

# Inhaltsübersicht

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| Vorwort .....               | V   |
| Inhaltsverzeichnis.....     | XI  |
| 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:<br>Geliebtentestament..... | 19        |
| <i>A. Deutschland.....</i>  | <i>20</i> |
| I. Geliebtentestament .....   | 21        |
| II. Zurücksetzung zugunsten sonstiger Familienfremder .....             | 38        |
| III. Zwischenergebnis Deutschland .....                                 | 39        |
| <i>B. England .....</i>   | <i>41</i> |
| I. Rechtlicher Kontext: <i>family provision</i> .....                   | 42        |
| II. Geliebtentestament: vergleichbare Fälle.....                        | 48        |
| III. Zwischenergebnis England.....                                      | 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 |
| <br>   |     |
| Kapitel 2 – Potestativbedingungen: letzter Wille unter<br>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. Eheligkeits- und Wiederverheiratungsklauseln .....                                 | 218 |
| III. <i>Faith and Race Clauses</i> : spezifische Vorgaben zu Ehe und<br>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<br>Bedingungen .....                        | 235 |
| III. Entwicklung eines einheitlichen Sittenwidrigkeitsmaßstabs in<br>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 |
| <br>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<br>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     |
| <br><i>E. Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i> .....           | <br>407 |
| I. Horizontalwirkungsmodus des Art. 3 GG im Erbrecht .....             | 408     |
| II. Letztwillige Diskriminierung und Tatbestandsmodell .....           | 414     |
| III. Rechtsfolge.....  | 425     |
| <br>Ergebnisse und Thesen .....  | <br>433 |
| <br>Literaturverzeichnis .....   | <br>447 |
| Rechtsprechungsverzeichnis .....                                       | 479     |
| Sachverzeichnis.....   | 489     |

# Inhaltsverzeichnis

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| Vorwort .....               | V   |
| Inhaltsübersicht .....      | VII |
| Abkürzungsverzeichnis ..... | XXI |

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

|   |    |
|---|----|
| A. <i>Das Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Werteordnung</i> ..... | 2  |
| B. <i>Gegenstand der Untersuchung</i> .....                                 | 6  |
| C. <i>Gang und Methodik der Untersuchung</i> .....                          | 8  |
| D. <i>Begriffsklärung</i> .....   | 11 |
| I. <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:<br>Geliebtentestament..... | 19 |
|---|----|

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

|   |    |
|---|----|
| 5. Jüngere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte .....                                | 35 |
| II. Zurücksetzung zugunsten sonstiger Familienfremder .....                           | 38 |
| III. Zwischenergebnis Deutschland .....   | 39 |
| <i>B. 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 |
| <i>C. 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 |
| <i>D. Vergleichende Analyse</i> .....   | 88 |
| I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick .....                                | 88 |
| II. Ehebild, Sexualmoral und ihre rechtliche Sanktionierung .....                     | 91 |
| 1. Geliebtentestament: Die Wurzeln der<br>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.   | Kursorischer Abgleich mit tatsächlichem Testierverhalten .....                          | 140 |
| IV.  | Vergleichendes Fazit .....  | 141 |
| E.   | <i>Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i> .....                                   | 145 |
| I.   | Maßstab der Sittenwidrigkeit .....  | 146 |
| 1.   | Das verwerfliche Motiv des Erblassers .....   | 146 |
| 2.   | Gesamtbetrachtung und wirtschaftliche Auswirkungen.....                                 | 149 |
| 3.   | Ideelle Auswirkungen.....   | 152 |
| II.  | Zeitpunkt der Beurteilung.....  | 155 |
| 1.   | Die Diskussion im Rahmen der Rechtsprechung zum Geliebtentestament .....                | 157 |
| 2.   | Stellungnahme .....   | 159 |
| III. | Fazit.....  | 164 |

|   |     |
|---|-----|
| Kapitel 2 – Potestativbedingungen: letzter Wille unter Vorbehalt.....   | 167 |
| A. <i>Deutschland</i> .....   | 169 |
| I. Das Meinungsspektrum im Schrifttum des 20. Jahrhunderts .....  | 169 |
| 1. Einwirkung auf Dinge innerster Überzeugung .....   | 170 |
| 2. Vermögens- versus Verhaltensbezug .....  | 171 |
| 3. Der Topos vom unzumutbaren Druck .....   | 171 |
| 4. Rechtsfolgen sittenwidriger Potestativbedingungen .....  | 172 |
| II. Die Entwicklung der Rechtsprechung .....  | 174 |
| 1. Anstößige Potestativbedingungen .....  | 175 |
| 2. Verstärkte Berücksichtigung des Erblassermotivs.....   | 176 |
| 3. 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 |
| B. <i>England</i> .....   | 194 |
| I. Die Testierschranke der <i>public policy</i> .....   | 194 |
| 1. Eheligkeitsklauseln – 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<br>Wirksamkeitsschranke letztwilliger Bedingungen .....      | 203 |
| c) <i>In Re Allen</i> (1953): der Unterschied zwischen <i>condition</i><br><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 |
| C. <i>Südafrika</i> .....   | 214 |
| I. Trennungsklauseln und die Frage nach Maßstab und Rechtsfolge.....  | 215 |
| II. Eheligkeits- und Wiederverheiratungsklauseln.....   | 218 |
| III. <i>Faith and Race Clauses</i> : spezifische Vorgaben zu Ehe und<br>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 |
| <br>  |     |
| 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<br>Bedingungen.....         | 235 |
| 1. Die Bedingung der Ehescheidung .....   | 237 |
| 2. Allgemeine und spezifische Ehebedingungen .....  | 237 |
| 3. Wiederverheiratungsklauseln .....  | 239 |
| III. Entwicklung eines einheitlichen Sittenwidrigkeitsmaßstabs in<br>Deutschland.....     | 241 |
| 1. <i>Usus modernus pandectarum</i> und die Diskussion um<br>Religionsbedingungen .....   | 241 |
| 2. Erste allgemeine Rechtssätze über sittenwidrige<br>Rechtsgeschäfte .....               | 242 |
| 3. Unerlaubte Bedingungen in den Kodifikationen des 18. und<br>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<br><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 |
| <br>  |     |
| 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 |
| <br>Kapitel 3 – Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen.....  | 319 |
| <br>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 |
| <br>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 |
| <br>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><br>(2021) .....             | 357 |
| III. Diskriminierung in letztwilligen Bedingungen .....   | 361 |
| IV. Anordnung der männlichen Primogenitur des <i>customary law</i> kraft<br>letztwilliger Verfügung ..... | 362 |
| 1. Hintergrund: Verfassungswidrigkeit der traditionellen Erbfolge .....                                   | 362 |
| 2. Testierfreiheit und männliche Primogenitur .....   | 364 |
| V. Zwischenergebnis Südafrika .....   | 366 |
| <br>D. <i>Vergleichende Analyse</i> .....   | 366 |
| I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Überblick .....  | 367 |
| 1. Letztwillige Diskriminierung und Förderung von<br>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<br>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<br>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<br>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<br>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-<br>öffentlichen Konstellationen .....    | 394 |
| c)   | Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz .....   | 397 |
| 3.   | <i>Parliamentary sovereignty</i> statt <i>constitutional supremacy</i> in<br>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<br><i>public policy</i> .....       | 403 |
| IV.  | Vergleichendes Fazit .....   | 404 |
| E.   | <i>Kritische Würdigung des deutschen Rechts</i> .....                                      | 407 |
| I.   | Horizontalwirkungsmodus des Art. 3 GG im Erbrecht .....                                    | 408 |
| 1.   | Der Vergleich mit England und Südafrika .....  | 409 |
| 2.   | Das Verhältnis zwischen Erblasser und „benachteiligter“<br>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<br>Leben.....                        | 415 |
| bb)  | Öffentlichkeitsbezug.....  | 417 |

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