

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 162/74

URTEIL

Verkündet am
2. Juni 1976
Hellmann
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Charles H. [REDACTED] i. Fa. H. [REDACTED]-P. [REDACTED] KG,
B. [REDACTED], K. [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

Frau Alice H. [REDACTED], [REDACTED] E. [REDACTED] Street, N. Y. C. [REDACTED]
[REDACTED] N. Y.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Mai 1976 durch den Vizepräsidenten Dr. Hauß und die Richter Dr. Bukow, Dr. Buchholz, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 20. Juni 1974 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Witwe des am 19. Juni 1957 verstorbenen Samuel H. [REDACTED] (Erblasser). Sie besitzt die amerikanische Staatsbürgerschaft. Der Erblasser war ebenfalls amerikanischer Staatsbürger mit letztem Wohnsitz im Staate New York. Zum Nachlaß gehört eine 50 %ige Kommanditbeteiligung an der Berliner Firma H. [REDACTED]-P. [REDACTED] KG. Durch sein in London am 26. November 1954 in englischer Sprache errichtetes Testament vermachte der Erblasser sein Vermögen einem trustee, als

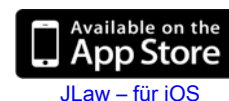
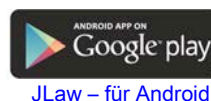
- 3 -

den er seinen Sohn, den Beklagten, einsetzte. Zum Mit-treuhänder (co-trustee) ernannte er Prof. Dr. Dr. Wilhelm W■■■■■, Berlin. In Artikel 9 des Testaments wies der Erblasser seinen trustee an, aus dem trust-Vermögen an die Klägerin auf Lebenszeit vierteljährlich die Summe von 7.500,- DM zu zahlen oder die Beträge, die von dem co-trustee gemäß Artikel 10 des Testaments bestimmt werden. Artikel 10 des Testaments lautet:

"The Trustee shall make to the Co-trustee an annual accounting showing the status of the principal and the income of the trust.

If it appears to the co-Trustee that the sum of THIRTY THOUSAND MARK (30.000.-- Mark) of the Bank Deutscher Länder paid in a calendar year by my Trustee to my wife is beneath one third of the income of the trust property, the co-Trustee shall direct the Trustee to make additional payments so as to make my wife receive one third of the annual income of the trust property. If any part of the principal is invested in a business or partnership, the Co-Trustee may determine, according to his good judgment, what part of the profit of the said business or partnership is to be regarded as due to the personal activity and skill of the Trustee, only the remaining part of the profits being to be regarded as income out of the trust property.

If it appears to the Co-Trustee that one third of the income received or expected to be received in a calendar year from the trust property is less than THIRTY THOUSAND MARK (30.000.-- Mark) of the Bank Deutscher Länder, and if this is in the good judgment of the Co-Trustee not due to a breach of trust by the Trustee, or to the Trustee's failure to act as a prudent man, the Co-Trustee may authorize the Trustee to reduce the payments to be made to my wife, but not beneath the sum of TEN THOUSAND MARK (10.000.-- Mark) of the Bank



Deutscher Länder annually, the amount to be paid being determined by the Co-Trustee.

If by unforeseen circumstances the trust property will not yield for more than two years an annual income of TEN THOUSAND MARK (10.000.-- Mark) of the Bank Deutscher Länder, the Co-Trustee may direct the Trustee, notwithstanding anything said in Article Ninth of my Will, to pay out of the principal to my wife such amount as appears to the Co-Trustee necessary to provide for her living."

Das heißt in deutscher Übersetzung:

"Der Treuhänder hat dem Mittreuhänder jährlich Rechnung zu legen und dabei den Stand des Kapitals und der Einkünfte des Treuhandvermögens auszuweisen.

Wenn der Mittreuhänder feststellt, daß die Summe von 30.000,- Mark der Bank Deutscher Länder, die in einem Kalenderjahr meiner Frau gezahlt werden, unter einem Drittel der Einkünfte des Treuhandvermögens bleiben, so soll der Mittreuhänder den Treuhänder anweisen, zusätzliche Zahlungen zu machen derart, daß meine Frau ein Drittel der jährlichen Einkünfte des Treuhandvermögens erhält. Wenn ein Teil des Kapitals in einem Geschäft oder einer Personalgesellschaft angelegt ist, so kann der Mittreuhänder nach seinem Gutdünken bestimmen, welcher Teil des Gewinnes aus dem Geschäft oder der Personengesellschaft als Ergebnis der persönlichen Tätigkeit und Geschicklichkeit des Treuhänders anzusehen ist, wobei nur der Rest des Gewinnes als Einkommen aus dem Treuhandvermögen anzusehen ist.

Wenn der Mittreuhänder feststellt, daß ein Drittel der Einkünfte, die in einem Kalenderjahr erzielt wurden oder vermutlich erzielt werden, 30.000,- Mark der Bank Deutscher Länder untersteigen, und wenn dies nach Auffassung des Mittreuhänders nicht auf einer

Verletzung der Verpflichtungen des Treuhänders oder darauf beruht, daß der Treuhänder bei seinen Handlungen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht beachtet hat, so kann der Mittreuhänder den Treuhänder ermächtigen, die meiner Frau zu leistenden Zahlungen herabzusetzen, jedoch nicht unter die Summe von 10.000,-- Mark der Bank Deutscher Länder jährlich; der Betrag wird im einzelnen von dem Mittreuhänder bestimmt.

Wenn auf Grund unvorhergesehener Umstände das Treuhandvermögen zwei Jahre lang keine jährlichen Einkünfte über 10.000,-- Mark der Bank Deutscher Länder abwirft, so kann der Mittreuhänder den Treuhänder anweisen, aus dem Kapital des Treuhandvermögens meiner Frau einen Betrag zu zahlen, den der Mittreuhänder als Lebensunterhalt für meine Frau für notwendig erachtet; anderweitige Bestimmungen im Artikel 9 sollen dem nicht entgegenstehen."

Die Parteien legten die hiernach von dem Beklagten an die Klägerin zu leistenden Beträge durch Vereinbarungen vom 21. Oktober 1957, 10. Februar 1961, 21. Mai 1965 und 6. August 1969 fest. Laut Vereinbarung vom 21. Oktober 1957 hatte der Beklagte vierteljährliche Zahlungen von 7.500,- DM auf drei Jahre für den Zeitraum vom 19. Juli 1957 bis zum 30. Juni 1960 zu leisten. Nach Ablauf dieses Zeitraums sollte der Beklagte am Ende jeden Jahres der Klägerin "a true copy of the certified annual balance sheet and operating statement of H[REDACTED]-P[REDACTED] KG, as set up by a Certified Public Accountant or the German equivalent thereof, as soon as the same is available" unterbreiten. Im übrigen sollten die Klauseln des Testaments bestehen bleiben. Diese vertragliche Regelung der Parteien wurde durch Vereinbarung vom 10. Februar 1961 auf fünf Jahre für den Zeitraum vom

1. Juli 1960 bis zum 30. Juni 1965 verlängert. Durch die Vereinbarung vom 21. Mai 1965 wurden die Zahlungen auf einen jährlichen Betrag von 22.500,- DM für den Zeitraum vom 1. Juli 1965 bis zum 30. Juni 1969 herabgesetzt. Schließlich wurde der Jahresbetrag durch die Vereinbarung vom 6. August 1969 für den Zeitraum vom 1. Juli 1969 bis zum 30. Juni 1972 auf 21.500,11 DM festgesetzt. Zu weiteren Vereinbarungen über die von dem Beklagten an die Klägerin zu leistenden Zahlungen kam es nicht.

Am 30. Juni 1972 war der Beklagte mit Zahlungen in Höhe von 18.500,- DM rückständig. Die Klägerin klagte diesen Betrag ein sowie einen weiteren Vierteljahresbetrag von 5.375,- DM nebst Zinsen. Im Laufe des Rechtsstreits tilgte der Beklagte die Rückstände. Insoweit haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Im Wege der Klageerweiterung verlangt die Klägerin nunmehr Zahlungen in der in dem Testament festgelegten Höhe von 30.000,- DM für die Zeit vom 1. Juli 1972 bis zum 30. Juni 1973. Der Beklagte hat hierauf am 2. Februar 1973 einen Betrag von 7.500,- DM gezahlt, den er mit je 2.500,- DM auf die am 1. Juli 1972, 1. Oktober 1972 und 1. Januar 1973 fällig gewordenen Raten angerechnet wissen will. Außerdem hat er der Klägerin zu Händen ihres Prozeßbevollmächtigten am 26. April 1973 einen Scheck über 2.500,- DM mit der Erklärung übergeben, der Scheck dürfe erst eingelöst werden, wenn für die Klägerin eine nach dem 1. April 1973 ausgestellte konsularische Lebensbescheinigung vorgelegt wer-

de. Die Klägerin hat eine solche Bescheinigung nicht vorgelegt.

Mit Schreiben vom 24. April 1973 hat der Mittrehänder Prof. Dr. Dr. Wilhelm W. sein Amt niedergelegt und zu seinem Nachfolger die Treuverkehr AG, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft in Berlin bestimmt. Diese hat den Beklagten mit Schreiben vom 5. Juli 1973 angewiesen, an die Klägerin für das zweite Halbjahr 1972 und für das Jahr 1973 vierteljährliche Raten nur in Höhe von nur 2.500,- DM zu zahlen, sich aber vorbehalten, höhere Zahlungen festzusetzen, falls die endgültigen Abschlüsse für die Jahre 1972 und 1973 höhere Einkünfte als bisher angenommen ergeben sollten. Dazu sind der Klägerin Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnungen per 31. Dezember 1971, 30. Juni 1972 und 31. Dezember 1972 zugegangen, die von der B. R. AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft-Steuerberatungsgesellschaft erstellt worden sind.

Die Klägerin hält die Festsetzung des Vierteljahresbetrages von 2.500,- DM durch die Mittrehänderin wegen offenkundiger Unbilligkeit für nicht verbindlich. Die Unbilligkeit ergebe sich aus dem Unterlassen jeglicher Buchprüfung durch den Mittrehänder, aus der Berücksichtigung einer festen Vergütung zugunsten des Beklagten in Höhe von 90.000,- DM und der Nichtbeachtung ihrer Bedürfnisse. Keinesfalls könne die Festsetzung der Jahreszahlungen rückwirkend erfolgen. Die Klägerin hat weiterhin im Klagewege die Vorlage einer von einem vereidigten Wirtschafts- und Buchprüfer geprüften Jah-

resabschlußbilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung" der Firma H[REDACTED]-P[REDACTED] KG per 31. Dezember 1972 verlangt.

Der Beklagte hat eingewendet, dem Mittreuhänder sei durch das Testament eine schiedsrichterliche Tätigkeit zugewiesen; er hat demgemäß die Einrede der Schiedsklausel erhoben. Im übrigen sei der Ertrag des trust-Vermögens, an dem die Klägerin nach dem Testament beteiligt sein sollte, zuverlässig nur anhand der Bilanzen des Jahres festzustellen, für das die Zahlungen zu leisten seien; demgemäß sei der Natur der Sache nach eine rückwirkende Anordnung der Zahlungen unerlässlich und zulässig. Außerdem könne die Klägerin wegen ihres hohen Alters Zahlung nur gegen Vorlage einer konsularischen Lebensbescheinigung verlangen, deren Kosten er notfalls bezahlen wolle. Auf eine von einem "vereidigten" Buchprüfer erstellte Jahresbilanz habe die Klägerin nach dem Testament keinen Anspruch. Es bestehe kein Anlaß, an der Ordnungsmäßigkeit der von der B[REDACTED] R[REDACTED] AG erstellten Bilanz zu zweifeln und nochmals eine Abschlußbilanz von einem Wirtschafts- oder Buchprüfer herstellen oder die erstellte Bilanz prüfen zu lassen; das verursache nur unverhältnismäßig hohe Kosten.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 22.500,- DM nebst Zinsen aus dem trust-Vermögen zu zahlen und zwar Zug um Zug gegen Vorlage einer nach dem 1. April 1973 datierten konsularischen Lebensbescheinigung, sowie der Klägerin "eine von einem vereidigten Wirtschafts- und Buchprüfer" geprüften Jahresabschlußbilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung der Firma

H[REDACTED]-P[REDACTED] per 31. Dezember 1972 vorzulegen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Klägerin erkannt, daß der der Klägerin zuerkannte Zahlungsanspruch nicht von der Vorlage einer konsularischen Lebensbescheinigung abhängig ist.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte die Abweisung der Klage, hilfsweise, ihn nur Zug um Zug gegen Vorlage einer konsularischen Lebensbescheinigung zur Zahlung zu verurteilen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision mußte Erfolg haben.

1. Der Klageanspruch stützt sich auf das Testament vom 26. November 1954. In diesem Testament hat der Erblasser sein Vermögen als "trust" einem "trustee" vermacht, als den er seinen Sohn, den Beklagten, eingesetzt hat, den er außerdem zum Vollstrecker seines Testaments bestimmt hat (Art. 3, 4 und 5 des Testaments). Die Rechtswirksamkeit der Errichtung des trusts ist von dem Berufungsgericht und auch von den Parteien nicht in Zweifel gezogen worden, insbesondere nicht die testamentarische Anordnung, daß der Klägerin ein obligatorischer Anspruch in der im Testament festgesetzten Höhe gegen den Beklagten zusteht.

Streitig ist zwischen den Parteien in der Hauptsache, ob der Anspruch der Klägerin seiner Höhe nach in

der hier in Rede stehenden Weise herabgesetzt werden durfte, das heißt, ob die T[REDACTED] AG in B[REDACTED] als co-trustee den trustee, wie geschehen, mit Schreiben vom 5. Juli 1973 anweisen durfte, die an die Klägerin für das zweite Halbjahr 1972 und für das Jahr 1973 nach dem Testament zu zahlenden Beträge nur in Höhe von vierteljährlich 2.500,- DM zu leisten. Das Berufungsgericht hat angenommen, diese Anweisung sei unwirksam, weil sie eine nach dem Testament nicht zulässige rückwirkende Herabsetzung der Zahlungen enthalte. Das Berufungsgericht ist zu dieser Rechtsansicht in Auslegung des Testaments gelangt und hat dabei offen gelassen, ob sich die Erbfolge nach deutschem oder nach amerikanischem Recht (Recht des Staates New York) bestimmt. Es hat ausgeführt, die Auslegung werde zu einem konfliktsrechtlichen Problem erst dann, wenn sich bei einer Auslandsbeziehung der Wille des Erblassers nicht eindeutig feststellen lasse, und das sei hier nicht der Fall.

Die hiergegen von der Revision vorgebrachten Angriffe sind gerechtfertigt. Erbstatut ist nach den sich aus den Art. 24, 25 EGBGB zu entnehmenden Kollisionsnormen das Recht des Staates New York als des Staates, in dem der amerikanische Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte. Das nimmt auch das Berufungsgericht nicht in Abrede. Es mag auch sein, daß die Ermittlung des Erblasserwillens nach deutschem wie amerikanischem Recht (Recht des Staates New York) gleichermaßen aufgrund der Testamentsurkunde unter Berücksichtigung der hierauf bezüglichlichen sonstigen Umstände zu treffen ist (vgl. die vom Berufungsgericht zitierten Ausführungen bei Ferid/Firsching

Internationales Erbrecht, USA, Grundzüge C II Rn. 51). Voraussetzung dafür, daß die Ermittlung des Erblasserwillens allein in dieser Weise vorzunehmen ist, ist jedoch, daß das Erbstatut nicht irgendwelche sich auf die Feststellung des Erblasserwillens bezüglichen Auslegungsregeln enthält. Das Berufungsgericht hätte also zuvor prüfen müssen, ob das Recht des Staates New York für die Auslegung des Testaments einschlägige Regeln enthält. Hinzu kommt, daß es hier im besonderen auf die Befugnisse eines co-trustee ankommt. Bei einem mit der Errichtung eines trusts eingesetzten trustee oder co-trustee handelt es sich um Rechtsbegriffe oder Restsinstitute des anglo-amerikanischen Rechts. Diese müssen in dem Sinn ausgelegt und angewendet werden, den sie in dem amerikanischen Recht besitzen und den der Erblasser mit ihrer Verwendung verbunden hat (Ferid/Firsching aaO C II Rn. 51 und F II Rn. 173-176; vgl. auch C III Rn. 62 a). Das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, ob das Recht des Staates New York Grundsätze über die Befugnisse eines co-trustee enthält, im besonderen, ob aus den amerikanischen Gesetzen oder aus der Rechtsprechung Gesichtspunkte darüber zu entnehmen sind, wie die Befugnisse eines co-trustee in einem Fall wie dem vorliegenden zu beurteilen sind. Es könnte sein, daß dem co-trustee eine rückwirkende Festsetzung von Zahlungen an den Begünstigten bei einer Sachlage, wie sie hier gegeben ist, erlaubt oder verboten ist oder daß seine Maßnahmen weitgehend der gerichtlichen Kontrolle entzogen sind, so daß aus diesem Grunde die hier erfolgte Weisung hinzunehmen wäre. Die Revision hat hierzu unter Hinweis auf Art. 187 Restatement of the law of Trusts, einer inoffiziellen

Kodifizierung des Trustrechts, vorgebracht, trustee und co-trustee besäßen nach dem Recht des Staates New York Ermessensfreiheit und unterlägen, soweit ihnen ein Ermessen mit Bezug auf die Ausübung ihrer Befugnisse eingeräumt sei, nicht der gerichtlichen Kontrolle mit Ausnahme einer Mißbrauchskontrolle.

Aber auch dann, wenn die Ermittlung des Erblasserwillens hinsichtlich der Befugnisse des co-trustee allein aufgrund der Testamentsurkunde vorzunehmen wäre, bestünden gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung rechtliche Bedenken. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, von dem Erblasser sei eine Rückzahlung oder eine Verrechnung, wie sie aus einer rückwirkenden Herabsetzung der Zahlungen folge, nicht angeordnet worden. Sie würde auch dem Sinn und Zweck der Regelung widersprechen, der darin bestehe, den Lebensunterhalt der Klägerin zu sichern. Die Herabsetzung könne auch deshalb nur zukünftige Zahlungen erfassen, weil der Erblasser offensichtlich davon ausgegangen sei, daß der Beklagte die Zahlungsverpflichtungen regelmäßig und pünktlich erfülle. Das Verbot rückwirkender Herabsetzung ergebe sich weiter aus den Worten in Artikel 10 Abs. 3 des Testaments "to reduce the payments to be made to my wife". Der Beklagte werde dadurch nicht unbillig belastet, da es bei vertrauensvoller Zusammenarbeit mit dem Mitreuhänder möglich sei, die Zahlungen bei geringeren Erträgen des Treuvermögens so rechtzeitig herabzusetzen, daß die Klägerin nicht mehr als ein Drittel der Erträge eines jeden Jahres erhalte. Es könne nicht zu Lasten der Klägerin gehen, wenn der Mitreuhänder seine Entscheidung nicht rechtzeitig genug treffe. Damit

hat das Berufungsgericht wesentliche Auslegungsumstände verkannt. So findet die Ansicht des Berufungsgerichts, dem Testament sei zweifelsfrei zu entnehmen, daß die Leistungen aus dem trust-Vermögen dazu bestimmt seien, den Lebensunterhalt der Klägerin zu sichern, in den Bestimmungen des Testaments keine hinreichende Stütze. Artikel 9 a bestimmt lediglich allgemein die Summe, die der Klägerin aus dem trust-Vermögen auf Lebensdauer zu zahlen ist, nämlich vierteljährlich 7.500,- DM oder den Betrag, der von dem co-trustee nach Artikel 10 des Testaments bestimmt wird. Artikel 10 letzter Absatz trifft allerdings Vorsorge dafür, daß der Klägerin ein solcher Betrag gezahlt wird, der für ihren Lebensunterhalt erforderlich ist. Doch gilt dies nur für den Fall, daß das trust-Vermögen nicht einen jährlichen Betrag von 10.000,- DM aufbringen kann. Dann sollen der Klägerin Zahlungen aus dem Kapital des Treuvermögens geleistet werden. Hieraus ergibt sich, worauf die Revision mit Recht hinweist, daß die der Klägerin zugedachten Zahlungen nicht vollen Umfangs unterhaltsrechtlichen Charakter haben, sondern nur insoweit, als ein Jahresbetrag von 10.000,- DM als Unterhaltsgarantie in Frage steht. Es geht in diesem Rechtsstreit aber nicht um die Einhaltung dieser Unterhaltsgarantie von 10.000,- DM, sondern um die Differenz zwischen 10.000,- DM und dem von dem Erblasser festgesetzten Grundbetrag von jährlich 30.000,- DM. Näher als ein Unterhaltscharakter dieser Zahlungen liegt die Annahme, daß der Erblasser mit der sich aus dem Testament ergebenden Weisung, der Klägerin ein Drittel der Einkünfte des Treuhandvermögens zuzuwenden (Artikel 10 Absatz 2 und 3), dem Intestaterbrecht gerecht werden wollte.

Mit dem Argument, gegen eine Rückwirkung sprächen die Worte "to reduce the payments to be made to my wife" in Artikel 10 Absatz 3 des Testaments, verkennt das Berufungsgericht, daß diese Worte nicht nur eine auf die Zukunft gerichtete Zahlungsweise zum Ausdruck zu bringen brauchen, sondern daß mit ihnen allgemein die Zahlungen gemeint sein können, die der Klägerin nach der Grundregel des Artikels 9 a zu leisten sind, d. h. die Zahlungen, die ihr grundsätzlich zustehen sollen.

Gewichtiger als dies ist, daß das Berufungsgericht die Möglichkeit der Gewinnfeststellung bei einer Handelsgesellschaft außer acht gelassen hat. Die Entwicklung eines Unternehmens, seines Umsatzes und seines Gewinns, läßt sich nicht immer im voraus feststellen. Endgültige Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen lassen sich nur nachträglich erstellen und werden meist jährlich für das jeweils vorangegangene Jahr erstellt. Es widerspricht daher wirtschaftlichen Gegebenheiten, daß das Berufungsgericht angenommen hat, es sei möglich, aufgrund vertrauensvoller Zusammenarbeit von Treuhänder und Mittreuhänder bei geringeren Erträgen des Treuhandvermögens die Zahlungen rechtzeitig, d. h. jährlich im voraus, herabzusetzen. Wäre eine Herabsetzung der Zahlungen aufgrund der erstellten Bilanzen, d. h. eine nachträgliche Herabsetzung, nicht zulässig, so könnte es vorkommen, daß die Klägerin von einer Minderung der Einkünfte des trust-Vermögens überhaupt nicht berührt würde. Könnten nämlich aufgrund der Feststellung eines Gewinnrückgangs die an die Klägerin zu leistenden Zahlungen nur für das folgende Jahr herabgesetzt werden und brächte dieses Jahr keine oder nicht die gleichen Gewinneinbußen, dann müßte gemäß Artikel 10 Absatz 2

des Testaments für dieses Jahr eine Nachzahlung erfolgen; die angeordnete und an sich zulässige Herabsetzung würde sich dann überhaupt nicht auswirken. Es wäre aber widersinnig, die Klägerin, die nach dem Willen des Erblassers an der Ertragslage des Unternehmens in guten und schlechten Zeiten beteiligt sein soll, bei ansteigender Ertragslage in den Genuß von Nachzahlungen kommen zu lassen, sie aber mangels der Möglichkeit vorheriger Feststellung von Gewinneinbußen diese nicht anteilsmäßig mittragen zu lassen. Für einen Mittreuhänder, der nicht in die Lage kommen will, seine Verpflichtungen gegenüber dem Unternehmen durch Überzahlungen an die Klägerin zu verletzen, bliebe bei einem Verbot nachträglicher Herabsetzungen nur der Ausweg, jeweils vorsorglich die Zahlungen an die Klägerin nur in Höhe der Mindestsumme von 10.000,- DM zuzulassen vorbehaltlich einer Nachzahlung aufgrund der nach Jahresschluß erstellten Bilanz. Das aber würde für die Klägerin in allen den Jahren von Nachteil sein, in denen ein Drittel der Einkünfte des Vermögens die Summe von 30.000,- DM nicht erheblich unterschreitet. Es liegt daher auch im Interesse der Klägerin, daß über die Herabsetzung der Zahlungen ebenso wie über Nachzahlungen jeweils aufgrund der erstellten Bilanz für das vorangegangene Jahr entschieden werden kann.

Aufgrund aller dieser Gesichtspunkte wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben, ob der co-trustee die getroffene Weisung wirksam erteilen durfte. Sollte sich ergeben, daß eine Festsetzung der Zahlungen an die Klägerin aufgrund der Bilanz für den von der Bilanz erfaßten Zeitraum zulässig ist, dann wird das Berufungs-

gericht über den Einwand der Klägerin zu entscheiden haben, die Herabsetzung sei ihrer Höhe nach offenbar unbillig, eine Prüfung, die mit einer Mißbrauchskontrolle identisch sein könnte. Diese Kontrolle dürfte hauptsächlich die Höhe der Vergütung betreffen, die der Beklagte für seine Tätigkeit in der Firma H- P- KG bekommen oder entnommen hat und die der co-trustee in einer Höhe von 90.000,- DM für angemessen gehalten hat. Insoweit könnte es darauf ankommen, die Höhe der Vergütung im Verhältnis zur Geschäftslage des Unternehmens zu beurteilen und im Hinblick darauf, daß die Klägerin nach dem Willen des Erblassers möglichst in Höhe eines Jahresbetrages von 30.000,- DM an den Einkünften des Unternehmens beteiligt sein soll. Voll überprüfbar dürften die Grundlagen der Entscheidung des Mittreuhänders sein. Zu diesen gehören u. a. das Vorliegen einer endgültigen Jahresbilanz, die bei der Entscheidung des Mittreuhänders ausweislich des Schreibens vom 5. Juli 1973 noch nicht erstellt war, sowie eine genaue Festlegung der Beteiligungsverhältnisse.

Hinsichtlich der Zinsansprüche rügt die Revision mit Recht, daß für diese das Statut der Hauptverpflichtung, also das Erbstatut und demzufolge nicht deutsches Recht, sondern ebenfalls amerikanisches Recht maßgeblich ist.

In der Frage, ob die Klägerin zur Geltendmachung ihrer Ansprüche eine behördliche Lebensbescheinigung vorlegen muß, hat das Berufungsgericht in Anwendung von § 242 BGB angenommen, es sei billig, daß die Klägerin, da ihre Ansprüche auf Lebenszeit begrenzt seien, dem Beklagten jährlich nachzuweisen habe, daß diese anspruchsbegründende Voraussetzung gegeben sei. Dagegen wären

rechtliche Bedenken nicht zu erheben, sofern deutsches Recht zur Anwendung käme. Allerdings könnte die Ansicht des Berufungsgerichts, es müsse der Klägerin überlassen bleiben, wie sie im Einzelfalle den Nachweis führe, nicht geteilt werden. Vielmehr erschiene es zweckmäßig und der Klägerin auch zumutbar, eine behördliche Bescheinigung vorzulegen, zumal nicht ersichtlich ist, warum die Klägerin nicht bereit ist, dieser einfachen Formalität nachzukommen. Das Berufungsgericht wird jedoch zu prüfen haben, ob sich dieselbe Rechtsfolge aus dem auch insoweit anzuwendenden Recht des Staates New York ergibt.

2. Der mit dem Klageantrag zu 3 verfolgte Anspruch auf Vorlage einer "von einem vereidigten Wirtschafts- und Buchprüfer geprüften Jahresabschlußbilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung" beruht nicht auf dem Testament, sondern auf der von den Parteien am 21. Oktober 1957 getroffenen Vereinbarung. In Ziffer 4 dieser Vereinbarung hat sich der Beklagte verpflichtet, am Ende eines jeden Rechnungsjahres nach Beendigung des Zeitraums, über den die Parteien eine Vereinbarung über die an die Klägerin zu zahlende Summe getroffen haben, "a true copy of the certified annual balance sheet and operating statement of H[REDACTED]-P[REDACTED] KG, as set up by a Certified Public Accountant or the German equivalent thereof, as soon as the same is available" vorzulegen. Die Parteien haben hiermit, wie der Zusatz "or the German equivalent thereof" zeigt, ausdrücklich auf einen Begriff oder eine Institution des amerikanischen Wirtschaftslebens Bezug genommen. Es kommt daher darauf an festzustellen, was in den USA unter einem "Certified

Public Accountant" verstanden wird und welche deutsche Institution dem entspricht. Nach Gablers Wirtschaftslexikon, hrsgg. von Sellin, 9. Aufl. 1975, ist Certified Public Accountant die amerikanische Bezeichnung für einen dem deutschen Wirtschaftsprüfer entsprechenden Prüfer des Rechnungswesens. Fehlerhaft ist jedenfalls die dem Klageantrag folgende Annahme von Landgericht und Berufungsgericht, es könne sich um einen "vereidigten Wirtschafts- und Buchprüfer" handeln. Einen solchen Berufsstand gibt es nicht; vielmehr sieht die Wirtschaftsprüfungsordnung vom 12. November 1975 (BGBl I 2803 ff) nur den Beruf des Wirtschaftsprüfers oder des vereidigten Buchprüfers vor, aber weder einen "vereidigten Wirtschaftsprüfer" noch einen "vereidigten Wirtschafts- und Buchprüfer" (vgl. §§ 1, 18, 128, 131 des genannten Gesetzes). Im übrigen erscheint fraglich, ob der Vereinbarung der Parteien entnommen werden muß, daß eine von einem Certified Public Accountant (CPA) geprüfte Bilanz vorzulegen sei, oder nicht vielmehr nur, daß die Bilanz von dieser Institution erstellt sein müsse ("set up by"). Letzteres könnte näher liegen, wenn durch die Erstellung eines Prüfungstests, wie der Beklagte vorgebracht hat, unverhältnismäßig hohe Kosten entstehen würden. Es erscheint daher möglich, daß die Parteien mit der getroffenen Abrede lediglich sicherstellen wollten, daß die Klägerin jährlich eine von einem anerkannten Prüfungsunternehmen erstellte Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung vorgelegt bekommt und sich nicht mit einer von dem Unternehmen selbst aufgestellten Bilanz zufrieden zu geben braucht.

Nach alledem mußte das Berufungsurteil aufgehoben
und die Sache zur neuen Prüfung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen werden.

Dr. Hauß

Dr. Bukow

Dr. Buchholz

Dr. Hoegen

Dehner