

VIII ZR 130/59

Verkündet
am 14. Dezember 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2218 087

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette, Körperschaft
des öffentlichen Rechts, in F [REDACTED], A [REDACTED]-
Allee [REDACTED], vertreten durch die Vorstandsmitglieder
Dr. K [REDACTED] und Dr. R [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Hugo B [REDACTED] Kommanditgesellschaft
in R [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Herbert B [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

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

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündlicher Verhandlung vom 14. Dezember 1960 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt/Main vom 16. April 1959 wird insoweit zurückge-
wiesen, als die Klage wegen der Forderung von 5 1/2 %
Zinsen auf 2707,50 DM seit dem 22. Mai 1955 abgewie-
sen worden ist.

Im übrigen wird auf die Revision der Klägerin das
vorgenannte Urteil aufgehoben. Insoweit wird die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das
Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Ent-
scheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin schrieb im Bundesanzeiger vom 12. März 1955 den Verkauf von 1600 to Dänenbutter aus ihren Beständen zum Preise von 612 DM je 100 kg zum Verkauf aus. Die Beklagte beantragte mit Telegramm und Brief vom 14. März 1955 die Zuteilung von 50 to Butter. Mit Bestätigungsschreiben vom 15. März 1955 bestätigte die Klägerin der Beklagten, 1000 Faß = 50 800 kg Markenbutter an sie verkauft zu haben, und stellte ihr 310 896 DM in Rechnung.

Die Beklagte hat die Butter nicht abgenommen und die Zahlung des Kaufpreises verweigert. Die Klägerin hat, nachdem sie am 21. April 1955 einen Zahlungsbefehl über 310 896 DM erwirkt hatte, der Beklagten eine Frist bis zum 6. Mai 1955 mit der Erklärung gesetzt, daß sie nach Ablauf der Frist die Erfüllung des Vertrages ablehne. Mit der Behauptung, sie habe 50,8 to dänische Kühlhausbutter für 275 865,34 DM anderweit verkauft, macht sie im Rechtsstreit einen Anspruch auf Ersatz des Unterschiedsbetrages zwischen Verkaufspreis und Erlös in Höhe von 35 030,66 DM geltend. Sie verlangt ferner Zinsen von 310 896 DM für die Zeit vom 26. März bis 21. Mai 1955 in Höhe von 2707,50 DM und Lagerkosten für die Zeit vom 30. März bis 21., zum Teil 27. Mai 1955 in Höhe von 1422,40 DM. Sie hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 39 160,56 DM nebst Zinsen seit dem 22. Mai 1955 zu verurteilen.

Durch Versäumnisurteil des Landgerichts ist die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen seit dem 25. März 1955 verurteilt worden. Nach Einspruch der Beklagten hat das Landgericht das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Das Berufungsgericht hat das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage auf Kosten der Klägerin abgewiesen. Die Kosten der Säumnis hat es der Beklagten auferlegt.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob, wie die Beklagte geltend macht, ein Kaufvertrag zwischen den Parteien mangels Einigung über die Zahlungsbedingungen und die genaue Menge der Butter nicht zustande gekommen ist und ob die Beklagte selbst bei wirksamem Vertragsschluß sich mit Recht geweigert hat, den Kaufpreis zu entrichten, weil die Butter mangelhaft gewesen sei. Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe ein Schadensersatzanspruch aus Verzug der Beklagten nicht zu. Die Klägerin verlange Ersatz ihres konkreten Schadens, den sie durch die behaupteten Deckungsverkäufe erlitten haben wolle. Der Nachweis dieses Schadens setze aber voraus, daß die Klägerin diejenige Butter billiger habe verkaufen müssen, die Gegenstand ihrer Lieferungsverpflichtung gewesen sei. Es stehe indessen fest, daß der gesamte Buttervorrat der Klägerin erheblich größer gewesen sei als die der Beklagten verkaufte Menge. Die Beklagte habe nicht spätestens zur Zeit des Zahlungsverzuges der Beklagten, sondern erst zu der Zeit, als sie den Deckungsverkauf vorgenommen habe, aus dem dann noch vorhandenen Vorrat die den Beklagten geschuldete Buttermenge ausgesondert. Es sei davon auszugehen, daß die durch das Lagern bedingte Qualitätsverschlechterung der Butter nicht den ganzen Vorrat gleichmäßig getroffen habe. Das ergebe sich aus den Prüfungen der Sachverständigen. Unterstelle man zu Gunsten der Klägerin, daß ihr gesamter seinerzeitiger Vorrat nur aus dänischer Markenbutter bestanden habe, wie sie sie der Beklagten verkauft habe, so habe sich doch der durch die Lagerung herbeigeführte Qualitätsabfall in dem ganzen Vorrat verschieden stark ausgewirkt. Die Klägerin sei also bei der nachträglichen Aussonderung in der Lage gewesen, die schlechteste Qualität auszusondern und dem Dritten zu verkaufen. Damit habe sie sich selbst den Beweis



unmöglich gemacht, daß von dem ganzen Vorrat gerade die der Beklagten geschuldete Leistung den durch das Lagern verursachten Qualitätsschwund aufweise, wie er bei dem "Deckungsverkauf" festzustellen gewesen sei. Da sie die der Beklagten geschuldete Buttermenge nicht ausgesondert habe, sei der Beweis nicht erbracht, daß die bei dem Deckungsverkauf festgestellte Qualitätsverminderung den Schaden darstelle, der durch den Schuldnerverzug der Beklagten verursacht worden sei. Die Klägerin hätte auch eine abstrakte Schadensberechnung aufmachen können, indem sie den Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem niedrigeren Marktpreis zur Zeit des Verzuges forderte. Sie habe dies jedoch nicht getan, sondern in beiden Rechtszügen Ersatz ihres konkreten durch die angeblichen Deckungsverkäufe entstandenen Schadens verlangt, dessen Entstehung sie nicht nachzuweisen vermocht habe.

II. Diese Auffassung des Berufungsgerichts greift die Revision mit Erfolg an.

1. Zunächst wird das Berufungsgericht dem Vorbringen der Klägerin nicht gerecht, wenn es die Wendung gebraucht, daß die Klägerin Ersatz ihres durch die Deckungsverkäufe entstandenen Schadens beansprucht. Daß der von ihr als Deckungsverkauf bezeichnete Verkauf selbst ihren Schaden verursacht habe, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Sie fordert vielmehr mit Rücksicht auf den behaupteten Verzug der Beklagten nach § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages, macht also den Schaden geltend, den sie dadurch erlitten haben will, daß der Kaufvertrag nicht erfüllt worden ist.

2. Zur Begründung der Höhe ihres durch die Nichterfüllung entstandenen Schadensersatzanspruches hat die Klägerin im Berufungsrechtszuge folgendes vorgetragen: Bei einer Lage-

rung von Kühlhausbutter in so großen Mengen, wie sie, die Klägerin, sie betreibe, werde die Butter stets in der Reihenfolge, wie sie gestapelt sei, an die Käufer bei der Abholung ausgeliefert. Bis zur Abholung bleibe die Butter in der bisherigen Weise gelagert. Eine Aussonderung einzelner Posten verbiete sich aus technischen Gründen und wegen der Gefahr der Qualitätsbeeinträchtigung durch die mit der Umlagerung verbundenen Temperaturschwankungen. Die am frühesten eingelagerte Butter werde wieder zuerst ausgeliefert, so daß der Käufer des Restes einer eingelagerten Menge die zuletzt eingelagerte Butter erhalte. Diese Handhabung sei Handelsbrauch. Daher habe auch die Beklagte keinen Anspruch darauf gehabt, daß für sie ein Posten Butter ausgesondert werde. Das Interesse des Großhandels an dänischer Kühlhausbutter sei schon bei der Ausschreibung vom 12. März 1955 gering gewesen. Auf Grund der Ausschreibung von 1600 to seien nur Verträge über 919,5 to abgeschlossen worden. Da im weiteren Verlauf des März und im April 1955 keine Kaufangebote bei der Klägerin eingegangen seien, habe sie Ende April 1955 den ganzen Restbestand nochmals zum Kauf angeboten. Nachdem zuerst nur einige Käufer Gebote über kleine Mengen abgegeben hätten, sei es der Klägerin unter Schwierigkeiten gelungen, den Restposten am 11. Mai 1955 zu verkaufen, und zwar seien u.a. an die Firma N. [REDACTED] Butter GmbH in K. [REDACTED] und die Firma J.C.M. S. [REDACTED] in H. [REDACTED] zunächst je 50 longtons = 1000 Faß Dänenbutter verkauft worden, davon je 500 Faß aus dem Kühlhaus in Gelsenkirchen und je 500 Faß aus dem Kühlhaus in Köln. Diese Mengen habe sie, die Klägerin, um eine möglichst gleichmäßige Verteilung der Qualität nach zu erreichen, so aufgeteilt, daß je 25 longtons = 25,4 to auf die von der Beklagten nicht abgenommene Butter und je 25,4 to auf Butter entfallen seien, die eine Firma L. [REDACTED] ebenfalls bei der Aus-

schreibung vom 12. März 1955 in einer Menge von 50,8 to gekauft und nicht abgenommen hatte. Die von der Beklagten nicht abgenommene Menge sei daher zur Hälfte von der N[REDACTED] Butter GmbH und zur Hälfte von der Firma S[REDACTED] abgenommen worden. Zusätzlich hätten die beiden Firmen den dann noch vorhandenen Restbestand von 498 Fässern gekauft. In der Verkaufsbestätigung vom 11. Mai 1955 seien die gekauften Mengen zwar zu 1248 bzw. 1250 Faß zusammengefaßt worden. In den erteilten Rechnungen habe sie, die Klägerin, die Posten aber gesondert aufgeführt. Die Butter sei den Abnehmern zunächst mit dem damaligen Marktpreis für Kühlhaus-Markenbutter mit 5,70 DM in Rechnung gestellt worden. Infolge der langen Lagerung hätten große Teile der Butter aber nicht mehr der Qualität & für Markenbutter entsprochen. Nach Prüfung durch Sachverständige seien, soweit Qualitätsminderungen vorgelegen hätten, die Preise auf diejenigen für Molkerei- und Landbutter herabgesetzt worden. Diese Darstellung der Klägerin enthält die schlüssige Begründung eines konkreten Schadens. Die Klägerin behauptet, daß sie infolge der Nichterfüllung des Kaufvertrages bei dem Verkauf des gesamten Lagerbestandes Anfang Mai 1955 eine größere Menge schwer verkäuflicher Butter im Besitz gehabt habe, als sie besessen hätte, wenn die Beklagte ihre Vertragspflicht erfüllt und die ihr verkaufte Butter abgenommen hätte, und daß sie einen mengenmäßig entsprechenden Posten Butter infolge Sinkens des Marktpreises und Qualitätsschwundes nur zu einem geringeren Preise als dem mit der Beklagten vereinbarten Kaufpreise habe veräußern können.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Nachweis des konkreten Schadens setze voraus, daß die Klägerin diejenige Butter billiger habe verkaufen müssen, die gerade Gegenstand ihrer Lieferungsverpflichtung gewesen sei, ist irrig. Die

Klägerin hat allerdings Ersatz ihres konkreten Schadens verlangt und hat den von ihr zum Nachweis des Schadens vorgenommenen Verkauf als "Deckungsverkauf" bezeichnet. Ob der mit besonderen Rechnungen durchgeführte Verkauf von insgesamt 50,8 to die Voraussetzungen erfüllt, die die Rechtsprechung an einen Deckungsverkauf stellt, kann jedoch dahingestellt bleiben. Für den Begriff eines "konkreten" Schadens des Verkäufers ist die Vornahme eines Deckungsverkaufes nicht wesentlich. Es ist nicht erforderlich, daß gerade die konkrete verkaufte Sache bei einem Deckungsverkauf einen geringeren Erlös bringt als den vereinbarten Kaufpreis. Der konkrete Schaden ist vielmehr der wirkliche Schaden, wie er sich unter Zugrundelegung der Tatsachen des Einzelfalles darstellt. Sein Nachweis kann in jeder beliebigen Weise geführt werden. Ausgangspunkt für die Ermittlung des Schadens des Verkäufers ist die Feststellung des tatsächlichen Wertes des infolge der Nichterfüllung im Vermögen des Verkäufers verbliebenen Kaufgegenstandes. Dabei ist der Deckungsverkauf nur eine Maßnahme des Verkäufers, um sich von der Ware zu befreien und die Höhe des konkret entstandenen Schadens zu ermitteln. Er ist ein Glied in der Feststellung der Schadenshöhe, aber nicht der einzige dem Verkäufer offenstehende Weg (RG LZ 1910, 460³; HGB RGRK 2. Aufl. Anh. zu § 374 Anm. 33). So mag der Verkauf der insgesamt 50,8 to an die Firma J.C.M. Schäfer und an die Norddeutsche Butter GmbH sich nicht als Deckungsverkauf in dem Sinne darstellen, daß die bestimmte vom Käufer nicht abgenommene Ware anderweit verkauft worden ist. Der Klägerin ging es in Wahrheit auch nur darum, den Schaden zu ermitteln, der ihr dadurch erwachsen sein soll, daß in ihrem Vermögen eine größere Menge an im Werte gesunkener Butter verblieben ist, als es geschehen wäre, wenn die Beklagte den Kaufvertrag erfüllt hätte. Den Wert

dieser überschießenden Menge hat sie dadurch bestimmen wollen, daß sie aus ihrem Gesamtvorrat eine der verkauften entsprechende Menge anderweit verkaufte. Einer vorgängigen Aussonderung bedurfte es nicht. Daß der Klägerin ein Schaden entstanden sein kann, auch wenn sie in dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte angeblich in Verzug geraten war, die verkaufte Menge Butter nicht ausgeschieden hatte, liegt auf der Hand. Ob, wie die Revision meint, die Beklagte auch auf Grund eines Handelsbrauchs und nach Treu und Glauben es hinnehmen müßte, daß die Klägerin eine Aussonderung unterließ, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben.

b) Es mag zwar sein, daß der von der Klägerin vorgenommene Verkauf nicht den ganz genauen Nachweis erbringen kann, wie hoch sich ihr Schaden beläuft. Das ist aber auch nicht erforderlich. Es geht fehl, wenn das Berufungsgericht die Klägerin mit ihrem Schadensersatzanspruch deshalb abweist, weil sie nicht den Beweis geführt habe, daß ihr Schaden den gerade durch den nachträglichen Verkauf der 50,8 to ausgewiesenen Umfang habe. Zutreffend rügt die Revision, daß das Berufungsgericht die Bestimmung des § 287 ZPO verletzt habe. Danach entscheidet, wenn unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe, das Gericht hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Dieser freien Stellung ist das Berufungsgericht sich ersichtlich nicht bewußt gewesen. Es würdigt das Vorbringen der Klägerin allein unter dem Blickwinkel der Beweislast. Allerdings ist, da die Beklagte die Butter nicht abgenommen hat und deshalb nicht feststeht, welche Posten der Butterstapel sie erhalten hätte, nicht der strenge Beweis zu führen, daß die Buttermenge, die sie bei Vertragserfüllung erhalten hätte, im Wert um einen bestimmten Betrag

gesunken ist. Der Notwendigkeit, im einzelnen Tatsachen anzuführen, die genau auf den Umfang des Schadens schließen lassen, ist der Berechtigte aber durch die Vorschrift des § 287 ZPO enthoben. Soweit der Rahmen des § 287 ZPO reicht, gibt es grundsätzlich keine Entscheidung nach der Beweislast. Wenn es für das freie Ermessen nicht an allen Unterlagen fehlt, muß das Gericht nötigenfalls zu einer Schätzung greifen und selbst unter Berücksichtigung nicht vorgetragener Tatsachen nach freiem Ermessen entscheiden. Daher ist die Entscheidung von der Beweislast nur abhängig, wenn mangels greifbarer Anhaltspunkte eine Grundlage für das Urteil nicht zu gewinnen wäre und das richterliche Ermessen vollends in der Luft schweben würde. (BGH Urt. v. 1. März 1951 - III ZR 9/50 - ALM ZPO § 287 Nr. 3; RGZ 155, 37, 39; Wieczorek § 287 Anm. D II a u. b).

Dafür, daß ein Schaden entstanden ist, sind ausreichende Unterlagen gegeben.

Die Klägerin hat einmal Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt, aus denen sich, falls die Behauptungen zutreffen, entnehmen läßt, daß ein wesentlicher Teil des behaupteten Schadens auf Umständen beruht, die mit der vom Berufungsgericht vermißten Konkretisierung in keinem Zusammenhang stehen können. So sind in dem Klagebetrage 1422,40 DM Lagerkosten enthalten. Es liegt auf der Hand, daß die Klägerin Ersatz von Lagerkosten, wenn ihr solche entstanden sind, verlangen kann, gleichgültig, ob sie die der Beklagten verkaufte Butter getrennt lagerte oder nicht.

Weiter hat die Klägerin nach den überreichten Verkaufsbestimmungen und Rechnungen mit den Firmen N[REDACTED]

Butter GmbH und J.C.M. Schäfer einen Preis von 570 DM je 100 kg für Markenbutter vereinbart und ferner abgesprochen, daß für Molkereibutter ein Abschlag von 15 DM und für Landbutter von 52 DM je 100 kg gewährt werden solle. Da mit der Beklagten ein Preis von 612 DM je 100 kg für Markenbutter verabredet war, würde sich unabhängig von einer etwaigen Qualitätsminderung schon allein wegen des gefallenen Preises ein Verlust von 42 DM je 100 kg, für 50,8 to also ein Schaden von 21 336 DM ergeben. Wenn das Berufungsgerecht die Beklagte mit dieser Berechnung nicht hören will, weil darin eine abstrakte Schadensberechnung liege, die Beklagte aber Ersatz des konkreten Schadens verlange, so irrt es über den Begriff des abstrakten Schadens. Die Klägerin hat allerdings im Schriftsatz vom 14. März 1956 vorgetragen, der Preis von 570 DM je 100 kg sei der Marktpreis für Kühlnausbutter gewesen, während die Beklagte behauptet hat, der Marktpreis habe 585 bis 595 DM betragen. Ein Schaden ist aber nicht deshalb abstrakt, weil der Verkäufer die in seinem Vermögen verbliebene Ware nur zum gesunkenen Marktpreis verkaufen kann. Die Anwendung des Marktpreises besagt für sich allein nichts über das Wesen der Schadensberechnung. Erfolgt wie hier ein Verkauf der vom Käufer nicht abgenommenen Kaufsache zum Marktpreis, so führt der Vergleich zwischen dem dabei tatsächlich erzielten Erlöse und dem mit dem früheren Käufer vereinbarten Kaufpreise zur Ermittlung des im Einzelfall wirklich entstandenen, also konkreten Schadens.

Aber auch soweit die Klägerin einen Schaden wegen Verschlechterung der Butter durch längeres Lagern geltend macht, fehlt es nicht an Unterlagen, die das Berufungs-

gericht zu einer Würdigung nach freier Überzeugung hätten veranlassen müssen. Daß die Qualität von Kühlhausbutter, zumal der sogenannten Winterbutter, durch längeres Lagern beeinträchtigt werde, hat die Klägerin unter Beweis gestellt. Außerdem hat sie im Schriftsatz vom 14. März 1956 vorgetragen, es habe sich nach dem im März 1955 ausgeschriebenen Verkauf der Butter ergeben, daß von der damals verkauften Menge 96,84 % die Qualität von Markenbutter besessen habe. Bei dem Verkauf des Restes im Mai 1955 haben nach der Aufstellung der Klägerin im Schriftsatz vom 5. Februar 1957 dagegen nur 77 419,2 kg einen Erlös als Markenbutter erbracht, während 473 608,4 kg als Molkereibutter und 188 246,8 kg als Landbutter verkauft worden sind. Von den erwähnten 77 419,2 kg sollen jedoch 50 800 kg mindestens zum Teil ebenfalls nicht die Qualität von Markenbutter gehabt haben, sondern auf Grund besonderer Abreden nur zu dem früheren Preis von 612 DM je 100 kg in Rechnung gestellt worden sein. Wird die Richtigkeit dieser Angaben unterstellt, muß der ganz überwiegende Teil der Butter in der Zeit bis Anfang Mai 1955 eine Verschlechterung erfahren haben. Der Umfang des durch Qualitätsabfall eingetretenen Schadens würde, notfalls nach Anhörung von Sachverständigen, gemäß § 287 ZPO zu schätzen sein.

Die freie Würdigung erstreckt sich auch auf die Frage des mitwirkenden Verschuldens. Hierzu sei bemerkt: Daraus, daß ein Verkäufer auf die Erfüllungsweigerung des Käufers diesen zunächst auf Erfüllung in Anspruch nimmt und erst nach längerer Zeit zu dem Anspruch auf Schadensersatz übergeht, kann ihm grundsätzlich nicht der Vorwurf erwachsen, er hätte den "Deckungsverkauf" noch

vor diesem Übergang zum Schadensersatz vornehmen müssen, Hätte er anders gehandelt, würde er sich gerade die Erfüllung, auf die er Anspruch hatte, unmöglich gemacht haben. Verlangt der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so braucht er nach einer Verkaufsgelegenheit nicht zu suchen, wenn nicht bei längerem Zuwarten eine Erhöhung des Schadens zu besorgen ist. Er darf allerdings eine sich darbietende Verkaufsgelegenheit nicht grundlos ablehnen (HGB RGRK 2. Aufl. Anh. zu § 374 Anm. 31). Dafür, daß dies geschehen ist, liegt aber bisher nichts vor.

III. Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung für die Abweisung der Klage ist daher fehlsam. Dem erkennenden Senat ist es auch nicht möglich, aus anderen Gründen zu Gunsten der Beklagten zu entscheiden. Die Auslegung, ob das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 15. März 1955 eine Annahme des Angebots der Beklagten vom 14. März 1955 mit einer Änderung enthält oder ob der Zusatz, daß der Freistellungsschein nach Eingang des Rechnungsbetrages dem Lagerhalter übersandt werde, nur die Erläuterung einer der Beklagten schon bekannten und im übrigen gebräuchlichen Handhabung der Freistellung enthält, liegt wesentlich auf tatsächlichem Gebiet. Der voneinander abweichende Sachvortrag der Parteien zu diesem Punkt unterliegt der Beurteilung des Tatsachenrichters. Das gleiche gilt für die Frage, ob beim Vertragsschluß sich etwa ein versteckter Einigungsmangel deshalb ergeben hat, weil die

Klägerin nach dem beim Handel mit Butter bestehenden Handelsbrauch bei Zugrundelegung englischer Gewichtsmaße die Mengenbezeichnung "1 to" als 1 longton = 1016 kg verstanden, die Beklagte aber 1 to mit 1000 kg gerechnet haben will. Nur dem Tatrichter fällt auch die Würdigung zu, ob die der Beklagten angebotene Butter Mängel aufgewiesen hat, so daß die Beklagte die Abnahme der Butter etwa hatte verweigern können. Das angefochtene Urteil kann daher - abgesehen von der im folgenden zu erörternden Abweisung des Anspruchs auf Zinneszinsen-keinen Bestand haben.

IV. Die Klägerin begehrt für die Zeit seit dem 22. Mai 1955 Zinsen auf die gesamte Klageforderung von 39 160,56 DM. In diesem Betrage sind aber bereits Zinsen für die Zeit vom 26. März 1955 bis 21. Mai 1955 mit 2707,50 DM enthalten, so daß die Klägerin entgegen der Vorschrift des § 285 BGB Zinneszinsen beansprucht. Soweit die Klägerin Zinsen in Höhe von 5 1/2 % auf einen Betrag von 2707,50 DM seit dem 22. Mai 1955 geltend macht, ist die Klage daher zu Recht abgewiesen worden. In diesem Umfange kann somit die Revision keinen Erfolg haben und ist sie zurückzuweisen.

V. Im übrigen muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Bei der Entscheidung über die Kosten des Versäumnisurteils vom 3. Oktober 1955 wird, so-

fern das Versäumnisurteil nicht aufrechterhalten werden sollte, zu prüfen sein, ob es in gesetzlicher Weise ergangen ist oder ob, wie die Beklagte vorträgt, ihr der Termin vom 3. Oktober 1955 nicht in vorgeschriebener Weise mitgeteilt worden ist. Dem Berufungsgericht ist auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen worden.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner