

12

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

(nur zu I 2 der Urteilsgründe mit abgekürztem Tatbestand)

BGB § 252

Bei einer Geschäftsbank kann davon ausgegangen werden, daß sie einen ihr vorenthaltenen Geldbetrag im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs gewinnbringend genutzt hätte. Betreibt die Bank im wesentlichen nur Aktivgeschäfte einer Art, so kann sie der abstrakten Berechnung ihres Schadens nach § 252 BGB die für diese Geschäftsart in der fraglichen Zeitspanne banküblichen Sollzinsen zugrunde legen. Arbeitet die Bank mit ihrem Geld jedoch auf verschiedene Art, so kann sie mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Erträge der einzelnen Geschäftsarten ihren Schaden nur nach einem Durchschnittsgewinn berechnen, der sich nach der Geschäftsstruktur der einzelnen Bank richtet.

BGH, Urt. v. 1. Februar 1974 - IV ZR 2/72 - OLG Saarbrücken
LG Saarbrücken

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 2/72

URTEIL

Verkündet am
1. Februar 1974
Hellmann,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Deutschen V[REDACTED]bank AG - Zweigniederlassung
S[REDACTED] - vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder
Ministerialdirektor Alois M[REDACTED] und Ministerialrat
Dr. jur. Heinz-Dietrich D[REDACTED], beide in F[REDACTED]
[REDACTED] ([REDACTED]), U[REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten,
Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die C[REDACTED] Lebensversicherungs AG, S[REDACTED], vertreten
durch ihre Vorstandsmitglieder Dr. Günther E[REDACTED], Versi-
cherungsdirektor, und Willi Mo[REDACTED], Versicherungsdirektor,
[REDACTED] S[REDACTED], B[REDACTED]straße 1,

Beklagte, Widerklägerin,
Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Richter Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Knüfer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 14. Oktober 1971 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin zu zwei Drittel und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt.

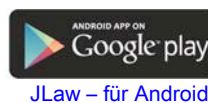
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist eine Lebensversicherungsgesellschaft; sie schloß am 29. Dezember 1961 mit dem am 31. Dezember 1966 verstorbenen Bauunternehmer Ernst Sc[REDACTED] einen Lebensversicherungsvertrag über 500 000 DM ab. Dieser stand mit der Klägerin - der Hausbank der Deutschen Bundesbahn - in ständiger Geschäftsverbindung. Mit Abtretungserklärung vom 7. April 1962 trat Sc[REDACTED] zur Sicherung aller Ansprüche aus dieser Geschäftsverbindung seine Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrag



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



an die Klägerin ab. Im Herbst 1966 wurde über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet. Nach dem Tode des Versicherungsnehmers machte die Klägerin die Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrag gegenüber der Beklagten geltend. Die Beklagte wandte nach längerer Prüfung ein, nach dem Ergebnis ihrer Erhebungen habe der Versicherungsnehmer Selbstmord begangen; sie sei daher bezüglich des größeren Teiles der Versicherungssumme leistungsfrei geworden. Den auch im Falle des Selbstmordes geschuldeten Teil der Versicherungssumme in Höhe von 106 501,19 DM zahlte sie an die Klägerin. Die Klägerin erhob daraufhin gegen die Beklagte Klage auf Zahlung eines Teilbetrages von 50 000,-- DM; dieser Klage gab das Landgericht Saarbrücken mit Urteil vom 23. Dezember 1968 statt; es erkannte neben der Hauptsumme der Klägerin Verzugszinsen in Höhe von 4 % seit dem 1. April 1967 zu; das Urteil wurde rechtskräftig. Die Beklagte zahlte daraufhin die gesamte noch offene Versicherungssumme in Höhe von 380 318,89 DM an die Klägerin; außerdem zahlte sie in Ansehung dieser gesamten Summe für den Zeitraum vom 1. April 1967 bis 5. März 1969 4 % Zinsen in Höhe von 29 369,08 DM.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin von der Beklagten noch den Ersatz eines Gewinnausfalls von 32 785,52 DM. Sie begründet dieses Begehren damit, ihr sei in ihrem Geschäftsbetrieb in der Zeit vom 1. April 1967 bis zum 5. März 1969 ein Gewinn in Höhe von 7,5 % der Summe entgangen, die die Beklagte ihr unrechtmäßig vorenthalten habe. Diesen Gewinn hätte sie erzielt, wenn ihr die vorenthaltene Summe in dem fraglichen Zeitraum zur gewinnbringenden Nutzung zur Verfügung gestanden hätte.

Ferner begehrt sie den Ersatz der Anwaltsgebühren in Höhe von 1 492,50 DM für ein Mahnschreiben ihres Prozeßbevollmächtigten, mit dem dieser vor dem Prozeß die Beklagte zur Zahlung des damals offenen Restbetrages von 380 318,89 DM aufgefordert hatte.

Weitere 2 150,10 DM verlangt die Klägerin als Ersatz einer ihrem Prozeßbevollmächtigten geschuldeten Vergleichsgebühr. In der Vereinbarung über die Beschränkung des Rechtsstreits auf einen Teilbetrag von 50 000,-- DM, die vor der Erhebung der Teilklage getroffen worden ist, liegt nach Auffassung der Klägerin ein Vergleich; durch die Mitwirkung des Prozeßbevollmächtigten beim Abschluß dieser Vereinbarung sei eine entsprechende Anwaltsgebühr entstanden.

Schließlich begehrt sie den Ersatz der Kosten eines im Vorprozeß vorgelegten medizinischen Privatgutachtens in Höhe von 1 000,-- DM. Nach Meinung der Klägerin sind diese Kosten als von der Beklagten zu ersetzender Verzugsschaden anzusehen.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 37 428,12 DM nebst 7,5 % Zinsen seit dem 10. März 1969 aus 32 785,82 DM, seit dem 27. März 1969 aus 3 642,60 DM sowie seit dem 21. November 1967 aus 1 000,-- DM zu zahlen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten.

Im Wege der Widerklage hat sie beantragt, die Klägerin zu verurteilen, an sie 20 553,20 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 13. August 1969 zu zahlen.

Die Beklagte ist der Auffassung, sie sei mit der Zahlung der Versicherungssumme nicht in Verzug geraten. Angesichts der auf Selbstmord hinweisenden erheblichen Verdachtsmomente habe sie die Leistungsverzögerung nicht zu vertreten; sie habe es vielmehr auf einen Prozeß ankommen lassen dürfen. Sie sei zwar im Vorprozeß in Ansehung des Teilbetrages von 50 000,-- DM zur Zahlung von Verzugszinsen in Höhe von 4 % verurteilt worden. Darüber hinaus habe sie jedoch irrtümlich 4 % Zinsen auch aus dem nicht eingeklagten Betrag gezahlt; zu dieser Zahlung sei sie mangels Verzugs aber nicht verpflichtet gewesen; sie könne daher in Höhe von 20 553,20 DM Erstattung verlangen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 1 492,50 DM (Kosten des Mahnschreibens) nebst 4 % Zinsen seit dem 27. März 1969 verurteilt; im übrigen hat es die Klage sowie die Widerklage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung der Beklagten hat es auch die Mahnkosten nebst Zinsen aberkannt und die weitergehende Berufung der Beklagten zur Widerklage zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Klage, mit der Anschlußrevision verfolgt die Beklagte die Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Revision

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

1. Verzug

Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, daß die Beklagte, die ihre Leistungspflicht nicht mehr in Abrede stellt, durch die Verzögerung der Zahlung der Versicherungssumme in Verzug geraten ist. Die dagegen gerichteten Angriffe der Beklagten (Rüge im Rahmen der Anschlußrevision) haben im wesentlichen keinen Erfolg. Allerdings trat der Verzug entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht bereits am 9. Mai 1967 ein; die Schreiben der Klägerin vom 20. und 24. April 1967, die im Berufungsurteil als den Verzug herbeiführende Mahnungen gewertet worden sind, konnten diese Wirkung nicht haben, da zu diesen Zeitpunkten die Leistung der Beklagten noch nicht fällig war. Nach § 11 Abs. 1 VVG sind Geldleistungen eines Versicherers mit Beendigung der zur Feststellung des Versicherungsfalles und des Umfanges der Leistung nötigen Erhebungen fällig. Dazu gehört die Beschaffung der Unterlagen, die ein durchschnittlich sorgfältiger Versicherer dieser Branche zur abschließenden Prüfung des Schadensfalles braucht. Entgegen der Meinung der Klägerin ist die Fälligkeit hier durch die Zahlung des Rückversicherers an die Beklagte nicht vorverlegt worden. Durch eine solche Zahlung werden die Rechte und Pflichten des Erstversicherers nicht berührt, da dieser auf Grund seines Geschäftsführungsrechts und der Folgepflicht des Rückversicherers allein zur Anerkennung und Ablehnung von Ansprüchen des Versicherungsnehmers berechtigt ist (Prölss,

Das Risiko des Rückversicherers, Ansichten der Rückversicherung 1964, S. 20; Prölss/Martin, VVG 19. Aufl., § 186 Anm. 4; Herrmannsdorfer, Technik und Bedeutung der Rückversicherung 1927, S. 241 ff).

Das Berufungsgericht mißt insoweit dem Abschluß des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens zu Recht wesentliche Bedeutung bei.

Der Versicherer darf nämlich bei der Schadensregulierung das Ergebnis eines Strafverfahrens abwarten, auch wenn sich dieses nicht gegen den Versicherungsnehmer richtet (Prölss/Martin aaO, § 11 Anm. 6 B; Bruck/Möller, VVG 8. Aufl. § 11 Rdn. 24); er kann also den Abschluß seiner Erhebungen insoweit zurückstellen. Das Ermittlungsverfahren wurde mit Verfügung vom 17. April 1967 eingestellt; eine Nachricht an die Beklagte erging nicht. Im Rahmen des § 11 VVG ist nun nicht der Zeitpunkt der Verfahrenseinstellung entscheidend, sondern der Zeitpunkt, in dem der Versicherer von der Einstellung und dem Ermittlungsergebnis Kenntnis erlangt. Hier waren die Ermittlungsakten noch bis zum 20. April 1967 im Geschäftsgang der Staatsanwaltschaft (Vorlage an den Behördenleiter); unstreitig konnte die Beklagte erst am 27. April 1967 Einsicht in die Akten nehmen. Erst in diesem Zeitpunkt war die Beklagte in der Lage, aus der Verfahrenseinstellung Konsequenzen für ihre eigenen Erhebungen zu ziehen. Nach Vorlage der zur Prüfung benötigten Unterlagen ist dem Versicherer noch eine Überlegungsfrist zuzubilligen (in der Regel zwei bis drei Wochen; vgl. Prölss/Martin aaO, § 11 Anm. 3); diese ist hier aber kürzer als im Regelfall zu bemessen. Die Beklagte kannte nämlich bereits den wesentlichen Akteninhalt. Sie hatte schon am 28. Februar 1967 Akteneinsicht genommen; die

später zu den Akten genommenen Gutachten lagen ihr selbst schon Anfang April 1967 vor, wie sich aus der Korrespondenz ergibt (Schreiben vom 31. März 1967). Unter diesen Umständen war die Überlegungsfrist auf jeden Fall verstrichen, als die Beklagte das Schreiben der Klägerin vom 9. Mai 1967, das eine Zahlungsaufforderung unter Fristsetzung bis zum 15. Mai 1967 enthielt, empfing. Zu diesem Zeitpunkt war die Leistung der Beklagten fällig. Sie war im Besitz des gesamten Tatsachenmaterials, auf das sie später ihre ablehnende Entscheidung stützte, und hatte hinreichend Zeit zu einer Würdigung gehabt; die nötigen Erhebungen waren daher als beendet anzusehen. Da das Schreiben vom 9. Mai 1967 nach seinem eindeutigen Wortlaut eine Zahlungsaufforderung nach Eintritt der Fälligkeit enthält und keiner Auslegung bedarf, kann das Revisionsgericht es als eine nach § 284 BGB den Verzug begründende Mahnung werten.

Zu Recht hat das Berufungsgericht der Beklagten den Einwand versagt, sie habe den rechtskräftigen Abschluß des Vorprozesses 1 O 154/67 LG Saarbrücken abwarten dürfen und mithin die Leistungsverzögerung nicht zu vertreten (§ 285 BGB). Zwar kann ein Versicherer unter Verweigerung der Zahlung es auf einen Prozeß ankommen lassen, ohne sich dem Vorwurf schuldhafter Zahlungsverzögerung auszusetzen, wenn er auf zahlreiche Verdachtsmomente gestoßen ist und sich ihm nach seinen Erhebungen der Sachverhalt so darstellt, daß er gewichtige Bedenken gegen das Vorliegen eines Versicherungsfalls haben kann (BGH LM VVG § 11 Nr. 1 = VersR 1954, 388, 389). Diese Möglichkeit scheidet jedoch aus, wenn sich für den Versicherer mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, daß die vorliegenden Tatsachen seinen Standpunkt (Leistungsfreiheit) bei objektiver Beurteilung nicht stützen können.

Das war aber hier nach den Feststellungen des Berufungs-urteils der Fall. Nach den naturwissenschaftlichen Gut-achten, gegen deren Inhalt und Objektivität sich auch die Beklagte nicht wendet, blieben erhebliche Zweifel am Vorliegen eines Freitodes. Der Beklagten mußte bekannt sein, daß nach der Rechtsprechung (BGH VersR 1965, 797; VersR 1967, 269) zum Nachweis eines Selbstmordes der prima-facie-Beweis nicht zulässig ist, sie also den vol-len Beweis für das Vorliegen eines Freitodes führen mußte. Zutreffend weisen Bruck/Möller (aaO § 11 Rdn. 24) darauf hin, in der Frage des Verzugs sei bei der gebotenen Wür-digung aller Tatsachen deren Beweisbarkeit zu berücksich-tigen; soweit der Versicherer beweispflichtig sei, könne er sich zu seiner Entschuldigung nur auf Umstände berufen, die er beweisen könne. Die verbleibenden Zweifel am Vor-liegen eines Selbstmordes konnte die Beklagte hier nur ausräumen durch Aussagen von Zeugen aus dem Lebenskreis des Verstorbenen - insbesondere seiner Angehörigen -, aus denen sich überzeugende Indizien für einen Freitod ergaben. Bei Würdigung aller damals bekannten Umstände konnte die Beklagte schon im Mai 1967 nicht mit einiger Gewißheit damit rechnen, einen solchen Beweis beibringen zu können. Die äußeren Lebensumstände - Vermögensverfall, Konkurs, drückende wirtschaftliche Not, Krankheit, De-pression - begründeten zwar im Zusammenhang mit der fest-gestellten Todesart - Tod durch eine Überdosis Schlaf-mittel - eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Selbstmor-des, schlossen jedoch die Möglichkeit eines Unfalls keineswegs aus. Für das unmittelbar zum Tode führende Geschehen gab es keine Zeugen. Daß die Angehörigen, die die letzten Tage mit dem Verstorbenen verbracht hatten, irgendwelche Anzeichen einer Selbsttötungsabsicht be-merkt haben könnten, war unwahrscheinlich. Sie hätten den Ehemann und Vater gewiß nicht gerade am Silvester-

abend allein gelassen - wie geschehen -, wenn sie auch nur entfernt an eine Selbstmordgefahr gedacht hätten.

Bei objektiver Beurteilung der ihr bekannten Tatsachen mußte die Beklagte daher damit rechnen, den ihr obliegenden Beweis des Freitodes nicht führen zu können; sie mußte diese Möglichkeit sogar als naheliegend ansehen. Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß sie die Leistungsverzögerung zu vertreten habe.

Danach befand sich die Beklagte seit dem 16. Mai 1967 im Verzug.

2. Verzugszinsen

Die nach § 288 Abs. 1 BGB in Höhe von 4 % geschuldeten Verzugszinsen hat die Beklagte an die Klägerin gezahlt. Einen weiteren Zinsanspruch (7,5 % statt 4 %), den die Klägerin als Verzugsschaden aus dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns gemäß §§ 286, 252 BGB geltend macht, hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht versagt.

Diesem Begehren der Klägerin steht die Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß nicht entgegen, da es sich nur auf den nicht rechtshängig gewordenen Teil der Versicherungssumme bezieht. Das Berufungsgericht hat den Anspruch verneint mit der Begründung, die Klägerin habe nicht - wie erforderlich - behauptet, daß sie einen Interessen für ein Darlehen zu einem bestimmten Zeitpunkt habe abweisen müssen, da sie infolge der Zahlungsverzögerung durch die Beklagte nicht liquide gewesen sei. Sie könne ihrer Darlegungslast nicht durch den Vortrag genügen, sie hätte in der Zeit von Anfang 1967 bis zur Entschei-

dung des Vorprozesses aus ihren zur Ausleihung zur Verfügung stehenden Mitteln mindestens 7,5 % Gewinn erzielt. Das Berufungsgericht hält die Inanspruchnahme der Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB und die abstrakte Schadensberechnung hier für unzulässig; es verlangt eine konkrete Schadensberechnung. Das Berufungsgericht ist damit einer Entscheidung des 3. Zivilsenats des OLG Frankfurt (NJW 1956, 360) gefolgt. Diese Entscheidung beruht auf der Erwägung, daß auch Banken nicht alles Geld, das sie haben, ausleihen. Sie müssen insbesondere eine Liquiditätsreserve von jeweils bestimmter Höhe halten. Daraus wird gefolgert, auch Banken müßten, wenn sie mehr als 4 % Verzugszinsen geltend machen, durch Darlegung von Einzelheiten aufzeigen, daß sie einen darüber hinausgehenden Schaden erlitten hätten, d. h. überzeugend dartun, daß sie die ihnen vorenthaltene Summe wirklich ausgeliehen hätten. Diese Auffassung hat auch im Schrifttum Zustimmung gefunden (Staudinger/Werner, BGB 10./11. Aufl. § 288 Rdn. 6; Soergel/Siebert/Schmidt, BGB 10. Aufl. § 288 Rdn. 3; Schlegelberger/Hefermehl, HGB 4. Aufl. § 352 Rdn. 10). Demgegenüber vertritt der 9. Zivilsenat des OLG Frankfurt in einer jüngeren Entscheidung (WM 1972, 436, 438) ohne nähere Begründung die Auffassung, es sei gemäß § 252 BGB davon auszugehen, daß die Geldanlagen einer Bank zu einem Zinssatz von 4,5 % über dem Bundesbankdiskontsatz verzinst würden; damit würde die abstrakte Schadensberechnung zugelassen.

Der Entscheidung des Berufungsgerichts ist allerdings in der Begründung nicht zu folgen; insbesondere ist das Verlangen einer rein konkreten Schadensberechnung nicht zu billigen.

Die abstrakte Schadensberechnung geht von dem regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr aus, daß der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätigt und daraus Gewinn erzielt (BGHZ 29, 393, 399). Ihre Grundlage ist das Abstellen auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge; dabei werden typische Situationen des Handelsverkehrs prima facie als gewinnversprechend behandelt (Palandt/Heinrichs, BGB 33. Aufl. § 252 Anm. 3 b; Soergel/Siebert/Schmidt aaO §§ 249 bis 253 Rdn. 45). So findet die abstrakte Schadensberechnung insbesondere Anwendung im Bereich des Handelskaufs, soweit er Waren betrifft, die einen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden. Hier braucht der Käufer nicht nachzuweisen, daß er Abnehmer für die Ware gehabt habe. Man nimmt an, daß der Handelskäufer die Ware weiterverkauft und dabei den Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem Verkäuflichkeitwert als Gewinn erzielt hätte (RG HRR 1929 Nr. 85; RGZ 68, 163, 165; Soergel/Siebert/Schmidt aaO §§ 249 bis 253 Rdn. 45, § 326 Rdn. 35; Palandt/Heinrichs aaO § 252 Anm. 3 b; Würdinger/Röhrich, RGRK zu HGB, 3. Aufl. Vorbem. zu § 373 Anm. 370). Bei der Beschädigung eines Binnenschiffes berechnet man nach Schifffahrtsbrauch den Schaden abstrakt auf der Grundlage der Annahme, ohne die Beschädigung wäre das Schiff zu Frachtzwecken genutzt worden und der Schiffseigner hätte dabei einen nach den üblichen Frachtsätzen zu errechnenden Gewinn gemacht (BGH VersR 1965, 373, 374; VersR 1965, 351, 353 ff). Schließlich hat die Rechtsprechung die abstrakte Schadensberechnung auch herangezogen beim Gewinnausfall im Bereich der Frachtvermittlung (BGHZ 29, 393, 400). Die Rechtsprechung hat mithin die abstrakte Schadensberechnung in solchen Fällen angewandt, in denen einem Kaufmann ein Geschäft vereitelt worden ist, welches das typische Handelsgeschäft seines Handelsgewerbes ist, dessen Abschluß dem

regelmäßigen Verlauf seines Gewerbes entspricht und das einen typischen Gewinn abwirft.

Nun entspricht es auch im Geschäftsbetrieb einer Bank dem regelmäßigen Verlauf, daß die Bank ihr zufließende Gelder im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs gewinnbringend nutzt. Zwar muß eine Bank eine Liquiditätsreserve zurückhalten und eine Mindestreserve bei der Bundesbank unterhalten; dieser Umstand spricht jedoch noch nicht gegen die Zulassung einer abstrakten Schadensberechnung. Der Umfang dieser Reserven hängt nicht ab von dem Volumen der ausgeliehenen oder in sonstiger Weise angelegten Gelder; er wird auch nicht durch die Rückzahlung geschuldeter Gelder an die Bank vergrößert. Zutreffend betont daher Belke (JZ 1969, 586, 594), der Topf der frei verfügbaren Gelder, welche die Bank gewinnbringend anlegen könne, sei stets um die Beträge geschmälert, die ein Schuldner unpünktlich zurückzahle. Belke verneint dennoch die Möglichkeit einer abstrakten Schadensberechnung; seine Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Er meint, bei einer Bank kämen gemäß § 254 Abs. 2 BGB eine Vielfalt von hypothetischen Deckungsgeschäften in Betracht, z. B. eine Überbrückung von Ausfällen im Aktivgeschäft mit kurzfristigen billigen Tagesgeldern, mit Einlagen der Sparer oder mit flüssigen Eigenmitteln. Eine nivellierende Aussage über den hierbei anfallenden Kostenaufwand lasse sich nicht machen, was zur Folge habe, daß auch die Gewinnschmälerung im Aktivgeschäft stets variere. Diese Argumentation könnte nur zutreffen, wenn eine Bank beim Verzug ihres Schuldners grundsätzlich zur Vornahme von Deckungsgeschäften verpflichtet wäre. Im Handelsverkehr ist aber der Gläubiger eines nicht oder verspätet leistenden Schuldners in der Regel nicht verpflichtet, ein Deckungsgeschäft zu tätigen; nur ausnahmsweise besteht eine

Deckungspflicht im Hinblick auf § 242 BGB (Würdinger/Röhrich aaO, Vorbem. zu § 373 Rdn. 371 m. w. N.). Im vorliegenden Falle sind besondere Umstände, die eine solche Pflicht begründen könnten, nicht ersichtlich.

Betreibt eine Bank im wesentlichen nur Aktivgeschäfte einer Art - z. B. die Vergabe von Hypothekarkrediten bei den reinen Hypothekenbanken -, so handelt es sich dabei um das typische Handelsgeschäft ihres Unternehmens. Die eingehenden Gelder werden regelmäßig auf diese Art angelegt. Die Situation entspricht somit der im Geschäftsbetrieb eines Warenhändlers, Frachtführers oder Maklers; wie jenen muß man daher einer solchen Bank die typisierende Berechnung des entgangenen Gewinns ohne Nachweis eines bestimmten Kreditinteressenten zugestehen. Sie kann folglich ihren Schaden nach § 252 BGB abstrakt berechnen auf der Grundlage der für diese Geschäftsart in der fraglichen Zeitspanne banküblichen Sollzinsen. Dem Schuldner bleibt es unbenommen, den Beweis zu führen, daß eine Anlage des Geldes zu diesen Bedingungen und in dieser Art nicht möglich war.

Die Universalbanken und die meisten Spezialbanken, zu denen auch die Klägerin gehört, arbeiten demgegenüber mit ihren frei verfügbaren Geldern auf unterschiedliche Weise. In ihrem Geschäftsbetrieb werden regelmäßig Bankgeschäfte verschiedener Art mit ungleichen Gewinnspannen mehr oder weniger gleichgewichtig nebeneinander getätigt, z. B. Kontokorrentkredit-, Hypothekarkredit-, Wechseldiskontkredit- und Sortengeschäfte sowie Geldanlagen auf dem Rentenmarkt. An die Bank zurückgezahlte Gelder fließen in der Regel in den Topf der frei verfügbaren Gelder, aus dem alle diese Geschäfte finanziert werden.

Man kann bei diesen Banken daher nicht von einem typischen Geschäftsverlauf mit typischer Gewinnaussicht ausgehen. Ebenso verbietet es sich, eine bestimmte Geschäftsart - etwa den Kontokorrentkredit - herauszugreifen und als Maßstab der Bemessung des Gewinnausfalls zugrunde zu legen.

Gleichwohl ist von diesen Banken entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die Darlegung und der Nachweis eines konkreten Schadens - d. h. der Vereitelung eines bestimmten Geschäfts - zu verlangen. Typische Merkmale für die Bestimmung des Schadens bieten hier nämlich die zur fraglichen Zeit üblichen Erträge der einzelnen Geschäftsarten. Davon ausgehend kann die Bank ihren Schaden nach einem auf ihre gesamte Geschäftstätigkeit bezogenen Durchschnittsgewinn berechnen. Für die Bestimmung des Durchschnittsgewinns ist wesentlich die Geschäftsstruktur der einzelnen Bank, da trotz mancher Nivellierungstendenzen der Anteil der einzelnen Geschäftsarten am Gesamtgeschäft bei den Banken sehr verschieden ist (vgl. Franck, Sparkasse 1973, S. 93 ff). Das gilt in besonderem Maße für eine Spezialbank wie die Klägerin.

Bei der Bemessung des Durchschnittsgewinns einer solchen Bank kann der Tatrichter weitgehend von der Möglichkeit einer Schätzung gemäß § 287 ZPO Gebrauch machen.

Auch unter Berücksichtigung dieser Grundsätze der Schadensberechnung ist dem Begehren der Klägerin indessen der Erfolg zu versagen.

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß auch bei der abstrakten Berechnungsart der Geschädigte sol-

che konkreten Umstände darlegen und beweisen muß, von denen die abstrakte Schadensberechnung abhängt. Inso- weit bedarf es ebenfalls bei der abstrakten Berechnung der Substantiierung. Ebenso enthebt die Anwendung des § 287 ZPO den Geschädigten nicht der Notwendigkeit, dem Gericht die zur Wahrheitsfindung erforderlichen Unter- lagen beizubringen (BGH NJW 1964, 661 ff; DRiZ 1963, 25 ff), ohne die eine richterliche Schätzung in der Luft schweben würde. Die Schadensersatz verlangende Bank muß daher die für die Bemessung des Durchschnitts- gewinns erheblichen Umstände, insbesondere die üblichen Erträge aller von ihr betriebenen Geschäftsarten und die Besonderheiten ihrer Geschäftsstruktur zur fraglichen Zeit dartun. An die Darlegungslast sind besonders hohe Anforderungen zu stellen bei Spezialbanken, deren Ge- schäftsstruktur häufig ein eigenartiges Gepräge auf- weist, sich z. B. durch einen außergewöhnlichen Umfang des Sortengeschäfts auszeichnet. Soweit sie - wie die Klägerin - Hausbanken eines anderen Unternehmens sind, betreiben sie z. T. auf die Bedürfnisse dieses Unter- nehmens ausgerichtete Geschäfte, mit denen sich andere Banken nicht befassen, oder setzen erhebliche Geldmit- tel für die Kurspflege der Anleihen dieses Unternehmens ein.

Dieser Darlegungslast wird die Klägerin nicht ge- recht mit dem Vorbringen, sie hätte in den Jahren 1967, 1968 und 1969 bei gewinnbringender Nutzung der geschul- deten Summe einen Gewinn von 7,5 % des Kapitals erzielt. Bei 7,5 % lag in dieser Zeitspanne z. T. der durch- schnittliche Sollzins für Kontokorrentkredite; der Soll- zins für Hypothekarkredite war niedriger; die Streubreite des Sollzinses für Wechseldiskontkredite betrug sogar z. T. nur 3,25 % bis 6,25 % (vgl. Monatsberichte der

Deutschen Bundesbank, Dezember 1969, Stat. Teil S. 44; Januar 1972, Stat. Teil S. 48). Im übrigen engagierten sich die Banken in dieser Zeitspanne, in der eine außergewöhnliche Bankenliquidität gegeben war, sehr stark auf dem Rentenmarkt (vgl. Geschäftsbericht der Deutschen Bundesbank 1971 S. 75); dort herrschte jedoch seit der Mitte des Jahres 1967 der 6,5 %ige Nominalzins vor; 1968 wurden sogar viele Werte mit einem Nominalzins von 6 % emittiert (Sparkasse 1967 S. 285 f; 1968 S. 242; Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1968 S. 921). 6,5 % betrug auch der Nominalzins der Emissionen des Mutterunternehmens der Klägerin (Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1967 S. 870; 1968 S. 195, 625). Die Klägerin legt ihrer Schadensberechnung damit das lukrativste Geschäft zugrunde, ohne zu behaupten, sie betreibe im wesentlichen nur diese Geschäfte. Ihr Vorbringen ist mithin nicht schlüssig; es fehlen vor allem hinreichende Anhaltspunkte dafür, daß damals ihr Durchschnittsgewinn 4 % überstieg.

Da es an einem schlüssigen Klagevorbringen fehlt, brauchte das Berufungsgericht den angebotenen Sachverständigenbeweis bezüglich des möglichen Gewinns bei Ausleihung der Versicherungssumme nicht zu erheben. Zu Unrecht rügt die Revision eine Verletzung des § 286 ZPO.

3. Mahnkosten

Ohne Erfolg wehrt sich die Klägerin gegen die Anerkennung der Mahnkosten. Mit Schreiben vom 24. Mai 1967 hatte die Beklagte die Auszahlung des Restbetrages von 380 318,89 DM unter ausdrücklicher Berufung auf § 169 Satz 1 VVG i. V. m. § 8 ihrer AVB (Selbstmord des Versicherungsnehmers) klar und unmißverständlich abgelehnt. Angesichts einer ernstlichen und endgültigen Leistungs-

verweigerung bedarf es weder einer Mahnung noch einer Nachfristsetzung (RGZ 67, 317; 90, 317; 96, 341; RG JW 1933, 2204; BGHZ 2, 310, 312; BGH LM VVG § 11 Nr. 1 = BB 1954, 614). Unter diesen Umständen konnte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die Klägerin nicht mehr damit rechnen, daß die Beklagte auf die bloße Aufforderung durch einen Rechtsanwalt freiwillig zahlen werde. Das Schreiben der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 22. Juli 1967 war daher überflüssig (Schneider MDR 1959, 900 zu II 1). Zu Unrecht beruft sich die Klägerin demgegenüber darauf, daß die Beklagte bereits einen Teil der Versicherungssumme (106 501,19 DM) gezahlt habe; in dem Schreiben vom 24. Mai 1967 hatte die Beklagte eindeutig zu erkennen gegeben, daß sie nur diesen wegen Selbstmordes verminderten Betrag schulde und überweise. Auch geht der Hinweis der Klägerin fehl, sie habe im Falle eines Prozesses mit einem Anerkenntnis der Beklagten und einer Kostenpflicht nach § 93 ZPO rechnen müssen; aus diesem Grunde sei das Mahnschreiben der Prozeßbevollmächtigten vom 22. Juli 1967 sachgemäß. Die Klägerin übersieht, daß die Beklagte bereits zuvor in Verzug geraten war und infolgedessen durch ihr Verhalten zur Erhebung einer Klage Veranlassung gegeben hätte.

4. Erstattung einer Vergleichsgebühr

Die Klägerin kann von der Beklagten auch nicht die Erstattung der 2 150,10 DM verlangen, weil eine Vergleichsgebühr nicht entstanden ist, die zu ersetzen wäre (§ 23 Abs. 1 BRAGebO i. V. m. § 779 Abs. 1 BGB). Ihr ist allerdings zuzugeben, daß der Begriff des Vergleichs im Sinne des § 779 BGB, wie er auch kostenrechtlich bedeutsam ist, an sich weit zu verstehen ist (BGH LM BGB § 249 (Hd) Nr. 13 = NJW 1970, 1122). Ein gegen-

seitiges Nachgeben liegt schon dann vor, wenn die Parteien, um zur Einigung zu gelangen, überhaupt Zugeständnisse machen, nachdem sie zuvor jeweils den für sie günstigeren Standpunkt vertreten haben (BGHZ 39, 60, 63, 65; BAG NJW 1958, 2085). Dabei genügt jedes auch noch so geringfügige Opfer, welches die eine Partei von ihrem persönlichen Standpunkt aus der anderen Partei bringt, und umgekehrt (BGH LM BGB § 779 Nr. 10 a). Die Klägerin verkennt aber, daß sich das gegenseitige Nachgeben auf ein Rechtsverhältnis beziehen muß. Der Streit und die Ungewißheit der Parteien betrafen die Begründetheit der restlichen Kapitalforderung von 436 820,08 DM (486 820,08 DM abzüglich 50 000,-- DM) nebst Zinsen. Dieser Zahlungsanspruch und diese Zahlungsverpflichtung war das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 Abs. 1 BGB. Entstehung und Fälligkeit von Haupt- und Zinsforderung wurden jedoch nach den Feststellungen des Berufungsurteils durch die Parteiabrede zu Beginn des Vorprozesses nicht berührt; die Frage nach Forderung und Schuld wurde vielmehr völlig ausgeklammert. Diesen Standpunkt hat die Klägerin immer eingenommen; auch die Beklagte hat sich, wenn auch nicht von Anfang an (vgl. ihr Schreiben vom 16. Mai 1969), so doch später ausdrücklich zu ihm bekannt. Die Parteien hatten seinerzeit lediglich vereinbart, daß die Klägerin nur den Betrag von 50 000,-- DM gerichtlich geltend machen und die Beklagte für den restlichen Betrag auf Einwendungen aus dem Gesichtspunkt des Fristablaufs und der Verjährung einstweilen bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die 50 000,-- DM verzichten werde (vgl. die Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 17. August 1967 und der Beklagten vom 8. September 1967). Die Klägerin versprach also der Beklagten die Beschränkung des (zunächst) gerichtlich auszutragenden Streit-

stoffes, während die Beklagte dafür der Klägerin den Verzicht auf die Wahrnehmung von durch Zeitablauf etwa entstehenden Rechten hinsichtlich des übrigen Streitstoffes zusicherte; den beiderseitigen Rechtsstandpunkt hielten die Parteien dabei aber aufrecht. Eine bloße Beschränkung des Streitstoffes zur vorläufigen Regelung der beiderseitigen Beziehungen, wie sie hier vorliegt, stellt für sich allein kein gegenseitiges Nachgeben in bezug auf ein Rechtsverhältnis dar (vgl. KG JW 1936, 2810 und VersR 1964, 738).

5. Kostenerstattung für Gutachten

Die Klägerin kann die Erstattung ihrer Aufwendungen für das während des Vorprozesses eingeholte Privatgutachten ebenfalls nicht verlangen. Ihr ist zuzugeben, daß die prozessuale Kostentragungsregelung nicht erschöpfend ist, sondern grundsätzlich auch Raum läßt für ergänzende sachlich-rechtliche Ansprüche auf Kostenerstattung, etwa aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder - wie hier - wegen Verzuges. Je nach der Sachlage wird ein ergänzender sachlich-rechtlicher Anspruch neben die prozessuale Kostenregelung treten können. Bleibt hingegen der Sachverhalt, der zu einer abschließenden prozessualen Kostenentscheidung geführt hat, unverändert, dann geht es nicht an, nunmehr den gleichen Sachverhalt erneut zur Nachprüfung zu stellen und in seinen kostenrechtlichen Auswirkungen materiell-rechtlich anders zu beurteilen (RG DR 1939, 1796; BGHZ 45, 251, 257). Ohne Rechtsirrtum ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, die Einholung des Gutachtens habe der Rechtsverfolgung der Klägerin im Vorprozeß dienen sollen, so daß seine Kosten als Prozeßkosten anzusehen seien. Über sie ist in dem im Vorverfahren ergangenen Festsetzungsbeschluß vom

4. August 1969 zu Ungunsten der Klägerin rechtskräftig entschieden worden. Aus dem Grundsatz der Rechtskraft folgt, daß die Geltendmachung eines sachlich-rechtlichen Anspruches ausgeschlossen ist. Auf die Frage, ob die Einholung des Gutachtens zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung tatsächlich erforderlich war, kommt es hiernach nicht mehr an.

II. Anschlußrevision

1. Wie oben unter I 1 ausgeführt, befand sich die Beklagte seit dem 16. Mai 1967 in Verzug; von diesem Tage an schuldete sie Verzugszinsen in Höhe von 4 %, die sie für die Zeit bis zum 5. Mai 1969 auch bezahlt hat. Insoweit entfallen Rückzahlungsansprüche der Beklagten auf jeden Fall, kann ihre Widerklage - und damit ihre Anschlußrevision - also keinen Erfolg haben.

2. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte eine Überzahlung in Höhe von 1 193,52 DM geleistet. Dabei handelt es sich im wesentlichen um die Zinszahlung für den Zeitabschnitt vom 1. April 1967 bis zum 8. Mai 1967; hinzu käme nun noch ein Betrag für die Zinszahlung vom 9. Mai bis zum 15. Mai 1967 (das Berufungsurteil geht vom Verzugseintritt am 9. Mai 1967 aus).

Das Berufungsgericht versagt der Beklagten auch insoweit einen auf § 812 BGB gestützten Rückzahlungsanspruch mit der Begründung, nach der Leistung der Beklagten und dem erklärenden Begleitschreiben vom 4. März 1969 habe die Klägerin davon ausgehen können, daß die Beklagte sich auf den Standpunkt des Urteils im Vorprozeß gestellt und dementsprechend gezahlt habe. Ein Rückforderungsanspruch sei auch dann ausgeschlossen,

wenn das Verhalten des Leistenden derartig sei, daß der Empfänger nach Treu und Glauben daraus den Schluß habe ziehen dürfen, der Leistende wolle die Leistung gegen sich gelten lassen, wie auch immer der Schuldgrund beschaffen sei. Die Klägerin habe hier mit einer Rückforderung nicht zu rechnen brauchen; die Beklagte verstoße gegen ihr eigenes früheres Verhalten.

Einem Bereicherungsanspruch steht hier § 814 BGB unmittelbar nicht entgegen, da die Beklagte irrtümlich eine Zinszahlungspflicht ab 1. April 1967 annahm. Gleichwohl hält das Berufungsurteil einer rechtlichen Nachprüfung insoweit stand und sind die dagegen gerichteten Angriffe der Anschlußrevision unbegründet. Entscheidend ist der Umstand, daß die Beklagte mit Schreiben vom 4. März 1969 die Zahlung des gesamten Kapitals und der Zinsen ab 1. April 1967 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Urteil im Vorprozeß mitteilte. Sie richtete sich damit hinsichtlich ihrer Leistungspflicht und der Frage des Verzugs, insbesondere der Frage des Verzugsbeginns, nach der Auffassung des damals erkennenden Gerichts. Die Klägerin konnte damit in der Tat davon ausgehen, daß die Beklagte sich diese Rechtsauffassung endgültig zu eigen machen wollte. Auf diesen Eindruck, den das Verhalten der Beklagten - einer über erfahrene Rechtsberater verfügenden Versicherungsgesellschaft - hervorrief, durfte die Klägerin sich verlassen. Hinzu kommt noch der Umstand, daß die Rückforderung eines Teiles der am 4./10. März 1969 gezahlten Zinsen erst mit Schreiben vom 4. August 1969 erfolgte und die Klägerin auch wegen dieses Zeitablaufs auf die Endgültigkeit der Zahlung vertrauen durfte. Die Rückforderung des auf die Zeit vom 1. April bis zum 15. Mai 1967 entfallenden Zinsbetrages ist daher ein

mit Treu und Glauben unvereinbares venire contra factum proprium; sie ist mithin nach § 242 BGB ausgeschlossen.

III. Damit erweisen sich die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision der Beklagten insgesamt als unbegründet. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO.

Dr. Hauß

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Knüfer