

M

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 326 Dc, H

Hat der Schuldner unzweideutig erklärt, nicht erfüllen zu wollen, so kann der Gläubiger auch dann, wenn die Leistung noch nicht fällig geworden ist, weil es an einer dafür erforderlichen behördlichen Genehmigung fehlt, berechtigt sein, ohne Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen für den Fall, daß die Genehmigung erteilt wird.

BGH, Urt. v. 21. Dezember 1984 - V ZR 233/82 - OLG Bamberg

LG Aschaffenburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 233/82

URTEIL

Verkündet am
21. Dezember 1984
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma K [REDACTED] und B [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch
den Geschäftsführer Adolf G [REDACTED], Nachtweide, K [REDACTED],

Beklagte, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Gemeinde K [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den ersten Bürger-
meister Helmut R [REDACTED], K [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

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

11

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1984 durch die Richter Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen, Linden, Dr. Vogt und Dr. Lambert-Lang

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen beider Parteien wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 16. September 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

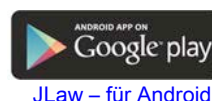
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte erwarb von der Klägerin aufgrund Vertrages vom 31. März 1967, der auf einem Vorvertrag vom 15. Juli 1963 basierte, für ihren Kiesausbeutebetrieb die Grundstücke "N[REDACTED]" der Gemarkung K[REDACTED] Flur 83 und 84 mit einer Gesamtgröße von 74 430 qm. Sie verpflichtete sich in dem Vertrag, "das ausgebeutete Gelände mit geeignetem Material wieder aufzufüllen", und räumte der Klägerin ein "Rückkaufsrecht" ein zur Ausübung "nach erfolgter Auffüllung des Geländes, wobei der Rückkaufpreis 3 DM je qm beträgt". Das Rückkaufsrecht sollte



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



sich nicht auf eine Fläche von "bis zu 2 ha" erstrecken, die von der Beklagten "mit Gebäulichkeiten und Betriebs-einrichtungen versehen ist". Die Beklagte hat die Grundstücke ausgebeutet, die entstandene Kiesgrube jedoch im wesentlichen nicht wieder verfüllt.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit den Anträgen, die Beklagte zur Zahlung von 894 620 DM zu verurteilen und festzustellen, daß sie ihr alle zum Verfüllen der Kiesgrube aufzuwendenden weiteren Kosten zu ersetzen habe; für den Fall, daß Unmöglichkeit der Wiederauffüllung angenommen werde, hat sie Verurteilung der Beklagten zur unentgeltlichen Auflassung der beiden Grundstücke begehrt. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 178 890 DM (als Differenz des Wertes der Grundstücke im unverfüllten und im wieder aufgefüllten Zustande) verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen.

Beide Parteien haben Berufung eingelegt. Die Klägerin hat nunmehr unentgeltliche und lastenfreie Rückauflassung der beiden Grundstücke, mit Ausnahme einer in einer Skizze rot umrandeten Teilfläche von etwa 5 000 qm, sowie die Feststellung beantragt, daß die Beklagte ihr die Kosten einer behördlich genehmigten Wiederauffüllung der aufzulassenden Flächen bis zur Höhe von 1 Million DM zu ersetzen habe. Die Beklagte hat erklärt, sie erkenne das Auflassungsbegehren mit der Einschränkung an, daß sie nur 54 430 qm, und diese nur Zug um Zug gegen Zahlung von 3 DM pro qm, aufzulassen habe; im übrigen hat sie Abweisung der Klage beantragt.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt, von ihrem im Grundbuch des Amtsgerichts A [REDACTED], Zweigstelle A [REDACTED] für K [REDACTED] ([REDACTED]) im Band [REDACTED] 9 Blatt [REDACTED] 30

eingetragenen Grundstück Flurstück Nr. 84 die "in der Skizze auf Seite 7 dieses Urteils rot umrandete Teilfläche von circa 5 000 qm wegmessen zu lassen und den Veränderungsnachweis anzuerkennen" sowie das nach Wegmessung dieser Teilfläche verbleibende Restgrundstück sowie das gleichfalls im Grundbuch für die Gemarkung K im Band 9 Blatt 30 eingetragene Grundstück Flurstück Nr. 83 Zug um Zug gegen Zahlung von 3 DM je qm lastenfrei an die Klägerin aufzulassen. Es hat weiter festgestellt, daß die Beklagte der Klägerin die Kosten bis zur Höhe von 1 Million DM zu ersetzen habe, die durch eine behördlich genehmigte Wiederauffüllung der hiernach zu übereignenden Grundstücke mit geeignetem Material anfallen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen und die weitergehenden Berufungen beider Parteien zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihre zweitinstanzlichen Anträge weiter. Die Klägerin hat Anschlußrevision eingelegt und beantragt Aufhebung des Urteils, soweit sie zu einer Zug-um-Zug-Zahlung verurteilt worden ist. Beide Parteien beantragen jeweils, das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

A) Zur Revision der Beklagten

I. Verurteilung zur Vermessung und Anerkennung des Veränderungsnachweises (Ziff. II 1 des Tenors)

Durch die Verurteilung der Beklagten, von dem Grundstück Flurstück Nr. 84 eine Teilfläche von ca. 5 000 qm wegmessen zu lassen und den Veränderungsnachweis anzuer-

kennen, hat das Berufungsgericht der Klägerin mehr zugesprochen als beantragt und damit den § 308 ZPO verletzt. Denn die Klägerin hat nur beantragt, die Beklagte zur Rückauflassung der beiden Grundstücke Flurstücke Nrn. 83 und 84 zu verurteilen mit Ausnahme einer in einer Skizze rot umrandeten Teilfläche von ca. 5 000 qm. Es ist unerheblich, daß die Beklagte diesen Verstoß nicht gerügt hat; das Vorliegen der Voraussetzungen des § 308 ZPO ist von Amts wegen zu prüfen (BGH Urt. v. 31. Januar 1984, VI ZR 150/82, NJW 1984, 2295 und Urt. v. 25. Januar 1961, IV ZR 224/60, LM ZPO § 308 Nr. 7).

II. Verurteilung zur Auflassung (Ziff. II 2 des Tenors)

1. Aufgrund der Ausführungen unter 1. entfällt, soweit es um das Grundstück Parzelle 84 geht, schon die vom Berufungsgericht im Urteilstenor vorgenommene Bezeichnung des zurückzugebenden Grundstücksteiles.

Auf der Grundlage des gestellten Klagantrags fehlt es damit aber überhaupt an der Möglichkeit einer hinreichend genauen Bezeichnung dieses Grundstücksteiles. Zwar hat der Senat inzwischen in dem Urteil vom 16. März 1984, BGHZ 90, 323, 326 seine bisherige Rechtsprechung, daß die Verurteilung zur Auflassung hinsichtlich eines Grundstücksteiles vor grundbuchlich vollzogener Teilung nicht möglich sei, aufgegeben und ausgesprochen, daß auch ohne vorherige Abschreibung eine solche Verurteilung erfolgen kann, sofern nur die Teilfläche dabei zweifelsfrei bestimmt wird, wie dies vor allem durch Bezugnahme auf einen vermessungsamtlichen Veränderungsnachweis geschehen könne. Die von der Klägerin vorgelegte Skizze, auf die sie ihren Antrag abgestellt hat, reicht hierfür aber jeden-

falls nicht aus (zu den Voraussetzungen, die insoweit schon an einen schuldrechtlichen Vertrag zu stellen sind, siehe etwa das Senatsurt. v. 8. November 1968, V ZR 58/65, LM BGB § 313 Nr. 35). Zwar enthält diese Skizze Umgrenzungslinien und drei Abstandsangaben, jedoch ist nur hinsichtlich der Abstandsangabe "zum Jägerzaun" ersichtlich, auf welchen Markierungspunkt sie sich beziehen soll. Die beiden Angaben "5 m" sollen sich möglicherweise auf eine Parallele zu den Außenwänden der auf der wegzuvermessenden Parzelle befindlichen Häuser beziehen, ohne daß dies jedoch eindeutig festzustellen wäre. Die in der Skizze parallel zum Jägerzaun eingezeichnete Linie scheint zudem an der linken Ecke in einer Kurve zu verlaufen. Im übrigen ist auch nicht ersichtlich, ob die Skizze nach einem Maßstab - und gegebenenfalls nach welchem - gefertigt ist.

Die Klage ist jedoch im jetzigen Stadium insoweit noch nicht etwa abzuweisen, da der Klägerin Gelegenheit zu geben ist, einen geeigneten Antrag zu stellen.

2. Hinsichtlich des Grundstücks Parzelle 83 gelten zwar die unter Ziffer 1 erörterten Bedenken nicht. Gleichwohl kann die Verurteilung zur Auflassung insgesamt nicht aufrechterhalten bleiben.

Die Revision rügt im Ergebnis zu Recht, daß das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht - in entsprechender Anwendung des § 307 ZPO - darauf stützen durfte, daß die Beklagte jedenfalls ein sog. eingeschränktes Anerkenntnis abgegeben habe, nämlich ihre Auflassungsverpflichtung anerkannt habe unter dem Vorbehalt der Einwendungen,

daß sie Anspruch auf eine Gegenleistung von 3 DM je aufzulassenden Quadratmeters habe und daß eine Fläche von 20 000 qm nicht dem Wiederkaufsrecht der Klägerin unterliege. Gegenüber der von der Klägerin geforderten Rückauflassung von insgesamt 74 430 qm abzüglich einer Teilfläche von etwa 5 000 qm hat die Beklagte also einen Auflassungsanspruch hinsichtlich 54 430 qm "anerkannt", ohne daß jedoch ersichtlich wäre, welches Grundstück oder welche Grundstücksteile sie aufzulassen bereit ist (die Frage der Gegenleistung kann in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben). Ist aber ein Beklagter gegenüber einem Auflassungsbegehren nur zur Teilauflassung bereit, so geht ein solches "Anerkenntnis" ins Leere, wenn nicht mit einer zur Verurteilung hinreichenden Bestimmtheit klargestellt ist (siehe dazu auch die Ausführungen unter 1.), welchen Teil der Anerkennende übereignen und welchen er behalten will.

Das Berufungsgericht war somit (unabhängig von der von ihm erörterten Frage, welche Rechtsfolgen ein modifiziertes Anerkenntnis grundsätzlich nach sich zieht) zu Unrecht der Ansicht, die Prüfung der Schlüssigkeit und Begründetheit der Klage sei ihm zu diesem Punkt verwehrt und es habe daher nicht auf die zwischen den Parteien streitige Frage einzugehen, ob die Klägerin das ihr vertraglich eingeräumte Rückkaufsrecht, das sich als Wiederkaufsrecht darstelle, schon jetzt habe ausüben können oder ob dies erst nach erfolgter Auffüllung des Geländes möglich wäre. Das Berufungsgericht wird insoweit vielmehr eine - gegebenenfalls auch ergänzende - Auslegung des Vertrages vom 31. März 1967 nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB vornehmen müssen (zur Auslegung no-

tarieller Verträge siehe etwa BGHZ 69, 266, 268). Auch eine Berücksichtigung des Vorvertrags vom 15. Juli 1963 wird in diesem Zusammenhang in Betracht kommen.

Im übrigen hätte es auch auf der Grundlage des vom Berufungsgericht eingenommenen Standpunkts, daß das von der Beklagten ausgesprochene Anerkenntnis maßgebend sei, der dargelegten Vertragsauslegung bedurft. Denn die Klägerin beansprucht - wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang selbst erörtert - jedenfalls rund 15 000 qm mehr an Gelände, als die Beklagte zurückzugeben bereit ist.

III. Feststellung einer Schadensersatzpflicht (Ziff. III des Tenors)

Die Revision der Beklagten muß auch insoweit Erfolg haben, da der getroffenen Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich der Kosten, die durch eine (behördlich genehmigte) Wiederauffüllung "der gemäß Ziffer II 2 zu übereignenden Grundstücke" anfallen, jedenfalls dadurch der Boden entzogen ist, daß die Ziffer II 2 des Tenors nach den obigen Ausführungen aufzuheben ist und es weiterer Prüfung bedarf, welche Fläche zur Übereignung in Betracht kommt und ob derzeit eine Übereignungspflicht der Beklagten besteht.

Auch insoweit ist indes die Sache (nur) zurückzuverweisen und nicht etwa dem Antrag der Beklagten auf Klagabweisung zu entsprechen. Denn auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts und der tatrichterlichen Feststellungen ist die Erfolgsaussicht dieses Klagantrags nicht etwa unabhängig von der Klärung der vorstehend bezeichneten Punkte zu verneinen.

1. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt:

Bei der von der Beklagten vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Wiederauffüllung des ausgebeuteten Geländes mit geeignetem Material handle es sich um eine Hauptleistungspflicht im Sinn des § 326 BGB. Die Klägerin sei daher berechtigt gewesen, nach dieser Vorschrift vorzugehen, und habe dies mit Schreiben vom 26. Oktober 1978 getan. Die Beklagte habe die ihr gesetzten Fristen verstreichen lassen und weigere sich nunmehr, auf die Erteilung der erforderlichen Genehmigung zur Auffüllung mit gewachsenem, mineralischem Erdreich hinzuwirken und sodann gegebenenfalls ihrer Verpflichtung zum Auffüllen nachzukommen. Sie berufe sich - jedenfalls derzeit - ohne Erfolg darauf, daß die Genehmigung zur Auffüllung bereits endgültig versagt und die ihr obliegende Leistung daher aus rechtlichen Gründen unmöglich geworden sei. Die am 3. Mai 1971 erfolgte Ablehnung eines Auffüllungsantrags der Beklagten durch das Landratsamt A [REDACTED] beruhe nämlich entscheidend darauf, daß das damals von der Beklagten angebotene Auffüllmaterial ungeeignet gewesen sei; unter Würdigung auch aller weiteren bisherigen Vorgänge sei davon auszugehen, daß der Ausgang eines neuen Verfahrens ganz und gar offen sei. Unter diesen Umständen sei die Leistung noch nicht unmöglich geworden; wegen der indes bestehenden Unsicherheit, ob sie noch möglich sei, ergehe die Feststellung, die Beklagte habe die Kosten der Auffüllung zu tragen, unter dem Vorbehalt der behördlichen Genehmigung dieser Maßnahme.

2. Es bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Feststellungsklage im Hinblick auf die hierfür erforderlichen besonderen prozessualen Voraussetzungen.

Es ist anerkannt, daß auch ein bedingtes Recht Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann (Senatsurt. v. 8. Juli 1983, V ZR 48/82, WM 1983, 1056 unter II. 1. a m.w.N.; Baumbach/Lauterbach, ZPO 43. Aufl. § 256 Anm. 2. D).

Auch ein rechtliches Interesse der Klägerin an einer alsbaldigen Feststellung im Sinne des § 256 Abs. 2 ZPO ist entgegen der Ansicht der Revision zu bejahen. Allerdings kommt die Ersatzverpflichtung der Beklagten, deren Feststellung die Klägerin erstrebt, nur dann zum Tragen, wenn die behördliche Genehmigung zur Wiederauffüllung erteilt wird. Der Senat hat auch schon wiederholt ausgesprochen, daß eine nur theoretische Möglichkeit des Eintritts bestimmter Umstände ein Feststellungsinteresse nicht zu rechtfertigen vermöchte (Senatsurt. v. 25. November 1977, V ZR 102/75, WM 1978, 194 m.w.N.). Da indes hier davon auszugehen ist, daß maßgebender Grund für die Ablehnung des bisher von der Beklagten gestellten Genehmigungsantrags die Ungeeignetheit des Materials war, das die Beklagte nach ihren Angaben verwenden wollte, und daß der Erfolg eines neuen, auf den Nachweis geeigneten Materials gestützten Antrags offen ist (s. dazu im einzelnen die unter 3. b folgenden Ausführungen), ist die Erteilung einer Genehmigung hier nicht lediglich als eine "theoretische Möglichkeit" im Sinn der angeführten Rechtsprechung anzusehen. Außerdem gebieten es die sonstigen Umstände des vorliegenden Falles, hier insoweit keinen zu strengen Maßstab anzulegen. Schon das Genehmigungsverfahren selbst, das nunmehr die Klägerin anstelle der Beklagten einzuleiten beabsichtigt und das nach § 31 Wasserhaushaltsgesetz - WHG - der Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens bedarf, ist, was auch die Beklagte immer wieder betont hat, kostenaufwendig und langwierig. Es kann der

Klägerin daher nicht zugemutet werden, dieses Verfahren in Gang zu setzen und - womöglich durch mehrere Instanzen - zu betreiben, ohne vorher Klarheit darüber erhalten zu haben, wer im Falle ihres Obsiegens die Kosten der erst dann durchführbaren Wiederauffüllung zu tragen hat.

3. Unter sachlich-rechtlichen Gesichtspunkten bestehen im Ergebnis ebenfalls keine Bedenken gegen die vom Berufungsgericht ausgesprochene Feststellung.

a) Auch die Revision wendet sich nicht gegen die Auslegung der zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Vereinbarungen durch das Berufungsgericht dahin, die Beklagte habe das Wiederauffüllen des ausgebeuteten Geländes mit geeignetem Material, nämlich gewachsenem, mineralischem Erdreich, als Hauptpflicht übernommen.

Diese Verpflichtung ist wirksam entstanden; denn sie ist weder verboten, noch bedurfte bereits ihre Übernahme behördlicher Genehmigung. Das Verpflichtungsgeschäft wird nicht davon berührt, daß die übernommene Leistung der wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung (mit Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens, §§ 7, 8 und 31 WHG, Art. 17 BayWasserG) bedarf. Insbesondere läßt sich ein Verbot schon des Verpflichtungsgeschäfts nicht daraus ableiten, daß die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung ohne vorherige Genehmigung verboten ist und als ordnungswidrig unter Bußgeldandrohung steht (§ 41 Abs. 1 Ziffer 11 und Abs. 2 WHG; vgl. auch das Senatsurt. v. 7. Oktober 1977, V ZR 131/75, NJW 1978, 1262 zu dem Fall des genehmigungsbedürftigen Abrisses eines Hauses).

b) Zu Recht ist das Berufungsgericht ferner davon ausgegangen, daß die Verpflichtung der Beklagten nicht etwa wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung inzwischen wieder entfallen ist.

Die Annahme nachträglicher Unmöglichkeit im Hinblick auf ein in Gestalt eines gesetzlichen Genehmigungserfordernisses bestehendes derzeitiges Erfüllungshindernis kommt nicht in Betracht, solange noch offen ist, ob eine Genehmigung erteilt werden wird (s. auch hierzu das vor erwähnte Senatsurt. v. 7. Oktober 1977 sowie Urt. v. 10. Juli 1981, V ZR 79/80, WM 1981, 1081, 1083 re.). Davon aber konnte hier das Berufungsgericht ausgehen. Der Senat teilt seine Ansicht, daß der entscheidende Grund für die Ablehnung des von der Beklagten gestellten Genehmigungsantrags durch den Bescheid des Landratsamts Alzenau vom 3. Mai 1971 der Umstand war, daß das Verfüllmaterial, das die Beklagte in ihrem Antrag angegeben hatte, als gefahrenträchtig und daher ungeeignet angesehen wurde. Auch die weiteren, vom Berufungsgericht angeführten Äußerungen von behördlicher Seite lassen nicht erkennen, daß selbst dann, wenn grundwasserunschädliches Material zum Verfüllen angeboten würde, ein Genehmigungsantrag keinerlei Aussicht auf Erfolg hätte. Im übrigen hat das Berufungsgericht, weil es zur Herbeiführung der Genehmigung der Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens bedarf und der ergehende Bescheid auch noch Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sein könnte, mit Recht auch die Beweisanträge der Beklagten abgelehnt, zur Frage der Genehmigungsfähigkeit Gutachten von Behörden einzuholen oder Verwaltungsbeamte als Sachverständige oder Zeugen zu hören (vgl. auch hierzu das Senatsurt. v. 7. Oktober 1977).

c) Die Verpflichtung der Beklagten, das ausgebeutete Gelände zu verfüllen, ist allerdings noch nicht zur Leistung fällig geworden, da dies nicht vor Erteilung der zur Leistungsvornahme erforderlichen behördlichen Genehmigung der Fall sein kann.

Dies steht jedoch einem - durch die Erteilung der Genehmigung bedingten - Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht entgegen.

Wie der Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt, hat das Berufungsgericht die Beklagte - auf der Grundlage ihrer als Hauptpflicht übernommenen Verpflichtung zur Wiederauffüllung - auch als verpflichtet angesehen, die Voraussetzungen hierfür zu schaffen und daher - unter Anbieten von geeignetem, grundwasserunschädlichem Material - auf die Erteilung der erforderlichen Genehmigung hinzuwirken (vgl. zu derartigen "verhaltenspflichten" Palandt/Heinrichs, BGB 43. Aufl. § 242 Anm. 4 B c mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Wie tatrichterlich festgestellt, weigert sich aber die Beklagte bis heute, dem nachzukommen und dann - nach Genehmigung - die Verfüllung vorzunehmen.

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Erörterung der von der Revision geltend gemachten Bedenken, ob das Schreiben der Klägerin vom 26. Oktober 1978 geeignet war, die Voraussetzungen für ein Vorgehen der Klägerin nach § 326 BGB zu schaffen. Denn durch die jedenfalls feststehende nachhaltige und auch im vorliegenden Rechtsstreit aufrechterhaltene Weigerung, ihren auf die Herbeiführung der behördlichen Genehmigung gerichteten vorbereitenden Pflichten und gegebenenfalls anschließend ihrer

Hauptpflicht zur Auffüllung nachzukommen, hat sich die Beklagte einer schwerwiegenden positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht. Die Klägerin ist daher berechtigt, jedenfalls hinsichtlich des die Auffüllung des ausgebeuteten Geländes betreffenden Vertragsteiles vom Erfüllungszum Schadensersatzanspruch überzugehen und in entsprechender Anwendung des § 326 BGB für den Fall, daß sie selbst eine Genehmigung herbeizuführen vermag, von der Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ohne daß es weiterer Fristsetzung bedürfte und unabhängig davon, daß die Verpflichtung zur Auffüllung bis jetzt noch nicht fällig geworden ist:

Es ist anerkannt, daß bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung des Schuldners der Gläubiger auch ohne Fristsetzung und auch schon vor Fälligkeit der vereinbarten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann (s. dazu - jeweils mit zahlreichen Rechtsprechungszitaten - MünchKomm/Emmerich, BGB vor § 275 Rdnrn. 221 und 222; BGB-RGRK 12. Aufl. § 326 Rdn. 45 f; Staudinger/Otto, BGB 12. Aufl. § 326 Rdn. 129 und 192; Palandt/Heinrichs aaO § 326 Anm. 6 d; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, 13. Aufl. S. 336 Fn. 8; aus der hierin angeführten umfangreichen Rechtsprechung sei ausdrücklich lediglich hingewiesen auf RGZ 52, 150 sowie auf die Urteile BGH v. 20. Januar 1969, VII ZR 79/66, LM § 326 (G) Nr. 1 Bl. 2 R = MDR 1969, 385 und vom 10. Dezember 1975, VIII ZR 147/74, LM BGB § 326 (Dc) Nr. 4 = WM 1976, 75). Der vorliegende Fall weist allerdings die Besonderheit auf, daß selbst dann, wenn die Beklagte ihrer Verpflichtung, unter Angebot geeigneten Materials auf die erforderliche behördliche Genehmigung zum Verfüllen hinzuwirken, ordnungsgemäß nachgekommen wäre, nicht feststünde,

ob diese Genehmigung erteilt worden und damit die Verpflichtung zur Auffüllung fällig geworden wäre. Dieser Umstand rechtfertigt jedoch keine andere Beurteilung (vgl. hierzu auch BGH Urt. v. 21. März 1974, VII ZR 139/71, NJW 1974, 1080, 1081 - Fall einer positiven Vertragsverletzung bei Fehlen der für die Durchführung der übernommenen Leistung erforderlichen Baugenehmigung). Der Unsicherheit, ob auch bei vertragstreuem Verhalten der Beklagten eine Genehmigung erteilt worden wäre, ist damit Rechnung getragen, daß das Berufungsgericht - wie auch nur beantragt - eine Schadensersatzpflicht der Beklagten nur unter dem Vorbehalt der - jetzt von der Klägerin zu betreibenden - Erteilung der Genehmigung festgestellt hat (vgl. im übrigen zu der Aufnahme eines auf behördliche Genehmigung gerichteten Vorbehalts in den Urteilstenor das mehrfach erwähnte Senatsurt. v. 7. Oktober 1977, V ZR 131/75, NJW 1978, 1262). Für die Klägerin wäre es nicht zumutbar, wenn sie trotz der bereits vorliegenden Verletzung der auf die Herbeiführung der Genehmigung gerichteten Pflichten durch die Beklagte und trotz deren nachhaltiger Weigerung, sowohl diesen Pflichten als gegebenenfalls auch ihrer Hauptverpflichtung zur Auffüllung nachzukommen, darauf angewiesen wäre, durch eigene Mühe und auf erhebliche eigene Kosten zunächst selbst auf die Erteilung einer behördlichen Genehmigung hinzuwirken, um dann im Erfolgsfall die Beklagte überhaupt erst in Verzug setzen und erst dann die Rechte aus § 326 BGB geltend machen zu können.

IV. Eines Eingehens auf die weiteren, von der Revision erhobenen Verfahrensrügen bedarf es bei diesen Ergebnissen in der gegenwärtigen Verfahrenslage nicht.

M

B) Zur Revision der Klägerin

1. Die von der Revision der Klägerin bekämpfte Zug-um-Zug-Verurteilung bleibt schon deshalb nicht bestehen, weil ihr mit der Aufhebung der Verurteilung der Beklagten zur Auflassung der Boden entzogen ist.

2. Für den Fall der erneuten Bejahung einer Auflassungsverpflichtung der Beklagten wird auf folgendes hingewiesen:

Das Berufungsgericht wird sich bei der Prüfung, ob die Klägerin auch für nicht verfülltes Gelände einen Rückkaufpreis zu zahlen hat, nicht mit der Feststellung begnügen dürfen, die entsprechende Vertragsklausel sei nicht eindeutig, um daraus dann die Folgerung zu ziehen, im Zweifel gelte die gesetzliche Regelung. Es wird vielmehr bei solcher Feststellung den Parteiwillen zu erforschen und auch zu diesem Punkt eine - gegebenenfalls auch eine ergänzende - Auslegung des Vertrages nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB vornehmen müssen. Im übrigen wäre nicht ersichtlich, inwiefern der vom Berufungsgericht als "gesetzliche Regelung" zitierte § 498 Abs. 2 BGB für die Beantwortung der Frage einschlägig sein sollte, ob und in welcher Höhe auch bei Rückgabe nicht wiederaufgefüllten Geländes ein Rückkaufpreis zu entrichten ist. Soweit im Zusammenhang mit seinen diesbezüglichen Ausführungen eine Besorgnis des Berufungsgerichts zu erkennen ist, der Klägerin könnte, wenn sie die strittige Gegenleistung nicht zu erbringen hätte, unter Umständen ein ungerechtfertigter Vorteil erwachsen, erscheint dieser Gesichtspunkt jedenfalls im Rahmen der vorzunehmenden Vertragsauslegung nicht ohne

weiteres von Bedeutung; ihm könnte bei der Feststellung des Schadensumfangs Rechnung getragen werden.

C) Nach alledem ist das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Eckstein

Vogt

Hagen

Lambert-Lang

Linden