>405</sup> *Dula Investments (Pty) Ltd v Woolworths (Pty) Ltd* [2013] ZAKZDHC 17 (8 May 2013), Ziffer 51 mit Verweis auf *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 339. Siehe dazu auch *Du Plessis*, in: *Comparative Law*, 47, 57 ff.

der Unwirksamkeit einer vertraglichen Bestimmung wegen Verstoßes gegen die *public policy* auch der *ubuntu*-Gedanke von Bedeutung sei.<sup>406</sup>

Ob und in welcher Form *ubuntu* im Erbrecht eine Rolle spielen könnte, ist noch weitgehend ungeklärt. Zum einen könnte die Orientierung an dem auf gegenseitige Rücksichtnahme, Familiensolidarität und Gemeinschaftsgeist gerichteten *ubuntu*-Gedanken schon auf einer vorgelagerten Stufe dazu führen, dass Fälle einer unzumutbaren Zurücksetzung überhaupt nicht in vergleichbarem Maße auftreten und vor die Gerichte gelangen.<sup>407</sup> Gleichzeitig könnte *ubuntu* vermehrt in die gerichtliche Bewertung einfließen – gewissermaßen als Gegenpol zu Autonomie und Individualismus.<sup>408</sup> *Ubuntu* könnte dann bspw. im Rahmen der *public policy* zu neuen moralisch-kollektivistisch gefärbten Wechselwirkungen und Grenzziehungen mit Blick auf die Testierfreiheit führen, wenn eine Zurückweisung in finanzieller, emotionaler und spiritueller Hinsicht in Rede steht.

#### V. Zwischenergebnis Südafrika

Nachdem die Testierschranken des römisch-holländischen Rechts Ende des 19. Jahrhunderts unter britischem Einfluss abgeschafft worden waren, fand Südafrika im Laufe der Zeit seinen eigenen Weg, die zeitweise absolute Testierfreiheit zum Schutz naher Angehöriger wieder einzuschränken. Heute haben Abkömmlinge und überlebende Ehegatten einen bedürfnisabhängigen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass des Verstorbenen. In der diesbezüglichen Rechtsprechung erweist sich die Suche nach vergleichbaren Fällen bisweilen als wenig ergiebig, insbesondere was richterliche Aussagen zu Zuwendungen an die außereheliche Geliebte oder sonstige Familienfremde angeht. Dies kann zunächst triviale Gründe haben, darunter die Tatsache, dass der postmortale Unterhaltsanspruch nicht zwingend gerichtlich geltend gemacht werden muss und mit Blick auf überlebende Ehegatten überhaupt erst seit 1990 existiert. Selbst wenn man aus der einen oder anderen Entscheidung moralische Bedenken gegenüber finanziellen Zuwendungen in außerehelichen Verhältnissen herauslesen mag, scheint eine moralische Anstößigkeit keinen erkennbaren rechtlichen Einfluss zu haben. Gerade aus späteren Fällen zum Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten wird deutlich, dass die Gerichte eine Nachlasseteilhabe gegen das Testament nicht vorschnell gewähren, sondern eine

---

<sup>406</sup> *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 339.

<sup>407</sup> Vgl. mit Blick auf den postmortalen Unterhaltsanspruch *De Waal*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 477, 506: „The idea of having to resort to formal legal measures against a spouse or family members in order to exact the necessary maintenance is thus foreign to the ubuntu philosophy.“

<sup>408</sup> Vgl. *Du Plessis*, in: *Comparative Law*, 47, 64 (allerdings mehr im Kontext des Vertragsrechts).

ausführliche Darlegung der Bedürftigkeit fordern und nicht gewillt sind, überzogenen Forderungen eines überlebenden Ehegatten nachzukommen.

Gerade angesichts der vergleichsweise späten Verabschiedung von Schutzmechanismen zugunsten des überlebenden Ehegatten hätte man vermuten können, dass die Gerichte sonstige Angriffe zurückgesetzter Angehöriger gegen die Wirksamkeit des Testaments zulassen. Dies konnte in den zu *revocation*, *testamentary capacity* und *undue influence* untersuchten Fällen jedoch nicht festgestellt werden. Eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die *public policy* oder die *boni mores* wird weder von den Parteien vorgebracht, noch im Schrifttum diskutiert. Schenkt man dagegen den Aussagen in der Entscheidung *Thirion v Die Meester* Glauben, so steht das südafrikanische Recht auf einem klaren Standpunkt, was das Verhältnis von Testierfreiheit und Moral angeht. Letztere schränkt die letztwillige Verfügungsfreiheit nicht ein – selbst wenn dies dazu führt, dass die Lieblingsprostituierte auf Kosten der Ehegattin in Luxus lebt.

Im Kontext des *customary law* stellen sich in Zukunft möglicherweise interessante Fragen mit Blick auf eine Zurücksetzung naher Angehöriger. Zum einen kann man fragen, inwieweit die inzwischen allen Bevölkerungsgruppen offenstehende Testierfreiheit tatsächlich für Zurücksetzungen naher Angehöriger genutzt werden wird. Zum anderen ist zu erwägen, ob möglicherweise der auf gegenseitige Rücksichtnahme und Familiensolidarität zielende *ubuntu*-Gedanke zu neuen Testierschranken führen könnte. Bislang sind diese Aspekte noch ungeklärt.

## D. Vergleichende Analyse

Deutschland, England und Südafrika gehen bei der Nachlassteilhabe testamentarisch zurückgesetzter Angehöriger jeweils eigene Wege. Deutschland sticht dabei insofern heraus, als es zeitweise eine sittlich-moralisch aufgeladene Rechtsprechungslinie aufwies, die letztwillige Verfügungen zugunsten der familienfremden Geliebten für anstößig und unzumutbar erklärte und ihnen über § 138 BGB die Wirksamkeit versagte. Bevor im Folgenden vergleichend auf Einflussfaktoren und Hintergründe dieser Rechtsprechung näher eingegangen wird, sollen die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der drei Rechtsordnungen auf Grundlage der bisherigen Ausführungen zusammengefasst werden.

### I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick

Alle drei Rechtsordnungen gewähren bestimmten Angehörigen des Erblassers auch gegen seinen Willen eine Mindestteilhabe am Nachlass und bringen so

Testierfreiheit und Familienerbfolge zum Ausgleich.<sup>409</sup> Möchte man – ausgehend von der deutschen Fallgruppe des Geliebtentestaments – untersuchen, ob, unter welchen Umständen und mit welcher Argumentation die Gerichte testamentarische Zurücksetzungen naher Angehöriger als unzumutbar erachten, erfordert dies zunächst einen Blick auf das jeweils etablierte System der familiären Nachlassteilhabe.

Die Einführung der englischen *family provision* und des südafrikanischen *claim for maintenance* folgte jeweils auf eine (wenn auch kurze) Periode unbeschränkter Testierfreiheit, die es in Deutschland nie gegeben hatte. Im traditionellen südafrikanischen *customary law* existierte bis vor Kurzem gar eine reine Familienerbfolge ohne Testierfreiheit im uns bekannten Sinne.

Das deutsche Pflichtteilsrecht gewährt den nächsten Angehörigen einen Geldanspruch in Höhe der Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils. Diese pauschal festgeschriebene Quote ist bedarfsunabhängig und kann nur unter engen Voraussetzungen entzogen werden.<sup>410</sup> Der südafrikanische *claim for maintenance* setzt dagegen Bedürftigkeit im unterhaltsrechtlichen Sinne voraus, an deren Darlegung hohe Anforderungen gestellt werden. Der gegenüber *executor* oder *Master* geltend zu machende Anspruch wird als Fortsetzung der lebenszeitigen Unterhaltsverpflichtung verstanden und bleibt der Höhe nach auf den jeweiligen Unterhaltsbedarf beschränkt. Auch die englische *family provision* ist grundsätzlich bedarfsabhängig und soll einen angemessenen Unterhalt sichern. Ihre Höhe wird im Wege ermessensbasierter Einzelfallentscheidung gerichtlich festgelegt, wodurch es zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann – selbst zwischen mit demselben Fall befassten Instanzen. Die Nachlassteilhabe des überlebenden Ehegatten wurde 1975 von der Beschränkung auf den Unterhalt gelöst und orientiert sich seitdem lose am Scheidungsfolgenrecht, was die Teilhabeposition des überlebenden Ehegatten in England gestärkt hat.

Deutschland und Südafrika orientieren sich bei der Anspruchsberechtigung an den Statusverhältnissen der traditionellen Kernfamilie. Neben Abkömmlingen und Ehegatten zählt Deutschland auch die Eltern zu den Berechtigten. England erweiterte den Kreis der antragsberechtigten Personen über die Jahre dagegen deutlich über die traditionelle Kernfamilie hinaus. Hier werden neben den Statusbeziehungen auch die Realbeziehungen des Erblassers im Sinne lebenszeitiger Verantwortungsverhältnisse einbezogen und moderne Familienformen berücksichtigt.

Die Untersuchung von Fällen, in denen eine letztwillige Zurücksetzung naher Angehöriger für anstößig und unzumutbar gehalten wird, wählt das im

---

<sup>409</sup> Vgl. allgemein auch *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 14 und 152 ff.

<sup>410</sup> Mit der Formulierung „grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung“ auch BVerfG, NJW 2005, 1561, 1563.

deutschen Diskurs berühmt gewordene Geliebtentestament als Ausgangspunkt. Formaler Anknüpfungspunkt der Sittenwidrigkeit war dort die (angebliche) Gesinnung des Erblassers, mit dem Testament die außereheliche Partnerin für geschlechtliche Hingabe belohnen oder sie zu deren Fortsetzung bestimmen zu wollen. Die in solchen Fällen wohl in besonderem Maße empfundene Anstößigkeit lässt sich jedoch – bei lebensnaher Betrachtung und ausweislich der Urteilsgründe – nicht auf diese Formel reduzieren. Die Formel war wohl eher ein willkommenes Vehikel, um in Fällen des Geliebtentestaments die Vorstellung einer sittlich gebotenen Familienerbfolge, gewisse mit dem Erbgang verbundene Pietätsvorstellungen, ein christlich-konservatives Ehebild und eine darauf beruhende sittenstrenge Sexualmoral im Rahmen des § 138 BGB zur Geltung bringen zu können. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit führte zur Nichtigkeit des Testaments und damit zur gesetzlichen Erbfolge. Dies erweiterte die Nachlassteilhabe der zurückgesetzten Angehörigen weit über das Pflichtteilsrecht hinaus. Faktisch schuf man so über den Umweg der Sittenwidrigkeit in ausgewählten Fällen ein dingliches Noterbrecht.

In England und Südafrika ist keine vergleichbare Rechtsprechungslinie zu beobachten. Auch wenn man in Urteilen vereinzelt auf Aussagen stößt, die Zuwendungen im außerehelichen Verhältnis als moralisch fragwürdig erscheinen lassen, so scheinen doch Ehe- und Sexualmoral an diesen Stellen keinen rechtlichen Niederschlag zu finden. Am deutlichsten wird der Kontrast zu Deutschland am Beispiel Englands. Wo in Deutschland die Erbeinsetzung der Geliebten regelmäßig an der sexualmoralisch aufgeladenen Sittenwidrigkeitsformel scheiterte, stützten englische Richter nicht nur testamentarische Zuwendungen an die außereheliche Partnerin, sondern gewährten ihr bisweilen sogar eine Nachlassteilhabe in Form der *family provision*.

Ähnliches gilt für den Niederschlag von Pietätsvorstellungen und postulierten moralischen Pflichten des Erblassers beim Erbgang. Wenn in England überhaupt von moralischer Verpflichtung gesprochen wurde, so war der Blick dabei eher auf das lebzeitige Verantwortungsverhältnis gerichtet. In Südafrika sprach sich die *Law Commission* dezidiert gegen ein Verständnis der Nachlassteilhabe als moralisches Anrecht aus.

Gerade in Südafrika, wo der postmortale Unterhaltsanspruch für überlebende Ehegatten erst 1990 eingeführt wurde, hätte man vermuten können, dass zurückgesetzte Angehörige und auch die Gerichte auf andere Mechanismen zur Eliminierung derartiger Testamente ausweichen. Ein solches Phänomen lässt sich aber (zumindest für die hier betrachteten Rechtsinstitute) weder für Südafrika noch für England nachweisen. So ist auch von einem Ver-

stoß gegen die *public policy*, die auf den ersten Blick als Äquivalent der Sittenwidrigkeit erscheint, keine Rede.<sup>411</sup>

Sofern Testamente überhaupt für moralisch anstößig gehalten werden, wird dies in England und Südafrika über das etablierte System der Nachlassenteilhabe hinaus rechtlich nicht sanktioniert und als Konsequenz der Testierfreiheit hingenommen. Die beiden Rechtsordnungen bleiben damit ihrem System der Nachlassenteilhabe treu und scheinen keine Notwendigkeit zu verspüren, es in den hier betrachteten Fällen über andere Mechanismen zu ergänzen. Anders als in der damaligen deutschen Rechtsprechung findet sich in England und Südafrika keine sittlich-moralische Argumentationsschicht zur Problematik testamentarisch zurückgesetzter Angehöriger.

Insbesondere dieser Unterschied in Gestalt einer moralischen – bisweilen sexualmoralischen – Argumentationsebene in der erbrechtlichen Rechtsprechung soll vergleichend ergründet werden. Es soll erörtert werden, welche Faktoren diese Rechtsprechung in Deutschland begünstigt haben und warum es vergleichbare Entwicklungen in England und Südafrika nicht gab. Ist die Thematik zurückgesetzter Angehöriger möglicherweise durch rechtsordnungsspezifische Wertvorstellungen geprägt? Wirken hier also möglicherweise unterschiedliche Vorstellungen von Ehe und Sexualmoral sowie von Testierfreiheit, Familienerbfolge und damit verbundenen Pietäts- und Sittlichkeitsgeboten? Oder lassen sich die Unterschiede bspw. schon durch konzeptionell andere Denkweisen, zufällige Entwicklungen oder sonstige Charakteristika der jeweiligen Rechtsordnung erklären, die mit den genannten Vorstellungen zunächst eher wenig zu tun haben?

## II. Ehebild, Sexualmoral und ihre rechtliche Sanktionierung

Das Geliebtentestament bildete in Deutschland lange Zeit die bekannteste Fallgruppe im Rahmen des § 138 BGB. Die einschlägige Formel rückte die Gesinnung des Erblassers in den Mittelpunkt der Betrachtung und erklärte das Testament für sittenwidrig, sofern es als Belohnung oder Anreiz für außerehelichen Geschlechtsverkehr gedacht war. Wenn nun die beiden anderen Rechtsordnungen keine vergleichbare Entwicklung aufweisen, liegt es nahe, zunächst an dieser Formel und ihren Bezügen zu Ehebild und Sexualmoral anzusetzen. Bestanden womöglich unterschiedliche Vorstellungen von Ehe- und Sexualmoral oder unterschiedlich sich zumindest deren rechtliche Sanktionierung von Deutschland?

Da die englische Rechtsprechung die markantesten Unterschiede zum deutschen Geliebtentestament bietet – man denke an jenen Fall, in dem der Geliebten *family provision* zugesprochen wurde – sollen die vergleichenden

---

<sup>411</sup> Näheres zur *public policy* in England in Kapitel 2 – D.IV.2. (267); siehe für Südafrika Kapitel 2 – D.V.2. (283).

Ausführungen zur Sanktionierung von Ehe- und Sexualmoral vor allem mit Blick auf England erfolgen. Dafür wird versucht, die wichtigsten Entwicklungsschritte der Rechtsprechung zum Geliebtentestament nachzuzeichnen, Hintergründe und verstärkende Momente aufzuspüren und dies mit Vorstellungen, rechtlichen Entwicklungen und entsprechender Judikatur aus England zu vergleichen. Dabei werden drei zeitliche Schwerpunkte gesetzt: die Wurzeln der Rechtsprechungslinie zum Geliebtentestament im 19. Jahrhundert und die Etablierung als Fallgruppe im Rahmen des § 138 BGB, die sittenstrenge Phase der Nachkriegszeit und schließlich die Lockerung der deutschen Rechtsprechung ab den 1970er-Jahren.

### 1. Geliebtentestament: Die Wurzeln der Sittenwidrigkeitsjudikatur

Die Diskussion um Zuwendungen an die Geliebte war bei Inkrafttreten des BGB keineswegs neu. Auch zuvor hatte man sich schon mit solchen Verfügungen – lebzeitiger wie letztwilliger Art – auseinandergesetzt.<sup>412</sup>

#### a) Anknüpfungspunkte im 19. Jahrhundert

Im 19. Jahrhundert finden sich Anknüpfungspunkte für letztwillige Zuwendungen an eine Geliebte vorwiegend im Rahmen der gemeinrechtlichen *querela inofficiosi testamenti*. Mit dieser Klage konnte schon im römischen Recht geltend gemacht werden, der Erblasser habe in pflichtwidriger Weise seine nahen Angehörigen enterbt. Die Pflichtwidrigkeit war eine Frage der sozialen Sitte. Seine nahen Angehörigen nicht oder nicht ausreichend zu bedenken, widersprach der angebrachten Gesinnung gegenüber der Familie (*officium pietatis*).<sup>413</sup> War die Klage erfolgreich, so erhielt der Kläger seinen vollen Intestaterbteil (wenngleich nicht zwingend das gesamte Testament hinfällig war).<sup>414</sup> Dies konnte der Erblasser abwenden, indem er die Enterbung entweder auf einen anerkannten Grund stützte oder aber den nahen Angehörigen einen gewissen Mindestanteil hinterließ.<sup>415</sup> Berechtigt, die *querela* zu erheben, waren nach römischem Recht die Abkömmlinge des Erblas-

---

<sup>412</sup> Vgl. Falk, in: Das BGB und seine Richter, 451, 451 ff.

<sup>413</sup> Kaser, Das röm. Privatrecht Bd. I, 710. Die Einführung der *querela* geht wohl zurück auf einen Anstieg „grundloser“ Enterbungen von Angehörigen in der ausgehenden Republik, siehe Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 462. Die Missbräuche der Testierfreiheit werden in Verbindung gebracht mit der „sozialen Zerrüttung der späten Republik“ und einer schwindenden Familienbindung, Kaser, Das röm. Privatrecht Bd. I, 705. Siehe auch *Declareuil*, Rome the Law-Giver, 291 ff.

<sup>414</sup> Zu den Details siehe Kaser, Das röm. Privatrecht Bd. I, 712.

<sup>415</sup> Dies war zunächst ein Viertel des Intestaterbteils, später dann mehr, siehe Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 465.

sers, wohl aber auch die Eltern sowie die Geschwister.<sup>416</sup> Zumindest seit der nachklassischen Zeit stand letzteren dieses Recht nur zu, wenn ihnen eine ehrlose Person vorgezogen wurde (*persona turpis*).<sup>417</sup>

Diese Regelung mit Blick auf die Geschwister galt auch im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts.<sup>418</sup> *Heinrich Dernburg* bezeichnet die *turpitude* als „Anrüchigkeit“ und „auf einem schimpflichen Lebenswandel beruhende sociale Mißachtung“.<sup>419</sup> Die Erbeinsetzung einer *persona turpis* berechtigte die Geschwister des Erblassers zur Anfechtung des Testaments, weil der „Schimpf der Uebergehung als durch die Bevorzugung eines solchen Erben gesteigert erscheint“.<sup>420</sup> Zu den *personae turpes* zählten bspw. öffentliche Dirnen.<sup>421</sup> Die Gerichte hatten in mehreren Fällen zu entscheiden, ob auch die zulasten der Geschwister bedachte Geliebte des Erblassers als *persona turpis* anzusehen war.<sup>422</sup> Dies wurde überwiegend abgelehnt. So befand das OAG München im Jahr 1868, dass nach den Anschauungen der Gegenwart das Leben im Konkubinat an sich noch niemanden zur *persona turpis* mache.<sup>423</sup> Und das OLG Celle ließ 1894 weder einen unmoralischen und unsittlichen

<sup>416</sup> *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 465; *Schulz*, Classical Roman Law, 275 f.; *Zimmermann*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 1, 8.

<sup>417</sup> Siehe *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. II, 517 ff.; *Declareuil*, Rome the Law-Giver, 294. Siehe auch *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 453 f. Teilweise wird die Existenz dieser zusätzlichen Voraussetzung auch schon für die klassische Zeit angenommen, so *Schröder*, Notherbenrecht, 258 f. Dagegen *Glück*, Pandecten Bd. XXXV, 99 ff.

<sup>418</sup> Siehe *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. III, 146 f.; *Dernburg*, Pandekten Bd. III, 305. Siehe auch *Glück*, Pandecten Bd. V/1, 206; *Savigny*, System Bd. II, 222 f. und 228.

<sup>419</sup> *Dernburg*, Pandekten Bd. I, 134 und 137: „Über sie befindet das richterliche Ermessen“.

<sup>420</sup> *Dernburg*, Pandekten Bd. I, 137. Siehe dazu auch *Savigny*, System Bd. II, 223: „Die Querel wird abhängig gemacht von dem Umstand, daß der Vorzug des eingesetzten Erben, wegen dessen persönlicher Eigenschaften, etwas besonders Verletzendes habe.“

<sup>421</sup> Siehe zu den *personae turpes* *Glück*, Pandecten Bd. V/1, 168 ff. und 206 ff.; *Francke*, Recht der Notherben und Pflichtteilsberechtigten, 196 f.; *Dernburg*, Pandekten Bd. III, 305 (Fn. 5). Siehe auch *Schröder*, Notherbenrecht, 260: „herumziehende Bänkelsänger, Gaukler und Seiltänzer der niedrigsten Art“, „ein Frauenzimmer, welches Jahre lang das Gewerbe einer [...] öffentlichen Buhldirne treibt“.

<sup>422</sup> Siehe zu den einschlägigen Urteilen *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 451 ff. und auch *Schröder*, Notherbenrecht, 260 f.

<sup>423</sup> OAG München, Bl. für Rechtsanw. ErgBd. 1869, 353, 355 (der Erblasser hatte mit seiner Haushälterin im „Konkubinat“ gelebt und zwei Kinder gezeugt; beide waren unverheiratet). Die Geschwister stützten sich auf § 14 Dritter Theil, Drittes Kapitel des Codex Maximilianus Bavaricus Civilis. Danach sind Notherben die „[...] Brüder und Schwestern auf den Fall, wenn eine ehrlose oder bemackelte Person instituiert ist [...]“. Diese Norm bildete letztlich die gemeinrechtliche querela inofficiosi testamenti ab. Siehe dazu *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 457. Vgl. auch *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 758 (Fn. 1).

Lebenswandel noch den fortgesetzten Ehebruch des verheirateten Erblassers für die Annahme der *turpitude* genügen.<sup>424</sup>

So scheinen die Gerichte im 19. Jahrhundert bei letztwilligen Zuwendungen an die Geliebte eher nachsichtig gewesen zu sein. Dies veranlasste *Franz Schröder* 1877 zu der Aussage, auf diesem Gebiet herrsche im Hinblick auf Personen, die sich eines Fleischesvergehens schuldig gemacht haben, eine milde Praxis.<sup>425</sup> Zu beachten ist jedoch, dass es dabei stets um zurückgesetzte Geschwister gegangen war. Abkömmlinge konnten ihre *querela* dagegen unabhängig von der Einsetzung einer *persona turpis* erheben.<sup>426</sup> Auch blieb die Rechtsprechung im Schrifttum nicht unangefochten. Manche sahen im Konkubinat den Zweck einer sittenwidrigen Geschlechtsverbindung und konstatierten eine habituelle Unsittlichkeit der Konkubine. Es sei keine völlige moralische Versunkenheit erforderlich, vielmehr reiche schon ein geringerer Grad an Bemakelung aus.<sup>427</sup>

Richtet man den Blick auf lebzeitige Rechtsgeschäfte, so ist bei *Josef Kohler* eine Zusammenfassung der damaligen Position zu finden:

„Daß [...] die Verhältnisse zwischen der Maitresse und ihrem Geliebten nicht als sittliche zu bezeichnen sind, versteht sich von selbst; und jedes Geldversprechen, welches der Maitresse gegeben wird, sei es zur Belohnung für ihr seitheriges Zuleben, sei es, um sie zum weiteren Zusammenleben zu veranlassen, ist null und nichtig. [...] Wer einer verführten Frauensperson ein Geldversprechen macht, kann dieses Versprechen machen in der Art, um hierdurch das an ihr begangene Unrecht zu sühnen und ihr eine Existenz zu verschaffen [...]. Ein solches Versprechen ist nicht unsittlich, sondern im höchsten Maße sittlich [...], vorausgesetzt natürlich, daß das Geld nicht zugleich eine Anregung zur Fortsetzung des Verhältnisses bieten soll. [...] Allein damit ist nur gesagt, daß die spezielle Beziehung zweier Personen an sich noch nicht die Schenkung ungültig macht, sondern nur der Umstand, daß die Belohnung für unsittlichen Dienste die einzige oder die vorwiegende

---

<sup>424</sup> OLG Celle, SeuffA 50 (1895), 389, 389. Das Gericht wies auch darauf hin, dass der Ehebruch nur auf Antrag und nach erfolgter Scheidung strafrechtlich verfolgt werde. Nach *von Glück* würden „die im Ehebruche betroffen worden sind [...] heutiges Tages nur in sofern ehrlos werden, als sie deßhalb zu einer infamirenden Strafe sind verurtheilt worden“, *Glück*, Pandecten Bd. V/1, 188.

<sup>425</sup> *Schröder*, Notherbenrecht, 260.

<sup>426</sup> Vgl. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. III, 146; *Dernburg*, Pandekten Bd. III, 304.

<sup>427</sup> So der Einsender obigen Urteils in seiner Anmerkung, siehe Nachschrift zu OAG München, Bl. für Rechtsanw. ErgBd. 1869, 353, 357 ff. Einige Autoren waren darüber hinaus der Auffassung, dass die Geschwister (aber auch die De- und Aszendenten) im Falle der Erbeinsetzung einer verächtlichen Person selbst dann die *querela* erheben und damit das Testament umstoßen könnten, wenn ihnen jener Anteil hinterlassen wurde, der ansonsten die *querela* ausschließt, so *Marezoll*, ZCivR Bd. I (1828), 185, 197 ff. und 212 ff.; *Schwepe*, Römische Rechtsgeschichte, 739. Dagegen allerdings *Francke*, Recht der Notherben und Pflichtteilsberechtigten, 198 ff.; *Glück*, Pandecten Bd. XXXV, 89 ff.; *Schröder*, Notherbenrecht, 263 f. Vgl. auch *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. III, 147 (Fn. 4).

causa donationis gewesen ist; das ist aber durchaus nicht immer der Fall. [...] Man darf nicht annehmen, daß die inkorrekte Seite des Verhältnisses hier stets die ausschlaggebende und bestimmende gewesen ist.“<sup>428</sup>

Diese Abgrenzung, die der späteren Formel im Rahmen des Geliebtentestaments ähnelt, findet sich auch in einigen Urteilen zu lebzeitigen Zuwendungen – bspw. an die Haushälterin, mit der der Schenker intime Beziehungen unterhalten hatte.<sup>429</sup> Im Erbrecht scheint die Zuwendung an die Geliebte im 19. Jahrhundert dagegen vor allem im Rahmen der *querela* diskutiert worden zu sein. Eine generelle Nichtigkeit solcher Testamente wegen Unsittlichkeit wurde noch nicht erwogen.

### b) Vergleichbare Maßstäbe im englischen Recht

Im 19. Jahrhundert lassen sich zwischen Deutschland und England gewisse Gemeinsamkeiten beim Umgang mit Zuwendungen an die Geliebte ausmachen. Gerade mit Blick auf lebzeitige Versprechen und Verträge lagen die rechtlichen Positionen erstaunlich nah beieinander. So wurden auch in England finanzielle Versprechungen von Männern gegenüber nichtehelichen Partnerinnen für nichtig erklärt, sofern sie das unerlaubte Verhältnis herbeiführen oder dessen Fortsetzung sichern sollten.<sup>430</sup> In *Halsbury's Laws of England* ist zu lesen:

„A contract which is made upon an immoral consideration or for an immoral purpose is unenforceable [...]. The immorality here alluded to is sexual immorality. A promise by a man to pay money to a woman in consideration of illicit cohabitation which is to take place between them [...] is void“.<sup>431</sup>

---

<sup>428</sup> Kohler, ArchBürgR 5 (1891), 161, 197 ff. u.a. mit Verweisen auf das französische Recht. Vgl. auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II, 214 (§ 314): „Ungültig ist der unerlaubte Vertrag. Unerlaubt ist a) der Vertrag, welcher gegen die Sittlichkeit verstößt. Dies ist der Fall, wenn der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen, oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist [...]“.

<sup>429</sup> Siehe RG, SeuffA 53 (1898), 143, 143 f. (pactum turpe). Demgegenüber OAG Dresden, WoBlatt 12 (1852), 284, 286 f.: „nichts der Sittlichkeit oder auch nur dem Anstande entgegenlaufendes begangen“; dass er sie mit der Schenkung erst dazu bewegen wollen, sich seinem Willen zu ergeben, sei nicht „zu präsumieren“. Vgl. zu diesen Fällen auch Falk, in: Das BGB und seine Richter, 451, 459 ff.

<sup>430</sup> Ausführlich hierzu Probert, The Changing Legal Regulation of Cohabitation, 47 f. und 92 ff. Vgl. aus der Rspr. bspw. *Gray v Mathias* (1800) 5 Ves 286, 294 (= 31 ER 591); *Ayerst v Jenkins* (1873) LR 16 Eq 275, 282: „Such bonds or covenants, if given in consideration of future cohabitation, are void [...]“; *In Re Vallance* (1884) 26 Ch D 353, 355 ff.

<sup>431</sup> *Earl of Halsbury*, Laws of England Bd. VII (1. Aufl. 1909), 400. Siehe auch *Winfield*, Pollock's Principles of Contract, 283 f. Auch in England sprach man sich allerdings gegen eine Vermutung der Unsittlichkeit aus und erwog sittlich nicht zu beanstandende Gründe für die Zuwendung, wie bspw. die Sorge der Frau für die Kinder. Siehe *In Re Vallance* (1884) 26 Ch D 353, 357: „[...] the mere continuance of a cohabitation raises no

Dem lag die Erwägung zugrunde, dass sexuelle Beziehungen außerhalb der Ehe unerlaubt und unerwünscht sind. Das unausgesprochene Ziel dieser Regeln war wohl letztlich, von derartigen Beziehungen abzuhalten.<sup>432</sup> Da das viktorianische Zeitalter gern als besonders prüde und sexuell gehemmt beschrieben wird,<sup>433</sup> erstaunt es an dieser Stelle nicht, dass das englische Recht im 19. Jahrhundert in seiner Grundhaltung gegenüber nichtehelichen Beziehungen nicht permissiver war als die deutsche Rechtsordnung.<sup>434</sup>

Mit letztwilligen Zuwendungen an die Geliebte verfuhr man dagegen weniger streng. So war es nach englischem Recht lediglich unzulässig, im Testament Begünstigungen für noch nicht geborene uneheliche Kinder vorzusehen. Derartige Anordnungen waren unwirksam, da man sie als Anreiz für unsittliches Verhalten verstand.<sup>435</sup> Eine testamentarische Begünstigung der Geliebten musste sich aber an keinem vergleichbaren Maßstab messen lassen. Mit den Worten, die *Franz Schröder* für das deutsche Recht des 19. Jahrhunderts gefunden hatte, kann man wohl auch dem englischen Recht eine „milde Praxis“ beim Umgang mit letztwilligen Zuwendungen an die Geliebte attestieren.<sup>436</sup>

---

kind of presumption that a bond given during such cohabitation was given for an immoral consideration“. Siehe auch *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 94 f.

<sup>432</sup> Siehe dazu *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 54 und 91. Siehe auch *Gray v Mathias* (1800) 5 Ves 286, 294 (= 31 ER 591): „[...] that where this sort of consideration appears upon the face of the instrument, it cannot be countenanced in a Court of Equity; to set aside all considerations of religion and morality, for an obvious reason of public policy: all proper connexion can arise only in the honourable state of marriage“; *Ayerst v Jenkins* (1873) LR 16 Eq 275, 282: „The policy of the law [...] is, no doubt, opposed to all immorality and to all unlawful cohabitation [...]“. Allgemein zur Tendenz des englischen Rechts, bis etwa zur Mitte des 19. Jhd. Langzeiteffekten im Sinne von Abschreckung oder Ansporn den Vorzug vor Einzelfallgerechtigkeit zu geben *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 392 und 394.

<sup>433</sup> Vgl. dazu *Hall*, in: *Sexual Cultures in Europe*, 29, 33 ff.; *Hall*, in: *A Companion to Contemporary Britain*, 145, 145: „The permafrost of attitudes often described as ‘Victorian’ [...]“.

<sup>434</sup> Auch in Südafrika wurden Geldversprechen, die mit Blick auf unerlaubten Verkehr gemacht worden waren, für undurchsetzbar gehalten. Vgl. dazu *Bradfield*, *Christie’s Law of Contract in South Africa*, 444 und aus der Rspr. *Aburrow v Wallis* (1893) 10 SC 214.

<sup>435</sup> *Holt v Sindrey* (1868) LR 7 Eq 170, 176: „[...] every gift to an illegitimate child the begetting of which is contemplated is against the policy of the law“; *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Ch App 147, 166 f.: „[...] if a testator were to provide by will for the offspring of a really future damnatus coitus [...], it would be void as a gift [...] as being a direct inducement to the man and woman to continue in a life of lawless immorality“. Siehe auch *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 122.

<sup>436</sup> Vgl. für das deutsche Recht *Schröder*, *Notherbenrecht*, 260.

## c) Etablierung des Geliebtentestaments im Rahmen des § 138 BGB

Beim Pflichtteilsrecht des BGB hatte man sich gegen die gemeinrechtliche Konzeption der *querela inofficiosi testamenti* entschieden.<sup>437</sup> Damit entfiel auch die Frage, ob die Geliebte als verächtliche Person (*persona turpis*) anzusehen sei.<sup>438</sup> Die Diskussion um letztwillige Zuwendungen an die Geliebte verschwand damit aber nicht. Sie verlagerte sich von der (auch hinsichtlich der Rechtsfolge) begrenzten Frage nach einer Nachlassbeteiligung der Geschwister in den allgemeinen Sittenwidrigkeitstatbestand des § 138 Abs. 1 BGB, der die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts anordnet.

Diese Entwicklung lässt sich anhand des wohl ersten hierzu ergangenen Urteils unter Geltung des BGB nachvollziehen.<sup>439</sup> Ein verheirateter Gutsbesitzer hatte der „ledigen Weinhändlerin P.“, mit der er intime Beziehungen unterhielt, ein Vermächtnis von 5.000 M ausgesetzt. Witwe und Kinder des Erblassers wehrten sich später gegen die auf Zahlung gerichtete Klage der P. mit dem Einwand, die Zuwendung verstoße gegen die guten Sitten. Das OLG Zweibrücken bestätigte diese Sicht und postulierte, die P. und der Erblasser hätten sich durch ihr Verhalten mit den allgemeinen Anschauungen von guter Sitte und mit den das Wesen der Ehe betreffenden gesetzlichen Vorschriften in offenen Widerspruch gesetzt. Auch wurde festgehalten, dass eine solche Zuwendung nach dem zuvor in diesem Gebiet geltenden französischen Recht sittenwidrig und nichtig gewesen sei.<sup>440</sup> Für das „neue Recht“ des BGB legte das OLG sodann die Suche nach dem passenden rechtlichen Ansatzpunkt offen: zunächst wird angemerkt, das BGB habe davon abgesehen, die Konkubine als erbunfähig zu bezeichnen.<sup>441</sup> Sodann ging das Gericht – da es sich um ein Vermächtnis handelte – auf § 2171 BGB ein. Dieser regelt die Folgen von Unmöglichkeit und Gesetzesverstoß bei Vermächtnissen; den im ersten

---

<sup>437</sup> Dazu noch unten Kapitel 1 – D.III.1.a) (118).

<sup>438</sup> Die Anknüpfung an eine *persona turpis* lehnte man für das BGB ab, weil sie den Anschauungen der Gegenwart widerspreche und man den Begriff der *persona turpis* für zu dehnbar hielt, von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 757 f.; Motive BGB Bd. V, 383 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 203). Dazu auch *Mertens*, Entstehung, 100.

<sup>439</sup> OLG Zweibrücken, SeuffA 57 (1902), 438. Vgl. zu diesem Urteil auch *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 477; *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 9 f.

<sup>440</sup> OLG Zweibrücken, SeuffA 57 (1902), 438, 439.

<sup>441</sup> OLG Zweibrücken, SeuffA 57 (1902), 438, 439 mit Verweis auf Motive BGB Bd. V, 14 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 8). Dort heißt es: „Der Entwurf hat Vorschriften dieser Art nicht aufgenommen. [...] In Ansehung derjenigen, welche mit dem Erblasser Ehebruch oder Blutschande getrieben haben, läßt sich zwar für die Unfähigkeit geltend machen die Rücksicht auf die öffentliche Moral, auf das sittliche Gefühl des besseren Theiles der Bevölkerung, welches durch die Aufrechterhaltung solcher Zuwendungen verletzt werden würde. Dieser Grund würde aber viel weiter führen. Überdies erscheint der Grund in vielen Fällen nicht zutreffend [...]“.

Entwurf ebenfalls aufgeführten Verstoß gegen die guten Sitten hatte man letztlich gestrichen.<sup>442</sup> Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich daher, dass für sittenwidrige Vermächtnisse die allgemeinen Grundsätze gelten sollten, also § 138 BGB maßgebend sei.<sup>443</sup> Bei § 138 BGB angelangt, entnahm das Gericht der Genese dieser Norm, dass für einen Sittenverstoß auch die Beweggründe des Erblassers relevant seien.<sup>444</sup> Es verwies dabei ausdrücklich auf den (soeben zitierten) Beitrag *Josef Kohlers*, der den anzulegenden Maßstab für Zuwendungen an die „Maitresse“ beschreibt.<sup>445</sup> Vor diesem Hintergrund bestätigte das OLG die Ansicht der Vorinstanz, die letztwillige Verfügung habe den Zweck gehabt, die Klägerin für den schimpflichen Verkehr zu belohnen und dessen Fortsetzung zu sichern.<sup>446</sup> Die Klage der P. auf Auszahlung des Vermächtnisses hatte somit keinen Erfolg.

Das OLG sanktionierte letztlich ein Verhalten, das den Vorstellungen von der bürgerlichen Ehe und der allgemeinen Sittlichkeit widersprach. Dass es dabei im Wege des § 138 BGB eine letztwillige Verfügung traf, war keineswegs vorgezeichnet. Dies zeigt sich auch an den kritischen Stimmen aus dem Schrifttum, die teilweise darauf hinwiesen, dass die bisherige Rechtslage nach gemeinem Recht eine deutlich andere gewesen war:

„Bezeichnend ist dafür, daß die Einsetzung einer persona turpis nach römisch-gemeinem Recht nur einen Pflichtteilsanspruch der Geschwister erzeugte, also keineswegs wegen Unsittlichkeit nichtig war. [...] Nicht eine jede Einsetzung, die unserem sittlichen Empfinden widerspricht, darf als nichtig gelten.“<sup>447</sup>

Das Sittenwidrigkeitsverdikt des OLG scheint durch mehrere Faktoren begünstigt worden zu sein. Einerseits sah das Gericht sich in seiner Haltung wohl durch die Tatsache bestätigt, dass das bislang geltende französische Recht zum gleichen Ergebnis gekommen wäre.<sup>448</sup> Zum anderen konnte es auf einen Maß-

---

<sup>442</sup> Siehe die beiden Fassungen in der Gegenüberstellung bei *Mugdan*, Materialien Bd. V, XX f. Zum ersten Entwurf Motive BGB Bd. V, 154 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 81) und zur geänderten Fassung Protokolle BGB Bd. V, 172 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 615).

<sup>443</sup> OLG Zweibrücken, SeuffA 57 (1902), 438, 439.

<sup>444</sup> OLG Zweibrücken, SeuffA 57 (1902), 438, 439 f.

<sup>445</sup> Vgl. dazu auch *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 477.

<sup>446</sup> OLG Zweibrücken, SeuffA 57 (1902), 438, 438 und 440.

<sup>447</sup> Siehe *Leonhard*, Kommentar BGB Erbrecht (1912), 369 f. Auch *Ruß* verwahrt sich dagegen, aus der Unsittlichkeit eines Verhältnisses die Rechtsunwirksamkeit der Verfügung zu folgern, *Ruß*, Liebesverhältnis, 10. Siehe auch *Jastrow*, ZZP 34 (1905), 497, 500 „Zu den Vermischungen von Recht und Moral, die mir zu weit gehend erscheinen, rechne ich die Billigung eines Urteils des OLG. Zweibrücken [...] Unausgesprochene Motive zu verwerten, ist [...] immer mißlich, doppelt hart aber, wenn die Methode gegen einen Toten geübt wird.“

<sup>448</sup> Vgl. aus der damaligen französischen Rspr. bspw. Cass. req., Sirey 1860 I, Sp. 321, 321 ff.; Cass. req., Recueil Dalloz 1889 I, 35, 35 f. Vgl. auch *Mihura/Barrault*, JCl. Civil,

stab für lebzeitige Zuwendungen zurückgreifen, den man gut in den neuen § 138 BGB übernehmen konnte: die bei *Kohler* anklingende Betonung des Motivs ließ sich dort gut einpassen, da die zweite Kommission erklärt hatte, man dürfe auch die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer Acht lassen.<sup>449</sup> Mit seinem Urteil legte das OLG den Grundstein für eine teilweise sehr problematische Rechtsprechungslinie im Rahmen des § 138 BGB.

d) *Der Umgang englischer Richter mit Sitte und Moral*

In England blieb es dagegen bei der aus dem 19. Jahrhundert bekannten Rechtslage. Obwohl dem englischen Recht die Unwirksamkeit lebzeitiger Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit „illicit cohabitation“ bekannt war, etablierte sich – im Gegensatz zu Deutschland – nie eine vergleichbare Regel für letztwillige Verfügungen.<sup>450</sup>

Ein Grund für die Zurückhaltung bei Eingriffen in letztwillige Verfügungen liegt wohl im Stellenwert, den die Testierfreiheit im Rechtsbewusstsein der englischen Richter einnahm – dazu später noch Näheres.<sup>451</sup> Daneben ist aber gerade im Hinblick auf die in der deutschen Rechtsprechung durchschlagende Ehe- und Sexualmoral von Interesse, wie englische Richter seit Mitte des 19. Jahrhunderts in ihren Urteilen mit moralischen Erwägungen umgingen – insbesondere im Rahmen der als Äquivalent der Sittenwidrigkeit erscheinenden *public policy*.

Das englische Recht war – wie beschrieben – keineswegs neutral gegenüber Beziehungen, die man als unsittlich und unerlaubt betrachtete.<sup>452</sup> Obwohl die darauf bezogenen Rechtsnormen klar auf (sexual)moralischem Fundament ruhten, war deren Anwendung auf den konkreten Einzelfall eher von Sachlichkeit oder gar Formalismus geprägt.<sup>453</sup> Moralische Erwägungen und

---

Art. 1131–1133 (1928), Ziffer 47 ff. Zur Geltung des Code civil in den deutschen Gebieten links des Rheins *Schlosser*, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 234 f.

<sup>449</sup> Protokolle BGB Bd. I, 123 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. I, 725). Vgl. aber bspw. auch schon *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II, 214.

<sup>450</sup> Vgl. auch *Lloyd*, Public Policy, 56 (Fn. 6): „Before the Inheritance Act, 1938, English law would fully uphold such a disposition [a will in favour of a mistress], and will not necessarily interfere even since the Act was passed [...]“.

<sup>451</sup> Siehe unten Kapitel 1 – D.III.1.b) (125).

<sup>452</sup> Siehe auch *Probert*, The Changing Legal Regulation of Cohabitation, 54 und 107.

<sup>453</sup> *Probert*, The Changing Legal Regulation of Cohabitation, 89 ff. Wenn nicht völlig klar bewiesen werden konnte, dass ein Rechtsgeschäft auf die Fortsetzung der unerlaubten Beziehung gerichtet war, wurde es vom Gericht aufrecht erhalten – so verwerflich man das Verhalten der beteiligten Personen auch fand, vgl. bspw. *Gray v Mathias* (1800) 5 Ves 286 (= 31 ER 591) Bei letztwilligen Zuwendungen an zukünftige nichteheliche Kinder griff die Nichtigkeitsfolge nur ein, sofern das Kind im Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch nicht gezeugt war, vgl. *Holt v Sindrey* (1868) LR 7 Eq 170, 176; *Occleston v Fullalove*

das genaue Maß an sittlicher Verwerflichkeit spielten keine wirkliche Rolle bei der Anwendung der jeweiligen Norm.<sup>454</sup> Und wo keine derartige Schranke durch entsprechende Präjudizien etabliert war, konnte der Schenker oder Erblasser die Geliebte oder das uneheliche Kind problemlos bedenken – solange er sich an die Wirksamkeitsvoraussetzungen des jeweiligen Rechtsgeschäfts hielt.<sup>455</sup> So konnte er bspw. seine außereheliche Geliebte per *secret trust* begünstigen, sofern er die mitunter spitzfindigen Voraussetzungen beachtete. Und auch Testamente zugunsten der Geliebten waren grundsätzlich wirksam, da man sich der Regel verpflichtet sah, Testamente streng nach dem erkennbaren Erblasserwillen auszulegen – selbst wenn der Erblasser seine Geliebte offensichtlich fälschlicherweise als „my wife“ bezeichnet hatte.<sup>456</sup>

Obwohl aus den Urteilen deutlich wird, dass die Richter klare Vorstellungen davon hatten, was sittlich verwerflich war und was nicht, sahen sie sich bei der rechtlichen Umsetzung von Sitte und Moral in ihrer richterlichen Entscheidungsfreiheit beschränkt.<sup>457</sup> Die Zurückhaltung, sittlich-moralische Argumente in den jeweiligen Einzelfall einfließen zu lassen, bei gleichzeitiger Tendenz zu formalistischer Prinzipientreue, fügt sich mit Blick auf Geisteshaltung und Rechtsverständnis englischer Richter in eine generelle Entwicklungstendenz ab Mitte des 19. Jahrhunderts. So wurde die Möglichkeit einer Orientierung an übergeordneten *policy*-Erwägungen im Laufe der Zeit zunehmend zugunsten einer verstärkten Bindung an Präjudizien und daraus abgeleiteten Prinzipien zurückgedrängt – auch unter Inkaufnahme einer Einbuße an Einzelfallgerechtigkeit.<sup>458</sup> *P.S. Atiyah* betitelt seine Ausführungen zu dieser richterlichen Geisteshaltung mit „the rise of formalism and the decline

---

(1874) LR 9 Ch App 147, 156 ff. Dazu auch *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 122.

<sup>454</sup> Vgl. *Rutly v Latham*, *The Times* (14. November 1822), 3: „[...] the Court did not sit there to define shades of immorality“; *Ayerst v Jenkins* (1873) LR 16 Eq 275, 282: „The policy of the law (and, therefore, of this and every other Court in the realm) is, no doubt, opposed to all immorality and to all unlawful cohabitation; but the equitable doctrines applicable to such cases do not depend upon, and do not vary with, the species of degree of immorality in each particular case“. Siehe auch *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 90 f.; *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 388.

<sup>455</sup> Siehe *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 123 ff. Vgl. auch die Aussage von *Baron Parke* in *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 124: „Prima facie, all persons are free to dispose of their property according to their will and pleasure, [...] provided [...] they adopt the formalities required by the common and statute law“.

<sup>456</sup> Siehe dazu oben Kapitel 1 – B.II.3. (58) sowie *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 97 ff.; *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 119 ff.

<sup>457</sup> Dazu *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 91 f. Vgl. auch *Kerridge*, *Law of Succession*, 78 (Fn. 79).

<sup>458</sup> Siehe *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 386 ff. und 660 ff. Siehe auch *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 52 und 92 ff.

of equity“.<sup>459</sup> Damit einher ging eine – auch dem Gedanken der Gewaltenteilung geschuldete – Skepsis der Richter, *public policy* als richterliches Korrekturinstrument einzusetzen, insbesondere in „neuen“ Fällen.<sup>460</sup> All dies war einer Übertragung der für lebzeitige Zuwendungen etablierten Präjudizien auf letztwillige Verfügungen wohl eher hinderlich.

Aber auch die im Vergleich zur deutschen Sittenwidrigkeit etwas andere konzeptionelle Ausrichtung der *public policy* mag ein weiteres Hemmnis gewesen sein, im Erbrecht eine mit der deutschen Formel vergleichbare Norm zu schaffen, die vor allem auf die individuell verwerfliche Motivation des Erblassers blickt. Im Rahmen der Beratung des § 138 BGB hatte man den neben den guten Sitten noch enthaltenen Verweis auf die öffentliche Ordnung letztlich gestrichen<sup>461</sup> und gleichzeitig klargestellt, dass das Motiv im Sinne einer verwerflichen Gesinnung bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nicht außer Acht gelassen werden dürfe.<sup>462</sup> Dagegen hat die *public policy* gerade die objektiven gesamtgesellschaftlichen Interessen im Auge und weniger individuelle moralische Standards und Motivlagen.<sup>463</sup>

„English law, [...] by its tendency at any rate since Bentham to stress the separateness of law and morality, seems more preoccupied with the social than the moral consequences of particular transactions. [...] We have here in fact a conspicuous illustration of the common lawyer's preference for an objective standard as against the civilians's frequent predilection for taking a subjective view of a transaction“,

---

<sup>459</sup> „Formalism really represents an attitude of mind rather than anything else; the attitude is that of the judge who believes that all law is based on legal doctrine and principles which can be deduced from precedents; [...] that it is not the function of the judge to invoke policy considerations, [...] that the reasons behind principles and rules are irrelevant; that the role of the judge is purely passive and interpretive; that law is a science of principles [...]“, *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 388.

<sup>460</sup> „[...] I deny that any Court can invent a new head of public policy [...]“, so *Lord Halsbury* in *Janson v Driefontein Consolidated Mines Ltd.* [1902] AC 484, 491. Siehe auch *Buckley*, *Illegality and Public Policy*, Ziffer 6.26 ff.; *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 383 ff. Näheres zur *public policy* in Kapitel 2 – D.IV.3. (270).

<sup>461</sup> Die Norm des früheren Entwurfs (§ 106) lautete: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig“, vgl. die Texte bei *Mugdan*, *Materialien* Bd. I, LXXXV. Die zweite Kommission strich den Verweis auf die öffentliche Ordnung und die Beschränkung auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts, siehe Protokolle BGB Bd. I, 123 f. (= *Mugdan*, *Materialien* Bd. I, 725). Siehe zur damaligen Diskussion *Schmidt*, *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, 144 ff.

<sup>462</sup> Protokolle BGB Bd. I, 123 f. (= *Mugdan*, *Materialien* Bd. I, 725): „[...] so sei es doch im einzelnen Falle unerlässlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer Acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Momentes der Inhalt des Rechtsgeschäftes in das rechte Licht gesetzt werde“. Zur Genese des § 138 BGB auch noch in Kapitel 2 – D.III.6. (256).

<sup>463</sup> Siehe *Abraham*, *AcP* 150 (1949), 385, 386: „Doch muß immer irgendein gesellschaftliches Interesse berührt sein. Ein bloßer moralischer Vorwurf [...] genügt nicht, wenn er auch mit einem Verstoß gegen die *public policy* zusammenfallen kann“.

so *Dennis Lloyd* in seiner rechtsvergleichenden Arbeit zur *public policy*.<sup>464</sup> Gerade im englischen Erbrecht wurde in aller Deutlichkeit betont, dass das Motiv – so verwerflich man es auch empfinde – einem Testament nicht entgegengehalten werden könne:

„The law does not pretend to deal with the motive to testamentary bounty, or any other bounty. A testator’s bounty is absolute and without control as to motive. A man may leave his virtuous wife and deserving children penniless, and bestow the whole of his fortune upon the vilest companions of his profligacy, the most worthless partners of his vices, the most wicked accomplices of his crimes, and the law cannot gainsay him, even if he should openly flaunt his shocking disregard of all ties human and divine on the very face of his will. But if there be any inducement to do wrong, the law can and does deal with it. If there be any covenant for a turpis causa, the covenant is void.“<sup>465</sup>

Als Ansatzpunkt für die Bewertung anstößiger Rechtsgeschäfte blieb also noch die Anreizwirkung zu unsittlichem Verhalten (*inducement*) sowie eine unsittliche Gegenleistung (*consideration*). Beides sollte objektiv verstanden werden, und man versuchte es strikt von den subjektiven Beweggründen zu trennen.<sup>466</sup> Nun kennen aber letztwillige Verfügungen keine *consideration* und man schien – abgesehen von der Begünstigung ungeborener unehelicher Kinder – in Testamenten auch weniger die Gefahr eines Anreizes zu unsittlichem Verhalten zu sehen.<sup>467</sup>

Der Kontext, in dem die englischen Richter im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert operierten, beflügelte wohl weder dazu, die durch langjährige Präjudizienkette etablierten sexualmoralisch unterlegten Regeln zu lebzeitigen Rechtsgeschäften qua Rechtsfortbildung ins Erbrecht zu übertragen, noch dazu, letztwillige Verfügungen anhand der *public policy* einer Motivkontrolle zu unterziehen. Der Boden für eine Rechtsfortbildung, mittels derer man Geliebtentestamente anhand einer verwerflichen Gesinnung des Erblassers ins Fadenkreuz hätte nehmen können, war damit in England wohl weniger fruchtbar als jener, den das OLG Zweibrücken zur Jahrhundertwende in Deutschland vorgefunden hatte.

---

<sup>464</sup> *Lloyd*, Public Policy, 27 f.

<sup>465</sup> *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Ch App 147, 161. Siehe auch *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64, 64: „A man, moved by capricious, frivolous, mean, or even bad motives, may disinherit wholly or partially his children, and leave his property to strangers.“

<sup>466</sup> *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Ch App 147, 161: „In considering this question, it is necessary to have accurately in one’s mind the distinction, in legal effect, between motive and consideration or inducement.“ Siehe auch *Lloyd*, Public Policy, 56 f.

<sup>467</sup> *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Ch App 147, 162: „His own will can be no inducement to himself to continue a life of immorality; it can be no inducement to the partner of his sin“. Siehe auch *Lloyd*, Public Policy, 56 f.

## 2. Die sittenstrenge Rechtsprechung der deutschen Nachkriegszeit

Als nächster bedeutender Entwicklungsschritt in der Rechtsprechung zum Geliebtentestament soll die sittenstrenge Nachkriegs-Rechtsprechung des BGH genauer in den Blick genommen werden.<sup>468</sup> Indem man der Geliebten auferlegte, die vermutete verwerfliche Gesinnung zu widerlegen, erhob man die Sittenwidrigkeit zur Regel. Es erscheint angebracht, die Beweislastregelung mit Blick auf ihre Ursprünge und ideengeschichtlichen Hintergründe zu untersuchen und jene Faktoren zu beleuchten, die die Sittenstrenge in der Rechtsprechung begünstigen konnten. In England waren zur gleichen Zeit Tendenzen zu erkennen, die in eine andere Richtung wiesen und wohl erneut ein Hemmnis für die Herausbildung einer solchen Rechtsprechungslinie waren.

### a) Naturrechtsrenaissance als rechtsphilosophischer Kontext

In Deutschland bereitete die Nachkriegszeit einen fruchtbaren Boden für eine sittenstrenge Haltung im Recht. Man war auf der Suche nach einer allgemeinverbindlichen und anschlussfähigen Werteordnung, die man dem gerade erst überwundenen Nationalsozialismus entgegensetzen konnte.<sup>469</sup> Der Positivismus wurde zum Feindbild erklärt.<sup>470</sup> Er habe die Juristen wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts, so *Gustav Radbruch*.<sup>471</sup> Man verlangte eine „geistige Erneuerung“.<sup>472</sup> Vor diesem Hintergrund erstarkten naturrechtliche Ideen – es war die Rede von übergesetzlichen, allein aus sich selbst heraus geltenden Rechten und einer vorgegebenen Werteordnung. Dies schlug sich auch in der Rechtsprechung des BGH nieder.<sup>473</sup> Impulse erhielt die rechtliche Diskussion dabei aus den christlichen Naturrechtsdebatten.<sup>474</sup> Hierbei waren wohl vor allem die Positionen der

---

<sup>468</sup> *Kroppenberg* nutzt hierfür den Terminus „Sittensprechung“, *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 27.

<sup>469</sup> Siehe *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 1 ff. und 19. Im Kontext des Geliebtentestaments vgl. *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1017 f.; *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 160.

<sup>470</sup> *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 19 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 531.

<sup>471</sup> *Radbruch*, SJZ 1946, 105, 107. Ausführlich zur Positivismusthese *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 19 ff.

<sup>472</sup> Siehe *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 97.

<sup>473</sup> Siehe *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 531 und 603 f.; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 448 ff. und 524; *Weinkauff*, NJW 1960, 1689, 1690 f. *Weinkauff* war erster Präsident des BGH und Fürsprecher naturrechtlichen Gedankengutes, siehe dazu *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 603. Im Kontext des Geliebtentestaments vgl. *Knüpfer*, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 201. Mit dem Begriff der „Naturrechtsrenaissance“ bspw. *Foljanty*, in: HRG Bd. III (2. Aufl. 2016), Sp. 1868.

<sup>474</sup> *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 332.

katholischen Kirche von großem Einfluss,<sup>475</sup> die nicht zuletzt versuchte, wieder größeren Einfluss in der Gesellschaft zu erlangen.<sup>476</sup>

Man wählte das Recht in einer Krise, sowohl was das Vertrauen der Bevölkerung in das Recht anging, als auch hinsichtlich der gesellschaftlichen Anerkennung der juristischen Berufe. Den Weg aus der Krise sah man in einer nach Einzelfallgerechtigkeit und der „Wiederverankerung des Rechts in der Sittlichkeit“<sup>477</sup> strebenden volks- und lebensnahen Justiz.<sup>478</sup> Hand in Hand mit dem Streben der Justiz nach Autorität und gesellschaftlichem Einfluss ging die Forderung nach größeren Frei- bzw. Spielräumen im Verhältnis zum Gesetzgeber. Die Folge war eine relativierte Gesetzesanbindung und ein gesteigertes Maß an Rechtsfortbildung, vor allem im Vergleich zur Zeit des Reichsgerichts.<sup>479</sup> In die auf Implementierung gesteigerter Sittlichkeit gerichtete Rechtsprechung flossen Vorstellungen ein, die man sich von einer erstrebenswerten Nachkriegsgesellschaft machte.<sup>480</sup> *Franz Wieacker* meint, die Rechtsprechung habe das Recht als ein Mittel zur Verwirklichung selbst gesetzter Moralwerte gesehen.<sup>481</sup>

Man versuchte, als übergesetzlich empfundene „elementare Einrichtungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens“<sup>482</sup> wie Ehe, Familie und Kirche zu schützen.<sup>483</sup> So griff auch der BGH in der Phase der Nachkriegszeit auf das überkommene christlich-katholische Ehe- und Familienbild zurück.<sup>484</sup> Zentra-

---

<sup>475</sup> *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 598 ff. Siehe auch *Gordon*, *Wesen der Ehe*, 272 f.

<sup>476</sup> *Foljanty*, *Recht oder Gesetz*, 108 und 332.

<sup>477</sup> *Süsterhenn*, in: *Schriften*, 182, 184.

<sup>478</sup> *Foljanty*, *Recht oder Gesetz*, 2 und 304 ff. Siehe dazu auch *Raiser*, in: *Rechtsprobleme in Staat und Kirche*, 243, 243.

<sup>479</sup> *Foljanty*, *Recht oder Gesetz*, 222 und 305 ff.; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 525 und 607. Der BGH stand (anders als das RG) nicht unter dem „Eindruck des frischen Prestiges des BGB“ und unterlag noch keinen Bindungen an eine eigene Gerichtstradition. Der BGH konnte auf diese Weise die vom RG übernommenen Linien selbstbewusster und freigiebiger ausbauen, *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 525 und 531.

<sup>480</sup> Vgl. *Foljanty*, *Recht oder Gesetz*, 339 f.

<sup>481</sup> *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 609. In diesem Sinne auch *Müller-Freienfels*, *JZ* 1968, 441, 448. Vgl. auch *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 227.

<sup>482</sup> Mit diesen Worten *Weinkauff*, *NJW* 1960, 1689, 1694.

<sup>483</sup> *Foljanty*, *Recht oder Gesetz*, 339. Vgl. auch *Leipold*, in: *50 Jahre BGH*, 1011, 1023. In der Fortführung bekannter Denkmuster und Wertvorstellungen scheinen trotz des postulierten Bruchs mit dem Nationalsozialismus gewisse Kontinuitäten auf. Hier half gerade auch die Verbindung mit den naturrechtlichen Narrativen eine Auseinandersetzung mit Schuld und Verfehlungen der Justiz während der Zeit des Nationalsozialismus zu vermeiden und einen Neuanfang zu verkünden. Dazu *Foljanty*, *Recht oder Gesetz*, 325 ff. und 342; *Rüthers*, *JZ* 2013, 822.

<sup>484</sup> Siehe *Gordon*, *Wesen der Ehe*, 272 f. sowie 309, der den katholischen Standpunkt des BGH dadurch begünstigt sieht, dass man sich von der strengeren katholischen Eheauf-

le Elemente insbesondere der katholischen Lehre waren die Ausschließlichkeit und Unauflöslichkeit der Ehe.<sup>485</sup> Diese Prinzipien schlugen sich sowohl in der Rechtsprechung des BGH als auch in der Literatur nieder.<sup>486</sup> Ausdruck der damit einhergehenden Sexualmoral ist eine Entscheidung des großen Strafsenats aus dem Jahr 1954, in der dieser zur Strafbarkeit der „Kuppelei“ Stellung bezogen hatte:

„Nun kann es aber nicht zweifelhaft sein, daß die Gebote, die das Zusammenleben der Geschlechter und ihre geschlechtlichen Beziehungen grundlegend ordnen und die dadurch zugleich die gesollte Ordnung der Ehe und der Familie [...] festlegen und verbürgen, Normen des Sittengesetzes sind und nicht bloße dem wechselnden Belieben wechselnder gesellschaftlicher Gruppen ausgelieferte Konventionalregeln. [...] Indem das Sittengesetz dem Menschen die Einehe und die Familie als verbindliche Lebensform gesetzt [...] hat, spricht es zugleich aus, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen soll [...].“<sup>487</sup>

Der BGH forderte – wie *Michael Gordon* es ausdrückt – eine „im Einklang mit der Schöpfungslehre stehende idealisierte Zweisamkeit der Ehegatten“.<sup>488</sup>

Neben dieser Auffassung vom Wesen der Ehe trug möglicherweise auch die richterliche Wahrnehmung der Frau der Nachkriegszeit und das sich durchsetzende Familienbild zur richterlichen Haltung in Sachen Geliebtentestament bei. Die Frau hatte während des Kriegs die Familie mitunter ohne den Mann versorgt und wurde danach nicht nur beim Wiederaufbau gebraucht. Diese neue Selbständigkeit suchten die Männer in den Nachkriegsjahren wohl teilweise zugunsten des traditionellen Rollenbildes zurückzudrängen.<sup>489</sup>

---

fassung womöglich eine konsolidierendere Wirkung nach den Rupturen des Nationalsozialismus versprach als von der Haltung der evangelischen Kirche (272). Vgl. auch *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1017 f.

<sup>485</sup> Siehe dazu *Gordon*, Wesen der Ehe, 269. Die Unauflöslichkeit der Ehe wird u. a. auf das Evangelium nach Markus gestützt (Mk 10, 9): „Was aber Gott verbunden hat, das darf der Mensch nicht trennen.“ Siehe zur Unauflöslichkeit auch *Marx*, Ehe auf Lebenszeit, 29 ff.; *Ariès*, in: Masken des Begehrens, 176, 184.

<sup>486</sup> Siehe BGHZ 18, 13, 17 (Scheidungsfall aus dem Jahr 1955): „Die Ehe besteht ihrem sittlichen Wesen nach [...] in der Begründung und fortwährenden Verwirklichung einer bis zum Tode eines der Ehegatten fortdauernden und zur Familiengemeinschaft sich erweiternden Lebensgemeinschaft der Ehegatten. [...] Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unlöslich [...].“ Siehe aus der Literatur *Raiser*, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, 243, 248. Er betont, „[...] daß die Eheleute [...] in eine ihr Dasein transzendierende, von Gott gestiftete und darum ihnen nicht verfügbare Ordnung eintreten“.

<sup>487</sup> BGHSt 6, 46, 53 f. (1954). Die Parallelität der Entscheidung zur Rechtsprechung in Sachen Geliebtentestament zeigen auf *Simshäuser*, Geliebten-Testamente, 18; *Müller-Freienfels*, JZ 1968, 441, 442; *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1021.

<sup>488</sup> *Gordon*, Wesen der Ehe, 321.

<sup>489</sup> Siehe *Ramelsberger*, Als der Mann zur Last wurde, Süddeutsche Zeitung 7.5.2015. Die reaktionären und moralisierenden Aussagen der Rechtsprechung zu Ehe und Familie mögen sich in diesen Kontext einfügen, siehe *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1024.

Die vielen gefallenen, verschollenen oder in Gefangenschaft geratenen Männer bedingten eine nicht geringe Zahl lediger oder verwitweter Frauen. Das Bild von der auf materielle Vorteile bedachten Verführerin im Konkurrenzkampf um eine gute Partie mag hierdurch gefördert worden sein.<sup>490</sup> Darüber hinaus mögen die in der Nachkriegszeit als gesellschaftliches Problem und Ärgernis empfundenen „Onkel-Ehen“ oder „Rentenkonkubinate“ gerade auch die Meinung bezüglich nichtehelicher Verbindungen negativ beeinflusst haben. Diese Bezeichnungen standen für das nichteheliche Zusammenleben von Mann und (oft verwitweter) Frau, wobei die Eheschließung teilweise aus finanziellen Gründen unterblieb, da die Frau mit der Wiederverheiratung der Witwenrente verlustig ging.<sup>491</sup> Diese Verbindungen wurden geradezu als Gefahr für Ehe, Familie und Nachkommenschaft angesehen und nicht zuletzt von der Kirche äußerst kritisch beäugt.<sup>492</sup>

Die Nachkriegsjahre gingen über in die Zeit des Wirtschaftswunders. Steigende Löhne und ein verbessertes Sozialsystem führten zu einem Anstieg des Lebensstandards. Das „Leitbild der modernen bürgerlichen Familie“ setzte sich durch: die auf Familiengründung gerichtete lebenslange Ehe, in der der Mann den Lebensunterhalt verdiente und die Frau sich um Haushalt und Kinder kümmerte. Die „Normalfamilie“ wurde institutionalisiert, internalisiert und erlangte starke normative Verbindlichkeit.<sup>493</sup>

Die zunehmend rigorose Haltung in Sachen Geliebtentestament kann also in Zusammenhang gebracht werden mit einem konservativen und religiös konnotierten Bild von Ehe und Familie, das im Kontext der Naturrechtsrenaissance zur Durchsetzung gelangen konnte. Die Rechtsprechung legte ein deutliches „Sendungsbewußtsein bei der Erhebung und Durchsetzung rechtsethischer Ansprüche“ an den Tag, wollte Vorbild und Orientierung für die Bevölkerung und untere Instanzen bieten.<sup>494</sup> Die strengen Dogmen fanden sich

---

<sup>490</sup> Falk, in: Das BGB und seine Richter, 451, 479 f. Vgl. auch Leipold, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1017.

<sup>491</sup> Siehe dazu Knüpfer, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 16; Jeder, Eheähnliche Verhältnisse, 20 f. Der Begriff „Onkel-Ehe“ beschrieb „das Geschehen anheimelnd aus der Perspektive eines Kindes“, so Gernhuber, FamRZ 1981, 721, 723. Siehe auch Frings, FamRZ 1956, 33, 33.

<sup>492</sup> „Mit großer Sorge verfolgt die Kirche die Entwicklung des Problems der sog. ‚Onkel-Ehen‘, auch ‚Rentenkonkubinate‘ genannt“, so Kardinal Frings in einer Denkschrift der katholischen Bischöfe an Konrad Adenauer, abgedruckt als Frings, FamRZ 1956, 33, 33. Siehe auch den Beitrag von Kühn, FamRZ 1956, 262, 264. Kellner, FamRZ 1954, 160, 160 konstatiert jedoch, das Problem werde „mit einer Leidenschaft erörtert, die sich aus dem zahlenmäßigen Umfang dieser Zeiterscheinung nicht rechtfertigen lässt“.

<sup>493</sup> Peuckert, Familienformen, 15 ff.

<sup>494</sup> Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 607. Siehe auch Foljanty, Recht oder Gesetz, 307.

so nicht in den Gesetzen.<sup>495</sup> Und so spricht *Ulrich Falk* vom „Nachrang des gesetzlichen Regelungsmodells“ gegenüber einem als vorbestimmt und unwandelbar dargestellten Sittengesetz.<sup>496</sup> Dieser Nachrang des Regelungsmodells zeigte sich gerade auch in der Rechtsprechung zum Geliebtentestament, wo die gesetzlich vorgesehene Testierschranke des Pflichtteilsrechts aus sittlichen Erwägungen erweitert wurde.

b) *Beweislastumkehr: Entwicklung und ideengeschichtlicher Hintergrund*

Die unliebsame außereheliche Verbindung war zivilrechtlich zunächst unerheblich – *Konrad Zweigert* bezeichnete den außerehelichen Verkehr als „juristisch indifferent“.<sup>497</sup> Die für eine rechtliche Angriffsfläche erforderliche Verbindung mit der letztwilligen Verfügung bot die Formel, die auf die verwerfliche Gesinnung in Gestalt von Belohnung oder Anreiz für geschlechtlichen Verkehr abstellte.<sup>498</sup> Mit dieser Formel zog man das missbilligte außereheliche Verhältnis ins Fadenkreuz der Sittenwidrigkeit. Wichtiger – wenn nicht entscheidender – Bestandteil der sittenstrengen Rechtsprechung zum Geliebtentestament war sodann die Vermutung dieser verwerflichen Gesinnung und damit der vermutete Zusammenhang zwischen außerehelichem Geschlechtsverkehr und letztwilliger Verfügung.

Der OGH hatte 1948 verkündet, im Konkubinat gewähre der männliche Partner im allgemeinen Geschenke für den Geschlechtsverkehr und die Geliebte habe den Anschein eines solchen Zusammenhangs mit der letztwilligen Verfügung zu entkräften.<sup>499</sup> Doch war die Vermutung eines Zusammenhangs zwischen Geschlechtsverkehr und letztwilliger Zuwendung keine Erfindung des OGH. Sie taucht schon Anfang des 20. Jahrhunderts in zwei Beiträgen auf, verfasst von den Rechtsanwälten *Josef* und *Linz*. *Eugen Josef* schrieb – wohl in Zusammenhang mit einem Fall aus seiner eigenen Praxis – unter dem Titel „Letztwillige Zuwendungen an die Beischläferin“:

---

<sup>495</sup> Siehe *Gordon*, Wesen der Ehe, 310 f. *Jescheck* merkt an, die Auffassung des Strafsenats von der Ehe sei eine Überbewertung des rechtlichen und kirchlichen Bandes und würde der Wirklichkeit nicht gerecht, *Jescheck*, MDR 1954, 645, 647. Vgl. auch *Zweigert*, Tabus im öffentlichen Leben der BRD, 17 f.

<sup>496</sup> *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 486.

<sup>497</sup> *Zweigert*, in: Verh. 44. DJT (1962) Bd. II, C 8.

<sup>498</sup> Siehe *Husmann*, NJW 1971, 404, 406: „Solange sich die erotischen Beziehungen im geselligen Bereich befinden, fehlt es an der Rechtssphäre, in der die Norm-Sitte in Funktion treten könnte. Erst dann, wenn die ‚Liebe‘ diesen (geselligen) Bereich verläßt und zum ‚Geschäft‘ wird – also Entgeltscharakter annimmt –, bewegt sie sich im rechtsgeschäftlichen Bereich. Aber dann ist sie keine Zuneigung, keine Liebe mehr, sondern wird zum echten Leistungsaustauschobjekt. Hier tritt die Sitte ihre Schrankenfunktion an.“ Vgl. auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 219 f.

<sup>499</sup> Siehe oben Kapitel 1 – A.I.3.a) (28).

„Letztwillige Zuwendungen werden regelmäßig veranlaßt durch die persönlichen Beziehungen des Erblassers zum Bedachten, wie Verwandtschaft, Dankbarkeit, Mitleid. Hat nun zwischen dem Erblasser und der Bedachten ein außerehelicher Geschlechtsverkehr bestanden, so ist die tatsächliche Vermutung begründet, daß diese persönliche Beziehung der Beweggrund der Zuwendung, diese eine Belohnung für den von der Bedachten gestatteten Geschlechtsverkehr ist. Eine solche Zuwendung ist also grundsätzlich nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Zur Widerlegung dieser Rechtsfolge muß die Bedachte ihrerseits Umstände nachweisen, die geeignet sind, den einer solchen Zuwendung grundsätzlich anhaftenden Makel zu beseitigen [...]“.<sup>500</sup>

*Linz* war ebenfalls der Auffassung, dass bei einer „Zuwendung an die Mätresse“ eine Vermutung für ein unsittliches Rechtsgeschäft spreche. Der Gegenbeweis der Mätresse sei zu fordern, um im Kampf gegen die Zügellosigkeit der Sitten jedermann von letztwilligen Verfügungen an die Mätresse tunlichst abzuhalten und um die gesetzlichen Erben zum Prozess zu ermutigen.<sup>501</sup>

Wenngleich die Rechtsprechung des Reichsgerichts schon in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts geringe Anforderungen an den Beweis eines verwerflichen Motivs gestellt und insbesondere bei verheirateten Erblassern eine strenge Haltung eingenommen hatte,<sup>502</sup> wurde die tatsächliche Vermutung erstmals in einem Urteil des OLG München aus dem Jahr 1936 aufgegriffen. Dort behauptete das Gericht, bei einer letztwilligen Verfügung zugunsten einer Geliebten spreche die allgemeine Lebenserfahrung dafür, dass die Zuwendung in erster Linie Dank und Belohnung für die geschlechtliche Hingabe sein solle.<sup>503</sup> Eine Entscheidung des Reichsgerichts folgte dieser Linie.<sup>504</sup> Das Urteil des Reichsgerichts wurde wiederum vom OGH in Bezug genommen<sup>505</sup> (sowohl der OGH als auch der BGH verwiesen teilweise wie selbstverständlich auf Urteile aus der NS-Zeit).<sup>506</sup>

Doch stehen hinter der Beweislastregelung nicht nur unreflektierte Kontinuitäten zu früherer Rechtsprechung. Die Beweislastumkehr war Mittel zum Zweck, die sittenstrengen richterlichen Vorstellungen der Nachkriegszeit von Familie, Ehe und Sexualität zur Geltung zu bringen. Sie kann auf tieferliegende religiöse Ideen zurückgeführt werden, die in dieser Zeit auf den erörterten fruchtbaren Boden trafen. Auf diesen unausgesprochenen ideengeschichtlichen Hintergrund der Beweislastumkehr verweist auch *Georg Ruß*, wenn er meint, es

---

<sup>500</sup> *Josef*, BadRpr 21 (1919), 10, 11. Siehe auch *Josef*, SächsArch 14 (1919), 258, 259: „Aber grundsätzlich ist, sobald der Geschlechtsverkehr feststeht, die Zuwendung nichtig und die Bedachte zur Widerlegung dieser Folge beweispflichtig.“

<sup>501</sup> *Linz*, DJZ 1922, Sp. 437, 438.

<sup>502</sup> Siehe oben Kapitel 1 – A.I.1. (22).

<sup>503</sup> OLG München, HRR 13 (1937), Nr. 495.

<sup>504</sup> RG, DR 1942, 1341. Siehe dazu auch *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 473 f.

<sup>505</sup> OGHZ 1, 249, 252 (1948).

<sup>506</sup> Siehe dazu auch *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1016 f. Zur Anknüpfung gerade des OGH an Urteile aus der NS-Zeit siehe *Zimmermann*, ZNR 1981, 158, 164 f.

bestehe „eine tief eingewurzelte, zum Teil auch mit religiösen Vorstellungen verknüpfte Abneigung gegen die freien Beziehungen der Geschlechter“. <sup>507</sup>

Seit jeher stand die christliche Lehre menschlichen Sinnesfreuden skeptisch gegenüber, da sie den Geist von der Hinwendung zu Gott abhalten. <sup>508</sup> Der frühchristliche Apostel Paulus sah den Körper als Tempel des heiligen Geistes und in der Verbindung von Mann und Frau die Gefahr einer Ablenkung von Gott. <sup>509</sup> Diese Verbindung sollte, wenn überhaupt, in der Ehe geschehen. <sup>510</sup> Die Kirche verdammt alle Sexualität, die nicht der Fortpflanzung in der christlichen Ehe diene. <sup>511</sup> In der Ehe sollte die Lust „gelöscht“ werden, die sich sonst in anderen missbilligten Praktiken Bahn brechen würde. <sup>512</sup> Die Liebe in der Ehe sollte von Zurückhaltung, Respekt und Pflichtbewusstsein geprägt sein. <sup>513</sup> Und so verurteilte der Kirchenvater Hieronymus unter Berufung auf Seneca sogar die allzu brennende Liebe für die eigene Frau als ehebrecherisch. <sup>514</sup>

Daraus ergibt sich die wohl schon sehr alte Vorstellung von der pflichtbewussten und auf Fortpflanzung ausgerichteten ehelichen Liebe einerseits und der außerehelichen Liebesbeziehung andererseits, in der man „ungehemmte Begehrlichkeit und ein exzessives Streben nach Lust“ erblickte. <sup>515</sup> Außereheliche Verbindungen wurden auf die Befriedigung des Geschlechtstriebes reduziert und man sprach ihnen den sittlichen oder ethischen Wert einer Ehe per se ab. <sup>516</sup>

---

<sup>507</sup> *Ruß*, Liebesverhältnis, 51.

<sup>508</sup> *Flandrin*, in: Masken des Begehrens, 147, 147; *Spescha*, Rechtsbruch und sozialer Wandel, 110 f.

<sup>509</sup> So steht im ersten Brief des Paulus an die Korinther (1 Kor 6, 19): „Oder wisst ihr nicht, dass euer Leib ein Tempel des Heiligen Geistes ist, der in euch ist und den ihr von Gott habt, und dass ihr nicht euch selbst gehört?“. Dazu *Spescha*, Rechtsbruch und sozialer Wandel, 105 f.

<sup>510</sup> 1 Kor 7, 9: „Wenn sie sich aber nicht enthalten können, sollen sie heiraten; denn es ist besser zu heiraten, als sich in Begierde zu verzehren“. Dazu *Spescha*, Rechtsbruch und sozialer Wandel, 106.

<sup>511</sup> *Flandrin*, in: Masken des Begehrens, 147, 147. Siehe auch *Spescha*, Rechtsbruch und sozialer Wandel, 109; *Baumann*, Konkubinat, 36. Vgl. auch *Rother*, AcP 172 (1972), 498, 503.

<sup>512</sup> Siehe *Ariès*, in: Masken des Begehrens, 165, 169; *Ariès*, in: Masken des Begehrens, 176, 181.

<sup>513</sup> Siehe *Ariès*, in: Masken des Begehrens, 165, 168 f.; *Spescha*, Rechtsbruch und sozialer Wandel, 106 und 110.

<sup>514</sup> Siehe *Flandrin*, in: Masken des Begehrens, 147, 155; *Ariès*, in: Masken des Begehrens, 165, 169; *Spescha*, Rechtsbruch und sozialer Wandel, 106.

<sup>515</sup> *Flandrin*, in: Masken des Begehrens, 147, 162. Siehe auch *Ariès*, in: Masken des Begehrens, 165, 169.

<sup>516</sup> *Baumann*, Konkubinat, 19 f. Und dies obwohl *Ariès* meint, die Gesellschaft tendiere seit dem 18. Jahrhundert dazu, die beiden traditionell gegensätzlichen Formen der Liebe einander anzunähern, *Ariès*, in: Masken des Begehrens, 165, 173.

Zum religiösen Fundament dieser Sexualmoral, das Sexualität als Konkurrenz zur transpersonalen Liebe zu Gott verstand, gesellten sich gesellschafts- bzw. ordnungspolitische Aspekte hinzu, die festigend auf diese Auffassung wirkten. Von einer Verbreitung stabiler Ehen qua strenger Sexualideologie erhoffte man sich gesellschaftliche und wirtschaftliche Stabilität. Die Verbindung von Mann und Frau war gedacht als Zweckbeziehung, Produktionsgemeinschaft und Quell der Nachkommenschaft, nicht aber als Verbindung zweier sich liebender Menschen, ganz zu schweigen von Erotik und Begierde.<sup>517</sup>

Hierin liegen womöglich die unausgesprochenen und vielleicht sogar unbewussten Ursprünge des Gedankens, dass eine letztwillige Zuwendung im außerehelichen Liebesverhältnis grundsätzlich sexuell motiviert sein muss. Die Vermutung der verwerflichen Gesinnung konnte mit ihrem religiösen Fundament im Kontext der Nachkriegszeit besonders wirkmächtig werden. Auch sie war Ausdruck der normativen Verbindlichkeit des Leitbilds von Ehe und Familie und der im BGH vertretenen Sexualmoral.<sup>518</sup> *Joachim Gernhuber* bezeichnet die Anwendung des § 138 BGB „in diesem Zusammenhang als Ausweis einer verschleierte[n] Privatstrafe“.<sup>519</sup>

Parallelen im Scheidungsrecht zeigen, dass die sittenstrenge, konservative und eheschützende Haltung der Richter nicht auf Fälle des Geliebtentestaments beschränkt war, sondern sich in der Nachkriegszeit auch in anderen Bereichen des Ehe-, Sexual- und Intimlebens Bahn brach. So gelangte der BGH über eine ähnliche Vermutungsregelung dazu, Ehen dann nicht zu scheiden, wenn ein Ehepartner der Scheidung widersprochen hatte.<sup>520</sup> Damit

---

<sup>517</sup> *Spescha*, Rechtsbruch und sozialer Wandel, 110. Siehe auch *Ariès*, in: Masken des Begehrens, 176, 187 und 191. Auch fürchtete man eine Belastung der Armenkassen oder des späteren Sozialstaats durch uneheliche Kinder, *Baumann*, Konkubinat, 34; *Spescha*, Rechtsbruch und sozialer Wandel, 118.

<sup>518</sup> Vgl. dazu *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1021 ff. *Gordon*, Wesen der Ehe, 324 beschreibt die nähere Ausgestaltung der Ehe als gesellschaftspolitisches Lenkungsinstrument in Abhängigkeit von Zeitströmungen.

<sup>519</sup> *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 329. Vgl. zu diesem Sanktionsgedanken auch *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 160; *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1024.

<sup>520</sup> Das zunächst fast ausschließlich auf Verschulden abstellende Scheidungsrecht des BGB von 1900 wurde 1938 um einen Zerrüttungstatbestand ergänzt. Doch bestand für den beklagten Ehegatten die Möglichkeit, der Scheidung zu widersprechen, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte die Zerrüttung verschuldet hatte. Die Folge war die Aufrechterhaltung der Ehe. Das RG handhabte solche Widersprüche zunächst restriktiv und ermöglichte so auch einem untreu gewordenen Partner die Scheidung, siehe *Zeidler*, in: FS Faller, 145, 146 f.; *Staudinger/Rauscher*, Vor §§ 1564–1568 Rn. 22 f. In der Nachkriegszeit gelangte der BGH dazu, den Widerspruch des anderen Ehegatten grundsätzlich für beachtlich zu halten und damit das eigentliche Regel-Ausnahme-Verhältnis umzukehren – auch hier mittels einer Vermutungsregel. Das Abwenden von der Ehe wurde als verschuldete Zerrüttung betrachtet, der scheidungswillige Ehegatte musste das Gegenteil beweisen. Dadurch konnte eine Scheidung leicht verhindert werden, siehe *Deubner*, NJW 1969,

versperrte er manch scheidungswilligem Ehegatten den Weg, eine neue Partnerin oder einen neuen Partner zu heiraten. In einigen Fällen hätte sich bei einer weniger rigorosen Haltung des BGH durch die Möglichkeit der erneuten Heirat auch das spätere Problem des Geliebtentestaments erübrigt.<sup>521</sup>

### c) *Rechtliche Sanktionierung von Ehe- und Sexualmoral in England*

Auch die englischen 1950er-Jahre werden, was Familienbild und Sexualmoral anbelangt, im Allgemeinen als konservativ beschrieben.<sup>522</sup> In der Nachkriegszeit waren auch hier Verschiebungen in althergebrachten Hierarchien zu sehen – zwischen Mann und Frau, Alt und Jung, Mittel- und Arbeiterschicht. Gerade die gesellschaftliche Mittelschicht war vor diesem Hintergrund bestrebt, verbindliche traditionelle Werte zu erhalten und man hegte die Sorge eines zunehmenden Sittenverfalls in der Gesellschaft.<sup>523</sup> Die eheliche Familie wurde dabei als Stabilitätsanker verstanden.<sup>524</sup> Sexualität sollte der Ehe vorbehalten bleiben und nichteheliches Zusammenleben wurde verbreitet durch den Terminus „living in sin“ beschrieben.<sup>525</sup> Auch die 1951 eingesetzte *Royal Commission on Marriage and Divorce*, die Vorschläge für eine Neuregelung des Scheidungsrechts erarbeiten sollte, betonte in ihrem 1956 veröffentlichten Bericht die zentrale und stabilisierende Funktion von Ehe und Familie.<sup>526</sup> Wertkonservative Strömungen waren auch in der Richterschaft festzustellen, die durchaus ein gewisses Sendungsbewusstsein hatte.<sup>527</sup>

---

1645, 1646 f.; *Finger*, Familienrecht, 14 ff.; *Zeidler*, in: FS Faller, 145, 148 ff. Siehe bspw. BGH, NJW 1963, 955, 956.

<sup>521</sup> Zu diesem Zusammenhang *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1034; *Ramm*, JZ 1970, 129, 132. Siehe derart bspw. RGZ 166, 395 (1941). Vgl. auch OLG München, HRR 13 (1937), Nr. 495.

<sup>522</sup> Vgl. *Hall*, in: *Sexual Cultures in Europe*, 29, 47; *Hall*, in: *A Companion to Contemporary Britain*, 145, 148; *Newburn*, *Permission and Regulation*, 5.

<sup>523</sup> Siehe *Newburn*, *Permission and Regulation*, 159; *Hall*, in: *A Companion to Contemporary Britain*, 145, 150; *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 138.

<sup>524</sup> *Newburn*, *Permission and Regulation*, 163.

<sup>525</sup> Siehe *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 137 ff.; *Cocks*, *Twentieth Century British History* 22 (2011), 114, 117. Vgl. ergänzend für Südafrika bspw. section 1 des Immorality Act 23 of 1957: „‘unlawful carnal intercourse’ means carnal intercourse otherwise than between husband and wife“.

<sup>526</sup> „The Western world has recognised that it is in the best interest of all concerned – the community, the parties to a marriage and their children – that marriage should be monogamous and that it should last for life. [...] It is obvious that life-long marriage is the basis of a secure and stable family life [...]“, *Royal Commission on Marriage and Divorce*, Report, 7. Vgl. dazu auch *Newburn*, *Permission and Regulation*, 164.

<sup>527</sup> Siehe bspw. *Evershed MR* in *Gammans v Ekins* [1950] 2 KB 328, 334: „It may not be a bad thing that by this decision it is shown that, in the Christian society in which we live, one [...] of the privileges which may be derived from marriage is not equally enjoyed

Wertekanon und Vorstellungen der Nachkriegszeit scheinen in Deutschland und England alles andere als grundverschieden gewesen zu sein und können daher – ähnlich wie auch schon für das 19. Jahrhundert festgestellt wurde – die Unterschiede in der Rechtsprechung zu Geliebtentestamenten nicht erklären. Entscheidend war sicherlich, dass die deutschen Gerichte in der Nachkriegszeit an eine gefestigte Rechtsprechung anknüpfen und diese in ihrem Sinne fortentwickeln konnten, wohingegen die Ausgangslage im englischen Recht Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts eine ganz andere gewesen war. Auch scheint sich in England zur Mitte des 20. Jahrhunderts die Art und Weise der rechtlichen Sanktionierung von (privater) Ehe- und Sexualmoral verändert zu haben, was wohl eine sittenstrenge Rechtsprechung in Sachen Geliebtentestament ebenfalls eher hemmte als förderte.

So ist bspw. ab den 1930er-Jahren mit Blick auf nichteheliche Lebensgemeinschaften eine graduelle Verschiebung von Abschreckungs- und Sanktionsgedanken hin zu einer realitätsbezogeneren Strategie zu verzeichnen („strategy of minimisation“). Ziel dieses Bestrebens war es zwar immer noch, die Institution der Ehe zu stärken und nichteheliches Zusammenleben einzudämmen.<sup>528</sup> Doch war das Vorgehen ein anderes. Man sah im strengen Scheidungsrecht (das auch in England noch verschuldensbasiert war und Schranken vorsah, wenn der den Scheidungsantrag stellende Ehegatte die schuldige Partei war) einen Grund für die als hoch empfundene Zahl nichtehelich zusammen lebender Paare.<sup>529</sup> Und so waren die Gerichte zunehmend bereit, mittels des ihnen eingeräumten Ermessens eine Ehe zu lösen, um letztlich eine Wiederverheiratung zu ermöglichen.<sup>530</sup> *Viscount Simon LC* hatte 1943 erklärt:

„To these [...] considerations I would add [...] the interest of the community at large, to be judged by maintaining a true balance between respect for the binding sanctity of marriage and the social considerations which make it contrary to public policy to insist on the maintenance of a union which has utterly broken down. It is noteworthy that in recent years this last con-

---

by those who are living together as man and wife but who are not married“. Siehe auch *Royal Commission on Marriage and Divorce*, Report, 21: „We further believe that in society as it is today people need the external buttress of a system of law [...]“. Vgl. auch *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 135.

<sup>528</sup> Siehe *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 134 ff.: „The law was gradually moving towards a more responsive mode, adapting rules to the world as it was, rather than the world legislators wanted it to be. This new approach [...] reflected the idea that marriage was preferable to cohabitation“.

<sup>529</sup> Siehe bspw. aus einer Debatte des Jahres 1936: *De la Bere*, House of Commons, Debates, Marriage Bill, 20.11.1936, Sp. 2079: „[...] the marriage law of England falls far behind the marriage laws of Scotland, the British Dominions and nearly every civilised country, and is itself the direct cause of many virtuous couples living in sin [...]“. Siehe auch *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 149 ff. und 164.

<sup>530</sup> Siehe *Probert*, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation*, 150 ff.

sideration has operated to induce the court to exercise a favourable discretion in many instances where in an earlier time a decree would certainly have been refused.“<sup>531</sup>

Diese Entwicklung trifft zur gleichen Zeit auf eine rechtspolitische Tendenz, die auch als Wolfenden-Strategie bezeichnet wird.<sup>532</sup> Im Jahr 1954 war eine Kommission einberufen worden, um den (straf)rechtlichen Umgang mit Homosexualität und Prostitution zu untersuchen und diesbezüglich Reformvorschläge zu unterbreiten (ihr Vorsitzender war *Sir John Wolfenden*).<sup>533</sup> Die Kommission sprach sich 1957 einerseits dafür aus, Prostitution in der Öffentlichkeit strenger zu regulieren, andererseits aber einvernehmliches homosexuelles Verhalten zwischen Erwachsenen im Privaten nicht mehr zu bestrafen.<sup>534</sup> Im Bericht ist zu lesen:

„We clearly recognise that the laws of any society must be acceptable to the general moral sense of the community if they are to be respected and enforced. But we are not charged to enter into matters of private moral conduct except in so far as they directly affect the public good [...] It is not, in our view, the function of the law to intervene in the private lives of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behaviour [...] there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business.“<sup>535</sup>

Der Bericht der Wolfenden-Kommission wird als Ausdruck einer Tendenz verstanden, bei der rechtlichen Sanktionierung von Moralverstößen zunehmend zwischen öffentlicher und privater Sphäre zu trennen.<sup>536</sup> Interessanterweise hatte sich die englische Kirche schon vor dem Wolfenden-Report für die Legalisierung von Homosexualität im Privaten ausgesprochen<sup>537</sup> und stützte auch in ihrer Stellungnahme für die Wolfenden-Kommission die Trennung von Recht und (privater) Moral.<sup>538</sup>

<sup>531</sup> *Blunt v Blunt* [1943] AC 517, 525.

<sup>532</sup> Siehe *Newburn*, *Permission and Regulation*, 160 f. und 178 ff.

<sup>533</sup> Siehe *Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Report, 7; dazu *Hall*, in: *A Companion to Contemporary Britain*, 145, 150.

<sup>534</sup> *Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Report, 115 ff. Gesetzgeberische Umsetzung erfolgte bzgl. Prostitution 1959, bzgl. Homosexualität erst 1967, siehe *Hall*, in: *A Companion to Contemporary Britain*, 145, 150 und 155.

<sup>535</sup> *Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Report, 9 f. und 24. Vgl. auch *Hall*, in: *Sexual Cultures in Europe*, 29, 30: „A major factor in British sexual culture has been the reluctance, with significant exceptions, of the central state to intervene in the sexual sphere.“

<sup>536</sup> Siehe *Grimley*, *Journal of Ecclesiastical History* 60 (2009), 725, 727. Der Soziologe *Stuart Hall* erklärte: „There was an underlying philosophy within Wolfenden [...] This involved a new principle for articulating the field of moral ideology. Wolfenden identified and separated more sharply two areas of legal and moral practice – those of sin and crime, of immorality and illegality“, *Hall*, in: *Permissiveness and Control*, 1, 11.

<sup>537</sup> Siehe *Grimley*, *Journal of Ecclesiastical History* 60 (2009), 725, 728.

<sup>538</sup> „[...] it is not the function of the State and the law to constitute themselves the guardians of private morality, and that to deal with sin as such belongs to the province of

Die gerade skizzierten Entwicklungen fügen sich letztlich wieder ein in die schon angeklungene und für das englische Recht immer wieder propagierte Trennung von Recht und Moral. *P.S. Atiyah* beschreibt dies mit Blick auf die Zeit seit dem 19. Jahrhundert:

„The disappearance, first, of belief in Natural Law and secondly, the decline of importance of religion, both played a part in the increasing fluidity of moral ideas. [...] what nevertheless was clearly marked was the extraordinary desire of lawyers to avoid discussing issues in moral terms. Just as economic and political issues were said to be irrelevant to the law, so it came to be more and more vigorously asserted that law and morality were distinct questions.“<sup>539</sup>

Als in Deutschland also die „Wiederverankerung des Rechts in der Sittlichkeit“ propagiert wurde und dies – gestützt von kirchlichen Positionen – seinen Ausdruck in entsprechend verabsolutierten Sittennormen zu Ehe und Sexualität fand, war in England eine andere Entwicklung zu beobachten. Man gedachte, den Schutz und Erhalt der Institution Ehe eher zielorientiert bspw. über die Lockerung von Schranken im Scheidungsrecht zu erreichen und die rechtspolitischen Zeichen standen mit Blick auf Moralvorgaben eher auf Deregulierung der privaten Sphäre – interessanterweise auch hier gestützt von der Kirche. Hinzu kommt die in England durchaus wirkmächtige Auffassung von der Trennung zwischen Recht und Moral. Es erstaunt also auch vor diesem Hintergrund nicht, dass sich eine sittenstrenge Haltung wie jene des BGH in Sachen Geliebtentestament in England nicht etablierte.

### 3. Hintergründe des Rechtsprechungswandels in Deutschland

Ab 1970 nahm der BGH sodann schrittweise Abschied von seinem „moralingesäuerte[n] Kontrollmaßstab“<sup>540</sup> in Sachen Geliebtentestament, der ausweis-

---

the Church“, *Bailey*, *Sexual Offenders and Social Punishment*, 38. Diese Haltung hatte wohl verschiedene Gründe, darunter möglicherweise das Bedürfnis der Kirche nach Eigenständigkeit gegenüber dem Staat und Deutungshoheit in Sachen Moral, aber auch ein generelles gesellschaftspolitisches Streben nach einem staatsfreien privaten Bereich nach den Einblicken in totalitäre Systeme im Zweiten Weltkrieg. Die Position war innerhalb der Kirche nicht unumstritten, weswegen die unterschiedlichen Rollen der Kirche in England und Deutschland kaum pauschal auf Unterschiede zwischen katholischer und anglikanischer Kirche zurückgeführt werden können. Siehe zum Ganzen *Grimley*, *Journal of Ecclesiastical History* 60 (2009), 725, 730 ff. Vgl. auch *Scott*, *Sociology* 32 (1998), 815, 835 f.

<sup>539</sup> *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 669 f. Etwa zeitgleich mit den sittenstrengen Urteilen in Sachen Geliebtentestament wurde bspw. in einer englischen Abhandlung zum Vertragsrecht betont: „That morals are irrelevant to legal issues is perhaps too elementary a proposition to need reiteration here, but it is strange how often the rule seems to be neglected in practice“, *Ash*, *Willing to Purchase*, 104. Vgl. auch *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 125.

<sup>540</sup> Mit diesem Ausdruck *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 693.

lich der lauten Kritik dem Zeitgeist nicht mehr zu entsprechen schien.<sup>541</sup> Dieser Rechtsprechungswandel kann mit einer ganzen Reihe von gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen in Verbindung gebracht werden, die an dieser Stelle nur kurz angerissen werden sollen.

So verlor das klassische Ehe- und Familienbild in der Gesellschaft zunehmend an strikter normativer Verbindlichkeit.<sup>542</sup> Daran waren eine Vielzahl von Faktoren beteiligt, darunter die Pluralisierung und Diversifizierung der Lebens- und Familienformen,<sup>543</sup> die Emanzipation der Frau,<sup>544</sup> eine Lockerung der Sexualmoral,<sup>545</sup> die damit einhergehende zunehmende Akzeptanz nichtehelicher Lebensgemeinschaften<sup>546</sup> sowie ein Bedeutungsverlust der Religion und des kirchlich geprägten Verständnisses von Ehe und Sexualität.<sup>547</sup> Die Ehe verlor zunehmend das „Monopol des Geschlechtsverkehrs“.<sup>548</sup>

<sup>541</sup> Vgl. *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1021.

<sup>542</sup> Siehe bspw. *Peuckert*, Familienformen, 23 ff. („Deinstitutionalisierung des bürgerlichen Familienmusters“) und 302.

<sup>543</sup> Siehe *Peuckert*, Familienformen, 19 ff. und 147 ff., der diese Entwicklungen auf gestiegene Individualisierung sowie sozialen Wertewandel zurückführt (659 ff. und 673). Der Wertewandel bedinge einen Bedeutungsverlust von Werten wie Ordnung, Leistung, Pflichterfüllung und einen Bedeutungszuwachs von Werten wie Autonomie, Gleichbehandlung, Selbstverwirklichung (667 f.).

<sup>544</sup> So waren Frauen u. a. infolge verbesserter Möglichkeiten bzgl. Bildung und Beruf weniger auf die Ehe als Versorgungsinstitution angewiesen als zuvor, siehe *Knüpfer*, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 249 ff.; *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1035; *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 122; *Peuckert*, Familienformen, 405 ff.

<sup>545</sup> Siehe bspw. *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1033; *Rother*, AcP 172 (1972), 498, 498 ff. („sexuelle Liberalisierung“, „Säkularisierung und Versachlichung der Sexualauffassung“); *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 131.

<sup>546</sup> Siehe *Zeidler*, in: FS Faller, 145, 162 f.; *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 129. Statt sozialer und wirtschaftlicher Sicherung wurden Zuneigung und persönliche Bindung immer stärker zur Basis von Paarbeziehung und Familie, siehe *Linker*, Ordnungsaufgaben im Erbrecht, 93; *Mitterauer/Sieder*, Vom Patriarchat zur Partnerschaft, 81 f.; *Peuckert*, Familienformen, 12 ff. Vor diesem Hintergrund kann die letztwillige Zuwendung an eine familienfremde Person, mit der sich der Erblasser stärker verbunden fühlt als mit seiner bisherigen Familie, nicht mehr derart verwerflich erscheinen, siehe *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 123 f. und 131 f.

<sup>547</sup> Siehe bspw. *Mitterauer/Sieder*, Vom Patriarchat zur Partnerschaft, 167 f.; *Rother*, AcP 172 (1972), 498, 499 ff.: „Wir können [...] nicht mehr daran glauben, daß die Unterdrückung des Sexualtriebs zu einer Art Heiligung des Menschen führt“. Vgl. zum Bedeutungsverlust der Religion auch *von Westphalen*, in: FS Krämer, 737, 742 ff.; *Meulemann*, Säkularisierung, 228. Zu vergleichbaren Entwicklungen in England siehe *Hall*, in: A Companion to Contemporary Britain, 145, 152 ff.; *Newburn*, Permission and Regulation, 173 ff.; *Probert*, The Changing Legal Regulation of Cohabitation, 200 ff.

<sup>548</sup> Mit diesem Ausdruck *Saller*, Zivilisation und Sexualität, 82 und darauf Bezug nehmend *Breithaupt*, NJW 1968, 936. Siehe auch *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1035. Der BGH hatte noch 1954 betont: „Die sittliche Ordnung will, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einehe vollziehe [...]“, BGHSt 6, 46, 53 (1954).

Angesichts dieser Entwicklungen schien die sittenstrenge Rechtsprechung zum Geliebtentestament wohl schon in den 60er-Jahren der Lebenswirklichkeit entrückt und es verwundert nicht, dass die von „familiare[r] Nahbereichsmoral“<sup>549</sup> geprägte Rechtsprechung des BGH vielen schon damals als „aschgrau verstaubt“<sup>550</sup> erschien. Gerade der zunehmenden Diversifizierung in der Gesellschaft konnten die für allgemeinverbindlich erklärten Sittennormen nicht mehr gerecht werden.<sup>551</sup>

Mit den Veränderungen in der Gesellschaft gingen rechtliche Reformen einher, deren gesetzgeberische Wertungen wohl ebenfalls auf die Rechtsprechung zum Geliebtentestament ausstrahlten.<sup>552</sup> So wurde 1969 die Strafbarkeit wegen Ehebruchs abgeschafft<sup>553</sup> und im Jahr 1973 jene für Kuppelei.<sup>554</sup> Und auch im Scheidungsrecht gab es bedeutsame Veränderungen. So gab der BGH 1968 die Verschuldensvermutung zulasten des scheidungswilligen Ehegatten auf und kehrte so zur gesetzlich vorgesehenen Beweislastverteilung zurück, was scheidungsfreundlichere Ergebnisse hervorbrachte.<sup>555</sup> Die Reform des Scheidungsrechts im Jahre 1976 erhob sodann das Zerrüttungsprinzip zum maßgeblichen Grundsatz des Scheidungsrechts.<sup>556</sup> Der Staat ließ zunehmend davon ab, die religiös fundierte Idee der unauflöslichen Ehe rechtlich durchsetzen zu wollen – sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht.<sup>557</sup> Gleichzeitig wurde die nichteheliche Lebensgemeinschaft in vielerlei Rechtsbereichen als Faktum anerkannt.<sup>558</sup>

---

<sup>549</sup> *Goebel*, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, 334.

<sup>550</sup> *Zweigert*, Tabus im öffentlichen Leben der BRD, 17.

<sup>551</sup> Vgl. *Grziwotz*, DNöZ 2016, 732, 737; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 693. Vgl. auch *Raiser*, in: *Rechtsprobleme in Staat und Kirche*, 243, 249: „Die Suche nach einer [...] über die Positivität hinausweisenden Grundlage des Rechts hat sich uns [...] als vergeblich herausgestellt“.

<sup>552</sup> Zu den wichtigsten Entwicklungen in diesem Zusammenhang *Leipold*, in: *50 Jahre BGH*, 1011, 1033 f.; *Knüpfer*, *Mätressen, Geliebte und Gefährten*, 224 ff.

<sup>553</sup> Vgl. unter Bezugnahme auf das Geliebtentestament *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 229 f.; *Leipold*, in: *50 Jahre BGH*, 1011, 1034. Zum „Dornröschendasein“ der Norm vor ihrer Abschaffung *Wagner*, MDR 1959, 806.

<sup>554</sup> Siehe dazu *MünchKommStGB/Renzikowski*, § 180 Rn. 13 f. Dagegen wurde die Strafbarkeit gleichgeschlechtlicher Sexualität erst 1994 gänzlich abgeschafft, siehe dazu *Knüpfer*, *Mätressen, Geliebte und Gefährten*, 242 ff.

<sup>555</sup> Siehe BGHZ 53, 345, 347 ff. (1970). Siehe zu diesen Entwicklungen *Finger*, *Familienrecht*, 16 ff.; *Deubner*, NJW 1969, 1645, 1647 ff.

<sup>556</sup> Dazu *Staudinger/Rauscher*, Vor §§ 1564–1568 Rn. 24 ff. Vgl. auch den Überblick bei *Knüpfer*, *Mätressen, Geliebte und Gefährten*, 225 ff. Zu vergleichbaren Reformen in England und Südafrika siehe *Masson/Bailey-Harris/Probert*, *Cretney Principles of Family Law*, Ziffer 10-007 und *Hahlo*, *The South African Law of Husband and Wife*, 19

<sup>557</sup> Vgl. *Leipold*, in: *50 Jahre BGH*, 1011, 1034; *Zeidler*, in: *FS Faller*, 145, 156 ff.

<sup>558</sup> Siehe dazu bspw. *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1018 f. sowie *Knüpfer*, *Mätressen, Geliebte und Gefährten*, 240 ff.; *Leipold*, *Erbrecht*, 39.

Der Rechtsprechungswandel in Sachen Geliebtentestament steht also im Kontext bedeutsamer gesellschaftlicher und rechtlicher Veränderungen.<sup>559</sup> Die Rechtsordnung zeigte sich permissiver und nahm Abstand von Bewertung und Sanktionierung des Privat- und Sexuallebens.<sup>560</sup> Sie zog sich schrittweise vom Ziel der Wahrung einer allgemeinen Sittlichkeit zurück und besann sich auf eine rechtliche Grenzfunktion für nicht tolerierbare Ausnahmefälle.<sup>561</sup> Diese „Reprivatisierung der Intimsphäre“<sup>562</sup>, die in England schon früher eingeläutet worden war, führte letztlich auch in Deutschland zur Wirksamkeit der Geliebtentestamente und damit zu einer Stärkung der Testierfreiheit in diesen Fällen.<sup>563</sup>

### III. Testierfreiheit und familiäre Nachlassteilhabe

Für ein umfassendes Verständnis der festgestellten Unterschiede zwischen Deutschland, England und Südafrika muss der Blick neben Ehe- und Sexualmoral aber gerade auch auf das Verhältnis von Testierfreiheit und Familienerbfolge gerichtet werden. Denn die historische Entwicklung des Dualismus zwischen Testierfreiheit und Familienerbfolge hat durchaus ihre Spuren in der hier betrachteten Rechtsprechung hinterlassen. Dabei sind neben wirkmächtigen historisch gewachsenen (und teilweise überzeichneten) Narrativen auch die unterschiedlichen Konzeptionen und Verständnisse einer zwingenden familiären Nachlassteilhabe von Bedeutung.

---

<sup>559</sup> Siehe *Knüpfer*, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 252 f.; *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1033 ff.

<sup>560</sup> *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1034. Siehe auch *Peuckert*, Familienformen, 25.

<sup>561</sup> Mit der Forderung hiernach schon *Rother*, AcP 172 (1972), 498, 513. *Zeidler* sieht 1984 „[...] die Bewahrung sittlicher Ordnungsvorstellungen nicht mehr als ein schützenswertes Gemeinschaftsinteresse schlechthin [...]“, *Zeidler*, in: FS Faller, 145, 164. Zur Verrechtlichung der Maßstäbe im Rahmen der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen (besonders deutlich beim sog. Behindertentestament) *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1035 ff.; MünchKommBGB/*Leipold*, Vor § 2064 Rn. 15. Zur Verrechtlichung im Familienrecht *Muscheler*, Familienrecht, 39 f.

<sup>562</sup> *Müller-Freienfels* hatte eine solche „Reprivatisierung der Intimsphäre“ in seiner Besprechung des sittenstrengen BGH-Urteils aus dem Jahr 1968 gefordert, *Müller-Freienfels*, JZ 1968, 441, 447. *Siemens* spricht auch von einem „Rückzug der Gesellschaft in die Position der Nichteinmischung“, *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 130. Der BGH hatte 1973 bei der Ablehnung einer deliktischen Haftung des Ehestörers auf die „Reglementierungsfeindlichkeit höchstpersönlicher Bereiche“ hingewiesen, BGH, NJW 1973, 991, 993.

<sup>563</sup> Vgl. *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 28 und 127 f. Siehe auch *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1033 und 1045.

## I. Historische Entwicklung und die Wirkmächtigkeit von Narrativen

### a) Deutschland und die ungebrochene Tradition zwingender familiärer Nachlassbeteiligung

In Deutschland scheinen die historische Entwicklung des Spannungsfeldes zwischen Testierfreiheit und Familienerbfolge und darauf beruhende Erzählungen förderlich auf die Rechtsprechung zum Geliebtentestament gewirkt zu haben und spiegeln sich dort deutlich wider. Als Ausgangspunkt für deren Erörterung eignet sich die Zeit der Erarbeitung des BGB. *Jens Beckert* spricht von dieser Zeit als einer „Schlüsselphase“, deren argumentative Muster in hohem Maße spätere Erbrechtsdiskurse prägten.<sup>564</sup> Und tatsächlich sind die Argumente jener Stimmen, die sich kritisch zur Konzeption des heutigen Pflichtteilsrechts geäußert hatten, in der Rechtsprechung zum Geliebtentestament bis ins späte 20. Jahrhundert hinein anzutreffen.

Der für das Erbrecht zuständige Redaktor *von Schmitt* stützte seinen Erbrechtsentwurf für das BGB auf ein ausführliches Panorama der bis dato in Deutschland geltenden Rechte. Dort war überall eine zwingende Nachlassbeteiligung naher Angehöriger anzutreffen<sup>565</sup> – eine Zeit absoluter Testierfreiheit hatte es in Deutschland nie gegeben.<sup>566</sup> Und so erklärte *von Schmitt* in der Begründung seines Entwurfs:

„Wird aber erwogen, daß die Beschränkung des Erblassers, sei es in Form eines ausschließlichen Familienerbrechts oder einer *réserve* oder legitima geradezu allen Zeiten und Völkern gemeinsam ist; [...] so ist es schwer, mit derselben zu brechen. [Das Institut] hat sich in Staaten mit ausgebildeter Individualherrschaft ohne alle Unterbrechung von den Zeiten des altrömischen *Centumviralgericht*s bis heute erhalten.“<sup>567</sup>

Was die Rechtsnatur der Nachlassbeteiligung anbelangt, fand *von Schmitt* in Deutschland verschiedene Lösungen vor.<sup>568</sup> Der entlang des Rheins Geltung beanspruchende französische *Code civil* sah eine zwingende Erbenstellung ehelicher Abkömmlinge und Aszendenten vor. Der Erblasser konnte nur über

<sup>564</sup> *Beckert*, Unverdientes Vermögen, 36.

<sup>565</sup> Vgl. *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 761 ff.

<sup>566</sup> Vgl. mit einem rechtshistorischen Überblick zur Entwicklung von Testierfreiheit und Familienteilnahme in Deutschland *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 14 ff. mit dem Verweis auf recht kurze Perioden weitgehender Testierfreiheit in Köln und Braunschweig im 14. Jhd. (33). Vgl. auch *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 158.

<sup>567</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 171. Siehe auch auf 172: „Die Wiederaufnahme voller Testierfreiheit in England und Nordamerika ist gegenüber der geschichtlichen Entwicklung ein zu neuer und territorial zu beschränkter Versuch, als daß er ohne Weiteres für probenhaltig geachtet werden könnte. Ohnehin darf nicht vergessen werden, daß das englische Recht anderweitige Eigentümlichkeiten hat [...]“.

<sup>568</sup> Siehe *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 761.

einen gewissen Teil des Nachlasses verfügen (*portion disponible*).<sup>569</sup> von *Schmitt* erteilte dieser Lösung eine Absage, da sie auf der reinen Idee eines Familienerbrechts basierte.<sup>570</sup>

Das auf dem römischen Recht fußende gemeine Recht sah eine zweigeteilte Lösung vor.<sup>571</sup> War der berechtigte Angehörige in zu geringer Höhe bedacht, so stand ihm nur ein Anspruch auf Ergänzung des fehlenden Wertes zu (*actio ad supplendam legitimam*). War er gar nicht bedacht, konnte er das Testament anfechten (*querela inofficiosi testamenti*) mit der Folge, dass ihm der volle gesetzliche Erbteil zufiel.<sup>572</sup> Eine solche Lösung lehnte man für das BGB aufgrund ihrer Komplexität ab.<sup>573</sup>

Das sächsische BGB betrachtete den Pflichtteilsberechtigten bezüglich seines Pflichtteils als Erben,<sup>574</sup> gewährte ihm also ein sogenanntes Noterbenrecht.<sup>575</sup> Dagegen ging das österreichische ABGB (und nach umstrittener Auffassung auch das Preußische Allgemeine Landrecht) davon aus, dass dem Pflichtteilsberechtigten lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch gegen die Erben zustand, er also nicht selbst Erbe wurde.<sup>576</sup> Für ein Erbfolgerecht nach sächsischem Vorbild sprachen laut von *Schmitt* vor allem ethische Gründe. Die Pietät und die Ehre der Erbeinsetzung wurden als Gründe gegen eine bloße Abfindung in Geld genannt. Auch gebe die dingliche Berechtigung mehr Sicherheit.<sup>577</sup> Doch entschied man sich letztlich für einen rein schuld-

<sup>569</sup> Siehe die Darstellung bei von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 761 und auch *Mertens*, Entstehung, 89.

<sup>570</sup> Siehe von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 769 f. und 170. Siehe dazu auch *Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020), 465, 484; *Mertens*, Entstehung, 91.

<sup>571</sup> von *Schmitt* bezeichnete dies auch als „Gemischtes System“, von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 762. Dazu auch *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 281.

<sup>572</sup> Siehe zu den komplexen Diskussionen in der Zeit des *ius commune* *Lohsse*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 20 und *Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020), 465, 470 ff. Siehe auch die Darstellung bei von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 762 ff.

<sup>573</sup> Siehe von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 771: „Dem gemeinen Rechte [...] geht die Einfachheit der Lösung ab. Sie enthalten alle denkbaren Konstruktionen zugleich [...]“; *Motive BGB* Bd. V, 386: „Die Lösung der gemischten System ist eine zu verwickelte“ (= *Mugdan*, *Materialien* Bd. V, 205). Dazu auch *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 281; *Mertens*, Entstehung, 91.

<sup>574</sup> Siehe die Darstellung bei von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 766.

<sup>575</sup> Siehe dazu auch *Mertens*, Entstehung, 90; *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 281 f.

<sup>576</sup> Siehe die Darstellung bei von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 768 f.

<sup>577</sup> von *Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 773.

rechtlichen Wertanspruch.<sup>578</sup> Hierfür sprächen maßgeblich Gründe der Zweckmäßigkeit, so *von Schmitt*.<sup>579</sup>

Die Konzeption *von Schmitts* war auch Ausdruck eines die Willensfreiheit des Individuums betonenden Standpunktes.<sup>580</sup> Wenngleich sich viele Stimmen aus dem Schrifttum zufrieden mit dieser Konzeption des Pflichtteilsrechts zeigten, wurde daran sowohl in der Entstehungszeit des BGB als auch danach teilweise harsche Kritik geübt. Die Kritiker wollten das Erbrecht weniger auf dem Willen des Individuums als vielmehr auf dem Familienrecht begründet sehen.<sup>581</sup> Die Familienerbfolge als Basis aller Erbfolge entspreche dem „germanischen Rechtsbewusstsein“ und den „deutschrechtlichen Anschauungen“. <sup>582</sup> Es wurde angemahnt, die Verweisung naher Angehöriger auf den Pflichtteil verstoße gegen Pietätsvorstellungen und es sei unzumutbar, wenn Familienangehörige ihren Pflichtteilsanspruch gegenüber Fremden einklagen müssten. Prominenter Kritiker war an dieser Stelle *Otto (von) Gierke*:

„Vor allem entspricht die Verweisung des Pflichtteilsberechtigten auf eine bloße Geldforderung gegen den Erben wenig unserem germanischen Rechtsbewusstsein. Daß jemand die

---

<sup>578</sup> Siehe auch schon das Protokoll der 13. Sitzung von 1875, in: *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB (Erbrecht, Teil 1), 25.

<sup>579</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 773 f. Siehe auch *Mertens*, Entstehung, 91 ff.; *Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020), 465, 488; *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 282 f. Vgl. zu den rechtspolitischen Erwägungen auch *Schmidt*, *Hereditare* 10 (2021), 1, 20 ff.

<sup>580</sup> Vgl. dazu *Schubert*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), XIII ff.; *Mertens*, Entstehung, 34 ff. und 83 f.

<sup>581</sup> Vgl. *Mertens*, Entstehung, 95 ff. und 105 f. m.w.N. Die Argumente gegen eine zu weite und als individualistisch verstandene Testierfreiheit kann man nicht nur auf eine rechtsphilosophische Strömung im 19. Jahrhundert und die prominente Stimme Hegels zurückführen, dazu *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 68 ff. Die Begründung des Erbrechts aus dem Familienrecht wurde auch für sozialreformerische Zielsetzungen fruchtbar gemacht, „ohne Argumente aus dem sozialistischen Bereich gebrauchen zu müssen“, *Schröder*, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*, 146 f. („vornehmlich taktisch zu begreifen“), siehe erläuternd dort auch 23 und zur politischen Einordnung der Kritiker des BGB-Entwurfs 33f. und 301 f. Siehe zudem *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 73 ff.: „So diene die Begründung des Erbrechts aus dem Familienrecht gerade auch der Legitimation sozialpolitisch motivierter Eingriffe in die Testierfreiheit“ (75).

<sup>582</sup> Siehe *von Gierke*, *Schmollers Jahrb.* 12 (1888), 401, 421: „Uns erscheint vielmehr als Urquell des Erbrechts der [...] organische Zusammenhang der Geschlechterfolgen und daher vor allem das die Einzelnen von Rechts wegen ergreifende und ihrer Willkür entzogene Familienband [...]“. Siehe auch *von Gierke*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 506 f. und 536; *Klöppel*, *Gruchot* 33 (1889), 338, 355. Dagegen *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 170: „Mit Unrecht weist man darauf hin, daß Familienerbecht der echte deutsche Erbgedanke sei; er ist es gewesen, und dies nur in der Kindheit des Volkes, in einer Zeit, von der uns Alles trennt“.

eigenen Kinder grundlos enterben und einen Fremden zur Gesamtnachfolge berufen kann, wird in den überwiegenden Kreisen des deutschen Volkes schwerlich als Recht empfunden.“<sup>583</sup>

Und so forderte man auch abweichende Regeln für Fälle, in denen Familienfremde zu Erben eingesetzt wurden. *von Gierke* sah eine tiefe innere Verschiedenheit zwischen der Bevorzugung eines gesetzlichen Erben gegenüber den übrigen und der Erbeinsetzung eines Fremden. Dieser Unterschied müsse von einer gesunden Rechtsordnung zum Ausdruck gebracht werden.<sup>584</sup> Damit kritisierte man gleichzeitig auch den Schematismus des Pflichtteilsrechts.<sup>585</sup>

Selbst in den Beratungen der zweiten Kommission wurde noch ein Antrag gestellt, dem Pflichtteilsberechtigten statt einer Geldforderung ein Erbrecht zu gewähren. Auch dies wurde darauf gestützt, dass die gewählte Gestaltung der Volksanschauung widerspreche. Eine willkürliche Entziehung des Familienvermögens und eine Beschränkung der nächsten Angehörigen auf eine bloße Geldforderung dürfe nicht zugelassen werden.<sup>586</sup> Der Antrag wurde mit 14 zu 4 Stimmen abgelehnt.<sup>587</sup> Die Mehrheit begründete dies mit der Einfachheit und Klarheit der Regelung als Geldforderung. Für die ideelle Stellung eines Erben habe man im Volk nur ein geringes Verständnis. Es werde kaum Wert darauf gelegt, den Teil des Vermögens gerade als Erbe zu erhalten. Die Abfindung in Geld werde sich in der Praxis leichter handhaben lassen.<sup>588</sup>

So trat das Pflichtteilsrecht im Wesentlichen in der durch *von Schmitt* erarbeiteten Form in Kraft.<sup>589</sup> Praktikabilität und Testierfreiheit setzten sich letztendlich gegen ethische Überlegungen, Pietät und die „deutsche“ Idee der Familienerbfolge durch.<sup>590</sup> Dies bewog *Heinrich Mitteis* wohl zu der Aussage, das Pflichtteilsrecht des BGB sei „lieblos, aber praktisch“.<sup>591</sup>

---

<sup>583</sup> *von Gierke*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 536. Siehe ähnlich auch *Klöppel*, Gruchot 33 (1889), 338, 357: „[...] weshalb auch die eigenen Kinder des Erblassers es sich gefallen lassen müssen, die Hälfte ihres gesetzlichen Erbanteils von einem Fremden, der zum Erben eingesetzt ist, als ‚Forderung‘ einzuklagen, so daß sie das elterliche Haus mit Hausrath und allem in den Händen des Fremden lassen müssen [...]“. Siehe zum Ganzen auch *Mertens*, Entstehung, 95 ff. m. w. N.

<sup>584</sup> *von Gierke*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 536 f. Siehe ähnlich auch *Klöppel*, Gruchot 33 (1889), 338, 356.

<sup>585</sup> Siehe *von Gierke*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 536: „[...] in seiner mechanischen Gleichförmigkeit höchst ungerechten Maßstabe [...]“. Vgl. dagegen *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 787 f.; Motive BGB Bd. V, 388 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 206); Dazu auch *Mertens*, Entstehung, 104 f.

<sup>586</sup> Siehe Protokolle BGB Bd. V, 490 ff. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 763).

<sup>587</sup> Protokolle BGB Bd. V, 493 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 763).

<sup>588</sup> Protokolle BGB Bd. V, 495 ff. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 764 f.).

<sup>589</sup> Siehe *Zimmermann*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 268, 270.

<sup>590</sup> Siehe dazu *Zimmermann*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 268, 286. Dabei verband sich *von Schmitts* Überzeugung von einem individualistisch gedachten und vom Grundsatz der Testierfreiheit geprägten Erbrecht mit dem Streben der Kommissionen nach

In der Zeit des Nationalsozialismus stellte § 48 Abs. 2 TestG auf Rücksichten des verantwortungsbewussten Erblassers gegenüber der Familie ab und die diesbezügliche Gesetzesbegründung nannte neben den Mätressentestamenten auch die Zuwendung von Familienerinnerungsstücken an Fremde als Anwendungsbeispiel.<sup>592</sup> Hierin schien man wohl ebenfalls die Verletzung eines Pietätsgebots zu sehen. Auch die Konzeption des Pflichtteilsrechts wurde erneut diskutiert – mit schon bekannten Argumenten.<sup>593</sup> *Gustav Boehmer*, damals zuständiger Referent für Pflichtteilsrecht und gesetzliche Erbfolge im Erbrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht,<sup>594</sup> übte insbesondere Kritik an der Ausgestaltung als Geldanspruch:

„Den nächststehenden Familienangehörigen [...] steht [...] immer nur ein kalter materialistischer Geldanspruch zu, und zwar in schematischer Gleichförmigkeit stets nur auf die Werthälfte ihres gesetzlichen Erbteils. Nicht einmal die für die Familiengeschichte und die Pflege der Familientradition unentbehrlichen Erinnerungsstücke [...] können sie von dem fremden Eindringling [...] herausverlangen [...] Die Familienerben sind durch die Willkür des Verstorbenen zu Geldgläubigern des Nachlasses degradiert. Diese Gestaltung des Pflichtteilsrechts ist im höchsten Maße undeutsch: sie verleugnet unsere geschichtliche Vergangenheit, beleidigt unser Familiengefühl und vergewaltigt die konkrete Lebenswirklichkeit durch den starren Schematismus einer abstrakten Gleichförmigkeit.“<sup>595</sup>

Die geäußerte Kritik und die erhobenen Forderungen – Nachlassteilhabe der Familienangehörigen als Erben statt Degradierung auf den Pflichtteil, verstärkte Teilhabe gegenüber Familienfremden statt schematischer Gleichförmigkeit, Rücksichts- und Verantwortungspflichten des Erblassers – spiegeln sich in der Rechtsprechung zum Geliebtentestament wider: Die Sittenwidrigkeit führte im Ergebnis dazu, dass die gesetzliche Erbfolge eintrat und die

---

Einfachheit und Klarheit der Regelungen, vgl. *Schubert*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), XIII ff.; *Mertens*, Entstehung, 83 f. und 106 f.

<sup>591</sup> Zit. nach Staudinger (11. Aufl. 1960)/*Ferid*, Vor § 2303 Rn. 54.

<sup>592</sup> Begründung TestG, DJ 1938, 1254, 1259. Siehe zu § 48 Abs. 2 TestG auch oben Kapitel 1 – A.I.2 (25).

<sup>593</sup> Vgl. *Wacker*, Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, 81. Siehe auch *Beckert*, Unverdientes Vermögen, 82.

<sup>594</sup> Vgl. *Wacker*, Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, 40. Zur Akademie für Deutsches Recht und dem nie verabschiedeten Volksgesetzbuch, welches das BGB ersetzen sollte vgl. im Überblick *Wacker*, Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, 29 ff.

<sup>595</sup> *Boehmer*, AcP 144 (1938), 32, 43 f., der sich dabei auch auf *von Gierke* bezog (39). *Otte* betont, dass die Forderung *Boehmers* nach einem materiellen Noterbrecht nicht per se Ausdruck nationalsozialistischen Denkens war, *Otte*, in: FS Horn, 113, 116 ff. Siehe auch *Staudinger/Otte*, Einl. §§ 2303 ff. Rn. 13. Im Erbrechtsausschuss sprach man sich letztlich gegen ein Noterbrecht und für die grundsätzliche Beibehaltung des bisherigen Pflichtteilsrechts aus, vgl. *Wacker*, Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, 81 ff.; *Otte*, in: FS Horn, 113, 121 ff.; *Zimmermann*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 268, 292 ff.

eigentlich testamentarisch auf den Pflichtteil verwiesenen Angehörigen anstelle der familienfremden Geliebten zu Erben wurden.<sup>596</sup> Und auch die entsprechenden Argumente finden sich in den Urteilsgründen. Schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde die Beschränkung auf den Pflichtteil als Beschimpfung der Familienehre bezeichnet<sup>597</sup> und man empfand es als problematisch, wenn die Angehörigen der Geliebten ein Vermächtnis auszahlen sollten.<sup>598</sup> Diese Gedanken wurden in der Nachkriegszeit besonders wirkmächtig – mitbedingt durch das naturrechtliche Gedankengut sowie die mangelnde Distanzierung von Postulaten aus der NS-Zeit. Die Kontinuitäten zur NS-Zeit sieht man besonders deutlich an der Rechtsprechung des OGH, aber auch des BGH.<sup>599</sup> Dass dem übergangenen Familienmitglied das Pflichtteilsrecht bleibe, könne unerheblich sein, so der OGH. Denn dieses sei reines Vermögensrecht, während die Erbesberufung sittlichen Gesichtspunkten unterstehe.<sup>600</sup> Damit bemühte der OGH eine Formulierung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1943, als dieses im Kontext des § 48 Abs. 2 TestG die Familienbindung des Vermögens betont hatte.<sup>601</sup> Der BGH sah es sodann als sittenwidrig an, dass die familienfremde Geliebte die gesamte Einrichtung einschließlich Kleidung und Wäsche erhalte. Dies müsse die Familienangehörigen in hohem Maße kränken.<sup>602</sup> Hier fühlt man sich an die Gesetzesbegründung zu § 48 Abs. 2 TestG erinnert. *Hermann Husmann* spricht deshalb auch von einer unzulässigen Wiedereinführung (man könnte auch sagen Fortführung) des Gedankenguts des TestG über den „Schleichweg der Generalklausel des § 138 BGB“.<sup>603</sup>

Der BGH griff auch den Gedanken von der ideellen Stellung des Erben auf. Es sei nicht erforderlich, Ehefrau und eheliche Kinder in die gegenüber der Miterbenstellung mindere Rechtsstellung des lediglich Pflichtteilsberechtigten zu drängen. Es wäre für sie peinlich und demütigend, sich wegen ihrer Ansprüche an die Geliebte wenden zu müssen. Dass der Erblasser seine Fa-

---

<sup>596</sup> So sprach auch *Boehmer* mit Blick auf § 48 Abs. 2 TestG vom stärkeren Schutz der Nichtigkeitswirkung im Vergleich mit der schwächeren Schutzfunktion des Pflichtteilsrechts, *Boehmer*, ZAkDR 1941, 73, 74. Später kritisch zu dem durch die Nichtigkeit faktisch geschaffenen Noterbrecht *Bosch*, FamRZ 1963, 290, 290.

<sup>597</sup> RG, JW 1911, 29.

<sup>598</sup> RG, LZ 1927, Sp. 531, 533; RG, WarnR 1929, 166, 167; RG, WarnR 1934, 193, 194.

<sup>599</sup> Siehe dazu *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1014 ff. Zur Anknüpfung des OGH an Urteile aus der NS-Zeit siehe *Zimmermann*, ZNR 1981, 158, 164 f.

<sup>600</sup> OGHZ 3, 158, 162 (1950). Der OGH begnügte sich damit, darauf hinzuweisen, dass § 48 Abs. 2 TestG nun aufgehoben und der frühere Rechtszustand wiederhergestellt sei und fügte sogleich an, der Erblasser sei dennoch nicht frei von jeder Rücksichtnahme und Verantwortung gegenüber seinen Angehörigen (161).

<sup>601</sup> RG, DR 1944, 375, 376.

<sup>602</sup> BGH, FamRZ 1954, 195, 198.

<sup>603</sup> *Husmann*, NJW 1971, 404, 407 f. Ähnlich auch *Flume*, AT Bd. II, 375 f.

milie mit Blick auf die Nachlasshälfte nur als Pflichtteilsberechtigte vorgesehen und nicht zu Erben gemacht hatte, sah der BGH als unzumutbare und sittenwidrige Zurücksetzung an.<sup>604</sup> Bei der Lektüre der Urteilsgründe meint man nicht nur die Stimmen von *Gierkes* oder *Boehmers* zu hören, man fühlt sich gar an die Diskussion um die Ehre der Erbeinsetzung im Kontext der justinianischen Novelle 115 erinnert.<sup>605</sup>

Immer wieder wurde die Phrase vom sittlichen Prinzip der gesetzlichen Erbfolge bemüht – selbst noch in den jüngeren Entscheidungen der Oberlandesgerichte.<sup>606</sup> Und selbst das BVerfG spricht in seiner (kritikwürdigen) Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts aus dem Jahr 2005 von der langen Tradition der Nachlassteilhabe, von unauflösbarer Familienolidarität, von Familienvermögen und der Funktion des Pflichtteilsrechts, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie zu ermöglichen.<sup>607</sup>

Es scheint, als hätten sich die Gedanken von der deutschen Familienerbfolge und der Unzumutbarkeit der Pflichtteilsstellung (insbesondere gegenüber Familienfremden) in Form gewisser Narrative über das Jahrhundert hinweg gehalten.<sup>608</sup> Diese Gedanken wurden zwar bei weitem nicht von allen geteilt – schließlich wurde das Pflichtteilsrecht über all die Zeit kaum verändert.<sup>609</sup> Doch spiegeln sie sich deutlich in der Rechtsprechung zum Geliebtentestament, noch dazu vermengt mit scheinbar unreflektierten Dikta aus der

---

<sup>604</sup> BGH, NJW 1969, 1343, 1346.

<sup>605</sup> Allerdings war *Heinrich Dernburg* der Ansicht, in Deutschland fehle „jede Empfindung dafür, daß die Ernennung als Erbe eine besondere Ehre bilde“. Dieser Gedanke sei schon zur Zeit Justinians ein Anachronismus gewesen, *Dernburg*, Pandekten Bd. III, 309. Siehe dazu auch *Lohsse*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 20, 21 f. und 32 f. und *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 282; *Falk*, in: *Das BGB und seine Richter*, 451, 485 (Fn. 152).

<sup>606</sup> Siehe bspw. OLG Düsseldorf, *FamRZ* 2009, 545, 545 sowie BGH, NJW 1970, 1273, 1274; BGH, NJW 1983, 674, 675 – meist aber mit dem Zusatz, der Erblasser sei durch dieses Prinzip in seiner Testierfreiheit regelmäßig nicht beschränkt. Der Ausdruck des sittlichen Prinzips der gesetzlichen Erbfolge scheint auf den Aufsatz von *Gernhuber*, *FamRZ* 1960, 326, 328 zurückzugehen, siehe den Verweis in BGH, NJW 1970, 1273, 1274. Dort spricht der Autor einem Verstoß gegen dieses Prinzip die rechtliche Relevanz jedoch ab.

<sup>607</sup> BVerfG, NJW 2005, 1561, 1563 f. Siehe kritisch zum Urteil bspw. *Kleinsang*, *ZEV* 2005, 277, 279 f.; BeckOK *BGB/Müller-Engels*, § 2303 Rn. 6 ff.; *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 145 f.; *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 298 f.; *Zimmermann*, *AcP* 222 (2022), 3, 48 ff.

<sup>608</sup> Vgl. *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 19 f. und 66 ff. sowie 81: „[...] die am Familieneigentum orientierten Kritiken an der Testierfreiheit [waren] keinesfalls verstummt“. Vgl. auch *Kroppenberg*, *Privatautonomie von Todes wegen*, 14 ff.

<sup>609</sup> Vgl. dazu *Schlüter*, in: *50 Jahre BGH*, 1047, 1047 ff.; BeckOGK/*Obergfell*, § 2303 *BGB* Rn. 4; *Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020), 465, 526 ff.

NS-Zeit. In Deutschland lasse sich anhand des Diskurses um die Familienerbfolge aufzeigen, so *Inge Kroppenber*g, „dass die zivilrechtliche Annäherung an das Institut der Testierfreiheit nicht selten mittelbar und sozusagen durch die Brille der gesetzlichen Erbfolge und der §§ 2303 ff. BGB erfolgte.“<sup>610</sup>

#### b) Die Testierfreiheit im englischen Rechtsbewusstsein

Auch in England scheint die historische Entwicklung von Testierfreiheit und Familienerbfolge deutliche Spuren im Rechtsbewusstsein und in der richterlichen Wahrnehmung dieses Spannungsfeldes hinterlassen zu haben – allerdings in eine andere Richtung als dies für Deutschland beschrieben werden konnte. Liest man Urteile und Abhandlungen mit Bezug zum englischen Erbrecht – sei es aus englischer Innen- oder rechtsvergleichender Außenperspektive – entsteht schnell der Eindruck, als würde England die Testierfreiheit gewissermaßen heiligen und gerade im Vergleich mit Deutschland der Nachlassteilhabe naher Angehöriger eine geringe Bedeutung beimessen.<sup>611</sup> Diese Wahrnehmung der Testierfreiheit hat ihre Wurzeln wohl in der relativ kurzen Zeit absoluter Testierfreiheit in England, liefert aber insofern ein leicht verzerrtes Bild, als dass sie die Rechtslage vor und nach dieser Zeit wenig berücksichtigt. Es scheint, als hätte sich ein Bild von der „englischen“ Testierfreiheit ins Rechtsbewusstsein eingepägt, das den historischen Realitäten nicht ganz entspricht und dennoch die Haltung englischer Richter mitbestimmt – nicht zuletzt bei der Beurteilung der hier untersuchten Fälle.

So war die Testierfreiheit über Jahrhunderte in bedeutendem Ausmaß zugunsten naher Familienangehöriger beschränkt. Dabei ist zu beachten, dass nicht für alle Eigentumspositionen die gleichen Regelungen und damit auch nicht das gleiche Ausmaß an Testierfreiheit bestand. So musste lange zwischen *realty* (oder *real property*) und *personalty* (oder *personal property*)

---

<sup>610</sup> *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 14. Vgl. auch *Beckert*, Unverdienendes Vermögen, 81.

<sup>611</sup> Aus englischer Perspektive siehe *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 1: „Unlike some other systems, English law recognises the freedom of individuals to dispose of their assets by will after death in whatever manner they wish“ sowie die ältere Rspr., darunter *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64, 66; *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Ch App 147, 161. Siehe auch *Sloan*, Borkowski’s Law of Succession, 343: „[...] English law in general gives more protection to testamentary freedom than jurisdictions reserving ‘compulsory portions’ for family members“; *Francis*, Inheritance Act Claims, Ziffer 1[3]: „At the heart of the law of England and Wales [...] lies the concept of freedom of testamentary expression“. Aus der Außenperspektive *Odersky*, in: Erbrecht in Europa, 653, 665: „[...] prägt der Grundsatz der Testierfreiheit das englische Erbrecht“; *Henrich/Huber*, Einführung in das englische Privatrecht, 116: „Der Grundsatz der Testierfreiheit wird in England höher geachtet als im deutschen Recht“. Vgl. relativierend *Zimmermann*, *RabelsZ* 85 (2021), 1, 69 f.; *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, 203.

unterschieden werden,<sup>612</sup> die – grob gesagt – mit den Kategorien Immobilien und Mobilien verglichen werden können.<sup>613</sup>

Über lange Zeit war es überhaupt nicht möglich gewesen, letztwillig über *realty* zu verfügen. *Realty* fiel automatisch an den *heir*, in der Regel der älteste Sohn.<sup>614</sup> Zwar gewährte das *Statute of Wills* im Jahr 1540 Testierfreiheit über *realty*.<sup>615</sup> Die letztwillige Verfügungsfreiheit wurde aber auch in verschiedener Hinsicht begrenzt.<sup>616</sup> Zu diesen Testierschranken zählten der 1736 erlassene *Mortmain Act* (Verbot letztwilliger Verfügungen über Land zugunsten gemeinnütziger Organisationen),<sup>617</sup> sog. *strict settlements* (Tradition der Weitergabe von Land an die jeweils nächste Generation unter faktisch dauerhafter Bindung des Immobiliärvermögens)<sup>618</sup> sowie *dower* und *curtesy* (lebenslanger Nießbrauch des überlebenden Ehegatten am Grundvermögen des

---

<sup>612</sup> *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 384 ff.

<sup>613</sup> Zur *realty* gehören Grundstücke (*freehold land*), Rechte am Grundstück und mit dem Grundstück verbundene Sachen. Zur *personalty* zählt alles Übrige, also insbesondere bewegliche Sachen, aus historischen Gründen aber auch die Pacht. Siehe dazu *Lawson/Rudden*, *The Law of Property*, 13 und 21 f.; *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. II, 323, 324. Die Unterscheidung war bis ins 20. Jahrhundert hinein von erheblicher Bedeutung im Erbrecht. Im Laufe der Zeit wurden die Regelungen zur *personalty* schrittweise auf *realty* übertragen, vgl. u.a. *Administration of Estates Act 1925* (c.23) und dazu *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. II, 323, 326 ff.

<sup>614</sup> Siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 385 f.; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 4. Siehe auch *Pollock/Maitland*, *The History of English Law* Bd. II, 327 f.

<sup>615</sup> *Statute of Wills 1540* (c.1). Zu weiteren Details und Hintergründen siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. II, 323, 325; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 4 f. sowie *Albery*, *Inheritance (Family Provision) Act*, 1 f.

<sup>616</sup> Siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 386 ff.

<sup>617</sup> *Mortmain Act 1736* (c.36). Der Begriff „*mortmain*“ bezeichnet Land, das von einer Gesellschaft oder Körperschaft gehalten wird und stammt aus dem Französischen (*tote Hand*), siehe aus der *Encyclopaedia Britannica*: <<https://perma.cc/R9D8-7Q4B>>. Hintergrund war eine kirchenkritische Bewegung: Man fürchtete sich vor Reichtum und Macht der Kirche und davor, dass die Kirche Erblasser auf dem Totenbett zu Zuwendungen an die Kirche veranlasste, siehe *Jones*, *History of the Law of Charity*, 109. Die Stoßrichtung gegen die Kirche wird auch dadurch deutlich, dass Institutionen wie bspw. die Universitäten Oxford und Cambridge vom Verbot ausgenommen waren, siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 386 f.; *Jones*, *History of the Law of Charity*, 110 f. (siehe auch den Abdruck des Acts in Appendix J).

<sup>618</sup> *Strict settlements* entwickelten sich, um trotz des Verbots zeitlich unbeschränkter Vermögensbindung (*rule against perpetuities*) einen möglichst langfristigen Erhalt von Grund und Boden in der Familie zu ermöglichen. Bevor die zeitliche Grenze der Vermögensbindung erreicht war, wurde ein neues *settlement* vereinbart, das die jeweils nächste Generation auf einen Nießbrauch und damit in ihrer Verfügungsbefugnis und Testierfreiheit beschränkte. Siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 387 ff.; *Simpson*, *A History of the Land Law*, 209 und 233 ff.; *Spring*, *Law, Land, & Family*, 124 ff. und 144 ff.

Verstorbenen).<sup>619</sup> Der *Mortmain Act* galt bis 1891,<sup>620</sup> *dower* und *curtesy* fielen 1833 und 1882<sup>621</sup> und *strict settlements* gerieten erst Anfang des 20. Jahrhunderts aus steuerlichen Gründen außer Mode.<sup>622</sup>

Über *personalty* konnte ein Erblasser zunächst nur in Höhe von einem Drittel frei bestimmen, der überlebende Ehegatte und die Kinder erhielten jeweils ein weiteres Drittel.<sup>623</sup> Im Laufe der Zeit wuchs der freie Teil und ab dem 14. oder 15. Jahrhundert konnte in weiten Teilen Sünglands über die gesamte *personalty* frei verfügt werden. Als letztes hielt die volle Testierfreiheit 1724 auch in London Einzug.<sup>624</sup> Die Testierfreiheit über *personalty* war also letztlich bis ins 18. Jahrhundert hinein beschränkt.

Die Hintergründe der Ausweitung zur absoluten Testierfreiheit scheinen nicht ganz geklärt zu sein. Die völlige Verfügungsfreiheit passte zwar ins liberale Gedankengut des 19. Jahrhunderts – gerne umschrieben mit *laissez-faire*. Doch weist *Kenneth Reid* darauf hin, dass dieser Aspekt angesichts der vielschichtigen Entwicklung nicht zu sehr in den Mittelpunkt gerückt werden sollte.<sup>625</sup> So finden sich in der Literatur Hinweise auf das problematische Verhältnis zwischen kirchlichen und weltlichen Gerichten, auf das Interesse der Kirche und wohlsituerter Familien an freiem Testieren und auf gewisse andere Zweckmäßigkeitserwägungen.<sup>626</sup> Eine prinzipielle und ideologische Festlegung auf das Prinzip der Testierfreiheit spielte dabei aber wohl keine

<sup>619</sup> Der Nießbrauch der überlebenden Ehefrau (*dower*) bestand an einem Drittel des Grundvermögens des Mannes, jener des überlebenden Ehemannes (*curtesy*) dagegen am gesamten Grundvermögen der Ehefrau. Siehe dazu *Reid*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 707, 710 f.; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 4 f.

<sup>620</sup> Aufgehoben durch *Mortmain and Charitable Uses Act 1891 (c.73)*, siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 387.

<sup>621</sup> *Reid*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 707, 710 f.; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 4 f.

<sup>622</sup> *Simpson*, *A History of the Land Law*, 237; *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 388.

<sup>623</sup> Falls entweder nur überlebender Ehegatte oder nur Kinder vorhanden waren, belief sich deren Anteil auf die Hälfte des Nachlasses. Siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 385 f.; *Reid*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 707, 709 f.; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 3 f. Siehe auch *Pollock/Maitland*, *The History of English Law* Bd. II, 348 f.

<sup>624</sup> Die Kirche förderte das Testieren. Denn oft wurde der Kirche der freie Teil für das Seelenheil hinterlassen. Siehe zum Ganzen *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 385 f.; *Reid*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 707, 709 f.; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 4; *Dainow*, *Cornell LQ* 25 (1940), 337, 341 f.

<sup>625</sup> Siehe *Reid*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 707, 711 f.

<sup>626</sup> Siehe bspw. *Pollock/Maitland*, *The History of English Law* Bd. II, 355; *Dainow*, *Cornell LQ* 25 (1940), 337, 342 ff.; *Reid*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 707, 711 f.

entscheidende Rolle.<sup>627</sup> Daher bezeichneten schon *Pollock* und *Maitland* diese Entwicklung eher als einen historischen Zufall:

„Our English law seems to slip unconsciously into the decision of a very important and debatable question. [...] To the modern Englishman our modern law, which allows the father to leave his children penniless, may seem so obvious that he will be apt to think it deep-rooted in our national character. But national character and national law react upon each other, and law is sometimes the outcome of what we must call accidents.“<sup>628</sup>

Diese volle Testierfreiheit über alle Vermögenspositionen – mit dem Recht, nahe Angehörige restlos zu übergehen – bestand in England nur für eine relativ kurze Zeit gegen Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts.<sup>629</sup> Doch stammen gerade aus dieser Zeit viele ausdrucksvolle Zitate, die gerne für die „englische“ Testierfreiheit angeführt werden. So stellte bspw. *Sir James Hannen* in einer Entscheidung aus dem Jahr 1873 fest:

„[...] by the law of England every one is left free to choose the person upon whom he will bestow his property after death entirely unfettered in the selection he may think proper to make. He may disinherit [...] his children, and leave his property to strangers to gratify his spite, or to charities to gratify his pride, and we must give effect to his will, however much we may condemn the course he has pursued.“<sup>630</sup>

Schon 1938 erfuhr die absolute Testierfreiheit mit der Einführung der *family provision* wieder eine bedeutsame Eingrenzung.<sup>631</sup> Von diesem Modell erhoffte man sich zwar eine möglichst geringe Beschränkung der Testierfreiheit<sup>632</sup> und handhabte die *family provision* anfangs eher restriktiv.<sup>633</sup> Im Laufe der Jahrzehnte entwickelte sich die *family provision* aber zu einer erheblichen Testierschranke, deren Reichweite nun im jeweiligen Einzelfall aufgrund des

---

<sup>627</sup> So *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 6: „not necessarily the result of great support for the idea of testamentary freedom as such“.

<sup>628</sup> *Pollock/Maitland*, *The History of English Law* Bd. II, 355. Ähnlich auch *Dainow*, *Cornell LQ* 25 (1940), 337, 338 („historical accident“); *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 6 („accidental coincidence of interests“) sowie *Reid*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 707, 712.

<sup>629</sup> Siehe *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 384, 389 f. und 410 f.; *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 3; *Albery*, *Inheritance (Family Provision) Act*, 1 f.

<sup>630</sup> *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64, 66. Siehe auch *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Ch App 147, 161.

<sup>631</sup> *Dainow*, *Cornell LQ* 25 (1940), 337, 337: „The Englishman's unlimited freedom to cut off his children without a penny is gone“; und auf 357: „The present English statute seems to be ushering into England a return to the former policy“.

<sup>632</sup> Vgl. *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 9 ff. und 26. Vgl. auf jüngere Reformüberlegungen bezogen *The Law Commission*, *Law Com. No. 331: Intestacy and Family Provision*, 5 f. (Ziffer 1.21).

<sup>633</sup> Siehe *Probert*, in: *Current Issues in Succession Law*, 31, 33.

richterlichen Ermessens teilweise kaum vorhersehbar ist.<sup>634</sup> Daneben wird oft ausgeblendet, dass das englische Recht zwar kein Ehegüterrecht im engeren Sinne kennt, das Familienhaus aber in vielen Fällen im Wege der *joint tenancy* direkt und außerhalb des Erbrechts auf den überlebenden Ehegatten übergeht (*right of survivorship*)<sup>635</sup> und auch weitere Rechtsinstitute der *equity* als Testierschranken wirken können.<sup>636</sup>

Die pauschale Aussage, die Testierfreiheit werde in England deutlich mehr geachtet, als in anderen Rechtsordnungen, scheint daher eher fehl am Platz. Die Wahrnehmung des englischen Rechts als unangefochtener Hort der Testierfreiheit und deren bisweilen pathetische Betonung in Rechtsprechung und Literatur<sup>637</sup> bilden die historischen wie die heutigen Realitäten des englischen Rechts wohl nur unzureichend ab. Dazu schreibt *Clive Margrave-Jones*:

„In much the same spirit as people refer, quite inaccurately, to an Englishman’s home being his castle, people also seem convinced that a person has an inalienable right to leave his property to whomsoever he wishes. Both notions were derived from the nineteenth century, but are commonly thought to represent immutable principles of English law. In neither case is this so.“<sup>638</sup>

Doch führte die Tatsache, dass es in England eine Zeit absoluter Testierfreiheit gegeben hatte und diese Phase der Testierfreiheit eine so prominente Stellung im Rechtsbewusstsein englischer Juristen verschaffte, letztlich wohl zu stärkeren Hürden, wenn es um die Beschränkung dieses Grundsatzes ging. Dies zeigt sich schon am langwierigen politischen Ringen um die Einführung der *family provision* Anfang des 20. Jahrhunderts sowie in den später dazu ergangenen Gerichtsentscheidungen.<sup>639</sup> Diese Wahrnehmung der englischen

---

<sup>634</sup> Dazu *Glendon*, Tulane LR 60 (1985–1986), 1165, 1188: „[...] English family provision legislation has ceased to be merely a way to provide maintenance for needy spouses and dependent children. It now serves as a charter that allows judges to devise a substantially new estate plan for the deceased in a courtroom setting with a potentially large and colorful cast of characters as petitioners“. Vgl. derart bspw. den Fall *Adams v Lewis* [2001] WTLR 493. Siehe auch *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 676; *Herring*, *Older People in Law and Society*, 332; *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law Bd. III*, 384, 409 ff.; *Zimmermann*, *RabelsZ* 85 (2021), 1, 69 f.

<sup>635</sup> Siehe dazu *Kerridge*, in: *Comparative Succession Law Bd. II*, 323, 329 f. Vgl. auch *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 148 f. Zur möglichen Berücksichtigung im Rahmen der *family provision* *Kerridge*, *Law of Succession*, 225.

<sup>636</sup> Vgl. bspw. zu proprietary estoppel *McFarlane*, in: *Current Issues in Succession Law*, 77, 77 ff.

<sup>637</sup> Vgl. dazu *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 148.

<sup>638</sup> *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, 203.

<sup>639</sup> Siehe bspw. *In Re Inns* [1947] Ch 576, 581 f.: „[The Act] proceeds upon the postulate that a testator should continue to have freedom of testamentary disposition [...] The previous decisions clearly establish that the jurisdiction is one which should be cautiously, if not sparingly, used“. Siehe auch *In Re Makein* [1955] Ch 194, 208: „This was the first modern statutory interference in England with the freedom of testamentary disposition.

Testierfreiheit hat sich scheinbar tief ins Rechtsbewusstsein eingegraben und bildet – auch in der hier untersuchten Rechtsprechung – ein wirkmächtiges Narrativ.<sup>640</sup> In diesem Kontext wird verständlich, warum englische Richter sich an die gesetzlichen Vorgaben der *family provision* hielten, diese mitunter restriktiv handhabten und die Nachlassteilhabe naher Angehöriger (anders als in Deutschland) nicht auf Basis sittlich-moralischer Argumente ausweiteten.

### c) Südafrika und das koloniale Erbe – zwischen zwei Stühlen

Auch im südafrikanischen Schrifttum wird vielerorts die herausgehobene Stellung der Testierfreiheit betont.<sup>641</sup> Tatsächlich gewährt Südafrika ein recht hohes Maß an Testierfreiheit, da dem überlebenden Ehegatten sowie den Abkömmlingen lediglich ein bedürfnisabhängiger Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass zusteht.<sup>642</sup> Diese Rechtslage und das entsprechende Rechtsbewusstsein in Literatur und Richterschaft können auch hier mit Entwicklungen und Argumentationsmustern in Verbindung gebracht werden, die sich sodann in der betrachteten Rechtsprechung zur Zurücksetzung naher Angehöriger widerspiegeln.

---

[...] it seems to me that an Act intended to cut down this freedom should not have a meaning [...] more extensive than its plain meaning warrants [...].“ Siehe dazu *Probert*, in: *Current Issues in Succession Law*, 31, 33.

<sup>640</sup> Vgl. *Dainow*, *Cornell LQ* 25 (1940), 337, 338: „universal conviction that complete freedom to disinherit is ingrained in the English [...] national character“; und auf 344: „the acquired freedom became so deeply rooted in English tradition that the testamentary limitations of the early English law had been forgotten by all except a few historians“; *Pollock/Maitland*, *The History of English Law* Bd. II, 355; *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 304: „it may be doubted whether [...] it really was such a hallowed or ancient tradition“. Vgl. auch *Zimmermann*, *RabelsZ* 85 (2021), 1, 69 f. Siehe selbst die englische Law Commission mit der Aussage: „[...] the principle that certain relatives are entitled to inherit on the basis of kinship alone [...] is alien to our legal tradition [...]“, *The Law Commission*, *Law Com. No. 331: Intestacy and Family Provision*, 5 f.

<sup>641</sup> Siehe bspw. *De Waal/Schoeman-Malan*, *Law of Succession*, 3: „[...] a high premium is placed on the principle of freedom of testation in South African law“; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 40: „South African law appears to take the principle of freedom of testation further than any other Western legal system“; *Hahlo*, *SALJ* 81 (1964), 1, 2: „In taking the principle of freedom of testation to its extremes South African law stands alone among the legal systems of the Western World“; *Beinart*, *Acta Juridica* 1958, 92, 92: „It is one of the boasts of the South African legal system that it permits complete and unfettered freedom of testation [...]“. Vgl. auch *South African Law Commission*, *Project 22 (Report 1987)*, 14. Die südafrikanische Rspr. knüpft die Testierfreiheit inzwischen sogar an die Menschenwürdegarantie der Verfassung an, siehe *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA) 243, dazu unten Kapitel 3 – C.I.3.c) (351).

<sup>642</sup> Mit ähnlicher Einschätzung *Zimmermann*, *RabelsZ* 85 (2021), 1, 69. Vgl. aber auch *Lehmann*, *Acta Juridica* 2014, 9, 39 mit der These, dass eine weitreichende Testierfreiheit letztlich nur einem kleinen wohlhabenden Bevölkerungsteil in Südafrika offenstehe.

Mit Blick auf die Testierfreiheit haben die Briten einen großen Fußabdruck im südafrikanischen Erbrecht hinterlassen. Denn unter englischem Einfluss wurde zum Ende des 19. Jahrhunderts – als in England gerade absolute Testierfreiheit herrschte – die damals seit mehr als 200 Jahren geltende römisch-holländische *legitima portio* (engl. *legitimate portion*) ersatzlos abgeschafft.<sup>643</sup> Dieser gesetzgeberische Schritt bedeutete eine deutliche Veränderung im System der Nachlassteilgabe, aber vor allem auch im Rechtsbewusstsein südafrikanischer Juristen. So wurde der Geist des *Succession Act*, der die *legitimate portion* 1874 am Kap abgeschafft hatte, in Urteilen herangezogen, um die Stellung der Testierfreiheit in Südafrika zu betonen.<sup>644</sup> Und der Gesetzgeber konnte sich trotz mehrerer Anläufe bis 1990 nicht zum Erlass einer Testierschranke zugunsten des überlebenden Ehegatten durchringen.<sup>645</sup> Dazu schrieb *H. R. Hahlo* im Jahr 1964:

„[...] our law has managed to fall between two stools. By abolishing the legitimate portion without substituting anything in its place [...]“<sup>646</sup>

Als die *Law Commission* 1987 schließlich ihren Vorschlag für eine Nachlassteilgabe des überlebenden Ehegatten unterbreitete, lehnte sie sowohl die Einführung einer *legitimate portion* mit pauschalen Anteilen ab, als auch ein *equitable share* im Sinne der seit 1975 in England geltenden (bedürfnisunabhängigen) Ansprüche des überlebenden Ehegatten. In beidem sah man die Gefahr einer zu großen Beschränkung der Testierfreiheit.<sup>647</sup> Man entschied sich für die Einführung eines rein bedürfnisabhängigen Unterhaltsanspruchs gegen den Nachlass und stimmte der Stellungnahme seitens *J. C. Sonnekus* zu, der auf die südafrikanische Tradition der Testierfreiheit verwiesen hatte:

„I am in no doubt that the resurrection of a right to a legitimate portion in any disguised form has no place in South African law at this late stage. Over the past 100 years or more the tradition of freedom of testation has simply become so entrenched that it would constitute a drastic diminution of our law were one to interfere with that tradition [...]“<sup>648</sup>

Ob man angesichts dieser Entwicklung tatsächlich von einer typisch südafrikanischen Tradition der Testierfreiheit sprechen kann, erscheint fraglich: So hatte sich bspw. die Gesetzgebungskommission im 19. Jahrhundert eigentlich gegen die Abschaffung der *legitimate portion* ausgesprochen (wohl unter-

<sup>643</sup> Siehe oben Kapitel 1 – C.I (62).

<sup>644</sup> Siehe bspw. *Vimpany v Attridge* 1927 CPD 113, 119: „[...] it would be contrary to the spirit of this Act [...]“. Zu diesen Urteilen oben Kapitel 1 – C.III.2. (78).

<sup>645</sup> Dazu *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 314: „[...] maintenance according to the needs of the dependants, now halted midway in its development“; *Kahn*, 1994 Supplement, 19: „The saying that South Africa is [...] fifty years behind the times is almost a cliché, but its invocation is irresistible when it comes to post-mortuary family support“.

<sup>646</sup> *Hahlo*, SALJ 81 (1964), 1, 2.

<sup>647</sup> *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 18 ff.

<sup>648</sup> Zit. nach *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 23.

stützt vom niederländisch-stämmigen Teil der Bevölkerung)<sup>649</sup> und schon im Jahr 1906 führte die Unzufriedenheit mit der weitreichenden Testierfreiheit zu Rechtsfortbildung auf diesem Gebiet.<sup>650</sup> Die Rede von der südafrikanischen Tradition der Testierfreiheit lässt schließlich auch das für große Teile der Bevölkerung geltende *customary law* völlig außen vor, das lange Zeit überhaupt keine vergleichbare Testierfreiheit kannte.<sup>651</sup> Dass man die umfassende Testierfreiheit aber als wichtigen und traditionellen Bestandteil des südafrikanischen Erbrechts wahrnimmt, zeigt sich nicht zuletzt auch in der oben betrachteten Rechtsprechung – sei es bei der restriktiven Handhabung des *claim for maintenance* oder den Ausführungen zu *revocation* oder *undue influence*.<sup>652</sup>

Gerade eine richterrechtliche Beschränkung der Testierfreiheit zugunsten des überlebenden Ehegatten, wie sie beim deutschen Geliebtentestament regelmäßig erfolgte, könnte in Südafrika aber noch zusätzlich durch eine Argumentation gehemmt worden sein, die ab Mitte des 20. Jahrhunderts Verbreitung fand und mit der Entscheidung *Carelse v Estate de Vries* in Zusammenhang steht. *Chief Justice De Villiers* war – wie aus den Urteilsgründen ersichtlich wird – sichtlich unzufrieden mit der damals absoluten Testierfreiheit und der daraus resultierenden Schutzlosigkeit der Abkömmlinge.<sup>653</sup> Ein „strange but happy misreading“ einer Textstelle zum römisch-holländischen Recht<sup>654</sup> brachte ihn dazu, den (unehelichen) Kindern des Erblassers Unterhalt aus dem Nachlass zu gewähren. Dieser Entscheidung folgten die Gerichte so bereitwillig, dass sie bindendes Präjudiz und der Anspruch fester Bestandteil des südafrikanischen Erbrechts wurde.<sup>655</sup> Nachdem 1953 erstmals aufgeworfen worden war, dass es sich hierbei um eine Fehlinterpretation handeln könnte,<sup>656</sup> verbreitete sich die Erzählung über diesen Fehler sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung.<sup>657</sup> Als sich 1963 die *Appellate Division* des *Supreme Court* mit der Frage beschäftigte, ob auch zugunsten des überlebenden Ehegatten ein Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass be-

<sup>649</sup> Siehe *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 304 f.; *Kahn*, 1994 Supplement, 13 f.

<sup>650</sup> Siehe *Carelse v Estate De Vries* (1906) 23 SC 532.

<sup>651</sup> Siehe oben Kapitel 1 – C.IV. (81).

<sup>652</sup> Vgl. oben Kapitel 1 – C.III. (73).

<sup>653</sup> Siehe *Carelse v Estate De Vries* (1906) 23 SC 532, 537.

<sup>654</sup> So später beschrieben von *Kahn*, 1994 Supplement, 12.

<sup>655</sup> Siehe *Glazer v Glazer* 1963 (4) SA 694 (A) 707: „[...] this error notwithstanding, these decisions have passed into settled law [...]“.

<sup>656</sup> Siehe *Hahlo*, *The South African Law of Husband and Wife* (1. Aufl. 1953), 387 (Fn. 83) und *Kahn*, 1994 Supplement, 15 (Fn. 63), der diese Entdeckung für sich reklamiert.

<sup>657</sup> So auch *Kahn*, 1994 Supplement, 15: „Then the error became common knowledge and property“. Siehe bspw. *Beinart*, *Acta Juridica* 1958, 92, 96 und 106; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 41 (Fn. 72).

stehe, erteilte *Chief Justice Steyn* einer solchen weiteren Rechtsfortbildung eine Absage. Er sprach sich klar dagegen aus, Rechtsfortbildung auf Basis der Fehlentscheidung in *Carelse v Estate de Vries* zu betreiben. Neue Testierschranken zu errichten sei allenfalls Sache des Gesetzgebers.<sup>658</sup>

So scheinen im südafrikanischen Rechtsbewusstsein wohl insbesondere zwei Aspekte eine Hürde für die richterliche Ausweitung familiärer Nachlasseteilhabe gebildet zu haben: Einerseits bestand der Eindruck einer mit der gesetzgeberischen Entscheidung von 1874 begründeten südafrikanischen Tradition umfassender Testierfreiheit, andererseits wurde immer wieder an die Fehlentscheidung in *Carelse v Estate de Vries* erinnert, was möglicherweise weitere Beschränkungen der Testierfreiheit und insbesondere weitere Rechtsfortbildung hemmte.<sup>659</sup> Diese Hürden können Erklärungsansätze dafür liefern, warum sich in Südafrika – über die ohnehin nur zögerlich entwickelten Testierschranken hinaus – keine zusätzlichen moralbasierten Schranken in der Rechtsprechung entwickelten, wenn ein Erblasser seine nahen Angehörigen zugunsten familienfremder Personen zurückgesetzt hatte.

Es kann festgehalten werden, dass die Erfahrung absoluter Testierfreiheit in England und Südafrika dieser Freiheit zu einem festen Stand im Rechtsbewusstsein verhalf und den erbrechtlichen Diskurs entsprechend beeinflusste. Anders als in Deutschland, wo die Rede von der deutschen Familienerbfolge die Rechtsprechung zum Geliebtentestament eher noch befeuern konnte, wirkten die Erzählungen von einer englischen oder südafrikanischen Tradition der Testierfreiheit wohl eher hemmend auf eine (richterliche) Erweiterung der Nachlasseteilhabe naher Angehöriger. Auch konnten manche Argumentationsmuster aus der deutschen Diskussion in England und Südafrika schon gar nicht verfangen. So wird in England und Südafrika nicht in gleicher Weise zwischen dinglicher Erbenstellung und schuldrechtlicher Pflichtteilsberechtigung unterschieden.<sup>660</sup> Und auch der so oft kritisierte Schematismus des Pflichtteilsrechts konnte in den grundsätzlich ermessensbasierten und einzelfallabhängigen Systemen englischer und südafrikanischer Nachlassbeteiligung keine Entsprechung finden. Dagegen scheinen in Deutschland Narrative über eine Tradition der Familienerbfolge, über Pietätsgebote, die ideelle Stellung als Erbe und den Wert von Erinnerungsstücken einer Erweiterung der

---

<sup>658</sup> *Glazer v Glazer* 1963 (4) SA 694 (A) 707: „It would be an innovation by way of the extension of an error [...]“. Vgl. zum Ganzen auch oben Kapitel 1 – C.II.2. (70).

<sup>659</sup> So *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/1966, 285, 307 über *Glazer v Glazer*: „This decision has put an end to any possibility of judicial resuscitation of these fairly commendable laws [...]“. Siehe auch *Barnard v Miller* 1963 (4) SA 426 (C) 428: „[...] our law has erroneously gone further than the authorities permit [...]. The case of *Glazer, N.O. v. Glazer* is an illustration of the refusal of the Court to enter the province of law-making“.

<sup>660</sup> Vgl. für Südafrika *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 41 ff.; *De Waal/Schoeman-Malan*, *Law of Succession*, 132; für England *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, 12.

Nachlassteilhabe über das Instrument der Sittenwidrigkeit einen fruchtbaren Boden bereitet zu haben. Obwohl *von Schmitt* meinte, man sehe das Familienerbrecht zu Unrecht als den echten deutschen Erbgedanken und er stamme aus einer „Zeit, von der uns Alles trennt“,<sup>661</sup> scheint man diesen Gedanken und die damals beiseite gewischten „ethischen Gründe“<sup>662</sup> gerade in der Rechtsprechung zum Geliebtentestament nie ganz losgeworden zu sein.

## 2. Konzeption und Verständnis familiärer Nachlassteilhabe

Neben dem allgemeinen Blick auf die Testierfreiheit und den damit verbundenen Erzählungen können auch die unterschiedlichen Modelle, Konzeptionen und Verständnisse zwingender familiärer Nachlassteilhabe Anhaltspunkte liefern, warum Geliebtentestamente in Deutschland eher einer richterlichen Sittenkontrolle unterworfen wurden, als dies in England und Südafrika der Fall war.

### a) Das deutsche Pflichtteilsrecht

So dürften in Deutschland Konzeption und Verständnis des Pflichtteilsrechts die Rechtsprechung zum Geliebtentestament zusätzlich begünstigt haben. Das Pflichtteilsrecht gewährt gewissen nahen Angehörigen eine pauschale, anlasslose und insbesondere bedürfnisunabhängige Mindestteilhabe am Nachlass.<sup>663</sup> Anders als in England und Südafrika erhalten nahe Angehörige nach deutschem Recht also immer einen gewissen Mindestanteil. Das Statusverhältnis, das den Berechtigten als Ehegatte, Abkömmling oder Elternteil mit dem Erblasser verbindet, reicht aus, den Anspruch zu begründen.<sup>664</sup>

Sucht man in *von Schmitts* Begründung seines Erbrechtsentwurfs nach einer inneren Rechtfertigung dieser Teilhabe, so findet man keine ganz eindeutige Aussage.<sup>665</sup> Ein wichtiger Gesichtspunkt war die Orientierung an den geltenden deutschen Partikularrechten, die alle eine zwingende Nachlassteilhabe vorsahen. Denn nach dem vom Bundesrat gebilligten Arbeitsauftrag sollte der BGB-Entwurf das bürgerliche Recht „kodifizierend zusammenfassen“.<sup>666</sup> *von Schmitt* wollte das Pflichtteilsrecht sodann weder auf einen Alimentationsgedanken, noch auf die den Kindern geschuldete Liebe gestützt

<sup>661</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 170.

<sup>662</sup> Vgl. *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 773.

<sup>663</sup> Siehe BeckOGK/*Obergfell*, § 2303 BGB Rn. 2; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 235 f. Vgl. auch BVerfG, NJW 2005, 1561, 1563.

<sup>664</sup> Siehe *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 236. Vgl. auch *Röthel*, RabelsZ 76 (2012), 131, 156: „Hier fungiert der Status als generalisierte Legitimation [...]“.

<sup>665</sup> Vgl. ähnlich *Zimmermann*, AcP 222 (2022), 3, 16 ff.; *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 53.

<sup>666</sup> Vgl. bei *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 117.

wissen.<sup>667</sup> Und so stößt man bei *von Schmitt* bald auf Argumente, die eine moralische Konnotation aufweisen. Er führt aus, schon die Einführung des Pflichtteils im römischen Recht sei aus „einem nicht erdrückbaren Gefühle des menschlichen Herzens“ erfolgt.<sup>668</sup> Dieses Gefühl sei im deutschen Volke noch immer lebendig<sup>669</sup> und Grund des Pflichtteilsanspruchs sei „die Rücksicht der Pietät“.<sup>670</sup> Die Gerechtigkeit dürfe nicht dem Nutzen allein geopfert werden. Es sei zu verhüten, dass berechnete Ansprüche gekränkt würden.<sup>671</sup> In den Worten von *Andreas Bauer* sah *von Schmitt* im Pflichtteilsrecht ein vom Rechts- bzw. Moralgefühl der Bevölkerung getragenes Schutzinstrument des Familienmitglieds gegen die Verletzung seiner berechtigten Ansprüche.<sup>672</sup>

Nach Erlass des BGB gab es in der deutschen Rechtsprechung nie einen mit England oder Südafrika vergleichbaren Diskurs über die innere Rechtfertigung und das gebotene Verständnis des Pflichtteilsrechts. Dies war auch nicht nötig, da das Pflichtteilsrecht in einer Art und Weise gesetzlich geregelt war, die weitere Verständigungen (bspw. über die Reichweite eines richterlichen Ermessens) nicht erforderte.<sup>673</sup> Dass das Pflichtteilsrecht mit gewissen sittlichen Pflichten des Erblassers in Verbindung gebracht wird, kann der Rechtsprechung zwar entnommen werden, wird von dieser aber nicht offen kommuniziert oder erläutert.<sup>674</sup>

Das Pflichtteilsrecht ruht demnach auf einer einigermaßen diffusen Grundlage<sup>675</sup> und scheint sich „aus einer unklaren, empirisch nur schwer überprüfbar Mischung aus ökonomischen und irrationalen Gründen“ zu rechtfertigen.<sup>676</sup> Es wird gar angemerkt, eine überzeugende Begründung für ein Pflichtteilsrecht sei bis heute nicht gegeben worden.<sup>677</sup> Und dennoch (oder womöglich gerade deshalb) vermittelt das anlasslos und pauschal gewährte Pflichtteilsrecht zusammen mit den schon erwähnten Vorstellungen von Familien-

<sup>667</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 170.

<sup>668</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 171.

<sup>669</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 172.

<sup>670</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 756.

<sup>671</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 174.

<sup>672</sup> *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 54.

<sup>673</sup> Vgl. auch *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 153.

<sup>674</sup> So spricht bspw. der BGH verklausuliert vom sittlichen Prinzip der gesetzlichen Erbfolge (BGH, NJW 1970, 1273, 1274; BGH, NJW 1983, 674, 675) oder das BVerfG von Familiensolidarität und dem ideellen Zusammenhang von Vermögen und Familie (BVerfG, NJW 2005, 1561, 1564). Vgl. auch *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 119 und 222.

<sup>675</sup> Vgl. *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 222.

<sup>676</sup> So *Schröder*, DNotZ 2001, 465, 472.

<sup>677</sup> *Zimmermann*, AcP 222 (2022), 3, 16; ähnlich *Dauner-Lieb*, FF 2000, 110, 116. Mit einem Überblick über die angebotenen Legitimationsansätze u.a. *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 240 ff.; *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 225 ff.

erfolge und Familienvermögen einen starken Gedanken von postmortal geschuldeter Familiensolidarität.<sup>678</sup>

Ruht das Familienerbrecht letztlich auf Vorstellungen von Sittlichkeit oder Moral, so folge daraus, so *Bauer*, dass seine Reichweite im Einzelfall von der subjektiven Sichtweise des Betrachters abhängt. Da diese Sichtweise als subjektives Werturteil nicht rational begründbar sei, würden die Ansichten stets kontrovers sein.<sup>679</sup> Im schematisch ausgestalteten Pflichtteilsrecht können subjektive Werturteile jedoch nicht zur Geltung gebracht werden (anders im englischen Recht – man denke nur an die divergierenden Ergebnisse der Instanzen im *Ilott-Fall*).<sup>680</sup> Wenn ein deutscher Richter nun auf eine als besonders verwerflich empfundene Gestaltung in Form eines Geliebtentestaments traf, verspürte er dort womöglich – noch verstärkt durch den jeweiligen Zeitgeist – ein besonderes Bedürfnis nach einzelfallspezifischer Durchsetzung des ohnehin schon wirkmächtigen Gedankens postmortaler Familiensolidarität. Daran hinderte ihn allerdings die „mechanische Gleichförmigkeit“ des Pflichtteilsrechts.<sup>681</sup> Und so mag das Korrekturbedürfnis größer gewesen und damit der Griff zur Sittenwidrigkeit leichter gefallen sein, als in England oder Südafrika, wo Nachlassteilhaber gedanklich weniger auf wirkmächtigen Vorstellungen von Familiensolidarität beruht, sondern in den meisten Fällen einen besonderen Grund in Gestalt materieller Bedürftigkeit erfordert und zudem flexibel und einzelfallspezifisch gewährt werden kann.

#### b) Die englische family provision

In England waren spätestens mit der Zeit absoluter Testierfreiheit die letzten Reste einer pauschal aufgrund des familiären Status gewährten Nachlassteilhaber verschwunden. Der Gesetzgeber griff sie 1938 auch nicht mehr auf, da man in einer fixen Mindestteilhaber eine Gefahr für die Testierfreiheit erblickte.<sup>682</sup> Man einigte sich im politischen Prozess auf ein am neuseeländischen Modell orientiertes ermessensbasiertes System, das im Falle unzureichender

---

<sup>678</sup> Siehe bspw. BVerfG, NJW 2005, 1561, 1564; *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 351 ff.; *Lettmaier*, AcP 218 (2018), 724, 735. Vgl. kritisch *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 259 ff.; BeckOGK/*Obergfell*, § 2303 BGB Rn. 8 f.; *Zimmermann*, AcP 222 (2022), 3, 16 ff.

<sup>679</sup> *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 223.

<sup>680</sup> Vgl. auch *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 235: „Das Pflichtteilsrecht ist [...] so rigide wie abstrakt“.

<sup>681</sup> Vgl. *von Gierke*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 536. Siehe auch 543 f.: „Von diesem Standpunkte aus ist es dann freilich unmöglich, die Pflichtteilsansprüche der Kinder rechtlich anders zu behandeln, [...] wenn sie von einem pflichtvergessenen Vater zu Gunsten einer Maitresse oder irgend eines beliebigen Dritten zurückgesetzt sind“.

<sup>682</sup> Siehe *Cretney*, LQR 1995, 77, 84 f. Die family-provision-Gesetzgebung wird auch beschrieben als „heavily based on the ideology of freedom of testation“, *Cretney*, Law, Law Reform and the Family, 277. Siehe auch noch 2011 *The Law Commission*, Law Com. No. 331: Intestacy and Family Provision, 5 f. (Ziffer 1.21).

Versorgung einen angemessenen Unterhalt sicherstellen und so Härtefälle abwenden sollte.<sup>683</sup>

Abgesehen davon, dass die Regeln der englischen *family provision* mitunter dafür kritisiert werden, dass ihnen eine konsequente Basis und Begründung fehle<sup>684</sup> (und sie der Richterschaft wenig Orientierung böten),<sup>685</sup> können doch grundlegende Unterschiede im Vergleich mit Deutschland herausgestellt werden: So blickt die englische *family provision* nicht allein auf familienrechtlichen Status wie Ehe oder Abstammung, sondern stärker auf real gelebte Verantwortungsverhältnisse (worunter auch die Geliebte fallen kann).<sup>686</sup> Sie gewährt keine pauschalen Anrechte, sondern erfordert (zumindest in den meisten Anwendungsfällen) eine unzureichende Unterhaltsversorgung als Voraussetzung und Legitimation der Nachlassteilhabe.<sup>687</sup> Zudem basiert sie, was die Höhe angeht, nicht auf festen Quoten des gesetzlichen Erbteils, sondern auf richterlicher Ermessensentscheidung.<sup>688</sup>

Letzteres passt zur Beschreibung *P. S. Atiyahs*, dass englische Richter und auch der englische Gesetzgeber im 20. Jahrhundert zunehmend abgeneigt waren, abstrakte Prinzipien zu postulieren und im Gegenzug tatsachenbasierte Kasuistik und ermessensbasierte Einzelfallentscheidungen an Bedeutung gewannen („the decline of equity and the rise of discretion“).<sup>689</sup> *Anne Röthel* weist zudem auf eine gewisse „Scheu vor Normativität“ hin.<sup>690</sup> Sie betont gleichzeitig, dass dies im Falle der *family provision* aber nicht zwingend auf einen schwächeren Zusammenhang von Familie und Vermögen im englischen Erbrecht schließen lasse, sondern Ausdruck anderer Strukturen und Konzep-

<sup>683</sup> Siehe *Dainow*, Cornell LQ 25 (1940), 337, 350; *Douglas*, Oñati SLS 4 (2014), 222, 227. Vgl. auch *Brill v Proud* 1984 WL 283099 (= [1984] Fam Law 59, 60): „[...] the Court has no jurisdiction under the Inheritance Act to adopt the role of a Lady Bountiful [...]“.

<sup>684</sup> *Herring*, *Older People in Law and Society*, 329: „[...] the current law lacks a clear theoretical basis and a rather inconsistent set of case law has developed“. Vgl. zu Ansätzen einer inneren Begründung *Probert*, in: *Current Issues in Succession Law*, 31, 46 f.

<sup>685</sup> Siehe *Lady Hale in Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 58 und 66, dazu schon oben Kapitel 1 – B.II.1.b) (51).

<sup>686</sup> *Röthel* spricht von einem „Konzept von Mindestteilhabe, das keine festen Teilhabequoten kennt, sondern sich als richterliche Weiterführung von lebzeitigen Verpflichtungen zur Unterstützung von nahestehenden Personen in Verantwortungsverhältnissen mit weitem Ermessensspielraum versteht“, *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 147 (vgl. auch 154 ff.). Siehe auch *Herring*, *Older People in Law and Society*, 330 f.; *Douglas*, Oñati SLS 4 (2014), 222, 225 ff.

<sup>687</sup> Dazu *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 156 ff. Vgl. sogar *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Ziffer 19: „Need, plus the relevant relationship to qualify the claimant, is not always enough“.

<sup>688</sup> Zum fehlenden Zusammenhang zwischen gesetzlicher Erbfolge und Mindestteilhabe in England ebenfalls *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 147.

<sup>689</sup> *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 670 ff.

<sup>690</sup> Vgl. *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 159.

tionen sein könne.<sup>691</sup> Dazu zählt auch die Präferenz für Ermessen und Einzelfallgerechtigkeit anstelle vorgegebener moralisch fundierter Teilhabennormen.<sup>692</sup> Und obwohl sich die Konzeption der *family provision* in die von *Atiyah* beschriebene generelle Rechtsentwicklung einfügt, ist sie an sich nicht „typisch englisch“.<sup>693</sup> Sie war sowohl in England als auch in ihrem Ursprungsland Neuseeland Ergebnis eines langwierigen politischen Kompromisses, und man hatte mit diesem Modell in beiden Ländern Neuland betreten.<sup>694</sup> Diese Konzeption konnte aber zu Ergebnissen führen, die in Deutschland lange Zeit nicht denkbar gewesen wären, darunter die Ablehnung jeglicher Nachlassteilhabe der Ehefrau trotz Verfügung an die Geliebte oder gar die Gewährung von *family provision* an die Geliebte selbst.<sup>695</sup>

Zwar entwickelte sich die *family provision* im Laufe der Jahrzehnte zu einer immer größeren Testierschranke.<sup>696</sup> Dennoch bieten die zugrunde liegende Konzeption und das Verständnis englischer Nachlassteilhabe eine geringere Basis für den Gedanken, dass Ehefrau und Kinder ein pauschales sittlich-moralisches Anrecht auf einen gewissen festen Anteil des Nachlasses haben, der familienfremden Personen und insbesondere der Geliebten nicht überlassen werden dürfe. Dieser Ansicht war wohl auch *Winn LJ* in der Entscheidung *In Re Gregory*:

„[...] I do not think that this jurisdiction enables the court to sit and dispense on balance of moral merit the net estate of a deceased person“.<sup>697</sup>

<sup>691</sup> Siehe *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 152 f.

<sup>692</sup> Vgl. aus der Rspr. bspw. *In Re Besterman* [1984] Ch 458, 479: „I desire to emphasise [...] that each case in this jurisdiction depends upon its own particular facts and I think that it would be a pity if this case should be used as a basis for drawing general deductions of principle [...]“. Vgl. auch *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 159 f.; *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 126.

<sup>693</sup> Vgl. *Albery*, *Inheritance (Family Provision) Act, 2: The Act* „introduced a method [...] entirely new in English law [...]“. Nicht nur in der Entstehungszeit der *family provision* wurde diskutiert, ob feste Erbanteile naher Angehöriger nach schottischem bzw. kontinentalem Vorbild eine Alternative zum ermessensbasierten System darstellen könnten (was allerdings stets abgelehnt wurde), siehe dazu *Oughton/Tyler*, *Tyler’s Family Provision*, 9 ff. und 24 ff.; *Cretney*, *LQR* 1995, 77, 84 ff. Vgl. aus dem Jahr 2011 *The Law Commission*, *Law Com. No. 331: Intestacy and Family Provision*, 5 f. (Ziffer 1.21) und 109 f. (Ziffer 6.14).

<sup>694</sup> Zu den Hintergründen der neuseeländischen Gesetzgebung siehe oben Kapitel 1 – B.I.1. (42) sowie *Atherton*, *Otago LR* 7 (1990), 202; *Oughton/Tyler*, *Tyler’s Family Provision*, 7 f.

<sup>695</sup> Siehe oben Kapitel 1 – B.II.1.a) (49).

<sup>696</sup> Siehe schon Kapitel 1 – D.III.1.b) (125).

<sup>697</sup> *In Re Gregory* [1970] 1 *WLR* 1455, 1462: Der Erblasser hatte seine Ehefrau verlassen, mit seiner „mistress“ gelebt und den Nachlass letztlich ohne Berücksichtigung der Ehefrau auf andere Familienmitglieder und Freunde verteilt. Das Gericht lehnte den Antrag der Ehefrau auf *family provision* ab.

Dass die *family provision* zugunsten des Ehepartners inzwischen bedürfnisunabhängig ausgestaltet wurde, könnte man theoretisch als Anzeichen einer statusgegründeten Teilhabe verstehen. Doch stand hinter diesem Schritt nicht ein veränderter Blick auf familiäre Nachlassteilhabe, sondern eher die Angleichung an das Scheidungsfolgenrecht, dessen Orientierung an einer Halbteilung (*equal sharing*) wiederum auf Gleichheitserwägungen in der Partnerschaft beruht.<sup>698</sup>

c) *Der südafrikanische claim for maintenance*

Auch in Südafrika bieten Konzeption und Verständnis des *claim for maintenance* – neben dem schon erörterten Blick auf die Testierfreiheit – zusätzliche Anhaltspunkte, warum Verfügungen an Familienfremde nicht mit Argumenten sittlich-moralischer *Couleur* zugunsten einer stärkeren Nachlassteilhabe naher Angehöriger verworfen wurden.

Abkömmlinge sowie der überlebende Ehegatte haben in Südafrika bei Bedürftigkeit einen ermessensbasierten Anspruch auf Unterhalt gegen den Nachlass.<sup>699</sup> Die Bedürftigkeit des Anspruchstellers ist zwingende Voraussetzung einer Nachlassteilhabe und die diesbezügliche Beweisschwelle scheint recht hoch zu liegen.<sup>700</sup> Von der Rechtsprechung wird der Anspruch als Fortsetzung des lebzeitigen Unterhalts verstanden,<sup>701</sup> weshalb man sich auch an lebzeitigen Zahlungen orientiert.<sup>702</sup> Dieser Gedanke liegt schon der Entscheidung von 1906 zugrunde, mit der *De Villiers CJ* den Anspruch zugunsten der Abkömmlinge ins Leben gerufen hatte.<sup>703</sup> 1987 bemühte sich sodann die *Law Commission* darum, in ihrem Vorschlag für eine Nachlassteilhabe überlebender Ehegatten klarzustellen, dass man nichts von festen Anrechten auf moralischer Basis halte.<sup>704</sup> Und auch die Rechtsprechung betont immer wieder, dass die Ansprüche lediglich auf Unterhalt gerichtet seien und nicht darüber

---

<sup>698</sup> Vgl. dazu *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 131, 133 ff. und 154 ff. und oben Kapitel 1 – B.I.3. (46).

<sup>699</sup> Siehe oben Kapitel 1 – C.II. (67).

<sup>700</sup> Vgl. bspw. *Friedrich v Smit* 2017 (4) SA 144 (SCA) 150 f.: „[...] a surviving spouse who cannot show that he or she is not able to maintain him- or herself is not eligible for maintenance from the deceased’s estate. [...] Mrs Friedrich’s reasons why she was unemployed were unconvincing“. Vgl. auch *Couper v Flynn* 1975 (1) SA 778 (R) 780: „[...] the applicant should be strictly held to the proof of all such matters [...]“.

<sup>701</sup> Vgl. *In Re Estate Visser* 1948 (3) SA 1129 (C) 1133 ff.; *Volks v Robinson* 2005 (5) BCLR 446 (CC) 459: „The obligation to maintain that exists during marriage passes to the estate. The provision does not confer benefit on the parties [...]“.

<sup>702</sup> Vgl. bspw. *Davis’ Tutor v Estate Davis* 1925 WLD 168.

<sup>703</sup> Siehe oben Kapitel 1 – C.II.1. (68).

<sup>704</sup> Siehe oben Kapitel 1 – C.II.2. (70). Auch die im Gesetz verankerten Kriterien für die richterliche Ermessensausübung wollte die *Law Commission* von moralischen Konnotationen möglichst frei halten.

hinaus gingen.<sup>705</sup> Teilweise wird sogar erklärt, es handele sich dabei nicht einmal um ein erbrechtliches Institut, sondern der Anspruch wurzele schon im familiären Verhältnis selbst.<sup>706</sup>

In Südafrika wird eine Nachlassteilhabe gegen den Willen des Erblassers also nur bei nachgewiesener Bedürftigkeit gewährt, die Richterschaft betrachtet diese Ansprüche übereinstimmend als bloße Fortsetzung lebzeitiger Unterhaltsansprüche und distanziert sich von moralischen Argumenten ebenso wie von überzogenen Forderungen naher Angehöriger.<sup>707</sup> Dies macht verständlich, warum man Verfügungen zugunsten der Geliebten oder sonstigen Familienfremden nicht auf Basis von sittlichen Prinzipien, Rücksichts- und Pietätsgeboten sowie der Idee einer pauschalen Mindestteilhabe der Familie verwarf, um damit die Nachlassteilhabe naher Angehöriger zu erweitern. Inwiefern sich hier in Zukunft Änderungen ergeben könnten (bspw. mit Blick auf Konzepte wie *ubuntu*), bleibt abzuwarten.<sup>708</sup>

### 3. *Kursorischer Abgleich mit tatsächlichem Testierverhalten*

Nachdem vergleichend auf Ehe- und Sexualmoral sowie das Verhältnis von Testierfreiheit und Familienerbfolge geblickt wurde, soll ein kursorischer Blick auf die Testierwirklichkeit geworfen werden. So könnte man sich fragen, ob englische und südafrikanische Erblasser möglicherweise von der ihnen rechtlich gewährten und im Rechtsbewusstsein so fest verankerten umfangreichen Testierfreiheit auch tatsächlich häufiger zugunsten familienfremder Personen Gebrauch machen als dies in Deutschland geschieht, wo das Pflichtteilsrecht starre Grenzen setzt und die Familienerbfolge im (rechtlichen) Diskurs ein wirkmächtiges Motiv bildet.

Über alle drei Rechtsordnungen hinweg scheint sich der deutliche Befund zu ergeben, dass das Vermögen in letztwilligen Verfügungen vorwiegend der Familie hinterlassen wird.<sup>709</sup> Auch aus dem Diskurs um die Testierschranken

---

<sup>705</sup> Siehe *Volks v Robinson* 2005 (5) BCLR 446 (CC) 458 f.: „[...] aimed at eliminating this perceived unfairness and no more“. Vgl. auch *Kruger v Goss* 2010 (2) SA 507 (SCA) 509: „The [Maintenance of Surviving Spouses Act] was limited legislative intervention [...]“. Auch eine Ausdehnung auf weitere Personen (wie bspw. geschiedene Ehegatten oder Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft) wurde mehrmals abgelehnt, siehe oben Kapitel 1 – C.II.2. (70).

<sup>706</sup> So *Van Zyl v Serfontein* 1989 (4) SA 475 (C) 477; *Du Toit v Thomas* 2016 (4) SA 571 (WCC) 574.

<sup>707</sup> „Reasonable maintenance must exclude extravagant demands of maintenance [...]“, *Friedrich v Smit* 2017 (4) SA 144 (SCA) 150.

<sup>708</sup> Zum möglichen Einfluss von *ubuntu* oben Kapitel 1 – C.IV.3. (84).

<sup>709</sup> Siehe für Deutschland bspw. *Vollmer*, Verfügungsverhalten, 73 und 127 ff.; *Stadler*, Versorgungselement, 117 ff.; für England *Finch/Hayes/Mason/Masson/Wallis*, Wills, Inheritance, and Families, 76 und 96 f. und mit Blick auf das 19. Jhd. auch *Probert*, in: *Interdisciplinary Perspectives*, 115, 126; für Südafrika *South African Law Commission*,

in England und Südafrika geht hervor, dass man die Enterbung der Familie als seltenen Ausnahmefall verstand.<sup>710</sup> *Andreas Bauer* merkt an, dass im internationalen Vergleich das Ausmaß der vom Recht gewährten Testierfreiheit für den typischen Erblasser praktisch ohne Bedeutung zu sein scheint. Dieser verwirklichte die Idee des Familienerbrechts, ohne dass die Möglichkeit davon abzuweichen den Inhalt seiner Verfügung merklich beeinflusste.<sup>711</sup> Und so weist auch *Anne Röthel* darauf hin, dass das gelebte Selbstverständnis in England wohl weniger vom deutschen abweicht, als es die Unterschiede in den Konzepten nahelegen.<sup>712</sup> Trotz aller Kürze der hier erfolgten Ausführungen kann man wohl festhalten, dass die für den rechtlichen Diskurs beschriebenen unterschiedlichen Narrative, argumentativen Muster, Konzeptionen und Verständnisse sich nicht in einem vergleichbar unterschiedlichen Verfügungsverhalten der Erblasser widerspiegeln.

#### IV. Vergleichendes Fazit

Ausgangspunkt der vergleichenden Analyse war die Frage, ob die Unterschiede zwischen den drei Rechtsordnungen im Umgang mit testamentarischen Begünstigungen familienfremder Personen (insbesondere mit Blick auf das sog. Geliebtentestament) Ausdruck spezifisch nationaler und traditionell unterschiedlicher Vorstellungen von Testierfreiheit, Ehebild, Sexualmoral und Familienerbfolge sind oder inwieweit eher Faktoren eine Rolle spielen, die mit diesen Vorstellungen zunächst nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

Über weite Teile des 20. Jahrhunderts beherrschten die Fälle des Geliebtentestaments die deutsche Diskussion um die Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen. In der ersten unter Geltung des BGB ergangenen Entscheidung konnten verschiedene das Sittenwidrigkeitsurteil begünstigende Faktoren aufgezeigt werden, nicht zuletzt die aus den BGB-Materialien entnommene Aufforderung an den Richter, auch die Gesinnung des Erblassers entsprechend zu würdigen. Die Gesinnungsprüfung war fortan das Einfallstor für die Umsetzung einer konservativen Ehe- und Sexualmoral sowie von Vorstellungen über Familienerbfolge und Pietät im Erbgang. Nachdem die Fallgruppe sich im Rahmen des § 138 BGB etabliert hatte, wirkte der Zeitgeist verschiedener Jahrzehnte verstärkend auf die Sittenstrenge. In der naturrechtlich inspirierten Rechtsprechung der Nachkriegszeit konnten religiös konnotierte Vorstellungen von Ehe, Familie und Sexualität in besonderem Maße Geltung

---

Project 22 (Report 1987), 10 f. Vgl. auch *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 162 ff.

<sup>710</sup> Vgl. für England *Oughton/Tyler*, Tyler's Family Provision, 9 ff.; *Dainow*, Cornell LQ 25 (1940), 337, 344 ff. und für Südafrika *Hahlo*, SALJ 88 (1971), 201, 202; *South African Law Commission*, Project 22 (Report 1987), 10 f.

<sup>711</sup> *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 172.

<sup>712</sup> *Röthel*, RabelsZ 76 (2012), 131, 159.

erlangen. Obwohl man eigentlich einen Kontrapunkt zur NS-Zeit schaffen wollte, knüpfte die Rechtsprechung unverhohlen und unreflektiert an Urteile aus dieser Zeit an und erhob die Sittenwidrigkeit per Beweislast zur Regel. Die Abkehr von dieser „Sittensprechung“ erfolgte erst, als die zugrundeliegenden Postulate mit den gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen schlicht nicht mehr vereinbar waren. In jüngerer Zeit orientierten sich die Oberlandesgerichte bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit (die allerdings in keiner Entscheidung mehr bejaht wurde) stärker an den finanziellen Auswirkungen des Testaments und deren Zumutbarkeit. Die dort angestellten Überlegungen zu Bedürftigkeit und der Sicherung des Lebensunterhalts erinnern schon fast an die englische oder südafrikanische Konzeption zwingender Nachlassteilhabe, widerstreben damit aber letztlich dem gesetzlichen Regelungsmodell des BGB (dazu sogleich).

In England und Südafrika stechen vergleichbare Sachverhalte nicht in ähnlicher Weise hervor. Zwar stößt man an verschiedenen Stellen auf richterliche Aussagen, die bezeugen, dass man die Zurücksetzung naher Angehöriger zugunsten der außerehelichen Geliebten ebenfalls für anstößig hielt. Doch fand diese Wertung keinen rechtlichen Niederschlag. Weder im Bereich der zwingenden Nachlassteilhabe (*family provision* bzw. *claim for maintenance*) noch bei Unwirksamkeitsgründen wie mangelnder Testierfähigkeit oder *undue influence* waren mit der deutschen Rechtsprechung vergleichbare Erwägungen oder eine vergleichbare sittlich-moralische Argumentationsweise zu beobachten.

Hinsichtlich Ehe- und Sexualmoral wurde insbesondere England vergleichend betrachtet. Dass England die Testierfreiheit in Fällen von Geliebtentestamenten nicht in ähnlicher Weise beschränkte, kann nicht darauf gestützt werden, dass dort grundlegend andere Auffassungen von Familie, Ehe und Sexualität bestanden hätten. So wird bspw. das viktorianische Zeitalter als besonders prüde beschrieben und das englische Recht des 19. Jahrhunderts kannte einen fast deckungsgleichen Kontrollmaßstab für lebzeitige Zuwendungen an die außereheliche Geliebte, wie er damals in Deutschland anzutreffen war. Auch in England war die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg von Sorgen um die Institutionen Ehe und Familie sowie um einen Sittenverfall der Gesellschaft geprägt, was sich in entsprechend wertkonservativen Strömungen niederschlug. Doch fasste eine mit Deutschland vergleichbare Sittenkontrolle letztwilliger Verfügungen im englischen Erbrecht nie Fuß. Dies kann unter anderem auf Unterschiede in der rechtlichen Sanktionierung von Moralvorstellungen und das damit zusammenhängende Selbstverständnis der Richter zurückgeführt werden. Dabei spielten rechtsphilosophische und rechtspolitische Tendenzen ebenso eine Rolle wie das schlichte Fehlen geeigneter rechtlicher Anknüpfungspunkte und das Fortschreiben teils unreflektierter Positionen. So waren englische Richter seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert sehr zurückhaltend, außerrechtliche moralische Erwägungen qua *public policy* rechtlich zur Geltung zu

bringen. Man hielt dies für die Domäne des Gesetzgebers. Hinzu tritt die Konzeption der *public policy* als ein Instrument, das eher auf die Interessen der Gesamtgesellschaft blickt, um Gefahren für die öffentliche Ordnung oder das Gemeinwohl abzuwehren, als individuelle Sittenverstöße oder verwerfliche Motive eines Rechtsgeschäfts zu sanktionieren. Man sah sich einer formalistischen und präjudizienorientierten Rechtsanwendung verpflichtet. Bei letztwilligen Verfügungen konnte man den Ansatzpunkt der unsittlichen Gegenleistung (*consideration*) nicht bemühen, unterwarf aber auch das Motiv des Erblassers keiner richterlichen Kontrolle. Zudem lösten sich in England Gesetzgeber und Richterschaft ab etwa der Mitte des 20. Jahrhunderts zunehmend von der Sanktionierung absoluter Moralgebote in der privaten Sphäre.

Neben diesen Unterschieden hinsichtlich der rechtlichen Sanktionierung von Ehe- und Sexualmoral war insbesondere das Verhältnis von Testierfreiheit und Familienerbfolge zu betrachten. Auch hier sind Ausgangslagen und Grundwertungen in den drei Rechtsordnungen durchaus ähnlich. Sie kennen allesamt (mit Ausnahme des traditionellen *customary law*) das Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Familienerbfolge, hatten in der Vergangenheit alle einmal ein System zwingender Nachlassteilhabe mit fixen Quoten und sehen auch heute noch einen gewissen Kernbestand einer zwingenden Nachlassteilhabe vor – wengleich in unterschiedlicher Art und Weise. Auch das tatsächliche Testierverhalten der Bevölkerung scheint sich nicht markant zu unterscheiden.

Doch bildeten sich im rechtlichen Diskurs unterschiedliche (wengleich jeweils überzeichnete) Narrative heraus, die geeignet waren, einen richterlichen Eingriff in die Verfügungsfreiheit in Deutschland zu fördern, in England und Südafrika dagegen eher zu hemmen. In der Rechtsprechung zum Geliebtentestament spiegeln sich Gedanken, die letztlich aus der Entstehungszeit des BGB stammen. Die deutsche Tradition der Familienerbfolge, die sittliche Bedeutung der Erbenstellung und die Pietätspflichten des Erblassers waren damals als Kritik an der Konzeption des neuen Pflichtteilsrechts in Stellung gebracht worden. Sie verfestigten sich zu Narrativen, die in der Lage waren, den richterlichen Griff zur Sittenwidrigkeit zu begünstigen – insbesondere in Fällen des Geliebtentestaments. Dagegen hinterließ die kurze Zeit absoluter Testierfreiheit in England und Südafrika deutliche Spuren im Rechtsbewusstsein der Juristen. Obwohl die unbeschränkte Testierfreiheit nur von kurzer Dauer war und stärker auf Zufälligkeiten als auf ideologischem Bekenntnis zu absoluter Verfügungsfreiheit beruhte, führte dies zu wirkmächtigen (wengleich historisch unscharfen) Narrativen über die „englische“ bzw. „südafrikanische“ Tradition der Testierfreiheit. Dies bedeutete zusätzliche Hürden für eine Beschränkung der Testierfreiheit durch sittlich-moralischen Erwägungen von Seiten der Richterschaft.

Aber auch die unterschiedlichen Konzeptionen und Verständnisse familiärer Nachlassteilhabe mögen zu einer anderen Handhabung der untersuchten Fälle beigetragen haben. Das deutsche Pflichtteilsrecht wird pauschal auf-

grund statusrechtlicher Verbundenheit gewährt und nicht zuletzt mit etwas diffusen Vorstellungen von Familiensolidarität begründet. Die teilweise als zu schematisch kritisierte gesetzliche Fixierung verhinderte eine Anpassung in den als besonders anstößig empfundenen Fällen, was wiederum die Korrektur über die Sittenwidrigkeit befördert haben dürfte. In England und Südafrika gewährt man dagegen keine pauschalen Ansprüche, sondern fordert überwiegend einen besonderen Grund für die Nachlassteilhabe in Form materieller Bedürftigkeit und setzt auf eine flexible richterliche Ermessensentscheidung. Die englische *family provision* blickt zudem stärker auf konkret gelebte Verantwortungsverhältnisse des Erblassers als auf reine Statusbeziehungen. In Südafrika wird der *claim for maintenance* mitunter gar nicht als erbrechtliches Institut betrachtet, sondern als bloße Fortsetzung des lebzeitigen Unterhalts verstanden. Diese Konzeptionen bieten – anders als das Pflichtteilsrecht – keine gute Grundlage für den Gedanken, Ehegatte und Kinder hätten ein pauschales sittliches Anrecht auf Nachlassteilhabe und noch weniger für das Bedürfnis, diesem Anrecht wegen mangelnder Flexibilität der zwingenden erbrechtlichen Teilhaberegeln auf andere Weise Geltung verschaffen zu müssen.

Es kann also nicht pauschal gesagt werden, dass die drei Rechtsordnungen Testierfreiheit und Familienerbfolge traditionell und typischerweise völlig unterschiedlich gewichten oder der Blick auf Ehe und Sexualität ein grundsätzlich anderer gewesen wäre (was angesichts der gemeinsamen Traditionen und Wurzeln auch wenig erstaunt). Und dennoch gab es Faktoren, die die Herausbildung einer moralisch aufgeladenen und die Testierfreiheit beschneidenden Rechtsprechung in Deutschland förderten, in England und Südafrika dagegen eher hemmten. Von Bedeutung waren dabei zufällige historische Entwicklungen, der rechtsphilosophische Hintergrund und Zeitgeist, eine unterschiedlich ausgeprägte Regulierungsaffinität mit Blick auf Privat- und Intimleben, unerschwellige Narrative und unreflektierte Kontinuitäten sowie rechtspolitische Kompromisse im Entstehungsprozess der Regeln über zwingende Nachlassteilhabe und darauf beruhende konzeptionelle Divergenzen zwischen Pflichtteilsrecht, *family provision* und *claim for maintenance*. Dies ergab sehr unterschiedliche Kontexte für die richterliche Handhabung einer letztlich überall als anstößig empfundenen Zurücksetzung der nahen Angehörigen zugunsten familienfremder Personen und insbesondere der außerehelichen Geliebten. Einige dieser Aspekte kann man durchaus als „typisch“ für die eine oder die andere Rechtsordnung bezeichnen, wie bspw. das für England beschriebene Zusammenspiel von Präjudizienbindung, richterlichem Selbstverständnis und Konzeption der *public policy*. Und auch die mitunter pathetische Betonung der Testierfreiheit in England und Südafrika ist (zumindest aus der jeweiligen Innensicht) „Markenzeichen“ der jeweiligen Rechtsordnung. Und dennoch scheinen die Unterschiede stärker durch historische Zufälle und den allgemeinen rechtlichen und rechtshistorischen Kon-

text bedingt, als durch traditionell unterschiedliche Wertvorstellungen und Ideen. Bei genauerer Betrachtung lassen die genannten Aspekte und Hintergründe also weder die Testierfreiheit als typisch englisch oder südafrikanisch erscheinen, noch die Familienerbfolge und eine strenge Ehe- oder Sexualmoral als typisch deutsch. In Deutschland gab es einen fruchtbaren Boden für eine sittenstrenge Rechtsprechung, in England und Südafrika hemmte der rechtliche Kontext eine vergleichbare Entwicklung. Wenn man denn angesichts des komplexen Gesamtbildes überhaupt vom eingangs erwähnten „Herzblut“ sprechen möchte, so manifestiert sich in den hier untersuchten Fällen weniger das Herzblut der Bevölkerung, sondern allenfalls das Herzblut der Rechtsordnung oder Rechtstradition ganz allgemein.

## E. Kritische Würdigung des deutschen Rechts

Dass in Deutschland zum Geliebtentestament als einstigem Hauptschauplatz der erbrechtlichen Sittenwidrigkeits-Judikatur schon seit mehr als 10 Jahren kein Urteil mehr ergangen ist, zeigt, dass diese Problematik deutlich an Bedeutung verloren hat. Die Sittenwidrigkeit war begrüßenswerterweise mehr und mehr „aus dem Blickfeld gerückt“.<sup>713</sup> Insofern erübrigt sich eine ausführliche Bewertung der früheren sittenstrengen Rechtsprechung des BGH. Auch in den letzten Urteilen der Oberlandesgerichte aus den 1990er- und 2000er-Jahren wurde im Ergebnis keine Sittenwidrigkeit mehr angenommen. Doch konnten sich die Gerichte nie zu einer gänzlichen Abkehr von der einstigen Rechtsprechungslinie durchringen und waren trotz aller Zurückhaltung bis zuletzt bemüht, „die Tür zur Sittenwidrigkeit weiterhin zumindest einen Spalt breit offen zu halten“.<sup>714</sup> Auch wenn es sich wohl um einen vergleichsweise schmalen Spalt handelt, erscheinen manche Annahmen und Maßstäbe der jüngeren Rechtsprechung (aber auch manche Literaturansicht) als problematisch und sollen einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Aus der vergleichenden Betrachtung mit England und Südafrika ist dabei aufgrund der dargestellten unterschiedlichen Konzeptionen und Verständnisse eher wenig Inspiration zu gewinnen.<sup>715</sup> Nicht zuletzt mit Blick auf die im Laufe des 20. Jahrhunderts beobachteten gesellschaftlichen Veränderungen wird auch der für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgebliche Zeitpunkt erörtert.

---

<sup>713</sup> Vgl. *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 490 ff.

<sup>714</sup> So *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 981. Vgl. auch *Grziwotz*, ZEV 1994, 267, 269. Zur jüngsten Rechtsprechung siehe oben Kapitel 1 – A.I.5. (35).

<sup>715</sup> Vgl. auch *Röthel*, RabelsZ 76 (2012), 131, 147, die darauf hinweist, „dass das englische Recht die erbrechtliche Vermögensordnung anders kategorisiert. Dies erschwert den Zugang zu vergleichenden Bewertungen“.

### I. Maßstab der Sittenwidrigkeit

Wenn im Rahmen der Sittenwidrigkeit die Rede vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ist, so ist dies nicht im empirischen Sinne zu verstehen, sondern eine richterliche Wertentscheidung ist gefragt.<sup>716</sup> Doch berechtigt § 138 BGB den Richter nicht dazu, die letztwillige Verfügung „an seinen eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen zu messen und den Willen des Erblassers danach zu korrigieren“.<sup>717</sup> Daher ist beim Verweis auf Sitten- und Moralvorstellungen Zurückhaltung und Umsicht geboten. Dies gilt umso mehr, als es heute infolge von Pluralisierung und Diversifizierung der Gesellschaft, der Familienformen und Anschauungen weniger verallgemeinerungsfähige und als allgemeinverbindlich postulierbare Sittennormen zu geben scheint als bspw. noch zur Mitte des vorigen Jahrhunderts.<sup>718</sup> Angesichts dessen sollte sich die Rechtsprechung – wie sie selbst gern betont – mit der Annahme einer Sittenwidrigkeit auf die Verwerfung besonders deutlicher Ausnahmefälle beschränken.<sup>719</sup> Dabei ist zuvorderst eine Orientierung an den gesetzlichen Wertungen angebracht.<sup>720</sup> So formuliert inzwischen auch der BGH, dass eine Einschränkung der Testierfreiheit durch § 138 Abs. 1 BGB nur in Betracht komme, „wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen könnte“.<sup>721</sup> Dieser Anforderung werden die Maßstäbe der jüngeren Rechtsprechung in Sachen Geliebtentestament nicht gerecht. Sie stehen nicht nur im Widerspruch zu eigenen Annahmen der Rechtsprechung mit Blick auf Testierfreiheit und Sittenwidrigkeit, sondern entbehren auch einer konsistenten Grundlage und widersprechen bisweilen dem Regelungsmodell des BGB.

#### I. Das verwerfliche Motiv des Erblassers

In der Rechtsprechung war bis zuletzt die Formel anzutreffen, eine letztwillige Verfügung sei sittenwidrig, wenn sie ausschließlich als Belohnung oder

<sup>716</sup> Vgl. Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 59 f.

<sup>717</sup> So BGH, NJW 1983, 674, 675.

<sup>718</sup> Vgl. Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 693; *Smid*, NJW 1990, 409, 412 f.; *Grziwotz*, DNotZ 2016, 732, 737; *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 348. Vgl. auch oben Kapitel 1 – D.II.3. (114).

<sup>719</sup> Vgl. dazu *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 134 f.; *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 159. Aus der Rspr. bspw. BGH, NJW 1983, 674, 675; BayObLG, FamRZ 2002, 915, 916; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545.

<sup>720</sup> Besonders vehement *Smid*, NJW 1990, 409, 413. Siehe auch BeckOGK/*Jakl*, § 138 BGB Rn. 40 ff. Differenzierter Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 94 ff.; Münch-KommBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 11 f. Vgl. auch *Leipold*, Erbrecht, 87 f.

<sup>721</sup> BGH, NJW 1994, 248, 250; BGH, NJW 2020, 58, 59 (beide zum sog. Behindertentestament). Dazu auch *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1035 ff.

Anreiz für geschlechtliche Hingabe gedacht sei.<sup>722</sup> Diese Formel war seit der Etablierung des Geliebtentestaments im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB Vehikel für die Kanalisierung von Ehe-, Familien- und Sexualmoral gewesen und deutlicher Ausdruck eines Sanktionsgedankens mit Blick auf außereheliche intime Beziehungen.<sup>723</sup> Den Sanktionsgedanken gab der BGH auf, als er 1970 formulierte, es gehe im Rahmen des § 138 BGB nicht um Sanktionen für unsittliches Verhalten, sondern allein um die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts.<sup>724</sup> Auch musste er eingestehen, dass die in der Formel angesprochene „Hergabe für die Hingabe“<sup>725</sup> kaum vorkommen werde, denn bei einer intimen Verbindung „erschöpfen sich die Beziehungen in aller Regel nicht im Sexualbereich“.<sup>726</sup> Und so scheiterte die Sittenwidrigkeit derartiger Verfügungen letztlich an den Folgen der fast heimlich anmutenden Rückkehr des BGH zu allgemeinen Beweislastgrundsätzen im Rahmen der Belohnungs- und Anreiz-Formel.<sup>727</sup> Doch hätte der BGH gut daran getan, mit Aufgabe von Sanktionsgedanke und Vermutungsregel auch die Formel als solche über Bord zu werfen. Stattdessen wurde sie weiterhin unreflektiert übernommen und hat sich beharrlich bis hinein in die letzten Urteile der Oberlandesgerichte aus den 2000er-Jahren gehalten.<sup>728</sup>

Zwar könnte man argumentieren, die Formel sei beizubehalten, weil eine auf die Kommerzialisierung des Intimlebens gerichtete Gesinnung eben jenen besonderen Ausnahmefall darstellt, in dem die Annahme einer Sittenwidrigkeit angezeigt erscheint.<sup>729</sup> Doch hat die Belohnungs- und Anreizformel nicht nur einen kaum zu beweisenden und fast schon lebensfremden Sachverhalt vor Augen,<sup>730</sup> sie ist auch inhaltlich überholt. Denn das 2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz (ProstG)<sup>731</sup> nimmt diesem Maßstab wohl endgültig seine Grundlage. Das Gesetz verleiht der Vereinbarung eines Entgelts im Zusammenhang mit sexuellen Handlungen rechtlich durchsetzbaren Forde-

---

<sup>722</sup> Siehe OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545. Schon *Speckmann* hatte die Vorahnung, dass man der Rede von Belohnung und Anreiz „[...] gewiß auch künftig weiter als Floskel in jedem einschlägigen Urteil begegnen wird [...]“, *Speckmann*, NJW 1970, 1839, 1840.

<sup>723</sup> Siehe oben Kapitel 1 – A.I.1. (22).

<sup>724</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1275.

<sup>725</sup> So Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 693.

<sup>726</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1276.

<sup>727</sup> Siehe oben Kapitel 1 – A.I.4. (33).

<sup>728</sup> Siehe OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545; BayObLG, FamRZ 2002, 915, 916; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 583; OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027.

<sup>729</sup> Ähnlich noch *Flume*, AT Bd. II, 376; MünchKommBGB (4. Aufl. 2001)/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rn. 59. Vgl. mit Blick auf das ProstG *Bergmann*, JR 2003, 270, 272.

<sup>730</sup> Siehe Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 50 („kaum vorstellbar“). Siehe auch *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 329; *Knüpfer*, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 259 ff.

<sup>731</sup> Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20.12.2001 (BGBl. I, 3983).

rungscharakter.<sup>732</sup> Damit entzieht es den lebzeitigen Vertrag über sexuelle Handlungen dem Verdikt der Sittenwidrigkeit.<sup>733</sup> Und obwohl das ProstG auf Verfügungen von Todes wegen weder direkt noch analog Anwendung findet, ist die Sittenwidrigkeit unter Berufung auf dessen gesetzliche Wertung auch in erbrechtlichen Konstellationen abzulehnen.<sup>734</sup> Außerdem erscheint es vor dem Hintergrund der geschilderten gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen – insbesondere der liberalisierten Sexualmoral und der diversifizierten Familienformen – nicht nachvollziehbar, die Erbeinsetzung der Geliebten über den Umweg der sexualisierten Gesinnung einem anderen Maßstab zu unterwerfen, als die Begünstigung eines sonstigen Dritten.<sup>735</sup>

Damit gerät die Formel von Belohnung und Anreiz für geschlechtliche Hingabe zu einem fortgeschleppten Relikt aus einer überholten Rechtsprechungslinie.<sup>736</sup> Die Rechtsprechung widerspricht mit dem Festhalten an dieser Formel letztlich auch ihrem eigenen seit 1970 stets wiederholten und zutreffenden Diktum, es sei grundsätzlich ohne Bedeutung, welche Beweggründe den Erblasser veranlassen haben, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen. Vielmehr sei der Wille des Erblassers auch dort zu respektieren, wo er in seiner Motivierung keine besondere Achtung verdiene.<sup>737</sup> Dabei sollte man es bewenden lassen.

---

<sup>732</sup> § 1 S. 1 ProstG: „Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung.“ Ein Anspruch auf Vornahme der sexuellen Handlung wird dagegen nicht begründet. Es handelt sich somit um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, siehe dazu MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 1 ProstG Rn. 7. Krit. zu dieser dogmatischen Einordnung *Bergmann*, JR 2003, 270, 271 ff.

<sup>733</sup> BT-Drs. 14/5958, 4 und 6; BT-Drs. 16/4146, 7; BGH, NJW 2006, 3490, 3491; Staudinger/*Fischinger*, § 1 ProstG Rn. 10 ff.; MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 1 ProstG Rn. 7; anders bspw. *Bergmann*, JR 2003, 270, 272; Palandt/*Ellenberger*, § 1 ProstG Rn. 2 (der aber dennoch die Auswirkung auf letztwillige Verfügungen anerkennt, Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 50).

<sup>734</sup> Hierzu ausführlich *Schnabl/Hamelmann*, JURA 2009, 161, 162 ff. So auch Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 693 (als ganz h.M. bezeichnend); Staudinger/*Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 147; BeckOGK/*Preuß*, § 1922 BGB Rn. 31; *Armbrüster*, NJW 2002, 2763, 2765; *Paal*, JZ 2005, 436, 437; *Leipold*, Erbrecht, 88 f.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 980 f. Offen gelassen in OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545.

<sup>735</sup> Vgl. *Simshäuser*, Geliebten-Testamente, 48 f.; *Siemens*, Sittenwidrigkeit, 131 f.; Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 693. Siehe auch *Knüpfer*, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 256 ff.

<sup>736</sup> Vgl. auch *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 26 („rechtlich neutralisiertes Residuum“).

<sup>737</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1274 f.; BGH, NJW 1984, 2150, 2151 (Zuwendung unter Lebenden); OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027. Siehe auch BayObLG, FamRZ 2002, 915, 916; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 545.

## 2. Gesamtbetrachtung und wirtschaftliche Auswirkungen

Zeitgleich mit Aufgabe der zulasten der Geliebten wirkenden Vermutungsregel hatte der BGH zusätzliche Sittenwidrigkeits-Kriterien ersonnen, die von den Oberlandesgerichten später bereitwillig aufgegriffen und fortgeführt wurden. Ausgangspunkt war dabei nun weniger das Verhältnis zwischen Erblasser und der begünstigten Geliebten, sondern vielmehr das Verhältnis zwischen Erblasser und den zurückgesetzten Familienangehörigen.<sup>738</sup> So betonen die Gerichte, dass bei Fehlen eines ausschließlich sexuell geprägten Entgeltcharakters für die Beurteilung einer etwaigen Sittenwidrigkeit eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen sei. Vor allem seien der Inhalt und die wirtschaftlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts zu würdigen.<sup>739</sup> Es wird erörtert, ob der Lebensunterhalt der zurückgesetzten Familienangehörigen gesichert ist<sup>740</sup> oder die letztwillige Verfügung trotz des Pflichtteilsanspruchs zu materieller Bedürftigkeit oder in die Nähe einer Notlage führt.<sup>741</sup> In die erwähnte Gesamtwürdigung soll auch eingestellt werden, in welchem Verhältnis der Erblasser zur bedachten familienfremden Person einerseits und zu den zurückgesetzten Angehörigen andererseits stand,<sup>742</sup> aber auch inwieweit die zurückgesetzte Ehefrau am Erwerb des Nachlassvermögens beteiligt gewesen war.<sup>743</sup> Diese Kriterien finden vereinzelt auch in der Literatur Zuspruch, gern gefasst unter dem Schlagwort einer „Verletzung familiärer Pflichten“.<sup>744</sup>

Diese Kriterien sind in mehrfacher Hinsicht problematisch. Der genannte Maßstab erinnert in gewisser Weise an die Modelle englischer oder südafrikanischer Nachlassteilhabe, die auf die Bedürftigkeit der Berechtigten blicken

---

<sup>738</sup> Vgl. auch *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 981.

<sup>739</sup> Siehe BGH, NJW 1970, 1273, 1275; BGH, NJW 1983, 674, 675; BGH, NJW 1984, 2150, 2151 (Zuwendung unter Lebenden); OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 584.

<sup>740</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 584: „Bei der Feststellung der Unzumutbarkeit [...] können Bedeutung erlangen: [...] die Frage, ob der Lebensunterhalt des Ehepartners und der gemeinsamen Kinder ohne die Erbschaft gesichert erscheint.“

<sup>741</sup> BayObLG, FamRZ 2002, 915, 917: „Da die Übergehung von Abkömmlingen allein nicht sittenwidrig ist, kommt ein Verstoß gegen die guten Sitten im allgemeinen nur dann in Betracht, wenn das zugunsten einer nicht pflichtteilsberechtigten Person übergangene Kind trotz dessen Pflichtteilsberechtigung besonders bedürftig ist“; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 547; OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027. Aus der älteren Rspr. RG, WarnR 1910, 388.

<sup>742</sup> BGH, NJW 1970, 1273, 1275; BGH, NJW 1983, 674, 675; OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027.

<sup>743</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583, 584.

<sup>744</sup> Siehe *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 156 ff.; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 694 f.; *Paal*, JZ 2005, 436, 437; *Michalski*, Erbrecht, 136. Vgl. auch BayObLG, FamRZ 2002, 915, 917.

und im Rahmen des gesetzlich eingeräumten Ermessens auch die Beziehungsqualitäten berücksichtigen.<sup>745</sup> Wenn dies in der deutschen Literatur damit gestützt wird, dass das Pflichtteilsrecht als schematische Regelung keine Rücksicht auf individuelle Lebenslagen nehme und Bedürftigkeit als besonderer Umstand rechtliche Ausnahmen erlaube,<sup>746</sup> so ist dem entgegenzuhalten, dass die Konzeption des Pflichtteilsrechts eine ganz bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers war. Man entschied sich für eine pauschalierte Nachlassteilhabe und gegen die Vererblichkeit der Unterhaltsansprüche.<sup>747</sup> Trotz immer wieder aufkeimender Reformdiskussionen hält der Gesetzgeber bislang an der Grundkonzeption des Pflichtteilsrechts als schematischer und bedarfsunabhängiger Regelung fest.<sup>748</sup> Dieser gesetzgeberisch bewusst gewählte und immer wieder bestätigte Kompromiss zwischen Testierfreiheit und Familienerbfolge regelt den Fall der Zurücksetzung naher Angehöriger in abschließender Weise.<sup>749</sup> Ergänzt wird er lediglich durch den Zugewinnausgleich im Todesfall nach § 1371 Abs. 2 BGB<sup>750</sup> sowie die beiden Ausnahmefälle, in denen das BGB Unterhaltsansprüche passiv vererblich stellt (§ 1586 b Abs. 1 S. 1 und § 1615 I Abs. 3 S. 4 BGB).<sup>751</sup> Weitere Vorschläge aus der Literatur für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit – bspw. die

<sup>745</sup> Vgl. zu England Kapitel 1 – B.I. (42) und zu Südafrika Kapitel 1 – C.II. (67).

<sup>746</sup> Staudinger/Otte, Vor §§ 2064–2086 Rn. 157; Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 695.

<sup>747</sup> Denn dem Berechtigten stehe in der Regel ja ein Pflichtteilsrecht zu, wodurch ein Ersatz für den Wegfall des Unterhaltsanspruches gewährt werde, siehe Motive BGB Bd. IV, 711 (= *Mugdan*, Materialien Bd. IV, 377). Siehe auch *Planck*, in: Vorlagen der Redaktoren (Familienrecht, Teil 2), 348: „In diesen Fällen dient der erbrechtliche Anspruch den Zwecken, welche durch den Alimentationsanspruch erreicht werden sollen“.

<sup>748</sup> Siehe BeckOGK/*Obergfell*, § 2303 BGB Rn. 4; *Schlüter*, in: 50 Jahre BGH, 1047, 1047; *Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020), 465, 526 ff.; *Zimmermann*, in: *Comparative Succession Law* Bd. III, 268, 270. Auch der Deutsche Juristentag hatte sich mehrfach mit dem Pflichtteilsrecht beschäftigt, so der 49. DJT im Jahr 1972 und der 64. DJT im Jahr 2002. Grundlegenden Änderungsvorschlägen wurde jeweils eine Absage erteilt, vgl. Staudinger/Otte, Einl. §§ 2303 ff. Rn. 14 und 21.

<sup>749</sup> Siehe *Gernhuber*, *FamRZ* 1960, 326, 328 f.; *Reinicke*, *NJW* 1969, 1347, 1347; *Ramm*, *JZ* 1970, 129, 132; *Simshäuser*, *Geliebten-Testamente*, 48 f.; *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 214 f. und 233; *Grziwotz*, *ZEV* 1994, 267, 270; *Schnabl/Hamelmann*, *JURA* 2009, 161, 164; *Duvenkrop*, *Übergehung*, 82. Siehe auch Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 49. Vgl. auch BVerfG, *NJW* 2005, 1561, 1564.

<sup>750</sup> Vgl. *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 214 f. und 233.

<sup>751</sup> § 1586 b Abs. 1 S. 1 BGB betrifft den Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten, § 1615 I Abs. 3 S. 4 BGB die Unterhaltsansprüche zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern aus Anlass der Geburt bzw. Pflege und Erziehung des Kindes. In beiden Konstellationen bestünden keine Pflichtteilsansprüche. Siehe zu den Hintergründen *Zimmermann*, *AcP* 222 (2022), 3, 25 ff.

Differenzierung nach der Höhe des Nachlasses<sup>752</sup> oder den bedachten Personen<sup>753</sup> – führen zu „recht merkwürdigen Ergebnissen“, wie *Karlheinz Muscheler* es ausdrückt.<sup>754</sup> Dieser gibt auch zu bedenken, man erhalte bei einer solch umfassenden Abwägung „nicht den Eindruck, § 138 könne nur noch in ganz krassen Ausnahmefällen bejaht werden“.<sup>755</sup>

Aber auch mit Blick auf die Rechtsfolge stellen sich bei dieser Lösung handfeste Probleme. So würde die Sittenwidrigkeit entweder zur Gesamtnichtigkeit des Testaments führen oder – wie bisweilen erwogen – zu einer Teilnichtigkeit in Höhe des sittenwidrigen „Übermaßes“ der Zuwendung.<sup>756</sup> Die Rechtsprechung lässt in Höhe der Teilnichtigkeit sodann über § 2088 Abs. 1 BGB die gesetzliche Erbfolge eintreten.<sup>757</sup> Begründet man dies mit der gebotenen Sicherung des Lebensunterhalts naher Angehöriger, so wäre dies im Ergebnis ein über § 138 Abs. 1 BGB geschaffener postmortaler Unterhaltsanspruch in Gestalt eines über die gesetzliche Erbfolge vermittelten Noterbrechts in Höhe der jeweiligen Bedürftigkeit. Dies steht schon in offenem Widerspruch zur gesetzgeberischen Entscheidung für eine einfache und zweckmäßige Nachlassbeteiligung in Form eines pauschalen schuldrechtlichen Wertanspruchs.<sup>758</sup> Noch dazu versuchte die Rechtsprechung, das sitten-

---

<sup>752</sup> *Otte* meint, eine Sittenwidrigkeit solle nur dann vorliegen, wenn – für den Erblasser erkennbar – die Differenz zwischen Pflichtteil und gesetzlichem Erbteil zur Abwendung der Bedürftigkeit erforderlich und ausreichend sei. Eine Sittenwidrigkeit scheidet also sowohl bei großen Nachlässen (Bedürftigkeit schon durch Pflichtteil abgewendet) als auch bei geringfügigen Nachlässen (Bedürftigkeit selbst durch gesetzlichen Erbteil nicht abwendbar) aus, *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 156.

<sup>753</sup> Habe der Erblasser ein Kind zugunsten anderer pflichtteilsberechtigter Personen übergangen, sei für eine Sittenwidrigkeit kein Raum, da der Erblasser die Erfüllung der Unterhalts- und Unterstützungspflicht durch die Bedachten erwarten dürfe, so ebenfalls *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 157.

<sup>754</sup> *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 981.

<sup>755</sup> *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 982.

<sup>756</sup> Erwogen von OLG Düsseldorf, *FamRZ* 1998, 583, 584; OLG Düsseldorf, *FamRZ* 2009, 545, 547. Angenommen von BGH, *FamRZ* 1963, 287, 289 f.; BGH, *NJW* 1969, 1343, 1346 f.; BGH, *NJW* 1970, 1273, 1276 f. (ohne auf Bedürftigkeit abzustellen).

<sup>757</sup> Vgl. bspw. BGH, *NJW* 1969, 1343, 1346 f. *Jungmichel* kritisiert, § 2088 BGB sei weder einschlägig noch erforderlich, um zur gesetzlichen Erbfolge zu gelangen, *Jungmichel*, *Teilnichtigkeit*, 142 f.

<sup>758</sup> Siehe schon *Bosch*, *FamRZ* 1963, 290, 290, der das Urteil dafür kritisiert, „über § 138 I BGB ein ‚materielles Noterbrecht‘ der Angehörigen des Erblassers anzuerkennen [...]“, was die Schöpfer des BGB nicht gewollt hätten. Siehe auch *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 232 f. Kritisch zur früheren Teilnichtigkeitsrechtsprechung des BGH bspw. *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 162; *Husmann*, *NJW* 1971, 404, 409 f.; *Zimmermann*, *Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit*, 21 (Fn. 18). Abwegig insbes. der Vorschlag *Speckmanns*, der zugunsten einer Geliebten zurückgesetzten Ehefrau solle im „Normalfall“ das arithmetische Mittel zwischen Erb- und Pflichtteil belassen werden, um dem Sittengebot Genüge zu tun, *Speckmann*, *NJW* 1970, 1839, 1840.

widrige „Übermaß“ nur auf einzelne gesetzliche Erben zu verteilen. So erwog das OLG Düsseldorf, eine letztwillige Verfügung zugunsten der Geliebten in Höhe des gesetzlichen Erbteils der Ehefrau für teilnichtig zu erklären und diesen Anteil dann auch nur der Ehefrau zukommen zu lassen – nicht aber der Tochter des Erblassers.<sup>759</sup> Die Tochter einfach aus der gesetzlichen Erbfolge auszuklammern (bspw. wegen mangelnder Bedürftigkeit), entbehrt jeder Rechtsgrundlage und lässt sich auch nicht auf einen Schutz- bzw. Normzweckvorbehalt stützen.<sup>760</sup> Zu Recht kritisiert *Jochen Jungmichel*, es handele sich um „richterliche Testamentsgestaltung, die mit vorgeblicher Teilnichtigkeit ihren wahren dogmatischen Charakter verdeckt“.<sup>761</sup> Es zeigt sich, dass das Instrument der Sittenwidrigkeit mit seiner grundsätzlich starren Rechtsfolge<sup>762</sup> für eine bedarfsabhängige Nachlassbeteiligung einzelner Angehöriger ungeeignet ist. Dass eine Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen im Rahmen der Sittenwidrigkeit nicht grundsätzlich abzulehnen ist, soll später noch im Rahmen der Ausführungen zu letztwilligen Bedingungen und letztwilliger Diskriminierung dargestellt werden.<sup>763</sup> Mit Blick auf die Zurücksetzung naher Angehöriger widerspricht der Weg über die Teilnichtigkeit allerdings dem gesetzlichen Regelungsmodell und kann auch konstruktiv nicht zu den gewünschten Ergebnissen führen. Die von der Rechtsprechung über Jahrzehnte begangenen Systembrüche sollten eigentlich schon Mahnung genug sein.<sup>764</sup> Eine wirtschaftliche Benachteiligung ist letztlich als Ansatzpunkt des Sittenwidrigkeits-Verdikts abzulehnen.<sup>765</sup>

### 3. Ideelle Auswirkungen

So bleiben noch die in der Rechtsprechung und vor allem in der Literatur angeführten ideellen Auswirkungen als Grund einer Sittenwidrigkeit zu diskutieren. Hierunter werden vor allem Konstellationen gefasst, in denen die

---

<sup>759</sup> Siehe OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 547 (im Ergebnis lehnte das Gericht allerdings eine Sittenwidrigkeit ab). Ähnlich auch BGH, NJW 1970, 1273, 1276 f.: Der Erblasser hatte Frau M. als Alleinerbin eingesetzt. Bei gesetzlicher Erbfolge wären die Geschwister des Erblassers zu einem Viertel, die Ehefrau zu drei Vierteln berufen gewesen. Im Ergebnis wurde das Testament in Höhe von drei Vierteln für teilnichtig erklärt. Diesen Anteil erhielt die Ehefrau (Frau M. erhielt ein Viertel, die Geschwister nichts).

<sup>760</sup> Für eine Konstruktion über den immanenten Normzweckvorbehalt allerdings Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 696.

<sup>761</sup> *Jungmichel*, Teilnichtigkeit, 92 und 143 f.

<sup>762</sup> Als eine „in ihren Rechtsfolgen starre Keule“ *Lettmaier*, AcP 218 (2018), 724, 761.

<sup>763</sup> Siehe unten Kapitel 2 – E.II.3. (312) sowie Kapitel 3 – E.III.3. (430).

<sup>764</sup> Vgl. bspw. MünchKommBGB (4. Aufl. 2001)/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rn. 59: „bedenkliche Nebenfunktion einer Erweiterung des Pflichtteilsrechts“.

<sup>765</sup> So auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 233; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 981.

Angehörigen in eine „abhängige Rechtsstellung“<sup>766</sup> gegenüber der Geliebten versetzt werden oder familiäre Erinnerungsstücke einer familienfremden Person hinterlassen werden.

Was die abhängige Rechtsstellung anbelangt, so wird heute die bloße Verweisung naher Angehöriger auf den Pflichtteil (mit der laut BGH demütigenden Folge, sich wegen der Ansprüche an die Geliebte wenden zu müssen)<sup>767</sup> glücklicherweise nicht mehr als ein die Sittenwidrigkeit auslösendes Moment diskutiert.<sup>768</sup> Schon der historische Gesetzgeber hatte der ideellen Stellung als Erbe die Relevanz abgesprochen und sich bewusst für den schuldrechtlichen Wertanspruch entschieden.<sup>769</sup> Aktueller scheint dagegen die Frage zu sein, ob eine Sittenwidrigkeit angenommen werden kann, wenn die zurückgesetzten Angehörigen durch die letztwillige Verfügung zu anderweitigem ständigen persönlichem Kontakt mit der Geliebten gezwungen werden. Dabei wird zwar das bloße Entstehen einer Erbengemeinschaft zwischen Geliebter und den Familienangehörigen weder von der Rechtsprechung noch vom Schrifttum als sittenwidrig erachtet.<sup>770</sup> Doch soll dies anders sein, wenn die Angehörigen darauf angewiesen sind, mit der Geliebten in einem Haus zu wohnen, in einem Unternehmen eng zusammenzuarbeiten oder die Geliebte als Testamentsvollstreckerin dulden müssen.<sup>771</sup>

Auch diese Sittenwidrigkeitsgründe sind abzulehnen.<sup>772</sup> Die Erbengemeinschaft ist grundsätzlich nicht auf Dauer angelegt, sondern ihrem Wesen nach eine Abwicklungsgemeinschaft, die auf ihre Auseinandersetzung gerichtet ist.<sup>773</sup> Dies gilt auch für Anteile an Unternehmen oder Immobilien, die übertragen oder verkauft werden können. Ein wirklicher Zwang zu engen Kontak-

---

<sup>766</sup> Vgl. Staudinger/Otte, Vor §§ 2064–2086 Rn. 161.

<sup>767</sup> So BGH, NJW 1969, 1343, 1346.

<sup>768</sup> Vgl. auch Staudinger/Otte, Vor §§ 2064–2086 Rn. 163; *Simshäuser*, Geliebten-Testamente, 50 f.

<sup>769</sup> Siehe oben Kapitel 1 – D.III.1.a) (118). Vgl. auch *Simshäuser*, Geliebten-Testamente, 45; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 982.

<sup>770</sup> Siehe BGH, NJW 1970, 1273, 1277; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 547. Aus der Lit. Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 695; *Duvenkrop*, Übergang, 92 f.; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 238 ff.

<sup>771</sup> Siehe Staudinger/Otte, Vor §§ 2064–2086 Rn. 163. Siehe auch Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 695; *Paal*, JZ 2005, 436, 438; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 242 f. Ähnliche Erwägungen stellten an BGH, NJW 1970, 1273, 1277; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 547. Aus der älteren Rspr. RG, WarnR 1928, 342. Die Ernennung der Geliebten zur Testamentsvollstreckerin als sittenwidrig erachtend BGH, FamRZ 1954, 195, 198; ähnlich *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 243; *Paal*, JZ 2005, 436, 438.

<sup>772</sup> Kritisch auch *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 982; *Duvenkrop*, Übergang, 82 ff.

<sup>773</sup> Siehe Staudinger/Löhnig, § 2042 Rn. 1.

ten wird langfristig wohl kaum bestehen.<sup>774</sup> Für den Fall eines problematischen Verhältnisses zum Testamentsvollstrecker schützt § 2227 BGB die Beteiligten, indem das Nachlassgericht den Testamentsvollstrecker bei groben Pflichtverletzungen oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung entlassen kann.<sup>775</sup> „Mühen und Risiken eines Rechtsstreits sind nichts Unehrenhaftes oder Entwürdigendes“, bemerkt *Georg Thielmann*.<sup>776</sup>

Was die Zuwendung von Gegenständen mit familiärem Erinnerungswert an familienfremde Personen angeht, so gibt es hierzu keine neuere Rechtsprechung. Die Literatur verweist daher meist auf eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1954.<sup>777</sup> Doch ist dabei angesichts der dargestellten Rechtsprechungsgeschichte ebenso Zurückhaltung geboten<sup>778</sup> wie mit einem Verweis auf die amtliche Begründung des § 48 Abs. 2 TestG von 1938.<sup>779</sup> Ohne Zweifel gibt es Gegenstände, die für die Familie hohen symbolischen und emotionalen Wert haben.<sup>780</sup> Doch ist es an dieser Stelle nicht Aufgabe des Rechts, nahe Angehörige vor jedweden Kränkungen und Enttäuschungen durch den Erblasser zu bewahren.<sup>781</sup> Jenseits von Erbverträgen werden Erberwartungen – auch solche mit Blick auf familiäre Erinnerungsstücke – rechtlich nicht geschützt.<sup>782</sup> Eine Sonderstellung emotional aufgeladener Gegenstände findet keine Stütze im Gesetz,<sup>783</sup> böte große Bestimmtheitsprobleme und erscheint auch konstruktiv kaum umsetzbar.<sup>784</sup>

---

<sup>774</sup> Vgl. *Duvenkrop*, Übergehung, 92; *Simshäuser*, Geliebten-Testamente, 50. Und so konstruiert *Thielmann* diesen Fall auch mithilfe einer Auflage oder Bedingung des Zusammenwohnens.

<sup>775</sup> *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 163; *Duvenkrop*, Übergehung, 93.

<sup>776</sup> *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 241.

<sup>777</sup> BGH, FamRZ 1954, 195, 198. Sittenwidrigkeit möglich: *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 160; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 695; *BeckOGK/Jakl*, § 138 BGB Rn. 579; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 244 f.; *Simshäuser*, Geliebten-Testamente, 56. Siehe auch *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 197. Vgl. auch *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 286 (de lege ferenda).

<sup>778</sup> So *Paal*, JZ 2005, 436, 438.

<sup>779</sup> So aber *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 160. Kritisch dazu *Knüpfer*, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 272. Siehe zu § 48 Abs. 2 TestG oben Kapitel 1 – A.I.2. (25).

<sup>780</sup> Vgl. dazu bspw. *Langbein*, Geerbte Dinge, 217 ff.

<sup>781</sup> Ähnlich OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1026, 1027. Vgl. auch *Duvenkrop*, Übergehung, 96 und selbst *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 163.

<sup>782</sup> Vgl. *Husmann*, NJW 1971, 404, 405 und 408; *Grziwotz*, DNotZ 2016, 732, 737 f. *BeckOGK/Preuß*, § 1922 BGB Rn. 29.

<sup>783</sup> *Knüpfer*, Mätressen, Geliebte und Gefährten, 272.

<sup>784</sup> So möchte *Otte* der Verteidigung des familienfremden Erben gegen ein Herausgabeverlangen der Familienangehörigen wegen Rechtsmissbrauchs die Anerkennung versagen, *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 160. Es ist aber schon gar kein Rechtsgrund für dieses Herausgabeverlangen ersichtlich, vgl. kritisch *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 982. Vgl. auch *Jungmichel*, Teilnichtigkeit, 142.

„Der Grimm über die wirtschaftliche Benachteiligung wird sich nur allzuoft in das Gewand moralischer Entrüstung kleiden, so dass in diesem Punkt größte Zurückhaltung am Platze ist“,

so *Thielmann*.<sup>785</sup> Bei dieser moralischen Entrüstung spielt die außereheliche Geliebte im Diskurs noch immer eine prominente Rolle<sup>786</sup> – dabei können Konflikte um die Erbschaft in ähnlich emotional aufgeladener Weise auch mit Blick auf sonstige familienfremde Personen oder Organisationen oder sogar andere Familienmitglieder auftreten. Gleichgültig wen der Erblasser den Angehörigen vorgezogen hat und ob dies als Kränkung empfunden wird: moralisch aufgeladene Erberwartungen und damit verbundene Zumutbarkeitserwägungen sind rechtlich ohne Relevanz.<sup>787</sup> Daher kann eine Sittenwidrigkeit bei Zurücksetzung naher Angehöriger weder aus wirtschaftlichen noch aus ideellen Gründen gefolgert werden.<sup>788</sup> Schon *Gottfried von Schmitt* meinte im Kontext von Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht:

„Lieblosigkeit ist eine Verletzung der Moral, aber nicht nothwendig der Rechtsgesetze. [...] Wer die Eltern zwingt, ihr Vermögen den Kindern zu hinterlassen, wandelt sie aus Wohlthätern in Schuldner um, und das ist nicht natürlich.“<sup>789</sup>

## II. Zeitpunkt der Beurteilung

Nach hier vertretener Ansicht ist eine Sittenwidrigkeit wegen Zurücksetzung naher Angehöriger abzulehnen – heutzutage selbst bei rein sexueller Motivation im Falle eines stereotypen Geliebtentestaments. Der Zusatz „heutzutage“ führt zum Problem des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts der Sittenwidrigkeit. Diese Frage wird insbesondere bei letztwilligen Verfügungen seit langem kontrovers diskutiert, da nicht selten zwischen der Errichtung des Testaments und dem Erbfall (und erst recht bis zur gerichtlichen Entscheidung über das Testament) Jahre oder Jahrzehnte vergehen können. In dieser Zeit können sich sowohl die tatsächlichen Verhältnisse als auch die maßgeblichen Wertvorstellungen ändern.<sup>790</sup>

---

<sup>785</sup> *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 234. Siehe auch *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 333: „Eine von der Würde der nächsten Familienangehörigen inspirierte Rechtsprechung [...]“ biete sich hilfsbereit „[...] als willkommener Schleier materieller Interessen an [...]“.

<sup>786</sup> Vgl. *Duvenkrop*, Übergang, 92 und 96.

<sup>787</sup> Vgl. *Husmann*, NJW 1971, 404, 408. Vgl. auch MünchKommBGB (4. Aufl. 2001)/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rn. 59. Vgl. aus der Rspr. BayObLG, FamRZ 2002, 915, 916.

<sup>788</sup> So auch *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 981 f.; *Duvenkrop*, Übergang, 95 f.; *Ramm*, JZ 1970, 129, 132.

<sup>789</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 170. Ähnlich auch *Leonhard*, Kommentar BGB Erbrecht (1912), 370.

<sup>790</sup> Vgl. hierzu bspw. *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 174; *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 334.

So wäre denkbar, dass ein Erblasser sein „Geliebtentestament“ zu einer Zeit errichtet hatte, in der noch strengere Vorstellungen bzgl. Ehe- und Sexualmoral galten, der Erbfall und erst recht die gerichtliche Entscheidung über die Wirksamkeit des Testaments aber zu einer Zeit erfolgen, in der sich die Anschauungen bedeutend gelockert haben oder aber der Erblasser die damalige Geliebte inzwischen geheiratet hat – mit der Folge, dass das Testament heute nicht mehr sittenwidrig erschiene.<sup>791</sup> Den umgekehrten Fall könnte man mit Blick auf eine andere Fallgruppe bilden: So könnte bspw. eine gestiegene Sensibilisierung für Diskriminierungen zur Folge haben, dass ein unter Umständen früher als unproblematisch erachtetes Testament, das sich bei der Vermögensverteilung allein am Geschlecht der Begünstigten orientiert, heutzutage als im Widerspruch mit grundlegenden Wertungen von Gleichheit und Nichtdiskriminierung gesehen wird.<sup>792</sup>

Zur Frage des maßgeblichen Zeitpunkts wird ein „wahrer Blütenstrauß abweichender Auffassungen vertreten“.<sup>793</sup> Diese lassen sich jedoch auf drei maßgebliche Standpunkte herunterbrechen: den Zeitpunkt der Testamentserrichtung,<sup>794</sup> den Zeitpunkt des Erbfalls<sup>795</sup> sowie den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.<sup>796</sup> Da die Diskussion zu großen Teilen auf der Rechtsprechung zum Geliebtentestament fußt, erscheint es angebracht, sie zunächst auch in diesem Kontext zu erörtern.

---

<sup>791</sup> Siehe mit ähnlichen Beispielen *Paal*, JZ 2005, 436, 442 (Fn. 105 f.); *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 338 f.; *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1, 6 und 76.

<sup>792</sup> Vgl. das Beispiel bei *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1, 6 f. und allgemein *Harding*, CJCL 2 (2016), 227, 228 sowie für Deutschland bspw. *Leipold*, Erbrecht, 91 ff. Zur Thematik letztwilliger Diskriminierung siehe ausführlich Kapitel 3 (319).

<sup>793</sup> So *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 342. Vgl. hierzu im Überblick und m.w.N. *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 174 ff.; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 139 ff.

<sup>794</sup> Hierfür lange Zeit die Rspr., bspw. BGHZ 20, 71, 73 f. (1956). Aus dem Schrifttum *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 139 ff.; *Palandt/Ellenberger*, § 138 Rn. 9 f.; *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1, 78 f.; *Rechenmacher*, NJW 1956, 865, 865. Wohl auch *MünchKommBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 133 ff. Nur für die Änderung der Anschauungen *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 181.

<sup>795</sup> Hierfür u.a. *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 334 f.; *Flume*, AT Bd. II, 379; *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 357; *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 344 ff.; *Leipold*, Erbrecht, 91; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, 75; *Brox/Walker*, AT, 158; *BeckOGK/Preuß*, § 1922 BGB Rn. 28.2. Zumindest für die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 68; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 158; *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 312; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 835. Ähnlich auch *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 177.

<sup>796</sup> Zumindest für die Änderung der moralischen Anschauungen *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 68; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 163 ff.; *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 313; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 836 und auch OLG Hamm, FamRZ 1979, 1074, 1075. Vgl. auch schon RG, WarnR 1934, 193, 195.

### 1. Die Diskussion im Rahmen der Rechtsprechung zum Geliebtentestament

Die Rechtsprechung zum Geliebtentestament erachtete überwiegend den Zeitpunkt der Testamentserrichtung als ausschlaggebend.<sup>797</sup> Dies leuchtet ein, wenn man bedenkt, dass die Gerichte sich bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit über die meiste Zeit des 20. Jahrhunderts am Motiv orientierten, das den Erblasser zur Abfassung seines Testaments bewogen hatte. In der Zeit des Nationalsozialismus führte § 48 Abs. 2 TestG mit der Rede von den Rücksichten eines verantwortungsbewussten Erblassers zu einer objektivierten Sichtweise („rein sachlich“) und das RG distanzierte sich vom Fokus auf die Beweggründe.<sup>798</sup> Dies hatte auch Auswirkungen auf den Beurteilungszeitpunkt.<sup>799</sup> Das RG hatte zunächst, um Geschehnisse zwischen Errichtung und Erbfall berücksichtigen zu können, zu einer künstlich anmutenden Konstruktion gegriffen. Eine letztwillige Verfügung werde dadurch, dass sie vom Erblasser fortlaufend aufrechterhalten wird, „gewissermaßen innerlich stets neu errichtet und bestätigt“.<sup>800</sup> Damit schob das Gericht den Zeitpunkt der Errichtung hinaus, ohne eine grundsätzlich andere Auffassung vom maßgeblichen Zeitpunkt vertreten zu müssen.<sup>801</sup> Dies geschah jedoch schon kurze Zeit später, als das RG feststellte, dass die alleinige Orientierung an den Auswirkungen der Verfügung im Rahmen des § 48 Abs. 2 TestG folgerichtig zum Erbfall als dem entscheidenden Zeitpunkt der Beurteilung führen müsse.<sup>802</sup> 1956 kehrte der BGH sodann zur subjektiven Sichtweise und dementsprechend auch zum Errichtungszeitpunkt zurück:

„Der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung liegt in der darin zum Ausdruck kommenden und eine Verwirklichung erstebenden unredlichen Gesinnung des Erblassers, also in seinen bei der Errichtung der Verfügung bestimmenden Beweggründen [...] Denn die sittliche Bewertung des Errichtungsaktes nach seiner subjektiven Seite ist unabhängig davon, ob nach der Errichtung Verhältnisse eintreten, unter

---

<sup>797</sup> Vgl. besonders deutlich BGHZ 20, 71, 73 ff. (1956) und zuvor noch RGZ 166, 395, 400 (1941).

<sup>798</sup> Siehe RGZ 166, 395, 397 (1941); RG, DR 1944, 494, 495.

<sup>799</sup> Siehe dazu *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 36 ff.

<sup>800</sup> RG, DR 1943, 91, 93.

<sup>801</sup> Kritisch sodann RG, DR 1944, 494, 495 und später BGHZ 20, 71, 74 (1956): „widerspricht natürlichem Denken“. Vgl. dazu auch *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 39: „dogmatische[r] Sündenfall“.

<sup>802</sup> RG, DR 1944, 494, 495: „Die Loslösung der Beurteilung der gesamten Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 TestG von Absichten und Meinungen, die der Erblasser bei der Errichtung gehabt hat, muss folgerichtig zu diesem Ergebnis führen. [...] Entscheidend muss [...] der Inhalt der Verfügung sein, wie er sich beim Erbfall tatsächlich auswirkt.“ Ausführlich zur Diskussion um den Beurteilungszeitpunkt der Sittenwidrigkeit im Nationalsozialismus *Wanner*, Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate, 147 ff.

denen nunmehr die Errichtung eines gleichlautenden Testaments eine andere sittliche Beurteilung verdienen würde.<sup>803</sup>

Der BGH erklärte, diese Ansicht führe auch bei Änderung der Verhältnisse nicht zu unbilligen Ergebnissen. Hierfür griff er zu fragwürdigen Behelfen: Um die Sittenwidrigkeit einer inzwischen nicht mehr als sittenwidrig anzusehenden Verfügung zu vermeiden, bürdet er dem Erblasser auf, diese erneut zu errichten. Denn im Interesse der sittlichen Ordnung und der Rechtssicherheit müsse vom Erblasser erwartet werden, dass er eindeutig von seiner früheren unsittlichen Einstellung abrücke. Im umgekehrten Fall einer Verfügung, die erst später sittenwidrige Auswirkungen zeitigt, meint er, der Berufung auf das Testament könne im Wege der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB entgegengetreten werden.<sup>804</sup> Diese Entscheidung – und mit ihr die Festlegung auf den Errichtungszeitpunkt – wurde zur Basis der Rechtsprechung der folgenden Jahrzehnte.<sup>805</sup>

Der Rechtsprechungswandel ab den 1970er-Jahren führte sodann – obwohl die Orientierung an der Gesinnung des Erblassers nie offiziell aufgegeben wurde – wieder zu einer stärkeren Objektivierung des Maßstabs. Es komme auf Inhalt und Auswirkungen des Rechtsgeschäfts an, so der BGH und die verschiedenen Oberlandesgerichte.<sup>806</sup> Insbesondere die Auswirkungen können aber sinnvoll nur im Zeitpunkt des Erbfalls beurteilt werden. Es verwundert daher auch nicht, dass die OLG-Rechtsprechung die Fixierung auf den Errichtungszeitpunkt aufweichte. Sie hielt die Würdigung von nach der Testamentserrichtung eingetretenen Umständen für zulässig, sofern diese eine retrospektive Beurteilung der Verfügung zum Errichtungszeitpunkt ermöglichen.<sup>807</sup> Letztlich ist dies ein verklausulierter Versuch, trotz Festhaltens am Errichtungszeitpunkt zu handhabbaren und sachgerechten Lösungen zu finden.<sup>808</sup>

---

<sup>803</sup> BGHZ 20, 71, 73 f. (1956).

<sup>804</sup> BGHZ 20, 71, 75 (1956).

<sup>805</sup> Kritisch dazu, weil „ganz in der überkommenen Tradition der frühen ‚Sittensprechung‘“, *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 346. Der Weg über § 242 BGB wurde vom OLG Stuttgart im Hohenzollern-Fall wieder aufgegriffen, OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 261. Seitens des BGH wurde dies in Frage gestellt, letztlich aber offen gelassen, BGH, NJW 1999, 566, 568. Zum Hohenzollern-Fall noch unten Kapitel 2 – A.II.4.b) (184).

<sup>806</sup> Siehe zum Rechtsprechungswandel oben Kapitel 1 – A.I.4. (33).

<sup>807</sup> BayObLG, FamRZ 2002, 915, 917; OLG Düsseldorf, FamRZ 2009, 545, 546.

<sup>808</sup> Vgl. zum Festhalten am Errichtungszeitpunkt auch *Duvenkrop*, Übergehung, 58. „Widerspruch zur Aufgabe der Gesinnungsprüfung“ sowie *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 344. Teilweise wird die Hohenzollern-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2004 für eine mögliche Abkehr vom Errichtungszeitpunkt bemüht. Obwohl das Gericht nach Testamentserrichtung eingetretene Umstände erörterte, traf es letztlich aber keine Entscheidung zum maßgeblichen Zeitpunkt. Siehe dazu *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 180; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, 76. Siehe zu dieser Entscheidung auch Kapitel 2 – A.II.4.b) (184).

Anhand der Rechtsprechungsentwicklung wird deutlich, dass der für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit von den Gerichten für maßgeblich befundene Zeitpunkt eng mit dem gewählten Prüfungsmaßstab in Sachen Geliebtentestament verknüpft ist. Die nach subjektiven Kriterien verfahrenen Entscheidungen stellen auf den Zeitpunkt der Errichtung ab, ein eher objektiver Maßstab führt dagegen zu einem stärkeren Fokus auf die Zeit des Erbfalls als dem Zeitpunkt, in dem die Auswirkungen der Verfügung zu Tage treten.<sup>809</sup> Die Entscheidung über den maßgeblichen Zeitpunkt wird also in gewisser Weise immer auch mit dem zugrundegelegten Maßstab der Sittenwidrigkeit zusammenhängen.

## 2. Stellungnahme

Nun ist nach hier vertretener Ansicht in Sachen Zurücksetzung naher Angehöriger eine Sittenwidrigkeit weder nach objektiven noch nach subjektiven Gesichtspunkten begründbar, weshalb sich die Entscheidung über den Zeitpunkt letztlich erübrigt. Da dies aber bspw. für Fälle letztwilliger Bedingungen und letztwilliger Diskriminierung unter Umständen anders liegen kann (Kapitel 2 und 3), erscheint eine Stellungnahme zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt angebracht.

Für den Zeitpunkt der Errichtung spricht zunächst, dass das Motiv des Erblassers nur für diesen Zeitpunkt festgestellt werden kann.<sup>810</sup> Auch wird das Vertrauen des Erblassers in die zur Zeit der Errichtung gegebenen Umstände geschützt. Damit schützt man zumindest mittelbar auch seine Testierfreiheit. Denn nicht alle Änderungen der Verhältnisse oder Anschauungen sind für den Erblasser voraussehbar. So sehen manche in einer „nachträglichen“ Sittenwidrigkeit auch eine verbotene Rückwirkung.<sup>811</sup> Diese Ansicht stützt sich zudem darauf, dass auch bei lebzeitigen Rechtsgeschäften meist der Zeitpunkt der Vornahme zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit herangezogen wird.<sup>812</sup> Und auch der historische Gesetzgeber hatte – wie aus der Genese des § 2171 BGB deutlich wird – für die Sittenwidrigkeit von Vermächtnissen den Errichtungszeitpunkt im Auge.<sup>813</sup> Die englische Rechtsprechung scheint – obwohl

---

<sup>809</sup> Vgl. dazu *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 350: „[...] hat ein schon überwunden geglaubter rechtshistorischer Irrweg [...] nicht unwesentlich zur Entstehung des heutigen antagonistischen Meinungsbildes [...] beigetragen [...]“. *Schmitt* sieht sowohl die Beweislastregelung als auch den maßgeblichen Zeitpunkt als Hilfsmittel der Rechtsprechung, um die jeweils gewünschten Rechtsfolgen herbeizuführen, *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 102.

<sup>810</sup> Vgl. *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 175.

<sup>811</sup> Siehe *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1, 55 f. und 76 ff. und auch *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 181. Vgl. dazu auch *Gebhardt*, Rpfleger 2008, 622, 627 f.

<sup>812</sup> Vgl. *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1, 78 f. und 26 ff.; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 131 ff. Vgl. dazu auch *Flume*, AT Bd. II, 377 f.

<sup>813</sup> Nach § 2171 Abs. 1 BGB ist ein Vermächtnis unwirksam, das zur Zeit des Erbfalls unmöglich ist oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Der erste Entwurf enthielt noch

sie die Wandelbarkeit der *public policy* betont – ebenfalls zu zögern, Testamente, die vor längerer Zeit errichtet wurden, an zwischenzeitlich veränderten Wertvorstellungen zu messen.<sup>814</sup> Allerdings haben sich die englischen Gerichte in den betrachteten Entscheidungen zur Frage nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt nicht eindeutig festgelegt und auch im Schrifttum ist keine mit Deutschland vergleichbare Diskussion zu finden.<sup>815</sup>

Nun erscheint es im Erbrecht besonders relevant, im Sinne *Werner Flumes* zwischen dem Akt des Rechtsgeschäfts und der Regelung (als dem Ergebnis des Rechtsgeschäfts) zu unterscheiden.<sup>816</sup> Denn anders als bei lebzeitigen Rechtsgeschäften, wo Vornahme des Rechtsgeschäfts und Eintritt der

---

einen Passus zur Sittenwidrigkeit, der letztlich nicht Gesetz wurde (§ 1853 S. 1 E I): „Ist durch Vermächtnis eine Leistung zugewendet, welche zur Zeit des Erbfallens unmöglich oder durch Gesetz verboten ist, oder welche gegen die guten Sitten verstößt, so ist das Vermächtnis nichtig“. Mit Blick auf die Sittenwidrigkeit erläutern noch die Motive: „Der Entwurf läßt, entsprechend seinen Vorschriften in Ansehung der Verträge [...], für die Frage, ob eine durch Vermächtnis angeordnete Leistung gegen die guten Sitten verstößt, lediglich die Zeit der Errichtung der Vermächtnisverfügung entscheiden. Die Zeitbestimmung des § 1853 bezieht sich nur auf die beiden anderen Fälle“, Motive BGB Bd. V, 154 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 81). Die zweite Kommission stricht den Passus zur Sittenwidrigkeit; für sittenwidrige Vermächtnisse galt nun § 138 Abs. 1 BGB, siehe Protokolle BGB Bd. V, 172 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 615). Dennoch sehen manche Autoren mit Blick auf den maßgeblichen Zeitpunkt in der Sittenwidrigkeit einen Unterfall des Gesetzesverstößes oder in § 2171 Abs. 1 BGB ein allgemeines Prinzip, das analog auch auf die Sittenwidrigkeit zu übertragen sei, vgl. *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 64; *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 358; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 176. Hiergegen unter Verweis auf die Motive *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1, 65 ff.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 994.

<sup>814</sup> Siehe mit Blick auf eine mutmaßlich diskriminierende letztwillige Bedingung die Entscheidung *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 426 (Lord Wilberforce): „[...] I do not doubt that conceptions of public policy should move with the times and that widely accepted treaties and statutes may point the direction in which such conceptions [...] ought to move. It may well be that conditions such as this are, or at least are becoming, inconsistent with standards now widely accepted. But acceptance of this does not persuade me that we are justified, particularly in relation to a will which came into effect as long ago as 1936 and which has twice been the subject of judicial consideration, in introducing for the first time a rule of law which would go far beyond the mere avoidance of discrimination on religious grounds.“ Näher zu dieser Entscheidung noch unten Kapitel 2 – B.III.d) (207) sowie Kapitel 3 – B.II.1 (339).

<sup>815</sup> Siehe auch *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 206; *In Re Harding* [2008] Ch 235, 242 („Of course times have changed. But the remedy [...] is not to invalidate the gift completely [...]).“). Zu diesen Entscheidungen noch unten Kapitel 3 – B.I.2 (334). Vgl. auch *Harding*, OJLS 31 (2011), 303, 313 ff.

<sup>816</sup> Siehe *Flume*, AT Bd. II, 78. Dazu auch *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 346 ff. Man muss dagegen nicht mit *Bartholomeyczik* eine letztwillige Verfügung überhaupt erst mit dem Tod des Erblassers als Rechtsgeschäft anerkennen, vgl. *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 59. Siehe dazu bspw. die Einordnung bei *Münch-KommBGB/Leipold*, § 1937 Rn. 4; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 1937–1941 Rn. 2.

Rechtswirkungen oft zusammenfallen, treten die Rechtsfolgen einer letztwilligen Verfügung erst mit dem Erbfall ein.<sup>817</sup> Für den Zeitpunkt der Errichtung bliebe dann als Ansatzpunkt der Sittenwidrigkeit letztlich nur die Gesinnung des Erblassers.<sup>818</sup> Einen zu engen Blick auf die Gesinnung zum Errichtungszeitpunkt kritisiert *Flume* allerdings mit den Worten:

„Hiernach ist es evident, daß der BGH die Entscheidung nach § 138 nicht in Hinsicht auf das Rechtsgeschäft fällt, sondern über die Sittlichkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns und der Person des rechtsgeschäftlich Handelnden entscheidet, und dieses Urteil steht ihm nicht zu.“<sup>819</sup>

So spricht gegen ein isoliertes Abstellen auf den Errichtungszeitpunkt und für den Blick auf den Zeitpunkt des Erbfalls, dass § 138 BGB – anders als die Rechtsprechung dies lange Zeit praktizierte – nicht dazu benutzt werden sollte, für verwerflich befundene Gesinnungen zu sanktionieren, sondern vielmehr den Eintritt von Rechtswirkungen zu verhindern, die mit geltenden Rechtsüberzeugungen und Wertvorstellungen nicht vereinbar sind.<sup>820</sup>

Es mutet zudem seltsam an, einer heutzutage unbedenklichen letztwilligen Verfügung deshalb die Wirksamkeit zu versagen, weil sie vor Jahrzehnten gegen die damaligen Wertvorstellungen verstoßen hatte – man denke an die Einsetzung eines nichtehelichen Kindes zum Alleinerben.<sup>821</sup> Und umgekehrt sind Fälle denkbar, in denen die aktuellen Rechts- und Sittenregeln nach Durchsetzung verlangen, wenn eine letztwillige Verfügung ihnen in krasser Weise widerspricht – obwohl sie früher möglicherweise noch als weniger anstößig empfunden worden war.<sup>822</sup> Würde man sich hier in allen Fällen auf die guten Sitten „von gestern“ zurückziehen, würde die Schranke des § 138 BGB an Schlagkraft und Anpassungsfähigkeit einbüßen und einem heute als zwingend-autoritativ empfundenen Normenkonsens womöglich um Jahrzehnte hinterherhinken. Die Behelfskonstruktionen der Rechtsprechung (Neuvornahme der Verfügung und Einwand der unzulässigen Rechtsausübung) zeigen das Bedürfnis einer Nach-

---

<sup>817</sup> Siehe *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 353; *Paal*, JZ 2005, 436; *Flume*, AT Bd. II, 379.

<sup>818</sup> *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 345.

<sup>819</sup> *Flume*, AT Bd. II, 379.

<sup>820</sup> Siehe *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 351 f.; *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 63; *Paal*, JZ 2005, 436, 443; *Gebhardt*, Rpfleger 2008, 622, 630; BeckOGK/*Preuß*, § 1922 BGB Rn. 28.2; *Flume*, AT Bd. II, 78 und 376; *Brox/Walker*, AT, 158.

<sup>821</sup> So der Fall in OLG Hamm, FamRZ 1979, 1074 (das letztlich auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abstellte). Siehe auch *Paal*, JZ 2005, 436, 443: „unbillige Ergebnisse“; ähnlich schon RG, DR 1944, 494, 495: „widersinnig“; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 836: „Wertungsgesichtspunkten, die ihre Überzeugungskraft verloren haben, fehlt im Zeitpunkt der Rechtsanwendung auch die Geltungskraft“; ähnlich *Gebhardt*, Rpfleger 2008, 622, 630.

<sup>822</sup> *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 354 f. und *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1, 56 nennen Fälle mit Bezug zur NS-Zeit oder der DDR als Anwendungsbeispiele. Vgl. auch *Gebhardt*, Rpfleger 2008, 622, 630.

steuerung, wenn man isoliert auf den Errichtungszeitpunkt abstellt.<sup>823</sup> Sie sind jedoch im ersten Fall realitätsfremd und Ausdruck eines inzwischen aufgegebenen Sanktionsgedankens<sup>824</sup> und im zweiten Fall auch dogmatisch verfehlt. Denn die Erbenstellung der bedachten Person ist nicht davon abhängig, dass sich der Erbe darauf beruft (was die Rechtsprechung ihm über § 242 BGB versagen möchte), sondern folgt dem Grundsatz des Vonselbsterwerbs. Ob die testamentarisch bestimmte Person Erbe wird, steht und fällt mit der Wirksamkeit des Testaments. Der verhaltensbezogene Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kann zu keiner anderen Erbfolge führen.<sup>825</sup>

Zwar sind die für den Errichtungszeitpunkt ins Feld geführten Aspekte von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz nicht völlig von der Hand zu weisen. Allerdings wird die Verfügung zur Zeit des Erbfalls zu genau jenem Zeitpunkt bewertet, ab dem sie Wirkung entfaltet. Eine (echte) Rückwirkung auf einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt ist daher nicht gegeben.<sup>826</sup> Ein schutzwürdiges Vertrauen der Nachlassbeteiligten entsteht allenfalls im Zeitpunkt des Erbfalls. Frühere Erberwartungen sind außerhalb eines Erbvertrags oder wechselbezüglicher Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament nicht geschützt.<sup>827</sup> Und letztlich konterkariert auch die Ansicht, die unter Verweis auf Vertrauensschutz und Rechtssicherheit den Errichtungszeitpunkt bemüht, diese Schutzgüter wieder selbst, wenn sie über § 242 BGB nachsteuert.<sup>828</sup>

Wirft man einen rechtsvergleichenden Blick auf Südafrika so scheint die dortige Rechtsprechung bei letztwilligen Verfügungen eher im Sinne der dritten Auffassung zu verfahren, die den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung für maßgeblich erachtet. Mehrere Urteile betonen, es komme bei der Bestimmung eines Verstoßes gegen die *public policy* auf den Zeitpunkt

---

<sup>823</sup> Siehe auch *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 64 ff.; *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 348; *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 334 f.

<sup>824</sup> Dieser kommt zum Ausdruck, wenn der BGH im Interesse der sittlichen Ordnung vom Erblasser erwartet, „daß er daraufhin eindeutig von seiner früheren unsittlichen Einstellung abrückt, sein früheres Testament aufhebt und ein neues errichtet“, BGHZ 20, 71, 75 (1956). Kritisch *Bartholomeyczik*, in: FS OLG Zweibrücken, 26, 66 f.; *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 335.

<sup>825</sup> Ausführlich dazu *Gimple*, § 242 BGB als Zuordnungsnorm im Erbrecht, 134 ff. Siehe auch *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 182.

<sup>826</sup> *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 350; *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 356 f. Ohnehin ist fraglich, ob die für Gesetze entwickelten Grundsätze der Rückwirkung auf die richterliche Beurteilung der Sittenwidrigkeit übertragbar sind, dazu *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 357; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 137; *MünchKommBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 139. Vgl. auch BGH, NJW 1996, 1467, 1469 f.

<sup>827</sup> Siehe *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 836; *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 350.

<sup>828</sup> *Gebhardt*, Rpfleger 2008, 622, 628.

der gerichtlichen Entscheidung an und nicht auf Errichtung oder Erbfall.<sup>829</sup> Diesen Entscheidungen lagen Testamentsklauseln zugrunde, die wegen ihrer mutmaßlich diskriminierenden Wirkung angegriffen worden waren.<sup>830</sup> Es wurde argumentiert, die entschiedene Abkehr von der Zeit der Apartheid mache es erforderlich, auf die von der Verfassung geprägten heutigen Werte von Gleichheit und Nichtdiskriminierung abzustellen.<sup>831</sup> Hier verstärkte wohl der jüngere historische und rechtspolitische Kontext die Entscheidung bezüglich des maßgeblichen Zeitpunkts.<sup>832</sup> Neben der schon dadurch gebotenen Vorsicht bei der Suche nach Inspiration im südafrikanischen Standpunkt sprechen weitere Argumente gegen ein Abstellen (nur) auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Zum einen kann nach dem Erbfall durchaus schützenswertes Vertrauen der Nachlassbeteiligten in die angenommene Rechtslage bestehen,<sup>833</sup> auf deren Grundlage möglicherweise schon weitreichende Entscheidungen und Investitionen getroffen wurden – insbesondere wenn es erst in geraumem zeitlichem Abstand zum Streit um die Erbschaft kommt. Wenn der Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Entscheidung über die zugrunde zu legenden Verhältnisse und Anschauungen entscheidet, könnte dies zu Unwägbarkeiten führen, da – einen in dieser Zeit stattfindenden Wandel unterstellt – der Ausgang des Prozesses womöglich von dessen Zeitpunkt und Dauer abhängen würde. Mit dem Erbfall aber gewinnen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz an Bedeutung.<sup>834</sup>

Letztlich scheint keiner der drei Zeitpunkte für sich genommen eine völlig zufriedenstellende Lösung des Problems zu bieten.<sup>835</sup> Daher wird ein differenziertes Vorgehen vorgeschlagen. Da die Rechtswirkungen einer letztwilli-

---

<sup>829</sup> *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 220; *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 547; *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 602: „consider public policy of today and not at the time of execution of the trust deed or the death of the donor“. Wohl eher für Relevanz des Erbfalls *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 71 ff. *Syfrets* verweist auf Parallelen im Vertragsrecht. Die dort angeführte Entscheidung offenbart aber auch für Südafrika uneinheitliche Standpunkte, siehe *Magna Alloys and Research Ltd v Ellis* 1984 (4) SA 874 (A) 894 f. Vgl. auch *Du Toit*, in: Research Handbook on Not-For-Profit Law, 231, 238.

<sup>830</sup> Ausführlich zu diesen Fällen unten Kapitel 3 – C. (343).

<sup>831</sup> *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 220: „In view of this stark contrast it is self-evident, in my view, that it is the public policy of today [...] which is decisive in the present application“.

<sup>832</sup> Allerdings wurde verständlicherweise für die Auslegung der Bestimmungen auf die Umstände und Vorstellungen zur Zeit der Errichtung abgestellt, *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 606 f.

<sup>833</sup> Vgl. *Paal*, JZ 2005, 436, 443; Staudinger/Otte, Vor §§ 2064–2086 Rn. 181; *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 352 ff.

<sup>834</sup> Vgl. auch *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 350; *Duvenkrop*, Über-  
gehung, 59.

<sup>835</sup> Ähnlich *Gebhardt*, Rpfleger 2008, 622, 630.

gen Verfügung erst mit dem Erbfall eintreten, ist dieser Zeitpunkt der Beurteilung der Sittenwidrigkeit als Ausgangspunkt zugrunde zu legen. Soweit es geboten erscheint, im jeweiligen Einzelfall die Motive und Vorstellungen des Erblassers zu würdigen, ist dafür natürlicherweise auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu blicken. Und falls sich zwischen Erbfall und gerichtlicher Entscheidung Änderungen im Wertekanon ergeben sollten – was nur selten gegeben sein wird – so können diese ausnahmsweise berücksichtigt werden. Dies sollte aber im Interesse von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz auf krasse Ausnahmefälle beschränkt bleiben, wenn die Durchsetzung der letztwilligen Verfügung in eklatanter Weise den geltenden Anschauungen von Recht und Moral widerstreben würde.<sup>836</sup>

### III. Fazit

In den Annahmen von Rechtsprechung und Literatur zu Maßstab und Beurteilungszeitpunkt der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen spiegeln sich immer noch Rudimente der überholten sittenstrengen Rechtsprechung zum Geliebtentestament.<sup>837</sup> Auch wenn die Rechtsprechung in den letzten Jahren im Ergebnis keine Sittenwidrigkeit mehr annahm, wäre dies über den zugrunde gelegten Maßstab dennoch möglich gewesen.<sup>838</sup> Es erscheint geboten, sich endgültig von dieser problematischen Rechtsprechungslinie zu lösen, in der sich unreflektierte Narrative und Argumentationsmuster über so lange Zeit halten konnten und mit Blick auf den Sittenwidrigkeitsmaßstab zu Friktionen mit gesetzgeberischen Grundentscheidungen führten.<sup>839</sup> Schließt ein Erblasser nahe Angehörige von der Erbfolge aus, ist das Pflichtteilsrecht als abschließender Kompromiss zwischen Testierfreiheit und Familienerbfolge zu akzeptieren. So sind weder wirtschaftliche noch ideelle Auswirkungen einer testamentarischen Zurücksetzung der Angehörigen für sich genommen in der Lage, die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung zu begründen.<sup>840</sup> Etwas anderes kann erst gelten, wenn die Verfügung über enttäuschte Erberwartungen hinaus in krasser Weise auf die Rechtssphäre der Betroffenen einwirkt, wie dies in bestimmten Fällen letztwilliger Bedingungen oder letzt-

---

<sup>836</sup> Letztlich ähnlich *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 352 ff.; *Gebhardt*, Rpfleger 2008, 622, 630 und zumindest mit Blick auf die Ausnahmen in Extremfällen auch *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1, 56 und 79.

<sup>837</sup> Siehe auch *Duvenkrop*, Übergang, 97.

<sup>838</sup> Vgl. mit Blick auf die Praxis auch *Grziwotz*, ZEV 1994, 267, 269; *Falk*, in: Das BGB und seine Richter, 451, 490.

<sup>839</sup> So sieht *Kroppenberg* das Regelungsmodell des BGB im Zuge des Rechtswandels zum Geliebtentestament auch nur eher nebenbei wieder in den Blick geraten, *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 27.

<sup>840</sup> In diesem Sinne auch *Duvenkrop*, Übergang, 95 ff.

williger Diskriminierung der Fall sein kann.<sup>841</sup> Heutzutage kann selbst ein rein sexuelles Motiv der Testamentserrichtung nicht mehr zur Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung führen. Es ist nicht verständlich, warum jüngere Entscheidungen trotz Betonung der Testierfreiheit immer noch zögern, die in den Formulierungen überdauernden Reste sittenstrenger Zeiten endgültig über Bord zu werfen.

Das Pflichtteilsrecht mag in manchen Einzelfällen als unzureichende Lösung empfunden werden<sup>842</sup> und auch darüber hinaus in der ein oder anderen Hinsicht Anlass zu Kritik bieten.<sup>843</sup> Eine Anpassung über die Sittenwidrigkeit ist aber insofern unglücklich, als diese nicht nur ein unhandliches Korrekturinstrument ist, sondern die angeführten Kriterien und Rechtsfolgen bisweilen auch dem Regelungsmodell des BGB widersprechen. Eher wäre ein offener Diskurs über die innere Rechtfertigung einer zwingenden Nachlasseteilhabe wünschenswert, in dessen Rahmen man sich über eine wünschenswerte Konzeption *de lege ferenda* unterhalten könnte.<sup>844</sup> Das BVerfG hat an dieser Stelle im Jahr 2005 eher unnötige Verwirrung gestiftet, als es in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Pflichtteilsentziehungsgründe versuchte, die geltende bedarfsunabhängige Konzeption des Pflichtteilsrechts in die Verfassung hineinzulesen<sup>845</sup> – was letztlich gar nicht entscheidungserheblich gewesen war.<sup>846</sup> Das BVerfG trug nicht dazu bei, die zwingende Nachlasseteilhabe von überkommenen Erzählungen zu befreien, sondern führt diese „Kontinuitätslinie“ mit den Erwägungen zu Tradition, Familiensolidarität und Familienvermögen eher fort.<sup>847</sup>

---

<sup>841</sup> Dazu in Kapitel 2 (167) und Kapitel 3 (319).

<sup>842</sup> Vgl. Staudinger/Otte, Vor §§ 2064–2086 Rn. 157: „keine Rücksicht auf individuelle Lebenslagen“.

<sup>843</sup> Vgl. bspw. *Schlüter*, in: 50 Jahre BGH, 1047, 1047 ff. und 1063 ff.; *Henrich*, Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht; *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460; *Beckert*, in: Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 1, 13 ff.

<sup>844</sup> Dafür auch *Dauner-Lieb*, FF 2000, 110, 119. Vgl. *Zimmermann*, AcP 222 (2022), 3, 16: „weil eine überzeugende Begründung für ein Pflichtteils-(oder gar Noterben-)recht bis heute nicht gegeben worden ist“; *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460, 460: „Dem deutschen Pflichtteilsrecht lag schon bei seinem In-Kraft-Treten kein stimmiges Konzept zugrunde“. Mit einer ausführlichen Darstellung der Legitimationsansätze siehe bspw. *BeckOGK/Obergfell*, § 2303 BGB Rn. 7 ff.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 235 ff.; *Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts, 225 ff.

<sup>845</sup> BVerfG, NJW 2005, 1561, 1563 f.

<sup>846</sup> Siehe dazu *Zimmermann*, AcP 222 (2022), 3, 47 f.: „der klassische Fall eines obiter dictum“.

<sup>847</sup> Vgl. *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 14. Kritisch zum Urteil des BVerfG (da auch als Hindernis für Reformen begriffen) *Kleensang*, ZEV 2005, 277, 279 f.; *BeckOK BGB/Müller-Engels*, § 2303 Rn. 6 ff.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 145 f.; *Röthel*, Erbrecht, 15 f.

Die Idee, die zwingende Nachlassteilhabe an der materiellen Bedürftigkeit bzw. dem Lebensunterhalt der Angehörigen zu orientieren, spiegelt sich ansatzweise nicht nur in der jüngeren Rechtsprechung zum Geliebtentestament, sondern wird bisweilen auch in der deutschen Literatur vorgeschlagen.<sup>848</sup> Eine solche Konzeption findet sich überdies auch in anderen Ländern, was vor allem der Blick auf Südafrika (aber auch auf England) gezeigt hat. Die Umsetzung einer solchen Idee sollte aber nicht durch die richterrechtliche Hintertür der Sittenwidrigkeit, sondern allenfalls mittels Suche nach politischen Mehrheiten für eine gesetzliche Reform erfolgen.<sup>849</sup>

---

<sup>848</sup> Für Unterhalt statt Pflichtteil *Zimmermann/Bauer/Bialluch/Humm/Klapdor/Köhler/Schmidt/Scholz/Wiedemann*, Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht; *Zimmermann*, AcP 222 (2022), 3. In etwas anderer Form *Stadler*, Versorgungselement, 190 ff. Vgl. dazu auch *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460, 465; *Otte*, in: Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 203, 203 ff. Dagegen schlug *Bengel*, in: Verh. 64. DJT (2002), Bd. II/1, L66 ff vor, den Pflichtteilsanspruch mit Blick auf die Regelung in der ehem. DDR zusätzlich an die Bedürftigkeit zu knüpfen. Kritisch dazu wiederum *Zimmermann*, AcP 222 (2022), 3, 43.

<sup>849</sup> In diesem Sinne schon *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 234.

## Kapitel 2

### Potestativbedingungen: letzter Wille unter Vorbehalt

„Auch Hohenzollern dürfen aus Liebe heiraten“, titelte die Frankfurter Allgemeine im Jahr 2004 nach einer Entscheidung des BVerfG.<sup>1</sup> Hinter dieser Schlagzeile verbirgt sich der Konflikt um die Erbfolge innerhalb der brandenburg-preußischen Linie des Adelshauses Hohenzollern. Dabei stritten sich ein Urenkel und ein Ur-Urenkel des letzten deutschen Kaisers Wilhelm II. um die Nachfolge als Oberhaupt des Adelshauses und das Hausvermögen im Wert von mehr als 50 Millionen Euro. Der Streit drehte sich insbesondere um die Frage, ob die Erbfolge von traditionellen Heiratsvorgaben aus der Hausverfassung der Hohenzollern abhängig gemacht werden durfte. Erbe könne danach nicht sein, so die bis vor das BVerfG getragene Klausel, wer nicht aus einer den Grundsätzen der alten Hausverfassung entsprechenden Ehe stamme oder nicht in einer solchen lebe (sog. Ebenbürtigkeitsklausel). Dies forderte vom zukünftigen Familienoberhaupt die Ehe mit einer Dame aus dem protestantischen Hochadel. Friedrich Wilhelm Prinz von Preußen, Urenkel Wilhelms II. und nicht ebenbürtig verheiratet, vertrat die Auffassung, die Klausel sei unwirksam, weswegen er trotz Verstoßes gegen die Heiratsvorgabe Erbe geworden sei.<sup>2</sup> Der Gang durch die Instanzen im Streit um die Ebenbürtigkeitsklausel stimulierte in Deutschland die Diskussion über Zulässigkeitsgrenzen letztwilliger Bedingungen.<sup>3</sup> Die causa Hohenzollern avancierte zum Paradedfall der Sittenwidrigkeit letztwilliger Bedingungen.

Das folgende Kapitel untersucht derartige Bedingungen in rechtsvergleichender Perspektive. Der Fokus der Betrachtung liegt auf sog. Potestativbedingungen – Gestaltungen, bei denen der Eintritt des künftigen ungewissen Ereignisses, von dem der Erblasser die Wirksamkeit seiner Anordnung abhängig macht, letztlich vom Willen des Bedachten abhängt (wie auch im Fall der Heiratsvorgaben im Hause Hohenzollern).<sup>4</sup> Indem die Wirksamkeit einer

---

<sup>1</sup> Müller, Auch Hohenzollern dürfen aus Liebe heiraten, Frankfurter Allgemeine 2.4.2004.

<sup>2</sup> Siehe LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1408 ff. Siehe auch BGH, NJW 1999, 566, 567 sowie BVerfG, NJW 2004, 2008, 2009.

<sup>3</sup> Vgl. auch Reimann, ZEV 2008, 532, 532.

<sup>4</sup> Zum Begriff der Potestativbedingung Staudinger/Otte, § 2074 Rn. 27; Röthel, Erbrecht, 122 (der Eintritt der Bedingung steht in der Macht – lat. potestas – des Begünstigten). Zu den begrifflichen Wurzeln im römischen Recht Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches

letztwilligen Verfügung an ein Verhalten der bedachten Person geknüpft wird, sind solche Klauseln geeignet, Einfluss auf persönliche Entscheidungen auszuüben. Die Untersuchung interessiert sich dabei weniger für Bedingungen, die die Zuwendung von einem schon an sich gesetzes- oder sittenwidrigen Verhalten abhängig machen.<sup>5</sup> Vielmehr sollen Gestaltungen betrachtet werden, bei denen das zur Bedingung gemachte Verhalten selbst nicht anstößig ist, die Anstößigkeit also erst aufgrund der Verknüpfung des Verhaltens mit der letztwilligen Verfügung und dem Nachlass diskutiert wird. Unter den zahlreichen inhaltlichen Gestaltungen wird der Blick vor allem auf Bedingungen gerichtet, die Vorgaben bezüglich Ehe oder Religion enthalten. Derartige Anordnungen haben nicht nur in Deutschland eine lange Tradition und eignen sich daher besonders gut für eine rechtsvergleichende Betrachtung.<sup>6</sup>

Wie begegnen die drei Rechtsordnungen letztwilligen Bedingungen, die ein bestimmtes Verhalten auferlegen oder verbieten, um in den Genuss des Nachlasses zu gelangen? Für die rechtsvergleichende Betrachtung ist insbesondere von Interesse, in welchen Fällen und aus welchen Erwägungen solchen Bedingungen die Wirksamkeit versagt wird. Sind die Vorgehensweisen Ausdruck unterschiedlicher Einstellungen zur Frage, inwieweit der Erblasser mit „kalter Hand“ über seine Nachfahren „herrschen“ darf?<sup>7</sup> Oder sind für Unterschiede in der rechtlichen Handhabung eher andere Faktoren verantwortlich, wie bspw. konzeptionelle Divergenzen oder historisch gewachsene Strukturen und Pfade? Sofern eine solche Bedingung für unwirksam erklärt wird, ist auch die Rechtsfolge zu beachten: wird lediglich die Bedingung gestrichen oder erfasst die Unwirksamkeit die gesamte Verfügung? Auf die rechtsvergleichende Analyse folgt eine Bewertung der deutschen Ansichten zu Maßstab und Rechtsfolge sittenwidriger Potestativbedingungen.

---

Privatrecht, 123. Zu ähnlicher Terminologie im südafrikanischen Recht (potestative condition) *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 125.

<sup>5</sup> Dazu zählt bspw. die Begehung einer Straftat. Vgl. zu dieser und weiteren Gestaltungen letztwilliger Potestativbedingungen wie Verwirkungs- und Pflichtteilklauseln *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 29 und 62 ff.; *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 18 und 30 ff. Vgl. zu England *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills* Bd. I, Ziffer 34.12; *Earl of Halsbury/Viscount Hailsham*, *Laws of England* Bd. XXXIV (2. Aufl. 1940), 105 ff. und zu Südafrika *De Waal/Erasmus/Gauntlett/Wiechers*, in: *LAWSA* Bd. XXXI, Ziffer 318.

<sup>6</sup> Vgl. *Browder, Jr.*, *Michigan LR* 39 (1941), 1288, 1288: „From ancient times it has been a practice of testators [...] to make their gifts conditional upon a beneficiary’s marrying in a prescribed manner“; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 129.

<sup>7</sup> Vgl. bspw. *Schlüter*, in: *FG Zivilrechtslehrer*, 575 mit dem Titel: „Grenzen der Testierfreiheit – Grenzen einer ‚Herrschaft aus dem Grabe‘“. Vgl. auch *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 810 („Zuckerbrot und Peitsche“) sowie *Edenfeld*, *DNotZ* 2003, 4, 4 f. und 13; *Kroppenberg*, *DNotZ* 2006, 86, 90 (mit Fn. 11), jeweils m. w. N.

## A. Deutschland

Das OLG Rostock befasste sich im Jahr 1890 mit einem Testament, in dem ein Erblasser seiner Haushälterin ein Wohnhaus unter der Bedingung vermacht hatte, dass sie sich nicht verheirate. Auf Basis des gemeinen Rechts stützte das Gericht die Sittenwidrigkeit der Bedingung auf zwei Aspekte. Die letztwillige Bedingung, nicht zu heiraten, sei nach der *lex Iulia et Papia* unerlaubt. Dass diese Regel des römischen Rechts weiterhin gelte, sei von den Pandektisten der Neuzeit anerkannt.<sup>8</sup> Dabei blieb das OLG aber nicht stehen: Wollte man sich auf den Standpunkt stellen, dass die fragliche Bedingung nach heutigem Recht nur insoweit unerlaubt sei, als sie sich nach Lage des Falls als unsittliche Bedingung darstelle, so sei auch dies zu bejahen:

„Denn wenn unsittlich [...] eine Bedingung dann ist, wenn in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses eines Menschen in Dingen eingewirkt werden soll, worin der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen, so trifft im vorliegenden Fall diese Voraussetzung in vollem Maße zu, da der Erblasser die Vermächtnisnehmerin durch Erweckung der Furcht vor einem sie andernfalls treffenden Vermögensnachteil in der freien Entscheidung, ob sie heirathen wolle oder nicht, zu hindern versucht hat [...].“<sup>9</sup>

Im gemeinen Recht wurde eine unsittliche letztwillige Bedingung für nicht beigefügt betrachtet. Das Gericht strich also die Eheligkeitsbedingung aus der Verfügung, sodass das Vermächtnis bestehen blieb und die Haushälterin das Wohnhaus erhalten konnte.<sup>10</sup>

### I. Das Meinungsspektrum im Schrifttum des 20. Jahrhunderts

Nachdem das BGB die deutschen Partikularrechte und das gemeine Recht abgelöst hatte, wurde die Sittenwidrigkeit letztwilliger Potestativbedingungen fortan im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB diskutiert. Im Schrifttum griff man auf jene Lehren zurück, die Autoren wie *Bernhard Windscheid*, *Heinrich Dernburg* und *Julius Baron* im 19. Jahrhundert geprägt hatten und die auch im obigen Zitat aus der Entscheidung des OLG Rostock ihren Niederschlag gefunden hatten.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> OLG Rostock, SeuffA 49 (1894), 5, 5 f. Zur *lex Iulia et Papia* noch unten Kapitel 2 – D.II.2. (237). Vgl. zu dieser Entscheidung auch Staudinger (2003)/Otte, § 2074 Rn. 41.

<sup>9</sup> OLG Rostock, SeuffA 49 (1894), 5, 6 mit Verweis auf *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 301 f.

<sup>10</sup> OLG Rostock, SeuffA 49 (1894), 5, 5 f.

<sup>11</sup> Vgl. bspw. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 301 ff.; *Dernburg*, Pandekten Bd. II, 48; *Baron*, Pandekten, 111 Zur historischen Entwicklung der Diskussion um letztwillige Bedingungen noch ausführlich unten Kapitel 2 – D.III. (241).

### I. Einwirkung auf Dinge innerster Überzeugung

Die von den Pandektisten im 19. Jahrhundert entwickelte Maßgabe, dass auf „Dinge“, die allein der inneren Überzeugung vorbehalten sein sollten, nicht durch Aussicht auf Vermögensvorteile eingewirkt werden dürfe, hielt sich bis ins späte 20. Jahrhundert als herrschende Literaturansicht zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Bedingungen.<sup>12</sup> Im Zentrum dieser Ansicht steht das moralische Postulat, bei bestimmten Entscheidungen – insbesondere mit Blick auf Ehe oder Religion – sei das Motiv des Bedachten grundsätzlich von materiellen äußeren Erwägungen und Anreizen freizuhalten. Es ging dabei um die Entscheidungsfreiheit als solche, aber auch um die Sittlichkeit des Entschlusses – um dessen von der Moral geforderte Reinheit. Letztlich wurde damit die Kommerzialisierung höchstpersönlicher Entscheidungen des Bedachten durch die vom Erblasser gesetzte Bedingung verpönt.<sup>13</sup> *Brigitte (Knobbe-)Keuk* meint, diese Ansicht lasse sich darauf zurückführen, dass man an die einhellig vertretene Auffassung anknüpfen konnte, es sei unerlaubt, den Bedachten durch die Bedingung zu einer sittenwidrigen Handlung zu veranlassen. Wenn nun die Handlung des Bedachten nicht grundsätzlich anstößig war (z.B. Konfessionswechsel), so habe es nahe gelegen, diese für sittenwidrig zu erklären, wenn sie mit Rücksicht auf Vermögensvorteile getroffen werde. So konnte man die Sittenwidrigkeit der Bedingung wieder damit begründen, der Erblasser habe die Vornahme einer sittenwidrigen Handlung angestrebt.<sup>14</sup>

Keine Sittenwidrigkeit sollte dagegen vorliegen, wenn eine Beeinflussung des Bedachten durch den Erblasser gar nicht bezweckt war.<sup>15</sup> Dies sollte bspw. gelten, wenn ein Erblasser die Zuwendung an seine Tochter unter die Bedingung stellt, dass sie sich von ihrem Mann scheiden lasse, der Erblasser sie aber lediglich für den Fall der bevorstehenden Scheidung finanziell absichern wollte.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Siehe aus der Lit. von *Lübtow*, *Erbrecht* Bd. I, 348 und 350: „von der Moral vorgeschriebene Freiheit des Entschlusses“; „ethisch freie[r] Entschluss“; *Schmitz*, *Testierfreiheit*, 48 und 52 „sittlich zu ernste Entscheidungen, als daß sie durch geldliche Vorteile von dritter Seite unter Zwang gestellt werden dürfen“; *Spiess*, *Unsittliche Bedingungen*, 47 ff.: „Der Verstoß gegen die guten Sitten liegt in diesen Fällen darin, daß ein Verhalten, das nach unsern Begriffen auf ethischen Motiven beruhen soll, in ungehöriger Weise durch pekuniäre Rücksichten beeinflusst wird“; *Flume*, *AT* Bd. II, 369 und 695; *Brox/Walker*, *Erbrecht*, 170.

<sup>13</sup> Dazu *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 215 f.

<sup>14</sup> Siehe *Keuk*, *FamRZ* 1972, 9, 13. Vgl. insoweit auch *Planck's Kommentar BGB* (4. Aufl. 1930)/*Flad*, Vor §§ 2074–2076 Ziffer 2c: „Unerlaubt ist diejenige Bedingung, die den Zweck verfolgt und geeignet ist, ein den guten Sitten oder den Gesetzen widerstrebendes Verhalten zu veranlassen oder zu fördern; in diesem Sinne unerlaubt ist es aber auch schon, seine Entschließung mit Rücksicht auf zu erwartende Vermögensvorteile zu treffen in Fragen, die lediglich unter sachlichen Gesichtspunkten beurteilt werden sollten“.

<sup>15</sup> Siehe *Spiess*, *Unsittliche Bedingungen*, 47 f.; von *Lübtow*, *Erbrecht* Bd. I, 348 ff.

<sup>16</sup> Vgl. von *Lübtow*, *Erbrecht* Bd. I, 351.

## 2. Vermögens- versus Verhaltensbezug

Eine 1972 von *Brigitte Keuk* begründete Auffassung hält dagegen letztwillige Bedingungen generell für unzulässig, sofern sie nicht nur den Vermögensbereich betreffen.<sup>17</sup> Erbrecht sei in erster Linie Vermögenszuordnungsrecht. Die Testierfreiheit beziehe sich daher auf das Vermögen, nicht aber darauf, über den eigenen Tod hinaus in die Lebensführung anderer Personen einzugreifen.<sup>18</sup> Mit der verhaltensbezogenen Bedingung verleihe der Erblasser seiner letztwilligen Verfügung einen missbilligenswerten Austauschcharakter.<sup>19</sup> Dabei sei der Erblasser doch mit dem Tod aller Sorgen um das Wohl der bedachten Person enthoben und könne an deren Verhalten kein Interesse mehr haben.<sup>20</sup>

Die Vertreter dieser Auffassung halten einen Rückgriff auf § 138 BGB mitunter für entbehrlich, da sie verhaltensbezogenen Bedingungen schon auf einer vorgelagerten Ebene die Anerkennung versagen wollen. Dem Erblasser fehle für verhaltensbezogene letztwillige Bedingungen schon aufgrund des funktionswidrigen Einsatzes der Testierfreiheit die grundsätzliche Regelungsmacht, weshalb eine solche Bedingung unbeachtlich und nichtig sei, so *Wilfried Schlüter*.<sup>21</sup>

## 3. Der Topos vom unzumutbaren Druck

Neben die beiden geschilderten Ansichten tritt sodann ein stärker verfassungsrechtlich aufgeladener Maßstab. Mittels letztwilliger Bedingung könne unzulässiger oder ungerechtfertigter Druck auf die Freiheitsrechte des Bedachten ausgeübt werden. Dieser Gedanke geht zurück auf die Habilitationsschrift *Georg Thielmanns* aus dem Jahr 1973, der mit Blick auf den Schutz der Willensfreiheit des Bedachten von „Druck“ und „Intensität“ einer zweckgerichteten Verfügung spricht.<sup>22</sup> Verfügungen, die „mit dem nötigen Druck

---

<sup>17</sup> *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 14 f. Siehe auch *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 584 f.; *von Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen, 59 ff.

<sup>18</sup> *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 14; *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 580 f. Dies werde auch durch den Zusammenhang von Eigentum und Erbrecht in Art. 14 Abs. 1 GG deutlich (582).

<sup>19</sup> *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 583.

<sup>20</sup> *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 14.

<sup>21</sup> *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 584 f. (dem § 138 BGB vorgelagerte Schranke der Privatautonomie). Siehe auch *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 15 („Dem Erblasser wird diese Rechtsfigur nicht zur Verfügung gestellt, damit er die Person des Erben diszipliniere [...]“); *von Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen, 59 ff. (Missbrauch des Bedingungszusammenhangs falls Regelungsziel nicht Familienfürsorge oder Vermögenserhaltung, allerdings über § 138 BGB).

<sup>22</sup> *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 118 ff. *Otte* sieht diese Arbeit mit Blick auf die Akzentverschiebung hin zum Topos des unzumutbaren Drucks als grundlegend an,

den Zweck verfolgen, den Bedachten zur Eingehung der Ehe mit einem bestimmten Partner zu veranlassen, den er sonst nicht geheiratet hätte“, seien vor dem Hintergrund der von Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Eheschließungsfreiheit nichtig.<sup>23</sup> Bei der Beurteilung des Drucks sind nach *Thielmann* auch Faktoren wie die wirtschaftlichen Verhältnisse oder persönliche Neigungen des Bedachten zu berücksichtigen. War der Bedachte ohnehin gewillt, der Bedingung des Erblassers zu entsprechen, werde auch kein Druck auf ihn ausgeübt.<sup>24</sup> Mit Blick auf den Erblasser sei das zugrundeliegende Motiv zu würdigen.<sup>25</sup> Weitere Autoren griffen den Druck-Topos in den Folgejahren auf, der dadurch letztlich zur herrschenden Meinung avancierte.<sup>26</sup>

#### 4. Rechtsfolgen sittenwidriger Potestativbedingungen

Der historische BGB-Gesetzgeber hatte letztwillige Bedingungen der allgemeinen Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB unterstellt. Dessen Nichtigkeitssanktion sollte im Gegensatz zu den meisten Partikularrechten des 19. Jahrhunderts nicht nur die Bedingung, sondern die gesamte Verfügung erfassen (bspw. Erbeinsetzung oder Vermächtnis).<sup>27</sup> Im Schrifttum hält man Gesamtnichtigkeit der Verfügung und gesetzliche Erbfolge allerdings eher selten für das „letzte Wort“ in dieser Sache.<sup>28</sup> So entwickelte sich ein ganzes Spektrum verschiedener Auffassungen, die sich auf zwei unterschiedliche Ausgangspunkte zurückführen lassen.

Auf der einen Seite stehen Autoren, die den (hypothetischen) Erblasserwilen als Grundlage und Grenze jedweder Rechtsfolgenüberlegung sehen.<sup>29</sup> Im Detail unterscheiden sich die Lösungen allerdings – insbesondere mit Blick auf ihre Anknüpfung im Gesetz. Einige Autoren wollen das Rechtsfolgen-

---

*Otte*, ZEV 2004, 393, 396. *Thielmann* habe bei Potestativbedingungen als erster auf das Grundgesetz zurückgegriffen, so *Schmoeckel*, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, 140, 144.

<sup>23</sup> *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 259.

<sup>24</sup> *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 119 f.

<sup>25</sup> *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 131 ff.

<sup>26</sup> Siehe u. a. *Otte*, JA 1985, 192, 199; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 98 sowie 109 und 113; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 558 f.; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 22 und 29; *Staudinger* (2003)/*Otte*, § 2074 Rn. 31 sowie *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 39 ff. Vgl. auch *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 19 ff.

<sup>27</sup> Ausführlich zu letztwilligen Bedingungen im Entstehungsprozess des BGB unten Kapitel 2 – D.III.5. (252).

<sup>28</sup> *Staudinger/Otte*, § 2085 Rn. 13: „Einigkeit besteht darüber, dass die Nichtaufnahme des gemeinrechtlichen Grundsatzes der Unschädlichkeit unwirksamer Bedingungen in das BGB nicht das letzte Wort zu diesem Problem sein kann“. Für Gesamtnichtigkeit aber bspw. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 53 f.; *Schmitz*, Testierfreiheit, 48; *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter IV. (im Erscheinen).

<sup>29</sup> Vgl. *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 76; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 731 f.; *Hermann*, Pro non scripta habere, 169.

problem entweder über § 139 BGB oder § 2085 BGB lösen.<sup>30</sup> § 139 BGB bestimmt für die Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts, dass das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. § 2085 BGB ordnet dagegen an, dass die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zu Folge hat, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Bei unergiebigem Auslegungsergebnis würde § 139 BGB also eine Restgeltung ohne die sittenwidrige Bedingung verhindern, § 2085 BGB würde eine solche Restgeltung begründen.<sup>31</sup>

Manche Autoren sind der Ansicht, § 2085 BGB müsse analog angewandt werden. Denn die Bedingung stelle zwar keine nach dem Wortlaut geforderte selbständige Verfügung im Testament dar, doch müsse dem in der Norm verkörperten Rechtsgedanken, letztwilligen Verfügungen so weit es geht zur Wirksamkeit zu verhelfen, dennoch Rechnung getragen werden.<sup>32</sup> Wiederum anderen möchten – wie es auch der Redaktor *Gottfried von Schmitt* in seinem Erbrechtsentwurf für das BGB vorgeschlagen hatte – zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen differenzieren. Die aufschiebende Bedingung bilde mit der restlichen Verfügung eine untrennbare Einheit, da der Erblasser den Erfolg von vornherein nur bedingt gewollt habe – § 2085 könne nicht angewandt werden. Die auflösende Bedingung sei dagegen abtrennbarer Teil der Verfügung. Denn hier habe der Erblasser den Anfall der Erbschaft zunächst gewollt – hierauf sei § 2085 BGB anwendbar.<sup>33</sup> Wohl um das Problem der Abtrennbarkeit der Bedingung zu vermeiden, wird teilweise auf die Möglichkeit einer Umdeutung nach § 140 BGB verwiesen. Die nichtige bedingte Verfügung könne unter Umständen in eine wirksame unbedingte Verfügung umgedeutet werden, falls dies dem Willen des Erblassers entspreche.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Für eine Anwendung des § 2085 BGB *Husmann*, NJW 1971, 404, 409 (der die Norm gegenüber § 139 BGB als *lex specialis* betrachtet). Hiergegen *Hermann*, Pro non scripta habere, 138 (Fn. 56), der für eine Lösung über § 139 BGB votiert (171).

<sup>31</sup> Vgl. dazu auch *Hermann*, Pro non scripta habere, 137.

<sup>32</sup> Vgl. *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Testamentsgestaltung, 207; *Brox/Walker*, Erbrecht, 172 f.; *Schlüter*, Erbrecht (16. Aufl. 2007), 75 f.; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 148; *Lange*, Erbrecht (1. Aufl. 1962), 363; *Siber*, in: Reichsgerichtspraxis Bd. III, 350, 372 ff.

<sup>33</sup> Siehe *Otte*, JA 1985, 192, 200; *Soergel/Stein*, § 1937 Rn. 32. Vgl. auch *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33 f.; *Staudinger/Bork*, Vor §§ 158–163 Rn. 33; *Soergel/Wolf*, § 158 Rn. 32. Zum Entwurf von *Schmitts* siehe unten Kapitel 2 – D.III.5. (252).

<sup>34</sup> Siehe *Palandt/Weidlich*, § 2074 Rn. 5; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 996; *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 352; *von Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen, 94 f.; *Staudinger* (11. Aufl. 1957)/*Coing*, Vor §§ 158 ff. Rn. 9 und 19; *Otte*, JA 1985, 192, 200 (nur für aufschiebende Bedingung; nun eher für ergänzende Auslegung: *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 77); *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter IV. (im Erscheinen). Für analoge Anwendung des § 140 BGB *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 194 ff.

Eine weit verbreitete Meinung – später auch in der Rechtsprechung prominent – löst das Rechtsfolgenproblem schließlich im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung.<sup>35</sup> Die durch die sittenwidrige Bedingung entstandene Lücke in der Verfügung soll über den hypothetischen Erblasserwillen geschlossen werden. Es wird gefragt, welche Regelung der Erblasser bei Kenntnis von der Unwirksamkeit der Bedingung getroffen hätte.<sup>36</sup>

Einen anderen Ausgangspunkt wählen jene Autoren, die sich bei der Rechtsfolgenfrage weniger vom hypothetischen Erblasserwillen als vielmehr vom Schutzzweck der verletzten Sittennorm leiten lassen. Begründet man die Sittenwidrigkeit mit der unzumutbaren Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit des Bedachten und möchte man die Rechtsfolge mit diesem Schutzzweck konform gehen lassen, so liegt es nahe, nur die Bedingung aus der Verfügung zu streichen, die Zuwendung aber im Übrigen als unbedingte aufrecht zu erhalten.<sup>37</sup> Man dürfe die Nichtigkeitsfolge nicht zum Nachteil desjenigen ausschlagen lassen, zu dessen Schutz sie angeordnet wird.<sup>38</sup> In methodischer Hinsicht handelt es sich dabei um eine teleologische (am Schutzzweck der Sittennorm orientierte) Reduktion der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB.<sup>39</sup>

Die Frage nach der Rechtsfolge sittenwidriger Bedingungen scheint heutzutage umstrittener zu sein, als der anzulegende Maßstab der Sittenwidrigkeit.

## II. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung zu letztwilligen Ehe- und Religionsbedingungen lässt im 20. und frühen 21. Jahrhundert eine wirklich einheitliche Linie kaum erkennen. Dennoch soll versucht werden, gewisse Eckpunkte und Entwicklungstendenzen herauszustellen. Insbesondere die umfangreichen Verfahren anlässlich der Erbstreitigkeiten in zwei deutschen Adelshäusern trugen zur Rechtsfortbildung bei.

---

<sup>35</sup> BeckOK BGB/*Litzenburger*, § 2074 Rn. 26; RGRK BGB/*Johannsen*, Vor § 2064 Rn. 17 ff.; *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 732; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33. Vgl. auch *Jauernig/Stürner*, Anm. zu §§ 2074–2076 Rn. 4. Für die aufschiebende Bedingung auch *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 77; *Staudinger/Otte*, § 2084 Rn. 11.

<sup>36</sup> Siehe bspw. *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 732; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33.

<sup>37</sup> In diesem Sinne *Keuk*, *FamRZ* 1972, 9, 15 f.; *Lindacher*, *AcP* 175 (1975), 257, 259 f.; *Meincke*, in: *FS Kaser*, 437, 456 ff.; *Otto*, *Personale Freiheit und soziale Bindung*, 119 ff. und 200 ff.; *Flume*, *AT* Bd. II, 695 f.; *Kellenter*, *Bedingte Verfügungen*, 176 ff.; *Schlüter*, in: *FG Zivilrechtslehrer*, 575, 589 ff.; *Michalski*, *Erbrecht*, 141 f.; *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 28 f.; *Humm*, *ErbR* 2019, 364, 366.

<sup>38</sup> *Schlüter*, in: *FG Zivilrechtslehrer*, 575, 589 f. Vgl. auch *Keuk*, *FamRZ* 1972, 9, 15 f.

<sup>39</sup> Siehe *Meincke*, in: *FS Kaser*, 437, 458; *Schlüter*, in: *FG Zivilrechtslehrer*, 575, 590. Siehe auch *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 29.

### 1. Anstößige Potestativbedingungen

Die Zahl der Urteile zu letztwilligen Potestativbedingungen blieb im 20. Jahrhundert überschaubar.<sup>40</sup> Die Rechtsprechung knüpfte zunächst – ebenso wie das Schrifttum – an den aus dem 19. Jahrhundert übernommenen Maßstab an, wonach die aus der Bedingung resultierende Verbindung höchstpersönlicher Entscheidungen des Bedachten mit materiellen Anreizen sittlich missbilligt wird. So erklärte im Jahr 1913 das Reichsgericht eine Klausel für sittenwidrig, in der die Erblasserin bestimmt hatte, dass ihre zu Erben eingesetzten Enkelinnen nur den Pflichtteil erhalten sollten, falls sie vor ihrem 24. Lebensjahr den (evangelischen) Glauben wechselten. Schon die Vorinstanz hatte erklärt: Es widerspreche gröblich der Auffassung sittlich ernstdenkender Volkskreise, in religiösen Dingen auf die Freiheit der Entschließung eines anderen – die nur Sache eigener innerster Überzeugung sein dürfe – durch Inaussichtstellen von äußeren Vermögensvorteilen oder Nachteilen einzuwirken.<sup>41</sup> Was die Rechtsfolge angeht, so erklärte das Gericht die Verfügung nach dem Regelungsmodell des BGB für nichtig. Die Klausel war allerdings in Form eines Testamentsnachtrags abgefasst worden und dessen Nichtigkeit führte zur Gültigkeit der früheren unbeschränkten Verfügung zugunsten der Enkelinnen. Hier zeigte sich also zumindest im Ergebnis noch kein Unterschied zur überwiegenden Rechtslage des 19. Jahrhunderts, wonach nur die Bedingung gestrichen worden war.<sup>42</sup>

Auch eine spätere Entscheidung aus dem Jahr 1988 gelangte dazu, die Verfügung letztlich ohne die Bedingung aufrecht zu erhalten – diesmal über § 139 BGB. Das Nachlassgericht Mannheim hielt ein Testament für sittenwidrig, das denjenigen von der Nacherbschaft ausschloss, der eine Person nicht-katholischen Bekenntnisses heiratete. Es sei anzunehmen, so das Gericht, dass das Testament bei Kenntniss der Nichtigkeit auch ohne die problematische Klausel errichtet worden wäre.<sup>43</sup>

Mit Blick auf den Maßstab der Sittenwidrigkeit ist die Diktion der sittenwidrigen Verquickung von materiellen Anreizen mit „Dingen“, die der freien inneren Überzeugung vorbehalten sein sollten, bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts in der Rechtsprechung anzutreffen.<sup>44</sup> Gegen Ende des 20. Jahrhunderts findet sodann das von *Georg Thielmann* angeregte Kriterium des unzu-

---

<sup>40</sup> So auch Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 32. Mit ähnlichem Befund zum 19. Jhd. *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 132.

<sup>41</sup> Siehe RG, SeuffA 69 (1914), 91, 91. Weniger aufschlussreich dagegen BayObLG, DJZ 1929, Sp. 925, 925 (letztwillige Anordnung eines Bekenntniswechsels des Kindes).

<sup>42</sup> Vgl. dazu auch Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 49.

<sup>43</sup> Notariat V Mannheim, BWNotZ 1989, 16, 16.

<sup>44</sup> Siehe bspw. KG, ZAkDR 1939, 101, 101: „Nun widerspricht es gewiß dem heutigen sowohl wie dem am Tage des Erbfalls [...] geltenden maßgebenden Volksempfinden, in Dingen, die, wie die Gattenwahl, nur Sache eigener innerster Überzeugung sein sollen, durch

lässigen Drucks auf die Entscheidungsfreiheit auch in der Rechtsprechung Anklang. Die Veränderung der Argumentation und die langsame Rezeption des Druck-Topos werden in einer Entscheidung des OLG Naumburg aus dem Jahr 1998 anschaulich. Der Erblasser hatte seine Enkelin Irmgard unter der Bedingung zur Alleinerbin eingesetzt, dass sie innerhalb von drei Jahren den Landarbeiter Walter Kh. nicht heirate. Zwar ehelichte sie letztlich einen anderen Mann, doch berief sich eine andere Enkelin auf die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit der Verfügung, um qua gesetzlicher Erbfolge in den Genuss einer hälftigen Miterbenstellung zu gelangen. Das OLG erklärte:

„Hier ist es ohne Bedeutung, ob man es als wesentliches Kriterium für die Sittenwidrigkeit erachtet, daß der Erblasser ein Verhalten, das nach moralischen Grundsätzen einer freien inneren Überzeugung entspringen soll, mit dem Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen oder -nachteilen zu steuern versucht, oder ob man den ungerechtfertigten Druck, den der Erblasser auf den Bedachten ausüben möchte, für maßgeblich hält. Auch bei der Anwendung des letztgenannten Kriteriums [... ist] eine Sittenwidrigkeit des Testaments zu bejahen, da die Anordnung bei objektiver Betrachtungsweise und nicht zuletzt unter Beachtung der Größe des Nachlasses einen ungebührlichen und weitreichenden Einfluß auf die Entscheidungsfreiheit der Irmgard K. auszuüben imstande gewesen ist.“<sup>45</sup>

Anders als *Thielmann* dies propagiert hatte, ging das Gericht nicht auf die subjektiv empfundene Beeinflussungsintensität ein, sondern stellte lediglich auf die objektive Eignung der Klausel ab, unzumutbaren Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit auszuüben. Rechtsfolge war die Gesamtnichtigkeit des Testaments. Eine Aufrechterhaltung ohne die Bedingung wurde nicht erwogen.

Man kann somit – was den zugrundegelegten Maßstab der Sittenwidrigkeit betrifft – eine allmähliche Verschiebung von der ehemals herrschenden und aus dem 19. Jahrhundert übernommenen Argumentation hin zum Topos eines ungerechtfertigten Drucks beobachten, der sich in Literatur und Rechtsprechung noch weiter verfestigen sollte. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit erfasste mal die gesamte Verfügung, mal wurde auf eine Restgeltung ohne die Bedingung erkannt. Die Entscheidungen lassen allerdings eine aufschlussreiche Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen vermissen.

## 2. Verstärkte Berücksichtigung des Erblassermotivs

Ab etwa der Mitte des 20. Jahrhunderts ist zu beobachten, dass die Gerichte die subjektiven Beweggründe des Erblassers stärker als rechtfertigendes Moment berücksichtigten. Dabei lag das Hauptaugenmerk weniger auf der bislang schon praktizierten Abgrenzung, ob der Erblasser eine Beeinflussung bezweckt hatte oder nicht. Denn selbst bei offensichtlicher Beeinflussungsabsicht wurde nun diskutiert, ob eine Sittenwidrigkeit aufgrund achtenswerter

---

Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen oder Vermögensnachteilen auf die Freiheit der EntschlieÙung eines anderen einzuwirken“; ähnlich BGH, FamRZ 1956, 130, 130 f.

<sup>45</sup> OLG Naumburg, BeckRS 1998, 31024804.

Beweggründe des Erblassers auszuschneiden habe.<sup>46</sup> Das Motiv für die letztwillige Anordnung war in diesen Entscheidungen das maßgebliche Argument gegen die Annahme einer Sittenwidrigkeit.<sup>47</sup>

Dies fällt zunächst in einer Entscheidung aus der NS-Zeit auf. Der Erblasser hatte die Erbeinsetzungen seiner drei Töchter dahingehend auflösend bedingt, dass sie auf den Pflichtteil gesetzt seien, falls sie Männer nicht-evangelischen Glaubens oder Nichtreichsdeutsche heiraten sollten. Zwar widerspreche es dem Volksempfinden, so das Kammergericht unter Rückgriff auf den schon bekannten Maßstab, wenn in Dingen wie der Gattenwahl, die nur Sache eigener innerster Überzeugung sein sollten, durch Inaussichtstellung von Vermögensnachteilen auf die Freiheit der EntschlieÙung eingewirkt werde. Doch seien die Beweggründe „national-kämpferischer Art“ und der Gedanke an das Wohl der Töchter derart achtenswert und ehrenhaft, dass auch das Volksempfinden sich ihnen beugen müsse. Eine Sittenwidrigkeit wurde daher verneint.<sup>48</sup>

Anders als in dieser ideologisch geprägten Entscheidung spielte in zwei späteren Entscheidungen insbesondere der Nachlassgegenstand bei der Motivbewertung eine entscheidende Rolle. Hierzu zählt der viel diskutierte „Hoferbenfall“ des BGH aus dem Jahr 1956. Auch dort wurde die Sittenwidrigkeit letztlich aufgrund eines „berechtigten Wunsches“ abgelehnt. Der Erblasser betrieb einen landwirtschaftlichen Hof und hatte in seinem 1948 errichteten Testament bestimmt, dass sein Sohn (der sich damals in französischer Kriegsgefangenschaft befand) Erbe werden solle, allerdings nur, „wenn er sein mir gegebenes Versprechen hält und sich von seiner jetzigen Frau scheiden läÙt, da dieselbe während seiner Gefangenschaft schon zweimal ihm nicht gehörige Kinder geboren hat.“<sup>49</sup> Nachdem die Ehe des Sohnes geschieden wurde, konnte dieser die Erbschaft antreten. Eine Tochter des Erblassers klagte dagegen und brachte vor, das Testament sei nichtig.<sup>50</sup> Die Vorinstanzen erachteten das Testament für sittenwidrig,<sup>51</sup> der BGH verlangte dagegen

---

<sup>46</sup> Vgl. *Karow*, Sittenwidrigkeit, 121: „In Abweichung von der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung [...]“.

<sup>47</sup> Vgl. auch *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 10 f.

<sup>48</sup> KG, ZAKDR 1939, 101, 101 f. Das KG bemühte dabei die inzwischen etablierte Formel, wonach die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts nach seinem Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakter zu beurteilen ist.

<sup>49</sup> BGH, FamRZ 1956, 130, 130.

<sup>50</sup> Die Klage wäre unter dem im 19. Jhd. vorherrschenden Rechtsfolgensystem wenig gewinnbringend für die Tochter gewesen. Im Falle einer Sittenwidrigkeit wäre lediglich die Bedingung gestrichen worden, die gesetzlichen Erben wären nicht zum Zuge gekommen.

<sup>51</sup> Das OLG Celle hatte erklärt, der Erblasser habe dem Sohn materielle Vorteile für einen Entschluss versprochen, den er nach sittlicher Anschauung frei von jedem Zwang und jeder Beeinträchtigung durch einen Dritten zu treffen habe. Die Aufrechterhaltung der Ehe sei ein sittliches Gebot und Dritte verstießen gegen das Sittengesetz, wenn sie versuchten, die Ehe aufzulösen. Die Ehe sei ein so hohes Gut, dass rechtfertigende Beweggründe nicht

eine stärkere Berücksichtigung der vom Erblasser verfolgten Zwecke. Es sei zu beachten, dass der Erblasser das Verhalten der Schwiegertochter als Ehrkränkung empfunden habe. Im Vordergrund stehe nicht der Gedanke, die Ehe zum Scheitern zu bringen, sondern der Wunsch des Erblassers, den Hof nicht an einen Nachfolger mit einer aus Erblassersicht unwürdigen Frau übergehen zu lassen. Da die Hofnachfolge untrennbar mit dem Nachlass zusammenhänge, könne dem Erblasser nicht der Vorwurf gemacht werden, er habe mit Blick auf diesen berechtigten Wunsch zu einem verwerflichen Mittel gegriffen.<sup>52</sup> Der BGH rechtfertigte die Klausel also anhand des vom Erblasser verfolgten Zwecks und nahm dabei besondere Rücksicht auf die Einstellungen zur Hofnachfolge in ländlichen Kreisen.<sup>53</sup>

In einer Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 1988 bildete ein Unternehmen den wesentlichen Nachlassgegenstand. Die Erblasserin hatte den Erbteil einer ihrer drei Töchter unter Testamentsvollstreckung gestellt, solange diese einer religiösen, pseudoreligiösen oder wissenschaftlichen Sekte angehöre und nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Tochter dieser Sekte Vermögenswerte aus dem Nachlass zuwende. Es handelte sich dabei um die Scientology-Church. Die Tochter ging gerichtlich gegen die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses an ihre beiden Schwestern vor. Das LG Düsseldorf hatte die Anordnung der Testamentsvollstreckung zunächst mit dem Argument für sittenwidrig erklärt, die Erblasserin habe damit versucht, die in Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit der Tochter zu beeinflussen.<sup>54</sup> Das OLG betonte dagegen, die Steuerung der Nachlassverteilung nach Maßgabe von Lebensführungsgewohnheiten der mutmaßlichen Erben sei unter dem Gesichtspunkt der Testierfreiheit grundsätzlich unbedenklich. Ob die Beschränkung als allgemein untragbar

---

in Betracht kämen, OLG Celle, zit. in BGH, FamRZ 1956, 130, 130. Vgl. auch *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 11 und *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 440 ff.

<sup>52</sup> BGH, FamRZ 1956, 130, 131. Die überwiegende Meinung im Schrifttum hält dieses Urteil für verfehlt, vgl. MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 25; *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 55; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 28; *Brox/Walker*, Erbrecht, 170; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 119 ff.; *Flume*, AT Bd. II, 370 und 695; *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 443 ff. (Vergleich mit einem Fall aus römischer Zeit); *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 262 f.; *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 350 f. Dem BGH stimmen zu *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 827 f. und wohl auch *Palandt/Weidlich*, § 2074 Rn. 5; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 988 f.

<sup>53</sup> In ländlichen Kreisen werde Ehebruch als Familienschande gesehen und die Hofnachfolge spiele dort eine besondere Rolle, so der BGH, FamRZ 1956, 130, 131. Dazu auch *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 22 ff. Sowohl der Eindruck, der BGH habe mit diesem Urteil an Rechtsprechung aus der NS-Zeit angeknüpft (*Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 32), als auch die Tatsache, dass Beweggründe und Gesinnung verstärkt berücksichtigt wurden, deckt sich mit den Erkenntnissen zur Handhabung der Geliebtentestamente in der Nachkriegszeit, vgl. oben Kapitel 1 – D.II.2.b) (107).

<sup>54</sup> LG Düsseldorf, NJW 1987, 3141, 3141.

erscheine, könne allein durch eine Bewertung der maßgebenden Beweggründe der Erblasserin ermittelt werden.<sup>55</sup> Die Sicherung der sich im Nachlass befindlichen Firma wertete das Gericht als billigenwertigen Beweggrund. Die Erblasserin dürfe ihr berechtigtes Interesse an der Erhaltung der Firma über den Wunsch der Tochter nach Mitgliedschaft in der Scientology-Church stellen. Die Ablösung der Tochter von der Scientology-Church sei allenfalls gleichrangiges, nicht aber vorrangiges Motiv gewesen. Vor diesem Hintergrund könne der Tochter die Testamentsvollstreckung zugemutet werden.<sup>56</sup>

Die Regelung der Nachfolge in den landwirtschaftlichen Hof sowie die Sorge um den Fortbestand des Unternehmens scheinen von den Gerichten als so schutzwürdig erachtet worden zu sein, dass die Interessen der bedachten Personen – insbesondere deren Entscheidungsfreiheit in höchstpersönlichen Angelegenheiten – zurücktreten mussten.<sup>57</sup> Indem die Gerichte dem Motiv der Erblasser einen derart hohen Stellenwert einräumten, stärkten sie deren Testierfreiheit.<sup>58</sup> *Gerhard Otte* konstatiert an dieser Stelle, die Rechtsprechung neige dazu, bei Bejahung eines achtbaren Motivs die Frage nach den Auswirkungen der Bedingung für den Bedachten hintanzustellen.<sup>59</sup>

### 3. Wiederverheiratursklauseln

Eine praxisrelevante Konstellation, bei der seit jeher das Motiv des Erblassers als rechtfertigendes Moment gewürdigt wurde, ist die sog. Wiederverheiratursklausel. Inhalt und Rechtsfolgen von Wiederverheiratursklauseln gehören laut *Anne Röthel* zu den unübersichtlichsten Materien des deutschen Erbrechts.<sup>60</sup> Die Bezeichnung Wiederverheiratursklausel umfasst verschiedene erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, denen gemein ist, dass der vom Erblasser zum Erben eingesetzte Ehegatte bei erneuter Heirat den Nachlass ganz oder teilweise verliert – in der Regel an die gemeinsamen Kinder.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2615, 2616.

<sup>56</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2615, 2616 f. Zustimmend *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 47; *Führ*, Einwirkungen der Grundrechte, 163. Kritisch *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 139.

<sup>57</sup> Siehe auch *Schmitt*, Sittenwidrigkeit von Testamenten, 22 ff. und 27 ff.

<sup>58</sup> Der BGH stützte dies u. a. mit der Feststellung, der berechtigte Wunsch nach einer ehrbaren Hofnachfolge hänge eng und untrennbar mit dem Nachlass zusammen, BGH, FamRZ 1956, 130, 131.

<sup>59</sup> *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 42

<sup>60</sup> *Röthel*, in: *Verh. 68. DJT (2010) Bd. I*, A76. Siehe auch *Wilhelm*, NJW 1990, 2857, 2857: „Das Maß der Klarheit der Rechtsfolgen dieser Klausel steht in umgekehrtem Verhältnis zu der Gebräuchlichkeit der Klausel.“

<sup>61</sup> Der Erblasser kann bspw. Vor- und Nacherbfolge anordnen, indem er den überlebenden Ehegatten als Vorerben und die Abkömmlinge als Nacherben einsetzt. Im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments (§§ 2265 ff. BGB) spricht man von Trennungslösung, da die Vermögensmassen der Ehepartner formal getrennt bleiben. Nacherbfall ist bei einer

Hintergrund ist meist das Anliegen des Erblassers, den Nachlass in der Familie zu erhalten und sicherzustellen, dass er letztlich den eigenen Kindern zugute kommt. Das Vermögen soll vor Pflichtteilsansprüchen des neuen Ehepartners und generell vor Abwanderung in eine fremde Familie geschützt werden.<sup>62</sup> Dieses als legitim erachtete Ziel schien jegliche Zweifel an der Wirksamkeit solcher Klauseln zu zerstreuen.<sup>63</sup> Von Seiten der Rechtsprechung wurde die Wirksamkeit von Wiederverheiratursklauseln lange Zeit meist gar nicht problematisiert.<sup>64</sup>

Neben dem Bestreben, eine Abwanderung des Vermögens in eine fremde Familie zu verhindern, sind allerdings weitere Beweggründe des Erblassers denkbar – nicht zuletzt der Wille, den überlebenden Ehegatten auch über den Tod hinaus an sich zu binden („Zölibatsklausel“).<sup>65</sup> So wurde im Schrifttum teilweise gefordert, die Klausel solle zumindest dann sittenwidrig sein, wenn sie nicht auf die Sicherung des Vermögens, sondern darauf gerichtet sei, den überlebenden Ehegatten weiterhin an sich zu binden oder ihn für die erneute Heirat zu bestrafen.<sup>66</sup>

Insgesamt schien man aber mit Blick auf die als legitim erachtete Zwecksetzung recht großes Verständnis für Wiederverheiratursklauseln aufzubrin-

---

Wiederverheiratursklausel neben dem Tod des Überlebenden auch dessen erneute Eheschließung. Demgegenüber setzen sich die Ehegatten bei der Einheitslösung („Berliner Testament“) im gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben und die Kinder nach dem Letztversterbenden als Schlusserben ein (vgl. § 2269 BGB). Ist eine Wiederverheiratursklausel enthalten, erblickt die h. M. darin eine auflösend bedingte Vollerbenstellung des Überlebenden in Verbindung mit einer aufschiebend bedingten Stellung als Vorerbe. Die Wiederverheiratur ist gleichzeitig Nacherbfall. Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit ist die Anordnung von Vermächtnissen zugunsten der gemeinsamen Kinder, aufschiebend bedingt auf den Fall der erneuten Eheschließung. Siehe zum Ganzen Reimann/Bengel/Mayer/Mayer/Sammet, § 2269 Rn. 73 ff.; Muscheler, Erbrecht Bd. I, 1071 ff. sowie MünchKommBGB/Musielak, § 2269 Rn. 11 und 48 ff.

<sup>62</sup> Siehe Reimann/Bengel/Mayer/Mayer/Sammet, § 2269 Rn. 65; BeckOGK/Braun, § 2269 BGB Rn. 58.

<sup>63</sup> Vgl. BGH, FamRZ 1965, 600, 601: „[...] ist die Wirksamkeit von Wiederverheiratursklauseln in letztwilligen Verfügungen [...] bisher nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen worden. Ebensowenig lassen sich durchgreifende Bedenken gegen die hier umstrittene Vertragsklausel herleiten, die ebenfalls nur aus beachtenswerten Beweggründen und in angemessener Weise den Übergang des Familienvermögens in fremde Hände verhindern, nicht aber auf die Entschlußfreiheit [...] einwirken soll“.

<sup>64</sup> Siehe bspw. RGZ 156, 172, 180 ff. (1937); BGH, NJW 1988, 59, 60; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1355, 1356; BayObLG, FamRZ 2002, 640; OLG Frankfurt, BeckRS 2003, 30314256.

<sup>65</sup> Siehe BeckOGK/Braun, § 2269 BGB Rn. 58; MünchKommBGB/Musielak, § 2269 Rn. 47.

<sup>66</sup> Siehe von Lübtow, Erbrecht Bd. I, 350; Thielmann, Sittenwidrige Verfügungen, 257 ff. Und jüngeren Datums auch Soergel/Stein, § 1937 Rn. 27; MünchKommBGB/Musielak, § 2269 Rn. 47.

gen<sup>67</sup> – anders als für allgemeine Heiratsklauseln. Denn war die Erbeinsetzung für den Fall jedweder und nicht nur einer erneuten Eheschließung auflösend bedingt, stand man solchen Klauseln traditionell ablehnend gegenüber.<sup>68</sup>

#### 4. Erbstreitigkeiten im deutschen Hochadel

Die Diskussion um Zulässigkeitsgrenzen letztwilliger Bedingungen nahm um die Jahrtausendwende erheblich an Fahrt auf, bedingt durch öffentlichkeitswirksame Erbstreitigkeiten in zwei deutschen Adelshäusern (Leiningen und Hohenzollern). Deren fast zeitgleiches Auftreten in den 1990er-Jahren war kein Zufall.

Viele Adelshäuser hatten sich in der Vergangenheit per Hausgesetz Regelungen gegeben, mit denen der *splendor familiae*, also Ansehen und Glanz des Hauses, bewahrt werden sollte. Um die Zersplitterung des Hausvermögens zu vermeiden, wurde dieses in der Form von Familienfideikommissen gebunden. Das Vermögen konnte so als Sondervermögen geschlossen von Generation zu Generation weitergereicht werden. Die erbrechtliche Nachfolge wurde dabei meist dem Prinzip der männlichen Primogenitur (Erstgeborenenenerbrecht) unterstellt.<sup>69</sup> Die Bindung großer Vermögen durch Fideikommisse geriet zunehmend in die Kritik, da sie zum einen die Macht der Adelsfamilien zementierte und zum anderen dem Rechtsverkehr enorme Vermögensmassen entzog. Diese Kritik mündete nach dem Ersten Weltkrieg letztlich in der gesetzlichen Auflösung der Familienfideikommisse und weiterer gebundener Stammgüter.<sup>70</sup> Familien, deren Vermögen bislang als Fideikom-

<sup>67</sup> Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Staudinger/Otte, § 2074 Rn. 58 und Reimann/Bengel/Mayer/Mayer/Sammet, § 2269 Rn. 66.

<sup>68</sup> Siehe bspw. Schmitz, Testierfreiheit, 52; von Lübtow, Erbrecht Bd. I, 350; Flume, AT Bd. II, 369; Kellenter, Bedingte Verfügungen, 104 ff. (mit Ausnahmen). Zum wohl einzigen diesbezüglichen Urteil aus dem Jahr 1890 siehe oben Kapitel 2 – A. (169). Vgl. auch BayObLG, FamRZ 2001, 1326, 1327: keine Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG durch die Anordnung des Nacherbfalls, wenn die Tochter eine bestimmte Person ins Haus lasse. Die Tochter werde an einem Kontakt nicht gehindert und könne die betreffende Person auch heiraten.

<sup>69</sup> Der jeweilige Nachfolger war in der Verfügung über das Vermögen beschränkt und musste mitunter gewisse Versorgungsleistungen an die übrigen Familienmitglieder erbringen, die ihrerseits auf bestehende Pflichtteilsansprüche verzichteten. Zu Funktionsweise und Rechtsnatur eines Familienfideikommisses siehe auch Staudinger/Mittelstädt, Art. 59 EGBGB Rn. 8 ff.; Eckert, Familienfideikommisse, 91 ff.; Däubler, JZ 1969, 499, 499 f.; Edenfeld, DNotZ 2003, 4, 5 f. Vgl. zum Haus Hohenzollern LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1408 f. Vgl. zum Haus Leiningen BayObLG, FamRZ 1997, 705, 706 ff.; BayObLG, FamRZ 2000, 380, 385.

<sup>70</sup> So bestimmte Art. 155 Abs. 2 S. 2 WRV: „Die Fideikommisse sind aufzulösen.“ Nach verschiedenen Regelungen seitens der Länder ordnete schließlich ein Reichsgesetz das Erlöschen aller Fideikommisse zum 1.1.1939 an (Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6.7.1938). Siehe zum Ganzen

miss gebunden war, waren nun gezwungen, anderweitige Lösungen nach geltendem bürgerlichen Recht zu finden, wollten sie auch in Zukunft eine Bindung im Sinne der Familientradition erreichen und eine Zersplitterung durch Erbteilung verhindern.<sup>71</sup> Das Ziel der Vermögensbindung sollte in den Häusern Leiningen und Hohenzollern jeweils mithilfe eines Erbvertrags erreicht werden. Beide Verträge sahen eine gestaffelte (d.h. mehrfache) Vor- und Nacherbfolge nach den §§ 2100 ff. BGB vor. Nacherbe sollte der erstgeborene Sohn der jeweils nächsten Generation werden, sofern er die Heiratsvorgaben des Hausgesetzes beachtete.<sup>72</sup> Mittels der gestaffelten Nacherbfolge sollte vermieden werden, dass bei jedem Generationenwechsel ein neuer Erbfall eintritt und damit der Nachlass durch Erbteilung, Pflichtteilsansprüche und andere Verbindlichkeiten gefährdet wird. Die Nacherbfolge unterlag aber der zeitlichen Grenze des § 2109 BGB, der die Nacherbfolge grundsätzlich auf eine Dauer von 30 Jahren beschränkt. Bei gestaffelter Nacherbfolge verlängert sie sich nach § 2109 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB bis zum Tod des jüngsten zum Zeitpunkt des Erbfalls schon lebenden Nach- bzw. Vorerben. War also beim Tod des Erblassers schon ein männlicher Enkel am Leben, wird dieser zum letzten Vorerben.<sup>73</sup> So wurde das Familienvermögen beider Adelshäuser in der Urenkelgeneration – drei Generationen nach Abschaffung der Familienfideikommisse – frei von vermögensrechtlichen Bindungen. Umso virulenter wurde daher in den 1990er-Jahren die Frage, ob ein Verstoß des Erstgeborenen gegen die Heiratsvorgaben für diesen den Verlust der Vollerbenstellung und damit des gesamten Familienvermögens bedeutete.

#### a) *Der Fall Leiningen*

In Reaktion auf die landesrechtlichen Aufhebungen der Familienfideikommisse hatte der Erblasser (Emich Eduard Carl, 5. Fürst zu Leiningen) im Jahr 1925 einen Erbvertrag mit seinen drei Söhnen geschlossen. Danach sollte die künftige Erbfolge im Wege der Vor- und Nacherbfolge stattfinden, wobei der jeweilige Nacherbe nach den Bestimmungen des Hausgesetzes von 1897 auszuwählen war. Das Hausgesetz sah vor, dass Erbe nur werden konnte, wer als männlicher Erstgeborener aus einer hausgesetzsmäßigen Ehe hervorgegangen sei, selbst in einer solchen lebe und sich zum evangelischen Glauben bekenne. Eine hausgesetzsmäßige Ehe erforderte die Zustimmung des amtie-

---

Staudinger/*Mittelstädt*, Art. 59 EGBGB Rn. 8 und 22 ff.; *Edenfeld*, DNotZ 2003, 4, 6; *Däubler*, JZ 1969, 499, 500; *Eckert*, Familienfideikommisse, 697 ff.

<sup>71</sup> Vgl. die Erwägungen in LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1409 (Hohenzollern) und BayObLG, FamRZ 1997, 705, 707 (Leiningen).

<sup>72</sup> Siehe BayObLG, FamRZ 1997, 705, 705 ff. (Leiningen) und LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1408 f. (Hohenzollern).

<sup>73</sup> Zur gestaffelten Nacherbfolge siehe BeckOGK/*Küpper*, § 2100 BGB Rn. 59. Mit einem Berechnungsbeispiel BeckOGK/*Müller-Christmann*, § 2109 BGB Rn. 16.

renden Fürsten zur Ehe seines Nachfolgers (Konsensprinzip).<sup>74</sup> Der erstgeborene Urenkel des Erblassers hatte zunächst mit Zustimmung seines Vaters (Emich Kyrill Ferdinand Hermann, 7 Fürst zu Leiningen) ebenbürtig geheiratet. Nachdem seine Ehefrau tödlich verunglückte, schloss er eine zweite Ehe, zu der sein Vater die Zustimmung versagte. Die als auflösende Bedingung wirkende Heiratsklausel<sup>75</sup> hatte zur Folge, dass der designierte Nachfolger seine Erbenstellung bezüglich des gesamten Familienvermögens im Wert von weit über 100 Millionen DM an seinen jüngeren Bruder (Andreas, inzwischen 8. Fürst zu Leiningen) verlor.<sup>76</sup>

Nach dem Tod ihres Vaters im Jahr 1991 begann ein gerichtlich ausgetragener Streit der beiden Brüder, in dessen Zuge das BayObLG 1996 die Sittenwidrigkeit der Konsensklausel verneinte. Das Recht des Erblassers, erbrechtliche Folgen an die Eingehung einer nicht konsentierten Ehe zu knüpfen, sei Ausfluss der Testierfreiheit. Zwar könne die Klausel zweifellos Einfluss auf die Eheschließungsfreiheit ausüben. Doch zwingt sie nicht zur Eingehung oder zum Unterlassen einer Ehe, sondern wirke nur mittelbar über vermögensrechtliche Folgen. Als rechtfertigendes Argument wurde gewürdigt – ähnlich wie dies auch schon im Hoferben- und Scientology-Fall beobachtet wurde –, dass ein Eingriff in Persönlichkeitsrechte nicht bestimmendes Motiv der Regelung gewesen sei und die Klausel stattdessen der Fortführung einer Familientradition diene.<sup>77</sup>

Gegen den Beschluss des BayObLG wandte sich der erstgeborene Urenkel des Erblassers mit einer Verfassungsbeschwerde und rügte insbesondere die Verletzung seiner Eheschließungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde mangels Aussicht auf Erfolg nicht zur Entscheidung an. Das Gericht bestätigte zwar die Bedeutung einer Konkretisierung der zivilrechtlichen Generalklauseln am Maßstab der in der Verfassung aufscheinenden und durch die Grundrechte verkörperten Wertordnung.

---

<sup>74</sup> Siehe BayObLG, FamRZ 1997, 705, 705 ff. und zum Wortlaut von Hausgesetz und Erbvertrag BayObLG, FamRZ 2000, 380, 380 f. Zur Fürstenfolge siehe den Internetauftritt des Hauses Leiningen: <<https://perma.cc/VKC4-685F>>.

<sup>75</sup> Zur Einordnung als auflösende Bedingung BayObLG, FamRZ 1997, 705, 709.

<sup>76</sup> Siehe BayObLG, FamRZ 1997, 705, 705 f. Zur versagten Zustimmung und zum Wert des Nachlasses BayObLG, FamRZ 2000, 380, 385 f.

<sup>77</sup> Diesem Argument stärkte das Gericht noch den Rücken, indem es die Errichtung des Erbvertrages im Jahr 1925 als maßgeblichen Zeitpunkt zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit erachtete, BayObLG, FamRZ 1997, 705, 709 f. Das Gericht billigte auch die Zustimmungsverweigerung durch den Vater. Es sei ein Kompromissvorschlag unterbreitet worden (Pflichtteilsverzicht der Ehefrau, Ausschluss der Abkömmlinge von der Sukzessionsberechtigung, Beschränkungen bei Vermögensverfügungen), der geeignet war, den möglichen Grundrechtseingriff erheblich zu mindern. Wenn der Erstgeborene dieses Angebot abgelehnt habe, könne die verweigerte Zustimmung weder als Verstoß gegen die guten Sitten noch als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen werden, siehe BayObLG, FamRZ 2000, 380, 386 f.

Es billigte allerdings die Abwägung des BayObLG zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Eheschließungsfreiheit des Urenkels – obwohl dieser sich erheblichem Druck ausgesetzt sehe.<sup>78</sup>

Der Erstgeborene verlor somit die Stellung als Alleinerbe und Familienoberhaupt an seinen jüngeren Bruders Andreas, nun 8. Fürst zu Leiningen. Die Urteile konstatierten zwar den möglichen Einfluss der Klausel auf die Eheschließungsfreiheit des Erstgeborenen, rechtfertigten diesen jedoch anhand des unter dem Banner der Testierfreiheit ins Feld geführten Erblassermotivs: der Wahrung der Familientradition. Von Seiten der Literatur wurde die einseitige Betonung der Testierfreiheit („hohe[s] Lied der Testierfreiheit“) und damit die fehlende Abwägungstiefe bemängelt.<sup>79</sup> Die Familientradition habe für sich genommen keine normative Relevanz und als Motiv der Regelung könne dieses Argument – ohne zirkulär zu werden – nicht ohne Rücksicht auf die Freiheitsrechte des Bedachten bestehen.<sup>80</sup>

#### b) *Der Fall Hohenzollern*

Gegenstand des fast zeitgleichen Verfahrens im Hause Hohenzollern war ebenfalls ein Erbvertrag, der 1938 in Reaktion auf die Auflösung der Familienfideikommission geschlossen worden war. Drei Parteien waren daran beteiligt gewesen: Der ehemalige deutsche Kaiser Wilhelm II. (der auf sämtliche Rechte am Hausvermögen verzichtete), Wilhelm Kronprinz von Preußen (der Erblasser und Sohn Wilhelms II.) sowie des Erblassers Sohn Louis Ferdinand Prinz von Preußen. Der Erblasser setzte seinen Sohn zum alleinigen Vorerben ein. Nacherben sollten jeweils die männlichen Abkömmlinge nach dem Grundsatz der Erstgeburtfolge werden (gestaffelte Nacherbfolge).<sup>81</sup> Es folgte die sodann umstrittene Klausel, dass Erbe nicht sein könne, wer nicht aus einer den Grundsätzen der alten Hausverfassung entsprechenden Ehe stamme oder nicht in einer solchen lebe. Dies erforderte die Ehe mit einer Dame protestantischen Glaubens aus einer ehemals regierenden oder mediatisierten ehemals reichsständischen Familie. Damit war für den designierten Nachfolger an der Spitze des Hauses die Auswahl der Ehefrau auf den protestantischen Hochadel beschränkt. 1994 starb der Sohn des Erblassers. Der älteste Enkel des Erblassers (Friedrich Wilhelm Prinz von Preußen, Urenkel von Wilhelm II.) hatte durch die Eingehung mehrerer nicht ebenbürtiger Ehen eigentlich seine Stellung als Nacherbe nach den Bestimmungen des Erbvertrags verloren. Daher beantragte ein Urenkel des Erblassers (Georg Friedrich Prinz von Preußen, Ur-Urenkel von Wilhelm II.) einen Erbschein, der ihn als nächsten (und letzten) Nacherben ausweisen sollte. Sein nicht ebenbürtig

---

<sup>78</sup> BVerfG, FamRZ 2000, 945, 945 f.

<sup>79</sup> Siehe *Otte*, ZEV 1997, 123, 124.

<sup>80</sup> *Goebel*, FamRZ 1997, 656, 657 ff.

<sup>81</sup> Siehe LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1408 f.

verheirateter Onkel vertrat dagegen die Auffassung, die Klausel sei unwirksam, weswegen er (und nicht sein Neffe) Erbe geworden sei.<sup>82</sup>

Das LG Hechingen hielt die Ebenbürtigkeitsklausel für sittenwidrig und unwirksam.<sup>83</sup> Das OLG Stuttgart stimmte zwar im Ergebnis zu, hatte allerdings Bedenken, die Unwirksamkeit über § 138 BGB zu begründen. Denn das OLG orientierte sich mit Blick auf die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit an einem Urteil des BGH in Sachen Geliebtentestament, in dem dieser eine missbilligenswerte Gesinnung im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gefordert hatte. Da das OLG hinter dem hohenzollernschen Erbvertrag keine verwerfliche Gesinnung erblicken konnte, wies es auf § 242 BGB aus.<sup>84</sup> Erweise sich die Klausel beim Nacherbfall im Jahr 1994 als unvereinbar mit der geltenden Wert- und Rechtsordnung, so stelle die Berufung auf die Klausel eine unzulässige Rechtsausübung dar. Die Klausel stehe im Widerspruch zur verfassungsrechtlich geschützten Eheschließungsfreiheit, da ein nicht zu rechtfertigender Druck auf die höchstpersönliche Entscheidung der Partnerwahl ausgeübt werde, so das Gericht. Das Ebenbürtigkeitserfordernis führe zu einer massiven Beschränkung des für eine Partnerwahl in Betracht kommenden Personenkreises. Für die Abwägung mit der Testierfreiheit sei zu berücksichtigen, dass die früher im Zusammenhang mit der Thronfolge stehende Regelung heute ihre Funktion verloren habe. Das Kriterium der Ebenbürtigkeit, für das sich nichts als überholte Tradition ins Feld führen lasse, verdiene daher keinen Schutz durch die Rechtsordnung.<sup>85</sup> Doch war das Gericht nicht gewillt, die Ebenbürtigkeitsklausel über § 242 BGB einfach aus dem Vertrag zu streichen, die Nacherbfolge aber im Übrigen – und damit zugunsten des nicht ebenbürtig verheirateten Enkels – bestehen zu lassen. Die Maßgeblichkeit des Erblasserwillens erfordere eine Anpassung im Wege der ergänzenden Auslegung. Das OLG stützte damit die Annahme des LG, der Erblasser hätte bei Kenntnis von der Unwirksamkeit schlicht seinen Sohn zum Vollerben eingesetzt – ohne Anordnung der Nacherbfolge.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Siehe LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1408 ff.; BGH, NJW 1999, 566, 567; BVerfG, NJW 2004, 2008, 2009.

<sup>83</sup> Siehe die Ausführungen zur Vorinstanz in OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 260.

<sup>84</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 260 f. unter Verweis auf BGHZ 20, 71, 73 ff. (1956). Der BGH hatte dort im Kontext seiner sittenstrengen Phase bei Geliebtentestamenten die verwerfliche Gesinnung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zur zentralen Voraussetzung der Sittenwidrigkeit erhoben. Erweise sich ein gültiges Testament später als sittenwidrig, so stelle die Berufung darauf eine unzulässige Rechtsausübung nach § 242 BGB dar. Siehe dazu oben Kapitel 1 – E.II. (155).

<sup>85</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 261. Das OLG erörterte hier auch den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz, der allerdings für das Ergebnis weniger entscheidend war (261 f.).

<sup>86</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 262.

Der BGH erachtete die Ebenbürtigkeitsklausel dagegen für wirksam.<sup>87</sup> Die Klausel verstoße weder nach den damaligen noch nach heutigen Wertmaßstäben gegen die guten Sitten und begründe auch keinen Einwand nach § 242 BGB.<sup>88</sup> Sie sei zwar grundsätzlich geeignet, die Entscheidungsfreiheit bei der Wahl eines Ehepartners zu beeinflussen. Doch sei ein schwerer Eingriff nicht festzustellen. Mit ähnlicher Argumentation wie schon knappe 40 Jahre zuvor im Hoferbenfall erklärte der BGH, der Erblasser habe mit dieser Regelung nicht das Ziel verfolgt, Druck bei der Auswahl der Ehepartner auszuüben. Vielmehr sei es ihm darum gegangen, für den durch die Familientradition geprägten Nachlass einen geeigneten Nachfolger zu finden. Gerade diesem Anliegen diene die verfassungsrechtlich verbürgte Testierfreiheit.<sup>89</sup>

Anders als im Fall Leiningen trug das BVerfG die Abwägung diesmal nicht mit. Es verwundert auch nicht, dass die Verfassungsrichter Anstoß an den teilweise oberflächlichen Ausführungen des BGH nahmen. Man betonte, der BGH habe bei der Würdigung der Ebenbürtigkeitsklausel den Bedeutungsgehalt des Grundrechts auf Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG verkannt und nicht alle in Betracht kommenden Umstände gewürdigt.<sup>90</sup> Die Kritik mit Blick auf die Abwägung zwischen der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) und der Freiheit, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner einzugehen, kann in fünf Punkte gefasst werden: Erstens sei nicht hinreichend geprüft worden, ob die Ebenbürtigkeitsklausel geeignet war, auf den Beschwerdeführer einen unzumutbaren Druck bei der Eingehung einer Ehe zu erzeugen. Zweitens sei nicht erwogen worden, ob der Wert des Nachlasses unter Berücksichtigung der gegebenen Vermögensverhältnisse in der Lage war, die Entscheidungsfreiheit zu beeinflussen. Drittens sei nicht erörtert worden, ob die Ebenbürtigkeitsklausel mit Blick auf die sehr beschränkten Auswahlmöglichkeiten bei der Partnerwahl eine noch stärkere Wirkung gehabt habe als die Konsensklausel im Falle Leiningen. Viertens fehlten Ausführungen zur Frage, ob nicht nach Abschaffung der Monarchie eine wesentliche Rechtfertigungsgrundlage für eine solche Klausel entfallen sei. Und fünftens sei nicht geprüft worden, welche Ansprüche dem Beschwerdeführer im Falle seines Ausschlusses von der Erbfolge zustünden, obwohl dies für die

---

<sup>87</sup> Das OLG hatte sich zu einer Vorlage an den BGH gezwungen gesehen, da die vertretene Rechtsauffassung im Widerspruch zur Entscheidung des BayObLG im Fall Leiningen stand, siehe OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 262 (die Vorlagepflicht ergab sich aus § 28 Abs. 2 FGG a.F.).

<sup>88</sup> Ob für § 242 BGB an dieser Stelle überhaupt Raum sei, bleibe offen; die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Beurteilung bedürfe keiner Entscheidung, BGH, NJW 1999, 566, 568.

<sup>89</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569 f. Der BGH verneinte auch einen Verstoß der Abstammungsvorgaben gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 GG, siehe dazu Kapitel 3 – A.II.1.b) (323).

<sup>90</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2009.

Frage nach dem Ausmaß des wirtschaftlichen Drucks auf die Entschließungsfreiheit von Bedeutung sein könne.<sup>91</sup> Der damals in der Literatur aufstrebende Druck-Topos scheint vom BVerfG zum entscheidenden Kriterium im Rahmen der verfassungsrechtlichen Abwägung erhoben worden zu sein. Das Gericht hob die angegriffenen Entscheidungen auf und verwies die Sache an das LG zurück.<sup>92</sup>

Das LG Hechingen erklärte die Ebenbürtigkeitsklausel schließlich wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben für unwirksam. Die vom BVerfG ausdrücklich der Ebene des einfachen Rechts überlassene Frage der Rechtsfolge beantwortete das LG (wie schon zuvor) im Wege der ergänzenden Auslegung: Bei Kenntnis von der Unwirksamkeit der Klausel hätte der Erblasser seinen Sohn Louis Ferdinand unter Wegfall der Nacherbfolge zum Alleinerben eingesetzt (verbunden mit Testamentsvollstreckung). Denn er habe die Tradition des Hauses in der Ebenbürtigkeitsfrage weitestmöglich bewahren wollen. Er hätte weder die gesetzliche Erbfolge eintreten lassen, noch hätte er die Ebenbürtigkeitskriterien aufgeweicht. Keinesfalls wäre der nicht ebenbürtig verheiratete Enkel des Erblassers Erbe geworden.<sup>93</sup>

Der im Nachhinein zum Alleinerben erklärte Sohn des Erblassers hatte 1981 ein Testament errichtet. Darin war Georg Friedrich Prinz von Preußen, Urenkel des Erblassers und Streitgegner des nicht ebenbürtig verheirateten Beschwerdeführers, zum Alleinerben bestimmt.<sup>94</sup> So erhielt dieser letztlich das gesamte Hausvermögen im Wert von etwa 50 Millionen Euro und stand fortan an der Spitze des Adelshauses. Dies kann auf den ersten Blick befremden, führt man sich vor Augen, dass trotz des in langjährigem Verfahren festgestellten Verstoßes der Ebenbürtigkeitsklausel gegen die Wertordnung des Grundgesetzes das Ergebnis letztlich kein anderes ist als bei Wirksamkeit der Klausel: Georg Friedrich Prinz von Preußen erhält das Hausvermögen – nur eben nicht im Wege der gestaffelten Nacherbfolge, sondern über den (auf die gleiche Ebenbürtigkeitstradition zurückgeführten) hypothetischen Erblasserwillen in Verbindung mit dem Testament seines Großvaters.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010 f.

<sup>92</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2009. Die ebenfalls gerügte Verletzung im Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG ließ das BVerfG offen. Vgl. zu einer nur wenige Monate später ergangenen Entscheidung des österreichischen OGH bzgl. einer Abstammungsklausel *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter III.2.b. (im Erscheinen).

<sup>93</sup> LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1411 f.

<sup>94</sup> Zu diesem Testament und mit ausführlicher Verfahrensübersicht LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1410.

<sup>95</sup> So titelte DIE WELT am 3.4.2004 nach dem Urteil des BVerfG mit Blick auf den nicht ebenbürtig verheirateten Friedrich Wilhelm: „Preußen-Prinz hat Aussicht auf Millionen-Erbe“ (<<https://perma.cc/4LCZ-KTW6>>). Dass dies sich nicht bewahrheitete, hält *Otte* für gerechtfertigt: „Man muß es also wegen des [...] hohen Ranges der Testierfreiheit hinnehmen, daß der, dessen Eheschließungsfreiheit vor ungerechtfertigtem Druck ge-

## c) Reaktionen aus dem Schrifttum

Insbesondere die Entscheidungen im Fall Hohenzollern entfachten im Schrifttum eine intensive Diskussion um die Gestaltungsgrenzen bedingter Verfügungen von Todes wegen. Die Behandlung des Hohenzollernfalls sei für die Justiz kein Ruhmesblatt, so *Gerhard Otte*, und keine Instanz könne von sich behaupten, den Anforderungen gerecht geworden zu sein.<sup>96</sup> Mehrfach wurde kritisiert, der Weg über die Figur der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB sei verfehlt. Der Vonselbsterwerb im deutschen Erbrecht lasse keinen Raum für dieses verhaltensbezogene Instrument.<sup>97</sup> Dem BGH wurde auch vorgeworfen, er habe einseitig bis zirkulär mit dem Motiv der Familientradition argumentiert. Über das Postulat eines berechtigten Motivs könne man die Sittenwidrigkeit so gut wie immer beseitigen.<sup>98</sup>

Die Diskussion – insbesondere nach dem Urteil des BVerfG – offenbart im Schrifttum zwei große Lager, die die übrigen Auffassungen zum Maßstab sittenwidriger letztwilliger Bedingungen zu verdrängen scheinen. Auf der einen Seite stehen Autoren, die den Druck-Topos in der Lesart des BVerfG als sachgerecht ansehen. Die Orientierung an der Wertordnung des Grundgesetzes und die damit verbundene Einzelfallabwägung unter Beachtung der berührten Grundrechte werden von diesen Autoren befürwortet.<sup>99</sup> Die Grundrechte müssten auch Schutz vor mittelbarer Beeinträchtigung durch unzumutbaren faktischen Druck auf die Entscheidung des Bedachten gewähren, so *Dieter Leipold*.<sup>100</sup> Ob im Falle Hohenzollern tatsächlich ein unzumutbarer Druck vorgelegen habe, wird allerdings bezweifelt – nicht zuletzt mit Blick auf die mögliche finanzielle Situation der Familienangehörigen.<sup>101</sup> Auch der Auffassung, die Rechtsfolge einer sittenwidrigen Bedingung sei im Wege der ergänzenden Auslegung zu bestimmen, mögen die Entscheidungen in Sachen Hohenzollern zu weiterer Stärke verholfen haben.

---

schützt werden sollte, zwar vom Diktat der Heiratsklausel befreit ist, aber dennoch nicht zur Erbfolge gelangt“, *Otte*, ZEV 1998, 187, 187.

<sup>96</sup> *Otte*, JURA 2014, 549, 558. *Leipold* sprach von der „republikanischen Lösung“ des OLG Stuttgart, der „adelsfreundlichen Lösung“ des BGH und im Falle Leiningen von der „historisierenden Lösung“ des BayObLG, *Leipold*, LM zu § 138 (Cd) BGB Nr. 30, Bl. 7.

<sup>97</sup> *Otte*, ZEV 1998, 187, 187; *von Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen, 85 f.; *Gimple*, § 242 BGB als Zuordnungsnorm im Erbrecht, 134 ff.

<sup>98</sup> *Muscheler*, ZEV 1999, 151, 151, der das Ergebnis des BGH aber letztlich befürwortet. Vgl. auch *Leipold*, LM zu § 138 (Cd) BGB Nr. 30, Bl. 6 ff.

<sup>99</sup> Siehe *Leipold*, Erbrecht, 91 ff.; *Schmoeckel*, JZ 1999, 517, 518 f. dem BGH zustimmend; *Gaier*, ZEV 2006, 2, 4 f.; *Staudinger*, FamRZ 2004, 768, 769 ff.; *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 39; *Otte*, ZEV 2004, 393, 396 ff.; *Otte*, JURA 2014, 549, 555 ff. Siehe auch *Goebel*, FamRZ 1997, 656, 662.

<sup>100</sup> *Leipold*, Erbrecht, 94.

<sup>101</sup> Siehe *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 54.

Von anderen Autoren wird dagegen eine Sittenwidrigkeit letztwilliger Potestativbedingungen weitgehend abgelehnt. Es gebe keinen Anspruch darauf, Erbe zu werden. Eine solche Bedingung sei nur die Beschränkung einer nicht geschuldeten Zuwendung und könne daher keinen Eingriff in Freiheitsrechte darstellen.<sup>102</sup> Dem BVerfG wird vorgeworfen, es verkenne den Unterschied zwischen einem Eingriff in ein Freiheitsrecht und dem Versuch einer Beeinflussung. Frei zu handeln bedeute nicht unbeeinflusst zu handeln. Denn auch die Möglichkeit, sich von finanziellen Anreizen leiten zu lassen, sei Teil von Freiheit und Privatautonomie.<sup>103</sup> Den Grundrechten könne kein Schutz vor jedwedem gesellschaftlichem Druck entnommen werden.<sup>104</sup> Das Pflichtteilsrecht entlaste den Erblasser von familiären Rücksichtspflichten,<sup>105</sup> und der Erbe könne sich durch Ausschlagung von Herrschaft oder Druck durch den Erblasser befreien.<sup>106</sup> Aufgrund der Testierfreiheit seien jenseits des Pflichtteilsrechts auch abstrus oder nicht zeitgemäß wirkende Ideen des Erblassers zu respektieren.<sup>107</sup> Druck sei juristisch belanglos<sup>108</sup> und als Kategorie im BGB ein Fremdkörper.<sup>109</sup> Der Druck-Topos und die damit zusammenhängende Abwägung wurden als Gefahr für die Rechtssicherheit gesehen.<sup>110</sup>

Die geschilderte Diskussion blieb nicht auf Heiratsvorgaben im deutschen Hochadel beschränkt, sondern ergriff den Diskurs über letztwillige Potestativbedingungen insgesamt. Insbesondere die Übernahme des Druck-Topos durch das BVerfG nährte Überlegungen, ob damit auch Klauseln, die bisher unangefochten als wirksam anerkannt worden waren, in Zukunft einer freiheitsrechtlich orientierten Sittenwidrigkeitskontrolle anheimfallen könnten. Dies betraf nicht zuletzt auch die Wiederverheiratursklauseln.

#### d) Auswirkungen auf Wiederverheiratursklauseln

Die Übertragbarkeit der verfassungsgerichtlichen Erwägungen auf Wiederverheiratursklauseln wird inzwischen von einem bedeutenden Teil des

---

<sup>102</sup> Siehe *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 195; *Gutmann*, *NJW* 2004, 2347, 2348; *Führ*, *MittBayNot* 2006, 461, 465; *Nehlsen*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*, 26, 28 f.

<sup>103</sup> *Gutmann*, *NJW* 2004, 2347, 2348. Siehe auch *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 195; *Isensee*, *DNotZ* 2004, 754, 762; *Nehlsen*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*, 26, 29.

<sup>104</sup> *Isensee*, *DNotZ* 2004, 754, 762.

<sup>105</sup> *Isensee*, *DNotZ* 2004, 754, 758.

<sup>106</sup> *Kroppenberg*, *DNotZ* 2006, 86, 104.

<sup>107</sup> *Führ*, *Einwirkungen der Grundrechte*, 106; *Nehlsen*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*, 26, 41.

<sup>108</sup> *Isensee*, *DNotZ* 2004, 754, 762.

<sup>109</sup> *Kroppenberg*, *DNotZ* 2006, 86, 96.

<sup>110</sup> Siehe *Führ*, *MittBayNot* 2006, 461, 466; *Reimann*, in: *FS Spiegelberger*, 1095, 1103; *Isensee*, *DNotZ* 2004, 754, 766; *Gutmann*, *NJW* 2004, 2347, 2348 f. Vgl. auch *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 195.

Schrifttums bejaht.<sup>111</sup> Gerade bei Wiederverheiratursklauseln sei der wirtschaftliche Druck mitunter enorm hoch.<sup>112</sup> Ist angeordnet, dass der überlebende Ehegatte bei erneuter Eheschließung seine Stellung als Erbe in voller Höhe verliert oder den gesamten Nachlass als Vermächtnis an die Kinder herauszugeben hat, verbleibt ihm nicht einmal mehr der Pflichtteil.<sup>113</sup> Denn die sechswöchige Ausschlagungsfrist ist in der Regel zum Zeitpunkt der Wiederverheiratur längst verstrichen (vgl. §§ 2306 Abs. 1, 1371 Abs. 3, 1944 Abs. 1 BGB).<sup>114</sup> Die Klausel kann also unter Umständen den kompensationslosen Verlust des gesamten Nachlasses des Erstverstorbenen bedeuten.<sup>115</sup>

Diesen Erwägungen und einer Übertragung der Hohenzollern-Kriterien schlossen sich nun auch zwei Oberlandesgerichte an. Das OLG Zweibrücken begnügte sich im Zusammenhang mit einer Grundbuchberichtigung zunächst mit einem bloßen Hinweis an das Grundbuchamt: Im Anschluss an die Hohenzollern-Entscheidung des BVerfG stelle sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Wiederverheiratursklauseln nach § 138 BGB noch als wirksam erachtet werden können. Als Kriterien einer Abwägung nannte das OLG den unzumutbaren Druck bei der Eingehung einer neuen Ehe, den Wert des Nachlasses sowie die Lebens- und Vermögensverhältnisse des überleben-

---

<sup>111</sup> Siehe u. a. *Scheuren-Brandes*, ZEV 2005, 185; *Gaier*, ZEV 2006, 2, 5; *Tanck*, ZErB 2015, 297, 298 f.; BeckOGK/*Braun*, § 2269 BGB Rn. 58. Vgl. auch MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 26. Einige Autoren halten den Eintritt des Nacherbfalls bei Wiederheirat und die damit einhergehenden Herausgabepflichten generell für unzulässig und billigen dem Erblasser nur die Beschränkung des Überlebenden auf eine bis zu seinem Tod dauernde Vorerbenstellung zu: *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 60; *Reimann/Bengel/Mayer/Mayer/Sammet*, § 2269 Rn. 71 f.

<sup>112</sup> *Scheuren-Brandes*, ZEV 2005, 185, 186.

<sup>113</sup> Ein ähnliches Problem bestand auch bei den gestaffelten Nacherbfolgen in den Fällen Leiningen und Hohenzollern, da mangels neuem Erbfall auch keine neuen Pflichtteilsansprüche entstehen konnten, siehe *Otte*, ErbR 2009, 2, 6.

<sup>114</sup> Der Erbe kann grds. nach § 2306 Abs. 1 BGB ausschlagen und den Pflichtteil verlangen, denn auch die durch letztwillige Bedingung hervorgerufene sog. konstruktive Nacherbfolge gilt als Beschwerde im Sinne des § 2306 Abs. 1 BGB, siehe BeckOK BGB/*Müller-Engels*, § 2306 Rn. 5. Unabhängig davon kann der überlebende Ehegatte auch über § 1371 Abs. 3 BGB den Pflichtteil verlangen, sofern er ausschlägt.

<sup>115</sup> Bei gemeinschaftlichen Testamenten kann der überlebende Ehegatte die Annahme der Erbschaft auch nicht nach den §§ 1954 ff., 119 BGB anfechten, da die Tatsache, dass er gemeinsam mit dem Erblasser die Wiederverheiratursklausel in das Testament aufgenommen hat, einen Irrtum diesbezüglich ausschließt, siehe BeckOK BGB/*Litzenburger*, § 2269 Rn. 43; *Reimann/Bengel/Mayer/Mayer/Sammet*, § 2269 Rn. 67; *Scheuren-Brandes*, ZEV 2005, 185, 186. Auch § 2318 Abs. 3 BGB hilft hier nicht weiter, da dieser kein allgemeines Abwehrrecht gegenüber Vermächtnissen begründet, sondern nur eingreift, wenn der selbst pflichtteilsberechtigter Erbe über das Vermächtnis oder die Auflage hinaus zusätzlich mit Pflichtteilsansprüchen Dritter belastet ist („wegen der Pflichtteilslast“), siehe MünchKommBGB/*Lange*, § 2318 Rn. 14; BeckOGK/*Reisnecker*, § 2318 BGB Rn. 26.

den Ehegatten. Eine Klausel, die den kompensationslosen Nacherbfall vorsehe, dürfte regelmäßig unwirksam sein.<sup>116</sup>

Ausführlicher urteilte das OLG Saarbrücken im Jahr 2014. Auch hier handelte es sich um die Anordnung eines kompensationslosen Verlusts des Nachlasses für den Fall der Wiederverheiratung – allerdings nicht in der Form einer Nacherbfolge, sondern als Vermächtnisse zugunsten der Kinder.<sup>117</sup> Das Gericht hielt den Kern der verfassungsgerichtlichen Erwägungen für übertragbar. Das Ergebnis der Abwägung zwischen Testierfreiheit und Eheschließungsfreiheit könne im Einzelfall zur Unwirksamkeit von Wiederverheiratungsklauseln führen, da den überlebenden Ehegatten drastische Vermögensnachteile treffen können.

„Es kommt darauf an, wie intensiv auf die Entschließungsfreiheit des Bedachten eingewirkt wird, ob die Höhe des zugewandten Vermögensvorteils die Willensentscheidung wirklich zu beeinflussen geeignet ist, wie stark in den Bereich höchstpersönlicher Lebensplanung eingegriffen wird, inwieweit die Motive des Erblassers als rechtfertigende Grundlage seiner Regelung anzuerkennen sind und ob sie das Gewicht der Beeinträchtigung des Betroffenen kompensieren können.“<sup>118</sup>

Das OLG erachtete letztlich den wirtschaftlichen Druck für erheblich, insbesondere weil dem Überlebenden nicht einmal der Pflichtteil bliebe und das Vermächtnis im Falle der Wiederverheiratung einen akuten Liquiditätsbedarf auslöse, der möglicherweise zur Veräußerung des Hausanwesens zwingen würde. Das Motiv eines Vermögenserhalts zugunsten der Abkömmlinge sei dagegen von untergeordneter Bedeutung (die Eheleute hatten diesbezüglich im Erbvertrag keinerlei Regelungen getroffen, nicht einmal die übliche Schlusserbeneinsetzung). Wenn das Erbrecht der Testierfreiheit mit dem Pflichtteilsrecht eine unüberwindbare Mindesthürde setze, sei ein Zurücktreten der Testierfreiheit gerechtfertigt, wenn Pflichtteilsansprüche im Wege einer Bestrafung für eine grundrechtlich geschützte Willensentschließung untergeben würden.<sup>119</sup> Das Gericht hielt die Anordnung daher für sittenwidrig. Bemerkenswert ist die vom OLG angenommene Rechtsfolge. Die Sittenwidrigkeit der Klausel führte nicht zur Nichtigkeit der Vermächtnisanordnung oder gar des ganzen Erbvertrags. Stattdessen wurden die Vermächtnisse im Wege der ergänzenden Auslegung und einer „geltungserhaltend reduzierenden Interpretation“ lediglich um den hypothetischen Pflichtteil des Ehegatten gekürzt.<sup>120</sup>

Das Urteil erhielt durchaus Zustimmung aus dem Schrifttum, insbesondere dahingehend, dass man den Verbleib des Ehegattenpflichtteils als Wirksam-

---

<sup>116</sup> OLG Zweibrücken, FamRZ 2011, 1902.

<sup>117</sup> Siehe OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 692 und noch ausführlicher OLG Saarbrücken, ErbR 2015, 567, 567 f.

<sup>118</sup> OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 693.

<sup>119</sup> OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 695.

<sup>120</sup> OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 698 f.

keitsgrenze einer Wiederverheiraturungsklausel ansah.<sup>121</sup> Uneinigkeit bestand aber mit Blick auf die Rechtsfolgen.<sup>122</sup> Diese erscheinen umso diffiziler, wenn kein Vermächtnis angeordnet wurde (das man u.U. geltungserhaltend reduzieren könnte), sondern die Erbenstellung des Ehegatten als solche auflösend bedingt ist.<sup>123</sup> Teilweise wird dann im Wege der ergänzenden Auslegung ein aufschiebend bedingtes Pflichtteilsvermächtnis zugunsten des überlebenden Ehegatten konstruiert.<sup>124</sup> Hier stellt sich allerdings die Frage, ob damit nicht die Grenzen der ergänzenden Auslegung und der Berufung auf den mutmaßlichen Erblasserwillen überdehnt werden.<sup>125</sup>

So lässt sich zum heutigen Stand der Diskussion um eine mögliche Sittenwidrigkeit von Wiederverheiraturungsklauseln festhalten, dass die mehrheitliche Meinung im Schrifttum eine kompensationslose Anordnung solcher Klauseln für sittenwidrig erachtet (frühere Entscheidungen hatten allerdings auch selten einen vollumfänglichen Verlust des Nachlasses zum Gegenstand gehabt).<sup>126</sup> Wahrt der Erblasser eine finanzielle Versorgung des Ehegatten, die zumindest dem Pflichtteil entspricht, wird dies in der Regel als ausreichend erachtet.

### III. Zwischenergebnis Deutschland

Im Rahmen des § 138 BGB knüpften Rechtsprechung und Literatur zunächst an den von den Pandektisten im 19. Jahrhundert herausgearbeiteten Sittenwidrigkeitsmaßstab an, nach dem ein Erblasser nicht mit monetären Anreizen auf „Dinge“ einwirken dürfe, die dem sittlich freien Entschluss des Bedachten vorbehalten sein sollten. Dazu zählten insbesondere Entscheidungen über Ehe und Religion. Allerdings hielt man das Sittenwidrigkeitsverdikt für unangebracht, wenn es dem Erblasser nicht um eine Beeinflussung gegangen war, sondern – wie bspw. im Fall der Wiederverheiraturungsklauseln – um die finanzielle Absicherung seiner Hinterbliebenen.

---

<sup>121</sup> Siehe MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 26; BeckOK BGB/*Litzenburger*, § 2269 Rn. 43; Soergel/*Loritz*, § 2074 Rn. 27; *Adam*, MDR 2007, 68, 69; *Weber*, DNotZ 2015, 699, 701. Diese Auffassung bezeichnet *Küpper* als im Vordringen begriffen, BeckOGK/*Küpper*, § 2100 BGB Rn. 412.

<sup>122</sup> Einer Reduktion der Vermächtnisse zustimmend *Weber*, DNotZ 2015, 699, 703; *Litzenburger*, FD-ErbR 2015, 368526. Dagegen bspw. *Otte*, *Otte* 2015, 575.

<sup>123</sup> Vgl. die Ausführungen in OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 698 sowie *Weber*, DNotZ 2015, 699, 703.

<sup>124</sup> *Lange/Kuchinke*, Erbrecht (3. Aufl. 1989), 349 f. (Fn. 87); *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 118; *Nehlsen*, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, 26, 32 f.; *Weber*, DNotZ 2015, 699, 703 f.

<sup>125</sup> Siehe kritisch *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 58. Vgl. auch noch unten Kapitel 2 – E.II.2.c) (308).

<sup>126</sup> So auch OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 697.

Die Rechtsprechung gelangte im Laufe des 20. Jahrhunderts dazu, das Motiv des Erblassers stärker als rechtfertigendes Moment zu berücksichtigen. Hielt man den Beweggrund für achtenswert, schien die mögliche Beeinflussung des Bedachten demgegenüber in den Hintergrund zu rücken. So stärkten die Gerichte der Testierfreiheit des Erblassers den Rücken.

Gleichzeitig differenzierte sich das Meinungsbild im Schrifttum weiter aus. Manche wollten verhaltensbezogene Bedingungen grundsätzlich unterbinden. Daneben entwickelte sich langsam die inzwischen wohl herrschende Auffassung, sittenwidrig seien jene Bedingungen, die unter Berücksichtigung aller Umstände einen unzumutbaren Druck auf den Bedachten bei der Ausübung verfassungsrechtlich verbürgter Freiheitsrechte vermittelten. Die Frage nach der Rechtsfolge sittenwidriger Bedingungen ließ eine wahre Vielfalt von Ansichten entstehen, die sich dahingehend zusammenfassen lässt, dass entweder der hypothetische Erblasserwille als Leitprinzip erachtet wurde oder man sich am Schutz des Bedachten vor Beeinflussung orientierte – in letzterem Fall mit der Folge, dass lediglich die Bedingung gestrichen werden soll.

Um die Wende zum 21. Jahrhundert belebten sodann die Fälle Leiningen und Hohenzollern den Diskurs um sittenwidrige letztwillige Bedingungen. Insbesondere die Entscheidungen im Fall Hohenzollern beeinflussten die weitere Entwicklung des Meinungsbildes. Was den Maßstab der Sittenwidrigkeit anbelangt, griff das BVerfG den Druck-Topos der Literatur auf und forderte bei der Frage, ob die Bedingung einen unzumutbaren Druck auf den Bedachten ausübe, eine umfassende Abwägung zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und den beeinträchtigten Freiheitsrechten des Bedachten. Dadurch avancierte der Druck-Topos vollends zur herrschenden Literaturmeinung, lediglich angefochten durch jene Stimmen, die einer letztwilligen Bedingung die Eignung zu einem Eingriff in Freiheitsrechte gänzlich absprechen. Die von den Entscheidungen zu Ebenbürtigkeitskriterien im Hochadel angefachte Diskussion um Zulässigkeitsgrenzen letztwilliger Bedingungen führte auch dazu, dass die bislang fast unbestritten als wirksam anerkannten Wiederverheiratungsklauseln inzwischen einer strengeren Kontrolle unterzogen werden.

Selbst die höchstrichterlichen Entscheidungen waren aber nicht in der Lage gewesen – so einige Stimmen aus dem Schrifttum – Maßstab und Rechtsfolgen sittenwidriger letztwilliger Bedingungen einer abschließenden und zufriedenstellenden Lösung zuzuführen.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Vgl. bspw. *Otte*, JURA 2014, 549, 558.

## B. England

Angesichts zahlreicher Gerichtsentscheidungen scheinen letztwillige Bedingungen in England seit Langem ein beliebtes Gestaltungsmittel in letztwilligen Verfügungen zu sein.<sup>128</sup> So steht es einem Erblasser nach englischem Recht grundsätzlich zu, seinen letzten Willen mit Bedingungen zu verknüpfen, die entweder aufschiebender oder auflösender Natur sein können (*condition precedent* bzw. *condition subsequent*).<sup>129</sup> Doch lässt auch die englische Rechtsordnung einem Erblasser dabei nicht völlig freie Hand. Der Blick auf die Zulässigkeitsgrenzen letztwilliger Potestativbedingungen und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen offenbart für England eine komplexe und zergliederte Rechtslage.<sup>130</sup> Im Laufe der Jahrhunderte hat sich eine Vielzahl von Doktrinen und Fallgruppen herausgebildet, anhand derer die Rechtsmaterie im Folgenden dargestellt wird. Bei der Betrachtung letztwilliger Ehe- und Religionsbedingungen sind insbesondere die *public policy*, die *in terrorem*-sowie die *uncertainty*-Doktrin von Bedeutung – oft in Verbindung mit Fragen der Testamentsauslegung.<sup>131</sup> Abgerundet wird das Kapitel durch einen Ausblick auf die Frage, inwieweit der *Human Rights Act* zukünftig Auswirkungen auf die Beurteilung letztwilliger Bedingungen haben könnte.

### I. Die Testierschranke der *public policy*

Auch für letztwillige Bedingungen gilt die Schranke der Vereinbarkeit mit der *public policy*.<sup>132</sup> Doch sind nicht alle Bedingungen diesem Maßstab unterworfen. Dies hängt nicht zuletzt auch damit zusammen, dass englische Gerichte nach dem Grundsatz des *stare decisis* in erheblichem Umfang an frühere Entscheidungen gebunden sind – auch was die Reichweite einer Doktrin wie der *public policy* anbelangt.<sup>133</sup> Ein Bereich, in dem die *public policy* als Testierschranke prominent vertreten ist, betrifft den Schutz der

<sup>128</sup> Vgl. die Vielzahl der zitierten Entscheidungen in *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 35.1 ff. Vgl. auch *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1288 ff.

<sup>129</sup> Siehe *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law* Bd. I, 257, 259; *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.1 f.

<sup>130</sup> Vgl. *Parry*, SJ 126 (1982), 518, 518; *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1289 f. Vgl. auch *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 115.

<sup>131</sup> Vgl. *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.1.

<sup>132</sup> Ausführlich zur *public policy* noch unten Kapitel 2 – D.IV.2. (267).

<sup>133</sup> Vgl. im Überblick *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.12. Vgl. zur *stare decisis* mit Bezug zu letztwilligen Bedingungen auch *Allen v Jackson* (1875) 1 Ch D 399, 405: „[...] where there has been a rule established by our predecessors, we have no right to alter it, and we are bound by that established rule just as much as we should be bound by an Act of Parliament“.

Familie.<sup>134</sup> Neben Bedingungen, die das Verhältnis von Eltern und Kindern betreffen (und von der hiesigen Untersuchung ausgeklammert bleiben) scheitern insbesondere jene Klauseln an der *public policy*, die eine Eheschließung zu verhindern suchen oder die Trennung schon verheirateter Partner zum Gegenstand haben.<sup>135</sup>

### 1. Ehelosigkeitsklauseln – Grundsatz und Ausnahmen

Soll eine letztwillige Zuwendung entfallen, falls der Begünstigte heiratet, verstößt eine solche Anordnung als allgemeines Ehehemmnis (*general restraint of marriage*) grundsätzlich gegen die *public policy*. In der Folge erhält der Begünstigte die Zuwendung losgelöst von der unwirksamen Bedingung.<sup>136</sup> So lag es bspw. in einem Fall aus dem Jahr 1843. Der Erblasser hatte erklärt, seine Tochter solle aufgrund ihrer psychischen Probleme zu keiner Zeit heiraten. Sollte sie dennoch eine Ehe schließen, so sei die für sie bestimmte Zuwendung an andere Familienangehörige zu verteilen. Das Gericht hielt die Bedingung für eine allgemeine Heiratsbeschränkung und erklärte sie für unwirksam.<sup>137</sup>

Bei genauer Betrachtung erweist sich die Rechtslage allerdings als vielschichtig – bisweilen auch als nicht ganz eindeutig. „The subject is proverbially difficult“, so *Younger J* in einer Entscheidung aus dem Jahr 1918.<sup>138</sup> Bei der Anwendung der geschilderten *public policy*-Regel wird teilweise unterschieden nach der Art des Nachlassgegenstands (*personalty* oder *realty*), der Ausgestaltung der Klausel als auflösende oder aufschiebende Bedingung (*condition subsequent* oder *precedent*), ihrer Wirkweise und Zwecksetzung (konditional als *condition* oder temporal als *limitation*) sowie nach dem Motiv des Erblassers.<sup>139</sup> Zwei dieser Differenzierungen sollen hier näher be-

---

<sup>134</sup> *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law* Bd. I, 257, 261. Vgl. auch *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 35.

<sup>135</sup> Vgl. zu Bedingungen, die das Zusammenleben von Eltern und Kind bzw. die elterliche Sorge beeinträchtigen *In Re Morgan* (1910) 26 TLR 398; *In Re Sandbrook* [1912] 2 Ch 471; *In Re Boulter* [1922] 1 Ch 75; *In Re Borwick* [1933] Ch 657; *In Re Tegg* [1936] 2 All ER 878, 882 f.; *In Re Piper* (1946) 62 TLR 618; *In Re Johnston* [1986] NI 229. Vgl. auch *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills* Bd. I, Ziffer 35.36.

<sup>136</sup> Vgl. im Überblick *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills* Bd. I, Ziffer 35.2; *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, *Theobald on Wills*, Ziffer 27-035; *Browder, Jr.*, *Michigan LR* 39 (1941), 1288, 1290.

<sup>137</sup> *Morley v Rennoldson* (1843) 2 Hare 570, 579 ff.

<sup>138</sup> *In Re Hewett* [1918] 1 Ch 458, 463.

<sup>139</sup> Vgl. *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills* Bd. I, Ziffer 35.2; *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, *Theobald on Wills*, Ziffer 27-035 ff.; *Jarman/Jennings/Harper*, *A Treatise on Wills* Bd. II, 1528 ff. Vgl. aus der Rspr. *Morley v Rennoldson* (1843) 2 Hare 570, 579 ff.; *In Re Hewett* [1918] 1 Ch 458,

leuchtet werden: die Unterscheidung zwischen *condition* (Bedingung) und *limitation* (Befristung) sowie die Rechtfertigung anhand eines verständigen Motivs.<sup>140</sup> Beide erlauben den Gerichten im Einzelfall von der Unwirksamkeit einer solchen Heiratsklausel abzuweichen.

Die Schranke der *public policy* gilt nach den einschlägigen Präjudizien nur für Fälle konditional formulierter Bedingungen (*condition*). Eine bloß temporale Begrenzung (*limitation*) unterfällt diesem Verdikt grundsätzlich nicht.<sup>141</sup> Die Abgrenzung ist eine Frage der Auslegung.<sup>142</sup> Eine auflösende Bedingung wird angenommen, wenn der Erblasser dem Begünstigten eine Zuwendung grundsätzlich für unbestimmte Zeit gewährt, diese aber im Falle einer Eheschließung nachträglich entfallen oder reduziert werden soll.<sup>143</sup> Eine bloße *limitation* liegt vor, wenn der Zusammenhang zwischen Zuwendung und Eheschließung nicht konditional, sondern rein temporal formuliert ist, wenn also bspw. die Zuwendung in zeitlicher Hinsicht nur bis zu einer etwaigen Eheschließung gewährt wird.<sup>144</sup> Diese Unterscheidung wird kritisiert, da sie teilweise von sprachlichen Nuancen im Testament abhängt, deren Auswirkung ein Erblasser selten vor Augen haben wird. So bemerkte *Sir G. Jessel MR* in einem Urteil aus dem Jahr 1874:

„[...] the rule is rather to be considered an arbitrary rule of construction than to be founded on public policy [...]“.<sup>145</sup>

Doch diene die Unterscheidung zwischen *condition* und *limitation* – zumindest in ihrem Ursprung – dem Richter als Korrekturinstrument, mit dessen Hilfe die Unwirksamkeit einer Bedingung abgewendet werden konnte, insbesondere wenn die Anordnung des Erblassers weniger als Ehehindernis gedacht war, sondern die bedachte Person bspw. nur bis zur Eheschließung

---

466 ff.; *In Re Fentem* [1950] 2 All ER 1073, 1076 ff. Zur Unterscheidung von personalty und realty schon oben Kapitel 1 – D.III.1.b) (125).

<sup>140</sup> Vgl. dazu auch *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1296 f.

<sup>141</sup> Siehe *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Ziffer 27-036; *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.3; *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1294. Vgl. auch *Bellairs v Bellairs* (1874) LR 18 Eq 510, 516.

<sup>142</sup> Siehe *Bellairs v Bellairs* (1874) LR 18 Eq 510, 516. Siehe auch *Jarman/Jennings/Harper*, A Treatise on Wills Bd. II, 1531; *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.3.

<sup>143</sup> Vgl. *Bellairs v Bellairs* (1874) LR 18 Eq 510, 513; *In Re Bellamy* (1883) 48 LT 212, 213.

<sup>144</sup> So angenommen in *Godfrey v Hughes* (1847) 1 Rob Ecc 593, 597 und hilfsweise auch in *In Re Hewett* [1918] 1 Ch 458, 468. Vgl. dazu auch *Morley v Rennoldson* (1843) 2 Hare 570, 579 f. sowie *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1294.

<sup>145</sup> *Bellairs v Bellairs* (1874) LR 18 Eq 510, 516. Siehe auch *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1294: „It may be difficult to understand how the distinction observed is relevant to the legality of these two kinds of clauses“.

finanziell abgesichert werden sollte. Es war ein Weg, der starren *public policy*-Regel zu entgehen.<sup>146</sup>

Spätere Urteile stellten dann teilweise direkt auf das Motiv des Erblassers als Rechtfertigung einer solchen Bedingung ab.<sup>147</sup> Die Unwirksamkeit einer solchen Klausel habe schon immer nur *prima facie* gegolten und könne anhand der Feststellung widerlegt werden, dass der Erblasser den Bedachten nicht von der Eheschließung habe abhalten wollen, sondern ein anderes Ziel verfolgt habe.<sup>148</sup> So wurde bspw. die Sorge um ausreichende finanzielle Versorgung des unehelichen Kindes im Falle einer Heirat des überlebenden Elternteils<sup>149</sup> ebenso anerkannt wie die Sorge, dass der Bedachte nach seiner Eheschließung anderweitige Absprachen über die zukünftige Verwendung des Nachlasses außer Acht lassen könnte.<sup>150</sup>

Eine fest etablierte Ausnahme – die letztlich auch an das Motiv des Erblassers anknüpft – betrifft Wiederverheirathungsklauseln.<sup>151</sup> Klauseln, die eine Zuwendung entfallen lassen, falls der überlebende Ehegatte erneut heiratet, wurden in England seit jeher für wirksam erachtet.<sup>152</sup> Als Rechtfertigung einer solchen Klausel wird auch in England angeführt, der Erblasser wolle damit finanzielle Nachteile für seine Kinder verhindern, die durch eine neue Ehe des überlebenden Ehegatten entstehen könnten.<sup>153</sup> Die Wirksamkeit einer derartigen Anordnung hielt *Mellish LJ* für selbstverständlich:

„It seems to me that in no rational way could that ever be considered as against any public policy“.<sup>154</sup>

## 2. Trennungs- und Scheidungsklauseln

Man hielt auch jene Klauseln für unvereinbar mit der *public policy*, die den Anfall einer Zuwendung von der Trennung eines verheirateten Paares abhän-

<sup>146</sup> Dazu *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1295 f.

<sup>147</sup> „The real question seems to be whether the testator intended to discourage marriage or not“, so *Blackburn J* in *Jones v Jones* (1876) 1 QBD 279, 281.

<sup>148</sup> Siehe *In Re Hewett* [1918] 1 Ch 458, 466 ff.; *In Re Fentem* [1950] 2 All ER 1073, 1076 ff. Dazu auch *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1297.

<sup>149</sup> *In Re Hewett* [1918] 1 Ch 458, 464.

<sup>150</sup> *In Re Fentem* [1950] 2 All ER 1073, 1078 f. Dieses Urteil ist wohl das bislang jüngste in dieser Fallgruppe.

<sup>151</sup> Anschaulich *Lloyd v Lloyd* (1852) 2 Sim NS 255, 263 (Heiratsbeschränkung bzgl. lediger Frau unwirksam, Wiederverheirathungsklausel bzgl. überlebender Ehefrau wirksam).

<sup>152</sup> Siehe bspw. *Lloyd v Lloyd* (1852) 2 Sim NS 255; *Allen v Jackson* (1875) 1 Ch D 399; *In Re D'Altroy's Will Trusts* [1968] 1 WLR 120. Siehe auch *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 35.8; *Jarman/Jennings/Harper*, A Treatise on Wills Bd. II, 1530 f.

<sup>153</sup> Vgl. *Allen v Jackson* (1875) 1 Ch D 399, 403. Siehe auch *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1298.

<sup>154</sup> *Allen v Jackson* (1875) 1 Ch D 399, 407.

gig machten.<sup>155</sup> So hatte die Erblasserin Mary Lilian Caborne in ihrem Testament aus dem Jahre 1935 ihren Sohn zum Residualerben eingesetzt. Solange er noch mit seiner Frau verheiratet sein sollte, stehe ihm am Nachlass nur ein lebenslanger Nießbrauch zu. Im Falle einer Lösung der Ehe erhalte er jedoch den Nachlass zur freien Verfügung. Das Gericht erklärte die Bedingung für unwirksam und sprach dem Sohn den Nachlass zur freien Hand zu. Die Bedingung könne dazu verleiten, in die Unverletzlichkeit des Ehebandes einzugreifen (*sanctity of the marriage bond*) und verstoße daher gegen die *public policy*.<sup>156</sup>

Die Gerichte betonten in derartigen Fällen das Interesse des Staates am Schutz der Ehe.<sup>157</sup> So manches Urteil zu letztwilligen Bedingungen verwies auch auf Entscheidungen über lebzeitige Verträge (darunter auch Eheverträge), die in der einen oder anderen Weise geeignet waren, die Trennung der Ehepartner zu fördern oder Anreiz dafür zu bieten. In diesen Urteilen wird die richterliche Haltung besonders anschaulich:

„There is nothing which the Courts of this country have watched with more anxious jealousy [...] than contracts which have for their object the disturbance of the marital relations. The peace of families – the welfare of children, depends to an extent almost immeasurable, upon the undisturbed continuance of those relations; and so strong is the policy of our law upon this subject [...]“.<sup>158</sup>

Doch wurden nicht alle letztwilligen Anordnungen dieser Art für unwirksam erklärt. Nachdem Urteile aus dem 18. und 19. Jahrhundert zumeist Unwirksamkeit angenommen hatten,<sup>159</sup> fällt im frühen 20. Jahrhundert eine Folge von Entscheidungen auf, die solche Trennungsklauseln nicht an der *public policy* scheitern ließen.<sup>160</sup> Dabei wurden die gleichen rechtlichen Argumentationsmuster bemüht, wie sie schon für allgemeine Heiratsklauseln beschrieben wurden. So stellten die Entscheidungen zum einen darauf ab, ob der Wil-

---

<sup>155</sup> Siehe *Brown v Peck* (1758) 1 Eden 140; *H. v W.* (1857) 3 K&J 382 (Ehevertrag); *Wilkinson v Wilkinson* (1871) LR 12 Eq 604; *In Re Moore* (1888) 39 Ch D 116; *In Re Caborne* [1943] Ch 224; *In Re Johnsons's Will Trusts* [1967] Ch 387; *In Re Hepplewhite Will Trusts*, *The Times* (21. Januar 1977), 11. Vgl. dazu *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, *Theobald on Wills*, Ziffer 27-011.

<sup>156</sup> Siehe *In Re Caborne* [1943] Ch 224, 224 ff.

<sup>157</sup> Vgl. *In Re Moore* (1888) 39 Ch D 116, 128; *In Re Caborne* [1943] Ch 224, 228 ff.

<sup>158</sup> *Hope v Hope* (1857) 8 DM&G 731, 744 f., zitiert von *In Re Caborne* [1943] Ch 224, 228. Vgl. auch *H. v W.* (1857) 3 K&J 382, 386: „The policy of the law in such cases [...] endeavours in the very highest degree to secure the observance of conjugal rights [...]. According to that policy, nothing can be permitted which contemplates the future separation of the husband and the wife [...]“.

<sup>159</sup> Vgl. *Brown v Peck* (1758) 1 Eden 140; *H. v W.* (1857) 3 K&J 382 (Ehevertrag); *Wilkinson v Wilkinson* (1871) LR 12 Eq 604; *In Re Moore* (1888) 39 Ch D 116.

<sup>160</sup> *In Re Hope Johnstone* [1904] 1 Ch 470 (Ehevertrag); *In Re Lovell* [1920] 1 Ch 122; *In Re Thompson* [1939] 1 All ER 681.

le des Erblassers auch auf eine Trennung gerichtet gewesen sei. Der Beweggrund, bspw. eine Frau lediglich für eine gewisse Zeit finanziell abzusichern<sup>161</sup> oder zu verhindern, dass der Nachlass in die Hände des als verschwenderisch eingeschätzten Ehemanns fällt,<sup>162</sup> konnte eine Unwirksamkeit der Bedingung abwenden. Zum anderen war diesen Fällen größtenteils gemein, dass die strittige Klausel vom Gericht nicht als Bedingung (*condition*), sondern als bloße Befristung (*limitation*) ausgelegt wurde. Später standen die Gerichte dieser subjektiven Herangehensweise eher kritisch gegenüber und kehrten zu einem objektiven Maßstab zurück. Man forderte eine Orientierung an der Klausel selbst und an ihren Auswirkungen. Diese Entscheidungen gelangten daher wieder zur Unwirksamkeit der Trennungsklauseln.<sup>163</sup> Abgesehen von den Entscheidungen zum Anfang des 20. Jahrhunderts wurden also Bedingungen, die eine Erbschaft von der Trennung oder dem Getrenntleben der Ehepartner abhängig machten, grundsätzlich wegen eines Verstoßes gegen die *public policy* für unwirksam erklärt.

Doch ist die *public policy* nicht die einzige Wirksamkeitsschranke letztwilliger Bedingungen. Auch die sog. *in terrorem*-Doktrin sowie der Nichtigkeitsgrund der *uncertainty* (Unbestimmtheit) spielen eine große Rolle. Sie scheinen den recht engen Anwendungsbereich der *public policy* bei der Kontrolle letztwilliger Bedingungen bisweilen zu kompensieren.<sup>164</sup> Die im Zusammenhang mit diesen Doktrinen diskutierten Fallkonstellationen – darunter Bedingungen, die die Zustimmung eines Dritten zur Eheschließung fordern oder dem Bedachten die Wahl eines bestimmten Ehepartners oder einer bestimmten Religion vorschreiben – gelten als Paradebeispiele für die Komplexität dieser Rechtsmaterie im englischen Recht.<sup>165</sup>

## II. Die *in terrorem*-Doktrin

Eine letztwillige Bedingung, die eine Zuwendung daran knüpft, dass der Bedachte die Zustimmung eines Dritten zur Eheschließung einholt, wird nicht als *general restraint of marriage* verstanden. Als lediglich partielles Ehehindernis (*partial restraint of marriage*) wird sie von der Schranke der *public policy* nicht erfasst.<sup>166</sup> Solche Bedingungen scheinen in besser situierten englischen

---

<sup>161</sup> *In Re Hope Johnstone* [1904] 1 Ch 470, 478 (Ehevertrag); *In Re Lovell* [1920] 1 Ch 122, 126 ff.

<sup>162</sup> *In Re Thompson* [1939] 1 All ER 681, 684.

<sup>163</sup> Siehe *In Re Johnsons's Will Trusts* [1967] Ch 387, 394 f.; *In Re Caborne* [1943] Ch 224, 231. Vgl. auch *In Re Hepplewhite Will Trusts*, *The Times* (21. Januar 1977), 11.

<sup>164</sup> Vgl. *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 261 ff.

<sup>165</sup> Vgl. bspw. *Parry*, SJ 126 (1982), 518, 518: „The history and policy behind this control is long and complex [...]“.

<sup>166</sup> Vgl. *Scott v Tyler* (1788) Dick 712, 721; *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 122. Vgl. auch *Browder, Jr.*, *Michigan LR* 39 (1941), 1288, 1299.

Familien keine Seltenheit gewesen zu sein. Gerade der Adel war um standesgemäße Verbindungen der Abkömmlinge besorgt.<sup>167</sup> Diese Fälle zeigen anschaulich eine weitere Wirksamkeitschranke letztwilliger Bedingungen. Denn wenngleich eine solche Klausel nicht gegen die *public policy* verstößt, kann sie wegen Verstoßes gegen die *in terrorem*-Doktrin unwirksam sein.

Dies ist der Fall, wenn das sog. *gift over* fehlt – wenn also bei einer auflösenden Bedingung nicht bestimmt wurde, wer bei Bedingungseintritt (Eheschließung ohne Zustimmung) den Nachlass anstelle des ursprünglich Bedachten erhalten soll.<sup>168</sup> Hatte der Erblasser für den Fall des Bedingungseintritts kein *gift over* erklärt, stellte man die Vermutung auf, er habe gar keine Rechtswirkung der Bedingung beabsichtigt, sondern mit der Bedingung den Begünstigten lediglich drängen oder zwingen wollen, nicht ohne Zustimmung zu heiraten. Diese Vermutung der leeren Drohung oder Einschüchterung steht auch hinter dem Terminus *in terrorem*.<sup>169</sup> Der Bedingung wurde die Wirksamkeit versagt mit der Folge, dass der Bedachte die Zuwendung auch ohne Zustimmung des Dritten erhielt bzw. behalten durfte.<sup>170</sup> Hatte der Erblasser dagegen ein *gift over* bestimmt, so vermutete man im Gegenzug, dass er die Rechtswirkung der Bedingung gewollt habe und ließ sie bestehen.<sup>171</sup> Diese Vermutungsregeln wurden als abstrakt und künstlich bezeichnet, da man das wirkliche Motiv des Erblassers gar nicht erforschte.<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> Vgl. *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1299.

<sup>168</sup> Siehe *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.13 f. und 35.10 f.; *Earl of Halsbury/Viscount Hailsham*, Laws of England Bd. XXXIV (2. Aufl. 1940), 112 f. Vgl. aus der Rechtsprechung *Reynish v Martin* (1746) 3 Atk 330, 331 f.; *Lloyd v Branton* (1817) 3 Mer. 108, 112 ff.; *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 122 ff.

<sup>169</sup> Siehe *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Ziffer 27-038; *Swinburne*, A Treatise of Testaments and Last Wills, 481 f. (Fn. †); *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1093.

<sup>170</sup> *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 35.10 f.

<sup>171</sup> Siehe *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1093. Siehe zur Doktrin auch *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.13 ff.; *Earl of Halsbury/Viscount Hailsham*, Laws of England Bd. XXXIV (2. Aufl. 1940), 112 f.; *Jarman/Jennings/Harper*, A Treatise on Wills Bd. II, 1517 f. Für ein *gift over* reicht es nicht aus, dass das Testament eine Bestimmung über das sog. residue enthält (Restbestand des Nachlasses, über den nicht spezifisch verfügt wurde). Vielmehr muss explizit geregelt werden, was im Fall des Bedingungseintritts mit der jeweiligen Vermögensposition geschehen soll, siehe bspw. *Lloyd v Branton* (1817) 3 Mer. 108, 118 f.

<sup>172</sup> Dazu *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1093 f. („grotesque fiction“). Vgl. auch *Scott v Tyler* (1788) Dick 712, 718 f.: „I do not find it was ever seriously supposed to have been the testator's intention to hold out the terror of that which he never meant should happen; but the Court disposed of such conditions so as to make them amount to no more“.

Der Anwendungsbereich der *in terrorem*-Doktrin ist allerdings denkbar eng gefasst. So ist die Doktrin auf Verfügungen über *personalty* beschränkt und soll auch nur für auflösende Bedingungen gelten – obwohl Bedingungen, die eine Zustimmung zur Ehe fordern (und den ursprünglichen Hauptanwendungsbereich der Doktrin bildeten), meist als aufschiebende Bedingungen ausgestaltet sind.<sup>173</sup> Für diese mitunter willkürlich anmutenden Unterscheidungen sind vor allem die historischen Wurzeln der Doktrin verantwortlich – sie entstand wohl als eine Art Kompromiss zwischen den Rechtsprechungslinien der kirchlichen Gerichte (*Ecclesiastical Courts*) und der *Chancery*.<sup>174</sup>

Es verwundert nicht, dass die Doktrin in Rechtsprechung und Literatur kritisiert wurde. Neben der Differenzierung zwischen *personal* und *real property* war vor allem die oft von der zufälligen Wortwahl des Erblassers abhängige Frage nach einem *gift over* Gegenstand der Kritik.<sup>175</sup> Doch hatte die Doktrin schon zu feste Wurzeln im englischen Recht geschlagen, als dass man sich imstande sah, mit ihr zu brechen.<sup>176</sup>

### III. *Uncertainty: die Unbestimmtheit letztwilliger Bedingungen*

Neben *public policy* und *in terrorem*-Doktrin erlangte auch die Nichtigkeit wegen *uncertainty* Bedeutung als Wirksamkeitsschranke letztwilliger Bedingungen.<sup>177</sup> Die in diesem Zusammenhang diskutierten Probleme sind wohl die prominentesten Rechtsfragen zu letztwilligen Bedingungen in England.<sup>178</sup> Betrachtet man die Rolle des Bestimmtheitsgebots, so bietet es sich an, zwei Konstellationen zusammen zu betrachten: Klauseln, die die Zuwendung davon abhängig machen, dass der Bedachte eine Person aus einer bestimmten Bevölkerungsgruppe oder Religion heiratet sowie Klauseln, die dem Bedachten selbst eine bestimmte Religionszugehörigkeit nahelegen. Denn die dazu ergangenen Entscheidungen beeinflussten sich wechselseitig<sup>179</sup> und in nicht

---

<sup>173</sup> Zum Anwendungsbereich der Doktrin *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1095 (Fn. 100); *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.13 ff. und 35.10; *Earl of Halsbury/Viscount Hailsham*, Laws of England Bd. XXXIV (2. Aufl. 1940), 112 ff.; *Jarman/Jennings/Harper*, A Treatise on Wills Bd. II, 1517 ff.

<sup>174</sup> Vgl. *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1093 ff. und Kapitel 2 – D.IV.1. (262).

<sup>175</sup> Siehe *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1092 und 1095. Kritisch aus der Rspr. *Scott v Tyler* (1788) Dick 712; *Stackpole v Beaumont* (1796) 3 Ves 89, 98; *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 115.

<sup>176</sup> Vgl. dazu *Jarman/Jennings/Harper*, A Treatise on Wills Bd. II, 1456 sowie Kapitel 2 – D.IV.1. (262).

<sup>177</sup> Im Folgenden auch als Unbestimmtheit oder Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot bezeichnet.

<sup>178</sup> Vgl. *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law* Bd. I, 257, 265.

<sup>179</sup> Vgl. nur *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320 und *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397.

wenigen Fällen waren beide Konstellationen in einem Testament anzutreffen. So ordnete eine Erblasserin bspw. an, dass die bedachten Personen jegliche Begünstigung verlören, sollten sie römisch-katholisch werden oder eine römisch-katholische Person heiraten.<sup>180</sup>

a) *Die Rechtslage im 19. und frühen 20. Jahrhundert*

Knüpft der Erblasser eine letztwillige Zuwendung daran, dass der Bedachte eine Person aus einer bestimmten Bevölkerungsgruppe heiratet (oder gerade nicht heiratet), so sieht die Rechtsprechung hierin keinen Verstoß gegen die *public policy*. Denn der *public policy* unterfallen – wie schon erwähnt – nur solche Bedingungen, die ein generelles Ehehindernis aufstellten (*general restraint of marriage*), nicht aber solche mit spezifischeren Vorgaben für eine Eheschließung (*partial restraint of marriage*).<sup>181</sup> So wurden in England Bedingungen für wirksam erklärt, die der bedachten Person bspw. auferlegten, niemanden aus Schottland<sup>182</sup> oder keine Hausangestellte zu heiraten.<sup>183</sup> Gleiches galt für Fälle, in denen dem Bedachten vorgeschrieben wurde, eine Person bestimmter Religionszugehörigkeit zu heiraten.<sup>184</sup> Und auch Bedingungen, die die Zuwendung davon abhängig machten, dass die Bedachten selbst einer bestimmten Religion weiterhin angehörten oder nicht zu einer anderen übertraten, wurden akzeptiert.<sup>185</sup> Mit Blick auf letztere Fälle war ein Urteil aus dem Jahr 1879 grundlegend gewesen. Die testamentarische Klausel hatte den Verlust der Zuwendung angeordnet, falls die begünstigte Person sich von der jüdischen Religion abwende. Das Gericht war der Ansicht, dies verstoße nicht gegen die *public policy*. *Hall VC* erklärte:

„I cannot in the absence of authority say that a parent [...] is not perfectly justified in making a provision in favour of such of his children as shall not embrace a particular faith [...]“.<sup>186</sup>

<sup>180</sup> Siehe *In Re Wright* (1938) 158 LT 368, 368 f. Siehe auch *Hodgson v Halford* (1879) 11 Ch D 959; *In Re Morrison's Will Trusts* [1940] Ch 102; *In Re Blaiberg* [1940] Ch 385; *In Re Tepper's Will Trusts* [1987] Ch 358. Zur diskriminierenden Wirkung solcher Klauseln siehe Kapitel 3 – B.II. (339).

<sup>181</sup> Siehe bspw. *Jenner v Turner* (1880) 16 Ch D 188, 197. Siehe auch *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 261; *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills Bd. I*, Ziffer 35.4; *Earl of Halsbury/Viscount Hailsham*, *Laws of England Bd. XXXIV* (2. Aufl. 1940), 108.

<sup>182</sup> *Perrin v Lyon* (1807) 9 East 170.

<sup>183</sup> *Jenner v Turner* (1880) 16 Ch D 188.

<sup>184</sup> Siehe *In Re Knox* (1889) 23 LRI 542, 554 (Irland); *In Re Wright* (1938) 158 LT 368, 369; *In Re Morrison's Will Trusts* [1940] Ch 102, 105 ff. Vgl. auch *Hodgson v Halford* (1879) 11 Ch D 959.

<sup>185</sup> Siehe *Clavering v Ellison* (1859) 7 HLC 707; *Hodgson v Halford* (1879) 11 Ch D 959, 966 f.; *In Re May* [1932] 1 Ch 99. Vgl. auch *In Re Dickson* (1850) 1 Sim NS 37. Siehe dazu *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 262.

b) *Clayton v Ramsden (1942): uncertainty als Wirksamkeitsschranke letztwilliger Bedingungen*

Derartige Bedingungen scheiterten also nicht an der *public policy*. Doch schuf die Rechtsprechung mittels der *uncertainty*-Doktrin einen alternativen Weg, um die Wirksamkeit manch unliebsamer Klausel gleichwohl verhindern zu können.<sup>187</sup> Einige Entscheidungen der 1930er-Jahre hatten auflösende Bedingungen mit Religionsbezug für zu unbestimmt erklärt.<sup>188</sup> Anknüpfungspunkt waren Formulierungen wie „conform to the Established Church of England“<sup>189</sup> oder „profess the Jewish faith“.<sup>190</sup> Man kann den Entscheidungen entnehmen, dass sich die Richter vor allem an Worten wie „conform“ oder „profess“ störten. Das Problem lag also weniger in der Religionsbezeichnung als in der unklaren Art der Handlungen, die der Begünstigte erbringen musste, um von der Bedingung erfasst zu werden.<sup>191</sup> Eine zu unbestimmte auflösende Bedingung wurde gestrichen, die Zuwendung blieb bestehen.<sup>192</sup>

Diese Tendenz der Rechtsprechung gipfelte 1942 in der Entscheidung *Clayton v Ramsden* des *House of Lords*, das damit die *uncertainty*-Doktrin als Schranke letztwilliger auflösender Bedingungen etablierte.<sup>193</sup> Der Erblasser Barnett Samuel hatte in seinem Testament angeordnet, dass alle Zuwendungen an seine Tochter Edna entfallen sollten, falls sie nach seinem Tod eine Person heirate, die nicht jüdischer Abstammung oder jüdischen Glaubens sei. Der Erblasser starb 1925 und seine Tochter heiratete 1927 Harold Clayton, der eindeutig weder jüdischer Abstammung noch jüdischen Glaubens war.<sup>194</sup> Zwischen den drei damit befassten Instanzen gab es erhebliche Meinungsunterschiede. In erster Instanz wurden sowohl die Worte „Jewish parentage“ (jüdische Abstammung) als auch „Jewish faith“ (jüdischer Glaube) für zu unbestimmt und die Klausel daher für unwirksam erklärt – die Tochter hätte die Zuwendung behalten können.<sup>195</sup> Die zweite Instanz sah dies anders. Wie

<sup>186</sup> *Hodgson v Halford* (1879) 11 Ch D 959, 966 f.

<sup>187</sup> Vgl. *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 265; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 51 (Fn. 70).

<sup>188</sup> Dazu *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 265.

<sup>189</sup> *In Re Tegg* [1936] 2 All ER 878, 881 f.

<sup>190</sup> *In Re Blaiberg* [1940] Ch 385, 390. Siehe auch *In Re Borwick* [1933] Ch 657, 668 („be or become a Roman Catholic or not be openly and avowedly Protestant“). Ähnliche Bedingungen für wirksam erklärten allerdings *In Re Wright* (1938) 158 LT 368; *In Re Morrison's Will Trusts* [1940] Ch 102; *In Re Evans* [1940] Ch 629.

<sup>191</sup> Vgl. *Butt*, *Sydney LR* 8 (1977), 400, 407 ff.

<sup>192</sup> Vgl. bspw. *In Re Blaiberg* [1940] Ch 385, 392.

<sup>193</sup> Siehe *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 265.

<sup>194</sup> Die Bestimmung lautete: „[...] a person who is not of Jewish parentage and of the Jewish faith [...]“, siehe *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 320 ff.

<sup>195</sup> Siehe *In Re Samuel* [1942] Ch 1, 10 f. (erstinstanzliches Urteil dort abgedruckt). *Bennett J* folgte dabei der Entscheidung *In Re Blaiberg* [1940] Ch 385.

jede andere Tatsachenfrage sei auch die vorliegende im Wege eines Beweises zu klären.<sup>196</sup> Im *House of Lords* hielten dagegen alle fünf *Lords* die Klausel wiederum für zu unbestimmt und unwirksam.<sup>197</sup>

Den Bestimmtheitsmaßstab für auflösende Bedingungen entnahmen die *Lords* der Entscheidung *Clavering v Ellison* aus dem Jahr 1859. Dort hatte *Lord Cranworth* erklärt, eine auflösende Bedingung müsse stets so formuliert sein, dass das Gericht von Anfang an eindeutig erkennen könne, bei Eintritt welchen Ereignisses die Erbschaft entfalle.<sup>198</sup> Mit Blick auf diesen Maßstab war nun das Hauptargument der *Lords*, dass sowohl die Begriffe der jüdischen Abstammung als auch des jüdischen Glaubens verschiedene Abstufungen zuließen („a question of degree“) und der Erblasser es unterlassen habe, das genaue Maß zu bestimmen. Daher könne man seinem Willen nicht zur Durchsetzung verhelfen.<sup>199</sup>

Auffällig ist, dass fast keine Präzedenzfälle angeführt werden. Man hätte sich hier mit einer Rechtsprechungslinie auseinandersetzen müssen, die – abgesehen von einigen wenigen Entscheidungen – ähnliche Klauseln in der Vergangenheit für wirksam erklärt hatte.<sup>200</sup> Doch wollte man die Wirksamkeit der Heiratsbedingung augenscheinlich verhindern. Diese ablehnende Haltung der Richter kommt in der Entscheidung deutlich zum Ausdruck. So meint *Lord Romer* mit Blick auf den Erblasser:

„He was one of those testators, of whom I venture to think there have been far too many, who [...] have sought to compel a person [...] to act or refrain from acting in matters concerned with religion, not in accordance with the dictates of his own conscience, but in accordance with the religious convictions of the testator himself.“<sup>201</sup>

Diese und weitere Stellen offenbaren die Bedenken der Richter gegenüber der Klausel und ihrem möglichen Einfluss auf die Tochter.<sup>202</sup> Sie fühlten sich entweder durch frühere Rechtsprechung grundsätzlich daran gehindert, diese Ar-

<sup>196</sup> *In Re Samuel* [1942] Ch 1, 18 ff. (*Lord Greene MR*).

<sup>197</sup> Nur *Lord Wright* war der Auffassung, die Wendung „Jewish faith“ sei ausreichend bestimmt. Doch votierte auch er für die Unwirksamkeit der Klausel, da zumindest die Worte „Jewish parentage“ zu unbestimmt seien, *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 329 ff.

<sup>198</sup> „[...] that where a vested estate is to be defeated by a condition on a contingency that is to happen afterwards, that condition must be such that the Court can see from the beginning, precisely and distinctly, upon the happening of what event it was that the preceding vested estate was to determine“, *Clavering v Ellison* (1859) 7 HLC 707, 725. Es wird angemerkt, *Lord Cranworth* habe damit die Anforderungen an die Bestimmtheit im Vergleich zur sonst gängigen Auffassung überspitzt, vgl. *Grusd v Grusd* 1946 AD 465, 473 f. (Südafrika).

<sup>199</sup> *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 332 ff.

<sup>200</sup> Siehe *Butt*, Sydney LR 8 (1977), 400, 410. Vgl. auch die Rechtsprechungsanalyse in *In Re Samuel* [1942] Ch 1, 19 ff.

<sup>201</sup> *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 332.

<sup>202</sup> Siehe dazu *Butt*, Sydney LR 8 (1977), 400, 426.

gumente im Rahmen der *public policy* anzuführen oder zögerten zumindest, eine neue *public policy*-Regel aufzustellen.<sup>203</sup> Über den Umweg des Bestimmtheitsgebots gelangte man letztlich dennoch zum gewünschten Ergebnis:

„[...] I view with disfavour the power of testators to control from their grave the choice in marriage of their beneficiaries, and should not be dismayed if the power were to disappear, but at least the control by forfeitures imposed by conditions subsequent must be subject to the rule as to certainty prescribed by this House in *Clavering v. Ellison*, and, judged by the test there prescribed, this forfeiture fails.“<sup>204</sup>

Aus diesem Votum von *Lord Atkin* wird deutlich, dass die *uncertainty*-Doktrin als Ersatz für einen als ungangbar verstandenen Weg genutzt wurde. Auf diese Weise konnte man die unliebsame Bedingung dennoch verhindern.<sup>205</sup> *Lord Atkin* hatte selbst zugegeben, dass der Ehemann der Tochter die Bedingung bei jeder erdenklichen Auslegung erfülle.<sup>206</sup> Letztlich verhinderte dieser „Umweg“ aber eine offene argumentative Auseinandersetzung mit dem eigentlichen Kern des Problems – der Einflussnahme auf die Tochter. Das Urteil ermöglichte es fortan, vergleichbaren Bedingungen mit Religionsbezug die Wirksamkeit zu versagen und wurde von den Instanzgerichten befolgt – zumindest bei auflösenden Bedingungen.<sup>207</sup>

### c) *In Re Allen (1953): der Unterschied zwischen condition precedent und subsequent*

Für aufschiebende Bedingungen etablierte die Entscheidung *In Re Allen* im Jahr 1953 einen deutlich weniger strengen Maßstab. Henry George Allen hatte ein Wohnhaus und weiteres Vermögen für jenen ältesten Sohn seines Neffen hinterlassen, der Mitglied der anglikanischen Kirche und Anhänger ihrer Lehre sein sollte. Als auflösende Bedingung wäre die Bedingung unwirksam, so *Evershed MR* mit Blick auf *Clayton v Ramsden*. Doch sei bei aufschiebenden Bedingungen kein derart „akademischer“ Maßstab anzulegen.<sup>208</sup> Solange es nicht vollkommen unmöglich sei, der Bestimmung eine Bedeutung beizumessen, könne sie nicht für unwirksam erklärt werden. Für auflösende und aufschiebende Bedingungen gälten grundlegend verschiedene Regeln.<sup>209</sup>

<sup>203</sup> Vgl. *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 265 ff.

<sup>204</sup> *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 325 (*Lord Atkin*).

<sup>205</sup> Vgl. *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 51 (Fn. 70): „This rule may have been used as a surrogate means of screening them on policy grounds [...]“; *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 267: „[...] the indirect doctrinal approach to circumventing undesirable conditions [...]“.

<sup>206</sup> *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 325.

<sup>207</sup> So in *In Re Donn* [1944] Ch 8; *In Re Moss's Trusts* [1945] 1 All ER 207; *In Re Krawitz Will Trusts* [1959] 1 WLR 1192 (alle mit Bezug zum jüdischen Glauben).

<sup>208</sup> *In Re Allen* [1953] Ch 810, 816 f.: „[...] no such general or academic test is called for as a condition subsequent requires“.

Die Entscheidung zementierte schwer nachvollziehbare Unterscheidungen zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen,<sup>210</sup> hinter denen allerdings mehr zu stecken scheint, als dass man möglicherweise den „akademischen“ Maßstab des *House of Lords* für überzogen hielt.<sup>211</sup> Die Differenzierung hängt zusammen mit dem Bestreben englischer Gerichte, einer Zuwendung so weit es geht zur Wirksamkeit zu verhelfen und eine schon angefallene Zuwendung vor einem Fortfall zu bewahren.<sup>212</sup> Hinter dieser Neigung steht wohl einerseits die Absicht, den Erblasserwillen umzusetzen, andererseits das Streben nach rechtssicheren und bestandskräftigen Eigentumsverhältnissen.<sup>213</sup> Von Bedeutung ist sodann, dass das englische Recht grundsätzlich unterschiedliche Rechtsfolgen vorsieht, je nachdem, ob die unerlaubte Bedingung aufschiebender oder auflösender Natur ist. Bei unwirksamen auflösenden Bedingungen ist die Bedingung zu streichen, die restliche Verfügung bleibt bestehen. Bei unwirksamen aufschiebenden Bedingungen ist dagegen die gesamte Verfügung unwirksam mit der Folge, dass der Bedachte überhaupt nichts im Wege testamentarischer Erbfolge erhält.<sup>214</sup> Die zeitlichen Anfänge und exakten Hintergründe dieser Rechtsfolgendifferenzierung scheinen nicht gänzlich geklärt zu sein – deren normative Geltung war allerdings unbestritten.<sup>215</sup>

Will man also bei aufschiebenden Bedingungen die Zuwendung möglichst zur Geltung bringen, so sind die an die Bedingung zu stellenden Bestimmtheitsanforderungen gering zu halten, um zu verhindern, dass bei Unwirksam-

<sup>209</sup> *In Re Allen* [1953] Ch 810, 818 ff.

<sup>210</sup> Vgl. *Butt*, Sydney LR 8 (1977), 400, 413 f. Folgeentscheidungen waren *In Re Selby's Will Trusts* [1966] 1 WLR 43; *In Re Abrahams' Will Trusts* [1969] 1 Ch 463.

<sup>211</sup> Die Entscheidung *Clayton v Ramsden* war zwar für auflösende Bedingungen nicht verhandelbar, doch war man für aufschiebende Bedingungen nicht daran gebunden, vgl. *In Re Allen* [1953] Ch 810, 817 ff.

<sup>212</sup> Siehe *Parry*, SJ 126 (1982), 518, 519; *In Re Porter* [1975] NI 157, 160 f.

<sup>213</sup> Vgl. *In Re Allen* [1953] Ch 810, 822: „[...] it is in general the function and duty of a court to [...] try, if it can, to give sensible effect to the intention [the testator] has expressed. To this general rule conditions subsequent seem to me to be an exception“ und auf 816: „[the courts are] inclined against the divesting of gifts or estates already vested [...]“. Vgl. auch *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 144: „[...] a condition interferes with the absolute vesting of the estate, which the law always favours [...]“ sowie *In Re Porter* [1975] NI 157, 161.

<sup>214</sup> Siehe zur Rechtsfolge unbestimmter Bedingungen *Parry*, SJ 126 (1982), 518, 519 und allgemein *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills* Bd. I, Ziffer 34.2 und 34.17; *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, *Theobald on Wills*, Ziffer 27–026 ff. Bei Verstoß gegen die *in terrorem*-Doktrin wird die Bedingung gestrichen, unabhängig von der Einordnung als auflösend oder aufschiebend.

<sup>215</sup> Man war der Ansicht, eine von einer rechtswidrigen Bedingung abhängige Erbschaft könne gar nicht anfallen, siehe *Sheppard/Hilliard/Preston*, *Sheppard's Touchstone*, 132. Im Gegenzug erlaube es das Recht nicht, eine angefallene Erbschaft aufgrund einer rechtswidrigen Bedingung wieder entfallen zu lassen, vgl. *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 120.

keit der aufschiebenden Bedingung die gesamte Verfügung von der Unwirksamkeit ergriffen wird.<sup>216</sup> Und soll bei auflösenden Bedingungen tendenziell verhindert werden, dass die schon angefallene Zuwendung wieder entfällt, so sind strenge Bestimmtheitsanforderungen erforderlich. Denn die Unwirksamkeit einer auflösenden Bedingung hat zur Folge, dass lediglich die Bedingung gestrichen wird, die Zuwendung selbst aber an ihrem Bestimmungsort verbleibt.<sup>217</sup> Diese Zusammenhänge kommen in einer Entscheidung sehr deutlich zum Ausdruck:

„The court will construe a condition precedent more leniently on the question of certainty because it is willing to facilitate the taking of a gift [...] but unwilling to divest a vested interest unless the circumstances which could lead to divesting are clear.“<sup>218</sup>

Somit wird die auf den ersten Blick seltsam anmutende Differenzierung des Bestimmtheitsmaßstabs (mit)bedingt durch die Wechselwirkung zwischen den unterschiedlichen Rechtsfolgen und der beschriebenen Neigung der englischen Gerichte, letztwilligen Zuwendungen zur Wirksamkeit zu verhelfen und sie nicht wieder entfallen zu lassen.<sup>219</sup> Die *uncertainty*-Doktrin – deren Anwendung auf letztwillige Ehe- und Religionsbedingungen ohnehin schon als bloßes Mittel zum Zweck erscheint, um die Unanwendbarkeit der *public policy* zu kompensieren – wurde durch die beschriebenen Erwägungen und die daraus folgenden Differenzierungen noch stärker von ihrem eigentlichen Kern entfremdet. Die unterschiedlichen Bestimmtheitsanforderungen stießen auf berechtigte Kritik. Sie wurden als spitzfindig und künstlich beschrieben.<sup>220</sup> Die Wirksamkeit einer Bedingung von der Einordnung als aufschiebend oder auflösend abhängig zu machen, gebe das Recht der Lächerlichkeit preis.<sup>221</sup>

#### d) *Blathwayt v Cawley* (1975)

Etwa dreißig Jahre nach der Entscheidung *Clayton v Ramsden* gelangte erneut eine auflösende Bedingung mit Religionsbezug vor das *House of Lords*. Sollte ein Begünstigter römisch-katholisch werden, so der Erblasser Robert Wynter Blathwayt in seinem Testament, so solle die Zuwendung entfallen und auf die übrigen Begünstigten übergehen.<sup>222</sup> Die Richter hielten die Klausel weder für zu unbestimmt, noch sahen sie darin einen Verstoß gegen die *public policy*. Die Entscheidung *Blathwayt v Cawley* versucht, das Bestimmtheitsanfor-

<sup>216</sup> Vgl. Parry, SJ 126 (1982), 518, 519; *In Re Porter* [1975] NI 157, 161.

<sup>217</sup> Vgl. *In Re Porter* [1975] NI 157, 161; *In Re Allen* [1953] Ch 810, 822.

<sup>218</sup> *In Re Porter* [1975] NI 157, 161 (Nordirland).

<sup>219</sup> Vgl. Parry, SJ 126 (1982), 518, 519.

<sup>220</sup> Siehe Parry, SJ 126 (1982), 518, 518. Siehe auch die Kritik Lord Dennings in *In Re Tuck's Settlement Trusts* [1978] Ch 49, 60: „I fail to see the logic of this distinction. [...] there is no sense in it“.

<sup>221</sup> Butt, Sydney LR 8 (1977), 400, 420 f.

<sup>222</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 397 ff.

dernis vom Kopf wieder auf die Füße zu stellen, ohne mit früheren Entscheidungen offen brechen zu müssen. Es gebe zwar keinen Grund, mit den unterschiedlichen Bestimmtheitsanforderungen zu hadern, doch hätten Richter das Recht, die Bestimmtheit mit gesundem Menschenverstand und ohne überbordende Scharfsinnigkeit zu beurteilen, so *Lord Wilberforce*. Klauseln mit Bezug zur römisch-katholischen Kirche seien seit langem in Gesetzen und Testamenten anerkannt.<sup>223</sup> *Lord Cross of Chelsea* ging noch einen Schritt weiter und meinte, es sei eine Beleidigung des gesunden Menschenverstands, eine solche Klausel für zu unbestimmt zu erklären. Wäre er damals Mitglied des *House of Lords* gewesen, so hätte er vermutlich in *Clayton v Ramsden* für die Wirksamkeit der Religionsklausel gestimmt.<sup>224</sup> Man lavierte sich allerdings um die frühere Entscheidung herum: Die Entscheidung in *Clayton v Ramsden* sei zu einer speziellen Klausel und mit Bezug zu einer bestimmten Religion ergangen. Sie habe daher keinen neuen, allgemeingültigen Grundstatz etabliert. Daher erfasse die damalige Entscheidung auch nicht die römisch-katholische Religion. Die vorliegende Klausel sei ausreichend bestimmt.<sup>225</sup>

Die Entscheidung beschäftigte sich zudem mit der *public policy*. Wie aus dem Vorbringen der Rechtsbeistände hervorgeht, wurde der Verstoß gegen die *public policy* damit begründet, die Anknüpfung an die Religion entfalte diskriminierende Wirkung.<sup>226</sup> Ein Votum behandelt aber auch die mögliche Einflussnahme des Erblassers auf die Lebensführung der Bedachten. *Lord Simon of Glaisdale* hielt der Phrase von der Herrschaft aus dem Grabe („attempts to rule the living from the grave“) entgegen, es sei *policy* des englischen Rechts, dem Erblasser erheblichen Freiraum bei der Verfügung über seinen Nachlass zuzugestehen. Abgesehen von Steuern und *family provision* gebe es keine Verfügungsbeschränkungen. Die bedachte Person könne nicht darauf hoffen, Entscheidungen völlig frei von kollidierenden Einflüssen und Interessen treffen zu können.<sup>227</sup> Sodann schlug er den Bogen zur grundsätzlichen Handhabung der *public policy*: Er wolle nicht dahingehend missverstanden werden, dass es Gerichten zustehe, eine unabhängige und freie Beurteilung der *public policy* vorzunehmen. Gerichte dürften sich nur insoweit mit *public policy* befassen, als diese in Gestalt einer Entscheidung des Parlaments oder einer bindenden Rechtsregel zum Ausdruck komme. Mit Blick auf die Präjudizien zu auflösenden Bedingungen mit Religionsbezug könne ein Verstoß gegen die *public policy* jedenfalls nicht angenommen werden.<sup>228</sup>

---

<sup>223</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 424 f.

<sup>224</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 429.

<sup>225</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 425 (Lord Wilberforce). Vgl. dazu auch *Butt*, Sydney LR 8 (1977), 400, 424 f.

<sup>226</sup> Siehe *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 407 f. Dazu noch näher in Kapitel 3 – B.II.1. (339).

<sup>227</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 427. Vgl. auch 442 (*Lord Fraser*).

<sup>228</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 427.

Die Entscheidung versucht zwar, der Bestimmtheitsdoktrin die artifiziellen Züge zu nehmen, grenzt sich gegenüber *Clayton v Ramsden* dann aber selbst mittels anderer Spitzfindigkeiten ab. Die Aussagen zur *public policy* zeugen von richterlicher Zurückhaltung und Distanz mit Blick auf diese Testierschranke.<sup>229</sup> Stattdessen betont die Entscheidung an mehreren Stellen den Grundsatz der Testierfreiheit im englischen Recht.<sup>230</sup> In Kontrast zu den tadelnden Worten des *House of Lords* in der Entscheidung *Clayton v Ramsden* steht das insbesondere bei *Lord Wilberforce* durchscheinende Verständnis für den Erblasser: Familiäre Überzeugungen und Traditionen sowie die Anbindung an die Kirche könnten gerade bei (Groß)Grundbesitzern von erheblicher Bedeutung sein, so der Richter.<sup>231</sup> Neben dieser Sympathie für den Erblasser und dessen Testierfreiheit wäre noch ein weiterer – möglicherweise unterschwelliger – Beweggrund zu erwägen: So wäre denkbar, dass man vor dem Hintergrund der im selben Jahr erfolgten Ausweitung der *family provision* Bedenken hatte, der Testierfreiheit noch weitere Schranken zu setzen.<sup>232</sup> Gerade *Lord Wilberforce* hatte sich bei der Beratung des Gesetzentwurfs entsprechend kritisch geäußert.<sup>233</sup>

Das Urteil läutete eine geänderte Handhabung letztwilliger Bedingungen ein – insbesondere mit Blick auf Bedingungen auflösender Natur.<sup>234</sup> Nicht jedes Testament mit Bezug zum jüdischen Glauben sei zu unbestimmt, so bspw. *Scott J* in der Entscheidung *In Re Tepper's Will Trusts*.<sup>235</sup> Der Blick blieb nicht isoliert auf den Text des Testaments gerichtet,<sup>236</sup> sondern das Gericht gab den Parteien Gelegenheit, weitere Beweise beizubringen, wie der Erblasser den Begriff des jüdischen Glaubens gemeint haben könnte.<sup>237</sup> Die Gerichte stärkten solchen Klauseln zunehmend den Rücken.<sup>238</sup>

---

<sup>229</sup> Siehe auch *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 261 f.

<sup>230</sup> Siehe *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 426 (sowie 427, 441 und 442). Dazu *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 264. Vgl. auch *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 35: „striking example of liberalism“.

<sup>231</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 426. Dazu *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 264.

<sup>232</sup> Dazu *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 264. Zur Entwicklung der *family provision* oben Kapitel 1 – B.I. (42).

<sup>233</sup> Siehe *Oughton/Tyler*, *Tyler's Family Provision*, 28 f.

<sup>234</sup> Dazu *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 51 (Fn. 70); *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 266 f.

<sup>235</sup> *In Re Tepper's Will Trusts* [1987] Ch 358, 376. Das Gericht sah sich mit einer Klausel konfrontiert, die den begünstigten Personen in Form einer auflösenden Bedingung auferlegte, den jüdischen Glauben beizubehalten und einen jüdischen Partner zu heiraten.

<sup>236</sup> Siehe zur früheren Blickrichtung *Cooper/Herman*, *Legal Studies* 19 (1999), 339, 360.

<sup>237</sup> Siehe *In Re Tepper's Will Trusts* [1987] Ch 358, 377.

<sup>238</sup> Vgl. *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 51 (Fn. 70): „[...] the tide has turned again [...]“; *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 266 f.

#### IV. Ausblick: möglicher Einfluss des Human Rights Act

Seit der *Human Rights Act* im Jahr 2000 vollumfänglich in Kraft trat,<sup>239</sup> scheint keine vergleichbare Entscheidung mehr ergangen zu sein. Doch wird im Schrifttum diskutiert, ob gewisse letztwillige Bedingungen vor dessen Hintergrund nun strenger beurteilt werden müssten.<sup>240</sup>

Der *Human Rights Act* überführte die zentralen Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in nationales englisches Recht.<sup>241</sup> Fortan war es möglich, sich vor nationalen englischen Gerichten auf eine Verletzung eines Rechts aus der EMRK zu berufen.<sup>242</sup> Neben seinem primären Anwendungsbereich im Verhältnis Bürger-Staat ist inzwischen anerkannt, dass der *Human Rights Act* und die von ihm in Bezug genommenen Rechte der EMRK auch Wirkung zwischen Privaten entfalten können (sog. *horizontal effect*).<sup>243</sup> Die Frage, ob die Rechte der EMRK über den *Human Rights Act* direkte oder indirekte Horizontalwirkung entfalten (*direct* bzw. *indirect horizontal effect*), scheint inzwischen zugunsten einer indirekten Wirkung geklärt zu sein.<sup>244</sup> Dies bedeutet, dass die Parteien sich nicht

---

<sup>239</sup> Human Rights Act 1998 (c.42). Dazu *Beale/Pittam*, in: *Human Rights in Private Law*, 131, 131.

<sup>240</sup> Siehe bspw. *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 51; *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills* Bd. I, Ziffer 34.12 (Fn. 4).

<sup>241</sup> *Hoffman/Phillipson/Young*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 1, 1; *Young*, in: *Current Problems in the Protection of Human Rights*, 69, 72. In einem white paper hatte die englische Regierung verkündet: „[...] the time has come to ‘bring rights home’“, *The Secretary of State for the Home Department*, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill*. Vgl. auch *Beale/Pittam*, in: *Human Rights in Private Law*, 131, 134 und 138.

<sup>242</sup> Siehe dazu *Bradley/Ewing/Knight*, *Constitutional and Administrative Law*, 379; *Hoffman/Phillipson/Young*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 1, 1 ff.

<sup>243</sup> Der *Human Rights Act* enthält hierzu keine ausdrückliche Bestimmung, doch stützt man die Horizontalwirkung auf dessen section 6 (1) und (3) (a). Hierdurch werden die Gerichte in die Pflicht genommen, in Einklang mit den Rechten der EMRK zu handeln. Davon sieht man auch private Rechtsstreitigkeiten erfasst. Section 6 (1): „It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right“; section 6 (3): „In this section ‘public authority’ includes (a) a court or tribunal [...]“. Siehe zum Ganzen *Young*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 16, 16 f.; *Young*, in: *Current Problems in the Protection of Human Rights*, 69, 73 ff.; *Beale/Pittam*, in: *Human Rights in Private Law*, 131, 137; *Vick*, *Texas International LJ* 37 (2002), 329, 358 ff. Siehe auch die Aussage des damaligen Lord Chancellor: „[...] it is right as a matter of principle for the courts to have the duty of acting compatibly with the convention not only in cases involving other public authorities but also in developing the common law in deciding cases between individuals“, *Lord Irvine of Lairg*, *House of Lords, Debates, Human Rights Bill*, 24.11.1997, Sp. 783.

<sup>244</sup> *Young*, in: *Current Problems in the Protection of Human Rights*, 69, 78; *Young*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 16, 37 und 41; *Beale/Pittam*, in: *Human Rights in Private Law*, 131, 132 ff.

direkt auf die Bestimmungen der EMRK berufen können (und diese die andere Partei nicht direkt binden), sondern ihr Vorbringen nach wie vor auf die bestehenden Regeln und Doktrinen des englischen *common law* stützen müssen. Diese sind allerdings im Lichte des betroffenen Freiheitsrechts auszulegen und anzuwenden.<sup>245</sup> Eine einheitliche dogmatische Vorgehensweise scheint sich in solchen Fällen noch nicht etabliert zu haben und die englische Rechtsprechung zögert wohl, sich diesbezüglich festzulegen.<sup>246</sup> Dennoch zeigt der *Human Rights Act* Auswirkungen im *common law*, bspw. beim Schutz der Privatsphäre und des Persönlichkeitsrechts.<sup>247</sup> Etwas generalisierend lässt sich mit Blick auf den Einfluss des *Human Rights Act* wohl feststellen: Wo bislang überwiegend in induktiver Art und Weise aus den einzelnen Fällen allgemeine Prinzipien des *common law* entwickelt wurden, tritt nun teilweise eine stärker deduktive Vorgehensweise zutage. Dabei werden die kollidierenden Freiheitsrechte in den Blick genommen und im Wege der Verhältnismäßigkeit abgewogen.<sup>248</sup>

Daher wird diskutiert, ob auch die Beurteilung letztwilliger Bedingungen von dieser Entwicklung erfasst werden wird – insbesondere über die Doktrin der *public policy*.<sup>249</sup> Der *Human Rights Act* und die Freiheitsrechte der EMRK – bei den hier behandelten Klauseln insbesondere Art. 9 (Gedanken-,

---

<sup>245</sup> Vgl. *Young*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 16, 35 f.; *Young*, in: *Current Problems in the Protection of Human Rights*, 69, 78 f. Die Entscheidung für direkte oder indirekte Horizontalwirkung ist zunächst konzeptioneller Art. Das Maß der Freiheitsrechtsgewähr hängt weniger davon ab, als von der konkreten Abwägung.

<sup>246</sup> Siehe *Young*, in: *Current Problems in the Protection of Human Rights*, 69, 80 f.; *Young*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 16, 16 f.; *Hoffman*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 379, 381.

<sup>247</sup> An dieser Stelle hat die über den *Human Rights Act* erfolgte Inbezugnahme der Art. 8 (Achtung des Privat- und Familienlebens) und 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung) sowohl argumentative als auch inhaltliche Veränderungen bewirkt, siehe *Young*, in: *Current Problems in the Protection of Human Rights*, 69, 82 ff. Siehe auch *Hoffman*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 379, 379. Siehe insbes. die Entscheidung *Campbell v MGN Ltd* [2004] 2 AC 457. Nach zehn Jahren *Human Rights Act* attestierte *Lord Neuberger* dem Gesetz deutlichen Einfluss auf die Entwicklung des englischen Rechts, *Lord Neuberger of Abbotsbury MR*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, xi.

<sup>248</sup> Vgl. *Young*, in: *Current Problems in the Protection of Human Rights*, 69, 69 sowie 73 und 83.

<sup>249</sup> Siehe *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 267 ff.; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 35 und 51; *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills Bd. I*, Ziffer 34.12 (Fn. 4); *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, *Theobald on Wills*, Ziffer 27-009. Siehe auch *Harding*, *OJLS* 31 (2011), 303, 311 ff.; *Cox*, *Waikato LR* 9 (2001), 24, 60. Einige Stimmen sprechen diesen Aspekt vorwiegend unter dem Blickwinkel einer diskriminierenden Wirkung der Klauseln an, dazu in Kapitel 3 – B.II.2. (340).

Gewissens- und Religionsfreiheit) sowie Art. 12 (Recht auf Eheschließung) – könnten die Anwendung der *public policy* entsprechend beeinflussen.<sup>250</sup>

In der Rechtsprechung war zwar schon angeklungen, dass die *public policy* mit der Zeit gehen müsse und Staatsverträge und Gesetze hierfür richtungweisend sein können, darunter auch die EMRK.<sup>251</sup> Dennoch war bisher ein Verstoß gegen die *public policy* stets abgelehnt worden. Stattdessen hatte man die Testierfreiheit betont.<sup>252</sup> Inzwischen wird aber bezweifelt, ob angesichts der gestiegenen gesellschaftlichen und politischen Sensibilität für Freiheitsrechte eine mögliche Abwägung zwischen Testierfreiheit und Religions- oder Eheschließungsfreiheit noch immer zum gleichen Ergebnis gelangen würde.<sup>253</sup> Um die *public policy* im Sinne einer offenen Abwägung kollidierender Freiheitsrechte anzuwenden, müsste die englische Rechtsprechung allerdings ein gutes Stück ihrer traditionellen Zurückhaltung gegenüber diesem Rechtsinstrument aufgeben.<sup>254</sup>

Die *Conservative Party* hatte unter *David Cameron* den Vorsatz gefasst, den *Human Rights Act* aufzuheben und durch eine englische *Bill of Rights* zu ersetzen.<sup>255</sup> Dieses Vorhaben wurde dann aber wieder auf Eis gelegt.<sup>256</sup> Der *Human Rights Act* bleibt also bestehen. Ob und inwieweit sich die teilweise bestehende Euroskepsis und die bisweilen kritische Haltung gegenüber EMRK und EGMR auch auf das Verhältnis von *Human Rights Act* und englischem *common law* auswirken, wird sich zeigen müssen.<sup>257</sup>

---

<sup>250</sup> Vgl. *Gardner*, An Introduction to the Law of Trusts, 50 (Fn. 65 f.), der für Ehe- bzw. Familienstatus betreffende Klauseln auch noch auf Art. 8 EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens) hinweist; *Grattan*, in: Modern Studies in Property Law Bd. I, 257, 272; *Mansoor*, ERPL 22 (2014), 703, 720.

<sup>251</sup> Siehe insbes. *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 426. Vgl. auch *Evanturel v Evanturel* (1874) LR 6 PC 1, 29.

<sup>252</sup> Dazu *Grattan*, in: Modern Studies in Property Law Bd. I, 257, 268.

<sup>253</sup> Vgl. bspw. *Harding*, OJLS 31 (2011), 303, 314; *Grattan*, in: Modern Studies in Property Law Bd. I, 257, 274; *Mansoor*, ERPL 22 (2014), 703, 721.

<sup>254</sup> Vgl. *Harding*, OJLS 31 (2011), 303, 311 ff. Vgl. auch *Judd*, Auckland University LR 8 (1998), 686, 705. Gegen ein Vorgehen im Wege der Abwägung und für ein engeres, an innerrechtlicher Widerspruchsfreiheit orientiertes Verständnis der *public policy* siehe *Jensen*, OJLS 39 (2019), 553, 568 ff.

<sup>255</sup> *The Conservative Party*, Manifesto 2015, 73. Siehe dazu auch *Dickson*, in: The UK and European Human Rights, 115, 115 f.

<sup>256</sup> *The Conservative and Unionist Party*, Manifesto 2017, 37.

<sup>257</sup> Vgl. hierzu *Dickson*, in: The UK and European Human Rights, 115, 115 ff. Vgl. auch *Fredman*, Comp. Human Rights Law, xxxvi, die dem *Human Rights Act* nur „shallow roots in the political and social culture“ attestiert.

### V. Zwischenergebnis England

Der Blick auf die Zulässigkeitsgrenzen letztwilliger Bedingungen offenbart für England eine komplexe Rechtslage. Bedingungen, die die Eheschließung des Bedachten betreffen, sind zunächst danach zu unterscheiden, ob sie das Eingehen einer Ehe grundsätzlich beschränken (*general restraint of marriage*) oder spezifischere Vorgaben hinsichtlich der Partnerwahl enthalten (*partial restraint of marriage*). Ein *general restraint* gilt traditionell als Verstoß gegen die *public policy* und ist unwirksam. Auch Bedingungen, die eine Trennung verheirateter Partner fordern, verstoßen grundsätzlich gegen die *public policy*. Von der (nicht immer erwünschten) Unwirksamkeitsfolge konnte man abweichen, indem man eine Klausel nicht als konditional wirkende Bedingung (*condition*), sondern als temporal wirkende *limitation* einordnete. Des Weiteren stützte man derartige Ehebeschränkungen auch über die Berücksichtigung des Motivs des Erblassers, das bspw. bei Wiederverheiratungsklauseln meist auf die Absicherung der Kinder gerichtet war und damit einen Verstoß gegen die *public policy* ausschloss. Letztlich ist der Anwendungsbereich der *public policy* aber recht eng. Als *partial restraint of marriage* unterfällt eine Bedingung schon nicht mehr der *public policy* und ist grundsätzlich wirksam.

Im Bereich zwischen *general* und *partial restraint* sind wohl jene Klauseln anzusiedeln, die die Zustimmung eines Dritten zur Ehe des Bedachten fordern. Die hier entwickelte *in terrorem*-Doktrin erklärt derartige Klauseln für unwirksam, falls kein alternativer Begünstigter vorgesehen ist. Man postulierte, der Erblasser habe die Bedingung nur als leere Drohung ohne Rechtsfolge verstanden (*in terrorem*). Der Anwendungsbereich der Doktrin blieb allerdings ebenfalls denkbar eng. Ähnlich wie die Abgrenzung zwischen *condition* und *limitation* kann auch diese Doktrin zu Zufallsergebnissen führen, je nachdem welche Formulierung der Erblasser wählt.

Bestimmungen, die den Erwerb des Nachlasses von der Ehelichung oder Nichteelichung einer bestimmten Person abhängig machen, sind als *partial restraint of marriage* grundsätzlich wirksam. Ähnlich behandelt man Bedingungen, die Vorgaben zur Religion des Bedachten enthalten. Teilweise haderete man wohl mit der Wirksamkeit dieser Anordnungen, insbesondere aufgrund des Einflusses, den der Erblasser damit auf die Lebensführung der bedachten Personen ausüben kann. Man sah sich aber aufgrund entsprechender Präjudizien daran gehindert, die *public policy* gegen derartige Bedingungen ins Feld zu führen. Vor diesem Hintergrund scheint das *House of Lords* 1942 die *uncertainty*-Doktrin als Ersatzinstrument auserkoren zu haben. Unter dem Einfluss weiterer – eher unterschwellig wirkender – Erwägungen entwickelte sich eine auf den ersten Blick wenig einleuchtende Differenzierung zwischen strengen Bestimmtheitsanforderungen für auflösende und weniger strengen Anforderungen für aufschiebende Bedingungen: eine Rechts-

lage, die von *Lord Denning* mit dem Ausruf „there is no sense in it“ bedacht wurde. Spätestens an dieser Stelle wird klar, dass es bei der Anwendung der *uncertainty*-Doktrin auf letztwillige Bedingungen im Kern nicht nur um Bestimmtheit und Verständlichkeit der Klauseln gegangen war. 1975 versuchte das *House of Lords* schließlich, den Bestimmtheitsmaßstab von künstlichen Differenzierungen und Spitzfindigkeiten zu befreien, machte gleichzeitig aber klar, dass ein Verstoß letztwilliger (Religions)Bedingungen gegen die *public policy* nach wie vor nicht in Frage kam. Die Entscheidung stärkte letztwilligen Ehe- und Religionsbedingungen den Rücken – und somit auch der Testierfreiheit von Erblassern, die fortan zu einer solchen Gestaltung griffen.

Dass der *Human Rights Act* das Blatt nun wendet und letztwillige Potestativbedingungen im Wege einer freiheitsrechtlich informierten Abwägung doch noch der *public policy* unterstellt werden, erscheint im Moment zwar eher unwahrscheinlich, ist aber nicht ausgeschlossen. Dieses Vorgehen brächte die Chance mit sich, das fragmentierte Regelungsgefüge zu vereinheitlichen und über eine Abwägung auch die jeweils tangierten Rechtspositionen zu benennen und damit die Rechtsmaterie zugänglicher zu machen. Denn bislang trifft man immer noch auf eine Rechtslage, die *Olin Browder* als „confusion possibly without parallel in the law“ beschrieben hatte.<sup>258</sup>

### C. Südafrika

Andrew Mauritz Mostert, geboren 1868 in der Nähe von Kapstadt, war erfolgreicher Unternehmer und Farmer. Er hatte davon geträumt, das ehemalige Familienlandgut zurückzuerwerben, das sein Großvater nach wirtschaftlichen Schwierigkeiten hatte verkaufen müssen. Als das Anwesen tatsächlich zum Verkauf stand, wurde er beim Kaufversuch vom Politiker, Unternehmer und Imperialisten Cecil John Rhodes überboten. Also kaufte er eine Farm in der Nähe von Johannesburg und errichtete ein Anwesen im Stile und mit dem Namen des früheren Familiensitzes.<sup>259</sup> Als Mr. Mostert im Jahr 1939 verstarb, hinterließ er ein ausführliches Testament, das sein lebzeitiges Bemühen um das Familienanwesen und die Familientradition widerspiegelte. Das Landgut band er langfristig im testamentarisch errichteten *Mostert Trust Fund*. Er teilte das Landgut (oder besser gesagt den Nießbrauch daran) unter seinen Kindern und einem Enkel auf. Die Zuwendungen waren allerdings an eine Vielzahl von Bedingungen geknüpft: Die Begünstigten sollten ihren jeweiligen Anteil selbst und dauerhaft bewohnen sowie nutzbringend bewirtschaften. Alle Ehemänner seiner Töchter sollten den Namen Mostert annehmen oder ihrem Nachnamen

<sup>258</sup> *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1289.

<sup>259</sup> Siehe zur Geschichte des heute als Hotel geführten Anwesens: <<https://perma.cc/FXZ2-VFCT>>.

anfügen. Bei Verstoß gegen eine Bedingung (oder Versterben eines Nachkommen) falle der Anteil an den ältesten männlichen Abkömmling. Außerdem dürfe, wer das Hauptanwesen bewohne, nur einen weißen europäisch-stämmigen Südafrikaner (respektive Südafrikanerin) heiraten und die Witwe eines kinderlos verstorbenen Sohnes müsse das Landgut innerhalb von drei Monaten verlassen. Neben architektonischen Vorgaben für die zu bauenden Häuser bestimmte Mr. Mostert schließlich noch, dass auch ein Gang zu Gericht die sofortige Verwirkung des jeweiligen Anteils mit sich bringe.<sup>260</sup>

Nun ist dies sicherlich ein eher außergewöhnliches Testament. Die damit verbundenen Fragen rund um die Wirksamkeitsgrenzen letztwilliger Potestativbedingungen stellten sich allerdings auch in vielen anderen Verfahren. Hierzu erklärt ein südafrikanisches Erbrechtslehrbuch:

„Cases where conditions were challenged as being against public policy or immoral extend over a wide field. Most of them had to do with marriage, rightly beloved of public policy.“<sup>261</sup>

Die Darstellung letztwilliger Ehe- und Religionsbedingungen orientiert sich für Südafrika an den prominentesten Fallkonstellationen und schließt sodann mit einem Ausblick auf die prognostizierte Neubewertung letztwilliger Bedingungen vor dem Hintergrund der südafrikanischen Verfassung.<sup>262</sup>

### I. Trennungsklauseln und die Frage nach Maßstab und Rechtsfolge

Knüpft ein Erblasser eine letztwillige Zuwendung an die Bedingung, dass die bedachte Person sich von ihrem Ehepartner scheiden lässt, so verstößt dies nach gefestigter Rechtsprechung gegen *public policy* und *boni mores*.<sup>263</sup> Dabei stammt der Begriff der *public policy* aus dem englischen, jener der *boni mores* aus dem römisch-holländischen Recht. Die Begriffe werden meist synonym verwendet und als einheitliche Testierschranke verstanden.<sup>264</sup> Ne-

<sup>260</sup> Siehe *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T) 478 ff. sowie die zum gleichen Testament ergangene spätere Entscheidung *Ex parte Mostert: In re Estate Late Mostert* 1975 (3) SA 312 (T).

<sup>261</sup> *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 129.

<sup>262</sup> Allgemein zu Bedingungen im südafrikanischen Erbrecht *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 122 ff. In der südafrikanischen Terminologie wird unterschieden zwischen suspensive condition (aufschiebende Bedingung) und resolutive condition (auflösende Bedingung) sowie im Falle einer Potestativbedingung zwischen Gebot (positive potestative condition) und Verbot (negative potestative condition).

<sup>263</sup> Siehe dazu *Ex parte de Wet* 1931 CPD 314; *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W); *Ex parte Swanevelder* 1949 (1) SA 733 (O); *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T); *Ex parte Isaacs* 1964 (4) SA 606 (GW); *Ex parte Higgs*; *In re Estate Rangasami* 1969 (1) SA 56 (D); *Ex parte St Clair Lynn* 1980 (3) SA 163 (W); *Oosthuizen v Bank Windhoek Ltd* 1991 (1) SA 849 (Nm). Aus der Lit. *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 129; *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 135; *De Waal/Erasmus/Gauntlett/Wiechers*, in: LAWSA Bd. XXXI, Ziffer 318.

ben der Terminologie beziehen sich Rechtsprechung und Literatur auch mit Blick auf die inhaltliche Anstößigkeit einer Trennungsklausel sowohl auf englisches Recht als auch auf Autoritäten zum römisch-holländischen Recht wie insbesondere *Johannes Voet* (1647–1713).<sup>265</sup>

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1948 führte *Price J* aus, alle zivilisierten Rechtsordnungen hielten derartige Bestimmungen für anstößig. Es gebe wohl kaum Bestimmungen, die noch augenscheinlicher gegen die *public policy* verstießen. Wer Ehen auflösen wolle, löse die Nation auf und nehme den Kindern solch gescheiterter Ehen Geborgenheit, Sicherheitsgefühl und Frohsinn. Nur in einem intakten Elternhaus könnten sie Zuwendung und Schutz erfahren.<sup>266</sup> Der verstorbene Mr. Goodman hatte in seinem Testament angeordnet, die Zuwendungen an seine Tochter erst auszuzahlen, wenn deren Ehe aufgelöst sei. Das Gericht befand, dass aus dem Testament eindeutig die Absicht des Erblassers hervorgehe, die Ehe zu zerstören.<sup>267</sup>

Ob eine solche Absicht des Erblassers für einen Verstoß gegen *public policy* und *boni mores* erforderlich ist oder es schon genügt, dass die Klausel objektiv geeignet ist, die Ehe zu beeinträchtigen, war Gegenstand der Entscheidung um das schon eingangs erwähnte Testament des Mr. Mostert. Zwei seiner Töchter waren gegen die Bedingung, auf dem Hof wohnen und diesen bewirtschaften zu müssen, mit der Begründung vorgegangen, die Anordnung beeinträchtige ihre Ehen, da ihre Ehemänner beruflich an anderen Orten gebunden seien; die Klausel verstoße daher gegen die *public policy*. *Williamson J* setzte sich intensiv mit englischen Entscheidungen auseinander, denen er allerdings eine gewisse Verworrenheit in dieser Sache attestierte.<sup>268</sup> Aber auch aus bisheriger südafrikanischer Rechtsprechung oder römischen bzw. römisch-holländischen Quellen könne keine eindeutige Antwort gewonnen werden. Letztlich sprach sich *Williamson J* dafür aus, einen Verstoß gegen die *boni mores* an eine Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers zu knüpfen.

<sup>264</sup> Dazu noch unten Kapitel 2 – D.V.2. (283).

<sup>265</sup> So verweisen die Urteile u. a. auf die englische Entscheidung *In Re Caborne* [1943] Ch 224. Aus der Lit. verweisen bspw. *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 129 und *Isakow*, *Law of Succession*, 101 auf *Voet*, *Commentarius ad Pandectas*, 24.2.2, übersetzt in *Gane*, *The Selective Voet*, Bd. IV, 24.2.2 (285). Zur zugrunde liegenden Codex-Stelle auch *Meinke*, in: FS Kaser, 437, 438 f. Zu den für das südafrikanische Recht bedeutenden niederländischen Juristen und ihren Werken siehe *Zimmermann*, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, 58 ff.

<sup>266</sup> *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W) 933.

<sup>267</sup> *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W) 932. Dabei wurde nur am Rande angesprochen, dass mit finanziellen Anreizen Druck auf zukünftiges Verhalten der Begünstigten ausgeübt wird, siehe 939 („it had to be performed by the beneficiary“). Vgl. auch *Ex parte Swanevelde* 1949 (1) SA 733 (O) 737 („dissolution for a pecuniary gain“).

<sup>268</sup> *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T) 485: „Apart from this ‘obscurity’, the English cases often turn upon the ‘type’ of condition being considered. [...] It is very doubtful whether these distinctions have any application on this topic under our law.“

Eine bloß objektive Tendenz sei als Maßstab zu unscharf und auch unangebracht, da dies vorschnell zur Unwirksamkeit führen könne. Falls die Bedingung aus zulässigen Gründen eingefügt wurde, bleibe sie wirksam, selbst wenn sie Auswirkungen auf die Ehe haben könne.<sup>269</sup> Im vorliegenden Fall sei nicht die geringste Absicht des Erblassers erkennbar gewesen, die Ehen der Töchter zerstören zu wollen – sein Ziel sei offensichtlich:

„He desired to create in perpetuity a little Mostert kingdom, peopled only by Mosterts [...]“<sup>270</sup>

Mit dieser Feststellung stützte *Williamson J* die Anordnung des Mr. Mostert und versagte den beiden Töchtern wegen Verstoßes gegen die Bedingungen eine Teilhabe am Nachlass.<sup>271</sup>

Ist eine Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers ersichtlich und verstößt die Bedingung somit gegen *public policy* und *boni mores*, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge: Erfasst die Unwirksamkeit der Bedingung auch die Verfügung als solche oder streicht man lediglich die Bedingung, sodass die Verfügung bestehen bleibt? In der Entscheidung um das Testament des Mr. Goodman ging *Price J* dabei zunächst auf das englische Recht ein, das mit Blick auf die Rechtsfolge zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung unterscheidet. Er befand allerdings:

„In so far as I can understand these legal rules they strike me as somewhat unreal and artificial. The policy of the law is to destroy the evil tendency of provisions *contra bonos mores*. The best way to do this is to strike out the objectionable provisions.“<sup>272</sup>

Die unwirksame Bedingung sei als nicht geschrieben zu betrachten (*pro non scripto*), die restliche Verfügung bleibe bestehen. Gestützt wurde dies auf römische Rechtsquellen, Autoren des römisch-holländischen Rechts sowie

---

<sup>269</sup> *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T) 486. *Williamson J* distanzierte sich ausdrücklich von seiner Aussage in *Kuhn v Karp* 1948 (4) SA 825 (T) 841 f., wo er (im Falle eines Vertrages unter Lebenden) sowohl Absicht als auch objektive Auswirkungen als relevant erachtet hatte.

<sup>270</sup> *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T) 486. Siehe mit ebenfalls für legitim erklärten Absichten *Ex parte Swanevelder* 1949 (1) SA 733 (O) 739; *Ex parte Higgs*; *In re Estate Rangasami* 1969 (1) SA 56 (D) 59 (Erhalt von Vermögen und Familie); *Ex parte St Clair Lynn* 1980 (3) SA 163 (W) 166 f. (zusätzliche Vorsorge für Tochter).

<sup>271</sup> Der Verlust der Zuwendungen beruhte lediglich auf dem Verstoß der Töchter gegen die Wohnsitzbedingung. Die Anordnung des Erblassers, dass auch der Gang zu Gericht die sofortige Verwirkung des jeweiligen Anteils mit sich bringe, wurde dagegen für unvereinbar mit der *public policy* gehalten und entfaltete daher keine Wirkung („[...] attempt by the testator to oust the jurisdiction of the Court [...]“), siehe *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T) 482.

<sup>272</sup> *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W) 935. Die englische Differenzierung sei auch kein Teil des civil law, auf dem das südafrikanische Recht basiere (937).

vereinzelte südafrikanische Entscheidungen.<sup>273</sup> Die Bedingung der Ehescheidung wurde aus dem Testament des Mr. Goodman gestrichen.

Die Urteile zu Trennungsklauseln, die den Weg in die Entscheidungssammlungen fanden, liegen zwischen 1931 und 1990.<sup>274</sup> Es fällt auf, dass sich die Verweise auf Präjudizien und Literatur im Laufe der Zeit veränderten. In den frühen Fällen wurden ausführlich englische Entscheidungen besprochen. Von diesen grenzten sich die südafrikanischen Gerichte allerdings zunehmend ab – nicht selten unter Verweis auf römisches bzw. römisch-holländisches Recht.<sup>275</sup> Später knüpfte man schlicht an die schon ergangenen südafrikanischen Entscheidungen an, ohne sich erneut mit den verschiedenen Rechtsquellen auseinanderzusetzen.<sup>276</sup> Im heutigen Schrifttum spielen Trennungsklauseln eine eher untergeordnete Rolle. Möglicherweise hat die gefestigte Rechtsprechung (zumindest juristisch beratene) Erblasser zu entsprechender Vorsicht bewogen.

## II. Ehelosigkeits- und Wiederverheiratungsklauseln

Unwirksam sind auch Klauseln, die einen Begünstigten generell von der Eingehung einer Ehe abhalten sollen, indem die Zuwendung unter die auflösende Bedingung der Eheschließung gestellt wird.<sup>277</sup>

„It is settled law that a condition embodying a general restraint on marriage is invalid as being against public policy and contra bonos mores“,

so *Dowling J* in *De Wayer v SPCA Johannesburg*.<sup>278</sup> Die Erblasserin hatte letztwillig verfügt, dass große Teile ihres Vermögens einem namentlich genannten ledigen Herrn unter der Bedingung zukommen sollten, dass er nach

<sup>273</sup> Dies waren u. a. D. 28,7,14; D. 28,7,9; D. 36,2,5 sowie *Voet*, Commentarius ad Pandectas, 36.2.4, übersetzt in *Gane*, The Selective Voet, Bd. V, 36.2.4 (453 f.), siehe *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W) 937 f. Vgl. auch *Ex parte Isaacs* 1964 (4) SA 606 (GW); *Oosthuizen v Bank Windhoek Ltd* 1991 (1) SA 849 (Nm). Vgl. zur Rechtsfolge aus der Lit. *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 129; *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G7.

<sup>274</sup> *Ex parte de Wet* 1931 CPD 314 und *Oosthuizen v Bank Windhoek Ltd* 1991 (1) SA 849 (Nm). Die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen begann erst 1857 und war bis zum Entstehen der Union of South Africa im Jahre 1910 wohl uneinheitlich und lückenhaft, siehe *Zimmermann/Visser*, in: Southern Cross, 1, 15 ff.

<sup>275</sup> Siehe *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W); *Ex parte Swanevelder* 1949 (1) SA 733 (O); *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T).

<sup>276</sup> Siehe *Ex parte Isaacs* 1964 (4) SA 606 (GW); *Ex parte St Clair Lynn* 1980 (3) SA 163 (W).

<sup>277</sup> Siehe *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 129; *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 135; *De Waal/Erasmus/Gauntlett/Wiechers*, in: LAWSA Bd. XXXI, Ziffer 318. Aus der Rspr. *De Wayer v SPCA Johannesburg* 1963 (1) SA 71 (T) 79; *Ex parte Higgs*; *In re Estate Rangasami* 1969 (1) SA 56 (D) 58.

<sup>278</sup> *De Wayer v SPCA Johannesburg* 1963 (1) SA 71 (T) 79.

ihrem Tod unverheiratet bleibe. Die Bedingung wurde für unwirksam erklärt, da die Erblasserin mit der Klausel das Ziel verfolgt habe, den Bedachten von der Eingehung jedweder Ehe abzuhalten.<sup>279</sup> Auch in diesen Fällen verweisen Rechtsprechung und Literatur auf römisch-holländische Autoren und Digestenstellen. Letztere gehen überwiegend auf die römische Ehegesetzgebung unter Kaiser Augustus zurück (*lex Iulia et Papia*).<sup>280</sup> Als „settled law“ wird nun auch die Rechtsfolge beschrieben: die ehebeschränkende Bedingung wird *pro non scripto* behandelt, d.h. unter Aufrechterhaltung der übrigen Verfügung aus dem Testament gestrichen.<sup>281</sup>

Dagegen ist eine solche Bedingung wirksam, falls der Erblasser keine Beeinträchtigung der Ehe beabsichtigt hatte.<sup>282</sup> Verfestigt hat sich dabei insbesondere die Wirksamkeit von Wiederverheirungsklauseln.<sup>283</sup> Diese Ausnahme führt die Literatur bis auf das römische Recht zurück.<sup>284</sup> Auch in Südafrika treten Wiederverheirungsklauseln oft in gemeinschaftlichen Testamenten auf, in denen sich die Eheleute gegenseitig zu Erben einsetzen (*joint* bzw. *mutual will*)<sup>285</sup> und für den Fall der Wiederverheiratung des Überlebenden bestimmen, dass der Nachlass an die gemeinsamen Kinder fallen soll.<sup>286</sup>

---

<sup>279</sup> *De Wayer v SPCA Johannesburg* 1963 (1) SA 71 (T) 79 f.

<sup>280</sup> Siehe *De Wayer v SPCA Johannesburg* 1963 (1) SA 71 (T) 79 sowie *Ex parte Higgs; In re Estate Rangasami* 1969 (1) SA 56 (D) 58 mit Verweis auf Voet, Commentarius ad Pandectas, 28.7.12, übersetzt in *Gane, The Selective Voet*, Bd. IV, 28.7.12 (787). Siehe auch *Corbett/Hofmeyr/Kahn, The Law of Succession in South Africa*, 129 mit Verweis u.a. auf D 35.1.22, D 35.1.62.2, D 35.1.64.1, D 35.1.72.5. Siehe zur *lex Iulia et Papia* auch unten Kapitel 2 – D.II.2. (237).

<sup>281</sup> So *De Wayer v SPCA Johannesburg* 1963 (1) SA 71 (T) 79.

<sup>282</sup> Vgl. *Ex parte Higgs; In re Estate Rangasami* 1969 (1) SA 56 (D) 58 f.; *Rubin v Altschul* 1961 (4) SA 251 (W) 252 f. In beiden Entscheidungen wird auf *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T) verwiesen.

<sup>283</sup> Siehe *Corbett/Hofmeyr/Kahn, The Law of Succession in South Africa*, 129 f.; *De Waal/Schoeman-Malan, Law of Succession*, 135.

<sup>284</sup> Vgl. *Corbett/Hofmeyr/Kahn, The Law of Succession in South Africa*, 129 f.: „An important exception which goes back to Roman law applies to remarriage“.

<sup>285</sup> Als *joint will* wird ein Testament bezeichnet, das letztwillige Anordnungen von mehr als einem Erblasser enthält. Die letztwilligen Verfügungen sind zwar in einer gemeinsamen Urkunde zusammengefasst, können aber voneinander völlig unabhängig sein. Die Erblasser müssen auch nicht miteinander verheiratet sein. Ein *joint will* wird zum *mutual will*, sobald die Erblasser sich darin gegenseitig begünstigen. Die Bezeichnungen werden allerdings oft synonym verwendet. Siehe dazu *De Waal/Schoeman-Malan, Law of Succession*, 190 f.

<sup>286</sup> Vgl. *Havemann's Assignee v Havemann's Executor* 1927 AD 473; *Van der Merwe v Registrateur van Aktes* 1975 (4) SA 636 (T). Die Rechtsfolgen einer solchen Klausel können je nach Formulierung unterschiedlich sein. Die Vorgabe, dass im Falle der Wiederverheiratung der gesamte Nachlass an die gemeinsamen Kinder gehen soll, kann zu einem *fideicommissum* führen (vergleichbar mit der deutschen Vor- und Nacherbfolge). Der Ehepartner wird Eigentümer, ist aber meist in seiner Verfügungsmacht beschränkt, siehe

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung nicht bezweifelt.<sup>287</sup> Nachdem sich *Van den Heever J* in einem *obiter dictum* aus dem Jahre 1942 skeptisch zur Wirksamkeit solcher Klauseln verhalten hatte,<sup>288</sup> sah sich die Rechtsprechung dazu veranlasst, ausdrücklich deren Wirksamkeit zu bekräftigen. Man wies darauf hin, dass sich viele Autoren des römisch-holländischen Rechts für die Wirksamkeit derartiger Bedingungen ausgesprochen hätten und berief sich dabei insbesondere auf die Ausführungen *Johannes Voets*. Diesem Standpunkt solle auch im heutigen Recht Bedeutung beigemessen werden, zumal in keinem der bisher in Südafrika entschiedenen Fälle ein Verstoß gegen die *public policy* ins Feld geführt worden sei.<sup>289</sup> Und schließlich kenne auch das englische Recht eine Ausnahme für Wiederverheiratsklauseln, da der Erblasser vor allem die Versorgung der gemeinsamen Kinder sicherstellen wolle.<sup>290</sup> Südafrikanische Rechtsprechung und Literatur stützen die Gültigkeit einer Wiederverheiratsklausel also auf römische Rechtsquellen, Autoren zum römisch-holländischen Recht des 17. Jahrhunderts, ergänzt durch Verweise auf englisches Recht sowie davon inspirierte Überlegungen zur typischen Motivationslage eines

---

*Curren v Jacobs* [2000] 4 All SA 584 (SEC). Zum fideicommissum (oder auch fideicommissary substitution) siehe *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 147 ff. Eine andere Möglichkeit besteht darin, den Ehepartner zum unbeschränkten Vollerben einzusetzen, ihn aber (ähnlich der deutschen Vermächtnislösung) für den Fall der Wiederverheiratung mit einem Geldanspruch zugunsten der Kinder zu beschweren, siehe bspw. *Ex parte Gitelson* 1949 (2) SA 881 (O). Die Bedingung kann sich auch auf einen letztwillig errichteten trust beziehen und vorsehen, dass dem Ehepartner bis zur Wiederverheiratung die Erträge des trust zustehen, im Falle der erneuten Heirat aber das gesamte trust-Kapital an die Kinder auszukehren ist, siehe bspw. *Ex parte Watling* 1982 (1) SA 936 (C).

<sup>287</sup> *Ex parte Kuzzulo* 1916 WLD 16; *Barnett v Estate Gumpert* 1926 CPD 363; *Havemann's Assignee v Havemann's Executor* 1927 AD 473. Für weitere Fälle siehe die Verweise in *Ex parte Gitelson* 1949 (2) SA 881 (O) 886. Vgl. auch *Grusd v Grusd* 1946 AD 465, 480 f.

<sup>288</sup> *Ex parte Cronje* 1942 OPD 86, 87: „The Roman Law in regard to conditions in restraint of remarriage has fluctuated between full remission of the condition by virtue of a legal benefit on the one hand and extreme harshness in its enforcement on the other“.

<sup>289</sup> *Ex parte Gitelson* 1949 (2) SA 881 (O) 884 ff. mit Verweis auf *Voet*, Commentarius ad Pandectas, 28.7.13, übersetzt in *Gane*, The Selective Voet, Bd. IV, 28.7.13 (789 f.). Vgl. auch *Rubin v Altschul* 1961 (4) SA 251 (W).

<sup>290</sup> *Ex parte Gitelson* 1949 (2) SA 881 (O) 886 mit Verweis auf die engl. Entscheidung *Allen v Jackson* (1875) 1 Ch D 399. Vgl. auch *Rubin v Altschul* 1961 (4) SA 251 (W) 252 f. In *Ex parte Dessels* 1976 (1) SA 851 (D) war der Erblasser über die Wiederverheiratsklausel hinausgegangen. Wolle die Ehefrau der Zuwendung nicht verlustig gehen, dürfe sie kein Leben in Unzucht führen, nicht mit fremden Personen wohnen, männliche Besucher nur in Begleitung ihrer Ehefrauen empfangen und sich nicht abschätzig über ihn äußern. Im Verbot der Unzucht konnte das Gericht keinen Verstoß gegen die *boni mores* erkennen. Der Erblasser habe lediglich eine Umgehung der Wiederverheiratsklausel verhindern wollen. Die übrigen Vorgaben wurden allerdings wegen Unbestimmtheit gestrichen.

Erblässers.<sup>291</sup> In späteren Urteilen wurde die Wirksamkeit von Wiederverheirungsklauseln dann nicht mehr in Frage gestellt.<sup>292</sup>

### III. Faith and Race Clauses: spezifische Vorgaben zu Ehe und Religion

Die wohl prominentesten Fälle letztwilliger Bedingungen firmieren in Südafrika unter der Bezeichnung *faith and race clauses*.<sup>293</sup> Solche Klauseln enthalten die Forderung, eine Person bestimmten Glaubens oder bestimmter Abstammung zu heiraten; teilweise werden aber auch dem Bedachten selbst Vorgaben bezüglich seiner Religion gemacht. Inhaltlich decken sie sich also weitgehend mit den in England unter der *uncertainty*-Doktrin diskutierten Gestaltungen. In der auffallenden Mehrzahl der untersuchten südafrikanischen Fälle sollte die letztwillige Zuwendung mittels einer auflösenden Bedingung entfallen, falls der oder die Bedachte eine Person heiratet, die nicht jüdischen Glaubens oder jüdischer Abstammung ist.<sup>294</sup> Die wechselhafte Entwicklung dieser Fallgruppe offenbart in besonderem Maße die zahlreichen Probleme und unterschiedlichen Standpunkte bei der Behandlung letztwilliger Potestativbedingungen in Südafrika.

#### I. Die Ausgangslage

Zunächst ließen die Gerichte keine Zweifel an der Wirksamkeit solcher Bestimmungen erkennen. So beschäftigte bspw. im Jahr 1921 das Testament des Mr. Marks die *Transvaal Provincial Division*. Der Erblasser hatte bestimmt, dass jedes seiner Kinder, das eine Person nicht-jüdischen Glaubens heiratete, als am Tag der Hochzeit gestorben anzusehen sei. Das Gericht schien weder Wirksamkeitsbedenken noch Auslegungsschwierigkeiten zu haben.<sup>295</sup> Auch in ähnlich gelagerten Fällen wurde die Gültigkeit solcher Bedingungen nicht problematisiert. Die Parteien hatten die Klausel hinsichtlich ihrer Wirksamkeit aber auch gar nicht angegriffen – es ging meist um allgemeine Fragen der Testamentsauslegung.<sup>296</sup>

---

<sup>291</sup> Siehe aus der Lit. insbes. *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 129 f.

<sup>292</sup> Siehe *Van der Merwe v Registrateur van Aktes* 1975 (4) SA 636 (T); *Ex parte Watling* 1982 (1) SA 936 (C); *Curren v Jacobs* [2000] 4 All SA 584 (SEC).

<sup>293</sup> Vgl. aus der Lit. *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231; *Joubert*, SALJ 85 (1968), 402; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 130.

<sup>294</sup> So weisen 12 von 15 untersuchten Entscheidungen dieser südafrikanischen Fallgruppe einen Bezug zum jüdischen Glauben auf. Dies bezeichnete *Broome J* im Jahr 1949 als „curious circumstance“, *Aronson v Estate Hart* 1949 (2) SA 789 (N) 792.

<sup>295</sup> Siehe *Ex parte Marks' Executors* 1921 TPD 284, 286 f.

<sup>296</sup> Siehe *Ex parte Administrators Estate Lesser* 1940 TPD 11; *Scott v Estate Scott* 1943 NPD 7. Vgl. auch *In Re Estate Madore* 1936 NPD 215, 221 (die bedachte Person sollte

## 2. Die Bestimmtheitsrechtsprechung der 1940er-Jahre

Die Wirksamkeit einer derartigen Anordnung wurde erstmals 1943 in Frage gestellt. Der Sohn des Erblassers, der entgegen der Heiratsvorgabe eine Frau „not of the Jewish faith and blood“ geheiratet hatte, berief sich dabei auf die kurz zuvor ergangene englische Entscheidung *Clayton v Ramsden*, in der eine ähnliche Klausel für zu unbestimmt und unwirksam erklärt worden war.<sup>297</sup> Das südafrikanische Gericht ließ die Frage aber letztlich offen, da ein Eingreifen der Klausel schon im Wege der Testamentsauslegung abgelehnt wurde.<sup>298</sup>

Nur ein Jahr später beschäftigte die Problematik das Gericht in der Entscheidung *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* erneut. Auch hier hatte ein Abkömmling entgegen der testamentarischen Anordnung eine Person nicht-jüdischen Glaubens geheiratet und sodann die Wirksamkeit der Bedingung mit dem Argument angegriffen, die Klausel sei zu unbestimmt.<sup>299</sup> Zwei der drei damit befassten Richter hielten die Klausel für unwirksam, wodurch der Enkel am Nachlass beteiligt blieb.<sup>300</sup> Südafrikanische Entscheidungen erachtete man mit Blick auf die Frage der Bestimmtheit für unergiebig und behandelte sodann englische Rechtsprechung – insbesondere die Entscheidung *Clayton v Ramsden*.<sup>301</sup> Englische Entscheidungen seien für südafrikanische Gerichte nicht im technischen Sinne der *doctrine of precedent* bindend und man könne unter den dort vertretenen Ansichten die überzeugendste auswählen, so die Richter.<sup>302</sup> Ausgehend vom strengen Bestimmtheitsmaßstab, den das englische *House of Lords* 1859 für auflösende Bedingungen festgelegt hatte<sup>303</sup> hielten *Murray* und *Schreiner JJ* die Überlegungen der englischen Rechtsprechung für überzeugend. Sie erklärten, Glaube könne sehr unterschiedliche Ausprägung und Intensität annehmen und sei als rein innerer Vorgang schon grundsätzlich nicht hinreichend beweisbar.<sup>304</sup> *Blackwell J* widersprach allerdings in seinem Votum. Er könne keinerlei Bestimmtheits- und Beweisprobleme erkennen. Es sei eindeutig, dass die Ehefrau nicht

---

jegliche Begünstigung verwirken, falls sie in ein römisch-katholisches Kloster oder eine ähnliche Institution eintrete).

<sup>297</sup> Zu *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320 oben Kapitel 2 – B.III.b) (203).

<sup>298</sup> *Fram v Fram* 1943 TPD 362.

<sup>299</sup> Das gemeinschaftliche Testament von Samuel und Hannah Nathanson enthielt folgende Klausel: „It is our desire that none of the aforesaid children or grandchildren shall marry anyone out of the Jewish Faith and in case of any child or grandchild contracting such a marriage then he or she shall forfeit his or her inheritance for the benefit of our remaining residuary heirs“, *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 371 f.

<sup>300</sup> Vgl. *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 381 und 387.

<sup>301</sup> Vgl. *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 373 ff.

<sup>302</sup> *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 375 und 384 („free to select the one that appears to us to be right, unaffected by considerations of precedent“).

<sup>303</sup> *Clavering v Ellison* (1859) 7 HLC 707, 725, dazu oben Kapitel 2 – B.III.b) (203).

<sup>304</sup> *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 373 ff. und 386.

dem jüdischen Glauben angehöre. Darüber hinaus sei die Klausel nicht zu unbestimmt, denn man könne – und damit folgte er dem Sondervotum *Lord Wrights* in *Clayton v Ramsden* – dem jüdischen Glauben ebenso beweisbaren Inhalt beimessen, wie man dies bspw. beim katholischen Glauben für möglich gehalten hatte. Man dürfe die Bestimmtheitsanforderungen nicht überspannen.<sup>305</sup> Man solle – unterstellt die Klausel verstoße nicht gegen die *public policy* – nicht aus reiner Abneigung gegenüber solchen Anordnungen auf einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot erkennen.<sup>306</sup> Nun hatte der Rechtsbeistand des Enkels in Anbetracht englischer Rechtsprechung ausdrücklich darauf verzichtet, einen Verstoß gegen die *public policy* vorzutragen, weshalb das Gericht darüber auch nicht entschied.<sup>307</sup> Und dennoch streiften die Richter cursorisch jene Aspekte, die man wohl als den eigentlichen Problemkern solcher Klauseln bezeichnen muss: Da ein Verstoß gegen die *public policy* nicht vorgebracht sei, müsse man nicht näher darauf eingehen, dass mancher Erblasser durch derartige Bedingungen das Leben seiner Abkömmlinge zu beeinflussen versuche und englische Richter sich hierzu recht kritisch geäußert hätten.<sup>308</sup> Es sei daher auch nicht zu erörtern, ob eine solche Klausel möglicherweise wegen Beschränkung der Religions- und Eheschließungsfreiheit gegen die *public policy* verstoße.<sup>309</sup>

Stattdessen erklärte man die Bedingung auf Basis einer englischen Entscheidung für unwirksam, die sich selbst den Vorwurf gefallen lassen muss, sich mit früherer Rechtsprechung nicht ausreichend auseinandergesetzt und das Bestimmtheitsgebot letztlich als Ersatzinstitut für die *public policy* benutzt zu haben.<sup>310</sup> Das römisch-holländische Recht fand in der südafrikanischen Entscheidung keinerlei Berücksichtigung.<sup>311</sup>

### 3. *Aronson v Estate Hart* (1949)

Einige Urteile waren der Entscheidung *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* gefolgt.<sup>312</sup> Wenige Jahre später verwarf allerdings die damals

<sup>305</sup> *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 388 ff.

<sup>306</sup> *Blackwell J* kritisierte damit die englischen *Lords* in *Clayton v Ramsden*, die sich nicht einmal die Mühe gemacht hätten, ihre persönliche Abneigung zu verbergen, *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 388.

<sup>307</sup> Siehe *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 372 („[...] consequently this aspect of the matter need not be considered [...]“) und 381 sowie 391.

<sup>308</sup> *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 372 (*Murray J*).

<sup>309</sup> *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 381 (*Schreiner J*).

<sup>310</sup> Siehe dazu oben Kapitel 2 – B.III.b) (203).

<sup>311</sup> So auch *Joubert*, SALJ 85 (1968), 402, 402. Vgl. auch *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 233.

<sup>312</sup> *Ex parte Estate Hack* 1945 TPD 414; *Ex parte Haworth* 1946 CPD 679 (mit der Vorgabe, eine Person englischer, schottischer, irischer oder walisischer Abstammung zu heiraten); *Ex parte Perel* 1948 (3) SA 195 (GW).

höchste Rechtsmittelinstanz (die *Appellate Division* des *Supreme Court*) diese Rechtsprechungslinie wieder. Derartige Bestimmungen seien weder zu unbestimmt noch verstießen sie gegen die *public policy*, so das Gericht in *Aronson v Estate Hart*.<sup>313</sup> Die Erblasserin Marguerite Hart hatte den Fortfall jeglicher Begünstigung angeordnet, sollte eine der bedachten Personen eine nicht im jüdischen Glauben geborene Person heiraten oder sich selbst vom jüdischen Glauben abwenden.<sup>314</sup>

Mit Blick auf die Bestimmtheit der Klausel verwies *Greenberg JA* auf eine kurz nach *Wasserzug* ergangene Entscheidung der *Appellate Division*. Schon dort hatte das Gericht die englische Differenzierung zwischen den Bestimmtheitsanforderungen für aufschiebende und auflösende Bedingungen abgelehnt:

„[...] Roman and Roman-Dutch law [...] and not technical English rules must govern the present matter.“<sup>315</sup>

Entgegen der englischen Entscheidungen müsse es genügen, so *Greenberg JA* weiter, wenn sich aus dem Wortlaut der Klausel ableiten lasse, was die Erblasserin gewollt habe.<sup>316</sup> *Van den Heever JA* verwies sodann auf historische Rechtsquellen und Entscheidungen, um darzulegen, dass man mit ähnlichen Formulierungen auch in der Vergangenheit nie ein Bestimmtheitsproblem gehabt habe. Den abstrakten englischen Bestimmtheitstest bezeichnete er als künstlich und lebensfremd. Es sei ein Grundsatz des römisch-holländischen Rechts, – dabei zitierte er *Johannes Voet* und entsprechende Digestenstellen – dem Erblasserwillen weitestmöglich zur Geltung zu verhelfen. Bei Unklarheiten über die Tatsachenlage müsse das Gericht eben nach der Beweislage entscheiden.<sup>317</sup> Die Klausel wurde letztlich von vier der fünf Richter für ausreichend bestimmt erachtet.<sup>318</sup>

Das Urteil ist neben der Ablehnung englischer Bestimmtheitsgrundsätze aber auch deshalb von Bedeutung, weil es sich erstmals mit einem möglichen

<sup>313</sup> Die Richterbank war mit fünf Richtern besetzt. Ausführliche Voten wurden von *Greenberg JA* sowie von *Van den Heever JA* verfasst. *Watermeyer CJ* und *Hoexter JA* schlossen sich an. *Schreiner JA* verfasste ein abweichendes Votum. Siehe dazu auch *Joubert*, SALJ 85 (1968), 402, 402.

<sup>314</sup> Vgl. *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 551: „I direct that should any of the beneficiaries under this my will marry a person not born in the Jewish Faith or forsake the Jewish Faith, then and in such case such beneficiary shall forfeit all benefit or claim which he or she may have under this my will“.

<sup>315</sup> *Grusd v Grusd* 1946 AD 465, 474 (letztwillige Bedingung mit Wohnsitz- und Wiederverheirathungsklausel).

<sup>316</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 544.

<sup>317</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 555 ff. Vgl. auch die erste Instanz, *Aronson v Estate Hart* 1949 (2) SA 789 (N) 792 ff.

<sup>318</sup> Lediglich *Schreiner JA* war anderer Auffassung und bekräftigte die von ihm auch in *Wasserzug* vertretene Ansicht zur Unbestimmtheit einer solchen Klausel, siehe *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 548 ff.

Verstoß einer solchen Klausel gegen die *public policy* auseinandersetzte. Die gegen die Bestimmung klagende Tochter hatte sich dabei auf Autoren zum römisch-holländischen Recht, aber auch auf *von Savigny* und *Windscheid* gestützt.<sup>319</sup> *Greenberg* und *Van den Heever JJA* lehnten beide einen *public policy*-Verstoß ab, allerdings mit unterschiedlicher Argumentation. *Greenberg JA* erklärte, hinter einer derartigen Bestimmung stehe womöglich die Furcht eines Erblassers vor Spannungen und Zerwürfnissen, zu denen eine Ehe zwischen einem Juden und einem Nicht-Juden führen könnte sowie die Besorgnis, die daraus hervorgehenden Kinder könnten sich zwischen zwei Stühlen wiederfinden und orientierungslos im Leben umhertreiben.<sup>320</sup>

„I know of no principle in law which would make it contrary to public policy for him to attempt [...] to safeguard his descendants against these perils.“<sup>321</sup>

Diese Ausführungen, die ohne Bezug zu Rechtsprechung oder Literatur auskommen, lesen sich letztlich wie ein starkes Plädoyer für die Testierfreiheit.<sup>322</sup> *Van den Heever JA* setzte sich dagegen intensiv mit den von der Klägerin angeführten Quellen auseinander. Mit Blick auf die Vorgabe der Erblasserin, dem jüdischen Glauben treu zu bleiben, ging er auf frühere Auffassungen zu letztwilligen Religionsbedingungen ein – und dabei insbesondere auf die Ansicht *von Savignys*.<sup>323</sup> Dieser hatte postuliert, der Einfluss von Gewinn und Verlust auf die Religion als „innerste Angelegenheit des Menschen“ sei in hohem Grade bedenklich und man verfare „ganz im Sinn der vom Römischen Recht auch für andere Fälle aufgestellten Grundsätze“, wenn man diese Bedingung als unsittliche behandle.<sup>324</sup> *Van den Heever JA* entgegnete, das römische Recht kenne keinen derart allgemeinen Grundsatz und schlug damit die Brücke zur Heiratsvorgabe der Erblasserin. Unter Verweis auf *Voet* sowie mehrere *Digestenstellen* erläuterte er, eine letztwillige Zuwendung könne durchaus in wirksamer Weise unter die Bedingung gestellt werden, eine bestimmte Person oder innerhalb einer bestimmten Bevölkerungsgruppe zu heiraten – und dabei sei die Ehe doch ebenso innerste Angelegenheit des Menschen. Nur Bedingungen, die auf gänzliche Ehelosigkeit abzielten, seien infolge der politisch motivierten Ehegesetze des Kaisers Au-

---

<sup>319</sup> Siehe *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 540.

<sup>320</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 546 („may leave them rudderless and adrift on the sea of life“).

<sup>321</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 546.

<sup>322</sup> Vgl. auch *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 226: „Greenberg’s judgment in the Aronson case is therefore firmly rooted in the predominant role of freedom of testation in the South African law of testate succession“.

<sup>323</sup> Zu *Savignys* Einfluss im Kontext letztwilliger Bedingungen noch unten Kapitel 2 – D.III.4. (248).

<sup>324</sup> *Savigny*, System Bd. III, 184 f.

gustus im römischen Recht für unwirksam erklärt worden.<sup>325</sup> Daraus folgte *Van den Heever JA*:

„The notion that according to the underlying principles of Roman law it would be immoral and contrary to public policy if a beneficiary should be exposed to the danger of being influenced by monetary considerations [...] is a fanciful abstraction based on the misconstruction of fragments which clearly have a different meaning and explanation [...].“<sup>326</sup>

Überhaupt halte eine letztwillige Bedingung lediglich einen Vorteil zurück, weswegen schon die Bezeichnung als Verwirkungsklausel das Bild verzerre, da suggeriert werde, die Bedachten hätten einen Anspruch auf die Zuwendung.<sup>327</sup> Letztlich wurde die Klausel im Testament der Marguerite Hart für wirksam befunden und die Klage ihrer Tochter abgewiesen.

Die Entscheidung sah sich gewisser Kritik aus dem Schrifttum ausgesetzt. *C. P. Joubert* war der Auffassung, *Van den Heever* habe die Position des römisch-holländischen Rechts nur unvollständig berücksichtigt und insbesondere übersehen, dass derartige Religionsklauseln damals vor Gericht durchaus am naturrechtlich inspirierten Grundsatz der Religionsfreiheit scheitern konnten.<sup>328</sup> *H. R. Hahlo* ging in seiner Kritik noch einen Schritt weiter und monierte, man könne sich heutzutage nicht mehr – wie *Van den Heever* dies getan habe – auf Ansichten und Moralvorstellungen vergangener Jahrhunderte stützen:

„Times change and conceptions of public policy change with them.“<sup>329</sup>

Man sei gar nicht erst zum Kern des Problems vorgedrungen. Die entscheidende Frage sei, ob es nicht den heutigen Vorstellungen von Anstand und Schicklichkeit widerspreche, wenn ein Erblasser durch die Androhung finanzieller Nachteile seine Nachfahren noch aus dem Grab zu steuern versuche. Denn das heutige *public policy*-Verständnis verlange eine uneingeschränkte Wahlfreiheit hinsichtlich Religion und Ehe.<sup>330</sup> Niemand habe das Recht, einen anderen Menschen dem Dilemma auszusetzen, sich zwischen seinem Gewissen oder persönlichen Neigungen und deren Aufopferung zugunsten geldwerter Vorteile entscheiden zu müssen.<sup>331</sup>

<sup>325</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 560 ff.

<sup>326</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 567. *von Savigny* hatte seine Auffassung zu Religionsbedingungen allerdings gar nicht explizit auf Eheklauseln erstreckt; die dortige Schilderung deckt sich im Wesentlichen mit den Ausführungen *Van den Heevers*, siehe *Savigny*, System Bd. III, 180 ff.

<sup>327</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 568.

<sup>328</sup> *Joubert*, SALJ 85 (1968), 402, 402 und 413 ff.

<sup>329</sup> *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 240.

<sup>330</sup> *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 239 und 242 („the matter can hardly be better put than by *Savigny*“). Siehe auch *Hahlo*, SALJ 75 (1958), 152, 154.

<sup>331</sup> *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 243. Siehe auch *Hahlo*, SALJ 75 (1958), 152, 153.

#### 4. Unterschwelliger Rechtsprechungswandel

In der Folgezeit vollzog sich ein eher verdeckter Wandel in der Rechtsprechung. Die Parteien verlegten sich in ihrer Argumentation darauf (mutmaßlich in Anbetracht der höchstrichterlichen Entscheidung), der Wirkung ähnlicher Klauseln im Wege der Auslegung zu entgehen.<sup>332</sup> Die Gerichte griffen dies auf und nahmen eine auffallend enge Wortlautauslegung derartiger Bedingungen vor.<sup>333</sup> Ob dies tatsächlich immer dem Erblasserwillen entsprach, erscheint zweifelhaft.<sup>334</sup> So umging man die nun höchstrichterlich festgelegten Fragen der Wirksamkeit einer *faith and race clause*, konnte im konkreten Einzelfall deren Auswirkung aber dennoch vermeiden und so verhindern, dass die Zuwendung infolge eines Verstoßes gegen die (eigentlich rechtswirksame) Bedingung entfiel.<sup>335</sup>

#### IV. Ausblick: möglicher Einfluss der südafrikanischen Verfassung

*Aronson v Estate Hart* gilt noch heute – etwa 70 Jahre später – als autoritative Leitentscheidung zur Wirksamkeit letztwilliger Bedingungen. Weder der *Supreme Court of Appeal* (als Nachfolger der *Appellate Division*) noch der *Constitutional Court* hatten bislang Gelegenheit, die Entscheidung zu überdenken.<sup>336</sup> *H. R. Hahlo* und *C. P. Joubert* hatten schon früh eine Berücksichtigung individueller Freiheitsrechte gefordert – insbesondere der Religions- und Eheschließungsfreiheit.<sup>337</sup> Seitdem 1997 die südafrikanische Verfassung mit umfangreichen Freiheitsgarantien in Kraft getreten war, wird im Schrifttum ver-

<sup>332</sup> Vgl. auch *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 132.

<sup>333</sup> Siehe *Stevenson v Greenberg* 1960 (2) SA 276 (W); *Ex parte Mostert: In re Estate Late Mostert* 1975 (3) SA 312 (T); *Ex parte Administrators Estate Sandler* 1976 (4) SA 930 (C). Vgl. zuvor allerdings noch *Barnett v Estate Schereschewske* 1957 (3) SA 679 (C).

<sup>334</sup> Der streng jüdisch-orthodoxe Erblasser hatte im Fall *Ex parte Administrators Estate Sandler* angeordnet: „That in the event of any of my descendants who may be entitled to any benefits under this my will marrying out of the Hebrew faith I direct that such descendant [...] be forthwith excluded from any further benefits [...]“. Das Gericht befand, dass die Klausel infolge der Worte „forthwith excluded“ und „further benefits“ erst ab Anfall der Begünstigungen im Erbfall eingreife und eine vor dem Tod des Erblassers geschlossene Ehe nicht zu einer Verwirkung führe, siehe *Ex parte Administrators Estate Sandler* 1976 (4) SA 930 (C) 933 f. *Diemont J* konnte nicht ganz verbergen, dass es nicht rein um Auslegungsfragen gegangen war und beschloss das Urteil über die Nachlassbeteiligung der Enkelin mit einem Zitat aus dem alttestamentarischen Buch der Sprüche, Kap. 13 Vers 22 (dt. Übers.): „Der Gute hinterlässt seinen Enkeln das Erbe, der Besitz des Sünders wird für den Gerechten aufgespart“.

<sup>335</sup> Dazu auch *De Waal/Schoeman-Malan*, *Law of Succession*, 135.

<sup>336</sup> Siehe *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 132 f.; *Du Toit*, *Tul Eur&Civ LF 27* (2012), 97, 129; *De Waal*, in: *Bill of Rights Compendium*, Ziffer 3G10.

<sup>337</sup> Siehe oben Kapitel 2 – C.III.3. (223).

stärkt eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den sog. *faith and race clauses* gefordert.<sup>338</sup> Die Verfassung sieht in section 8 (2) vor, dass die Freiheitsrechte der *Bill of Rights* grundsätzlich auch Wirkung zwischen Privaten entfalten können.<sup>339</sup> An dieser Stelle wird in Südafrika eine Debatte um die Unterschiede zwischen mittelbarer und unmittelbarer Horizontalwirkung (*indirect* bzw. *direct horizontality*) geführt, auf die hier nicht im Detail eingegangen werden kann.<sup>340</sup> Nach section 8 (3) der Verfassung muss ein Gericht bei Anwendung der *Bill of Rights* zwischen Privatpersonen die Regeln des *common law* anwenden oder fortbilden, um dem jeweiligen Freiheitsrecht zur Geltung zu verhelfen oder es zu beschränken.<sup>341</sup> Nach verbreitetem Verständnis wirken die Rechte der *Bill of Rights* auf diese Weise mittelbar über die Regeln des *common law* in die Rechtsbeziehung zwischen Privatpersonen ein.<sup>342</sup> Für Fälle letztwilliger Bedingungen sehen *Marius de Waal* und *François du Toit* den Anknüpfungspunkt in einem verfassungsrechtlich inspirierten Verständnis der *public policy* und *boni mores*. Im Wege einer Abwägung seien die Testierfreiheit des Erblassers und die möglicherweise beeinträchtigten Freiheitsrechte der unter der Bedingung bedachten Person in Ausgleich zu bringen. Mit Blick auf letztwillige Ehe- und Religionsbedingungen wären dabei insbesondere section 15 (freedom of religion, belief and opinion) sowie section 14 (privacy) mit der Testierfreiheit des Erblassers abzuwägen, die man in section 25 (property) verankert sieht. Es sei eine umfassende Einzelfallbetrachtung erforderlich, die unter anderem die Willensrichtung des Erblassers sowie das konkrete Maß der Beeinträchtigung des Begünstigten zu

---

<sup>338</sup> Siehe *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 225 ff. und 245 ff.; *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 129 sowie *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G10; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 133 f.

<sup>339</sup> Section 8 (2): „A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.“

<sup>340</sup> Vgl. zur Horizontalwirkungsdiskussion anhand jüngerer verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung bspw. *Finn*, SALJ 137 (2020), 591. Vgl. auch die Entscheidung *King v De Jager* [2021] ZACC 4, dazu ausführlich unten Kapitel 3 – C.II.3. (357).

<sup>341</sup> Section 8 (3): „When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court –

- (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and
- (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36 (1).“

<sup>342</sup> Siehe *Cockrell*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3A4 und 3A8 ff. („must be mediated by the intervention of the common law“); *Cheadle*, in: South African Constitutional Law, Ziffer 3.1.3; *Ackermann*, Human Dignity, 288 ff. Zur Anlehnung an das deutsche Konzept der Drittwirkung vgl. *Cockrell*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3A4.

berücksichtigen habe.<sup>343</sup> Vor diesem Hintergrund könnten letztwillige Bedingungen zu einem zukünftigen Hauptschauplatz verfassungsrechtlich inspirierter Entwicklung im südafrikanischen Erbrecht werden.<sup>344</sup> Gerade letztwillige Ehe- und Religionsbedingungen könnten in Zukunft an einem derart verstandenen *public policy*-Maßstab scheitern, so *De Waal*:

„This means [...] that the leading case of *Aronson v Estate Hart* [...] may have to be reconsidered in future“.<sup>345</sup>

### V. Zwischenergebnis Südafrika

Bis sich für ein südafrikanisches Gericht die Gelegenheit einer Neubewertung letztwilliger Potestativbedingungen ergibt, bleibt der Eindruck bestehen, dass es bislang in Südafrika keinen übergreifenden und konsistenten Maßstab für die Zulässigkeitsgrenzen solcher Verfügungen gibt und die Herangehensweise ähnlich wie in England fallgruppenspezifisch erfolgt. Bei Ehebedingungen verläuft die Trennlinie der Wirksamkeit auch in Südafrika zwischen allgemeinen Ehebeschränkungen und spezifischeren Vorgaben bezüglich der Wahl des Ehepartners. Unwirksam sind demnach Klauseln, die auf die Trennung verheirateter Partner gerichtet sind sowie solche, die die Eingehung einer Ehe grundsätzlich verhindern sollen (mit Ausnahme von Wiederverheiratklauseln). Wirksam sind dagegen Bedingungen, die den Erhalt der Zuwendung von der Wahl eines Ehepartners mit näher bestimmter Herkunft oder Konfession abhängig machen (ebenso wie Bedingungen, die die Konfession der bedachten Person selbst betreffen).

Der Blick auf die zitierte Literatur und die in Bezug genommene Rechtsprechung offenbart die Interaktion der beiden europäisch-stämmigen Säulen der südafrikanischen Mischrechtsordnung.<sup>346</sup> Digestenstellen des *Corpus Iuris Civilis* und die „Autoritäten“ des römisch-holländischen Rechts wie *Johannes Voet* werden (im 20. Jahrhundert!) ebenso zitiert wie englische Rechtsprechung und Literatur. Das englische Recht wurde dabei als *persuasive authority* bemüht, als zusätzliches Argument und Stütze für die Handhabung bspw. von Trennungs- und Wiederverheiratklauseln. Bei konfligierenden Lösungen – sei es bei der Frage nach subjektivem oder objektivem Prüfungsmaßstab, den Bestimmtheitsanforderungen oder der Rechtsfolge

---

<sup>343</sup> *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G10; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 231 ff. und 252 f. Siehe auch *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 133 ff. Zur Verankerung der Testierfreiheit in der Eigentumsgarantie nach section 25 siehe *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA) 243.

<sup>344</sup> So *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 223.

<sup>345</sup> *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G10 (Fn. 19).

<sup>346</sup> Im Kontext des customary law, das lange Zeit keine Testierfreiheit im Sinne des südafrikanischen common law kannte, ist eine Diskussion um letztwillige Bedingungen nicht ersichtlich. Zur südafrikanischen Mischrechtsordnung oben Kapitel 1 – C.I. (62).

unwirksamer Bedingungen – setzte sich letztlich das römisch-holländische Recht (oder was man als solches verstand) gegen die englischen Ansätze durch. Man diskreditierte abstrakte englische Differenzierungen und betonte stattdessen die Positionen römisch-holländischer Autoren und römischer Rechtsquellen. Gerade die sog. *faith and race clauses* durchliefen dabei eine wechselvolle Entwicklung:

„Jewish faith clauses’ in wills [...] have had a chequered career [...]. [...] the story of judicial disagreement which characterized the passage of ‘Jewish faith and race clauses’ through the courts of England has repeated itself in South Africa“,

so *H. R. Hahlo*.<sup>347</sup> Ihre Wirksamkeit wurde erstmals unter Berufung auf die englische Bestimmtheitsrechtsprechung der 1940er-Jahre in Frage gestellt. Die Richter der südafrikanischen *Transvaal Provincial Division* machten sich die englische Linie 1944 zu eigen, nur um weniger Jahre später von der *Appellate Division* eines Besseren belehrt zu werden. Trotz der höchstrichterlichen Entscheidung, die die Gültigkeit derartiger Bedingungen betont hatte, kamen die Instanzgerichte in den Folgejahren einigen Erben zu Hilfe, indem sie dem Bedingungsregime im Wege der Auslegung den Wind aus den Segeln nahmen.

Allerdings führten weder der Rückgriff auf englische Bestimmtheitsmaßstäbe, noch die ausführliche Erörterung römischer und römisch-holländischer Quellen oder der Weg über die besonders strenge Wortlautauslegung zu einer offenen Auseinandersetzung mit dem eigentlichen Sachproblem, namentlich der Einflussnahme des Erblassers auf höchstpersönliche Lebensbereiche und Entscheidungen der bedachten Person. Dies rief schon in der Vergangenheit mehrfach Kritik im Schrifttum hervor.<sup>348</sup> *Du Toit* sieht nun die Perspektive eröffnet, von der bislang eher formalen Herangehensweise durch eine verfassungsrechtlich inspirierte Argumentation und Abwägung im Rahmen der *public policy* zu einer stärker materialen und interessengeleiteten Handhabung solcher Bedingungen zu gelangen.<sup>349</sup>

## D. Vergleichende Analyse

Letztwillige Potestativbedingungen und ihre Wirksamkeitsgrenzen sind in Deutschland, England und Südafrika ein wohlbekanntes Rechtsproblem. Die jeweiligen Eckpunkte der rechtlichen Handhabung sollen nun zusammengefasst werden, um anschließend der Frage nachgehen zu können, worauf sich die entsprechenden Gemeinsamkeiten und Unterschiede zurückführen lassen.

<sup>347</sup> *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 231 und 237.

<sup>348</sup> Siehe insbes. *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 239 ff. und *Joubert*, SALJ 85 (1968), 402, 420.

<sup>349</sup> Siehe *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 232 und 245 ff.

## I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick

### 1. Fallgruppen und rechtliches Instrumentarium

Die Betrachtung der drei Rechtsordnungen hat gezeigt, dass jeweils ähnliche Fallkonstellationen verhandelt wurden. So sind Ehelosigkeits-, Scheidungs-, und Wiederverheiraturungsklauseln ebenso rechtsordnungsübergreifend anzutreffen wie Bedingungen mit spezifischen Vorgaben für die Auswahl des Ehepartners oder Klauseln, die den Erhalt der letztwilligen Zuwendung von der Beibehaltung oder Wahl einer bestimmten Religion abhängig machen. Mit Blick auf die Ergebnisse der rechtlichen Würdigung, d.h. die Frage nach Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Bedingungen, fällt es angesichts der einzelfallbezogenen Entscheidungen schwer, generelle Aussagen zu treffen. Simplifiziert man das Gesamtbild ein wenig, lassen sich allerdings gewisse Tendenzen feststellen.

So steht man Bedingungen, die den Erhalt der Zuwendung von der Ehelosigkeit der bedachten Person oder der Auflösung einer schon bestehenden Ehe abhängig machen, in allen drei Rechtsordnungen grundsätzlich ablehnend gegenüber. Wiederverheiraturungsklauseln werden als Ausnahme betrachtet und für wirksam befunden. In Deutschland werden seit dem Hohenzollern-Beschluss des BVerfG im Jahr 2004 allerdings auch solche Klauseln eingehender geprüft.

Besonders umstritten waren jene Klauseln, die Vorgaben bezüglich des zu wählenden Ehepartners oder der zu wählenden Religion enthielten. Würde man hier der Betrachtung nur die Konzepte der Sittenwidrigkeit, *public policy* und *boni mores* zugrundelegen, so ergäbe sich wohl der Eindruck, dass englische und südafrikanische Gerichte einen Erblasser mit derartigen Anordnungen eher gewähren lassen als die deutsche Rechtsprechung. Allerdings war die Handhabung solcher Klauseln in allen drei Ländern im 20. Jahrhundert wechselhaft und uneinheitlich. So zeigen sich zwischen einzelnen Instanzen aber auch zwischen verschiedenen höchstrichterlichen Entscheidungen und sogar innerhalb der Richterbänke teilweise erhebliche Unterschiede in Rechtsauffassung und Ergebnis.<sup>350</sup> Zudem wäre dieses Bild nicht nur mit Blick auf Einheitlichkeit und Konsistenz der Rechtsprechung zu simplistisch, sondern auch hinsichtlich der bemühten Rechtsinstrumente. Vor diesem Hintergrund sind gerade für England und Südafrika weitere Doktrinen und Argumentationslinien in die Betrachtung einzubeziehen, derer sich die Gerichte bedienen. So unterfallen in England nur allgemein formulierte Ehelosigkeits-

---

<sup>350</sup> Vgl. für Deutschland bspw. die Verfahren in Sachen Leiningen und Hohenzollern oder mit Blick auf Religionsklauseln RG, SeuffA 69 (1914), 91 gegenüber OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2615; für England die Entscheidungen *Clayton v Ramsden* und *Blathwayt v Cawley*; für Südafrika die Entscheidungen *Wasserzug v Administrator of Estate Nathanson* und *Aronson v Estate Hart*. Siehe dazu im Detail die obigen Ausführungen.

und Trennungsklauseln der Doktrin der *public policy*, nicht aber Klauseln mit spezifischeren Vorgaben für Eheschließung oder Religion. Doch bedeutet dies weder für England noch für Südafrika (wo Ähnliches zu beobachten ist), dass solche Bedingungen nicht auf anderem Wege scheitern können. In England besteht eine insgesamt sehr komplexe Rechtslage mit einer Vielzahl an kleinteiligen Differenzierungen. Neben der *public policy* spielen dabei die *in terrorem*- sowie die *uncertainty*-Doktrin eine Rolle. In Südafrika ist die Rechtslage zwar etwas weniger komplex (englische Differenzierungen lehnte man teilweise dezidiert ab), doch wurden manche Klauseln zwischenzeitlich ebenfalls mit dem Argument mangelnder Bestimmtheit angegriffen, bevor die *Appellate Division* diesen Weg versperrte. Anschließend scheinen südafrikanische Parteien und Gerichte in der Testamentsauslegung einen Weg gefunden zu haben, solchen Klauseln die Schlagkraft zu nehmen. Dagegen war in Deutschland die Herangehensweise im 20. Jahrhundert einheitlicher – zwar nicht unbedingt mit Blick auf das Ergebnis, aber zumindest hinsichtlich des rechtlichen Instrumentariums. Die Wirksamkeitsgrenzen letztwilliger Ehe- und Religionsbedingungen wurden dort fast ausschließlich im Rahmen des Sittenwidrigkeitstatbestands des § 138 Abs. 1 BGB diskutiert.

Die rechtsordnungsübergreifend bekannten Fallgruppen werden in Deutschland also einheitlich über das Instrument der Sittenwidrigkeit gelöst, in England und Südafrika werden *public policy* bzw. *boni mores* dagegen von weiteren Mechanismen flankiert. Insgesamt existiert keine wirklich einheitliche Linie, was die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit letztwilliger Potestativbedingungen angeht. Dies ist zum einen der Einzelfallabhängigkeit geschuldet, zum anderen aber auch einer inkonsistenten Rechtsprechungsentwicklung.

## 2. Inhaltliche Argumentation: Anstößigkeit und Rechtfertigung

Was die inhaltliche Begründung einer Anstößigkeit anbelangt, dominierte in Deutschland bis ins späte 20. Jahrhundert die Auffassung, es sei sittenwidrig, durch die Aussicht auf Vermögensvor- oder -nachteile auf „Dinge“ einzuwirken, die nach moralischen Grundsätzen der freien inneren Überzeugung vorbehalten sein sollten. Auf Basis einer als allgemeinverbindlich dargestellten sittlich-moralischen Wertung betrachtete man die Kommerzialisierung von Entscheidungen in Bereichen wie Ehe oder Religion als verwerflich und forderte stattdessen den ethisch freien Entschluss, die sittliche Reinheit des Motivs. Hier scheinen sich abstrakte Sittlichkeitserwägungen mit dem Schutz der Entscheidungsfreiheit des Bedachten zu verbinden. Später setzte sich dann zunehmend der Maßstab eines durch die Bedingung vermittelten Drucks auf höchstpersönliche Entscheidungen durch – angereichert durch verfassungsrechtliche Argumentation. Die Testierfreiheit des Erblassers sollte mit beeinträchtigten Freiheitsrechten des Bedachten wie bspw. der Eheschließungs- oder Religionsfreiheit in angemessenen Ausgleich gebracht werden. Letztlich

blicken beide Maßstäbe – mehr oder minder – auf die Entscheidungsfreiheit des Bedachten: einmal unter Verweis auf moralische Grundsätze und außerrechtliche Wertungen, das andere Mal mit Blick auf die konkrete Beeinträchtigung individueller Rechtspositionen in Gestalt der Freiheitsrechte.

In England und Südafrika ist die inhaltliche Auseinandersetzung mit der Einflussnahme auf die bedachte Person dagegen deutlich schwächer ausgeprägt. Bei Scheidungsklauseln wird stärker auf gesamtgesellschaftliche und staatliche Interessen verwiesen (z.B. stabile Ehen und Familien) als auf die individuelle Beeinträchtigungslage. Bei den übrigen Fallkonstellationen ist die rechtliche Würdigung mehr durch formal-juristische Erörterung einschlägiger Präjudizien, Doktrinen und Quellen geprägt als durch argumentative Auseinandersetzung mit einer möglichen Anstößigkeit der Klausel.

Inhaltliche Bedenken englischer Richter scheinen erstmals in der Entscheidung *Clayton v Ramsden* offen geäußert worden zu sein. Man kritisierte jene Erblasser, die versuchten, den Begünstigten ihre Überzeugung aufzudrängen und noch aus dem Grab deren Heiratspläne zu beeinflussen. Dass die Klausel zwar nicht wegen Verstoßes gegen die *public policy*, aber dennoch aufgrund angeblicher Unbestimmtheit scheiterte, ist durchaus im Zusammenhang mit diesen Äußerungen zu sehen. Das englische Urteil wurde durch ein südafrikanisches Gericht kurze Zeit später aufgegriffen. Ein Verstoß gegen die *public policy* war von den Parteien nicht vorgebracht worden, weswegen man sich nur ganz am Rande dazu verhielt. Dabei verwiesen die südafrikanischen Richter allerdings auf die mahnenden Worte ihrer englischen Kollegen und auf eine mögliche Beeinträchtigung der bedachten Personen in Ehe- und Religionsfreiheit, bevor auch sie die Heiratsklausel für zu unbestimmt erklärten.

Insgesamt bleibt die inhaltliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine durch letztwillige Bedingungen vermittelte Einflussnahme auf die Begünstigten als verwerflich einzustufen ist, in England und Südafrika vergleichsweise dünn. Stattdessen scheint das Sachproblem zeitweise in Stellvertretergefechten um die Bestimmtheit der Klauseln verhandelt worden zu sein, bevor die höchstinstanzlichen Gerichte beider Länder schließlich in noch heute autoritativen Leitentscheidungen die grundsätzliche Wirksamkeit einer Ehe- bzw. Religionsvorgabe betonten.

Dies lenkt den Blick auf die Argumente, mit deren Hilfe letztwillige Bedingungen von der Rechtsprechung gebilligt bzw. gerechtfertigt wurden. Hier sind zwischen den drei Rechtsordnungen einige Ähnlichkeiten festzustellen. Man rechtfertigte letztwillige Bedingungen meist anhand der Aussage, eine Beeinflussung oder Beeinträchtigung der bedachten Person sei vom Erblasser nicht bezweckt gewesen – verbunden mit Ausführungen zu dessen (vermuteten) Beweggründen. Das Vermögen vor Abwanderung in die falschen Hände zu bewahren, eine Person in Abhängigkeit von bestimmten Ereignissen finanziell abzusichern, der Schutz eines Unternehmens oder schlicht der Wunsch nach Erhalt einer Familientradition (auch hinsichtlich Abstammung oder

Religion) wurden als achtenswerte Beweggründe angesehen. Gerade dem auf Bewahrung von Vermögensstamm oder Tradition gerichteten Willen schien man viel Verständnis entgegenzubringen. Die möglichen Auswirkungen auf die bedachten Personen fallen dabei häufig unter den Tisch.<sup>351</sup> Neben den Ausführungen zum (teilweise nur vermuteten) Erblassermotiv begnügt sich die Rechtsprechung nicht selten mit einem schlichten Verweis auf den Grundsatz der Testierfreiheit.

Etwas seltener findet sich das Argument, der Bedachte habe keinen Anspruch auf die Begünstigung und müsse sich eben entscheiden, ob er die Bedingung erfüllen wolle oder nicht. Man könne nicht erwarten, alle persönlichen Entscheidungen frei von äußeren Einflüssen zu treffen. Diese Argumentationslinie, die sich auch im deutschen Schrifttum teilweise findet, war allerdings in der Rechtsprechung nie zentraler Gedanke einer Rechtfertigung letztwilliger Bedingungen und wurde eher am Rande erwähnt.<sup>352</sup>

Es kann festgehalten werden, dass die drei Rechtsordnungen sich mit sehr ähnlichen Fallkonstellationen beschäftigen, sich aber bei der Herangehensweise – insbesondere mit Blick auf Einheitlichkeit und Inhalt des Prüfungsmaßstabes – deutlich unterscheiden. In Deutschland wird die mögliche Anstößigkeit letztwilliger Potestativbedingungen einheitlich im Rahmen des Sittenwidrigkeitstatbestandes diskutiert. Inhaltlich stellt man dabei vor allem auf die Beeinflussung des Bedachten ab. In England und Südafrika erscheint der Anwendungsbereich der *public policy* bzw. der *boni mores* enger. Mitunter werden andere Mechanismen und Rechtsinstrumente als Ersatz oder Kompensation zu Rate gezogen, obwohl (wie bspw. bei der *uncertainty*-Doktrin) die Anstößigkeit der Klausel dort letztlich sachfremde Erwägung ist. Dies führt gerade im englischen Recht zu seltsamen Differenzierungen. Aber selbst im Rahmen von *public policy* und *boni mores* ist die inhaltliche Diskussion um eine Anstößigkeit schwächer ausgeprägt als in Deutschland. Im Rahmen der *public policy* scheinen tendenziell eher abstrakt-gesamtgesellschaftliche Argumente, im Rahmen der Sittenwidrigkeit stärker individuell-moralische oder freiheitsrechtliche Erwägungen angeführt zu werden. Zwar wirkt die Rechtsprechung in keiner der drei Rechtsordnungen völlig konsistent, doch ergibt sich zumindest mit Blick auf die jeweils letzten höchstrichterlichen Leitentscheidungen folgendes Bild: In England und Südafrika wurde für eine Ehe- bzw. Religionsbedingung sowohl ein Verstoß gegen die *public policy* als auch gegen das Bestimmtheitsgebot abgelehnt und die Testierfreiheit betont. In Deutschland mahnte das BVerfG hingegen an, es sei genau zu prüfen, inwieweit eine Ehevorgabe unzumutbaren

---

<sup>351</sup> Vgl. kritisch für Deutschland Staudinger/Otte, § 2074 Rn. 42, für Südafrika Hahlo, SALJ 67 (1950), 231, 239 und 242.

<sup>352</sup> Vgl. für Deutschland OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2615, 2616; für England *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 427; für Südafrika *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 568.

Druck auf die Eheschließungsfreiheit des Bedachten ausüben könne. Das Instanzgericht erklärte die Bedingung daraufhin für unwirksam.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wodurch die Unterschiede bedingt sind. Lässt sich aus den genannten Unterschieden ablesen, dass man in England und Südafrika die Beeinflussung des Bedachten – die „Herrschaft aus dem Grabe“ – für weniger anstößig und problematisch erachtet als in Deutschland? Es soll insbesondere auch auf Entwicklung, Konzeption und Handhabung der jeweiligen Rechtsinstrumente eingegangen werden – namentlich Sittenwidrigkeit, *public policy* und *boni mores* –, um zu erörtern, inwieweit deren Verständnis die betrachteten Fälle prägt.

Nun gehen die Regeln über letztwillige Bedingungen in allen drei Rechtsordnungen letztlich auf das römische Recht zurück. Daher soll dessen Umgang mit solchen Gestaltungen den Ausgangspunkt der vergleichenden Betrachtung bilden.

## II. Das römische Recht: Ursprung der Regeln über letztwillige Bedingungen

In der Zeit der römischen Republik war die Überwachung der guten Sitten noch keiner rechtlichen bzw. gerichtlichen Kontrolle unterworfen gewesen – sie war Aufgabe des Zensors. Später sahen dann die römischen Kaiser die Wahrung der guten Sitten zunehmend als ihre Aufgabe an und etwa ab dem 3. Jahrhundert n. Chr. ist auch eine verstärkte Beschäftigung römischer Juristen mit den *boni mores* zu verzeichnen.<sup>353</sup> Einen allgemeinen Sittenwidrigkeitstatbestand (wie man ihn heute in § 138 Abs. 1 BGB findet) gab es noch nicht. In den Quellen sieht man sich stattdessen einer ausgeprägten Kasuistik gegenüber. So erstaunt es auch nicht, dass die *boni mores* dort nicht definiert werden. Die rechtshistorische Literatur beschreibt die *boni mores* allgemein als das durch Tradition erhärtete sittliche Volksbewusstsein, das gute Herkommen der Vorfahren.<sup>354</sup> Schon die römischen Juristen waren bestrebt, Rechtsgeschäfte zu verhindern, die man als *contra bonos mores* erachtete. Dabei nahm die Auseinandersetzung mit letztwilligen Bedingungen eine prominente Rolle ein.<sup>355</sup>

---

<sup>353</sup> Siehe Kaser, Das röm. Privatrecht Bd. I, 250; Kaser, ZRG (RA) 60 (1940), 95, 96 ff.; Mayer-Maly, in: FG Kaser (1986), 151, 157; Zimmermann, Law of Obligations, 706 ff. Siehe zum Verhältnis von Recht und Sitte sowie der Sittensprechung des Zensors auch Kaser, Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung, 13 ff. und 31 ff.

<sup>354</sup> Siehe Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 121; Kaser, Das röm. Privatrecht Bd. I, 246 ff.; Kaser, ZRG (RA) 60 (1940), 95, 120 f.; Zimmermann, Law of Obligations, 711. Vgl. auch Ravit, AcP 58 (1875), 1, 4; Kaser, Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung, 16 f.

<sup>355</sup> Vgl. HKK/Willems, Anh. zu §§ 2064–2086 unter II.1. (im Erscheinen). Zu den verschiedenen Anwendungsbereichen der *boni mores* Mayer-Maly, in: FG Kaser (1986), 151, 154 f. und 165 ff.; Kaser, ZRG (RA) 60 (1940), 95, 110 ff.

Eine unerlaubte, d. h. gesetz- oder sittenwidrige Bedingung führte bei lebzeitigen Rechtsgeschäften zur Unwirksamkeit des ganzen Geschäfts, bei letztwilligen Verfügungen wurde dagegen nur die ungültige Bedingung gestrichen, der Rest blieb bestehen.<sup>356</sup> Dieser Unterschied geht zurück auf einen Schulenstreit römischer Juristen um die Rechtsfolge unmöglicher Bedingungen, der später auch auf unerlaubte Bedingungen ausstrahlte. Dabei waren die Prokulianer der Auffassung, eine unmögliche Bedingung mache sowohl lebzeitige wie auch letztwillige Geschäfte insgesamt unwirksam. Die Sabinianer, die bei letztwilligen Verfügungen dafür plädierten, die unmögliche Bedingung als nicht geschrieben zu betrachten (*pro non scripto*), den Rest der Verfügung aber aufrecht zu erhalten, setzten sich letztlich durch. Hintergrund dieser Differenzierung war wohl der allgemeine Grundsatz des *favor testamenti*.<sup>357</sup> Zumindest ursprünglich scheinen unerlaubte Bedingungen noch nicht der gleichen Regel unterworfen gewesen zu sein. So wird in der Literatur darauf aufmerksam gemacht, dass unerlaubte Bedingungen zunächst nicht nach *ius civile* unwirksam gewesen seien, sondern lediglich vom Prätor erlassen („remittiert“) wurden. Erst später – insbesondere in nachklassischer Zeit – habe sich die Handhabung unmöglicher und unerlaubter Bedingungen dann vermischt, nicht zuletzt weil man unter Unmöglichkeit nun auch die Unerlaubtheit fasste. Die Ergebnisse waren allerdings ähnlich: die unerlaubte Bedingung wurde nicht beachtet, die restliche Verfügung blieb bestehen.<sup>358</sup>

Inhaltlich betrafen die Fälle unerlaubter Bedingungen oft das Familienleben im weiteren Sinne wie Ehe, Kinder und Erbfolge.<sup>359</sup> Die verschiedenen Ehebedingungen, die in Deutschland, England und Südafrika zu beobachten waren, finden sich alle auch schon im römischen Recht.

---

<sup>356</sup> Siehe Kaser, Das röm. Privatrecht Bd. I, 254; Kaser, Das röm. Privatrecht Bd. II, 96 f.; Zimmermann, Law of Obligations, 720. Vgl. D. 28,7,14: „Bedingungen, welche gegen die kaiserlichen Verordnungen, oder gegen die Gesetze, oder gegen Anordnungen, die Gesetzeskraft haben, geschrieben sind, oder solche, die gegen die guten Sitten streiten, oder die den Erben u.s.w. lächerlich machen, oder andere von der Art, die der Prätor verbietet zu erfüllen, werden für nicht hinzugefügt gehalten; und die Erbschaft, oder das Vermächtnis wird ebenso, als ob die Bedingung nicht wäre beigefügt worden, erworben“ (dt. Übers. Otto/Schilling/Sintenis, Corpus Juris Civilis Bd. III).

<sup>357</sup> Diese Rechtsfolge scheint allerdings keine völlig starre Regel gewesen zu sein. Siehe zum Ganzen Kaser, Das röm. Privatrecht Bd. I, 253; Zimmermann, Law of Obligations, 719 f.; Hermann, Pro non scripta habere, 21 ff.; Bund, in: FS von Lübtow, 353, 356 f. und 364 ff.; Meincke, in: FS Kaser, 437, 452 (Fn. 53). Siehe zum favor testamenti auch noch unten Kapitel 2 – E.II.3.a) (313).

<sup>358</sup> Siehe Ravit, AcP 58 (1875), 1, 5 ff.; Mezger, Contra bonos mores, 48 ff.; Bund, in: FS von Lübtow, 353, 367 f.; Hermann, Pro non scripta habere, 22 f.; Staffhorst, Teilnichtigkeit, 209 ff.

<sup>359</sup> Siehe Kaser, ZRG (RA) 60 (1940), 95, 129 f.; Mayer-Maly, in: FG Kaser (1986), 151, 154 f. und 165.

### 1. Die Bedingung der Ehescheidung

Aus dem Jahr 257 n. Chr. ist eine Entscheidung der Kaiser Valerian und Gallienus überliefert: Eine Frau mit dem Namen Maxima hatte sich von ihrem Mann scheiden lassen, nachdem ihre Mutter sie unter der Bedingung der Scheidung zur Erbin eingesetzt hatte. Sie fragte an, ob sie die Erbschaft auch behalten dürfe, wenn sie zu ihrem Mann zurückkehre.<sup>360</sup> Dies bejahten die Kaiser:

„Du bist mehr des Tadels würdig, als deine Mutter. Denn jene konnte, wenn sie dich zur Erbin einsetzen wollte, dir etwas, was ungültig ist, die Ehe nämlich mit deinem Manne aufzulösen, nicht befehlen; du aber hast ihren Willen dadurch, dass du dich scheiden lässtest, gebilligt; es ziemt sich aber, wenn auch eine solche Bedingung zulässig gewesen wäre, den ehelichen Frieden dem Gewinne vorzuziehen. Da die guten Sitten jedoch die Erfüllung einer solchen Bedingung verbieten, so konntest du ohne irgend einen Nachtheil in der Ehe verbleiben. Kehre deshalb zu deinem Ehegatten wieder zurück mit der Ueberzeugung, auch wenn du zurückkehrst, die Erbschaft deiner Mutter zu erhalten, da du sie auch erhalten würdest, wenn du dich gleich in der Folge nicht von demselben getrennt hättest.“<sup>361</sup>

Die Gründe, aus denen man die Bedingung für unsittlich hielt, werden nicht ausdrücklich genannt. Möglicherweise stand hinter der Missbilligung einer solchen Klausel das Bestreben, einmal geschlossene Ehen möglichst aufrecht zu erhalten. Die leichtfertige Scheidung scheint sittlich missbilligt worden zu sein.<sup>362</sup> Gleichzeitig waren Eheschließungs- und Scheidungsfreiheit auch in römischer Zeit schon anerkannte Grundsätze gewesen.<sup>363</sup> Wenn sodann angemerkt wird, man solle den ehelichen Frieden dem Gewinn vorziehen, so erinnert dies zumindest entfernt an die später im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB gebräuchliche Formel, Bereiche wie die Ehe sollten nicht monetären Anreizen ausgesetzt werden und seien der freien inneren Überzeugung zu überlassen.<sup>364</sup> Im Ergebnis wurden Scheidungsbedingungen schon nach römischem Recht für ungültig erklärt.<sup>365</sup>

### 2. Allgemeine und spezifische Ehebedingungen

An zahlreichen Stellen in den römischen Quellen finden sich Ausführungen zu weiteren Bedingungen, mittels derer die Wirksamkeit eines Vermächtnis-

<sup>360</sup> Dazu ausführlich *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 438 ff.

<sup>361</sup> C. 6,25,5 (dt. Übers. *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Juris Civilis Bd. V).

<sup>362</sup> Dazu *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 442 f.; *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. I, 326.

<sup>363</sup> Vgl. bspw. C. 8,39,2: „Es ist von Alters her Satz angenommen worden, dass die Ehen zwanglos sein sollen [...]“ (dt. Übers. *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Juris Civilis Bd. VI). Dazu *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 440 f.; *Mezger*, Contra bonos mores, 22 und 47; *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. I, 326.

<sup>364</sup> Mit Vergleich zur Argumentation des OLG Celle als Vorinstanz im Hoferbenfall des BGH *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 441 f.

<sup>365</sup> Siehe auch C. 6,46,2 und D. 7,8,8,1.

ses oder einer Erbeinsetzung von einem bestimmten Verhalten in Ehesachen abhängig gemacht wird.<sup>366</sup> Interessant ist dabei, dass diese Bedingungen – im Gegensatz zu obiger Scheidungsklausel – meist nicht als unsittlich bezeichnet werden, der Terminus der *boni mores* also nicht vorkommt.<sup>367</sup> Das mag damit zusammenhängen, dass die Regeln über letztwillige Ehebedingungen überwiegend auf die Ehegesetzgebung des Kaisers Augustus zurückgehen (sog. *lex Iulia et Papia*). Ziel dessen bevölkerungs- und sozialpolitischen Programms war es, Ehescheu, Kinderlosigkeit und damit die Entvölkerung der Nation zu bekämpfen und gleichzeitig Familiengesinnung und Moral zu heben. So führte man bspw. eine Ehepflicht für Männer und Frauen gewisser Altersspannen ein und sanktionierte Ehe- und Kinderlosigkeit. Bedingungen zu verhindern, die auf Ehe- oder Kinderlosigkeit abzielten, war Teil dieses politischen Programms.<sup>368</sup> Daher war die letztwillige Bedingung gänzlicher Ehelosigkeit ungültig:

„Sobald einer Frau etwas unter der Bedingung vermacht worden, sich nicht zu verheiraten, [...] so hat man dennoch passender angenommen, dass sie das Vermächtnis auch dann verlangen könne, wenn sie sich verheirathet hat [...].“<sup>369</sup>

Grundsätzlich gültig war dagegen die Bedingung, eine bestimmte Person zu heiraten oder nicht zu heiraten. So hielt man die mit einem Vermächtnis verknüpfte Bedingung, den Titius zu heiraten, für wirksam. Etwas anderen sollte nur gelten – unter Verweis auf die *lex Iulia et Papia* –, falls eine Ehe mit Titius wegen dessen Unwürdigkeit nicht möglich sei. Nach dem Gedanken des Gesetzes könne die Frau dann heiraten, wenn sie wolle, da sie anderenfalls gar nicht heiraten könne.<sup>370</sup> Ähnlich verhielt es sich mit der Bedingung, eine Person nach Wahl eines Dritten zu heiraten. Diese Anordnung war grundsätzlich gültig. Stirbt aber der Dritte ohne eine Wahl getroffen zu haben und heiratet die bedachte Person dennoch, so erhält sie gleichwohl das Vermächt-

<sup>366</sup> Vgl. die ausführlichen Darstellungen und Verweise bei *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 7 ff.; *Kaser*, ZRG (RA) 60 (1940), 95, 122 f.

<sup>367</sup> Siehe *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 8.

<sup>368</sup> Siehe *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. I, 318 ff.; *Kaser*, ZRG (RA) 60 (1940), 95, 122 f.; *Ravitt*, AcP 58 (1875), 1, 24 ff. Bei den Ehegesetzen des Augustus ist eigentlich zu differenzieren zwischen der *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 v. Chr.) und der *lex Papia Poppaea* (9 n. Chr.). Da es bisweilen schwer fällt, einzelne Aspekte eindeutig einem der beiden Gesetze zuzuordnen, wurden und werden sie oft zusammenfassend entweder als *lex (leges) Iulia et Papia* (*Poppaea*) bzw. als *lex Iulia miscella* bezeichnet, *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. I, 318 f.; *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. II, 165 (Fn. 26).

<sup>369</sup> D. 35,1,22 (dt. Übers. *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Juris Civilis Bd. III). Vgl. auch D. 35,1,72,5; D. 35,1,74; D. 35,1,100. Siehe *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 7; *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. I, 321, jeweils m. w. N.

<sup>370</sup> D. 35,1,63. Vgl. auch D. 35,1,64 und D. 35,1,71,1. Siehe *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 44 f.; *Kaser*, ZRG (RA) 60 (1940), 95, 122 f.

nis.<sup>371</sup> Auch dies führt man auf das Bestreben der Ehegesetze zurück, ein dauerhaftes Ehehindernis vermeiden zu wollen.<sup>372</sup> Unter den Ehebedingungen waren vor dem Hintergrund der augusteischen Ehegesetze also nur jene ungültig, die im Ergebnis auf ein grundsätzliches Ehehindernis hinausliefen. Andere Ehebedingungen waren vom Gesetzeszweck nicht erfasst.<sup>373</sup>

Was die moralische Anstößigkeit anbelangt, so hielt man zwar eine lebzeitig vereinbarte Vertragsstrafe, die auf ein bestimmtes Verhalten in Ehesachen abzielte, für unsittlich,<sup>374</sup> nicht aber eine letztwillige Bedingung gleichen Inhalts. Anders als in einer vertraglichen Strafbestimmung sah man darin wohl keine unsittliche Freiheitsbeschränkung oder sonstige moralische Anstößigkeit.<sup>375</sup> Dies zeigt eine Textstelle besonders deutlich, in der erklärt wird, es sei ein Unterschied, ob jemandem aus Furcht vor Strafe die Freiheit genommen werde, eine Ehe nach seiner Wahl zu treffen oder ob zur Eingehung einer Ehe unter einer bestimmten Bedingung eingeladen werde.<sup>376</sup> Hierzu erklärt *A. Ravit*:

„Wäre es demnach die bei den Römern herrschende Auffassung gewesen, daß überhaupt jede Einwirkung auf die Freiheit der Entschließung bei der Wahl eines Ehegatten der Sittlichkeit widerspreche, so hätte in beiden Fällen die Bedingung für unzulässig erachtet werden müssen.“<sup>377</sup>

Es war den römischen Juristen bei der Behandlung von letztwilligen Ehebedingungen also mehr um Gesetz- als um Sittenwidrigkeit gegangen.

### 3. Wiederverheirungsklauseln

Auch Wiederverheirungsklauseln waren dem römischen Recht geläufig.<sup>378</sup> Allerdings war deren Handhabung und insbesondere die diesbezügliche Ge-

<sup>371</sup> D. 35,1,28; D. 35,1,72,4.

<sup>372</sup> Vgl. *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 36 ff.; *Ravit*, AcP 58 (1875), 1, 28 ff.

<sup>373</sup> Vgl. *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 22 und 37 sowie 43.

<sup>374</sup> D. 45,1,134: „[...] weil es als unsittlich angesehen worden ist, dass Ehen, mögen es nun zukünftige oder schon geschlossene sein, durch das Band einer Conventionalstrafe gefesselt werden“ (dt. Übers. *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Juris Civilis Bd. IV).

<sup>375</sup> *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 36 ff.

<sup>376</sup> D. 35,1,71,1. Dazu *Ravit*, AcP 58 (1875), 1, 54 f.; *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 31 ff.

<sup>377</sup> *Ravit*, AcP 58 (1875), 1, 55.

<sup>378</sup> Da nach römischem Recht der Erbeinsetzung keine zeitliche Grenze gesetzt werden konnte (vgl. den Satz „semel heres semper heres“), war die Wiederverheirungsklausel in Form einer auflösenden Bedingung unzulässig, konnte aber als aufschiebende Bedingung gestellt werden. Bei der aufschiebenden Bedingung der Nicht-Wiederverheiratung stand deren Eintritt eigentlich erst mit dem Tod des Bedachten endgültig fest. Dennoch konnte man die Erbschaft antreten, sofern man die Herausgabe für den Fall der Wiederverheiratung versprach (sog. *cautio Muciana*). Vgl. dazu *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. I, 688;

setzung im geschichtlichen Verlauf wechselhaft gewesen. Die Eingehung einer zweiten Ehe hatte man wohl im älteren römischen Recht missbilligt, eine die erneute Heirat sanktionierende Klausel dürfte gegolten haben. Eine gesetzliche Regelung gab es aber wohl nicht. Unter den Ehegesetzen des Augustus (die eine Pflicht zur Wiederverheiratung vorsahen) war eine Wiederverheirungsklausel erlassen worden – allerdings nur, wenn die Frau binnen Jahresfrist wieder geheiratet und unter Eid geschworen hatte, dies zur Erzeugung von Nachkommen zu tun.<sup>379</sup> Allerdings schien es auch davon eine Ausnahme zu geben, falls die Klausel vorsah, die Frau solle von den Kindern nicht wegheiraten, solange diese unmündig seien. Hier stehe mehr die Sorge um die Kinder im Vordergrund als der Witwenstand (was an die spätere Rechtfertigung der Wiederverheirungsklauseln in Deutschland, England und Südafrika erinnert).<sup>380</sup> Justinian hob die ganze Regelung im Jahr 531 n. Chr. auf und verbot den Eid. Hintergrund war wohl die Sorge vor zu vielen Meineiden. Die Bedingung wurde fortan unbeachtet gelassen und der überlebende Ehegatte konnte sich gefahrlos wieder verheiraten.<sup>381</sup> Schon im Jahr 536 n. Chr. ließ Justinian die Bedingung aber wieder zu.<sup>382</sup> In den Novellen findet sich unter anderem die Begründung, dass anderenfalls dem Willen des Erblassers nicht ausreichend Rechnung getragen würde.<sup>383</sup> Womöglich kann man diese Entwicklung aber auch auf die christliche Lehre von der Unauflöslichkeit der Ehe und ein Bestreben nach Schutz für Kinder aus erster Ehe zurückführen.<sup>384</sup>

Wiederverheirungsklauseln waren also im späten Rom gültig. Gleiches galt für Bedingungen, die spezifische Vorgaben bezüglich der Eheschließung

*Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. II, 492 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 123; *Zimmermann*, Law of Obligations, 722 f. Vgl. auch D. 35,1,7.

<sup>379</sup> Nach Fristablauf griff die Bedingung dagegen ein und man musste die *cautio Muciana* stellen. Siehe *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. I, 180 ff.; *Hartung*, Lehre von den Bedingungen, 26 f.; *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 178 f. Zur Rechtsfolge insbes. *Ravit*, AcP 58 (1875), 1, 35: die Bedingung wurde nicht einfach gestrichen. Ein Vermächtnis konnte also entweder durch Erfüllung der Bedingung oder durch erneute Heirat binnen eines Jahres erworben werden.

<sup>380</sup> D. 35,1,62,2. Siehe dazu *Hermann*, Pro non scripta habere, 31 f.

<sup>381</sup> Vgl. C. 6,40,2 (für Ehefrauen) und C. 6,40,3 (für Ehemänner). Dazu *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. II, 182; *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 179. Vgl. auch Nov. 22,43.

<sup>382</sup> Nov. 22,44: „Wir bestimmen daher, dass [...] dem Ueberlebenden die Wahl freistehen solle, ob er sich wieder verheirathen und auf das ihm Hinterlassene verzichten oder ob er letzteres haben, den Willen des Verstorbenen ehren und eine zweite Ehe nicht eingehen wolle“ (dt. Übers. *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Juris Civilis Bd. VII).

<sup>383</sup> Vgl. Nov. 22,43: „[...] so würde mit der grössten Ungerechtigkeit der Wille des Verstorbenen gänzlich vereitelt werden, dergestalt dass es der Frau vergönnt wäre, zu heirathen, das ihr Hinterlassene an sich zu nehmen und ihren verstorbenen Ehemann zu betrüben“ (dt. Übers. *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus Juris Civilis Bd. VII).

<sup>384</sup> Siehe *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. II, 180 ff.; *Schmidt*, Die Lehre von der Sitzenwidrigkeit, 58.

vorsahen. Lediglich die Bedingung völliger Ehelosigkeit und die Bedingung der Ehescheidung waren ungültig. Dies entspricht in groben Zügen noch der heutigen Rechtslage und höchstgerichtlichen Rechtsprechung in England und Südafrika. In Deutschland sind diese Linien zwar im 20. Jahrhundert etwas weniger deutlich zu erkennen, sie bilden aber gleichermaßen den Ausgangspunkt für die dortige Entwicklung.

### III. Entwicklung eines einheitlichen Sittenwidrigkeitsmaßstabs in Deutschland

Für Deutschland soll im Folgenden gezeigt werden, dass der heutige Umgang mit letztwilligen Potestativbedingungen im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB Ergebnis eines vom römischen Recht ausgehenden schrittweisen Entwicklungsprozesses ist, bei dem auch die Herausbildung eines einheitlichen Rechtssatzes über sittenwidrige Rechtsgeschäfte eine wichtige Rolle spielt.<sup>385</sup>

#### 1. *Usus modernus pandectarum* und die Diskussion um Religionsbedingungen

Blickt man zunächst auf Autoren des 16. bis 18. Jahrhunderts und insbesondere auf jene des sog. *usus modernus pandectarum*, so wird erkennbar, dass diese sich bei der Behandlung letztwilliger Bedingungen in der Regel stark an der Kasuistik des *Corpus Iuris Civilis* orientierten. Meist werden die sittenwidrigen Bedingungen in Anlehnung an das römische Recht als Unterfall der unmöglichen Bedingungen beschrieben. Anders als im römischen Recht werden nun aber teilweise auch jene Ehebedingungen als Fälle der Unsittlichkeit behandelt, deren Unwirksamkeit ursprünglich nicht auf den *boni mores*, sondern auf der augusteischen bzw. der justinianischen Gesetzgebung fußte. An dieser Stelle ist ein erster zaghafter Schritt der Systematisierung bzw. Vereinheitlichung der verschiedenen Bedingungskonstellationen zu erkennen.<sup>386</sup>

Neu war auch die juristische Diskussion um letztwillige Religionsbedingungen, die in den römischen Quellen noch keinen Niederschlag gefunden hatte. Man vermutet die Reformation als Auslöser dafür, dass sich in zahlreichen Testamenten Bedingungen des Inhalts fanden, die angestammte Religion

---

<sup>385</sup> Die folgenden Ausführungen basieren zu großen Teilen auf *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht (1973), die wohl einzige umfangreiche Arbeit zur Entwicklung der Sittenwidrigkeitsdoktrin für die Zeit zwischen römischem Recht und BGB.

<sup>386</sup> Zu den Ansichten der Autoren des 16. Jhd. (Humanismus) *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 19 ff., zu jenen des 17. und 18. Jhd. (*usus modernus pandectarum*) 56 ff. Vgl. auch *Zimmermann*, Law of Obligations, 712 f. Bei der Einordnung der unsittlichen als (moralisch) unmögliche Bedingungen stützte man sich wohl auf D. 28,7,15. Vgl. hierzu allgemein *Zimmermann*, Law of Obligations, 709 und kritisch bspw. *Ravit*, AcP 58 (1875), 1, 5 und 10 f.

beizubehalten oder ein anderes Bekenntnis anzunehmen. Die Autoren des 17. Jahrhunderts sprachen sich im deutschen Raum zwar überwiegend für die Unsittlichkeit solcher Bedingungen aus. Doch war deren Behandlung durchaus umstritten.<sup>387</sup> So findet sich bspw. in *Wolfgang Adam Lauterbachs Collegium Pandectarum* die Aussage, es sei unsittlich, in der Hoffnung auf Gewinn die Religion zu ändern.<sup>388</sup> *Johann Brunneemann* hält dagegen in seinem Pandektenkommentar die Bedingung des Religionswechsels nicht grundsätzlich für unsittlich, sondern unterscheidet nach den inneren Beweggründen der bedachten Person. Ein solcher Wechsel könne rechtmäßige Gründe haben. Fordere die Bedingung aber zu einer Religion auf, von der man wisse, dass sie falsch und gegen das Wort Gottes sei, so sei die Bedingung unsittlich.<sup>389</sup> Andere wie bspw. *Christianus Alardus Knopff* sprachen sich für die Wirksamkeit der Religionsbedingungen aus. Nach *Knopff* vermittele eine solche Bedingung keinen Zwang. Der unter der Bedingung Bedachte könne, falls er die Bedingung nicht erfüllen wolle, die Zuwendung immer noch zurückweisen.<sup>390</sup> In diesen Ansichten kann man schon gewisse Ähnlichkeiten zu den im 20. Jahrhundert vertretenen Ansichten zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Potestativbedingungen erkennen.

## 2. Erste allgemeine Rechtssätze über sittenwidrige Rechtsgeschäfte

Die Unwirksamkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte wurde im *usus modernus pandectarum* nur von wenigen Autoren als allgemeines Prinzip formuliert.<sup>391</sup> In den Stadt- und Landrechten stößt man allerdings im ausgehenden 16. und beginnenden 17. Jahrhundert auf erste allgemeine Normen zu sittenwidrigen Rechtsgeschäften, bspw. in den Statuten von Peina (Peine) von 1597 oder dem Landrecht der churfürstlichen Pfalz von 1610 – gerade auch mit der Formulierung „wid(d)er gute Sitten“.<sup>392</sup>

<sup>387</sup> Siehe *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 58 f. m.w.N. Vgl. auch *Zimmermann*, Law of Obligations, 712 f.; *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter II.2. (im Erscheinen).

<sup>388</sup> *Lauterbach*, Collegium theoretico-practicum pandectarum Bd. II (1706), Lib. XXVIII, Tit. VII, XI (888): „turpe est, & contra conscientiam agit, qui spe lucri mutat religionem, quam veram esse scit, vel scire debet“.

<sup>389</sup> *Brunneemann*, Commentarius in quinquaginta libros pandectarum (9. Aufl. 1731), Lib. XXVIII, Tit. VII, 15 (903).

<sup>390</sup> *Knopff*, Nullitas conditionis de assumenda religione pontificia (1687), Cap. IV, § 3.

<sup>391</sup> Vgl. *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 39 ff. und 62 f.

<sup>392</sup> Statuten von Peina 1597: „Vordrage, die nicht widder Gott und beschriebene Rechte oder gute Sitten sein, soll man halten. Waß aber denen zuwidern, ist man zu halten nicht schuldig“. Landrecht churfürstliche Pfalz bey Rhein 1610 (Th. II Tit. 26): „Wiewol es an ihme selbst rühmlich, auch allen menschen wol anstehet, die eingewilligte pacta, geding, und zusagungen zu halten, ist doch ein solches von denen zusagungen und pacten allein zu verstehen, die nicht wider gute sitten, unerbar, betrüglich, oder wider den gemeinen nutzen

Anschließend ist insbesondere bei den Vertretern des neuzeitlichen Naturrechts wie bspw. *Hugo Grotius*, *Samuel von Pufendorf* oder *Christian Thomasius* zu beobachten, dass sie die Unwirksamkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte als allgemeingültigen Rechtssatz konzipieren und sich von der Behandlung der verschiedenen Einzelfälle lösen. Dies fügt sich ein in das grundsätzliche Systematisierungsbestreben im neuzeitlichen Natur- bzw. Vernunftrecht.<sup>393</sup>

Blickt man auf *Pufendorfs* Werk *De Jure Naturae et Gentium* von 1672, so findet sich dort neben der Regelung, dass schändliche Vereinbarungen (*pacta turpia*) keine Verpflichtungen auslösen<sup>394</sup> auch eine Regelung über Bedingungen. Dort werden – in schon bekannter Weise – die unsittlichen Bedingungen als moralisch unmögliche eingeordnet, die in Testamenten – anders als bei Verträgen – für nicht hinzugefügt gelten.<sup>395</sup> Unsittliche Bedingungen erfahren also neben dem Satz über schändliche Vereinbarungen noch eine gesonderte Behandlung – sie werden unter die Unmöglichkeit gefasst und (dementsprechend) mit einer anderen Rechtsfolge versehen. Die bisherige Handhabung letztwilliger Bedingungen setzte sich also in ähnlicher Weise fort – trotz Erstarren allgemeiner generalklauselartiger Rechtssätze über sittenwidrige Geschäfte.

### 3. Unerlaubte Bedingungen in den Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts

Diese Entwicklung findet sodann Eingang in die Kodifikationen der deutschen Partikularstaaten, die in unterschiedlichem Ausmaß naturrechtlich

---

seind“. Texte abgedruckt bei *Gruchot*, *Gruchot* 15 (1871), 145, 146. Neben diesen Klauseln finden sich aber auch immer noch Einzelregelungen über bestimmte unsittliche Verträge. Zum Ganzen *Schmidt*, *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, 23 ff.

<sup>393</sup> Siehe *Schmidt*, *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, 65 ff.; *Zimmermann*, *Law of Obligations*, 713. Zu Vernunftrecht und Systembildung *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 301 ff.; *Eisfeld*, in: HRG Bd. III (2. Aufl. 2016), Sp. 1862 ff. Zum Verhältnis von Recht und Moral bei den genannten Naturrechtsvertretern *Welzel*, *Naturrechtslehre*, 55. Vgl. auch *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 273 ff.

<sup>394</sup> *Pufendorf*, *De Jure Naturae et Gentium*, Lib. III, Cap. VII, §7 (403).

<sup>395</sup> *Pufendorf*, *De Jure Naturae et Gentium*, Lib. III, Cap. VIII, §5 (422). Dt. Übers. *Pufendorf*, *Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht*, Bd. I, 727 f.: „Was wir von natürlich-unmöglichen Bedingungen gesaget, das verstehet sich auch von denen welche sittlicher Weise nicht möglich sind. [...] Sind aber Pacte und Verheissungen unter schändlichen oder unbilligen Bedingungen geschlossen worden, oder geschehen, so werden diese billig von bürgerlichen Gesetzen für ungültig erkläret [...] Wenn demnach denen Testamenten unmögliche schändliche oder lächerliche Bedingungen einverleibet worden, haben die Römischen Gesetze verordnet, daß auf solche Bedingungen nicht gesehen, sondern selbige für unzugefügt gehalten werden sollten [...]“. Vgl. dazu auch *Schmidt*, *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, 69 ff.; *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter II.3. (im Erscheinen).

inspiriert waren.<sup>396</sup> Sowohl der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 (CMBC), das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (PrALR), das auf dem *Code civil* beruhende Badische Landrecht von 1809 (Bad. LR) als auch das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 (ABGB) enthalten eine allgemeine Regelung über unsittliche Verträge oder Willenserklärungen.<sup>397</sup> Gemeinsam ist ihnen auch, dass (unsittliche) letztwillige Bedingungen daneben stets noch eine getrennte Regelung erfahren.<sup>398</sup> Die Kodifikationen unterscheiden sich aber sowohl hinsichtlich der Systematisierung letztwilliger Bedingungen, der Regelungsdichte und der anzutreffenden Kasuistik, als auch mit Blick auf die angeordnete Rechtsfolge.

Der CMBC von 1756 fasst in bekannter Weise die unsittlichen unter die unmöglichen Bedingungen und betrachtet sie im Kontext letztwilliger Verfügungen als nicht beigefügt (bei Verträgen dagegen Gesamtnichtigkeit).<sup>399</sup> Im Gesetz selbst finden sich keine expliziten Vorschriften über Ehe- oder Religionsbedingungen. Der Schöpfer des CMBC, *Wiguläus Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr*, hatte allerdings in seinem Kommentar ausführlich dazu Stellung genommen. Danach müsse die Bedingung, zu heiraten oder eine bestimmte Person zu heiraten, erfüllt werden; die Bedingung, nicht zu heiraten, widerspreche dagegen dem Gemeinwohl und der Ehefreiheit, sei schändlich, moralisch unmöglich und gelte als nicht beigefügt. Gleiches solle gelten für die Bedingung, nur mit Zustimmung eines Dritten zu heiraten. Wiederverheiratu-

---

<sup>396</sup> Vgl. zu den Kodifikationen *Schlosser*, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 198 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 322 ff.

<sup>397</sup> 4. Theil, 1. Cap., § 16 CMBC: „Die Convention hat in folgenden Sachen nicht Statt. Im<sup>o</sup> In Sachen, welche Naturâ vel Lege impossibiles seynd, das ist, solche Dinge, welche entweder gegen die Natur, oder gegen Ehrbarkeit, Gesetz und Ordnung, oder einem Dritten zu Praejudiz gehen“; § 6 PrALR: „Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärungen niemand verpflichtet oder berechtigt werden“ und § 7 PrALR: „Auch nicht zu Handlungen, welche die Ehrbarkeit beleidigen“; Art. 1108, 1133 Bad. LR (über die Vertragsursache, franz. cause): „Jene Ursache ist unerlaubt, welche von dem Gesetz verboten, der Sittlichkeit entgegen, oder der Staatsordnung zuwider ist“; § 878 S. 2 ABGB (1811): „Was nicht geleistet werden kann; was gerade zu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden“ (zur dortigen Verortung der Unsittlichkeit sogleich). Vgl. auch *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 4.

<sup>398</sup> Vgl. im Überblick *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 77 ff.; *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter II.3. (im Erscheinen).

<sup>399</sup> 3. Theil, 3. Cap., § 10 CMBC: „Im<sup>o</sup> Conditiones, Naturâ, Lege aut Facto impossibiles, das ist, solche Bedingnussen, welche gegen die Natur lauffen, oder so beschaffen seynd, daß ein Verbrechen daraus erfolgt, [...] ferner extravagant oder lächerliche Bedingnussen werden in letztwilligen Dispositionen überhaupt, mithin auch in Testamenten pro non adjectis und dergleichen Erbeinsatzung allzeit pro purâ gehalten“. Vgl. dazu auch *von Kreittmayr*, Anmerkungen CMBC, 3. Theil, 3. Kap. § X, Ziffer 3 (336 f.) mit Verweis auf D. 28,7,15. Zur Rechtsfolge bei lebzeitigen „Contracten“ siehe 4. Theil, 1. Cap., § 8 CMBC.

klauseln sollten gültig sein.<sup>400</sup> Mit Blick auf Religionsbedingungen verwies *Kreittmayr* ohne eigene Stellungnahme auf die bislang vertretenen Ansichten.<sup>401</sup> *Kreittmayrs* Entscheidung, in seinem Kommentar nicht nur die Ehelosigkeits-, sondern auch die Zustimmungsbedingung unter die moralisch unmöglichen zu fassen, fügt sich ein in die allmählich fortschreitende Systematisierung der bunten Bedingungskasuistik unter einem einheitlichen Rechtssatz.

Das Badische Landrecht von 1809, das den französischen *Code civil* von 1804 übernommen hatte, sieht sittenwidrige Bedingungen nicht als Unterfall der unmöglichen, sondern stellt Unmöglichkeit, Gesetzwidrigkeit und Sittenwidrigkeit gleichberechtigt nebeneinander. Eine sittenwidrige Bedingung führt bei Verträgen zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags, in Testamenten und Schenkungen – also bei unentgeltlichen Verfügungen – wird sie für nicht geschrieben erachtet.<sup>402</sup> *Code civil* und Badisches Landrecht befassen sich – ähnlich wie der CMBC – nicht mit einzelnen Fällen unsittlicher Bedingungen.<sup>403</sup>

Das österreichische ABGB von 1811 differenziert zwischen Unmöglichkeit und Unerlaubtheit. Selbst im Kommentar des als Schöpfer des ABGB geltenden *Franz von Zeiller* wird allerdings nicht ganz klar, ob der Verstoß gegen die guten Sitten unter den einen oder den anderen Begriff zu fassen ist und wie sich diese zueinander verhalten.<sup>404</sup> Bei letztwilligen Bedingungen unterscheidet das ABGB zwischen auflösender und aufschiebender Bedingung. Eine aufschiebende Bedingung führt zur Nichtigkeit der ganzen Anordnung, eine auflösende Bedingung wird als nicht beigesetzt betrachtet.<sup>405</sup>

---

<sup>400</sup> *von Kreittmayr*, Anmerkungen CMBC, 3. Theil, 3. Kap. § X, Ziffer 10 f. (346 ff.). Damit wick er bei Zustimmungsbedingungen vom römischen Recht ab. Mit Blick auf Wiederverheirathungsklauseln verweist *Kreittmayr* auf die justinianische Nov. 22, 43.

<sup>401</sup> *von Kreittmayr*, Anmerkungen CMBC, 3. Theil, 3. Kap. § X, Ziffer 13 (350 f.). Er schließt mit der Bemerkung, es komme bei der Entscheidung über die Unsittlichkeit wohl auf die Religion des in der Sache entscheidenden Richters an.

<sup>402</sup> Art. 900 Bad. LR: „Bay jeder Verordnung unter Lebenden, oder auf den Todesfall werden die unmöglichen Bedingungen, so wie diejenigen, welche den Gesezen und den guten Sitten zuwider sind, für nicht geschrieben geachtet“ und demgegenüber Art. 1172 Bad. LR: „Jede Bedingung einer unmöglichen sittenwidrigen oder gesezwidrigen Sache gilt nicht, und macht die darauf ausgesetzte Uebereinkunft ungültig“.

<sup>403</sup> Vgl. dazu *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 84 sowie auch *Birk*, DNotZ 1972, 284, 285. Vgl. zu Code civil und Badischem Landrecht auch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 339 ff.; *Schlosser*, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 228 ff.

<sup>404</sup> Vgl. zur Generalklausel des § 878 ABGB (1811) *Zeiller*, Commentar ABGB Bd.III/1, 44 f. und zur Rechtsfolgenorm des § 698 ABGB (1811) für letztwilligen Verfügungen *Zeiller*, Commentar ABGB Bd.II/2, 664 und 657. Vgl. auch *Pfaff/Hofmann*, Commentar ABGB Bd.I/1, 564 ff. In der heutigen Fassung ist die Sittenwidrigkeit explizit geregelt, vgl. § 697 bzw. § 879 ABGB n.F.

<sup>405</sup> § 698 ABGB (1811): „Die Anordnung, wodurch jemandem unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, ist ungültig [...]. Eine auflösende unmögliche Bedingung wird als nicht beygesetzt angesehen. All dieses gilt auch von den

Lebzeitige Vereinbarungen sind dagegen unabhängig von der Art der Bedingung ungültig.<sup>406</sup> Das ABGB greift sodann in einer gesonderten Norm drei Konstellationen letztwilliger Ehebedingungen heraus. Die Bedingung, dass der Erbe oder Legatar (Vermächtnisnehmer) sich selbst nach erreichter „Großjährigkeit“ nicht verehelichen solle, gilt als nicht beigesetzt. Nur eine verwitwete Person, die Kinder hat, muss die Bedingung erfüllen. Die Bedingung, eine bestimmte Person nicht zu heiraten, kann gültig auferlegt werden.<sup>407</sup> Im Kommentar von Zeillers liest man dazu, das unbestimmte Verbot der Verehelichung sei „der Moralität und der Bevölkerung nachtheilig“, die Widerverheiratklausel billigt er aber mit Blick auf den Schutz der Kinder aus erster Ehe. Die gegen die Ehe mit einer bestimmten Person gerichtete Bedingung stützt er mit der Erwägung, der Erblasser könne „eine gerechte Ursache der Abneigung von einer solchen Verbindung haben“.<sup>408</sup> Die groben Linien des römischen Rechts spiegeln sich auch hier wider.

Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 regelt zwar mit Blick auf die zulässigen Gegenstände von Willenserklärungen generalklauselartig, dass niemand zu gesetzlich verbotenen und die Ehrbarkeit beleidigenden Handlungen berechtigt oder verpflichtet werden könne, lässt diesen Normen sodann aber einen ganzen Katalog unterschiedlicher Einzelfälle folgen.<sup>409</sup> Für unerlaubte Bedingungen wird über eine Verweisungskette auf diese Verbotstatbestände Bezug genommen.<sup>410</sup> Einschränkungen der Gewissensfreiheit, Verpflichtungen zum ehelosen Stand (über ein gewisses Alter hinaus) sowie zur Beibehaltung des Witwenstandes (generell) sind unzulässige Inhalte von Willenserklärungen – und damit auch von letztwilligen Bedin-

---

unerlaubten Bedingungen“. Vgl. allerdings den heutigen § 697 ABGB: „Unverständliche, unbestimmte sowie gesetz- oder sittenwidrige Bedingungen gelten als nicht beigesetzt“. Dazu noch unten Kapitel 2 – E.II.3. (312).

<sup>406</sup> Vgl. § 897 ABGB (1811): „In Ansehung der Bedingungen bey Verträgen gelten überhaupt die nähmlichen Vorschriften, welche über die den Erklärungen des letzten Willens beygesetzten Bedingungen aufgestellt worden sind“; und sodann § 898 ABGB (1811): „Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche bey einem letzten Willen für nicht beygesetzt angesehen werden, sind ungültig“.

<sup>407</sup> § 700 ABGB (1811). Die Norm wurde 2015 aufgehoben, dazu noch unten Fn. 604 (290).

<sup>408</sup> Ebenso billigt er die im Gesetz nicht ausdrücklich genannte Bedingung, eine bestimmte Person zu heiraten, „mit der der Erblasser aus guten Gründen die Verbindung wünschen kann“, siehe Zeiller, Commentar ABGB Bd.II/2, 668. Pfaff/Hofmann, Commentar ABGB Bd.I/1, 581 f. erklären, die sozialen „Uebelstände“ hinter der römischen lex Iulia et Papia seien immer fremd geblieben, doch sei es ein Gemeinplatz der Volkswirte und Staatslehrer, „daß die Zunahme der Bevölkerung wünschenswert sei“. Dieser Aspekt sei der einzig wahre Hintergrund, die Moral habe mit § 700 ABGB nichts zu tun.

<sup>409</sup> §§ 6 ff. (1. Theil, 3. Titel) PrALR.

<sup>410</sup> § 63 (1. Theil, 12. Titel) PrALR i. V. m. § 136 (1. Theil, 4. Titel) PrALR i. V. m. §§ 6–14 (1. Theil, 3. Titel) PrALR.

gungen.<sup>411</sup> Was einer Willenserklärung als Bedingung nicht beigefügt werden darf, wird in letztwilligen Anordnungen „für nicht beigefügt angesehen“.<sup>412</sup>

Es kann festgehalten werden, dass die Gesetzbücher neben ihren allgemeinen Generalklauseln jeweils eigenständige Regelungen für unsittliche letztwillige Bedingungen vorsehen – zumindest mit Blick auf die Rechtsfolge, teilweise aber auch zu einzelnen Fällen. In Übereinstimmung mit dem römischen Recht werden unsittliche letztwillige Bedingungen gestrichen (etwas anders nur das ABGB). Die Einordnung der unsittlichen unter die unmöglichen Bedingungen ist allerdings nicht mehr überall zu beobachten. Die inhaltlichen Standpunkte zu Ehebedingungen sind im Großen und Ganzen ähnlich. Einzig das PrALR schert aus, indem es Wiederverheiratursklauseln generell verbietet. Dort wird auch die Einschränkung der Gewissensfreiheit für unzulässig erklärt – mit entsprechenden Implikationen für Religionsbedingungen. Über eine solche hatte das Reichsgericht im Jahr 1888 zu entscheiden. Die Erblasserin hatte ihren vier Enkeln je 2.000 Thaler unter der Bedingung vermacht, dass diese der katholischen Religion angehörten. Sollte eines der Enkelkinder eine andere Religion annehmen, so sollten die insgesamt 8.000 Thaler stattdessen unter den Kindern der Erblasserin verteilt werden, die eigentlich zugunsten der Enkel von der Erbfolge ausgeschlossen waren. Eine Enkelin war zur evangelischen Kirche übergetreten, weswegen um die Wirksamkeit der Bedingung gestritten wurde. Das Reichsgericht billigte die Ansicht des Berufungsgerichts, es handele sich um eine unerlaubte, die Gewissensfreiheit beschränkende Bedingung. Die Erblasserin habe die Enkel an die katholische Religion binden und Druck auf ihre innere Überzeugung ausüben wollen.<sup>413</sup> Die unerlaubte Bedingung gelte nach Allgemeinem Landrecht als nicht beigefügt. Das Vermächtnis zugunsten der zum evangelischen Glauben übergetretenen Enkelin blieb also ohne die Bedingung bestehen. „In diesem Sinne ist die im gemeinen Rechte streitige Frage für das preußische Recht bestimmt entschieden“, so das Gericht über die Handhabung der Religionsbedingungen.<sup>414</sup>

---

<sup>411</sup> § 136 (1. Theil, 4. Titel) PrALR: „Was selbst kein Gegenstand einer Willenserklärung seyn kann (§. 6–14.), das kann auch niemanden [sic] als eine Bedingung aufgelegt werden.“ Die Altersgrenze einer zulässigen Verpflichtung zum ehelosen Stand liegt für Männer bei 30 und für Frauen bei 25 Jahren, vgl. § 10 (1. Theil, 3. Titel) PrALR.

<sup>412</sup> § 63 (1. Theil, 12. Titel) PrALR. Anders § 227 (1. Theil, 5. Titel) PrALR für Verträgen beigefügte Bedingungen („entkräften einen jeden Vertrag“).

<sup>413</sup> RGZ 21, 279, 279 f. (1888).

<sup>414</sup> Das Gericht stützte sich auch auf verschiedene Lehrbücher des preußischen Rechts, die darin übereinstimmten, „daß nach dem Allgemeinen Landrechte die Verbindung von Vorteilen mit der Pflicht zur Änderung oder Nichtänderung der Religion in der Regel als unsittlich gelten müsse“, siehe RGZ 21, 279, 281 ff. (1888).

#### 4. Fortentwicklung bei den Autoren des 19. Jahrhunderts

Im 19. Jahrhundert, das maßgeblich geprägt war durch den Einfluss der Historischen Rechtsschule und der Pandektenwissenschaft, hatte der Satz von der Unwirksamkeit sittenwidriger Verträge bzw. Rechtsgeschäfte allgemeine Verbreitung erlangt. Dieser wird von den Romanisten des 19. Jahrhunderts mit Anwendungsfällen und Beispielen aus dem *Corpus Iuris Civilis* unterfüttert.<sup>415</sup> Zwischen dem schon bei den Vernunftrechtlern anzutreffenden übergeordneten Rechtssatz und den nun wieder verstärkt bemühten Beispielen aus dem römischen Recht ziehen viele Autoren des 19. Jahrhunderts nun eine weitere Abstraktionsebene ein und systematisieren die möglichen Konstellationen in Kategorien und Fallgruppen.<sup>416</sup> So erklärt *Heinrich Dernburg*:

„Nichtig sind auch unsittliche Geschäfte – contra bonos mores. Dieser Art sind Geschäfte, die direkt Unsittliches versprechen, z.B. die Beschädigung von Sachen Dritter, wie auch solche, die indirekt eine Unsittlichkeit in sich schließen, indem man Geld oder Geldeswerth zu dem Zwecke verspricht, um Unsittliches hervorzurufen oder zu fördern. Unsittlich sind insbesondere Geschäfte, welche die Freiheit der Persönlichkeit des Promittenten in übertriebener Weise beschränken oder Entschlüsse erzwingen sollen, die nur der Ausdruck eigener freier Überzeugung sein dürfen.“<sup>417</sup>

Ähnliche Einteilungen werden auch mit Blick auf unsittliche Bedingungen vorgenommen – Formulierungen, die sich später fast wortgleich in Rechtsprechung und Literatur des 20. Jahrhunderts wiederfinden. *Bernhard Windscheid* führt aus:

„[...] unerlaubt sind diejenigen Bedingungen, welche auf das verbotene Verhalten einen Vortheil setzen, oder auf das gebotene einen Nachtheil; aber auch diejenigen, welche auf das gebotene Verhalten einen Vortheil setzen, gehören dann hierher, wenn sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt. Ferner gehören hierher diejenigen Bedingungen, durch welche in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt wird, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen [...].“<sup>418</sup>

---

<sup>415</sup> Siehe bspw. *Baron*, Pandekten, 118: „[...] eine allgemeine Grenze ist, daß der Inhalt eines Rechtsgeschäfts nicht in etwas bestehen darf, was physisch oder juristisch unmöglich, sowie was verboten (unerlaubt) ist. [...] Verboten (unerlaubt) ist etwas entweder durch eine positive Rechtsvorschrift [...] oder durch das Sittengesetz (boni mores) [...]. Wird etwas Unmögliches zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts gemacht, so ist letzteres nichtig; das Gleiche gilt von dem Rechtsgeschäft, welches durch das Sittengesetz verboten ist [...]“. Siehe auch *Regelsberger*, Pandekten Bd. I, 540; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 244. Mit zahlreichen Verweisen auf das *Corpus Iuris Civilis* in Bezug auf Bedingungen bspw. *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 203 ff. Vgl. auch *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 93 ff.; *Zimmermann*, Law of Obligations, 713.

<sup>416</sup> Dazu *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 96 ff. Siehe auch *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 3.

<sup>417</sup> *Dernburg*, Pandekten Bd. II, 48.

<sup>418</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 301 f. Siehe auch *Baron*, Pandekten, 111: „[...] es soll die Vornahme einer verbotenen, die Unterlassung einer gebotenen

Trotz umfassend formulierter Geltung der Rechtssätze über die Nichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte wurde die unsittliche Bedingung meist immer noch in einem getrennten Abschnitt behandelt. Dies mag daran liegen, dass manche Autoren sie nach wie vor als Unterfall der unmöglichen Bedingung auffassten.<sup>419</sup> Die unterschiedlichen Rechtsfolgen zwischen lebzeitig und letztwillig angeordneten Bedingungen konnten es als zusätzlich sinnvoll erscheinen lassen, Bedingungen getrennt von den allgemeinen Regelungen über Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte zu erörtern.<sup>420</sup>

Inhaltlich orientierte man sich bei der Behandlung letztwilliger Bedingungen eng an der römischen Kasuistik und gelangte mit wenigen Ausnahmen auch zu den gleichen Ergebnissen – nun aber unter dem einheitlichen Banner der Sittenwidrigkeit: So wurde die Bedingung völliger Ehelosigkeit als unerlaubt und unsittlich aufgefasst.<sup>421</sup> Dagegen hielt man die an den überlebenden Ehegatten gestellte Bedingung, nach dem Tod des Erblassers nicht wieder zu heiraten, für zulässig.<sup>422</sup> Gültig sollte auch die Bedingung sein, eine bestimmte Person zu heiraten oder nicht zu heiraten.<sup>423</sup> Die Bedingung der Ehescheidung erklärte man ebenso für unzulässig,<sup>424</sup> wie die Bedingung, nur mit Zu-

---

Handlung nicht belohnt, es soll eine in sittlicher Freiheit vorzunehmende Handlung oder Unterlassung nicht von pecuniärem Gewinn oder Verlust abhängig gemacht werden“. Ähnlich zu Verträgen *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II, 214.

<sup>419</sup> So bspw. *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts Bd. I, 95; *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 203; *Sell*, Unmöglichkeit Bedingungen, 124 ff.

<sup>420</sup> Dazu *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 109.

<sup>421</sup> Vgl. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 303 (Fn. 14); *Baron*, Pandekten, 111; *Savigny*, System Bd. III, 180; *Sell*, Unmöglichkeit Bedingungen, 159 f. Vgl. anschaulich zum Rückgriff auf das römische Recht (lex Julia et Papia) bei gleichzeitiger Einordnung desselben in das rechtliche System des 19. Jahrhunderts das schon eingangs erwähnte Urteil des OLG Rostock, SeuffA 49 (1894), 5, 5 f. Vgl. auch BayObLG, SeuffA 50 (1895), 171, 172. Mit Blick auf das 19. Jhd. *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 132: „Die sittenwidrigen Bedingungen bilden nur noch ganz selten den Gegenstand richterlicher Beurteilung“.

<sup>422</sup> Auch dies stützte man auf die römischen Quellen (hier die Novelle Justinians). Siehe *Savigny*, System Bd. III, 180 (Fn. a); *Puchta*, Vorlesungen Bd. I, 137; *Baron*, Pandekten, 111; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 303 (Fn. 14); *Sell*, Unmöglichkeit Bedingungen, 178 ff.

<sup>423</sup> *Savigny*, System Bd. III, 181 f.; *Baron*, Pandekten, 111; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 302 (Fn. 13); *Sell*, Unmöglichkeit Bedingungen, 163 ff. und 167 ff. Die Unterscheidung des römischen Rechts zwischen unwirksamen Konventionalstrafen für bestimmtes Verhalten in Ehesachen und wirksamen Bedingungen gleichen Inhalts sah man darin begründet, dass Strafen eine größere Gefahr für die Willensfreiheit darstellten, als angebotene Vorteile. Insbes. seien Vermögensvorteile im Gegensatz zur Konventionalstrafe nicht immer dazu bestimmt, „als eigennützige Reizmittel auf den Willen einzuwirken [...]“, *Savigny*, System Bd. III, 183.

<sup>424</sup> *Savigny*, System Bd. III, 180; *Baron*, Pandekten, 111; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 302 (Fn. 13).

stimmung eines Dritten zu heiraten.<sup>425</sup> Nach wie vor umstritten waren die Religionsbedingungen.<sup>426</sup> Letztlich ähneln die vertretenen Positionen jenen früherer Autoren. So hielten manche die Bedingung der Religionsänderung (oder -nichtänderung) schon aus objektiver Warte für unerlaubt: Das Religionsbekenntnis solle von der freien Überzeugung abhängen und von ökonomischen Erwägungen unbeeinflusst bleiben.<sup>427</sup> Andere traten für die volle Wirksamkeit der Religionsbedingung ein.<sup>428</sup> Als Argument wurde auch hier ins Feld geführt, dass die Bedingung keinen Zwang vermittele, da dem Bedachten stets eine Wahl zwischen Änderung der Religion und Verlust des bedingt angebotenen Gewinns bleibe. Er müsse diesen nur ausschlagen, um sich vor jeder Beschränkung der Gewissensfreiheit zu bewahren.<sup>429</sup> Die wohl herrschende Ansicht differenzierte dagegen anhand des Motivs des Erblassers und hielt Religionsbedingungen für unsittlich, sofern die Bedingung darauf abziele, jemanden durch die Aussicht auf ökonomische Vor- oder Nachteile zur Änderung oder Beibehaltung der Religion zu bewegen. Zulässig sollte die Bedingung dagegen sein, wenn eine Einflussnahme auf den Entschluss nicht bezweckt war.<sup>430</sup> Hier spiegelt sich auch die zunehmende Relevanz des Erblassermotivs in der Diskussion des 19. Jahrhunderts.<sup>431</sup>

---

<sup>425</sup> *Savigny*, System Bd. III, 180 f.; *Baron*, Pandekten, 111; *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 166 („sehr große Beschränkung der Freiheit“).

<sup>426</sup> Siehe im Überblick *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 107 f.; *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 12. Vgl. auch *Vangerow*, Pandekten Bd. I, 138 („sehr bestritten“). Zum Fehlen römischer Quellen zu dieser Frage *Baron*, Pandekten, 112 („die Quellen behandeln die Frage nicht“).

<sup>427</sup> Siehe *Baron*, Pandekten, 112; *Keller*, Pandekten Bd. I, 127; *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 145. Vgl. zudem BayObLG, SeuffA 50 (1895), 171, 172 f. (Bedingung, in den katholischen Priesterstand einzutreten). Mit Blick auf die Berufswahlfreiheit erklärte das Gericht die Bedingung nach gemeinem Recht für sittlich unerlaubt und als nicht beigelegt: „Gewiß erscheint es aber als eine der Gegenwart entsprechende sittliche Anforderung, daß die Bestimmung eines Menschen zum Dienste Gottes und der Kirche von jeder äußeren Beeinflussung ferngehalten und die Entscheidung hierüber nicht durch die Aussicht auf einen Vermögensvortheil herbeigeführt werde“.

<sup>428</sup> *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts Bd. II, 223; *Wächter*, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts Bd. II, 725 f. (Fn. 18); *Vangerow*, Pandekten Bd. I, 138.

<sup>429</sup> Vgl. die Darstellung bei *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 148.

<sup>430</sup> Siehe *Puchta*, Vorlesungen Bd. I, 137: „[...] sofern durch die Disposition ein Motiv, also eine äußerliche Triebfeder gegeben werden soll, wo bloß die innere Überzeugung entscheiden darf, ist die Bedingung turpis. Anders wenn z.B. blos Fürsorge für diesen Fall getroffen werden soll [...]“; *Scheurl*, Nebenbestimmungen, 293: „[...] es ist die fragliche Bedingung [...] als eine unsittliche zu behandeln, wenn dabei die Absicht erkennbar ist, mittels der Aussicht auf die Erlangung oder den Entgang eines Geldgewinns zur Religionsänderung oder zu ihrer Unterlassung zu zwingen“; *Savigny*, System Bd. III, 184 f.; *Regelsberger*, Pandekten Bd. I, 565; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 302 f. (Fn. 13); *Fitting*, AcP 56 (1873), 399, 423.

Doch soll der Blick von der Diskussion um die Sittenwidrigkeit einzelner Bedingungen wieder auf deren Platz im rechtlichen Systemdenken des 19. Jahrhunderts gelenkt werden. So war es wohl vor allem das Verdienst *Ludwig Arndts* und *Friedrich Carl von Savignys*, dass man die unsittlichen Bedingungen zunehmend aus dem Kontext der unmöglichen löste und damit den Weg frei machte, sie der allgemeinen Generalklausel über sittenwidrige Rechtsgeschäfte zu unterstellen.<sup>432</sup> So sprach sich *von Savigny* dafür aus, die unsittliche Bedingung nicht mehr unter die unmöglichen Bedingungen zu fassen. Sie unterschieden sich mit Blick auf ihr Wesen – der Eintritt der unsittlichen Bedingung sei anders als bei der unmöglichen Bedingung ja gerade nicht ausgeschlossen – und könnten allenfalls hinsichtlich ihrer Wirkung (d. h. ihrer Rechtsfolge) gleichgestellt werden. Er merkte auch an, dass die oft bemühte Digestenstelle (D. 28,7,15) diese Gleichstellung allenfalls indirekt ausdrücke und eigentlich eine andere Stoßrichtung gehabt habe.<sup>433</sup> Weitere Autoren schlossen sich dieser Auffassung an, wodurch die unsittliche Bedingung als eigenständige Kategorie neben die unmögliche trat.<sup>434</sup> Man begann zudem zu unterscheiden zwischen Bedingungen, die auf die Vornahme einer sittenwidrigen Handlung gerichtet waren und solchen, bei denen die zur Bedingung erhobene Handlung (z. B. Eheschließung oder Religionsänderung) an sich nicht unsittlich ist – die Anstößigkeit also erst durch die Verknüpfung mit dem Rechtsgeschäft begründet wird.<sup>435</sup> Dies wiederum führte im späten 19. Jahrhundert bei manchen Autoren dazu, dass man den Blick für die Beur-

---

<sup>431</sup> Die Frage nach der Relevanz des Beweggrundes wurde im 19. Jhd. nicht nur bei Religionsbedingungen diskutiert, sondern mit Blick auf sittenwidrige Rechtsgeschäfte ganz allgemein. Für eine rein objektive Betrachtung *Ravit*, AcP 58 (1875), 1, 65 f. Für eine Berücksichtigung der Gesinnung (wohl die h. M.) u. a. *Dernburg*, Pandekten Bd. II, 48 f. (Fn. 18); *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II, 214. Vgl. auch *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 96 ff.

<sup>432</sup> Vgl. dazu *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 104 ff. Vgl. auch *Fitting*, AcP 56 (1873), 399, 399 f.

<sup>433</sup> *Savigny*, System Bd. III, 169 ff. und zuvor noch ausführlicher *Arndts*, Beiträge, 172 ff. *Von Savigny* plädierte zudem dafür, die Rechtsfolgen am sittlichen Zweck zu orientieren – danach, was zur Aufrechterhaltung der Sittlichkeit erforderlich sei. Vgl. unten Kapitel 2 – E.II.3. (312).

<sup>434</sup> *Vangerow*, Pandekten Bd. I, 136; *Ravit*, AcP 58 (1875), 1, 5 und 10; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 301 f. (Fn. 9). Zum Ganzen *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 104 f.

<sup>435</sup> *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten Bd. IV, 130; *Dernburg*, Pandekten Bd. I, 255 f.; *Arndts*, Beiträge, 179 und 183. Dazu auch *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 110 f. Dabei stellten manche – wie schon bei den Religionsbedingungen – insbes. auf das Motiv des Erblassers ab; ob der Erblasser also das an sich nicht verwerfliche Verhalten durch die „Lockung pecuniären Vortheils und damit durch einen sittlich anstößigen Beweggrund“ hervorzurufen suche, *Fitting*, AcP 56 (1873), 399, 416. Siehe auch *Scheurl*, Nebenbestimmungen, 288 ff.; *Dernburg*, Pandekten Bd. II, 48 f. (Fn. 18).

teilung der Sittenwidrigkeit nicht mehr isoliert auf die Bedingung richtete, sondern auf das bedingte Rechtsgeschäft als Ganzes.<sup>436</sup> Damit war die gedankliche Grundlage geschaffen, sittenwidrige Bedingungen im BGB nicht mehr gesondert und kasuistisch zu regeln, sondern dem allgemeinen Sittenwidrigkeitstatbestand des § 138 Abs. 1 zu unterstellen.<sup>437</sup>

### 5. Sittenwidrige Bedingungen und die Entstehung des BGB

Mit Blick auf letztwillige Bedingungen konstatierte *Gottfried von Schmitt* in der Begründung seines Erbrechtsentwurfs für das BGB eine „bunte Verschiedenheit der Rechte“, die einen Gegenstand zeigen, „welcher dem Spiele jeder möglichen, aber nicht einer festen Auffassung unterliegt“.<sup>438</sup> Damit verwies er auf die unterschiedlichen Regelungen über letztwillige Bedingungen in den Partikularrechten des 19. Jahrhunderts. So war bspw. im gemeinen Recht die Bedingung der Ehelosigkeit gänzlich untersagt, die Wiederverheiratsklausel erlaubt und die Religionsbedingung umstritten. Das PrALR verbot dagegen die Ehelosigkeitsbedingung nur über ein gewisses Alter hinaus und untersagte Wiederverheiratsklauseln ebenso wie Religionsbedingungen. Unterschiede erblickte *von Schmitt* auch in den Rechtsfolgen.<sup>439</sup>

*von Schmitt* sah sich bei der Ausarbeitung seines Erbrechtsentwurfs vor die Aufgabe gestellt, in Anbetracht dieser Unterschiede zu einer einheitlichen Regelung letztwilliger Bedingungen zu gelangen. Dazu erklärte er in § 9 seines Entwurfs zunächst die grundsätzliche Zulässigkeit aufschiebender und auflösender Bedingungen in letztwilligen Verfügungen.<sup>440</sup> Mit Blick auf ein-

---

<sup>436</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 301 f. (mit Fn. 9): „Es kommt nicht auf den Inhalt der Bedingung an, sondern auf den Inhalt der bedingten Willenserklärung“. Siehe auch *Ravit*, AcP 58 (1875), 1, 60 f.; *Scheurl*, Nebenbestimmungen, 288 f.; *Arndts*, Beiträge, 175 f. Dazu auch *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 111 f.

<sup>437</sup> Siehe *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 112.

<sup>438</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 214 (bezogen auf die Bedingung der Ehelosigkeit).

<sup>439</sup> Vgl. *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 210 ff.

<sup>440</sup> § 9 TE: „Jede letztwillige Anordnung kann durch aufschiebende, wie durch auflösende Bedingungen, durch Anfangs- oder End-Termin beschränkt werden“. Die Vorschrift sollte verdeutlichen, dass man die Position des gemeinen Rechts verwarf, das bei Erbesetzungen nur aufschiebende, nicht aber auflösende Bedingungen erlaubte. Hintergrund der dortigen Regel war zum einen die Auffassung des römischen Rechts, die Erbenstellung verträge keine zeitliche Grenze (vgl. den Satz „semel heres semper heres“). Zum anderen wäre ein Übergang auf die gesetzlichen Erben nicht mit dem Grundsatz vereinbar gewesen, der ein Nebeneinander von testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge ausschloss (vgl. den Satz „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“). Beidem sollte im BGB nicht gefolgt werden und so diente die Norm der Klarstellung, dass fortan jedwede letztwillige Anordnung aufschiebend und auflösend bedingt und befristet werden konnte. Vgl. *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 207 f.; Motive BGB Bd. V, 16 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 9). Zum gemeinen Recht *Windscheid*, Lehrbuch

zelne Fälle unerlaubter Bedingungen, die in den Partikularrechten in unterschiedlichem Detailreichtum geregelt waren, „beschränkt sich der Entwurf auf wenige Vorschriften“, so *von Schmitt*. Denn die allgemeine Vorschrift über Gesetz- oder Sittenwidrigkeit gelte auch für letztwillige Anordnungen.<sup>441</sup> Und so hob der Entwurf in § 14 lediglich zwei Fälle unerlaubter Bedingungen hervor. Zum einen „die Bedingung, welche auf Ehelichung einer von einem Dritten zu bestimmenden Person gerichtet ist“, zum anderen „die auf Vornahme oder Unterlassung eines Religions- oder Konfessionswechsels gestellte Bedingung, wenn erhellt, daß mit deren Festsetzung eine Einwirkung auf die Willensbestimmung der betreffenden Person beabsichtigt war“.<sup>442</sup> Mit dieser Formulierung schloss sich *von Schmitt* in Sachen Religionsbedingung der herrschenden Meinung im gemeinen Recht an, verwies aber auch auf weitere Partikularrechte und Gesetzesentwürfe.<sup>443</sup> Bei den Ehebedingungen schien *von Schmitt* sich weitgehend am bayerischen Erbrechtsentwurf von 1861 zu orientieren. Die Bedingung der Ehelosigkeit sollte nicht gesondert geregelt werden, da die Partikularrechte keine einheitliche Position erkennen ließen und der politische Gedanke der Römer antiquiert sei (*lex Iulia et Papia*). Für weitere Bedingungen – wie jene der Ehescheidung – hielt er die allgemeinen Vorschriften über Rechts- und Sittenwidrigkeit für ausreichend.<sup>444</sup>

Hinsichtlich der Rechtsfolge unerlaubter Bedingungen differenzierte *von Schmitt* zwischen auflösenden und aufschiebenden Bedingungen.<sup>445</sup> Bei auflösenden Bedingungen sollte – in Übereinstimmung mit den meisten Partikularrechten – der Wegfall der Zuwendung als nicht angeordnet gelten, also lediglich die Bedingung gestrichen werden. Dies entspreche nicht nur dem vermu-

---

des Pandektenrechts Bd. III, 79 f. (mit Fn. 18); *Dernburg*, Pandekten Bd. III, 158 f. Zum römischen Recht *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. I, 688 und 677; *Kaser*, Das röm. Privatrecht Bd. II, 492 f. und 476 f. Vgl. heute § 2104 f. BGB (sog. konstruktive Nacherbfolge), dazu MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 13; BeckOK BGB/*Litzenburger*, § 2074 Rn. 3 f.; *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 18 f.

<sup>441</sup> Siehe *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 213 f.

<sup>442</sup> § 14 Abs. 1 und 2 TE. Siehe für den gesamten Normtext des TE *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 7 ff.

<sup>443</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 214 f.

<sup>444</sup> Die gesonderte Erwähnung der Drittbestimmung des Ehegatten erachtete er für angebracht, da eine solche Bedingung nicht nur die freie Selbstbestimmung beeinträchtige, sondern auch unsittliche Vermögensspekulation befördere und dazu führen könne, sich durch Ehelichung unehrbarer Personen zu gefährden, *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 213 f. Vgl. auch Art. 55 (Theil I) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1861.

<sup>445</sup> § 12 TE: „Der Wegfall einer Zuwendung gilt als nicht angeordnet, wenn derselbe von einer unerlaubten, oder einer Bedingung abhängig gemacht ist, deren Eintritt den für diesen Fall angeordneten Wegfall ausschließt. Für Zuwendungen, welche von einer Bedingung dieser Art abhängig gemacht sind, gelten die für Rechtsgeschäfte unter Lebenden maßgebenden Vorschriften“.

teten Willen des Erblassers (Charakter der Zuwendung als Liberalität) und dem Grundsatz, den letzten Willen möglichst aufrecht zu erhalten, sondern auch der Natur der Sache (zwei selbständige Teile der Verfügung). Sollte das Streichen der Bedingung einmal dem Erblasserwillen widersprechen, so habe er sich dies selbst zuzuschreiben, da er die Verfügung auflösend und nicht aufschiebend bedingt habe.<sup>446</sup> Bei unerlaubten aufschiebenden Bedingungen stellte *von Schmitt* sich allerdings der Mehrzahl der Partikularrechte entgegen (die auch diese Bedingungsart als nicht beigefügt behandelten) und sah die Nichtigkeit der gesamten Verfügung vor. Damit schloss er sich dem österreichischen ABGB sowie zwei Gesetzesentwürfen aus Bayern und Hessen an.<sup>447</sup>

„Der bekannte Streit der älteren römischen Juristen ist zu Gunsten der Aufrechterhaltung letztwilliger Zuwendungen [...] entschieden worden. Kaum mit Recht!“,

so *von Schmitt* – in Anspielung auf den altrömischen Schulenstreit zwischen Sabinianern und Prokulianern.<sup>448</sup> Zu vermuten, der Erblasser hätte die Zuwendung auch ohne die Bedingung gewährt, sei mindestens willkürlich. Die aufschiebende Bedingung spreche gegen die Annahme, den Erblasser habe überwiegend Liberalität geleitet. Es gebe dann keinen Grund, den bedingt Bedachten durch Streichen der Bedingung vor den gesetzlichen Erben zu begünstigen.<sup>449</sup>

Die erste BGB-Kommission billigte die Aufnahme einer klarstellenden Norm zur Zulässigkeit letztwilliger Bedingungen,<sup>450</sup> lehnte aber Vorschriften über einzelne unerlaubte Bedingungen ab.<sup>451</sup> Der materiellen Gerechtigkeit werde mehr gedient, „wenn der Richter in dieser Hinsicht nicht an allgemeine, von der Beschaffenheit der verschieden liegenden einzelnen Fälle nothwendig absehende Vorschriften gebunden ist“. Man verwies auf die allgemeinen Vorschriften der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit.<sup>452</sup> Aber auch die

<sup>446</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 210 f.

<sup>447</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 211 f. Siehe auch § 698 ABGB (1811); Art. 52 (Theil I) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1861 (beide mit Differenzierung zwischen auflösender und aufschiebender Bedingung) sowie Art. 60 (Dritte Abth.) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen von 1845 (Nichtigkeit ohne Differenzierung).

<sup>448</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 212. Vgl. zu der Kontroverse im römischen Recht oben Kapitel 2 – D.II. (235). Die Fiktion der nicht beigefügten Bedingung („pro non scripto habetur“) verdichtete sich allerdings wohl erst im Laufe der Zeit zu der starren Regel, als die sie in den Werken der Pandektisten erscheint und von der auch *von Schmitt* auszugehen scheint. Siehe dazu *Hermann*, Pro non scripta habere, 21 ff.; *Bund*, in: FS von Lübtow, 353, 356 f. und 365 ff; *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 452 (Fn. 53); *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 351.

<sup>449</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 212.

<sup>450</sup> Motive BGB Bd. V, 16 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 9).

<sup>451</sup> Motive BGB Bd. V, 21 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 11) unter Verweis auf die Motive zum Allgemeinen Teil.

<sup>452</sup> Motive BGB Bd. I, 267 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. I, 501).

Rechtsfolgen wollte man den allgemeinen Vorschriften unterstellen (damals §§ 105, 106 E I, heute §§ 134, 138 BGB). Die Kommission ging damit noch einen Schritt weiter als von *Schmitt*, der sich nur hinsichtlich aufschiebender Bedingungen gegen deren Streichen gestellt hatte. Gleiches müsse auch für auflösende Bedingungen gelten, so die Kommission. Es könne dahingestellt bleiben, wie das römische Recht dazu gelangt sei, die Bedingung zu streichen – es sei eine abweichende Regelung geboten. Das Ziel, Unerlaubtes nicht zu befördern, könne entweder dadurch erreicht werden, dass das ganze Geschäft für nichtig erklärt oder die Bedingung als nicht beigelegt angesehen werde. Letzteres werde meist damit gerechtfertigt, den Willen des Erblassers bestmöglich zur Geltung bringen zu wollen. Doch sei zu bezweifeln, ob mit dem Streichen der Bedingung der Wille des Erblassers wirklich getroffen werde. Es liege ebenso nahe anzunehmen, er hätte die Zuwendung ohne die Bedingung gar nicht vorgenommen. Die Rücksichtnahme auf den Bedachten könne angesichts der Interessen der übrigen Beteiligten nicht entscheiden. Die Bedingung und die Zuwendung als zwei getrennte Teile der Verfügung zu behandeln, widerspreche zudem dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäfts – die Bedingung sei wesentlicher und untrennbarer Bestandteil. Somit verdiene es den Vorzug, die gleichen Grundsätze anzuwenden wie für Rechtsgeschäfte unter Lebenden.<sup>453</sup>

Aus von *Schmitts* Vorlage blieb im ersten Entwurf des BGB also lediglich die deklaratorische Norm über die grundsätzliche Zulässigkeit letztwilliger Bedingungen und Befristungen bestehen.<sup>454</sup> Die zweite Kommission strich auch noch diese Norm, da sich die Zulässigkeit letztwilliger Bedingungen nicht nur aus den Vorschriften des Allgemeinen Teils, sondern auch aus den übrigen erbrechtlichen Bestimmungen ergebe.<sup>455</sup> Damit waren im Laufe des Gesetzgebungsprozesses alle gesonderten Vorschriften über die Zulässigkeit letztwilliger Bedingungen, über einzelne unerlaubte Fälle und die jeweiligen Rechtsfolgen verschwunden.<sup>456</sup> Es sollten die Vorschriften des Allgemeinen Teils zum Zuge kommen.<sup>457</sup>

---

<sup>453</sup> Motive BGB Bd. V, 19 ff. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 10 f.).

<sup>454</sup> Allerdings verzichtete man darauf, auflösende und aufschiebende Bedingungen getrennt zu benennen, § 1760 E I: „Einer letztwilligen Verfügung kann eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung beigelegt werden“. Vgl. Motive BGB Bd. V, 16 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, II und 9).

<sup>455</sup> Protokolle BGB Bd. V, 11 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 520). Vgl. u.a. §§ 2074–2076, 2103–2106 und 2177 BGB und dazu MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 5; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 2 f.

<sup>456</sup> Vgl. zum Ganzen auch *Karow*, Sittenwidrigkeit, 25 ff.; *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 5 ff.; *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter II.5. (im Erscheinen).

<sup>457</sup> Siehe auch Motive BGB Bd. I, 212 (= *Mugdan*, Materialien Bd. I, 469): „Die Vorschrift [des heutigen § 138 Abs. 1 BGB] enthebt [...] der Nothwendigkeit, die unsittlichen Bedingungen zum Gegenstande besonderer Bestimmungen zu machen“.

### 6. Kontinuitäten und Entwicklungen im 20. Jahrhundert

Letztwillige Potestativbedingungen, die nicht schon an sich gesetzwidrigen Inhalts im Sinne des § 134 BGB waren, unterfielen fortan also einheitlich dem Regime des § 138 Abs. 1 BGB. *Helmut Schmidt* bezeichnete dies als das „Ergebnis einer konsequenten Entwicklung“.<sup>458</sup> Über die Jahrhunderte hinweg hatte sich schrittweise der allgemeine Rechtssatz über die Unwirksamkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte herausgebildet. Die römische Kasuistik zu letztwilligen Bedingungen (die damals mitunter noch gar nicht auf die *boni mores* Bezug genommen hatte) fasste man im Laufe der Zeit unter der Kategorie der unsittlichen Bedingungen zusammen. Nachdem die unsittlichen Bedingungen sich im 19. Jahrhundert sodann von ihrer Einordnung unter die Unmöglichkeit emanzipiert hatten, konnte man sie gedanklich den allgemeinen Regeln über das sittenwidrige Rechtsgeschäft unterstellen. Diese Entwicklung kulminierte im BGB, das auf jegliche Sonderregel und Aufzählung einzelner Fälle sittenwidriger Bedingungen verzichtete.

Doch musste man die Fallgruppe letztwilliger Bedingungen auch im Rahmen der Generalklausel des § 138 BGB operationalisieren – denn auch die Formel vom Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden war letztlich ergebnisoffen.<sup>459</sup> So scheinen jene Kriterien, die man im späten 19. Jahrhundert zur Beurteilung unerlaubter Bedingungen angelegt hatte, von Literatur und Rechtsprechung im Rahmen des § 138 BGB wieder aufgegriffen worden zu sein.<sup>460</sup> Der Maßstab bestand aus zwei Elementen: Zum einen im Postulat, es sei unsittlich mit der Aussicht auf finanzielle Voroder Nachteile auf Entscheidungen über Ehe oder Religion einzuwirken, die nach sittlichen Grundsätzen der freien inneren Überzeugung entspringen sollten; zum anderen aus der Einschränkung, eine Sittenwidrigkeit sei dann nicht gegeben, wenn der Erblasser eine Beeinflussung des Bedachten nicht beabsichtigt hatte.<sup>461</sup>

Der sittlich-moralische Einschlag dieses Maßstabs lässt sich ebenfalls schon in der Literatur des 19. Jahrhunderts verorten. So schien man die Verknüpfung von wirtschaftlichen Erwägungen insbesondere mit Ehe oder Religion als besonders anstößig zu erachten. *von Savigny* erklärte mit Blick auf Religionsbedingungen:

---

<sup>458</sup> *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 112.

<sup>459</sup> Zur sog. Anstandsformel oben Einleitung (13).

<sup>460</sup> Siehe bspw. *Staudinger* (2. Aufl. 1906)/*Herzfelder*, §§ 2074, 2075 I.4.; *Planck's* Kommentar BGB (4. Aufl. 1930)/*Flad*, Vor §§ 2074–2076 Ziffer 2c. Vgl. dazu auch *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 10 ff. m. w. N.

<sup>461</sup> Siehe auch oben Kapitel 2 – A.I.1. (170).

„Jeder dieser Entschlüsse nämlich ist an sich selbst bloße Gewissenssache [...]. Allein der Einfluss von Gewinn und Verlust auf diese innerste Angelegenheit des Menschen ist gewiß in hohem Grade bedenklich [...].“<sup>462</sup>

Beim Institut der Ehe kann auf Äußerungen zum Ehemäklervertrag verwiesen werden. So echauffierte sich *Josef Kohler* in seinem Beitrag „Die Ideale im Recht“ über die Kommerzialisierung der Ehe:

„[...] er behandelt dasjenige als Geschäft, was unsere Kulturordnung als die höchste Verbindung der Herzen und Geister, als einen tief ethischen Verband für Lebenszeit erklärt. Wenn aber die Ehe als Geschäft behandelt wird, so werden nicht die seelischen Faktoren, welche die Verbindung der Ehe zu einer tiefen Herzensverbindung machen, in Betracht kommen, sondern Dinge rein äußerlicher Art, insbesondere der Stand des Vermögens: die Vermögensseite wird Alles überwuchern [...].“<sup>463</sup>

Die Rechtfertigungsmöglichkeit über das Motiv des Erblassers liegt wohl in der Erkenntnis begründet, dass hinter einer letztwilligen Bedingung nicht immer eine Beeinflussungsabsicht, sondern mitunter aner kennenswerte Überlegungen stehen können, wie bspw. die Sorge um finanzielle Absicherung für den Fall der Ehelosigkeit.<sup>464</sup> Dem Erblassermotiv war im 19. Jahrhundert eine immer bedeutendere Rolle zugedacht worden<sup>465</sup> – eine Entwicklung, die sich in der Rechtsprechung des 20. Jahrhunderts fortsetzen sollte.

Beide Elemente – sittlich-moralischer Maßstab und Relevanz des Motivs – ließen sich letztlich gut in den Kontext des neuen § 138 BGB einpassen. Im ersten BGB-Entwurf hatte der damalige § 106 noch einen anderen Wortlaut gehabt:

„Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig.“<sup>466</sup>

Die zweite Kommission strich zum einen den Verweis auf die „öffentliche Ordnung“. Zwar erfolgte die Streichung vor allem, weil man den Begriff für zu unbestimmt hielt – Verstöße gegen die öffentliche Ordnung waren damit nicht per se aus dem Anwendungsbereich der Sittenwidrigkeit verschwun-

---

<sup>462</sup> *Savigny*, System Bd. III, 184 f. Vgl. auch *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 145 f.: „[...] denn, daß es gegen das Sittengesetz verstößt, wenn die Beibehaltung oder die Aenderung des religiösen Glaubens – des Heiligsten, was der menschliche Geist zu fassen vermag – von dem Erwerbe eines äußeren Gewinnes abhängig gemacht wird, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. [...] Der Mensch soll durch solche Bestimmungen nicht in Versuchung geführt werden; denn manche Tugend, welche, so lange sie unangefochten war, sich rein erhalten hat, scheidet an der gefährlichen Klippe des Eigennutzes“.

<sup>463</sup> *Kohler*, ArchBürgR 5 (1891), 161, 167.

<sup>464</sup> Vgl. bspw. *Savigny*, System Bd. III, 183 f.

<sup>465</sup> Siehe oben Kapitel 2 – D.III.4. (248) und bspw. *Fitting*, AcP 56 (1873), 399, 416 ff.

<sup>466</sup> Vgl. die Texte in der Gegenüberstellung bei *Mugdan*, Materialien Bd. I, LXXXV.

den.<sup>467</sup> Doch werden Sitte und Moral zumindest als wichtiger Bestandteil der Norm betrachtet.<sup>468</sup> Zum anderen strich man die Beschränkung auf den „Inhalt“ des Rechtsgeschäfts und stellte klar, dass das Motiv im Sinne einer verwerflichen Gesinnung bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nicht außer Acht gelassen werden dürfe.<sup>469</sup> § 138 Abs. 1 BGB bildete damit in der Ausrichtung, die ihm die zweite Kommission letztlich gegeben hatte, eine gute Grundlage für die Übernahme und das Fortschreiben der Kriterien über unsittliche Bedingungen aus dem 19. Jahrhundert. In Schrifttum und Rechtsprechung waren sie fortan der einheitliche Standard, an dem letztwillige Potestativbedingungen gemessen wurden – nun aber weitgehend losgelöst von den Differenzierungen des römischen Rechts.<sup>470</sup> Dieses Lösen von der vertypeten Sittenwidrigkeitskasuistik kann ein Grund dafür sein, dass man nun bspw. die Bedingung der Ehescheidung (Hoferbenfall) oder der Zustimmung zur Eheschließung (Fall Leiningen), die noch im 19. Jahrhundert als unsittlich gegolten hatten, für gültig erklären konnte.<sup>471</sup> An diesen Fällen zeigt sich aber

---

<sup>467</sup> Siehe Protokolle BGB Bd. I, 124 (= *Mugdan*, Materialien Bd. I, 725): „[...] da dem Begriff eine sichere Umgrenzung fehle und die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte anzusehen sein würden“. Siehe dazu auch *Schmidt*, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit, 145 ff.

<sup>468</sup> Vgl. *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 1 und 9; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 62 ff.; *Sack*, NJW 1985, 761, 765 ff. Sehr pointiert *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, 3 ff.

<sup>469</sup> „Es genüge nicht, mit dem Entw[urf] die Nichtigkeit nur bezüglich solcher Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle [sic] des Richters unterstellt würden, so sei es doch im einzelnen Falle unerlässlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer Acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Momentes der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde“, Protokolle BGB Bd. I, 123 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. I, 725). Siehe dagegen zum früheren Entwurf noch Motive BGB Bd. I, 211 (= *Mugdan*, Materialien Bd. I, 469): „Die Grenze ist dahin zu ziehen, daß Nichtigkeit eintritt, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite, die guten Sitten verletzt. Neben den guten Sitten ist die öffentliche Ordnung erwähnt, weil der Inhalt eines Rechtsgeschäfts nicht bloß gegen die moralischen Interessen, sondern auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen kann und ein Verstoß gegen die letzteren nicht immer einen Verstoß gegen die ersteren enthält“.

<sup>470</sup> So erklärte das OLG Naumburg ein Testament für sittenwidrig, in dem die Erbeinsetzung unter der Bedingung gestanden hatte, dass die Enkelin eine bestimmte Person nicht heirate, OLG Naumburg, BeckRS 1998, 31024804. Bis ins 19. Jhd. war diese Bedingung als gültig erachtet worden.

<sup>471</sup> Zum Hoferbenfall Kapitel 2 – A.II.2. (176), zum Fall Leiningen Kapitel 2 – A.II.4.a) (182).

auch, dass dem (vermuteten) Erblassermotiv in der Rechtsprechung erhebliche Bedeutung als rechtfertigendes Moment beigemessen wurde.<sup>472</sup>

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts fasste sodann der Druck-Topos in Schrifttum und Rechtsprechung Fuß.<sup>473</sup> Die inhaltliche Ausrichtung des Sittenwidrigkeitsmaßstabes für letztwillige Potestativbedingungen verschob sich vom Schutz einer moralisch gebotenen freien Überzeugung hin zum Schutz vor unzumutbarem Druck auf die Entscheidungsfreiheit, insbesondere mit Blick auf verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsrechte.<sup>474</sup> Wo bislang der Verweis auf außerrechtliche sittlich-moralische Gebote mitschwang (insbesondere in Form der missbilligten Vermengung ideeller und materieller Gesichtspunkte),<sup>475</sup> stand nun die Abwägung konkreter individueller Rechtspositionen wie Testierfreiheit und Eheschließungsfreiheit.<sup>476</sup> Diese Entwicklung steht im Kontext der Pluralisierung der Gesellschaft und der Konstitutionalisierung der (Privat-)Rechtsordnung.<sup>477</sup> Vereinfacht gesagt führen Pluralisierung und Diversifizierung der Gesellschaft dazu, dass so manche früher als allgemeinverbindlich empfundene Sittennorm ihre Überzeugungskraft und Verbindlichkeit einbüßte.<sup>478</sup> Dies machte es argumentativ schwieriger, auf scheinbar allseits akzeptierte Vorstellungen von Sitte oder Moral zurückzugreifen.<sup>479</sup> Sie wurden im Rahmen der Sittenwidrigkeit ersetzt durch eine stärker rechtliche – und infolge des verstärkten Einflusses des Verfassungs-

---

<sup>472</sup> Vgl. auch oben Kapitel 2 – A.II.2. (176).

<sup>473</sup> Gerade die Entscheidung des BVerfG im Fall Hohenzollern hat dem Druck-Topos zu weiterer Autorität verholfen und selbst die gefestigte Rspr. zu Wiederverheirungsklauseln ins Wanken gebracht. Vgl. auch *Schmoeckel*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*, 140, 142: „Die Reichweite des Urteils ist nicht zu unterschätzen“.

<sup>474</sup> Vgl. *Otte*, ZEV 2004, 393, 396 („Akzentverschiebung“).

<sup>475</sup> Vgl. aus dem 19. Jhd. bspw. BayObLG, SeuffA 50 (1895), 171, 173: „eine der Gegenwart entsprechende sittliche Anforderung“. Vgl. auch *Teubner*, *Standards und Direktiven*, 54: „Rezeption gesellschaftlich gültiger Normen“; „Fiktion einer homogenen Gesellschaftsmoral im 19. Jahrhundert“.

<sup>476</sup> Vgl. *Otte*, ZEV 2004, 393, 396. Vgl. insofern auch BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010 (Hohenzollern): „Die Testierfreiheit umfasst auch die Freiheit, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen“. Vgl. auch *Teubner*, *Standards und Direktiven*, 59: „Statt Moralanschauungen ins Recht zu übernehmen, hat der Richter Interessen zu analysieren und gegeneinander abzuwägen“.

<sup>477</sup> *Kroppenberg*, in: HWBEuP Bd. II, 1481, 1483 f. konstatiert auch eine zunehmende Konstitutionalisierung der Erbrechtsordnungen.

<sup>478</sup> Eine uniforme Rechts- und Sozialmoral war aber wohl zu keinem Zeitpunkt mehr als eine Fiktion, vgl. *Teubner*, *Standards und Direktiven*, 54. Zur Relativität materialer Ethik und sozialer Normen *Auer*, *Materialisierung*, 148. Vgl. auch *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 32 f.

<sup>479</sup> Siehe *Smid*, NJW 1990, 409, 413. Vgl. auch *Zimmermann*, *Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit*, 179.

rechts – auch verfassungsrechtliche Argumentation.<sup>480</sup> Doch sollten die Unterschiede in der Argumentation nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Grundgedanke letztlich immer noch ähnlich ist: der Schutz des Bedachten und seiner Entscheidungsfreiheit in höchstpersönlichen Angelegenheiten vor übermäßiger Beeinflussung durch den Erblasser.

Eingangs wurde mit Blick auf den Rechtsvergleich konstatiert, dass in Deutschland – anders als in England und Südafrika – die Anstößigkeit letztwilliger Potestativbedingungen einheitlich im Rahmen des § 138 BGB diskutiert wird und die dort anzutreffende Argumentation offen auf die mögliche Beeinflussung des Bedachten eingeht, sei es unter Berufung auf sittlich-moralische Grundsätze oder im Rahmen einer Abwägung konkret-individueller Rechtspositionen. Die skizzierte historische Entwicklung liefert Erklärungsansätze sowohl für die einheitliche Anknüpfung an § 138 Abs. 1 BGB und einen einheitlichen Maßstab, als auch für die sittlich-moralische Färbung der Argumentation und deren Verrechtlichung im Laufe des 20. Jahrhunderts.

#### IV. Fragmentierte Rechtslage in England

Für England ergibt sich ein etwas anderer Befund: Unter den verschiedenen Konstellationen letztwilliger Ehe- und Religionsbedingungen scheitern letztlich nur Ehelosigkeits- und Scheidungsklauseln am Maßstab der *public policy*. Eine Ausdehnung dieser Testierschranke auf weitere Fälle wurde immer wieder abgelehnt. Anders als in Deutschland existiert somit kein einheitlicher Maßstab für die Kontrolle letztwilliger Potestativbedingungen. Stattdessen wird die *public policy* von anderen Rechtsinstrumenten flankiert, die ebenfalls zur Unwirksamkeit einer solchen Klausel führen können (insbesondere von der *in terrorem*- und der *uncertainty*-Doktrin).

Die inhaltliche Auseinandersetzung mit möglichen Auswirkungen solcher Klauseln nimmt in den Urteilen deutlich weniger Raum ein als die Erörterung einschlägiger Präjudizien und die mitunter technisch anmutende Einordnung in die teils komplexen Differenzierungen zwischen den Doktrinen und Fall-

---

<sup>480</sup> Zur Verrechtlichung allgemein *Auer*, Materialisierung, 150; *Teubner*, Standards und Direktiven, 37 f. Im Kontext der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1035 ff.; *MünchKommBGB/Leipold*, Vor § 2064 Rn. 15. Vgl. zum sog. Behindertentestament BGH, NJW 1994, 248, 250; BGH, NJW 2020, 58, 59: § 138 Abs. 1 BGB sei nur in Betracht zu ziehen, „wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen könnte“. Zur Konstitutionalisierung *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 7 ff.; *Hager*, JuS 2006, 769, 769; *Durner*, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, 9, 9 ff.; *Keiser*, KritV 2013, 83, 86: „Konstitutionalisierung bedeutet dann [...] Ausrichtung und Bindung einer Materie an Verfassungsrecht, oder gar Überlagerung oder Verwachsung mit verfassungsrechtlichen Strukturen“.

gruppen. In jenen Konstellationen, in denen die *public policy* zur Anwendung kommt, orientiert sich die inhaltliche Argumentation – im Gegensatz zum deutschen Sittenwidrigkeitsmaßstab – stärker an gesamtgesellschaftlichen Interessen (Stichwort *sanctity of the marriage bond* oder *welfare of children*) und ist weniger vom Blick auf die individuelle Beeinflussung des Bedachten durch den Erblasser geprägt.

Sind diese Unterschiede im Umgang mit letztwilligen Potestativbedingungen Ausdruck einer grundsätzlich anderen Bewertung solcher Gestaltungen? So wäre denkbar, dass man in England schlicht weniger Anstoß am Einfluss des Erblassers auf den Bedachten oder wahlweise der Vermengung von Ehe und Religion mit monetären Anreizen nimmt und demgegenüber der Testierfreiheit ein höheres Gewicht einräumt. Gerade das 19. Jahrhundert war in England die Blütezeit einer weitgehend unbeschränkten Vertrags- und Testierfreiheit gewesen (bezeichnet als das englische „laissez faire“),<sup>481</sup> was sich im Erbrecht in einem noch immer nachwirkenden Narrativ von der „englischen“ Testierfreiheit äußert.<sup>482</sup> Allerdings wurden auch in Deutschland letztwillige Ehe- und Religionsbedingungen bis in höchste Instanzen unter Verweis auf die Testierfreiheit gebilligt. Dies gilt nicht zuletzt für die Scheidungsbedingung im sog. Hoferbenfall, die nach englischem Recht vermutlich an der *public policy* gescheitert wäre. Mit Blick auf den Grundsatz der Testierfreiheit scheinen zwischen Deutschland und England an dieser Stelle keine völlig disparaten Vorstellungen zu bestehen. Gleiches gilt wohl auch für die empfundene Anstößigkeit einer letztwilligen Potestativbedingung. Zwar erschwert die spärliche inhaltliche Argumentation in den englischen Entscheidungen den vergleichenden Blick etwas, doch finden sich auch in englischen Urteilen immer wieder kritische Anmerkungen über derartige Bedin-

---

<sup>481</sup> Siehe *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 383 und 387 f. In diesen Kontext ordnet man auch die Entscheidung *Hodgson v Halford* (1879) 11 Ch D 959 ein, die Ausgangspunkt dafür ist, dass in Religionsbedingungen kein Verstoß gegen die *public policy* gesehen wird. Vgl. dazu *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 241: „But *Hodgson v Halford* was decided at a time when the doctrine of ‘laissez faire’, in private as well as public life, was at its height, and when it was accepted as axiomatic that a testator was free to do with his money as he liked“.

<sup>482</sup> Dazu schon oben Kapitel 1 – D.III.1.b) (125). Manche Entscheidungen bemühten die *public policy* gar, um zu verdeutlichen, dass Vertrags- oder Testierfreiheit fundamentale Prinzipien des englischen Rechts sind. In diesen Fällen dient die *public policy* als argumentative Verstärkung der Privatautonomie, nicht als deren Schranke. Bzgl. Testierfreiheit *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 427: „[...] it would appear that the policy of English law is to allow a testator considerable freedom in the way in which he disposes of his estate [...]“. Bzgl. Vertragsfreiheit *Printing and Numerical Registering Company v Sampson* (1875) LR 19 Eq 462, 465: „[...] you have this paramount public policy to consider – that you are not lightly to interfere with this freedom of contract.“ Siehe dazu auch *Symmons*, ALJ 51 (1977), 185, 194 sowie *Buckley*, *Illegality and Public Policy*, Ziffer 6.28.

gungen.<sup>483</sup> Prominentes Beispiel ist die Entscheidung *Clayton v Ramsden* des *House of Lords* aus dem Jahr 1942. Dort ließen die Richter ihre Abneigung gegenüber der Bedingung im Rahmen der *uncertainty*-Doktrin zur Geltung kommen, indem sie die Heiratsvorgaben der Erblassers als zu unbestimmt deklarierten. Aus den Voten wird unmissverständlich deutlich, dass die Richter die mögliche Beeinflussung durch den Erblasser für verwerflich hielten.<sup>484</sup> Aber auch der in Deutschland (ehemals) prominente Gedanke, das Institut der Ehe solle nicht mit monetären Erwägungen in Verbindung gebracht werden, findet sich in der englischen Rechtsprechung. In zeitlicher Nähe zur Entrüstung *Josef Kohlers* über Ehemäklerverträge erklärte *Collins MR* im Jahr 1905 zu einem solchen Vertrag:

„[...] at the root of the question of the illegality of a marriage brokerage contract is the introduction of the consideration of a money payment into that which should be free from any such taint.“<sup>485</sup>

Wenn also inhaltliche Wertungen die konstatierten Unterschiede nicht hinreichend erklären können, stellt sich die Frage, worauf diese sich stattdessen zurückführen lassen. Zur Beantwortung dieser Frage soll zunächst auf die historischen Ursprünge der heutigen englischen Regeln und Differenzierungen eingegangen werden, deren Schicksal insbesondere vor dem Hintergrund der englischen Präjudizienbindung zu betrachten ist. Den Schwerpunkt bildet sodann die Darstellung von Konzeption und Handhabung der *public policy*-Doktrin.

### 1. Historische Wurzeln, *stare decisis* und *adversarial procedure*

Englische Entscheidungen geben Aufschluss über die Ursprünge der heutigen Regeln zu letztwilligen Ehebedingungen. Die Unwirksamkeit einer Ehehebelungsklausel habe ihre Wurzeln im römischen Recht. In England sei diese Regel zunächst von den *Ecclesiastical Courts* (kirchliche Gerichte) im Rah-

<sup>483</sup> Vgl. bspw. *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 116 f.; *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 325 und 332.

<sup>484</sup> *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 325: „[...] I view with disfavour the power of testators to control from their grave the choice in marriage of their beneficiaries [...]“; zu dieser Entscheidung ausführlich oben Kapitel 2 – B.III.b) (203). Eine ausführlichere inhaltliche Erörterung war an dieser Stelle kaum möglich, war die Anstößigkeit doch im Rahmen der *uncertainty* letztlich eine sachfremde Erwägung. Vgl. kritisch zu derart verschleierten *policy*-Erwägungen *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 665: „presentation of legal arguments in a form and substance which are not directed to the real issues in the case“; „policy matters are likely to be decided in an uninformed and unsophisticated manner“.

<sup>485</sup> *Hermann v Charlesworth* [1905] 2 KB 123, 130. Vgl. auch *Buckley*, *Illegality and Public Policy*, Ziffer 6.18; *Prentice*, in: *Chitty on Contracts* Bd. I, Ziffer 16-102. Im Zusammenhang mit einer letztwilligen Bedingung vgl. *In Re Borwick* [1933] Ch 657, 666: „[...] ought not to be influenced by mercenary considerations [...]“.

men des kanonischen Rechts angewendet worden. Später wurde sie dann vom *Court of Chancery* aufgegriffen.<sup>486</sup> Diese Wurzeln im römischen Recht können die noch heute geltende Unterscheidung zwischen einem gegen die *public policy* verstoßenden *general restraint of marriage* und einem gültigen *partial restraint of marriage* erklären. Denn auch das römische Recht hatte – neben der Scheidungsbedingung – letztlich nur solchen letztwilligen Ehebedingungen die Wirksamkeit versagt, die auf eine gänzliche Ehelosigkeit hinauslaufen konnten.<sup>487</sup> Doch scheinen die englischen Gerichte die Regeln über Ehelosigkeitsbedingungen schon früh modifiziert zu haben.<sup>488</sup> *Vaughan Williams LJ* beleuchtet in einer Entscheidung aus dem Jahr 1904 die historischen Hintergründe:

„We are told that the law on this point has been partially imported into our system of law from the Roman law, and that this was done through the Ecclesiastical Courts. And then we are told that the Court of Chancery did not entirely adopt the view of the law adopted by the Ecclesiastical Courts, just as the Ecclesiastical Courts did not adopt in its entirety the Roman law. And eventually, as a matter of history, we find ourselves face to face with this state of things – that the Court of Chancery had to administer rules of law which they did not think very fair or very just, and that they were constantly straining the rules, by which they yet declared that they were bound, in order to escape from them.“<sup>489</sup>

Dass die Rechtsprechung sich an die Unterscheidung zwischen unwirksamem *general restraint* und wirksamem *partial restraint* gebunden fühlte, gleichzeitig aber das Bedürfnis nach Flexibilisierung dieser Dichotomie bestand, führte wohl zu den beschriebenen Binnendifferenzierungen innerhalb der Fallgruppe der Ehelosigkeitsbedingung – namentlich zwischen *condition* und *limitation*, zwischen auflösender und aufschiebender Bedingung, zwischen *personalty* und *realty* sowie der Unterscheidung anhand des Erblassermotivs.<sup>490</sup> Die Richterschaft äußerte später mehrfach Kritik an der dadurch ent-

---

<sup>486</sup> Siehe *Bellairs v Bellairs* (1874) LR 18 Eq 510, 514: „[...] the law is settled thus far, that a general condition prohibiting marriage, by which a legacy is cut down, is void. [...] The history of the rule appears to be this: it was a rule of the civil law adopted by the Ecclesiastical Courts; then those Courts having adopted it, it was adopted as a rule of the Courts of Equity [...]“. Siehe auch *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 115 f.; *In Re Hewett* [1918] 1 Ch 458, 464 sowie aus dem Schrifttum *Jarman/Jennings/Harper, A Treatise on Wills* Bd. II, 1513 ff. Zu den Ecclesiastical Courts siehe *Baker, An Introduction to English Legal History*, 135 ff.; zur Chancery 105 ff.

<sup>487</sup> Vgl. zum römischen Recht oben Kapitel 2 – D.II. (235).

<sup>488</sup> Siehe *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1290 ff.; *Jarman/Jennings/Harper, A Treatise on Wills* Bd. II, 1513 f.

<sup>489</sup> *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 115 f. (im Kontext einer Bedingung, die die Zustimmung Dritter zur Eheschließung forderte).

<sup>490</sup> Vgl. *Jones v Jones* (1876) 1 QBD 279, 282: „The attempt to escape from the consequences of this rule led to decisions in which a great many nice distinctions were established [...]“. Siehe auch *Jarman/Jennings/Harper, A Treatise on Wills* Bd. II, 1513 f. und

standen unübersichtlichen Rechtslage – fühlte sich aber mit Blick auf die einschlägigen Präjudizien außerstande, an den inzwischen verfestigten Differenzierungen zu rütteln.<sup>491</sup>

Eine Bedingung, die nicht gänzliche Ehelosigkeit, sondern die Zustimmung eines Dritten zur Ehe fordert, verstößt zwar als *partial restraint of marriage* nicht gegen die *public policy*, kann aber an der *in terrorem*-Doktrin scheitern. Auch diese ist nur in ihrem historischen Kontext zu verstehen. Bei letztwilligen Verfügungen über *real property* war der *Court of Chancery* (Gericht der *equity*) dem englischen *common law* gefolgt, das eine solche Zustimmungsbedingung für wirksam erachtete.<sup>492</sup> Es erschien aus Sicht der *Chancery* naheliegend, die Regeln für *real property* auch auf *personal property* zu übertragen. Nun bestand aber im England der frühen Neuzeit bei Erbstreitigkeiten über *personalty* eine konkurrierende Zuständigkeit des *Court of Chancery* und der *Ecclesiastical Courts*.<sup>493</sup> Letztere hielten derartige Bedingungen wohl generell für unwirksam. Die *Chancery* hätte sich also gegen die Linie der kirchlichen Gerichte gestellt. Um zumindest den Schein der Rechtseinheit zu wahren, modifizierte die *Chancery* das eigene Vorgehen, was letztlich wie eine Art Kompromiss zwischen den beiden Rechtsprechungslinien wirkt.<sup>494</sup> War für den Fall des Bedingungseintritts ein Alternativbegünstigter nicht ausdrücklich bestimmt – fehlte also das sog. *gift over* – folgte man der Haltung der kirchlichen Gerichte und versagte der Bedingung die Wirksamkeit. Hatte der Erblasser dagegen ein *gift over* bestimmt, ließ man die Klausel bestehen – wie es das *common law* grundsätzlich vorsah. So entstand die oben beschreibende Differenzierung nach dem *gift over* und die daran anknüpfende Vermutungsregel, bei der man sich für den Erblasserwillen in Wahrheit aber gar nicht wirklich interessierte. Dass die *Chancery* mit

---

1528 f.; *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1290 ff. Siehe zu den Differenzierungen oben Kapitel 2 – B.I.1. (195).

<sup>491</sup> Vgl. bspw. *Bellairs v Bellairs* (1874) LR 18 Eq 510, 513: “It is no part of my duty to make new law simply because I think the old law is unreasonable“. Siehe auch *Jones v Jones* (1876) 1 QBD 279, 282; *In Re Hewett* [1918] 1 Ch 458, 462 ff. Vgl. auch *In Re Whiting’s Settlement* [1905] 1 Ch 96, 115 ff.

<sup>492</sup> Siehe dazu *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1093. Siehe auch *Harvey v Aston* (1737) 1 Atk 361, 379.

<sup>493</sup> Siehe dazu *Swinburne*, A Treatise of Testaments and Last Wills, 481 (Fn. †); *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1092; *Holdsworth*, A History of English Law Bd. I, 629. Die Rechtsprechungsgewalt der kirchlichen Gerichte war auf letztwillige Verfügungen über *personal property* beschränkt, was seinen Grund u. a. darin hatte, dass im frühen englischen Recht über *real property* überhaupt nicht testamentarisch verfügt werden konnte, siehe *Kerridge*, in: Comparative Succession Law Bd. II, 323, 324; *Holdsworth*, A History of English Law Bd. I, 625. Siehe auch oben Kapitel 1 – D.III.1.b) (125).

<sup>494</sup> Dazu *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1093 f. Aufschlussreich aus der Rechtsprechung *Reynish v Martin* (1746) 3 Atk 330, 331 f.; *Scott v Tyler* (1788) Dick 712, 718 ff.; *In Re Whiting’s Settlement* [1905] 1 Ch 96, 115 f.

diesem Kunstgriff versuchte, der Rechtsprechungslinie der kirchlichen Gerichte entgegenzukommen, im Großen und Ganzen aber nicht vom eigenen Standpunkt abrücken wollte, zeigt sich auch daran, dass man den Anwendungsbereich der *in terrorem*-Doktrin denkbar eng fasste. Obwohl Zustimmungsbedingungen meist als aufschiebende Bedingungen ausgestaltet waren, sollte die Doktrin nur für auflösende Bedingungen gelten und wiederum nur für Verfügungen über *personalty*. Für die mitunter willkürlich anmutenden Unterscheidungen innerhalb der *in terrorem*-Doktrin ist also deren historischer Ursprung verantwortlich.<sup>495</sup> Die Doktrin wurde in Rechtsprechung und Literatur ausgiebig kritisiert.<sup>496</sup> Doch sahen sich die Gerichte auch an dieser Stelle an die Rechtsprechungslinie gebunden:

„The unsatisfactory nature of the doctrine has [...] been repeatedly pointed out by eminent Judges, but it is now too late to question it.“<sup>497</sup>

Die beiden geschilderten Konstellationen zeigen, wie sich gewisse historische Entwicklungen durch die englische Präjudizienbindung (Doktrin des *binding precedent* oder *stare decisis*) im Laufe der Zeit zu standfesten Grundsätzen entwickelt haben, die bis heute das Bild letztwilliger Ehebedingungen prägen.<sup>498</sup> Die als kleinteilig oder künstlich kritisierten Binnendifferenzierungen waren bei den Ehelosigkeitsbedingungen aus dem Bedürfnis der Flexibilisierung, bei den Zustimmungsbedingungen aus dem Aufeinandertreffen unterschiedlicher Rechtsprechungslinien entstanden, hatten sich in der Folge aber zu bindenden Vorgaben verfestigt.

Die bedeutendste Unterscheidung ist wohl jene zwischen *general* und *partial restraint of marriage*. Sie ist der Grund für den engen Anwendungsbe-

---

<sup>495</sup> Siehe insbes. *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1093 ff. Zum Anwendungsbereich der Doktrin auch *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, Williams on Wills Bd. I, Ziffer 34.13 ff. und 35.10; *Earl of Halsbury/Viscount Hailsham*, Laws of England Bd. XXXIV (2. Aufl. 1940), 112 ff.; *Jarman/Jennings/Harper*, A Treatise on Wills Bd. II, 1517 ff.

<sup>496</sup> Siehe *Browder, Jr.*, Michigan LR 36 (1938), 1066, 1092 und 1095: „artificial and unsupported by any policy“; „the artificial distinctions which it makes between realty and personalty and the presence and absence of gifts over“. Aus der Rspr. *Scott v Tyler* (1788) Dick 712: „[...] strained constructions were made upon doubtful signs of consent; and every mode of artificial reasoning was adopted [...]“; *Stackpole v Beaumont* (1796) 3 Ves 89, 98: „there was not much reason in any of the determinations“; Vgl. auch *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 115 ff.

<sup>497</sup> So *Jarman/Jennings/Harper*, A Treatise on Wills Bd. II, 1456. Aus der Rspr. bspw. *In Re Dickson* (1850) 1 Sim NS 37, 44: „often stated to be very unsatisfactory: but the rule is established“; *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 124: „this point was settled 200 years ago“.

<sup>498</sup> Allgemein zum Grundsatz des judicial precedent im englischen Recht bspw. *Bailey/Ching/Gunn/Ormerod*, Modern English Legal System, Ziffer 7-001 und aus historischer Perspektive *Baker*, An Introduction to English Legal History, 206 ff.

reich der *public policy* im Rahmen letztwilliger Ehebedingungen. Solange die Klausel nicht auf gänzliche Ehelosigkeit oder Scheidung gerichtet ist, steht einem Erblasser erheblicher Freiraum zu.<sup>499</sup> Diese Differenzierung war auch in Deutschland noch lange präsent. Ein einheitlicher Maßstab für letztwillige Ehe- und Religionsbedingungen, wie er sich mithilfe der Pandektistik letztlich für das BGB entwickelte, konnte sich in England aber nicht etablieren. Man sah sich nicht zuletzt durch den Grundsatz des *stare decisis* daran gehindert, die verschiedenen Konstellationen im Rahmen der *public policy* einem übergeordneten Maßstab zu unterstellen bzw. einen solchen zu entwickeln.<sup>500</sup> Die Präjudizienbindung kann an mancher Stelle noch durch ein Charakteristikum des englischen Zivilprozesses verstärkt werden. Im Rahmen des dortigen *adversarial procedure* müssen die Parteien auch zur rechtlichen Würdigung vortragen und die Gerichte sind an dieses Vorbringen gebunden. Der Grundsatz *iura novit curia* gilt also nicht.<sup>501</sup> Bringen die Parteien nicht vor, dass die Bedingung gegen die *public policy* verstößt (bspw. weil sie diesem Argument angesichts der gefestigten Rechtsprechungslinie keine Erfolgchancen zubilligen), kann das Gericht die Doktrin grundsätzlich auch nicht bemühen und gegebenenfalls fortentwickeln.<sup>502</sup> So lag es im geschilderten Fall *Clayton v Ramsden* aus dem Jahr 1942. Das Gericht wich stattdessen – gestützt auf die Rechtsausführungen der Kläger – auf die *uncertainty*-Doktrin aus, um ihr Unbehagen gegenüber der Heiratsklausel zur Geltung zu bringen.<sup>503</sup>

Als das *House of Lords* 1975 den Griff zur *uncertainty*-Doktrin in einem anderen Fall beendete,<sup>504</sup> war von den Parteien zusätzlich ein Verstoß gegen die *public policy* vorgebracht worden, weshalb sich das Gericht auch dazu äußern musste. Zwar hatten die *Lords* wohl auch weniger inhaltliche Bedenken gegenüber einer solchen Klausel als ihre Kollegen im Jahr 1942 – man

<sup>499</sup> Vgl. *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law* Bd. I, 257, 261.

<sup>500</sup> Vgl. besonders anschaulich für Ehebedingungen *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 116. Für Religionsbedingungen hatte die Entscheidung *Hodgson v Halford* (1879) 11 Ch D 959 autoritativ festgelegt, dass ein Verstoß gegen die *public policy* ausscheide. Vgl. auch *Buckley*, *Illegality and Public Policy*, Ziffer 6.32 und 6.28.

<sup>501</sup> Vgl. *Mann*, LQR 93 (1977), 367, 369: „[...] perhaps the most spectacular feature of English procedure is that the rule *curia novit legem* has never been and is not part of English law [...]“. Siehe dazu auch *Andrews*, *English Civil Procedure*, Ziffer 5.23 und 5.31 f. sowie 6.48; *Kötz*, TSAR/JSAL 1987, 35, 38 f. Zum deutschen Recht dagegen Münch-KommZPO/*Rauscher*, Einl. Rn. 369: „Die Rechtsanwendung unterliegt nicht der Verhandlungsmaxime. Die rechtliche Würdigung des Parteivorbringens ist Sache des Gerichts (*iura novit curia*). [...] An die Rechtsausführungen der Parteien ist das Gericht nicht gebunden“.

<sup>502</sup> Vgl. auch *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 665.

<sup>503</sup> Siehe oben Kapitel 2 – B.III.b) (203).

<sup>504</sup> Dazu *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law* Bd. I, 257, 267: „Now only the smallest remnant remains of the brief flirtation by the English courts with the indirect doctrinal approach to circumventing undesirable conditions on the ground that they are conceptually uncertain“.

verwies auf mögliche berechnigte Interessen des Erblässers und den Grundsatz der Testierfreiheit.<sup>505</sup> Doch scheint das Ergebnis mit Blick auf die *public policy* nicht nur von der inhaltlichen Beurteilung der Klausel bestimmt gewesen zu sein, sondern auch von einer generell zurückhaltenden, wenn nicht gar skeptischen richterlichen Haltung gegenüber dieser Doktrin. So stellte *Lord Simon* klar:

„[...] it is [not] for courts of law to embark on an independent and unfettered appraisal of what they think is required by public policy on any issue. Courts are concerned with public policy only in so far as it has been manifested by parliamentary sanction or embodied in rules of law having binding judicial force.“<sup>506</sup>

Vor diesem Hintergrund soll nun die Doktrin der *public policy* näher beleuchtet werden. Denn der Blick auf Entwicklung, Konzeption und Handhabung der Doktrin gibt weiteren Aufschluss über ihren engen Anwendungsbereich bei letztwilligen Bedingungen, die inhaltliche Orientierung an gesamtgesellschaftlichen Interessen sowie die beobachtete richterliche Zurückhaltung beim Umgang mit der Doktrin bzw. ihrer Fortbildung.

## 2. Entwicklung und Konzeption der *public policy*

Die Doktrin der *public policy* hat eine lange Tradition im englischen Recht. Über ihren genauen Ursprung besteht zwar Uneinigkeit, doch war man schon im frühen englischen Recht darauf bedacht, das Recht nach gewissen Gerechtigkeitsvorstellungen zu formen bzw. Härten existierender Regeln zu korrigieren. Diese Erwägungen hatten damals noch nicht die Form einer gefestigten Doktrin und trugen auch nicht den heutigen Namen. Vorläufer des heutigen Begriffs waren Bezeichnungen wie „encounter common ley“ oder „inconvenient“.<sup>507</sup> Als die Zahl der geschriebenen Gesetze und das Volumen des *case law* stetig wuchsen und die Idee des *binding precedent* zunehmend erstarkte, bestand ein geringeres Bedürfnis für umfassende und konturlose Korrekturmechanismen und man beschränkte diese mehr und mehr auf bestimmte Anwendungsfälle oder Rechtsbereiche.<sup>508</sup> Im Zuge dieser Entwicklung

---

<sup>505</sup> Siehe oben Kapitel 2 – B.III.d) (207). Vgl. auch *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 264 und 267 („attitude to such conditions has varied from time to time“).

<sup>506</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 427. Vgl. auch *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 267: „[...] the judiciary in England and in Northern Ireland has to date refused to extend the relatively limited spheres in which ‘public policy’ considerations have operated in the context of testamentary conditions [...]“.

<sup>507</sup> Vgl. *Knight*, LQR 38 (1922), 207, 207 ff.; *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 77 ff.; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 1 ff.; *Abraham*, AcP 150 (1949), 385, 387.

<sup>508</sup> *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 83 f.; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 7. Vgl. zur Entwicklung der Idee des *binding precedent* *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, 207 ff.

scheint der Begriff der *public policy* etwa ab dem 18. Jahrhundert im Sinne einer eigenständigen Doktrin verwendet worden zu sein.<sup>509</sup>

Die *public policy* kann zu anderen Begriffen abgegrenzt werden – insbesondere zu *political policy* sowie *policy of the law*. Wenngleich die Abgrenzungen im Detail umstritten sind, wird unter *political policy* eine bspw. vom Gesetzgeber vertretene politische oder rechtspolitische Position verstanden,<sup>510</sup> *policy of the law* bezeichnet Ziel und Zweck eines bestimmten Gesetzes bzw. der Gesetze allgemein.<sup>511</sup> Dagegen fällt eine Beschreibung der *public policy* weniger leicht.<sup>512</sup> Denn auch die begriffliche Unterscheidung von *illegality*, *public policy* und *immorality* ist bisweilen nicht ganz eindeutig.<sup>513</sup> *Immorality* scheint meist als Unterfall eines Verstoßes gegen die *public policy* betrachtet zu werden – der Anwendungsbereich bleibt aber meist auf den kleinen Bereich der Sexualmoral beschränkt.<sup>514</sup>

Eine generalisierende Zusammenschau von Rechtsprechung und Literatur ergibt, dass sich die Doktrin der *public policy* inhaltlich vor allem an gesamtgesellschaftlichen Bedürfnissen und grundlegenden rechtlichen Prinzipien orientiert.<sup>515</sup> So erklärt *Lord Truro* in der Leitentscheidung *Egerton v Brownlow* aus dem Jahr 1853:

---

<sup>509</sup> Siehe *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 7; *Knight*, LQR 38 (1922), 207, 208 ff. sowie *Abraham*, AcP 150 (1949), 385, 388. Die Doktrin war allerdings nie gesetzlich geregelt, sondern Bestandteil des englischen common law.

<sup>510</sup> Siehe *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 5. *Lord Truro* fordert diese Abgrenzung in *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 196: „[public policy] has been confounded with what may be called political policy [...]“.

<sup>511</sup> Siehe *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 5. Siehe auch *Knight*, LQR 38 (1922), 207, 217: „It is quite clear [...] that the conception of public policy is not only now quite distinct from that of the ‘policy of the law’ [...]“; a. A. *Jensen*, OJLS 39 (2019), 553, 568 ff.

<sup>512</sup> Vgl. *Jessel MR* in *Besant v Wood* (1879) 12 Ch D 605, 620: „Now you cannot lay down any definition of the term ‘public policy’ [...]“; *Symmons*, ALJ 51 (1977), 185, 188; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 2; *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, 134.

<sup>513</sup> Vgl. *Buckley*, *Illegality and Public Policy*; *Prentice*, in: *Chitty on Contracts* Bd. I, Ziffer 16–001 ff.; *Winfield*, *Pollock’s Principles of Contract*, 260 f. Vgl. bspw. aus der Rspr. *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Ch App 147, 154 ff.; *Coral Leisure Group Ltd v Barnett* [1981] ICR 503, 506.

<sup>514</sup> Siehe *Coral Leisure Group Ltd v Barnett* [1981] ICR 503, 506: „In this branch of the law the word ‘immoral’ connotes only sexual immorality“. Siehe auch *Winfield*, *Pollock’s Principles of Contract*, 283: „[...] sexual immorality, which formerly was [...] one of the chief subjects of ecclesiastical jurisdiction, is the only or almost the only kind of immorality of which the common law takes notice as such“.

<sup>515</sup> Vgl. aus der Literatur *Lloyd*, *Public Policy*, 27 f.; *Bell*, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, 156 f.; *Abraham*, AcP 150 (1949), 385, 386. Vgl. auch *Simitis*, *Gute Sitten und ordre public*, 132 ff. Vgl. aus der Rspr. *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 140; *Janson v Driefontein Consolidated Mines Ltd*. [1902] AC 484, 507. Vgl. auch *Cooke v Turner* (1846) 15 M&W 727, 735 f. Kritisch zu diesem Verständnis *Jensen*, OJLS 39 (2019), 553, 568 ff.

„Public policy [...] is that principle of the law which holds that no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public, or against the public good [...]“.<sup>516</sup>

Und *Percy H. Winfield* beschreibt die *public policy* in seinem viel zitierten Aufsatz als

„[...] a principle of judicial legislation or interpretation founded on the current needs of the community“.<sup>517</sup>

Die Doktrin scheint gesamtgesellschaftlichen Interessen mehr Beachtung zu schenken als individuellen Rechtspositionen und den Fokus mehr auf das Gemeinwohl als auf sittlich-moralische Aspekte zu legen.<sup>518</sup> Dies zeigt sich auch in den betrachteten Fällen letztwilliger Bedingungen. So wird bei Scheidungsbedingungen auf die Unverletzlichkeit des Ehebandes und die damit zusammenhängende Unversehrtheit des Familienlebens verwiesen.<sup>519</sup> Bei Ehelosigkeitsbedingungen wird auf die Gefahr drohender Ehelosigkeit abgestellt.<sup>520</sup> Kommen die Entscheidungen auf die Eheschließungsfreiheit zu sprechen, so wird eher die Frage gestellt, ob deren Beeinträchtigung dem Interesse der Gesellschaft zuwider läuft und weniger, ob dies eine individuelle Rechtsposition verletzen oder aus sittlich-moralischen Gründen abzulehnen sein könnte.<sup>521</sup> Allerdings wird im Schrifttum angemerkt, man sei sich in der Rechtsprechung bisweilen uneinig, welcher öffentliche Belang genau zu schützen sei.<sup>522</sup>

Dass in Fällen letztwilliger Ehe- und Religionsbedingungen im Rahmen der *public policy* weniger auf sittlich-moralische Aspekte und die individuelle

<sup>516</sup> *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 196.

<sup>517</sup> *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 92. Siehe auch *Winfield*, Pollock's Principles of Contract, 296.

<sup>518</sup> Vgl. *Lloyd*, Public Policy, 150 und 27 ff.: „English law [...] seems more preoccupied with the social than the moral consequences of particular transactions“; *Abraham*, AcP 150 (1949), 385, 386: „Doch muß immer irgendein gesellschaftliches Interesse berührt sein. Ein bloßer moralischer Vorwurf [...] genügt nicht, wenn er auch mit einem Verstoß gegen die public policy zusammenfallen kann“.

<sup>519</sup> *In Re Caborne* [1943] Ch 224, 228 („sanctity of the marriage bond“; „integrity of family life“).

<sup>520</sup> *Jones v Jones* (1876) 1 QBD 279, 282 („promote celibacy“).

<sup>521</sup> Vgl. *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 116: „I do not suppose any one would say that it is desirable in the interest of the community that gifts should be treated as valid which distinctly encourage celibacy and discourage marriage“. Vgl. auch *Cooke v Turner* (1846) 15 M&W 727, 736: „The conditions said to be void [...] are those which restrain a party from doing some act which it is supposed the state has or may have an interest to have done. The state [...] is interested that its subjects should marry; and therefore it will not in general allow parties, by contract or by condition in a will, to make the continuance of an estate depend on the owner not doing that which it is or may be the interest of the state that he should do“. Vgl. auch *Winfield*, Pollock's Principles of Contract, 323.

<sup>522</sup> Siehe *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1289.

Beeinflussungslage eingegangen wird, scheint also in gewisser Weise der allgemeinen inhaltlichen Blickrichtung der *public policy* geschuldet zu sein. Aus diesem Unterschied zum deutschen Diskurs sollte daher nicht vorschnell geschlossen werden, dass man letztwillige Bedingungen und die mögliche Beeinflussung durch den Erblasser in England für sittlich unproblematisch erachtete. Hier zeigt sich eher ein konzeptioneller Unterschied zwischen den Rechtsinstrumenten der *public policy* und der Sittenwidrigkeit.

### 3. Handhabung und Fortbildung der *public policy*

Im 19. Jahrhundert sah man in der Doktrin der *public policy* zwei Probleme, die bis heute die Diskussion um dieses Rechtsinstrument prägen. Zum einen fürchtete man die Rechtsunsicherheit, die mit der Anwendung einer solch offenen Doktrin einhergehen könne. Zum anderen stellte man sich angesichts der Gewaltenteilung die Frage nach dem angemessenen Verhältnis von Richter und Gesetzgeber.<sup>523</sup> Dies kommt besonders deutlich in der Entscheidung *Richardson v Mellish* aus dem Jahr 1824 zum Ausdruck, in der *Burrough J* den heute so bekannten Satz prägte:

„[public policy] is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law“.<sup>524</sup>

Der Vergleich der *public policy* mit einem widerspenstigen Pferd steht sinnbildlich für die Skepsis englischer Richter gegenüber der Doktrin.<sup>525</sup> Die Textstelle erlangte derartige Prominenz, dass sie auch im Schrifttum bis heute immer wieder aufgegriffen wird.<sup>526</sup>

Die Diskussion um die Doktrin der *public policy* gipfelte in der 1853 ergangenen Entscheidung *Egerton v Brownlow* des *House of Lords*, die der

---

<sup>523</sup> Siehe *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 86; *Mansoor*, ERPL 22 (2014), 703, 706 f.; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 4. Vgl. auch *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, 113 f.

<sup>524</sup> *Richardson v Mellish* (1824) 2 Bing 229, 252. Siehe auch *Best CJ* (242 f.): „[...] let that doubtful question of public policy be settled by [...] the legislature, which has the means of bringing before it all the considerations that bear on the question [...]“. Gegenstand der Entscheidung war ein Vertrag über das Kommando zweier Schiffe der East India Company. Der Beklagte versuchte sich gegen eine Haftung wegen Vertragsbruch zu verteidigen, indem er u. a. vorbringen ließ, ein Vertrag über einen solchen von Vertrauen und Verantwortung geprägten Posten verstoße gegen die *public policy* (236 f.).

<sup>525</sup> Vgl. *Shatten*, ABAJ 51 (1965), 1048, 1049; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 7; *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 91 und 99.

<sup>526</sup> *Prentice*, in: *Chitty on Contracts* Bd. I, Ziffer 16-005: „[...] the unruly horse metaphor rode into the litany of the English lawyer“. Vgl. bspw. folgende Aufsatztitel: „The Unruly Horse Put out to Pasture: The Doctrine of Public Policy in the Modern Law of Contract“, *Judd*, Auckland University LR 8 (1998), 686; „Public Policy Limitations on Cohabitation Agreements: Unruly Horse or Circus Pony?“, *Prince*, Minnesota LR 70 (1985), 163; „Unblinking the Unruly Horse: Public Policy in the Law of Contract“, *Shand*, Cambridge LJ 30 (1972), 144.

*public policy*, wie sie heute existiert, beinahe die Existenzberechtigung entzogen hätte.<sup>527</sup> Die Entscheidung betraf eine letztwillige Bedingung.<sup>528</sup> Die *Lords* holten zum Umgang mit der *public policy* Stellungnahmen mehrerer Richter ein. Die Mehrheit der befragten Richter äußerte sich skeptisch zur Doktrin, insbesondere mit Blick auf die Gewaltenteilung.<sup>529</sup> So erklärte bspw. *Baron Parke*:

„To allow this to be a ground of judicial decision, would lead to the greatest uncertainty and confusion. It is the province of the statesman, and not the lawyer, to discuss, and of the legislature to determine, what is best for the public good [...]. It is the province of the judge to expound the law only [...]“.<sup>530</sup>

Man sprach sich teilweise dafür aus, *public policy* lediglich im Sinne des Telos schon existierender Normen zu verstehen, als *policy of the law*.<sup>531</sup> Dies hätte die *public policy* auf eine deskriptive bzw. interpretatorische Funktion beschränkt und ihr die rechtsgestaltende und -korrigierende Funktion weitgehend genommen.<sup>532</sup> Erstaunlicherweise folgten die *Lords* letztlich aber nicht der *policy*-skeptischen Mehrheit der befragten Richter, sondern betonten Bedeutung und Eigenständigkeit der Doktrin.<sup>533</sup>

Die höchstrichterliche Entscheidung hätte die Diskussion zum Verstummen bringen können. Doch währte das Schweigen nicht lange und die eher

---

<sup>527</sup> Siehe *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 88 und 91. Vgl. insbes. auch *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 385 f.

<sup>528</sup> Der Erblasser John William Earl of Bridgewater hinterließ einem gewissen Lord Alford und dessen männlichen Nachkommen beachtliche Ländereien. Sollte aber Lord Alford bis zu seinem Tod nicht den Adelstitel des Duke oder Marquis of Bridgewater erhalten haben, sollten dessen Nachkommen leer ausgehen. Lord Alford wurde ein solcher Titel bis zu seinem Tod nicht verliehen. Sein Sohn ging gegen die Bedingung vor, auch unter Berufung auf die *public policy*, siehe *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 1 ff.

<sup>529</sup> Siehe dazu *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 88 ff.; *Knight*, LQR 38 (1922), 207, 211 f.; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 8 f.

<sup>530</sup> *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 123.

<sup>531</sup> *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 87 und 123. Dazu auch *Knight*, LQR 38 (1922), 207, 211.

<sup>532</sup> Vgl. *Emrich*, *Public Policy in English Private Law*, iv und zu einer späteren Entscheidung 146.

<sup>533</sup> Man schloss sich dabei *Lord Chief Baron Pollock* an: „This doctrine of the public good or the public safety, or what is sometimes called ‘public policy’, being the foundation of the law, is supported by decisions in every branch of the law [...] My Lords, it may be that Judges are no better able to discern what is for the public good than other experienced members of the community; but that is no reason for their refusing to entertain the question, and declining to decide upon it. Is it, or is it not, a part of our common law, that in a new an unprecedented case, where the mere caprice of a testator is to be weighted against the public good, the public good should prevail? In my judgment, it is.“, *Egerton v Brownlow* (1853) 4 HLC 1, 144 und 151. Siehe auch die Aussage *Lord Truros* (195). Vgl. dazu *Knight*, LQR 38 (1922), 207, 212.

*policy*-skeptische Meinung setzte sich letztlich doch durch. Man mahnte zur Zurückhaltung mit dem Instrument der *public policy*.<sup>534</sup> Im Jahr 1902 bezeichnete *Lord Davey* die *public policy* als „unsafe and treacherous ground“<sup>535</sup> und *Lord Halsbury* sprach den Gerichten gar die Befugnis ab, die *public policy* über die schon bestehenden Anwendungsfälle hinaus auf neue Konstellationen auszudehnen:

„[...] I deny that any Court can invent a new head of public policy [...]“.<sup>536</sup>

In den darauf folgenden Jahren und Jahrzehnten oszillierte die Haltung gegenüber der *public policy* zwischen kritisch und aufgeschlossen – nicht nur zwischen den verschiedenen Gerichten, sondern auch innerhalb der Richterbänke.<sup>537</sup> So ist zwar eine einheitliche Haltung gegenüber der *public policy* kaum auszumachen<sup>538</sup> und die Literatur merkt bisweilen an, es fehle ein schlüssiges Gesamtkonzept.<sup>539</sup> Versucht man aber einen gemeinsamen Nenner zu finden, wird man wohl sagen können, dass die englische Justiz eine vorsichtige und zurückhaltende Anwendung der *public policy* pflegt.<sup>540</sup>

---

<sup>534</sup> Siehe dazu *Emrich*, Public Policy in English Private Law, v und 142; *Knight*, LQR 38 (1922), 207, 212 f.; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 9; *Atiyah*, The Rise and Fall of Freedom of Contract, 385 f.

<sup>535</sup> *Janson v Driefontein Consolidated Mines Ltd.* [1902] AC 484, 500.

<sup>536</sup> *Janson v Driefontein Consolidated Mines Ltd.* [1902] AC 484, 491. Zu dieser Entscheidung auch *Emrich*, Public Policy in English Private Law, 143 ff. Das Bestreben, möglichst klar umrissene Kategorien der *public policy* zu wahren, wird möglicherweise durch den Grundsatz des *stare decisis* und das tendenziell praxisorientierte englische Rechtsdenken zusätzlich befeuert. Zum einen mag in einem maßgeblich auf Präjudizien basierenden System eine ergebnisoffene Einzelfallabwägung auf den Rechtsanwender mitunter etwas sperrig und unsicher wirken. Zum anderen könnte der Gedanke daran, dass die mit Blick auf die *public policy* zu treffende Einzelfallentscheidung womöglich Bindungswirkung für ähnliche Fälle entfalten wird, eine gewisse Zurückhaltung des jeweiligen Richters bedingen, vgl. hierzu *Winfield*, Harvard LR 45 (1931), 112, 133; *Lloyd*, Public Policy, 112 ff. und 149. Vgl. auch *Buckley*, Illegality and Public Policy, Ziffer 6.32; *Shand*, Cambridge LJ 30 (1972), 144, 159. Zum practical instinct im englischen Recht *Denning*, CBR 29 (1951), 1180, 1194 f.

<sup>537</sup> Hierzu ausführlich *Emrich*, Public Policy in English Private Law, 148 ff. Vgl. auch *Winfield*, Pollock's Principles of Contract, 295 ff.; *Buckley*, Illegality and Public Policy, Ziffer 6.26 ff.

<sup>538</sup> Vgl. *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 2; *Shatten*, ABAJ 51 (1965), 1048, 1049 („schizophrenic condition“); *Emrich*, Public Policy in English Private Law, 163 und 171. Siehe auch *Winfield*, LQR 54 (1938), 155, 155: „It is the ill fate of public policy that, like a football, everybody kicks it although it is essential to the game“.

<sup>539</sup> Vgl. *Buckley*, Illegality and Public Policy, Ziffer 6.04 und 6.26 ff.; *Kain/Yoshida*, ARCL 2007, 1, 2; *Lloyd*, Public Policy, 149: „[...] public policy is treated as a haphazard rule the basis of which has never really been explored [...]“.

<sup>540</sup> Siehe *Winfield*, Harvard LR 42 (1928), 76, 91 („cautious acceptance“); *Symmons*, ALJ 51 (1977), 185, 198 („well-known judicial reluctance“); *Buckley*, Illegality and Public Policy, Ziffer 6.26 („deployment [...] invariably cautious“). Rechtsvergleichend *Lloyd*,

Der Diskurs um die *public policy* war Teil einer größeren Entwicklung ab etwa der Mitte des 19. Jahrhunderts (die schon im vorigen Kapitel angedeutet wurde).<sup>541</sup> Angesichts der komplexen (sozial)politischen Themen des 19. Jahrhunderts sah sich die Richterschaft wohl immer weniger dazu berufen, weitreichende Grundsatzentscheidungen mit politischen Implikationen zu treffen. Man zog sich stärker hinter das aktive Parlament zurück und beschränkte sich auf eine *precedent*-geleitete Rechtsanwendung.<sup>542</sup> *P.S. Atiyah* beschreibt diese Entwicklung mit den Schlagworten „the rise of formalism and the decline of Equity“ sowie „the separation of law and policy“.<sup>543</sup> Er schreibt:

„[...] lawyers have abandoned the attempt to place the law in the framework of some overall and coherent moral philosophy.“<sup>544</sup>

Die Überzeugung einer Trennung von Recht einerseits und *policy* sowie Moral andererseits reichte deutlich bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein.<sup>545</sup>

Diese Beobachtungen spiegeln sich auch im Umgang englischer Gerichte mit letztwilligen Ehe- und Religionsbedingungen wider. Der historisch gewachsene beschränkte Anwendungsbereich der *public policy* bei Ehebedingungen wurde beibehalten, wodurch nach wie vor nur ganz bestimmte Gestaltungen daran scheiterten (*general restraint of marriage* und Scheidungsbedingungen). Man sah sich an die einschlägigen Präjudizien und die mitunter

---

Public Policy, 153: „[...] it may be that an avowal that ‘good morals’ has been invoked comes easier to the civil law judge – whose code expressly embodies that conception in certain of its articles – than to the common law judge, who inevitably feels that he is applying something which is outside his province, and which is contrasted with and not to be used as a substitute for law. The civil law judge, it would seem, is readier to recognise that the moral order, while not coincident with law, is the very stuff from which the fabric of the law is to be fashioned“. Vgl. mit Blick auf Deutschland *Sack*, NJW 1985, 761, 764; *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 2; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 514.

<sup>541</sup> Vgl. oben Kapitel 1 – D.II.1.d) (99).

<sup>542</sup> Dazu *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, 231 und *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 384 ff.: „To the majority, the function of the law was to give effect to principles and precedents which were firm and settled, unlike public policy which was something on which opinions differed with every change of the wind. This attitude came to dominate [...] the judicial function altogether. Judges began to talk more in terms of precedent and principles, and less in terms of policy than they had ever done before“.

<sup>543</sup> Siehe *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 388 ff. und 660 ff.; *Lloyd*, *Public Policy*, 27 f. Siehe auch oben Kapitel 1 – D.II.1.d) (99).

<sup>544</sup> *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 669.

<sup>545</sup> Vgl. aus dem Jahr 1963 bspw. *Ash*, *Willing to Purchase*, 104: „That morals are irrelevant to legal issues is perhaps too elementary a proposition to need reiteration here, but it is strange how often the rule seems to be neglected in practice“. Vgl. zum Ganzen *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 660 ff.

formalistisch anmutenden Differenzierungen gebunden. Eine Ausdehnung der *public policy* auf Fallkonstellationen, die der Doktrin bislang noch nicht unterfallen waren (Stichwort *new head of public policy*) lehnte man ab. Es erstaunt vor diesem Hintergrund nicht, dass sich *Vaughan Williams LJ* im Jahr 1904 daran gehindert sah, einen einheitlichen und übergreifenden Maßstab für letztwillige Ehebedingungen aufzustellen, auch wenn er einem solchen sichtlich zugeneigt war:

„Speaking of myself, I cannot regard the present state of the law as very satisfactory. [...] Possibly some middle line should be drawn, and it might be said that in each case we have to consider whether the particular condition in partial restraint of marriage is a reasonable one looking at matters from the point of view of the community. But, in my opinion, we are not really in a position to deal with such matters according to our own view of what might or might not be desirable for the community. I think we are bound to follow the decisions [...]“.<sup>546</sup>

Die gegenüber Deutschland festgestellten Unterschiede in der Regelungslandschaft letztwilliger Bedingungen können also letztlich – bei aller gebotenen Vorsicht mit solch generellen Aussagen – nicht primär auf andere Wertungen und Anschauungen in England zurückgeführt werden, sondern scheinen stärker mit der historischen Entwicklung dieses Rechtsbereichs sowie der Konzeption der *public policy* und dem richterlichen Umgang mit dieser Doktrin zusammenzuhängen.<sup>547</sup> Allerdings wird der vergleichende Blick auf England durch die Unübersichtlichkeit der Rechtsregeln zu letztwilligen Bedingungen erschwert, was *Olin Browder* mit den Worten kommentierte:

---

<sup>546</sup> *In Re Whiting's Settlement* [1905] 1 Ch 96, 116.

<sup>547</sup> Vgl. auch *Lloyd*, *Public Policy*, 149, der den Kontrast zwischen der kontinentalen Idee der *boni mores* und der englischen *public policy* in den „basic attitudes“ begründet sieht, den grundlegenden Einstellungen und Charakteristika, die das englische Recht von den kontinentalen Rechtsordnungen unterscheiden. Hierzu zählt auch die stärker durch die praktische Rechtsanwendung als durch Systematisierungsbestrebungen geprägte englische Rechtstradition. Inzwischen deuten allerdings gewisse Entwicklungen auf eine stärkere Annäherung von deutscher Sittenwidrigkeit und englischer *public policy* hin. Vgl. *Wiethölter*, *Rechtswissenschaft*, 197: „Sittenwidrigkeit als Kontrollmaßstab ist [...] der Sache nach längst gestorben und durch Rechtswidrigkeit abgelöst [...]. Nicht *Moral* tut hier not, sondern *public policy*!“. Vgl. auch *Simitis*, *Gute Sitten und ordre public*, 162 ff.; *Teubner*, *Standards und Direktiven*, 36 ff.; *Auer*, *Materialisierung*, 150 f. *Symmons* konstatierte für England, die richterliche Zurückhaltung, soziale Realitäten und ‚policies‘ anzusprechen, nehme ab, *Symmons*, *ALJ* 51 (1977), 185, 198. Vgl. bspw. *Lord Denning in Enderby Town Football Club Ltd v Football Association Ltd* [1971] Ch 591, 606 f.: „With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control. It can jump over obstacles. It can leap the fences [...] and come down on the side of justice [...]“. Zu möglichen aktivierenden Impulsen durch den Human Rights Act oben Kapitel 2 – B.IV. (210) sowie *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, 231. Vgl. auch *Buckley*, *Illegality and Public Policy*, Ziffer 6.30 ff., der auf einen (inzwischen wieder zurückgezogenen) Vorschlag der Law Commission hinweist, die *public policy* in die Form einer gesetzlichen Generalklausel zu gießen.

„The problem has never excited sufficient interest to induce the thorough investigation necessary to get to the heart of it. Disagreements as to the nature of the public interest to be protected, conflicts and errors in the construction of these conditions and limitations, along with an undercurrent of resistance to any prohibition of marriage restraints, have produced a confusion possibly without parallel in the law.“<sup>548</sup>

### V. Englische und römisch-holländische Einflüsse in Südafrika

Mit Blick auf Südafrika lassen sich ähnliche Unterschiede gegenüber Deutschland feststellen, wie dies für England beobachtet wurde. So ist auch in der südafrikanischen Rechtsprechung kein einheitlicher Maßstab für letztwillige Ehe- und Religionsbedingungen etabliert. Ehelosigkeits- und Scheidungsbedingungen unterfallen der *public policy*, wohingegen spezifischere Vorgaben bezüglich Ehe oder Religion grundsätzlich wirksam sind. Südafrikanische Gerichte stellten in Fällen letztwilliger Bedingungen weder sittlich-moralische Erwägungen an, noch setzten sie sich intensiver mit möglichen Auswirkungen des Bedingungsgefüges auf den Bedachten auseinander. Allenfalls bei Scheidungsbedingungen wird inhaltlich mit dem Interesse der Gemeinschaft an intakten Familien und deren Bedeutung für das Wohl der Kinder argumentiert. In den Entscheidungen nimmt die eher abstrakte Erörterung englischer Rechtsprechung oder der Quellen des römisch-holländischen Rechts den meisten Raum ein.

So stellt sich auch für Südafrika die Frage, worauf dieser Umgang mit letztwilligen Bedingungen zurückzuführen ist. Im vorigen Kapitel wurde dargestellt, wie pointiert in Südafrika die Testierfreiheit bisweilen betont wird. So könnte man vermuten, dass dies den Umgang mit letztwilligen Bedingungen entsprechend prägt.<sup>549</sup> In der Leitentscheidung *Aronson v Estate Hart* scheint sich das zu bestätigen. *Greenberg JA* räumt den Wünschen der Erblasserin zentrale Bedeutung ein, kollidierende Interessen werden nicht erörtert und auch *Van den Heever JA* erwähnt den Grundsatz der Testierfreiheit mehrmals.<sup>550</sup> Doch kann der Umgang mit letztwilligen Bedingungen

<sup>548</sup> *Browder, Jr.*, Michigan LR 39 (1941), 1288, 1289.

<sup>549</sup> Siehe bspw. *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 40: „South African law appears to take the principle of freedom of testation further than any other Western legal system“. Vgl. auch *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 114.

<sup>550</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 556 und 561 sowie 568 (*Van den Heever JA*): „it is the policy of Roman-Dutch law [...] that the directions of the testator should be carried out“; „the legitim has been abolished and we have freedom of testation“; „I fail to see why it should be undesirable to enforce the dispositions of a grandmother [...] in the exercise of free testation“. Vgl. aus dem vertragsrechtlichen Kontext: *Law Union and Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor* 1917 AD 593, 598: „public policy demands in general full freedom of contract“; *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 9: „public policy generally favours the utmost freedom of contract“. Siehe dazu

nicht auf die Feststellung reduziert werden, man habe etwaige Bedenken stets dem Primat der Testierfreiheit untergeordnet und an den Auswirkungen letztwilliger Bedingungen grundsätzlich weniger Anstoß genommen.<sup>551</sup> Denn Ehe- und Scheidungsklauseln scheiterten durchaus am Maßstab von *public policy* und *boni mores*. Und auch gegenüber den sog. *faith and race clauses* ist eine kritische Haltung nicht zu verkennen – in der Rechtsprechung eher unterschwellig, im Schrifttum dagegen bisweilen sehr deutlich. Kurz nachdem das englische *House of Lords* im Jahr 1942 eine Ehebedingung für zu unbestimmt erklärt hatte, sprang die südafrikanische Rechtsprechung auf diesen Zug auf. Die Richter streiften dabei auch die Beeinflussung durch den Erblasser und eine mögliche Beeinträchtigung der Ehe- und Religionsfreiheit.<sup>552</sup> Später verlegten sich die Instanzgerichte darauf, derartigen Bedingungen im Wege der Wortlautauslegung zu entgehen. In der Literatur wurde die Rechtsprechung schon früh dafür kritisiert, das eigentliche Sachproblem verfehlt zu haben bzw. gar nicht erst dazu vorgedrungen zu sein. Im jüngeren Schrifttum werden nun verfassungsrechtliche Erwägungen gegen derartige Bedingungen ins Feld geführt. Die dort geforderte Abwägung zwischen der Testierfreiheit und den beeinträchtigten Rechtspositionen des Bedachten ist der heutigen deutschen Rechtsprechungslinie sehr ähnlich.<sup>553</sup>

Die Unterschiede zu Deutschland primär auf eine stärkere Gewichtung der Testierfreiheit und eine in geringerem Maße empfundene Anstößigkeit zurückzuführen, würde also auch für Südafrika heißen, ein unterkomplexes Bild zu zeichnen. So soll näher untersucht werden, welche Faktoren bei der Beur-

---

auch *Hutchison/Du Bois*, in: Wille's Principles of South African Law, 733, 763; *Bradfield*, Christie's Law of Contract in South Africa, 402; *Corbett*, SALJ 104 (1987), 52, 64.

<sup>551</sup> Vgl. ähnlich mit Blick auf *public policy* und Vertragsfreiheit *Kruger*, SALJ 128 (2011), 712, 736: „[Pacta sunt servanda] is well recognised as the starting point of any analysis of public policy. [...] I am of the view, however, that judges have a habit of reciting this principle, in a ritualistic fashion, without a deeper engagement with the underlying reasons [...]“. Siehe *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 363 (*Sachs J*): „The doctrine of sanctity of contract and the maxim pacta sunt servanda have through judicial and text-book repetition come to appear axiomatic, indeed mesmeric, to many in the legal world“. Vgl. auch *Sutherland*, Stellenbosch LR 20 (2009), 50, 53: „the importance of sanctity of contract has often been overstated in South Africa“.

<sup>552</sup> Dazu oben Kapitel 2 – C.III.2. (222).

<sup>553</sup> Auch der Gedanke einer verpönten Verbindung monetärer Anreize mit dem Institut der Ehe findet sich ansatzweise in Südafrika. Vgl. *Kiely v Dreyer* 1916 CPD 603, 607 (auf eine Scheidung zielender lebzeitiger Vertrag): „there is the procuring of the dissolution of the marriage tie, as a matter of pecuniary gain; an endeavour that in my view should in no wise be made the subject of a pecuniary bargain“. Vgl. auch *King v Gray* (1907) 24 SC 554, 558 (Ehemäklervertrag), gestützt auf die englische Entscheidung *Hermann v Charlesworth*. Zögerlicher dann *Hurwitz v Taylor* 1926 TPD 81; später sah man in solchen Verträgen keinen Verstoß mehr gegen die *public policy*, vgl. *Hutchison/Du Bois*, in: Wille's Principles of South African Law, 733, 767.

teilung letztwilliger Bedingungen eine Rolle spielten und möglicherweise zu dieser Rechtslage geführt haben, in der man mit solchen Gestaltungen insgeheim mehr Probleme zu haben schien, als sich in den Urteilen niederschlug.

### *1. Die Regeln über letztwillige Bedingungen: Wurzeln und bellum juridicum*

Sowohl nach römischem und römisch-holländischem als auch nach englischem Recht waren Ehelosigkeits- und Scheidungsbedingungen unwirksam, Wiederverheiratursklauseln dagegen grundsätzlich gültig.<sup>554</sup> Es verwundert daher mit Blick auf die Geschichte der südafrikanischen Mischrechtsordnung nicht, dass diese Rechtslage in Südafrika Fuß fasste. Bei näherer Betrachtung zeigt sich sodann die Vermengung englischen und römisch-holländischen Rechts sowie eigener Rechtsfortbildung zu einem genuin südafrikanischen Ansatz. So stützte man zwar die Unwirksamkeit einer Scheidungsbedingung auf englische Rechtsprechung und schien auch die dortige Argumentation aufzugreifen. Mit Blick auf die Rechtsfolge unwirksamer Bedingungen hielt man englische Grundsätze allerdings für gekünstelt und griff stattdessen auf römische Quellen und römisch-holländische Autoren zurück. Und zur Frage, ob es für die Unwirksamkeit einer solchen Bedingung ausreichte, dass sie objektiv die Ehe beeinträchtigen könne oder dies auch die Absicht des Erblassers gewesen sein muss, fand man weder im englischen noch im römisch-holländischen Recht eine zufriedenstellende Antwort und entschied sich für einen Weg, den man selbst für überzeugend und sachgerecht hielt. Urteile späteren Datums verwiesen dann primär auf schon ergangene südafrikanische Entscheidungen, ohne sich erneut mit den ursprünglichen Rechtsquellen auseinanderzusetzen. In den Fällen letztwilliger Bedingungen zeigt sich also im Kleinen, was *François du Bois* ganz allgemein über die Rechtsquellen des südafrikanischen *common law* schreibt:

„South Africa’s common law has three main strands: Roman-Dutch law, English law and South African precedents.“<sup>555</sup>

Aus der betrachteten Rechtsprechung zu letztwilligen Bedingungen entstand der Eindruck, dass die anfangs recht deutliche Orientierung am englischen Recht später einem stärkeren Fokus auf römisches und römisch-holländisches Recht wich und man sich teilweise ausdrücklich von englischen Regeln abgrenzte.<sup>556</sup> Besonders deutlich schlug dieses Pendel bei den sog. *faith and*

---

<sup>554</sup> Die Gültigkeit einer Wiederverheiratursklausel hatte die südafrikanische Rspr. als h. M. des römisch-holländischen Rechts verstanden, siehe oben Kapitel 2 – C.II. (218).

<sup>555</sup> *Du Bois*, in: Wille’s Principles of South African Law, 65. Allgemein zur südafrikanischen Mischrechtsordnung oben Kapitel 1 – C.I. (62).

<sup>556</sup> Vgl. bspw. die Entscheidungen *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W); *Barclays Bank DC & O v Anderson* 1959 (2) SA 478 (T); *Grusd v Grusd* 1946 AD 465; *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A).

*race clauses* aus. Unter Verweis auf damals jüngste englische Rechtsprechung erklärten *Murray* und *Schreiner JJ* im Jahr 1944 eine Heiratsklausel in der Entscheidung *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* für zu unbestimmt und unwirksam.<sup>557</sup> Wenngleich betont wurde, englische Urteile seien für südafrikanische Gerichte nicht im technischen Sinne der *rule of precedent* bindend, folgte man hier der Linie des *House of Lords* in *Clayton v Ramsden*. Römisches und römisch-holländisches Recht blieben unberücksichtigt.<sup>558</sup> Dem trat 1949 die *Appellate Division* in *Aronson v Estate Hart* entgegen.<sup>559</sup> Den englischen Bestimmtheitsmaßstab lehnte man ab, und insbesondere *Van den Heever JA* zog mit Blick auf die Bestimmtheit der Klausel und einen möglichen Verstoß gegen die *public policy* römische und römisch-holländische Quellen zu Rate.<sup>560</sup> Eine letztwillige Zuwendung könne durchaus in wirksamer Weise unter die Bedingung gestellt werden, eine bestimmte Person zu heiraten – er verwies auf *Voet* sowie *Digesten-* und *Codexstellen*.<sup>561</sup> Hier fand nun englisches Recht kaum Niederschlag.

Auch in Deutschland und England hatte es im Verlauf des 20. Jahrhunderts zwischen den Instanzen unterschiedliche Ansichten zu letztwilligen Bedingungen gegeben. Doch können in Südafrika die graduelle Abnahme der Verweise auf englische Rechtsprechung, das stärkere Bemühen römischer und römisch-holländischer Texte und somit auch die geschilderte Rechtsprechungsentwicklung der *faith and race clauses* in den Kontext einer Kontroverse über die „wahren“ Rechtsquellen des südafrikanischen *common law* gestellt werden. Dabei ging es vor allem um die Rolle, die das englische Recht und die englische Rechtsprechung im südafrikanischen Recht spielen sollten. Die auch als *bellum juridicum* bezeichnete Diskussion erstreckte sich über weite Teile des 20. Jahrhunderts.<sup>562</sup> Die sog. *pragmatists* (teilweise auch als *pollutionists* bezeichnet) traten dafür ein, weder englischem noch römisch-holländischem Recht einen Vorrang einzuräumen und das Recht auf Basis dieser Rechtsquellen – mit Blick auf die gesellschaftlichen Umstände der jeweiligen Zeit – fortzuentwickeln. Man stand englischem Einfluss

---

<sup>557</sup> *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369.

<sup>558</sup> Dazu *Joubert*, SALJ 85 (1968), 402, 402.

<sup>559</sup> Mit Ausnahme von *Schreiner*, der inzwischen zum Judge of Appeal ernannt war und ein Sondervotum verfasste.

<sup>560</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 544 und 555 mit Verweis auf *Grusd v Grusd* 1946 AD 465, 474: „[...] Roman and Roman-Dutch law [...] and not technical English rules must govern the present matter“.

<sup>561</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 563.

<sup>562</sup> Siehe dazu *Proculus*, SALJ 68 (1951), 306; *Mulligan*, SALJ 69 (1952), 25; *Forsyth*, In Danger for their Talents, 182 ff.; *Fagan*, in: Southern Cross, 33, 60 ff.; *Zimmermann/Visser*, in: Southern Cross, 1, 22 ff.; *Zimmermann*, in: The Civil Law Tradition in Scotland, 41, 50 f.

grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber.<sup>563</sup> Dagegen forderten die sog. *purists* eine stärkere Orientierung am römisch-holländischen Recht und das Zurückdrängen englischer Einflüsse.<sup>564</sup> Von Rechtsfortbildung hatte man unterschiedliche Vorstellungen, so *C. F. Forsyth*:

„Pragmatists saw the judges building piecemeal upon the foundations laid in previous years. The judges have to develop the law but cautiously and conservatively, having regard to modern needs and policy. The purists, however, see the judge’s true role as radical. They were to eject English law and systematise with vigour according to legal principle rather than policy.“<sup>565</sup>

Die Diskussion hatte eine deutliche politische Dimension. In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erstarkte unter weißen afrikaans-sprachigen Südafrikanern eine nationalistische Strömung – nicht zuletzt angefacht durch die 1902 erlittene Niederlage gegen die Briten im Buren-Krieg und später verstärkt durch den Sieg der *National Party* im Jahr 1948, mit dem die Politik der Apartheid Fahrt aufnahm. Die juristische Ausbildung wurde von diesem Trend erfasst und förderte gerade in den afrikaans-sprachigen Universitäten eine „puristische“ Sicht auf die südafrikanischen Rechtsquellen. Die Kontroverse blieb aber nicht auf Universitäten und das Schrifttum beschränkt, sondern ergriff auch die Gerichte.<sup>566</sup> So wird die Haltung der *Appellate Division* bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts als *pragmatist* beschrieben,<sup>567</sup> schlug sodann aber in eine deutlich „puristischere“ Haltung um.<sup>568</sup>

---

<sup>563</sup> Vgl. *Forsyth*, In Danger for their Talents, 182 ff. Vgl. bspw. *Holmes J* in *Ex parte De Winnaar* 1959 (1) SA 837 (N) 839: „Our country has reached a stage in its national development when its existing law can better be described as South African than Roman-Dutch. [...] No doubt its roots are Roman-Dutch, and splendid roots they are. But continuous development has come through adaptation to modern conditions, through case law, through statutes, and through the adoption of certain principles and features of English law [...]. The original sources of the Roman-Dutch law are important, but exclusive preoccupation with them is like trying to return an oak tree to its acorn. It is looking ever backwards. Lot’s wife looked back. Our national jurisprudence moves forward where necessary, laying aside its swaddling clothes“.

<sup>564</sup> Vgl. *Forsyth*, In Danger for their Talents, 183 ff.

<sup>565</sup> *Forsyth*, In Danger for their Talents, 185 und auch 224. Vgl. auch *Fagan*, in: Southern Cross, 33, 62 f.

<sup>566</sup> Siehe *Forsyth*, In Danger for their Talents, 223; *Zimmermann*, in: The Civil Law Tradition in Scotland, 41, 50 f.; *Zimmermann/Visser*, in: Southern Cross, 1, 22 ff.; *Fagan*, in: Southern Cross, 33, 60 ff.

<sup>567</sup> *Forsyth*, In Danger for their Talents, 186; *Du Bois*, in: Wille’s Principles of South African Law, 3, 66. Gerade *Lord de Villiers*, erster Chief Justice der Union of South Africa wird zugeschrieben, die Stärken des römisch-holländischen mit jenen des englischen Rechts verbunden zu haben, siehe *Walker*, Lord de Villiers and his Times, 74.

<sup>568</sup> *Du Bois*, in: Wille’s Principles of South African Law, 66. Hier war insbes. *L.C. Steyn* (Chief Justice von 1959–1971) von bedeutendem Einfluss, dem auch eine re-

Mit Blick auf letztwillige Bedingungen ist es aufschlussreich, die Voten von *Schreiner J* im Fall *Wasserzug* und *Van den Heever JA* im Fall *Aronson* in diesen Kontext einzuordnen. *Oliver Deneys Schreiner* (damals noch Richter der *Transvaal Provincial Division*, bevor er kurz darauf zum *Judge of Appeal* ernannt wurde) folgte in seinem Votum einer noch jungen englischen Rechtsprechungslinie zur Unbestimmtheit letztwilliger Bedingungen. Er trat damit in Südafrika rechtliches Neuland – ohne römisch-holländische Autoritäten zu konsultieren. Die Anstößigkeit, die die englischen Richter mit Blick auf die Einflussnahme des Erblassers empfunden und geäußert hatten, war auch den südafrikanischen Richtern nicht verborgen geblieben.<sup>569</sup> *Schreiners* Verhältnis zu Anleihen beim englischen Recht lässt sich aus der von ihm 1967 gehaltenen *Hamlyn Lecture* zur Rolle des englischen Rechts in Südafrika erkennen:

„A legal system may in proper cases borrow through its courts without shame or loss of dignity, and it may thereby greatly enrich itself. [...] Looking at the matter from another angle, inbreeding may produce weakness, and sociologically as well as biologically, the hybrid often displays strength far beyond that of the pure breed. [...] a balance will have to be struck between the technically superior authority of the old books [...] and the considerations of justice, reasonableness and convenience which may support a different view, and which may be backed by foreign cases [...]. From the beginning of the nineteenth century the English common law and the English language have always been in these respects by far the most serviceable instruments for our purpose.“<sup>570</sup>

*Ellison Kahn* attestiert *Schreiner* eine stärker pragmatisch-teleologische als historische Herangehensweise. In den Grenzen richterlicher Selbstbeschränkung sei *Schreiner* bereit gewesen, neue Regeln zu schaffen und alte aufzugeben, wenn veränderte Umstände und gesellschaftliche Notwendigkeiten dies erfordert hätten.<sup>571</sup> *Van den Heever JA* wies dagegen in *Aronson* die englische Rechtsprechung zurück und stützte sich extensiv auf römische und römisch-holländische Quellen:

---

gimefreundliche Haltung nachgesagt wird, siehe *Fagan*, in: *Southern Cross*, 33, 62; *Forsyth*, *In Danger for their Talents*, 220.

<sup>569</sup> Siehe *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 372 und 381.

<sup>570</sup> *Schreiner*, *Contribution of English Law to South African Law*, 17 ff. und 47: „One can borrow too much, but one can also borrow too little“.

<sup>571</sup> *Kahn*, *SALJ* 97 (1980), 566, 590 f.: „[...] to the disappointment of certain academics, he [*Schreiner*] seldom professed to carry out a deep search for the fountains of the Roman-Dutch law“. Vgl. auch *Kahn*, in: *Fiat Iustitia*, 1, 30 und 68: „By nature he was not a black-letter lawyer [...]“. Mit Blick auf den politischen Kontext war *Schreiner* sicherlich kein Verfechter der Apartheid-Politik – eher im Gegenteil. Dies mag dazu beigetragen haben, dass er zweimal bei der Ernennung zum Chief Justice übergangen wurde, vgl. *Girvin*, in: *Southern Cross*, 95, 132. Dies brachte ihm postum den Satz ein „the greatest Chief Justice South Africa did not have“, *Kahn*, in: *Fiat Iustitia*, 1, 1.

„It seems plain to me that the angle from which Roman-Dutch law approaches the interpretation of such a condition is entirely different from that of English law“,

erklärte er zur Bestimmtheit der Klausel.<sup>572</sup> Seine Einstellung zur Orientierung am englischen Recht war die eines „Puristen“.<sup>573</sup> In einer Abhandlung über „Immorality and Illegality in Contract“, die er unter dem Pseudonym *Aquilius* verfasst hatte, schrieb er:

„[...] it is necessary to clear away a confused accumulation of legal cobwebs. To a large extent these are due to the uncritical and sometimes unconscious adoption of English principles.“<sup>574</sup>

*Chief Justice Centlivres* kommt in einem Nachruf auf die Passion *Van den Heevers* für das römisch-holländische Recht zu sprechen. Man werde sich an ihn stets als einen leidenschaftlichen Vertreter der Prinzipien des römisch-holländischen Rechts erinnern.<sup>575</sup>

Obwohl *Wassergug* und *Aronson* nur zwei Einzelentscheidungen sind, scheint sich deren Umgang mit den südafrikanischen Rechtsquellen in den Kontext des *bellum juridicum* einzufügen – insbesondere wenn man die Richterpersönlichkeiten mit in den Blick nimmt. *Eduard Fagan* betont, der rechtliche Purismus dieser Zeit habe seine Ursprünge in einem politischen Zeit-

---

<sup>572</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 555 ff. Die Positionen deutscher Autoren des 19. Jahrhunderts und insbes. die Ansicht von *Savignys* hielt *Van den Heever* für abwegig und verfehlt („demonstrably fallacious“, „fanciful abstraction“). Der Rechtsbeistand des Klägers hatte die Werke *Savignys*, *Windscheids* und *Glücks* explizit erwähnt (540). Vgl. allerdings aus dem Schrifttum *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 242: „the matter can hardly be better put than by Savigny“.

<sup>573</sup> Vgl. *Fagan*, in: *Southern Cross*, 33, 62. Mit einem Vergleich zwischen *Van den Heever* und *L. C. Steyn* siehe *Forsyth*, *In Danger for their Talents*, 38 f.

<sup>574</sup> *Aquilius*, SALJ 59 (1942), 113, 113. Siehe auch *Aquilius*, SALJ 59 (1942), 333, 334: „Just as the first Europeans to visit India saw virgins and saints in every eastern temple, so our Courts are prone to see English analogies in our law where none exist“. Zum Pseudonym *Van den Heevers* vgl. *F. W. A. G.*, SALJ 66 (1949), 135, 137; *Hawthorne*, *Fundamina* 19 (2013), 300, 305 (Fn. 41).

<sup>575</sup> SALJ 73 (1956), 117, 119. Vgl. anlässlich der Ernennung zum Judge of Appeal *F. W. A. G.*, SALJ 66 (1949), 135, 137: „When a moot and difficult point calls for decision, it is his way to trace the arduous paths of the law back through the labyrinths of legal sophistry and learning to the sources, to exploring every avenue of knowledge and not to rest until he has reached the very fountain-head. Few move with such competent ease amongst the old authorities of the Roman and Roman-Dutch law as he does, and if some solution of a knotty problem is to be discovered lying hidden in the musty tomes of the bygone centuries, more likely than not he will find it“. Siehe auch SALJ 63 (1946), 524, 527 f.: „When legal questions which involve a thorough knowledge of and close acquaintance with the old Roman-Dutch Law writers come before van der Heever [...], he labours mightily and often produces a very learned judgment, in which a few unknown stars in the constellation of the Roman-Dutch legal luminaries are apt to twinkle for the first time“.

geist gehabt.<sup>576</sup> Dieser scheint letztlich auch den Umgang mit letztwilligen Bedingungen erfasst zu haben.

Warum aber war *Aronson v Estate Hart* die erste (und gleichzeitig bislang letzte) Entscheidung, die eine *faith and race clause* am Maßstab von *public policy* und *boni mores* prüfte? So wäre im Fall *Wasserzug*, der im Jahr 1944 eine ähnliche Heiratsvorgabe zum Gegenstand hatte, der Weg über *public policy* und *boni mores* ebenso möglich gewesen. Denn eine diesbezüglich bindende Rechtsprechungslinie gab es in Südafrika noch nicht und die englische Rechtsprechung mit ihrer Differenzierung zwischen *general* und *partial restraint of marriage* war nur *persuasive authority*, also nicht bindend im technischen Sinne.<sup>577</sup> Aus den Voten in *Wasserzug* ergibt sich der Eindruck, als hätten *Murray* und *Schreiner JJ* zur Einflussnahme des Erblassers auf die Eheschließungsfreiheit des Bedachten unter *policy*-Gesichtspunkten durchaus etwas zu sagen gehabt.<sup>578</sup> Doch hatte der Rechtsbeistand des Klägers darauf verzichtet, einen Verstoß gegen die *public policy* als weiteren Unwirksamkeitsgrund vorzubringen, da er dies in Anbetracht englischer Rechtsprechung nicht für erfolgversprechend hielt.<sup>579</sup> Damit waren den Richtern mit Blick auf die *public policy* die Hände gebunden. Denn das südafrikanische Zivilprozessrecht hatte neben dem Grundsatz des *stare decisis* auch das adversatorische Verfahren aus dem englischen Recht übernommen (wenn auch nicht in Reinform), wodurch ein südafrikanischer Richter grundsätzlich an das rechtliche Vorbringen der Parteien gebunden ist.<sup>580</sup> Da man sich also nicht befugt sah, eigenständig die Doktrin der *public policy* aufzuwerfen, geriet der Weg über die *uncertainty* womöglich genauso wie in England zum Substitut.<sup>581</sup> Nach Auffassung *H.R. Hahlos* verpasste die *Appellate Division* sodann in *Aronson* die Gelegenheit, das eigentliche Sachproblem solcher Bedingungen im Rahmen der (nun auch vorgebrachten) *public policy* zu erörtern und beließ es bei

---

<sup>576</sup> *Fagan*, in: *Southern Cross*, 33, 64.

<sup>577</sup> Vgl. dazu *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 375 und 384.

<sup>578</sup> Vgl. *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 372 und 381.

<sup>579</sup> Siehe *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 371 mit Verweis auf *Hodgson v Halford* (1879) 11 Ch D 959.

<sup>580</sup> Zum adversary system und den engen Grenzen von *iura novit curia* im südafrikanischen Zivilprozessrecht siehe *Baxter*, SALJ 96 (1979), 531, 538 f.; *De Vos/Van Loggerenberg*, TSAR/JSAL 1991, 592, 603. Zum englischen Einfluss auf das südafrikanische Prozessrecht *Erasmus*, in: *Southern Cross*, 141, 146 ff. *Kruger* weist darauf hin, dass eine proaktivere Rolle südafrikanischer Richter es erleichtern würde, *policy*-Erwägungen auch in Fällen einfließen zu lassen, in denen sie sich einem Gericht zum ersten Mal stellen und von den Parteien nicht entsprechend vorgetragen wurden, *Kruger*, SALJ 128 (2011), 712, 732 f. Zu Entwicklungen in Richtung eines stärkeren „case management“ durch den Richter siehe *De Vos*, Stellenbosch LR 11 (2000), 343, 349 f.

<sup>581</sup> Vgl. dazu das Sondervotum durch *Blackwell J* in *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369, 391 („merely because they dislike such provisions“).

einseitigen Erwägungen zum Erblasserwillen sowie einer vom konkreten Fall weitgehend losgelösten Besprechung römischer und römisch-holländischer Quellen.<sup>582</sup> Dies passte wiederum zum Trend des *purism*:

„[...] the true concern that underlies the movement to purism has been logic and principle, not policy. Not surprisingly, therefore, there is virtually no discussion of the justice of any particular rule or result.“<sup>583</sup>

Doch kann die Zurückhaltung mit *policy*-Erwägungen beim Umgang mit letztwilligen Bedingungen neben den Einflüssen des *purism* und den Hürden des *adversarial procedure* wohl ähnlich wie in England auch mit der generellen Handhabung von *public policy* und *boni mores* in Verbindung gebracht werden.

## 2. Der Umgang mit *public policy* und *boni mores* in Südafrika

Der Ursprung des Konzepts der *public policy* liegt im englischen, jener der *boni mores* im römischen bzw. römisch-holländischen Recht.<sup>584</sup> Unterschiede zwischen den beiden Begriffen werden im südafrikanischen Recht allerdings kaum deutlich.<sup>585</sup> Zwar trennen einige Autoren zwischen den Unwirksamkeitsgründen *contrary to public policy* und *contra bonos mores*,<sup>586</sup> die herrschende Lehre und die Rechtsprechung halten eine solche Unterscheidung allerdings für wenig gewinnbringend.<sup>587</sup> Stattdessen werden die Termini oft synonym verwendet.<sup>588</sup> Dies hat zur Folge, dass *public policy* und *boni mores*

---

<sup>582</sup> *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 239 ff. Südafrikanische Richter haben wohl – sofern die rechtliche Grundlage von den Parteien vorgebracht ist – innerhalb dieser einen größeren Bewegungsspielraum bei der Rechtsfindung als ihre englischen Kollegen (*iura novit curia* in eingeschränkter Form), dazu *Baxter*, SALJ 96 (1979), 531, 536 ff.; *De Vos/Van Loggerenberg*, TSAR/JSAL 1991, 592, 603. Zum anderen scheint die Bindung an das adversatorische System gerade bei Ausführungen zum römischen und römisch-holländischen Recht weniger strikt gehandhabt zu werden, vgl. *Kötz*, TSAR/JSAL 1987, 35, 39 (Fn. 14).

<sup>583</sup> *Forsyth*, *In Danger for their Talents*, 192 f.

<sup>584</sup> Vgl. *Hawthorne*, *Fundamina* 19 (2013), 300, 319. Siehe auch *Du Toit*, Stellenbosch LR 10 (1999), 232, 240 f. und *Kuhn v Karp* 1948 (4) SA 825 (T) 840.

<sup>585</sup> Vgl. *Hawthorne*, *Fundamina* 19 (2013), 300, 307: „[...] variety of opinion, phraseology and hesitancy that prevails in respect of public policy [...]“.

<sup>586</sup> So bspw. *Wessels/Roberts*, *The Law of Contract in South Africa* Bd. I, 150 f.; *Hutchison/Du Bois*, in: *Wille's Principles of South African Law*, 733, 763 und 768.

<sup>587</sup> Siehe *Bradfield*, *Christie's Law of Contract in South Africa*, 401 f.; *Joubert*, *General Principles of the Law of Contract*, 132; *Aquilius*, SALJ 58 (1941), 337, 344; aus der Rspr. *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 8.

<sup>588</sup> „Public policy – like its synonyms *boni mores*, public interest and the general sense of justice of the community [...]“, *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 218. Vgl. im erbrechtlichen Kontext auch *De Waal/Schoeman-Malan*, *Law of Succession*, 4 und 128; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 230 und aus der Rspr. bspw. *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W) 933; *King v De Jager* 2017 (6) SA 527

entweder zusammen genannt werden oder nur der Begriff der *public policy* bemüht wird – verstanden als eine Art Oberbegriff.<sup>589</sup> *Smalberger JA* erklärte in einer Leitentscheidung zur *public policy*:

„The interests of the community or the public are [...] of paramount importance in relation to the concept of public policy. Agreements which are clearly inimical to the interests of the community whether they are contrary to law or morality, or run counter to social or economic expedience, will accordingly, on the grounds of public policy, not be enforced.“<sup>590</sup>

Schon in dieser Beschreibung der *public policy* werden Ähnlichkeiten zur englischen Konzeption sichtbar.<sup>591</sup> Und er fuhr fort:

„The power to declare contracts contrary to public policy should [...] be exercised sparingly and only in the clearest of cases, lest uncertainty as to the validity of contracts result from an arbitrary and indiscriminate use of the power. One must be careful not to conclude that a contract is contrary to public policy merely because its terms [...] offend one's individual sense of propriety and fairness.“<sup>592</sup>

*John Dugard* führt die Scheu der südafrikanischen Rechtsprechung gegenüber *policy*-Erwägungen auf den starken englischen Einfluss seit der endgültigen Besetzung im Jahr 1806 zurück. Das englische Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts – u. a. beeinflusst durch *Jeremy Bentham* und *John Austin* – habe nicht zuletzt über die in England ausgebildeten Anwälte seinen Weg nach Südafrika gefunden und dort das noch stärker naturrechtlich geprägte Denken (in Anlehnung bspw. an *Hugo Grotius* oder *Johannes Voet*) verdrängt.<sup>593</sup> *Dugard* schreibt dazu:

---

(WCC) 13 und 27. Siehe auch *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 110 (Fn. 71). Im Kontext des Vertragsrechts *Du Plessis*, in: *Comparative Law*, 47, 57; *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 344.

<sup>589</sup> Vgl. *Aquilius*, SALJ 58 (1941), 337, 344: „In a sense, [...] all illegalities may be said to be immoral and all immorality and illegality contrary to public policy“; *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 8: „These classifications may not be of importance in principle, for where a court refuses to enforce a contract it ultimately so decides on the basis of public policy“; siehe auch *Kuhn v Karp* 1948 (4) SA 825 (T) 839.

<sup>590</sup> *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 8. Siehe auch *Kuhn v Karp* 1948 (4) SA 825 (T) 842: „injurious to the interest of the community as a whole“. Vgl. aber auch *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 333: „Public policy represents the legal convictions of the community; it represents those values that are held most dear by the society“.

<sup>591</sup> Vgl. *Hawthorne*, *Fundamina* 19 (2013), 300, 320: „[...] public policy as an open norm is an English transplant“.

<sup>592</sup> *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 9. Vgl. auch *Eastwood v Shepstone* 1902 TS 294, 302: „a power not to be hastily or rashly exercised“. Besonders deutlich unter Verweis auf engl. Rspr. auch *Kuhn v Karp* 1948 (4) SA 825 (T) 840. Das Bild vom „unruly horse“ wird aufgegriffen in *Mabaso v Nel's Melkery (Pty) Ltd* 1979 (4) SA 358 (W) 362: „If I may be permitted to add to this equine analogy, [...] this high horse attempts to stampede in opposite directions at one and the same time“.

<sup>593</sup> *Dugard*, SALJ 88 (1971), 181, 183 ff.

„The rigid distinction between law and morality leads to a rejection of legal values [...] which results in the repudiation of policy considerations in the judicial process. [...] To put it mildly, our judiciary is shy of policy considerations.“<sup>594</sup>

Neben den aus dem englischen Recht bekannten Mahnungen zur Zurückhaltung mit dem Instrument der *public policy* klingt in Südafrika aber auch immer wieder die Aufforderung durch, in klaren Fällen wiederum nicht vom Einsatz der Doktrin zurückzuschrecken.<sup>595</sup> Diesen südafrikanischen Blick auf *public policy* und *boni mores* versieht G.B. Bradfield mit dem Terminus „cautious boldness“.<sup>596</sup> Den ersten Teil dieser Beschreibung – eine gewisse Zurückhaltung mit offenen *policy*-Erwägungen – kann man in der Handhabung letztwilliger Potestativbedingungen durchaus erkennen. Man knüpfte zunächst an jene Lösungen des englischen und römisch-holländischen Rechts an, die fest etabliert erschienen. Darüber hinaus – insbesondere bei den *faith and race clauses* – stellte man entweder formalistisch anmutende Betrachtungen an (*uncertainty* im Fall *Wasserzug*) oder zog sich auf abstrakt-historische Ausführungen zurück (*public policy* im Fall *Aronson*). François du Toit beschreibt den damaligen Umgang mit *public policy* und *boni mores* aus heutiger Sicht als „previously favoured formal style of adjudication“.<sup>597</sup> Der zweite Teil der Beschreibung („boldness“) lässt erkennen, dass die Rufe nach richterlicher Selbstbeschränkung mit Blick auf die Fortbildung der *public policy* in Südafrika wohl nie ganz so laut resonierten wie in England.<sup>598</sup> Umso mehr konnte die Verfassung von 1996 dem Instrument der *public policy* durch ihren Auftrag zur Fortbildung des *common law* anhand der dort verankerten Werte neue Impulse verschaffen.<sup>599</sup> Im Erbrecht schlug sich dies u. a. in einer Neubewertung (bzw. Anerkennung) des Spannungsfeldes zwischen Testierfreiheit und Diskriminierungsverbot nieder (dazu ausführlich im nächsten Kapitel). Mit Blick auf letztwillige Bedingungen ist seit 1996 keine Entscheidung mehr ergangen, in der man die Frage nach verfassungsrechtli-

<sup>594</sup> Dugard, SALJ 88 (1971), 181, 187.

<sup>595</sup> Siehe *Eastwood v Shepstone* 1902 TS 294, 302: „[...] but when once it is clear that any arrangement is against public policy, the Court would be wanting in its duty if it hesitated to declare such an arrangement void“. Siehe auch *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 9: „No court should therefore shrink from the duty of declaring a contract contrary to public policy when the occasion so demands“.

<sup>596</sup> Bradfield, Christie’s Law of Contract in South Africa, 401.

<sup>597</sup> Du Toit, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 232 f. Vgl. auch Dugard, SALJ 88 (1971), 181, 189 mit Verweis auf *Cohen/Hart*, Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes 29 (1955), 213, 235: „It would seem to be conservative politics in the guise of analytical jurisprudence“ (*Cohen*).

<sup>598</sup> Vgl. *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 8; Bradfield, Christie’s Law of Contract in South Africa, 405.

<sup>599</sup> Vgl. bspw. *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 333. Vgl. auch Kapitel 3 – D.III.1. (385).

chen Implikationen hätte stellen können. Das Schrifttum ist aber weitgehend der Ansicht, dass auch der Umgang mit letztwilligen Potestativbedingungen einer solchen Neubewertung bedarf und das Instrument der *public policy* hierfür prädestiniert ist.<sup>600</sup>

## VI. Vergleichendes Fazit

Testamentarische Ehe- und Religionsbedingungen sind sowohl in Deutschland als auch in England und Südafrika als rechtliches Problem bekannt. Die Regeln über letztwillige Ehebedingungen haben ihren Ursprung jeweils im römischen Recht, das Ehelosigkeits- und Scheidungsbedingungen entgegentrat, andere Arten von Ehevorgaben aber zuließ und eine Diskussion um Religionsbedingungen noch nicht kannte. Mit den guten Sitten brachte das römische Recht nur die Scheidungsbedingung in Zusammenhang. Die Bedingung der Ehelosigkeit wurde dagegen mit Blick auf die bevölkerungspolitisch motivierten Ehegesetze des Augustus für unwirksam erklärt.

Das englische und südafrikanische Recht stimmen in den Ergebnissen noch heute (bzw. wieder) mit den groben Linien des spätrömischen Rechts überein, wohingegen Deutschland die Differenzierung nach den verschiedenen Fällen letztwilliger Bedingungen weitgehend aufgegeben hat. Wo Deutschland letztwillige Potestativbedingungen heute an einem einheitlichen Sittenwidrigkeitsmaßstab misst, unterfallen in England und Südafrika nur ausgewählte Gestaltungen der *public policy*. In Deutschland lässt sich zudem im Rahmen der Sittenwidrigkeit eine ausführlichere inhaltliche Auseinandersetzung mit der Anstößigkeit solcher Gestaltungen erkennen, als dies in England und Südafrika der Fall ist. Gerade in England ergingen sich die Gerichte in dogmatischen Feindifferenzierungen, die eher abstrakt als am konkreten Fall orientiert und eher formal als inhaltlich-wertend erscheinen.

Auch in Deutschland hatte man sich über Jahrhunderte hinweg an der römischen Kasuistik orientiert. Lediglich mit Blick auf Religionsbedingungen – bekannt etwa ab der Zeit der Reformation – entstand ein größeres Meinungsspektrum. Entscheidend für den heutigen Umgang mit letztwilligen Bedingungen war für Deutschland insbesondere das 19. Jahrhundert. Die Pandektistik versuchte den spätestens seit dem Vernunftrecht fest etablierten Satz über die Unwirksamkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte weiter systematisch zu durchdringen und entwickelte Kategorien und Fallgruppen. Man löste zudem die bislang von anderen Geschäften getrennt behandelten unsittlichen Bedingungen aus ihrer Verklammerung mit der (moralischen) Unmöglichkeit, wodurch für den BGB-Gesetzgeber die gedankliche Grundlage geschaffen war, auch letztwillige Bedingungen der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB zu unterstellen. Die BGB-Kommissionen entschieden sich sowohl gegen die

---

<sup>600</sup> Siehe dazu oben Kapitel 2 – C.IV. (227).

Normierung einzelner sittenwidriger Bedingungen als auch gegen die auf Rechtsfolgenseite bislang praktizierte Unterscheidung zwischen lebzeitigen und letztwilligen Bedingungen. Dass die verschiedenen Gestaltungen letztwilliger Bedingungen fortan in einheitlicher Weise am allgemeinen Sittenwidrigkeitstatbestand gemessen wurden, war Ergebnis einer schrittweisen, auf Systematisierung und Vereinheitlichung ausgerichteten Entwicklung gewesen. Der einheitliche Maßstab hatte allerdings nicht zur Folge, dass im Vergleich auch mehr Gestaltungen daran scheiterten. Die von den Pandektisten entwickelte Maßgabe, es dürfe nicht mit geldwerten Vorteilen auf „Dinge“ eingewirkt werden, die der inneren Überzeugung vorbehalten bleiben sollen, hielt sich als Maßstab letztwilliger Bedingungen bis ins späte 20. Jahrhundert. Der sittlich-moralische Einschlag kann darauf zurückgeführt werden, dass man um die damalige Jahrhundertwende die Verknüpfung von Ehe oder Religion mit wirtschaftlichen Erwägungen als anstößig empfand und die Generalklausel des § 138 BGB – so wie man sie in den Beratungen des BGB konzipiert und verstanden wissen wollte – den passenden Raum für diese Argumentation bot. Erst im späteren 20. Jahrhundert fand eine gewisse Perspektivverschiebung statt, wobei der an moralischen Postulaten orientierte Maßstab abgelöst wurde von der Frage nach einem unzumutbaren Druck und einer verfassungsrechtlich inspirierten Abwägung zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und den Freiheitsrechten der bedachten Person.

Nach England waren die römischen Rechtsregeln durch die kirchlichen Gerichte gelangt. Nicht zuletzt durch den englischen Grundsatz des *stare decisis* verfestigten sich die Linien des römischen Rechts zusammen mit neu hinzugetretenen Modifikationen zu bindenden Rechtsgrundsätzen. Dazu zählt auch die grundlegende Unterscheidung zwischen einem unwirksamen *general restraint of marriage* und einem wirksamen *partial restraint of marriage*. So scheiterten nur generelle Ehebeschränkungen an der *public policy*, alle übrigen Ehevorgaben konnten wirksam angeordnet werden. Im Jahr 1879 – in der häufig so beschriebenen Blütezeit englischer Vertrags- und Testierfreiheit – erklärte man sodann auch letztwillige Religionsbedingungen für umfassend wirksam. Abgesehen von der Wirkung der englischen Präjudizienbindung, die es den englischen Richtern erschwerte, sich von mancher als überholt betrachteten Differenzierung zu verabschieden, war einer späteren Fortbildung und Vereinheitlichung der mitunter komplexen und fragmentierten Regeln über letztwillige Bedingungen auch eine Diskussion abträglich, die man im 19. Jahrhundert über das Instrument der *public policy* geführt hatte. Unter Verweis auf drohende Rechtsunsicherheit und Gefahren für die Gewaltenteilung mahnte die Richterschaft zu Zurückhaltung mit der *public policy*, die man als „unruly horse“ bezeichnete. Man sprach sich selbst die Befugnis ab, neue Fallgruppen der *public policy* zu entwickeln. Diese Diskussion fügte sich damals ein in ein formalistisches Rechtsverständnis und die damit zusammenhängende Trennung von Recht und Moral. Die stärker einzelfall- und

praxisorientierte englische Rechtstradition scheint darüber hinaus auch keine mit Deutschland vergleichbaren Systematisierungsimpulse aus der Rechtswissenschaft erhalten zu haben. An mancher Stelle war einer Rechtsfortbildung über die *public policy* auch das adversatorische Verfahren (*adversarial procedure*) des englischen Zivilprozessrechts abträglich, was in einer Entscheidung des *House of Lords* dazu führte, dass die als problematisch erachtete Einflussnahme des Erblassers in eine Art Stellvertreterkrieg um die Bestimmtheit der Klausel mündete. Die spärlichere und weniger moralischwertende inhaltliche Argumentation kann auf die konzeptionelle Ausrichtung der *public policy* zurückgeführt werden. Denn wo sich die deutsche Sittenwidrigkeit offener für moralische Standards und individuelle Rechtspositionen zeigt, orientiert sich die englische *public policy* stärker an objektiv-gesamtgesellschaftlichen Interessen und rechtlichen Prinzipien.

Dass die Regeln des römischen Rechts auch in Südafrika Fuß fassten, erstaunt wenig angesichts der Tatsache, dass das römisch-holländische Recht das Fundament des südafrikanischen *common law* bildet. Die Orientierung am römisch-holländischen Recht des 17. und 18. Jahrhunderts und der starke Einfluss englischen Rechts und Rechtsdenkens im 19. Jahrhundert führten allerdings zu anderen Kategorisierungen, als sie sich in Deutschland insbesondere durch den Einfluss der Pandektistik entwickelt hatten. Dass man in den Entscheidungen über letztwillige Bedingungen im Laufe des 20. Jahrhunderts weniger englische und mehr römische und römisch-holländische Quellen in Bezug nahm und die *Appellate Division* 1949 einer Anlehnung an englische Rechtsprechung unter Verweis auf römisch-holländisches Recht einen Riegel vorschob, kann im Zusammenhang mit dem sog. *bellum juridicum* gesehen werden, dem Diskurs über die „wahren“ Rechtsquellen des südafrikanischen Rechts. Der Geist des *purism* zog Prinzipientreue und Formalismus einer wertbasierten Rechtsfortbildung vor. Darüber hinaus konnten wohl einige Aspekte, die dem englischen Einfluss auf das südafrikanische Recht geschuldet sind, eine Fortbildung der Regeln über letztwillige Bedingungen zusätzlich hemmen. Dazu zählt zum einen das adversatorische Verfahren (*adversarial procedure*), zum anderen eine – wenngleich nicht ganz so deutlich ausgeprägte und seit Inkrafttreten der Verfassung wohl auch überholte – Zurückhaltung gegenüber *policy*-Erwägungen und eine dem englischen Recht nicht unähnliche Konzeption der *public policy*.

Die Vielschichtigkeit der beschriebenen Unterschiede streitet gegen ein zu eindimensionales Resumée, in den Rechtsordnungen bestünden schlicht andere Vorstellungen über die Anstößigkeit letztwilliger Bedingungen. Das lenkt den Blick auf die Gemeinsamkeiten. Alle drei Rechtsordnungen stoßen sich – wenngleich an unterschiedlichen Stellen und mit unterschiedlichen Wirkungen – an solchen Gestaltungen. Die Argumente sind zwar nicht immer gleichermaßen deutlich sichtbar, sie sind aber dennoch präsent: Schutz der Institution Ehe, verpönte Verbindung monetärer Erwägungen mit Ehe oder Religion

und der Schutz des Bedachten vor übermäßigem Einfluss des Erblassers. Aber auch die Gesichtspunkte, die in den Entscheidungen für eine Wirksamkeit der Bedingung in Stellung gebracht werden, ähneln sich: die Testierfreiheit des Erblassers, ein als achtenswert eingestuftes Motiv, der fehlende Anspruch des Bedachten auf die Zuwendung und dessen Möglichkeit der Ausschlagung. So erscheint an dieser Stelle der Schluss gerechtfertigt, dass die Unterschiede im Umgang mit letztwilligen Ehe- und Religionsbedingungen weniger in divergierenden inhaltlichen Vorstellungen über die Grenzen einer „Herrschaft aus dem Grabe“ begründet liegen als vielmehr in der historischen Entwicklung dieses Rechtsbereichs, im Einwirken von Zeitgeist und Rechtsdenken, in unterschiedlich gearteten Impulsen aus der Rechtswissenschaft, in Charakteristika einer Rechtstradition wie *stare decisis* und *adversarial procedure* sowie in konzeptionellen Unterschieden bei den Figuren der Sittenwidrigkeit, *public policy* und *boni mores*.

## E. Kritische Würdigung des deutschen Rechts

In den drei betrachteten Rechtsordnungen wurde mitunter ähnliche Kritik am Umgang mit letztwilligen Bedingungen geübt. So monierte man die einseitige Betonung der Testierfreiheit, mangelnde inhaltliche Auseinandersetzung und unzureichende Abwägungstiefe sowie dogmatische Unstimmigkeiten und Unschärfen. In Deutschland wurde dies insbesondere an der lebhaften Diskussion um die Fälle Leiningen und Hohenzollern sichtbar. Vor diesem Hintergrund sollen die in Deutschland vertretenen Ansichten zur Handhabung sittenwidriger Potestativbedingungen einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Dabei verdient die jüngere deutsche Rechtsprechung mit ihrem Maßstab eines „unzumutbaren Drucks“ grundsätzlich Zustimmung; die Orientierung der Rechtsfolge am hypothetischen Erblasserwillen bringt dagegen Probleme mit sich.

### I. Maßstab der Sittenwidrigkeit

#### 1. Die Ratio einer Testierschranke bei letztwilligen Bedingungen

In Deutschland – und umso mehr in historisch-vergleichender Perspektive – ist ein ganzes Spektrum von Ansichten über die Zulässigkeitsgrenzen letztwilliger Bedingungen zu beobachten. Die Ansichten weisen unterschiedliche Stoßrichtungen auf. Daher stellt sich zunächst die Frage nach der inneren Rechtfertigung einer Testierschranke für letztwillige Bedingungen.<sup>601</sup>

---

<sup>601</sup> Ausführlich zu den einzelnen Ansichten in Deutschland oben Kapitel 2 – A.I. (169).

a) *Schutz gesellschaftlicher Interessen*

Im römischen Recht fußte die Unwirksamkeit einer Ehelosigkeitsbedingung auf den bevölkerungspolitisch motivierten Gesetzen des Augustus, mit denen Ehescheu und Kinderlosigkeit bekämpft, Familiengesinnung und Moral gehoben werden sollten. Bedingungen, die nicht auf Ehelosigkeit hinausliefen, waren dagegen meist wirksam. Diese Unterscheidung findet sich bis heute im englischen und südafrikanischen Recht – in der Regel ohne nähere Begründung. Den politischen Gedanken der Römer, der sich hinter der isolierten Unwirksamkeit der Ehelosigkeitsbedingung verbirgt, bezeichnete schon *Gottfried von Schmitt* in seinem Erbrechtsentwurf für das BGB als „antiquirt“.<sup>602</sup> Auch im südafrikanischen Schrifttum sprach man sich gegen eine blinde Orientierung an Auffassungen vergangener Jahrhunderte aus.<sup>603</sup> Der bevölkerungspolitische Impetus der römischen Ehegesetze kann auf den heutigen Umgang mit letztwilligen Ehebedingungen nicht übertragen werden. Eine Trennung zwischen allgemeinen und spezifischen Ehebedingungen lässt sich dadurch nicht mehr rechtfertigen. Sie wurde in Deutschland zu Recht aufgegeben.<sup>604</sup>

Die Unwirksamkeit von Scheidungsklauseln wurde von englischen und südafrikanischen Gerichten auf das gesellschaftliche und staatliche Interesse an intakten Ehen, deren Unverletzlichkeit (*sanctity of the marriage bond*) und das damit zusammenhängende Wohlergehen der Kinder gestützt.<sup>605</sup> Auch das Instanzgericht im deutschen Hoferbenfall argumentierte ähnlich und verwies auf das hohe Gut der Ehe, deren Aufrechterhaltung ein sittliches Gebot sei.<sup>606</sup> Die abstrakt-objektive Argumentation mit der Unverletzlichkeit der Ehe muss sich bei Scheidungsbedingungen entgegenhalten lassen, dass sich Auffassung und Akzeptanz von Scheidungen (inklusive des Scheidungsrechts) im Laufe der Zeit wesentlich geändert haben, begleitet von Änderungen in Sachen Sexualmoral und einer Pluralisierung der Lebens- und Familienformen. Dies ließ den Absolutheitsanspruch der Ehe bröckeln und entzieht einer solchen Argumentation heute ein Stück ihrer Überzeugungskraft.<sup>607</sup> Der Schutz des

---

<sup>602</sup> *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 214.

<sup>603</sup> Vgl. *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 240.

<sup>604</sup> Zur Diskussion bei Entstehung des BGB oben Kapitel 2 – D.III.5. (252). Das österreichische ABGB unterschied lange Zeit ausdrücklich zwischen einer unwirksamen Ehelosigkeitsbedingung und der Bedingung, eine bestimmte Person nicht zu heiraten, welche gültig auferlegt werden konnte (§ 700 ABGB a.F.). Die Norm wurde 2015 aufgehoben, v. a. da letzterer Teil wegen Einschränkung des höchstpersönlichen Lebensbereichs in der Literatur kritisiert worden war, siehe BGBl. I Nr. 87/2015 (Österreich) sowie die Erläuterungen dazu: <<https://perma.cc/7FHW-RLMF>>. Siehe zur ursprünglichen Norm auch oben Kapitel 2 – D.III.3. (243).

<sup>605</sup> Vgl. für England *In Re Moore* (1888) 39 Ch D 116, 128; *In Re Caborne* [1943] Ch 224, 228 ff.; für Südafrika *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W) 933.

<sup>606</sup> Vgl. die Ausführungen zur Vorinstanz in BGH, FamRZ 1956, 130, 130 f.

<sup>607</sup> Vgl. hierzu auch oben Kapitel 1 – D.II.3. (114).

gesellschaftlichen und staatlichen Interesses an intakten Ehen erscheint ohne Blick auf das Individuum und den konkreten Fall als alleinige Rechtfertigung einer Testierschranke für letztwillige Bedingungen nicht mehr geeignet.<sup>608</sup>

b) *Verpönte Ökonomisierung persönlicher Entscheidungen*

Über lange Zeit galt eine letztwillige Potestativbedingung in Deutschland als sittenwidrig, sofern mit der Aussicht auf Vermögensvor- oder -nachteile auf „Dinge“ eingewirkt werde, die allein der inneren Überzeugung vorbehalten sein sollten – in denen sich der Mensch durch äußere Motive nicht bestimmen lassen dürfe. Wie oben dargelegt, verband man so den Schutz individueller Entscheidungsfreiheit mit der abstrakten und auf sittlichen Grundsätzen beruhenden Forderung nach einem von pekuniären Rücksichten ungetrübten Motiv des Bedachten in Sachen Ehe oder Religion. Dessen Entscheidung sollte auf „ethischen Motiven“ beruhen; es seien „sittlich zu ernste Entscheidungen“, als dass sie mit den materiellen Anreizen einer Erbschaft verbunden werden dürften.<sup>609</sup>

Dass man die Ökonomisierung dieser Lebensbereiche für anstößig hielt, entsprach im ausgehenden 19. Jahrhundert dem Zeitgeist und bleibt auch für weite Strecken des 20. Jahrhunderts verständlich.<sup>610</sup> Mit heutigen Vorstellungen geht ein solch generelles moralisches Postulat aber wohl nicht mehr konform. Wirtschaftliche Erwägungen können in Sachen Ehe und Religion eine Rolle spielen, ohne dass das Recht daran Anstoß nimmt (z. B. „Einheiraten“ in eine wohlhabende Familie oder Kirchenaustritt aus steuerlichen Gründen).<sup>611</sup> So erscheint die Forderung nach einer von materiellen Anreizen gänzlich unberührten und sittlich reinen Entscheidung moralisierend und idealistisch.<sup>612</sup> Nicht zuletzt mit Blick auf die Pluralisierung der heutigen Gesellschaft ist bei Postulaten allgemeinverbindlicher moralischer Normen Zurückhaltung geboten. Dementsprechend wurde kritisiert, man schütze mit diesem Sittenwidrigkeitsmaßstab nicht den Freiheitsraum des Bedachten, sondern verkürze ihn um für unangemessen deklarierte Motive.<sup>613</sup> Dies sei eine paternalistische Zensur von Motiven, die eine tradierte symbolische Ordnung auf Kosten des Selbstbestimmungsrechts aufrechterhalte, so *Thomas Gutmann*.<sup>614</sup> So verwundert es nicht, dass diese

---

<sup>608</sup> A. A. wohl *Smid*, NJW 1990, 409, 415; BeckOGK/*Gomille*, § 2074 BGB Rn. 78.

<sup>609</sup> Vgl. bspw. *Spiess*, Unsittliche Bedingungen, 47 ff.; *Schmitz*, Testierfreiheit, 48 und 52.

<sup>610</sup> Vgl. oben Kapitel 2 – D.III.6. (256).

<sup>611</sup> Vgl. auch *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 36.

<sup>612</sup> Vgl. kritisch *Goebel*, FamRZ 1997, 656, 660. Damit ließe sich allenfalls das romantische Konzept der Liebesheirat schützen, so *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 218.

<sup>613</sup> *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 217 f.; *Muscheler*, ZEV 1999, 151, 152.

<sup>614</sup> *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 218. Ähnlich *Goebel*, FamRZ 1997, 656, 660.

Sittenwidrigkeits-Formel im späteren 20. Jahrhundert schrittweise aufgegeben wurde. Die abstrakt betrachtete Ökonomisierung persönlicher Entscheidungen kann eine Sittenwidrigkeit nicht mehr zeitangemessen begründen.

c) *Begrenzung der Testierfreiheit auf vermögensbezogene Ziele*

Um eine Einflussnahme des Erblassers auf die Lebensführung des Bedachten grundsätzlich zu unterbinden, will eine andere Ansicht jeglichen Verhaltensbezug letztwilliger Bedingungen untersagen. Erbrecht sei vor allem Vermögenszuordnungsrecht und die Testierfreiheit beziehe sich nicht darauf, über den eigenen Tod hinaus in die Lebensführung anderer Personen einzugreifen. So könne der Erblasser am Verhalten der bedachten Person nach dem Tod kein Interesse mehr haben und sei aller Sorgen um deren Wohl enthoben. Dem Erblasser fehle für verhaltensbezogene letztwillige Bedingungen die Regelungsmacht (funktionswidriger Einsatz der Testierfreiheit).<sup>615</sup>

Dies leuchtet nicht ein. Die Reduktion der Testierfreiheit auf reine Vermögensverteilung findet im deutschen Erbrecht keine Stütze und überzeugt weder inhaltlich noch dogmatisch.<sup>616</sup> Schon der Wortlaut des § 2075 BGB zeigt, dass ein Erblasser grundsätzlich befugt ist, eine letztwillige Zuwendung von einem Verhalten des Bedachten abhängig zu machen.<sup>617</sup> Der in Art. 14 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende Zusammenhang zwischen Eigentum und Erbrecht genügt nicht für die Annahme eines reinen Vermögensbezugs.<sup>618</sup> Es leuchtet nicht ein, alle nicht rein wirtschaftlichen Zwecksetzungen auszuklammern und damit erbrechtliche Verfügungen anders zu behandeln als lebzeitige Rechtsgeschäfte.<sup>619</sup> Auch in England und Südafrika wird es als selbstverständlich erachtet, dass ein Erblasser Zwecke verfolgen kann, die über die reine Verteilung des Vermögens hinausgehen.<sup>620</sup>

d) *Schutz des Bedachten vor übermäßiger Beeinflussung*

In allen drei Rechtsordnungen war zu beobachten, dass die inhaltliche Anstößigkeit, die man mit Blick auf letztwillige Bedingungen empfand, letztlich auf einer übermäßigen Beeinflussung des Bedachten durch den Erblasser fußte. Billigt man einem Erblasser verhaltensbezogene Anordnungen mit

---

<sup>615</sup> Siehe *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 579 ff.; *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 13 ff. Vgl. auch *von Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen, 59 ff.

<sup>616</sup> Siehe *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 36; *Otte*, JURA 2014, 549, 555. Vgl. auch *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 19.

<sup>617</sup> Siehe *Schlitt*, Schutz des Pflichtteilsberechtigten, 60 f.; *Goebel*, FamRZ 1997, 656, 660; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 987; a. A. *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 583.

<sup>618</sup> So aber *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 582.

<sup>619</sup> So auch *Staudinger/Otte*, Einl. Erbrecht Rn. 55.

<sup>620</sup> Vgl. bspw. die Ausführungen in *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 426 f. und 442 (England) oder *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 546 (Südafrika).

Blick auf dessen Testierfreiheit zu und sieht die Entscheidungsfreiheit des Bedachten als Grenze, so müssen diese beiden Positionen in Ausgleich gebracht werden. Dabei ist in Deutschland auch auf die verfassungsrechtliche Verankerung der jeweiligen Rechtsposition zu achten. Denn der objektiven Wertordnung, die sich aus den Grundrechten ergibt, kommt nach ständiger Rechtsprechung maßgebliche Bedeutung bei der Konkretisierung der Generalklausel des § 138 BGB zu.<sup>621</sup> Zwar führt die Inbezugnahme verfassungsrechtlicher Normen noch nicht zu konkreten Lösungen und entbindet insbesondere nicht von sorgfältiger Argumentation im Einzelfall. Doch kann sie dabei helfen, die tangierten Rechtspositionen genau zu benennen, sie einander gegenüber zu stellen und so den Abwägungsvorgang zu strukturieren.<sup>622</sup> Die Forderung nach einer umfassenden Interessenabwägung sowie die Kritik an einem einseitigen Blick auf die Testierfreiheit und mangelnder Auseinandersetzung mit kollidierenden Interessen war rechtsordnungsübergreifend zu vernehmen.<sup>623</sup> Gerade auch in Südafrika spricht sich die Literatur nun dezidiert für eine verfassungsrechtlich informierte Abwägung aus.<sup>624</sup> In diesem Sinne verfährt auch die in Deutschland inzwischen wohl herrschende Ansicht, die im Rahmen der Frage, ob eine letztwillige Bedingung unzumutbaren Druck auf Freiheitsrechte des Bedachten ausübt, letztlich eine Abwägung zwischen der Testierfreiheit des Erblassers (Art. 14 Abs. 1 GG) und der Entscheidungsfreiheit in Gestalt bspw. der Eheschließungs- oder Religionsfreiheit vornimmt (Art. 6 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 GG).<sup>625</sup> Das Ziel, den Bedachten mit Blick auf den konkreten Einzelfall und unter Berücksichtigung der Testierfreiheit des Erblassers vor übermäßiger Beeinflussung in höchstpersönlichen Entscheidungen zu schützen, erscheint als sachgerechte Ratio der Sittenwidrigkeit letztwilliger Bedingungen.

## 2. Abwägung zwischen Testierfreiheit und Freiheitsrechten

In der dem Hohenzollernfall zugrunde liegenden Ebenbürtigkeitsklausel sah das BVerfG einen Eingriff in die Eheschließungsfreiheit des Bedachten nach Art. 6 Abs. 1 GG und monierte, die vom BGH vorgenommene Abwägung

---

<sup>621</sup> Vgl. u. a. BVerfG, NJW 2004, 2008, 2009 (Hohenzollern) und grundlegend BVerfG, NJW 1958, 257, 257 (Lüth).

<sup>622</sup> Vgl. auch *Schmoeckel*, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, 140, 144.

<sup>623</sup> Vgl. bspw. *Grattan*, in: Modern Studies in Property Law Bd. I, 257, 274; *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 239 ff.; *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 42 und 59.

<sup>624</sup> Siehe oben Kapitel 2 – C.IV. (227).

<sup>625</sup> Aus der Lit. *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 118; *Otte*, JA 1985, 192, 199; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 98; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 558 f.; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 22 und 29; *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 39 ff. Für eine umfassende Abwägung anhand der Grundrechte auch *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 20 f.; *BeckOK BGB/Litzenburger*, § 2074 Rn. 8 ff. Aus der Rspr. insbes. BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010 (Hohenzollern).

genüge nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Es sei nicht hinreichend geprüft worden, ob die Klausel geeignet war, auf den Bedachten einen unzumutbaren Druck bei der Eingehung einer Ehe zu erzeugen.<sup>626</sup> Das BVerfG fordert in derartigen Fällen eine umfassende Abwägung im Sinne praktischer Konkordanz. Dieser Weg verdient grundsätzlich Zustimmung.

Bevor näher auf mögliche Kriterien einer solchen Abwägung zwischen Testierfreiheit und kollidierenden Freiheitsrechten eingegangen wird, sind allerdings zwei Präliminarien zu klären. Zum einen muss man sich mit der teilweise herben Kritik an der Linie des BVerfG auseinandersetzen, deren Vertreter der Auffassung sind, eine letztwillige Bedingung könne schon grundsätzlich keinen Eingriff in Freiheitsrechte darstellen. Zum anderen – falls man die Eingriffstauglichkeit bejaht – kann man die Frage stellen, ob nicht eine reine Abschlusskontrolle (bezogen auf die Selbstbestimmtheit der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft) der herrschenden Inhaltskontrolle vorzuziehen sein könnte.

#### a) Eingriff in Freiheitsrechte?

„Der Konflikt, an dem sich das BVerfG ausrichtet, hat keine grundrechtliche Qualität sondern moralische. Das Kriterium des ‚unzumutbaren‘ Drucks, mit dem es arbeitet, ist juristisch belanglos. In seiner Betulichkeit und Hyperempfindlichkeit entspricht es der Rührungsschwelle von Leserinnen der Herz-Schmerz-Postillen, Soraya-Blättern, Regenbogenpresse. Grundrechtskitsch. Nicht der Testator greift in die Eheschließungsfreiheit ein, sondern das BVerfG in die Testierfreiheit“,

so *Josef Isensee* in Reaktion auf den Hohenzollern-Beschluss des BVerfG.<sup>627</sup> Ausgangspunkt dieser und ähnlicher Stimmen ist die Feststellung, niemand habe einen Anspruch darauf, testamentarisch bedacht zu werden. Eine Potestativbedingung sei nur die Beschränkung einer im Ursprung nicht geschuldeten Zuwendung und könne daher keinen Eingriff in Freiheitsrechte darstellen. Frei zu handeln bedeute nicht, unbeeinflusst zu handeln. Vielmehr sei auch die Möglichkeit, sich von finanziellen Anreizen leiten zu lassen, Teil von Freiheit und Privatautonomie.<sup>628</sup> Hinter dem Druck auf den Bedachten

---

<sup>626</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010. Dagegen wurde die Abwägung im Fall Leiningen gebilligt: „Es [das BayObLG] hat die Auswirkungen der Entscheidung auf die unter dem Schutz des Art. 6 I GG stehende Eheschließungsfreiheit des Bf. und die sich daraus ergebende mögliche Begrenzung der Testierfreiheit nicht verkannt, sondern die kollidierenden Grundrechtspositionen im Wege einer umfassenden Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalls gegeneinander abgewogen“, BVerfG, FamRZ 2000, 945, 946.

<sup>627</sup> *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 762. *Muscheler* moniert die in gängigen Kommentaren zu findende „Besserungsanstalt für Testatoren“, *Muscheler*, ZEV 1999, 151, 152. Druck sei als Kategorie im BGB ein Fremdkörper, so *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86, 96.

<sup>628</sup> Siehe *Gutmann*, NJW 2004, 2347, 2348; *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 219 ff.; *Führ*, MittBayNot 2006, 461, 465; *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 762; *Nehlsen*, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, 26, 28 f.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 195.

verberge sich die schiere Attraktivität des Nachlasses. Den Bedachten vor derartigen Motivationslagen zu schützen, sei paternalistischer Schutz vor sich selbst und die Gleichstellung mit Zwang eine „behaviouristisch[e] Verkürzung des Menschenbildes“.<sup>629</sup> *Karlheinz Muscheler* formuliert:

„Sittenwidrig sind nicht letztwillige Verfügungen, die auf den Bedachten finanziellen Druck ausüben sollen. Sittenwidrig sind vielmehr Rechtsansichten, die dem Bedachten nicht zutrauen, diesen Druck auszuhalten, und ihm nicht ermöglichen, dem Druck zu erliegen.“<sup>630</sup>

Der Druck-Topos und die grundrechtlich informierte Abwägung seien unspezifisch, schwammig und eine Gefahr für die Rechtssicherheit.<sup>631</sup> Das Erbrecht biete zudem ausreichende Sicherungsmechanismen. Das Pflichtteilsrecht entlaste den Erblasser von familiären Rücksichtspflichten<sup>632</sup> und der Bedachte könne durch Ausschlagung Herrschaft oder Druck von Seiten des Erblassers neutralisieren.<sup>633</sup>

In der deutschen Rechtsprechung finden sich derartige Argumente in nur einer Entscheidung: Alles, was ein naher Angehöriger über die Minimalposition des Pflichtteilsrechts hinaus erhalte, so das OLG Düsseldorf im Scientology-Fall aus dem Jahr 1988, beruhe auf der besonderen Freizügigkeit [sic] des Erblassers. Halte die bedachte Tochter die Beschränkung von ihrem Standpunkt aus für untragbar, könne sie sich davon durch Ausschlagung befreien.<sup>634</sup> In Südafrika bildete der Hinweis, eine Bedingung entziehe keine Rechtsposition, sondern lade allenfalls zu einem Handeln ein, aber immerhin das Schlusswort der Leitentscheidung *Aronson v Estate Hart*.<sup>635</sup>

---

<sup>629</sup> *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 220 ff. Siehe auch *Nehlsen*, in: Verfassungsrechtliche Grenzen, 26, 38 f.

<sup>630</sup> *Muscheler*, ZEV 1999, 151, 152.

<sup>631</sup> Siehe *Führ*, MittBayNot 2006, 461, 466; *Reimann*, in: FS Spiegelberger, 1095, 1103; *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 766; *Gutmann*, NJW 2004, 2347, 2348 f.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 195.

<sup>632</sup> *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 758.

<sup>633</sup> *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86, 104. Das Argument der Ausschlagungsmöglichkeit taucht schon im 17. Jahrhundert in der Diskussion um die Wirksamkeit der Religionsbedingungen auf, siehe oben Kapitel 2 – D.III.1. (241). Vgl. aus englischer Perspektive auch *Gardner*, An Introduction to the Law of Trusts, 50; *Grattan*, in: Modern Studies in Property Law Bd. I, 257, 258.

<sup>634</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2615, 2616. Entscheidendes Argument gegen die Sittenwidrigkeit der bedingt angeordneten Testamentsvollstreckung war für das Gericht allerdings das Motiv der Erblasserin gewesen – gerichtet auf die wirtschaftliche Erhaltung des sich im Nachlass befindlichen Unternehmens. Dazu oben Kapitel 2 – A.II.2. (176).

<sup>635</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 568. Dass eine bedachte Person sich keine Hoffnung machen dürfe, Entscheidungen frei von jeglichen äußeren Einflüssen treffen zu können, erwähnt *Lord Simon of Glaisdale* in der englischen Entscheidung *Blathtway v Cawley* [1976] AC 397, 427 dagegen nur am Rande.

Diese Argumente sind nicht völlig von der Hand zu weisen. Die Rechtsordnung ist nicht dazu berufen, Individuen vor schwierigen Entscheidungen und Abwägungen zu bewahren, die durch finanzielle Anreize ausgelöst werden.<sup>636</sup> Doch erscheint eine Grenze an jener Stelle angebracht, wo es um den Schutz des Einzelnen vor Fremdbestimmung und extremen Beeinflussungslagen in höchstpersönlichen und grundrechtsrelevanten Bereichen geht.<sup>637</sup> Dass obige Stimmen dies anders sehen, scheint – neben allgemeiner Konstitutionalisierungskritik – nicht zuletzt an der Prämisse eines sehr rationalen, selbstbestimmten und von Emotionen wenig gelenkten Bedachten zu liegen.<sup>638</sup>

Wirtschaftliche Abhängigkeiten und die Einbindung in familiäre Zusammenhänge unberücksichtigt zu lassen, sei allerdings lebensfremd, so *Gerhard Otte*.<sup>639</sup> Gerade der Vorgang des Erbens kann in hohem Maße emotions- und machtgeladen sein.<sup>640</sup> Wo in Generationenbeziehungen Nähe und Dankbarkeit, aber auch Abhängigkeit und Macht zusammentreffen, kann sich der Bedachte dem Erblasser in einem Maß emotional verbunden und moralisch verpflichtet fühlen, dass die Selbstbestimmtheit, sich einer Bedingung zu widersetzen oder gar die Erbschaft auszuschlagen, extrem beeinträchtigt ist – umso mehr, da dies gewissermaßen die letzte Handlung gegenüber dem Erblasser darstellt.<sup>641</sup> Erben hat oft auch symbolischen Gehalt, kann im Hinblick auf die eigene Stellung in persönlichen und familiären Beziehungen identitätsprägend sein und hat daher meist eine Bedeutung, die weit über das nackte

---

<sup>636</sup> Vgl. auch *Röthel*, *Erbrecht*, 122 ff.

<sup>637</sup> Vgl. *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 19; *Gaier*, *ZEV* 2006, 2, 4.

<sup>638</sup> Vgl. *Nehlsen*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*, 26, 38: das den Hohenzollern-Entscheidungen zugrundeliegende Menschenbild widerspreche jenem des Grundgesetzes, das den Menschen als eigenverantwortliche Persönlichkeit verstehe; *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 222: erwachsenen Menschen müsse die Fähigkeit unterstellt werden, von Freiheitsrechten Gebrauch zu machen und für Geld nur das zu verkaufen, was für sie nach ihren eigenen Maßstäben keinen höheren oder inkommensurablen Wert habe.

<sup>639</sup> *Staudinger (2003)/Otte*, § 2074 Rn. 31a; *Otte*, *JURA* 2014, 549, 555. So auch *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 19; *Gaier*, *ZEV* 2006, 2, 4; *Horsch*, *Rpfleger* 2005, 285, 286 (Fn. 10). Mit einem Vergleich zu den Bürgerschaftsfällen *Röthel*, *AcP* 210 (2010), 32, 47.

<sup>640</sup> *Röthel*, *AcP* 210 (2010), 32, 45 ff. Siehe auch *Lüscher*, in: *Erben und Vererben*, 125, 140; *Langbein*, *Geerbte Dinge*, 227 f. Vgl. auch *BeckOGK/Gomille*, § 2074 BGB Rn. 80 sowie *Sloan*, *Borkowski's Law of Succession*, 1.

<sup>641</sup> Siehe *Röthel*, *AcP* 210 (2010), 32, 46 f.; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 690. Vgl. auch *Lüscher*, in: *Erben und Vererben*, 125, 140 sowie *Langbein*, *Geerbte Dinge*, 221: „Weil die geerbten Dinge Symbole ihrer Vorbesitzer sind, stellt die Konfrontation mit ihnen zugleich eine Begegnung und Auseinandersetzung mit den Verstorbenen dar“. *Langbein* führt weiter aus, dass mit dem Erbe nicht nur der Tod einer nahestehenden Person symbolisch überwunden werde, sondern auch Wunden in der eigenen Identität versorgt würden. Das Erbe erfülle eine kompensatorische Funktion, indem es eine verlorene soziale Welt fortführe (234 ff.).

wirtschaftliche Interesse hinausgeht.<sup>642</sup> In entsprechenden Fällen wird sich die bedingte Verfügung für den Bedachten also weniger als bloßes Angebot oder Erweiterung seiner Handlungsoptionen darstellen, sondern eher als Auslöser eines erheblichen Dilemmas, das er womöglich kaum selbstbestimmt auflösen kann.<sup>643</sup> Hier ist es an der Rechtsordnung, einen gewissen Mindestschutz zu gewähren, falls die Entscheidungsfreiheit im konkreten Einzelfall erheblich beeinträchtigt ist.<sup>644</sup>

b) *Reine Abschlusskontrolle?*

Eine Möglichkeit bestünde darin, die Sittenwidrigkeitsprüfung auf eine Abschlusskontrolle zu beschränken und lediglich zu fragen, ob der Bedachte die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung hinreichend selbstbestimmt treffen konnte.<sup>645</sup> Auf materiale, inhaltliche Wertungen könnte verzichtet werden und die Entscheidung des Bedachten über seine eigene Käuflichkeit bliebe weitgehend unberührt.<sup>646</sup> Der Reiz dieser Ansicht besteht darin, eine schon aus dem Vertragsrecht bekannte Idee anzuwenden, die in gewissen Extremsituationen einen formalen Mindestschutz gewährt – wenngleich der Gedanke gestörter Vertragsparität nicht unmittelbar auf einseitige Verfügungen von Todes wegen übertragen werden kann.<sup>647</sup>

Allerdings muss man den im deutschen Ausschlagungsrecht angelegten „Sog in die Annahme“ beachten.<sup>648</sup> Er folgt aus dem gesetzlichen Verhältnis von Annahme und Ausschlagung sowie der kurzen Ausschlagungsfrist von sechs Wochen. Mit Ablauf der Frist gilt die Erbschaft als angenommen (§ 1943 BGB).<sup>649</sup> Der Bedachte mag sich der Tragweite einer Untätigkeit gar nicht bewusst sein. Dies kann am Beispiel einer Wiederverheiratungsklausel

---

<sup>642</sup> Röthel, AcP 210 (2010), 32, 45 f.; Langbein, Geerbte Dinge, 217 ff. und 234 ff.; Lüscher, in: Erben und Vererben, 125, 132 f. und 139. Vgl. auch Otte, JURA 2014, 549, 555; BeckOK BGB/Litzenburger, § 2074 Rn. 10.

<sup>643</sup> Vgl. Staudinger (2003)/Otte, § 2074 Rn. 31a. Aus dem südafrikanischen Schrifttum Hahlo, SALJ 67 (1950), 231, 242 f.

<sup>644</sup> Vgl. auch Röthel, AcP 210 (2010), 32, 47; BeckOK BGB/Litzenburger, § 2074 Rn. 9.

<sup>645</sup> In diesem Sinne Röthel, AcP 210 (2010), 32, 42 ff. Siehe auch Kroppenberg, DNotZ 2006, 86, 104 f.

<sup>646</sup> Siehe Röthel, AcP 210 (2010), 32, 48 f.: Rechtsfolge soll die Nichtigkeit der Verfügung nach § 138 Abs. 1 BGB sein, wodurch gesetzliche Erbfolge einträte. Konsequenterweise müsste die Abschlusskontrolle aber zur Nichtigkeit der Annahme (und so zur Ausschlagung) führen (53 f.).

<sup>647</sup> Hierzu Röthel, AcP 210 (2010), 32, 42 ff.; BeckOK BGB/Litzenburger, § 2074 Rn. 9.

<sup>648</sup> Siehe mit dieser Formulierung Muscheler, Universalsukzession, 166 und Muscheler, Erbrecht Bd. I, 568. Vgl. auch Röthel, AcP 210 (2010), 32, 46.

<sup>649</sup> Dazu Muscheler, Erbrecht Bd. I, 568 ff.

verdeutlicht werden, die für den Fall der erneuten Heirat des überlebenden Ehepartners den vollständigen Verlust der Erbschaft anordnet. Der Überlebende müsste sich unmittelbar nach dem Tod seines Ehegatten dezidiert gegen dessen letzten Willen auflehnen und die Erbschaft ausschlagen, um sich die „Freiheit“ einer erneuten Eheschließung sowie den Pflichtteil zu bewahren (vgl. § 2306 Abs. 1 und § 1371 Abs. 3 BGB).<sup>650</sup> Zu diesem Zeitpunkt liegt der Gedanke an eine erneute Eheschließung wohl meist noch in weiter Ferne. Das Gesetz leitet den Überlebenden aber mittels Frist und Fiktion zeitnah in die Annahme. Das Problem, den Nachlass bei erneuter Eheschließung vollständig und – mangels fristgerechter Ausschlagung – ohne verbleibenden Pflichtteilsanspruch zu verlieren, stellt sich möglicherweise erst Jahre später.<sup>651</sup> Dann bieten Ausschlagung und Pflichtteilsrecht aber keinen Schutz mehr. Eine reine Abschlusskontrolle mit der Frage nach selbstbestimmter Annahme oder Ausschlagung kann aufgrund des Sogs in die Annahme und der daraus regelmäßig resultierenden zeitlichen Diskrepanz zwischen (fingierter) Annahme und eigentlicher Konfrontation mit dem Bedingungsregime letztlich keinen ausreichenden Schutz vor Fremdbestimmung durch den Erblasser bieten.

### c) *Inhaltskontrolle: Grad der Beeinflussung*

Die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Potestativbedingung sollte sich daher auf eine umfassende Betrachtung von Inhalt, Auswirkungen und Zweck der letztwilligen Verfügung stützen. Ausgangspunkt ist die Testierfreiheit des Erblassers. Dem gegenüber steht die Freiheit der bedachten Person, in grundrechtssensiblen persönlichen Entscheidungen wie der Wahl des Ehepartners oder der Konfession, nicht in übermäßiger Weise beeinflusst und fremdbestimmt zu werden.<sup>652</sup> Anders als in Fällen des Geliebtentestaments geht es hier nicht um den unangebrachten Schutz enttäuschter Erberwartungen (deren Schicksal das Pflichtteilsrecht abschließend regelt), sondern um den Schutz vor übermäßiger Beschränkung in Freiheitsrechten und der Persönlichkeitsentfaltung.<sup>653</sup> So erklärte *H.R. Hahlo* im *South African Law Journal*:

---

<sup>650</sup> Vgl. dazu auch oben Kapitel 2 – A.II.4.d) (189).

<sup>651</sup> Vgl. BeckOGK/*Gomille*, § 2074 BGB Rn. 81. Dies hält *Röthel* für unbeachtlich. Es sei nicht Aufgabe der Rechtsordnung, dem Bedachten das Risiko abzunehmen, sich insoweit „falsch“ zu entscheiden. Wer nicht ausschließen möchte, später wieder zu heiraten und zumindest den Pflichtteil behalten möchte, müsse ausschlagen, *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 53.

<sup>652</sup> Siehe die Ausführungen in BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010; OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 693. Vgl. auch *Gaier*, ZEV 2006, 2, 4 f.

<sup>653</sup> Vgl. auch OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 697.

„There is a world of difference between disinheriting a child [...] and using a forfeiture clause to restrain his future freedom of choice [...]“.<sup>654</sup>

Der teilweise kritisierte Begriff des „unzumutbaren Drucks“ ist nichts anderes als der Versuch, den Konflikt zwischen den betroffenen Rechtspositionen und Interessen privatrechtlich zu operationalisieren.<sup>655</sup> Die Schwelle der Unzumutbarkeit verweist die Sittenwidrigkeit auf besondere Ausnahmefälle und schützt dadurch wiederum die Testierfreiheit.<sup>656</sup> Dieses Kriterium ist ernst zu nehmen. Dann ist es auch gleichgültig, ob von einem Eingriff, von Beeinflussung oder von Druck gesprochen wird.<sup>657</sup>

Für eine signifikante Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit ist auf Seiten des Bedachten ein manifestes Interesse an einer der Bedingung entgegenlaufenden Entscheidung erforderlich. Ein unzumutbarer Druck liegt nicht vor, wenn der Bedachte ohnehin mit der Bedingung konform gehen möchte oder ihm die Angelegenheit gleichgültig ist.<sup>658</sup> Gleichzeitig muss von Bedingungsgefüge und Nachlass mehr als nur bloße Anreizwirkung ausgehen.<sup>659</sup> Die Beeinflussungsintensität muss nahezu Zwangswirkung haben – die bloße Aussicht auf eine Steigerung des Lebensstandards genügt nicht. Neben einer wirtschaftlichen Angewiesenheit auf den Nachlass kann dabei – zumindest ergänzend – auch der emotionale und symbolische Gehalt der Erbschaft in den Blick genommen werden, bspw. die Qualität der persönlichen Beziehung oder die Bedeutung der Rechtsnachfolge für die Stellung des Bedachten im Familienverbund.<sup>660</sup>

---

<sup>654</sup> *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 243. Daher geht jene Argumentation fehl, die aus der Möglichkeit des Erblassers, den potentiellen Erben gänzlich zu enterben, folgert, eine bedingte Verfügung müsse als weniger weit reichende Regelung erst recht von der Testierfreiheit gedeckt sein, so aber *Adam*, MDR 2007, 68, 69. Kritisch dazu u. a. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 45 f. („goldener Käfig“, „doppeldeutige Verfügung“). Vgl. auch *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G10.

<sup>655</sup> Vgl. *Gaier*, ZEV 2006, 2, 5.

<sup>656</sup> Hinzu kommt, dass die eine Sittenwidrigkeit geltend machende Partei – in aller Regel der Bedachte – die relevanten Umstände beibringen und beweisen muss, vgl. *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 232.

<sup>657</sup> Vgl. auch *Otte*, JURA 2014, 549, 554 ff. Das Recht ist sowohl im Verfassungs- als auch im Privatrecht sensibler geworden für mittelbare, faktische, weichere Beeinträchtigungen von Rechtspositionen, vgl. bspw. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 41 f. m. w. N.

<sup>658</sup> *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 44; *BeckOK BGB/Litzenburger*, § 2074 Rn. 14; *Kellenter*, *Bedingte Verfügungen*, 72 ff.; *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 120 ff. (*Kellenter* und *Thielmann* wollen jedoch bei Gleichgültigkeit u. U. dennoch „einfache Sittenwidrigkeit“ annehmen).

<sup>659</sup> Siehe *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 124: „Eine gewisse Standhaftigkeit gegenüber materiellen Verlockungen ist dem einzelnen zuzumuten. Das Vorliegen eines verwerflichen Drucks auf die Willensfreiheit ist deshalb zu verneinen, wenn der Erblasser nicht eine besondere Zwangslage oder Schwäche des Bedachten ausnutzt.“ Siehe auch *BeckOK BGB/Litzenburger*, § 2074 Rn. 15. Vgl. auch OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 693.

An einen unzumutbaren Druck sind somit strenge Anforderungen zu stellen. Daher ist es gerechtfertigt, einen solchen im Fall der hohenzollernschen Ebenbürtigkeitsklausel anzuzweifeln – eine wirtschaftliche Zwangslage der Familienmitglieder erscheint zumindest fraglich.<sup>661</sup> Das BVerfG rügte dementsprechend auch lediglich die Abwägungstiefe des BGH und nicht das Ergebnis.<sup>662</sup> Dagegen liefert der Hoferbenfall des BGH schon eher eine Grundlage für ein Druck-Szenario.<sup>663</sup> Haben Vater und Sohn die Hofnachfolge abgesprochen und richtet daher der Sohn berufliche Laufbahn, Familien- und Lebensplanung an der Idee der Hofübernahme aus, mag dies eine Angewiesenheit erzeugen, die ihn später in Anbetracht der Bedingung, sich von seiner Frau scheiden zu lassen, in existenzielle Bedrängnis bringt.<sup>664</sup> Aber auch eine kompensationslose Wiederverheirathungsklausel kann – wenn der überlebende Ehepartner bspw. kaum eigenes Vermögen besitzt und infolge Kindererziehung seine Berufstätigkeit aufgegeben hat – zu wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Nachlass führen, da der Überlebende weder Pflichtteil noch Zugewinnausgleich verlangen kann, sofern er nicht innerhalb von sechs Wochen ausschlägt.<sup>665</sup> Die Berechtigung des Interesses, die Abkömmlinge finanziell schützen zu wollen, soll gar nicht in Abrede gestellt werden. Doch bieten sich in der kautelarjuristischen Praxis genügend Gestaltungsmöglichkeiten, diesen Schutz zu bewerkstelligen, ohne den Überlebenden in eine unzumutbare Zwangslage zu versetzen.<sup>666</sup> Die absolute Höhe des Nachlasses

---

<sup>660</sup> Siehe BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010 f. (Stichworte: Wert des Nachlasses, Lebensführung, Vermögensverhältnisse, wirtschaftlicher Druck); darauf Bezug nehmend OLG Zweibrücken, FamRZ 2011, 1902, 1902; OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 693 f. Siehe auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 119 ff.; *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 51; Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 44; BeckOGK/*Gomille*, § 2074 BGB Rn. 79 ff. *Otte* sieht den ausgeübten Druck insbes. als unzumutbar an, sobald der Bedachte auf die Zuwendung angewiesen ist und der Erblasser dies (mit)verursacht hat, *Otte*, ErbR 2009, 2, 6; *Otte*, JURA 2014, 549, 556.

<sup>661</sup> Vgl. Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 54.

<sup>662</sup> Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass das BVerfG eine ähnlich ausführliche Abwägung wie jene des BayObLG im Fall Leiningen zugunsten der Wirksamkeit der Klausel akzeptiert hätte, siehe Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 689; Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 34.

<sup>663</sup> BGH, FamRZ 1956, 130.

<sup>664</sup> Vgl. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 51 f.; Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 55. Vgl. zu dieser Entscheidung oben Kapitel 2 – A.II.2. (176), die allerdings zu wenige Sachverhaltsangaben für eine umfassende Bewertung sämtlicher Umstände bietet.

<sup>665</sup> Ähnlich OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 694 ff. Vgl. insofern §§ 2306 Abs. 1, 1371 Abs. 2 und 3, 1943 f. BGB und zum Entfallen des Zugewinnausgleichs MünchKommBGB/*Koch*, § 1371 Rn. 26 und 40 f.

<sup>666</sup> Sind der Überlebende zum Vorerben und die Kinder zu Nacherben eingesetzt (Trennungslösung), so können ein neuer Ehegatte und neue Abkömmlinge schon dadurch nicht am Vermögen des Erblassers partizipieren, weil es beim Tod des Überlebenden nicht in dessen Nachlass fällt. Es würde daher genügen, den Nacherbfall für den Tod des Über-

sollte allerdings nicht entscheidend sein.<sup>667</sup> Ansonsten droht die Testierfreiheit eines vermögenden Erblassers eher beschränkt zu werden als die eines weniger vermögenden.<sup>668</sup> Und so stellt die Rechtsprechung sachgerechterweise darauf ab, ob der Wert des Nachlasses geeignet war, die Entschließungsfreiheit des Bedachten unter Berücksichtigung seiner Lebens- und Vermögensverhältnisse nachhaltig zu beeinflussen.<sup>669</sup>

Diese Erwägungen sind allerdings stets auch im Lichte der Testierfreiheit zu treffen.<sup>670</sup> Dies führt zur Frage, welche Bedeutung dem Motiv des Erblassers und dem mit der Bedingung verfolgten Zweck beizumessen ist. Schon seit dem 19. Jahrhundert waren das herrschende Schrifttum und die Rechtsprechung in Deutschland davon ausgegangen, dass eine Sittenwidrigkeit der Bedingung ausscheide, wenn der Erblasser eine Einflussnahme auf den Bedachten nicht bezweckt hatte und stattdessen etwa für den Eintritt eines bestimmten Ereignisses finanziell Vorsorge treffen wollte.<sup>671</sup> Auch in England und Südafrika gesteht man dem Motiv bei Ehelosigkeits- und Scheidungsbedingungen rechtfertigende Wirkung zu, wenn eine Lenkung des Bedachten nicht beabsichtigt war.

---

lebenden und nicht schon für dessen Wiederverheiratung vorzusehen. Soll der Überlebende befreiter Vorerbe sein (§ 2136 BGB), könnte man erwägen, lediglich die Befreiung unter die auflösende Bedingung der Wiederverheiratung zu stellen oder sogar weitergehende Beschränkungen aufschiebend zu bedingen. Bei Einheitslösung könnte man die Vollerbschaft des Überlebenden für den Fall der Wiederverheiratung auflösend und eine Vorerbschaft aufschiebend bedingen, den Nacherbfall aber ebenfalls erst mit Tod des Überlebenden eintreten lassen (Ergebnis wie Trennungslösung). Erblasser, denen dies nicht genügt, sollten dem Überlebenden aber wohl zumindest den gesetzlichen Erbeil belassen, um die Klausel gegenüber einer möglichen Sittenwidrigkeit abzusichern. Vgl. zum Ganzen Staudinger/Otte, § 2074 Rn. 60; MünchKommBGB/Leipold, § 2074 Rn. 26; Weber, DNotZ 2015, 699, 702 f.

<sup>667</sup> So aber bspw. *Scheuren-Brandes*, ZEV 2005, 185, 186 (angemessener nahehelicher Unterhalt für die Dauer eines Jahres als untere Schwelle der Beeinflussung); BeckOK BGB/Litzenburger, § 2074 Rn. 16 f. (massive Einflussnahme, wenn die Zuwendung das Eigenvermögen des Empfängers übersteigt).

<sup>668</sup> Zu den damit verbundenen Problemen *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 991 f.

<sup>669</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010 (Hohenzollern). Vgl. auch OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 693 (Wiederverheiratungsklausel).

<sup>670</sup> Vgl. nur BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010.

<sup>671</sup> Mit der Unterscheidung zwischen final und konditional auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 257; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 77 f. Heute verzichtet allerdings ein Teil der Literatur auf die Würdigung von Motiv und Zweck (mit unterschiedlicher Begründung): *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 24 (objektiv nicht hinzunehmende Einschränkung reicht aus; Beachtung nur in Grenzfällen); *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 691 (kaum beweisbar, ändert nichts an objektiv beeinträchtigender Wirkung); *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 51 (Deutung als individualschützende Abschlusskontrolle). Siehe auch *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 444 ff.

Allerdings darf man bei der Feststellung, den Erblasser habe ein achtenswertes (oder zumindest nicht zu beanstandendes) Motiv geleitet, nicht stehenbleiben und die Auswirkungen auf den Bedachten völlig außer Acht lassen.<sup>672</sup> Genau das kann man aber dem BGH sowohl im Hoferbenfall (1956) als auch im Hohenzollernfall (1998) vorwerfen. Im Hoferbenfall würdigte der BGH den Wunsch des Erblassers, den Hof nicht an einen Sohn mit einer aus Erblassersicht unehrenhaften Ehefrau zu übergeben, im Hohenzollernfall respektierte er das Ziel, für den durch die Familientradition geprägten Nachlass einen geeigneten Nachfolger zu finden. Nun wird ein Erblasser selten das isolierte Ziel haben, den Bedachten in seiner persönlichen Lebensführung zu lenken. Oft werden in irgendeiner Weise mit dem Nachlass verbundene Zwecksetzungen eine Rolle spielen. Würde man genügen lassen, dass diese Zwecke nicht per se zu beanstanden sind, ließe sich damit eine Sittenwidrigkeit in den allermeisten Fällen ausschließen, ohne dass man sich mit dem Problemkern inhaltlich auseinandergesetzt hätte. Die Argumentation würde letztlich zirkulär.<sup>673</sup> Ähnliche Vorwürfe werden auch in England und Südafrika erhoben.<sup>674</sup>

Daher ist der jüngeren deutschen Rechtsprechung und Literatur beizupflichten, wenn sie nun auch die lange Zeit unangetasteten Wiederverheirungsklauseln einer Einzelfallprüfung unterziehen.<sup>675</sup> Gerade in weniger eindeutigen Fällen können Zweck und Motiv des Erblassers und die Frage, ob die Verfügung auf bloße Schikane gerichtet ist oder ein achtenswertes Ziel verfolgt, im Rahmen der Gesamtwürdigung aber ein hilfreiches Kriterium darstellen.<sup>676</sup>

Letztlich muss die Frage nach der Sittenwidrigkeit unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls gestellt werden.<sup>677</sup> Dabei sollte man aber stets im

---

<sup>672</sup> Vgl. Staudinger/Otte, § 2074 Rn. 42; Smid, NJW 1990, 409, 415.

<sup>673</sup> Vgl. Muscheler, ZEV 1999, 151, 151; Leipold, LM zu § 138 (Cd) BGB Nr. 30, Bl. 6 ff. Otte betont zu Recht, eine nicht zu beanstandende Zielsetzung legitimiere nicht die Ausblendung erkennbarer Folgen des Rechtsgeschäfts, Staudinger/Otte, § 2074 Rn. 59 und 42.

<sup>674</sup> Vgl. bspw. Grattan, in: Modern Studies in Property Law Bd. I, 257, 274; Hahlo, SALJ 67 (1950), 231, 239 ff.

<sup>675</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, FamRZ 2011, 1902; OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 693 ff.; Weber, DNotZ 2015, 699, 701 f.; Soergel/Loritz, § 2074 Rn. 27; MünchKommBGB/Leipold, § 2074 Rn. 25.

<sup>676</sup> Für Beachtlichkeit von Zweck und Motiv u. a. von Lübtow, Erbrecht Bd. I, 348 ff.; Kellenter, Bedingte Verfügungen, 77 f.; Keuk, FamRZ 1972, 9, 13; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 827 f.; Thielmann, Sittenwidrige Verfügungen, 147; Schlitt, Schutz des Pflichtteilsberechtigten, 66. Für Beachtlichkeit (nur) in Grenzfällen Soergel/Loritz, § 2074 Rn. 24. Vgl. auch Staudinger/Otte, § 2074 Rn. 42 f.

<sup>677</sup> Vgl. OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 693; MünchKommBGB/Leipold, § 2074 Rn. 21. Vgl. für die Frage nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt oben Kapitel 1 – E.II. (155).

Hinterkopf behalten, dass es dem Erblasser als Ausfluss seiner Testierfreiheit auch zusteht, abstruse und uneinsichtige Ideen zu verfolgen. Die Sittenwidrigkeitsprüfung ist keine „Besserungsanstalt“ für Testatoren.<sup>678</sup> Der Wille des Erblassers sollte daher erst dort seine Grenze finden, wo er die Freiheitssphäre des Bedachten in unzumutbarer Weise beeinträchtigt.

## II. Rechtsfolge

Die Rechtsfolgenseite ist in Deutschland wohl der strittigste Aspekt im Zusammenhang mit letztwilligen Potestativbedingungen.<sup>679</sup> Drei mögliche Lösungsansätze sollen im Folgenden beleuchtet und bewertet werden. Man kann einerseits mit dem historischen BGB-Gesetzgeber die bedingte Verfügung für gesamt-nichtig halten, sodass die gesetzliche Erbfolge eintritt. Die jüngere Rechtsprechung und ein Teil der Literatur blicken dagegen auf den hypothetischen Erblasserwillen und fragen, was der Erblasser angeordnet hätte, hätte er um die Unwirksamkeit der Bedingung gewusst. Eine dritte Ansicht orientiert sich am Schutzzweck der Sittennorm (Schutz vor unzumutbarem Druck) und streicht letztlich die sittenwidrige Bedingung aus der Verfügung. Dies geschieht im Wege einer teleologischen Reduktion des § 138 Abs. 1 BGB.<sup>680</sup>

Im Rahmen dieser Kontroverse konkurrieren verschiedene Interessen miteinander: das Interesse der gesetzlichen Erben am Nachlass (spricht für Gesamtnichtigkeit), das Interesse des Erblassers an möglichst weitgehender Verwirklichung seines Willens (spricht für eine Orientierung am hypothetischen Erblasserwillen) sowie das Interesse des Bedachten am Schutz vor übermäßiger Beeinflussung (spricht für das Streichen der Bedingung).<sup>681</sup> Damit ist die Frage nach der „richtigen“ Lösung letztlich auch eine Frage des Ausgangspunktes der Betrachtung und der Gewichtung der beteiligten Interessen.<sup>682</sup>

---

<sup>678</sup> Mit diesem Begriff *Muscheler*, ZEV 1999, 151, 152.

<sup>679</sup> Auch die Rspr. gelangte hier seit Geltung des BGB zu unterschiedlichen Lösungen. Nichtigkeit der Verfügung: RG, SeuffA 69 (1914), 91, 91 f.; OLG Naumburg, BeckRS 1998, 31024804; Restgeltung über § 139 BGB: Notariat V Mannheim, BWNotZ 1989, 16, 16; ergänzende Testamentsauslegung: OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 262; OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 1863, 1865; LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1411 f. (jeweils Hohenzollern); OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 698 f. (Wiederverheirathungsklausel); offen gelassen, ob Schutzzweckerwägungen oder hypothetischer Erblasserwille: OLG Frankfurt, ErbR 2019, 360, 363 f.

<sup>680</sup> Siehe zu den verschiedenen Ansichten auch oben Kapitel 2 – A. (169).

<sup>681</sup> Man beachte die gravierenden Unterschiede zwischen den Lösungsansätzen bspw. für den Fall, dass eine Person unter der auflösenden Bedingung der Wiederverheirathung zum Alleinerben eingesetzt ist: mittels schutzzweckorientierter Restgeltung wird der Überlebende unbedingter Alleinerbe, Gesamtnichtigkeit würde ihm den gesetzlichen Erbteil belassen, eine ergänzende Auslegung im Sinne jüngerer Literatur und Rspr. lediglich den (hypothetischen) Pflichtteil.

<sup>682</sup> Vgl. dazu auch *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 451 ff.

### 1. Gesamtnichtigkeit und gesetzliche Erbfolge

Hält man für den Fall, dass der Erblasser eine Erbeinsetzung an eine sittenwidrige Bedingung knüpft, die bedingte Verfügung (Erbeinsetzung) insgesamt für nichtig, so tritt grundsätzlich die gesetzliche Erbfolge an deren Stelle.<sup>683</sup> Für diesen Weg hatte sich die erste BGB-Kommission ausgesprochen und sich damit interessanterweise sowohl gegen die Mehrzahl der damaligen Partikularrechte als auch gegen den Entwurf von *Schmitts* gestellt.<sup>684</sup>

„Selbstverständlich ist, daß dem Setzen einer unerlaubten Bedingung nicht Folge gegeben werden kann, daß das Unerlaubte nicht befördert werden darf. Dieser Erfolg kann erreicht werden, indem entweder das ganze Geschäft für nichtig erklärt oder die Bedingung als nicht beigelegt angesehen [...] wird“,

so die Motive der ersten Kommission. Das Aufrechterhalten der Verfügung ohne die Bedingung werde meist mit dem Erblasserwillen gerechtfertigt. Doch sei zu bezweifeln, ob damit der Wille des Erblassers wirklich getroffen werde. Es liege ebenso nahe anzunehmen, er hätte die Zuwendung bei entsprechender Kenntnis von der Unwirksamkeit gar nicht vorgenommen.<sup>685</sup> Und weiter liest man:

„Die Rücksichtnahme auf den Bedachten kann nicht entscheiden; denn es ist nicht zu übersehen, daß diesem andere Beteiligte gegenüberstehen, welche die gleiche Rücksichtnahme auf ihr Interesse in Anspruch nehmen dürfen“.<sup>686</sup>

Mit diesen anderen Beteiligten sind die gesetzlichen Erben angesprochen, denen der historische Gesetzgeber im Interessendreieck mit Erblasser und Bedachtem letztlich den Vorzug gibt. So verwundert es nicht, dass der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit von manchen vorgeworfen wird, sie vernachlässige den Erblasserwillen und von anderen, sie missachte die Schutzinteressen des Bedachten.<sup>687</sup> In Rechtsprechung und Literatur wird eine prinzipielle Gesamtnichtigkeit kaum mehr vertreten.<sup>688</sup> Im Folgenden soll daher

---

<sup>683</sup> Vgl. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 53 f. Das Schicksal weiterer Verfügungen im Testament (z.B. Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen) richtet sich sodann nach § 2085 BGB. Umstritten ist allerdings, ob im Fall einer nichtigen Erbeinsetzung der vakante Erbteil den übrigen Erben nach § 2094 Abs. 1 BGB anwachsen kann, siehe BeckOGK/*Gierl*, § 2094 BGB Rn. 18 ff.; BeckOK BGB/*Litzenburger*, § 2094 Rn. 2.

<sup>684</sup> Siehe ausführlich oben Kapitel 2 – D.III.5. (252).

<sup>685</sup> Motive BGB Bd. V, 19 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 10).

<sup>686</sup> Motive BGB Bd. V, 20 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 11). Für eine Gesamtnichtigkeit streitet auch der Aspekt der Rechtssicherheit. Vgl. auch *Zimmermann*, Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, 186 f. (allerdings mit Blick auf die quantitative Teilnichtigkeit anstößig-übermäßiger Verträge).

<sup>687</sup> Vgl. *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 75 f.; *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 28.

<sup>688</sup> Mit Gesamtnichtigkeit RG, SeuffA 69 (1914), 91, 91 f.; wohl auch OLG Naumburg, BeckRS 1998, 31024804. Aus der Lit. bspw. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 53 f.; *Schmitz*,

erörtert werden, ob es eine Rechtsfolgenlösung gibt, die der Gesamtnichtigkeit der Verfügung vorzuziehen ist.

## 2. Orientierung am hypothetischen Erblasserwillen

Die Mehrzahl der Autoren und die jüngere Rechtsprechung erklären den Erblasserwillen zum Ausgangspunkt ihrer Rechtsfolgenüberlegungen.<sup>689</sup> Der Vorrang des Erblasserwillens sei ein erbrechtliches Grundprinzip.<sup>690</sup> Daraus folgert *Gerhard Otte*, der Wille des Erblassers müsse Grundlage und Grenze der Rechtsfolge sein.<sup>691</sup> Die Ansichten unterscheiden sich allerdings im Detail, insbesondere hinsichtlich ihrer Anknüpfung im Gesetz.

### a) §§ 2085 und 139 BGB

Manche Autoren möchten das Rechtsfolgenproblem anhand der gesetzlichen Teilnichtigkeitsregeln der §§ 2085 bzw. 139 BGB lösen. Mit Blick auf eine mögliche Restgeltung des nicht von der Unwirksamkeit erfassten Teils des Rechtsgeschäfts rekurrieren die Normen auf den hypothetischen Willen. Bei unergiebigem Auslegungsergebnis führt § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit, § 2085 BGB dagegen zur Aufrechterhaltung der nicht betroffenen Teile.<sup>692</sup>

Gegen die Anwendung des § 2085 BGB auf letztwillige Bedingungen<sup>693</sup> spricht, dass die Norm die Nichtigkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen voraussetzt. Eine Bedingung ist jedoch keine eigenständige Verfügung, sondern integraler Teil einer solchen.<sup>694</sup> Die Bedingung ist kein quantitatives, sondern ein qualitatives und unmittelbar mit dem Inhalt zusammenhängendes Element.<sup>695</sup> Manche sehen dies aber zumin-

---

Testierfreiheit, 48; *HKK/Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter IV. (im Erscheinen). Vgl. dazu *Staudinger/Otte*, § 2085 Rn. 13 („nicht das letzte Wort“).

<sup>689</sup> Die überwiegende Meinung sei darum bemüht, in irgendeiner Weise dem hypothetischen Willen des Erblassers Rechnung zu tragen, so *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 732 (Fn. 13).

<sup>690</sup> Vgl. *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 731 f.; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33.

<sup>691</sup> *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 76. *Hans-Georg Hermann* erklärt, die Aufrechterhaltung einer testamentarischen Erklärung setze unabdingbar den Erblasserwillen als Fundament voraus, *Hermann*, *Pro non scripta habere*, 169.

<sup>692</sup> Siehe auch *Hermann*, *Pro non scripta habere*, 137.

<sup>693</sup> Für eine Anwendung des § 2085 BGB *Husmann*, *NJW* 1971, 404, 409, der die Norm gegenüber § 139 BGB als *lex specialis* betrachtet. Hiergegen *Hermann*, *Pro non scripta habere*, 138 (Fn. 56).

<sup>694</sup> Siehe u. a. *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 28; *BeckOK BGB/Litzenburger*, § 2074 Rn. 28; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33; *Hermann*, *Pro non scripta habere*, 137 f.

<sup>695</sup> So auch schon *Motive BGB Bd. V*, 20 (= *Mugdan*, *Materialien Bd. V*, 10): „[...] die Zuwendung und das Setzen der Bedingung als zwei besondere Theile der Verfügung zu behandeln, [...] steht mit dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes im Widerspruche. Die Bedingung ist [...] ein wesentlicher und untrennbarer Bestandtheil des ganzen Rechts-

dest für auflösende Bedingungen anders. Die aufschiebende Bedingung bilde zwar mit der Verfügung eine untrennbare Einheit, da der Erblasser den Erfolg von vornherein nur bedingt gewollt habe. Die auflösende Bedingung sei dagegen ein abtrennbarer Teil der Verfügung. Denn hier habe der Erblasser ja zunächst den Anfall der Erbschaft gewollt – hierauf sei § 2085 BGB anwendbar.<sup>696</sup> Mit Blick auf die Rechtsfolge zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung zu unterscheiden, ist keine neue Idee. Schon von *Schmitt* hatte dies in seinem Erbrechtsentwurf vorgeschlagen und sich dabei am österreichischen ABGB orientiert.<sup>697</sup> Und auch das englische Recht praktiziert diese Differenzierung – wenngleich mit verschiedenen Ausnahmen.<sup>698</sup> Allerdings erscheint dies wenig sachgerecht. Als sich die südafrikanische Rechtsprechung mit den englischen Rechtsfolgenregeln beschäftigte, wurde die Differenzierung als „artificial and unreal“ bezeichnet.<sup>699</sup> Und auch das österreichische ABGB ist für sittenwidrige Bedingungen von seinem ursprünglichen Standpunkt inzwischen abgerückt.<sup>700</sup> Die erste Kommission trat der Lösung von *Schmitts* damals mit den Worten entgegen:

„Die in der Theorie vertretene Auffassung, jede unter einer auflösenden Bedingung abgegebene Willenserklärung bestehe aus zwei selbständigen Theilen, einer unbedingten Hauptwillenserklärung und einer auf die Wiederaufhebung der Wirkungen jener gerichteten, aufschiebend bedingten Nebenwillenserklärung ist [...] als nicht gerechtfertigt erkannt worden.“<sup>701</sup>

Der Erblasser macht die Wirksamkeit der Verfügung vom Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses abhängig. Ob er dies in Form einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung formuliert, kann Zufall sein. Davon sollte die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit nicht abhängen, da es anderenfalls – wie in der englischen Rechtsprechung zu beobachten war – zu unterschiedlichen Ergebnissen bei letztlich deckungsgleichem Sachproblem kommen kann.<sup>702</sup>

---

geschäfts“. Siehe auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 191; von *Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 352; Staudinger (11. Aufl. 1957)/*Coing*, Vor §§ 158 ff. Rn. 19.

<sup>696</sup> Siehe *Otte*, JA 1985, 192, 200; *Soergel/Stein*, § 1937 Rn. 32. Vgl. auch *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 77; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33 f. sowie *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 174 ff.

<sup>697</sup> Siehe ausführlich oben Kapitel 2 – D.III.5. (252).

<sup>698</sup> Siehe *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills* Bd. I, Ziffer 34.2; *Ross Martyn/Evans-Gordon/Learmonth/Ford/Fletcher*, *Theobald on Wills*, Ziffer 27–026 ff. Allgemein zur Teilnichtigkeit in England *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, 139: „Über die heute für die teilweise Nichtigkeit geltenden Regeln besteht keine Klarheit“. Siehe auch oben Kapitel 2 – B.III.c) (205).

<sup>699</sup> *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W) 935. Dazu oben Kapitel 2 – C.I. (215).

<sup>700</sup> Vgl. § 697 ABGB: „Unverständliche, unbestimmte sowie gesetz- oder sittenwidrige Bedingungen gelten als nicht beigesetzt“.

<sup>701</sup> Motive BGB Bd. V, 20 (= *Mugdan*, *Materialien* Bd. V, 11) unter Verweis auf Motive BGB Bd. I, 250 f. (= *Mugdan*, *Materialien* Bd. I, 491).

§ 2085 BGB sollte also nicht isoliert nur auf auflösende Bedingungen angewandt werden.

Daher wird erwogen, § 2085 BGB auf sittenwidrige Bedingungen analog anzuwenden.<sup>703</sup> In der Norm komme der allgemeine Gedanke zum Ausdruck, dass einer letztwilligen Verfügung weitestgehend zur Wirksamkeit verholfen werden solle.<sup>704</sup> Doch scheinen die Voraussetzungen der Analogiebildung nicht gegeben zu sein. Unter Verweis auf § 139 BGB wird teilweise schon die erforderliche Regelungslücke angezweifelt,<sup>705</sup> zumindest aber ist für letztwillige Bedingungen die Interessenlage nicht vergleichbar. Denn § 2085 BGB trägt der Annahme Rechnung, dass – anders als bei zweiseitig ausgehandelten Verträgen – die innere Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit einzelner Verfügungen im Testament geringer ist.<sup>706</sup> Diese Erwägung geht aber bei Bedingungen fehl, da diese mit der Verfügung – wie geschildert – in engem Zusammenhang stehen.<sup>707</sup>

Andere halten daher § 139 BGB für anwendbar.<sup>708</sup> Falls kein die Wirksamkeit der unbedingten Verfügung stützender Wille des Erblassers zu ermitteln sei, so erfasse die Nichtigkeit der Bedingung die gesamte (bedingte) Verfügung.<sup>709</sup> Allerdings wird mit Recht auch gegen die Anwendung des § 139 BGB vorgebracht, die Bedingung sei kein abtrennbarer Teil der Verfügung.<sup>710</sup> Zwar fordert § 139 BGB keine eigenständigen Verfügungen im Sinne des § 2085 BGB, doch setzt auch diese Norm Trennbarkeit voraus.<sup>711</sup>

---

<sup>702</sup> Man vergleiche bspw. die englischen Entscheidungen *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320 und *In Re Allen* [1953] Ch 810. Vgl. kritisch zur Differenzierung aus dem deutschen Schrifttum von *Lübtow*, *Erbrecht* Bd. I, 352; *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 732; *Schmitz*, *Testierfreiheit*, 48; *Litzenburger*, *ZEV* 2008, 369, 370.

<sup>703</sup> Siehe *Nieder/Kössinger/Kössinger*, *Testamentsgestaltung*, 207; *Brox/Walker*, *Erbrecht*, 172 f.; *Schlüter*, *Erbrecht* (16. Aufl. 2007), 75 f.; *Kipp/Coing*, *Erbrecht*, 148; *Lange*, *Erbrecht* (1. Aufl. 1962), 363; *Siber*, in: *Reichsgerichtspraxis* Bd. III, 350, 372 ff.

<sup>704</sup> Vgl. *Schlüter*, *Erbrecht* (16. Aufl. 2007), 75 f.; *Lange*, *Erbrecht* (1. Aufl. 1962), 363; *Jungmichel*, *Teilnichtigkeit*, 138 f.; *Siber*, in: *Reichsgerichtspraxis* Bd. III, 350, 374.

<sup>705</sup> *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 955. A.A. *Jungmichel*, *Teilnichtigkeit*, 138 f. Vgl. auch die Darstellung bei *Hermann*, *Pro non scripta habere*, 9 f.

<sup>706</sup> Siehe *Motive BGB* Bd. V, 60 (= *Mugdan*, *Materialien* Bd. V, 32): „[...] Vermutung für die Selbständigkeit jeder einzelnen Verfügung [...]“. Dazu *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 954 (mit Fn. 190).

<sup>707</sup> Siehe *Litzenburger*, *ZEV* 2008, 369, 371. Vgl. auch *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. I, 955.

<sup>708</sup> *Hermann*, *Pro non scripta habere*, 171. Ohne Begründung auch *Notariat V Mannheim*, *BWNotZ* 1989, 16, 16. Nicht spezifisch erbrechtlich *Staudinger/Bork*, *Vor §§ 158–163 Rn. 33*; *Soergel/Wolf*, § 158 Rn. 32.

<sup>709</sup> Siehe *Hermann*, *Pro non scripta habere*, 169 ff.

<sup>710</sup> Siehe *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33; *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 27; *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 191; *von Lübtow*, *Erbrecht* Bd. I, 352; *Meincke*, in: *FS Kaser*, 437, 455; *Staudinger* (11. Aufl. 1957)/*Coing*, *Vor §§ 158 ff. Rn. 19*. Vgl. auch schon *Motive BGB* Bd. V, 19 f. (= *Mugdan*, *Materialien* Bd. V, 10 f.) und *Motive BGB* Bd. I, 250 f. (= *Mugdan*, *Materialien* Bd. I, 491).

### b) Umdeutung nach § 140 BGB

Bisweilen wird auch eine Umdeutung nach § 140 BGB erwogen. Die nichtige bedingte Verfügung könne in eine wirksame unbedingte Verfügung umgedeutet werden, falls dies dem Willen des Erblassers entspreche.<sup>712</sup>

§ 140 BGB dient dem Zweck, zur Erreichung eines bestimmten Ziels ein untaugliches Mittel durch ein taugliches zu ersetzen. Daher ist eine Umdeutung möglich, sofern die wirtschaftlichen Konsequenzen des nichtigen Geschäfts und des Ersatzgeschäfts annähernd gleich sind – die Wirkungen des neuen Geschäfts aber nicht weiter gehen als die des nichtigen.<sup>713</sup> Vor diesem Hintergrund wird zu Recht gegen eine Umdeutung eingewandt, dass die unbedingte Verfügung wirtschaftlich weitergehende Wirkung habe und damit in unzulässiger Weise über die bedingte Anordnung hinausgehe.<sup>714</sup> Zudem wird sich die unbedingte Verfügung womöglich gar nicht dazu eignen, das vom Erblasser mit der Bedingung verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>715</sup>

### c) Ergänzende Testamentsauslegung

Die Anwendung der §§ 2085, 139 und 140 BGB erweist sich also bei letztwilligen Bedingungen als problematisch. Eine verbreitete Meinung löst das Rechtsfolgenproblem daher im Wege (freier) ergänzender Testamentsauslegung.<sup>716</sup> Denn obwohl der sittenwidrigen Bedingung der Erfolg versagt werden müsse, dürfe die Testierfreiheit nicht mehr als notwendig eingeschränkt

---

<sup>711</sup> Siehe bspw. BeckOK BGB/*Wendtland*, § 139 Rn. 13 ff. *Zimmermann* sieht in Wortlaut und Historie des § 139 BGB Gründe dafür, dass nur ein eindeutig abtrennbarer Teil sittenwidrig und damit nichtig sein kann, *Zimmermann*, Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, 76 ff.

<sup>712</sup> Siehe Palandt/*Weidlich*, § 2074 Rn. 5; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 996; *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 352; *von Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen, 94 f.; Staudinger (11. Aufl. 1957)/*Coing*, Vor §§ 158 ff. Rn. 9 und 19; *Otte*, JA 1985, 192, 200 (nur für aufschiebende Bedingungen; nun eher für ergänzende Auslegung; Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 77); HKK/*Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter IV. (im Erscheinen). Für analoge Anwendung des § 140 BGB *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 194 ff.

<sup>713</sup> Siehe bspw. BeckOGK/*Beurskens*, § 140 BGB Rn. 49 f.; MünchKommBGB/*Busche*, § 140 Rn. 16 f. Das Ersatzgeschäft muss also kein Minus, sondern kann auch ein aliud sein, darf aber kein Plus gegenüber dem nichtigen Geschäft darstellen.

<sup>714</sup> Siehe *Jauernig/Stürner*, Anm. zu §§ 2074–2076 Rn. 4; *Soergel/Wolf*, § 158 Rn. 32; *Flume*, AT Bd. II, 692. Vgl. auch Staudinger/*Bork*, Vor §§ 158–163 Rn. 44; MünchKommBGB/*Westermann*, § 158 Rn. 37. Kritisch auch *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 455.

<sup>715</sup> Vgl. auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 194.

<sup>716</sup> BeckOK BGB/*Litzenburger*, § 2074 Rn. 26; RGRK BGB/*Johannsen*, Vor § 2064 Rn. 17 ff.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 732; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33. Siehe auch *Jauernig/Stürner*, Anm. zu §§ 2074–2076 Rn. 4. Für die aufschiebende Bedingung auch Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 77; Staudinger/*Otte*, § 2084 Rn. 11.

werden.<sup>717</sup> Durch die sittenwidrige Bedingung entstehe eine Lücke in der Verfügung, die mithilfe des hypothetischen Erblasserwillens geschlossen werden soll. Man stellt darauf ab, welche Regelung der Erblasser wohl getroffen hätte, falls er die Unwirksamkeit der Bedingung gekannt hätte.<sup>718</sup>

Diesen Weg beschritt auch die Rechtsprechung in mehreren Fällen, insbesondere in den Hohenzollern-Entscheidungen sowie im Fall einer Wiederverheiratsklausel.<sup>719</sup> Zwei Aspekte sprechen jedoch gegen eine solche ergänzende Testamentsauslegung. Zum einen droht hier Rechtsunsicherheit. Insbesondere aber darf die ergänzende Auslegung nicht zu einer Lösung führen, die letztlich am selben Fehler leidet wie die für sittenwidrig erklärte Gestaltung.

Meist wird es nicht genügend Anhaltspunkte geben, um eindeutig festzustellen, was der Erblasser anstelle des unwirksamen Bedingungsgefüges angeordnet hätte. Hier ist die freie Anknüpfung an den hypothetischen Erblasserwillen mit Rechtsunsicherheit verbunden.<sup>720</sup> Dies zeigt sich sowohl in den gegensätzlichen Auffassungen zu einem „typischen“ Erblasserwillen in solchen Fällen<sup>721</sup> als auch in den Annahmen der Rechtsprechung. So erwogen im Hohenzollern-Fall verschiedene Instanzen auch unterschiedliche Gestaltungen, die der Erblasser womöglich anstelle der unwirksamen Klausel mit Blick auf die Familientradition getroffen hätte.<sup>722</sup> Im Fall der Wiederverheiratsklausel vor dem OLG Saarbrücken hätte man anstelle der „geltungserhaltend“ reduzierten Vermächnisse genauso gut annehmen können, die Ehepartner hätten gar keine Vermächnisse angeordnet oder eine gänzlich andere Gestaltung gewählt.<sup>723</sup> Ähnliches gilt für eine Entscheidung des OLG Frankfurt.<sup>724</sup> Der Erblasser hatte die Erbeinsetzung seiner beiden Enkel an die Bedingung geknüpft, dass sie ihn sechsmal im Jahr besuchten – anderenfalls sollten die

---

<sup>717</sup> BeckOK BGB/*Litzenburger*, § 2074 Rn. 26. Vgl. auch *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 76.

<sup>718</sup> Siehe bspw. *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 732; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33.

<sup>719</sup> Siehe OLG Stuttgart, *FamRZ* 1998, 260, 262; OLG Stuttgart, *FamRZ* 2005, 1863, 1865; LG Hechingen, *FamRZ* 2006, 1408, 1411 f. (Hohenzollern) und OLG Saarbrücken, *DNotZ* 2015, 691, 698 f. (Wiederverheiratsklausel). Unnötigerweise stützte man im Hohenzollernfall die Unwirksamkeit der Bedingung auf § 242 statt auf § 138 BGB, vgl. oben Kapitel 2 – A.II.4.b) (184).

<sup>720</sup> Siehe *Schlüter*, in: *FG Zivilrechtslehrer*, 575, 590 f.; *Humm*, *ErbR* 2019, 364, 366. Siehe auch schon *Motive BGB Bd. V*, 19 (= *Mugdan*, *Materialien Bd. V*, 10). Vgl. auch *Muscheler*, *Erbrecht Bd. I*, 995; *Hermann*, *Pro non scripta habere*, 130 f.

<sup>721</sup> Eher Aufrechterhaltung ohne die Bedingung bspw. *Keuk*, *FamRZ* 1972, 9, 16. Eher Nichtvornahme der Verfügung bspw. *Motive BGB Bd. V*, 19. Vgl. auch *Kellenter*, *Bedingte Verfügungen*, 179 (Fn. 338).

<sup>722</sup> Vgl. OLG Stuttgart, *FamRZ* 2005, 1863, 1865 und LG Hechingen, *FamRZ* 2006, 1408, 1411 f.

<sup>723</sup> Siehe *Otte*, *Otte* 2015, 575. Dem OLG zustimmend dagegen *Weber*, *DNotZ* 2015, 699, 703; *Litzenburger*, *FD-ErbR* 2015, 368526.

<sup>724</sup> OLG Frankfurt, *ErbR* 2019, 360.

übrigen Begünstigten deren Anteil erhalten. Das OLG hielt die Bedingung für sittenwidrig und verwies u. a. auf den hypothetischen Erblasserwillen.<sup>725</sup> Der Erblasser hätte bei Kenntnis von der Unwirksamkeit der Bedingung die Enkel trotzdem begünstigt, also eher eine unbedingte Zuwendung an die Enkel gemacht als gar keine. Aus der Besuchsbedingung gehe hervor, wie wichtig ihm seine Enkel gewesen seien. Die Bedingung sei lediglich Mittel zum Zweck gewesen, um die Besuche durchzusetzen.<sup>726</sup> Dies kann man so sehen.<sup>727</sup> Es bleibt aber eine bloße Vermutung.<sup>728</sup> Ergänzende Auslegung dient dem Schließen einer unbeabsichtigten Lücke – der Kompensation planwidriger Unvollständigkeit. Sie dient nicht der Implementierung einer vom Gericht für billig und sachdienlich gehaltenen Gestaltung.<sup>729</sup>

Noch problematischer erscheint der Weg über die ergänzende Testamentsauslegung aber, wenn diese die Lücke durch einen hypothetischen Willen schließt, dem der gleiche inhaltliche Vorwurf gemacht werden kann wie jenem, der in der sittenwidrigen Anordnung zum Ausdruck kam. Damit würde die Sittenwidrigkeitsprüfung ad absurdum geführt.<sup>730</sup> Im Hohenzollern-Fall war die Ebenbürtigkeitsklausel wegen Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit des nicht ebenbürtig verheirateten Erbanwärters für unwirksam erklärt worden. Indem das Gericht im Rahmen der Überlegungen zum hypothetischen Erblasserwillen aber wieder die Bedeutung von Familientradition und Ebenbürtigkeitskriterien für den Erblasser betonte, gelangte es zum Ergebnis, dass der nicht ebenbürtig verheiratete Abkömmling keinesfalls Erbe geworden wäre. Obwohl die Klausel für unwirksam befunden worden war, erhielten letztlich eben jene Abkömmlinge den Nachlass, die ihn auch bei Wirksamkeit der Klausel erhalten hätten.<sup>731</sup> Im Fall der vor dem OLG Saarbrücken verhandelten Wiederverheiratungsklausel erklärte das Gericht, die Eheleute hätten

---

<sup>725</sup> Kritisch schon mit Blick auf die Annahme einer Sittenwidrigkeit *Humm*, ErbR 2019, 364, 365 f.

<sup>726</sup> OLG Frankfurt, ErbR 2019, 360, 364.

<sup>727</sup> Zustimmung Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 77; *von Bary*, ZEV 2019, 215, 216.

<sup>728</sup> Insofern kritisch *Humm*, ErbR 2019, 364, 366.

<sup>729</sup> Vgl. zur ergänzenden Testamentsauslegung MünchKommBGB/*Leipold*, § 2084 Rn. 83 ff. und 98 ff. (keine „richterliche Erbfolge“); BeckOGK/*Gierl*, § 2084 BGB Rn. 80 ff.; Staudinger/*Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 77 ff. Vgl. auch *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 455 f.; *Hermann*, Pro non scripta habere, 130: „[...] letztlich gelangt man ohne Schwierigkeiten zu Auslegungsergebnissen, die mehr oder weniger evident vom Vorverständnis des Interpreten dominiert sein können, äußerlich aber als ‚Auslegung‘ des Erblasserwillens firmieren“.

<sup>730</sup> Siehe *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 589 f.; MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 28. Vgl. auch *Otte*, *Otte* 2015, 575.

<sup>731</sup> Fragwürdig erscheint daher die Aussage *Ottes*, man müsse es wegen des hohen Ranges der Testierfreiheit hinnehmen, dass der, dessen Eheschließungsfreiheit vor ungerechtfertigtem Druck geschützt werden sollte, zwar vom Diktat der Heiratsklausel befreit ist, aber dennoch nicht zur Erbfolge gelange, *Otte*, ZEV 1998, 187, 187.

von den Vermächtnissen nicht abgesehen, sondern diese lediglich um den hypothetischen Pflichtteil des Überlebenden vermindert. Der hypothetische Pflichtteil betrug ein Achtel des Nachlasses (Gütergemeinschaft, zwei Kinder). Mit Blick auf die Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der Druck auf die Eheschließungsfreiheit, den das OLG Saarbrücken im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung bemängelt hatte, durch die Vermächtnisse in Höhe von nunmehr sieben Achteln des Nachlasses nicht merklich geringer war.<sup>732</sup>

Die Entscheidungen zeigen, dass der Versuch, den Willen des Erblassers in der Rechtsfolge bestmöglich zur Geltung zu bringen, gerade jenen Zwecken und Auswirkungen wieder zur Durchsetzung verhelfen kann, die zuvor im Rahmen der Sittenwidrigkeit missbilligt wurden.<sup>733</sup> Wird die letztwillige Bedingung für sittenwidrig erklärt, so wird ihr der Erfolg versagt. Testierfreiheit und Erblasserwille genießen keinen Absolutheitsanspruch, sondern finden in § 138 BGB eine Grenze. Diese Norm beschränkt auch die erbrechtliche Privatautonomie. In den vorliegenden Fällen geschieht dies mit dem Zweck, den Bedachten zu schützen. Es erscheint folgerichtig, diesen Gedanken dann auch im Rahmen der Rechtsfolge zu berücksichtigen.<sup>734</sup> Um Kongruenz mit dem Sittenwidrigkeitsvorwurf zu erreichen und Widersprüche zu vermeiden, sollte daher nicht am hypothetischen Erblasserwillen, sondern am Schutzzweck der verletzten Norm angeknüpft werden.<sup>735</sup>

---

<sup>732</sup> Siehe *Otte*, *Otte* 2015, 575: „Das OLG scheint bei der ergänzenden Auslegung vergessen zu haben, warum es das Vermächtnis des vollen Nachlasswertes für sittenwidrig hielt“. Siehe auch *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 60. Falls nicht Vermächtnisse angeordnet werden, sondern die Erbenstellung des Überlebenden auflösend bedingt ist, möchten manche im Wege der ergänzenden Auslegung ein aufschiebend bedingtes Pflichtteilsvermächtnis zugunsten des überlebenden Ehegatten in die letztwillige Verfügung hineinlesen. Siehe *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht* (3. Aufl. 1989), 349 f. (Fn. 87); *Kellenter*, *Bedingte Verfügungen*, 118; *Nehlsen*, in: *Verfassungsrechtliche Grenzen*, 26, 32 f.; *Weber*, *DNotZ* 2015, 699, 703 f.; kritisch *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 58. Die Wahrung des Pflichtteils ist bei Bedingungen nicht pauschal geeignet, eine Sittenwidrigkeit auszuschließen. Würde man letztwillige Bedingungen stets akzeptieren, wenn sie bloß die Grenzen des Pflichtteilsrechts wahren, würde man sich dem berechtigten Einwand aussetzen, die Problematik des Bedingungszusammenhangs mit der Befugnis zur Enterbung zu vergleichen, dazu schon oben Fn. 654 (299).

<sup>733</sup> Vgl. auch *Kellenter*, *Bedingte Verfügungen*, 176 ff.; *Lindacher*, *AcP* 175 (1975), 257, 259; *Keuk*, *FamRZ* 1972, 9, 16.

<sup>734</sup> Vgl. *Kellenter*, *Bedingte Verfügungen*, 177; *Meincke*, in: *FS Kaser*, 437, 458 ff.; *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 28.

<sup>735</sup> Siehe *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 28 f.; *Schlüter*, in: *FG Zivilrechtslehrer*, 575, 589 f.; *Meincke*, in: *FS Kaser*, 437, 458 ff.; *Michalski*, *Erbrecht*, 141 f.; *Flume*, *AT* Bd. II, 695 f. Vgl. auch schon *Savigny*, *System* Bd. III, 172 ff. Hat der Erblasser dagegen eine wirksame Ersatzanordnung für den Fall verfasst, dass die bedingte Verfügung (bspw. wegen Nichtigkeit) nicht zur Durchsetzung gelangen kann, so ist der Ersatzanordnung Folge zu leisten. Dies trägt dem tatsächlichen Erblasserwillen Rechnung (nicht dem mut-

### 3. Restgeltung der Verfügung ohne die Bedingung

Dies führt zu jener Ansicht, die eine sittenwidrige letztwillige Bedingung streichen und die restliche Verfügung aufrecht erhalten möchte. Diese Idee befindet sich in historischer wie rechtsvergleichender Perspektive in guter Gesellschaft. Denn so verfuhr das römische Recht und bis zum Inkrafttreten des BGB auch die meisten Partikularrechte im deutschsprachigen Raum. Aber auch heute noch folgen einige Rechtsordnungen dieser Lösung, darunter – in der Tradition des römisch-holländischen Rechts – Südafrika,<sup>736</sup> aber bspw. auch der französische *Code civil*<sup>737</sup> und das (heutige) ABGB in Österreich.<sup>738</sup> Für das südafrikanische Recht hatte *Price J* in einer Entscheidung erklärt:

„The policy of the law is to destroy the evil tendency of provisions *contra bonos mores*. The best way to do this is to strike out the objectionable provisions.“<sup>739</sup>

Der Ursprung dieser Rechtsfolgenidee liegt im römischen Recht. Es soll daher erörtert werden, was das römische Recht wohl zu dieser Lösung bewog und ob die Erwägungen auf die heutige Zeit übertragen werden können.

---

maßlichen) und geht auch etwaigen Schutzzweckerwägungen vor. Vgl. zur Ersatzerbeinsetzung BeckOGK/*Gierl*, § 2096 BGB Rn. 2 ff. und 28; Staudinger/*Otte*, § 2096 Rn. 6.

<sup>736</sup> Unter der Voraussetzung, dass ein sinnhafter Rest bestehen bleibt, der nicht selbst gegen Gesetz oder public policy verstößt, siehe *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 129. Bei lebzeitigen Rechtsgeschäften führt die unerlaubte Bedingung zur Nichtigkeit des gesamten Geschäfts, vgl. *Wessels/Roberts*, *The Law of Contract in South Africa Bd. I*, 404 (in Anlehnung an römische Quellen); *Bradfield*, *Christie’s Law of Contract in South Africa*, 163.

<sup>737</sup> Der *Code civil* differenziert hinsichtlich Entgeltlichkeit bzw. Freigebigkeit. Bei unentgeltlichen lebzeitigen und letztwilligen Verfügungen („libéralités“, d.h. Schenkung und Testament, vgl. Art. 893 C. civ.) gilt Art. 900 C. civ.: „Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites“. Dagegen gilt im Übrigen (obligation conditionnelle) Art. 1304-1: „La condition doit être licite. A défaut, l’obligation est nulle“.

<sup>738</sup> In der Fassung von 1811 führten unerlaubte Bedingungen bei lebzeitigen Verträgen zur Gesamtnichtigkeit (§§ 897, 898 a.F.), bei letztwilligen Verfügungen wurde zwischen aufschiebenden und auflösenden unerlaubten Bedingungen unterschieden; letztere wurden als nicht beigesetzt betrachtet (§ 698 a.F.), dazu schon oben Kapitel 2 – D.III.3. (243). Mit dem ErbRÄG 2015 fügte man dem § 697 ABGB a.F., der bislang unverständliche letztwillige Bedingungen für nicht beigesetzt erklärt hatte, nun auch gesetz- und sittenwidrige Bedingungen hinzu. Damit wollte man scheinbar Abgrenzungsschwierigkeiten vermeiden, vgl. *Welser*, *Erbrechts-Kommentar*, § 697 Rn. 1. § 697 n.F. ABGB lautet: „Unverständliche, unbestimmte sowie gesetz- oder sittenwidrige Bedingungen gelten als nicht beigesetzt“. § 698 ABGB n.F. gilt mit seiner Differenzierung zwischen auflösender und aufschiebender Bedingung nunmehr nur noch für unmögliche Bedingungen und entspricht damit auch der Rechtslage für unmögliche Bedingungen in Deutschland, vgl. Staudinger/*Otte*, § 2074 Rn. 75.

<sup>739</sup> *Levy v Schwartz* 1948 (4) SA 930 (W) 935.

## a) Hintergründe der römischen Rechtsfolgenlösung

Das römische Recht unterschied mit Blick auf die Rechtsfolge unmöglicher und unerlaubter Bedingungen zwischen lebzeitigen und letztwilligen Rechtsgeschäften. Nur bei letztwilligen Verfügungen wurde die unmögliche, gesetzes- oder sittenwidrige Bedingung gestrichen, bei lebzeitigen Geschäften führte sie zur Nichtigkeit des ganzen Geschäfts.<sup>740</sup> Der Grund für diese Verschiedenheit sei nirgends angegeben, so *Wilhelm Sell* in seiner 1834 erschienenen Monografie über die Lehre von den unmöglichen Bedingungen.<sup>741</sup> Im Schrifttum wurde aber immer wieder versucht, die abweichende Behandlung letztwilliger Bedingungen zu ergründen. Dabei treten drei Aspekte besonders hervor.

Zunächst wird angeführt, man habe mit der Restgeltung den vermuteten Willen des Erblassers treffen wollen. Bei einer letztwilligen Verfügung werde der Erblasser von Liberalität – von Freigebigkeit – geleitet und habe daher im Zweifel die Disposition als Hauptsache betrachtet, die Bedingung als Nebensache.<sup>742</sup> Des weiteren führt man die Rechtsfolge auf den Gedanken eines objektiven *favor testamenti* zurück. Man wollte das Testament als solches nach Möglichkeit erhalten und die Intestaterbfolge verhindern.<sup>743</sup> Denn im alten Rom galt es als sittliche Pflicht, ein Testament zu errichten und den Nachlass nicht der gesetzlichen Erbfolge zu überlassen.<sup>744</sup> Zu guter Letzt kann der Blick auf den Bedachten und dessen Schutzwürdigkeit ein Beweggrund für die Restgeltung sein. *Jens Peter Meincke* führt mehrere römische Textstellen zu unwirksamen Bedingungen an, die eine solche Perspektive stützen.<sup>745</sup> *Franz Hofmann* erklärt:

„Die Juristen dieses Volkes [...] haben mehr Rücksicht für den Bedachten, als für den Erblasser gehabt, wenn Jener durch die Frivolität Dieses hätte leiden sollen.“<sup>746</sup>

<sup>740</sup> Siehe dazu oben Kapitel 2 – D.II. (235).

<sup>741</sup> *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 33. Ebenso *Staffhorst*, Teilnichtigkeit, 200.

<sup>742</sup> Siehe *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 39 ff.; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 303; *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 95; *Bund*, in: FS von Lübtow, 353, 363 f. und 371.

<sup>743</sup> Siehe *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 39 und 42 f.; *Hofmann*, Kritische Studien zum römischen Rechte, 164 („Hauptgrund“); *Bund*, in: FS von Lübtow, 353, 364; *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 456; *Zimmermann*, Law of Obligations, 720; *Hermann*, Pro non scripta habere, 33 f. Vgl. auch *von Schmitt*, in: Vorlagen der Redaktoren (Erbrecht, Teil 1), 211.

<sup>744</sup> Vgl. dazu *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 43; *Schulz*, Classical Roman Law, 205; *Zimmermann*, Law of Obligations, 720 und 628 (Fn. 45); *Hermann*, Pro non scripta habere, 33 f.

<sup>745</sup> *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 456 ff.

<sup>746</sup> *Hofmann*, Kritische Studien zum römischen Rechte, 165. Siehe auch *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 42 f.: „[...] er ist also in jedem Falle an der fehlerhaften Disposition unschuldig, und das Gesetz folgt darum nur einer sehr natürlichen Billigkeit, wenn es ihn in Schutz nimmt“; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit, 211. Vgl. auch *Zeiller*, Kommentar ABGB Bd.III/1, 81.

Lassen sich diese drei Erwägungen in heutiger Zeit fruchtbar machen oder hat sich die erste BGB-Kommission zu Recht gegen sie gestellt? Der objektiv verstandene *favor testamenti* kann als Grund einer Restgeltung kaum auf das heutige Recht übertragen werden. Denn er geht auf gesellschaftliche und wirtschaftliche Besonderheiten im alten Rom zurück.<sup>747</sup> Heute besteht weder eine solch generelle Furcht vor Zersplitterung des Familienvermögens durch die schematische gesetzliche Erbfolge,<sup>748</sup> noch wird es als „Schimpf“ gedeutet, ohne Testament zu versterben,<sup>749</sup> noch wird die testamentarische Erbeinsetzung als besondere Ehre gesehen.<sup>750</sup> Der Begriff des *favor testamenti* wird heute eher im Sinne der wohlwollenden Auslegung verstanden (*benigna interpretatio*) – der heute in § 2084 BGB zum Ausdruck kommenden Regel, dass unter verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten jene vorzuziehen ist, die der Verfügung zum Erfolg verhilft.<sup>751</sup> Dies dient nicht einem objektiven Interesse der Aufrechterhaltung, sondern dem (subjektiven) Schutz des Erblasserwillens und der Testierfreiheit.<sup>752</sup> So erörterte die erste Kommission den objektiven *favor testamenti* auch gar nicht, sondern setzte sich mit dem hypothetischen Erblasserwillen auseinander. Zu Recht sprach man sich dort gegen die Annahme aus, ein Erblasser erachte mit Blick auf den Liberalitätscharakter der letztwilligen Verfügung die Bedingung grundsätzlich als etwas Nebensächliches.<sup>753</sup> Bleibt also noch der Blick auf die Interessen des Zuwendungsempfängers. Die erste Kommission war der Ansicht, die Rücksichtnahme auf den Bedachten könne angesichts ebenso gewichtiger Interessen der gesetzlichen Erben nicht entscheiden.<sup>754</sup> Dass die Kommission sich letztlich für Gesamtnichtigkeit entschied, war schon durch *Otto von Gierke* als „nicht unbedenkliche[r] Radikalismus“ bezeichnet worden.<sup>755</sup> Schließt man sich dem oben für vorzugswürdig befundenen Sittenwidrigkeitsmaßstab mit

---

<sup>747</sup> Vgl. *Wieling*, Testamentsauslegung im römischen Recht, 82: „[...] hat der *favor testamenti* nichts mit dem Willen des Testators zu schaffen; es handelt sich um einen sozialpolitischen Gesichtspunkt“; *Hermann*, Pro non scripta habere, 33 f.; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit, 202; *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 456.

<sup>748</sup> Vgl. *Wieling*, Testamentsauslegung im römischen Recht, 82; *Schulz*, Classical Roman Law, 205.

<sup>749</sup> Vgl. *Sell*, Unmögliche Bedingungen, 43.

<sup>750</sup> Vgl. *Lohsse*, in: Comparative Succession Law Bd. III, 20, 33; *Hermann*, Pro non scripta habere, 34.

<sup>751</sup> Vgl. derart *Staudinger/Otte*, § 2084 Rn. 1; *BeckOGK/Gierl*, § 2084 BGB Rn. 2; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 952. Siehe dazu auch *Wieling*, Testamentsauslegung im römischen Recht, 251.

<sup>752</sup> Siehe *BeckOGK/Gierl*, § 2084 BGB Rn. 2.

<sup>753</sup> Siehe Motive BGB Bd. V, 19 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 10). Dann hätte man konsequenterweise, so die Motive, wie der französische Code civil auch bedingte Schenkungen gleich behandeln müssen.

<sup>754</sup> Motive BGB Bd. V, 20 (= *Mugdan*, Materialien Bd. V, 11).

<sup>755</sup> *von Gierke*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 509.

seinem Blick auf den Schutz des Bedachten vor unzumutbarer Einwirkung auf seine Freiheitssphäre an, so erscheint die Kritik von Gierkes aus heutiger Sicht umso berechtigter und der Blick auf den Bedachten nur konsequent.

b) *Orientierung am Schutzzweck der Sittennorm*

Die Orientierung am Schutzzweck der verletzten Sittennorm kann die Rechtsfolge in sachgerechter Weise leiten. Letztlich wird nur die Bedingung aus der Verfügung gestrichen, die Zuwendung selbst bleibt bestehen.<sup>756</sup>

Methodisch handelt es sich beim Streichen der Bedingung um eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB – orientiert am Schutzzweck der Sittennorm.<sup>757</sup> Voraussetzung einer teleologischen Reduktion ist, dass der Sachverhalt zwar von der Norm (hier insbesondere von deren Rechtsfolge) erfasst wird, aber dem Regelungszweck der Norm widerspricht.<sup>758</sup> Der Wortlaut müsste also zu weit gefasst sein und einer entsprechenden Einschränkung bedürfen, um einer wertungsmäßig gebotenen Differenzierung Rechnung tragen zu können („verdeckte Lücke“).<sup>759</sup>

Erklärt man eine bedingte Verfügung für sittenwidrig, so wird sie von der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB erfasst. Doch kann eine Gesamtnichtigkeit widersprüchliche und unbillige Ergebnisse mit sich bringen, die eine wertungsmäßige Differenzierung und Einschränkung der Nichtigkeitsfolge rechtfertigen. Besonders plastisch wird dies im Falle eines Bedachten, der nicht zu den gesetzlichen Erben zählt – bspw. ein Freund oder der nichteheliche Lebenspartner des Erblassers, der zum auflösend bedingten Alleinerben eingesetzt ist. Erklärt man die Bedingung nach obigem Maßstab für sittenwidrig, so geschieht dies, weil die in Stellung gebrachte Sittennorm den Schutz des Bedachten vor unzumutbarer Beeinträchtigung seiner Freiheitsrechte vor Augen hat. Mittels Gesamtnichtigkeit der Verfügung würde der Bedachte aber nicht geschützt, sondern mit dem Verlust der Zuwendung letztlich so gestellt, als habe er gegen die Bedingung verstoßen. Im Ergebnis würde der sittenwidrigen Anordnung des Erblassers also nur scheinbar die Aner-

---

<sup>756</sup> In diesem Sinne Keuk, FamRZ 1972, 9, 15 f.; Lindacher, AcP 175 (1975), 257, 259 f.; Meincke, in: FS Kaser, 437, 456 ff.; Otto, Personale Freiheit und soziale Bindung, 119 ff. und 200 ff.; Flume, AT Bd. II, 695 f.; Kellenter, Bedingte Verfügungen, 176 ff.; Schlüter, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 589 ff.; Michalski, Erbrecht, 141 f.; MünchKommBGB/Leipold, § 2074 Rn. 28 f.; Humm, ErbR 2019, 364, 366.

<sup>757</sup> Siehe Meincke, in: FS Kaser, 437, 458; Schlüter, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 590. Siehe auch MünchKommBGB/Leipold, § 2074 Rn. 29. Grundsätzlich für die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion des § 138 BGB anhand des verfolgten Normzwecks Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 156 ff.; MünchKommBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 161.

<sup>758</sup> Dazu Möllers, Juristische Methodenlehre, 235 ff.

<sup>759</sup> Siehe Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 210 f.

kennung versagt.<sup>760</sup> Zu ähnlichen Friktionen kann es – wie schon erörtert – bei ergänzender Testamentsauslegung kommen, wenn diese der sittenwidrigen Anordnung letztlich über den hypothetischen Erblasserwillen wieder Geltung verschafft. Dies widerspricht dem Regelungsgehalt der Sittennorm und bildet damit den Wertungsunterschied, der in solchen Fällen eine Einschränkung der Nichtigkeitssanktion und ein Aufbrechen der Verbindung zwischen Bedingung und Zuwendung rechtfertigt. Dies gewinnt noch dadurch an Gewicht, dass die Sittenwidrigkeit auf verfassungsrechtlichen Erwägungen beruht.<sup>761</sup> Ausufernde richterliche Entscheidungsspielräume sind hier nicht zu befürchten. Gegen eine Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen bei sog. quantitativer Teilnichtigkeit wurden zwar mitunter berechnete Bedenken erhoben (bspw. in Fällen des Geliebtentestaments).<sup>762</sup> Fälle letztwilliger Bedingungen unterscheiden sich aber von der quantitativen Teilnichtigkeit insbesondere dadurch, dass mit der zu streichenden Bedingung eine klare Grenze der richterlichen Entscheidungsfindung existiert und daher die Gefahr völlig freier Entscheidungsspielräume nicht besteht. Diese Gefahr ist bei ergänzender Testamentsauslegung viel eher gegeben, weswegen die Restgeltung letztlich sogar einen Gewinn an Rechtssicherheit gegenüber der bisherigen Handhabung bedeutet.<sup>763</sup>

---

<sup>760</sup> Vgl. *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 589 f.; *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 458 ff.; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 176 ff. Denkbär wäre auch, dass sich die gesetzlichen Erben in Anbetracht der Nichtigkeitsfolge auf die Sittenwidrigkeit berufen, um selbst in den Genuss des Nachlasses zu kommen. Fordert man eine aus Sicht des Bedachten konkrete Zwangslage, so kann zumindest die Situation nicht eintreten, dass der Bedachte sich aus freiem Willen der Bedingung fügt, die gesetzlichen Erben die Verfügung aber wegen Sittenwidrigkeit zu Fall bringen können (so aber wohl geschehen in OLG Naumburg, BeckRS 1998, 31024804).

<sup>761</sup> Siehe MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 29; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 179 f. Vgl. zur teleologischen Reduktion im Sinne verfassungskonformer Rechtsfortbildung *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 407. Vgl. auch *Auer*, in: Grundrechte und Privatrecht, 27, 42 ff.

<sup>762</sup> So schwankte in der Rspr. zum Geliebtentestament das für sittenwidrig erklärte „Übermaß“. Die Einsetzung der Geliebten zur Alleinerbin wurde mal zur Hälfte für nichtig erklärt (BGH, NJW 1969, 1343, 1346), mal zu zwei Dritteln (BGH, FamRZ 1963, 287, 289 f.) oder drei Vierteln (BGH, NJW 1970, 1273, 1277). Kritisch bspw. *Simshäuser*, Geliebten-Testamente, 47; *Reinicke*, NJW 1969, 1347, 1347; *Husmann*, NJW 1971, 404, 409 f.; *Zimmermann*, Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, 193: „Hier (spätestens) beginnt der Bereich freier richterlicher Deziision“. Kritisch insbes. auch zur Teilbarkeit einer Alleinerbeinsetzung *Jungmichel*, Teilnichtigkeit, 145 ff. Allgemein zur Thematik quantitativer Teilnichtigkeit *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 176 ff. und kritisch *Zimmermann*, Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, 177 ff.

<sup>763</sup> Vgl. *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 589 ff.; *Humm*, ErbR 2019, 364, 366. Weniger kritisch bei festen Grenzen auch *Zimmermann*, Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, 195.

Die Entscheidung der ersten BGB-Kommission für eine Gesamtnichtigkeit sollte an dieser Stelle nicht als Hemmnis gesehen werden. Ausgangspunkt und Rechtfertigung einer Restgeltung ist heute – anders als von der Kommission damals angenommen – nicht der hypothetische Erblasserwille, sondern das Bestreben, die Rechtsfolge mit dem Schutzzweck der Sittennorm konform gehen zu lassen und so Wertungswidersprüche zu vermeiden. Der Sittenwidrigkeitsmaßstab ist mit seinem Fokus auf die Freiheitssphäre des Bedachten im Kontext einer gesteigerten Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht (Konstitutionalisierung) und einer stärkeren Betonung inhaltlicher Angemessenheit oder gar fremdverantwortlicher Rücksichtnahme zu sehen (Materialisierung).<sup>764</sup> Wo man früher teilweise einseitig auf die Testierfreiheit und den Willen des Erblassers blickte, habe sich im Laufe der Zeit ein Wertungswandel vollzogen, der die Freiheitsrechte des Bedachten stärker berücksichtige, so *Dieter Leipold*.<sup>765</sup> Dies kann man kritisieren und mit den Worten *Josef Isensees* für „Grundrechtskitsch“ halten.<sup>766</sup> Andererseits erscheint es aber gut vertretbar und letztlich nur konsequent, die damalige Entscheidung der ersten BGB-Kommission – bei der der gewandelte Maßstab noch gar nicht vor Augen stehen konnte – nicht als Hindernis für eine Rechtsfortbildung auf Rechtsfolgenrechtsseite zu sehen.<sup>767</sup> *Hans-Georg Hermann* hält dem zwar entgegen, die Durchsetzung des Wertwandels fordere mit der Abkoppelung der Rechtsfolge vom Erblasserwillen und der Benachteiligung der gesetzlichen Erben einen hohen Preis.<sup>768</sup> Doch genießt der Erblasserwille keinen Absolutheitsanspruch und das schon von der ersten Kommission bemühte Argument, es gebe keinen Grund, die Interessen des Bedachten vor jene der gesetzlichen Erben zu stellen, ließe sich genauso gut umdrehen. Denn die gesetzlichen Erben haben ebenso wenig Anspruch auf die Zuwendung wie der unter der Bedingung Bedachte. Für diesen streitet aber der Schutzzweck.<sup>769</sup>

---

<sup>764</sup> Vgl. zur Konstitutionalisierung die Verweise in Fn. 480 (260). Vgl. zur Materialisierungstendenz im Privatrecht *Auer*, Materialisierung, 23 ff. und 125; *Heinrich*, Formale Freiheit, 1 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276 ff.; *Keiser*, KritV 2013, 83, 86.

<sup>765</sup> MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 28 f. Siehe auch *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 589.

<sup>766</sup> So *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 762, siehe auch oben Kapitel 2 – E.I.2.a) (294).

<sup>767</sup> Vgl. MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 29; *Michalski*, Erbrecht, 141; *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 589; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen, 179 ff.; *Flume*, AT Bd. II, 696; *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33 (Fn. 83). Vgl. auch *Staudinger/Otte*, § 2085 Rn. 13 („nicht das letzte Wort“).

<sup>768</sup> *Hermann*, Pro non scripta habere, 168. Das Überschreiten der Grenzen der Testierfreiheit könne nicht zur Folge haben, dass der Erblasser die Testierfreiheit verwirke und sich eine nicht gewollte Verfügung oktroyieren lassen muss, so *Staudinger/Otte*, § 2074 Rn. 76. Vgl. auch *Soergel/Loritz*, § 2074 Rn. 33; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 996; *Weber*, DNotZ 2015, 699, 703.

<sup>769</sup> Bei wechselbezüglichen bedingten Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten oder Erbverträgen könnte man allerdings eine Einschränkung des Schutzzweckgedankens

Nimmt man bei letztwilligen Potestativbedingungen – nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit des Erblassers – eine Sittenwidrigkeit wegen unzumutbaren Drucks auf die Freiheitssphäre des Bedachten nur in schwerwiegenden Ausnahmefällen an, so erscheint es sachgerecht, die sittenwidrige Bedingung mittels Orientierung der Rechtsfolge am Schutzzweck der Sittennorm zu streichen und die Verfügung ohne die Bedingung bestehen zu lassen. Dieser Weg vermeidet Wertungswidersprüche und bietet Rechtsklarheit.

---

erwägen. Hier haben beide Druck ausgeübt und sich auf das Bedingungsregime eingelassen. Bei ausreichend selbstbestimmter Entscheidung könnte man den unzumutbaren Druck im Tatbestand der Sittenwidrigkeit in Frage stellen oder auf Rechtsfolgenseite erwägen, ob nicht die Schutzzweckerwägung zugunsten der Gesamtnichtigkeit zurücktritt. Wertungsmäßig könnte man an den Gesichtspunkt der Rechtsschutzversagung in § 817 S. 2 BGB denken. Vgl. ähnlich auch MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rn. 29. Siehe allerdings OLG Saarbrücken, DNotZ 2015, 691, 697: „[...] unerheblich, dass jeder der Ehegatten bei Abfassung des Erbvertrages der potenziell von der Klausel Betroffene hätte sein können“.

## Kapitel 3

# Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen

Die Möglichkeit, nach freiem Gutdünken entscheiden zu können, wer nach dem eigenen Tod Anteil am Nachlass haben soll, ist Kernbestandteil der Testierfreiheit.<sup>1</sup> Dies impliziert, dass es möglich sein muss, dem einen mehr, dem anderen weniger und einem Dritten gar nichts zuzuwenden. Wie aber reagiert eine Rechtsordnung auf letztwillige Differenzierungen, die nach heutzutage verpönten Merkmalen wie bspw. Hautfarbe oder Geschlecht erfolgen? Die Thematik ist Teil der allgemeinen Diskussion um die Wirkung von Gleichheitsrechten und Diskriminierungsverboten im Privatrecht und betrifft damit das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit. Dieses Spannungsverhältnis war in Deutschland schon seit dem 19. Jahrhundert und sodann auch unter dem BGB zugunsten einer formalen Gleichheit aufgelöst worden. Gleichheit im Privatrecht bedeutete damit zunächst gleiche rechtliche Freiheit.<sup>2</sup> Nach 1945 begann in Deutschland ein „neues Kapitel der Gleichheit“, nicht zuletzt durch die Verankerung von Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten in Art. 3 des Grundgesetzes.<sup>3</sup> Das Verhältnis von Verfassung und Privatrecht wurde Gegenstand einer intensiven Kontroverse.<sup>4</sup> Die Diskussion um unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung der Grundrechte wurde 1958 durch die als Lüth-Urteil bekannte Entscheidung des BVerfG zugunsten einer privatrechtsvermittelten Geltung der Grundrechte entschieden.<sup>5</sup> Später – insbesondere im

---

<sup>1</sup> Vgl. bspw. für Deutschland BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010; BVerfG, NJW 2005, 1561, 1562 f.; *Leipold*, Erbrecht, 91 ff.; für England *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 426; für Südafrika *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA) 243; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 224.

<sup>2</sup> Siehe *HKK/Rückert*, Vor § 1 Rn. 39 ff.; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 71 ff.

<sup>3</sup> *Grünberger*, Personale Gleichheit, 222 f.

<sup>4</sup> Siehe *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 8 ff.; *Hager*, JuS 2006, 769, 769.

<sup>5</sup> BVerfG, NJW 1958, 257, 257 (Lüth). Vgl. zur Drittwirkungsdebatte *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 8 ff. Nicht wenige Stimmen halten die verschiedenen Drittwirkungslehren letztlich für ergebnisäquivalent, siehe *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 484; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 19 f.; *Mangoldt/Starck*, Art. 1 Rn. 307. Vgl. auch BVerfG, NJW 2018, 1667, 1669 (Stadionverbot): „Maßgeblich ist insoweit nicht, ob die Zivilgerichte sich für ihre Wertungen unmittelbar auf die Grundrechte selbst berufen oder deren Wertungen mittels einfachrechtlicher Erwägungen und unter Rückgriff auf Auslegungsgrundsätze des Zivilrechts zur Geltung bringen [...]. Entscheidend ist allein, dass den grundrechtlichen Wertungen im Ergebnis hinreichend Rechnung getragen wird“.

Laufe der 1990er-Jahre – sorgten dann mehrere Entscheidungen des BVerfG, darunter bspw. der Bürgerschaftsbeschluss, für Aufsehen und nährten Befürchtungen eines zu starken Eindringens des Verfassungsgerichts und des Verfassungsrechts in die privatrechtliche Sphäre.<sup>6</sup> Mit Blick auf das Verhältnis von Privatautonomie und Gleichheit blieb es – in den Worten *Günter Dürigs* – bei der „Präponderanz der Freiheit“.<sup>7</sup> Rechtsvergleichende Arbeiten, völkerrechtliche Übereinkommen und Rechtsakte der Europäischen Union hatten allerdings seit den 1970er-Jahren die diesbezügliche Diskussion belebt, was letztlich auch zur Verabschiedung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes im Jahr 2006 führte.<sup>8</sup>

Die gesellschaftlich und rechtlich gestiegene Sensibilität gegenüber Diskriminierungen, die in Deutschland, England und Südafrika ihren Niederschlag in unterschiedlichen Gleichheits- und Anti-Diskriminierungsnormen auf verfassungsrechtlicher oder einfachgesetzlicher Ebene gefunden hat, lässt auch das Erbrecht nicht unberührt.<sup>9</sup> In der erbrechtlichen Rechtsprechung taucht das Problem sowohl in Deutschland als auch in England und Südafrika erst in der (teilweise späten) zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts auf. Ausgehend von den dort anzutreffenden Entscheidungen untersucht das folgende Kapitel den Umgang der drei Rechtsordnungen mit letztwilligen Verfügungen, die nach Merkmalen differenzieren, die unter Diskriminierungsverbote fallen. Dabei soll gefragt werden, welche Faktoren, Charakteristika und Diskurse das Verhältnis von Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten bedingen und ob etwaige Unterschiede auf national unterschiedliche Verständnisse und Gewichtungen in diesem Spannungsfeld zurückgeführt werden können. Anschließend soll ein Lösungsvorschlag für den Umgang mit solchen Konstellationen im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB erarbeitet werden.

---

<sup>6</sup> Im Überblick *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 1 und 24 f. So fürchtete *Ernst-Wolfgang Böckenförde* einen „Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsrechtlichen Jurisdiktionsstaat“ (*Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 190) und *Uwe Diederichsen* schrieb „über zersetzende Eingriffe in die Zivilrechtsdogmatik“ (*Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 247).

<sup>7</sup> *Maunz/Dürig/Dürig*, Art. 3 Abs. 1 Rn. 507 und 135 (Lfg. Dez. 1973). Dazu auch *Grünberger*, Personale Gleichheit, 241 ff.

<sup>8</sup> Siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit, 269 ff.

<sup>9</sup> Vgl. auch *Kroppenberg*, in: HWBEuP Bd. II, 1481, 1483 f.; *Leipold*, Erbrecht, 95. *Grünberger* hält dabei Gleichbehandlungspflichten des Erblassers aufgrund des starken Schutzes der Testierfreiheit für besonders spannungsgeladen, siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit, 521.

## A. Deutschland

Die Frage nach dem Verhältnis von Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten hat sich deutschen Gerichten bislang nur selten gestellt,<sup>10</sup> produziert aber im Schrifttum ein diverses Meinungsbild.<sup>11</sup> Die erbrechtliche Diskussion um eine etwaige Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB ist dabei eng verbunden mit der Frage nach dem Einfluss von Art. 3 GG auf Privatrechtsverhältnisse.

### I. Vorab: Testierfreiheit und allgemeiner Gleichheitssatz

Daher soll der Blick zunächst cursorisch auf das Verhältnis von Testierfreiheit und allgemeinem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gerichtet werden. Das BVerfG stellt hierzu fest:

„Dem Erblasser ist [durch die Testierfreiheit] die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln. Insbesondere ist der Erblasser von Verfassungen wegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen. Die Testierfreiheit umfasst auch die Freiheit, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen.“<sup>12</sup>

Auch der BGH unterstreicht diese Position, indem er postuliert, ein Privatrechtsgeschäft, das den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht wahre, sei nicht schon deshalb sittenwidrig und nichtig.<sup>13</sup>

„Denn zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören auch die Grundsätze der Vertrags- und Testierfreiheit als Ausfluß der in Art. 2 GG gewährleisteten allgemeinen Handlungsfreiheit und der in Art. 14 I 1 GG enthaltenen Garantie des Erbrechts. Eine schrankenlose Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf private Rechtsgeschäfte würde die Vertrags- und Testierfreiheit weitgehend aushöhlen.“<sup>14</sup>

Dem pflichtet die Literatur bei.<sup>15</sup> Anders als im Verhältnis Bürger-Staat sei auch kein rechtfertigender sachlicher Grund erforderlich.<sup>16</sup> Eine derartige

<sup>10</sup> Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 309 ff.

<sup>11</sup> Vgl. im Überblick *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 149 ff.

<sup>12</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010 (Hohenzollern) sowie BVerfG, FamRZ 2000, 945, 946 (Leiningen). Siehe auch BVerfG, NJW 2005, 1561, 1563 (Pflichtteilsrecht); BGH, NJW 1999, 566, 569 (Hohenzollern). „Für letztwillige Verfügungen gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht“, BayObLG, FamRZ 2000, 380, 387 (Leiningen).

<sup>13</sup> BGH, NJW 1978, 943, 945 (Ehegattenstiftung).

<sup>14</sup> BGH, NJW 1978, 943, 945.

<sup>15</sup> Siehe bspw. *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 149; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 686; *Leipold*, Erbrecht, 92; *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 309. Vgl. auch *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 403.

<sup>16</sup> Siehe *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 594; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 978. *Grünberger* fordert zwar grundsätzlich einen sachlichen Grund als Rechtfertigung einer Ungleich-

Kontrolle letztwilliger Verfügungen würde die Testierfreiheit völlig aushebeln, deren Kern ja gerade darin bestehe, die Erben nach den eigenen Vorstellungen auszuwählen und entsprechend zu differenzieren.<sup>17</sup> Es besteht somit Einigkeit darüber, dass die Testierfreiheit durch den allgemeinen Gleichheitssatz nicht beschränkt wird.

## II. Testierfreiheit und Diskriminierungsverbote

Hieran schließt sich die Frage an, wie sich deutsche Gerichte und deutsches Schrifttum zu Differenzierungen insbesondere entlang den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen verhalten.<sup>18</sup> Angesichts der dünn gesäten Rechtsprechung orientiert sich die Darstellung maßgeblich an zwei BGH-Entscheidungen aus den Jahren 1978 und 1998.

### 1. Die Entscheidungen des BGH

#### a) Ehegattenstiftung (1978)

Der erste Fall betrifft einen Vertrag aus dem Jahr 1965, mit dem zwei Eheleute eine Familienstiftung errichteten. Diese sollte nach dem Tod des Erstversterbenden wirksam werden. Insofern handelte es sich um eine Kombination aus Verfügung von Todes wegen und Rechtsgeschäft unter Lebenden.<sup>19</sup> Nach dem Tod des Letztversterbenden sollte in jeder Generation nur der erstgeborene männliche Nachkomme Bezüge aus der Stiftung erhalten. Die Revision rügte eine Verletzung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 GG und hielt daher den Vertrag für sittenwidrig. Nachdem der BGH – wie oben schon erwähnt – eine Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes abgelehnt hatte, fuhr er fort:

---

behandlung. Bei „einfacher“ Ungleichbehandlung genüge insoweit aber der Hinweis auf die Testierfreiheit, *Grünberger*, Personale Gleichheit, 510.

<sup>17</sup> Siehe *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 594; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 978; *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 403. Vgl. auch *Horsch*, Rpfleger 2005, 285, 291. Allgemein dazu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 175: „Der Grund für das Fehlen eines solchen Schutzauftrages liegt in der privatrechtsspezifischen Überlagerung durch die Freiheitsrechte [...] Privatautonomie lebt von der willkürlichen Differenzierung durch Private gegenüber Privaten, die Schutzüberlegungen aus Art. 3 I GG vollständig verdrängt. [...] Dieser Befund ist unstrittig [...]“. Vgl. auch *Dreier/Heun*, Art. 3 Rn. 70; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz, 125.

<sup>18</sup> Art. 3 Abs. 3 GG: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

<sup>19</sup> Der Senat sah hierin seitens jedes Ehegatten sowohl ein Stiftungsgeschäft unter Lebenden als auch von Todes wegen, ersteres unter der Bedingung, dass der andere Ehegatte, letzteres unter der Bedingung, dass er selbst als erster verstirbt, BGH, NJW 1978, 943, 944.

„Daher können allenfalls bestimmte Verstöße gegen Art. 3 GG, die aus besonderen Gründen als anstößig empfunden werden, das Geschäft sittenwidrig machen. Die Bevorzugung männlicher Nachkommen durch die Satzung der Stiftung ist kein derartiger Verstoß.“<sup>20</sup>

Es könne nicht einmal von einer allgemeinen Bevorzugung des männlichen Geschlechts gesprochen werden, da hinter dem männlichen Erstgeborenen nicht nur die weiblichen Abkömmlinge, sondern auch etwaige weitere männliche Abkömmlinge zurückstünden. Allerdings ließ das Gericht ausdrücklich offen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein allgemeiner Ausschluss aller weiblichen Abkömmlinge zugunsten aller männlichen gegen § 138 BGB verstoße.<sup>21</sup> Obwohl das Gericht in diesem Fall also einen Sittenverstoß aus Gleichheits- und Diskriminierungserwägungen verneinte, schloß es die Tür zur Sittenwidrigkeit nicht vollständig.

b) *Hohenzollern (1998)*

Auf einer ähnlichen Linie bewegt sich die Entscheidung des BGH im Fall Hohenzollern, die an dieser Stelle unter Diskriminierungsgesichtspunkten betrachtet werden soll.<sup>22</sup> In das beachtliche Hausvermögen konnte nur der jeweils erstgeborene Abkömmling im Mannesstamm nachfolgen, der aus einer ebenbürtigen (d.h. adeligen und protestantischen) Ehe stammt und selbst in einer solchen lebt. Die Differenzierung nach dem Geschlecht schob der BGH beiseite: Er verwies darauf, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Kinder und das daraus folgende und in der gesetzlichen Erbfolge verankerte Diskriminierungsverbot nach Alter und Geschlecht für letztwillige Verfügungen gerade nicht gelte.<sup>23</sup> Art. 3 Abs. 3 GG kam an dieser Stelle nicht zur Sprache. Dies geschah erst mit Blick auf die Abstammung. Die Klausel könne zu einer gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßenden Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft führen, so der BGH. Zwar sei Art. 3 Abs. 3 GG als wesentlicher Teil der Wertordnung des Grundgesetzes im Rahmen von § 138 BGB zu beachten. Doch genieße auch die Testierfreiheit grundrechtlichen Schutz.<sup>24</sup> Daraus folgerte das Gericht:

„Deshalb kann eine den Differenzierungskriterien des Art. 3 III GG widerstreitende letztwillige Verfügung im Lichte der Testierfreiheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sittenwidrig sein.“<sup>25</sup>

Ein solcher Ausnahmefall komme nicht in Betracht, wenn der Erblasser zwar unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG differenziere, aber von der Testierfrei-

<sup>20</sup> BGH, NJW 1978, 943, 945.

<sup>21</sup> BGH, NJW 1978, 943, 945.

<sup>22</sup> Unter dem Blickwinkel der Eheschließungsfreiheit oben Kapitel 2 – A.II.4.b) (184).

<sup>23</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569.

<sup>24</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569.

<sup>25</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569.

heit gedeckte Ziele verfolge wie die Regelung seiner Vermögensverhältnisse und damit zusammenhängende Fragen.<sup>26</sup>

„Anders kann es dagegen liegen, wenn die letztwillige Verfügung nach dem festgestellten Willen des Erblassers und den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Reichweite und den Auswirkungen des Testaments, darauf gerichtet und auch objektiv geeignet ist, den Betroffenen wegen des Merkmals, an das die Differenzierung anknüpft, nachhaltig in seiner Würde herabzusetzen.“<sup>27</sup>

Der BGH sah den Willen des Erblassers allerdings nicht darauf gerichtet, die Söhne aus nicht ebenbürtigen Ehen zu diffamieren. Vielmehr sei es darum gegangen, für den durch die Familientradition geprägten Nachlass einen Nachfolger zu finden, der die auf Abstammung bedachte Tradition der Familie repräsentiere. Diesem Anliegen diene die verfassungsrechtlich verbürgte Testierfreiheit.<sup>28</sup> Die Beeinträchtigungen der Abkömmlinge seien nicht so gewichtig, dass sie nicht um der Testierfreiheit willen hinzunehmen seien. Ein Verstoß gegen § 138 BGB wurde letztlich abgelehnt.<sup>29</sup> Das BVerfG äußerte sich im Rahmen der später erhobenen Verfassungsbeschwerde nicht zur gerügten Verletzung des Art. 3 Abs. 1 und 3 GG.<sup>30</sup>

Obwohl weder die Entscheidung zur Ehegattenstiftung noch der Hohenzollern-Beschluss eine Sittenwidrigkeit aus Diskriminierungserwägungen bejahten, wurde eine solche nicht grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>31</sup> In seiner Entscheidung zur Ehegattenstiftung ließ der BGH die konkreten Anforderungen an eine Sittenwidrigkeit weitgehend offen. Dagegen forderte er im Hohenzollern-Beschluss, dass die Klausel unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls objektiv geeignet und subjektiv darauf gerichtet sein müsse, den Betroffenen wegen des konkreten Merkmals in seiner Würde herabzusetzen. Gemein ist den Entscheidungen letztlich, dass sie die Testierfreiheit betonen und einer Beschränkung derselben aus Gleichheitserwägungen sehr zögerlich gegenüberstehen.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569.

<sup>27</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569 f.

<sup>28</sup> BGH, NJW 1999, 566, 570.

<sup>29</sup> BGH, NJW 1999, 566, 570. Das OLG Stuttgart hatte dies noch anders gesehen und ließ die Testierfreiheit wegen Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit sowie Verletzung des Diskriminierungsverbots zurücktreten, siehe OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 262.

<sup>30</sup> Siehe BVerfG, NJW 2004, 2008, 2011. *Grünberger* meint hierzu kritisch, das BVerfG habe damit die Pointe des Falls verfehlt, *Grünberger*, Personale Gleichheit, 511. Vgl. zu einer ähnlich gelagerten Entscheidung des österreichischen OGH HKK/*Willems*, Anh. zu §§ 2064–2086 unter III.2.b. (im Erscheinen).

<sup>31</sup> Vgl. auch *Grünberger*, Personale Gleichheit, 509.

<sup>32</sup> Siehe auch BayObLG, FamRZ 2000, 380, 387 (Leiningen), das eine Diskriminierung schon aus dem Grund ablehnte, weil der Beteiligte selbst aus einer entsprechenden Ehe stamme. Vgl. auch *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 150.

## 2. Die Positionen im Schrifttum

Deutlich diverser ist dagegen das Meinungsbild im Schrifttum. Dieses reicht vom Postulat völliger Immunität der Testierfreiheit gegenüber Gleichheitserwägungen über vermittelnde Lösungen bis hin zum kategorischen Verbot einer Differenzierung nach den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen.<sup>33</sup> Verglichen mit der Frage nach dem Einfluss des allgemeinen Gleichheitssatzes sei das Verhältnis von Testierfreiheit und Art. 3 Abs. 3 GG „weit weniger eindeutig“, so *Dieter Leipold*.<sup>34</sup>

### a) Vorrang der Testierfreiheit

Wohl die Mehrheit der Autoren plädiert für einen Vorrang der Testierfreiheit und verneint somit eine Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügung für den Fall, dass der Erblasser anhand der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale differenziert.<sup>35</sup> Auch hier wird auf die laut Rechtsprechung fehlende Gleichbehandlungspflicht des Erblassers verwiesen<sup>36</sup> sowie komplementär darauf, dass der Empfänger keinerlei Anspruch auf eine Zuwendung habe und somit auch nicht in seinen Rechten beeinträchtigt werden könne.<sup>37</sup> Zudem spreche schon die Unentgeltlichkeit der Zuwendung gegen eine Kontrolle des Verteilungsmaßstabs.<sup>38</sup> Das Hauptargument besteht allerdings im Verweis auf die Testierfreiheit.<sup>39</sup> Private Willkür sei verfassungsrechtlich geschützt<sup>40</sup> und die Respektierung der Testierfreiheit sei wesentlicher Bestandteil der Rechtskultur.<sup>41</sup> *Karlheinz Muscheler* postuliert sogar, der Verfassungsgeber habe mit

<sup>33</sup> Zur Übersicht siehe *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 150.

<sup>34</sup> *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1042. „Schwieriger liegen die Verhältnisse bei Art. 3 Abs. 3 GG“, so *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 595.

<sup>35</sup> Siehe *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 152; *BeckOK BGB/Litzenburger*, § 2074 Rn. 13; *MünchKommBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 21; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 686; *Brox/Walker*, Erbrecht, 170; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 979; *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 417 f. („Tatsächlich aber eignet sich das Erbrecht am wenigsten dazu, privatrechtliche Diskriminierungsverbote zu entwickeln“); *Hohloch*, JuS 1999, 607, 607; *Maunz/Dürig/Langefeld*, Art. 3 Abs. 3 Rn. 79 ff.

<sup>36</sup> So *Brox/Walker*, Erbrecht, 170; *BeckOK BGB/Litzenburger*, § 2074 Rn. 13.

<sup>37</sup> *BeckOGK/Preuß*, § 1922 BGB Rn. 30. Siehe auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 396. Vgl. zur ähnlichen Argumentation im Rahmen letztwilliger Bedingungen oben Kapitel 2 – E.I.2.a) (294).

<sup>38</sup> *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 418. Siehe auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 395 f.

<sup>39</sup> Siehe *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 686; *Brox/Walker*, Erbrecht, 170; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 979; *Hohloch*, JuS 1999, 607, 607. Vgl. auch *Horsch*, Rpfleger 2005, 285, 291.

<sup>40</sup> Siehe *Maunz/Dürig/Langefeld*, Art. 3 Abs. 3 Rn. 81 und 83. Vgl. auch *Brox/Walker*, Erbrecht, 170; *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 418.

<sup>41</sup> *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 151.

der Erbrechtsgarantie bereits zugunsten der Testierfreiheit Stellung bezogen. Im Wesen der Testierfreiheit liege beschlossen, dass der Erblasser entgegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG differenzieren könne.<sup>42</sup>

Daneben wird häufig auf Art. 19 Abs. 4 AGG (bzw. dessen Wertung) verwiesen.<sup>43</sup> Nach dieser Bereichsausnahme findet das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse. Verfügungen von Todes wegen unterfallen also grundsätzlich nicht dem AGG.<sup>44</sup> Das auf der Umsetzung europäischer Richtlinien beruhende AGG kann jedoch nicht dahingehend in Stellung gebracht werden, ein bereits vorhandenes Schutzniveau in einem EU-Mitgliedsstaat abzusenken. Das Schutzniveau besteht hier in Gestalt einer möglichen Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Verstoßes gegen Diskriminierungsverbote. § 19 Abs. 4 AGG schließt also nicht aus, dass letztwillige Verfügungen mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG nach § 138 Abs. 1 BGB als sittenwidrig beurteilt werden können.<sup>45</sup> Hierüber trifft die Bereichsausnahme des § 19 Abs. 4 AGG keine Aussage.<sup>46</sup>

Aber auch Stimmen aus der vom erbrechtlichen Kontext losgelösten Literatur unterstreichen obige Position: Der Telos des Art. 3 Abs. 3 GG liege in der Neutralitätspflicht des Staates. Den Bürger würde eine solche Pflicht überfordern.<sup>47</sup> Aus Art. 3 Abs. 3 GG lasse sich auch kein Schutzgut der Gleichachtung und eines dementsprechenden Persönlichkeitsschutzes ableiten. Insoweit verkörpere die Norm „keinen intrinsischen Rechtswert“.<sup>48</sup>

<sup>42</sup> *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 143.

<sup>43</sup> Siehe *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 686; *MünchKommBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 21; *BeckOK BGB/Litzenburger*, § 2074 Rn. 13; *Brox/Walker*, Erbrecht, 170; *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 979.

<sup>44</sup> Vgl. *NomosKommAGG/Klose/Braunroth*, § 19 Rn. 64; *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 41. Kritisch zum pauschalen Ausschluss des § 19 Abs. 4 AGG *NomosKommAGG/Klose/Braunroth*, § 19 Rn. 65. Kritisch zur entspr. Regelung des Diskussionsentwurfs *Neuner*, JZ 2003, 57, 66. Selbst wenn man Testamente als nicht von Abs. 4 erfasst erachten würde (da anders als der Erbvertrag kein Schuldverhältnis), so scheidet die Anwendbarkeit des AGG doch an § 19 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 sowie in der Regel auch schon an § 2 Abs. 1 AGG. Siehe zum Ganzen ausführlich *NomosKommAGG/Klose/Braunroth*, § 19 Rn. 63 f.

<sup>45</sup> Siehe dazu *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 40; *NomosKommAGG/Klose/Braunroth*, § 19 Rn. 65. Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/43/EG (sog. Antirassismus-Richtlinie) sowie § 2 Abs. 3 AGG.

<sup>46</sup> So auch *BeckOGK/Mörsdorf*, § 19 AGG Rn. 55.

<sup>47</sup> Siehe *Maunz/Dürrig/Langefeld*, Art. 3 Abs. 3 Rn. 85; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz, 205 sowie 212 und 220 ff.

<sup>48</sup> So *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz, 190. Für Art. 3 Abs. 1 insoweit auch *Dreier/Heun*, Art. 3 Rn. 71; *BeckOK GG/Kischel*, Art. 3 Rn. 93. Letzterer sieht Ausnahmen nur bei einem dem Staat-Bürger-Verhältnis ähnlichen, strukturellen Gefährdungspotential aufgrund sozialer Macht angebracht (Rn. 93 und 210).

b) *Prinzip der personalen Gleichheit*

Dieser Ansicht diametral gegenüber stehen jene Stimmen, die bei Differenzierung nach den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG eine verbotene Diskriminierung annehmen und teilweise die Verfügung deshalb für nichtig erklären.<sup>49</sup>

Differenzierter ist an dieser Stelle *Michael Grünbergers* Konzept der personalen Gleichheit. Der Idee von der Präponderanz der Freiheit im Privatrecht setzt *Grünberger* ein Rechtfertigungsmodell entgegen.<sup>50</sup> Infolge eines prima facie bestehenden Anspruchs auf Gleichbehandlung sei jede Ungleichbehandlung im Privatrecht rechtfertigungsbedürftig.<sup>51</sup> Bei einfacher Ungleichbehandlung genüge im Erbrecht zwar der bloße Verweis auf die Testierfreiheit als sachlicher Grund. Bei Differenzierung nach Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG stiegen allerdings die Rechtfertigungsanforderungen. Für eine Rechtfertigung im Wege der Verhältnismäßigkeit müsse die Differenzierung durch einen vom Diskriminierungsmerkmal unabhängigen sachlichen Grund getragen sein.<sup>52</sup> Es entsteht dadurch ein „permanente[r] Rechtfertigungszwang“.<sup>53</sup>

c) *Das Motiv des Erblassers als entscheidender Faktor*

Andere Autoren sehen dagegen nicht den Erblasser in der Rechtfertigungspflicht, sondern fordern von der sich auf die Sittenwidrigkeit berufenden Person die Darlegung, dass die Differenzierung gerade aufgrund eines Merkmals des Art. 3 Abs. 3 GG erfolgt sei. Das diskriminierende Motiv ist dem-

---

<sup>49</sup> So *Canaris*, der aus Art. 3 GG ein ungeschriebenes Verbot im Sinne des § 134 BGB ableiten möchte, wonach ein Rechtsgeschäft ein Merkmal des Art. 3 Abs. 3 GG nicht zum Differenzierungskriterium erheben dürfe, *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 236. Siehe auch *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, 75; *Mangoldt/Baer/Markard*, Art. 3 Rn. 415 (Art. 3 Abs. 3 als objektives Rechtsprinzip mit mittelbarer Drittwirkung). Für unmittelbare Drittwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG *Boehmer*, in: Die Grundrechte Bd. II, 401, 422. Allerdings wird bisweilen eine Rechtfertigung ermöglicht, siehe *Staudinger*, JURA 2000, 467, 471 f.; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 510.

<sup>50</sup> Siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit, 749 ff.

<sup>51</sup> Siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit, 802. Er argumentiert, der Grundsatz der Gleichbehandlung im AGG und dem europäischen Nichtdiskriminierungsrecht markiere einen Paradigmenwechsel im deutschen und europäischen Privatrecht. Dieser Grundsatz habe die Gewichte im Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit im Zivilrecht zugunsten der Gleichheit neu verteilt. Er formuliert einen Anspruch, von jeder anderen Person als Gleicher behandelt zu werden („Präsumtion der Gleichheit“). Dieser Anspruch sei moralisch begründet und verfassungsrechtlich verankert, *Grünberger*, Personale Gleichheit, 52 ff. Er erachtet dabei die Erwartung privater Akteure, bei vergleichbaren Umständen nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt zu werden, als Kern der Gleichbehandlungspflichten (525).

<sup>52</sup> *Grünberger*, Personale Gleichheit, 510. Es dürfe sich also nicht um eine intrinsische, sondern nur um eine instrumentale Diskriminierung handeln.

<sup>53</sup> *Grünberger*, Personale Gleichheit, 803.

nach positive Voraussetzung des Sittenverstoßes. Diese Auffassung stützt sich unter anderem auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG („wegen“).<sup>54</sup> Man ist sich der Problematik bewusst, dass oft kein isoliertes Motiv, sondern ein ganzes Motivbündel hinter der letztwilligen Verfügung steht. Dies sei jedoch eine Frage der Beweisbarkeit und die Aufklärung der Motivlage sei – wie in anderen Rechtsbereichen auch – Aufgabe des Richters.<sup>55</sup>

Teilweise wird mit dem BGH gefordert, dass die Verfügung erniedrigende Wirkung haben müsse und die Differenzierung auf eine solche Beeinträchtigung der Würde auch abziele.<sup>56</sup> Andere dagegen wollen Sittenwidrigkeit nur bei bestimmten Diskriminierungsmerkmalen annehmen, insbesondere bei einer Differenzierung nach Rasse.<sup>57</sup> Hiergegen sei das Rechtsbewusstsein besonders allergisch, so *Paul Mikat*.<sup>58</sup> Und *Heinrich Lange* meint, eine Nichtigkeit bei Betätigung antisemitischer Gesinnung lasse sich aus einer kollektiven Wiedergutmachungspflicht rechtfertigen.<sup>59</sup>

Diese Stimmen sind somit zwischen den beiden zuvor genannten Lagern eines generellen Vorranges der Testierfreiheit und einer grundsätzlichen Rechtfertigungspflicht des Erblassers anzusiedeln.

### III. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen

Die bisherigen Ausführungen betrafen Zweipersonenverhältnisse, also Fälle, in denen der Erblasser an ein Merkmal der von ihm bedachten Person anknüpft. Differenzierungen nach Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG sind in letztwilligen Verfügungen aber auch dergestalt zu finden, dass sie nicht an der bedachten Person selbst anknüpfen, sondern im Rahmen letztwilliger Bedingungen das Merkmal eines Dritten betreffen. So etwa auch im Hohenzollern-Fall, wo der Erblasser seinen Abkömmlingen ansann, eine Frau einer gewissen Abstammung und Religion zu heiraten. In derartigen Fällen sind

---

<sup>54</sup> In diesem Sinne *Leipold*, in: 50 Jahre BGH, 1011, 1043; *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 600 (beschränkt auf Rasse und Religion); *von Lübtow*, Erbrecht Bd. I, 309; *Horsch*, Rpfleger 2005, 285, 292; *Otte*, JA 1985, 192, 194. Vgl. auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 307 ff.; *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 3 Rn. 10.

<sup>55</sup> Siehe *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 601 ff.; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 309.

<sup>56</sup> Siehe *Soergel/Stein*, § 1937 Rn. 26; *Maunz/Dürig/Langensfeld*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 152; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 396 (jeweils unter Verweis auf den Hohenzollern-Beschluss des BGH). Vgl. auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 305.

<sup>57</sup> *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 359 (Fn. 182: Geschlecht, Rasse, Religion); *Lange*, Erbrecht (1. Aufl. 1962), 375 (Rasse); *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 596 f. (Rasse, Religion); *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 396 (insbes. Rasse). Kritisch zu diesen Einschränkungen *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 302 ff.; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 151 f.

<sup>58</sup> *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 597.

<sup>59</sup> *Lange*, Erbrecht (1. Aufl. 1962), 378 (Fn. 7).

demnach drei Parteien involviert: der Erblasser, der benachteiligte (potentielle) Erbe sowie eine dritte Person als Träger des Merkmals, an das der Erblasser anknüpft.<sup>60</sup>

### 1. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung kam die Problematik letztwilliger Diskriminierung im Dreiecksverhältnis bisher nur selten zur Sprache. Deutsche Gerichte beschäftigten sich in der Vergangenheit zwar häufiger mit letztwilligen Bedingungen, mit deren Hilfe die Erbenstellung davon abhängig gemacht wurde, dass der Bedachte eine Person eines bestimmten Glaubens oder einer bestimmten Abstammung heiratet.<sup>61</sup> Doch beschränkte sich die rechtliche Würdigung meist auf den Bedingungszusammenhang im engeren Sinne und damit auf Aspekte wie die Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit.<sup>62</sup>

Genauere Betrachtung verdienen erneut die schon angeführten Erbstreitigkeiten in den Adelshäusern Leiningen und Hohenzollern.<sup>63</sup> Im Falle Leiningen lehnte das BayObLG zunächst eine (direkte) Diskriminierung des potentiellen Erben nach Abstammung und Herkunft ab, da dieser aus einer hausgesetzmäßigen Ehe stamme. Darüber hinaus – und damit meint das Gericht wohl das Dreiecksverhältnis – sei der Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 GG nur am Rande berührt. Denn die für die Erbenstellung erforderliche Zustimmung des Familienoberhauptes zur Eheschließung orientiere sich nicht (allein) an Abstammung und Herkunft der Ehefrau.<sup>64</sup> Das Gericht schien eine Diskriminierung im Dreiecksverhältnis somit zwar grundsätzlich für rechtlich relevant zu halten, lehnte sie aber im konkreten Fall ab.

Daneben sind die Entscheidungen im Hohenzollern-Fall zu beachten. Das OLG Stuttgart ließ angesichts der Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit sowie der Verletzung des Diskriminierungsverbots die Testierfreiheit zurücktreten.<sup>65</sup> Mit Blick auf eine Diskriminierung nach Abstammung formulierte das Gericht:

„Es bestehen durchgreifende Bedenken dagegen, daß angesichts der verfassungsrechtlichen Prämisse von der Gleichheit aller Menschen die Zugehörigkeit einer Mutter oder einer

---

<sup>60</sup> Vgl. *Grünberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships*, 6; *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 620 ff.

<sup>61</sup> Siehe dazu oben Kapitel 2 – A.II. (174).

<sup>62</sup> Vgl. hierzu kritisch *Grünberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships*, 48. Siehe auch *Notariat V Mannheim*, *BWNotZ* 1989, 16, 16 (Ausschluss von der Erbfolge, wer eine Person nicht katholischen Bekenntnisses heiratet). Das Notariat/Nachlassgericht scheint zwar die Annahme der Sittenwidrigkeit u.a. auf Art. 3 Abs. 3 GG zu stützen. Die Ausführungen bleiben aber leider oberflächlich.

<sup>63</sup> Vgl. zu diesen Fällen schon oben Kapitel 2 – A.II.4. (181).

<sup>64</sup> Siehe BayObLG, *FamRZ* 2000, 380, 387.

<sup>65</sup> Siehe OLG Stuttgart, *FamRZ* 1998, 260, 262.

Ehefrau zu einem [...] Stand zur maßgeblichen Voraussetzung für die Erbenstellung erhoben wird.“<sup>66</sup>

Indem das Gericht die Ehefrau in Bezug nimmt, scheint es auch die Diskriminierung im Dreiecksverhältnis für relevant zu erachten. Doch bleibt letztlich unklar, welches Gewicht diesem Aspekt im Vergleich zur direkten Diskriminierung und zur beeinträchtigten Eheschließungsfreiheit beigemessen wird.

Der BGH, der die Klauseln für wirksam erklärte, ging auf die Dreiecks-konstellation nicht ein. Mit Blick auf Art. 3 GG wurde nur jener Teil der Klausel behandelt, der den potentiellen Erben selbst hinsichtlich Abstammung und Herkunft betrifft.<sup>67</sup> Das BVerfG verzichtete dann gänzlich auf Ausführungen zu Art. 3 GG.<sup>68</sup>

Der Blick auf die einschlägige Rechtsprechung offenbart somit, dass die Gerichte letztwillige Diskriminierungen im Dreiecksverhältnis – sofern das Thema überhaupt angesprochen wurde – zwar bisweilen als relevant erachten, ihre Entscheidungen aber nie maßgeblich auf diese Erwägung stützten. Es finden sich daher leider kaum nähere Ausführungen zu diesem Gesichtspunkt.<sup>69</sup>

## 2. Aussagen des Schrifttums

Ähnlich spärlich gestaltet sich der Befund für das Schrifttum. Manche Autoren wollen die Dreieckskonstellation nicht unter gleichheits-, sondern nur unter freiheitsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet wissen.<sup>70</sup>

Zwei Autoren beschäftigten sich ausführlicher mit der Thematik, darunter *Georg Thielmann*. In Bedingungskonstellationen, in denen der Erblasser vom potentiellen Erben ein bestimmtes Verhalten verlangt, das auf eine Diskriminierung Dritter hinauslaufen kann, betrachtet er den potentiellen Erben als

---

<sup>66</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 261.

<sup>67</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569 f.

<sup>68</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2004, 2008, 2011. Erst das OLG Stuttgart scheint im weiteren Verfahrensgang wieder am Rande auf die Dreieckskonstellation anzuspielen, siehe OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 1863, 1865. Auch hier erfolgen aber keine genaueren Ausführungen.

<sup>69</sup> Insoweit kritisch zum Hohenzollern-Fall *Grünberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships*, 48; *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 511.

<sup>70</sup> So bspw. *Bezzenger*, AcP 196 (1996), 395, 418. In der Dreieckskonstellation folge das Sittenwidrigkeitsurteil aus dem Versuch, dem Kind (qua Bedingung) fremde Maßstäbe für die Wahl seines Ehepartners aufzudrängen. Vgl. auch *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung*, 396.

Demgegenüber Art. 3 Abs. 3 GG eigenständige Bedeutung zubilligend *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 597: Sittenwidrigkeit bei Enterbung der Tochter für den Fall der Eheschließung mit einem Juden, einem Farbigen oder einem Angehörigen einer sonstigen Rasse. Siehe auch *Mangoldt/Baer/Markard*, Art. 3 Rn. 415: Der Ausschluss einer Frau von der Erbfolge, weil sie eine rassistisch als nicht-weiß markierte Person oder einen Juden geheiratet hat, sei anstößig und ein Rechtsverstoß.

Werkzeug des Erblassers für eine gegen Art. 3 GG verstoßende Diskriminierung.<sup>71</sup> *Thielmann* fordert neben der sachwidrigen Differenzierung eine Erniedrigung des Dritten und eine entsprechende Diskriminierungsabsicht. Da der Dritte dem Erblasser aber oft gleichgültig sei (Diskriminierung als bloße Nebenwirkung), scheitere die Unwirksamkeit der Verfügung in der Regel am erforderlichen Erblassermotiv.<sup>72</sup>

*Michael Grünberger* legt bisweilen strengere Maßstäbe an. Im Rahmen seiner Ausführungen zu Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der Erbfolge bezeichnet er den Hohenzollern-Fall als klassischen Anwendungsfall einer Diskriminierung im Dreiecksverhältnis und verweist dabei auf seine Darstellungen zum europäisch geprägten speziellen Nichtdiskriminierungsrecht.<sup>73</sup> Dort plädiert er für eine Ausdehnung des Nichtdiskriminierungsrechts auf Dreiecksverhältnisse. Danach sollen auch Fälle erfasst sein, in denen sich ein benachteiligter Nicht-Merkmalsträger mit einem Merkmalsträger assoziiert.<sup>74</sup> Diese Forderung wird auf eine Entscheidung des EuGH sowie US-amerikanische Rechtsprechung gestützt.<sup>75</sup> Ein solches Verständnis schütze die Freiheit aller Personen, sich mit Merkmalsträgern zu assoziieren, ohne soziale Nachteile erleiden zu müssen. Das Nichtdiskriminierungsrecht dürfe den Agenten des von ihm angestrebten sozialen Wandels nicht schutzlos stellen.<sup>76</sup> Auch werde der Merkmalsträger vor Nachteilen geschützt.<sup>77</sup> Hinter dieser Argumentation steht – wie sich auch aus den angeführten Entscheidungen ergibt – letztlich der Gedanke möglichst effektiver Durchsetzung des Anti-Diskriminierungsrechts.<sup>78</sup> *Grünberger* kritisiert mit Blick auf den Hohenzollern-Fall, dass die Gerichte es versäumt hätten, sich mit der Diskriminierung im Dreiecksverhältnis auseinanderzusetzen.<sup>79</sup>

Trotz der sehr übersichtlichen Anzahl der Literaturstimmen zeigt sich auch hier ein diverses Meinungsbild. Dieses reicht von uneingeschränkter Zulässigkeit letztwilliger Diskriminierung im Dreiecksverhältnis bis zu einer deutlichen Beschränkung der Testierfreiheit über den Assoziierungsgedanken.

---

<sup>71</sup> *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 310 f.

<sup>72</sup> *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 311 f.

<sup>73</sup> Siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit, 511.

<sup>74</sup> *Grünberger*, Personale Gleichheit, 623. Insbes. auch zur Frage nach der erforderlichen Qualität der Assoziierung siehe *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships, 54 ff.

<sup>75</sup> Vgl. *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships, 58.

<sup>76</sup> *Grünberger*, Personale Gleichheit, 623; *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships, 58 ff.

<sup>77</sup> Vgl. *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships, 60.

<sup>78</sup> Vgl. *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships, 58

<sup>79</sup> *Grünberger*, Personale Gleichheit, 511; *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships, 48.

#### IV. Zwischenergebnis Deutschland

Die vorherrschende deutsche Position lässt sich dergestalt zusammenfassen, dass grundsätzlich Zurückhaltung geübt wird bei der Beschränkung der Testierfreiheit aus Gleichheits- und Anti-Diskriminierungserwägungen.

### B. England

Auch in England ist die Zahl der Entscheidungen, in denen sich Gerichte mit letztwilliger Diskriminierung zu beschäftigen hatten, nicht besonders hoch.<sup>80</sup> Neben der zu einer letztwilligen Bedingung ergangenen Entscheidung *Blathwayt v Cawley* betrafen die Fälle mehrheitlich *charitable trusts*.

#### I. Diskriminierung in *charitable trusts*

##### 1. Der englische *trust*

Weil der *charitable trust* bisweilen speziellen Regeln unterliegt, erscheint eine kurze Einführung in die Grundzüge des (*charitable*) *trust* angebracht.<sup>81</sup> Ein Überblick über das Recht des *trust* ist angesichts der langen Entwicklungsgeschichte seit dem späten Mittelalter,<sup>82</sup> der vielgestaltigen Anwendungsmöglichkeiten und dem Fehlen einer Legaldefinition kein leichtes Unterfangen.<sup>83</sup> Im Fall eines *trust* obliegt einer Person (dem *trustee*) die Pflicht, mit einem Vermögensgegenstand in einer bestimmten Weise zu verfahren, meist zugunsten eines Begünstigten (*beneficiary*). Zwar hat der *beneficiary* gewisse Rechte mit Blick auf das Vermögen (*beneficial interest*), doch ist der *trustee* rechtlicher Eigentümer des Vermögens (*legal owner*). Der *trustee* hat dabei in der Regel aber kein persönliches wirtschaftliches Interesse am Vermögen.<sup>84</sup>

Ein *trust* entsteht entweder durch explizite Anordnung der Person, die das Vermögen zuvor innehatte (*settlor*, Gründer des *trust*) oder aufgrund sonstiger Umstände (man könnte auch sagen „kraft Gesetzes“). Kommt der *trust* kraft expliziter Anordnung zustande, nennt man ihn *express trust*. Ein solcher kann sowohl lebzeitig (*inter vivos trust*) als auch letztwillig angeordnet wer-

<sup>80</sup> Vgl. auch *Harding*, CJCL 2 (2016), 227, 230.

<sup>81</sup> Vgl. auch *Zimmermann*, in: FG Kaser (1986), 395, 398: „Die Rechtsfigur des *trust* ist eine der bedeutendsten Schöpfungen der englischen ‚equity‘ und zugleich ein besonders charakteristisches Merkmal des anglo-amerikanischen common law [...]“.

<sup>82</sup> Siehe zu den Anfängen der Entwicklung *Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*, 12 f.; *Hudson*, *Equity and Trusts*, 36 ff.

<sup>83</sup> Vgl. auch *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 1 f.

<sup>84</sup> Siehe *Thomas/Hudson*, *The Law of Trusts*, 11 f.; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 2; *Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*, 30.

den (*testamentary trust*).<sup>85</sup> Im Fall eines *express testamentary trust* ist der Erblasser also gleichzeitig der Gründer des *trust* (der *settlor*).

Den *trustee* (sozusagen den Treuhänder) trifft die Pflicht, das Vermögen des *trust* in der vom *settlor* vorgesehenen Art und Weise zu verwalten. Dazu gehört typischerweise die Pflicht, gewisse Summen oder Gegenstände an die Begünstigten auszukehren, oft aber auch die Pflicht, das Vermögen gewinnbringend anzulegen und entsprechend zu verwalten.<sup>86</sup> Es gibt eine Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten, sowohl in personeller als auch in sachlicher Hinsicht.<sup>87</sup> So werden *trusts* in verschiedenster Hinsicht eingesetzt, bspw. zur Weitergabe von Vermögen innerhalb der Familie, zur privaten Altersvorsorge, zur Kapitalanlage oder auch zu gemeinwohlfördernden Zwecken.<sup>88</sup>

Gerade in letzterem Fall gibt es oft keinen spezifischen *beneficiary*. Stattdessen kann der *trust* die Verfolgung eines bestimmten Ziels zum Gegenstand haben. Falls dieses Ziel die Voraussetzungen des *charity law* (u. a. das Kriterium des *public benefit*) erfüllt, liegt ein sogenannter *charitable trust* vor.<sup>89</sup> Die Rechtsordnung begünstigt und unterstützt *charitable trusts* in mehrfacher Hinsicht.<sup>90</sup> So gelten für *charitable trusts* neben zahlreichen Steuererleichterungen auch geringere Bestimmtheitsanforderungen und Ausnahmen von Regeln, die Art und Länge der Vermögensbindung betreffen.<sup>91</sup> Die Begünstigungen bestehen allerdings nicht nur in Ausnahmen von bestimmten Regeln, sondern auch darin, dass das Recht *charitable trusts* aktiv mit gewissen Mechanismen fördert bzw. vor dem Erlöschen bewahrt.<sup>92</sup> Hierzu zählt neben einer wohlwollenden Auslegung<sup>93</sup> vor allem die *cy-près*-Doktrin.<sup>94</sup> Letztere erlaubt, einen *trust* abzuändern, falls sich dieser als unausführbar erweist und man beim Gründer einen (über den spezifischen Zweck hinausgehenden)

---

<sup>85</sup> *Thomas/Hudson*, *The Law of Trusts*, 12; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 3 f.

<sup>86</sup> *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 8 ff.

<sup>87</sup> In personeller Hinsicht können bspw. der *settlor* und der *trustee* personenidentisch sein. Auch kann der *settlor* gleichzeitig *beneficiary* sein. Nur kann ein einziger *trustee* nicht einziger *beneficiary* sein. Siehe dazu *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 5 ff.

<sup>88</sup> Siehe *Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 6 ff.; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 13. Siehe insbes. rechtshistorisch *Zimmermann*, in: *FG Kaser* (1986), 395, 398 f.

<sup>89</sup> Siehe *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 6 und 108 f.

<sup>90</sup> Im Überblick dazu *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 3-001 ff.

<sup>91</sup> *Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 488 ff.; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 109 f.

<sup>92</sup> *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 110.

<sup>93</sup> Siehe *Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 489; *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 7-013.

<sup>94</sup> Die sprachlichen Wurzeln des Begriffs liegen im mittelalterlichen Rechtsfranzösisch, vgl. *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung*, 147 (Fn. 46).

übergeordneten wohltätigen Willen feststellen kann. Der geänderte Zweck muss so nahe wie möglich am ursprünglichen Willen des Gründers liegen.<sup>95</sup> Heute sind Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Anwendung der Doktrin in ausdifferenzierter Form im *Charities Act 2011* geregelt.<sup>96</sup>

Hinter diesen Begünstigungen steht wohl der Gedanke, dass ein *charitable trust* in Anbetracht seiner Gemeinnützigkeit der Gemeinschaft möglichst erhalten bleiben sollte.<sup>97</sup>

## 2. Die englischen Fälle

Die englische Rechtsprechung zu letztwilliger Diskriminierung in *charitable trusts* soll nun anhand zweier Entscheidungen dargestellt werden.

### a) *In Re Lysaght (1965)*

Hierzu zählt insbesondere eine Entscheidung aus dem Jahr 1965.<sup>98</sup> Die Erblasserin Mrs. Lysaght hatte letztwillig einen *trust* errichtet mit dem Ziel, dem *Royal College of Surgeons of England* eine Summe von £ 5.000 zu übertragen. Das College sollte die Summe wiederum im Rahmen eines *trust* anlegen und aus den Erträgen Stipendien für die Förderung medizinischer Ausbildung und Forschung bereitstellen. Die Erblasserin hatte aber für die Vergabe der Stipendien folgende Auswahlkriterien bestimmt: ein potentieller Stipendiat müsse qua Geburt britischer Staatsangehöriger und Sohn eines ebenfalls britischen Mediziners sein, dürfe weder jüdischen noch römisch-katholischen Glaubens sein, und müsse unverheiratet sowie zwischen 19 und 30 Jahre alt sein. Das College weigerte sich, die Gelder unter diesen Bedingungen anzunehmen. Die *trustees* der Erblasserin beantragten die gerichtliche Feststellung, ob die nach der Religion diskriminierenden Bestimmungen gestrichen werden können. Es wurde vorgebracht, diese Kriterien seien zum einen zu

<sup>95</sup> Einführend zur Doktrin siehe *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 111 f. und 183 f.; *Oakley*, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 532 f. Siehe historisch-rechtsvergleichend *Zimmermann*, in: FG Kaser (1986), 395.

<sup>96</sup> Siehe im Überblick *Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*, 334 ff. Die Fälle, in denen eine Anwendung der *cy-près*-Doktrin möglich ist, wurden erweitert und sind geregelt in section 62 des *Charities Act 2011* (c.25). Siehe dazu *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 9-004 ff. und 10-052 ff. Section 67 regelt die bei einer Änderung im Wege der *cy-près*-Doktrin zu berücksichtigenden Umstände. Siehe dazu *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 11-001 ff. und zur früheren Rechtslage Ziffer 11-011. Nach wie vor ist eine „general charitable intention“ bei anfänglichen Hürden erforderlich, nicht dagegen, wenn ein *trust* sich nach seiner Entstehung Hindernissen gegenüber sieht, dazu *Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*, 338 ff.; *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 9-018 (mit Fn. 60).

<sup>97</sup> Siehe *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 109 ff. Siehe auch *Zimmermann*, in: FG Kaser (1986), 395, 400.

<sup>98</sup> *In Re Lysaght* [1966] Ch 191.

unbestimmt und verstießen zum anderen aufgrund der diskriminierenden Wirkung gegen die *public policy*.<sup>99</sup>

Das Gericht lehnte beides ab. Mit Blick auf die Bestimmtheitsanforderungen im englischen Recht betonte es die lange übliche Unterscheidung zwischen auflösenden und aufschiebenden Bedingungen (bzw. Voraussetzungen). Da es sich hier um bloße Voraussetzungen handle (für die geringere Bestimmtheitsanforderungen gelten) und es genügend Personen gebe, die eindeutig weder jüdischen noch römisch-katholischen Glaubens seien, scheitere die Klausel nicht an mangelnder Bestimmtheit.<sup>100</sup> Und auch ein Verstoß gegen die *public policy* wurde verneint. Zwar stellte *Buckley J* zunächst kritisch fest:

„I accept that racial and religious discrimination is nowadays widely regarded as deplorable in many respects and I am aware that there is a Bill dealing with racial relations at present under consideration by Parliament [...]. The testatrix's desire to exclude persons of the Jewish faith or of the Roman Catholic faith [...] appears to me to be unamiable, and I would accept [...] that it is undesirable [...].“<sup>101</sup>

All dies genügte ihm aber nicht für einen Verstoß gegen die *public policy*:

„[...] but I think that it is going much too far to say that the endowment of a charity, the beneficiaries of which are to be drawn from a particular faith [...], is contrary to public policy“.<sup>102</sup>

Und dennoch wurde die Klausel zur Religionszugehörigkeit letztlich gestrichen. Dabei stand allerdings nicht die diskriminierende Wirkung selbst im Vordergrund, sondern vielmehr die Weigerung des College, die Gelder unter diesen Bestimmungen zu akzeptieren. Ein Beharren auf den diskriminierenden Bestimmungen würde das Entstehen der Stipendien verhindern und somit der Verwirklichung des Willens der Erblasserin widersprechen.<sup>103</sup> Das Gericht griff zur *cy-près*-Doktrin.<sup>104</sup> Das Gericht erklärte, die Errichtung der Medizin-Stipendien und ihre Verwaltung durch das College seien wesentliche Bestandteile des übergeordneten Willens der Erblasserin. Dass dies auch genauso auf die Auswahlkriterien zutrefte, sei nicht ersichtlich.<sup>105</sup> Und so wurden die nach der Religion differenzierenden Bestimmungen gestrichen.<sup>106</sup> Gerade dieser Fall wird als Beispiel dafür angeführt, dass das Bestreben der

<sup>99</sup> Zum Sachverhalt siehe *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 194 ff.

<sup>100</sup> *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 206.

<sup>101</sup> *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 206.

<sup>102</sup> *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 206.

<sup>103</sup> *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 207.

<sup>104</sup> Siehe *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 202 f.

<sup>105</sup> *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 204.

<sup>106</sup> *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 209.

Gerichte, *charitable trusts* nach Möglichkeit zu erhalten, sich in einer eher freien Auslegung des Gründerwillens äußern kann.<sup>107</sup>

Hier und in ähnlichen Fällen zeigten sich die Gerichte mithin gewillt, die Bestimmungen eines *charitable trust* zu ändern.<sup>108</sup> Dies geschah unter anderem über den Weg der *cy-près*-Doktrin, nicht jedoch über das Instrument der *public policy*.<sup>109</sup>

b) *In Re Harding (2007)*

Auch der jüngste Fall führt diese Rechtsprechungslinie im Kern fort. Die Erblasserin Schwester Joseph Harding hatte ihr gesamtes Vermögen der Diözese von Westminster hinterlassen, um dieses im Rahmen eines *trust* der schwarzen Bevölkerung von vier Londoner Bezirken zugute kommen zu lassen. Die gesetzlichen Erben der Erblasserin beriefen sich auf mangelnde Bestimmtheit der zu begünstigenden Personengruppe sowie auf einen Verstoß gegen die *public policy* wegen einer Diskriminierung nach Rasse.<sup>110</sup>

Auch hier lehnte das Gericht beide Unwirksamkeitsgründe ab. Die Begünstigten eines *charitable trust* müssten nicht mit dem gleichen Bestimmtheitsgrad beschrieben werden wie die eines *private trust*.<sup>111</sup> Mit Blick auf den Vorwurf eines Verstoßes gegen die *public policy* wegen Diskriminierung nach Rasse meinte *Lewis J*, es gebe keine Spur einer solchen *public policy* in früheren Urteilen. Zwar hätten sich die Zeiten inzwischen geändert. Doch bestehe die Lösung in solchen Fällen nicht darin, die Zuwendung insgesamt für unwirksam zu erklären. Stattdessen sei lediglich der Bezug zur Hautfarbe zu entfernen, was durch section 34 des *Race Relations Act 1976* ermöglicht werde.<sup>112</sup> Hiernach

<sup>107</sup> Siehe *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 112. Zu diesem Aspekt noch unten Kapitel 3 – D.II.2.b)aa) (381).

<sup>108</sup> Siehe auch *In Re Dominion Students' Hall Trust* [1947] Ch 183, 186 f. (Unterkunft für europäisch-stämmige männliche Studenten aus den britischen Überseegebieten; Abstammungskriterium über *cy-près*-Doktrin gestrichen, allerdings keine letztwillige Anordnung). Doch nicht immer beschritten die Gerichte den Weg über die *cy-près*-Doktrin, siehe *In Re Meres' Will Trust*, *The Times* (4. Mai 1957), 10 (medizinische Forschungsstipendien für Männer reiner englischer, irischer oder schottischer Abstammung, Ausschluss von Farbigen und Juden; Unwirksamkeit der Kriterien wegen Unbestimmtheit aber Aufrechterhaltung der Zuwendung). Siehe auch *In Re Gott* [1944] Ch 193, 195 ff.

<sup>109</sup> Siehe dazu auch *Harding*, *OJLS* 31 (2011), 303, 305 f.: „In none of these cases did a court explicitly interfere with a discriminatory disposition because it was discriminatory“.

<sup>110</sup> Zum Sachverhalt siehe *In Re Harding* [2008] Ch 235, 235 ff.

<sup>111</sup> *In Re Harding* [2008] Ch 235, 241 f.

<sup>112</sup> *In Re Harding* [2008] Ch 235, 242. Section 34 *Race Relations Act 1976*: „A provision which is contained in a charitable instrument [...] and which provides for conferring benefits on persons of a class defined by reference to colour shall have effect for all purposes as if it provided for conferring the like benefits – (a) on persons of the class which results if the restriction by reference to colour is disregarded; or (b) where the original class is defined by reference to colour only, on persons generally [...]“.

wurde der Verweis auf die Hautfarbe gestrichen und die Zuwendung als *charitable trust* zu Händen der Diözese von Westminster behandelt.<sup>113</sup>

Erneut verneinte also ein Gericht einen Verstoß gegen *public policy* und Bestimmtheitsgebot. Doch wurde auch hier die angegriffene Bestimmung im Ergebnis entfernt. Neu ist allerdings der Weg über den *Race Relations Act*. Dieser war zum Zeitpunkt der zuvor beschriebenen Entscheidung noch nicht verabschiedet gewesen. Der Weg über die *cy-près*-Doktrin war im hiesigen Fall nicht möglich, da sich die Diözese – anders als die Institutionen in früheren Fällen – nicht geweigert hatte, die Zuwendung anzunehmen.

### 3. Ausblick

Insbesondere die jüngere Anti-Diskriminierungs-Gesetzgebung in Gestalt des *Equality Act 2010* hatte in den angeführten Entscheidungen noch keine Berücksichtigung gefunden. Dessen möglicher Einfluss auf zukünftige Fälle letztwilliger Diskriminierung in *charitable trusts* soll daher kurz beleuchtet werden. Ausgangspunkt könnten sowohl die Normen des *Equality Act* selbst sein, aber auch die *public policy* sowie die Gemeinnützigkeitsvoraussetzung des *public benefit*.

Der 2010 verabschiedete *Equality Act*<sup>114</sup> hat die bis dahin geltende Vielzahl an Anti-Diskriminierungsgesetzen zusammengefasst, harmonisiert und teilweise erweitert.<sup>115</sup> Unter den einbezogenen Gesetzen befand sich auch der *Race Relations Act 1976*,<sup>116</sup> auf dessen Grundlage das Kriterium der Hautfarbe in der soeben erwähnten Entscheidung *In Re Harding* aus der Klausel gestrichen worden war. Section 34 (1) des *Race Relations Act* entspricht der heutigen section 193 (4) des *Equality Act*.<sup>117</sup> Auch diese Norm enthält also ein pauschales Verbot, im Bereich der *charities* nach der Hautfarbe zu unterscheiden, indem sie die Fortgeltung der Verfügung ohne das Kriterium der Hautfarbe anordnet.<sup>118</sup> Insofern könnte ein solcher Fall heute auf ähnliche Weise entschieden werden.

Abgesehen von einer Differenzierung nach Hautfarbe scheint der Einfluss des *Equality Act* für hiesige Fälle aber eher beschränkt zu sein – umso mehr,

<sup>113</sup> *In Re Harding* [2008] Ch 235, 243.

<sup>114</sup> *Equality Act 2010* (c.15).

<sup>115</sup> Siehe dazu *Hepple*, *Equality*, 1 f.; *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 6-046; *Fredman*, *Discrimination Law*, 145.

<sup>116</sup> Siehe *Hepple*, *Equality*, 2 (Fn. 2).

<sup>117</sup> Dazu *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 6-046.

<sup>118</sup> Section 193 (4) *Equality Act 2010*: „If a charitable instrument enables the provision of benefits to persons of a class defined by reference to colour, it has effect for all purposes as if it enabled the provision of such benefits – (a) to persons of the class which results if the reference to colour is ignored, or (b) if the original class is defined by reference only to colour, to persons generally.“ Siehe dazu *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 6-046; *Barlow/Wallington/Meadway/MacDougald*, *Williams on Wills Bd. I*, Ziffer 103.12.

wenn man den Bereich der *charitable trusts* verlässt und „rein private“ Verfügungen betrachtet.<sup>119</sup> Es wird zwar diskutiert, inwieweit der *Human Rights Act* Einfluss auf Auslegung und Anwendung des *Equality Act* haben kann.<sup>120</sup> Im Raum steht insbesondere die Frage, ob Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) über section 3 *Human Rights Act* (Verpflichtung zur EMRK-konformen Auslegung) den Anwendungsbereich des *Equality Act* erweitern könnte.<sup>121</sup> Das Verhältnis scheint aber noch wenig geklärt.<sup>122</sup>

Alternativ könnten diskriminierende Bestimmungen auch über die *public policy* angegriffen werden. Hierbei könnten der *Human Rights Act* und der *Equality Act* im Wege der Horizontalwirkung zum Tragen kommen.<sup>123</sup> Allerdings muss beachtet werden, dass ein Verstoß gegen die *public policy* in derartigen Fällen bislang immer abgelehnt wurde – wie auch noch 2007 im Fall *In Re Harding*, wo stattdessen die gesetzlichen Bestimmungen des *Race Relations Act* als Anknüpfungspunkt gewählt wurden.

Einen weiteren Ansatzpunkt könnte – zumindest für *charitable trusts* – das *charity law* selbst bieten. Denkbar wäre, aufgrund der Diskriminierung die

---

<sup>119</sup> So erfasst der *Equality Act* nur Diskriminierungen in bestimmten Bereichen wie (Dienst)Leistungen an die Öffentlichkeit, Wohnen (bzw. Grund und Boden), Beschäftigungsverhältnisse, Bildung, Vereinigungen oder die Beförderung von Menschen mit Behinderung. Fälle außerhalb dieser Bereiche unterfallen den Diskriminierungsverboten grundsätzlich nicht, siehe *Fredman*, *Discrimination Law*, 145. Zudem besteht für *charities* eine Ausnahmegvorschrift, wonach kein Verstoß im Sinne des Gesetzes vorliegt, wenn die Differenzierung in angemessener Weise ein legitimes Ziel verfolgt, siehe section 193 (1) und (2). Siehe zum Ganzen auch *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 6-046. Vgl. darüber hinaus zu *educational charities* section 99 i. V. m. schedule 14 *Equality Act* 2010 (c.15) und die *Explanatory Notes*, 191 f. auf <<https://perma.cc/R6VE-HF32>>.

<sup>120</sup> Siehe zum *Human Rights Act* schon oben Kapitel 2 – B.IV. (210).

<sup>121</sup> Siehe *Oliver*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 206, 206 f. und 214 ff. Siehe insbes. die Entscheidung *Catholic Care (Diocese of Leeds) v Charity Commission for England and Wales* [2010] 4 All ER 1041, 1060 ff. und die Folgeentscheidung *Catholic Care (Diocese of Leeds) v Charity Commission for England and Wales* [2013] 2 All ER 1114, 1120. Vgl. dazu *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 6-046.

<sup>122</sup> Vgl. *Oliver*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 206, 206 f. und 222. Ein solcher Einfluss könnte u.U. daran scheitern, dass Art. 14 EMRK kein eigenständiges Diskriminierungsverbot darstellt, sondern nach seinem Wortlaut nur in Verbindung mit einem anderen Recht der EMRK geltend gemacht werden kann. Das Vereinigte Königreich hat Protokoll Nr. 12 zur EMRK, das ein eigenständiges Diskriminierungsverbot enthält, nicht ratifiziert. Siehe dazu *Oliver*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 206, 207 ff.

<sup>123</sup> Siehe zum möglichen Einfluss des *Human Rights Act* und Art. 14 EMRK *Harding*, OJLS 31 (2011), 303, 311 ff. *Harding* sieht auch hier die Tatsache, dass Art. 14 EMRK kein eigenständiges Diskriminierungsverbot darstellt, als mögliches Hindernis. Zur Thematik der Horizontalwirkung insbes. des *Human Rights Act* im englischen Recht schon Kapitel 2 – B.IV. (210).

Voraussetzung des *public benefit* zu verneinen.<sup>124</sup> Dieser Weg scheint jedoch bisher von der Rechtsprechung noch nicht beschritten worden zu sein.<sup>125</sup> Angesichts der bisherigen Rechtsprechung erscheint es somit als wahrscheinlicher, dass zu den spezifischen Bestimmungen des *Equality Act* gegriffen wird, statt den Weg über *public policy* oder *public benefit* zu beschreiten.

## II. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen

Obwohl das Thema letztwilliger Diskriminierung bislang vorwiegend im Rahmen von *charitable trusts* Aufmerksamkeit erfahren hatte, finden sich – wie im vorigen Kapitel schon gesehen – auch in England Fälle mit letztwilligen Bedingungen, die nach Merkmalen wie Abstammung oder Religion differenzieren und somit eine Betrachtung unter Diskriminierungsgesichtspunkten rechtfertigen.<sup>126</sup> Die englische Rechtsprechung schwieg sich zu diesem Gesichtspunkt lange Zeit völlig aus – derartige Einwände waren von den Parteien nicht vorgebracht worden.<sup>127</sup>

### 1. *Blathwayt v Cawley* (1975)

Die wohl einzige Entscheidung, die sich explizit mit einer möglichen Diskriminierung in einer letztwilligen Bedingung beschäftigte, ist die schon erwähnte Entscheidung des *House of Lords* in *Blathwayt v Cawley* aus dem Jahr 1975. Der Erblasser hatte mittels einer auflösenden Bedingung angeordnet, dass jede von ihm bedachte Person die Begünstigung wieder verliere, sollte sie römisch-katholisch werden.<sup>128</sup> Ein Parteivertreter brachte vor, dass sich die öffentliche Meinung inzwischen gegen derartige Diskriminierungen ausspreche, was im englischen *Race Relations Act* sowie der EMRK auch entsprechenden Niederschlag gefunden habe. Daher verstoße die Klausel gegen die *public policy*.<sup>129</sup> Neben den oben schon behandelten Aussagen zum Bedingungs-zusammenhang<sup>130</sup> verhielt sich das Urteil auch zu diesem Vorwurf. Die Voten der Lords lehnten einen Verstoß gegen die *public policy* durchweg ab. Die markantesten Worte fand *Lord Wilberforce*:

„[...] I do not doubt that conceptions of public policy should move with the times and that widely accepted treaties and statutes may point the direction in which such conceptions [...] ought to move. It may well be that conditions such as this are, or at least are becoming, inconsistent with standards now widely accepted. But acceptance of this does not

<sup>124</sup> Siehe *Harding*, CJCL 2 (2016), 227, 249 f.

<sup>125</sup> Vgl. auch *Harding*, CJCL 2 (2016), 227, 249.

<sup>126</sup> Vgl. bspw. *Perrin v Lyon* (1807) 9 East 170 (auflösende Bedingung für den Fall, dass Frau oder Tochter einen Schotten heiraten).

<sup>127</sup> Siehe *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law* Bd. I, 257, 262.

<sup>128</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 397.

<sup>129</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 407 f.

<sup>130</sup> Siehe oben Kapitel 2 – B.III.d) (207).

persuade me that we are justified [...] in introducing for the first time a rule of law which would go far beyond the mere avoidance of discrimination on religious grounds. To do so would bring about a substantial reduction of another freedom, firmly rooted in our law, namely that of testamentary disposition. Discrimination is not the same thing as choice: it operates over a larger and less personal area, and neither by express provision nor by implication has private selection yet become a matter of public policy.<sup>131</sup>

*Lord Simon of Glaisdale* mahnte generell zur Zurückhaltung mit dem Instrument der *public policy*.<sup>132</sup> *Lord Cross of Chelsea* ergänzte mit Blick auf Diskriminierungen, dass zwar Regierungen ihre Bürger nicht aufgrund ihrer Religion benachteiligen dürften, dies aber nicht gleichermaßen für Private untereinander gelte.<sup>133</sup>

Diese Entscheidung ist Ausdruck einer testierfreundlichen Haltung, selbst wenn die letztwillige Bedingung offen an die Religionszugehörigkeit des Bedachten anknüpft. Da hier mit Blick auf den jeweiligen Begünstigten lediglich ein Zweipersonenverhältnis vorliegt, gibt der Fall leider keinen Aufschluss über die Haltung zu Diskriminierungen im Dreiecksverhältnis. Es bleibt nur zu vermuten, dass das Urteil ähnlich permissiv ausgefallen wäre.

## 2. Kritische Stimmen aus der Literatur

Die einschlägigen Stimmen aus der Literatur verhalten sich überwiegend kritisch zur bisherigen Rechtsprechung, die sich entweder gar nicht mit dem Aspekt der Diskriminierung beschäftigt hatte oder – wie in *Blathwayt v Cawley* – zumindest im Ergebnis der Testierfreiheit den Rücken stärkte. Insbesondere wird in Frage gestellt, ob diese Haltung angesichts der in den vergangenen Jahrzehnten zu beobachtenden Gesetzgebungsaktivität im Bereich *Human Rights* noch angemessen und zeitgemäß sei.<sup>134</sup> *Matthew Harding* bezieht dabei ausdrücklich Dreieckskonstellationen mit ein.<sup>135</sup> Die Autoren sprechen sich für eine Aufgabe der permissiven Haltung bei diskriminierenden Bedingungen aus und plädieren für eine entsprechende Berücksichtigung der Diskriminierung im Rahmen der *public policy*.<sup>136</sup>

<sup>131</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 426.

<sup>132</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 427. Siehe auch oben Kapitel 2 – B.III.d) (207).

<sup>133</sup> Vgl. *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 429 f.

<sup>134</sup> Siehe *Harding*, OJLS 31 (2011), 303, 314 und 322 f.; *Cox*, Waikato LR 9 (2001), 24, 60. Vgl. auch *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 267 ff.; *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 51 f.

<sup>135</sup> Vgl. *Harding*, OJLS 31 (2011), 303, 304.

<sup>136</sup> *Harding*, OJLS 31 (2011), 303, 310 ff.; *Cox*, Waikato LR 9 (2001), 24, 60. Siehe auch *Grattan*, in: *Modern Studies in Property Law Bd. I*, 257, 274. *Jensen* votiert dagegen für ein restriktiveres Verständnis der *public policy*. Es gehe nicht um eine Abwägung der Dispositionsfreiheit mit anderen Werten, sondern darum, die Widerspruchsfreiheit mit

### III. *In Re Hand's Will Trust* (2017) und mögliche Implikationen

Gerade mit Blick auf den Einfluss des *Human Rights Act* im Bereich erbrechtlicher Verfügungen, die keinen Bezug zu *charities* haben, ist der Fall *In Re Hand's Will Trust* aus dem Jahr 2017 von Interesse.<sup>137</sup>

Der Erblasser Henry Hand verstarb 1947. In seinem Testament bedachte er zunächst seine drei Kinder zu gleichen Teilen und bestimmte sodann, dass der jeweilige Anteil wiederum deren Kindern zufallen solle, sobald sie das Alter von 21 Jahren erreichen.<sup>138</sup> Ein Sohn starb kinderlos, ein weiterer Sohn adoptierte zwei Kinder und die Tochter bekam zwei leibliche Kinder. Der Fall drehte sich nun um die Frage, ob die adoptierten Kinder auch als Kinder im Sinne des Testaments anzusehen seien. Entscheidend war dabei, dass das zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung geltende Adoptionsgesetz vorsah, dass – sofern kein gegenteiliger Wille ersichtlich war – der Ausdruck *children* in Verfügungen so auszulegen sei, dass er adoptierte Kinder nicht umfasse.<sup>139</sup> Spätere Gesetze bekräftigten zwar, dass adoptierte Kinder in jeglicher Hinsicht als Kinder der Adoptiveltern zu betrachten seien. Doch nahm eine Übergangsvorschrift schon existierende Verfügungen vom Anwendungsbereich aus, sodass für das in Frage stehende Testament noch die alte Rechtslage entscheidend war.<sup>140</sup> Die adoptierten Kinder brachten vor, der Ausdruck *children* müsse in Anbetracht ihrer Rechte aus Art. 14 (Diskriminierungsverbot) in Verbindung mit Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) auch adoptierte Kinder umfassen.<sup>141</sup> Das Gericht gab dem Ansinnen statt. Unter Berufung auf section 3 (1) des *Human Rights Act* reduzierte es die Übergangsvorschrift konventionskonform dergestalt, dass die frühere Auslegungsnorm nicht mehr entgegenstand und die adoptierten Kinder als Kinder im Sinne des Testaments gelten konnten.<sup>142</sup>

---

gesetzlich niedergelegten Regeln zu wahren. Er versteht seine Meinung als Gegenposition zur Ansicht *Hardings*, siehe *Jensen*, OJLS 39 (2019), 553, 572 f.

<sup>137</sup> *In Re Hand's Will Trust* (*Hand v George*) [2017] Ch 449.

<sup>138</sup> Die drei Kinder des Erblassers erhielten an dem in trust gehaltenen Vermögen einen anteiligen Nießbrauch auf Lebenszeit, deren Kinder sollten dann auch das Kapital des jeweiligen Anteils erhalten. Zum Sachverhalt siehe *In Re Hand's Will Trust* (*Hand v George*) [2017] Ch 449, 453 f. und zusammenfassend *Bailey-Harris*, *Fam Law* 47 (2017), 591, 591 sowie *Fudakowska/Mason*, *NLJ* 167 (2017), 15, 15.

<sup>139</sup> Section 5 (2) Adoption of Children Act 1926 (c.29).

<sup>140</sup> Entscheidend war hier die Übergangsbestimmung in schedule 2 section 6 (1) des Adoption Act 1976 (c.36). Siehe zur Gesetzeslage im Detail *In Re Hand's Will Trust* (*Hand v George*) [2017] Ch 449, 454 ff.

<sup>141</sup> Siehe *In Re Hand's Will Trust* (*Hand v George*) [2017] Ch 449, 449 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang EGMR, NJW 1979, 2449, 2453 (Marecx/Belgien) und EGMR, NJW 2005, 875, 875 ff. (Pla und Puncernau/Andorra).

<sup>142</sup> *In Re Hand's Will Trust* (*Hand v George*) [2017] Ch 449, 484.

Zunächst ist anzumerken, dass der Wortlaut der Verfügung keine diskriminierenden Züge trug.<sup>143</sup> Und auch sonst wurde kein die Adoptivkinder ausschließender Wille des Erblassers festgestellt. Die diskriminierende Wirkung entstand vielmehr erst durch die gesetzliche Auslegungsregel.<sup>144</sup> Es ging also in diesem Fall nicht darum, einem diskriminierenden Erblasserwillen Grenzen zu ziehen, sondern vielmehr um die Vereinbarkeit einer gesetzlichen Auslegungsregel mit der EMRK.<sup>145</sup> Dennoch ist der Fall von Bedeutung für die hiesige Thematik.

Das Urteil zeigt den deutlichen Einfluss des *Human Rights Act* und der EMRK – auch auf erbrechtliche Streitigkeiten.<sup>146</sup> In ihrer Urteilsanmerkung schreibt *Rebecca Bailey-Harris*:

„This important judgment is a vivid illustration of how human rights under the Convention are ‘brought home’ in domestic law by the HRA [Human Rights Act]“<sup>147</sup>

Daran anknüpfend liegt der Gedanke nahe, das hier anzutreffende konventionskonforme Vorgehen auch auf den hypothetischen Fall zu übertragen, dass der Erblasser explizit adoptierte Kinder von der Erbfolge ausschließt. Doch schien *Rose J* in ihrem Urteil die Freiheit des Erblassers, explizit zu diskriminieren, von der hier verhandelten Konventionswidrigkeit eines Gesetzes zu trennen. So nahm sie zunächst ausführlich Bezug auf ein vergleichbares englisches Urteil aus dem Jahr 2012, in dem festgehalten wurde, dass das Gericht einer Verfügung zur Durchsetzung verhelfen müsse, selbst wenn diese ausdrücklich diskriminiere.<sup>148</sup> Dem fügte *Rose J* noch hinzu, dass es Eltern zustehe, einige oder alle Kinder zu enterben – aus guten oder schlechten Gründen.<sup>149</sup> Und bei der Frage nach dem Streitgegenstand befand sie, dass dies nicht der Wortlaut des Testaments sein könne. Denn zum einen sei dieser nicht diskriminierend, zum anderen handele es sich um privates und nicht um staatliches Handeln. Die Rechte aus der EMRK hätten nur „limited horizontal effect“ und könnten nicht durch andere Private verletzt werden, sondern nur durch das Handeln eines staatlichen Organs.<sup>150</sup>

---

<sup>143</sup> So auch *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449, 473: „[The wording] was not on its face discriminatory [...]“.

<sup>144</sup> Siehe *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449, 473 f.

<sup>145</sup> Näheres zur Stellung der EMRK im englischen Rechtssystem – insbes. auch zum Human Rights Act – oben Kapitel 2 – B.IV. (210).

<sup>146</sup> Vgl. dazu auch *Glasson/Graham, Trusts & Trustees* 24 (2018), 659, 666; *Fudakowska/Mason*, NLJ 167 (2017), 15, 16.

<sup>147</sup> *Bailey-Harris*, Fam Law 47 (2017), 591, 592.

<sup>148</sup> Siehe *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449, 468 mit Verweis auf *In Re Erskine 1948 Trust* [2013] Ch 135, 144 f.

<sup>149</sup> *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449, 473.

<sup>150</sup> *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449, 473.

Obwohl der Erblasser im hiesigen Fall adoptierte Kinder gerade nicht explizit von der Erbfolge ausgeschlossen hatte, scheint man ihm dies theoretisch zuzugestehen. Zumindest aber möchte man die Tragweite der EMRK als Wirksamkeitsschranke nicht auf privates Handeln erstreckt wissen. Die Aussagen decken sich auch mit der erblasserfreundlichen Position in *Blathwayt v Cawley* – wenngleich zwischen den Urteilen mehr als 40 Jahre liegen. Dies lässt eine entsprechende Tendenz der englischen Rechtsprechung erkennen. Ob einem Erblasser heute vor Gericht tatsächlich die schrankenlose Freiheit zu offener Diskriminierung zugestanden würde, erscheint in Anbetracht der andauernden Diskussion um den Einfluss des *Human Rights Act* sowie des *Equality Act* auf privates Handeln dennoch nicht gewiss.

#### IV. Zwischenergebnis England

Man kann zusammenfassend festhalten, dass die englische Rechtsprechung die Testierfreiheit aus Diskriminierungserwägungen kaum beschränkt. Die wenigen Fälle, in denen überhaupt in den letzten Willen eingegriffen wurde, betrafen *charitable trusts*. Für rein private Verfügungen ohne Gemeinwohlbezug wurde die Testierfreiheit des Erblassers ausdrücklich betont.

## C. Südafrika

Insbesondere seit dem Inkrafttreten der Verfassung<sup>151</sup> spielen in Südafrika das Recht auf Gleichheit und das Verbot der Diskriminierung eine prominente Rolle im rechtlichen Diskurs.<sup>152</sup> Die Frage, ob sich dies auch auf die Verteilung privaten Vermögens durch einen Erblasser auswirkt, soll für verschiede-

---

<sup>151</sup> Übergangsverfassung aus dem Jahr 1993, endgültige Verfassung im Jahr 1996; Inkrafttreten jeweils ein Jahr später.

<sup>152</sup> Section 9 (equality):

„(1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.

(2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.

(3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

(4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

(5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.“

ne Konstellationen betrachtet werden. Dazu zählen insbesondere letztwillig errichtete *charitable trusts*, aber auch nicht gemeinwohlbezogene (rein private) Verfügungen. In den Blick genommen werden außerdem Konstellationen letztwilliger Bedingungen sowie Fragen im Zusammenhang mit der traditionellen Erbfolge des *customary law*.

### I. Diskriminierung in *charitable trusts*

Auch in Südafrika ist die testamentarische Errichtung eines *trust* keine Seltenheit, insbesondere wenn der Erblasser sein Vermögen dem Gemeinwohl verschreiben möchte. Bevor die einschlägigen Fälle einer genaueren Betrachtung unterzogen werden, soll – trotz vieler Ähnlichkeiten zum englischen *trust* – auch die Rechtsfigur des südafrikanischen *trust* kurz vorgestellt werden.

#### 1. Der südafrikanische *trust*

Infolge der britischen Besetzung Anfang des 19. Jahrhunderts gelangte der englische *trust* ans Kap der Guten Hoffnung. Die britischen Siedler machten von ihrem „legal [...] baggage“<sup>153</sup> munteren Gebrauch und der *trust* fand immer stärkere Verbreitung.<sup>154</sup> Ein Grund für die schnelle Ausbreitung war seine besondere Flexibilität. Daher ist der *trust* auch in einer Vielzahl von Rechts- und Lebensbereichen anzutreffen.<sup>155</sup> Durch die Rezeption des englischen *trust* im Kontext des römisch-holländischen Rechts erhielt diese Rechtsfigur im Laufe der Zeit ein spezifisch südafrikanisches Gepräge.<sup>156</sup> Der *Trust Property Control Act* aus dem Jahre 1988 liefert eine Legaldefinition des *trust*. Danach ist der *trust* eine Gestaltung, durch die einer anderen Person – dem *trustee* – Eigentum übertragen oder hinterlassen wird, um zugunsten der im *trust instrument* genannten Personen oder Zwecke verwaltet zu werden.<sup>157</sup> Dabei erwirbt der *trustee* in der Regel das volle und ausschließliche Eigentum und die Begünstigten haben – anders als in England – lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den *trustee*.<sup>158</sup>

<sup>153</sup> Honoré, in: Southern Cross, 849, 850.

<sup>154</sup> Cameron/De Waal/Solomon, Honoré's South African Law of Trusts, 26. Siehe auch Zimmermann, in: FG Kaser (1986), 395, 401.

<sup>155</sup> Cameron/De Waal/Solomon, Honoré's South African Law of Trusts, 24.

<sup>156</sup> Honoré, in: Southern Cross, 849, 850. Siehe dazu auch Zimmermann, in: FG Kaser (1986), 395, 401 f.

<sup>157</sup> Siehe section 1 Trust Property Control Act 57 of 1988. Kennzeichen eines *trust* ist also die Trennung von Eigentum bzw. Verwaltung und Begünstigung, Cameron/De Waal/Solomon, Honoré's South African Law of Trusts, 21 f. Abseits der Standardkonstellation gibt es noch den *bewind trust*, bei dem das Eigentum auf den Begünstigten übergeht und lediglich die Kontrolle über das Vermögen beim *trustee* liegt, siehe ebenfalls section 1 und Cameron/De Waal/Solomon, Honoré's South African Law of Trusts, 324 f.

<sup>158</sup> Cameron/De Waal/Solomon, Honoré's South African Law of Trusts, 29 und 576.

Ein *trust* kann auch in Südafrika letztwillig per Testament errichtet werden (*testamentary trust*).<sup>159</sup> Hierbei können entweder bestimmte Personen als Begünstigte genannt werden oder der Erblasser benennt ein mit dem Vermögen zu verfolgendes Ziel.<sup>160</sup> In letzterem Fall spielen *charitable trusts* eine große Rolle. Auch in Südafrika sieht die Rechtsordnung für solche *trusts* einige Erleichterungen vor, insbesondere gelockerte Wirksamkeitsvoraussetzungen, eine mögliche Anpassung der Zielsetzung im Falle der Unmöglichkeit (*cy-près*-Doktrin)<sup>161</sup> sowie unter Umständen gewisse Steuererleichterungen.<sup>162</sup> Voraussetzung ist ein *element of public benefit*.<sup>163</sup>

Doch unterliegen auch *charitable trusts* gewissen Wirksamkeitsgrenzen. Unter anderem darf der Zweck des *trust* nicht gegen Gesetze oder die *public policy* verstoßen.<sup>164</sup> Vor diesem Hintergrund gab die Beschränkung des zu begünstigenden Personenkreises durch den Erblasser Anlass zu zahlreichen Gerichtsentscheidungen in Südafrika.

## 2. Die „pre-constitutional era“

Vor dem Inkrafttreten der südafrikanischen Verfassung ließ die Rechtsprechung dem Erblasser weitestgehend freie Hand, wenn dieser den mittels des *trust* zu begünstigenden Personenkreis nach Merkmalen wie Rasse, Geschlecht oder Religion beschränkt hatte.<sup>165</sup>

### a) Die Rechtsprechung bis 1993

Eine höchstrichterliche Entscheidung aus dem Jahre 1945 erscheint als wegweisend für diese tolerante Handhabung.<sup>166</sup> Der 1942 verstorbene Ephraim

---

<sup>159</sup> Siehe zum testamentary trust *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 166 ff.; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 387 ff.

<sup>160</sup> *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 166.

<sup>161</sup> Zur *cy-près*-Doktrin im südafrikanischen Recht siehe *Cameron/De Waal/Solomon*, Honoré's South African Law of Trusts, 544 ff. und bspw. *Ex parte Bosman* 1916 TPD 399, 402. Siehe auch *Zimmermann*, in: FG Kaser (1986), 395, 398 ff. Zur Anpassungsmöglichkeit nach section 13 Trust Property Control Act siehe unten Kapitel 3 – C.I.2.b) (347).

<sup>162</sup> Siehe dazu *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 185 f.; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 427 und 429 ff. Zu Steuererleichterungen siehe *Cameron/De Waal/Solomon*, Honoré's South African Law of Trusts, 194 f.

<sup>163</sup> Dies bedeutet jedoch nicht zwangsweise, dass die Allgemeinheit begünstigt werden muss. Ausreichend ist auch die Begünstigung vergleichsweise kleiner Personengruppen, solange darin noch eine Förderung des Gemeinwohls zu erkennen ist, *Ex parte Henderson* 1971 (4) SA 549 (D) 554. Siehe dazu auch *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 428.

<sup>164</sup> *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 398; *Cameron/De Waal/Solomon*, Honoré's South African Law of Trusts, 197 ff.

<sup>165</sup> Siehe *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 228; *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 115.

Gluckman hatte letztwillig einen *trust* errichtet, aus dessen Mitteln Stipendien vergeben werden sollten. Die Stipendien waren mittellosen jüdischen Studentinnen und Studenten mit Wohnsitz in der Region Transvaal vorbehalten, sollten aber ein Ende finden, sobald ein Empfänger religiöse Neigungen entwickelte oder eine religiöse oder militärische Karriere verfolgte.<sup>167</sup> Das Gericht musste sich mit zwei Fragen beschäftigen. Zum einen wurde vorgebracht, der Entzug im Falle einer religiösen Neigung verstieße gegen die *boni mores*, da dies die Abkehr von Gott fördere. Zum anderen sei die Beschränkung auf Juden zu unbestimmt. Das Gericht wies beide Argumente zurück und betonte, dass sich das Recht im Zweifel für die Wirksamkeit gemeinwohlfördernder Verfügungen ausspreche.<sup>168</sup> Diese wohlwollende Einstellung spiegelte sich in späteren Entscheidungen (niedrigerer Instanzen) wieder. In keinem dieser Fälle wurde die Beschränkung nach Herkunft, Abstammung oder Religion vor dem Hintergrund der *public policy* oder der *boni mores* überprüft.<sup>169</sup> Anlass der Verfahren war nicht selten gewesen, dass die bedachte Organisation nicht mehr existierte. Die Mittel wurden bisweilen im Wege der *cy-près*-Doktrin ähnlichen Organisationen oder Zwecken zugedacht.<sup>170</sup> *François du Toit* merkt an, diese Einstellung der Gerichte sei zum einen Ausdruck des hohen Stellenwertes, den die Testierfreiheit in dieser Zeit in Südafrika genossen habe; zum anderen spiegele sich darin eine wohlwollende Haltung gegenüber gemeinwohlfördernden Verfügungen.<sup>171</sup>

---

<sup>166</sup> *Marks v Estate Gluckman* 1946 AD 289; vgl. dazu *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 228.

<sup>167</sup> Zum Sachverhalt siehe *Marks v Estate Gluckman* 1946 AD 289, 294 f.

<sup>168</sup> *Marks v Estate Gluckman* 1946 AD 289, 309 ff. Das Gericht sah die Entscheidung *Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson* 1944 TPD 369 als nicht einschlägig an, da sie keinen charitable trust zum Gegenstand hatte, zu dieser Entscheidung oben Kapitel 2 – C.III.2. (222).

<sup>169</sup> Siehe *Ex parte Robinson* 1953 (2) SA 430 (C) (Heim für betagte, mittellose oder verwaiste Juden); *Standard Bank of South Africa Ltd v Betts Brown* 1958 (3) SA 713 (N) (Förderung mittelloser Erfinder britischer Abstammung, Ausschluss irischer Staatsbürger und Personen asiatisch-orientalischer sowie jüdischer Abstammung); *Ex parte Marriott* 1960 (1) SA 814 (D) (Ausbildung europäisch-stämmiger Waisenkinder); *Ex parte Rattray* 1963 (1) SA 556 (D) (Stipendien zugunsten von Kindern englischer, schottischer, irischer oder walisischer Abstammung auf protestantischen Schulen); *Ex parte Estate Impey* 1963 (1) SA 740 (C) (Errichtung eines Altenheimes für nicht-europäische Krankenschwestern). Siehe dazu auch *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 228 f.; *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 115 f.

<sup>170</sup> So insbes. in *Ex parte Robinson* 1953 (2) SA 430 (C); *Ex parte Marriott* 1960 (1) SA 814 (D); *Ex parte Estate Impey* 1963 (1) SA 740 (C).

<sup>171</sup> *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 228 f.; *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 115 f.

b) *William Marsh Will Trust (1993)*

In eine neue Richtung weist sodann ein Urteil aus dem Jahr 1993. William Marsh hatte in seinem 1899 verfassten Testament die Errichtung eines *trust* vorgesehen, aus dessen Mitteln ein Heim für bedürftige weiße Kinder geschaffen werden sollte. Die *Marsh Memorial Homes* erhielten jedoch im Laufe der Zeit immer weniger Zulauf durch weiße Kinder. Der *trustee* beantragte, die Beschränkung auf weiße Personen zu streichen und begründete dies unter anderem mit der anti-rassistischen Haltung der Kirche und dem mit Ende der Apartheid einsetzenden rechtlichen Transformationsprozess in Südafrika.<sup>172</sup> *Berman J* entschied sich für eine Behandlung des Falles auf Grundlage von section 13 des *Trust Property Control Act*.<sup>173</sup> Danach kann ein Gericht eine Bestimmung des *trust* streichen, ändern oder den *trust* auflösen, wenn die Bestimmung (in subjektiver Hinsicht) Auswirkungen hat, die der Gründer nicht in Erwägung gezogen oder vorhergesehen hat und (in objektiver Hinsicht) dem *public interest* widerspricht.<sup>174</sup> *Berman J* sah beide Voraussetzungen als erfüllt an: Der Gründer habe nicht in Erwägung gezogen, dass die Umstände sich derart verändern würden und das Heim infolge gestiegenen Wohlstands der weißen Bevölkerungsgruppe leerer und leerer würde. Der *public interest* des mit überwiegend nicht-weißen Bewohnern bevölkerten Landes verlange geradezu nach Unterbringung und Fürsorge für be-

<sup>172</sup> Zum Sachverhalt siehe *Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa: In re William Marsh Will Trust* 1993 (2) SA 697 (C) 699 ff.

<sup>173</sup> *Berman J* schien dabei erfreut, sich nicht näher mit der Entwicklung des common law auseinandersetzen zu müssen: „It is to my mind fortunately unnecessary for the Court to consider the application on the basis of the common law approach (as to the merits whereof I express no view) or to enter into any polemic relating to ethnology or to discuss the effect of modern enlightened views on race as a basis for the adoption of different social standards or the imposition of social barriers for different groups of people in a non-homogeneous community or country. Suffice to say that the application succeeded on the statutory basis [...]“, *Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa: In re William Marsh Will Trust* 1993 (2) SA 697 (C) 702.

<sup>174</sup> Section 13 Trust Property Control Act 57 of 1988 (Power of court to vary trust provisions): „If a trust instrument contains any provision which brings about consequences which in the opinion of the court the founder of a trust did not contemplate or foresee and which –

- (a) hampers the achievement of the objects of the founder; or
- (b) prejudices the interests of beneficiaries; or
- (c) is in conflict with the public interest,

the court may [...] delete or vary any such provision or make in respect thereof any order which such court deems just, including [...] an order terminating the trust.“

Die Änderungsmöglichkeit nach section 13 existiert parallel zu anderen Rechtsinstituten wie bspw. der *cy-près*-Doktrin nach common law, siehe *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 185 f.; *Cameron/De Waal/Solomon*, Honoré's South African Law of Trusts, 519 ff.

dürftige Kinder jedweden ethnischen Hintergrunds.<sup>175</sup> Die Beschränkung nach der Hautfarbe wurde aus den Bestimmungen gestrichen und das Heim somit für Kinder aller Herkunft geöffnet.

Das Urteil wurde im Schrifttum sehr unterschiedlich aufgenommen. So wurde kritisiert, das Gericht habe den Wünschen und Absichten des Erblassers zu wenig Gewicht eingeräumt. Die Gerichte sollten sich vor juristischem Aktivismus im Namen des öffentlichen Interesses hüten.<sup>176</sup> Andere Stimmen dagegen lobten das Urteil für seine Bemühungen, dem *public interest* neue Konturen zu verleihen, indem es höhere Werte mit Leben fülle und die Interessen aller in Betracht ziehe.<sup>177</sup>

Das Urteil zeigt die beginnende Bereitschaft, rassenspezifische Bestimmungen in gemeinwohlbezogenen letztwilligen Verfügungen in die Schranken zu weisen und stellt damit die bisherige Handhabung solcher Fälle in Frage.<sup>178</sup> Es sei angebracht, so *François du Toit*, derartige Fälle nun anhand eines verfassungsrechtlich informierten Verständnisses der *boni mores* einer Neubewertung zu unterziehen.<sup>179</sup>

### 3. Die Entwicklung seit Inkrafttreten der Verfassung

Es dauerte gute zehn Jahre bis nach Inkrafttreten der endgültigen Verfassung im Jahre 1997 erneut ein letztwilliger *trust* unter dem Vorwurf der Diskriminierung vor Gericht gelangte.<sup>180</sup> Die Entscheidung verdient aufgrund ihrer Ausstrahlungswirkung auf spätere Urteile einen genaueren Blick.

#### a) *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd (2006)*

Dr. Edmund William Scarbrow hatte 1921 in seinem Testament angeordnet, den Scarbrow Bursary Fund ins Leben zu rufen, um Studenten der *University of Cape Town* ein Auslandsstudium zu ermöglichen. Der Erblasser bestimmte, dass sich die Auswahl auf Studenten europäischer Abstammung zu beschränken habe und Personen jüdischer Herkunft sowie Frauen ausgeschlossen seien. Die Universität entschied, die Gelder aufgrund der diskriminierenden Bestimmungen nicht anzunehmen. Seitdem wurden die Gelder von einer privaten

---

<sup>175</sup> *Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa: In re William Marsh Will Trust* 1993 (2) SA 697 (C) 703. *Du Toit* setzt den Begriff *public interest* mit den Termini *public policy* und *boni mores* gleich, siehe *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 230. Vgl. auch *Nadasen/Pather*, Stellenbosch LR 6 (1995), 256, 262. Zur synonymen Verwendung dieser Begriffe auch schon oben Kapitel 2 – D.V.2. (283).

<sup>176</sup> *Van der Spuy*, De Jure 26 (1993), 447, 451 ff.

<sup>177</sup> *Nadasen/Pather*, Stellenbosch LR 6 (1995), 256, 261.

<sup>178</sup> Siehe *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 231.

<sup>179</sup> *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 231.

<sup>180</sup> Siehe ergänzend die Ausführungen zu einer Entscheidung aus dem Jahr 2004, unten Kapitel 3 – D.III.1.b) (388).

Gesellschaft als *trustee* verwaltet. 2002 wurde der Bildungsminister auf eine Zeitungsanzeige aufmerksam, in der Studenten zur Bewerbung um ein solches Stipendium aufgefordert wurden. Mit dem Antrag, die auf Rasse, Religion und Geschlecht beruhenden Beschränkungen aufzuheben, brachten Minister und Universität den Fall vor den *High Court (Cape Provincial Division)*. Obwohl sie ihren Antrag auf verschiedene Rechtsgrundlagen gestützt hatten,<sup>181</sup> wurde der Fall letztlich nur nach *common law* entschieden – namentlich auf Grundlage einer verfassungsrechtlich informierten *public policy*.<sup>182</sup>

Die *public policy* sei ein flexibles Konzept, früher als schwammig und flüchtig beschrieben und herausgelesen aus dem allgemeinen Gerechtigkeits-sinn der Gesellschaft. Seit Beginn der Verfassungs-Ära aber finde die *public policy* ihre Grundlage in der Verfassung und bilde vor diesem Hintergrund ein objektives Wertesystem. Im vorliegenden Fall müsse das Gericht sich von den grundlegenden Werten der Verfassung leiten lassen, namentlich Menschenwürde, Gleichheit, Förderung der Menschenrechte sowie Abkehr von Rassismus und Sexismus.<sup>183</sup> Das Gleichheitsrecht finde – wie ausdrücklich in section 9 (4) der Verfassung und im einfachgesetzlichen *Equality Act* vorgesehen – auch zwischen Privatpersonen Anwendung.<sup>184</sup> Sollten die Bestimmungen des Erblässers also eine *unfair discrimination* darstellen, so stünden sie auch in Widerspruch mit der *public policy*. Diesen Widerspruch bejahte *Griesel J*, indem er in der Beschränkung auf Personen europäischer Abstammung eine indirekte Diskriminierung nach Rasse und Hautfarbe und im Ausschluss von Juden und Frauen eine direkte Diskriminierung nach Religion und Geschlecht erblickte.<sup>185</sup> Dabei leiteten ihn folgende Erwägungen: Die Bestimmungen richteten sich – trotz der löblichen Grundidee – gegen Bevölkerungsgruppen, die in der Vergangenheit Benachteiligungen ausgesetzt waren. Randständige Gruppen würden nicht gefördert, sondern bestehende Privilegien verfestigt. Und auch die Wertungen des einfachgesetzlichen *Equality Act* (dieser nennt das Vorenthalten von Stipendien aufgrund der

---

<sup>181</sup> Namentlich auf section 13 Trust Property Control Act (Gesetzestext siehe oben Fn. 174 (347)), auf einen Verstoß gegen die *public policy* sowie auf eine direkte Anwendung des Gleichheitssatzes nach section 9 der Verfassung. Zum Sachverhalt siehe *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 211 ff.

<sup>182</sup> *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 215. Dabei bezieht sich *Griesel J* ausdrücklich auf *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222 und das von ihm vorgeschlagene „constitutionally-founded boni mores criterion“. Alle drei Rechtsgrundlagen stünden letztlich im Lichte des Gleichheitssatzes, so *Griesel J*.

<sup>183</sup> *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 218 ff.

<sup>184</sup> *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 220 f. Zum Gesetzestext section 9 der Verfassung siehe oben Fn. 152 (343). Section 6 Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000 (Equality Act): „Neither the State nor any person may unfairly discriminate against any person.“

<sup>185</sup> *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 222.

gesetzlich missbilligten Merkmale ausdrücklich als Beispiel einer „unfair practice“) <sup>186</sup> sowie die ablehnende Haltung der Universität seien Ausdruck einer so verstandenen *public policy*. Es könne nicht im öffentlichen Interesse einer der Gleichheitsidee verschriebenen Gesellschaft stehen, benachteiligten Bevölkerungsgruppen den Zugang zu Hochschulbildung zu versagen. <sup>187</sup>

In einer Abwägung von Gleichheitsrecht und Eigentum (inklusive der „Begleiterscheinung“ Testierfreiheit) überwiege letztlich das in der Verfassung verankerte Gleichheitsrecht. Es gehe hier um ein Element staatlichen Handelns (*element of state action*). Die ursprünglich mit der Verwaltung betraute Universität sei eine öffentliche Institution und ein *trust* schon an sich ein Institut öffentlichen Interesses – umso mehr der hiesige. <sup>188</sup>

Aufgrund des Verstoßes gegen die *public policy* wurden die streitigen Bestimmungen gestrichen. Das Gericht beeilte sich noch hinzuzufügen, dass dies nicht als Negierung der Testierfreiheit verstanden werden dürfe und natürlich nicht sämtliche Testamente oder *trusts* wegen einer Differenzierung zwischen Personengruppen der Unwirksamkeit anheimfielen. <sup>189</sup>

Die Entscheidung markiert einen bedeutenden Weg- und Wendepunkt in der Rechtsprechung zu letztwilligen *trusts* in Südafrika. Sie betont die Bedeutung des Gleichheitsrechts vor dem Hintergrund der südafrikanischen Geschichte <sup>190</sup> und nimmt *charitable trusts* bei gesteigertem Öffentlichkeitsbezug stärker in die Pflicht.

#### b) *Emma Smith Educational Fund (2010)*

Wenige Jahre später gelangte ein derartiger Fall das erste Mal vor den *Supreme Court of Appeal*. Nun wählte das Gericht aber nicht die *public policy* als Rechtsgrundlage, sondern entschied auf Grundlage des *Trust Property Control Act*. <sup>191</sup>

Der Erblasser hatte in Gedenken an seine Mutter letztwillig den *Emma Smith Educational Fund* ins Leben gerufen. Die Gelder sollten bedürftigen Mädchen mit südafrikanisch-britischer oder -niederländischer Abstammung eine höhere Bildung ermöglichen. Ähnlich wie im Falle *Syfreys Trust Ltd* weigerte sich die mit der Verwaltung beauftragte Universität, die Gelder

<sup>186</sup> Siehe schedule 2 (b) Equality Act.

<sup>187</sup> *Minister of Education v Syfreys Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 222 ff.

<sup>188</sup> *Minister of Education v Syfreys Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 227 ff.

<sup>189</sup> *Minister of Education v Syfreys Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 229. Kritisch zu dieser Entscheidung (u. a. mit Blick auf die Abwägung sowie die Bezeichnung des *trust* als Institution öffentlichen Interesses) *Ackermann*, *Human Dignity*, 297 ff.; *Wood-Bodley*, SALJ 124 (2007), 687, 688 ff.

<sup>190</sup> Siehe dazu *Wood-Bodley*, SALJ 124 (2007), 687, 701.

<sup>191</sup> Siehe zu section 13 *Trust Property Control Act* oben Kapitel 3 – C.I.2.b) (347).

entsprechend den Vorgaben auszukehren.<sup>192</sup> Man stoße sich als maßgeblich durch den Staat finanzierte Institution an den Abstammungs-Beschränkungen, so die Universität.<sup>193</sup> Das Gericht stellte fest, die Verfassung, der *Equality Act* und die Gesetzgebung im Bildungsbereich stünden einer solchen Differenzierung entgegen.<sup>194</sup> Das Urteil nahm Bezug auf die Entscheidung in *Syfre's Trust Ltd*. Zweifelsohne könnten rassenspezifisch diskriminierende letztwillige Verfügungen in der öffentlichen Sphäre einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhalten. Eine durch die öffentliche Hand finanzierte Institution müsse der gesamten Gesellschaft dienen. Der verfassungsrechtliche Auftrag, die Rassentrennung der Vergangenheit zu überwinden und daher mit der *public policy* in Widerspruch stehende Bestimmungen zu streichen, gehe der Testierfreiheit eindeutig vor.<sup>195</sup> Das Gericht übertrug die Überlegungen zur *public policy* aus *Syfre's Trust Ltd* auf den Begriff des *public interest* im Rahmen von section 13 *Trust Property Control Act* und bestätigte damit das erstinstanzliche Urteil, das die Abstammungs-Beschränkungen aus dem *trust* gestrichen hatte.

Kurze Zeit später bekam der *High Court* Gelegenheit, gleich über drei derartig diskriminierende *trusts* zu entscheiden.<sup>196</sup> Das Gericht befand die jeweiligen Bezüge auf Abstammung und Geschlecht für diskriminierend und strich die Beschränkungen – wiederum nach section 13 *Trust Property Control Act*.<sup>197</sup>

### c) *BOE Trust Ltd (2012)*

2012 äußerte sich der *Supreme Court of Appeal* erneut zu den Grenzen letztwilliger *trusts*.<sup>198</sup> Gegenstand war ein *trust*, dessen Vermögen in Form von

<sup>192</sup> Hier die University of Kwazulu-Natal.

<sup>193</sup> Zum Sachverhalt siehe *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA) 519 ff.

<sup>194</sup> *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA) 528. Der *Equality Act* verbietet sogar ausdrücklich den Ausschluss von Stipendien nach derartigen Kriterien, siehe Schedule (section 2b). Zur Gesetzgebung im Bildungsbereich siehe *Higher Education Act 101 of 1997*; *National Education Policy Act 27 of 1996*.

<sup>195</sup> *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA) 527 ff.

<sup>196</sup> Zum Sachverhalt siehe *In Re Heydenrych Testamentary Trust* 2010 (4) SA 103 (WCC) 104 ff. (trust aus dem Jahr 1943 zugunsten Bildung protestantischer Jungen guten Leumunds, mindestens die Hälfte der Jungen sollte britischer Abstammung sein; trust aus dem Jahr 1989 für Stipendien zugunsten südafrikanischer Jungen aus der weißen Bevölkerung; trust aus dem Jahr 1987 zugunsten bedürftiger vielversprechender Musikstudenten weißer Hautfarbe und protestantischen Glaubens).

<sup>197</sup> *In Re Heydenrych Testamentary Trust* 2010 (4) SA 103 (WCC) 109 ff. Und obwohl der Gleichheitssatz das Fundament der jeweiligen Argumentation bildete, scheuten die Gerichte einen unmittelbaren Rückgriff auf die Verfassung als Unwirksamkeitsgrund, siehe *De Waal*, *Annual Survey of SA Law* 2010, 1170, 1197.

Stipendien an weiße Studierende der organischen Chemie ausgezahlt werden sollte, um ihnen eine Promotion in Europa oder England zu ermöglichen (Bedingung war allerdings die Rückkehr nach Südafrika nach abgeschlossener Promotion). Professoren aus vier Universitäten sollten die Personen auswählen. Auch hier weigerten sich die Universitäten, die Gelder nur an weiße Studierende zu verteilen. Die Erblasserin hatte jedoch auch für den Fall Vorsorge getroffen, dass die Stipendien nicht realisierbar sein sollten. Die Gelder sollten dann an eine Reihe gemeinnütziger Institutionen gehen.<sup>199</sup>

Die *trustees* beantragten vor Gericht, das Wort „weiß“ aus den Bestimmungen zu streichen. Vor dem *High Court* war die Klage abgewiesen worden. Entscheidend war, dass die Erblasserin für den Fall der Unmöglichkeit Vorsorge getroffen hatte: Infolge der Ersatzanordnung fehle die für eine Änderung nach section 13 *Trust Property Control Act* erforderliche unvorhergesehene Folge.<sup>200</sup> *Mitchell AJ* äußerte sich aber dennoch zu Testierfreiheit und *public policy*: Die Testierfreiheit müsse das Recht enthalten, gewisse Gruppen zu begünstigen und andere nicht. Denn schließlich habe niemand ein Recht darauf, letztwillig bedacht zu werden. Das beschränkend wirkende Instrument der *public policy* sei zwar durch die Werte der Verfassung neu geformt worden, doch sei es mitunter ein widerspenstiges Pferd (*unruly horse*) und erfordere daher eine sorgfältige Einzelfallentscheidung. Ein legitimes Ziel könne unter Umständen eine diskriminierende Bestimmung rechtfertigen.<sup>201</sup> Doch wurde die Frage nach einem Verstoß gegen die *public policy* letztlich offen gelassen.<sup>202</sup>

Der *Supreme Court of Appeal* bestätigte das Urteil und betonte ebenfalls die Testierfreiheit. Erstmals wurde die verfassungsrechtliche Verankerung der Testierfreiheit höchstrichterlich bestätigt. Nicht nur das Eigentumsrecht (section 25) schütze die Testierfreiheit, sondern auch die Menschenwürde (section 10) verlange, dass ein Mensch seine letzten Wünsche respektiert und befolgt wissen könne.<sup>203</sup> Die Erblasserin habe für den Fall der Unmöglichkeit Bestimmungen getroffen, denen nun auch entsprechend Folge zu leisten sei.<sup>204</sup>

<sup>198</sup> *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA).

<sup>199</sup> Zum Sachverhalt siehe *Ex parte BOE Trust Ltd* 2009 (6) SA 470 (WCC) 472 f. und 477.

<sup>200</sup> *Ex parte BOE Trust Ltd* 2009 (6) SA 470 (WCC) 477 f.

<sup>201</sup> Da die Bedingung der Rückkehr nach Südafrika möglicherweise einem durch die Emigration weißer Südafrikaner bedingten Fachkräfteschwund in positiver Weise entgegenwirken könnte, sei ein Verstoß gegen die *public policy* hier keinesfalls eindeutig, *Ex parte BOE Trust Ltd* 2009 (6) SA 470 (WCC) 475. Der Ausdruck des „unruly horse“ wurde durch *Burrough J* in der englischen Entscheidung *Richardson v Mellish* (1824) 2 Bing 229, 252 geprägt. Siehe dazu oben Kapitel 2 – D.IV.3. (270).

<sup>202</sup> *Ex parte BOE Trust Ltd* 2009 (6) SA 470 (WCC) 474 f.

<sup>203</sup> *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA) 243.

<sup>204</sup> *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA) 244.

Das Urteil erntete teilweise herbe Kritik: infolge der Überhöhung des letzten Willens verteidige man privaten Rassismus und verhindere die Transformation des Landes. Unwissentlich gestatte man der Apartheid, in der Beziehung zwischen Privatpersonen fortzubestehen.<sup>205</sup> Doch war das Urteil letztlich keine Bestätigung der Beschränkung auf weiße Studenten. Es wurde lediglich die Ersatzanordnung in Kraft gesetzt. Die Verteilung der Gelder an diverse gemeinnützige Einrichtungen trug keine Züge von Diskriminierung oder Rassismus.<sup>206</sup> Die Entscheidung des Gerichts sei vielmehr Ausdruck der Einzelfallabhängigkeit und unterstreiche die Grenzen der gerichtlichen Eingriffsbefugnisse im Hinblick auf letztwillige Verfügungen, so *Marius de Waal*.<sup>207</sup>

*BOE Trust Ltd* ist das bislang letzte Urteil zu diskriminierenden *charitable trusts*. Die früher sehr tolerante Haltung der Gerichte gegenüber diskriminierenden *trust*-Bestimmungen schwenkte mit Ende der Apartheid in Richtung einer verschärften Kontrolle am Maßstab der Verfassung. Dass die Entscheidung in *BOE Trust Ltd* den Gerichten möglicherweise Anlass geben könnte, die Testierfreiheit in Zukunft wieder stärker zu gewichten, sollte sich nicht bewahrheiten.<sup>208</sup> Denn der *Constitutional Court* scheint inzwischen fest entschlossen, selbst solche Testamente einer strengen Diskriminierungskontrolle zu unterstellen, die keinerlei Öffentlichkeitsbezug aufweisen.

## II. Diskriminierung in rein privater Sphäre

Bevor im Jahr 2017 erste Urteile ergingen, war die Frage nach dem Verhältnis von Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten bei Testamenten in „rein privater“ Sphäre lediglich akademischer Natur gewesen.<sup>209</sup> Und so soll zunächst ein Blick auf das Schrifttum geworfen werden, wo dieses Problem schon zuvor erörtert worden war. Insbesondere *Marius de Waal* hatte sich mit dieser Konstellation intensiv auseinandergesetzt.

### 1. Die Position im Schrifttum

Infolge der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Diskriminierungsverbote auf Privatrechtsbeziehungen stünden sich in einem solchen Fall das Gleichheitsrecht der ausgeschlossenen Person und die Testierfreiheit des Erblassers gegenüber, so *De Waal*. Die Testierfreiheit des Erblassers müsse in solchen Fällen jedoch das Gleichheitsrecht des Betroffenen in die Schranken wei-

<sup>205</sup> *Modiri*, PER/PELJ 16 (2013), 582, 589 und 597 f. sowie 603.

<sup>206</sup> Siehe *De Waal*, Annual Survey of SA Law 2012, 831, 863.

<sup>207</sup> *De Waal*, Annual Survey of SA Law 2009, 1038, 1069 f. (zum Urteil erster Instanz).

<sup>208</sup> Vgl. *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 125 f.

<sup>209</sup> Vgl. *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9. Vgl. zum Ausdruck der rein privaten Sphäre bspw. *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 546 („private and limited sphere“); *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G11 („strictly ‘private’ sphere“).

sen.<sup>210</sup> Zum einen ließe jede abweichende Auffassung die verfassungsrechtlich garantierte Testierfreiheit zu einer bloßen Fiktion verkommen.<sup>211</sup> Zum anderen habe niemand von Natur aus ein Recht zu erben. Der Ausschluss einer Person von der Nachfolge frustriere daher nur eine Hoffnung, greife aber nicht in ein bestehendes Recht ein.<sup>212</sup> Außerdem stelle jede andere Lösung die Praxis vor erhebliche Schwierigkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsfolge eines eventuellen Gleichheitsverstößes.<sup>213</sup>

Diese Ausführungen erhielten Zuspruch in der übrigen Literatur.<sup>214</sup> Die Testierfreiheit bei Enterbungen verfassungsrechtlichen Schranken zu unterwerfen – bspw. über den Weg der *boni mores* – sei weder wünschenswert noch angebracht, so *François du Toit*.<sup>215</sup> Eine solche Verfügung für verfassungswidrig zu erklären, habe drastischere Auswirkungen auf die Testierfreiheit als das Streichen einer letztwilligen Bedingung. Man sprach sich dafür aus, klar zu trennen zwischen Enterbungen in der privaten Sphäre und den problematischeren Fällen mit letztwilligen Bedingungen oder *charitable trusts*.<sup>216</sup> Diese Stimmen hielten es also nicht für geboten, einer von der Erbfolge ausgeschlossenen Person über einen verfassungsrechtlich aufgeladenen Maßstab rechtliche Handhabe gegen die letztwillige Verfügung zu ermöglichen.

## 2. Erste Rechtsprechung

Diese Position fand zunächst auch Anklang in der Rechtsprechung. Im Jahr 2017 fällte der *High Court (Western Cape Division)* diesbezüglich gleich zwei Urteile.<sup>217</sup> Die Entscheidung in *King v De Jager* hatte ein gemeinschaftliches Testament (*joint will*) aus dem Jahr 1902 zum Gegenstand. Die Erblasser Carel und Catherina de Jager hatten darin ihre sechs Kinder – vier Söhne und zwei Töchter – als Begünstigte eingesetzt. Folgebegünstigt (im Wege eines *fideicommissum*) waren die Enkel und Urenkel, allerdings jeweils nur

---

<sup>210</sup> *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9.

<sup>211</sup> *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 6.

<sup>212</sup> *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 6.

<sup>213</sup> *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 6.

<sup>214</sup> *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 242 ff.; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 48 und 134.

<sup>215</sup> *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 245.

<sup>216</sup> Siehe *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 134; *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G8 ff.

<sup>217</sup> *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC); *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC). Seit 2013 heißt die frühere Cape Provincial Division des High Court (zwischenzeitlich: Western Cape High Court) nun Western Cape Division, vgl. section 6 und 50 des Superior Courts Act 10 of 2013.

die männlichen Abkömmlinge.<sup>218</sup> Sollte ein Nachfahre ohne männliche Abkömmlinge sterben, so sollte sein Anteil seinen Brüdern oder deren Söhnen zukommen. Das Testament regelte damit das Schicksal des Vermögens für drei Generationen – für Kinder, Enkel und Urenkel. 2015 starb ein Enkel der Erblasser. Er hinterließ fünf Töchter, die als weibliche Urenkel von einer Begünstigung ausgeschlossen waren. Die Anteile standen somit ihren Cousins zu. Zusammen mit dem für die Nachlassverteilung zuständigen *executor* (ein gewisser James King) brachten die ausgeschlossenen Töchter den Fall vor Gericht. Sie beantragten, die Klausel geschlechtsneutral abzuändern, da die Bestimmung diskriminierend gegenüber Frauen wirke und daher gegen das Gleichheitsrecht nach section 9 der Verfassung und gegen die *public policy* verstoße.<sup>219</sup> Das Gericht wies dies zurück: Die neue Verfassung bereite zwar den Weg, den Primat der Testierfreiheit einer Neubewertung zu unterziehen – exemplarisch dafür stünden die Fälle der *charitable trusts*.<sup>220</sup> Doch stelle sich die Frage, inwieweit die Diskriminierungsverbote auch gegen letztwillige Verfügungen ins Feld geführt werden können, die weniger Bezug zur Allgemeinheit haben und rein privater Natur seien.<sup>221</sup> *Bozalek J* nahm Bezug auf die weitere – ebenfalls 2017 ergangene – Entscheidung *Harper v Crawford*.

Dort war es um die Frage gegangen, ob Gleichheitsrecht und *public policy* es gebieten, die vom Erblasser für seine Kinder und deren Abkömmlinge vorgesehenen Begünstigungen auch auf die Adoptivkinder seiner Tochter zu erstrecken.<sup>222</sup> Denn es war im Wege der Auslegung festgestellt worden, der Erblasser habe den Einschluss der adoptierten Enkel nicht gewollt.<sup>223</sup> Das Gericht betonte den Unterschied zwischen gemeinnützigen *trusts*, deren Mittel öffentlichen Institutionen oder der Allgemeinheit zugutekämen, und Verfügungen, deren Wirkung sich in der privaten Sphäre erschöpfe. In den bisher zu gemeinnützigen *trusts* ergangenen Entscheidungen habe der Aspekt des Öffentlichkeitsbezugs die Abwägung maßgeblich beeinflusst.<sup>224</sup> Vor diesem

---

<sup>218</sup> Zum Instrument des fideicommissum *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 147 ff.

<sup>219</sup> *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 529 ff.

<sup>220</sup> *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 534 ff. In *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 595 brachte der Parteivertreter vor, die neue Verfassung bewirke einen „overall shift in public policy“.

<sup>221</sup> *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 537.

<sup>222</sup> Gegenstand der Entscheidung war ein inter vivos trust, der aber hauptsächlich Vermögenszuwendungen nach dem Tode des Gründers regelte.

<sup>223</sup> *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 607. Dieses Auslegungsergebnis erscheint angesichts der Sachverhaltsinformationen allerdings keinesfalls zwingend. Vgl. diesbzgl. auch das Sondervotum seitens *Jafta J* in der späteren Entscheidung des Constitutional Court, *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 164 ff.

<sup>224</sup> *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 603 und 608 f. Für die Unterscheidung nach öffentlicher und privater Sphäre dezidiert auch *Thomas*, in: *Inter cives necnon peregrinos*, 727, 739.

Hintergrund lehnte man es letztlich ab, die Begünstigungen aus Gleichheits-erwägungen auf die adoptierten Enkel zu erstrecken.<sup>225</sup>

Nach diesem Verweis auf die Bedeutung des Öffentlichkeitsbezugs folgte in *King v De Jager* eine aufschlussreiche Abwägung zwischen Testierfreiheit und Gleichheitsrecht. Das Gericht würdigte ausführlich die von *Marius de Waal* in der Literatur vorgebrachten Argumente und untermauerte diese mit weiteren Ausführungen. Würde man einen Erblasser dazu zwingen, bei der Verteilung seines Vermögens stets einen gewissen Gleichheitsmaßstab zu wahren, so wäre dies ein erheblicher Eingriff in die Testierfreiheit. Den Gerichten würde erlaubt, letztwillige Verteilungsentscheidungen zu hinterfragen und die Auswahl der Begünstigten anzupassen.<sup>226</sup> Es sei zu beachten, dass die Bestimmungen im vorliegenden Fall nur einen eng umgrenzten Personenkreis betreffen, in zeitlicher Hinsicht beschränkt seien und nicht darauf abzielten, die Würde der Betroffenen in Frage zu stellen. Die Gerichte sollten sich daher bei der Beurteilung privater Entscheidungen und persönlicher Neigungen in Zurückhaltung üben.<sup>227</sup> Der Eingriff in das Gleichheitsrecht sei – insbesondere angesichts der Bedeutung der Testierfreiheit – angemessen und gerechtfertigt. Somit führe weder eine unmittelbare Anwendung der Verfassungsbestimmungen noch ein Rückgriff auf die *public policy* zur Unwirksamkeit der Klausel. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Allgemeinheit die Bestimmungen des Erblassers für derart unangemessen und anstößig erachte.<sup>228</sup> Die Klage wurde abgewiesen – wie auch im kurz zuvor ergangenen Urteil *Harper v Crawford*. Der *High Court* zog in diesen beiden Entschei-

---

<sup>225</sup> Vgl. mit ähnlichen Sachverhalten auch die englische Entscheidung *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449 (siehe oben Kapitel 3 – B.III. (341)), sowie die Entscheidung des EGMR, NJW 2005, 875 (Pla und Puncernau/Andorra).

<sup>226</sup> *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 543 f. und 546. Noch nie habe ein Gericht die Verfügungsfreiheit eines Eigentümers derart stark beschränkt, wie es nun gefordert werde, so das Gericht in *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 603 sowie später auch in *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (SCA) 175. Auch in *Harper v Crawford* erklärte das Gericht *De Waals* Argumente für überzeugend, *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 612.

<sup>227</sup> *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 546 f. Siehe auch *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 613 und insbes. *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (SCA) 180.

<sup>228</sup> *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 547 f. Zwar verbiete auch section 8 des Equality Act Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts und insbesondere den systematischen Ausschluss von Frauen bei der Erbfolge sowie andere Praktiken oder Bräuche, die der Gleichheit von Mann und Frau entgegenstehen. Ein einmaliges privates Testament könne aber nicht als System oder Brauch bezeichnet werden, *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 541. Siehe auch *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 608. Section 8 Equality Act (Auszug): „[...] no person may unfairly discriminate against any person on the ground of gender, including [...] (c) the system of preventing women from inheriting family property; (d) any practice, including traditional, customary or religious practice, which impairs the dignity of women und undermines equality between women and men [...]“.

dungen dem Einfluss der *Bill of Rights* in der privaten Sphäre Grenzen und folgte damit der wohl herrschenden Literaturmeinung. Diese Position wurde in beiden Verfahren durch den *Supreme Court of Appeal* bestätigt.<sup>229</sup>

### 3. Die Entscheidung des Constitutional Court in *King v De Jager* (2021)

Die weiblichen Urenkel des Ehepaars De Jager gaben sich allerdings nicht geschlagen und zogen vor den *Constitutional Court* – mit Erfolg. Alle neun Richter hielten den Ausschluss der weiblichen Abkömmlinge für diskriminierend und unwirksam. Man sprach sich dabei dezidiert gegen die Trennung zwischen privater und öffentlicher Sphäre aus:

„[...] the distinction drawn by the courts below between public and private testaments is artificial and cannot be sustained, especially where the challenge is based on the Constitution.<sup>230</sup> To hold otherwise would subvert the supremacy of the Constitution and would suggest that the Constitution does not reach individual conduct in the private sphere, despite the horizontal application of the Bill of Rights.“<sup>231</sup>

Eine solche Trennung könne dazu führen, dass ein Bereich privater Diskriminierung entstehe und dies untergrabe das Streben nach einer egalitäreren Gesellschaft.<sup>232</sup> Wenngleich die Richter hinsichtlich der Unwirksamkeit der Klausel übereinstimmten, zeigten sich mit Blick auf die dogmatische Herangehensweise deutliche Unterschiede, was letztlich zu drei getrennten Voten führte. Das von *Mhlantla J* verfasste Minderheitsvotum (4 von 9 Richtern) wies noch die größten Gemeinsamkeiten mit den Vorinstanzen auf. Man sprach sich dafür aus, an die etablierten Regeln des *common law* anzuknüpfen und diese im Wege einer verfassungskonformen Anwendung der *public policy* fortzubilden („indirect application of the Bill of Rights“).<sup>233</sup> Zwar sollte bei privaten Testamenten ein weniger strenger Maßstab angelegt werden. Doch bewirke die Tatsache, dass die Erblasser noch unbekannte Abkömmlinge allein anhand des Geschlechts von der Nachfolge ausgeschlossen hatten, eine entsprechende Veränderung auf dem Kontinuum der Kontrolldichte und erfordere ein wiederum energischeres Einschreiten.<sup>234</sup>

„It can never accord with public policy for a testator, even in the private sphere, to discriminate against lineal descendants unknown to her or him purely on the ground of gender. No

---

<sup>229</sup> Nun als *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (SCA). Die Entscheidung des Gerichts in der Sache *King v De Jager* ist unveröffentlicht, vgl. *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 13. Vgl. zu den Entscheidungen auch *Du Toit/Smith/Van der Linde*, Fundamentals of South African Trust Law, 47 ff.

<sup>230</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 157 (= 2021 (4) SA 1 (CC)).

<sup>231</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 151 (*Jafta J*).

<sup>232</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 222 (*Victor AJ*).

<sup>233</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 37 ff.

<sup>234</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 76 ff. Zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Testierfreiheit Ziffer 64 ff.

privacy or property right considerations can ever trump that [...]. Any sense that this view is violative of dignity or property interests is not worthy of being countenanced by our constitutional order.”<sup>235</sup>

Man sollte die Klausel für *unenforceable* (nicht durchsetzbar) erklären und eine Verteilung zu gleichen Teilen anordnen.<sup>236</sup> Dagegen sah das von *Jafta J* niedergelegte Mehrheitsvotum (5 von 9 Richtern) keinen Anlass, das *common law* fortzubilden. Schließlich gebe es schon eine Regel, nach der testamentarische Bestimmungen unwirksam seien, die gegen ein Gesetz oder die *public policy* verstießen.<sup>237</sup> Unter Verweis auf die Diskriminierungsverbote der Verfassung und des *Equality Act* sowie die dort jeweils angeordnete Beweislastumkehr kam er zum Schluss, die beklagten männlichen Abkömmlinge hätten die Vermutung einer *unfair discrimination* nicht zu entkräften vermocht. Somit sei die Klausel nicht durchsetzbar – gleichgültig, ob dies nun direkt aus der Verfassung oder aus den Bestimmungen des *Equality Act* folge.<sup>238</sup> Der verstorbene Enkel habe seinen Nachlassanteil unter der Bedingung erhalten, dass dieser bei seinem Tod an die männlichen Abkömmlinge übergehe. Eine solche *fideicommissary condition* sei im Falle ihrer Unwirksamkeit *pro non scripto* zu behandeln mit der Folge, dass auch die Vermögensbindung des *fideicommissum* erlösche. So fiel der Anteil in den allgemeinen Nachlass des verstorbenen Enkels und ging kraft dessen Testaments auf die Klägerinnen über.<sup>239</sup> *Victor AJ* verfasste ein zusätzliches Sondervotum. Unter Anknüpfung an jüngere Rechtsprechung des Gerichts erklärte sie, die Diskriminierungsverbote könnten hier grundsätzlich im Wege direkter Horizontalwirkung angewendet werden.<sup>240</sup> Nach dem Grundsatz verfassungsrechtlicher Subsidiarität und vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung müsse man sich allerdings auf die einfachgesetzlichen Regelungen stützen. Der *Equality Act* regle die vorliegenden Fragen in abschließender und verfassungskonformer Weise. Die Klausel scheitere letztlich an dessen Bestimmungen.<sup>241</sup>

<sup>235</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 84.

<sup>236</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 86 f. Dies schien auf reinen Billigkeitserwägungen zu beruhen („just and equitable remedy“).

<sup>237</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 90 ff. und 123 ff.

<sup>238</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 129 ff. Zu Unrecht habe der High Court die Anwendbarkeit von section 8 des *Equality Act* verneint. Die dort genannten Fälle der Geschlechterdiskriminierung seien nicht als erschöpfende Aufzählung zu verstehen.

<sup>239</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 158 ff. Zur Rechtsfolge einer unwirksamen *fideicommissary condition* *De Waal/Schoeman-Malan*, *Law of Succession*, 150; *De Waal/Erasmus/Gauntlett/Wiechers*, in: *LAWSA* Bd. XXXI, Ziffer 356. Hätte dessen Testament andere Begünstigte vorgesehen, wäre den Töchtern allerdings nicht geholfen gewesen.

<sup>240</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 170 ff. Dafür sprächen Stärke und Geschichte des Gleichheitsrechts sowie die Gefahr, dass ein Haltmachen vor der privaten Sphäre Ungleichheiten und Benachteiligungen perpetuieren und das Ziel materialer Gleichheit untergraben könnte.

Der wohl bemerkenswerteste Aspekt dieser Entscheidung ist der richterliche Blick auf die Testierfreiheit und deren Verhältnis zu den Grundsätzen der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung. Nicht jede Differenzierung in der Erbfolge stelle ohne Weiteres eine Diskriminierung dar. Schließlich habe niemand Anspruch auf eine Beteiligung am Nachlass und dem Erblasser stehe es zu, kraft seiner Testierfreiheit in den Grenzen von Gesetz und *public policy* frei über sein Vermögen zu verfügen.<sup>242</sup> Doch beschreibt *Mhlantla J* die Testierfreiheit – ausgehend vom römischen *paterfamilias* – als ein traditionell patriarchalisches Institut:

„[...] it must be accepted that the genesis and development of freedom of testation have undeniable layers of patriarchy, deeply rooted in notions that women cannot own property [...]. [...] the facially neutral principle of freedom of testation as it currently stands reinforces patriarchal and outdated ideas concerning sex, gender, property, ownership, family structures and norms.“<sup>243</sup>

Demgegenüber sei das Gleichheitsrecht Fundament und Leitstern der transformativen Verfassungsagenda.<sup>244</sup> *Victor AJ* stellt sodann Bezüge zu Kolonialzeit und Apartheid her:

„In a society with stark inequalities based on gender, an unfettered approach to freedom of testation sustains class hierarchies inherited from the colonial and apartheid legacy and frustrates the establishment of a society based on equality and in particular gender equality.“<sup>245</sup>

Individualistische, libertäre und neoliberale Sichtweisen der Testierfreiheit würden zu stark betont. Stattdessen sollte man Prinzipien des *common law* wie die Testierfreiheit neu justieren und stärker an Gleichheit und *ubuntu* ausrichten.<sup>246</sup> Getragen werden all diese Erwägungen von einem Verfassungsverständnis, das die südafrikanische Verfassung als Wegbereiter und Motor gesellschaftlichen Wandels sieht. Die Konzeption eines *transformative constitutionalism* wurde vom *Constitutional Court* auch in dieser Entscheidung in aller Deutlichkeit betont.<sup>247</sup> Dass auf dieser Basis auch gewisse Umverteilungsgedanken eine Rolle spielen, wird durchaus deutlich:

---

<sup>241</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 182 ff. und 227 ff. Eine Rechtfertigung nach section 14 des Equality Act unter Berufung auf die Testierfreiheit wurde abgelehnt.

<sup>242</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 129 und 144 (*Jafta J*).

<sup>243</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 55 und 79.

<sup>244</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 77 („lodestar of our transformative constitutional project“).

<sup>245</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 207. Vgl. auch Ziffer 85: „It has gone on long enough and must be stopped“ (*Mhlantla J*).

<sup>246</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 202 f. Siehe zu *ubuntu* auch oben Kapitel 1 – C.IV.3. (84).

<sup>247</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 47 und 77: „transformative constitutional project“ (*Mhlantla J*) sowie Ziffer 166: „I will be guided by the principles of transforma-

„[...] the right to dispose of one’s property upon one’s death must be balanced against the discriminatory effect it may have by precluding members of society from an adequate share in the wealth and resources of the nation. [...] While the argument that freedom of testation is closely related to several rights – such as dignity, privacy and property – may have some merit, this approach de-contextualises what freedom of testation really means in a grossly unequal society such as South Africa. The countervailing values of equality and *ubuntu* require this Court to consider the significant distributive consequences that placing a high premium on freedom of testation has meant. Amongst these consequences is the glaring wealth inequality based on the fault lines of race, gender and class that has endured after apartheid. [...] considerations of *ubuntu* imply that the narrow-minded and self-indulgent understanding of freedom of testation should be tempered by considerations of social justice and equity. In this context *ubuntu* means nothing more than the adage that none of us are free until all of us are free when dealing with freedom of testation within the context of gender equality.“<sup>248</sup>

*King v De Jager* ist der erste Fall, in dem ein südafrikanisches Gericht ein Testament in der rein privaten Sphäre wegen Verstoßes gegen die Diskriminierungsverbote für unwirksam erklärte. Richtungweisend erscheint dabei, dass man die bislang zu beobachtende Trennung zwischen privater und öffentlicher Sphäre aufgab. In der Sache *Harper v Crawford* (Ausschluss adoptierter Enkel im Rahmen eines *trust*) erging nur wenige Wochen später ebenfalls eine Entscheidung des *Constitutional Court*.<sup>249</sup> Angesichts des identischen Richterkollegiums erstaunt es, dass man zunächst die verfassungsrechtliche Verankerung der Testierfreiheit hervorhob und erklärte, private *trusts* seien einer weniger strengen Kontrolle zu unterstellen als *trusts* in der öffentlichen Sphäre.<sup>250</sup> Man betonte sodann aber auch in dieser Entscheidung, dass Diskriminierungen nicht allein deshalb gebilligt werden dürften, weil sie in der privaten Sphäre stattfänden.<sup>251</sup> Im Ergebnis hielt die Mehrheit der Richter den Ausschluss der adoptierten Enkel ebenfalls für diskriminierend und die entsprechende Klausel für unwirksam.<sup>252</sup> Mit diesen beiden Entscheidungen – insbesondere mit jener in *King v De Jager* – dürfte der *Constitutional Court* für zukünftige Fälle letztwilliger Diskriminierung die Gewichte ein gutes Stück zugunsten von Gleichheit und Nichtdiskriminierung sowie zulasten der Testierfreiheit verschoben haben.

---

tive constitutionalism [...]“ (*Victor AJ*). Zum Konzept des transformative constitutionalism auch noch unten Kapitel 3 – D.III.1. (385).

<sup>248</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 243 ff. Interessanterweise verlieh *Victor AJ* als einzige Richterin weißer Hautfarbe den Gleichheitsaspekten den größten Nachdruck.

<sup>249</sup> Nun als *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8 (= 2021 (4) SA 323 (CC)). Zu den Entscheidungen der Vorinstanzen siehe Kapitel 3 – C.II.2. (354).

<sup>250</sup> *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 69 ff. und 118 ff.

<sup>251</sup> *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 73.

<sup>252</sup> *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 98.

### III. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen

Letztwillige Bedingungen, die an verpönte Differenzierungsmerkmale anknüpfen, waren seit Inkrafttreten der Verfassung nicht mehr vor Gericht gelangt.<sup>253</sup> Die letzte höchstrichterliche Entscheidung zu derartigen Bedingungen erging im Jahr 1949. Die schon im vorigen Kapitel erörterte Entscheidung *Aronson v Estate Hart* betraf eine Bedingung, nach der jegliche Begünstigung verfallen sollte, sobald ein Begünstigter eine nicht im jüdischen Glauben geborene Person heirate oder sich selbst vom jüdischen Glauben abwende.<sup>254</sup> Das Gericht hatte die Klausel damals auf voller Linie gestützt.<sup>255</sup> Prominenter Kritiker der Entscheidung war unter anderem *H.R. Hahlo*. Seine Kritik legte den Fokus allerdings auf eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit bezüglich Religion und Ehe und damit lediglich auf freiheitsrechtliche Erwägungen.<sup>256</sup>

Die Klausel kann aber – zumindest aus heutiger Sicht – auch vor dem Hintergrund der Diskriminierungsverbote betrachtet werden. Die Klausel differenziert nach dem von section 9 der Verfassung verpönten Merkmal der Religion – sowohl im Zweipersonenverhältnis (mit Blick auf die bedachte Person selbst) als auch im Dreipersonenverhältnis (bezüglich des potentiellen Ehepartners der bedachten Person). Gerade mit Blick auf die Entscheidung des *Constitutional Court* in *King v De Jager* ist anzunehmen, dass auch letztwillige Bedingungen, die die Nachlassteilhaber an unveränderliche Merkmale knüpfen, an den Diskriminierungsverboten scheitern können. Selbst jene Stimmen aus der Literatur, die grundsätzlich die Differenzierung zwischen öffentlicher und privater Sphäre befürworten, ziehen eine strengere Kontrolle letztwilliger Bedingungen in Erwägung – auch mit Blick auf eine Verletzung der Diskriminierungsverbote.<sup>257</sup> Man betont, das Streichen einer Bedingung beschränke die Testierfreiheit in geringerem Maße, als der Eingriff in eine Enterbung.<sup>258</sup> Es ist daher durchaus denkbar, dass auch letztwillige Bedingungen in Zukunft an den Diskriminierungsverboten scheitern – sei es auf Grundlage des *Equality Act*, im Wege einer verfassungsrechtlich informierten *public policy* oder unter direktem Verweis auf die Verfassung.<sup>259</sup>

---

<sup>253</sup> Vgl. *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 133.

<sup>254</sup> Siehe *Aronson v Estate Hart* 1950 (1) SA 539 (A) 551.

<sup>255</sup> Siehe oben Kapitel 2 – C.III.3. (223).

<sup>256</sup> Siehe *Hahlo*, SALJ 67 (1950), 231, 242; *Hahlo*, SALJ 75 (1958), 152, 153.

<sup>257</sup> Vgl. *De Waal*, in: *Bill of Rights Compendium*, Ziffer 3G10; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 236 ff. Vgl. auch *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 133.

<sup>258</sup> *De Waal*, in: *Bill of Rights Compendium*, Ziffer 3G10.

<sup>259</sup> Vgl. auch *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, *The Law of Succession in South Africa*, 134.

#### IV. Anordnung der männlichen Primogenitur des *customary law* kraft letztwilliger Verfügung

Anknüpfend an die bisherigen Ausführungen soll noch eine spezielle Thematik mit Bezügen zum südafrikanischen *customary law* erörtert werden. Es geht dabei um die Frage, ob ein nach *customary law* lebender Erblasser befugt ist, die inzwischen für verfassungswidrig erklärte traditionelle Erbfolge der männlichen Primogenitur kraft letztwilliger Verfügung anzuordnen.<sup>260</sup>

##### 1. Hintergrund: Verfassungswidrigkeit der traditionellen Erbfolge

Wie schon erläutert, kennt das traditionelle *customary law* keine Testierfreiheit, wie sie nach europäisch-stämmigem *common law* besteht. Der älteste Sohn trat in sämtliche Rechte und Pflichten des Verstorbenen ein, auch mit Blick auf das Vermögen. Die Kolonialherren zementierten ihre Vorstellung von diesen Regeln 1929 im *Black Administration Act*. Danach hatte die Erbfolge für Personen, die nach *customary law* lebten, zwingend der männlichen Primogenitur zu folgen. Nur über wenige Vermögenspositionen konnte frei verfügt werden.<sup>261</sup>

Durch den Kodifikationsprozess wurde ein Rechtsgebilde geschaffen, das wohl nie die tatsächlichen Regeln des *customary law* widerspiegelte.<sup>262</sup> Das in Stein gemeißelte Abbild des eigentlich dynamischen und flexiblen *customary law* war nicht mehr in der Lage, sich an aktuelle soziale und wirtschaftliche Entwicklungen anzupassen:<sup>263</sup> Die traditionelle Großfamilie wich infolge von Arbeitssuche und der damit verbundenen Landflucht immer öfter einer Kernfamilie und der Unterhalt der ruralen Großfamilie durch einen in der Stadt lebenden Haupterben wurde womöglich durch dessen Arbeitslosigkeit und Armut noch erschwert. Und gerade in den Städten mischten sich traditionelles und europäisches Eigentumsverständnis, und die westliche individuelle Lesart dieses Rechts verminderte mitunter die Bereitschaft, einmal verdientes oder ererbtes Vermögen der erweiterten Familie zugutekommen zu lassen. Dies erschütterte die Grundgedanken der traditionellen Erbfolge: Die männliche Primogenitur hatte ursprünglich den Zweck, Grundlage oder Ausgleich

---

<sup>260</sup> Bildhaft hierfür der Titel eines Aufsatzes: „Is Primogeniture Extinct Like the Dodo, or is there any Prospect of it Rising from the Ashes? Comments on the Evolution of Customary Succession Laws in South Africa“, *Rautenbach/Du Plessis/Pienaar*, SAJHR 22 (2006), 99.

<sup>261</sup> Dazu auch schon oben Kapitel 1 – C.IV.2. (83).

<sup>262</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 619; *Du Bois/Visser*, TLCP 13 (2003), 593, 604 f.; *Bennett*, Customary Law in South Africa, 46.

<sup>263</sup> Siehe *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 606 und 618. *Mnisi Weeks* zeigt auf, dass sich das living customary law jedoch durchaus verändert und an aktuelle Gegebenheiten angepasst hat, unter anderem zum Vorteil von Frauen, *Mnisi Weeks*, *Acta Juridica* 2015, 215, 246 ff.

für die Erfüllung familiärer Pflichten wie Familienunterhalt oder *lobolo* (Brautpreis) zu bieten. Doch angesichts der beschriebenen Veränderungen verblasste diese gesellschaftliche Rechtfertigung langsam im Halbschatten trister Vorstadtsiedlungen.<sup>264</sup> Eine Reform des *customary law of succession* wurde als dringend erforderlich angesehen.<sup>265</sup>

Im Jahr 2004 erklärte der *Constitutional Court* in *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* die einschlägige Bestimmung des *Black Administration Act* sowie das Erbfolgeprinzip der männlichen Primogenitur für verfassungswidrig und unwirksam. Das Gericht stellte den *Black Administration Act* in den Kontext seiner Entstehungsgeschichte und bezeichnete das Gesetz als „cornerstone of racial oppression“.<sup>266</sup> Die Anwendung unterschiedlicher Intestaterbfolgen nach dem Kriterium der Hautfarbe sei augenscheinlich diskriminierend und verstoße somit gegen die Verfassung, namentlich gegen das Gleichheitsgebot und die Menschenwürde.<sup>267</sup> Zur männlichen Primogenitur führte das Gericht aus, dieses Prinzip habe ursprünglich das Ziel verfolgt, das Vermögen der Familie zu deren Gunsten zu verwalten und letztlich deren Zusammenhalt zu gewährleisten. Vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Veränderungen, mit denen das kodifizierte *customary law* nicht Schritt halten konnte, habe die Primogenitur jedoch ihre soziale Funktion verloren und trage nunmehr Züge eines überzeichneten Patriarchats.<sup>268</sup> Indem diese Regelung Frauen aufgrund ihres Geschlechts von der Erbfolge ausschließe und damit impliziere, dass ihnen die Verwaltung von Vermögen nicht zugetraut werde, verstoße das Prinzip der Primogenitur ebenfalls gegen Gleichheitsgrundsatz und Menschenwürde.<sup>269</sup>

---

<sup>264</sup> Zu diesen Veränderungen siehe *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 618 f.; *Mbatha*, SAJHR 18 (2002), 259, 260 ff.; siehe auch *Coertze*, *Bafokeng Family Law and Law of Succession*, 65.

<sup>265</sup> *South African Law Reform Commission*, Project 90, *Customary Law of Succession* (Report 2004), 54 ff.; *Mbatha*, SAJHR 18 (2002), 259, 259.

<sup>266</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 612 f. Noch wenige Jahre zuvor war das Prinzip der Primogenitur für verfassungskonform erklärt worden. Die Gerichte waren vor einer Einmischung zurückgeschreckt und hatten die Angelegenheit ausdrücklich dem Gesetzgeber überlassen. Siehe *Mthembu v Letsela* 1998 (2) SA 675 (T) 686 ff., bestätigt durch *Mthembu v Letsela* 2000 (3) SA 867 (SCA) 880 ff. Das Urteil in *Bhe* erteilte diesen Entscheidungen eine klare Absage (624).

<sup>267</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 615 f.

<sup>268</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 617 ff.

<sup>269</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 621 f. Ähnliches gelte für Töchter und außereheliche Kinder. Jüngere (nicht erstgeborene) männliche Abkömmlinge wurden in der Entscheidung dagegen ausgeklammert (622). Das geschlechtliche Ungleichgewicht mit Blick auf die Rechtspraxis etwas relativierend *Mnisi Weeks*, *Acta Juridica* 2015, 215, 244 ff.

Der Gesetzgeber reagierte auf das Urteil. Zum einen erklärte er den europäisch geprägten *Intestate Succession Act* für anwendbar.<sup>270</sup> Zum anderen hob er die problematischen Bestimmungen des *Black Administration Act* auf.<sup>271</sup> Dies hatte nicht nur Implikationen für die gesetzliche Erbfolge. Denn damit wurden auch die ehemals durch den *Black Administration Act* errichteten Testierverbote aufgelöst. Dadurch erhielten auch nach *customary law* lebende Personen volle Testierfreiheit.<sup>272</sup>

## 2. Testierfreiheit und männliche Primogenitur

Es wäre nun also möglich, dass ein nach *customary law* lebender Erblasser kraft seiner Testierfreiheit die Erbfolge der männlichen Primogenitur per letztwilliger Verfügung anordnet.<sup>273</sup> Zwar besteht Unsicherheit hinsichtlich der Verbreitung der Testierpraxis sowie der Kenntnis der aktuellen Rechtslage – insbesondere was den ländlichen Raum angeht.<sup>274</sup> Doch sind entsprechende Fälle durchaus vorstellbar. Denkbar wäre bspw. ein traditionell lebender Erblasser, der von der aktuellen Rechtslage Kenntnis hat und mit der Errichtung eines Testaments sicherstellen möchte, dass der von ihm als selbstverständlich angesehene traditionelle Erbgang auch entsprechend umgesetzt wird.<sup>275</sup> Dann stellt sich die Frage, ob eine solche letztwillige Verfügung einer rechtlichen Überprüfung am Maßstab der Verfassung standhalten würde. Rechtsprechung zu dieser Konstellation scheint es nicht zu geben.<sup>276</sup> *Christa Rautenbach*, die sich im Schrifttum ausführlich mit dieser Thematik beschäftigt, differenziert letztlich zwischen zwei möglichen Szenarien:

---

<sup>270</sup> Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act 11 of 2009. Dazu auch oben Kapitel 1 – C.IV.2. (83).

<sup>271</sup> Repeal of the Black Administration Act and Amendment of Certain Laws Act 28 of 2005.

<sup>272</sup> Siehe *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 224.

<sup>273</sup> Vgl. *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 224.

<sup>274</sup> Siehe oben Kapitel 1 – C.IV.3. (84). Dort ist die Primogenitur – wenn auch teilweise flexibel angewandt – noch immer Bestandteil des Rechtslebens, *Mnisi Weeks*, *Acta Juridica* 2015, 215, 235 und 248 f. Sie kommt aber grundsätzlich nicht per Testament, sondern kraft traditionellem Rechtsverständnis zur Anwendung. Denn die Testierfreiheit basiert auf dem Gedanken des Privateigentums und erscheint im Kontext des gemeinschaftsorientierten Eigentumsverständnisses des *customary law* als Fremdkörper, siehe *Rautenbach*, *Acta Juridica* 2014, 132, 142 (Fn. 52).

<sup>275</sup> Siehe für einen ähnlich gelagerten Fall *Mnisi Weeks*, *Acta Juridica* 2015, 215, 243.

<sup>276</sup> So *Rautenbach*, *Acta Juridica* 2014, 132, 154. Im Schrifttum wird die Zulässigkeit einer solchen Verfügung teilweise in recht knappen Ausführungen und unter Verweis auf die Testierfreiheit bejaht, siehe *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 224; *Bennett*, *Customary Law in South Africa*, 360 f. (noch keine Berücksichtigung von *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*). *Nwauche*, *PER/PELJ* 18 (2015), 569, 583 f. geht dagegen eher darauf ein, ob auch andere Bevölkerungsgruppen (z.B. europäisch-stämmige Südafrikaner) letztwillig auf Regeln des *customary law* zurückgreifen können.

Eine letztwillige Verfügung, in der die Erbfolge der Primogenitur ausdrücklich angeordnet wird, werde mit Blick auf die Verfassungswidrigkeit dieses Erbfolgeprinzips wohl kaum Bestand haben können. Zwar sei eine unmittelbare Anwendung der Verfassungsnormen unwahrscheinlich. Denn dies sei in den bisherigen Gerichtsentscheidungen zum Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und *Bill of Rights* auch nicht geschehen.<sup>277</sup> Wahrscheinlicher sei die verfassungsrechtlich informierte Erörterung eines Verstoßes gegen die *public policy*. Zu beachten sei dabei, dass das Urteil in *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* sowie die Präambel des Reform-Gesetzes<sup>278</sup> eine eindeutige Abkehr von der männlichen Primogenitur kommunizieren. Ein Ignorieren dieser Haltung durch den Erblasser stünde im Widerspruch zur *public policy* und ein Wiederbeleben der Primogenitur kraft Testierfreiheit sei somit kaum vorstellbar.<sup>279</sup>

Alternativ stelle man sich einen Erblasser vor, der – ohne den Begriff der männlichen Primogenitur zu erwähnen – den traditionellen Erbgang in seine einzelnen Bestandteile zerlegt und deren Befolgung in seinem Testament anordnet.<sup>280</sup> Der Erblasser könnte also sein gesamtes Vermögen seinem ältesten Sohn zuwenden und die Zuwendung unter die Auflage (*modus*) stellen, bestimmten Familienmitgliedern Unterhalt zu gewähren.<sup>281</sup> Eine solche Verfügung sei rechtlich kaum angreifbar, so *Rautenbach*. Denn nur weil sie die gleichen Rechtsfolgen wie die männliche Primogenitur herbeiführe, könne man nicht daraus schließen, der Erblasser habe versucht, dieses für verfassungswidrig erklärte Prinzip wiederzubeleben. Auch die damit einhergehende Enterbung der übrigen Angehörigen sei im südafrikanischen *common law* rechtlich zulässig.<sup>282</sup>

Danach soll also nur jene Konstellation rechtlich zulässig sein, die keinen ausdrücklichen Bezug zum *customary law* enthält – es entscheidet trotz identischem Ergebnis letztlich die Formulierung über die Wirksamkeit der Verfügung.<sup>283</sup> Dabei ist zu beachten, dass der *Constitutional Court* das Prinzip der männlichen Primogenitur damals nur im Kontext der Intestaterbfolge für verfassungswidrig erklärte und über die testamentarische Erbfolge keinerlei

---

<sup>277</sup> *Rautenbach*, Acta Juridica 2014, 132, 154 f. Die Entscheidung *King v De Jager* [2021] ZACC 4 mit ihren möglichen Implikationen für Fragen der Horizontalwirkung war noch nicht ergangen.

<sup>278</sup> Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act 11 of 2009.

<sup>279</sup> *Rautenbach*, Acta Juridica 2014, 132, 155.

<sup>280</sup> Siehe *Rautenbach*, Acta Juridica 2014, 132, 155.

<sup>281</sup> Siehe die Beispielsverfügung bei *Rautenbach*, Acta Juridica 2014, 132, 158 f.

<sup>282</sup> *Rautenbach*, Acta Juridica 2014, 132, 155 f.

<sup>283</sup> In diesem Sinne (allerdings eher unkritisch) *Rautenbach*, Acta Juridica 2014, 132, 159.

Aussage traf.<sup>284</sup> Für abstrakt-generelle (gesetzliche) Regelungen können andere Maßstäbe gelten als für privatautonome Entscheidungen eines Einzelnen. Daher muss die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der männlichen Primogenitur für die gewillkürte Erbfolge getrennt gestellt werden.<sup>285</sup> Nun hat der *Constitutional Court* in *King v De Jager* ein privates Testament einer ausführlichen Diskriminierungskontrolle unterzogen und gleichzeitig mutmaßlich patriarchale Züge der Testierfreiheit hervorgehoben. Würde die Testierfreiheit genutzt werden, um explizit eine Erbfolge anzuordnen, die ebenfalls als patriarchalisch und als gleichheitswidrig angesehen wurde, könnte es um eine solche Klausel schnell geschehen sein. Es dürfte allerdings deutlich schwerer fallen – selbst vor dem Hintergrund dieser Entscheidung –, die Begünstigung eines namentlich genannten ältesten Sohnes zu Fall zu bringen.<sup>286</sup>

#### V. Zwischenergebnis Südafrika

*Charitable trusts* unterlagen bislang aufgrund ihres Gemeinwohlbezugs einer strengeren Kontrolle mit Blick auf die Diskriminierungsverbote der südafrikanischen Verfassung als letztwillige Verfügungen in der rein privaten Sphäre. Die Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Sphäre hat der *Constitutional Court* inzwischen aufgegeben und unterstellt somit alle letztwilligen Verfügungen einem ehrgeizigen Nichtdiskriminierungsrecht.

### D. Vergleichende Analyse

Die Thematik letztwilliger Diskriminierung beschäftigt alle drei Rechtsordnungen – wenngleich in unterschiedlichem Ausmaß. Die Diskurse und Standpunkte sollen vergleichend ergründet werden, um der Frage nachgehen zu können, inwieweit der Umgang mit dem Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Diskriminierungsverbot Ausdruck divergierender Wertungen und rechtsordnungsspezifischer Besonderheiten ist. Von besonderem Interesse ist

---

<sup>284</sup> Siehe ausdrücklich *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC) 632. Siehe dazu auch *Du Plessis/Rautenbach/Olivier*, in: LAWSA Bd. XXXII, Ziffer 224 sowie die Bemerkung in *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 541.

<sup>285</sup> Angemerkt sei, dass auch im Kontext des common law so mancher Erblasser die männliche Linie oder den Erstgeborenen bevorzugt hatte – auch unter Verwendung des Begriffs der Primogenitur, siehe *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 531 („male descendant“); *Ex parte Estate Edwards* 1964 (2) SA 144 (C) 145 („in succession according to primo geniture“ – allerdings männliche und weibliche Abkömmlinge einschließend); *Ex parte Rawbone* 1946 CPD 409, 412 („male descendants in the order of primogeniture“).

<sup>286</sup> Vgl. auch *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 129 und 144: „[...] a bequeath to some, and not all, of the testator’s children does not without more constitute unfair discrimination [...]“.

dabei, warum die Diskussion um letztwillige Diskriminierung in den drei Rechtsordnungen verschieden stark ausgeprägt ist und aus welchen Gründen sich die Tragweite des Nichtdiskriminierungsrechts unterscheidet.

## I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick

### I. Letztwillige Diskriminierung und Förderung von Gemeinwohlbelangen

In England und Südafrika wurde die Diskussion um letztwillige Diskriminierung bislang am intensivsten im Zusammenhang mit *charitable trusts* geführt. Oftmals ging es dabei um die Vergabe von Stipendien oder anderen Zuwendungen an Mitglieder einer größeren Öffentlichkeit, wobei die Auswahl (oder der Ausschluss) der Begünstigten nach Differenzierungsmerkmalen wie Abstammung, Geschlecht oder Religion erfolgte. Dabei war teilweise der Öffentlichkeits- bzw. Gemeinwohlbezug wichtiger Faktor der rechtlichen Beurteilung.

Wo die frühere Rechtsprechung in England und Südafrika *charitable trusts* noch besonders wohlwollend handhabte, wurden diese insbesondere in späteren südafrikanischen Entscheidungen einer strengeren gleichheitsrechtlichen Kontrolle unterworfen.<sup>287</sup> Die Rechtsfolge ist dabei in englischen und südafrikanischen Entscheidungen mitunter identisch: Das diskriminierende Auswahlkriterium wird aus den Bestimmungen des *trust* gestrichen und der begünstigte Personenkreis dadurch erweitert. Meist griffen südafrikanische und englische Richter auf spezielle Institute aus dem Recht des *trust* oder der *charities* zurück – in Südafrika namentlich section 13 *Trust Property Control Act* und in England die *cy-près*-Doktrin sowie section 34 *Race Relations Act*.

Doch unterscheiden sich die englischen und südafrikanischen Urteile deutlich mit Blick auf ihre Argumentation und die Tragweite der Ausführungen. Zwar lehnte *Lewison J* in der letzten englischen Entscheidung aus dem Jahr 2007 einen Verstoß gegen die *public policy* nicht mehr mit derselben Vehemenz ab, wie dies noch 1965 geschehen war. Doch zog er der *public policy* den Weg über den *Race Relations Act* vor. Es erfolgte keine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage nach der Zulässigkeit von Diskriminierungen in *charitable trusts*.<sup>288</sup> In Südafrika ist dagegen eine deutlich offensivere inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Thema letztwilliger Diskriminierung zu beobachten sowie eine darauf aufbauende Bereitschaft, auch das *common law* dem Verfassungsauftrag entsprechend fortzubilden.

Südafrika kann unter den drei Rechtsordnungen wohl auch die höchste Zahl derartiger Entscheidungen verzeichnen, und die Fälle genießen im recht-

---

<sup>287</sup> Siehe dazu *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 253 ff.; *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 99 f. und 114 ff. und die obigen Ausführungen zu England und Südafrika.

<sup>288</sup> So bleibt bspw. ungeklärt, was die Folge einer Diskriminierung nach Geschlecht wäre. In einem solchen Fall griffe der *Race Relations Act* nicht ein. Vgl. zum *Equality Act* oben Kapitel 3 – B.I.3. (337).

lichen Diskurs einen hohen Bekanntheitsgrad. In England sind Fallzahl und Sichtbarkeit etwas geringer. Im deutschen erbrechtlichen Schrifttum spielen dagegen letztwillige Verfügungen, die Gemeinwohlbelangen dienen sollen und mit Blick auf die Begünstigten nach Merkmalen wie Abstammung, Geschlecht oder Religion differenzieren, keine besondere Rolle.<sup>289</sup>

## 2. Präponderanz der Testierfreiheit in der privaten Sphäre?

Mit Blick auf Fälle in rein privater Sphäre – wo die Verfügung also keine gemeinwohlbezogenen Zwecke verfolgt und sich auf einen begrenzten Personenkreis wie bspw. die Familie beschränkt – waren zwischen den drei Rechtsordnungen über lange Zeit Gemeinsamkeiten zu erkennen. Letztwillige Differenzierungen nach Merkmalen wie Geschlecht, Religion oder Abstammung wurden hier weitgehend für zulässig erachtet.

In Deutschland hatte der BGH eine Sittenwidrigkeit zwar nicht kategorisch ausgeschlossen und betont, die Grundrechte einschließlich Art. 3 Abs. 3 GG seien für die Beurteilung einer möglichen Sittenwidrigkeit von wesentlicher Bedeutung. Doch könne aufgrund der verfassungsrechtlichen Verankerung der Testierfreiheit eine den Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG zuwiderlaufende Verfügung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sittenwidrig sein.<sup>290</sup> Im Hohenzollern-Fall forderte er für eine solche Ausnahme, dass die letztwillige Verfügung geeignet sein und darauf abzielen müsse, den Betroffenen wegen des Differenzierungsmerkmals nachhaltig in seiner Würde herabzusetzen.<sup>291</sup> Eine schrankenlose Anwendung des Gleichheitssatzes würde die Testierfreiheit aushöhlen.<sup>292</sup> Die Herangehensweise des BGH deckt sich mit der mehrheitlichen Ansicht in der Literatur.

In England hatte *Lord Wilberforce* im Falle einer an die Religionszugehörigkeit anknüpfenden Bedingung ebenfalls die letztwillige Verfügungsfreiheit betont. Die private Auswahl der Begünstigten durch den Erblasser könne nicht mit Diskriminierung gleichgesetzt werden.<sup>293</sup> *Lord Cross of Chelsea* unterstrich im selben Urteil den Unterschied zwischen Staat und Privatperson bei der Bindung an Diskriminierungsverbote.<sup>294</sup> Und wenngleich die diesbezüglichen Äußerungen in der späteren Entscheidung *In Re Hand's Will Trust* nur *obiter* erfolgten, wurden auch dort die Freiheit des Erblassers zu letztwilliger Differenzierung und der Unterschied zwischen staatlichem und privatem Handeln hervorgehoben.<sup>295</sup>

<sup>289</sup> Dazu sogleich Kapitel 3 – D.II. (370).

<sup>290</sup> Siehe BGH, NJW 1978, 943, 945; BGH, NJW 1999, 566, 569.

<sup>291</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569 f.

<sup>292</sup> BGH, NJW 1978, 943, 945.

<sup>293</sup> *Blathway v Cawley* [1976] AC 397, 426.

<sup>294</sup> *Blathway v Cawley* [1976] AC 397, 429 f.

<sup>295</sup> Siehe *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449, 473.

Auch in Südafrika wurde für die private Sphäre eine Begrenzung der Testierfreiheit durch Gleichheitserwägungen bis vor Kurzem weitgehend abgelehnt. Alles andere wäre ein erheblicher Eingriff in die Testierfreiheit, so der *High Court* noch im Jahr 2017.<sup>296</sup> Einer Übertragung der für *charitable trusts* entwickelten Maßstäbe wurde eine Absage erteilt.<sup>297</sup> Neben dem begrenzten Personenkreis und der zeitlich beschränkten Wirkung wurde gewürdigt, dass die in Frage stehende Bestimmung nicht auf eine Beeinträchtigung der Würde abziele.<sup>298</sup> Die Gerichte sollten sich bei der Beurteilung privater Entscheidungen in Zurückhaltung üben.<sup>299</sup> Mit diesen Aussagen folgten der *High Court* und später auch der *Supreme Court of Appeal* der wohl herrschenden Literaturansicht.

Bestimmendes Argument für die Präponderanz der Testierfreiheit ist rechtsordnungsübergreifend der Gedanke, dass die Befugnis, die Begünstigten frei und nach jedwedem Merkmal auswählen zu können, zentraler Bestandteil der Testierfreiheit ist.<sup>300</sup> Man fürchtet eine Aushöhlung der Testierfreiheit für den Fall, dass Gleichheitserwägungen in beschränkender Weise zugelassen werden. Die Gerichte betonen dabei den Unterschied zwischen einer Bindung des Staates an das Gleichheitsrecht und der entsprechend verringerten Strahlkraft des Gleichheitssatzes im Falle privater Verfügungen. Der Grund hierfür scheint – zusammen mit einer im Ursprung gemeinsamen Tradition der Testierfreiheit – letztlich im Bekenntnis zu einem schützenswerten privatrechtlichen Freiheitsraum des Erblassers zu liegen, den man nicht durch übermäßige Bindung an Gleichheitsideale strapazieren möchte.<sup>301</sup>

Im Februar 2021 hob der *Constitutional Court* nun die bisherige südafrikanische Rechtsprechungslinie auf. Einstimmig lehnten die Verfassungsrichter die Trennung zwischen öffentlicher und privater Sphäre ab. Unter ausdrücklicher Betonung der Bedeutung von Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot im heutigen Südafrika erklärte man eine Klausel für unwirksam, die die Erbfolge über mehrere Generationen auf männliche Abkömmlinge beschränkt hatte. Man wollte den Diskriminierungsschutz ganz bewusst auch auf testamentarisches Handeln ohne Öffentlichkeits- oder Gemeinwohlbezug erstreckt wissen.<sup>302</sup> Die ehemals rechtsordnungsübergreifend zu konstatierende Prä-

---

<sup>296</sup> Siehe *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 546.

<sup>297</sup> Vgl. *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 608 f.; *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 534 ff.

<sup>298</sup> Siehe *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 546 f.

<sup>299</sup> Siehe *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 547.

<sup>300</sup> Vgl. aus der Literatur bspw. *Brox/Walker*, *Erbrecht*, 170; *Kerridge*, *Law of Succession*, 294; *De Waal*, in: *Bill of Rights Compendium*, Ziffer 3G9.

<sup>301</sup> Mit vergleichbarer Argumentation aus der Literatur *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung*, 395; *Lehner*, *Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz*, 421. Vgl. auch *De Waal*, in: *Bill of Rights Compendium*, Ziffer 3G9.

<sup>302</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4. Ähnlich – wenngleich etwas zurückhaltender – *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8.

ponderanz der Testierfreiheit in der privaten Sphäre scheint damit für Südafrika gebrochen.

Bevor versucht wird, die Positionen der drei Rechtsordnungen mit Blick auf das jeweilige Verfassungsverständnis und die unterschiedliche Tragweite von Gleichheitssatz und Nichtdiskriminierungsrecht vergleichend einzuordnen, soll zunächst der wohl augenfälligste Unterschied untersucht werden – namentlich die Beobachtung, dass in Deutschland scheinbar kaum eine vergleichbare Diskussion um diskriminierende letztwillige Verfügungen mit Gemeinwohlbezug ersichtlich ist.

## II. Letztwillige Diskriminierung und private Gemeinwohlförderung

So soll ergründet werden, ob es in Deutschland im Bereich privater Gemeinwohlförderung Konstellationen mit vergleichbarer Diskriminierungsproblematik gibt. Auf dieser Basis wird sodann untersucht, welche Merkmale und rechtlichen Strukturen möglicherweise die unterschiedliche Entscheidungsdichte und Sichtbarkeit dieser Problematik im rechtlichen Diskurs bedingen.

### I. Vergleichbare Konstellationen in Deutschland?

In England und Südafrika betrafen die Fälle *charitable testamentary trusts*. Der *trust* ist dem deutschen Recht unbekannt.<sup>303</sup> Beim *charitable testamentary trust* handelt es sich um Vermögen, das per letztwilliger Verfügung auf einen *trustee* übertragen wird und das dieser zugunsten der vom *settlor* benannten Begünstigten bzw. zugunsten des gemeinwohlfördernden Zwecks verwalten soll.<sup>304</sup>

Für Deutschland rückt das Stiftungswesen in den vergleichenden Fokus. Das Leitbild der deutschen Stiftung ist die rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts nach den §§ 80 ff. BGB.<sup>305</sup> In Betracht käme bspw. eine gemeinnützige Stiftung von Todes wegen (vgl. §§ 83 BGB, 52 AO). Doch soll der vergleichende Blick nicht vorschnell verengt werden. Daher geht die Betrachtung über letztwillige Konstellationen hinaus und nimmt einen funktionalen Stiftungsbegriff zum Ausgangspunkt.<sup>306</sup> So kommen neben der rechtsfähigen

<sup>303</sup> Siehe bspw. Dörner, in: Hdb. des internationalen Stiftungsrechts, 211, 212.

<sup>304</sup> Vgl. einführend zum trust in England Kapitel 3 – B.I.1. (332), zum trust in Südafrika Kapitel 3 – C.I.1. (344).

<sup>305</sup> Siehe Rawert, in: Stiftungsrecht in Europa, 109, 109.

<sup>306</sup> Danach kann unter Stiftung ein Vermögen verstanden werden, das aufgrund eines freiwilligen und endgültigen Übertragungsaktes auf einen vom Stifter zu wählenden Rechtsträger beliebiger Art übergeht und von diesem Rechtsträger nach Maßgabe bestimmter Zwecke als Sondervermögen dauerhaft zu verwalten ist. Siehe Staudinger/Hüttemann/Rawert, Vor §§ 80–88 Rn. 16 ff. Siehe auch Schlüter, Stiftungsrecht, 21 f. Kritisch hierzu insbes. MünchKommBGB (6. Aufl. 2012)/Reuter, Vor § 80 Rn. 53 ff. Ebenfalls kritisch aber den Wert für die Rechtsvergleichung anerkennend BeckOGK/Jakob/Uhl, § 80 BGB Rn. 193.

Stiftung sowohl die nichtrechtsfähige oder unselbständige Stiftung (die ähnlich dem *trust* keine Rechtsfähigkeit besitzt)<sup>307</sup> als auch Stiftungskörperschaften wie bspw. ein eingetragener Verein in Betracht.<sup>308</sup> Die Einordnung des englischen und südafrikanischen *trust* als *charitable trust* soll zunächst annäherungsweise mit den deutschen Steuervergünstigungen der §§ 51 ff. AO und insbesondere mit der Gemeinnützigkeit nach § 52 AO verglichen werden.<sup>309</sup> Ausgehend von dieser Vergleichsbasis soll versucht werden, ähnliche Fälle mit Bezügen zu Gemeinwohlförderung und diskriminierenden Kriterien zu identifizieren.

#### a) Rechtsfähige Stiftung

Für die zivilrechtliche Wirksamkeit eines Stiftungsgeschäfts gelten die allgemeinen Grenzen der Privatautonomie, mithin auch die §§ 134, 138 BGB.<sup>310</sup> Die zivilrechtliche Unwirksamkeit eines Stiftungsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB wegen diskriminierender Auswahlkriterien wäre also denkbar. Bei Annahme der Sittenwidrigkeit müsste die jeweilige Stiftungsbehörde die Anerkennung der Stiftung wegen Unwirksamkeit des Stiftungsgeschäfts oder Gemeinwohlgefährdung versagen (§ 80 Abs. 2 S. 1 BGB) oder sie könnte nach § 87 Abs. 1 BGB den Zweck der Stiftung ändern oder sie aufheben.<sup>311</sup>

Derartige Fälle sind jedoch nicht ersichtlich.<sup>312</sup> Blickt man auf gemeinwohlorientierte rechtsfähige Stiftungen von Todes wegen, so finden sich nur weni-

---

<sup>307</sup> Zum englischen *trust* *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 6-002; zum südafrikanischen *trust* *Cameron/De Waal/Solomon*, *Honoré's South African Law of Trusts*, 82. Vgl. zur unselbständigen Stiftung *MünchKommBGB/Weitemeyer*, § 80 Rn. 260; zu deren Errichtung durch Stiftungsgeschäft von Todes wegen *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 350 ff.; *Schmidt*, *ZEV* 2003, 316. Siehe rechtsvergleichend *Westebbe*, *Die Stiftungstreuhand*, 50; *Rawert*, in: *Stiftungsrecht in Europa*, 109, 110.

<sup>308</sup> Mit ähnlicher Vergleichsbasis auch *Kötz*, *Trust und Treuhand*, 114. Vgl. zur Reichweite eines funktionalen Stiftungsbegriffs auch *Schlüter*, *Stiftungsrecht*, 22. Zu Stiftungsvereinen und –gesellschaften vgl. *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 397 ff.

<sup>309</sup> Siehe *Westebbe*, *Die Stiftungstreuhand*, 60 ff.

<sup>310</sup> Siehe *MünchKommBGB/Weitemeyer*, § 81 Rn. 9; *Büch*, *ZEV* 2010, 440, 441. Vgl. auch *BGH*, *NZG* 2017, 268, 270; *BGH*, *NJW* 1978, 943, 944 f.

<sup>311</sup> Siehe zum Ganzen *MünchKommBGB/Weitemeyer*, § 80 Rn. 149 ff. und *MünchKommBGB/Weitemeyer*, § 87 Rn. 12 f. Der Stiftungszweck einer rechtsfähigen Stiftung kann also – gewissermaßen vergleichbar mit der *cy-près*-Doktrin oder dem Vorgehen nach dem südafrikanischen *Trust Property Control Act* – durch die zuständige Stiftungsbehörde geändert werden. § 87 Abs. 1 BGB: „Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben.“ Mit Vergleich zur *cy-près*-Doktrin siehe *Zimmermann*, in: *FG Kaser* (1986), 395, 412; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, § 87 Rn. 19.

<sup>312</sup> Vgl. auch *Härtl*, *Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?*, 121.

ge (im Verwaltungsrechtsweg ergangene) Urteile.<sup>313</sup> Es wurde bspw. die Auflösung einer Stiftung nach § 87 BGB begehrt, da der Stiftungszweck entfallen und damit dessen Erfüllung unmöglich geworden sei.<sup>314</sup> Gegenstand der Urteile waren stiftungsbehördliche Entscheidungen in Gestalt von Verwaltungsakten. Keiner der Fälle betraf allerdings diskriminierende Auswahlkriterien.

Wie schon erörtert, hatte der BGH 1978 im Fall einer (privatnützigen) Familienstiftung die Sittenwidrigkeit einer Bevorzugung erstgeborener männlicher Abkömmlinge abgelehnt. Auch das Erfordernis der behördlichen Genehmigung ändere an dieser Beurteilung nichts, so der BGH.<sup>315</sup> Die Beurteilung eines generellen Ausschlusses aller weiblichen oder männlichen Abkömmlinge wurde aber explizit offen gelassen.<sup>316</sup> Die Literatur geht – in Anlehnung an das obige BGH-Urteil und unter Berufung auf die nur mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht – davon aus, dass die geschlechterspezifische Begrenzung des Destinatärkreises in Stiftungen grundsätzlich zulässig ist.<sup>317</sup> Dabei wird nicht unterschieden zwischen privatnützigem und gemeinwohlbezogenem Stiftungszweck, sondern allenfalls zwischen Stiftungszivilrecht und steuerrechtlicher Gemeinnützigkeit.<sup>318</sup>

#### b) Nichtrechtsfähige Stiftung

Mit Blick auf unselbständige Stiftungen sind zwei Fälle ersichtlich, in denen ein Erblasser letztwillig die Errichtung einer solchen Stiftung zur Bildungsförderung angeordnet hatte.<sup>319</sup> Insbesondere die Entscheidung des VG Ansbach aus dem Jahr 2018 ist für hiesige Zwecke interessant. Die Erblasserin hatte 1936 letztwillig die Errichtung einer nichtrechtsfähigen Stiftung verfügt. Diese sollte durch ihre Heimatstadt verwaltet werden. Aus den Erträgen sollten

---

<sup>313</sup> Siehe VG Sigmaringen, GWR 2009, 65 (Förderung der Berufsausbildung bedürftiger Kinder und Förderung kultureller Zwecke); VG Regensburg, BeckRS 2001, 27125 (Förderung einer Einrichtung, die heute als Altenheim besteht); VG München, BeckRS 2013, 100140 (Förderung dreier gemeinnütziger Einrichtungen).

<sup>314</sup> So in VG Regensburg, BeckRS 2001, 27125. Ähnlich VG München, BeckRS 2013, 100140.

<sup>315</sup> BGH, NJW 1978, 943, 945. Siehe zu diesem Fall oben Kapitel 3 – A.II.1.a) (322). Siehe zur Thematik auch MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 80 Rn. 154.

<sup>316</sup> BGH, NJW 1978, 943, 945.

<sup>317</sup> Siehe *Weitemeyer/Wrede*, npoR 2018, 3, 8 f. und 11 f.; MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 80 Rn. 154; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 260; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 460. Vgl. auch *Büch*, ZEV 2010, 440, 445.

<sup>318</sup> Vgl. MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 80 Rn. 154; *Weitemeyer/Wrede*, npoR 2018, 3, 7.

<sup>319</sup> OLG München, NJW 2014, 2448 (Förderung des akademischen und nichtakademischen Nachwuchses sowie der Ausbildung in technischen Berufen); VG Ansbach, BeckRS 2018, 14205. Zur spärlichen Rechtsprechung im Bereich der unselbständigen Stiftung *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, 24.

unter anderem Stipendien für junge männliche Theologiestudenten finanziert werden.<sup>320</sup> Die Stadt wollte die Stiftung im Jahr 2016 auflösen und begründete dies damit, dass aus finanziellen Gründen der Stiftungszweck nicht mehr erreichbar sei. Außerdem verstoße die Beschränkung auf männliche Theologiestudenten gegen das Diskriminierungsverbot.<sup>321</sup> Das VG sah in der Beschränkung auf männliche Studenten jedoch keinen Verstoß gegen Art. 3 GG. Dem Stifter sei es unbenommen, lediglich Männer oder Frauen speziell zu fördern. Dies sei Ausfluss der Privatautonomie. Nur im Falle einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Leistungserbringung käme eine Anwendung von Art. 3 GG in Betracht.<sup>322</sup> Eine Auflösung der Stiftung wurde abgelehnt.

Dieser Fall kommt den englischen und südafrikanischen Konstellationen nahe: eine letztwillig errichtete Stiftung sieht Mittel zur Bildungsförderung vor, wobei die Auswahl der Begünstigten nach dem Geschlecht beschränkt ist. Außerdem wird die Stiftung nicht von privater Hand, sondern von der Stadt verwaltet. Insbesondere im Gegensatz zu den südafrikanischen Entscheidungen betont das Gericht allerdings die privatrechtliche Ausgestaltung der Stiftung und stützt deren Bestimmungen unter Berufung auf die Privatautonomie.

### c) *Stiftungskörperschaft*

Die Thematik mutmaßlicher Diskriminierung in der Bildungsförderung wurde auch im Zusammenhang mit einer Stiftungskörperschaft virulent, namentlich einem gemeinnützigen eingetragenen Verein. Herr Maniero, ein in Deutschland geborener und wohnhafter italienischer Staatsbürger, hatte sich bei der Studienstiftung des deutschen Volkes über die Voraussetzungen einer Auslandsförderung informiert. Die Studienstiftung wies ihn darauf hin, dass Bewerber die Erste Juristische Staatsprüfung absolviert haben müssten. Herr Maniero erwiderte, der von ihm in Armenien im Jahr 2013 erworbene Bachelor of Laws sei mit der Zweiten Juristischen Staatsprüfung vergleichbar. Zudem gab er zu bedenken, die Voraussetzung könne eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft darstellen. Letztlich nahm er die Studienstiftung unter anderem auf Beseitigung und Unterlassung der Benachteiligung sowie auf Zahlung eines fünfstelligen Betrages nach §§ 19, 21 AGG in Anspruch.<sup>323</sup>

Nachdem der BGH zunächst dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte,<sup>324</sup> verneinte er obige Ansprüche. Danach falle zwar die

---

<sup>320</sup> Siehe VG Ansbach, BeckRS 2018, 14205 (Rn. 2).

<sup>321</sup> Siehe VG Ansbach, BeckRS 2018, 14205 (Rn. 6 ff.).

<sup>322</sup> VG Ansbach, BeckRS 2018, 14205 (Rn. 58).

<sup>323</sup> Zum Sachverhalt vgl. EuGH, NJW 2019, 1057, 1057 f.

<sup>324</sup> Siehe BGH, NZA-RR 2018, 122 und EuGH, NJW 2019, 1057. Dabei ging es um die Auslegung der dem deutschen AGG mit Blick auf die ethnische Herkunft zugrunde liegenden Richtlinie: Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des

Vergabe von Auslandsstipendien unter den vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG in Bezug genommenen Begriff der Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG). Doch stelle die Voraussetzung des Ersten Juristischen Staatsexamens keine mittelbare Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft dar. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft von der Voraussetzung des Bestehens der Ersten Juristischen Staatsprüfung nachteiliger betroffen wären.<sup>325</sup> Außerdem sei die Zugangsvoraussetzung als bildungspolitische Zielsetzung sachlich gerechtfertigt.<sup>326</sup>

Ein Verstoß der Vergabevoraussetzung gegen das AGG wegen Benachteiligung nach ethnischer Herkunft wurde somit abgelehnt. Nun hat die Anknüpfung der Stipendienvergabe an eine bestandene Staatsprüfung eine andere Qualität als bspw. der offene Ausschluss von Frauen und Juden – so geschehen im südafrikanischen Fall *Syfreys Trust Ltd.*<sup>327</sup> Wenngleich der geschilderte Fall keine letztwillige Verfügung zum Gegenstand hatte, so zeigt er doch zumindest, dass die Fragen rund um mögliche Diskriminierungen im Bereich der Bildungsförderung auch in der deutschen Diskussion Einzug gehalten haben – hier im Falle eines gemeinnützigen Vereins.<sup>328</sup>

#### d) Gemeinnützigkeit nach § 52 AO

Abschließend soll noch ein vergleichender Blick auf die Handhabung der steuerbegünstigten Zwecke nach §§ 51 ff. AO geworfen werden und insbesondere auf die Gemeinnützigkeit nach § 52 AO. Im hiesigen Zusammenhang ist ein Urteil des BFH aus dem Jahr 2017 von Interesse. Hintergrund war der Streit einer Freimaurerloge mit dem Finanzamt um die Besteuerung und insbesondere um die Anerkennung der Loge als gemeinnütziger Verein. Laut Satzung können nur Männer Mitglieder der Loge werden.<sup>329</sup>

Bei der Förderung der Allgemeinheit (als Voraussetzung der Gemeinnützigkeit nach § 52 AO) handele es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Gehalt wesentlich durch die im Grundrechtskatalog zum Ausdruck

---

Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. L 180, 19.7.2000, 22).

<sup>325</sup> BGH, BeckRS 2019, 19066 (Rn. 27 ff.). Im Ergebnis zwar zustimmend, allerdings kritisch mit Blick auf die zugrunde liegende Argumentation des EuGH *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZEuP 2019, 596, 599 ff.

<sup>326</sup> Besonders qualifizierten Absolventen eines Studiums in Deutschland solle (ohne Rücksicht auf ihre Herkunft) Anreiz gegeben werden, ihre auf das deutsche Recht bezogene Ausbildung im Ausland zu ergänzen. Dies sei gesellschaftlich erwünscht. Angesichts begrenzter finanzieller Mittel sei die Beschränkung auf Förderung von Absolventen eines Studiums in Deutschland nicht zu beanstanden, BGH, BeckRS 2019, 19066 (Rn. 40 f.).

<sup>327</sup> Siehe zu diesem Fall oben Kapitel 3 – C.I.3.a) (348).

<sup>328</sup> Vgl. zu dieser Entscheidung auch *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZEuP 2019, 596.

<sup>329</sup> Zum Sachverhalt siehe BFH, DStR 2017, 1749, 1749 ff.

kommende objektive Wertordnung geprägt werde, so der BFH. Ein Verein, der entgegen Art. 3 Abs. 3 GG die wesensmäßige Gleichheit aller Menschen in Abrede stelle, sei mangels Förderung der Allgemeinheit nicht als gemeinnützig einzustufen.<sup>330</sup> Die Entscheidung löste eine Diskussion um den möglichen Verlust von Steuervorteilen für weitere Vereine wie bspw. Männergesangsvereine aus.<sup>331</sup>

Es wird deutlich, dass die Thematik der Diskriminierung auch im deutschen Steuerrecht eine Rolle spielt. Obwohl es auch in England und Südafrika um steuerbegünstigte *charitable trusts* ging, drehten sich die Fälle – anders als im gerade geschilderten deutschen Fall – aber nicht um An- bzw. Aberkennung der Steuerbegünstigung, sondern um die inhaltliche Änderung der diskriminierenden Bestimmungen.<sup>332</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es mit Blick auf die rechtsfähige Stiftung keine vergleichbaren Entscheidungen zu (letztwilliger) Diskriminierung bei Gemeinwohlbezug gibt. Blickt man ergänzend auf die nichtrechtsfähige Stiftung, die Stiftungskörperschaften sowie das Gemeinnützigkeitsrecht, so sind auch dort nur wenige annähernd vergleichbare Fälle zu finden.

## 2. Einfluss rechtlicher Strukturmerkmale auf Entscheidungsdichte und Sichtbarkeit im Diskurs

Nachdem nun für Deutschland eine mögliche Vergleichsgrundlage aufgezeigt wurde, soll in einem nächsten Schritt untersucht werden, inwieweit nationale Besonderheiten im Bereich privater Gemeinwohlförderung – insbesondere rechtliche Strukturen und das Ausmaß staatlicher Regulierung – die Zahl der Entscheidungen sowie die Sichtbarkeit der Diskriminierungsproblematik im rechtlichen Diskurs bedingen.

### a) Deutsches Stiftungsrecht

Den genannten Unterschieden soll vor allem mit Blick auf die rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts nachgegangen werden. Da dort kein Fall mit Bezügen zu letztwilliger Diskriminierung im Bereich der Gemeinwohlförde-

---

<sup>330</sup> BFH, DStR 2017, 1749, 1751. Der Hinweis der Loge auf die geschichtliche Tradition genügte dem BFH nicht als Rechtfertigung für den Ausschluss von Frauen. Das verfassungsrechtliche Gebot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verlöre seine Funktion, für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchzusetzen, so der BFH, wenn die vorgefundene gesellschaftliche Wirklichkeit hingenommen werden müsste, siehe BFH, DStR 2017, 1749, 1752.

<sup>331</sup> Dazu und für das Erfordernis einer konkreten Einzelfallprüfung *Wionzeck*, GWR 2017, 409.

<sup>332</sup> *Harding* bringt allerdings das Kriterium des public benefit und damit die mögliche Aberkennung des charitable status ins Gespräch – gewissermaßen als Alternative zu einem Weg über die public policy, siehe *Harding*, CJCCCL 2 (2016), 227, 249 ff.

rung ersichtlich ist, scheint die Disparität zu England und Südafrika an dieser Stelle am größten.<sup>333</sup> Dies erscheint umso bemerkenswerter, als die Rechtsformen hinsichtlich ihrer (zumindest ursprünglich) zentralen Stellung im Bereich privater Gemeinwohlförderung vergleichbar sind: So war der *charitable trust* in England gewissermaßen die Ur-Rechtsform zur Förderung von Gemeinwohlbelangen<sup>334</sup> und in Deutschland wird die rechtsfähige Stiftung als im BGB vertypertes Leitbild des deutschen Stiftungsrechts betrachtet.<sup>335</sup> Nach einer kurzen historischen Einordnung des deutschen Stiftungsrechts sollen dessen wichtigste Strukturmerkmale in den Blick genommen werden.

#### aa) Die Entwicklung des deutschen Stiftungsrechts

Über Jahrhunderte hinweg hatte die Kirche das Stiftungswesen beherrscht.<sup>336</sup> Im Laufe der Zeit kam es jedoch zu einer Säkularisierung und Verstaatlichung desselben.<sup>337</sup> Das Verständnis der Stiftung entwickelte sich von einem der Verfolgung frommer bzw. gemeinwohlfördernder Zwecke vorbehaltenen Instrument hin zur Allzweckstiftung in Gestalt einer juristischen Person. Auf die Entwicklung dieses formalen Stiftungsbegriffs hatte *von Savigny* bedeutenden Einfluss gehabt.<sup>338</sup> Doch ging die Herausbildung des formalen Stiftungsbegriffs und damit die Ausweitung der möglichen Stiftungszwecke nicht auch mit einem größeren Freiraum gegenüber dem Staat einher. Die Wohlfahrtspflege wurde als staatliche Aufgabe angesehen.<sup>339</sup> Daher hatte man in Deutschland ursprünglich eine Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Stiftungen abgelehnt. Aus den Protokollen der zweiten BGB-Kommission geht hervor, dass man alle Stiftungen in ihren

<sup>333</sup> Vgl. auch *Kötz*, Trust und Treuhand, 119.

<sup>334</sup> Vgl. *Henderson/Fowles/Smith*, Tudor on Charities, Ziffer 6–001 f.; *O’Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, Charity Law & Social Policy, 26.

<sup>335</sup> Siehe *Rawert*, in: Stiftungsrecht in Europa, 109, 109; *Schwake*, in: Münch. Hdb. des Gesellschaftsrechts Bd. V, 1138, 1154.

<sup>336</sup> Siehe *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 63; MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 80 Rn. 14. Vgl. auch *Liermann*, Handbuch des Stiftungsrechts, 42 ff. und 78 ff.

<sup>337</sup> Verantwortlich hierfür waren u. a. die zunehmende Verstädterung (bspw. Zunahme bürgerlicher Spitäler außerhalb kirchlicher Aufsicht), die Reformation sowie die Idee eines staatlichen Monopols auf Rechtsetzung und Gemeinwohlpflege. Siehe dazu *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 63 ff.; *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 135 und 442; *Liermann*, Handbuch des Stiftungsrechts, 124 ff. und 169 ff.; *Zimmermann*, in: FG Kaser (1986), 395, 412 und auch *Gebhard*, in: Vorlagen der Redaktoren (AT, Teil 1), 694 f.

<sup>338</sup> Siehe MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 80 Rn. 15; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 67; *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 61 ff. und 444 f.

<sup>339</sup> Siehe dazu *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 124 sowie 443 ff.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 67 f.; *Liermann*, Handbuch des Stiftungsrechts, 253; *Zimmermann*, in: FG Kaser (1986), 395, 412 f.; *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, 20. Vgl. auch *Kötz*, Trust und Treuhand, 119.

wesentlichen Beziehungen dem öffentlichen Recht zurechnete.<sup>340</sup> Und so wurde in Einklang mit der Idee des staatlichen Rechtsetzungs- und Wohlfahrtmonopols eine Kontrolle der Stiftungen durch die Verwaltung propagiert. *Andreas Richter* bezeichnet dies als Verwaltungsmodell.<sup>341</sup> Das Stiftungsrecht des BGB basiert auf diesem Verwaltungsmodell. Man erblickte im Stiftungssektor Gefahren für die Interessen des Staates und das Gemeinwohl. Und so sah man für alle rechtsfähigen Stiftungen ein Genehmigungserfordernis vor (Konzessionssystem) und unterstellte sie der Aufsicht der Stiftungsbehörden.<sup>342</sup> Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, warum das deutsche Recht in zivilrechtlicher Hinsicht nicht zwischen privat- und gemeinwohlfördernden Stiftungen unterscheidet.<sup>343</sup>

Die nähere Ausgestaltung wurde den einzelnen Ländern überlassen.<sup>344</sup> Nach manchen Landesstiftungsgesetzen gelten noch heute gleiche Regelungen für Stiftungen des öffentlichen und des privaten Rechts.<sup>345</sup> Dagegen wird teilweise zwischen der öffentlichen Stiftung (gemeinwohlbezogene Zwecke) und der privaten Stiftung (privatnützige Zwecke) unterschieden.<sup>346</sup> So sehen einige Bundesländer für privatnützige Stiftungen keine oder nur eine reduzierte Aufsicht vor.<sup>347</sup> Und auch mit Blick auf die steuerliche Gemeinnützigkeit ist die Zweckrichtung entscheidend.<sup>348</sup> Die historische Entwicklung des

---

<sup>340</sup> Siehe Protokolle BGB Bd. I, 585 f. (= *Mugdan*, Materialien Bd. I, 657 f.). Siehe dazu auch *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 128 ff.; *MünchKommBGB/Weitemeyer*, § 80 Rn. 16.

<sup>341</sup> *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 124. Siehe auch *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 67 f.; *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, 20.

<sup>342</sup> Siehe dazu *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 70 f.; *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 124 ff. Die Bedenken gegenüber einer staatlich unkontrollierten Zweckbindung von Vermögen für lange Zeit werden deutlich in den Protokollen der zweiten Kommission sowie der Beratung im Reichstagsplenum, siehe Protokolle BGB Bd. I, 588 sowie *Mugdan*, Materialien Bd. I, 659 f. und 961 f.

<sup>343</sup> Siehe *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 383; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 174 f.

<sup>344</sup> Siehe dazu *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 124 ff. Noch heute existieren die bundesrechtlichen Normen neben unterschiedlichen Landesstiftungsgesetzen, siehe dazu *BeckOGK/Jakob/Uhl*, § 80 BGB Rn. 18 ff. Zur zentrierenden Wirkung der am 1.7.2023 in Kraft tretenden Reform des Stiftungsrechts siehe *Schauhoff/Mehren*, NJW 2021, 2993; *BeckOK BGB/Backert*, § 80 Rn. 32.

<sup>345</sup> Siehe bspw. §§ 3 Abs. 1 und 10 Abs. 2 LStiftG RhPf. Siehe dazu *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 394 ff.; *MünchKommBGB/Weitemeyer*, § 80 Rn. 16.

<sup>346</sup> Siehe bspw. § 3 Abs. 2 und 3 LStiftG RhPf. Dazu *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 396 f.

<sup>347</sup> Siehe dazu *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 387 f.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 176.

<sup>348</sup> Die Gemeinnützigkeit im Sinne des § 52 AO ist aber ein rein steuerlicher Status und anders als der charitable status in England und Südafrika nicht mit zivilrechtlichen Auswirkungen verknüpft. Siehe *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 180 und 183.

Siftungsrechts hat wohl dazu geführt, dass sich Stiftungen der modernen Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht weithin entzogen haben.<sup>349</sup> Die Abgrenzung bereitet bis heute Probleme und die unklaren Trennlinien sind insbesondere im Hinblick auf Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung der Beteiligten problematisch.<sup>350</sup>

Nach langjähriger Diskussion wurde 2021 das Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts beschlossen, das für eine stärkere Konzentration des Stiftungszivilrechts im BGB sorgt. Doch bleibt es auch unter dem zum 1.7.2023 in Kraft tretenden neuen Regime bei Verwaltungsmodell und Konzessionssystem.<sup>351</sup>

#### *bb) Verwaltungs- und Konzessionssystem als Filter*

Dass Deutschland gemeinwohlfördernde Rechtsgeschäfte und insbesondere die gemeinwohlfördernde Stiftung nicht als eigene zivilrechtliche Kategorie kennt, mag ein erster Anhaltspunkt sein, warum es in Deutschland keine eigenständige (erb- oder stiftungsrechtliche) Diskussion um Diskriminierung in gemeinwohlbezogenen Rechtsgeschäften gibt. Doch scheint vor allem die Konzeption des deutschen Stiftungsrechts mit Verwaltungsmodell und dem damit zusammenhängenden Konzessionssystem ein wichtiger Grund für die – vor allem gegenüber Südafrika – deutlich geringere Falldichte zu sein. Nach § 80 Abs. 1 BGB sind zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung das Stiftungsgeschäft sowie die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes erforderlich.<sup>352</sup> Das Stiftungsrecht ist daher in erheblichem Maße durch die Entscheidungspraxis der jeweiligen Behörden geprägt.<sup>353</sup> Das Ge-

---

Vgl. auch *Selbig*, Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen, 170. Zu Gemeinnützigkeit und Art. 3 GG vgl. BFH, DStR 2017, 1749, 1751 f. (Freimaurerloge).

<sup>349</sup> So von *Campehausen/Stumpf*, in: Stiftungsrecht, 357, 360.

<sup>350</sup> Siehe *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 394 ff. Angesichts dessen sieht *Richter* im deutschen Stiftungsrecht zwei maßgebliche Differenzierungsdefizite: die Trennung zwischen Stiftungen des öffentlichen und des privaten Rechts sowie die Trennung der gemeinwohlfördernden von der privatnützigen Stiftung, *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 439.

<sup>351</sup> Siehe zur Reform des Stiftungsrechts *Schauhoff/Mehren*, NJW 2021, 2993; BeckOK BGB/*Backert*, § 80 Rn. 32. Zur bisherigen Reformdiskussion vgl. MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 80 Rn. 17 ff.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 76 ff. Zur bislang lediglich systemimmanent erfolgten Privatisierung des Stiftungswesens *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 447 ff.

<sup>352</sup> Bis zur Stiftungsrechtsreform des Jahres 2002 sprach die Norm noch von „Genehmigung“. Deren Erteilung war von großem Ermessensspielraum durch die Landesbehörden geprägt. Vgl. *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 131 f.; *Härtl*, Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, 163. Erst seit 2002 sieht § 80 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Anerkennung vor, wenn die dortigen Voraussetzungen erfüllt sind. Vgl. zu dieser Entwicklung *Schlüter*, Stiftungsrecht, 391 ff.; MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 80 Rn. 21. Siehe künftig § 82 S. 1 BGB n.F.

<sup>353</sup> Siehe *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 131 ff.

nehmungserfordernis wurde – zumindest früher – als Möglichkeit verstanden, Stiftungen aus Opportunitätserwägungen zu erlauben oder zu verhindern.<sup>354</sup> *Peter Härtl* bezeichnet das Stiftungsrecht als „reines Praxisrecht“.<sup>355</sup> Entscheidungen der Behörden scheinen oft mit dem Stifter abgestimmt und ausgehandelt zu werden.<sup>356</sup> Wenn nun die Behörde im Vorhinein die Ausgestaltung der Stiftung aushandelt, so liegt es auf der Hand, dass entsprechend weniger Fälle die Gerichte erreichen. *Härtl* führt an, die Behörden verstünden es, so auf den Stifter beratend einzuwirken, dass er alles in die Satzung aufnehme, was von ihm verlangt werde.<sup>357</sup> Eine Ablehnung der Anerkennung wegen sittenwidrigen Zwecks scheint dementsprechend die absolute Ausnahme zu sein.<sup>358</sup> Die Öffentlichkeit erfährt insofern vergleichsweise wenig über Entstehungsprozess und Handhabung von Stiftungen.<sup>359</sup> Daher ist auch nichts bekannt über den Umgang der Stiftungsbehörden mit den für hiesige Zwecke interessanten Fällen mutmaßlich diskriminierender Satzungen. Die geringe Zahl der Gerichtsverfahren wird auch mit Sorgen um lange Verfahrensdauer, hohe Gerichtskosten und um eine Verschlechterung des Verhältnisses zur Aufsichtsbehörde in Zusammenhang gebracht.<sup>360</sup>

Falls es in Deutschland dennoch zu Gerichtsverfahren kommt, so geschieht dies meist vor den Verwaltungsgerichten.<sup>361</sup> Die Anerkennung einer Stiftung ist ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt.<sup>362</sup> Streitigkeiten über Maßnahmen der Stiftungsbehörde sind damit dem Verwaltungsrechtsweg vorbehalten.<sup>363</sup> Zwar kann die Behördenentscheidung auch auf zivilrechtlichen Normen basieren, doch führt das Konzessionssystem dazu, dass meist die

---

<sup>354</sup> Vgl. *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 131 f.

<sup>355</sup> *Härtl*, Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, 163.

<sup>356</sup> Siehe *Härtl*, Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, 111 ff.; *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 134; *Rawert*, in: Stiftungsrecht in Europa, 109, 113. Vgl. kritisch auch *Muscheler*, ZRP 2000, 390, 391. Vgl. bspw. auch das Merkblatt des Regierungspräsidiums Darmstadt zum Anerkennungsverfahren mit der Empfehlung, die Satzung zur Vorprüfung bzw. Abstimmung der Aufsichtsbehörde und ggf. dem Finanzamt vorzulegen, <<https://perma.cc/Z7V8-TFWM>>.

<sup>357</sup> *Härtl*, Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, 120.

<sup>358</sup> Vgl. *Härtl*, Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, 121, der auf entsprechende Ablehnungen nur im rechtsradikalen Bereich verweist.

<sup>359</sup> Vgl. *Selbig*, Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen, 361; *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 130.

<sup>360</sup> So *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 347. Siehe auch *Härtl*, Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, 111.

<sup>361</sup> Insofern war die BGH-Entscheidung zur Familienstiftung aus dem Jahr 1978 eher eine Seltenheit. Die Fragen betreffend die Stiftung waren inzident im Rahmen eines Zahlungsanspruchs relevant geworden. Siehe BGH, NJW 1978, 943, 943.

<sup>362</sup> *Stumpf*, in: Stiftungsrecht, 57, 81; *Schlüter*, Stiftungsrecht, 53.

<sup>363</sup> Siehe *Stumpf*, in: Stiftungsrecht, 57, 83; *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, 347.

Anerkennungsentscheidung zentraler Streitpunkt ist, nicht die isolierte zivilrechtliche Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts.<sup>364</sup>

cc) *Die Stiftung von Todes wegen und ihre Stellung in der Praxis*

Nun kann die Stiftungsbehörde mit einem verstorbenen Erblasser dessen letztwillig verfügte Stiftungserrichtung nicht mehr verhandeln. Man könnte also denken, dass es in solchen Fällen zu vermehrten Gerichtsentscheidungen kommt, wenn die Erben oder der Testamentsvollstrecker die Anerkennung der Stiftung begehren. Hiergegen sprechen jedoch zwei Aspekte:

Zum einen ist bisweilen auch ein Testamentsvollstrecker zu Satzungsänderungen befugt, die er mit der Behörde entsprechend abstimmen kann.<sup>365</sup> Auf diese Weise können auch problematische letztwillig verfügte Stiftungssatzungen auf Behördenebene herausgefiltert werden. Zum anderen scheinen in der Praxis vergleichsweise wenige Stiftungen von Todes wegen errichtet zu werden. *Marc-Andreas Steffek* verweist auf Auskünfte der Stiftungsbehörden, wonach lediglich 10 bis 20 Prozent aller rechtsfähigen Stiftungen durch letztwillige Verfügung errichtet werden.<sup>366</sup> Dies mag unter anderem daran liegen, dass die Stiftungserrichtung zu Lebzeiten den Vorteil bietet, dem stiftungsbehördlichen Anerkennungsverfahren (und der möglichen Anerkennung der Gemeinnützigkeit durch das Finanzamt) noch aktiv und gestaltend beiwohnen zu können.<sup>367</sup> Insbesondere bei gemeinnützigen Stiftungen können auch steuerliche Gründe für eine lebzeitige Errichtung sprechen.<sup>368</sup> Aus diesen Gründen wird in der Praxis die lebzeitige Errichtung einer Stiftung empfohlen, die dann letztwillig mit zusätzlichem Vermögen ausgestattet werden kann.<sup>369</sup> Derartige Bedenken oder Probleme scheinen in England und Südafrika mit Blick auf den *testamentary trust* nicht zu bestehen.

---

<sup>364</sup> Vgl. zum Verhältnis von Stiftungsgeschäft und Anerkennung MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 81 Rn. 1 f.

<sup>365</sup> Siehe *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, § 83 Rn. 18; MünchKommBGB/*Weitemeyer*, § 83 Rn. 16; BeckOGK/*Tolksdorf*, § 83 BGB Rn. 54. Siehe auch *Schmidt*, SB 2009, 218.

<sup>366</sup> *Steffek*, Stiftungsgeschäft von Todes wegen, 18.

<sup>367</sup> Siehe *Schwake*, in: Münch. Hdb. des Gesellschaftsrechts Bd. V, 1337, 1342. Vgl. *Olbing*, SB 2011, 188 zu möglichen Nachteilen der Stiftungserrichtung von Todes wegen.

<sup>368</sup> So kann es bspw. bei Stiftungen von Todes wegen infolge der Rückwirkungsfiction nach § 84 BGB zu einem ungünstigen Auseinanderfallen von Körperschaftsteuerpflicht und Steuerbefreiung nach den §§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, 51 ff. AO kommen. Vgl. dazu *Schmidt*, SB 2009, 218 und aus der Rspr. BFH, ZEV 2004, 85, 85 f.; FG Hessen, BeckRS 2016, 95053. Zum Aspekt des Sonderausgabenabzugs siehe *Olbing*, SB 2011, 188; *Schwake*, in: Münch. Hdb. des Gesellschaftsrechts Bd. V, 1337, 1341.

<sup>369</sup> Siehe *Schwake*, in: Münch. Hdb. des Gesellschaftsrechts Bd. V, 1337, 1341 f.; *Olbing*, SB 2011, 188; *Schmidt*, SB 2009, 218. *Langenfeld* bezeichnet die Stiftung von Todes wegen als „Notlösung“, *Langenfeld*, ZEV 2002, 481, 481.

Dass im deutschen Stiftungsrecht also keine in Zahl und Ausprägung mit Südafrika und England vergleichbare Rechtsprechung und Diskussion zu letztwilliger Diskriminierung im Bereich der Gemeinwohlförderung zu finden ist, scheint stark mit den Besonderheiten dieses Rechtsgebiets zusammenzuhängen. Denn wenn Stiftungen von Todes wegen selten errichtet werden, problematische Fälle mitunter schon auf Behördenebene behandelt werden und gemeinwohlfördernde Stiftungen in keine eigenständige zivilrechtliche Kategorie fallen, erstaunt es nicht, dass keine gesonderte Auseinandersetzung mit Diskriminierung in letztwillig errichteten gemeinwohlbezogenen Stiftungen ersichtlich ist.

#### b) *Charitable trusts im englischen Recht*

Die englischen Fälle sind dagegen möglicherweise Ausdruck einer sich von Deutschland (zumindest ursprünglich) unterscheidenden Einstellung gegenüber privater Gemeinwohlförderung. Die ebenfalls relativ geringen Fallzahlen könnten aber auch dort mit den staatlichen Regulierungsstrukturen zusammenhängen.

#### aa) *Förderung von charitable trusts im englischen Recht*

Die Haltung der englischen Rechtsordnung gegenüber *charitable trusts* – bzw. gegenüber *charities* allgemein – ist grundsätzlich wohlwollender und fördernder Art.<sup>370</sup> Diese Position unterscheidet sich deutlich vom ursprünglichen deutschen Misstrauen gegenüber privater Gemeinwohlförderung, das zumindest in der Struktur des deutschen Stiftungsrechts noch heute fortwirkt.<sup>371</sup>

Die enge Verbindung zwischen Staat und *charity*-Sektor (man könnte auch von Symbiose sprechen) hat in England eine lange Tradition.<sup>372</sup> So war man bspw. im 16. Jahrhundert bestrebt, den durch die Reformation bedingten Wegfall katholischer Fürsorgeeinrichtungen zu kompensieren. Mit dem *Statute of Charitable Uses* aus dem Jahr 1601 sollten wohlthätige Zuwendungen in Bereiche gelenkt werden, die entsprechende Gelder am dringendsten benötigten.<sup>373</sup> Noch zum Ende des 19. Jahrhunderts wurden Gesundheitswesen, soziale Sicherung und Bildungsangebote für die weniger wohlhabende Bevölkerung hauptsächlich durch *charities* getragen.<sup>374</sup> Obwohl der sich im Laufe des 20. Jahrhunderts entwickelnde Sozialstaat zu Veränderungen in der Rollenverteilung

---

<sup>370</sup> Siehe dazu *Gardner*, An Introduction to the Law of Trusts, 108 ff.; *Henderson/Fowles/Smith*, Tudor on Charities, Ziffer 3–001 ff. Siehe auch *Zimmermann*, in: FG Kaser (1986), 395, 400; BeckOGK/*Jakob/Uhl*, § 80 BGB Rn. 840 ff.

<sup>371</sup> Dazu oben Kapitel 3 – D.II.2.a)aa) (376).

<sup>372</sup> Vgl. *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, Charity Law & Social Policy, 28 ff.

<sup>373</sup> Siehe *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, Charity Law & Social Policy, 28 f.

<sup>374</sup> *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, Charity Law & Social Policy, 35.

lung zwischen Staat und *charities* führte, blieb es dabei, dass der englische Staat ein grundsätzliches Interesse daran hat, dass gemeinwohlfördernde Institutionen Anteil an der öffentlichen Daseinsvorsorge nehmen.<sup>375</sup> Im Gegenzug werden gewisse Privilegien gewährt, insbesondere Steuererleichterungen.<sup>376</sup>

Im Laufe der Zeit wuchs die Bandbreite an möglichen Rechtsformen für gemeinwohlorientierte Vorhaben.<sup>377</sup> Darunter spielt der *trust* traditionell eine große Rolle.<sup>378</sup> Der Gründer erhält fast völlige Freiheit in der Auswahl der Begünstigten.<sup>379</sup> Eine Ausprägung der staatlichen Förderung und des staatlichen Interesses an *charitable trusts* ist die *cy-près*-Doktrin, die eine Anpassung in Fällen erlaubt, in denen der Ausführung des *trust* Hindernisse entgegenstehen.<sup>380</sup>

Blickt man auf die erwähnte Leitentscheidung *In Re Lysaght*,<sup>381</sup> so kann das Aufrechterhalten des *trust* bei gleichzeitigem Entfernen der diskriminierenden Kriterien über den Weg der *cy-près*-Doktrin in Zusammenhang mit dieser grundsätzlich wohlwollenden Haltung der englischen Rechtsordnung gegenüber *charitable trusts* gesehen werden. Die Realisierung des *trust* wäre ohne Intervention des Gerichts an der Weigerung des College gescheitert, die Gelder nach den diskriminierenden Kriterien auszuzahlen. Man erreichte die entsprechende Anpassung des *trust* im Rahmen der *cy-près*-Doktrin nur durch extensive Auslegung des Erblasserwillens. Solche teilweise erstaunlichen Auslegungsergebnisse spiegelten den rechtspolitischen Willen wider, *charitable trusts* der Gemeinschaft zu erhalten, so *Simon Gardner*.<sup>382</sup> Es wird allerdings auch vertreten, hinter der Anwendung der *cy-près*-Doktrin habe in die-

---

<sup>375</sup> Siehe *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 13 und 36 ff. sowie 197 ff. Vgl. auch *Glister/Lee*, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, Ziffer 15-001.

<sup>376</sup> Siehe zu den Privilegien auch oben Kapitel 3 – B.I.1. (332). Ausführlich zu den Steuerbefreiungen *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 20-001 ff.

<sup>377</sup> Siehe *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 6-001.

<sup>378</sup> Vgl. *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 568 f. und 115; *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 3-001 und 6-002.

<sup>379</sup> *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 38.

<sup>380</sup> Vgl. *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 111 ff.; *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 184; *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 3-009 f. Zur Geschichte der Doktrin *Zimmermann*, in: *FG Kaser* (1986), 395.

<sup>381</sup> Siehe zu dieser Entscheidung oben Kapitel 3 – B.I.2.a) (334).

<sup>382</sup> *Gardner*, *An Introduction to the Law of Trusts*, 112. In der südafrikanischen Entscheidung *Marks v Estate Gluckman* 1946 AD 289, 291 beklagte ein Parteivertreter: „[...] cypres has been pushed unreasonably far by the English Courts [...]“.

sem konkreten Fall letztlich der Wille des Gerichts gestanden, die unliebsamen diskriminierenden Bestimmungen auf indirektem Wege zu streichen.<sup>383</sup>

*bb) Die englische Charity Commission*

Obwohl die beiden ausführlich dargestellten Entscheidungen *In Re Lysaght* und *In Re Harding* nicht die einzigen Entscheidungen in diesem Themenfeld sind,<sup>384</sup> scheint es in England dennoch weniger Gerichtsentscheidungen zu geben als in Südafrika. Dies könnte auch mit der Rolle der *Charity Commission* zusammenhängen.

Die *Charity Commission* ist eine politisch unabhängige Behörde mit der Aufgabe, den *charity*-Sektor aktiv zu fördern, aber auch zu überwachen.<sup>385</sup> Sie führt – anders als die deutschen Stiftungsbehörden – Aufsicht nur über *charities*<sup>386</sup> und zeichnet verantwortlich für die Eintragung der jeweiligen *charity* in das von ihr geführte Register.<sup>387</sup> Die Ausübung der Aufsicht war aber nie von ähnlich großem Misstrauen gegenüber privater Gemeinwohlförderung geprägt wie in Deutschland – eher im Gegenteil. Der englische Staat und die *Charity Commission* nehmen – wie schon erörtert – traditionell eine fördernde Position mit Blick auf den *charity*-Sektor ein.

Im Laufe der Zeit gingen immer mehr Befugnisse von den Gerichten auf die *Charity Commission* über.<sup>388</sup> Die Befugnisse der *Charity Commission* umfassen inzwischen auch die Anwendung der *cy-près*-Doktrin.<sup>389</sup> Obwohl hier eine konkurrierende Zuständigkeit mit dem *High Court* besteht,<sup>390</sup> ist das Gericht immer weniger involviert.<sup>391</sup> In England scheint die *Charity Commission* – gerade durch diese Kompetenzerweiterungen – also ebenfalls eine gewisse Filterfunktion einzunehmen.<sup>392</sup> Dies wird auch dadurch gestützt, dass

<sup>383</sup> Vgl. *Phillips*, *The Philanthropist* 9 (1990), 3, 18 ff.; *Harding*, *OJLS* 31 (2011), 303, 305 f. Vgl. auch *Du Toit*, in: *Research Handbook on Not-For-Profit Law*, 231, 238 f. Vgl. dementsprechend kritisch zur *cy-près*-Doktrin *Eason*, *Wake Forest LR* 45 (2010), 123, 125.

<sup>384</sup> Siehe zu den wenigen weiteren Entscheidungen oben Fn. 108 (336).

<sup>385</sup> Siehe *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 15–001 ff.; *Schlüter*, *Stiftungsrecht*, 174 f.; *Selbig*, *Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen*, 354; *BeckOGK/Jakob/Uhl*, § 80 BGB Rn. 842.

<sup>386</sup> Siehe *Selbig*, *Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen*, 354 ff. und 324 ff.

<sup>387</sup> Siehe *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 4–001 ff.; *Selbig*, *Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen*, 168 f. und 319 ff.

<sup>388</sup> Siehe *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 143 f.

<sup>389</sup> Siehe *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 12–001 ff.; *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 189.

<sup>390</sup> *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 15-015.

<sup>391</sup> *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 141 und 144.

<sup>392</sup> So ausdrücklich *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 141 („filtered out and determined by one of the relevant administrative bodies“).

in Südafrika mehr Fälle ersichtlich sind und es dort eine den deutschen Stiftungsbehörden oder der englischen *Charity Commission* vergleichbare Institution nicht gibt und die Befugnis, Bestimmungen eines *trust* zu ändern, allein den Gerichten zukommt.<sup>393</sup>

c) *Ausprägung subjektiver Rechte im englischen und südafrikanischen trust law*

Ein weiterer Faktor für die unterschiedliche Rechtsprechungsdichte könnte in der Ausprägung gerichtlich durchsetzbarer subjektiver Rechte zu finden sein. Das Recht der *trusts* und der *charities* sieht sowohl in England als auch in Südafrika stärker ausgeprägte subjektive Rechte der möglichen Beteiligten vor, als dies im deutschen Stiftungsrecht der Fall ist.<sup>394</sup> So haben *trustees* in England und Südafrika stets die Möglichkeit, bspw. Auslegungsfragen oder Fragen hinsichtlich der Verwaltung des *trust* gerichtlich klären zu lassen. Und auch den *beneficiaries* stehen mehr klagbare Rechte zu, als dies bei deutschen Stiftungsdestinatären der Fall ist.<sup>395</sup>

Es lässt sich also festhalten, dass die unterschiedlichen Fallzahlen sowie die Stellung der Fälle im rechtlichen Diskurs unter anderem mit der Entwicklung privater Gemeinwohlförderung und den damit zusammenhängenden Strukturen in Verbindung gebracht werden können. Dazu zählen auch die unterschiedlich ausgeprägte staatliche Kontrolle sowie die Ausgestaltung subjektiver Rechte der Beteiligten.

### III. *Verfassung, Diskriminierungsverbote und Privatrechtswirkung*

Die Entscheidungen im Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten weisen aber auch inhaltliche Unterschiede auf. Besonders deutlich macht dies die jüngste Entscheidung des südafrikanischen *Con-*

---

<sup>393</sup> Für diesen Hinweis dankt der Verfasser *François du Toit*, Professor an der University of the Western Cape, Südafrika. Vgl. auch *O'Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 141.

<sup>394</sup> Vgl. *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung*, 204 und 262 f. Siehe für Deutschland *MünchKommBGB/Weitemeyer*, § 80 Rn. 78 f.

<sup>395</sup> Vgl. für England *Pettit*, *Equity and the Law of Trusts*, 482; *Maitland*, in: *Maitland*, 141, 173; *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 16–001 ff. Vgl. für Südafrika *Cameron/De Waal/Solomon*, *Honoré's South African Law of Trusts*, 319 f. und 463 ff. Vgl. auch den Wortlaut von section 13 *Trust Property Control Act*, dazu oben Fn. 174 (347). Für Deutschland vgl. *MünchKommBGB/Weitemeyer*, § 80 Rn. 78 f.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vor §§ 80–88 Rn. 150 f.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 37 ff.; *Jakob*, *Schutz der Stiftung*, 199 und 341 ff sowie 361 ff. Vgl. mit Blick auf die Reform des Stiftungsrechts *Schauhoff/Mehren*, *NJW* 2021, 2993, 2998. Aus rechtsvergleichender Sicht *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung*, 204 und 262 f.; *Schlüter*, *Stiftungsrecht*, 437 ff.

*stitutional Court* in der Sache *King v De Jager*. Reichweite und Gewichtung der Diskriminierungsverbote sollen für Deutschland, England und Südafrika vor dem Hintergrund von Entstehung und Konzeption der jeweiligen Verfassung, der Frage nach der Privatrechtswirkung von Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten sowie mit Blick auf die Ausgestaltung des (einfach-)gesetzlichen Nichtdiskriminierungsrechts untersucht werden.

### 1. *Transformative constitutionalism in Südafrika*

Vor allem in Südafrika scheinen das Verständnis und der historische Kontext der Verfassung eine bedeutende Rolle für die rechtliche Würdigung letztwilliger Diskriminierungen zu spielen.

#### a) *Verfassung, Equality Act und public policy*

Anfang des 20. Jahrhunderts hatten in Südafrika nationalistische Ideen immer tiefere Wurzeln im Kreise der niederländisch-stämmigen Buren geschlagen. Nach dem Wahlsieg der *National Party* im Jahre 1948 wurde die auf Rassentrennung und der Idee weißer Vorherrschaft beruhende Politik der Apartheid eingeleitet. Die schon bestehende Kluft zwischen den Bevölkerungsgruppen wurde durch das Apartheid-Regime systematisch vertieft.<sup>396</sup> In den 1980er-Jahren geriet das Apartheid-Regime schließlich ins Wanken und 1994 wurden die ersten freien Wahlen abgehalten. Die 1996 verabschiedete Verfassung führte mit der *Bill of Rights* einen Katalog grundlegender Freiheits- und Gleichheitsrechte ein und sah die Einrichtung eines Verfassungsgerichts vor, um diese Rechte umzusetzen und abzusichern.<sup>397</sup> Damit sollte der Apartheid als einem autoritären System der Rassentrennung und Diskriminierung der Rücken gekehrt werden.<sup>398</sup> Die Verfassung wird als Symbol des Bruchs mit der Apartheid-Vergangenheit und als Zeichen des Neuanfangs wahrgenommen.<sup>399</sup> Eine 1995 ergangene Entscheidung findet hierzu besonders deutliche Worte:

---

<sup>396</sup> Siehe *Du Bois*, in: Introduction to the Law of South Africa, 1, 16; *Fagan*, in: Southern Cross, 33, 58 f. Vgl. auch *Giliomee/Mbenga*, New History of South Africa, 250 ff. sowie 288 ff. und 307 ff.

<sup>397</sup> Nach der Übergangsverfassung (Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993) wurde 1996 die endgültige Fassung verabschiedet (Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996). Vgl. die Bill of Rights in chapter 2 (section 7 bis 39) und zum Constitutional Court section 167. Vgl. zum Ganzen auch *Giliomee/Mbenga*, New History of South Africa, 346 ff. und 396 ff.

<sup>398</sup> Siehe hierzu *Du Bois*, in: Introduction to the Law of South Africa, 1, 16 f. sowie *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) 487 f.

<sup>399</sup> Vgl. *Du Bois*, in: Introduction to the Law of South Africa, 1, 16 f. Siehe auch die Verfassungspräambel: „We, the people of South Africa, recognize the injustices of our past [...]“.

„The South African Constitution [...] retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive, and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos expressly articulated in the Constitution. The contrast between the past which it repudiates and the future to which it seeks to commit the nation is stark and dramatic.“<sup>400</sup>

Die Verfassung erklärt in section 1 den Schutz der Menschenwürde, die Förderung von Gleichheit sowie das Unterbinden von Diskriminierung zu grundlegenden Wert- und Zielvorstellungen des Landes.<sup>401</sup> Section 8 (2) stellt klar, dass die *Bill of Rights* unter gewissen Voraussetzungen auch natürliche und juristische Personen binden kann und section 8 (3) erteilt den Auftrag, das *common law* in einem solchen Fall entsprechend fortzubilden.<sup>402</sup> Die Horizontalwirkung der *Bill of Rights* ist in section 9 (4) für die Diskriminierungsverbote besonders deutlich ausgestaltet. Dort wird Privatpersonen eine un gerechtfertigte Diskriminierung nach den benannten Merkmalen untersagt.<sup>403</sup> Section 9 (5) stellt für Differenzierungen nach den verpönten Merkmalen die Vermutung einer *unfair discrimination* auf und erlegt dem Differenzierenden die Beweislast für eine Rechtfertigung auf. Die durch ihren historischen Kontext geprägte und auf Veränderung angelegte Konzeption der Verfassung wird mit dem Terminus *transformative constitutionalism* versehen.<sup>404</sup> *Karl E. Klare* beschreibt die Idee des *transformative constitutionalism* als

„[...] an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law.“<sup>405</sup>

---

<sup>400</sup> So *Mahomed J in S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) 487 (zur Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe). Siehe den Verweis auf dieses Urteil in *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 219.

<sup>401</sup> Section 1: „The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values: (a) human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms. (b) Non racialism and non-sexism. [...]“

<sup>402</sup> Section 8 (3): „When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court – (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right [...].“ Siehe auch section 39 (2). Vgl. zur Horizontalwirkung der Bill of Rights *Cockrell*, in: *Bill of Rights Compendium*, Ziffer 3A4 ff.; *Ackermann*, *Human Dignity*, 288 ff.

<sup>403</sup> Section 9 (4): „No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.“

<sup>404</sup> Vgl. *Klare*, SAJHR 14 (1998), 146, 150; *Langa*, Stellenbosch LR 17 (2006), 351, 351 ff.; *Hailbronner*, AJCL 65 (2017), 527, 531 ff. Aus der Rspr. bspw. *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 77, 166 und 244.

<sup>405</sup> *Klare*, SAJHR 14 (1998), 146, 150. Der ehemalige südafrikanische Chief Justice *Pius Langa* erklärt: „Transformation is a permanent ideal, a way of looking at the world

*Transformative constitutionalism* wirkt also auf gesellschaftliche Veränderung hin.<sup>406</sup> Die Einwirkung von Verfassungsrecht auf Privatrechtsbeziehungen wird als wichtiger Bestandteil dieser Konzeption verstanden.<sup>407</sup>

Kraft Verfassungsauftrag erließ der südafrikanische Gesetzgeber den *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* (kurz *Equality Act*).<sup>408</sup> Dessen umfassendes Diskriminierungsverbot bindet sowohl den Staat als auch Private.<sup>409</sup> Auch der *Equality Act* sieht eine Beweislastumkehr zugunsten des Diskriminierungsopfers vor.<sup>410</sup> Die in section 1 erfassten *prohibited grounds* sind nicht abschließend und damit offen für weitere Diskriminierungsgründe. Für Diskriminierung nach Rasse, Geschlecht und aufgrund einer Behinderung enthält das Gesetz zudem eine nicht abschließende Aufzählung erfasster Situationen.<sup>411</sup> Dies wird ergänzt durch eine beispielhafte Liste missbilligter Handlungen im Anhang des Gesetzes. Dazu zählt auch das Vorenthalten von Stipendien nach den gesetzlich verbotenen Merkmalen.<sup>412</sup>

Die Konzeption der südafrikanischen Verfassung und die dort sowie im *Equality Act* niedergelegten Diskriminierungsverbote schlugen sich deutlich in der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe wie *public policy* oder *public interest* nieder. Das Instrument der *public policy* war in der Vergangenheit aufgrund seiner Wandelbarkeit als unpräzises und schwer zu fassendes Konzept bezeichnet worden, weshalb die Gerichte teilweise zu vorsichtigem Gebrauch gemahnt hatten. Die vorkonstitutionelle Handhabung der *public policy* wurde als formalistisch beschrieben – ausgerichtet an abstrakten Überlegungen und einem allgemeinen Gerechtigkeitssinn.<sup>413</sup> Das Inkrafttreten der Verfassung scheint auch diesbezüglich als Zäsur verstanden zu werden:

---

that creates a space in which [...] the idea of change is constant“, *Langa*, Stellenbosch LR 17 (2006), 351, 354.

<sup>406</sup> Siehe *Hailbronner*, AJCL 65 (2017), 527, 533; *Langa*, Stellenbosch LR 17 (2006), 351, 352 ff. Zum südafrikanischen Kontext ausführlicher auch *Hailbronner*, *Traditions and Transformations*, 22 ff.

<sup>407</sup> Siehe *Hailbronner*, AJCL 65 (2017), 527, 533 m. w. N. Vgl. bspw. *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 220.

<sup>408</sup> *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000* (*Equality Act*).

<sup>409</sup> Section 6 *Equality Act*: „Neither the State nor any person may unfairly discriminate against any person“.

<sup>410</sup> Section 13 *Equality Act*.

<sup>411</sup> Siehe section 7 bis 9 *Equality Act*. Vgl. bspw. auch *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 135 ff.

<sup>412</sup> Siehe schedule 2 (b) *Equality Act*.

<sup>413</sup> Vgl. *Kuhn v Karp* 1948 (4) SA 825 (T) 839 und 842; *Longman Distillers Ltd v Drop Inn Group of Liquor Supermarkets (Pty) Ltd* 1990 (2) SA 906 (A) 913; *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 218; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 235. Vgl. zur *public policy* in Südafrika auch oben Kapitel 2 – D.V.2. (283).

„Determining the content of public policy was once fraught with difficulties. That is no longer the case. Since the advent of our constitutional democracy, public policy is now deeply rooted in our Constitution and the values that underlie it“,

so *Ngcobo J in Barkhuizen v Napier*.<sup>414</sup> Auch in den hier betrachteten Entscheidungen wurde betont, die Rechtsbegriffe der *public policy* bzw. des *public interest* seien nun im Licht der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen und des *Equality Act* auszulegen.<sup>415</sup> Zu diesen grundlegenden Wertentscheidungen zählen namentlich Menschenwürde, Gleichheit, die Förderung von Menschen- und Freiheitsrechten sowie die Abkehr von Rassismus und Sexismus.<sup>416</sup>

Die in Verfassung und *Equality Act* angeordnete Horizontalwirkung erleichtert also den Zugriff auf die Diskriminierungsverbote in Privatrechtsbeziehungen und die Umkehr der Beweislast fördert ihre Durchsetzung. Die Entscheidungen zu letztwilliger Diskriminierung benennen teils ausdrücklich die Apartheid-Vergangenheit und die transformative Ausrichtung der Verfassung als Kontext der rechtlichen Würdigung.

#### b) Historisch bedingte Verwerfungslinien

So verwundert es nicht, dass man insbesondere jene Differenzierungen verwarf, die mit Blick auf die historischen Erfahrungen des Landes als besonders anstößig empfunden werden. Mit Blick auf *charitable trusts* war die 1993 ergangene Entscheidung betreffend den *William Marsh Will Trust* das erste Zeichen einer Richtungsänderung in der Rechtsprechung.<sup>417</sup> Diese Zeit war geprägt von gewaltigen politischen Umwälzungen und dem Ende der Apartheid. Nelson Mandela war freigelassen worden, Apartheid-Gesetze wurden außer Kraft gesetzt und das Verbot des ANC (*African National Congress*) wurde aufgehoben. Die Verhandlungen zwischen der weißen *National Party* und der Anti-Apartheid-Bewegung des ANC führten zu den ersten freien Wahlen, aus denen der ANC mit über 60 Prozent der Stimmen als klarer Sieger hervorging.<sup>418</sup> In diesem historischen Kontext erlaubte das Urteil die Abänderung eines gemeinnützigen *trust*, um das ursprünglich nur für weiße Kinder vorge-

<sup>414</sup> *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) 333 (vertragsrechtlicher Kontext). Fast wortgleich *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 218.

<sup>415</sup> Siehe *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 218 ff.; *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA) 527 f.; *Ex parte BOE Trust Ltd* 2009 (6) SA 470 (WCC) 474; *In Re Heydenrych Testamentary Trust* 2010 (4) SA 103 (WCC) 111; *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 595; *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 20.

<sup>416</sup> Vgl. bspw. *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 219.

<sup>417</sup> Vgl. *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 229 ff. und 253 sowie oben Kapitel 3 – C.I.2.b) (347).

<sup>418</sup> Vgl. *Giliomee/Mbenga*, *New History of South Africa*, 396 ff.

sehene Heim für Kinder aller Hautfarben zu öffnen.<sup>419</sup> Wo sich dieses Urteil noch etwas verhalten zur bisherigen Rassentrennung äußerte, stützen sich spätere Entscheidungsbegründungen ausführlich auf die Abkehr von der Apartheid und das Bedürfnis nach Abhilfe für bisherige Benachteiligungen.<sup>420</sup>

Die späteren Entscheidungen hatten überwiegend die Beschränkung von Stipendien auf gewisse Personengruppen zum Gegenstand, wobei der Erblasser nach Abstammung, Geschlecht oder Religion differenziert hatte. Die Beschränkung auf Personen weißer Hautfarbe oder europäischer Abstammung wurde von den Gerichten gestrichen.<sup>421</sup> Aufschlussreich ist der Vergleich mit einer weniger prominenten Entscheidung aus dem Jahr 2004.<sup>422</sup> Der Erblasser hatte Gelder für ein Altenheim für *coloured people* bereitgestellt, welches dann aber nie gebaut wurde. Das Gericht gab dem Antrag des *trustee* statt, die Gelder im Wege der *cy-près*-Doktrin einer anderen (hauptsächlich von *coloured people* genutzten) Hilfseinrichtung zukommen zu lassen.<sup>423</sup> Das Gericht hatte die Frage aufgeworfen, ob hier eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes vorliegen könnte, dies aber letztlich abgelehnt. Denn die Verfassung fordere keine formale Gleichheit und in Anbetracht der gespaltenen Gesellschaft sei in der Förderung benachteiligter Gruppen kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz zu erblicken, so das Urteil.<sup>424</sup> In Bezug auf geschlechtsspezifische Verfügungen fällt auf, dass vor allem der Ausschluss des weiblichen Geschlechts als problematisch erachtet wurde.<sup>425</sup> Gerade die Entscheidung *King v De Jager* stellt die rechtliche Würdigung in den Kontext von mangelnder Gleichberechtigung der Geschlechter in der südafrikanischen Gesellschaft.<sup>426</sup> An einer ausschließlichen Begünstigung europäisch-stämmiger Mädchen –

---

<sup>419</sup> *Nadasen* und *Pather* sehen das Urteil als Beitrag zu einer „human rights culture“, vgl. *Nadasen/Pather*, Stellenbosch LR 6 (1995), 256, 256 und 261. Vgl. dazu auch *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 116.

<sup>420</sup> So formulierte bspw. *Bertelsmann AJA*, der verfassungsrechtliche Auftrag, die Rassentrennung der Vergangenheit zu überwinden und daher mit der public policy in Widerspruch stehende Bestimmungen zu streichen, gehe der Testierfreiheit eindeutig vor, *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA) 528 f. Siehe auch *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 222 ff. Ausführlich zu diesen Entscheidungen oben Kapitel 3 – C.I.3. (348).

<sup>421</sup> *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C); *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA); *In Re Heydenrych Testamentary Trust* 2010 (4) SA 103 (WCC). Eine Ausnahme bildet das Urteil *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA), siehe oben Kapitel 3 – C.I.3.c) (351).

<sup>422</sup> *Ex parte Janse van Rensburg: In Re AJ Liebenberg Trust* [2004] JOL 13204 (C).

<sup>423</sup> *Ex parte Janse van Rensburg: In Re AJ Liebenberg Trust* [2004] JOL 13204 (C), 15.

<sup>424</sup> *Ex parte Janse van Rensburg: In Re AJ Liebenberg Trust* [2004] JOL 13204 (C), 14 f. Vgl. zu dieser Entscheidung auch *Wood-Bodley*, SALJ 124 (2007), 687, 698.

<sup>425</sup> Siehe *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C); *In Re Heydenrych Testamentary Trust* 2010 (4) SA 103 (WCC).

<sup>426</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 244 f.

und damit dem Ausschluss aller Jungen – schien sich dagegen niemand zu stören. Angeprangert wurde hier nur das Kriterium der Abstammung.<sup>427</sup>

Es ist deutlich zu erkennen, dass vor allem Bestimmungen zulasten von in der Vergangenheit marginalisierten oder benachteiligten Gruppen für ungültig erklärt wurden.<sup>428</sup> Gerade Schwarze, Frauen und Juden hätten unter solchen Problemen gelitten, so das Urteil in *Syfreys Trust Ltd.*<sup>429</sup> Da Chancengleichheit im Bildungsbereich in Südafrika ein sensibles und wichtiges Thema ist, verwundert auch nicht, dass es häufig diskriminierende Stipendiumsbestimmungen waren, die vor die Gerichte gelangten und dort auf wenig Nachsicht stießen. Hier spiegelt sich das Bedürfnis, die noch immer krassen Unterschiede bezüglich Bildungs- und Berufschancen zu bekämpfen und nicht durch herkunftsspezifische Förderung zu perpetuieren.<sup>430</sup> Deckt sich das Differenzierungskriterium des Erblassers also mit einer der historisch bedingten Verwerfungslinien (*historic fault lines*), so besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass die Verfügung als diskriminierend gewertet wird.<sup>431</sup>

### c) Abkehr von der Trennung zwischen privater und öffentlicher Sphäre

Bevor der *Constitutional Court* die Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Sphäre zurückwies, waren die Gerichte bemüht, die Geltung der Diskriminierungsverbote auf einen Öffentlichkeitsbezug zu stützen. So heißt es in der Entscheidung *Syfreys Trust Ltd.*: Das Gleichheitsrecht und das Recht, nicht diskriminiert zu werden, überwogen die Testierfreiheit unter anderem deshalb, weil man es mit einem Element staatlichen Handelns (*element of state action*) zu tun habe. Denn die mit der Verteilung der Gelder betraute Universität sei eine öffentliche Einrichtung.<sup>432</sup> *Trustee* war zwar ein privater Finanzdienstleister (*Syfreys Trust Ltd.*), die *University of Cape Town* sollte aber die zu begünstigenden Studenten auswählen und die Modalitäten festle-

---

<sup>427</sup> Siehe *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA). Siehe dazu auch *De Waal*, Annual Survey of SA Law 2010, 1170, 1198; *De Waal*, Annual Survey of SA Law 2011, 1033, 1064 f. und zum Ganzen *Du Toit*, Manitoba LJ 40 (2017), 141, 149 ff. Betrachtet man die Beschränkungen nach Religionszugehörigkeit, so fällt auf, dass der explizite Ausschluss jüdischer Personen als Verstoß gegen die public policy gewertet, an der ausschließlichen Begünstigung von Personen protestantischen Glaubens jedoch kein Anstoß genommen wurde, siehe *Minister of Education v Syfreys Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) und *In Re Heydenrych Testamentary Trust* 2010 (4) SA 103 (WCC). Dazu *De Waal*, Annual Survey of SA Law 2011, 1033, 1065.

<sup>428</sup> Vgl. hierzu auch *Wood-Bodley*, SALJ 124 (2007), 687, 701; *De Waal*, Annual Survey of SA Law 2011, 1033, 1064 f.

<sup>429</sup> *Minister of Education v Syfreys Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 222 f.

<sup>430</sup> Vgl. die Ausführungen in *Minister of Education v Syfreys Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 225 und *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA) 529.

<sup>431</sup> Vgl. *Wood-Bodley*, SALJ 124 (2007), 687, 701.

gen.<sup>433</sup> Die Ausführungen im Fall des *Emma Smith Educational Fund* waren ähnlich: In der öffentlichen Sphäre (*public sphere*) könne kein Zweifel daran bestehen, dass nach der Rasse diskriminierende letztwillige Bestimmungen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhielten.<sup>434</sup> Die Universität müsse als öffentlich finanzierte Institution der ganzen Gesellschaft dienen.<sup>435</sup>

Beide *trusts* waren im Wege einer (privaten) letztwilligen Verfügung errichtet worden. Doch führte ihre inhaltliche und administrative Verbindung mit einer Universität dazu, dass sie nun in der öffentlichen Sphäre zu verorten waren und Züge staatlichen Handelns trugen. Die Verortung in der öffentlichen Sphäre bedeutet allerdings nicht, dass der *trust* insgesamt als staatliches Konstrukt betrachtet wird. Denn die Urteile setzen sich ja gerade mit der Frage der Horizontalwirkung der *Bill of Rights* auseinander. Mit öffentlicher Sphäre und dem Element staatlichen Handelns scheint vielmehr ein Bereich zwischen Staat und rein privater Sphäre angesprochen zu sein. Die *trusts* dort zu verorten hatte zur Folge, dass an die Konformität der Verteilungskriterien mit den Wertentscheidungen der Verfassung gesteigerte Anforderungen gestellt wurden.<sup>436</sup>

Einen trennscharfen *public-private divide* – also die deutliche Unterscheidung zwischen Gleichheitsanforderungen in der öffentlichen Sphäre und einer weitgehend unangefochtenen Testierfreiheit in der privaten Sphäre – hat der *Constitutional Court* nun zurückgewiesen. Alles andere würde den Vorrang der Verfassung (*supremacy of the Constitution*) und das Streben nach einer egalitäreren Gesellschaft untergraben und berge die Gefahr eines unkontrollierten Bereichs privater Diskriminierung.<sup>437</sup> Damit wird privates Handeln

---

<sup>432</sup> *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 229. Außerdem sei ein *trust* – und erst recht ein *charitable trust* – ein Institut öffentlichen Interesses. Kritisch dazu *Wood-Bodley*, SALJ 124 (2007), 687, 695.

<sup>433</sup> Siehe *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 211 f.

<sup>434</sup> *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA) 527.

<sup>435</sup> *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal* 2010 (6) SA 518 (SCA) 529 (in diesem Fall waren die Mitglieder des Verwaltungsrats zu *trustees* bestellt worden). Von den drei im Jahr darauf verhandelten *trusts*, die ebenfalls die Bildungsförderung betrafen, sah nur ein *trust* die Verwaltung der Gelder durch eine Universität vor. Hier wurde der Aspekt der Nähe zu staatlichem Handeln oder der Verortung in der öffentlichen Sphäre nicht angesprochen. Siehe *In Re Heydenrych Testamentary Trust* 2010 (4) SA 103 (WCC).

<sup>436</sup> Für eine Differenzierung zwischen privater und öffentlicher Sphäre *Thomas*, in: *Inter cives necnon peregrinos*, 727, 736 ff. Siehe auch *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 255. Eher kritisch *Wood-Bodley*, SALJ 124 (2007), 687, 695; *Ackermann*, *Human Dignity*, 301 f.

<sup>437</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 151 und 222. Etwas zurückhaltender sodann *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 67 ff. Vgl. zum *public-private divide*

noch stärker an die Zielvorstellungen der Verfassung gebunden. Dieser Schritt des *Constitutional Court* ist Zeichen des *transformative constitutionalism*.

Insgesamt zeigt sich bei den südafrikanischen Entscheidungen zu letztwilliger Diskriminierung ein deutlicher Zusammenhang mit historischen Erfahrungen des Landes. Die Konzeption der Verfassung, das Verständnis der Horizontalwirkung der *Bill of Rights* sowie die gesellschaftlichen und (rechts-)politischen Bestrebungen und Bedürfnisse wirken sich auf die Gewichtung der Diskriminierungsverbote aus und verleihen ihnen in der Abwägung mit der Testierfreiheit besondere Durchschlagskraft. Dazu gehört auch, dass kein formales Gleichheitskonzept verfolgt wird, sondern man nach *substantive equality* strebt.<sup>438</sup> Dies ist Ausdruck des *transformative constitutionalism* in Südafrika.

## 2. Grundgesetz und value formalism in Deutschland

Auf den ersten Blick bestehen deutliche Unterschiede zwischen den deutschen und den südafrikanischen Entscheidungen zu letztwilliger Diskriminierung, ist die deutsche Rechtsprechung mit Blick auf die Annahme einer Sittenwidrigkeit doch sehr zurückhaltend. Dies ist auch für Deutschland vor dem Hintergrund von Verfassungsverständnis, Horizontalwirkungsmodus der Diskriminierungsverbote und dem einfachgesetzlichen Nichtdiskriminierungsrecht zu betrachten.

### a) Die Wertordnung des Grundgesetzes

Auch das deutsche Grundgesetz entstand in einer Zeit des Umbruchs.<sup>439</sup> Die Abkehr vom Nationalsozialismus spielte auch bei der Konzeption der Grundrechte eine Rolle.<sup>440</sup> Im Parlamentarischen Rat hatte man die Grundrechte zunächst aber ausschließlich in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte zur Begrenzung der Staatsgewalt verstanden, war also – im Gegensatz zu Südafrika – ursprünglich nicht von einer Wirkung in Privatrechtsbeziehungen ausgegangen.<sup>441</sup> Dies kann man nicht zuletzt auch mit unterschiedlichen ge-

---

*Du Toit/Smith/Van der Linde*, Fundamentals of South African Trust Law, 39 ff.; *Du Toit*, in: Research Handbook on Not-For-Profit Law, 231, 233 ff.

<sup>438</sup> Vgl. zu substantive equality bspw. *Du Toit*, Manitoba LJ 40 (2017), 141, 157; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 235; *Langa*, Stellenbosch LR 17 (2006), 351, 352. Aus der Rspr. *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 197. Vgl. auch *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 221: „[...] equality is not merely a fundamental right; it is a core value of the Constitution“.

<sup>439</sup> Vgl. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts Bd. IV, 124 und 213; *Hailbronner*, AJCL 65 (2017), 527, 541 f.

<sup>440</sup> Vgl. bspw. den Bericht des Abgeordneten v. *Mangoldt*, zitiert bei *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1, 156. Vgl. auch *Limbach*, MLR 64 (2001), 1, 3 f.

<sup>441</sup> Siehe *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1, 1520 f. Vgl. auch *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts Bd. IV, 213 f. Siehe aber auch *Neuner*, JZ 2003, 57, 60. Damit knüpft das

sellschaftlichen Realitäten in einem Deutschland nach 1945 und einem Südafrika nach 1994 in Verbindung bringen. Für Südafrika wirkt die Forderung nach Horizontalwirkung des Gleichheitsrechts in Anbetracht der innergesellschaftlichen Gegensätze und der langjährigen Unterdrückung der Mehrheitsbevölkerung mehr als verständlich.

Obwohl nun das deutsche Grundgesetz – nicht nur was die Privatrechtswirkung der Grundrechte angeht – weniger explizit auf Veränderung ausgerichtet ist als die südafrikanische Verfassung, entwickelte das deutsche Verfassungsrecht durchaus gewisse Züge eines *transformative constitutionalism*.<sup>442</sup> Das BVerfG wurde, unterstützt durch die Rechtswissenschaft, über die Jahre zum Wegbereiter eines Bedeutungszuwachses der Grundrechte und einer Erweiterung derselben über die klassische Abwehrfunktion hinaus. Diese Entwicklung wird auch als Konstitutionalisierung der Rechtsordnung bezeichnet.<sup>443</sup> Die Verbindung von transformativer Stoßrichtung einerseits und einer Anbindung an dogmatische Strukturen, systematische Kriterienbildung sowie den rechtswissenschaftlichen Diskurs andererseits führen zu einem Rechtsprechungsstil (insbesondere des BVerfG), den *Michaela Hailbronner* als *value formalism* bezeichnet.<sup>444</sup> Dieser Umgang mit der Verfassung ist – gerade was die transformative Ausrichtung in Gestalt einer Privatrechtswirkung der Grundrechte anbelangt – wohl zwischen dem südafrikanischen und dem englischen Modell anzusiedeln.<sup>445</sup>

In der Diskussion um die Privatrechtswirkung der Grundrechte bildet das 1958 ergangene Lüth-Urteil des BVerfG einen Meilenstein.<sup>446</sup> Das Gericht sprach sich für ein Konzept der mittelbaren Drittwirkung aus: Das Grundgesetz habe in seinem Grundrechtsabschnitt eine „objektive Wertordnung“ aufgerichtet. Dieses „Wertsystem“ müsse für alle Bereiche des Rechts gelten und beeinflusse so auch das bürgerliche Recht. Zur Realisierung dieses Einflusses böten sich vor allem die Generalklauseln an.<sup>447</sup> Die deutschen Urteile zu letztwilliger Diskriminierung stehen mit ihrer im Rahmen des § 138 Abs. 1

---

Grundgesetz an eine frühere Verfassungstradition an, siehe *Isensee*, in: Hdb. des Staatsrechts Bd. V, 143, 156.

<sup>442</sup> *Hailbronner*, AJCL 65 (2017), 527, 541 f.; *Hailbronner*, ICON 12 (2014), 626, 642 ff.

<sup>443</sup> Siehe dazu *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts Bd. IV, 213 und 226 ff. Siehe auch *Hailbronner*, AJCL 65 (2017), 527, 542 f.; *Hailbronner*, ICON 12 (2014), 626, 632 ff.

<sup>444</sup> *Hailbronner*, ICON 12 (2014), 626, 644 ff. und ausführlich *Hailbronner*, Traditions and Transformations, 97 ff.

<sup>445</sup> Siehe mit vergleichendem Blick auf Südafrika *Hailbronner*, ICON 12 (2014), 626, 639 ff. und zu England sogleich Kapitel 3 – D.III.3. (398).

<sup>446</sup> BVerfG, NJW 1958, 257. Siehe *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts Bd. IV, 225 f. Siehe auch *Hailbronner*, Traditions and Transformations, 60.

<sup>447</sup> BVerfG, NJW 1958, 257, 257.

BGB vorgenommenen Abwägung zwischen Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten einerseits in der Tradition des mit Lüth begonnenen dictums von der auf das Privatrecht einwirkenden objektiven Wertordnung des Grundgesetzes. Andererseits sind sie auch Ausdruck des Versuchs, diese Wirkung in gewissen Bahnen zu halten und dogmatisch einzukleiden. So verweist der BGH die an Art. 3 Abs. 3 GG orientierte Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen auf Ausnahmefälle<sup>448</sup> und versucht durch die Voraussetzung der gezielten Würdeverletzung handhabbare Kriterien aufzustellen.<sup>449</sup> Dies kann man wohl – ebenso wie die Rechtsprechung des BVerfG zu letztwilligen Bedingungen – als Ausdruck eines *value formalism* betrachten.

*b) Die Wirkung des Art. 3 GG in privaten und privat-öffentlichen Konstellationen*

An dieser Stelle kann das oben beschriebene Urteil des VG Ansbach rechtsvergleichend fruchtbar gemacht werden.<sup>450</sup> Anders als die südafrikanischen Entscheidungen, die die Verbindung zu einer öffentlichen Institution zum Anlass nahmen, den durch privates Testament errichteten *trust* im Wege der Horizontalwirkung der *Bill of Rights* strengeren Gleichheitsanforderungen zu unterwerfen, genügte dem VG Ansbach die Verwaltung der Stiftung durch die Stadt nicht für eine stärkere Bindung an Art. 3 GG.<sup>451</sup> Das Vorgehen erscheint mit Blick auf die Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote insofern gemäßiger als die südafrikanische Rechtsprechung zu den *charitable trusts*. Die deutsche Diskussion um die Privatrechtswirkung des Art. 3 GG ist keineswegs abgeschlossen und beschäftigt bis heute Rechtsprechung und Schrifttum. Abseits des Erbrechts sind diesbezüglich interessante Entwicklungen zu verzeichnen.

Eine generelle Bindung privater Akteure an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wird im Schrifttum bislang fast einhellig abgelehnt.<sup>452</sup> Alles andere zerstöre die freiheitsrechtlich abgesicherte Privatautonomie.<sup>453</sup> Aber auch eine mittelbare Drittwirkung sei aufgrund der Wertungs-

<sup>448</sup> BGH, NJW 1978, 943, 945; BGH, NJW 1999, 566, 569.

<sup>449</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569 f. Siehe zu diesen Entscheidungen auch oben Kapitel 3 – A.II.1. (322).

<sup>450</sup> VG Ansbach, BeckRS 2018, 14205. Siehe auch oben Kapitel 3 – D.II.1.b) (372).

<sup>451</sup> VG Ansbach, BeckRS 2018, 14205 (Rn. 58).

<sup>452</sup> Siehe Dreier/Heun, Art. 3 Rn. 70; Mangoldt/Wollenschläger, Art. 3 Rn. 62; BeckOK GG/Kischel, Art. 3 Rn. 92. Siehe auch Ruffert, Vorrang der Verfassung, 175. Vgl. dagegen Grünberger, Personale Gleichheit, 59 („jede Ungleichbehandlung eines Privatrechtssubjekts grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig“).

<sup>453</sup> Vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung, 175; Dreier/Heun, Art. 3 Rn. 70. Dem stimmt auch Grünberger für den Fall zu, dass dieselben Rechtfertigungsmaßstäbe gelten wie für den Staat und plädiert daher für eine modifizierte Rechtfertigungsskala (Rechtfertigungskontinuum), siehe Grünberger, Personale Gleichheit, 824 ff.

offenheit des Gleichheitssatzes nicht wirklich möglich.<sup>454</sup> Denn anders als bei den Freiheitsrechten, deren jeweiliger Grundwert in eine zivilrechtliche Abwägung einfließen könne, fehle dem Gleichheitssatz ein solcher Grundwert.<sup>455</sup> Der Gleichheitssatz und damit die Forderung nach einem sachlichen Grund könne entweder gelten oder nicht gelten. Eine Privatrechtswirkung müsse daher entsprechend begründet werden.<sup>456</sup> Angenommen werden könne eine solche Horizontalwirkung in Fällen (staatsähnlicher) privater Macht wie bspw. im Arbeitsrecht oder bei Monopolstellungen privater Akteure.<sup>457</sup>

Im Jahr 2018 äußerte sich sodann das BVerfG in der Stadionverbot-Entscheidung zur Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>458</sup> Dieser enthalte kein objektives Verfassungsprinzip, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten seien. Entsprechende Rechtfertigungsanforderungen entstünden auch nicht im Wege der mittelbaren Drittwirkung.<sup>459</sup> Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten könnten sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedoch für spezifische Konstellationen ergeben. Im konkreten Fall eines bundesweiten Stadionverbots für einen Fußballfan sah das Gericht eine solch spezifische Konstellation im Ausschluss von Veranstaltungen, die einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und wo der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Indem ein Privater eine solche Veranstaltung ins Werk setze, erwachse ihm von Verfassungs wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung. Er dürfe seine aus dem Hausrecht resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen.<sup>460</sup> In der Literatur wurde dies auch als situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure<sup>461</sup> und als unmittelbare Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG für bestimmte Konstellationen beschrieben.<sup>462</sup> Vorboten dieser Rechtsprechung werden in der

---

<sup>454</sup> Siehe Dreier/*Heun*, Art. 3 Rn. 71; BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 93. In diesem Zusammenhang wird die Struktur des Gleichheitssatzes auch als formal bzw. modal beschrieben, siehe *Michl*, JZ 2018, 910, 915; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 177; *Droege*, npoR 2018, 241, 242.

<sup>455</sup> BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 93. Siehe auch Dreier/*Heun*, Art. 3 Rn. 71.

<sup>456</sup> Siehe Dreier/*Heun*, Art. 3 Rn. 71; BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 93. Vgl. mit anderer Stoßrichtung *Grünberger*, Personale Gleichheit, 59.

<sup>457</sup> Vgl. *Michl*, JZ 2018, 910, 914; Dreier/*Heun*, Art. 3 Rn. 70; BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 93.

<sup>458</sup> BVerfG, NJW 2018, 1667.

<sup>459</sup> Siehe BVerfG, NJW 2018, 1667, 1669.

<sup>460</sup> Siehe BVerfG, NJW 2018, 1667, 1669.

<sup>461</sup> *Michl*, JZ 2018, 910, 913 und 915.

<sup>462</sup> Siehe *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 901 und 909. Die Aussage des Gerichts, dass Privaten in gewissen Situationen von Verfassungs wegen eine besondere rechtliche Verantwortung im Sinne einer Rechtfertigungspflicht erwachse, verdeutliche die staatsgleiche Bindung, so

Fraport-Entscheidung aus dem Jahr 2011 und dem Beschluss zum „Bierdosen-Flashmob“ von 2015 gesehen.<sup>463</sup> In letzterem Fall war es um das Verbot einer Veranstaltung auf einem öffentlich zugänglichen Platz gegangen, der in privatem Eigentum stand.

Betrachtet man die Kriterien der Stadionverbot-Entscheidung, so scheint unter anderem der Öffentlichkeitsbezug der privatautonomen Entscheidung maßgeblich zur verstärkten Gleichheitsbindung beizutragen.<sup>464</sup> Nach *Michael Droege* beschreibt die Stadionverbot-Entscheidung einen Bereich privatautonom hergestellter Öffentlichkeit im Sinne einer Sphäre zwischen der Rationalität des Staates und der privatautonomen Willkür des Subjekts.<sup>465</sup>

Als nächstes rücken die spezifischen Diskriminierungsverbote in den Blick und mit ihnen die Frage nach der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 3 GG. Diese ist verfassungsgerichtlich noch nicht geklärt.<sup>466</sup> Das BVerfG entschied 2019 über die Verfassungsbeschwerde eines ehemaligen Bundesvorsitzenden der NPD, der aufgrund seiner politischen Überzeugung ein Hausverbot für ein Wellness-Hotel erhalten hatte.<sup>467</sup> Das Gericht nahm ausführlich Bezug auf die Stadionverbot-Entscheidung. Eine spezifische Konstellation, wie sie dort für eine Geltung des Art. 3 Abs. 1 GG gefordert worden war, liege hier nicht

---

*Michl*, JZ 2018, 910, 912. Mit dem Terminus der „staatsgleichen Pflichtenstellung“ BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 93a. *Droege* spricht von den Fundamenten eines „verfassungsunmittelbaren Antidiskriminierungsrechts im Zivilrecht“, *Droege*, npoR 2018, 241, 243.

<sup>463</sup> Dazu im Überblick *Michl*, JZ 2018, 910, 911 f. Vgl. auch *Heldt*, NVwZ 2018, 818, 818; *Jobst*, NJW 2020, 11, 11 f. In der Fraport-Entscheidung hieß es (obiter dictum): „Dies schließt [...] nicht aus, dass möglicherweise Private – etwa im Wege der mittelbaren Drittwirkung – unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte ähnlich oder auch genauso weit durch die Grundrechte in die Pflicht genommen werden, insbesondere wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantienstellung hineinwachsen wie der Staat“, BVerfG, NJW 2011, 1201, 1203. Aufgegriffen durch BVerfG, NJW 2015, 2485, 2486 (Bierdosen-Flashmob), das sodann formuliert: „Je nach Gewährleistungsgehalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe- oder auch gleichkommen.“ Diese Aussagen ergingen allerdings im Kontext einer Kollision von Freiheitsrechten. Die Stadionverbot-Entscheidung wurde aufgegriffen in BVerfG, NVwZ 2019, 959, 961 (Facebook) und BVerfG, NJW 2019, 3769, 3770 (Hausverbot im Wellnesshotel wegen politischer Anschauung, dazu noch sogleich).

<sup>464</sup> Siehe *Grünberger*, Stadionverbots-Beschluss, VerfBlog 1.5.2018, unter Punkt 3; *Droege*, npoR 2018, 241, 244. Eher kritisch zum Stichwort des öffentlichen Raums BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 93b. Das BVerfG nennt weitere mögliche Einflussfaktoren für die Grundrechtswirkung: die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung bestimmter Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite, BVerfG, NJW 2018, 1667, 1668.

<sup>465</sup> Siehe *Droege*, npoR 2018, 241, 244. Vgl. dazu auch *Neuner*, JZ 2003, 57, 63.

<sup>466</sup> Vgl. auch *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104, 1105.

<sup>467</sup> BVerfG, NJW 2019, 3769. Das Gericht nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, da diese unbegründet sei – der Beschwerdeführer sei durch die angegriffenen Entscheidungen nicht in seinen Grundrechten verletzt.

vor.<sup>468</sup> Die eigentlich relevante Frage nach der Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG ließ das Gericht aber unbeantwortet:<sup>469</sup> Von der Rechtsprechung des BVerfG sei noch nicht geklärt, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die verschiedenen speziellen Gleichheitsrechte des Art. 3 Abs. 3 GG Drittwirkung entfalten können. Auch wenn sich möglicherweise strengere Bindungen als aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben sollten, bedeute dies kein absolutes Unterscheidungsverbot, sondern es bedürfte eines Ausgleichs mit entgegengesetzten Freiheitsrechten. Dass dieser Ausgleich zugunsten des Beschwerdeführers ausgehen müsste, sei nicht ersichtlich.<sup>470</sup> Auf eine grundsätzliche Klärung der Wirkungen des Art. 3 Abs. 3 GG im Verhältnis zwischen Privaten komme es daher nicht an.<sup>471</sup> Das BVerfG hat es auch im Erbrecht bislang vermieden, Stellung zu beziehen: Im Hohenzollern-Beschluss ließ es die gerügte Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG bewusst offen, da die Verfassungsbeschwerde schon aus anderen Gründen Erfolg hatte.<sup>472</sup>

In der Stadionverbot-Entscheidung forderte das BVerfG mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz eine spezifische Konstellation, um dessen Privatrechtswirkung überhaupt auszulösen. Der Bereich zwischen privater Freiheit und staatlicher Bindung, den die Entscheidung anzusprechen scheint, erinnert in gewisser Weise an den südafrikanischen *status quo ante* – an die bis zum Urteil des *Constitutional Court* in *King v De Jager* gängige Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Sphäre. In Südafrika steht die grundsätzliche Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote außer Frage und die Verortung in der öffentlichen Sphäre war dort keine Voraussetzung der Privatrechtswirkung gewesen, sondern ein Gesichtspunkt der Abwägung. Wie dies für die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG zu beurteilen ist, bleibt für Deutschland bislang verfassungsgerichtlich ungeklärt.

### c) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Neben den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten ist auch das nach großen politischen und rechtswissenschaftlichen Kontroversen im Jahr 2006 beschlossene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zu beachten. Es dient der Umsetzung europäischer Richtlinien. Obwohl sein Schwerpunkt im Arbeitsrecht liegt, enthält das Gesetz auch ein zivilrechtliches Benachtei-

---

<sup>468</sup> BVerfG, NJW 2019, 3769, 3770.

<sup>469</sup> Siehe insoweit kritisch *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104, 1105 f.

<sup>470</sup> BVerfG, NJW 2019, 3769, 3770. Zugunsten der Hotelbetreiberin brachte das Gericht die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Stellung.

<sup>471</sup> BVerfG, NJW 2019, 3769, 3770.

<sup>472</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2004, 2008, 2011 (Hohenzollern). Zu den Ausführungen des Gerichts bzgl. Art. 6 Abs. 1 GG (in Gestalt der Eheschließungsfreiheit) siehe oben Kapitel 2 – A.II.4.b) (184).

ligungsverbot.<sup>473</sup> Mit Blick auf das Vorliegen einer Benachteiligung nach den in § 1 AGG genannten Gründen regelt § 22 eine Beweislastumkehr zugunsten der benachteiligten Person. Allerdings ist der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots vergleichsweise eng. Denn zum einen ist schon der allgemeine Anwendungsbereich des AGG auf bestimmte Konstellationen begrenzt – dies sind neben den vorwiegend arbeitsrechtlichen bspw. der Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung, sowie die Versorgung mit öffentlich zugänglichen Gütern und Dienstleistungen (vgl. § 2 AGG). Zum anderen ist das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot hauptsächlich auf sogenannte Massengeschäfte anwendbar, die ohne Ansehen der Person zu Stande kommen (§ 19 Abs. 1 AGG).<sup>474</sup> Familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse sind explizit vom Anwendungsbereich ausgenommen (§ 19 Abs. 4 AGG).<sup>475</sup> Diese Bereichsausnahme wird im Schrifttum nicht selten als Argument gegen eine Beschränkung der Testierfreiheit durch Diskriminierungsverbote ins Feld geführt.<sup>476</sup> Anwendungsbereich und Konzeption des deutschen AGG sind somit deutlich enger, als dies beim südafrikanischen *Equality Act* der Fall ist.<sup>477</sup>

Neben den gerade genannten Divergenzen im einfachgesetzlichen Nichtdiskriminierungsrecht können die inhaltlichen Unterschiede zwischen der deutschen und südafrikanischen Rechtsprechung zu letztwilliger Diskriminierung vor allem mit einer unterschiedlichen Konzeption der gleichheitsrechtlichen Horizontalwirkung und einem nicht deckungsgleichen Verfassungsverständnis in Zusammenhang gebracht werden. Insbesondere der Veränderungsimpetus, der die südafrikanische Verfassung kennzeichnet, erscheint in Deutschland deutlich schwächer ausgeprägt.

### 3. *Parliamentary sovereignty statt constitutional supremacy in England*

In England übt sich die Rechtsprechung grundsätzlich in Zurückhaltung, die Testierfreiheit aus Gleichheits- oder Diskriminierungserwägungen zu beschränken – gerade bei rein privaten Verfügungen. Mit Blick auf *charitable trusts* ist den englischen und südafrikanischen Entscheidungen vordergründig gemein, dass die diskriminierenden Bestimmungen aus den *trusts* entfernt wurden. Unterschiedlich gestaltete sich allerdings der Weg dorthin sowie das Maß an inhaltlicher Auseinandersetzung mit der diskriminierenden Wirkung. Wo sich südafrikanische Gerichte offen und ausführlich mit der Diskriminie-

---

<sup>473</sup> Vgl. Staudinger/*Serr*, Einl. AGG Rn. 1 ff.; NomosKommAGG/*Däubler*, Einl. Rn. 1 ff.; MünchKommBGB/*Thüsing*, Einl. AGG Rn. 1 ff.

<sup>474</sup> Dazu MünchKommBGB/*Thüsing*, § 19 AGG Rn. 1 ff.

<sup>475</sup> Erbrechtliche Konstellationen fallen oft auch schon gar nicht in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 AGG. Siehe MünchKommBGB/*Thüsing*, § 19 AGG Rn. 87 ff.

<sup>476</sup> Siehe oben Kapitel 3 – A.II.2.a) (325).

<sup>477</sup> Vgl. auch MünchKommBGB/*Thüsing*, § 1 AGG Rn. 7.

nung beschäftigten und bereit waren, unbestimmte Rechtsbegriffe entsprechend auszufüllen, mieden englische Gerichte insbesondere den Weg über die *public policy*. Eher griff man auf den *Race Relations Act* oder die *cy-près*-Doktrin zurück.<sup>478</sup> Auch für England soll an dieser Stelle der Blick auf Verfassungsverständnis, Nichtdiskriminierungsrecht und die Handhabung der *public policy* gerichtet werden.

a) *Die britische Verfassung und der Human Rights Act*

Das Vereinigte Königreich besitzt keine in einem einheitlichen Gesetzesdokument niedergelegte Verfassung. Dies führt dazu, dass teilweise behauptet wird, es besäße gar keine Verfassung. Die „ungeschriebene“ britische Verfassung speist sich aus verschiedenen Quellen, darunter Gesetze (*statutes*), Fallrecht (*judicial precedent*) sowie ungeschriebene Gewohnheiten und Gebräuche. Hierauf war sicherlich von Einfluss, dass das Vereinigte Königreich – im Gegensatz nicht zuletzt zu Deutschland und Südafrika – in seiner jüngeren Vergangenheit keinen markanten politischen Umbruch zu bewältigen hatte. Viele „moderne“ geschriebene Verfassungen waren nach Krisen, Kriegen oder Umstürzen entstanden.<sup>479</sup> Dazu bemerkt *Anthony King*:

„This country has never had a defining constitutional moment.“<sup>480</sup>

Traditionell besitzt die britische Verfassung auch keinen festen Katalog allgemein formulierter individueller (Grund)Rechte.<sup>481</sup> Dementsprechend gab es auch keine mit Deutschland und Südafrika vergleichbare Debatte um eine mögliche Horizontalwirkung niedergelegter Rechtspositionen. Die überkommenen Rechte und Freiheiten der Bürger bestehen in der freiheitlichen Grundkonzeption der britischen Verfassung vielmehr in dem Maße, wie das Recht sie nicht beschränkt.<sup>482</sup> Dies hängt auch damit zusammen, dass in England die Souveränität oder Oberherrschaft des Parlaments (*parliamentary sovereignty*) leitendes Prinzip der Staatsordnung ist und die englische Rechtsordnung daher einen Vorrang der Verfassung (*constitutional supremacy*) nicht in vergleichbarer Form kennt.<sup>483</sup>

<sup>478</sup> So im Fall *In Re Harding* [2008] Ch 235, dazu ausführlich oben Kapitel 3 – B.I.2.b) (336).

<sup>479</sup> Vgl. *Vick*, *Texas International LJ* 37 (2002), 329, 331 ff.; *Loughlin*, *The British Constitution*, 13 ff. und 21; *Denning*, *CBR* 29 (1951), 1180, 1195; *Greaves*, *Die britische Verfassung*, 10.

<sup>480</sup> *King*, *Does the United Kingdom still have a Constitution?*, 99.

<sup>481</sup> Siehe *Vick*, *Texas International LJ* 37 (2002), 329, 330 und 340; *Greaves*, *Die britische Verfassung*, 11.

<sup>482</sup> Vgl. *Vick*, *Texas International LJ* 37 (2002), 329, 341; *Loughlin*, *The British Constitution*, 88 ff. Siehe auch *Denning*, *CBR* 29 (1951), 1180, 1183 ff.

<sup>483</sup> Siehe *Dicey*, *Law of the Constitution*, 1 ff. und 87 ff.; *Limbach*, *MLR* 64 (2001), 1, 1 ff.

Nun war 1998 der *Human Rights Act* verabschiedet worden, der gewisse Rechte aus der EMRK in nationales englisches Recht überführt und mit entsprechenden Rechtsbehelfen auch für gerichtliche Durchsetzbarkeit sorgt. Inzwischen ist eine gewisse Horizontalwirkung in Privatrechtsbeziehungen anerkannt.<sup>484</sup> Der *Human Rights Act* schafft hier also einen bis dato nicht in dieser Form existierenden textlichen Anknüpfungspunkt.<sup>485</sup> Mit Blick auf Diskriminierungen ist aber anzumerken, dass der vom *Human Rights Act* in Bezug genommene Art. 14 EMRK kein eigenständiges Diskriminierungsverbot darstellt. Das Verbot der Diskriminierung in Art. 14 EMRK gilt (nur) für die Ausübung eines anderen Rechts aus der EMRK, ist also akzessorisch ausgestaltet.<sup>486</sup>

Der EGMR hat anerkannt, dass die Erbfolge zwischen nahen Verwandten mit dem Familienleben eng verbunden ist und daher in den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK fällt (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens). Insofern unterliegt dieser Bereich auch dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK.<sup>487</sup> Die schon erwähnte englische Entscheidung *In Re Hand's Will Trust* griff dies zwar auf. Doch ging es dabei um die diskriminierenden Wirkungen einer gesetzlichen Regelung.<sup>488</sup> Einer Anwendung des Diskriminierungsverbots als Grenze des Erblasserwillens – möglicherweise vermittelt durch die *public policy* – steht man bislang eher skeptisch gegenüber.<sup>489</sup> Außerhalb naher Verwandtschaftsverhältnisse – man denke an die oben angesprochenen Fälle mit Öffentlichkeitsbezug – ist der Anwendungsbereich der Normen wohl gar nicht eröffnet.

---

<sup>484</sup> Ausführlich zum *Human Rights Act* schon oben Kapitel 2 – B.IV. (210). In der dem *Human Rights Act* vorangegangenen Diskussion um die Umsetzung gewisser Grundfreiheiten war eine eigenständige Bill of Rights mit entsprechender Vorrangstellung mit dem Argument abgelehnt worden, man entferne sich damit zu sehr vom Grundsatz der parliamentary sovereignty. Dementsprechend sieht der *Human Rights Act* auch nicht vor, dass ein Gericht ein Gesetz wegen Verstoßes gegen die Bestimmungen des *Human Rights Act* für nichtig erklären kann. Das Recht zur Änderung von Gesetzen liegt allein beim Parlament. Vgl. dazu *Vick*, Texas International LJ 37 (2002), 329, 351 ff.; *Limbach*, MLR 64 (2001), 1, 6 f.

<sup>485</sup> Siehe *Vick*, Texas International LJ 37 (2002), 329, 368.

<sup>486</sup> Das Vereinigte Königreich hat zudem Protokoll Nr. 12 zur EMRK, das ein eigenständigeres Diskriminierungsverbot enthält, nicht ratifiziert. Siehe *Oliver*, in: *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, 206, 207 ff. Zur Akzessorietät des Art. 14 EMRK siehe *NomosKommEMRK/Meyer-Ladewig/Lehner*, Art. 14 Rn. 5.

<sup>487</sup> Siehe EGMR, NJW 1979, 2449, 2453 (Marckx/Belgien) und EGMR, NJW 2005, 875, 875 ff. (Pla und Puncernau/Andorra). Dazu auch *Leipold*, *Erbrecht*, 94 f.

<sup>488</sup> Siehe *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449, 484. Ausführlich zu dieser Entscheidung oben Kapitel 3 – B.III. (341).

<sup>489</sup> Siehe *In Re Hand's Will Trust (Hand v George)* [2017] Ch 449, 473. Siehe auch *Harding*, OJLS 31 (2011), 303, 311 ff.

Mit Blick auf letztere Konstellationen fällt der englische Terminus des *public trust* ins Auge. Doch ist die Bezeichnung als *public trust* letztlich nur ein anderer Ausdruck für einen *charitable trust*.<sup>490</sup> Die Trennung zwischen *public* und *private trust* ist also weder gleichzusetzen mit dem deutschen Verständnis von öffentlichem und privatem Recht,<sup>491</sup> noch mit der Differenzierung zwischen *public* und *private sphere* in den südafrikanischen Entscheidungen. Sie ist eher vergleichbar mit dem Begriffspaar gemeinwohlfördernd und privatnützig.<sup>492</sup> Insbesondere führt die Einordnung als *public trust* in England nicht zu einer strengeren Bindung an Diskriminierungsverbote – eher im Gegenteil. So profitiert der *public trust* bspw. von gewissen Ausnahmeregelungen für *charities*, wonach sonst verbotene Diskriminierungen unter gewissen Voraussetzungen erlaubt werden.<sup>493</sup>

Dass sich die englischen Fälle von der „grundrechtlich“ geprägten deutschen und südafrikanischen Herangehensweise unterscheiden, kann also mit der Konzeption der britischen Verfassung und den beschränkten Wirkungen des *Human Rights Act* in Verbindung gebracht werden. Auch eine Einordnung als *public trust* führt dabei nicht zu einer strengeren Gleichheitsbindung.

#### b) *Anti-Diskriminierungsgesetzgebung in England*

Neben Verfassungskonzeption und *Human Rights Act* muss auch das englische Nichtdiskriminierungsrecht in den Blick genommen werden. Hier beschritt England einen Weg, der sich von der deutschen Entwicklung deutlich unterscheidet. In Deutschland ist primär der Staat an das in der Verfassung niedergelegte Gleichheitsrecht und die Diskriminierungsverbote gebunden. Davon ausgehend wurde und wird diskutiert, inwieweit diese Normen auch Wirkung zwischen Privaten entfalten. Das einfachgesetzliche AGG mit seinem beschränkten (und auch letztwillige Verfügungen nicht umfassenden) Anwendungsbereich trat erst 2006 in Kraft.<sup>494</sup> In England trifft man auf eine andere Herangehensweise. Die Bindung Privater war Ausgangspunkt der nach dem Zweiten Weltkrieg entstandenen Anti-Diskriminierungsgesetze. Erst im Laufe der Zeit dehnte man den Anwendungsbereich grundsätzlicher auf staatliches Handeln aus. Statt einer allgemeinen Diskussion um die Hori-

---

<sup>490</sup> Siehe *Tucker/Le Poidevin/Brightwell*, *Lewin On Trusts*, Ziffer 1-031 („[...] public trusts and charitable trusts may be considered in general as synonymous expressions“). Siehe auch *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, Ziffer 3–001 ff.; *O’Halloran/McGregor-Lowndes/Simon*, *Charity Law & Social Policy*, 114 f.

<sup>491</sup> Zu den anders verlaufenden Trennlinien zwischen private law und public law vgl. *Allison*, *A Continental Distinction in the Common Law*, 1 ff.; *Harlow*, *MLR* 43 (1980), 241, 241. Vgl. auch *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung*, 152 ff. und 180.

<sup>492</sup> Siehe *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung*, 152 f.; *Beynon*, *MLR* 45 (1982), 268, 268.

<sup>493</sup> Siehe bspw. section 193 Equality Act, dazu schon oben Fn. 119 (338).

<sup>494</sup> Vgl. überblicksartig *Sachs/Nußberger*, Art. 3 Rn. 75 und 238.

zontalwirkung von verfassungsrechtlich niedergeschriebenen Diskriminierungsverboten steht das englische Anti-Diskriminierungsrecht in der Tradition bereichsspezifischer Einzelgesetze, die von Anfang an Private in die Pflicht nahmen.<sup>495</sup>

So hat die englische Anti-Diskriminierungsgesetzgebung ihren Ursprung in den 1960er-Jahren.<sup>496</sup> Steigende Einwanderungszahlen und damit zusammenhängende Probleme mit Rassendiskriminierung in der Gesellschaft führten zu entsprechendem Druck auf den Gesetzgeber.<sup>497</sup> Doch zögerte die konservative Regierung zunächst, gesetzgeberische Schritte einzuleiten. Man bedauerte zwar die zu beobachtende Diskriminierung, sah aber im Erlass von Gesetzen keine effektive Lösung des Problems.<sup>498</sup> Dies deckt sich mit den zitierten Aussagen in der 1965 ergangenen Entscheidung *In Re Lysaght* und dem dennoch abgelehnten Verstoß gegen die *public policy*.<sup>499</sup> Die Machtübernahme der Labour-Regierung im Jahr 1964 ebnete dann den Weg für den *Race Relations Act*, der 1965 in Kraft trat.<sup>500</sup> Es folgten der *Race Relations Act 1968*, der *Equal Pay Act 1970*, der *Sex Discrimination Act 1975*, der *Race Relations Act 1976* und der *Disability Discrimination Act 1995*.<sup>501</sup> Stets sahen die Gesetze die Bindung Privater vor. Sie betrafen aber jeweils nur einzelne Differenzierungsmerkmale und waren beschränkt auf bestimmte Bereiche wie Beschäftigungsverhältnisse, Dienstleistungen, Wohnen, Bildung etc.<sup>502</sup> Es entwickelte sich eine fragmentierte Landschaft einzelner Gesetze („history of bits and pieces“).<sup>503</sup> In den 2000er-Jahren erfolgte dann die Umsetzung der europäischen Anti-Diskriminierungsrichtlinien<sup>504</sup> und 2010 wurden die bisherigen Einzelgesetze im Bestreben, das Recht zu harmonisieren, in ein einziges Gesetz überführt, den *Equality Act*.<sup>505</sup> Doch selbst hier schreckte man aus Angst, dies könnte zu vermehrten und ausufernden Verfahren vor den Gerich-

---

<sup>495</sup> Siehe *Fredman*, *Discrimination Law*, 109 f. und 143 sowie 148 ff.; *Bell*, in: *Non-Discrimination in European Private Law*, 209, 210 f.; *Hepple*, *Equality*, 11 ff.

<sup>496</sup> Siehe *Bell*, in: *Non-Discrimination in European Private Law*, 209, 209 f.

<sup>497</sup> Siehe *Hepple*, *Equality*, 11. Siehe auch *Hamilton*, *Washburn LJ 8* (1969), 167, 167 ff.; *Dickey*, *NYLF 14* (1968), 9, 9 f.

<sup>498</sup> Siehe *Dickey*, *NYLF 14* (1968), 9, 11.

<sup>499</sup> Siehe oben Kapitel 3 – B.I.2.a) (334).

<sup>500</sup> Siehe *Dickey*, *NYLF 14* (1968), 9, 12 ff. 1962 war schon der *Commonwealth Immigrants Act* in Kraft getreten, der aber mehr zum Ziel hatte, die Einwanderung zu beschränken, als Diskriminierungen zu unterbinden. Vgl. dazu *Hamilton*, *Washburn LJ 8* (1969), 167, 169 ff.; *Hepple*, *Equality*, 11.

<sup>501</sup> Ausführlich *Hepple*, *Equality*, 11 ff.

<sup>502</sup> Siehe *Fredman*, *Discrimination Law*, 151; *Hepple*, *Equality*, 11 ff.

<sup>503</sup> Siehe *Hepple*, *Equality*, 214 und 219; *Bell*, in: *Non-Discrimination in European Private Law*, 209, 210 ff.

<sup>504</sup> Dazu *Hepple*, *Equality*, 14.

<sup>505</sup> Dazu (auch mit gewisser Kritik an der Umsetzung) *Bell*, in: *Non-Discrimination in European Private Law*, 209, 213 ff.

ten führen, vor der Verankerung eines allgemeinen Prinzips oder Leitgedankens zurück.<sup>506</sup> Wo der *Equality Act* also bspw. eine Differenzierung nach der Hautfarbe bei *charities* verbietet, gilt dieses Verbot nicht auch für Differenzierungen nach Geschlecht, Religion oder ähnlichen Merkmalen – obwohl diese vom Gesetz grundsätzlich zu den schützenswerten Merkmalen gezählt werden.<sup>507</sup> Es zeigen sich eine gewisse Skepsis gegenüber allgemeinen Prinzipien und der Vorrang, den man dem parlamentarischen Willen einräumt.<sup>508</sup>

Dass man in den englischen Entscheidungen zu *charitable trusts* zögerte, im Rahmen der *public policy* prinzipielle Erörterungen zu Gleichheit und Diskriminierung anzustellen und stattdessen bspw. in der Entscheidung *In Re Harding* auf die spezifische Norm des *Race Relations Act* zurückgriff, deckt sich also gewissermaßen auch mit der Entwicklungsgeschichte des Antidiskriminierungsrechts in England.

### c) Die englische Einstellung gegenüber dem Instrument der *public policy*

Schließlich muss auch an dieser Stelle auf die schon erörterte Zurückhaltung englischer Richter gegenüber dem Instrument der *public policy* eingegangen werden.<sup>509</sup> *Buckley J* erkannte in der Entscheidung *In Re Lysaght* zwar an, dass Diskriminierung nach Rasse und Religion gesellschaftlich abgelehnt wird und verwies auf den damals gerade das Gesetzgebungsverfahren durchlaufenden *Race Relations Act*. Die Annahme eines Verstoßes gegen die *public policy* hielt er dennoch für zu hoch gegriffen.<sup>510</sup> Und *Lewis J* wies in der Entscheidung *In Re Harding* den Vorwurf eines Verstoßes gegen die *public policy* mit dem Argument zurück, es gebe in früheren Entscheidungen keine Anzeichen einer solchen *public policy*.<sup>511</sup> Auch in diesen Fällen zeigt sich somit die traditionelle Zurückhaltung englischer Richter gegenüber dem Instrument der *public policy*.<sup>512</sup> Zudem wird deutlich, wie auch der Grundsatz des *stare decisis* die konkrete Entscheidungspraxis prägt. Losgelöst von Präzedenzfällen im Rahmen der *public policy* neue Leitlinien zur Handhabung von Diskriminierungsverboten aufzustellen, entspricht eher weniger dem Wesen der praxis- und einzelfallorientierten englischen Rechtsordnung.<sup>513</sup>

Die englische Vorgehensweise und Argumentation in den betrachteten Fällen letztwilliger Diskriminierung ist somit im Kontext von britischem Verfas-

---

<sup>506</sup> *Hepple*, *Equality*, 17.

<sup>507</sup> Vgl. section 193 (4) sowie section 4 *Equality Act* 2010.

<sup>508</sup> Vgl. *Hepple*, *Equality*, 219.

<sup>509</sup> Dazu ausführlich oben Kapitel 2 – D.IV.3. (270).

<sup>510</sup> *In Re Lysaght* [1966] Ch 191, 206.

<sup>511</sup> *In Re Harding* [2008] Ch 235, 242.

<sup>512</sup> Mit Blick auf hiesige Fälle siehe *Harding*, *CJCL* 2 (2016), 227, 230.

<sup>513</sup> Vgl. *Hepple*, *Equality*, 219. Vgl. zum practical instinct im englischen Recht *Denning*, *CBR* 29 (1951), 1180, 1194 f. Vgl. auch oben Kapitel 2 – D.IV.3. (270).

sungsverständnis, einem mitunter beschränkten Anwendungsbereich englischer Anti-Diskriminierungsnormen sowie der allgemeinen Zurückhaltung englischer Richter gegenüber dem Instrument der *public policy* zu sehen.

#### IV. Vergleichendes Fazit

Wenngleich die Problematik letztwilliger Diskriminierung allen drei Rechtsordnungen geläufig ist, bestehen doch teils erhebliche Unterschiede – sowohl hinsichtlich Ausmaß und Sichtbarkeit des Diskurses, als auch mit Blick auf die rechtliche Würdigung. In Südafrika zählen die Fälle diskriminierender *charitable trusts* wohl zu den bekanntesten Fällen an der Schnittstelle zwischen *trust law* und Erbrecht. In England ist die Sichtbarkeit solcher Konstellationen schon deutlich geringer und in Deutschland wird Fällen, in denen der Erblasser sein Vermögen gemeinwohlbezogenen Zwecken verschreibt und dabei nach verpönten Merkmalen differenziert, kaum gesonderte Aufmerksamkeit zuteil. Bei der Suche nach den Hintergründen für die unterschiedliche Zahl und Sichtbarkeit dieser Fälle ist die historische Entwicklung privater Gemeinwohlförderung und deren staatliche Kontrolle zu beachten.

In Deutschland haben die Stiftungsbehörden aus historischen Gründen großen Einfluss auf den Entstehungsprozess und die laufende Kontrolle der Stiftungen. Die Stiftungsbehörden fungieren gewissermaßen als Filter für Problemfälle, die dann dementsprechend nicht vor Gericht und in die Entscheidungssammlungen gelangen. Es ist davon auszugehen, dass dies auch für diskriminierende Satzungen gilt. Dass insbesondere bei Stiftungen von Todes wegen weniger Gerichtsentscheidungen zu verzeichnen sind, mag auch mit gewissen Nachteilen der letztwilligen Stiftungserrichtung zusammenhängen. Zudem sind die gerichtlich durchsetzbaren subjektiven Rechte der Beteiligten in Deutschland schwächer ausgestaltet als in England und Südafrika. Auch die englische *Charity Commission* hat insbesondere in jüngerer Zeit verstärkte Regelungs- und Änderungskompetenzen erhalten. So ist die *Charity Commission* nun befugt, auch ohne Beteiligung des Gerichts die *cy-près*-Doktrin zur Anwendung zu bringen. Auch dies bedeutet wohl einen gewissen Filter für problematische Fälle wie die hiesigen. In Südafrika gibt es keine vergleichbare Institution und entsprechende Änderungen in den Bestimmungen eines *charitable trust* müssen auf gerichtlichem Wege erwirkt werden. Somit liegt es nahe, dass dort mehr Gerichtsentscheidungen anzutreffen sind. Von Bedeutung ist aber auch, dass für den *charitable trust* in England und Südafrika nicht nur steuerliche Vergünstigungen, sondern teilweise auch andere zivilrechtliche Regelungen gelten. Für deutsche Rechtsformen wie die Stiftung oder den Verein sind die zivilrechtlichen Anforderungen und Regeln unabhängig von der Einordnung als privatnützig oder gemeinwohlfördernd. Gemeinnützigkeit ist in Deutschland grundsätzlich eine rein steuerrechtliche Kategorie. Auch dies trägt womöglich dazu bei, dass eine eigenständige Erör-

terung gemeinwohlbezogener letztwilliger Verfügungen in der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur nicht stattfindet.

Die abweichenden Entscheidungszahlen sowie die unterschiedliche Stellung der Problematik im rechtlichen Diskurs können für gemeinwohlfördernde letztwillige Verfügungen also mit der Ausgestaltung staatlicher Kontrolle, der Gewährung subjektiver Rechte und der Existenz von Gemeinwohlförderung als zivilrechtlicher Kategorie in Verbindung gebracht werden. Diskriminierende *trusts* im Bildungsbereich treffen in Südafrika allerdings auch einen historisch vorbelasteten Nerv, was diesen Fällen sicherlich zusätzliche Bedeutung und Sichtbarkeit verschafft.

Richtet man den Blick sodann auf die rechtliche Würdigung, so waren bei Fällen in der rein privaten Sphäre bis vor Kurzem rechtsordnungsübergreifende Gemeinsamkeiten zu beobachten. Hier war die Testierfreiheit argumentativer Dreh- und Angelpunkt. Man fürchtete eine Aushöhlung der Testierfreiheit durch Gleichheits- und Diskriminierungserwägungen, betonte die unterschiedliche Gleichheitsbindung von Staat und Privatperson und schien sich – allenfalls mit Ausnahme gezielter Würdeverletzungen – zu einem Bereich privater Gestaltungsfreiheit zu bekennen, der auch die Befugnis zu willkürlicher Differenzierung umfassen sollte.

Einen anderen Umgang pflegte die englische und südafrikanische Rechtsprechung dagegen im Bereich der Gemeinwohlförderung mit *charitable trusts*. Wenn englische Gerichte diskriminierende Kriterien aus den *trusts* strichen, geschah dies aber kaum auf Basis einer offenen Auseinandersetzung mit der diskriminierenden Wirkung. Mit einer Anpassung im Wege der *cypres*-Doktrin wollte man bspw. verhindern, dass der *trust* am Widerstand der *trustees* gegenüber den Auswahlkriterien letztlich scheitern und die Allgemeinheit des Beitrags zum Gemeinwohl verlustig gehen würde. Eine gleichheitsrechtliche Kontrolle im Wege der *public policy* betrachtete man mit Skepsis. Die englische Anti-Diskriminierungsgesetzgebung sieht für *charities* sogar Ausnahmen von den Diskriminierungsverboten vor. Anders in Südafrika: Dort setzte man sich seit dem Ende der Apartheid umso intensiver mit diskriminierenden Bestimmungen in *charitable trusts* auseinander – auch im Rahmen der *public policy*. War eine öffentliche Institution mit der Auswahl der Begünstigten betraut, verortete man den *trust* in der öffentlichen Sphäre, was zur Folge hatte, dass er in verschärftem Maß an den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten gemessen wurde.

Inzwischen hat der südafrikanische *Constitutional Court* das Gewicht der Diskriminierungsverbote im Spannungsfeld mit der Testierfreiheit weiter gestärkt. Nachdem sich das Gericht nun gegen die klare Trennung zwischen privater und öffentlicher Sphäre ausgesprochen hat, können auch rein private letztwillige Verfügungen einer strengeren Diskriminierungskontrolle unterworfen werden. Einen der verfassungsrechtlichen Kontrolle weitgehend entzogenen Bereich privater Willkür wollten die Richter nicht anerkennen, da

dies den Geltungsanspruch der Verfassung und das Streben nach einer egalitäreren Gesellschaft untergrabe. Damit scheint sich die südafrikanische Rechtsprechung vorerst von einer klaren Präponderanz der Testierfreiheit in der privaten Sphäre verabschiedet zu haben und schlägt damit einen anderen Weg ein als deutsche und englische Gerichte.

Die Unterschiede in der rechtlichen Würdigung und insbesondere auch die Entwicklungen in Südafrika sind vor dem Hintergrund von Verfassungsverständnis, der Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote, dem einfachgesetzlichen Nichtdiskriminierungsrecht sowie der gesellschaftlichen Realitäten zu sehen. Die in Reaktion auf die Apartheid entstandene südafrikanische Verfassung strebt nach gesellschaftlichem Wandel und ist damit das Fundament des südafrikanischen *transformative constitutionalism*. Die *Bill of Rights* sieht explizit die Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote vor, verbunden mit einer Beweislastumkehr zugunsten des Diskriminierungsopfers. Auch der einfachgesetzliche *Equality Act* ist entsprechend weit gefasst. Im deutschen Grundgesetz ist dagegen eine Privatrechtswirkung des Art. 3 GG nicht normiert. Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf private Rechtsbeziehungen hält das BVerfG nur in spezifischen Konstellationen für geboten. Die Frage nach der Privatrechtswirkung der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverbote bleibt bislang höchstrichterlich unbeantwortet. Allerdings zielt das deutsche Grundgesetz insgesamt weniger auf gesellschaftlichen Wandel als die südafrikanische Verfassung. Die Art und Weise, wie die Grundrechte zwar über ihre reine Abwehrfunktion gegen den Staat hinausgeführt, gleichzeitig aber durch Dogmatik und System in kontrollierten Bahnen geführt werden, kann man als *value formalism* bezeichnen. Das Bild wird noch dadurch ergänzt, dass auch das deutsche AGG einen recht beschränkten Anwendungsbereich besitzt und eine Bereichsausnahme für Familien- und Erbrecht normiert. So wird in gewisser Weise verständlich, warum die deutsche Rechtsprechung in Fällen letztwilliger Diskriminierung eine Drittwirkung des Art. 3 GG eher restriktiv handhabt und die Testierfreiheit betont. Aber auch in England übt die Rechtsprechung grundsätzlich Zurückhaltung gegenüber einer Beschränkung der Testierfreiheit durch Gleichheitserwägungen. Die „ungeschriebene“ britische Verfassung enthält keinen Grundrechtskatalog. Dementsprechend existiert auch keine Diskussion um eine allgemeine Horizontalwirkung von Verfassungsrecht in Privatrechtsbeziehungen. Die in dieser Hinsicht liberale Grundkonzeption der britischen Verfassung steht in Zusammenhang mit dem für England bestimmenden Grundsatz der *parliamentary sovereignty*. Der *Human Rights Act* verankert nun zwar Rechte und Freiheiten der EMRK im englischen Recht, scheint aber für die hier betrachteten Fälle eher von geringem Einfluss zu sein. Einer stärkeren gleichheitsrechtlichen Kontrolle stehen auch die von der Idee der Gewaltenteilung geprägte Skepsis gegenüber der *public policy*, der Grundsatz der *stare decisis*, das bereichsspezifisch ausgestaltete Nichtdiskri-

minierungsrecht und im Falle eines *charitable trust* auch die traditionell fördernde Haltung gegenüber *charities* entgegen.

Doch können Konzeption und Ausgestaltung der jeweiligen Verfassung und des einfachgesetzlichen Nichtdiskriminierungsrechts die unterschiedliche Durchsetzungskraft der Diskriminierungsverbote gegenüber der Testierfreiheit allein nicht hinreichend erklären. In Südafrika sind Abwägung und Argumentation geprägt vom Streben nach gesellschaftlicher Veränderung, insbesondere nach Beseitigung jener Ungleichheiten, die auf die Apartheid zurückgehen. Hier wird *transformative constitutionalism* greifbar. Man betont die ungleiche Verteilung von Bildungschancen und Vermögen und dementsprechend das Streben nach *substantive equality* und *ubuntu*. Entscheidungen über letztwillige Diskriminierung ergingen also in einem rechts- und gesellschaftspolitischen Kontext, in dem Gleichheit und Diskriminierungsverbote als Motor des gesellschaftlichen Wandels zur Überwindung der Apartheid-Vergangenheit gesehen werden. Deutsche und englische Gerichte operierten vor keinem damit vergleichbaren Hintergrund.

Die Frage, ob der unterschiedliche Umgang mit letztwilliger Diskriminierung maßgeblich durch einen spezifisch nationalen Blick auf die kollidierenden Werte und Rechtspositionen in Gestalt von Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten geprägt ist, erfordert letztlich eine differenzierte Antwort. Unterschiede in den Entscheidungszahlen und in der Sichtbarkeit der Thematik lassen sich zumindest mit Blick auf gemeinwohlfördernde letztwillige Verfügungen zunächst auf historische Entwicklungen, staatliche Kontrollstrukturen sowie eine abweichende Gewährung klagbarer Rechte in diesem Bereich zurückführen. Unterschiede in der rechtlichen Würdigung und Argumentation können auf das jeweilige Verfassungsverständnis, den Horizontalwirkungsmodus der Diskriminierungsverbote und die Ausgestaltung des einfachgesetzlichen Nichtdiskriminierungsrechts gestützt werden. Doch sind letztere Strukturen keinesfalls rein konzeptioneller oder gar zufälliger Art. Dies zeigt sich gerade auch anhand der inhaltlichen Argumentation. Der Blick auf Gleichheit und Diskriminierungsverbote wird in Südafrika geprägt vom gesellschaftlichen Streben nach Gleichberechtigung und der entschiedenen Abkehr von der Apartheid-Vergangenheit des Landes, unter der die große Mehrheit der Bevölkerung zu leiden hatte. Dieser Kontext verschafft den Diskriminierungsverboten besondere Strahl- und Durchschlagskraft – auch gegenüber der Testierfreiheit.

## E. Kritische Würdigung des deutschen Rechts

Vor dem Hintergrund der vergleichenden Analyse sowie der jüngeren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Privatrechtswirkung des Art. 3 GG

soll nun ein Lösungsvorschlag für das Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten im deutschen Recht entwickelt werden.

### I. Horizontalwirkungsmodus des Art. 3 GG im Erbrecht

Beschäftigt man sich im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB mit Fällen letztwilliger Diskriminierung, so drängt sich die Frage auf, ob und in welchem Maß Art. 3 GG im Privatrecht – und insbesondere im Erbrecht – Wirkung entfaltet.<sup>514</sup> Die verschiedenen Ansichten lassen sich anhand der von *Michael Grünberger* beschriebenen Modelle für den Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit illustrieren.<sup>515</sup> Dazu zählt zunächst das „Vorrangmodell“, in dessen Rahmen von der Präponderanz der Freiheit ausgegangen wird. Danach implizieren die Freiheitsrechte, dass Gleichheitsrechte im Privatrecht grundsätzlich nicht gelten.<sup>516</sup> Einige Stimmen nehmen dies auch für die Diskriminierungsverbote an.<sup>517</sup> Das „Tatbestandsmodell“ zielt dagegen auf eine Lösung des Konflikts von Freiheit und Gleichheit auf Tatbestandsebene. Gleichbehandlungsanspruch und Diskriminierungsverbote sind dabei nur unter gewissen Voraussetzungen bzw. in bestimmten Konstellationen anwendbar. Indem man dadurch so etwas wie einen sachlichen Anwendungsbereich für Gleichheitsrechte im Privatrecht definiert, sichert man den Vorrang der Freiheit in allen übrigen Konstellationen.<sup>518</sup> Als drittes Modell wird ein „Rechtfertigungsmodell“ für Ungleichbehandlungen unter Privaten beschrieben. Ein Rechtfertigungskontinuum sorgt dafür, dass die Kontrolldichte je nach Regelungsbereich und Differenzierungsmerkmal unterschiedlich ausfällt. Dabei werden in Anlehnung an die Binnenstruktur des Art. 3 GG bei Berührung der Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG höhere Anforderungen an den darzulegenden sachlichen Grund gestellt, als dies mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG der Fall ist.<sup>519</sup>

Für das Erbrecht besteht Einigkeit, dass die Testierfreiheit keinen Beschränkungen durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

---

<sup>514</sup> Denn nach st. Rspr. kommt den Grundrechten gerade auch bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln maßgebliche Bedeutung zu, siehe u. a. BVerfG, NJW 1958, 257, 257 (Lüth); BVerfG, NJW 1994, 36, 38 (Angehörigenbürgerschaft); BVerfG, NJW 2004, 2008, 2009 (Hohenzollern).

<sup>515</sup> Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 807 ff., Vgl. auch *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104, 1106.

<sup>516</sup> Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 810 ff.

<sup>517</sup> So bspw. *Maunz/Dürig/Langefeld*, Art. 3 Abs. 3 Rn. 83 ff.; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz, 183 ff.

<sup>518</sup> Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 816 ff. In diesem Sinne bspw. *BeckOK GG/Kischel*, Art. 3 Rn. 210. Siehe auch *Dreier/Heun*, Art. 3 Rn. 139.

<sup>519</sup> So vertreten von *Grünberger*, Personale Gleichheit, 823 ff. Siehe auch *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104, 1106 f.

unterworfen ist.<sup>520</sup> Und auch *Grünberger*, der von einer grundsätzlichen Rechtfertigungspflicht für privatrechtliche Ungleichbehandlungen ausgeht, sieht – zumindest solange keine speziellen Diskriminierungsverbote tangiert sind – im pauschalen Verweis auf die Testierfreiheit einen ausreichenden sachlichen Grund.<sup>521</sup> Dem ist zuzustimmen. Abgesehen von bestimmten Ausnahmekonstellationen erscheint es allerdings auch nicht angezeigt, die Testierfreiheit durch die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG zu beschränken. Dies bedeutet nicht, dass im Sinne eines absoluten Vorrangs der Privatautonomie argumentiert werden soll. Dies scheint angesichts der Rechtsprechung des BGH selbst für das Erbrecht nicht mehr haltbar.<sup>522</sup> Vielmehr kann sich auch ein liberales Verständnis der Testierfreiheit in moderne Konzeptionen einer Horizontalwirkung von Art. 3 GG einfügen. Damit stellt sich die Frage, ob die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG im Erbrecht mittels eines Rechtfertigungs- oder mittels eines Tatbestandsmodells zur Geltung zu bringen ist.

Für ein Rechtfertigungsmodell plädiert *Grünberger*.<sup>523</sup> Die Horizontalwirkung selbst unterläge dann keinen Voraussetzungen mehr. Differenziert ein Erblasser nach einem in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmal, müsste die Anknüpfung an das Diskriminierungsmerkmal durch einen davon zu trennenden sachlichen Grund getragen sein (der Verweis auf die Testierfreiheit würde nicht mehr genügen). Der Erblasser müsste also die mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele offen legen. Die Rechtfertigung würde im Wege der Verhältnismäßigkeit erfolgen.<sup>524</sup>

Allerdings stehen privaten Akteuren – anders als dem Staat – Freiheitsrechte zu, weswegen nicht die gleichen Rechtfertigungsanforderungen gelten können.<sup>525</sup> Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung erbrechtlicher Spezifika erscheint es gerade in erbrechtlichen Konstellationen angezeigt, einer Horizontalwirkung im Wege eines Tatbestandsmodells den Vorzug zu geben.

### *I. Der Vergleich mit England und Südafrika*

In England stellt sich die Frage nach Art und Weise der Horizontalwirkung nicht in gleicher Weise. Letztlich ist die Beschränkung der Testierfreiheit

---

<sup>520</sup> Vgl. dazu schon oben Kapitel 3 – A.I. (321).

<sup>521</sup> Siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit, 510.

<sup>522</sup> Vgl. zur Position der Rechtsprechung und den Stimmen aus dem deutschen Schrifttum oben Kapitel 3 – A.II. (322).

<sup>523</sup> Siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit, 823 ff.; *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104, 1106.

<sup>524</sup> *Grünberger*, Personale Gleichheit, 510.

<sup>525</sup> Dies sieht auch *Grünberger* so, *Grünberger*, Personale Gleichheit, 826; *Grünberger*, Stadionverbots-Beschluss, VerfBlog 1.5.2018, unter Punkt 2.

durch Diskriminierungsverbote aber eine begründungsbedürftige Ausnahme. Eine letztwillige Verfügung wird in der Regel nur beanstandet, wenn ein gesetzliches Diskriminierungsverbot den konkreten Fall erfasst.<sup>526</sup>

Blickt man dagegen auf Südafrika, so ist festzustellen, dass die Diskriminierungsverbote dort im Wege eines Rechtfertigungsmodells zur Geltung gebracht werden. Die Gerichte nehmen eine Rechtfertigungsprüfung vor, bei der Testierfreiheit und Gleichheitsrecht gegeneinander abgewogen werden.<sup>527</sup> Die Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote über ein solches Rechtfertigungskontinuum zu bewerkstelligen, wäre grundsätzlich auch für Art. 3 Abs. 3 GG denkbar. Allerdings unterscheiden sich die südafrikanische Rechtslage und der dortige gesellschaftliche Kontext in einigen Punkten deutlich von den deutschen Gegebenheiten. Schon die Normtexte sind unterschiedlich ausgestaltet. Die südafrikanische Verfassung und der weit gefasste *Equality Act* binden explizit Private an die Diskriminierungsverbote und sehen eine Beweislastumkehr zugunsten des Diskriminierungsopfers vor.<sup>528</sup> Danach wird vermutet, dass die Diskriminierung ungerechtfertigt war, sofern der Differenzierende nicht das Gegenteil darlegen kann. Das Grundgesetz sieht dagegen eine Bindung Privater an die Diskriminierungsverbote nicht explizit vor und regelt dementsprechend auch keine Beweislastumkehr. Das AGG bürdet dem Differenzierenden zwar bei Vorliegen ausreichender Indizien für eine Benachteiligung die Beweislast auf (§ 22 AGG). Doch ist der Anwendungsbereich des AGG beschränkt und erfasst insbesondere keine erbrechtlichen Konstellationen (§ 19 Abs. 4 AGG). Bedingt durch den historischen und gesellschaftlichen Kontext bietet die südafrikanische Rechtsordnung wohl auch insgesamt einen größeren Resonanzraum für gleichheitsrechtliche Freiheitsbeschränkungen. Das südafrikanische Recht trägt mit Blick auf die Grundsätze der Gleichheit und Nichtdiskriminierung deutlich stärkere transformative Züge als das deutsche Recht.<sup>529</sup>

Die genannten Unterschiede schließen Südafrika als Inspirationsquelle für die deutsche Drittwirkungsdiskussion zwar nicht aus. Doch verdeutlichen sie, dass unterschiedliche gesellschaftliche und rechtliche Kontexte auch unterschiedliche Herangehensweisen in Sachen Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote rechtfertigen können. Der Rechtsvergleich ist somit für die Entscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Tatbestandsmodell wenig ergiebig.

---

<sup>526</sup> Vgl. oben Kapitel 3 – B. (332).

<sup>527</sup> Vgl. bspw. *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd* 2006 (4) SA 205 (C) 222 ff.; *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 542 ff. und nun auch *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 76 ff. und 123 ff.

<sup>528</sup> Siehe section 9 (4) und 9 (5) der Verfassung sowie section 5 (1), 6 und 13 *Equality Act*. Siehe dazu auch oben Kapitel 3 – D.III.1.a) (385).

<sup>529</sup> Vgl. dazu oben Kapitel 3 – D.III.1. (385).

## 2. Das Verhältnis zwischen Erblasser und „benachteiligter“ Person

Es gibt jedoch gewichtige Argumente gegen eine grundsätzliche Rechtfertigungspflicht des Erblassers, die aus dem Verhältnis zwischen Erblasser und der von ihm „benachteiligten“ Person folgen.

So hat niemand einen Anspruch darauf, durch den Erblasser testamentarisch bedacht zu werden.<sup>530</sup> Kraft der Testierfreiheit ist der Erblasser in der Auswahl seiner Vermögensnachfolger grundsätzlich frei.<sup>531</sup> Selbst die nächsten Angehörigen haben kein Recht darauf, Erbe oder Vermächtnisnehmer zu werden. Zwar sichert das Pflichtteilsrecht den nächsten Angehörigen einen schuldrechtlich ausgestalteten Mindestanteil am Nachlass, der mittelbar auch geeignet ist, Benachteiligungen nach verpönten Merkmalen abzumildern.<sup>532</sup> Darüber hinaus sind Erwartungen potentieller Zuwendungsempfänger aber nicht geschützt.<sup>533</sup> Übergeht also der Erblasser eine Person in seiner letztwilligen Verfügung, so stellt dies keinen Eingriff in ein bestehendes Recht dar.<sup>534</sup>

Man muss also nach einem anderen Ansatzpunkt in der Rechtssphäre der übergangenen Person suchen. Bei letztwilligen Bedingungen lässt sich die Sittenwidrigkeit auf eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (bspw. Eheschließungs- oder Religionsfreiheit) stützen.<sup>535</sup> Für letztwillige Diskriminierungen könnte man erwägen, ob die Anknüpfung der Benachteiligung an ein verpöntes Merkmal die Person in ihrem Anspruch tangiert, als „gleiche Person“ behandelt zu werden. *Grünberger* bringt dies – auch für das Verhältnis Erbe und Erblasser – in Verbindung mit der Erwartung privater Akteure, in vergleichbaren Sachverhalten gleich behandelt zu werden.<sup>536</sup>

---

<sup>530</sup> Siehe BeckOGK/*Preuß*, § 1922 BGB Rn. 30; *Leipold*, Erbrecht, 91 f.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 396.

<sup>531</sup> Aus der Rspr. BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010 (Hohenzollern); BVerfG, FamRZ 2000, 945, 946 (Leiningen). Siehe auch *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 149; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 Rn. 686; *Hohloch*, JuS 1999, 607, 607.

<sup>532</sup> Dazu *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 417. Vgl. auch *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 162 f. („Mindestschutz“); *Mertens*, Entstehung, 88 („Das Pflichtteilsrecht stellt somit einen Kompromiß zwischen den widerstreitenden Ideen der Freiheit und Gleichheit dar“); *Staudinger/Otte*, Einl. §§ 2303 ff. Rn. 24.

<sup>533</sup> Vgl. *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 417. Vgl. aus Südafrika auch *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 242.

<sup>534</sup> Siehe BeckOGK/*Preuß*, § 1922 BGB Rn. 30; *Leipold*, Erbrecht, 92. Dies wird selbst in der südafrikanischen Literatur und Rechtsprechung betont, siehe *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 6; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 241; *Corbett/Hofmeyr/Kahn*, The Law of Succession in South Africa, 48; *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 544 und auch *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 144.

<sup>535</sup> Siehe dazu oben Kapitel 2 – E.I.1.d) (292).

<sup>536</sup> *Grünberger*, Personale Gleichheit, 524 f. Jede Person habe einen Anspruch, als Gleiche behandelt zu werden. Dieser Anspruch sei moralisch begründet und verfassungsrechtlich verankert (52 ff.). Dies bedeute aber zunächst nur einen Anspruch auf Rechtferti-

Eine solche Erwartung wird im Erbrecht aber gerade nicht geschützt.<sup>537</sup> Die Errichtung eines Testaments ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und die darin vorgesehenen Zuwendungen erfolgen unentgeltlich.<sup>538</sup> Man kann die Frage stellen, wieso eine vom Erblasser nicht bedachte Person vom Erblasser fordern können soll, an der Verteilung seines Vermögens teilzuhaben.<sup>539</sup> Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, vor persönlichen Enttäuschungen zu schützen und private Freigebigkeit einem grundsätzlichen Gerechtigkeitsmaßstab zu unterwerfen.<sup>540</sup> Das staatliche Neutralitätsgebot gilt für private Akteure gerade nicht.<sup>541</sup>

Bei Schenkungen ist eine derartige Diskussion (berechtigterweise) nicht zu finden. Es erscheint wenig einleuchtend, für unentgeltliche freigebige Zuwendungen unterschiedliche Maßstäbe anzulegen, je nachdem ob sie lebzeitig erfolgen oder letztwillig angeordnet werden.<sup>542</sup> Und gerade die Entscheidung des Erblassers über das Schicksal des Vermögens für die Zeit nach dem eigenen Tod ist ein wichtiger Teil persönlicher Selbstbestimmung.<sup>543</sup> Die südafrikanische Rechtsprechung verankert den Respekt für den letzten Willen sogar in der Menschenwürde.<sup>544</sup> Und obwohl das BVerfG so weit nicht zu gehen scheint, betont es ebenfalls die Testierfreiheit als wichtigen Aspekt persönlicher Freiheit:

„Ausgangspunkt ist die Testierfreiheit als bestimmendes Element der von Art. 14 I 1 GG geschützten Erbrechtsgarantie. Sie ist als Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus eng mit der Garantie des Eigentums verknüpft und genießt wie diese als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit besonders ausgeprägten Schutz. Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu re-

---

gung der Ungleichbehandlung. Erst wenn diese misslinge, folge daraus ein Anspruch auf gleiche Behandlung (55 und 802).

<sup>537</sup> Vgl. BeckOGK/*Preuß*, § 1922 BGB Rn. 30.1 und bspw. auch *De Waal/Schoeman-Malan*, Law of Succession, 6.

<sup>538</sup> Mit dem Argument der Unentgeltlichkeit *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 418; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 149 und 163; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 395 f.

<sup>539</sup> Ähnlich *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 163.

<sup>540</sup> Vgl. aus Südafrika *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 544 (1. Instanz).

<sup>541</sup> Siehe Maunz/Dürig/*Langenfeld*, Art. 3 Abs. 3 Rn. 85; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz, 203 ff.

<sup>542</sup> Vgl. aus der südafrikanischen Rspr. *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 544 (1. Instanz). Vgl. auch *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 418; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 163.

<sup>543</sup> Siehe *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 418 („Kernbereich der menschlichen Persönlichkeit“). Nicht auf erbrechtliche Konstellationen beschränkt vgl. BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 210 („Kern der verfassungsrechtlich geschützten Individualität“).

<sup>544</sup> Siehe *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA) 243. Siehe auch *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 545; *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 64 ff.

geln. Insbesondere ist der Erblasser nicht von Verfassungen wegen zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen. Die Testierfreiheit umfasst auch die Freiheit, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen.<sup>545</sup>

### 3. Die Probleme einer Rechtfertigungspflicht

Nun hat das BVerfG – wie schon erwähnt wurde – bislang offen gelassen, ob sich aus Art. 3 Abs. 3 GG „strengere Bindungen“ im Privatrechtsverkehr ergeben, als dies für Art. 3 Abs. 1 GG angenommen wird.<sup>546</sup> Doch formuliert der BGH im Hohenzollern-Beschluss:

„Selbst wenn der Erblasser eine willkürliche Differenzierung vornimmt, kann dies Ausdruck seiner Testierfreiheit sein. Deshalb kann eine den Differenzierungsverboten des Art. 3 III GG widerstrebende letztwillige Verfügung im Lichte der Testierfreiheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sittenwidrig sein.“<sup>547</sup>

Würde man für eine nach verpönten Merkmalen differenzierende letztwillige Verfügung stets einen inhaltlich-sachlichen Grund fordern, so könnte dies aber genau das Gegenteil bewirken: Kann ein sachlicher Grund für die Differenzierung nicht vorgebracht werden, wäre die Verfügung unwirksam. Eine letztwillige Verfügung wäre also selbst dann unwirksam, wenn der Erblasser zwar einen sachlichen Grund für die Differenzierung hatte, dieser aber weder aus dem Testament noch aus den Umständen ersichtlich ist. Der verstorbene Erblasser kann sich zu seiner Verfügung nicht mehr erklären. Man würde jedem Erblasser auferlegen, letztwillige Verfügungen mit Berührung zu Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG ausführlich begründen zu müssen, um sie vor der Unwirksamkeit zu bewahren.<sup>548</sup> Dies erscheint weder sachgerecht noch praxistauglich und würde letztlich der Bedeutung der Testierfreiheit nicht gerecht werden. Dass dies nicht gewollt ist, wird auch durch die BGH-Rechtsprechung zum sog. Behindertentestament gestützt. In den eng begrenzten Ausnahmefällen, in denen einer letztwilligen Verfügung aufgrund übergeordneter Wertungen die Wirksamkeit versagt werden könne, müsse stets die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht etwa dessen Rechtfertigung konkret begründet werden, so der BGH.<sup>549</sup>

---

<sup>545</sup> BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010 (Hohenzollern). Siehe auch BVerfG, FamRZ 2000, 945, 946 (Leiningen).

<sup>546</sup> Siehe BVerfG, NJW 2019, 3769, 3770. Vgl. kritisch aus der Literatur Maunz/Dürig/Langenfeld, Art. 3 Abs. 3 Rn. 81; BeckOK GG/Kischel, Art. 3 Rn. 210.

<sup>547</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569.

<sup>548</sup> Vgl. kritisch hierzu die südafrikanische Entscheidung *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 544 (1. Instanz).

<sup>549</sup> BGH, NJW 2020, 58, 59. Anders für Südafrika *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 129 ff.

Diese Erwägungen sprechen gegen ein Rechtfertigungsmodell und dafür, eine Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG in erbrechtlichen Fällen allenfalls in bestimmten Ausnahmekonstellationen und damit im Wege eines Tatbestandsmodells anzunehmen.

## II. Letztwillige Diskriminierung und Tatbestandsmodell

Denkbar wäre also, dass sich die Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG nach ähnlichen Grundsätzen richtet, wie sie das BVerfG in der Stadionverbot-Entscheidung für Art. 3 Abs. 1 GG angenommen hat.<sup>550</sup> Unternimmt man den Versuch, die entsprechenden Aussagen auf Art. 3 Abs. 3 GG und das Erbrecht zu übertragen, so würde Art. 3 Abs. 3 GG kein objektives Verfassungsprinzip enthalten, nach dem letztwillige Verfügungen grundsätzlich den Diskriminierungsverboten unterworfen wären. Gleichheitsrechtliche Anforderungen würden nur in „spezifischen Konstellationen“ bestehen. In diesen näher zu konkretisierenden Fällen („Tatbestände“) müsste die merkmalsbezogene letztwillige Differenzierung durch einen sachlichen Grund gedeckt sein. Der sachliche Grund bietet den dogmatischen Anknüpfungspunkt für eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen der durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Testierfreiheit und den in Art. 3 Abs. 3 GG verankerten Diskriminierungsverboten.<sup>551</sup>

### I. „Spezifische Konstellationen“ im Erbrecht

Die Beurteilung der Grundrechtswirkung wird immer den konkreten Einzelfall in den Blick nehmen müssen.<sup>552</sup> Dennoch wird im Folgenden der Versuch unternommen, handhabbare Kriterien für eine Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote in erbrechtlichen Konstellationen zu erarbeiten. Dabei soll zunächst untersucht werden, ob sich die Kriterien der Stadionverbot-Entscheidung – die letztlich auf dem Gedanken eines staatsähnlichen Gefährdungspotentials beruhen – auch im Erbrecht fruchtbar machen lassen. Daneben kommen weitere Konstellationen für eine Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG in Betracht. Der BGH stellt darauf ab, ob die letztwillige Verfügung objektiv geeignet und darauf gerichtet ist, den Betroffenen durch die merkmalsbezogene Differenzierung in seiner Würde herabzusetzen. Um diese Vorgaben des BGH weiter zu konkretisieren und fortzubilden, lohnt sodann ein Blick auf die südafrikanische Entscheidung *King v De Jager*.

---

<sup>550</sup> Dieser mögliche Modus der Horizontalwirkung ist angesprochen bei *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104, 1106, die letztlich aber für eine strengere gleitende Rechtfertigungsstruktur plädieren.

<sup>551</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2018, 1667, 1669 (Stadionverbot); BVerfG, NJW 2019, 3769, 3770 (Wellness-Hotel).

<sup>552</sup> Vgl. auch BVerfG, NJW 2018, 1667, 1668 (Stadionverbot).

a) *Die Kriterien der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG*

In der Stadionverbot-Entscheidung entwickelte das BVerfG einzelfallbezogene Kriterien. Die Privatrechtswirkung ergab sich dort mit Blick auf den Ausschluss von Veranstaltungen, die einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden, was für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.<sup>553</sup> Uwe Kischel sieht den Kern der neuen Rechtsprechung in der bekannten Notwendigkeit, soziale Macht in Fällen zu begrenzen, in denen strukturell ein dem Verhältnis Staat-Bürger ähnliches Gefährdungspotential besteht. Er fasst die Voraussetzungen wie folgt zusammen: faktische Machtstellung des Verpflichteten, erhebliche Bedeutung der Leistung für das gesellschaftliche Leben des Berechtigten und erhebliche Schwierigkeiten oder gar Unmöglichkeit, die Leistung anderweitig zu beziehen.<sup>554</sup> Dies kann man noch um einen Öffentlichkeitsbezug der Situation ergänzen.<sup>555</sup>

aa) *Soziale Macht und Bedeutung für das gesellschaftliche Leben*

Erwägt man, die Kriterien der Stadionverbot-Entscheidung für eine Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote im Erbrecht fruchtbar zu machen, so ist zunächst die Frage zu stellen, ob zwischen einem Erblasser und der übergangenen Person ein strukturelles soziales Machtgefälle möglich ist und die Teilhabe am Nachlass erhebliche Bedeutung für das gesellschaftliche Leben der benachteiligten Person aufweisen kann.

Im familiären Nahbereich kann es durchaus zu emotionalen und wirtschaftlichen Abhängigkeiten und damit zu gewissen Machtstrukturen kommen.<sup>556</sup> Aus Sicht des benachteiligten Erbanwärters kann die Nachlassteilhabe auch durchaus richtungweisend für eine bestimmte Art und Weise des gesellschaftlichen Lebens sein – sei es die Gesellschafterposition im Familienunternehmen oder gar die Stellung als Familienoberhaupt eines deutschen Adelshauses (Hohenzollernfall).<sup>557</sup> Derartige innerfamiliäre Machtstrukturen

---

<sup>553</sup> BVerfG, NJW 2018, 1667, 1669. Daneben erwähnte das Gericht aber noch weitere denkbare Aspekte: Monopol, strukturelle Überlegenheit, die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen den Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung einer Leistung oder die soziale Mächtigkeit einer Seite (1668 f.).

<sup>554</sup> BeckOK GG/Kischel, Art. 3 Rn. 93b und 210. Vgl. auch Neuner, JZ 2003, 57, 62.

<sup>555</sup> Siehe Droege, npoR 2018, 241, 244 („privatautonom hergestellte Öffentlichkeit“; „Sphäre zwischen der Rationalität des Staates und der privatautonomen Willkür des Subjekts“); Grünberger, Stadionverbots-Beschluss, VerfBlog 1.5.2018, unter Punkt 3. Vgl. auch Otto, Personale Freiheit und soziale Bindung, 150 und 165; Neuner, JZ 2003, 57, 63. Siehe auch schon oben Kapitel 3 – D.III.2.b) (394).

<sup>556</sup> Vgl. Röthel, AcP 210 (2010), 32, 45 f.; Langbein, Geerbte Dinge, 227. Vgl. im Zusammenhang mit letztwilligen Bedingungen oben Kapitel 2 – E.I.2.a) (294).

<sup>557</sup> Vgl. dazu auch Lüscher, in: Erben und Vererben, 125, 137.

und subjektiv empfundene Zwangslagen zu berücksichtigen, erscheint bei der Beurteilung letztwilliger Bedingungen sachgerecht. Denn letztwillige Bedingungen gehen mitunter über die reine Nachlassverteilung hinaus, indem sie Entscheidungen des potentiellen Erben zu beeinflussen suchen.<sup>558</sup> In den hier zu betrachtenden Fällen geht es aber nicht um eine Verhaltenssteuerung mittels letztwilliger Bedingung, sondern um die Nachlassverteilung als solche. Auch in der südafrikanischen Literatur und Rechtsprechung wird der Unterschied zwischen bedingten Verfügungen (*conditions*) und Enterbungen (*out-and-out disinherison*) betont.<sup>559</sup> Die freie Verteilung des eigenen Vermögens bildet den Wesenskern der Testierfreiheit.<sup>560</sup> Infolgedessen erscheint es angebracht, subjektiv empfundenen Präferenzen, Aspirationen und Zwangslagen des potentiellen Erben weniger Gewicht einzuräumen und die Kriterien entsprechend restriktiv und aus objektiverer Sicht zu betrachten.<sup>561</sup> Denn die Horizontalwirkung von Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten kann mit ihrer Forderung nach einem sachlichen Grund auch nicht in gleicher Weise abgestuft und mittelbar erfolgen, wie dies im Fall kollidierender Freiheitsrechte möglich ist.<sup>562</sup> Die Tragweite einer Horizontalwirkung des Art. 3 GG erfordert daher eine umso restriktivere Handhabung derselben. Vor diesem Hintergrund ist es mit Blick auf das Kriterium der sozialen Macht nicht gerechtfertigt, eine – letztlich natürliche – intergenerationelle Ungleichgewichtslage im Familienverband mit der strukturellen Überlegenheit von großen Verbänden wie dem Deutschen Fußball-Bund oder Konzernen wie Facebook gleichzustellen.<sup>563</sup> Den einzelnen Erblasser, der kraft seiner Testierfrei-

---

<sup>558</sup> Siehe dazu u. a. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 45 f. Vgl. ausführlich oben Kapitel 2 – E.I.2.a) (294).

<sup>559</sup> Siehe *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 547 (1. Instanz); *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 612 f.; *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (SCA) 180 f.; *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G10. Siehe aus dem deutschen Schrifttum *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 418; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 163 und 199; *Keuk*, FamRZ 1972, 9, 15.

<sup>560</sup> Vgl. *Muscheler*, Erbrecht Bd. I, 143; *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 417 f. und BGH, NJW 1999, 566, 569: „Selbst wenn der Erblasser eine willkürliche Differenzierung vornimmt, kann dies Ausdruck seiner Testierfreiheit sein.“

<sup>561</sup> Siehe *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 46: „Die personale Bedeutsamkeit des Erbgeschehens bleibt unbeachtlich, solange der Erblasser von dem Erben ‚nichts will‘“. Vgl. losgelöst vom Erbrecht auch BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 93b und 210.

<sup>562</sup> Siehe zu den Besonderheiten einer Horizontalwirkung des Art. 3 GG schon oben Kapitel 3 – D.III.2.b) (394).

<sup>563</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2018, 1667 (Stadionverbot); BVerfG, NVwZ 2019, 959 (Facebook). In diesen Fällen erscheint das Auftreten im Rechtsverkehr weniger als Selbstbestimmung des Einzelnen und ein personales Substrat im Sinne einzelner privatautonom handelnder Menschen ist in solch komplexen Organisationsstrukturen mitunter schwerer greifbar. Vgl. mit Blick auf den Profifußball *Michl*, JZ 2018, 910, 916. Zu Facebook vgl. ergänzend *Seyderhelm*, NVwZ 2019, 962, 962 f.

heit darüber entscheidet, was mit seinen Vermögenswerten geschehen soll, kann man damit nicht vergleichen. Es wäre unangemessen, innerfamiliären Strukturen – selbst wenn sie subjektiv als Machtgefälle empfunden werden – ein staatsähnliches Gefährdungspotential zuzuschreiben.

Die angezeigte objektivierte Sichtweise muss auch für das Kriterium der gesellschaftlichen Erheblichkeit der Leistung gelten – hier die Nachlassteilhabe.<sup>564</sup> Das bundesweite Stadionverbot oder der gesperrte Facebook-Account betreffen – sei es real oder virtuell – Orte des Austauschs und der Begegnung, die für Teile der Bevölkerung erheblichen Stellenwert im sozialen Leben haben. Da die verantwortlichen Organisationen über entsprechende Schlüsselpositionen oder Marktmacht verfügen, ist ein alternativer Zugang nicht möglich.<sup>565</sup> Die Nachfolge in das Vermögen einer Einzelperson ist hinsichtlich Breitenwirkung und gesamtgesellschaftlicher Bedeutung damit kaum vergleichbar. Hinzu kommen allgemeine gesellschaftliche Veränderungen beim Vorgang des Erbens. Infolge gestiegener Lebenserwartung tritt der Erbfall heutzutage häufig erst ein, wenn die Kinder beruflich und damit auch finanziell schon auf eigenen Beinen stehen.<sup>566</sup> Kosten für Bildung fallen meist schon zu Lebzeiten der Eltern an.<sup>567</sup> Die Teilhabe am Nachlass hat somit seltener die Schlüsselfunktion, eine Lebensgrundlage oder einen Start ins Berufsleben zu sichern.<sup>568</sup> Daher ist in heutiger Zeit die Teilhabe am Nachlass wohl nur selten eine alternativlose Voraussetzung für die finanzielle, berufliche oder soziale Zukunft des potentiellen Erben.

Die Kriterien des sozialen Machtgefälles und der gesellschaftlichen Erheblichkeit der versagten Leistung lassen sich also für das individuelle Verhältnis zwischen Erblasser und potentielltem Erben zunächst kaum fruchtbar machen.

### bb) Öffentlichkeitsbezug

Das BVerfG stellt sodann in der Stadionverbot-Entscheidung darauf ab, dass der Zugang einem großen Publikum ohne Ansehen der Person gewährt wird.<sup>569</sup> Ein ähnlicher Gedanke liegt auch dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 AGG zugrunde. Die Norm erklärt merkmalsbezogene Benachteiligungen im Zusammenhang mit Schuldverhältnissen für

---

<sup>564</sup> Vgl. auch BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 Rn. 93b.

<sup>565</sup> Vgl. die Erwägungen in BVerfG, NJW 2018, 1667, 1669 (Stadionverbot) und BVerfG, NVwZ 2019, 959, 961 (Facebook).

<sup>566</sup> Siehe *Langbein*, Michigan LR 86 (1987–1988), 722, 736. Vgl. auch *Lüscher*, in: *Erben und Vererben*, 125, 128 f.; *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 31.

<sup>567</sup> Siehe *Langbein*, Michigan LR 86 (1987–1988), 722, 730 ff. Vgl. auch *Hansert*, in: *Erben und Vererben*, 143, 147.

<sup>568</sup> Vgl. auch *Beckert*, *Erben in der Leistungsgesellschaft*, 78.

<sup>569</sup> BVerfG, NJW 2018, 1667, 1669.

unzulässig, die typischerweise ohne Ansehen der Person in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen.

Dass Öffentlichkeitsbezug und Unpersönlichkeit auch in erbrechtlichen Konstellationen als Abgrenzungskriterien relevant werden können, erhellt bei einem Blick auf die englische und südafrikanische Rechtsprechung. So betonte ein englisches Gericht, Diskriminierung erfolge auf breiterer und weniger persönlicher Ebene als die private Auswahl von Begünstigten:

„Discrimination is not the same thing as choice: it operates over a larger and less personal area, and neither by express provision nor by implication has private selection yet become a matter of public policy.“<sup>570</sup>

Dies zeigt, dass Diskriminierung auch aus englischer Sicht mit Unpersönlichkeit und Breitenwirkung assoziiert wird. Die südafrikanische Rechtsprechung betonte bis vor Kurzem den Unterschied zwischen einer öffentlichen und einer privaten Sphäre. In der rein privaten Sphäre (bspw. innerhalb der Familie) sollte die Auswahl der Begünstigten selbst dann grundsätzlich zulässig sein, wenn sie in unpersönlicher Weise nach Kriterien wie dem Geschlecht erfolgte.<sup>571</sup> Entscheidendes Kriterium für einen strengeren Kontrollmaßstab war hier also nicht die Unpersönlichkeit der merkmalsbezogenen Differenzierung, sondern der Öffentlichkeitsbezug: Die Fälle, in denen eine ungerechtfertigte Diskriminierung angenommen wurde, betrafen letztwillig errichtete *trusts* zur Bildungsförderung. Da die Gelder der privaten *trusts* durch Universitäten vergeben werden sollten, sahen die Gerichte in diesen Konstellationen Ähnlichkeiten zu staatlichem Handeln (*element of state action*) und verorteten die *trusts* in einem öffentlichen Bereich (*public sphere*).<sup>572</sup>

In Südafrika erfolgten diese Erwägungen zwar auf Rechtfertigungsebene (Rechtfertigungsmodell). Es spräche allerdings nichts dagegen, sie im deutschen Kontext als Voraussetzung einer Horizontalwirkung zu betrachten (Tatbestandsmodell). Der Gedanke, dass merkmalsbezogene Differenzierungen in der – wenn auch privatautonom hergestellten – Öffentlichkeit einer strengeren Gleichheitskontrolle unterstellt werden, ließe sich mit Blick auf die geschilderte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, das Drittwirkungsverständnis sowie die Konzeption des AGG auch im deutschen Recht fruchtbar machen. Eine größere Anzahl potentieller Begünstigter sollte allein noch nicht entscheidend sein. Findet die merkmalsbezogene Auswahl allerdings in einem öffentlichen Kontext statt, in dem sie über gesellschaftliche Teilhabe

<sup>570</sup> *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397, 426. Siehe dazu oben Kapitel 3 – B.II.1. (339).

<sup>571</sup> „[...] weight must be given to the fact that the discriminatory provisions of the will occur in the private and limited sphere of the testators and their direct descendants“, *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 546. Vgl. auch *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 613 und insbes. *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (SCA) 180. Siehe oben Kapitel 3 – C.II.2. (354).

<sup>572</sup> Ausführlich zu diesen Fällen oben Kapitel 3 – C.I.3. (348).

entscheidet und damit ein soziales Machtgefälle vermittelt, scheint eine Abwägung zwischen Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten angemessen. Denkbar wäre dies bspw. bei Förderungen im Bildungsbereich, ohne die der Zugang zu einem bestimmten Bildungsweg oder -angebot nicht oder nur schwer realisierbar ist. Von den südafrikanischen Fällen sollte allerdings nicht vorschnell darauf geschlossen werden, dass vergleichbare Sachverhalte in Deutschland (bspw. im Rahmen einer Stiftung von Todes wegen) ähnlich zu beurteilen wären. Aus den südafrikanischen Urteilen wird deutlich, dass historisch bedingte Benachteiligungen und die ungleiche Verteilung der Bildungschancen die rechtliche Würdigung prägen. Dies soll verdeutlichen, dass es einer genauen Einzelfallbetrachtung bedarf, die den Kontext und die jeweiligen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Eine Sittenwidrigkeit sollte auf besondere Ausnahmefälle beschränkt bleiben.<sup>573</sup>

In den meisten Fällen testamentarischer Erbfolge liegt ein Öffentlichkeitsbezug allerdings fern. Denn im innerfamiliären Kontext besteht ein solcher gerade nicht.<sup>574</sup> Damit stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Diskriminierungsverbote bei Testamenten in der rein privaten Sphäre Anwendung finden können. Das BVerfG hat sich diesbezüglich bislang nicht festgelegt.<sup>575</sup>

#### *b) BGH: Beeinträchtigung der betroffenen Person in ihrer Würde*

Die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG weisen einen besonderen Bezug zur Menschenwürde auf.<sup>576</sup> Daher erscheint es durchaus angebracht, in Fällen, in denen zwar kein Öffentlichkeitsbezug gegeben ist, aber Anhaltspunkte für eine besonders intensive Verletzung des merkmalspezifischen Würdegehalts bestehen, eine Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote anzuneh-

---

<sup>573</sup> Beschränkt man die denkbaren Konstellationen auf Ausnahmefälle, scheint auch die erbrechtliche Bereichsausnahme des § 19 Abs. 4 AGG kein Hindernis zu sein, zumal sie als einfachgesetzliche Norm eine verfassungsrechtliche Wertung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB ohnehin nicht sperren könnte, vgl. NomosKommAGG/*Klose/Braunroth*, § 19 Rn. 65. Davon abgesehen unterliegen bildungsbezogene Leistungen durchaus dem AGG, vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 7, 19 Abs. 1 (oder zumindest Abs. 2) AGG. Vgl. dazu auch EuGH, NJW 2019, 1057; BGH, BeckRS 2019, 19066.

<sup>574</sup> Anders *Neuner*, JZ 2003, 57, 63: Es sei zwar grundsätzlich zwischen der Privatsphäre des Entscheidungsträgers und dem öffentlichen Bereich zu unterscheiden. Das Erbrecht sei hingegen wertungsmäßig nicht in die Privatsphäre mit einzubeziehen. Beim Schutz der Privatsphäre gehe es typischerweise um das Abschotten gegenüber außenstehenden Dritten. Die Familie konstituiere aber gerade die Privatsphäre und erfordere daher eigene Distributionsmaßstäbe.

<sup>575</sup> Siehe BVerfG, NJW 2004, 2008, 2011 (Hohenzollern). Vgl. auch BVerfG, NJW 2019, 3769, 3770 (Wellness-Hotel).

<sup>576</sup> Vgl. Maunz/Dürig/*Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 26; Dreier/*Heun*, Art. 3 Rn. 117. Vgl. auch *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104, 1106.

men.<sup>577</sup> In einem solchen Fall müsste die letztwillige Verfügung durch einen inhaltlichen sachlichen Grund gedeckt sein, der die Würdeverletzung aufwiegt.<sup>578</sup>

Der BGH geht zwar nicht näher auf den genauen Modus einer Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG ein, zieht aber eine Sittenwidrigkeit ausnahmsweise dann in Betracht, wenn die letztwillige Verfügung nach dem festgestellten Willen des Erblassers und den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Reichweite und den Auswirkungen des Testaments, darauf gerichtet und auch objektiv geeignet ist, den Betroffenen wegen des Merkmals, an das die Differenzierung anknüpft, nachhaltig in seiner Würde herabzusetzen.<sup>579</sup> Vor der Entscheidung des *Constitutional Court* schienen auch die Instanzgerichte in Südafrika eine Beschränkung der Testierfreiheit in der privaten Sphäre nur dann in Betracht zu ziehen, wenn die Würde der Betroffenen tangiert wird.<sup>580</sup>

Damit stellt sich die Frage, wann eine solche Würdeverletzung anzunehmen ist. Bislang ist kein Fall ersichtlich, in dem der BGH auf Basis seiner Würde-Formel die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung bejaht hätte. Die aus historischen Gründen sensiblen Themen wie Rassismus und insbesondere Antisemitismus spielen in Deutschland keine herausgehobene Rolle in der einschlägigen Diskussion. Nur wenige Stimmen aus dem Schrifttum wollen die Wirkung des Art. 3 Abs. 3 GG auf Verstöße gegen bestimmte – besonders relevante – Merkmale reduzieren (insbesondere auf die Differenzierung nach der Rasse).<sup>581</sup> Ein solches Vorgehen würde aber letztlich zu Binnendifferenzierungen führen, die in Art. 3 Abs. 3 GG nicht angelegt sind und die zur Folge haben könnten, dass andere, aber ähnlich gravierende Fälle von vornherein ausgeklammert werden.<sup>582</sup> Dem scheint auch der BGH begeben

---

<sup>577</sup> Vgl. aus der Literatur Soergel/*Stein*, § 1937 Rn. 26; Maunz/Dürig/*Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2 Rn. 152; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 396; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 305 f. A.A. *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz, 226 ff., der solche Konstellationen über das Recht der persönlichen Würde nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG zu lösen versucht. Hierzu kritisch wiederum *Grünberger*, Personale Gleichheit, 511.

<sup>578</sup> Vgl. (im Rahmen eines Rechtfertigungsmodells) *Grünberger*, Personale Gleichheit, 510.

<sup>579</sup> BGH, NJW 1999, 566, 569 f. (Hohenzollern).

<sup>580</sup> Vgl. *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 547; *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (SCA) 180.

<sup>581</sup> Vgl. *Lange*, Erbrecht (1. Aufl. 1962), 375 (Rasse) und 378 (Fn. 7: Nichtigkeit bei antisemitischer Gesinnung wegen kollektiver Wiedergutmachungspflicht); *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 596 f. (Rasse – hiergegen sei das Rechtsbewusstsein besonders allergisch – und Religion); *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 359 (Fn. 182: Geschlecht, Rasse, Religion); *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 396 (insbes. Rasse). Siehe dazu auch oben Kapitel 3 – A.II.2.c) (327).

<sup>582</sup> Vgl. *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 302 ff.; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 151 f.; *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung, 164 f.; Maunz/Dürig/

zu wollen, indem er eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls fordert, einschließlich der Willensrichtung des Erblassers und der Auswirkungen auf die betroffene Person.<sup>583</sup>

Letztlich bleibt die Formel des BGH vage. Es soll daher versucht werden, die Vorgaben des BGH weiter zu konkretisieren und für das vorgeschlagene Tatbestandsmodell zu operationalisieren. Hierfür lohnt ein Blick auf die aktuelle Entscheidung des südafrikanischen *Constitutional Court* in der Sache *King v De Jager*.

c) *King v De Jager: Differenzierung zwischen unbekanntem Merkmalsträgern*

Dass die Erblasser im Fall *King v De Jager* über mehrere Generationen hinweg nur die männlichen Abkömmlinge der Familie hatten begünstigen wollen, hielten die südafrikanischen Verfassungsrichter für unvereinbar mit den Diskriminierungsverboten der Verfassung und des *Equality Act*. Die Argumentation des Mehrheitsvotums beschränkte sich dabei auf die Feststellung, die beklagten männlichen Abkömmlinge hätten die Vermutung einer *unfair discrimination* nicht zu entkräften vermocht.<sup>584</sup> Hier zeigen sich die konzeptionellen Unterschiede zwischen Deutschland und Südafrika bei der Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote: Die südafrikanische Verfassung und der *Equality Act* sehen die Bindung Privater an die Diskriminierungsverbote ausdrücklich vor und verstärken dies durch eine Beweislastumkehr zulasten der differenzierenden Person.<sup>585</sup> Interessant für die hiesigen Überlegungen zum deutschen Recht erscheint daher vor allem das Minderheitsvotum, das zwar zum gleichen Ergebnis gelangte, in dem aber stärker inhaltlich argumentiert wurde. Für *Mhlantla J* war ausschlaggebend, dass die Differenzierung nach dem Geschlecht letztlich Personen traf, die die beiden Erblasser bei Testamenterrichtung noch gar nicht kannten – zu den Urenkeln hätten die Erblasser keinerlei persönliche Beziehung gehabt. Der Ausschluss der weiblichen Urenkelinnen von der Erbfolge basiere daher ausschließlich auf dem Merkmal des Geschlechts. Dies erfordere ein energischeres richterliches Einschreiten, rechtfertige eine strengere Kontrolldichte und führe letztlich dazu, dass die Testierfreiheit in der Abwägung zurücktreten müsse.<sup>586</sup> Hier war also die Unpersönlichkeit entscheidend – genauer gesagt die merkmalsbezogene Differenzierung zwischen dem Erblasser gänzlich unbekanntem Personen.

---

Langenfeld, Art. 3 Abs. 3 Rn. 85. Vgl. zum Aspekt der Merkmalsselektion aber auch Grünberger, Personale Gleichheit, 863 f.

<sup>583</sup> Siehe BGH, NJW 1999, 566, 569 f.

<sup>584</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 129 ff.

<sup>585</sup> Siehe oben Kapitel 3 – D.III.1.a) (385).

<sup>586</sup> *King v De Jager* [2021] ZACC 4, Ziffer 83 f. Das Votum in *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8 lässt dagegen eine ausführliche Abwägung vermissen.

Derartige Konstellationen, in denen der Erblasser zwischen ihm unbekannt Personen differenziert, erinnern an die schon erörterten Fälle mit Öffentlichkeitsbezug. Der Bezug zu einer größeren Öffentlichkeit bringt es in der Regel mit sich, dass dem Differenzierenden die einzelnen Merkmalsträger nicht bekannt sind. Nun gaben die südafrikanischen Verfassungsrichter in *King v De Jager* die bislang deutliche Unterscheidung zwischen Testamenten in der öffentlichen und solchen in der privaten Sphäre auf.<sup>587</sup> Dem ist für das deutsche Recht nicht zu folgen. In der öffentlichen Sphäre erscheinen gesteigerte gleichheitsrechtliche Anforderungen angezeigt.<sup>588</sup> Demgegenüber ist bei Testamenten in der privaten Sphäre Zurückhaltung geboten.<sup>589</sup>

Das Kriterium der „Unbekanntheit“ steht einem grundsätzlich restriktiven Umgang mit Gleichheitserwägungen in der privaten Sphäre allerdings nicht entgegen. Denn zum einen wird es – anders als bei Fällen in der öffentlichen Sphäre – bei rein privaten Testamenten nur selten einschlägig sein. Eine Differenzierung zwischen gänzlich unbekannt Personen dürfte allenfalls bei gestaffelter Nacherbfolge oder bei Stiftungen von Todes wegen vorkommen.<sup>590</sup> Zum anderen käme dem Kriterium im Rahmen eines Tatbestandsmodells eine andere Funktion zu als in der südafrikanischen Entscheidung *King v De Jager*. So ist die Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote in Südafrika an keine gesonderten Voraussetzungen geknüpft (Rechtfertigungsmodell). Die Überlegungen zur Unbekanntheit der Merkmalsträger erfolgten im Rahmen der Abwägung und gaben für *Mhlantla J* den Ausschlag, die Klausel für ungültig zu erklären. Übertrüge man das Kriterium auf das für das deutsche Recht vorgeschlagene Tatbestandsmodell, so käme es stattdessen auf einer vorgelagerten Stufe zum Tragen. Eine Differenzierung zwischen unbekannt Merkmalsträgern würde nicht direkt zur Sittenwidrigkeit führen. Vielmehr würde dadurch die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG erst begründet und die Forderung nach einem sachlichen Grund sowie eine damit einhergehende Abwägung überhaupt erst ausgelöst.<sup>591</sup> Dies erscheint sachgerecht: Falls der Erblasser die Merkmalsträger nicht kannte und damit klar ist, dass die Benachteiligung ausschließlich wegen eines verpönten Merkmals erfolgte, muss sich der Erblasser bzw. seine letztwillige Verfügung die Frage gefallen lassen, warum sich die Verteilung des Nachlasses einzig und allein an Differenzierungsmerkmalen orientiert, denen Art. 3 Abs. 3 GG entgegnetritt. Im Rahmen der Abwägung zwischen Testierfreiheit und Diskriminierungsverbo-

---

<sup>587</sup> Vgl. oben Kapitel 3 – C.II.3. (357).

<sup>588</sup> Vgl. dazu auch oben Kapitel 3 – D.III.2.b) (394).

<sup>589</sup> Ähnlich aus dem südafrikanischen Schrifttum bspw. *Thomas*, in: *Inter cives necnon peregrinos*, 727, 738 f.; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 255. Vgl. nun auch *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 73.

<sup>590</sup> Vgl. zu den zeitlichen Grenzen einer gestaffelten Nacherbfolge Kapitel 2 – A.II.4. (181).

<sup>591</sup> Zu den Argumenten für ein Tatbestandsmodell siehe oben Kapitel 3 – E.I. (408).

ten kann sodann den Umständen des Einzelfalles angemessen Rechnung getragen werden. Ist ein sachlicher Grund für die merkmalsbezogene Differenzierung nicht ersichtlich, so ist die Klausel sittenwidrig.<sup>592</sup> Das Kriterium der Differenzierung zwischen unbekanntem Merkmalsträgern, das *Mhlantla J in King v De Jager* entwickelte, scheint somit – wenngleich in anderer Funktion – in gewinnbringender Weise auf das vorgeschlagene Tatbestandsmodell übertragen werden zu können. Es besticht durch klare Konturen und ist dadurch in der Lage, die im Grundsatz sachgerechte Würde-Formel des BGH für bestimmte Fallkonstellationen weiter zu konkretisieren.<sup>593</sup>

Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, dass eine letztwillige Verfügung auch in Fällen sittenwidrig sein kann, in denen der Erblasser die benachteiligte Person kannte – in persönlichen Näheverhältnissen kann eine merkmalsgestützte Benachteiligung mitunter besonders intensive Wirkung entfalten. Doch wird die Entscheidung für oder gegen eine letztwillige Begünstigung in persönlichen Beziehungen selten ausschließlich auf einem Diskriminierungsmerkmal beruhen – die Motivationslage wird vielmehr vielschichtig und von individuellen Präferenzen, Gefühlen und persönlichen Erfahrungen geprägt sein.<sup>594</sup> Daher sollte dort nicht jede Inbezugnahme eines verpönten Merkmals die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG nach sich ziehen und durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden müssen. Andernfalls hinge die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung unter Umständen von der Formulierung ab – ob der Erblasser bspw. seine ihm bekannten männlichen Enkel, die er aus persönlichen Gründen zu Erben einsetzen möchte, namentlich benennt oder sie anhand des Geschlechts gruppiert.<sup>595</sup> Differenziert der Erblasser also zwischen ihm bekannten Personen, sind deutlichere Anhalts-

---

<sup>592</sup> Trifft die Begünstigung persönlich bekannter Personen mit einer Differenzierung zwischen gänzlich unbekanntem Personen zusammen, so ist auf Rechtsfolgenseite ggf. eine Teilnichtigkeit in Betracht zu ziehen.

<sup>593</sup> Da auch die Erblasser in den beiden einschlägigen BGH-Entscheidungen (Familienstiftung und Hohenzollern) letztlich zwischen ihnen unbekanntem Personen merkmalsbezogen differenzierten, wären die Urteile neu zu bewerten. Siehe zu den Entscheidungen oben Kapitel 3 – A.II.1. (322). Im Hohenzollern-Fall betonte der BGH, der Erblasser habe mit seiner Regelung nicht das Ziel verfolgt, Söhne aus nicht ebenbürtigen Ehen zu diffamieren (die Differenzierung nach dem Geschlecht schob das Gericht ganz beiseite). Vielmehr sei es ihm darum gegangen, einen würdigen Nachfolger für den durch Familientradition geprägten Nachlass zu finden. Da das rechtliche Problem aber gerade in der Frage liegt, ob der Erblasser sein Ziel mittels der konkreten Klausel in zulässiger Weise verfolgen konnte, ist die Argumentation hier letztlich zirkulär und versperrt den Zugang zur Abwägung. Vgl. im Kontext letztwilliger Bedingungen auch oben Kapitel 2 – E.I.2.c) (298).

<sup>594</sup> Siehe dazu *Otte*, JA 1985, 192, 194. Vgl. auch *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 119 (Minderheitsvotum *Majiedt J.*).

<sup>595</sup> Zu den Problemen einer generellen Rechtfertigungspflicht oben Kapitel 3 – E.I.3. (413).

punkte für eine (gezielte) Würdeverletzung zu fordern.<sup>596</sup> Schließt ein Erblasser aber bspw. einen ihm bekannten Enkel aufgrund dessen Hautfarbe von der Nachlassteilhabe aus und begründet dies auf offen rassistische Weise, so würde wohl selbst der bislang sehr zurückhaltende BGH auf Basis seiner Würde-Formel zur Sittenwidrigkeit gelangen.<sup>597</sup> Letztlich wird es sich immer um Ausnahmefälle handeln.

## 2. Letztwillige Bedingungen

Anknüpfungen an verpönte Differenzierungsmerkmale sind auch im Rahmen letztwilliger Bedingungen anzutreffen. Zwei Konstellationen können dabei unterschieden werden.<sup>598</sup> Einmal ist der Adressat der Bedingung selbst der Merkmalsträger. Der Erblasser stellt die Erbeinsetzung seines Sohnes bspw. unter die auflösende Bedingung eines Übertritts zum katholischen Glauben. Er knüpft die Erbenstellung also an die Religionszugehörigkeit seines Sohnes.<sup>599</sup> Etwas anders liegt der Fall, in dem der Erblasser nicht an ein Merkmal des potentiell Begünstigten anknüpft, sondern an das einer dritten Person. Im Hohenzollern-Fall stand die Erbenstellung unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Erbanwärter eine ebenbürtige Frau heiratet. Der Erblasser knüpfte die Erbenstellung also an Abstammung und Religion einer zukünftigen Ehegattin des möglichen Erben.<sup>600</sup> In solchen Dreieckskonstellationen wird die merkmaltragende dritte Person dem Erblasser meist (noch) nicht bekannt sein, was nach oben Gesagtem grundsätzlich für eine Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote spräche. Doch stellt sich hier schon die grundsätzliche Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 GG. Da der potentiell benachteiligte Erbanwärter nicht selbst Merkmalsträger ist, wird er – anders als dies der Wortlaut der Norm vorsieht – nicht wegen „seiner“ Abstammung oder „seiner“ religiösen Anschauungen benachteiligt.<sup>601</sup>

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, in eklatanten Ausnahmefällen, die mit der geltenden Rechts- und Sozialmoral in keinerlei Weise vereinbar scheinen, selbst ohne Rückgriff auf die Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG eine Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB anzunehmen.<sup>602</sup> Allerdings besteht

---

<sup>596</sup> Ähnlich *Otte*, JA 1985, 192, 194 f.

<sup>597</sup> Vgl. BGH, NJW 1999, 566, 569 f. (Hohenzollern).

<sup>598</sup> Vgl. auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 299 f.

<sup>599</sup> Vgl. bspw. die englische Entscheidung *Blathwayt v Cawley* [1976] AC 397.

<sup>600</sup> Siehe ausführlich zum Hohenzollern-Fall oben Kapitel 3 – A.II.1.b) (323).

<sup>601</sup> Vgl. dazu grds. auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 310 und 314. Andere wollen dagegen (über den Wortlaut hinaus) auch die Benachteiligung einer Person wegen ihrer Assoziation mit einer merkmaltragenden Person erfassen, siehe *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships, 54 ff.; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 511 und 620 ff.

<sup>602</sup> Vgl. ähnlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 396. Vgl. zur „schlichten“ Sittenwidrigkeit auch *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 87 f.

zwischen bedingten und unbedingten letztwilligen Verfügungen, die an verpönte Differenzierungsmerkmale anknüpfen, ein beachtenswerter wertungsmäßiger Unterschied. Der Schwerpunkt einer letztwilligen Bedingung liegt – auch nach dem Willen des Erblassers – meist auf der Lenkung des potentiell Bedachten und nicht auf einer merkmalsbasierten Herabwürdigung desselben oder einer dritten Person. Daher ist in der Instrumentalisierung der Vermögensverteilung zur Beeinflussung der persönlichen Lebensführung auch der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zu sehen. Eine Sittenwidrigkeit wird sich in Fällen letztwilliger Bedingungen eher auf eine Beschränkung der Freiheitsrechte als auf eine Verletzung der Diskriminierungsverbote stützen können. Dem Bedingungszusammenhang – inklusive möglicher Zwangs- oder Drucklagen zwischen Erblasser und potentiell Erben – kann im Rahmen der freiheitsrechtlichen Abwägung angemessen und ausreichend Rechnung getragen werden.<sup>603</sup>

### 3. Zwischenfazit: Sittenwidrigkeit nur in begrenzten Ausnahmefällen

Auf Basis des beschriebenen Tatbestandsmodells wird in erbrechtlichen Konstellationen eine Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG nur in eng begrenzten Ausnahmefällen anzunehmen sein.<sup>604</sup> Die Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote erscheint angezeigt, wenn die letztwillige Verfügung einen ausreichenden Öffentlichkeitsbezug aufweist. Bei Testamenten in der rein privaten Sphäre kommt eine Privatrechtswirkung in Betracht, sofern die benachteiligte Person durch die merkmalsbasierte Differenzierung in besonderer Weise in ihrer Würde tangiert wird. Die Forderung nach einem sachlichen Grund ist unter anderem dann angebracht, wenn die betroffenen Personen dem Erblasser noch gänzlich unbekannt waren. In solchen Ausnahmefällen bietet die Frage nach dem sachlichen Grund den Raum, die jeweiligen Umstände des Einzelfalls im Licht von Art. 3 Abs. 3 GG und der nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Testierfreiheit entsprechend abzuwägen und das Ergebnis sodann über § 138 Abs. 1 BGB zur Geltung zu bringen.

### III. Rechtsfolge

Gelangt man zum (wohl seltenen) Ergebnis, dass die merkmalsbedingte Benachteiligung einer Person sittenwidrig ist, stellt sich die schwierige Frage

---

<sup>603</sup> Vgl. hierzu die Überlegungen oben Kapitel 2 – E. (289). Auch Rechtsprechung und Literatur behandeln derartige Fälle oft nur unter freiheitsrechtlichen Aspekten. Vgl. bspw. von Lübtow, *Erbrecht* Bd. I, 348 ff. und 312; *Bezenberger*, *AcP* 196 (1996), 395, 418; *Leipold*, *Erbrecht*, 91 ff.; *Brox/Walker*, *Erbrecht*, 170; *BVerfG*, *NJW* 2004, 2008. Vgl. dagegen *Horsch*, *Rpfleger* 2005, 285, 292; *Mikat*, in: *FS Nipperdey*, 581, 597 ff.; *Thielmann*, *Sittenwidrige Verfügungen*, 310 ff. Kritisch insbes. *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 511; *Grünberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships*, 43 ff.

<sup>604</sup> Vgl. ähnlich *BGH*, *NJW* 1999, 566, 569.

nach der Rechtsfolge. *De Waal* spricht mit Blick auf das südafrikanische Recht von „nearly insurmountable practical difficulties“.<sup>605</sup> Die Frage wird im deutschen Schrifttum kaum diskutiert<sup>606</sup> und die Rechtsprechung musste hierzu bislang keine eindeutige Stellung beziehen.<sup>607</sup> Als Ausgangspunkt sollen daher jene Lösungsansätze dienen, die schon im Rahmen letztwilliger Bedingungen erörtert wurden, namentlich die Gesamtnichtigkeit der Verfügung, eine Ausrichtung am hypothetischen Erblasserwillen sowie eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB anhand des Schutzzwecks der Sittennorm.<sup>608</sup>

### 1. Gesamtnichtigkeit und gesetzliche Erbfolge

§ 138 Abs. 1 BGB sieht die Nichtigkeit des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts vor. Erklärt man aufgrund der sittenwidrigen Differenzierung die gesamte letztwillige Verfügung für nichtig, so tritt – falls kein früheres Testament existiert – die gesetzliche Erbfolge ein.<sup>609</sup> Wird also von vier Kindern des Erblassers ein Kind in sittenwidriger Weise benachteiligt, hätte die Gesamtnichtigkeit zur Folge, dass alle vier Kinder zu gleichen Teilen erben, sofern keine weiteren gesetzlichen Erben vorhanden sind (§ 1924 Abs. 1 und 4 BGB).<sup>610</sup> Zählt die in sittenwidriger Weise benachteiligte Person dagegen nicht zu den gesetzlichen Erben, kann die Gesamtnichtigkeit zu Wertungswidersprüchen führen. Man nehme folgendes Beispiel an: Der Erblasser enterbt seine Kinder und setzt drei Enkel mit Anteilen von 60, 30 und 10 Prozent des Nachlasses als Erben ein. Stellt die Zuwendung von lediglich 10 Prozent eine sittenwidrige Benachteiligung dar, verliert der diskriminierte Enkel bei Annahme einer Gesamtnichtigkeit auch noch die restlichen 10 Prozent, da er im Beispielsfall nicht gesetzlicher Erbe ist. Eine solche Vertiefung der Benach-

---

<sup>605</sup> *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9 (als Argument gegen eine Beschränkung der Testierfreiheit durch Gleichheitserwägungen in der rein privaten Sphäre). Aufgegriffen von *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 243 ff. und *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WCC) 545; *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WCC) 612; *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (SCA) 182.

<sup>606</sup> Siehe aus dem Schrifttum *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 179 ff. und 306; *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 603 (Fn. 72).

<sup>607</sup> Vgl. allenfalls OLG Stuttgart, FamRZ 1998, 260, 261 f. (Hohenzollern).

<sup>608</sup> Vgl. ausführlich im Kontext letztwilliger Bedingungen oben Kapitel 2 – E.II. (303).

<sup>609</sup> Siehe *Röthel*, Erbrecht, 37.

<sup>610</sup> *Mikat* möchte die Nichtigkeit wegen Ungleichbehandlung auf Fälle beschränkt wissen, in denen „ein zur gesetzlichen Erbfolge Berufener enterbt oder in seinem gesetzlichen Erbteil geschmälert ist [...], weil nur er eine bestimmte vom Gesetz gewährte Erberwartung hat“, *Mikat*, in: FS Nipperdey, 581, 599 f. Vgl. auch *Soergel/Stein*, § 1937 Rn. 26. Da der hier vertretene Sittenwidrigkeitsmaßstab aber nicht nur gesetzliche Erben in den Blick nimmt, erscheint eine derartige Beschränkung fraglich. Vgl. zu dieser Problematik auch *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 244.

teilung würde letztlich die Wertung des Art. 3 Abs. 3 GG untergraben und stünde damit in Widerspruch zum angelegten Maßstab der Sittenwidrigkeit.<sup>611</sup>

Insbesondere in Fällen, in denen es nicht um die gesetzlichen Erben geht, kann die Gesamtnichtigkeit also zu Wertungswidersprüchen führen. Da auch alle anderen bedachten Personen ihre Anteile vollumfänglich verlieren, wird zudem der Erblasserwille in maximaler Weise frustriert.<sup>612</sup> Außerdem erhalten die gesetzlichen Erben einen Anreiz, sich auf die Sittenwidrigkeit zu berufen, um in den Genuss des Nachlasses zu gelangen.

## 2. Orientierung am hypothetischen Erblasserwillen

So rückt alternativ eine Orientierung am hypothetischen Erblasserwillen in den Blick. Bei letztwilligen Bedingungen nimmt die Rechtsprechung teilweise an, die Sittenwidrigkeit der Bedingung eröffne eine Lücke, die im Wege ergänzender Testamentsauslegung nach dem hypothetischen Erblasserwillen zu schließen sei. Es sei danach zu fragen, was der Erblasser angeordnet hätte, hätte er die Unwirksamkeit gekannt. Ein solches Vorgehen erscheint aber an dieser Stelle noch problematischer als im Rahmen letztwilliger Bedingungen.<sup>613</sup> Schließt der Erblasser eine Person in diskriminierender und sittenwidriger Weise von der Erbfolge aus, fällt es schwer anzunehmen, er hätte diese Person bedacht, hätte er um die Unwirksamkeit seiner Diskriminierung gewusst. Eine solche Annahme erscheint mit Blick auf die Grenzen der ergänzenden Testamentsauslegung durchaus fraglich. Zwar kann auch eine Enterbung Gegenstand einer ergänzenden Testamentsauslegung sein.<sup>614</sup> Und im Rahmen der ergänzenden Auslegung wird mit Blick auf die Andeutungstheorie auch kein tatsächlicher Anhaltspunkt im Testament selbst gefordert, sondern lediglich eine Grundlage in der Willensrichtung oder Zielsetzung des Erblassers. Doch handelt es sich um eine Lückenfüllung getreu der ursprünglichen Zwecksetzung des Erblassers, nicht um richterliche Neuschöpfung einer völlig anderen Verfügung.<sup>615</sup> Ist die Benachteiligungsabsicht klar er-

---

<sup>611</sup> Vgl. ähnlich mit Blick auf letztwillige Bedingungen *Meincke*, in: FS Kaser, 437, 458; *Schlüter*, in: FG Zivilrechtslehrer, 575, 589 f. Vgl. auch die weiteren Nachweise oben Kapitel 2 – E.II.3.b) (315).

<sup>612</sup> Vgl. *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 244.

<sup>613</sup> Siehe zu letztwilligen Bedingungen oben Kapitel 2 – E.II.2.c) (308).

<sup>614</sup> Siehe OLG Karlsruhe, ErbR 2020, 50, 56 (ergänzende Auslegung eines durch einen jüdischen Erblasser in der NS-Zeit errichteten Testaments).

<sup>615</sup> Siehe dazu MünchKommBGB/*Leipold*, § 2084 Rn. 16 und 96 ff.; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064–2086 Rn. 83 ff. Vgl. auch OLG Karlsruhe, ErbR 2020, 50, 59. Siehe auch schon oben Kapitel 2 – E.II.2.c) (308).

sichtlich, wird man durch ergänzende Auslegung schwerlich einen Willen zu einer signifikanten Nachlassteilhabe in das Testament hineinlesen können.<sup>616</sup>

Die ergänzende Testamentsauslegung könnte man an dieser Stelle mit der *cy-près*-Doktrin des englischen bzw. südafrikanischen Rechts vergleichen, orientiert man sich doch auch dort an einem hypothetischen übergeordneten (wohltätigen) Willen.<sup>617</sup> In England wurde an der bisweilen freien und ergebnisorientierten richterlichen Auslegung des Willens berechnete Kritik geübt.<sup>618</sup> Und auch in den hiesigen Fällen wäre der hypothetische Erblasserwille Resonanzraum für richterliche Billigkeitserwägungen im Einzelfall („richterliche Erbfolge“).<sup>619</sup> Ein richtungweisender Maßstab, in welcher Höhe die diskriminierte Person am Nachlass teilhaben sollte, ist nicht vorhanden.<sup>620</sup> Insbesondere kann nicht angenommen werden, dass der Erblasser im Zweifel alle Zuwendungsempfänger in gleicher Höhe bedacht hätte. Klar ist hier einzig, dass der Erblasser das Diskriminierungsopfer benachteiligen wollte. Somit führt eine ergänzende Testamentsauslegung in derartigen Fällen nicht weiter.<sup>621</sup>

Darüber hinaus sind die gesetzlichen Ausprägungen einer Orientierung am hypothetischen Erblasserwillen zu beachten, insbesondere die Regelung des § 2085 BGB. Danach führt die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen nur zur Unwirksamkeit der übrigen, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen hätte. Die Anwendung dieser Norm kann ebenfalls Widersprüche mit sich bringen. Denn § 2085 BGB ermöglicht – wie auch § 139 BGB – zwar die Teilunwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung. Es kann damit jedoch stets nur ein „weniger“ erreicht werden. Besteht der Schutzzweck der Sittennorm aber gerade im Schutz vor einer diskriminierenden

---

<sup>616</sup> Vgl. auch die Ausführungen in OLG Karlsruhe, ErbR 2020, 50, 56 ff., wo berechtigterweise angenommen werden durfte, der Erblasser hätte seinen während der NS-Zeit nach New York emigrierten Neffen nicht enterbt, wenn er gewusst hätte, dass dieser aufgrund des Zusammenbruchs des NS-Regimes doch in den Genuss der Erbschaft kommen könne. Der Fall ist daher anders gelagert.

<sup>617</sup> Vgl. dazu Zimmermann, in: FG Kaser (1986), 395, 412 ff.

<sup>618</sup> Vgl. dazu oben Kapitel 3 – D.II.2.b)aa) (381).

<sup>619</sup> Mit diesem Terminus MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rn. 99.

<sup>620</sup> Vgl. aus der südafrikanischen Literatur *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 244.

<sup>621</sup> Anders liegt dagegen der Fall, dass der Erblasser eine explizite Anordnung für den Fall getroffen hat, dass die eigentlich vorgesehenen Erbeinsetzungen scheitern. Dies kann man als Ersatzerbeinsetzung im Sinne des § 2096 BGB begreifen (Wegfall durch Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit). Vgl. dazu BeckOGK/Gierl, § 2096 BGB Rn. 28 (und 2 ff.); Staudinger/Otte, § 2096 Rn. 6. Vgl. auch die südafrikanische Entscheidung *In Re BOE Trust Ltd* 2013 (3) SA 236 (SCA) 244, dazu ausführlich oben Kapitel 3 – C.I.3.c) (351).

Benachteiligung, ist ein „weniger“ als Rechtsfolge mitunter zweckwidrig.<sup>622</sup> Ist klar, dass der Erblasser den Willen hatte, die Person in diskriminierender Weise zu benachteiligen, wird man wohl zum Ergebnis kommen müssen, dass er die isolierte Unwirksamkeit der benachteiligenden Verfügung (Enterbung oder geringfügige Zuwendung) bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der übrigen Begünstigungen gebilligt hätte. Dies stützt dann entweder die für sittenwidrig befundene Anordnung oder vertieft die Benachteiligung gar weiter.<sup>623</sup> Wendet man § 2085 oder § 139 BGB auf den gerade geschilderten Fall an, so würde die Erbeinsetzung des diskriminierten Enkels in Höhe von 10 Prozent womöglich isoliert entfallen, die übrigen Zuwendungen blieben bestehen.<sup>624</sup> Die §§ 2085 und 139 BGB sind also mit ihrer Rechtsfolge nicht mit obigem – auf Art. 3 Abs. 3 GG basierenden – Maßstab und Schutzzweck der Sittenwidrigkeit in Einklang zu bringen und daher im Wege (verfassungskonformer) teleologischer Reduktion auf diese Ausnahmefälle nicht anzuwenden.<sup>625</sup> Die gesetzliche Anknüpfung an den hypothetischen Erblasserwillen über §§ 2085 oder 139 BGB stellt hier also keine sinnvolle Lösung dar. Eine quantitative Teilnichtigkeit der übrigen Zuwendungen zugunsten des Diskriminierungsopfers ist ebenfalls kein gangbarer Weg.<sup>626</sup>

---

<sup>622</sup> Insofern handelt es sich nicht um eine anstößig-übermäßige Gestaltung (dazu *Zimmermann*, Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, 199), sondern eher um eine anstößig-untermäßige Anordnung.

<sup>623</sup> Vgl. kritisch im Zusammenhang mit letztwilligen Bedingungen *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 28.

<sup>624</sup> Der Anteil in Höhe von 10 Prozent könnte nach § 2094 Abs. 1 BGB den anderen Erben anwachsen und damit das Ungleichgewicht noch verstärken, str., vgl. *BeckOGK/Gierl*, § 2094 BGB Rn. 18 ff.; *BeckOK BGB/Litzenburger*, § 2094 Rn. 2. Darüber hinaus wäre § 2085 BGB für den Fall, dass der Erblasser den Enkel in sittenwidriger Weise gänzlich ausschließt, wohl gar nicht anwendbar, da das Übergehen einer Person, die nicht zu den gesetzlichen Erben zählt, keine selbständige Verfügung darstellt, vgl. *MünchKommBGB/Leipold*, § 2085 Rn. 5.

<sup>625</sup> § 2085 BGB verfolgt den Zweck, dem Willen des Erblassers möglichst zum Erfolg zu verhelfen, siehe *MünchKommBGB/Leipold*, § 2085 Rn. 1. Zum Schutz der Privatautonomie als Normzweck des § 139 BGB siehe *MünchKommBGB/Busche*, § 139 Rn. 1. Der jeweilige normimmanente Telos erfordert also keine entsprechende Reduktion. Doch beruht die Unwirksamkeit (die ja erst zu einer Anwendung der Normen führt) gerade auf einer Begrenzung der Privatautonomie und damit des Erblasserwillens aus verfassungsrechtlichen Erwägungen, die durch die Rechtsfolge der §§ 2085 oder 139 wieder ausgehebelt würden (vgl. ähnlich *MünchKommBGB/Leipold*, § 2074 Rn. 28 f.). Insofern handelt es sich um verfassungskonforme Rechtsfortbildung mittels einer verfassungskonformen teleologischen Reduktion. Siehe hierzu allgemein *Auer*, in: *Grundrechte und Privatrecht*, 27, 41 ff. Siehe auch *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 405 ff.; *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 281 ff. Vgl. im Kontext des § 139 auch *MünchKommBGB/Busche*, § 139 Rn. 2; *Staudinger/Roth*, § 139 Rn. 3.

<sup>626</sup> Es fehlt der Maßstab für eine höhenmäßige Begrenzung und für den Fall, dass eine Person, die nicht zu den gesetzlichen Erben zählt, gänzlich ausgeschlossen wird, existiert

### 3. Schutzzweckerwägungen

Mit Blick auf letztwillige Bedingungen wurde vorgeschlagen, die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB anhand des Schutzzwecks der Sittennorm (dort: Schutz vor unzumutbarem Druck auf Freiheitsrechte) teleologisch zu reduzieren und dementsprechend nur die Bedingung zu streichen.<sup>627</sup> In den hier zu beurteilenden Fällen bestünde der Schutzzweck der Sittennorm im Schutz vor diskriminierender Benachteiligung.

Hinterlässt bspw. ein Erblasser den Nachlass seinen (insgesamt zehn) Enkeln grundsätzlich zu gleichen Teilen, beschränkt die Begünstigungen aber im konkreten Fall in entwürdigender und damit sittenwidriger Weise auf die Enkel weißer Hautfarbe, scheint eine Lösung über den Schutzzweck denkbar. Anhand des Schutzzwecks kann die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB auf das Kriterium der weißen Hautfarbe beschränkt werden. So wird lediglich das sittenwidrige Kriterium gestrichen. Der vom Erblasser aufgestellte Maßstab einer gleichmäßigen Verteilung pro Kopf würde nun auch die ursprünglich ausgeschlossenen Enkel erfassen. Eine solche Lösung würde dem Schutzzweck der Sittennorm Rechnung tragen, den übrigen Bedachten den ihnen zugedachten Anteil nicht völlig aus der Hand schlagen und insofern auch den Erblasserwillen zumindest in Teilen respektieren. Dieses Ergebnis ist einer Gesamtnichtigkeit vorzuziehen.<sup>628</sup>

Vorbilder für eine solche Rechtsfolge findet man in den südafrikanischen Fällen diskriminierender *trusts*, in denen die problematischen Kriterien aus den Bestimmungen entfernt wurden.<sup>629</sup> Auch das englische Recht kennt eine ähnliche Rechtsfolge. So ist nach section 193 (4) des englischen *Equality Act* das Differenzierungskriterium der Hautfarbe in *charities* schlicht zu ignorieren.<sup>630</sup> Nun existieren in Südafrika und England gesetzliche Grundlagen für einen solchen Eingriff in die Bestimmungen eines *trust* oder eines *charitable*

---

auch kein gesetzlicher Anknüpfungspunkt für eine „Umverteilung“ auf diese Person (§ 2088 oder § 2089 BGB führen nicht weiter). Kritisch zur Figur der quantitativen Teilnichtigkeit in anderem Zusammenhang u.a. Zimmermann, Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, 200. Siehe auch oben Kapitel 2 – E.II.3.b) (315). Vgl. auch *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 244.

<sup>627</sup> Siehe oben Kapitel 2 – E.II.3.b) (315).

<sup>628</sup> Zu den Argumenten rund um eine solche teleologische Reduktion auch oben Kapitel 2 – E.II.3.b) (315).

<sup>629</sup> Dazu oben Kapitel 3 – C.I.3. (348). Vgl. auch *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 100. In der Entscheidung *King v De Jager* (die allerdings keinen *trust* zum Gegenstand hatte) waren die Richter uneins bzgl. der Rechtsfolge, vgl. oben Kapitel 3 – C.II.3. (357).

<sup>630</sup> Siehe dazu oben Kapitel 3 – B.I.3. (337). Vgl. mit einer Lösung über den damaligen Race Relations Act auch *In Re Harding* [2008] Ch 235, 242 f.

*instrument*.<sup>631</sup> In Deutschland existiert zwar keine vergleichbare Änderungsermächtigung, doch eröffnet der in methodischer Hinsicht anerkannte Weg über eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB eine entsprechende Rechtsfolge.<sup>632</sup> Die Nichtigkeitsanktion bleibt auf das sittenwidrige Merkmal beschränkt, weshalb mit Blick auf die Rechtssicherheit keine völlig ungebundenen Spielräume entstehen. Diese Vorgehensweise bietet für all jene Fälle eine adäquate Lösung, in denen der Erblasser auf pauschale Weise nach Diskriminierungsmerkmalen differenziert.

Sieht ein Erblasser allerdings individuelle Zuwendungen in unterschiedlicher Höhe vor, so führt – falls die Verfügung nach obigen Maßstäben überhaupt sittenwidrig wäre – die Orientierung am Schutzzweck nicht weiter. Hat der Erblasser bspw. einen seiner drei Enkel in entwürdigender und sittenwidriger Weise aufgrund seiner Hautfarbe von einer Erbfolge ausgeschlossen, die anderen beiden aber mit 60 und 40 Prozent zu Erben eingesetzt, so gibt es keinen Ansatzpunkt für eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsfolge. Denn weder kann das Diskriminierungsmerkmal isoliert gestrichen werden, noch existiert ein einheitlicher Verteilungsmaßstab, der auf die ausgeschlossene Person übertragen werden könnte.<sup>633</sup> In solchen Fällen, in denen eine teleologische Reduktion anhand des Schutzzwecks nicht möglich ist, muss es daher bei der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit bleiben.<sup>634</sup> Hier versagt die Rechtsordnung der letztwilligen Verfügung wegen Verstoßes gegen die grundgesetzliche Wertordnung gänzlich die Anerkennung – selbst wenn dies in einzelnen Fällen schutzzweckwidrig erscheinen kann. § 138 Abs. 1 BGB ist ein Nichtigkeitsgrund, kein Rechtsinstrument zur freien richterlichen Neugestaltung einer letztwilligen Verfügung.

Alle dargestellten Lösungswege bringen gewisse Schwierigkeiten mit sich. Der Konflikt zwischen Testierfreiheit und Gleichheit (in Gestalt der Diskriminierungsverbote) lässt sich im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB nicht pau-

---

<sup>631</sup> Section 13 des südafrikanischen Trust Property Control Act sowie section 193 (4) des englischen Equality Act.

<sup>632</sup> Es sei noch angemerkt, dass die diskriminierenden Bestimmungen in der südafrikanischen Leitentscheidung *Syfrets Trust Ltd* nicht auf Basis des Trust Property Control Act, sondern auf Grundlage der public policy gestrichen wurden. Auch hier blieb die Unwirksamkeitsfolge auf die problematischen Merkmale beschränkt. Siehe diesbzgl. zum Aspekt der Rechtsfortbildung die Anmerkungen bei *Du Toit*, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), 97, 130. Vgl. nun auch *Wilkinson v Crawford* [2021] ZACC 8, Ziffer 100 (Anlehnung an die pronon-scripto-Regel aus dem Recht letztwilliger Bedingungen).

<sup>633</sup> Vgl. kritisch auch *De Waal*, in: Bill of Rights Compendium, Ziffer 3G9; *Du Toit*, Stellenbosch LR 12 (2001), 222, 244.

<sup>634</sup> Vgl. zur Nichtigkeit als verbreitetem Baustein des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts auch *Grünberger*, Personale Gleichheit, 754 ff.

schal und ohne Friktionen auflösen.<sup>635</sup> Daher muss sich die Rechtsfolge – wie gezeigt – am Einzelfall orientieren. In den seltenen Ausnahmefällen, in denen sich die Frage nach der Rechtsfolge überhaupt stellt, besteht die Herausforderung darin, einerseits den durch Art. 3 Abs. 3 GG geprägten Schutzzweck der Sittennorm zur Geltung zu bringen, andererseits aber trotz verfassungsrechtlicher Überlagerung eine freie richterliche Nachlassverteilung nach Billigkeits-erwägungen zu verhindern und im Interesse der Rechtssicherheit methodisch stringente Wege zu beschreiten.

---

<sup>635</sup> Vgl. allgemein auch *Auer*, Materialisierung, 169 („unauflösbare[r] Gegensatz zwischen Rücksichtnahme und Freiheit im Privatrechtsverkehr“).

## Ergebnisse und Thesen

Die Arbeit hat drei Konstellationen näher untersucht, die in Deutschland als Fallgruppen der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen behandelt werden: die Zurücksetzung naher Angehöriger (Stichwort: Geliebtentestament), Potestativbedingungen sowie diskriminierende Verfügungen. Ausgangspunkt des Rechtsvergleichs mit England und Südafrika war die Frage, welche Faktoren die rechtliche Auflösung des Spannungsfeldes zwischen Testierfreiheit und grundlegenden Wertvorstellungen bestimmen und anleiten. Insbesondere sollte ergründet werden, ob die zwischen den drei Rechtsordnungen unterschiedliche Handhabung vergleichbarer Sachverhalte vor allem auf divergierende Wertvorstellungen zurückzuführen ist oder inwieweit andere Faktoren eine Rolle spielen, die mit der Bewertung der inhaltlichen Anstößigkeit nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

Der unterschiedliche Umgang mit „Geliebtentestamenten“ lässt sich bei genauer Betrachtung weder auf signifikant andere Vorstellungen von Ehe, Familie und Sexualmoral zurückführen, noch lässt er sich auf ein traditionell anderes Verständnis von Testierfreiheit und Familienerbfolge stützen. Derartige Gestaltungen hielt man nicht nur in Deutschland für anstößig. Doch fand diese Wertung in England und Südafrika keinen vergleichbaren rechtlichen Niederschlag. Anders als in Deutschland kam es dort nicht zu einer sittenbasierten richterlichen Erweiterung der familiären Nachlassteilhabe. In Deutschland bot § 138 BGB zu Beginn des 20. Jahrhunderts die geeignete Grundlage, eine schon von lebzeitigen Zuwendungen bekannte Motivkontrolle auf letztwillige Zuwendungen auszudehnen. Nach dem Zweiten Weltkrieg bereitete die Naturrechtsrenaissance einen fruchtbaren Boden, um konservative und religiös konnotierte Vorstellungen von Ehe, Familie und Sexualität noch stärker zur Geltung zu bringen. Äußerungen, die auf die Entstehungszeit des BGB und auf die teilweise Kritik am schematisch ausgestalteten Pflichtteilsrecht zurückgehen, verfestigten sich zu Narrativen über eine deutsche Tradition der Familienerbfolge und gewisse Pietätspflichten des Erblassers. Diese Narrative waren in der Lage, eine Anpassung der Mindestteilhabe über den Weg der Sittenwidrigkeit zu begünstigen. Die Konzeption des Pflichtteils als pauschaler, anlassloser und statusbasierter Anspruch könnte die Überzeugung von einer sittlich gebotenen Familiensolidarität noch zusätzlich gestärkt haben. Das englische Recht kannte im 19. Jahrhundert für lebzeitige Zuwen-

dungen an die außereheliche Geliebte einen ganz ähnlichen Kontrollmaßstab. Doch erstreckte man diesen nicht auf letztwillige Verfügungen. Allgemein erging man sich nicht in vergleichbaren sittlich-moralischen Erwägungen. Man pflegte im 19. Jahrhundert einen sachlich-formalistischen Blick auf das englische Recht, bei dem moralische Erwägungen wenig Raum fanden. Das richterliche Selbstverständnis gebot Zurückhaltung bei wertender Rechtsfortbildung und man lehnte eine Motivkontrolle bei letztwilligen Verfügungen ab. Während in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg die „Wiederverankerung des Rechts in der Sittlichkeit“ propagiert wurde, standen die Zeichen in England auf Deregulierung der Privat- und Intimsphäre und man betonte die Trennung von Recht und Moral.<sup>1</sup>

In England und Südafrika hatte die jeweils nur kurze Zeitspanne unbeschränkter Testierfreiheit dazu geführt, dass sich der Grundsatz der Testierfreiheit mittels historisch unreflektierter Narrative besonders stark im Rechtsbewusstsein der Juristen verankern konnte. Dass es in England und Südafrika zeitweise keinerlei Testierschranken gab, hängt in beiden Ländern aber stärker mit Zufälligkeiten zusammen als mit langer Tradition oder ideologischer Überzeugung von absoluter Verfügungsfreiheit. Das so entstandene (Zerr-)Bild von der typisch englischen bzw. südafrikanischen Testierfreiheit hielt allerdings den einzelnen Richter wohl eher davon ab, die Verfügungsfreiheit eines Erblassers durch moralbasierte Wertentscheidung zu beschränken. Hinzu treten Unterschiede in der Konzeption von englischer *family provision* und südafrikanischem *claim for maintenance* gegenüber dem deutschen Pflichtteilsrecht. Beide fordern mit Bedürftigkeit bzw. mangelhafter Versorgung einen besonderen Grund für die Nachlassteilhabe und setzen auf eine flexible Betrachtung des Einzelfalls. Dies bietet – im Gegensatz zum Pflichtteilsrecht – keine besonders gute Grundlage für den Gedanken, Ehegatte und Kinder hätten ein pauschales sittliches Anrecht auf Teilhabe am Nachlass. Aufgrund der erheblichen richterlichen Spielräume bestand auch gar kein Anlass, die ohnehin flexiblen Regelungen in besonders stoßenden Fällen zu ergänzen.<sup>2</sup> Die unterschiedliche Handhabung von Geliebtentestamenten kann also letztlich mit zufälligen historischen Entwicklungen, rechtspolitischen Entscheidungen und Kompromissen, dem rechtsphilosophischen Hintergrund und Zeitgeist, unterschiedlich ausgeprägter Regulierungsaffinität im Bereich des Privat- und Intimlebens, unerschwelligen und unreflektierten Narrativen sowie konzeptionellen Divergenzen bei der Ausgestaltung zwingender Nachlassteilhabe in Verbindung gebracht werden. All dies führte zu unterschiedlichen Rahmenbedingungen, die einer sittlich-moralisch gefärbten Rechtsprechung in Deutschland einen fruchtbaren, in England und Südafrika dagegen einen eher kargen Boden bereiteten.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Siehe Kapitel 1 – D.II. (91) und Kapitel 1 – D.III. (117).

<sup>2</sup> Siehe Kapitel 1 – D.III. (117).

Die Untersuchung letztwilliger Potestativbedingungen hat ergeben, dass die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen nicht auf divergierende Vorstellungen über die Anstößigkeit einer „Herrschaft aus dem Grabe“ reduziert werden können. Deutschland kennt einen einheitlichen Sittenwidrigkeitsmaßstab für letztwillige Potestativbedingungen, in dessen Rahmen die Verwerflichkeit solcher Anordnungen offen thematisiert wird. Demgegenüber erfassen die Testierschranken der *public policy* und *boni mores* in England und Südafrika nur bestimmte Gestaltungen und die inhaltliche Argumentation fällt spärlicher und formaler aus. Doch stößt man sich in allen drei Rechtsordnungen an der Einflussnahme des Erblassers auf höchstpersönliche Entscheidungen des Bedachten. Dass die rechtliche Würdigung nicht in den gleichen Bahnen verläuft, kann unter anderem auf die unterschiedliche Entwicklung zurückgeführt werden, die die Regeln über letztwillige Bedingungen seit ihrem gemeinsamen Ursprung im römischen Recht erlebten. In Deutschland bildeten sich – befördert durch Systematisierungsimpulse aus dem Schrifttum – einheitliche Beurteilungskriterien heraus. Insbesondere die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts leistete an dieser Stelle entscheidende Beiträge. Den im Schrifttum etablierten Maßstab übernahm die Rechtsprechung sodann auch für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. Die Norm bot in der Konzeption, die ihr der BGB-Gesetzgeber verliehen hatte, eine gute Grundlage, um die moralischen Bedenken, die man zur Jahrhundertwende gegenüber Ehe- und Religionsbedingungen in besonderem Maße gehegt hatte, zur Geltung zu bringen.<sup>4</sup> Nach England gelangten die Regeln des römischen Rechts über die kirchlichen Gerichte. Sie verfestigten sich dort im Rahmen der *public policy* zu bindenden Rechtssätzen. Einer Ausdehnung und Fortbildung der Maßstäbe stand neben dem Grundsatz des *stare decisis* eine grundlegende Zurückhaltung gegenüber dem Instrument der *public policy* entgegen, die sich im 19. Jahrhundert in ein formalistisches Rechtsverständnis und die postulierte Trennung von Recht und Moral einfügen konnte. Die weniger moralisch-wertende Argumentation kann auch auf die konzeptionelle Ausrichtung der *public policy*-Doktrin zurückgeführt werden – diese orientiert sich stärker an gesamtgesellschaftlichen Interessen und rechtlichen Prinzipien als an individuellen Rechtspositionen und moralischen Standards.<sup>5</sup> Mit dem römisch-holländischen Recht gelangten die einschlägigen römisch-rechtlichen Grundsätze nach Südafrika. Die Orientierung am traditionellen römisch-holländischen Recht erlebte im 20. Jahrhundert im Zuge des sog. *bellum juridicum* neuen Aufschwung und man zog Prinzipientreue und Formalismus einer wertenden Rechtsfortbildung vor. Die auf den Einflüssen englischen Rechtsdenkens fußende Skepsis gegenüber *policy*-Erwägungen

---

<sup>3</sup> Siehe Kapitel 1 – D.IV. (141).

<sup>4</sup> Siehe Kapitel 2 – D.III. (241).

<sup>5</sup> Siehe Kapitel 2 – D.IV. (260).

hemmte die Vereinheitlichung und Fortbildung der Regeln über letztwillige Bedingungen zusätzlich.<sup>6</sup> Die historische Entwicklung dieses Rechtsbereichs, das Einwirken von Zeitgeist und Rechtsdenken, Impulse aus der Rechtswissenschaft, Charakteristika der jeweiligen Rechtstradition sowie konzeptionelle Unterschiede zwischen Sittenwidrigkeit, *public policy* und *boni mores* können die Unterschiede in der Handhabung letztwilliger Bedingungen letztlich plausibler machen als unterschiedliche Vorstellungen über die inhaltliche Anstößigkeit solcher Gestaltungen.<sup>7</sup>

Der rechtsvergleichende Blick auf Fälle letztwilliger Diskriminierung zeigt, dass man den Diskriminierungsverboten in Südafrika größeres Gewicht gegenüber der Testierfreiheit einräumt als in Deutschland und England. Testamente, deren Wirkung sich im rein Privaten (insbesondere innerhalb der Familie) erschöpft, waren in allen drei Rechtsordnungen von Diskriminierungsverboten lange Zeit unbehelligt geblieben. Man bekannte sich zu einem von Gleichheitserwägungen unangefochtenen Bereich privater Gestaltungsfreiheit. Demgegenüber wurden diskriminierende Bestimmungen in *charitable trusts* in England und Südafrika mitunter verworfen. Südafrikanische Gerichte legten hier vor allem dann einen strengeren Maßstab an, wenn die Vergabe der privaten *trust*-Mittel über eine öffentliche Institution wie bspw. eine Universität erfolgte. Die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen fällt in England merklich geringer aus als in Südafrika und auch die inhaltliche Auseinandersetzung mit den diskriminierenden Bestimmungen erscheint eher knapp und nüchtern. In Deutschland spielen Fälle letztwilliger Verfügungen, die einem guten Zweck verschrieben werden und merkmalsbezogen differenzieren, rechtsvergleichend aber die geringste Rolle. Die Unterschiede hinsichtlich Anzahl und Sichtbarkeit der Fälle können unter anderem mit der historischen Entwicklung privater Gemeinwohlförderung sowie unterschiedlich ausgestalteten staatlichen und gerichtlichen Kontrollmechanismen in Verbindung gebracht werden. So wirken bspw. die ausgeprägten Einflussmöglichkeiten der deutschen Stiftungsbehörden wie eine Art Filter für problematische Stiftungssatzungen.<sup>8</sup> Die Fälle der *charitable trusts* lassen allerdings auch inhaltlich erkennen, dass südafrikanische Gerichte den Diskriminierungsverboten eine herausgehobene Stellung einräumen. Noch deutlicher zeigt sich dies daran, dass der *Constitutional Court* nun in einer aktuellen Entscheidung eine testamentarische Anordnung für mit den Diskriminierungsverboten unvereinbar hielt, die keinerlei Öffentlichkeits- oder Gemeinwohlbezug aufwies. Das Gericht nahm bewusst Abstand von der bislang rechtsordnungsübergreifend konstatierten Präponderanz der Testierfreiheit in der privaten Sphäre. Die Unterschiede zu Deutschland und England, die an

---

<sup>6</sup> Siehe Kapitel 2 – D.V. (275).

<sup>7</sup> Siehe Kapitel 2 – D.VI. (286).

<sup>8</sup> Siehe Kapitel 3 – D.II.2. (375).

dieser Stelle besonders deutlich zutage treten, lassen sich verknüpfen mit dem jeweiligen Verfassungsverständnis, der Horizontalwirkung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote, der Ausgestaltung des einfachgesetzlichen Nichtdiskriminierungsrechts sowie dem gesellschaftlichen Kontext. So ist die Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote in der südafrikanischen Verfassung ausdrücklich normiert, wohingegen der deutsche Art. 3 GG wohl nur in besonderen Ausnahmefällen Drittwirkung entfaltet. In England stellt sich die Frage der Privatrechtswirkung verfassungsrechtlicher Rechtspositionen mangels eines geschriebenen Grundrechtskatalogs gar nicht in vergleichbarer Weise. Auch der Anwendungsbereich der Anti-Diskriminierungsgesetze ist unterschiedlich weit gefasst. Gerade für Südafrika sind die Ausrichtung der Verfassung (*transformative constitutionalism*), die Ausgestaltung der Diskriminierungsverbote sowie deren richterliche Handhabung vor dem Hintergrund der jüngeren Geschichte des Landes zu betrachten. Die nach gesellschaftlichem Wandel strebende südafrikanische Verfassung entstand aus dem Bruch mit der Apartheid und wird vom Wunsch getragen, noch immer bestehende Benachteiligungen zu beseitigen und mehr Gleichberechtigung zu schaffen. Der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung ist in Südafrika nicht eine Wertvorstellung unter vielen, sondern bildet das Fundament der Verfassung und stellt daher ein zentrales gesellschaftliches und rechtliches Leitprinzip dar. Dieser historische und gesellschaftliche Kontext verleiht den Diskriminierungsverboten besondere Strahlkraft und führt auch in der Abwägung mit der Testierfreiheit dazu, dass die Gewichte anders verteilt werden als in Deutschland oder England.<sup>9</sup>

Führt man sich die Verschiedenheit der drei Fallgruppen und die jeweils beobachteten multifaktoriellen Zusammenhänge vor Augen, so verbietet sich eine eindimensionale Antwort auf die eingangs gestellte Frage, ob die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen vor allem auf divergierenden Wertvorstellungen beruhen („andere Länder, andere Sitten“). Manche Unterschiede können durchaus darauf gestützt werden, dass man der Testierfreiheit oder den damit kollidierenden Werten unterschiedlich viel Bedeutung und Gewicht beimisst. Dies wird besonders deutlich beim Blick auf Fälle letztwilliger Diskriminierung. Vor dem Hintergrund der südafrikanischen Geschichte und massiver gesellschaftlicher Ungleichgewichte heben die Gerichte dort den Grundsatz der Nichtdiskriminierung besonders hervor und sind bereit, die Testierfreiheit entsprechend einzuschränken. Demgegenüber scheinen gerade englische Richter vergleichsweise große Hemmungen zu haben, den Grundsatz der Testierfreiheit zu beschränken. Spätestens wenn man aber die beiden anderen Fallgruppen hinzunimmt, ergibt die Zusammenschau der drei Konstellationen, dass für die beobachteten Unterschiede an auffallend vielen Stellen Faktoren verantwortlich gemacht werden können, die mit den einschlägi-

---

<sup>9</sup> Siehe Kapitel 3 – D.III. (384).

gen Wertvorstellungen und dem Maß der jeweils empfundenen Anstößigkeit zunächst wenig zu tun haben. Von Bedeutung sind dabei historische (teils zufällige) Entwicklungen und darauf beruhende Pfadabhängigkeiten, der rechtsphilosophische Zeitgeist und unterschiedlich geartete Impulse aus der Rechtswissenschaft, unreflektierte Narrative und Kontinuitäten, gesetzgeberische Gestaltungsentscheidungen und deren Folgen, Unterschiede in Konzeption und Handhabung vordergründig ähnlicher Rechtsinstrumente, das jeweilige Verfassungsverständnis und die Reichweite der dort verankerten Rechte in Privatrechtsbeziehungen und schließlich auch allgemeine Charakteristika einer Rechtsordnung wie der Grundsatz des *stare decisis* oder die Architektur der südafrikanischen Mischrechtsordnung. Wenngleich einige dieser Aspekte nur unterschwellig mitschwingen, bilden sie doch alle zusammen einen rechtlichen Kontext und Rahmen, der die Art und Weise, wie die einschlägigen Wertvorstellungen in rechtliche Bahnen überführt werden, in vielerlei Hinsicht prägt.<sup>10</sup> Bei aller Vielschichtigkeit kann aus der Gesamtbetrachtung also das Résumé gezogen werden, dass die beobachteten Unterschiede weniger in signifikant divergierenden Wertvorstellungen begründet liegen, sondern stärker auf verschiedenartige Einflüsse aus dem jeweiligen rechtlichen Kontext zurückzuführen sind.

Der Befund, dass sich die zugrunde liegenden Wertvorstellungen und Anschauungen in weiten Teilen ähneln, muss letztlich nicht erstaunen. Schließlich sind die drei Rechtsordnungen durch ihre rechtlichen, kulturellen und religiösen Wurzeln in mancherlei Hinsicht verbunden – für Südafrika gilt dies zumindest hinsichtlich seines aus römisch-holländischem und englischem Recht entstandenen *common law*. Trotz aller Divergenzen sind die Rechtsordnungen hinsichtlich ihres Ursprungs und ihrer wesentlichen Grundwerte letztlich Ausdruck einer gemeinsamen (europäischen) Rechtstradition.<sup>11</sup> Und obwohl grundsätzlich ähnliche Überzeugungen und Vorstellungen bestehen, weist doch jede Rechtsordnung Charaktermerkmale und Eigenheiten auf, die einen jeweils eigenen rechtsordnungsspezifischen Kontext bilden. Wenngleich diese Bemerkungen trivial erscheinen mögen, kann die Erkenntnis über

---

<sup>10</sup> Allgemein zur Bedeutung des Kontextes *Kischel*, Rechtsvergleichung, 187 f. und 241 f. Vgl. auch *Dannemann*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 390, 417 f.

<sup>11</sup> Vgl. zur europäischen Rechtstradition und ihren Verbindungslinien *Zimmermann*, *JZ* 2007, 1, 11 f. („auch das englische *common law* als Ausprägung einer europäischen Rechtstradition“); *Zimmermann*, *England und Deutschland: Unterschiedliche Rechtskulturen?*, 33 ff. Zu europäischer und westlicher Rechtskultur *Mankowski*, *Rechtskultur*, 514 ff. Mit Blick auf das Erbrecht *Zimmermann*, *JZ* 2016, 321, 331; *Kroppenberg*, in: *HWBEuP* Bd. I, 416, 418; *Leipold*, in: *FS Söllner*, 647, 650 f. Siehe auch den englisch-französischen Rechtsvergleich *Lloyd*, *Public Policy*, 151: „There exists in fact a substantial common element [...] which derives from the common social and moral foundations [...] A common civilisation has thus proved too strong a link to be dissolved by national or local differences [...]“.

die Wirkmächtigkeit des größeren Kontextes doch das Bewusstsein dafür fördern, dass der Übersetzungsvorgang von einer allgemeinen gesellschaftlichen oder rechtlichen Wertung hin zu einer konkreten rechtlichen Lösung mit einer Vielzahl verschiedener Einflüsse verbunden ist. Dieses Erkenntnis sollte Anreiz sein, sich den jeweiligen rechtlichen und gesellschaftlichen Hintergrund der Sittenwidrigkeits-Rechtsprechung genau vor Augen zu führen, um fortgeschleppte Dikta und möglicherweise überholte Kontinuitäten hinterfragen zu können. Gleichzeitig sollte sie dazu anspornen, bei Wertentscheidungen im Rahmen einer Generalklausel wie § 138 Abs. 1 BGB eine möglichst unverhüllte Abwägung vorzunehmen, die die tangierten Werte, Rechtspositionen und Abwägungskriterien offenlegt und so die Rechtsfindung zugänglich und transparent macht. Dabei ist der Rückgriff auf verfassungsrechtliche Wertungen nicht nur erforderlich, sondern auch hilfreich. Zwar hält das Grundgesetz keine konkreten Lösungen, sondern allenfalls einen äußeren Rahmen bereit. Doch bietet es in geeigneten Fällen durchaus Orientierung für den Abwägungsprozess: Die Verfassung benennt wesentliche Grundwerte und Rechtspositionen und das Verfassungsrecht liefert mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der praktischen Konkordanz ein methodisches Gerüst auch für grundrechtlich informierte Abwägungen im Privatrecht.

Gleichzeitig wird deutlich, wie bedeutsam der Blick auf den größeren Kontext für einen aussagekräftigen Rechtsvergleich ist.<sup>12</sup> Entstehungsgeschichte und rechtliches Umfeld der untersuchten Regelungen und der jeweilige Hintergrund der betrachteten Gerichtsentscheidungen konnten die rechtsvergleichenden Gemeinsamkeiten und Unterschiede plausibel machen und erklären, warum die drei Rechtsordnungen ähnliche Lebenssachverhalte verschieden handhaben. Dies führt auf die These von der besonderen kulturellen Prägung des Erbrechts zurück, die letztlich den Nutzen erbrechtlich-rechtsvergleichender Untersuchungen in Frage stellt. Dabei ist die kulturelle Prägung des Erbrechts im Grundsatz eine Selbstverständlichkeit. Recht ist stets in gewisser Weise kulturell geprägt – es ist selbst Teil der Kultur.<sup>13</sup> Daher sind pauschale Aussagen über den so schillernden Begriff der „kulturellen Prägung“ schon grundsätzlich mit Vorsicht zu genießen.<sup>14</sup> Doch hätte man – wie eingangs erwähnt – zumindest vermuten können, dass eine kulturelle Prägung gerade dort offenbar wird, wo das Erbrecht Einfallstore für grundlegende Wertvorstellungen bietet. Die Untersuchung hat jedoch ergeben, dass

---

<sup>12</sup> Vgl. auch *Kischel*, Rechtsvergleichung, 187 f. und 241 f.

<sup>13</sup> Vgl. *Kohler*, Das Recht als Kulturerscheinung, 5; *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 81; *Michaels*, in: HWBEuP Bd. II, 1255, 1256; *Mankowski*, Rechtskultur, 5; *Zimmermann*, JZ 2016, 321, 331. Vgl. auch *Pintens*, FamRZ 2003, 329, 331; *Zimmermann*, JZ 2007, 1, 2 f.

<sup>14</sup> Vgl. im Zusammenhang mit dem Begriff der Rechtskultur *Michaels*, in: HWBEuP Bd. II, 1255, 1255 ff.; *Mankowski*, Rechtskultur, 1 ff. und 521. Vgl. auch *Zimmermann*, JZ 2007, 1, 1 ff.; *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 81.

die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen teilweise auf unreflektierten Kontinuitäten, historischen Zufälligkeiten und Pfadabhängigkeiten fußen. Diese würde man wohl kaum als spezifischen Ausdruck einer bestimmten Kultur betrachten. Andere Einflussfaktoren – wie die unterschiedliche Konzeption und Handhabung von Sittenwidrigkeit, *public policy* und *boni mores*, den Grundsatz des *stare decisis* oder den verfassungsrechtlichen Kontext – kann man dagegen durchaus als Merkmale einer Rechtskultur bezeichnen (wenngleich auch dieser Begriff Unschärfen mit sich bringt).<sup>15</sup> Doch sind dies keine Spezifika des jeweiligen Erbrechts, sondern allgemeine Charaktermerkmale einer Rechtsordnung bzw. Rechtstradition. Ähnliches zeigt sich auch beim Blick auf das südafrikanische *customary law*, das doch deutlich andere kulturelle Wurzeln aufweist. Die traditionellen Rechte der *communities* kannten kein vergleichbares Konzept der Testierfreiheit, weshalb sich auch das Problem eines Spannungsfeldes mit kollidierenden Wertungen nicht stellte. Daher ließ sich das *customary law* nicht in gleicher Weise in die vergleichende Betrachtung einbeziehen. Doch liegt auch dies nicht an einer spezifischen Prägung des Erbrechts – auch andere Rechtsbereiche des *customary law* sind Ausdruck dieser Rechtstradition.<sup>16</sup> Und dennoch ist die Betrachtung des *customary law* erkenntnisreich – unter anderem indem sie Berührungspunkte mit dem südafrikanischen *common law* offenbart hat, die auf die allmähliche Verschmelzung der verschiedenen Säulen der südafrikanischen Rechtsordnung zu einer verbundenen Gesamtarchitektur hindeuten. Im Rahmen der kritischen Würdigung des deutschen Rechts hat sich die Arbeit so dann bemüht, Erkenntnisse der rechtsvergleichenden Analyse überall dort einfließen zu lassen, wo es möglich und zielführend erschien. Dass dabei nicht alle Aspekte des deutschen Diskurses rechtsvergleichend erörtert werden konnten, liegt nicht an kulturell bedingten divergierenden Sichtweisen auf den jeweiligen Lebenssachverhalt. Gewisse Fragen werden in England und Südafrika schlicht weniger intensiv diskutiert; an mancher Stelle erschweren auch historische Pfadabhängigkeiten, unterschiedliche Konzeptionen oder allgemeine Charakteristika einer Rechtsordnung den direkten Vergleich. Letztlich hat sich die These von der besonderen kulturellen Prägung des Erbrechts nicht als Hürde für die rechtsvergleichende Betrachtung anstößiger letztwilliger Verfügungen erwiesen.

Die mit Blick auf das deutsche Recht wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden abschließend in Thesenform dargestellt:

---

<sup>15</sup> Vgl. zu Rechtskultur und Verfassungskultur bspw. *Mankowski*, Rechtskultur, 41 ff. Vgl. zur manchmal problematischen Verknüpfung von Rechtskultur und Nationalstaat *Basedow*, ZEuP 1996, 379, 380 f.; *Michaels*, in: HWBEuP Bd. II, 1255, 1257; *Zimmermann*, JZ 2016, 321, 331. Vgl. auch *Kischel*, Rechtsvergleichung, 238 f.

<sup>16</sup> Vgl. *Pienaar*, in: Introduction to Legal Pluralism, 117, 119 ff. (law of property); *Bekker/Rautenbach*, in: Introduction to Legal Pluralism, 145, 147 ff. (law of contract).

1. Der BGH hat in Sachen Geliebtentestament seine sittenstrenge Rechtsprechungslinie inklusive der problematischen Beweislastumkehr aufgegeben. Dennoch konnten sich die Gerichte bis zuletzt nicht zu einer gänzlichen Abkehr von der damaligen Rechtsprechung durchringen und halten so die Tür zur Sittenwidrigkeit offen. Bei letztwilligen Zuwendungen an einen außerehelichen Partner oder eine sonstige familienfremde Person lässt sich eine Sittenwidrigkeit aber weder über ein verwerfliches Motiv des Erblassers, noch über die wirtschaftlichen oder ideellen Auswirkungen auf die zurückgesetzten Angehörigen begründen.<sup>17</sup>
2. Die immer noch präsenste Annahme, eine letztwillige Verfügung sei sittenwidrig, sofern sie ausschließlich als Belohnung oder Anreiz für geschlechtliche Hingabe diene, geht auf einen Sanktionsgedanken zurück, den man eigentlich schon verworfen hatte. Dieser Maßstab ist nicht zuletzt durch die Wertung des ProstG inzwischen inhaltlich überholt und widerspricht dem von der Rechtsprechung betonten Grundsatz, es sei unerheblich, aus welchen Gründen ein Erblasser von der gesetzlichen Erbfolge abweiche.<sup>18</sup>
3. Ebenfalls abzulehnen ist die Beurteilung der Sittenwidrigkeit anhand der wirtschaftlichen Auswirkungen der letztwilligen Verfügung – insbesondere mittels der Frage, ob der Lebensunterhalt der zurückgesetzten Angehörigen gesichert ist. Ein solches Vorgehen würde über § 138 BGB faktisch einen postmortalen Unterhaltsanspruch schaffen, der durch (Teil)Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung und gesetzliche Erbfolge einem dinglichen Noterbrecht gleichkäme, sich aber an der jeweiligen Bedürftigkeit orientiert. Dies steht in Widerspruch zur gesetzgeberischen Konzeption des Pflichtteils als pauschalem schuldrechtlichem Wertanspruch.<sup>19</sup>
4. Auch ideelle Auswirkungen auf die zurückgesetzten Angehörigen sollten außer Betracht bleiben. So genießen Erberwartungen bezüglich familiärer Erinnerungsstücke keinen besonderen rechtlichen Schutz. Das Verhältnis von Testierfreiheit und Familienerbfolge wird bei einer Zurücksetzung naher Angehöriger durch das Pflichtteilsrecht in abschließender Weise geregelt. Darüber hinausreichende Relikte der früheren Rechtsprechung zum Geliebtentestament missachten letztlich das Regelungsmodell des BGB.<sup>20</sup>
5. Da zwischen Errichtung des Testaments und Erbfall einige Zeit vergehen kann, ist mit Blick auf tatsächliche Umstände und die maßgeblichen Wertvorstellungen der Beurteilungszeitpunkt der Sittenwidrigkeit von Bedeutung. Die Rechtsprechung stellt auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung ab. Diese Auffassung geht letztlich auf jene Entscheidungen

---

<sup>17</sup> Siehe Kapitel 1 – E.I. (146).

<sup>18</sup> Siehe Kapitel 1 – E.I.1. (146).

<sup>19</sup> Siehe Kapitel 1 – E.I.2. (149).

<sup>20</sup> Siehe Kapitel 1 – E.I.3. (152).

zum Geliebtentestament zurück, die eine verwerfliche Gesinnung beim Verfassen des Testaments sanktionierten. Doch sollte § 138 BGB – statt Motive zu sanktionieren – vielmehr danach streben, den Eintritt von Rechtswirkungen zu verhindern, die mit geltenden Rechts- und Wertvorstellungen nicht vereinbar sind. Bei letztwilligen Verfügungen treten die Rechtswirkungen aber erst mit dem Erbfall ein. Daher ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich. Darüber hinaus erscheint ein differenziertes Vorgehen angebracht. Falls im konkreten Einzelfall Motive und Vorstellungen des Erblassers zu würdigen sind, ist diesbezüglich auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu blicken. Änderungen im Wertekanon zwischen Erbfall und gerichtlicher Entscheidung sollten im Interesse von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz nur in krassen Ausnahmefällen Berücksichtigung finden.<sup>21</sup>

6. Für letztwillige Potestativbedingungen bildet der Schutz des Bedachten vor übermäßiger Beeinflussung durch den Erblasser die sachgerechte Ratio einer Sittenwidrigkeitskontrolle. Das Argument, eine bedingte Verfügung könne grundsätzlich nicht sittenwidrig sein, da der Bedachte keinen Anspruch auf die Zuwendung habe und der Erblasser ihn auch hätte ganz enterben können, greift zu kurz. Der Erblasser geht mit einer letztwilligen Potestativbedingung über die bloße Verteilung des Nachlasses hinaus und kann Einfluss auf die persönliche Lebensführung des Bedachten nehmen, wodurch sich diese Konstellation von den Geliebtentestamenten und den Fällen letztwilliger Diskriminierung unterscheidet. Aus diesem Grund erscheint es auch angebracht, wirtschaftliche und emotionale Zwangslagen zu berücksichtigen, die die Selbstbestimmtheit des Bedachten in einem Maße beeinträchtigen können, dass die Rechtsordnung gehalten ist, schützend einzugreifen.<sup>22</sup>
7. Eine reine Abschlusskontrolle, die auf eine ausreichend selbstbestimmte Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft abstellt, bietet keinen ausreichenden Schutz vor Fremdbestimmung. Der gesetzlich bewirkte Sog in die Annahme und die regelmäßige zeitliche Diskrepanz zwischen Annahme und faktischer Konfrontation mit dem Bedingungsregime unterlaufen das gebotene Schutzniveau.<sup>23</sup>
8. Die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Bedingung ist im Wege einer umfassenden Abwägung zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Entscheidungsfreiheit des Bedachten zu beurteilen (bspw. in Gestalt seiner Eheschließungs- oder Religionsfreiheit). Der in Rechtsprechung und Schrifttum geläufige Begriff des unzumutbaren Drucks ist dabei geeignet, den Konflikt der betroffenen Rechtspositionen und Interessen privatrecht-

---

<sup>21</sup> Siehe Kapitel 1 – E.II. (155).

<sup>22</sup> Siehe Kapitel 2 – E.I. (289).

<sup>23</sup> Siehe Kapitel 2 – E.I.2.b) (297).

lich zu operationalisieren. An einen solchen Druck sind hohe Anforderungen zu stellen: Zum einen muss der Bedachte ein manifestes Interesse daran haben, sich entgegen der Bedingung zu entscheiden. Zum anderen muss das Bedingungsgefüge in Verbindung mit dem Nachlass nahezu Zwangswirkung vermitteln. Das Erblassemotiv kann als Kriterium gewürdigt werden, darf aber nicht dazu führen, dass die erkennbaren Auswirkungen der letztwilligen Verfügung völlig in den Hintergrund treten.<sup>24</sup>

9. Die Rechtsfolge sittenwidriger letztwilliger Bedingungen sollte sich am Schutzzweck der verletzten Sittennorm orientieren (Schutz des Bedachten vor übermäßiger Beeinflussung). Die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB ist teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass nur die Bedingung gestrichen wird, der Rest der Verfügung (z.B. Erbeinsetzung oder Vermächtnis) aber bestehen bleibt. Dies hat nicht nur in historischer wie rechtsvergleichender Hinsicht zahlreiche Vorbilder, sondern führt insbesondere zu Kongruenz mit dem angelegten Maßstab des unzumutbaren Drucks auf die Freiheitssphäre des Bedachten. Dadurch vermeidet diese Lösung Rechtsunsicherheit und Wertungswidersprüche. Zu genau diesen Problemen kann aber die von der Rechtsprechung bemühte ergänzende Testamentsauslegung führen. Konstitutionalisierungs- und Materialisierungstendenzen in der Privatrechtsordnung stützen den stärkeren Fokus auf die Freiheitsrechte des Bedachten zusätzlich. Zusammen rechtfertigen all diese Erwägungen auch eine Abkehr von der Entscheidung des historischen Gesetzgebers für eine Gesamtnichtigkeit der bedingten Verfügung.<sup>25</sup>
10. Bei der Beurteilung einer Sittenwidrigkeit wegen letztwilliger Diskriminierung ist weder von einem absoluten Vorrang der Testierfreiheit auszugehen (Vorrangmodell), noch von einer grundsätzlichen Rechtfertigungspflicht des Erblassers bei Berührung der Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG (Rechtfertigungsmodell). Eine allgemeine Rechtfertigungspflicht wäre im Erbrecht weder sachgerecht noch praxistauglich und würde der Bedeutung der Testierfreiheit nicht gerecht. Eine Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote ist daher in erbrechtlichen Konstellationen nur in besonderen Ausnahmefällen anzunehmen (Tatbestandsmodell).<sup>26</sup>
11. Die Arbeit nähert sich derartigen Ausnahmefällen an, indem sie zunächst versucht, die von Seiten des BVerfG entwickelten Kriterien einer Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG auch für die Drittwirkung der Diskriminierungsverbote in erbrechtlichem Kontext fruchtbar zu machen: eine faktische Machtstellung des Differenzierenden, die Bedeutung der versagten Leistung für die gesellschaftliche Teilhabe sowie der Öffentlichkeitsbezug der Auswahlentscheidung. Von diesen Kriterien ist allenfalls

---

<sup>24</sup> Siehe Kapitel 2 – E.I.2.c) (298).

<sup>25</sup> Siehe Kapitel 2 – E.II. (303).

<sup>26</sup> Siehe Kapitel 3 – E.I. (408).

der Öffentlichkeitsbezug einer letztwilligen Verfügung geeignet, eine Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote auszulösen. Findet die merkmalsbezogene Auswahl in einem (privatautonom hergestellten) öffentlichen Kontext statt, in dem sie über gesellschaftliche Teilhabe entscheidet und dadurch ein soziales Machtgefälle vermittelt, ist eine Abwägung zwischen Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten angezeigt.<sup>27</sup>

12. In der privaten Sphäre sollte dagegen zurückhaltend mit der Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote umgegangen werden. Der BGH stellt darauf ab, ob die letztwillige Verfügung geeignet und darauf gerichtet ist, den Betroffenen nachhaltig in seiner Würde herabzusetzen.<sup>28</sup> Um diese Formel weiter zu konkretisieren, lohnt der Blick auf eine aktuelle Entscheidung des südafrikanischen *Constitutional Court*. Dort hielt man für entscheidend, dass die Differenzierung nach dem Geschlecht letztlich Personen traf, die der Erblasser nicht persönlich kannte. Da in solchen Fällen offensichtlich ist, dass die Differenzierung ausschließlich auf Grundlage eines verpönten Merkmals erfolgte, erscheint die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG und damit die Forderung nach einem sachlichen Grund sachgerecht. Gleichwohl ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass in besonderen Einzelfällen eine Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote auch möglich ist, wenn der Erblasser die betroffenen Personen kannte. Bejaht man die Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG, so bildet die Frage nach dem sachlichen Grund den Anknüpfungspunkt für eine Abwägung, in deren Rahmen alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen sind, darunter die Auswirkungen des Testaments, die Intensität der Würdeverletzung sowie die Willensrichtung des Erblassers.<sup>29</sup>
13. Letztwillige Bedingungen sind gesondert zu betrachten. In Dreiecksverhältnissen, in denen der Erblasser die Erbenstellung des Adressaten an das Merkmal einer dritten Person knüpft, ist Art. 3 Abs. 3 GG nach seinem Wortlaut streng genommen gar nicht anwendbar. Denn der Adressat wird nicht wegen „seines“ Geschlechts, „seiner“ Abstammung etc. benachteiligt. Eine Sittenwidrigkeit ist hier allenfalls in besonderen Ausnahmefällen anzunehmen, in denen die Gestaltung unabhängig von einer Horizontalwirkung des Art. 3 GG in eklatanter Weise gegen die geltende Rechts- und Sozialmoral verstößt. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt bei letztwilligen Bedingungen weniger in der merkmalsbasierten Herabwürdigung des Adressaten oder einer dritten Person, sondern viel-

---

<sup>27</sup> Siehe Kapitel 3 – E.II.1.a) (415).

<sup>28</sup> Siehe Kapitel 3 – E.II.1.b) (419).

<sup>29</sup> Siehe Kapitel 3 – E.II.1.c) (421).

- mehr in der Beeinflussung der persönlichen Lebensführung. Dem kann mittels einer freiheitsrechtlichen Abwägung Rechnung getragen werden.<sup>30</sup>
14. In den seltenen Fällen einer Sittenwidrigkeit wegen letztwilliger Diskriminierung stellt sich die schwierige Frage nach der Rechtsfolge. Weder die Gesamtnichtigkeit der letztwilligen Verfügung noch die Orientierung am hypothetischen Erblasserwillen oder am Schutzzweck der Sittennorm sind in der Lage, für sämtliche Konstellationen friktionsfrei Abhilfe zu schaffen. Für all jene Fälle, in denen ein Erblasser auf pauschale Weise nach Diskriminierungsmerkmalen differenziert, bietet die Ausrichtung am Schutzzweck der Sittennorm (Schutz vor diskriminierender Benachteiligung) eine geeignete Lösung. Dabei ist die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB teleologisch zu reduzieren, sodass lediglich das diskriminierende Merkmal aus der Verfügung gestrichen wird. In allen übrigen Fällen muss es bei der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit bleiben.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Siehe Kapitel 3 – E.II.2. (424).

<sup>31</sup> Siehe Kapitel 3 – E.III. (425).



## Literaturverzeichnis

- Abraham, Hans Jürgen*: Die Doktrin der Public Policy, AcP 150 (1949), S. 385–399.
- Ackermann, Laurie*: Human Dignity: Lodestar for Equality in South Africa, Cape Town 2012.
- Adam, Roman F.*: Möglichkeiten und Grenzen erbrechtlicher Verwirkungsklauseln, MDR 2007, S. 68–70.
- Albery, Michael*: The Inheritance (Family Provision) Act, 1938, London 1950.
- Alexy, Robert*: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.
- Allison, J. W. F.*: A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law, Oxford 1996.
- Andrews, Neil*: English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford 2003.
- Andrews, William*: The Book of Oddities, London 1882.
- Aquilus*: Immorality and Illegality in Contract, SALJ 58 (1941), S. 337–353.
- : Immorality and Illegality in Contract: III. Gambling and Wagering Contracts, SALJ 59 (1942), S. 113–123.
- : Immorality and Illegality in Contract: IV. Contracts in Fraudem Legis, SALJ 59 (1942), S. 333–342.
- Ariès, Philippe*: Die unauflösliche Ehe, in: Ariès, Philippe/Béjin, André (Hrsg.), Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit: Zur Geschichte der Sexualität im Abendland, Frankfurt a. M. 1984, S. 176–196.
- : Liebe in der Ehe, in: Ariès, Philippe/Béjin, André (Hrsg.), Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit: Zur Geschichte der Sexualität im Abendland, Frankfurt a. M. 1984, S. 165–175.
- Armbrüster, Christian*: Zivilrechtliche Folgen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten, NJW 2002, S. 2763–2765.
- Arndts, Ludwig*: Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts und Civilprocesses: Erstes Heft, Bonn 1837.
- Arzt, Gunther*: Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden: Geschichtliche Wurzel, theoretische Begründung und praktische Auswertung, Tübingen 1962.
- Ash, Peter*: Willing to Purchase: A Study in Contract, London 1963.
- Atherton, Rosalind*: New Zealand's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – The Stouts, the Women's Movement and Political Compromise, Otago LR 7 (1990), S. 202–221.
- Atiyah, P. S.*: The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979.
- Auer, Marietta*: Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.
- : Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Neuner, Jörg (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007, S. 27–54.

- Bailey, Derrick Sherwin (Hrsg.): *Sexual Offenders and Social Punishment: Being the evidence submitted on behalf of the Church of England Moral Welfare Council to the Department Committee on Homosexual Offences and Prostitution, with other material relating thereto*, London 1956.
- Bailey, S. H./Ching, Jane/Gunn, M. J./Ormerod, David: *Smith, Bailey and Gunn on the Modern English Legal System*, 4. Aufl., London 2002.
- Bailey-Harris, Rebecca: *Inheritance – human rights: Hand and Another v George and Another* [2017] EWHC 553 (Ch), *Fam Law* 47 (2017), S. 591–592.
- Baker, John: *An Introduction to English Legal History*, 5. Aufl., Oxford 2019.
- Barlow, Francis/Wallington, Richard/Meadway, Susannah/MacDougald, James: *Williams on Wills, Band I: The Law of Wills*, 10. Aufl., London 2014.
- Baron, Julius: *Pandekten*, 9. Aufl., Leipzig 1896.
- Bartholomeyczik, Horst: *Der massgebende Zeitpunkt für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit nichtiger Verfügungen von Todes wegen: Ein Beitrag zum Sinnverständnis des dogmatischen Verhältnisses von Willenserklärung und Rechtsgeschäft*, in: *Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz* (Hrsg.), *Festschrift zum 150jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Zweibrücken*, Wiesbaden 1969, S. 26–68.
- von Bary, Christiane: *Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 05.02.2019, Az. 20 W 98/18, ZEV 2019, S. 215–216.*
- Basedow, Jürgen: *Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal*, ZEuP 1996, S. 379–381.
- Bauer, Andreas: *Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts: Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und soziologische Betrachtung*, Bielefeld 2008.
- Baumann, Alexis: *Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinates: in rechtvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen, österreichischen und französischen Privatrechts*, Coburg 1932.
- Baxter, L. G.: *Civil Litigation and Jura Novit Curia*, SALJ 96 (1979), S. 531–540.
- Beale, Hugh/Pittam, Nicola: *The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law*, in: *Friedmann, Daniel/Barak-Erez, Daphne* (Hrsg.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, S. 131–159.
- Beckert, Jens: *Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts*, Frankfurt a. M. 2004.
- : *Familiäre Solidarität und die Pluralität moderner Lebensformen: Eine gesellschaftstheoretische Perspektive auf das Pflichtteilsrecht*, in: *Röthel, Anne* (Hrsg.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts: Symposium vom 30.11.–2.12.2006 in Salza, Köln, Berlin, München 2007*, S. 1–21.
- : *Erben in der Leistungsgesellschaft*, Frankfurt a. M. 2013.
- beck-online *Grosskommentar*, hrsg. von Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph, München 2021 (zit. als BeckOGK/*Bearbeiter*).
- Beck'scher *Online-Kommentar BGB*, hrsg. von Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 58. Edition, München 2021 (zit. als BeckOK BGB/*Bearbeiter*).
- Beck'scher *Online-Kommentar Grundgesetz*, hrsg. von Epping, Volker/Hillgruber, Christian, 47. Edition, München 2021 (zit. als BeckOK GG/*Bearbeiter*).
- Beinart, B.: *Testamentary Form and Capacity and the Wills Act, 1953*, SALJ 70 (1953), S. 280–298.
- : *Liability of a Deceased Estate for Maintenance*, *Acta Juridica* 1958, S. 92–111.
- : *The Forgotten Widow: Provision by a Deceased Estate for Dependents*, *Acta Juridica* 1965/1966, S. 285–325.

- : The English Legal Contribution in South Africa: The Interaction of Civil and Common Law, *Acta Juridica* 1981, S. 7–63.
- Bekker, J. C.*: Seymour’s Customary Law in Southern Africa, 5. Aufl., Cape Town u.a. 1989.
- : Nature and Sphere of African Customary Law, in: Rautenbach, Christa/Bekker, J. C. (Hrsg.), *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, 4. Aufl., Durban u.a. 2014, S. 17–33.
- Bekker, J. C./Koyana, D. S.*: The Judicial and Legislative Reform of the Customary Law of Succession, *De Jure* 45 (2012), S. 568–584.
- Bekker, Jan C./Rautenbach, Christa*: Law of Contract, in: Rautenbach, Christa (Hrsg.), *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, 5. Aufl., Durban u.a. 2018, S. 145–158.
- Bekker, Jan C./Rautenbach, Christa/Tshivhase, Aifheli E.*: Nature and Sphere of African Customary Law, in: Rautenbach, Christa (Hrsg.), *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, 5. Aufl., Durban u.a. 2018, S. 17–34.
- Bekker, Thino*: The Reemergence of uBuntu: A Critical Analysis, in: Cornell, Drucilla/Muvanga, Nyoko (Hrsg.), *Ubuntu and the Law: African Ideals and Postapartheid Jurisprudence*, New York 2012, S. 377–387.
- Bell, John*: *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford 1983.
- Bell, Mark*: British Developments in Non-Discrimination Law: The Equality Act, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), *Non-Discrimination in European Private Law*, Tübingen 2011, S. 209–231.
- Bennett, T. W.*: The Equality Clause and Customary Law, *SAJHR* 10 (1994), S. 122–130.
- : Customary Law in South Africa, Lansdowne 2004.
- : Ubuntu: An African Equity, *PER/PELJ* 14 (2011), S. 29–61.
- : Application and Ascertainment of Customary Law, in: Rautenbach, Christa/Bekker, J. C. (Hrsg.), *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, 4. Aufl., Durban u.a. 2014, S. 35–53.
- : Comparative Law and African Customary Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl., Oxford 2019, S. 652–680.
- Bennett, T. W./Pillay, A.*: The Natal und KwaZulu Codes: The Case for Repeal, *SAJHR* 19 (2003), S. 217–238.
- Bergmann, Andreas*: Das Rechtsverhältnis zwischen Dirne und Freier: Das Prostitutionsgesetz aus zivilrechtlicher Sicht, *JR* 2003, S. 270–276.
- von Bernstorff, Christoph Graf*: *Einführung in das englische Recht*, 5. Aufl., München 2018.
- Beynon, Helen*: The Private Law of Public Trusts, *MLR* 45 (1982), S. 268–284.
- Bezenberger, Tilman*: Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, *AcP* 196 (1996), S. 395–434.
- Birk, Rolf*: Die Problematik der Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen: Die allgemeine Verwirkungsklausel, *DNotZ* 1972, S. 284–303.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. M. 1991.
- Boehmer, Gustav*: Zur Rechtsform des Pflichtteilsrechts, *AcP* 144 (1938), S. 32–88.
- : Die „guten Sitten“ im Zeichen nationalsozialistischer Familienpflicht, *ZAkDR* 1941, S. 73–74.

- : Erbrecht, in: Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Berlin 1954, S. 401–423.
- Bosch, Friedrich Wilhelm*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.06.1955, Az. IV ZR 80/55, FamRZ 1963, S. 290.
- Bradfield, G. B.*: Christie’s Law of Contract in South Africa, 7. Aufl., Durban u.a. 2016.
- Bradley, A. W./Ewing, K. D./Knight, C. J. S.*: Constitutional and Administrative Law, 17. Aufl., Harlow 2018.
- Breithaupt, Walter*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.02.1968, Az. III ZR 38/65, NJW 1968, S. 936.
- Brinz, Alois*: Lehrbuch der Pandekten, Band IV, 2. Aufl., Erlangen, Leipzig 1892.
- Browder, Olin, Jr.*: Testamentary Conditions against Contest, Michigan LR 36 (1938), S. 1066–1106.
- : Conditions and Limitations in Restraint of Marriage, Michigan LR 39 (1941), S. 1288–1336.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl., München 2018.
- : Erbrecht, 29. Aufl., München 2021.
- Brunnemann, Johann*: Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, 9. Aufl., Wittenberg 1731.
- Büch, Markus*: Das sittenwidrige Stiftungsgeschäft, ZEV 2010, S. 440–445.
- Buckley, R. A.*: Illegality and Public Policy, 3. Aufl., London 2013.
- Bund, Elmar*: Die Fiktion „pro non scripto habetur“ als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio, in: Becker, Walter G./Schnorr von Carolsfeld, Ludwig (Hrsg.), Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970, Berlin 1970, S. 353–380.
- Burgard, Ulrich*: Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht: Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung, Köln 2006.
- Butt, Peter*: Testamentary Conditions in Restraint of Religion, Sydney LR 8 (1977), S. 400–428.
- Cameron, Edwin/De Waal, Marius/Solomon, Peter*: Honoré’s South African Law of Trusts, 6. Aufl., Cape Town 2018.
- von Campenhausen, Axel Freiherr/Stumpf, Christoph*: Stiftungen des öffentlichen Rechts, in: Richter, Andreas (Hrsg.), Stiftungsrecht, München 2019, S. 357–383.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201–246.
- : Wandlungen des Schuldvertragsrechts: Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 273–364.
- Cates, Judith N./Sussman, Marvin B.*: Family Systems and Inheritance, Fam BR 5 (1992), S. 205–226.
- Challinor, Emma*: Debunking the myth of secret trusts?, Conv 2005, S. 492–500.
- Cheadle, Halton*: Application, in: Cheadle, M. H./Davis, D. M./Haysom, N. R. L. (Hrsg.), South African Constitutional Law: The Bill of Rights, 2. Aufl., Durban 2005, Ziffer 3.1–3.7 (23. Lfg. Oktober 2017).
- Church, J.*: Recognition of Customary Law, in: Joubert, W. A./Faris, J. A./Church, J. (Hrsg.), The Law of South Africa, Band XXXII: Indigenous Law, 2. Aufl., Durban 2009, Ziffer 3–6.
- Cockrell, Alfred*: Private Law and the Bill of Rights: A Threshold Issue of “Horizontalty”, in: Mokgoro, Y./Tlakula, P. (Hrsg.), Bill of Rights Compendium, Durban 1998, Ziffer 3A1–3A10 (32. Lfg. Mai 2013).

- Cocks, H. G.*: „Oh, it was Different Then“: Marriage, Sexuality and the Body before the Sixties, *Twentieth Century British History* 22 (2011), S. 114–119.
- Coertze, R. D.*: *Bafokeng Family Law and Law of Succession*, Pretoria 1990.
- Cohen, Jonathan/Hart, H. L. A.*: Symposium: Theory and Definition in Jurisprudence, *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes* 29 (1955), S. 213–264.
- Committee on Homosexual Offences and Prostitution*: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, London 1957.
- Cooper, Davina/Herman, Didi*: Jews and Other Uncertainties: Race, Faith and English law, *Legal Studies* 19 (1999), S. 339–366.
- Corbett, M. M.*: Aspects of the Role of Policy in the Evolution of our Common Law, *SALJ* 104 (1987), S. 52–69.
- Corbett, M. M./Hofmeyr, Gys/Kahn, Ellison*: *The Law of Succession in South Africa*, 2. Aufl., Lansdowne 2001.
- Cox, Noel*: Conditional Gifts and Freedom of Testation: Time for a Review?, *Waikato LR* 9 (2001), S. 24–62.
- Cretney, Stephen M.*: Reform of Intestacy: The Best We Can Do?, *LQR* 1995, S. 77–99.
- : *Law, Law Reform and the Family*, Oxford 1998.
- Dainow, Joseph*: Limitations on Testamentary Freedom in England, *Cornell LQ* 25 (1940), S. 337–360.
- Dannemann, Gerhard*: Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl., Oxford 2019, S. 390–422.
- Däubler, Wolfgang*: Zur aktuellen Bedeutung des Fideikommißverbots, *JZ* 1969, S. 499–502.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Das Pflichtteilsrecht: Ketzerische Fragen an ein altehrwürdiges Institut, *FF* 2000, S. 110–119.
- : Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, *DNotZ* 2001, S. 460–465.
- Davenport, T. R. H./Saunders, Christopher*: *South Africa: A Modern History*, 5. Aufl., Basingstoke, London 2000.
- De la Bere*: House of Commons, Debates, Marriage Bill, 20.11.1936, Sp. 2079 (<<https://perma.cc/AJ7B-M8N9>>).
- De Vos, W. Le R./Van Loggerenberg, D. E.*: The Activism of the Judge in South Africa, *TSAR/JSAL* 1991, S. 592–610.
- De Vos, Wouter Le R.*: Developments in South African Civil Procedural Law over the last Fifty Years, *Stellenbosch LR* 11 (2000), S. 343–357.
- De Waal, M. J.*: Law, Society and the Individual: The Limits of Testation, in: Visser, Daniel P. (Hrsg.), *Essays on the History of Law*, Cape Town u.a. 1989, S. 300–318.
- : The Law of Succession and the Bill of Rights: Private succession and freedom of testation in the light of the Constitution, in: Mokgoro, Y./Tlakula, P. (Hrsg.), *Bill of Rights Compendium*, Durban 1998, Ziffer 3G1–3G15 (30. Lfg. Juni 2012).
- : The Law of Succession (Including the Administration of Estates) and Trusts, *Annual Survey of SA Law* 2009, S. 1038–1073.
- : The Law of Succession (Including Administration of Estates) and Trusts, *Annual Survey of SA Law* 2010, S. 1170–1202.
- : Testamentary Formalities in South Africa, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, Band I: Testamentary Formalities, Oxford 2011, S. 381–403.

- : The Law of Succession (Including Administration of Estates) and Trusts, Annual Survey of SA Law 2011, S. 1033–1072.
- : The Law of Succession (Including Administration of Estates) and Trusts, Annual Survey of SA Law 2012, S. 831–864.
- : Comparative Succession Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl., Oxford 2019, S. 1058–1087.
- : Family Provision in South Africa, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Comparative Succession Law, Band III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, S. 477–506.
- De Waal, M. J./Erasmus, H. J./Gauntlett, J. J./Wiechers, N. J.*: Wills and Succession, Administration of Deceased Estates and Trusts, in: Joubert, W. A./Faris, J. A./Harms L. T. C. (Hrsg.), The Law of South Africa, Band XXXI: Welfare and Wills and Succession, Administration of Deceased Estates and Trusts, 2. Aufl., Durban 2011, S. 131–371.
- De Waal, M. J./Schoeman-Malan, M. C.*: Law of Succession, 5. Aufl., Cape Town 2015.
- Declareuil, Joseph*: Rome the Law-Giver: Translated by E.A. Parker, New York 1927.
- Denning, Alfred Sir*: The Spirit of the British Constitution, CBR 29 (1951), S. 1180–1197.
- Dernburg, Heinrich*: Pandekten, Band I: Allgemeiner Theil und Sachenrecht, 5. Aufl., Berlin 1896.
- : Pandekten, Band II: Obligationenrecht, 5. Aufl., Berlin 1897.
- : Pandekten, Band III: Familien- und Erbrecht, 5. Aufl., Berlin 1897.
- Dethloff, Nina*: Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität: Perspektiven für die Forschung, ZEuP 2007, S. 992–1005.
- Deubner, Karl G.*: Die Beweislastverteilung bei Anwendung des § 48 Abs. 2 EheG, NJW 1969, S. 1645–1649.
- Dicey, A. V.*: Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10. Aufl., London 1959.
- Dickey, Anthony*: English Law and Race Defamation, NYLF 14 (1968), S. 9–32.
- Dickson, Brice*: Repeal the HRA and Rely on the Common Law?, in: Ziegler, Katja S./Wicks, Elizabeth/Hodson, Loveday (Hrsg.), The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?, Oxford 2015, S. 115–133.
- Diederichsen, Uwe*: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht, NJW 1983, S. 1017–1026.
- : Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), S. 171–260.
- Dittrich, Lars*: Verfassungsrechtliche Vorgaben des Erbrechts, ZEV 2013, S. 14–20.
- Dörner, Heinrich*: Der Trust im deutschen Internationalen Privatrecht, in: Richter, Andreas/Wachter, Thomas (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, Angelbachtal 2007, S. 211–228.
- Douglas, Gillian*: Family Provision and Family Practices: The Discretionary Regime of the Inheritance Act of England and Wales, Oñati SLS 4 (2014), S. 222–242.
- Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1–19, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. als Dreier/Bearbeiter).
- Droege, Michael*: Grundrechtswirkung im öffentlichen Raum, npoR 2018, S. 241–244.
- Du Bois, François*: Introduction: History, System and Sources, in: Van der Merwe C. G./Du Plessis, Jacques E. (Hrsg.), Introduction to the Law of South Africa, The Hague 2004, S. 1–53.
- : General (Chapter 1–6), in: ders. (Hrsg.), Wille’s Principles of South African Law, 9. Aufl., Cape Town 2012, S. 3–141.

- Du Bois, François/Visser, Daniel*: The Influence of Foreign Law in South Africa, TLCP 13 (2003), S. 593–658.
- Du Plessis, Jacques*: Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl., Oxford 2019, S. 474–501.
- : Fairness and Diversity in the South African Law of Contract, in: Donlan, Seán Patrick/Mair, Jane (Hrsg.), Comparative Law: Mixes, Movements, and Metaphors, Abingdon, New York 2020, S. 47–66.
- Du Plessis, W./Rautenbach, C./Olivier, W. H.*: Law of Succession, in: Joubert, W. A./Faris, J. A./Church, J. (Hrsg.), The Law of South Africa, Band XXXII: Indigenous Law, 2. Aufl., Durban 2009, Ziffer 204–229.
- Du Toit, François*: The Impact of Social and Economic Factors on Freedom of Testation in Roman and Roman-Dutch Law, Stellenbosch LR 10 (1999), S. 232–243.
- : The Limits Imposed upon Freedom of Testation by the Boni Mores: Lessons From Common and Civil Law (Continental) Legal Systems, Stellenbosch LR 11 (2000), S. 358–384.
- : The Constitutionally Bound Dead Hand? The Impact of Constitutional Rights and Principles on Freedom of Testation in South African Law, Stellenbosch LR 12 (2001), S. 222–257.
- : Succession Law in South Africa: A Historical Perspective, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, M. J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative, Edinburgh 2007, S. 67–77.
- : The Constitutional Family in the Law of Succession, SALJ 126 (2009), S. 463–488.
- : Constitutionalism, Public Policy and Discriminatory Testamentary Bequests: A Good Fit Between Common Law and Civil Law in South Africa’s Mixed Jurisdiction?, Tul Eur&Civ LF 27 (2012), S. 97–131.
- : Re The Esther G. Castanera Scholarship Fund and Recent South African Judgments on Discriminatory Bursary Trusts, Manitoba LJ 40 (2017), S. 141–171.
- : Not-for-profit organizations and equality law, in: Harding, Matthew (Hrsg.), Research Handbook on Not-For-Profit Law, Cheltenham 2018, S. 231–251.
- Du Toit, François/Smith, Bradley/Van der Linde, Anton*: Fundamentals of South African Trust Law, Durban, Johannesburg, Cape Town 2018.
- Dugard, John*: The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty, SALJ 88 (1971), S. 181–200.
- Durner, Wolfgang*: Rechtsgestaltung und Grundrechte, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, Baden-Baden 2008, S. 9–24.
- Duvenkrop, Claudia*: Übergehung naher Angehöriger, Behindertentestament, § 14 HeimG: Eine exemplarische Studie zur Beschränkung der Testierfreiheit aus §§ 138 und 134 BGB, Saarbrücken 2014.
- Earl of Halsbury, Hardinge Stanley Giffard*: The Laws of England: Being a Complete Statement of the Whole Law of England, Band VII: Constitutional Law, Contempt of Court, Contract, London 1909.
- Earl of Halsbury, Hardinge Stanley Giffard/Viscount Hailsham, Quintin Hogg*: Halsbury’s Laws of England: Being a Complete Statement of the Whole Law of England, Band XXXIV: Wills, Work and Labour, Workmen’s Compensation, 2. Aufl., London 1940.

- Eason, John K.*: Motive, Duty, and the Management of Restricted Charitable Gifts, Wake Forest LR 45 (2010), S. 123–178.
- Eckert, Jörn*: Der Kampf um die Familienfideikomisse in Deutschland: Studien zum Absterben eines Rechtsinstitutes, Frankfurt a. M. u. a. 1992.
- : Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, AcP 199 (1999), S. 337–359.
- Edenfeld, Stefan*: Lebenslange Bindungen im Erbrecht?, DNotZ 2003, S. 4–20.
- Eisfeld, Jens*: Naturrecht, in: Cordes, Albrecht/Haferkamp, Hans-Peter/Lück, Heiner/Werkmüller, Dieter/Bertelsmeier-Kierst, Christa (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III: Konfliktbewältigung – Nowgorod, 2. Aufl., Berlin 2016, Sp. 1857–1868.
- Emrich, C. L.*: The History and Place of Public Policy in English Private Law, Oxford 1937.
- English, Rosalind*: Ubuntu: The Quest for an Indigenous Jurisprudence, SAJHR 12 (1996), S. 641–648.
- Equality Act 2010: Explanatory Notes: Revised Edition, August 2010 (<<https://perma.cc/R6VE-HF32>>).
- Erasmus, H. J.*: The Interaction of Substantive Law and Procedure, in: Zimmermann, Reinhard/Visser, Daniel (Hrsg.), Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa, Oxford u. a. 1996, S. 141–161.
- F. W. A. G.*: The Hon. Mr. Justice F. P. van den Heever, SALJ 66 (1949), S. 135–138.
- Fagan, Eduard*: Roman-Dutch Law in its South African Historical Context, in: Zimmermann, Reinhard/Visser, Daniel (Hrsg.), Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa, Oxford u. a. 1996, S. 33–64.
- Falk, Ulrich*: Zur Sittenwidrigkeit von Testamenten: Grundlinien der Rechtsprechung im 19. und 20. Jahrhundert, in: Falk, Ulrich/Mohnhaupt, Heinz (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter: Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), Frankfurt a. M. 2000, S. 451–494.
- Feenstra, Robert*: Zur Rezeption in den Niederlanden, in: Kunkel, Wolfgang (Hrsg.), L'Europa e il Diritto Romano: Studi in Memoria di Paolo Koschaker, Band I, Milano 1954, S. 243–268.
- Ferguson, Rachel*: Alas, Poor Lady, London 2006 (Erstveröffentlichung London 1937).
- Finch, Janet/Hayes, Lynn/Mason, Jennifer/Masson, Judith/Wallis, Lorraine*: Wills, Inheritance, and Families, Oxford 1996.
- Finger, Peter*: Familienrecht: mit familiensoziologischen und familienpolitischen Schwerpunkten, Königstein/Ts. 1979.
- : Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.1982, Az. IV a ZR 83/81, JZ 1983, S. 608–611.
- Finn, Meghan*: Befriending the Bogyman: Direct Horizontal Application in *AB v Pridwin*, SALJ 137 (2020), S. 591–608.
- Fitting*: Über den Begriff der unsittlichen Bedingung, AcP 56 (1873), S. 399–424.
- Flandrin, Jean-Louis*: Das Geschlechtsleben der Eheleute in der alten Gesellschaft: Von der krichlichen Lehre zum realen Verhalten, in: Ariès, Philippe/Béjin, André (Hrsg.), Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit: Zur Geschichte der Sexualität im Abendland, Frankfurt a. M. 1984, S. 147–164.
- Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979.
- Foljanty, Lena*: Recht oder Gesetz: Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2013.

- : Naturrechtsrenaissance, in: Cordes, Albrecht/Haferkamp, Hans-Peter/Lück, Heiner/Werkmüller, Dieter/Bertelsmeier-Kierst, Christa (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III: Konfliktbewältigung – Nowgorod, 2. Aufl., Berlin 2016, Sp. 1868–1871.
- Forsyth, C. F.*: In Danger for their Talents: A study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa from 1950–80, Cape Town, Wetton, Johannesburg 1985.
- Francis, Andrew*: Inheritance Act Claims: Law, Practice and Procedure, London 2003.
- Francke, Wilhelm*: Das Recht der Notherben und Pflichtteilsberechtigten: Eine civilistische Abhandlung, Göttingen 1831.
- Fredman, Sandra*: Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford 2011.
- : Comparative Human Rights Law, Oxford 2018.
- Friedman, Lawrence M.*: The Law of Succession in Social Perspective, in: Halbach, Edward C., Jr. (Hrsg.), Death, Taxes and Family Property: Essays and American Assembly Report, St. Paul, Minn. 1977, S. 9–25.
- Frings, Josef Kardinal*: Denkschrift der katholischen Bischöfe Deutschlands zu den Fragen der „Rentenkonkubinate“, FamRZ 1956, S. 33–34.
- Fudakowska, Paola/Mason, Henrietta*: Willpower & determination, NLJ 167 (2017), S. 15–16.
- Führ, Thorsten*: Grundrechte und Testierfreiheit: „Preußen“-Beschluss und Pflichtteilsrecht, MittBayNot 2006, S. 461–468.
- : Einwirkungen der Grundrechte auf die Testierfreiheit: Unter besonderer Berücksichtigung der Wirksamkeit letztwilliger Potestativbedingungen, Frankfurt a. M. 2007.
- Gaier, Reinhard*: Die Bedeutung der Grundrechte für das Erbrecht, ZEV 2006, S. 2–8.
- Gaier, Reinhard/Wendtland, Holger*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG: Eine Einführung in das Zivilrecht, München 2006.
- Gane, Percival*: The Selective Voet being the Commentary on the Pandects (Paris Edition of 1829) by Johannes Voet and the Supplement to that Work by Johannes van der Linden, Band IV, Durban 1956.
- : The Selective Voet being the Commentary on the Pandects (Paris Edition of 1829) by Johannes Voet and the Supplement to that Work by Johannes van der Linden, Band V, Durban 1956.
- Gardner, Simon*: An Introduction to the Law of Trusts, 3. Aufl., Oxford.
- Gebhard, Albert*: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Allgemeiner Theil: Begründung, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Allgemeiner Teil: Teil 1, Berlin, New York 1981, S. 39–718.
- Gebhardt, Holger*: Der Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Testaments, Rpfleger 2008, S. 622–630.
- Gernhuber, Joachim*: Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, S. 326–335.
- : Ehe und Familie als Begriffe des Rechts, FamRZ 1981, S. 721–727.
- von Gierke, Otto*: Die Stellung des künftigen bürgerlichen Gesetzbuchs zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz, Schmollers Jahrb. 12 (1888), S. 401–436.
- : Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889.
- Giliomee, Hermann/Mbenga, Bernard*: New History of South Africa, Cape Town 2007.
- Gimple, Bernhard*: § 242 BGB als Zuordnungsnorm im Erbrecht?: Zur Zulässigkeit der Änderung der erbrechtlichen Status- und Güterzuordnung im Erbfall nach Treu und Glauben, München 2003.

- Girvin, Stephen D.*: The Architects of the Mixed Legal System, in: Zimmermann, Reinhard/Visser, Daniel (Hrsg.), Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa, Oxford u. a. 1996, S. 95–139.
- Glasson, Jonathan/Graham, Toby*: Inheritance: a human right?, *Trusts & Trustees* 24 (2018), S. 659–666.
- Gleim, Jakob*: Letztwillige Schiedsverfügungen: Geltungsgrund und Geltungsgrenzen, Tübingen 2020.
- Glendon, Mary Ann*: Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law, *Tulane LR* 60 (1985–1986), S. 1165–1197.
- Glister, Jamie/Lee, James*: Hanbury and Martin: Modern Equity, 21. Aufl., London 2018.
- von Glück, Christian Friedrich*: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: Ein Commentar, 5. Theil erste Abtheilung, Erlangen 1798.
- : Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: Ein Commentar, 35. Theil, Erlangen 1832.
- Goebel, Joachim*: Eheschließungsfreiheit und erbrechtliche Potestativbedingungen: Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des BayObLG v. 3.9.1996 – 1Z BR 41/95, *FamRZ* 1997, S. 656–662.
- : Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Berlin 2004.
- Gordon, Michael*: Das Wesen der Ehe: Die wechselnde Auffassung vom Wesen der Ehe im Wandel der Verfassungsepochen des 20. Jahrhunderts, Berlin 1978.
- Grattan, Sheena*: Perpetuating Prejudice Beyond the Grave: Testamentary Conditions in Restraint of Religion, in: Cooke, Elizabeth (Hrsg.), *Modern Studies in Property Law*, Band I: Property 2000, London 2001, S. 257–274.
- Greaves, H. R. G.*: Die britische Verfassung (aus dem engl. übersetzt von Werner Kalisch), Frankfurt a. M. 1951.
- Grimley, Matthew*: Law, Morality and Secularisation: The Church of England and the Wolfenden Report, 1954–1967, *Journal of Ecclesiastical History* 60 (2009), S. 725–741.
- Groenewegen van der Made, Simon à*: *Tractatus de Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus*, edited and translated by Beinart, B.: A Treatise on the Laws Abrogated and No Longer in Use in Holland and Neighbouring Regions, Band II, Johannesburg 1975.
- Großfeld, Bernhard*: Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984.
- Gruchot, J. A.*: Ueber die Ungültigkeit der gegen das Sittengesetz verstoßenden Verträge, *Gruchot* 15 (1871), S. 145–179.
- Grünberger, Michael*: The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships, 2009 (<<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3422336>>).
- : Personale Gleichheit: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013.
- : Warum der Stadionverbots-Beschluss weit mehr ist als nur Common Sense, *VerfBlog* 1.5.2018 (<<https://perma.cc/SVC5-A9JU>>).
- Grünberger, Michael/Washington, Jermaine*: Anmerkung zu BVerfG, *Beschl. v. 27.08.2019*, *Az. 1 BvR 879/12*, *JZ* 2019, S. 1104–1108.
- Grziwotz, Herbert*: Erbrechtliche und erbschaftsteuerrechtliche Probleme des nichtehelichen Zusammenlebens, *ZEV* 1994, S. 267–274.
- : Von Geliebtentestamenten und leichtfertigen Verzicht: Richterliche Kontrolle erbrechtlich relevanter Urkunden, *DNotZ* 2016, S. 732–744.
- Gutmann, Thomas*: Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, München 2001.
- : Der Erbe und seine Freiheit, *NJW* 2004, S. 2347–2349.

- Hager, Günter*: Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung, *JuS* 2006, S. 769–775.
- Hahlo, H. R.*: Jewish Faith and Race Clauses in Wills: A Note on *Aronson v. Estate Hart*, *SALJ* 67 (1950), S. 231–244.
- : The South African Law of Husband and Wife: With an appendix containing the Matrimonial Affairs Act, 1953, and a commentary thereon, Cape Town, Johannesburg 1953.
- : *Aronson v. Estate Hart Revisited*, *SALJ* 75 (1958), S. 152–154.
- : Validity of Holograph Will, *SALJ* 75 (1958), S. 126.
- : The Case Against Freedom of Testation, *SALJ* 76 (1959), S. 435–447.
- : Maintenance Out of a Deceased Estate: An Epitaph, *SALJ* 81 (1964), S. 1–2.
- : The Sad Demise of the Family Maintenance Bill 1969, *SALJ* 88 (1971), S. 201–209.
- : The South African Law of Husband and Wife, 5. Aufl., Cape Town, Wetton, Johannesburg 1985.
- Hahlo, H. R./Kahn, Ellison*: The South African Legal System and its Background, Cape Town u. a. 1968.
- Hailbronner, Michaela*: Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism, *ICON* 12 (2014), S. 626–649.
- : Traditions and Transformations: The Rise of German Constitutionalism, Oxford 2015.
- : Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South, *AJCL* 65 (2017), S. 527–565.
- Hall, Lesley A.*: Sexual cultures in Britain: Some persisting themes, in: Eder, Franz X./Hall, Lesley A./Hekma, Gert (Hrsg.), *Sexual Cultures in Europe: National Histories*, Manchester, New York 1999, S. 29–52.
- : Sexuality, in: Addison, Paul/Jones, Harriet (Hrsg.), *A Companion to Contemporary Britain: 1939–2000*, Oxford 2005, S. 145–163.
- Hall, Stuart*: Reformism and the Legislation of Consent, in: National Deviancy Conference (Hrsg.), *Permissiveness and Control: The fate of the sixties legislation*, London, Basingstoke 1980, S. 1–43.
- Hamilton, Winifred H.*: Race Relations and the Law in England, *Washburn LJ* 8 (1969), S. 167–187.
- Hansert, Andreas*: Die Erbschaft im Kontext familiärer Generationenbeziehungen, in: Lettke, Frank (Hrsg.), *Erben und Vererben: Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen*, Konstanz 2003, S. 143–155.
- Harding, Matthew*: Some Arguments against Discriminatory Gifts and Trusts, *OJLS* 31 (2011), S. 303–326.
- : Charitable Trusts and Discrimination: Two Themes, *CJCCL* 2 (2016), S. 227–260.
- Harlow, Carol*: „Public“ and „Private“ Law: Definition Without Distinction, *MLR* 43 (1980), S. 241–265.
- Härtl, Peter*: Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?: Eine vergleichende Untersuchung der Landesstiftungsgesetze unter Berücksichtigung der Stiftungspraxis bei den staatlichen Stiftungsgenehmigungs- und -aufsichtsbehörden, Baden-Baden 1990.
- Hartung, Karl*: Ein Beitrag zur Lehre von den Bedingungen: Insbesondere: Die Bedingung der Verheiratung und die Bedingung der Nichtverheiratung nach römischem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Borna, Leipzig 1903.
- Hawthorne, L.*: Public Policy: The Origin of a General Clause in the South African Law of Contract, *Fundamina* 19 (2013), S. 300–320.
- Hedemann, Justus Wilhelm*: Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.

- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit: Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Tübingen 2000.
- Heldt, Amélie*: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, Az. 1 BvR 3080/09, NVwZ 2018, S. 818–819.
- Hellgardt, Alexander*: Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?: Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, JZ 2018, S. 901–910.
- Henderson, William/Fowles, Jonathan/Smith, Julian*: Tudor on Charities, London 2015.
- Henrich, Dieter*: Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht, München 2000.
- Henrich, Dieter/Huber, Peter*: Einführung in das englische Privatrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2003.
- Hepple, Bob*: Equality: The Legal Framework, 2. Aufl., Oxford 2014.
- Hermann, Hans-Georg*: Pro non scripta habere und § 2085 BGB: Untersuchung eines geltungserhaltenden Lösungsansatzes bei Binnenteilunwirksamkeit einseitiger letztwilliger Verfügungen, München 2001.
- Herring, Jonathan*: Older People in Law and Society, Oxford 2009.
- Himonga, C./Taylor, M./Pope, A.*: Reflections on Judicial Views of Ubuntu, PER/PELJ 16 (2013), S. 369–429.
- Himonga, Chuma/Rautenbach, Christa*: Recognition, Application and Ascertainment of Customary Law, in: Rautenbach, Christa (Hrsg.), Introduction to Legal Pluralism in South Africa, 5. Aufl., Durban u. a. 2018, S. 35–59.
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (zit. als HKK/*Bearbeiter*)
- Band I: Allgemeiner Teil: §§ 1–240, hrsg. von Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard, Tübingen 2003.
  - Band V: Erbrecht: §§ 1922–2385, hrsg. von Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (im Erscheinen).
- Hoffman, David*: Conclusions, in: ders. (Hrsg.), The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law, Cambridge 2011, S. 379–381.
- Hoffman, David/Phillipson, Gavin/Young, Alison L.*: Introduction, in: Hoffman, David (Hrsg.), The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law, Cambridge 2011, S. 1–15.
- Hofmann, Franz*: Kritische Studien zum römischen Rechte: Eine Festschrift, Wien 1885.
- Hohloch, Gerhard*: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.12.1998, Az. IV ZB 19/97, JuS 1999, S. 607–608.
- Holdsworth, W. S.*: A History of English Law, Band I, 3. Aufl., Boston 1922.
- Honoré, Tony*: Trust, in: Zimmermann, Reinhard/Visser, Daniel (Hrsg.), Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa, Oxford u. a. 1996, S. 849–872.
- Horsch, Andreas*: Neue Aspekte zur Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts der Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen, Rpfleger 2005, S. 285–292.
- Hudson, Alastair*: Equity and Trusts, 9. Aufl., Abingdon 2017.
- Humm, Andreas*: Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 05.02.2019, Az. 20 W 98/18, ErbR 2019, S. 364–366.
- Husmann, Hermann*: Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes: Zugleich eine Kritik der Rechtsprechung, NJW 1971, S. 404–410.
- Hutchison, Dale/Du Bois, François*: Contracts in general, in: Du Bois, François (Hrsg.), Wille's Principles of South African Law, 9. Aufl., Cape Town 2012, S. 733–887.

- In Memoriam: Mr. Justice F. P. van den Heever, SALJ 73 (1956), S. 117–120.
- Isakow, Lila E.*: The Law of Succession through the Cases, Cape Town, Wetton, Johannesburg 1985.
- Isensee, Josef*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992, S. 143–241.
- : Inhaltskontrolle des Bundesverfassungsgerichts über Verfügungen von Todes wegen: Zum „Hohenzollern-Beschluss“ des BVerfG, DNotZ 2004, S. 754–766.
- Israel, Jonathan*: The Dutch Republic: Its Rise, Greatness and Fall 1477–1806, Oxford u. a. 1995.
- Jahnel, Rosemarie*: Kurzbiographien der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einführung, Biographien, Materialien, Berlin 1978, S. 69–124.
- Jakob, Dominique*: Schutz der Stiftung: Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006.
- Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner (Hrsg.)*: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen: Erbrecht (§§ 1922–2385): Teilband I, Berlin, New York 2002.
- Jamneck, Juanita/Rautenbach, Christa/Paleker, Mohamed/Van der Linde, Anton/Wood-Bodley, Michael*: The Law of Succession in South Africa, 3. Aufl., Cape Town 2017.
- Jarman, Thomas/Jennings, Raymond/Harper, John C.*: A Treatise on Wills, Band II, 8. Aufl., London 1951.
- Jastrow, Hermann*: Heinrich Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band V, Deutsches Erbrecht, ZZP 34 (1905), S. 497–517.
- Jauernig, Othmar (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, 18. Aufl., München 2021 (zit. als Jauernig/Bearbeiter).
- Jeder, Klaus*: Eheähnliche Verhältnisse und die Stellung der „Geliebten“ im Spiegel der deutschen Rechtsprechung, München 1971.
- Jensen, Darryn*: The „Policy“ That Invalidates Testamentary Conditions, OJLS 39 (2019), S. 553–576.
- Jescheck, Hans-Heinrich*: Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten, MDR 1954, S. 645–649.
- Jobst, Simon*: Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, S. 11–16.
- Jones, Gareth*: History of the Law of Charity: 1532–1827, Cambridge 1969.
- Josef, Eugen*: Das Konkubinenlegat, SächsArch 14 (1919), S. 258–259.
- : Letztwillige Zuwendungen an die Beischläferin, BadRpr 21 (1919), S. 10–11.
- Joubert, C. P.*: Jewish Faith and Race Clauses in Roman-Dutch Law, SALJ 85 (1968), S. 402–420.
- Joubert, D. J.*: General Principles of the Law of Contract, Cape Town, Wetton, Johannesburg 1987.
- Judd, Sacha*: The Unruly Horse Put Out to Pasture: The Doctrine of Public Policy in the Modern Law of Contract, Auckland University LR 8 (1998), S. 686–711.
- Jungmichel, Jochen*: Unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit durch die Annahme einer Teilnichtigkeit sittenwidriger letztwilliger Verfügungen, Heidelberg 1981.

- Kahn, Ellison*: Oliver Deneys Schreiner: The Man and his Judicial World, SALJ 97 (1980), S. 566–615.
- : Oliver Deneys Schreiner: A South African, in: ders. (Hrsg.), *Fiat Iustitia: Essays in Memory of Oliver Deneys Schreiner*, Cape Town, Wetton, Johannesburg 1983, S. 1–99.
- : 1994 Supplement to Corbett, M. M./Hahlo, H. R./Hofmeyr, Gys/Kahn, Ellison, *The Law of Succession in South Africa*, Cape Town, Wetton, Johannesburg 1994.
- Kain, Brandon/Yoshida, Douglas T.*: The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law, ARCL 2007, S. 1–47.
- Karow, Oliver*: Die Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen in historischer Sicht: Die Entwicklung der Gesetzgebung und der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit der Entstehung des BGB bis in die Gegenwart, Frankfurt a. M. 1997.
- Kaser, Max*: Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung, Tübingen 1939.
- : Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht, ZRG (RA) 60 (1940), S. 95–150.
- : Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., München 1971.
- : Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Aufl., München 1975.
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian*: Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 2021.
- Keevy, Ilze*: Ubuntu versus the Core Values of the South African Constitution, JJS/TRW 34 (2009), S. 19–58.
- Keiser, Thorsten*: Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen, KritV 2013, S. 83–101.
- Kellenter, Wolfgang*: Bedingte Verfügungen von Todes wegen, insbesondere auch ein Beitrag zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Potestativbedingungen, Bayreuth 1989.
- von Keller, Friedrich Ludwig*: Pandekten, Band I, 2. Aufl., Leipzig 1867.
- Kellner, Wolfgang*: Die „Onkel-Ehe“, FamRZ 1954, S. 160–166.
- Kerridge, Roger*: Intestate Succession in England and Wales, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, Band II: Intestate Succession, Oxford 2015, S. 323–348.
- : Parry and Kerridge: *The Law of Succession*, 13. Aufl., London 2016.
- : Family Provision in England and Wales, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, Band III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, S. 384–416.
- Keuk, Brigitte*: Der Erblasserwille post testamentum: Zur Unzulässigkeit der testamentarischen Potestativbedingung, FamRZ 1972, S. 9–16.
- Kincaid, Diana*: The tangled web: The relationship between a secret trust and the will, Conv 2000, S. 420–443.
- King, Anthony*: Does the United Kingdom still have a Constitution?, London 2001.
- Kipp, Theodor/Coing, Helmut*: Erbrecht: Ein Lehrbuch, 14. Bearb., Tübingen 1990.
- Kischel, Uwe*: Rechtsvergleichung, München 2015.
- Klare, Karl E.*: Legal Culture and Transformative Constitutionalism, SAJHR 14 (1998), S. 146–188.
- Kleensang, Michael*: Familienerbrecht versus Testierfreiheit: Das Pflichtteilsentziehungsrecht auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, ZEV 2005, S. 277–283.
- Klöppel, Paul*: Das Familien- und Erbrecht des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuche (Schluß), Gruchot 33 (1889), S. 338–364.
- Knight, W. S. M.*: Public Policy in English Law, LQR 38 (1922), S. 207–219.

- Knopff, Christianus Alardus*: Nullitas conditionis de assumenda religione pontificia heredi vel legatario adscriptae in foro romano, Jena 1687.
- Knüpfer, Christiane Heike*: Mätressen, Geliebte und Gefährten: Gründe für das Ende der Sittenwidrigkeit von Testamenten zugunsten Familienfremder, Bochum 2015.
- Kohler, J.*: Das Recht als Kulturerrscheinung: Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft, Würzburg 1885.
- : Die Ideale im Recht, ArchBürgR 5 (1891), S. 161–265.
- Kötz, Hein*: Trust und Treuhand: Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts, Göttingen 1963.
- : The role of the judge in the court-room: The common law and civil law compared, TSAR/JSAL 1987, S. 35–43.
- Kramer, Ernst A.*: Der Stil der schweizerischen Privatrechtskodifikation – ein Modell für Europa?, RabelsZ 72 (2008), S. 773–793.
- von Kreittmayr, Wiguläus Xaver Aloys Freiherr*: Anmerkungen über den Codicem Maximilianicum Bavaricum Civilem, III. Theil, München 1821.
- Kroeze, Irma J.*: Doing Things With Values II: The Case of Ubuntu, Stellenbosch LR 13 (2002), S. 252–264.
- Kroppenber, Inge*: „Wer lebt, hat Recht“: Lebzeitiges Rechtsdenken als Fremdkörper in der Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen, DNotZ 2006, S. 86–105.
- : Privatautonomie von Todes wegen: Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden, Tübingen 2008.
- : Erbrecht, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, Band I: Abschlussprüfer – Kartellverfahrensrecht, Tübingen 2009, S. 416–420.
- : Testierfreiheit, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, Band II: Kauf – Zwingendes Recht, Tübingen 2009, S. 1481–1485.
- Kruger, Matthew*: The Role of Public Policy in the Law of Contract, Revisited, SALJ 128 (2011), S. 712–740.
- Kühn, J.*: Über die Problematik der „Onkel-Ehe“, FamRZ 1956, S. 262–264.
- Lademacher, Horst*: Geschichte der Niederlande: Politik – Verfassung – Wirtschaft, Darmstadt 1983.
- Langa, Pius*: Transformative Constitutionalism, Stellenbosch LR 17 (2006), S. 351–360.
- Langbein, John H.*: The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission, Michigan LR 86 (1987–1988), S. 722–751.
- Langbein, Ulrike*: Geerbte Dinge: Soziale Praxis und symbolische Bedeutung des Erbens, Köln 2002.
- Lange, Heinrich*: Lehrbuch des Erbrechts, München, Berlin 1962.
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt*: Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl., München 1989.
- : Erbrecht: Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001.
- Langenfeld, Gerrit*: Die letztwillige Stiftung, ZEV 2002, S. 481–484.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg 1995.
- Lauterbach, Wolfgang Adam*: Collegium theoretico-practicum a libro vigesimo pandectarum usque ad digestum novum, Band II, Tübingen 1706.
- Lawson, F. H./Rudden, Bernard*: The Law of Property, 3. Aufl., Oxford 2002.
- Lee, Robert Warden*: An Introduction to Roman-Dutch Law, 5. Aufl., Oxford 1953.

- Lehmann, Karin*: Testamentary Freedom versus Testamentary Duty: In Search of a Better Balance, *Acta Juridica* 2014, S. 9–40.
- Lehner, Roman*: Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte: Auch eine grundrechtliche Betrachtung des 3. und 4. Abschnittes des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 19–23 AGG), Tübingen 2013.
- Leipold, Dieter*: Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, *AcP* 180 (1980), S. 160–237.
- : Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.12.1998, Az. IV ZB 19/97, LM zu § 138 (Cd) BGB Nr. 30.
- : Europa und das Erbrecht, in: Köbler, Gerhard/Heinze, Meinhard/Hromadka, Wolfgang (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 647–668.
- : Testierfreiheit und Sittenwidrigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Band I: Bürgerliches Recht, München 2000, S. 1011–1045.
- : Erbrecht: Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 22. Aufl., Tübingen 2020.
- Leisner, Walter*: Grundrechte und Privatrecht, München 1960.
- Leonhard, Franz*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen: Bürgerliches Gesetzbuch, Fünftes Buch, Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912.
- Lettmaier, Saskia*: Privatautonomie und Pflichtteil: Zur Problematik von Pflichtteilsverzicht durch Ehegatten und Abkömmlinge, *AcP* 218 (2018), S. 724–766.
- Liermann, Hans*: Handbuch des Stiftungsrechts, Tübingen 1963.
- Limbach, Jutta*: The Concept of the Supremacy of the Constitution, *MLR* 64 (2001), S. 1–10.
- Lindacher, Walter F.*: Rezension von Georg Thielmann, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen (1973), *AcP* 175 (1975), S. 257–261.
- Linker, Anja Celina*: Zur Neubestimmung der Ordnungsaufgaben im Erbrecht in rechtsvergleichender Sicht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts, Tübingen 1999.
- Linz*: Die Mätresse als letztwillig Bedachte, *DJZ* 1922, Sp. 437–438.
- Litzenburger, Wolfgang*: Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014, Az. 5 U 19/13, *FD-ErbR* 2015, 368526.
- : Unmöglichkeit und Ausfall der Bedingung bei erbrechtlichen Zuwendungen, *ZEV* 2008, S. 369–372.
- Lloyd, Dennis*: Public Policy: A Comparative Study in English and French Law, London 1953.
- Lohsse, Sebastian*: Passing Over and Disinheritance in the Days of the Ius Commune, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, Band III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, S. 20–38.
- Lord Irvine of Lairg*: House of Lords, Debates, Human Rights Bill, 24.11.1997, Sp. 783 (<<https://perma.cc/KV98-NYRJ>>).
- Lord Neuberger of Abbotsbury MR*: Foreword, in: Hoffman, David (Hrsg.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge 2011, S. xi–xiii.
- Loughlin, Martin*: *The British Constitution: A Very Short Introduction*, Oxford 2013.
- von Lübtow, Ulrich*: Erbrecht: Eine systematische Darstellung: Band I, Berlin 1971.
- Lüscher, Kurt*: Erben und Vererben: Ein Schlüsselthema der Generationenforschung, in: Lettke, Frank (Hrsg.), *Erben und Vererben: Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen*, Konstanz 2003, S. 125–142.

- Mahlmann, Matthias*: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 6. Aufl., Baden-Baden 2021.
- Maithufi, I. P.*: Marriage and Succession in South Africa, Bophuthatswana and Transkei: A Legal Pot-Pourri, TSAR/JSAL 1994, S. 262–277.
- Maitland, F. W.*: Trust and Corporation, in: Hazeltine, H. D./Lapsley, G./Winfield, P. H. (Hrsg.), Maitland: Selected Essays, Cambridge 1936, S. 141–222.
- von Mangoldt, Hermann (Begr.): Grundgesetz, Band I: Präambel, Artikel 1–19: Kommentar, 7. Aufl., München 2018 (zit. als Mangoldt/*Bearbeiter*).
- Mankowski, Peter*: Rechtskultur, Tübingen 2016.
- Mann, F. A.*: Fusion of the Legal Professions?, LQR 93 (1977), S. 367–377.
- Mansoor, Zeeshan*: Contracts Contrary to Public Policy under English Law and Dutch Law: The Case of Agreements Affecting Matrimony, ERPL 22 (2014), S. 703–727.
- Marezoll, Theodor Gustav Ludwig*: Ueber die angebliche Legitima der Geschwister, ob und in wie fern eine solche wirklich im Römischen Rechte existiert?, ZCivR Band I (1828), S. 185–219.
- Margrave-Jones, Clive V.*: The Law of Succession, 5. Aufl., London, Dublin, Edinburgh 1993.
- Marx, Christopher*: Die Ehe auf Lebenszeit: Ein unverbindlicher Programmsatz?, Baden-Baden 2015.
- Masson, J. M./Bailey-Harris, R./Probert, R.*: Cretney Principles of Family Law, 8. Aufl., London 2008.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.): Grundgesetz: Kommentar, 93. Lfg., München 2020 (zit. als Maunz/Dürig/*Bearbeiter*).
- Mayer-Maly, Theo*: Contra bonos mores, in: Benöhr, Hans-Peter/Hackl, Karl/Knütel, Rolf/Wacke, Andreas (Hrsg.), Iuris Professio: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien, Köln, Graz 1986, S. 151–167.
- Mbatha, Likhapha*: Reforming the Customary Law of Succession, SAJHR 18 (2002), S. 259–286.
- McFarlane, Ben*: Proprietary Estoppel: Undemining the Law of Succession?, in: Häcker, Birke/Mitchell, Charles (Hrsg.), Current Issues in Succession Law, Oxford 2016, S. 77–97.
- Meager, Rowena*: Secret trusts – do they have a future?, Conv 2003, S. 203–214.
- Meincke, Jens Peter*: Die Scheidungsklausel im Testament: Ein Vergleich der Entscheidungen BGH LM § 138 BGB (Cd) Nr. 5 und Cod. Iust. 6, 25, 5, in: Medicus, Dieter/Seiler, Hans Hermann (Hrsg.), Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 437–463.
- Mertens, Hans-Georg*: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin 1970.
- Meulemann, Heiner*: Nach der Säkularisierung: Religiosität in Deutschland 1980–2012, Wiesbaden 2015.
- Mezger, Hans-Robert*: Stipulationen und letztwillige Verfügungen „contra bonos mores“ im klassisch-römischen und nachklassischen Recht, Göttingen 1929.
- Michaels, Ralf*: Rechtskultur, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, Band II: Kauf – Zwingendes Recht, Tübingen 2009, S. 1255–1259.
- : The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl., Oxford 2019, S. 345–389.
- Michalski, Lutz*: BGB – Erbrecht, Heidelberg 1999.

- Michl, Fabian*: Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure: Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, JZ 2018, S. 910–918.
- Mihura, Jules/Barrault, H.-E.* (Hrsg.): *Juris Classeur Civil: Articles 1101 à 1248 du Code civil*, Paris 1936.
- Mikat, Paul*: Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in: Dietz, Rolf/Hübner, Heinz (Hrsg.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag* (21. Januar 1965), Band I, München, Berlin 1965, S. 581–604.
- Mitterauer, Michael/Sieder, Reinhard*: *Vom Patriarchat zur Partnerschaft: Zum Strukturwandel der Familie*, München 1977.
- Mnisi Weeks, Sindiso*: Customary Succession and the Development of Customary Law: The Bhe Legacy, *Acta Juridica* 2015, S. 215–255.
- Modiri, J. M.*: Race as/and the Trace of the Ghost: Jursiprudential Escapism, Horizontal Anxiety and the Right to be Racist in BOE Trust Limited, *PER/PELJ* 16 (2013), S. 582–614.
- Mokgoro, Yvonne*: uBuntu and the Law in South Africa, in: Cornell, Drucilla/Muvanga, Nyoko (Hrsg.), *Ubuntu and the Law: African Ideals and Postapartheid Jurisprudence*, New York 2012, S. 317–323.
- Möllers, Thomas M. J.*: *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl., München 2020.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich  
 — Band I: Allgemeiner Theil, Berlin, Leipzig 1888.  
 — Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Leipzig 1888.  
 — Band IV: Familienrecht, Berlin, Leipzig 1888.  
 — Band V: Erbrecht, Berlin, Leipzig 1888.
- Mugdan, Benno (Hrsg.): *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*  
 — Band I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899.  
 — Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.  
 — Band IV: Familienrecht, Berlin 1899.  
 — Band V: Erbrecht, Berlin 1899.
- Mühlenbruch, Christian Friedrich*: *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Theil*, Halle 1835.
- Müller, Reinhard*: Auch Hohenzollern dürfen aus Liebe heiraten, *Frankfurter Allgemeine* 2.4.2004 (<<https://perma.cc/NN82-A3N8>>).
- Müller-Freienfels, Wolfram*: Zur Rechtsprechung beim sog. „Mätressen-Testament“: Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 26.2.1968 – III ZR 38/65, *JZ* 1968, S. 441–449.
- Mulligan, G. A.*: *Bellum Juridicum* (3): Purists, Pollutionists and Pragmatists, *SALJ* 69 (1952), S. 25–32.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zit. als MünchKommBGB [ggf. mit Auflage und Jahr]/*Bearbeiter*)  
 — Band I: Allgemeiner Teil: §§ 1–240, AGB-Gesetz, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Rebmann, Kurt, 4. Aufl., München 2001.  
 — Band I: Allgemeiner Teil: §§ 1–240, ProStG, AGG, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland, 6. Aufl., München 2012.  
 — Band I: Allgemeiner Teil: §§ 1–240, AllgPersönlR, ProStG, AGG, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, 8. Aufl., München 2018.

- Band IX: Familienrecht I: §§ 1297–1588, Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, 8. Aufl., München 2019.
  - Band XI: Erbrecht: §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, 8. Aufl., München 2020.
  - Münchener Kommentar zum StGB, Band III: §§ 80–184j, hrsg. von Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, 4. Aufl., München 2021 (zit. als MünchKommStGB/*Bearbeiter*).
  - Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band I: §§ 1–354, hrsg. von Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, 6. Aufl., München 2020 (zit. als MünchKommZPO/*Bearbeiter*).
  - Muscheler, Karlheinz*: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.12.1998, Az. IV ZB 19/97, ZEV 1999, S. 151–152.
  - : Plädoyer für ein staatsfreies Stiftungsrecht, ZRP 2000, S. 390–395.
  - : Universalsukzession und Vonselbsterwerb: Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts, Tübingen 2002.
  - : Erbrecht, Band I, Tübingen 2010.
  - : Familienrecht, 4. Aufl., München 2017.
- Nadasen, S./Pather, S.*: The South African Reality and the Creation of a Human Rights Culture: A discussion of Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa NO: In re William Marsh Will Trust 1993 2 SA 697 (C) and Diepsloot Residents and Landowners Association v Administrator, Transvaal 1993 3 SA 49 (T), Stellenbosch LR 6 (1995), S. 256–263.
- Nehlsen, Hermann*: Die Einwirkung von Grundrechten auf die Gültigkeit von Verfügungen von Todes wegen am Beispiel von Heiratsklauseln: Ein Beitrag zur Wirksamkeit erbrechtlicher Potestativbedingungen, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, Baden-Baden 2008, S. 26–41.
- Neuner, Jörg*: Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, S. 57–66.
- Newburn, Tim*: Permission and Regulation: Law and Morals in Post-War Britain, London 1992.
- Nieder, Heinrich/Kössinger, Reinhard/Kössinger, Winfried*: Handbuch der Testamentsgestaltung: Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgebmaßnahmen, 5. Aufl., München 2015.
- Nomos Kommentar Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar, hrsg. von Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin, 4. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit. als NomosKommAGG/*Bearbeiter*).
- Nomos Kommentar EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, hrsg. von Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/von Raumer, Stefan, 4. Aufl., Baden-Baden u. a. 2017 (zit. als NomosKommEMRK/*Bearbeiter*).
- Nwauche, E. S.*: Affiliation to a New Customary Law in Post-Apartheid South-Africa, PER/PELJ 18 (2015), S. 569–592.
- Oakley, A. J.*: Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts, 9. Aufl., London 2008.
- Odersky, Felix*: Großbritannien: England und Wales, in: Süß, Rembert (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 4. Aufl., Bonn 2020, S. 653–696.
- O'Halloran, Kerry/McGregor-Lowndes, Myles/Simon, Karla W.*: Charity Law & Social Policy: National and International Perspectives on the Functions of the Law Relating to Charities, Dordrecht 2008.

- Olbing, Klaus*: Stiftung unter Lebenden: Ein Plädoyer, SB 2011, S. 188.
- Oliver, Hazel*: Discrimination Law, in: Hoffman, David (Hrsg.), The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law, Cambridge 2011, S. 206–222.
- Olzen, Dirk/Looschelders, Dirk*: Erbrecht, 5. Aufl., Berlin, Boston 2017.
- Otte, Gerhard*: Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, JA 1985, S. 192–201.
- : Anmerkung zu BayObLG, Beschl. v. 03.09.1996, Az. 1Z BR 41/95, ZEV 1997, S. 123–125.
- : Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.08.1997, Az. 8 W 124/97, ZEV 1998, S. 187.
- : Das Pflichtteilsrecht: Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002), S. 317–362.
- : Die Bedeutung der „Hohenzollern“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die Testierfreiheit, ZEV 2004, S. 393–398.
- : Nationalsozialismus und Pflichtteilsrecht, in: Berger, Klaus Peter/Borges, Georg/Herrmann, Harald/Schlüter, Andreas/Wackerbarth, Ulrich (Hrsg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext: Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 113–124.
- : Pflichtteilsrecht als Unterhaltssicherung, in: Röthel, Anne (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts: Symposium vom 30.11.–2.12.2006 in Salza, Köln, Berlin, München 2007, S. 203–205.
- : Privatautonomie im Erbrecht, ErbR 2009, S. 2–9.
- : Gefährdung der Testierfreiheit?: Lehren aus dem „Hohenzollern“-Fall, JURA 2014, S. 549–558.
- : Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014, Az. 5 U 19/13, ErbR 2015, S. 574–575.
- Otto, Carl Ed./Schilling, Bruno/Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand* (Hrsg.): Das Corpus Juris Civilis: in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter
- Band III, Leipzig 1831.
  - Band IV, Leipzig 1832.
  - Band V, Leipzig 1832.
  - Band VI, Leipzig 1832.
  - Band VII, Leipzig 1833.
- Otto, Hansjörg*: Personale Freiheit und soziale Bindung: Zur Kontrolle und Gewährleistung personal motivierten Verhaltens im Privatrecht, München 1978.
- Oughton, Richard D./Tyler, E. L. G.*: Tyler's Family Provision, London, Edinburgh, Dublin 1997.
- Paal, Boris P.*: Sittenwidrigkeit im Erbrecht, JZ 2005, S. 436–444.
- Palandt, Otto* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch: Mit dem Einführungsgesetz, Ehegesetz, Testamentsgesetz und allen anderen einschlägigen Gesetzen, 2. Aufl., München, Berlin 1939 (zit. als *Palandt* (2. Aufl. 1939)/*Bearbeiter*).
- : Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Nebengesetzen, 80. Aufl., München 2021 (zit. als *Palandt/Bearbeiter*).
- Parry, N. D. M.*: Uncertainty and Conditional Gifts, SJ 126 (1982), S. 518–520.
- Patterson, William Malcolm*: Law of Family Protection and Testamentary Promises, Wellington 2013.
- Paul, Jean*: Flegeljahre: Eine Biographie, Frankfurt a. M. 1986 (Erstveröffentlichung Tübingen 1804/1805).

- Peart, Nicola/Vines, Prue*: Family Provision in New Zealand and Australia, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, Band III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, S. 450–476.
- Pettit, Philip H.*: *Equity and the Law of Trusts*, 12. Aufl., Oxford 2012.
- Peuckert, Rüdiger*: *Familienformen im sozialen Wandel*, 8. Aufl., Wiesbaden 2012.
- Pfaff, Leopold/Hofmann, Franz*: *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*: Band I, 1. Abt., Wien 1877.
- Phillips, Jim*: Case Comment: Anti-Discrimination, Freedom of Property Disposition, and the Public Policy of Charitable Educational Trusts: A Comment on Re Canada Trust Company and Ontario Human Rights Commission, *The Philanthropist* 9 (1990), S. 3–42.
- Pienaar, Juanita*: Law of Property, in: Rautenbach, Christa (Hrsg.), *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*, 5. Aufl., Durban u. a. 2018, S. 117–143.
- Pieterse, Marius*: It's a „Black Thing“: Upholding Culture and Customary Law in a Society Founded on Non-Racialism, *SAJHR* 17 (2001), S. 364–403.
- Pintens, Walter*: Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts, Teil 1, *FamRZ* 2003, S. 329–336.
- Planck, Gottlieb*: Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich, in: Schubert, Werner (Hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Familienrecht: Teil 2*, Berlin, New York 1983.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band V: Erbrecht, begr. von Strohal, Emil, 4. Aufl., Berlin, Leipzig 1930 (zit. als Planck's Kommentar BGB (4. Aufl. 1930)/*Bearbeiter*).
- Pollock, Frederick Sir/Maitland, Frederic William*: *The History of English Law before the time of Edward I.*, Band II, 2. Aufl., Cambridge 1898.
- Prentice, D. D.*: Illegality and Public Policy, in: Beale, Hugh G. (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, Band I: General Principles, 33. Aufl., London 2018, Ziffer 16-001–16-248.
- Prince, Harry G.*: Public Policy Limitations on Cohabitation Agreements: Unruly Horse or Circus Pony?, *Minnesota LR* 70 (1985), S. 163–209.
- Probert, Rebecca*: *The Changing Legal Regulation of Cohabitation: From Fornicators to Family, 1600–2010*, Cambridge 2012.
- : Freedom of Testation in Victorian England, in: Boehm, Katharina/Farkas, Anna/Zwierlein, Anne-Julia (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on Aging in Nineteenth-Century Culture*, New York 2014, S. 115–131.
- : Disquieting Thoughts: Who Will Benefit When We Are Gone?, in: Häcker, Birke/Mitchell, Charles (Hrsg.), *Current Issues in Succession Law*, Oxford 2016, S. 31–49.
- Proculus*: *Bellum Juridicum: Two Approaches to South African Law*, *SALJ* 68 (1951), S. 306–313.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
- Band I: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I, Berlin 1897.
  - Band V: Erbrecht, Berlin 1899.
- Puchta, Georg Friedrich*: *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Band I, 4. Aufl., Leipzig 1854.

- von *Pufendorf, Samuel*: De Jure Naturae et Gentium Libri Octo, Frankfurt a. M. 1716 (urspr. 1672).
- : Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht: Mit des Weitberühmten Jcti. Johann Nicolai Hertii, Johann Barbeyrac und anderen Hoch-Gelehrten Männer außerlesenen Anmerkungen erläutert und in die Teutsche Sprache übersetzt, Teil I, Hildesheim, Zürich, New York 2001 (urspr. 1711).
- Radbruch, Gustav*: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105–108.
- Raiser, Ludwig*: Christen und Nichtchristen im Recht, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche: Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag (15. Januar 1952), dargebracht von Freunden, Schülern und Kollegen, Göttingen 1952, S. 243–252.
- Ramelsberger, Annette*: Kampf um Gleichberechtigung nach 1945: Als der Mann zur Last wurde, Süddeutsche Zeitung 7.5.2015 (<<https://perma.cc/UJ7G-RUB7>>).
- Ramm, Thilo*: Abschied vom „Mätressentestament“, JZ 1970, S. 129–132.
- Rautenbach, Christa*: Deep Legal Pluralism in South Africa: Judicial Accommodation of Non-State Law, JLPUL 60 (2010), S. 143–178.
- : A Few Comments on the (Possible) Revival of the Customary Law Rule of Male Primogeniture: Can the Common-Law Principle of Freedom of Testation Come to its Rescue?, Acta Juridica 2014, S. 132–159.
- : Law of Succession and Inheritance, in: dies. (Hrsg.), Introduction to Legal Pluralism in South Africa, 5. Aufl., Durban u. a. 2018, S. 177–205.
- : Preface, in: dies. (Hrsg.), Introduction to Legal Pluralism in South Africa, 5. Aufl., Durban u. a. 2018, S. v–vi.
- : The Phenomenon of Legal Pluralism, in: dies. (Hrsg.), Introduction to Legal Pluralism in South Africa, 5. Aufl., Durban u. a. 2018, S. 3–16.
- Rautenbach, Christa/Du Plessis, Willemien*: Reform of the South African Customary Law of Succession: Final Nails in the Customary Law Coffin?, in: Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), The Future of African Customary Law, Cambridge u. a. 2011, S. 336–360.
- Rautenbach, Christa/Du Plessis, Willemien/Pienaar, Gerrit*: Is Primogeniture Extinct Like the Dodo, or is there any Prospect of it Rising from the Ashes? Comments on the Evolution of Customary Succession Laws in South Africa, SAJHR 22 (2006), S. 99–118.
- Ravit, A.*: Zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen, AcP 58 (1875), S. 1–69.
- Rawert, Peter*: Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale: Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation, in: Hopt, Klaus J./Reuter, Dieter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa: Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA, Köln 2001, S. 109–137.
- Recent Legal Decisions, SALJ 63 (1946), S. 524–541.
- Rechenmacher*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.02.1956, Az. IV ZR 294/55, NJW 1956, S. 865.
- Reed, Penelope*: Capacity and Want of Knowledge and Approval, in: Häcker, Birke/Mitchell, Charles (Hrsg.), Current Issues in Succession Law, Oxford 2016, S. 169–188.
- Regelsberger, Ferdinand*: Pandekten, Band I, Leipzig 1893.

- Reid, Kenneth G. C.*: Legal Rights in Scotland, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, Band III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, S. 417–449.
- : Mandatory Family Protection in the Common Law Tradition, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, Band III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, S. 707–739.
- Reimann, Wolfgang*: Anmerkung zu KG, Urt. v. 14.07.2008, Az. 12 U 221/04, ZEV 2008, S. 532.
- : Hohenzollern und kein Ende: Wie das ehemalige Kaiserhaus zur Rechtsfortbildung in Deutschland beiträgt, in: Wachter, Thomas (Hrsg.), *Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag: Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht*, Bonn 2009, S. 1095–1103.
- Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred/Mayer, Jörg (Begr.)*: Testament und Erbvertrag, 7. Aufl., Köln 2020 (zit. als *Reimann/Bengel/Mayer/Bearbeiter*).
- Reimer, Franz*: Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Reinicke, Dietrich*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.03.1969, Az. III ZR 188/65, NJW 1969, S. 1347.
- RGRK BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band V, 1. Teil: §§ 1922 bis 2146, hrsg. von Mitglieder des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Berlin, New York 1974 (zit. als *RGRK BGB/Bearbeiter*).
- Richter, Andreas*: Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation: Überlegungen zur Reform des deutschen Stiftungsrechts auf der Grundlage einer historisch-rechtsvergleichenden Untersuchung der Entstehung des modernen deutschen und amerikanischen Stiftungsmodells, Berlin 2001.
- Rietbergen, P. J.*: A Short History of the Netherlands: From Prehistory to the Present Day, 8. Aufl., Amersfoort 2008.
- Ross Martyn, John G./Evans-Gordon, Jane/Learmonth, Alexander/Ford, Charlotte/Fletcher, Thomas*: Theobald on Wills, 18. Aufl., London 2016.
- Röthel, Anne*: Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004.
- : Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?: Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010*, Band I: Gutachten, München 2010, A1–A112.
- : Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010), S. 32–66.
- : Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht: Entwicklungen und Erklärungsversuche, *RabelsZ* 76 (2012), S. 131–160.
- : Erbrecht: Ein Studienbuch, 18. Aufl., München 2020.
- Rother, Werner*: Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, AcP 172 (1972), S. 498–519.
- Roux, Edrick*: Freedom of Testation: Can a Person Disinherit a Spouse?, *De Rebus* 2013, S. 48–50.
- Rowland, C. J.*: Freedom of Testation in South Africa, *Codicillus* 11 (1970), S. 4–14.
- Royal Commission on Marriage and Divorce*: Report 1951–1955, London 1956.
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001.
- Ruß, Georg*: Das Liebesverhältnis im bürgerlichen Recht, Berlin-Halensee 1930.
- Rüthers, Bernd*: Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl., Tübingen 2012.

- : Recht oder Gesetz?: Gründe und Hintergründe der „Naturrechtsrenaissance“: Zugleich eine Besprechung zu Lena Foljanty: Recht oder Gesetz, JZ 2013, S. 822–829.
- Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit. als Sachs/*Bearbeiter*).
- Sack, Rolf: Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, S. 761–769.
- Saller, Karl: Zivilisation und Sexualität, Stuttgart 1956.
- von Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts, Band II, Berlin 1840.
- : System des heutigen Römischen Rechts, Band III, Berlin 1840.
- Schauhoff, Stephan/Mehren, Judith: Die Reform des Stiftungsrechts, NJW 2021, S. 2993–2999.
- Scheuren-Brandes, Christoph M.: Wiederverheirathungsklauseln nach der Hohenzollern-Entscheidung: Handlungsbedarf für die Gestaltungspraxis?, ZEV 2005, S. 185–188.
- von Scheurl, Christoph Gottlieb Adolf: Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871.
- Schlitt, Gerhard: Der Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor belastenden Anordnungen des Erblassers: Testierfreiheit und gesetzliche Korrekturen, Gießen 1990.
- Schlosser, Hans: Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., München 2014.
- Schlüter, Andreas: Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung: Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England, USA, München 2004.
- Schlüter, Wilfried: Grenzen der Testierfreiheit: Grenzen einer „Herrschaft aus dem Grabe“, in: Hadding, Walther (Hrsg.), Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, Berlin, New York 1999, S. 575–591.
- : Die Änderung der Rolle des Pflichtteilsrechts im sozialen Kontext, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Band I: Bürgerliches Recht, München 2000, S. 1047–1075.
- : Erbrecht: Ein Studienbuch, 16. Aufl., München 2007.
- Schmidt, Helmut: Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin 1973.
- Schmidt, Jan Peter: Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik, *Hereditare* 10 (2021), S. 1–26.
- Schmidt, Oliver: Vermögenszuwendung und Festlegung des Stiftungszwecks bei der Errichtung unselbstständiger Stiftungen von Todes wegen, ZEV 2003, S. 316–319.
- : Die richtige Stiftungssatzung bei der Errichtung einer Stiftung von Todes wegen, SB 2009, S. 218.
- Schmitt, Angelika: Die Sittenwidrigkeit von Testamenten in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, München 1999.
- von Schmitt, Gottfried: Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich und des Entwurfes eines Einführungsgesetzes, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Erbrecht: Teil 1, Berlin, New York 1984.
- : Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Erbrecht: Teil 1, Berlin, New York 1984.
- Schmitz, Wilhelm: Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit, Berlin 1936.

- Schmoeckel, Mathias*: Der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), S. 1–79.
- : Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.12.1998, Az. IV ZB 19/97, JZ 1999, S. 517–519.
- : Das Recht des Erben: Die Sittenwidrigkeit aufgrund unzumutbaren Drucks auf den benannten Erben, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, Baden-Baden 2008, S. 140–153.
- Schnabl, Daniel/Hamelmann, Uwe*: Das Ende der Sittenwidrigkeit sog. Geliebtentestamente?, JURA 2009, S. 161–165.
- Schreiner, O. D.*: The Contribution of English Law to South African Law; and the Rule of Law in South Africa, London 1967.
- von Schrenck-Notzing, Albert Freiherr*: Unerlaubte Bedingungen in letztwilligen Verfügungen, Berlin 2009.
- Schröder, Franz*: Das Notherbenrecht: Eine civilistische Abhandlung, Erste Abtheilung: Das Recht vor der Novelle 115, Heidelberg 1877.
- Schröder, Rainer*: Abschaffung oder Reform des Erbrechts: Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen, Ebelsbach 1981.
- : Pflichtteilsrecht, DNotZ 2001, S. 465–473.
- Schubert, Werner*: Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Erbrecht: Teil 1, Berlin, New York 1984, S. XI–XIX.
- Schulz, Fritz*: Classical Roman Law, Oxford 1951.
- Schwake, Johannes*: Stiftung bürgerlichen Rechts, in: Beuthien, Volker/Gummert, Hans/Schöpflin, Martin (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band V: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 2016, S. 1138–1229.
- : Wahl der Stiftungsart, in: Beuthien, Volker/Gummert, Hans/Schöpflin, Martin (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band V: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 2016, S. 1337–1348.
- Schweppe, Albrecht*: Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer: Mit erster vollständiger Rücksicht auf Gajus und die Vaticanischen Fragmente, 3. Aufl., Göttingen 1832.
- Scott, Jacqueline*: Changing Attitudes to Sexual Morality: A Cross-National Comparison, Sociology 32 (1998), S. 815–845.
- Selbig, Sabine*: Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen in Großbritannien und Deutschland: Rechtsformen, steuerliche Förderung und Finanzkontrolle, Tübingen 2006.
- Sell, Wilhelm*: Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen, Gießen 1834.
- Seyderhelm, Maximilian*: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019, Az. 1 BvQ 42/19, NVwZ 2019, S. 962–963.
- Shand, John*: Unblinking the Unruly Horse: Public Policy in the Law of Contract, Cambridge LJ 30 (1972), S. 144–167.
- Shatten, Michael L.*: The Determination of Public Policy, ABAJ 51 (1965), S. 1048–1052.
- Sheppard, William/Hilliard, Edward/Preston, Richard*: Sheppard's Touchstone of Common Assurances: Or a Plain and Familiar Treatise, Opening the Learning of the Common Assurances or Conveyances of the Kingdom, 7. Aufl., London 1820.
- Sibanda, Sanele/Mosaka, Tshepo Bogosi*: Bhe v Magistrate, Khayelitsha: A Cultural Conundrum, Fanonian Alienation and an Elusive Constitutional Oneness, Acta Juridica 2015, S. 256–280.

- Siber, Heinrich*: Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen, in: Schreiber, Otto (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929) in 6 Bänden, Band III: Zivil und Handelsrecht (Fortsetzung), Berlin, Leipzig 1929, S. 350–383.
- Siemens, Heinrich*: Wandel in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von „Mätressentestamenten“ unter Berücksichtigung soziologischer Gesichtspunkte, Münster 1974.
- Simitis, Konstantin*: Gute Sitten und ordre public: Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB, Marburg 1960.
- Simpson, A. W. B.*: A History of the Land Law, 2. Aufl., Oxford 1986.
- Simshäuser, Wilhelm*: Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente: Kritische Bemerkungen zur höchstrichterlichen Rechtsprechung, Bielefeld 1971.
- Sloan, Brian*: Borkowski's Law of Succession, 4. Aufl., Oxford 2020.
- Smid, Stefan*: Rechtliche Schranken der Testierfreiheit aus § 138 I BGB, NJW 1990, S. 409–417.
- Soergel, Hans-Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (zit. als Soergel/*Bearbeiter*)
- Band II: Allgemeiner Teil 2: §§ 104–240, 13. Aufl., Stuttgart 1999.
  - Band XXI: Erbrecht 1: §§ 1922–2063, 13. Aufl., Stuttgart 2002.
  - Band XXII: Erbrecht 2: §§ 2064–2273, §§ 1–35 BeurkG, 13. Aufl., Stuttgart 2003.
- Sonnekus, J. C.*: Matrimonial Property, in: Clark, Brigitte (Hrsg.), Family Law Service, Durban 1988, Ziffer B1-B57.
- Sorel, Georges*: Introduction à l'économie moderne, 2. Aufl., Paris 1922.
- South African Law Commission*: Project 22: Review of the Law of Succession: The Introduction of a Legitimate Portion or the Granting of a Right to Maintenance to the Surviving Spouse: Report, Pretoria 1987.
- South African Law Reform Commission*: Project 90: Customary Law of Succession: Report, Pretoria 2004.
- Speckmann, Werner*: Terminologisches zur Rechtsprechung in der Frage der Sittenwidrigkeit letztwilliger Zuwendungen bei ehebrecherischen Beziehungen, JZ 1969, S. 733–735.
- : Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 31.03.1970, Az. III ZB 23/68, NJW 1970, S. 1839–1840.
- Spescha, Marc*: Rechtsbruch und sozialer Wandel: Über Ursachen und Wirkungen demonstrativer Normverletzungen im sozialen Konflikt und in gesellschaftlichen Veränderungsprozessen, Berlin 1988.
- Spiess, Heinz*: Unsittliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen, Bleicherode 1938.
- Spring, Eileen*: Law, Land, & Family: Aristocratic Inheritance in England, 1300 to 1800, Chapel Hill, London 1993.
- Stadler, Katrin*: Das Versorgungselement im gesetzlichen Pflichtteilsrecht – mit Bezug zum englischen Erbrecht, Frankfurt a. M. 2004.
- Staffhorst, Andreas*: Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht, Berlin 2006.
- Statistics South Africa*: Community Survey 2016: Statistical Release P0301, Pretoria 2016 (<<https://perma.cc/2GJH-4PYN>>).
- Staudinger, Ansgar*: Die Nichtigkeit der Verfügungen von Todes wegen und der Erbstreit im Adelshause Hohenzollern, JURA 2000, S. 467–472.
- : Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 22.03.2004, Az. 1 BvR 2248/01, FamRZ 2004, S. 768–771.

- von Staudinger, Julius (Begr.): J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze (zit. als Staudinger [mit Auflage und Jahr]/*Bearbeiter*)
- Band V: Erbrecht, 2. Aufl., München 1906.
  - Band I: Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1925.
  - Band V: Erbrecht, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1928.
- von Staudinger, Julius (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (zit. als Staudinger [ggf. mit Auflage und Jahr]/*Bearbeiter*)
- Band V: Erbrecht (1. Teil), 11. Aufl., Berlin 1954.
  - Band I: Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Berlin 1957.
  - Band V: Erbrecht (2. Teil), 11. Aufl., Berlin 1960.
  - Buch 5: Erbrecht: §§ 2064–2196 (Testament 1), Neubearb. 2003, Berlin 2003.
  - Buch 5: Erbrecht: §§ 2303–2345 (Pflichtteil, Erbunwürdigkeit), Neubearb. 2015, Berlin 2015.
  - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 80–89 (Stiftungsrecht), Neubearb. 2017, Berlin 2017.
  - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 134–138, ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit), Neubearb. 2017, Berlin 2017.
  - Buch 5: Erbrecht: Einleitung zum Erbrecht, §§ 1922–1966 (Erbfolge), Neubearb. 2017, Berlin 2017.
  - Buch 4: Familienrecht: §§ 1564–1568, §§ 1568 a+b (Scheidung der Ehe), Neubearb. 2018, Berlin 2018.
  - Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche: Art. 1, 2, 50–218 EGBGB (Inkrafttreten, Verhältnis zu anderen Vorschriften, Übergangsvorschriften), Neubearb. 2018, Berlin 2018.
  - Buch 5: Erbrecht: §§ 2064–2196 (Testament, Erbeinsetzung, Vermächtnis, Auflage), Neubearb. 2019, Berlin 2019.
  - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 139–163 (Allgemeiner Teil 4b), Neubearb. 2020, Berlin 2020.
  - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), Neubearb. 2020, Berlin 2020.
  - Buch 5: Erbrecht: §§ 1967–2063 (Rechtsstellung des Erben), Neubearb. 2020, Berlin 2020.
- Steffek, Marc-Andreas*: Die Anforderungen an das Stiftungsgeschäft von Todes wegen, Baden-Baden 1996.
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988.
- Stolleis, Michael*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band IV: Staats und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945–1990, München 2012.
- Strohal, Emil*: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Berlin 1901.
- Stumpf, Christoph*: Die Entstehung der Stiftung, in: Richter, Andreas (Hrsg.), Stiftungsrecht, München 2019, S. 57–85.
- Süsterhenn, Adolf*: Volk und Justiz, in: Bucher, Peter (Hrsg.), Adolf Süsterhenn: Schriften zum Natur-, Staats- und Verfassungsrecht, Mainz 1991, S. 182–185.
- Sutherland, Philip J.*: Ensuring Contractual Fairness in Consumer Contracts after *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC), Part 2, Stellenbosch LR 20 (2009), S. 50–73.
- Swinburne, Henry*: A Treatise of Testaments and Last Wills: Compiled out of the Laws, Ecclesiastical, Civil, and Canon; as also out of the Common Laws, Customs, and Statutes, of this Realm, 7. Aufl., London 1803.

- Symmons, C. R.*: The Function and Effect of Public Policy in Contemporary Common Law, ALJ 51 (1977), S. 185–198.
- Tanck, Manuel*: Zur Sittenwidrigkeit von Wiederverheirungsklauseln in gemeinschaftlichen Verfügungen von Todes wegen (Berliner Testament), ZErB 2015, S. 297–299.
- Teubner, Gunther*: Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Frankfurt a. M. 1971.
- The Conservative and Unionist Party*: Manifesto 2017 (<<https://perma.cc/YD6E-PDTP>>).
- The Conservative Party*: Manifesto 2015 (<<https://perma.cc/D5PC-JEP6>>).
- The Law Commission*: Law Com. No. 61: Family Law: Second Report on Family Property: Family Provision on Death, London 1974 (<<https://perma.cc/W597-2SBB>>).
- : Law Com. No. 331: Intestacy and Family Provision: Claims on Death, London 2011 (<<https://perma.cc/N2SW-WFPH>>).
- The Secretary of State for the Home Department*: Rights Brought Home: The Human Rights Bill 1997 (<<https://perma.cc/67RS-7L3K>>).
- Thibaut, Anton Friedrich Justus*: System des Pandekten-Rechts, Band I, 7. Aufl., Jena 1828.
- : System des Pandekten-Rechts, Band II, 7. Aufl., Jena 1828.
- Thielmann, Georg*: Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, Berlin 1973.
- Thomas, Geraint/Hudson, Alastair*: The Law of Trusts, 2. Aufl., Oxford 2010.
- Thomas, Philip*: The Intention of the Testator: From the Causa Curiana to Modern South African Law, in: Hallebeek, Jan/Schermaier, Martin/Fiori, Roberto/Metzger, Ernest/Coriat, Jean-Pierre (Hrsg.), *Inter cives necnon peregrinos: Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, S. 727–739.
- Thüsing, Gregor/Flink, Maïke/Jänsch, Melanie*: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 15.11.2018, Rs. C-457/17, ZEuP 2019, S. 596–602.
- Tucker, Lynton/Le Poidevin, Nicholas/Brightwell, James*: Lewin On Trusts, 19. Aufl., London 2015.
- Van der Spuy, P. de W.*: Ex Parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa NO: In Re William Marsh Will Trust 1993 2 SA 697 (K): Bevoegdheid van hof om trustbepalings te wysig – artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed 57 van 1988, De Jure 26 (1993), S. 447–457.
- Van Heerden, Belinda/Cockrell, Alfred/Keightley, Raylene (Hrsg.): *Boberg's Law of Persons and the Family*, 2. Aufl., Kenwyn 1999.
- Van Niekerk, G. J.*: Succession, Living Indigenous Law and Ubuntu in the Constitutional Court, *Obiter* 26 (2005), S. 474–487.
- Van Zyl, L. J.*: Duty of Support and Maintenance, in: Joubert, W. A./Church, J. (Hrsg.), *The Law of South Africa*, Band XVI: Marriage, 2. Aufl., Durban 2006, Ziffer 154–230.
- von Vangerow, Karl Adolph*: Lehrbuch der Pandekten, Band I, 7. Aufl., Marburg, Leipzig 1863.
- Vaquer, Antoni*: The Law of Successions, in: Bussani, Mauro/Werro, Franz (Hrsg.), *European Private Law: A Handbook*, Band I, Bern 2009, S. 555–586.
- Vick, Douglas W.*: The Human Rights Act and the British Constitution, *Texas International LJ* 37 (2002), S. 329–372.
- Visser, Daniel P.*: Daedalus in the Supreme Court: The Common Law Today, *THRHR* 49 (1986), S. 127–138.

- Voet, Johannis*: Commentarius ad Pandectas, Band II (Bücher 10 bis 23), Paris 1829.  
–: Commentarius ad Pandectas, Band III (Bücher 24 bis 38), Paris 1829.
- Vogenaier, Stefan*: Common law, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, Band I: Abschlussprüfer – Kartellverfahrensrecht, Tübingen 2009, S. 280–283.
- Vollmer, Jeanette*: Verfügungsverhalten von Erblässern und dessen Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht und das Pflichtteilsrecht: Ein Reformvorschlag anhand empirisch gewonnenen Tatsachenmaterials, Frankfurt a. M. 2001.
- Wächter, Carl Georg*: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Band II: Allgemeine Lehren, Stuttgart 1842.
- Wacker, Gerd*: Der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht und dessen Entwurf eines Erbgesetzes, Frankfurt a. M. 1997.
- Wagner, Walter*: Ehebruch, Eidesnotstand und Auskunftsverweigerungsrecht, MDR 1959, S. 806–808.
- Walker, Eric A.*: Lord de Villiers and his Times, London, Bombay, Sydney 1925.
- Wanner, Jens*: Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate: Eine rechts-historische Untersuchung zur Auslegung und Anwendung des § 138 Absatz 1 BGB im Nationalsozialismus und in der DDR, Ebelsbach a.M. 1996.
- Weber, Johannes*: Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014, Az. 5 U 19/13, DNotZ 2015, S. 699–704.
- Weinkauff, Hermann*: Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1689–1696.
- Weitemeyer, Birgit/Wrede, Kathrin*: Genderfragen in Non-Profit-Organisationen: Handlungsbedarf und Handlungsoptionen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, npoR 2018, S. 3–13.
- Welser, Rudolf*: Der Erbrechts-Kommentar: §§ 531–824 ABGB, Wien 2019.
- Welzel, Hans*: Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs: Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts, Berlin, New York 1958.
- Wessels, J. W./Roberts, A. A.*: The Law of Contract in South Africa, Band I, 2. Aufl., Durban 1951.
- Wessels, Johannes (John) Wilhelmus*: History of the Roman-Dutch Law, Grahamstown 1908.  
–: The Future of the Roman Dutch Law in South Africa, SALJ 37 (1920), S. 265–284.
- Westebbe, Achim*: Die Stiftungstreuhand: Eine Untersuchung des Privatrechts der unselbständigen gemeinnützigen Stiftung mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf den charitable trust, Baden-Baden 1993.
- von Westphalen, Friedrich Graf*: Renaissance der Religion im Fadenkreuz der Säkularisierung?, in: Blaurock, Uwe/Bornkamm, Joachim/Kirchberg, Christian (Hrsg.), Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, Berlin 2009, S. 737–752.
- Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Wieling, Hans Josef*: Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972.
- Wiethölter, Rudolf*: Rechtswissenschaft, Basel, Frankfurt a. M. 1986 (Nachdruck von 1968).
- Wilhelm, Jan*: Wiederverheiratungsklausel, bedingte Erbeinsetzung und Vor- und Nacherbfolge, NJW 1990, S. 2857–2864.

- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1887.
- : Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1887.
- : Lehrbuch des Pandektenrechts, Band III, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1887.
- Winfield, P. H.*: Notes, LQR 54 (1938), S. 155–157.
- Winfield, Percy H.*: Public Policy in the English Common Law, Harvard LR 42 (1928), S. 76–102.
- : Ethics in English Case Law, Harvard LR 45 (1931), S. 112–135.
- : Pollock's Principles of Contract, 13. Aufl., London 1950.
- Wionzeck, Lukas*: Steuerliche Gemeinnützigkeit nach Freimaurerlogenurteil, GWR 2017, S. 409–412.
- Wood-Bodley, Michael Cameron*: Freedom of Testation and the Bill of Rights: Minister of Education v Syfrets Trust Ltd NO, SALJ 124 (2007), S. 687–702.
- Young, Alison L.*: Mapping Horizontal Effect, in: Hoffman, David (Hrsg.), The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law, Cambridge 2011, S. 16–47.
- : The Human Rights Act 1998, Horizontality and the Constitutionalisation of Private Law, in: Ziegler, Katja S./Huber, Peter M. (Hrsg.), Current Problems in the Protection of Human Rights: Perspectives from Germany and the UK, Oxford 2013, S. 69–88.
- Zeidler, Wolfgang*: Zeitgeist und Rechtsprechung, in: Zeidler, Wolfgang/Maunz, Theodor/Roellecke, Gerd (Hrsg.), Festschrift Hans Joachim Faller, München 1984, S. 145–164.
- Zeiller, Franz von*: Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Band II, 2. Abt., Wien und Triest 1812.
- : Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Band III, 1. Abt., Wien und Triest 1812.
- Zimmermann, Reinhard*: Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?: Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge, Berlin 1979.
- : Der oberste Gerichtshof für die Britische Zone (1948–1950) und die Fortbildung des Bürgerlichen Rechts, ZNR 1981, S. 158–183.
- : Das römisch-holländische Recht in Südafrika: Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus, Darmstadt 1983.
- : „Cy-près“, in: Benöhr, Hans-Peter/Hackl, Karl/Knütel, Rolf/Wacke, Andreas (Hrsg.), Iuris Professio: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien, Köln, Graz 1986, S. 395–415.
- : Römisch-holländisches Recht – ein Überblick, in: Feenstra, Robert/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Berlin 1992, S. 9–58.
- : Roman Law in a Mixed Legal System: The South African Experience, in: Evans-Jones, Robin (Hrsg.), The Civil Law Tradition in Scotland, Edinburgh 1995, S. 41–78.
- : The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996.
- : Römisches Recht und europäische Kultur, JZ 2007, S. 1–12.
- : Preface, in: ders. (Hrsg.), Freedom of Testation/Testierfreiheit: Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. bis 17. September 2011 in Trier, Tübingen 2012, S. VII–X.
- : Kulturelle Prägung des Erbrechts?, JZ 2016, S. 321–332.
- : England und Deutschland: Unterschiedliche Rechtskulturen?, Göttingen 2019.

- : Compulsory Portion in Germany, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law, Band III: Mandatory Family Protection*, Oxford 2020, S. 268–318.
- : Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 84 (2020), S. 465–547.
- : Protection against Being Passed Over or Disinherited in Roman Law, in: Reid, Kenneth G. C./De Waal, Marius J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law, Band III: Mandatory Family Protection*, Oxford 2020, S. 1–19.
- : Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht: Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen, *RabelsZ* 85 (2021), S. 1–75.
- : „So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget,...“: Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung, *AcP* 222 (2022), S. 3–55.
- Zimmermann, Reinhard/Bauer, Franz/Bialluch, Martin/Humm, Andreas/Klapdor, Lisa-Kristin/Köhler, Ben/Schmidt, Jan Peter/Scholz, Philipp/Wiedemann, Denise*: Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht: Ein Reformvorschlag, Tübingen 2022.
- Zimmermann, Reinhard/Visser, Daniel*: Introduction: South African Law as a Mixed Legal System, in: dies. (Hrsg.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford u. a. 1996, S. 1–30.
- Zweigert, Konrad*: Referat, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des vierundvierzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1962, Band II: Sitzungsberichte*, Tübingen 1964, C7-C39.
- : Über Tabus im öffentlichen Leben der Bundesrepublik Deutschland: Vortrag am 19.10.1964 (Manuskript hrsg. von der Stadt Goslar), Goslar 1965.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996.



# Rechtsprechungsverzeichnis

## *I. Deutschland*

OAG Dresden, WoBlatt 12 (1852), 284 .....	95
OAG München, Urt. v. 13.1.1868 – 1400 66/67, Bl. für Rechtsanw. ErgBd. 1869, 353.....	93, 94
RG, Urt. v. 24.4.1888 – IV 21/88, RGZ 21, 279.....	247
RG, Urt. v. 22.6.1897 – III 44/97, SeuffA 53 (1898), 143 .....	95
RG, Urt. v. 11.4.1901 – VI 443/00, RGZ 48, 114.....	13
RG, Urt. v. 22.4.1909 – VI 27/09, RGZ 71, 85.....	24
RG, Urt. v. 4.11.1909 – IV 1/09, JW 1910, 6 .....	22, 23
RG, Urt. v. 29.9.1910 – IV 548/09, WarnR 1910, 388.....	22, 23, 37, 149
RG, Urt. v. 3.11.1910 – IV 70/10, JW 1911, 29 .....	22, 24, 40, 123
RG, Urt. v. 15.10.1912 – VII 231/12, RGZ 80, 219.....	13
RG, Urt. v. 18.9.1913 – IV. 200/13, SeuffA 69 (1914), 91 .....	175, 231, 303, 304
RG, Urt. v. 23.2.1920 – IV 387/19, RGZ 98, 176.....	22, 23
RG, Urt. v. 16.3.1922 – IV 336/21, LZ 1922, Sp. 556 .....	36
RG, Urt. v. 4.11.1926 – IV 101/26, LZ 1927, Sp. 531 .....	19, 22, 24, 123
RG, Urt. v. 11.10.1928 – IV 68/28, WarnR 1928, 342.....	22, 23, 153
RG, Urt. v. 18.3.1929 – IV 438/28, WarnR 1929, 166.....	22–24, 40, 123
RG, Urt. v. 29.2.1932 – IV 244/31, DRiZ 1932, Sp. 326 .....	23
RG, Urt. v. 5.3.1934 – IV 382/33, WarnR 1934, 193.....	22–24, 123, 156
RG, Beschl. v. 25.11.1937 – IV B 34/37, RGZ 156, 172 .....	180
RG, Urt. v. 15.2.1940 – IV 111/39, DR 1940, 917 .....	38
RG, Urt. v. 17.9.1940 – VII 247/39, WarnR 1941, 52 .....	27
RG, Urt. v. 16.5.1941 – VII 143/40, RGZ 166, 395.....	26, 27, 111, 157
RG, Urt. v. 28.11.1941 – VII 82/41, DR 1942, 538 .....	38
RG, Urt. v. 12.12.1941 – VII 94/41, DR 1942, 850 .....	26, 27
RG, Urt. v. 31.7.1942 – VII 22/42, DR 1942, 1341 .....	27, 108
RG, Urt. v. 9.10.1942 – VII 57/42, DR 1943, 91 .....	157
RG, Urt. v. 12.3.1943 – VII 92/42, SeuffA 97 (1943), 88.....	38
RG, Urt. v. 14.12.1943 – VII 140/43, DR 1944, 375 .....	32, 38, 123
RG, Urt. v. 25.2.1944 – VI 115/43, DR 1944, 494 .....	27, 157, 161
OGH, Urt. v. 15.10.1948 – I ZS 37/48, OGHZ 1, 249 .....	28, 31, 108
OGH, Urt. v. 26.1.1950 – I ZS 63/49, OGHZ 3, 158 .....	28, 32, 123
BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, NJW 1958, 257 .....	11, 293, 319, 393, 408
BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 u. a., NJW 1994, 36.....	408
BVerfG, Beschl. v. 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94, NJW 1999, 1853.....	3

BVerfG, Beschl. v. 21.2.2000 – 1 BvR 1937/97, FamRZ 2000, 945 .....	2, 3, 184, 294, 321, 411, 413
BVerfG, Beschl. v. 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008 ..	2, 3, 11, 167, 185–187, 259, 293, 294, 298, 300, 301, 319, 321, 324, 330, 397, 408, 411, 413, 419, 425
BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u. a., NJW 2005, 1561.....	20, 89, 124, 134–136, 150, 165, 319, 321
BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 .....	396
BVerfG, Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15, NJW 2015, 2485 .....	396
BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667.....	395, 396, 414–417
BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19, NVwZ 2019, 959 .....	396, 416, 417
BVerfG, Beschl. v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, NJW 2019, 3769.....	396, 397, 413, 414, 419
BGH, Beschl. v. 17.2.1954 – GSSt 3/53, BGHSt 6, 46.....	105, 115
BGH, Urt. v. 6.5.1954 – IV ZR 53/54, FamRZ 1954, 195 .....	29, 31, 123, 153, 154
BGH, Urt. v. 15.6.1955 – IV ZR 80/55, FamRZ 1963, 287 .....	31, 32, 151, 316
BGH, Urt. v. 18.6.1955 – IV ZR 71/55, BGHZ 18, 13 .....	105
BGH, Urt. v. 18.1.1956 – IV ZR 199/55, FamRZ 1956, 83 .....	38
BGH, Urt. v. 28.1.1956 – IV ZR 216/55, FamRZ 1956, 130 .....	176–179, 290, 300
BGH, Urt. v. 15.2.1956 – IV ZR 294/55, BGHZ 20, 71 .....	28, 29, 156–158, 162, 185
BGH, Urt. v. 25.4.1956 – IV ZR 297/55, LM zu § 138 (Cd) BGB Nr. 7.....	38
BGH, Urt. v. 29.1.1958 – IV ZR 251/57, BeckRS 1958, 31372778.....	29, 55
BGH, Urt. v. 16.1.1963 – IV ZR 110/62, NJW 1963, 955 .....	111
BGH, Urt. v. 8.1.1964 – V ZR 5/62, FamRZ 1964, 140 .....	28, 29
BGH, Urt. v. 8.7.1965 – II ZR 143/63, FamRZ 1965, 600.....	180
BGH, Urt. v. 26.2.1968 – III ZR 38/65, NJW 1968, 932 .....	28–30, 40
BGH, Urt. v. 17.3.1969 – III ZR 188/65, NJW 1969, 1343.....	30–32, 36, 40, 124, 151, 153, 316
BGH, Urt. v. 25.2.1970 – IV ZR 753/68, BGHZ 53, 345 .....	116
BGH, Beschl. v. 31.3.1970 – III ZB 23/68, NJW 1970, 1273.....	33, 34, 39, 40, 124, 135, 147–149, 151–153, 316
BGH, Urt. v. 27.5.1971 – III ZR 53/69, FamRZ 1971, 638 .....	35
BGH, Urt. v. 22.2.1973 – VI ZR 172/71, NJW 1973, 991 .....	117
BGH, Urt. v. 9.2.1978 – III ZR 59/76, NJW 1978, 943 ....	321–323, 368, 371, 372, 379, 394
BGH, Urt. v. 10.11.1982 – IVa ZR 83/81, NJW 1983, 674 .....	35, 39, 124, 135, 146, 149
BGH, Urt. v. 7.12.1983 – IVa ZR 160/82, NJW 1984, 797 .....	33, 36
BGH, Urt. v. 12.1.1984 – III ZR 69/83, NJW 1984, 2150 .....	36, 148, 149
BGH, Beschl. v. 6.11.1985 – IVa ZB 5/85, NJW 1988, 59.....	180
BGH, Urt. v. 20.10.1993 – IV ZR 231/92, NJW 1994, 248 .....	146, 260
BGH, Urt. v. 29.2.1996 – IX ZR 153/95, NJW 1996, 1467 .....	162
BGH, Beschl. v. 2.12.1998 – IV ZB 19/97, NJW 1999, 566.....	158, 167, 185, 186, 321, 323, 324, 330, 368, 394, 413, 416, 420, 421, 424, 425
BGH, Urt. v. 13.7.2006 – I ZR 241/03, NJW 2006, 3490 .....	148
BGH, Urt. v. 15.12.2016 – I ZR 63/15, NZG 2017, 268.....	371
BGH, Beschl. v. 1.6.2017 – I ZR 272/15, NZA-RR 2018, 122 .....	373
BGH, Urt. v. 25.4.2019 – I ZR 272/15, BeckRS 2019, 19066 .....	374, 419
BGH, Beschl. v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18, NJW 2020, 58 .....	146, 260, 413

BayObLG, Urt. v. 29.10.1894 – I. 66/1894, SeuffA 50 (1895), 171.....	249, 250, 259
BayObLG, Beschl. v. 20.4.1929 – III. 35/1929, DJZ 1929, Sp. 925.....	175
BayObLG, Beschl. v. 17.5.1984 – BReg. 1 Z 39/84, FamRZ 1984, 1153 .....	36
BayObLG, Beschl. v. 30.4.1985 – 1 Z 18/85, FamRZ 1985, 1082.....	39
BayObLG, Beschl. v. 10.12.1985 – BReg 1 Z 59/85, FamRZ 1986, 606 .....	1
BayObLG, Beschl. v. 2.9.1986 – BReg. 1 Z 31/86, NJW 1987, 910.....	39
BayObLG, Beschl. v. 11.6.1991 – BReg. 1 Z 31/91, FamRZ 1992, 226 .....	39
BayObLG, Beschl. v. 3.9.1996 – 1Z BR 41/95, FamRZ 1997, 705.....	181–183
BayObLG, Beschl. v. 4.8.1999 – 1Z BR 187/97, FamRZ 2000, 380.....	181, 183, 321, 324, 329
BayObLG, Beschl. v. 2.11.2000 – 1Z BR 86/00, FamRZ 2001, 1326.....	181
BayObLG, Beschl. v. 24.7.2001 – 1Z BR 20/01, FamRZ 2002, 915.....	36, 37, 147–149, 155, 158
BayObLG, Beschl. v. 9.11.2001 – 1Z BR 31/01, FamRZ 2002, 640.....	180
KG, Beschl. v. 3.5.1938 – 1 Wx 152/38, ZAkDR 1939, 101.....	175, 177
KG, Beschl. v. 20.6.1968 – 1 W 789/68, NJW 1968, 2032 .....	33
OLG Celle, Urt. v. 14.12.1894 – I. U. 218/94, SeuffA 50 (1895), 389.....	94
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.3.1988 – 3 Wx 290/87, NJW 1988, 2615.....	179, 231, 234, 295
OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.6.1997 – 7 U 152/96, FamRZ 1997, 1506 .....	39
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.12.1997 – 3 Wx 278/97, FamRZ 1998, 583.....	36, 37, 147, 149, 151
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.8.2008 – I-3 Wx 100/08, FamRZ 2009, 545.....	36, 37, 40, 124, 146–149, 151–153, 158
OLG Frankfurt, Beschl. v. 31.8.1959 – 6 W 135/59, FamRZ 1960, 79 .....	38
OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.6.1994 – 20 W 108/94, FamRZ 1995, 1026 .....	36, 37, 147–149, 154
OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.4.2003 – 20 W 386/02, BeckRS 2003, 30314256.....	180
OLG Frankfurt, Beschl. v. 5.2.2019 – 20 W 98/18, ErbR 2019, 360.....	303, 309, 310
OLG Hamm, Beschl. v. 11.9.1979 – 15 W 69/79, FamRZ 1979, 1074.....	39, 156, 161
OLG Hamm, Beschl. v. 23.6.1994 – 15 W 265/93, NJW-RR 1994, 1355 .....	180
OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.9.2019 – 11 W 114/17 (Wx), ErbR 2020, 50 .....	427, 428
OLG München, Urt. v. 24.11.1936 – 7 U 981/36, HRR 13 (1937), Nr. 495 .....	25–27, 108, 111
OLG München, Beschl. v. 28.5.2014 – 31 Wx 144/13, NJW 2014, 2448 .....	372
OLG Naumburg, Urt. v. 3.11.1998 – 9 U 110/98, BeckRS 1998, 31024804.....	176, 258, 303, 304, 316
OLG Rostock, Urt. v. 8.12.1890, SeuffA 49 (1894), 5.....	169, 249
OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014 – 5 U 19/13, DNotZ 2015, 691.....	191, 192, 298–303, 309, 318
OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014 – 5 U 19/13, ErbR 2015, 567 .....	191
OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.8.1997 – 8 W 124/97, FamRZ 1998, 260.....	158, 185, 186, 303, 309, 324, 329, 330, 426
OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.4.2005 – 8 W 10/05, FamRZ 2005, 1863.....	303, 309, 330
OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.1902, SeuffA 57 (1902), 438 .....	22, 97, 98
OLG Zweibrücken, Beschl. v. 14.3.2011 – 3 W 150/10, FamRZ 2011, 1902.....	191, 300, 302

LG Düsseldorf, Beschl. v. 8.7.1987 – 25 T 234/87, NJW 1987, 3141.....	178
LG Hechingen, Beschl. v. 27.9.2005 – 3 T 15/96, FamRZ 2006, 1408.....	167, 181, 182, 184, 185, 187, 303, 309
Notariat V Mannheim, Beschl. v. 14.6.1988 – 5 GRN 479/87, BWNZ 1989, 16.....	175, 303, 307, 329
BFH, Urt. v. 17.9.2003 – I R 85/02, ZEV 2004, 85.....	380
BFH, Urt. v. 17.5.2017 – V R 52/15, DStR 2017, 1749.....	374, 375, 378
FG Hessen, Urt. v. 16.4.2015 – 4 K 1685/14, BeckRS 2016, 95053.....	380
VG Ansbach, Urt. v. 16.4.2018 – AN 4 K 17.2330, BeckRS 2018, 14205.....	372, 373, 394
VG München, Urt. v. 23.1.2013 – M 7 K 11.5908, BeckRS 2013, 100140.....	372
VG Regensburg, Urt. v. 14.3.2001 – RN 3 K 99.2042, BeckRS 2001, 27125.....	372
VG Sigmaringen, Urt. v. 26.2.2009 – 6 K 1701/08, GWR 2009, 65.....	372

## 2. England and Wales

<i>Adams v Lewis</i> [2001] WTLR 493.....	129
<i>Allen v Jackson</i> (1875) 1 Ch D 399.....	194, 197, 220
<i>Ayerst v Jenkins</i> (1873) LR 16 Eq 275.....	95, 96, 100
<i>Banks v Goodfellow</i> (1870) LR 5 QB 549.....	55–57
<i>Barrass v Harding</i> [2001] 1 FLR 138.....	53
<i>Barry v Butlin</i> (1838) II Moore PC 480 (= 12 ER 1089).....	56
<i>Bellairs v Bellairs</i> (1874) LR 18 Eq 510.....	196, 263, 264
<i>Besant v Wood</i> (1879) 12 Ch D 605.....	268
<i>Blackman v Man</i> [2007] EWHC 3162 (Ch).....	56
<i>Blackwell v Blackwell</i> [1929] AC 318.....	59, 60
<i>Blathwayt v Cawley</i> [1976] AC 397.....	160, 201, 207–209, 212, 234, 261, 267, 292, 295, 319, 339, 340, 368, 418, 424
<i>Blunt v Blunt</i> [1943] AC 517.....	113
<i>Boughton v Knight</i> (1873) LR 3 P&D 64.....	55, 56, 102, 125, 128
<i>Brill v Proud</i> 1984 WL 283099 (= [1984] Fam Law 59).....	137
<i>Brown v Peck</i> (1758) 1 Eden 140.....	198
<i>Cameron v Treasury Solicitor</i> [1996] 2 FLR 716.....	53
<i>Campbell v Hall</i> (1774) 1 Cowp 204 (= 98 ER 1045).....	64
<i>Campbell v MGN Ltd</i> [2004] 2 AC 457.....	211
<i>Catholic Care (Diocese of Leeds) v Charity Commission for England and Wales</i> [2013] 2 All ER 1114.....	338
<i>Catholic Care (Diocese of Leeds) v Charity Commission for England and Wales</i> [2010] 4 All ER 1041.....	338
<i>Clavering v Ellison</i> (1859) 7 HLC 707.....	202, 204, 222
<i>Clayton v Ramsden</i> [1943] AC 320.....	201, 203–205, 222, 262, 307
<i>Cooke v Turner</i> (1846) 15 M&W 727.....	268, 269
<i>Coral Leisure Group Ltd v Barnett</i> [1981] ICR 503.....	268
<i>Cowderoy v Cranfield</i> [2011] EWHC 1616 (Ch).....	56
<i>Doe d. Gains v Rouse</i> (1848) 5 CB 422 (= 136 ER 942).....	58
<i>Egerton v Brownlow</i> (1853) 4 HLC 1.....	14, 100, 206, 268, 269, 271

<i>Enderby Town Football Club Ltd v Football Association Ltd</i> [1971] Ch 591 .....	274
<i>Evanturel v Evanturel</i> (1874) LR 6 PC 1 .....	212
<i>Fuller v Strum</i> [2002] 1 WLR 1097 .....	57
<i>Gammans v Ekins</i> [1950] 2 KB 328 .....	111
<i>Gill v Woodall</i> [2011] Ch 380 .....	57
<i>Godfrey v Hughes</i> (1847) 1 Rob Ecc 593 .....	196
<i>Gray v Mathias</i> (1800) 5 Ves 286 (= 31 ER 591) .....	95, 96, 99
<i>H. v W.</i> (1857) 3 K&J 382 .....	198
<i>Harvey v Aston</i> (1737) 1 Atk 361 .....	264
<i>Harwood v Baker</i> (1840) III Moore PC 282 (= 13 ER 117) .....	55, 56
<i>Hermann v Charlesworth</i> [1905] 2 KB 123 .....	262
<i>Hodgson v Halford</i> (1879) 11 Ch D 959 .....	202, 203, 261, 266, 282
<i>Holt v Sindrey</i> (1868) LR 7 Eq 170 .....	96, 99
<i>Hope v Hope</i> (1857) 8 DM&G 731 .....	198
<i>Ilott v Mitson</i> [2012] 2 FLR 170 .....	46
<i>Ilott v Mitson</i> [2015] 2 FLR 1409 .....	47
<i>Ilott v The Blue Cross</i> [2017] UKSC 17 .....	47, 48, 52, 53, 125, 137
<i>In Re Abrahams' Will Trusts</i> [1969] 1 Ch 463 .....	206
<i>In Re Allen</i> [1953] Ch 810 .....	205–207, 307
<i>In Re Bellamy</i> (1883) 48 LT 212 .....	196
<i>In Re Besterman</i> [1984] Ch 458 .....	51, 52, 138
<i>In Re Blaiberg</i> [1940] Ch 385 .....	202, 203
<i>In Re Borwick</i> [1933] Ch 657 .....	195, 203, 262
<i>In Re Boulter</i> [1922] 1 Ch 75 .....	195
<i>In Re Boyes</i> (1884) 26 Ch D 531 .....	59–61
<i>In Re Brown</i> (1909–1910) 26 TLR 257 .....	58
<i>In Re Caborne</i> [1943] Ch 224 .....	198, 199, 216, 269, 290
<i>In Re Coventry</i> [1980] Ch 461 .....	46, 49, 53
<i>In Re D'Altroy' Will Trusts</i> [1968] 1 WLR 120 .....	197
<i>In Re Dickson</i> (1850) 1 Sim NS 37 .....	202, 265
<i>In Re Dominion Students' Hall Trust</i> [1947] Ch 183 .....	336
<i>In Re Donn</i> [1944] Ch 8 .....	205
<i>In Re Ducksbury</i> [1966] 1 WLR 1226 .....	53
<i>In Re E.</i> [1966] 1 WLR 709 .....	50
<i>In Re Erskine 1948 Trust</i> [2013] Ch 135 .....	342
<i>In Re Evans</i> [1940] Ch 629 .....	203
<i>In Re Fentem</i> [1950] 2 All ER 1073 .....	196, 197
<i>In Re Good</i> [2002] EWHC 640 (Ch) .....	56
<i>In Re Gott</i> [1944] Ch 193 .....	336
<i>In Re Gregory</i> [1970] 1 WLR 1455 .....	52, 138
<i>In Re Hancock</i> [1998] 2 FLR 346 .....	46, 53
<i>In Re Hand's Will Trust (Hand v George)</i> [2017] Ch 449 .....	341, 342, 356, 368, 400
<i>In Re Harding</i> [2008] Ch 235 .....	160, 336, 337, 399, 403, 430
<i>In Re Happlewhite Will Trusts, The Times</i> (21. Januar 1977), 11 .....	198, 199
<i>In Re Hewett</i> [1918] 1 Ch 458 .....	195–197, 263, 264
<i>In Re Hope Johnstone</i> [1904] 1 Ch 470 .....	198, 199
<i>In Re Inns</i> [1947] Ch 576 .....	129
<i>In Re Jennings</i> [1994] Ch 286 .....	52
<i>In Re Johnsons' s Will Trusts</i> [1967] Ch 387 .....	198, 199

<i>In Re Joslin</i> [1941] Ch 200 .....	50, 53
<i>In Re Keen</i> [1937] Ch 236 .....	59–61
<i>In Re Kennedy</i> [1980] CLY 2820 .....	50
<i>In Re Krawitz Will Trusts</i> [1959] 1 WLR 1192 .....	205
<i>In Re Lovell</i> [1920] 1 Ch 122 .....	198, 199
<i>In Re Lynch</i> [1943] 1 All ER 168 .....	58
<i>In Re Lysaght</i> [1966] Ch 191 .....	160, 334, 335, 403
<i>In Re Makein</i> [1955] Ch 194 .....	53, 129
<i>In Re May</i> [1932] 1 Ch 99 .....	202
<i>In Re Meres' Will Trust, The Times</i> (4. Mai 1957), 10 .....	336
<i>In Re Moore</i> (1888) 39 Ch D 116 .....	198, 290
<i>In Re Morgan</i> (1910) 26 TLR 398 .....	195
<i>In Re Morrison's Will Trusts</i> [1940] Ch 102 .....	202, 203
<i>In Re Moss's Trusts</i> [1945] 1 All ER 207 .....	205
<i>In Re Piper</i> (1946) 62 TLR 618 .....	195
<i>In Re Ritchie</i> [2009] EWHC 709 (Ch) .....	56
<i>In Re Robinson</i> [2001] WTLR 267 .....	47
<i>In Re Samuel</i> [1942] Ch 1 .....	203, 204
<i>In Re Sandbrook</i> [1912] 2 Ch 471 .....	195
<i>In Re Selby's Will Trusts</i> [1966] 1 WLR 43 .....	206
<i>In Re Snowden</i> [1979] Ch 528 .....	60
<i>In Re Tegg</i> [1936] 2 All ER 878 .....	195, 203
<i>In Re Tepper's Will Trusts</i> [1987] Ch 358 .....	202, 209
<i>In Re Thompson</i> [1939] 1 All ER 681 .....	198, 199
<i>In Re Thornley</i> [1969] 1 WLR 1037 .....	47, 49, 50, 53
<i>In Re Tuck's Settlement Trusts</i> [1978] Ch 49 .....	207
<i>In Re Vallance</i> (1884) 26 Ch D 353 .....	95
<i>In Re Wagstaff</i> [1908] 1 Ch 162 .....	58
<i>In Re Walker</i> [2014] EWHC 71 (Ch) .....	56
<i>In Re Whiting's Settlement</i> [1905] 1 Ch 96 .....	194, 199–201, 262–266, 269, 274
<i>In Re Wright</i> (1938) 158 LT 368 .....	203, 203
<i>Janson v Driefontein Consolidated Mines Ltd.</i> [1902] AC 484 .....	101, 268, 272
<i>Jenner v Turner</i> (1880) 16 Ch D 188 .....	202
<i>Jones v Jones</i> (1876) 1 QBD 279 .....	197, 263, 264, 269
<i>Kostic v Chaplin</i> [2007] EWHC 2298 (Ch) .....	54
<i>Kourkgy v Lusher</i> (1983) 4 FLR 65 .....	51
<i>Lepine v Bean</i> (1870) LR 10 Eq 160 .....	58
<i>Lloyd v Branton</i> (1817) 3 Mer. 108 .....	200
<i>Lloyd v Lloyd</i> (1852) 2 Sim NS 255 .....	197
<i>Malone v Harrison</i> [1979] 1 WLR 1353 .....	51
<i>McCormick v Grogan</i> (1869) LR 4 HL 82 .....	60
<i>Morley v Rennoldson</i> (1843) 2 Hare 570 .....	195, 196
<i>Nutt v Nutt</i> [2018] EWHC 851 (Ch) .....	57
<i>Occleston v Fullalove</i> (1874) LR 9 Ch App 147 .....	96, 100, 102, 125, 128, 268
<i>Perrin v Lyon</i> (1807) 9 East 170 .....	202, 339
<i>Perrins v Holland</i> [2009] EWHC 1945 (Ch) .....	56
<i>Perrins v Holland</i> [2011] Ch 270 .....	56
<i>Printing and Numerical Registering Company v Sampson</i> (1875) LR 19 Eq 462 .....	261
<i>Reynish v Martin</i> (1746) 3 Atk 330 .....	200, 264

<i>Richardson v Mellish</i> (1824) 2 Bing 229 .....	14, 270, 352
<i>Rutly v Latham</i> , <i>The Times</i> (14. November 1822), 3 .....	100
<i>Scott v Tyler</i> (1788) Dick 712 .....	199–201, 264, 265
<i>Sharp v Adam</i> [2006] EWCA 449 .....	54, 56–58, 62
<i>Stackpole v Beaumont</i> (1796) 3 Ves 89 .....	201, 265
<i>Wilkinson v Wilkinson</i> (1871) LR 12 Eq 604 .....	198
<i>Wingrove v Wingrove</i> (1885) 11 PD 81 .....	57

### 3. Suidafrika

<i>Aburrow v Wallis</i> (1893) 10 SC 214 .....	96
<i>Alexkor Ltd v The Richtersveld Community</i> 2004 (5) SA 460 (CC) .....	17, 66, 67
<i>Aronson v Estate Hart</i> 1950 (1) SA 539 (A) .....	224–226, 234, 275, 277, 278, 281, 292, 295, 361
<i>Aronson v Estate Hart</i> 1949 (2) SA 789 (N) .....	221, 224
<i>Barclays Bank DC &amp; O v Anderson</i> 1959 (2) SA 478 (T) .....	2, 215–219, 277
<i>Barkhuizen v Napier</i> 2007 (5) SA 323 (CC) .....	15, 85–87, 276, 284, 285, 388
<i>Barnard v Miller</i> 1963 (4) SA 426 (C) .....	133
<i>Barnett v Estate Gumpert</i> 1926 CPD 363 .....	220
<i>Barnett v Estate Schereschewske</i> 1957 (3) SA 679 (C) .....	227
<i>Bhe v Magistrate, Khayelitsha; Shibi v Sithole; South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa</i> 2005 (1) SA 580 (CC) .....	67, 81–83, 85, 362, 363, 366
<i>Bopape v Moloto</i> [1999] JOL 5288 (T) .....	77
<i>Carelse v Estate De Vries</i> (1906) 23 SC 532 .....	68, 69, 75, 132
<i>Christie v Estate Christie</i> 1956 (3) SA 659 (N) .....	69
<i>Couper v Flynn</i> 1975 (1) SA 778 (R) .....	76, 139
<i>Curators, Emma Smith Educational Fund v University of Kwazulu-Natal</i> 2010 (6) SA 518 (SCA) .....	351, 388–391
<i>Curren v Jacobs</i> [2000] 4 All SA 584 (SEC) .....	220, 221
<i>Daniels v Campbell</i> 2004 (5) SA 331 (CC) .....	72
<i>Davis' Tutor v Estate Davis</i> 1925 WLD 168 .....	76, 139
<i>De Wayer v SPCA Johannesburg</i> 1963 (1) SA 71 (T) .....	218, 219
<i>Dikoko v Mokhatla</i> 2006 (6) SA 235 (CC) .....	85, 86
<i>Du Toit v Thomas</i> 2016 (4) SA 571 (WCC) .....	76, 140
<i>Dula Investments (Pty) Ltd v Woolworths (Pty) Ltd</i> [2013] ZAKZDHC 17 (8 May 2013) .....	86
<i>Eastwood v Shepstone</i> 1902 TS 294 .....	284, 285
<i>Ex parte Administrators Estate Lesser</i> 1940 TPD 11 .....	221
<i>Ex parte Administrators Estate Sandler</i> 1976 (4) SA 930 (C) .....	227
<i>Ex parte BOE Trust Ltd</i> 2009 (6) SA 470 (WCC) .....	352, 388
<i>Ex parte Bosman</i> 1916 TPD 399 .....	345
<i>Ex parte Cronje</i> 1942 OPD 86 .....	220
<i>Ex parte de Wet</i> 1931 CPD 314 .....	215, 218
<i>Ex parte De Winnaar</i> 1959 (1) SA 837 (N) .....	279
<i>Ex parte Dessels</i> 1976 (1) SA 851 (D) .....	220
<i>Ex parte Estate Edwards</i> 1964 (2) SA 144 (C) .....	366
<i>Ex parte Estate Hack</i> 1945 TPD 414 .....	223
<i>Ex parte Estate Impey</i> 1963 (1) SA 740 (C) .....	346

<i>Ex parte Gitelson</i> 1949 (2) SA 881 (O).....	220
<i>Ex parte Haworth</i> 1946 CPD 679 .....	223
<i>Ex parte Henderson</i> 1971 (4) SA 549 (D).....	345
<i>Ex parte Higgs; In re Estate Rangasami</i> 1969 (1) SA 56 (D).....	215, 217–219
<i>Ex Parte Insel</i> 1952 (1) SA 71 (T).....	69
<i>Ex parte Isaacs</i> 1964 (4) SA 606 (GW) .....	215, 218
<i>Ex parte Jacobs</i> 1982 (2) SA 276 (O).....	69, 76
<i>Ex parte Janse van Rensburg: In Re AJ Liebenberg Trust</i> [2004] JOL 13204 (C) .....	389
<i>Ex parte Kuzzulo</i> 1916 WLD 16 .....	220
<i>Ex parte Marks' Executors</i> 1921 TPD 284.....	221
<i>Ex parte Marriott</i> 1960 (1) SA 814 (D).....	346
<i>Ex parte Mostert: In re Estate Late Mostert</i> 1975 (3) SA 312 (T) .....	215, 227
<i>Ex parte Perel</i> 1948 (3) SA 195 (GW).....	223
<i>Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa:</i> <i>In re William Marsh Will Trust</i> 1993 (2) SA 697 (C) .....	347, 348
<i>Ex parte Rattray</i> 1963 (1) SA 556 (D) .....	346
<i>Ex parte Rawbone</i> 1946 CPD 409.....	366
<i>Ex parte Robinson</i> 1953 (2) SA 430 (C) .....	346
<i>Ex parte St Clair Lynn</i> 1980 (3) SA 163 (W).....	215, 217, 218
<i>Ex parte Swanevelder</i> 1949 (1) SA 733 (O).....	215–218
<i>Ex parte Watling</i> 1982 (1) SA 936 (C).....	220, 221
<i>Ex parte Zietsman: In Re Estate Bastard</i> 1952 (2) SA 16 (C).....	74, 76
<i>Fram v Fram</i> 1943 TPD 362.....	222
<i>Friedrich v Smit</i> 2017 (4) SA 144 (SCA).....	73, 74, 76, 139, 140
<i>Glazer v Glazer</i> 1963 (4) SA 694 (A) .....	69, 70, 132, 133
<i>Grusd v Grusd</i> 1946 AD 465 .....	204, 220, 224, 277, 278
<i>Gumede v President of Republic of South Africa</i> 2009 (3) SA 152 (CC).....	67
<i>Harlow v Becker</i> 1998 (4) SA 639 (D).....	79
<i>Harper v Crawford</i> 2018 (1) SA 589 (WCC).....	163, 354–356, 369, 388, 416, 418, 426
<i>Harvey v Crawford</i> 2019 (2) SA 153 (SCA) .....	356, 357, 416, 418, 420, 426
<i>Hassam v Jacobs</i> [2008] 4 All SA 350.....	72
<i>Havemann's Assignee v Havemann's Executor</i> 1927 AD 473 .....	219, 220
<i>Hodges v Coubrough</i> 1991 (3) SA 58 (D).....	78
<i>Hoffmann v Herdan</i> 1982 (2) SA 274 (T).....	69
<i>Hurwitz v Taylor</i> 1926 TPD 81.....	276
<i>In Re BOE Trust Ltd</i> 2013 (3) SA 236 (SCA) .....	130, 229, 319, 352, 389, 412, 428
<i>In Re Estate Madore</i> 1936 NPD 215 .....	221
<i>In Re Estate Visser</i> 1948 (3) SA 1129 (C).....	74–76, 139
<i>In Re Heydenrych Testamentary Trust</i> 2010 (4) SA 103 (WCC) .....	351, 388–391
<i>Katz v Katz</i> [2004] 4 All SA 545 .....	79, 80
<i>Kiely v Dreyer</i> 1916 CPD 603 .....	276
<i>King v De Jager</i> [2021] ZACC 4 (= 2021 (4) SA 1 (CC)).....	163, 228, 357–360, 365, 366, 369, 386–389, 391, 392, 410–413, 421
<i>King v De Jager</i> 2017 (6) SA 527 (WCC).....	163, 353–356, 366, 369, 410–413, 416, 418, 420, 426
<i>King v Gray</i> (1907) 24 SC 554 .....	276
<i>Kirsten v Bailey</i> 1976 (4) SA 108 (C) .....	79
<i>Kruger v Goss</i> 2010 (2) SA 507 (SCA).....	140

<i>Kuhn v Karp</i> 1948 (4) SA 825 (T).....	15, 217, 283, 284, 387
<i>Law Union and Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor</i> 1917 AD 593 .....	275
<i>Levy v Schwartz</i> 1948 (4) SA 930 (W) .....	215–218, 277, 283, 290, 306, 312
<i>Longman Distillers Ltd v Drop Inn Group of Liquor Supermarkets (Pty) Ltd</i> 1990 (2) SA 906 (A).....	387
<i>Mabaso v Nel's Melkery (Pty) Ltd</i> 1979 (4) SA 358 (W).....	284
<i>Magna Alloys and Research Ltd v Ellis</i> 1984 (4) SA 874 (A).....	163
<i>Marks v Estate Gluckman</i> 1946 AD 289 .....	346, 382
<i>Minister of Education v Syfrets Trust Ltd</i> 2006 (4) SA 205 (C) .....	14, 163, 283, 349, 350, 386–392, 410
<i>Mthembu v Letsela</i> 1998 (2) SA 675 (T) .....	363
<i>Mthembu v Letsela</i> 2000 (3) SA 867 (SCA) .....	363
<i>Naidoo v Crowhurst</i> [2010] 2 All SA 379 .....	79
<i>Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers</i> 2005 (1) SA 217 (CC) .....	85, 86
<i>Rubin v Altschul</i> 1961 (4) SA 251 (W).....	219, 220
<i>S v Makwanyane</i> 1995 (3) SA 391 (CC).....	85, 385, 386
<i>Sasfin (Pty) Ltd v Beukes</i> 1989 (1) SA 1 (A) .....	15, 275, 283–285
<i>Scott v Estate Scott</i> 1943 NPD 7 .....	221
<i>Shearer v Shearer's Executors</i> 1911 CPD 813 .....	78, 79
<i>Standard Bank of South Africa Ltd v Betts Brown</i> 1958 (3) SA 713 (N) .....	346
<i>Stevenson v Greenberg</i> 1960 (2) SA 276 (W).....	227
<i>Thirion v Die Meester</i> 2001 (4) SA 1078 (T).....	80
<i>Van der Merwe v Registrateur van Aktes</i> 1975 (4) SA 636 (T).....	219, 221
<i>Van Zyl v Serfontein</i> 1989 (4) SA 475 (C).....	76, 140
<i>Vimpany v Attridge</i> 1927 CPD 113 .....	78, 79, 131
<i>Volks v Robinson</i> 2005 (5) BCLR 446 (CC).....	73, 139, 140
<i>Wasserzug v Administrators of Estate Nathanson</i> 1944 TPD 369 .....	222, 223, 278, 280, 282, 346
<i>Wilkinson v Crawford</i> [2021] ZACC 8 (= 2021 (4) SA 323 (CC)).....	355, 360, 369, 391, 421–423, 430, 431

#### 4. Frankreich

Cass. req., Urt. v. 26.3.1860, Sirey 1860 I, Sp. 321 .....	98
Cass. req., Urt. v. 23.6.1887, Recueil Dalloz 1889 I, 35 .....	98

#### 5. Irland

<i>In Re Knox</i> (1889) 23 LRI 542.....	202
--	-----

#### 6. Nordirland

<i>In Re Johnston</i> [1986] NI 229 .....	195
<i>In Re Porter</i> [1975] NI 157.....	206, 207

#### 7. Schottland

<i>Aitken's Trustees v Aitken</i> 1927 SC 374.....	1
--	---

8. *Namibia*

*Oosthuizen v Bank Windhoek Ltd* 1991 (1) SA 849 (Nm).....215, 218

9. *Neuseeland*

*Allardice v Allardice* 1910 (29) NZLR 959 (CA)..... 43

10. *Europäische Gerichte*

EGMR, Urt. v. 13.6.1979 (Marckx/Belgien), NJW 1979, 2449 .....341, 400

EGMR, Urt. v. 13.7.2004 – 69498/01 (Pla und Puncernau/Andorra),

NJW 2005, 875.....341, 356, 400

EuGH, Urt. v. 15.11.2018 – C-457/17 (Maniero/

Studienstiftung des deutschen Volkes e.V.), NJW 2019, 1057 .....373, 419

## 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 Maximilianus 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
  - gemeinsames 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
- Rechtsvergleichung
  - 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 Geoctroyeerde 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
- Wiederverheiratungsklausel 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* Geliebtentestament