



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 307/10

Verkündet am:  
1. Februar 2012  
Ring,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 415 Abs. 3 Satz 2, § 329

Scheitert eine Vertragsübernahme daran, dass der Vertragspartner der ausscheidungswilligen Partei die hierzu erforderliche Zustimmung verweigert, ist der Übernehmer entsprechend § 415 Abs. 3 Satz 2 BGB im Zweifel verpflichtet, den ausscheidungswilligen Vertragspartner von Verbindlichkeiten aus dem mit ihm fortbestehenden Vertragsverhältnis freizustellen (Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB).

BGH, Urteil vom 1. Februar 2012 - VIII ZR 307/10 - OLG Dresden  
LG Chemnitz

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger, Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 16. November 2010 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist Eigentümerin mehrerer Immobilien in T. , die sie jedenfalls bis Ende 2008 mit selbst erzeugter Wärme versorgte. Zu diesem Zweck betrieb sie ein Heizhaus. Das zur Wärmeerzeugung benötigte Erdgas bezog sie aufgrund eines am 13. Dezember 1993 mit einer Laufzeit bis zum 30. September 2010 geschlossenen Liefervertrages von der E. GmbH.
- 2 Ende 2008 beabsichtigte die Beklagte, das Heizwerk an ein Drittunternehmen zu übertragen und sich von diesem fortan mit Wärme beliefern zu lassen. Zur Verwirklichung dieses Vorhabens fand am 24. November 2008 eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung der Beklagten statt, bei der interessierte

Bewerber - darunter auch die Klägerin - ihr Wärmebelieferungskonzept vorstellten. Im Anschluss daran wurden zwischen den Parteien Vertragsverhandlungen geführt, bei denen auch die Rechtsanwälte der Beklagten beteiligt waren.

3 Am 18. Dezember 2008 trafen die Parteien mehrere Vereinbarungen. Sie schlossen zunächst mit Wirkung zum 1. Januar 2009 einen Wärmelieferungsvertrag über die Versorgung der Immobilien der Beklagten mit Wärme durch die Klägerin. Daneben unterzeichneten sie einen Vertrag über die Vermietung des im Eigentum der Beklagten stehenden Heizraums an die Klägerin sowie einen Kaufvertrag zur Veräußerung der dazu gehörenden Infrastruktur (Gaskessel etc.). Ferner trafen sie eine "Eintrittsvereinbarung", die vorsieht, dass die Klägerin anstelle der Beklagten in die dort bezeichneten Verträge zwischen der Beklagten und Dritten eintreten soll; von dieser Vereinbarung ist auch der Erdgasversorgungsvertrag zwischen der Beklagten und der E. GmbH erfasst. Der Wärmelieferungsvertrag und der Mietvertrag sehen jeweils eine Vertragsdauer von 15 Jahren vor; der Kaufvertrag enthält eine Regelung, nach der der Kaufpreis von 300.000 € in 180 Monatsraten zu zahlen ist.

4 Bei Abschluss sämtlicher Verträge wurde die Beklagte von ihrem zum damaligen Zeitpunkt im Handelsregister eingetragenen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer G. G. vertreten. Die Beklagte ist der Ansicht, ihr Geschäftsführer habe sie bei den Vertragsabschlüssen nicht wirksam vertreten, weil "außergewöhnliche Geschäfte" - hierzu seien die abgeschlossenen Verträge zu zählen - nach § 17 Abs. 2 Buchst. i des Gesellschaftsvertrags der Beklagten der - hier nicht erteilten - Zustimmung des Aufsichtsrats bedürften.

5 Nach der vom Berufungsgericht für maßgebend erachteten übereinstimmenden Rechtsauffassung der Parteien hat die Klägerin ihre Verpflichtung, anstelle der Beklagten in den mit der E. GmbH bestehenden

Gaslieferungsvertrag einzutreten, nicht erfüllt. Vielmehr schloss sie am 4. Februar 2009 einen neuen Erdgaslieferungsvertrag mit der e.

AG ab. Nach dessen Anzeige teilte die E.

GmbH der e.

AG eine Codenummer zu. Seitdem

streiten die Parteien dieses Rechtsstreits und die E.

GmbH

darüber, welches Unternehmen das für das Heizhaus benötigte Erdgas geliefert hat und wem von ihnen Ansprüche auf Zahlung zustehen. Die Beklagte bestreitet vor allem, dass die Klägerin Besitz am Heizhaus erlangt und Wärmelieferungen für die Immobilien der Beklagten erbracht hat.

6 Die E. GmbH richtete ihre Entgeltforderungen für die von ihr behaupteten Gaslieferungen zunächst an die Klägerin. Als diese Zahlungen unter Hinweis auf fehlende vertragliche Beziehungen zwischen ihr und der E. GmbH verweigerte, machte letztere für den Zeitraum Januar 2009 und Februar 2009 zum einen gegenüber der Beklagten eine Forderung in Höhe von 138.295,42 € geltend und klagte zum anderen den gleichen Betrag gegenüber der hiesigen Klägerin ein. Die für den Zeitraum März 2009 bis einschließlich Juni 2009 von der E. GmbH abgerechneten Forderungen in Höhe von 137.519,81 € hat die Beklagte nach ihrer Behauptung beglichen; eventuelle Ansprüche der E. GmbH gegen die Klägerin sind an sie abgetreten worden. Ferner hat die Beklagte zur Erfüllung von Ansprüchen der Klägerin beim Amtsgericht Stollberg einen Betrag in Höhe von 122.021,52 € unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt.

7 Hinsichtlich der Wärmelieferungen für die Monate Januar und Februar 2009 hatte die Klägerin von der Beklagten zunächst nicht die in § 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Wärmelieferungsvertrages vom 18. Dezember 2008 vereinbarten Vorauszahlungen gefordert, sondern stattdessen nach tatsächlichem Verbrauch abgerechnet und deshalb einen weitaus höheren Betrag geltend

gemacht. Hierauf kündigte die Beklagte den Wärmelieferungsvertrag mit Schreiben vom 26. März 2009 sowohl außerordentlich als auch ordentlich.

8 Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin von der Beklagten zuletzt die nach § 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Wärmelieferungsvertrags vorgesehenen monatlichen Vorauszahlungen auf die Verbrauchskosten in Höhe von jeweils 23.596,58 € brutto für Januar 2009 bis einschließlich Juni 2009 geltend gemacht, wobei sie ihre Forderungen mit der von ihr für diesen Zeitraum geschuldeten monatlichen Miete von jeweils 1.666,67 € und monatlichen Kaufpreistraten von jeweils 1.666,66 € verrechnet und daher auf insgesamt 121.519,50 € - nebst Zinsen und Rechtsanwaltskosten - verringert hat. Die Beklagte hat in Höhe des nach ihrer Behauptung an die E. GmbH geflossenen Betrags von 137.519,81 € die Aufrechnung erklärt und hilfsweise im Wege der Widerklage Zahlung dieser Geldsumme verlangt.

9 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

10 Die Revision hat Erfolg.

I.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

12            Der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf monatliche Vorauszahlungen gemäß § 7 [Abs. 1 Satz 2 und 3] des zwischen ihnen am 18. Dezember 2008 geschlossenen Wärmelieferungsvertrages nicht zu.

13            Zwar sei der Wärmelieferungsvertrag entgegen der Ansicht der Beklagten zunächst wirksam zustande gekommen. Der Abschluss eines solchen Vertrags liege nicht außerhalb der mit der Verwaltung einer Immobilie regelmäßig verbundenen Geschäfte und stelle damit kein außergewöhnliches Rechtsgeschäft dar, das gemäß § 17 Abs. 1 Buchst. i des Gesellschaftsvertrags der Beklagten der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurft hätte. Ungeachtet dessen sei auch nicht ersichtlich, dass die Klägerin anlässlich der am 24. November 2008 erfolgten Präsentation ihres Konzepts positive Kenntnis von einer intern beschränkten Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Beklagten erlangt habe. Der Umstand allein, dass sich der Aufsichtsrat mit einer Neuordnung der Wärmeversorgung bei der Beklagten befasst habe, lasse keinen Rückschluss darauf zu, dass er sich auch den Abschluss des Wärmelieferungsvertrags habe vorbehalten wollen.

14            Jedoch sei die Geschäftsgrundlage des Wärmelieferungsvertrages nachträglich entfallen (§ 313 BGB). Geschäftsgrundlage seien die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaue. Vorliegend habe es jedenfalls dem bei Vertragsschluss offen zutage getretenen Willen der Beklagten entsprochen, Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Klägerin nicht losgelöst von dem Eintritt der Klägerin in den mit der E. GmbH bestehenden Erdgasversorgungsvertrag und der dadurch bewirkten Ent-

lassung der Beklagten aus diesem Vertrag einzugehen. Dies ergebe sich schon aus der Präambel der zwischen den Parteien getroffenen Eintrittsvereinbarung, die einen engen Zusammenhang zwischen allen am 18. Dezember 2008 geschlossenen Verträgen herstelle. Dort sei ausdrücklich die Rede davon, dass die Eintrittsvereinbarung zur Ergänzung der weiteren am 18. Dezember 2008 unterzeichneten Verträge getroffen worden sei. Der von den Parteien vorausgesetzte Eintritt der Klägerin in den Gasversorgungsvertrag sei nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien aber nicht erfolgt; vielmehr bestehe das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der E. GmbH fort.

15            Der Beklagten sei es auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen, denn sie habe den Vertragseintritt nicht vereitelt.

16            Der Wegfall der Geschäftsgrundlage führe dazu, dass die Beklagte an die Klägerin keine Abschlagszahlungen zu leisten habe. Sie sei lediglich verpflichtet, die tatsächlich empfangenen Wärmelieferungen zu bezahlen. Dies setze allerdings voraus, dass die Klägerin die gelieferte Wärme konkret abrechne. Diese Anforderungen habe die Klägerin trotz eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises nicht erfüllt. Sie könne sich in diesem Zusammenhang nicht darauf berufen, dass sie mangels Zugangs zu den in den Mietshäusern der Beklagten befindlichen Wärmezählern zu einer konkreten Abrechnung nicht im Stande sei. Vielmehr sei sie gehalten, eine für die Abrechnung notwendige Mitwirkung der Beklagten (etwa Mitteilung der Zählerstände) einzufordern.

II.

17            Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Zahlungsanspruch der Klägerin nicht verneint werden.

18            1. Zwar ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte bei Abschluss der Verträge am 18. Dezember 2008 von ihrem Geschäftsführer wirksam vertreten worden ist; die insoweit erhobene Gegenrüge der Revisionserwiderung bleibt ohne Erfolg.

19            Es bedarf keiner Entscheidung, ob es sich bei den vorliegend abgeschlossenen Verträgen um außergewöhnliche Geschäfte im Sinne des § 17 Abs. 2 Buchst. i des Gesellschaftsvertrags der Beklagten handelt. Selbst wenn dies der Fall wäre und demzufolge vor Vertragsunterzeichnung eine Beschlussfassung des Aufsichtsrats hätte erfolgen müssen, führte dies nach § 37 Abs. 2 GmbHG nicht zu einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der Beklagten im Außenverhältnis.

20            a) Zwar verweist § 52 GmbHG für die Fälle, in denen nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestimmen ist, unter anderem auf § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Danach hat die Satzung oder der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Jedoch handelt es sich bei einem solchen Zustimmungserfordernis grundsätzlich nur um eine das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffende Maßnahme, so dass Rechtsgeschäfte mit Dritten auch dann wirksam sind, wenn der Geschäftsführer sie unter Verstoß gegen das Zustimmungsgebot abschließt (Michalski/Giedinghagen, GmbHG, 2. Aufl., § 52 Rn. 231; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, 10. Aufl., § 52 Rn. 145).

- 21            b) Etwas anderes gilt nur in den Fällen des evidenten Vollmachtmissbrauchs (Altmeyden in Roth/Altmeyden, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Rn. 23; Michalski/Giedinghagen, aaO; Scholz/Uwe H. Schneider, aaO). Dies setzt allerdings voraus, dass der Geschäftspartner entweder weiß oder sich ihm aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer die Grenzen missachtet, die seiner Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis gezogen sind (BGH, Urteile vom 14. März 1988 - II ZR 211/87, NJW 1988, 2241 unter 2; vom 13. November 1995 - II ZR 113/94, GmbHR 1996, 111 unter II). Notwendig ist dabei eine sich aus massiven Verdachtsmomenten ergebende objektive Evidenz des Missbrauchs (BGH, Urteile vom 19. April 1994 - XI ZR 18/93, NJW 1994, 2082 unter II 2 a; vom 29. Juni 1999 - XI ZR 277/98, NJW 1999, 2883 unter I 2 a; vom 15. Juni 2004 - XI ZR 220/03, NJW 2004, 2517 unter II 2 c), die vorliegend nicht gegeben ist.
- 22            Zwar war der Klägerin infolge ihrer Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung vom 24. November 2008 bekannt, dass es bei der Beklagten einen Aufsichtsrat gab und dass sich dieser mit dem Thema "Ausgliederung der Wärmeversorgung" beschäftigte. Jedoch lässt diese Tatsache allein - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht den Rückschluss darauf zu, dass die Klägerin auch wusste oder es sich ihr zumindest aufdrängen musste, dass auch der Vertragsabschluss selbst der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurfte und dass diese nicht erteilt worden war. Entgegen der Ansicht der Beklagten bestand auch keine diesbezügliche Erkundigungspflicht der Klägerin; das Risiko eines Vollmachtmissbrauchs hat grundsätzlich vielmehr der Vertretene zu tragen (BGH, Urteile vom 19. April 1994 - XI ZR 18/93, aaO; vom 29. Juni 1999 - XI ZR 277/98, aaO; vom 15. Juni 2004 - XI ZR 220/03, aaO).
- 23            Ein objektiv evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht ergibt sich auch nicht daraus, dass die Verträge zur Ausgliederung der Wärmeversorgung nach der Darstellung der Beklagten in vielen Teilen für sie ungünstig gewesen sind

(so beispielsweise die sofortige und ungesicherte Eigentumsübertragung an den Heizkesseln bei einer auf 180 Monatsraten verteilten Kaufpreiszahlung). Ein entsprechender Missbrauch kann zwar vorliegen, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch macht, so dass beim Vertragspartner begründete Zweifel entstehen müssen, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen gegeben ist (BGH, Urteile vom 30. Januar 2002 - IV ZR 23/01, NJW 2002, 1497 unter II 3 c mwN; vom 15. Juni 2004 - XI ZR 220/03, aaO; vom 29. Juni 1999 - XI ZR 277/98, aaO). In Anbetracht der komplexen und auf langjährige beiderseitige Bindung angelegten Vertragsverhältnisse kann im Streitfall jedoch nicht von einem massiven Verdacht auf einen Treueverstoß des Geschäftsführers ausgegangen werden. Hinzu kommt, dass nicht nur der Geschäftsführer der Beklagten, sondern auch deren Rechtsanwälte an den dem Vertragsschluss vorausgegangenen Verhandlungen beteiligt waren.

24                    2. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist hingegen die Auffassung des Berufungsgerichts, im vorliegenden Fall seien die - nunmehr in § 313 BGB kodifizierten - Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anzuwenden.

25                    a) Das Berufungsgericht ist zunächst noch rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Wille der Beklagten, nicht losgelöst von ihrer Entlassung aus dem mit der E.                    geschlossenen Gasversorgungsvertrag Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Klägerin einzugehen, Geschäftsgrundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Wärmelieferungsvertrages war.

26                    Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern

der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (st. Rspr.; vgl. Senatsurteil vom 14. Oktober 1992 - VIII ZR 91/91, BGHZ 120, 10, 23 mwN). Ob ein bestimmter Umstand Geschäftsgrundlage ist, unterliegt der tatrichterlichen Beurteilung, die für das Revisionsgericht grundsätzlich bindend ist. Diese Bindung entfällt nur dann, wenn gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze durch das Tatgericht verletzt worden oder wesentliche Umstände des Sachverhalts unberücksichtigt geblieben sind (Senatsurteil vom 8. Februar 2006 - VIII ZR 304/04, NJW-RR 2006, 1037 Rn. 8). Letzteres ist hier nicht der Fall. Insbesondere lässt die vom Berufungsgericht zur Begründung einer Geschäftsgrundlage herangezogene Auslegung der Präambel der Eintrittsvereinbarung keine Rechtsfehler erkennen. Die von der Revision darüber hinaus erhobenen zahlreichen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.

27            b) Von Rechtsirrtum beeinflusst ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei gemäß § 313 BGB wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage zur Leistung der geltend gemachten Abschlagszahlungen nicht verpflichtet. Das Berufungsgericht hat hierbei den Regelungsgehalt des § 313 BGB grundlegend verkannt.

28            aa) Es ist bereits zweifelhaft, ob - wovon das Berufungsgericht ohne nähere Prüfung des ihm unterbreiteten Tatsachenstoffes unter Übernahme der ursprünglich von beiden Parteien vertretenen Rechtsansicht ausgegangen ist - der geplante Eintritt der Klägerin in den Gaslieferungsvertrag mit der E.

GmbH tatsächlich gescheitert und demzufolge die Geschäftsgrundlage für den Wärmelieferungsvertrag zwischen den Parteien entfallen ist. Diese Frage bedarf jedoch letztlich keiner Entscheidung, denn eine Anwendung des § 313 BGB kommt aus weiteren Gründen nicht in Betracht.

29           bb) Die Anwendung des § 313 BGB scheidet vorliegend jedenfalls daran, dass ein Festhalten am Vertrag für die von einer möglichen Störung der Geschäftsgrundlage betroffene Beklagte nicht unzumutbar war.

30           (1) Das Berufungsgericht hat verkannt, dass allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB noch nicht zu einer Vertragsanpassung berechtigt. Vielmehr muss nach dieser Vorschrift als weitere Voraussetzung hinzukommen, dass dem betroffenen Vertragspartner "unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann". Durch diese Formulierung kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 Abs. 3 BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (so schon - vor Inkrafttreten des § 313 BGB - BGH, Urteile vom 11. Oktober 1994 - XI ZR 189/93, BGHZ 127, 212, 218; vom 5. Januar 1995 - IX ZR 85/94, BGHZ 128, 230, 238 f.; vgl. auch Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 313 Rn. 24).

31           (2) Der nach Ansicht des Berufungsgerichts unterbliebene Eintritt der Klägerin in den Gaslieferungsvertrag der Beklagten mit der E. GmbH führte im Hinblick auf die in § 415 Abs. 3 Satz 2 BGB getroffene Risikoverteilung nicht dazu, dass die Vertragsfortführung für die Beklagte unzumutbar war.

32           Mit § 415 Abs. 3 Satz 2 BGB hat der Gesetzgeber eine Regelung für die Fälle des Scheiterns einer zwischen dem Altschuldner und dem Neuschuldner einer Verbindlichkeit vereinbarten Schuldübernahme wegen Verweigerung der

Zustimmung durch den Gläubiger getroffen. Die genannte Vorschrift sieht vor, dass bei einer verweigerter Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger der Übernehmer der Schuld im Zweifel gegenüber dem Schuldner verpflichtet ist, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Damit hat der Gesetzgeber die gescheiterte Schuldübernahme als Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) ausgestaltet. Diese Grundsätze finden auch hier Anwendung.

33           Zwar ist die von den Parteien vereinbarte Vertragsübernahme mehr als eine bloße Schuldübernahme im Sinne der §§ 414 f. BGB, da nicht nur die Übertragung einer einzelnen Verpflichtung vereinbart worden ist, sondern die Auswechsellung einer Vertragspartei in einem Rechtsverhältnis mit beiderseitigen Rechten und Pflichten. Dies führt jedoch zu keiner abweichenden rechtlichen Beurteilung. Denn § 415 BGB ist auf den Fall einer Vertragsübernahme entsprechend anwendbar (OLG Celle, NZM 2000, 93, 94; Palandt/Grüneberg, aaO, § 398 Rn. 44; Hk-BGB/Schulze, 7. Aufl., § 398 Rn. 30; vgl. auch Senatsurteil vom 10. November 1960 - VIII ZR 167/59, NJW 1961, 453 unter II 1).

34           Angesichts dieser gesetzlichen Regelung kann nicht von einer Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung für die Beklagte ausgegangen werden. Zwar bleibt die Beklagte bei einem - hier unterstellten - Nichteintritt der Klägerin in den Gasversorgungsvertrag mit der E. GmbH selbst deren Vertragspartnerin und damit Schuldnerin der aus diesem Vertrag resultierenden Pflichten. Jedoch wird in diesem Fall den Interessen der Beklagten dadurch angemessen Rechnung getragen, dass die Klägerin verpflichtet ist, sie von Verbindlichkeiten aus diesem Vertrag freizustellen, und die Beklagte diesen Freistellungsanspruch im Wege der Einrede Ansprüchen der Klägerin entgegen halten kann.

35            Hinzu kommt der vom Berufungsgericht nicht berücksichtigte Umstand, dass der Gasversorgungsvertrag mit der E.            GmbH, in den die Klägerin aufgrund der Vereinbarung vom 18. Dezember 2008 eintreten sollte, lediglich noch bis zum 30. September 2010 lief, wohingegen der zum 1. Januar 2009 zwischen den Parteien geschlossene Wärmelieferungsvertrag, auf den die Klägerin die streitgegenständlichen Ansprüche stützt, eine Laufzeit bis 31. Dezember 2023 vorsieht. Eine mögliche Störung der Geschäftsgrundlage betrifft daher lediglich eine im Vergleich zur Gesamtvertragsdauer kurze Zeitspanne. In Anbetracht dieser Umstände bedarf die Annahme eines vollständigen Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorliegend besonderer Darlegung in den Urteilsgründen. Hieran fehlt es.

36            3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

37            a) Insbesondere ist der Wärmelieferungsvertrag nicht durch die seitens der Beklagten erklärte Kündigung vom 26. März 2009 beendet worden, weil Gründe für eine außerordentliche Kündigung nicht vorlagen und eine ordentlichen Kündigung im Hinblick auf die fest vereinbarte Laufzeit von 15 Jahren ausgeschlossen war.

38            aa) Die Beklagte hat ihre außerordentliche Kündigung damit begründet, dass die Klägerin für die Monate Januar 2009 und Februar 2009 nicht die vereinbarte monatliche Vorauszahlung von 19.829,06 € netto, sondern das nach dem tatsächlichen Verbrauch ermittelte, um ein Vielfaches höhere Entgelt in Rechnung gestellt und für den Fall der Nichtzahlung die Einstellung der Wärmelieferung angedroht habe. Dieses Verhalten rechtfertigt jedoch im konkreten Fall noch keine außerordentliche Kündigung.

39 Nach § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB kann ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Das von der Beklagten zur Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung des Wärmelieferungsvertrags herangezogene, unstreitige Verhalten der Klägerin begründet keinen wichtigen Grund in diesem Sinne.

40 § 7 Abs. 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Wärmelieferungsvertrags sieht vor, dass die geschuldeten Vorauszahlungen (Satz 2) "mit Beginn des ersten Abrechnungsjahres ... im Durchschnitt 19.829,06 € zzgl. MwSt." betragen (Satz 3) und "danach vom Lieferanten nach billigem Ermessen" festgelegt werden (Satz 4). Damit ist es der Klägerin nach den vertraglichen Vereinbarungen zwar nicht - wie ursprünglich von ihr angenommen - erlaubt, anstelle der Vorauszahlungen in periodischen Abständen ein am tatsächlichen Verbrauch ausgerichteter Entgelt zu berechnen. Ihr ist aber die Befugnis eingeräumt worden, durch einseitige Erklärung die Höhe der Vorauszahlungen zu ändern und diese damit einem dem tatsächlichen Verbrauch entsprechenden Betrag anzunähern. Unklar ist allerdings, wann eine einseitige Anpassung der Vorauszahlungen erstmals möglich sein sollte. Die Parteien haben in § 7 Abs. 1 des Wärmelieferungsvertrags diesen Zeitpunkt nicht eindeutig bestimmt; die gewählte Formulierung "danach" lässt eine Bandbreite von Interpretationen zu. In Anbetracht des aufgezeigten Regelungsgehalts des § 7 Abs. 1 des Wärmelieferungsvertrags und der ihm anhaftenden Unschärfe wiegt das Verhalten der Klägerin, die zunächst anstelle der vereinbarten Vorauszahlungen die sich nach dem tatsächlichen Verbrauch ergebende Vergütung abgerechnet hat (im Verlauf des Prozesses hat sie ihre Klage auf Leistung der Vorauszahlungen für den

Zeitraum von Januar 2009 bis Juni 2009 umgestellt), trotz der darin liegenden Vertragswidrigkeit nicht so schwer, dass der Beklagten eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar wäre. Hinzu kommt, dass die Beklagte entgegen § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB die Klägerin vor der Kündigung nicht abgemahnt hat.

41           bb) Auch die von der Beklagten erklärte ordentliche Kündigung führte nicht zu einer vorzeitigen Beendigung des Wärmelieferungsvertrags. Denn § 12 Abs. 1 sieht eine feste Vertragslaufzeit bis zum 31. Dezember 2023 und damit eine Vertragsdauer von 15 Jahren vor. Der Wärmelieferungsvertrag enthält keine Regelung, die vor Ablauf dieses Zeitraums eine ordentliche Kündigung zulässt (vgl. § 12 Abs. 2).

42           Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die in § 12 Abs. 1 des Wärmelieferungsvertrags vorgesehene Vertragsdauer auch nicht wegen Verstoßes gegen § 32 AVBFernwärmeV nach § 134 BGB unwirksam. Der vorliegend geschlossene Wärmelieferungsvertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme. Dieser ist ausweislich § 1 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV nur eröffnet, soweit Fernwärmeversorgungsunternehmen für die Versorgung mit Fernwärme Vertragsmuster oder Vertragsbedingungen verwenden, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Dass es sich bei dem Wärmelieferungsvertrag und insbesondere bei der Laufzeitregelung um derartige allgemeine Versorgungsbedingungen handelt, hat die insofern darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238) nicht vorgetragen und ist angesichts der auf den konkreten Fall zugeschnittenen inhaltlichen Verzahnung der vier von den Parteien abgeschlossenen Verträge auch nicht ersichtlich.

- 43            b) Die Beklagte kann dem Anspruch der Klägerin - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - auch nicht gemäß § 378 BGB die von ihr beim Amtsgericht Stollberg bewirkte Hinterlegung von 122.021,52 € entgegenhalten. Die in § 378 BGB geregelte schuldbefreiende Wirkung der Hinterlegung tritt nur ein, wenn die Hinterlegung rechtmäßig ist, also die Voraussetzungen des § 372 BGB erfüllt sind (BGH, Urteile vom 30. Oktober 1984 - IX ZR 92/83, BGHZ 92, 374, 385; vom 10. Dezember 2004 - V ZR 340/03, NJW-RR 2005, 712 unter II; Senatsurteil vom 17. Januar 2007 - VIII ZR 171/06, BGHZ 170, 311 Rn. 15). Dies ist vorliegend nicht der Fall.
- 44            Nach § 372 Satz 2 BGB kann der Schuldner Geld hinterlegen, wenn er infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Eine Ungewissheit über die Person des Gläubigers in diesem Sinne liegt nur dann vor, wenn der Schuldner Zweifel darüber haben kann, wem die zu erfüllende Forderung zusteht. Verlangen mehrere Gläubiger aus verschiedenen Rechtsgründen vom Schuldner dieselbe Leistung, ist der Schuldner hingegen selbst dann nicht hinterlegungsberechtigt, wenn er sich schuldlos darüber im Unklaren ist, welcher der beiden Ansprüche begründet ist (BGH, Urteile vom 30. Oktober 1984 - IX ZR 92/83, aaO S. 385 f.; vom 12. Februar 2003 - XII ZR 23/00, NJW 2003, 1809 unter 2 a mwN; Senatsurteil vom 17. Januar 2007 - VIII ZR 171/06, aaO mwN; BAG, NZA 2009, 105, 107).
- 45            Bezüglich des klagegegenständlichen Anspruchs auf Zahlung der im Wärmelieferungsvertrag vereinbarten Vorauszahlungen bestand für die Beklagte keine Ungewissheit über die Person des Gläubigers. Sie wusste, dass ihr Vertragspartner bei diesem Vertrag die Klägerin war und dass insoweit keine Abtretungen stattgefunden hatten. Es bestanden aus ihrer Sicht lediglich Zweifel daran, wer Schuldner der Verbindlichkeiten aus dem Gaslieferungsvertrag

war, den sie ursprünglich mit der E. GmbH geschlossen hatte und den die Klägerin übernehmen sollte. Eine solche Unsicherheit begründet jedoch - wie oben ausgeführt - keine Hinterlegungsberechtigung nach § 372 Satz 2 BGB.

46 c) Der Geltendmachung der Vorauszahlungen für die Monate Januar 2009 bis einschließlich Juni 2009 steht ferner nicht ohne weiteres entgegen, dass nach der in § 7 Abs. 1 des Wärmelieferungsvertrags getroffenen Regelung zum 31. Dezember 2009 Abrechnungsreife eingetreten ist.

47 aa) Zwar besteht ein Anspruch auf die Zahlung abrechenbarer Vorauszahlungen grundsätzlich nicht mehr, wenn Abrechnungsreife eingetreten ist. Ab diesem Zeitpunkt kann der Gläubiger vom Schuldner nur noch die Zahlung eines sich aus einer Abrechnung eventuell ergebenden Saldos verlangen (vgl. zu Betriebskosten Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl., § 556 BGB Rn. 455).

48 Vorliegend hat die Klägerin allerdings vorgetragen, sie könne eine Abrechnung nur nach Ablesung der in den jeweiligen Kellergeschossen der Mietshäuser der Beklagten installierten Wärmezähler erstellen. Eine solche Ablesung sei ihr jedoch - was sie nach dem Bestreiten der Beklagten auch unter Beweis gestellt hat - nicht möglich gewesen, da die Beklagte den Mitarbeitern der Klägerin am 21. April 2009 ein Hausverbot erteilt und zugleich die Schlösser an den Übergabestationskellern der Mietshäuser ausgetauscht habe. Im Revisionsverfahren ist dieser Vortrag als richtig zu unterstellen. Er ist - anders als das Berufungsgericht meint - nicht deshalb unerheblich, weil die Klägerin eine eventuelle Mitwirkung der Beklagten nicht eingefordert hat. Zum einen ist angesichts der zahlreichen Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien schon nicht gesichert, dass eine entsprechende Aufforderung der Klägerin überhaupt Erfolg ge-

habt hätte. Zum anderen widerspricht die in der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zum Ausdruck kommende Risikoverteilung dem Rechtsgedanken des § 20 Abs. 2 AVBFernwärmeV, der vorliegend über die Bezugnahme in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Wärmelieferungsvertrags ergänzend anwendbar ist. Danach darf das Versorgungsunternehmen den Verbrauch auf der Grundlage der letzten Ablesung schätzen, solange es die Räume des Kunden nicht zur Ablesung betreten kann. Dies zeigt, dass bei einer Zutrittsverweigerung nicht zwingend eine konkrete Abrechnung verlangt werden kann. Nach alledem scheidet im Streitfall, in dem ein Wärmelieferungsvertrag im Anfangsstadium betroffen ist, eine Abrechnung auf Basis der vereinbarten Vorauszahlungen auch nach Abrechnungsreife nicht von vornherein aus.

- 49           bb) Ungeachtet dessen hat - wie die Revision zu Recht rügt - das Berufungsgericht übersehen, dass die Klägerin zu Beginn des Verfahrens ihre Ansprüche für Januar 2009 und Februar 2009 auf den tatsächlichen Verbrauch der Beklagten gestützt und jedenfalls für diesen Zeitraum entsprechende Monatsabrechnungen vorgelegt hat. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch kann daher für diese Monate nicht mit der Begründung verneint werden, die Klägerin sei (im Hinblick auf die zwischenzeitlich eingetretene Abrechnungsreife) zur Abrechnung der bezogenen Wärmelieferungen verpflichtet, habe eine solche Abrechnung jedoch nicht vorgenommen.

III.

50 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Chemnitz, Entscheidung vom 12.05.2010 - 1 O 467/09 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 16.11.2010 - 9 U 809/10 -