

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

X ZR 116/97

Verkündet am:  
27. Oktober 1998  
Welte  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 649; AGBG § 9 Bg, Ci

- a) Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Planungsbüros enthaltene Klausel

"Wird aus einem Grund gekündigt, den der AG zu vertreten hat, erhält der Auftragnehmer für die ihm übertragenen Leistungen die vereinbarte Vergütung unter Abzug der ersparten Aufwendungen; diese werden auf 40 % der Vergütung für die noch nicht erbrachten Teilleistungen festgelegt."

ist auch im kaufmännischen Verkehr unwirksam.

- b) Kündigt ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, das Träger der Abfallbeseitigung im Bereich einer Gebietskörperschaft und dessen Mehrheitsgesellschafterin die Gebietskörperschaft ist, den mit einem Planer ge-

schlossenen Vertrag über die Durchführung von Standortuntersuchungen für eine zukünftig einzurichtende Deponie auf Grund einer Entscheidung der Gebietskörperschaft, von der Einrichtung der Deponie abzusehen, behält der Planer seinen um Ersparnisse verminderten Vergütungsanspruch auch dann, wenn in dem Vertrag die (formularmäßige) Klausel enthalten ist, daß der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung (nur) erhalte, wenn aus einem Grund gekündigt werde, den der Auftraggeber zu vertreten habe. Für die Auslegung des Begriffs des Vertretenmüssens kann in einem solchen Fall nicht auf die Regelung in § 276 BGB zurückgegriffen werden, vielmehr ist eine Abgrenzung nach Risikosphären vorzunehmen.

BGH, Urt. v. 27. Oktober 1998 - X ZR 116/97 - OLG Schleswig  
LG Flensburg

- 3 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 1998 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das am 25. Juni 1997 verkündete Urteil des 12. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Kläger betrieben in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Planungsbüro unter der Bezeichnung "P.                    Ö.                    u. U.                    ". Die Beklagte ist die in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisierte Trägerin der Abfallentsorgung des Kreises S.                    (im folgenden: Kreis); ihre Gesellschafter sind mit einem Anteil von 51 % der Kreis und im übrigen die S.                    -GmbH.

Im Jahr 1991 kam es zu Gesprächen zwischen den Klägern und Vertretern des Kreises über standortvergleichende Untersuchungen für eine Restmülldeponie des Kreises, die auf ein Restabfallvolumen von rund 3 Millionen Kubikmetern bis zum Jahr 2010 bei einem voraussichtlichen Gesamtflächenbedarf von ca. 40 ha ausgelegt sein sollte. Die Kläger unterbreiteten dem Kreis am 18. August 1993 ein Angebot über die Durchführung einer vergleichenden Umweltverträglichkeitsuntersuchung für die geplante Deponie auf der Grundlage der vorgenannten Zahlen. Am 20. Januar 1994 kam es zum schriftlichen Vertragsabschluß mit der mittlerweile gegründeten Beklagten. Als Vergütung für die von den Klägern zu erbringenden Leistungen wurde ein Betrag von 676.000,-- DM einschließlich Umsatzsteuer vereinbart. Der Vertragswortlaut wurde von den Klägern einem Formularhandbuch für Ingenieure und Architekten entnommen. § 10 des Vertrags regelt dessen Änderung, Ergänzung oder Kündigung wie folgt:

"10.1. - Stellt sich im Laufe der Bearbeitung durch den AN heraus, daß in diesem Vertrag vereinbarte Teil-

leistungen des AN überflüssig sind, daß der Vertrag Lücken enthält, oder daß Aufgabenteile anders hätten verteilt werden sollen, muß der Vertrag in entsprechender Weise schriftlich geändert oder ergänzt werden.

10.2. - AG und AN können den Vertrag nur aus wichtigem Grund kündigen. Eine Kündigungsfrist von 2 Wochen ist einzuhalten.

10.3. - Wird aus einem Grund gekündigt, den der AG zu vertreten hat, erhält der AN für die ihm übertragenen Leistungen die vereinbarte Vergütung unter Abzug der ersparten Aufwendungen; diese werden auf 40 % der Vergütung für die noch nicht erbrachten Teilleistungen festgelegt.

10.4. - Hat der AN die Kündigung zu vertreten, so werden die bis dahin erbrachten, in sich abgeschlossenen Leistungen vergütet, sofern sie dem AG von Nutzen sind.

..."

In der Folgezeit ließ die Beklagte von dritter Seite eine Aktualisierung der Abfallmengeneinschätzung vornehmen und die Wirtschaftlichkeit der geplanten Deponieanlage untersuchen. Das darauf erstellte Gutachten ergab, daß die geplante Deponie nicht wirtschaftlich sein werde. Der Kreistag des Kreises beschloß daraufhin am 27. September 1995, das Standortsuchverfahren sofort einzustellen, die

Standorte zu veräußern und die Entsorgungssicherheit durch andere Maßnahmen sicherzustellen. Der Landrat des Kreises teilte dies der Beklagten am 5. Oktober 1995 mit, die wiederum dem Kläger zu 2) mit Schreiben vom 18. Oktober 1995 unter Bezugnahme auf den Beschluß des Kreistags u.a. mitteilte:

"... Bezugnehmend auf § 10 Abs. 1 ergibt sich nun, daß Teilleistungen überflüssig werden. Die bis dato erbrachten Leistungen von Ihnen sind abgerechnet. Mit der Einstellung des Standortsuchverfahrens ... ergibt sich ... z. Zt. kein weiterer Bedarf an Teilleistungen mehr ..."

Die Kläger erklärten daraufhin, daß sie das Schreiben vom 18. Oktober 1995 als Kündigung ansähen, die die Rechtsfolgen nach § 10 Abs. 3 des Vertrags auslöse, und fügten Schlußrechnung über die - rechnerisch unstreitige - Klagesumme bei, in der pauschale Ersparnisse in Höhe von 40 % berücksichtigt sind. Die Beklagte hat das Bestehen von Ansprüchen der Kläger geleugnet, weil sie berechtigt aus wichtigem Grund gekündigt und den Kündigungsgrund nicht zu vertreten habe, und auch den Vortrag der Kläger zu den ersparten Aufwendungen bestritten.

Die Kläger haben Klage auf Zahlung von 279.179,83 DM nebst Prozeßzinsen erhoben. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Kläger verfolgen mit ihrer Revision ihr Klagebegehren weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision führt in der Sache zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der geltend gemachte Anspruch sei weder nach § 649 Satz 2 BGB noch nach § 10 Abs. 3 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags begründet, da die Beklagte aus wichtigem Grund gekündigt habe. Der in der entsprechenden Vertragsklausel verwendete Begriff des Vertretenmüssens entspreche der Regelung in §§ 276, 278 BGB und könne deshalb nur dahin ausgelegt werden, daß die Beklagte nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen habe. Die Entscheidung des Kreises, das Standortsuchverfahren einzustellen, sei der Beklagten aber nicht zuzurechnen, da der Kreis nicht als deren Erfüllungsgehilfe tätig geworden sei. Auch wenn der Kreis Mehrheitsgesellschafter der Beklagten sei, stehe ihm gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten kein Weisungsrecht zu. Auf die Nichteinhaltung der in § 10 Abs. 2 des Vertrags festgelegten Ausschußfrist für die Kündigung aus wichtigem Grund könnten sich die Kläger nicht berufen, weil diese Regelung gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verstoße und deshalb unwirksam sei. Das Berufungsgericht hat den eine außerordentliche Kündigung rechtfertigenden wichtigen Grund im Wegfall der Geschäftsgrundlage für den von ihm als Dauerrechtsverhältnis angesehenen Werkvertrag gesehen. Da dieser Grund nicht im eigenen Risikobereich der Beklagten liege, sei es unbillig, dieser allein die Risiken einer Änderung der politischen Beschlußlage aufzuerlegen. Als Folge des Wegfalls der

Geschäftsgrundlage komme nur die Kündigung in Betracht. Die Klage sei aber selbst dann abzuweisen, wenn die Beklagte die Kündigung zu vertreten habe, weil die Kläger die Höhe ihrer Forderung nicht schlüssig dargelegt hätten.

II. Die rechtliche Beurteilung, die das Berufungsgericht vorgenommen hat, hält einer Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. a) Ohne Rechtsfehler und von den Parteien unbeanstandet geht das Berufungsgericht davon aus, daß das der Klageforderung zugrundeliegende Rechtsverhältnis nach Werkvertragsrecht zu beurteilen sei. Es begegnet weiter im Ergebnis keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung in dem Schreiben der Beklagten vom 18. Oktober 1995 an die Kläger eine Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund im Sinne des § 10 Abs. 2 des Vertrags gesehen hat.

b) Darauf, ob die Beklagte die vertraglich vorgesehene Frist zur Erklärung der Kündigung eingehalten hat, kommt es schon deshalb nicht an, weil die Kündigung von den Klägern ausdrücklich akzeptiert worden ist und weil die Kläger auf der Grundlage des gekündigten Vertrags abrechnen.

2. Nicht beigetreten werden kann dem Berufungsgericht allerdings, soweit es den Vergütungsanspruch der Kläger deswegen als unbegründet ansieht, weil die Beklagte aus einem Grund gekündigt habe, den sie nicht zu vertreten habe.

a) Durch die Regelung in § 10 Abs. 3 und 4 des Vertrags, die von den Klägern einem Formularbuch entnommen und, wie schon der dem vorliegenden Fall zugrundeliegende Sachverhalt ergibt, über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus verwendet wurde und somit der Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt (§ 549 ZPO; vgl. BGHZ 60, 377, 349 f.; BGHZ 112, 204, 210 sowie die ähnliche, dem Urt. des BGH vom 7. Juli 1988 - VII ZR 179/87, NJW-RR 1988, 1295 = BauR 1988, 739 zugrundeliegende Klausel), ist eine Vergütungsregelung für den Fall der Kündigung aus wichtigem Grund getroffen worden. Diese erfaßt ausdrücklich die Fälle des Vertretenmüssens der Kündigung einerseits durch die Beklagte (§ 10 Abs. 3) und andererseits durch die Kläger (§ 10 Abs. 4).

b) Gegen die in § 10 des Vertrags vorgenommene Einschränkung des Vergütungsanspruchs der Kläger für den Fall der Kündigung aus wichtigem Grund bestehen an sich auch unter dem Gesichtspunkt, daß es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, keine durchgreifenden Bedenken. Die Klausel hält insoweit einer Inhaltskontrolle stand. Es ist in der Rechtsprechung des Senats (Urt. vom 25. März 1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1972) wie im Schrifttum (vgl. Larenz, Schuldrecht II/1 § 53 III b; Schmidt, Zur unberechtigten Kündigung aus wichtigem Grunde beim Werkvertrag, NJW 1995, 1313) anerkannt, daß dem Unternehmer bei einer Kündigung seitens des Bestellers der Vergütungsanspruch nach § 631 Abs. 1, § 632 BGB für noch nicht erbrachte Leistungen nicht erhalten bleibt, soweit dem kündigenden Besteller ein Recht zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund zur Verfügung steht. Dem entspricht die vorliegend getroffene

Regelung im Grundsatz. Daß der Vergütungsanspruch grundsätzlich erhalten bleibt, wenn zwar ein wichtiger Grund vorliegt, dieser aber dem kündigenden Besteller zuzurechnen ist, steht mit dem Leitbild der gesetzlichen Regelung nicht im Widerspruch.

c) Nicht beigetreten werden kann dem Berufungsgericht allerdings bei seiner Annahme, daß die Beklagte den Kündigungsgrund nicht zu vertreten habe.

aa) Diese Annahme beruht auf einem unzutreffenden Verständnis der Vertragsklausel in § 10 Abs. 3. Das Berufungsgericht entnimmt dieser Bestimmung eine Beschränkung auf ein im Sinne von Vorsatz und Fahrlässigkeit zurechenbares Verhalten der Beklagten. Es stützt sich dabei ersichtlich auf die Regelung in § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB, der der Begriff des Vertretenmüssens nach seiner Auffassung als eindeutiger juristischer Terminus entnommen sei, was einen Auslegungsspielraum von vornherein nicht eröffne. Dies verkennt schon die systematische Stellung der vom Berufungsgericht herangezogenen Rechtsnorm. § 276 BGB betrifft als das Recht der Leistungsstörungen innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses regelnde Vorschrift die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung. Die Bestimmung regelt somit eine Haftungsvoraussetzung auf seiten des Schuldners und nicht die Voraussetzungen und Folgen, unter und mit denen sich eine Vertragspartei von einem Vertrag lösen kann; um letzteres geht es aber im vorliegenden Fall. Schon deshalb durfte das Berufungsgericht nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß die Vereinbarung den Begriff des Vertretenmüs-

sens aus § 276 BGB zugrunde lege und deshalb völlig eindeutig und weder auslegungsfähig noch auslegungsbedürftig sei.

bb) Bei der Auslegung des Vertrags zwischen den Parteien ist zum einen der wirkliche Wille der Vertragsschließenden zu erforschen, zum anderen hat die Auslegung so zu erfolgen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Auslegung hat zudem, soweit möglich, den Interessen der Vertragsparteien gerecht zu werden (vgl. zum Grundsatz der interessengerechten Auslegung BGHZ 115, 1, 5; BGHZ 131, 136, 138, jeweils m.w.N.). Die sachgerechte Beurteilung der Frage, ob sich die Beklagte als Bestellerin vom Vertrag lösen konnte, ohne den Vergütungsansprüchen der Kläger ausgesetzt zu sein, wird, wie es das Berufungsgericht an anderer Stelle, nämlich bei der Prüfung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, gesehen hat, in erster Linie durch Zumutbarkeitsüberlegungen und nicht durch Verschuldensüberlegungen bestimmt; die Regelung in § 276 BGB (und in § 278 BGB, den das Berufungsgericht ebenfalls heranziehen will) liefert deshalb keinen an sich geeigneten Beurteilungsmaßstab. Zwar muß dies im Rahmen der Vertragsfreiheit nicht von vornherein einer entsprechenden Vereinbarung entgegenstehen; denn es besteht jedenfalls im Grundsatz keine Schranke der Vertragsfreiheit dahin, daß nur allseits interessengerechte Regelungen vereinbart werden dürften. Dies steht aber im Regelfall eines interessengerecht ausgehandelten Vertrags, von dem mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch im vorliegenden Fall auszugehen ist, einer Berücksichtigung der Interessenlage der Vertragsparteien bei der Vertragsauslegung nicht entgegen, sondern erfordert diese vielmehr.

Bei einer dieser Interessenlage entsprechenden Auslegung konnte es aus der Sicht vernünftiger Parteien nicht auf ein - zumal im rechtstechnischen Sinn zu verstehendes - Verschulden in den typisierten Schuldformen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit ankommen, sondern nur auf eine Zurechnung zu den - nicht primär an schuldrechtlichen Kategorien wie der Zuordnung zu bestimmten Rechtspersonen und der Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe, sondern im Sinn wirtschaftlicher Zusammenhänge zu verstehenden - Risikosphären der Besteller- und Unternehmerseite. Dabei umfaßt die Sphäre der Bestellerseite den an der Standortuntersuchung, -planung und -verwirklichung interessierten Träger der Abfallbeseitigung. Dazu ist hier neben der Beklagten als Bestellerin jedenfalls auch der an ihr maßgeblich beteiligte Kreis zu rechnen, ohne daß insoweit darauf abgestellt werden kann, daß dem Kreis kein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten zukam. Die Sphäre der Unternehmerseite umfaßt die zur Erbringung der Werkleistung verpflichteten Kläger und ihre Leute. Nur so läßt sich der Begriff des Vertretenmüssens als Mittel zur Risikoverteilung wirtschaftlich sinnvoll einsetzen; es wäre zudem unbillig, dem Auftragnehmer auch solche Risiken zu überbürden, die er nicht beeinflussen kann, weil sie allein in die Sphäre des Bestellers fallen, der ihm als eine wirtschaftlich mit dem Kreis als originärem Träger der Abfallentsorgung verbundene Einheit gegenübertritt. Überträgt nämlich, wie hier, ein öffentlicher Träger die Abfallentsorgung auf ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, handelt es sich im Verhältnis dieses Unternehmens zu dem öffentlichen Träger jedenfalls dann gegenüber einem Ver-

tragspartner des Unternehmens nicht um trennbare Sphären, wenn der öffentliche Träger zugleich Mehrheitsgesellschafter des Unternehmens ist.

3. Auf der Grundlage des aufgezeigten Bewertungsmaßstabs beruht die Kündigung des Vertrags auf Umständen, die in die Risikosphäre der Beklagten fallen; im Sinne der Vertragsklausel in § 10 Abs. 3 hat diese mithin den Kündigungsgrund zu vertreten. Daraus ergibt sich, daß die Kläger ihren Vergütungsanspruch nicht verloren haben.

4. a) Die Klageforderung ist ihrer Höhe nach mit Ausnahme der zu berücksichtigenden ersparten Aufwendungen rechnerisch unstreitig.

b) Nach § 10 Abs. 3 des Vertrags haben sich die Kläger ersparte Aufwendungen anrechnen zu lassen. Soweit gegen die Wirksamkeit dieser Vertragsklausel Bedenken bestehen, ergibt sich diese Rechtsfolge aus dem auf den Fall der vom Besteller zu vertretenden Kündigung aus wichtigem Grund jedenfalls entsprechend anzuwendenden Rechtsgedanken des § 649 Satz 2 BGB. Eine solche Anrechnung haben die Kläger vorgenommen.

aa) Allerdings kann die Höhe der ersparten Aufwendungen nicht aus der formularmäßigen Klausel im Vertrag entnommen werden. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt es nämlich nicht, einen bestimmten Prozentsatz zur Höhe der ersparten Aufwendungen vorzutragen (BGHZ 131, 362, 365; BGH, Urt. vom 8. Februar 1996

- VII ZR 219/94, NJW 1996, 1751 f.; BGH, Urt. vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95, NJW 1997, 733, 734).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß die Pauschalierung im vorliegenden Fall vertraglich ausdrücklich vorgesehen ist. Die Vertragsklausel in § 10 Abs. 3 ist nämlich nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam; eine Anwendung der spezielleren Regelungen in § 11 Nr. 5 Buchst. b, § 10 Nr. 7 AGBG, gegen deren Gedanken die Klausel im Fall ihrer Anwendbarkeit verstoßen würde (BGH, Urt. vom 10. Oktober 1996 - VII ZR 250/94, NJW 1997, 259 f. m.w.N.), ist durch § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG ausgeschlossen, weil die Beklagte Kaufmann ist und der Vertrag zum Betrieb ihres Handelsgeschäfts gehört.

§ 9 Abs. 1 AGBG knüpft die Unwirksamkeitsfolge daran, daß die Formulklausel den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Dies ist insbesondere dann im Zweifel anzunehmen, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Dies folgt allerdings nicht schon daraus, daß die Klausel der Beklagten den Nachweis zumindest erschwert, daß eine Einbuße überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger sei als die Pauschale. Ein Verbot von Klauseln mit einem derartigen Inhalt ergibt sich nämlich nur aus der Regelung in § 11 Nr. 5 Buchst. b AGBG, deren Anwendung im vorliegenden Fall ausgeschlossen ist.

Der Gehalt der Klausel in § 10 Abs. 3 des Vertrags geht indessen über eine Erschwerung des Nachweises in die-

sem Sinn hinaus. Die formularmäßig vereinbarte Regelung kann nämlich dazu führen, daß die Kläger eine wesentlich höhere Vergütung verlangen dürfen, als sie ihnen bei Anwendung der gesetzlichen Regelung in § 649 Satz 2 BGB zustünde. Nach dieser Bestimmung wäre dies die vereinbarte Vergütung abzüglich der infolge der Vertragsaufhebung ersparten Aufwendungen und desjenigen, was der Unternehmer durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Wesentlicher Grundgedanke dieser Regelung ist es, den Unternehmer im Fall der Kündigung des Vertrags so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrags stehen würde (BGHZ 92, 244, 249). Hiergegen wird allerdings noch nicht deshalb verstoßen, weil der Reingewinn selbständiger Architekten oder Planer in der Regel unter 60 % des Honorars läge (BGH, Urt. vom 10. Oktober 1996, aaO); der Architekt oder Planer kann aber nach einer Kündigung des Bestellers in der Lage sein, Einkünfte durch die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft zu erzielen. Je nach Auftragslage und Zeitpunkt der Kündigung kann sich ihm die Möglichkeit eröffnen, die durch die Kündigung frei gewordenen Kapazitäten einschließlich seiner eigenen Arbeitskraft für andere Aufträge einzusetzen. Erhält er in einem solchen Fall entsprechend der Klausel ohne Anrechnung der anderweitigen Auslastung seiner Arbeitskapazität 60 % des Honorars für nicht ausgeführte Leistungen, kann er insgesamt wesentlich höhere Vergütungen erlangen, als er bei Durchführung des Vertrages und gleichem Arbeitseinsatz erzielt hätte. Die Klausel verfehlt in solchen Fällen das Ziel des § 649 Satz 2 BGB, dem Architekten oder Planer zwar einen Ausgleich für die negativen Folgen der Kündigung zu bieten, ihn aber nicht besserzustel-

len, als er bei Durchführung des Vertrages stünde. Sie führt in solchen Fällen zu einer unangemessen hohen Vergütung für nicht erbrachte Leistungen, wird dem Gedanken des Vorteilsausgleichs nicht gerecht und ist daher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam (so schon BGH, Urt. vom 10. Oktober 1996, aaO). Dies gilt gleichermaßen für eine Beurteilung am Maßstab des § 9 Abs. 1 AGBG wie an dem hier nicht anwendbaren des § 10 Nr. 7 AGBG. Daß die Pauschalierungsregelung vorliegend nur den Fall betrifft, daß der Besteller die Kündigung zu vertreten hat, und nicht die gesamte Breite des von der Regelung in § 649 Satz 2 BGB erfaßten Bereichs, ändert an dieser Beurteilung nichts.

bb) Daß der Restvergütungsanspruch nicht auf der Grundlage der Pauschalierungsklausel bestimmt werden kann, führt nicht zur Unbegründetheit der Klage. Es kann dabei dahinstehen, ob, wie es das Berufungsgericht angenommen hat, der Vortrag der Kläger in den Tatsacheninstanzen, den das Berufungsgericht durch Bezugnahme auf den klägerischen Schriftsatz vom 29. April 1997 festgestellt hat, der erforderlichen Substantiierung nicht genügt hat (vgl. BGH, Urt. vom 8. Februar 1996 - VII ZR 219/94, NJW 1996, 1751 f.; Urt. vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95, NJW 1997, 734, 735). An den Umfang der Substantiierungspflicht dürfen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden (vgl. z.B. Senat, Urt. vom 8. Dezember 1992 - X ZR 85/91, NJW 1993, 923). Die Kläger hatten zunächst vorgetragen, sie hätten weit weniger als 40 % der Vergütung eingespart. Ihr Unternehmen sei sehr personalkostenintensiv und Personalkosten könnten nach der Kündigung eines Großauftrags nicht ohne weiteres reduziert werden. Zu den angesetzten Nebenkosten

gehörten auch die Bürounkosten. Kosten für Fremdleistungen seien nicht im Angebot enthalten gewesen und somit auch nicht entfallen. Auch seien wesentliche Kosten bei den Klägern nicht entfallen. Der Kläger zu 2) habe etwa 50 % seiner Arbeitskraft dem Projekt gewidmet; eine Ersparnis sei durch den Wegfall nicht eingetreten und einen neuen Auftrag hätten die Kläger trotz entsprechender Bemühungen nicht erhalten können. Weiter seien ein namentlich benannter Sachbearbeiter mit einem Monatsgehalt von 9.000,-- DM brutto, eine ebenfalls namentlich benannte technische Zeichnerin mit einem Monatsgehalt von ca. 5.500,-- DM voll sowie eine namentlich benannte Schreibkraft (Halbtagskraft) mit monatlichen Bruttobezügen von ca. 5.000,-- DM zu einem Drittel ihrer Arbeitskraft für den Auftrag tätig gewesen; bis zur Erhebung der Klage hätten die Parteien über die Erteilung eines Anschlußauftrags verhandelt. Eine Entlassung der Beschäftigten sei nicht zumutbar und allenfalls mit längeren Kündigungsfristen und unter Zahlung erheblicher Abfindungen möglich gewesen. Die Kläger hätten zudem für neue Aufträge qualifiziertes Personal vorhalten müssen; die Vorhaltekosten seien weiter gelaufen. Einsparungen seien allerdings hinsichtlich der Kosten der Öffentlichkeitsarbeit im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung II eingetreten; diese haben die Kläger auf 25.000,-- DM beziffert, hierbei habe es sich um wöchentliche Reisekosten in Höhe von ca. 500,-- DM für 50 Wochen gehandelt. Die Beklagte hat den Sachvortrag der Kläger zur Tätigkeit des Klägers zu 2), des Sachbearbeiters, der technischen Zeichnerin und der Halbtagskraft bestritten. Das Berufungsgericht beanstandet ersichtlich, daß die Kläger es unterlassen hätten, die erbrachten Leistungen vom nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Hierzu

mußte indessen nicht notwendig Anlaß bestehen, weil ersichtlich lediglich die Höhe der Abzüge, nicht aber der Ausgangswert selbst im Streit stand.

cc) Geht man indessen mit dem Berufungsgericht davon aus, daß der Sachvortrag der Kläger unzureichend war, folgt hieraus nicht, daß die deshalb unschlüssige Klage ohne weiteres abgewiesen werden konnte. Die Revision rügt insoweit mit Erfolg und in ausreichender Weise ausgeführt eine Verletzung der Bestimmung des § 139 Abs. 1 ZPO. Nach ständiger Rechtsprechung genügt das Gericht seiner Hinweispflicht nach § 139 Abs. 1 ZPO nur dann, wenn es die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, der von seinem materiellrechtlichen Standpunkt aus gesehen entscheidungserheblich ist, unmißverständlich hingewiesen und der Partei die Möglichkeit eröffnet hat, ihren Sachvortrag sachdienlich zu ergänzen (BGHZ 127, 254, 260 m.w.N.). Diese Hinweispflicht besteht grundsätzlich auch in Prozessen, in denen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten wird, jedenfalls dann, wenn der Prozeßbevollmächtigte die Rechtslage ersichtlich falsch beurteilt (BGHZ 127, aaO m.w.N.). Ein solcher Hinweis war hier auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Beklagte in ihrer Berufungserwiderung auf die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung hingewiesen hatte. Das Berufungsgericht hätte von sich aus angeben müssen, weshalb es den Vortrag der Kläger nicht als ausreichend ansah; allgemeine und pauschale Hinweise sind hierfür nicht ausreichend (BGHZ 127, aaO). Unterstellt man ungenügenden Sachvortrag der Kläger, kann das Urteil auch auf dem Unterlassen des sonach gebotenen Hinweises beruhen.

III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Es war deshalb aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der wiedereröffneten Tatsacheninstanz werden die Parteien Gelegenheit haben, ergänzend zur Höhe ersparter Aufwendungen vorzutragen; das Berufungsgericht wird erforderlichenfalls hierzu Beweis zu erheben haben. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Rogge

Maltzahn

Melullis

Scharen

Keukenschrijver