

---

**Datum:** 25.03.2021  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 U 91/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2021:0325.5U91.20.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Düsseldorf, 23 O 260/18

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 22.01.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Düsseldorf – Einzelrichter – teilweise abgeändert und unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 15.867,46 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt der Beklagte. Die Kosten der Berufung tragen die Klägerin zu 38 % und der Beklagte zu 62 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils gegen sie vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

---

**Gründe:**

I.

1  
2  
3

Die Parteien streiten um einen Anspruch auf Wirtschaftsprüferhonorar.

Die Klägerin ist eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft. Die spätere Insolvenzschuldnerin (nachstehend nur noch „Schuldnerin“) beabsichtigte, die Klägerin mit der Erstellung des Jahresabschlusses, des Konzernabschlusses sowie der Prüfung des Lageberichtes und des Konzernlageberichtes für das Geschäftsjahr 2013 zu beauftragen. Mit Schreiben vom 20.12.2013 erläuterte die Klägerin gegenüber der Schuldnerin ihre Leistungen sowie auch die von ihr beabsichtigte Art der Abrechnung (Anlagenkonvolut K 5). Die Schuldnerin beauftragte die Klägerin auf Basis dieses Schreibens mit der sogenannten „Auftragserteilung und Einverständniserklärung des Auftraggebers“ vom 30.12.2013, welche die Klägerin am 03.01.2014 annahm. Mit Rechnung vom 14.08.2014 stellte die Klägerin der Schuldnerin einen noch zu zahlenden Betrag in Höhe von 13.583,55 € in Rechnung (18.080,75 € nebst Umsatzsteuer abzgl. bereits geleisteter 6.666,00 € sowie diesbezüglicher Umsatzsteuer in Höhe von 1.266,54 €, Anlage K 2). Mit Schreiben vom 20.12.2017 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er mit Beschluss vom 27.07.2016 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin bestellt worden sei. Da die Forderungen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens resultierten, handele es sich um Insolvenzforderungen, die zur Tabelle anzumelden seien. Die damaligen Bevollmächtigten der Klägerin setzten dem Beklagten mit Schreiben vom 25.07.2018 eine Zahlungsfrist, die fruchtlos verstrich.

4

Zum weiteren Vorbringen der Parteien im ersten Rechtszug sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

5

Das Landgericht Düsseldorf hat durch den Vorsitzenden der 23. Zivilkammer als Einzelrichter mit dem am 22.01.2020 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass dahinstehen könne, ob es sich vorliegend um eine Masseverbindlichkeit oder eine Insolvenzforderung handele. Die Klägerin habe ihren Anspruch der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt. Es träfe nicht zu, dass eine Abrechnung nach Zeitaufwand vereinbart worden sei. Vielmehr sei ein Pauschalhonorar vereinbart worden, welches die Klägerin mit 20.000,00 € netto geschätzt habe. Die Vereinbarung genüge auch der Vorschrift des § 43 Abs. 2 BS WP/vBP, da die Möglichkeit einer Erhöhung des Honorars im Fall des Eintritts unvorhergesehener Umstände, die zu einer Erhöhung des Aufwandes führten, enthalten sei. Der Klägerin könne auch kein Mindestanspruch zugesprochen werden, da sie den Auftrag unstreitig nicht beendet habe. Zudem mache sie – nicht mal teilweise – ein Pauschalhonorar geltend sondern lediglich ein Zeithonorar. Sie habe auch – trotz Bestreitens des Beklagten – keinen Beweis dafür angeboten, dass sie die abgerechneten Leistungen erbracht habe. Sofern die Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung ihren Klageantrag erweitert habe, sei dies unzulässig, da Anträge spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung zu stellen seien. Außerdem rechne die Klägerin auch hinsichtlich der mit diesem neuen Antrag geltend gemachten Forderung lediglich nach Zeitaufwand ab, so dass kein Anlass zu einem Vorgehen nach § 156 ZPO bestünde.

6

Die Klägerin verfolgt mit der Berufung ihr mit nachgelassenem Schriftsatz vom 06.01.2020 gestelltes Begehren weiter. Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, sie habe ihren Anspruch der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt. Sie habe neben der geltend gemachten Rechnung auch die diesbezüglichen Leistungsnachweise vorgelegt und erläutert. Damit habe sie ausreichend Beweis dafür angetreten, dass sie die in der Rechnung ausgewiesenen Leistungen erbracht habe. Das pauschale Bestreiten des Beklagten sei insoweit unerheblich. Es habe ihm obliegen, den ausgewiesenen Aufwand substantiiert zu

7

bestreiten. Sofern man zu der Ansicht käme, eine ausdrückliche Vergütungsvereinbarung fehle, sei dies für die Geltendmachung der Honorarforderung unschädlich, da sich das Honorar dann nach tatsächlichem Aufwand bzw. der üblichen Vergütung bemesse. Bei § 43 Abs. 2 BS WP/vBP handele es sich um eine Ausnahmenvorschrift, aus der sich entnehmen lasse, dass grundsätzlich nach tatsächlichem Aufwand abzurechnen sei. Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars bedinge ohnehin die Prüfung des vereinbarten Honorars. Ihr sei vorliegend auch Mehraufwand entstanden, da ihr keine geeigneten Prüfungsunterlagen bzw. Auskünfte gegeben worden seien. Ferner habe das Landgericht ihren Vortrag mit nachgelassenem Schriftsatz vom 06.01.2020 auch zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen. Es habe sich um Tatsachen gehandelt, die erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden seien. Sie habe – was unstreitig geblieben ist – den Jahresabschlussbericht mit einem negativen Abschlusstest zwischenzeitlich erstellt und an den Beklagten übersandt, nachdem dieser trotz Aufforderung die geforderten Unterlagen nicht vorgelegt habe. Dieser Vortrag sei jedenfalls in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen, da die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO vorlägen. Auch sei ihre Klageerweiterung zulässig, die sich auf die weiteren Arbeiten nach vollständiger Erbringung der von ihr geschuldeten Leistungen beziehe. Hierüber habe sie mit Rechnung vom 29.08.2018 (Anlage K 11) sowie Schlussrechnung vom 30.12.2019 (Anlage K 10) abgerechnet. Es sei im Übrigen unbillig, wenn ihr trotz unstreitig erfolgter Beauftragung und Leistungserbringung kein Honorar zugesprochen würde. Im Zweifel hätte das Landgericht dieses nach § 287 Abs. 2 ZPO schätzen können. Ferner handele es sich bei der ihr zustehenden Honorarforderung um eine Masseverbindlichkeit. Sie wiederholt ihren diesbezüglichen erstinstanzlichen Vortrag unter Bezugnahme auf Fundstellen in Rechtsprechung und Literatur.

Die Klägerin beantragt,

8

den Beklagten und Berufungsbeklagten als Insolvenzverwalter der A.-AG zu verurteilen, an die Klägerin über den mit Klage vom 07.06.2019 geltend gemachten und mit Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 22.01.2020, Az.: 23 O 260/18, abgewiesenen Betrag in Höhe von EUR 13.583,55, einen weiteren Betrag in Höhe von EUR 11.986,34 nebst 10 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen und somit einen Gesamtbetrag in Höhe von EUR 25.569,89 nebst 10 % Zinsen aus einem Betrag in Höhe von EUR 13.583,55 seit dem 14.09.2014 und 10 % Zinsen aus einem Betrag in Höhe von EUR 11.986,34 seit Zustellung zu zahlen,

9

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von EUR 865,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.08.2018 zu zahlen.

10

Der Beklagte beantragt,

11

die Berufung zurückzuweisen.

12

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sofern die Klägerin mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 06.01.2020 die Klage erweitert habe, sei ihm dieser Schriftsatz nicht zugestellt sondern formlos übermittelt worden, so dass Rechtshängigkeit nicht eingetreten sei. Er widerspreche der Klageänderung. Diese sei nicht sachdienlich, da sie auch den angeblich nach Insolvenzeröffnung vom 27.07.2016 erbrachten Zeitaufwand beinhalte und damit diesbezüglich nicht das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwendet werden könne. Auf das übliche Honorar nach §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB könne sich die Klägerin nicht berufen. Zum einen behaupte sie ausdrücklich eine Honorarvereinbarung über die Abrechnung nach Zeitaufwand. Hierfür habe sie aber nicht ausreichend Beweis angetreten. Aus ihrem als Anlage K 5 vorgelegten Schreiben vom 20.12.2013 ergebe sich

13

lediglich, dass das „geschätzte“ Prüfungshonorar eine Summe von 20.000,00 € netto nicht übersteigen werde. Dies stelle keine Vereinbarung der Abrechnung nach Zeitaufwand dar. Für den von ihm bestrittenen Zeitaufwand habe sie außerdem auch keinen Beweis angetreten. Zum anderen sei der erstmals mit Schriftsatz vom 06.01.2021 erfolgte Vortrag bzgl. der fehlenden Vergütungsvereinbarung verspätet. Gleiches gelte hinsichtlich der nunmehr vorgelegten Honorarkalkulationen, des Vortrages bzgl. des notwendigen Mehraufwandes und der als Anlage K 13 vorgelegten Übersicht. Im Übrigen handele es sich bei dem geltend gemachten Anspruch auf Honorarzahung um eine Insolvenzforderung, die nach §§ 174 ff. InsO zur Tabelle anzumelden sei. Es liege eine teilbare Leistung i.S.d. § 105 InsO vor, so dass jedenfalls die geltend gemachten Leistungen für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Tabelle anzumelden seien, da diese Insolvenzforderung blieben.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze und Urkunden Bezug genommen. 14

**II.** 15

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und teilweise begründet. 16

1. 17

Der Zulässigkeit der Klage stand nicht das von Amts wegen zu berücksichtigende Verfahrenshindernis des § 87 InsO entgegen, da es sich bei der Honorarforderung der Klägerin insgesamt um eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. InsO handelte. 18

a) 19

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens können Insolvenzgläubiger ihre Forderungen nur noch nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen. Einer gleichwohl gegen die Masse erhobenen Klage auf Leistung steht § 87 InsO als von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis entgegen (vgl. Windel in: Jaeger, Insolvenzordnung, Band 2, 1. Aufl. 2007, § 87 Rn. 8). Hiervon nicht erfasst sind Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO (Müko InsO/Breuer/Flöther, 4. Auflage 2019, § 87 Rn. 14). 20

b) 21

Es handelt sich bei der Klägerin um eine Massegläubigerin. Die Honorarforderung stellt eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. InsO dar (so auch Jaeger in: Jaeger, Insolvenzordnung, Band 5/1, 1. Aufl. 2016, § 155 Rn. 113). 22

Es handelt sich um eine Verbindlichkeit, die durch die Insolvenzverwaltung ausgelöst wurde oder jedenfalls einen Bezug zur Insolvenzmasse aufweist (vgl. BGH NZI 2017, 228). Gemäß § 155 Abs. 1 InsO bleiben handels- und steuerrechtliche Pflichten des Schuldners zur Buchführung und Rechnungslegung auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt. Demnach bestehen auch die Pflichten nach § 316 HGB, den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht durch einen Abschlussprüfer prüfen zu lassen, unverändert fort. Sie werden lediglich durch § 155 InsO modifiziert (vgl. MüKo InsO/Jaffé, 4. Auflage 2019, § 155 Rn. 1 f.). 23

Hinsichtlich der Bestellung des mit der notwendigen Anfertigung dieser Arbeiten zu betrauenden Abschlussprüfers ist in § 155 Abs. 3 S. 1 InsO geregelt, dass – sofern noch keiner bestellt ist - die Bestimmung desselben auf Antrag des Insolvenzverwalters durch das 24

Registergericht erfolgt. In diesem Fall stellt die dann entstehende Forderung des Abschlussprüfers eine Masseverbindlichkeit dar (BeckOK InsO/von Bodungen, Stand: 15.10.2020, § 155 Rn. 4). Dies steht auch in Einklang mit der Vorschrift des § 5 Abs. 2 InsVV, wonach der Insolvenzverwalter bei dem Einsatz besonderer (eigener) Sachkunde (als Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) diese Kosten aus der Insolvenzmasse entnehmen darf. Folglich kann derjenige, der die eigene Sachkunde nicht besitzt, zur Erfüllung der entsprechenden, gesetzlichen Pflichten bei zureichender Masse die notwendigen Fachleute betrauen (so auch BGH NJW-RR 2007, 53). Die Honorarforderung stellt dann ebenfalls eine Masseverbindlichkeit i. S. d. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO dar (vgl. MüKo InsO/Hefermehl, 4. Auflage 2019, § 55 Rn. 36).

Im Falle des § 155 Abs. 3 S. 2 InsO, der die vor Eröffnung erfolgte wirksame Bestellung eines Abschlussprüfers auch für die Zeit nach der Eröffnung unberührt lässt, kann im Ergebnis – auch für die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Arbeiten – nichts anderes gelten. Dies korrespondiert mit dem Umstand, dass die Vorschrift des § 155 InsO eine Durchbrechung der §§ 115, 116 InsO darstellt, die anordnen, dass Geschäftsbesorgungsverträge in der Regel mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen (vgl. MüKo InsO/Jaffé, 4. Auflage 2019, § 155 Rn. 21). Dies hat erkennbar zum Ziel, den bereits ordnungsgemäß bestellten Abschlussprüfer mit seiner bereits begonnenen Arbeit, die der Insolvenzverwalter ansonsten selbst in Auftrag geben bzw. einen entsprechenden Antrag bei dem Registergericht stellen müsste, fortfahren zu lassen. Eine Auswechslung des Abschlussprüfers ist hier nur in den Ausnahmefällen des § 318 Abs. 3 HGB möglich. Es besteht kein sachlicher Grund, den bereits bestellten Abschlussprüfer insoweit schlechter zu stellen als den erst noch zu bestellenden Abschlussprüfer.

25

Dem Beklagten ist zwar dahingehend zuzustimmen, dass § 155 InsO von seiner systematischen Stellung keine Aussage zulässt, ob das Honorar des Abschlussprüfers als Masseverbindlichkeit oder Insolvenzforderung einzuordnen ist. Gleichwohl lässt seine systematische Stellung im vierten Teil der Insolvenzordnung mit der Überschrift „Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse“ darauf schließen, dass die Vorschrift des § 155 InsO eine Pflicht des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Verwaltung der Masse ausgestalten bzw. regeln will. Somit ist es auch konsequent, dass die in Erfüllung dieser Vorschrift verursachten Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO werden. Diese Vorschrift regelt ausdrücklich, dass zu den Masseverbindlichkeiten solche Verbindlichkeiten gehören, die durch die Verwaltung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören.

26

27

Die Ausführungen des Beklagten mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 16.03.2021 geben zu einer anderen Bewertung keinen Anlass. Zwar befasst sich auch die Vorschrift des § 108 InsO - wie § 155 InsO - mit dem Fortbestehen bestimmter Schuldverhältnisse. Jedoch regelt § 108 InsO den Schutz von Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz, indem es das Fortbestehen ausgewählter Dauerschuldverhältnisse mit Wirkung für die Insolvenzmasse anordnet und somit – für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens – zu Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO erhebt (vgl. MüKo InsO/Hoffmann, 4. Auflage 2019, § 108 Rn. 1). Sie steht im dritten Teil der Insolvenzordnung, der allgemein Regelungen zu den „Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ trifft. § 155 Abs. 3 S. 2 InsO trifft dagegen eine Regelung für den Umgang mit einem konkreten Schuldverhältnis, das in Zusammenhang mit der Verwaltung der Insolvenzmasse stehen (s. o.). Der Gesetzgeber hat dieses spezielle Schuldverhältnis dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO entzogen. Es besteht unabhängig von dem Willen des Insolvenzverwalters fort.

Zwar kann nach Abwägung unter Berücksichtigung der Belastbarkeit der Masse von einer Abschlussprüfung für die Jahre vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausnahmsweise Abstand genommen werden. Jedoch trägt der Beklagte auch mit seinem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16.03.2021 nichts dazu vor, dass diese Voraussetzungen vorliegend gegeben wären, so dass aus Sicht des Senats davon auszugehen ist, dass diese Pflicht weiterhin besteht. Im Ergebnis hat der Beklagte auch keine Abberufung der Klägerin beantragt bzw. dieser gegenüber erklärt, dass er an der Anfertigung des Abschlussberichtes kein Interesse mehr hat. Er hat die Klägerin insoweit lediglich darauf verwiesen, ihre Forderung zur Tabelle anzumelden. 28

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Honorarforderung des Abschlussprüfers insgesamt um eine Masseverbindlichkeit handelt, kam es weder auf die Frage der Teilbarkeit der Leistung, noch auf die Regelung des § 119 InsO an. 29

2. 30

Die auch mit der Berufungsbegründung weiterverfolgte Klagehäufung ist gemäß § 533 ZPO zulässig. 31

a) 32

Die Vorschrift des § 533 ZPO ist vorliegend anwendbar. 33

Es handelt sich nicht um eine privilegierte Klageänderung nach § 264 Nr. 2 oder 3 ZPO. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sich lediglich der Klageantrag bei gleichbleibendem Klagegrund (= Lebenssachverhalt) ändert. Vorliegend trägt die Klägerin aber zur Begründung ihrer Klageerweiterung zugleich neue Tatsachen (Schlussrechnung, Beendigung ihrer Arbeiten etc.) vor. Es handelt sich vielmehr um eine nachträgliche Klagehäufung, deren Zulässigkeit sich aber gleichwohl nach den Vorschriften der §§ 263 ff. ZPO richtet (vgl. MüKo ZPO/Becker-Eberhard, 6. Auflage 2020, § 263 Rn. 21). Auch in der Berufung ist die nachträgliche Klagehäufung möglich und an den Voraussetzungen des § 533 ZPO zu messen (BGH NJW 2014, 3314). 34

b) 35

36

Die mangels Einwilligung des Beklagten gemäß § 533 Nr. 1 ZPO notwendige Sachdienlichkeit ist zu bejahen.

Bei der Beurteilung der Sachdienlichkeit ist der Gedanke der Prozesswirtschaftlichkeit der maßgebliche Gesichtspunkt, wobei es allein darauf ankommt, ob und inwieweit die Zulassung geeignet ist, den Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits auszuräumen und weiteren Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen (Zöller/Heßler, ZPO, 33. Auflage 2020, § 533 Rn. 6; BeckOK ZPO/Wulf, Stand: 01.12.2020, § 533 Rn. 11). Dabei ist die Sachdienlichkeit mit Blick auf die ohnehin an § 529 ZPO zu messende Zulässigkeit von neuem Prozessstoff nicht kleinlich zu beurteilen. Sie ist im Sinne der doppelten Nutzung des Streitstoffs immer schon dann zu bejahen, wenn damit bei objektiver Betrachtung der Streit zwischen den Parteien endgültig erledigt und einem weiteren Prozess vorgebeugt wird (MüKo ZPO/Rimmelpacher, 6. Auflage 2020, § 533 Rn. 13).

Durch die Zulassung der Klagehäufung würde ein weiterer Rechtsstreit vermieden. Der zwischen den Parteien im Streit stehende Honoraranspruch könnte umfassend und abschließend entschieden werden. Die Klägerin begehrt vorliegend die Zahlung eines Honorars für die Anfertigung des Jahresabschlusses, des Konzernabschlusses sowie der Prüfung des Lageberichtes und des Konzernlageberichtes für das Geschäftsjahr 2013. Nachdem sie erstinstanzlich lediglich ein Teilhonorar auf Basis einer Zwischenrechnung geltend gemacht hatte, da sie ihre Arbeiten noch nicht abgeschlossen hatte, macht sie mit der Klageerweiterung nunmehr ihr vollständiges Honorar nach Abschluss der Arbeiten und Erteilung einer weiteren Zwischenrechnung sowie der Schlussrechnung geltend.

c) 39

Die Klagehäufung bezieht sich auf Tatsachen, die der Senat seiner Entscheidung ohnehin zugrundzulegen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO). 40

Bei dem diesbezüglichen Vortrag der Klägerin, dass die geschuldeten Arbeiten abgeschlossen sind sowie der Bericht entsprechend angefertigt und übergeben wurde, handelt es sich um unstreitig gebliebenen Sachvortrag, der in der Berufung zu berücksichtigen ist (MüKo ZPO/Rimmelpacher, 6. Auflage 2020, § 531 Rn. 39). 41

d) 42

Sofern der Beklagte mit seiner Berufungserwiderung eine fehlende Zustellung des Schriftsatzes vom 06.01.2020 moniert, kam es hierauf nicht an, da diese zurecht unterblieb (vgl. BeckOK ZPO/Bacher, Stand: 01.12.2020, § 296a Rn. 11). Die maßgebliche Klagehäufung erfolgte erst mit der Berufungsbegründung, die auch zugestellt wurde. 43

e) 44

Die Voraussetzungen des § 260 ZPO liegen vor. 45

3. 46

Die Klage ist auch teilweise begründet. 47

a) 48

49

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung eines Honorars in Höhe von noch 15.867,46 € gemäß §§ 631 Abs. 1 BGB.

aa) 50

Zwischen den Parteien bzw. vormals der Schuldnerin und der Klägerin ist unstreitig ein Vertrag über die Prüfung des Jahres- und Konzernabschlusses für 2013 sowie den Lagebericht und den Konzernlagebericht für das Geschäftsjahr 2013 zustande gekommen. Der Wirtschaftsprüfervertrag ist daher vorliegend als Werkvertrag zu qualifizieren (BGH NJW 2000, 1107). 51

bb) 52

Zwischen den Parteien wurde ein Pauschalhonorar in Höhe von 23.800,00 € (= 20.000,00 € netto zzgl. MwSt.) vereinbart, einen Mehraufwand hat die Klägerin jedenfalls nicht ausreichend unter Beweis gestellt. Der Beweis einer von der vertraglichen Regelung abweichenden Vergütungsvereinbarung ist ihr nicht gelungen. 53

(a) 54

Die Vereinbarung einer Vergütung und ihre Bemessung hat grundsätzlich der Unternehmer zu beweisen. Dies gilt gleichermaßen für den Fall, dass der Unternehmer die übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB begehrt. Hier muss er das Fehlen einer seitens des Bestellers behaupteten Vergütungsabrede beweisen (vgl. BeckOK BGB/Voit, Stand: 01.05.2020, § 631 Rn. 102; Palandt/Retzlaff, BGB, 80. Auflage 2021, § 632 Rn. 20). Liegt ein schriftlicher Werkvertrag vor, muss derjenige, der eine für ihn günstige anderweitige mündliche Absprache behauptet, diese auch beweisen (BeckOGK BGB/Mundt, Stand: 01.01.2021, § 632 Rn. 677). 55

(b) 56

Zwischen den Parteien ist unstreitig, jedenfalls stellt der Beklagte dies nicht in Abrede, dass es sich vorliegend um eine entgeltliche Tätigkeit der Klägerin handelte. Er hat sich lediglich darauf beschränkt, eine Vergütungsabrede nach Zeithonorar zu bestreiten, und den Vortrag der Klägerin als verspätet gerügt, sie könne die übliche Vergütung verlangen. 57

(c) 58

Aus den vorgelegten Vertragsunterlagen ergibt sich aufgrund der nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmenden Auslegung der wechselseitig abgegebenen, auf den Abschluss des vorgenannten Vertrages gerichteten Willenserklärungen, dass die Parteien ein Pauschalhonorar in Höhe von 20.000,00 € netto vereinbart haben. 59

Die Vertragsunterlagen bestehen zum einen aus der von der Schuldnerin und der Klägerin am 30.12.2013/03.01.2014 unterzeichneten sogenannten „Auftragserteilung und Einverständniserklärung des Auftraggebers“, dem erläuternden Schreiben der Klägerin vom 20.12.2013 sowie den allgemeinen Auftragsbedingungen der Klägerin. In ihrem Schreiben vom 20.12.2013 (Anlage K 5) beschrieb die Klägerin die von ihr zu erbringenden Leistungen, die hiermit einhergehenden, weiterhin bestehenden und nicht auszuräumenden Unwägbarkeiten und machte (auf Seite 3 zweiter Absatz) Ausführungen zu der von ihr beabsichtigten Abrechnung bzw. dem zu zahlenden Honorar. Dabei heißt es dort wörtlich: 60

*Ebenso gehen wir aufgrund der Prüfungsplanung davon aus, dass das Prüfungshonorar ohne Auslagen und Reisekosten – begrenzt auf max. 10 % des pauschalen Prüfungshonorars – und Umsatzsteuer den Betrag von 20.000,00 € nicht übersteigen wird.* 61

*Sollte sich aufgrund unvorhergesehener Umstände eine wesentliche Überschreitung des von uns geplanten Prüfungsaufwandes abzeichnen, werden wir Sie rechtzeitig informieren, um gemeinsam mit Ihnen die aufgetretenen Probleme zu lösen.*

...	62
<i>Auf das geschätzte Honorar einschließlich Auslagen und Umsatzsteuer werden folgende Zahlungen vereinbart, für die uns Bankeinzugsermächtigung erteilt wird</i>	63
? <i>1/3 bei Prüfungsbeginn</i>	64
? <i>1/3 bei Auslieferung des Berichtsentwurfs</i>	65
? <i>1/3 bei Abgabe des endgültigen Prüfberichtes</i>	66
Die Schuldnerin durfte und musste aufgrund dieser Formulierung davon ausgehen, dass ein Pauschalhonorar angeboten wurde. Dies folgt bereits aus der Nennung des Betrages von 20.000,00 € netto in Kombination mit der in Parenthese gesetzten Ergänzung, dass die Auslagen auf „max. 10 % des pauschalen Prüfungshonorars“ begrenzt würden. Diese Begrenzung erfolgt demnach erkennbar vor dem Hintergrund der Vereinbarung eines Pauschalhonorars. Hierfür spricht auch der Umstand, dass der weitere Wortlaut nach Nennung des Pauschalbetrages („Sollte sich aufgrund unvorhergesehener Umstände...“) der Formulierung des § 43 Abs. 2 BS WP/vBP nachgebildet ist, um den dortigen Anforderungen gerecht zu werden, die Voraussetzung für die Vereinbarung eines Pauschalhonorars sind. Sofern in dem Schreiben der Klägerin die Formulierung „geschätztes Honorar“ verwendet wird, ändert dies nichts, da auch hiermit erkennbar den vorgenannten Voraussetzungen Rechnung getragen werden soll (vgl. OLG München, Urteil vom 02.06.2016, Az.: 23 U 4084/15).	67
(d)	68
Der insoweit beweisbelasteten Klägerin (s.o.) ist der Nachweis einer von der vertraglichen Vereinbarung abweichenden Vergütungsvereinbarung nach Zeitaufwand nicht gelungen.	69
Sie hat zum Beweis dieser Tatsachen lediglich Bezug auf die vorgenannten Urkunden genommen, aus denen sich aber gerade die Vereinbarung eines Pauschalhonorars ergab.	70
(e)	71
Aus den gleichen Gründen scheidet auch eine Abrechnung der Klägerin nach der üblichen Vergütung.	72
(f)	73
Der Senat war an einer Verurteilung des Beklagten auf Basis des vereinbarten Pauschalhonorars nicht deshalb gehindert, weil die Klägerin ihren Anspruch nicht explizit auf ein Pauschalhonorar stützte, nachdem sich dieses aus den vorgelegten Vertragsunterlagen ergab und die Entgeltlichkeit der Tätigkeit der Klägerin zwischen den Parteien nicht im Streit stand.	74
(g)	75
	76

Die Klägerin hat auch einen Mehraufwand nicht bewiesen.

Sie hat diesbezüglich - unabhängig von der Frage, ob der Mehraufwand substantiiert dargelegt wurde - lediglich Beweis durch Vorlage von Leistungsübersichten angetreten. Dies stellt aber keinen tauglichen Beweis für die seitens des Beklagten bestrittene Behauptung dar, dass dieser Mehraufwand auch tatsächlich angefallen ist. Hierfür hätte es der Benennung von Zeugen bedurft. 77

cc) 78

Das Honorar war auch gemäß § 641 BGB fällig, da der Beklagte das Werk (= den Abschlussbericht) jedenfalls konkludent abgenommen hat. 79

Der Senat geht davon aus, dass dem Beklagten der Abschlussbericht spätestens am 07.02.2020 zugegangen ist. Gemäß dem in der Akte befindlichen Ab-Vermerk wurde der klägerische Schriftsatz vom 06.01.2020 am 04.02.2020 an den Beklagten versandt. Der Senat geht daher davon aus, dass der Schriftsatz binnen der üblichen Postlaufzeit von drei Werktagen bei dem Beklagten eingegangen ist. Ein früheres Zugangsdatum war für den Senat nicht festzustellen, da die Klägerin nicht vorgetragen hat, wann sie ihr an den Beklagten adressiertes Übersendungsschreiben vom 02.01.2020 abgesandt hat bzw. wann dieses dem Beklagten zugegangen sein soll. 80

Nach Ablauf einer angemessenen Prüffrist, die der Senat auf drei Wochen bemisst, was angesichts des Umfangs von 13 Seiten in jedem Fall ausreichend ist, gilt das Werk ab dem 01.03.2020 als abgenommen. 81

dd) 82

Der Honoraranspruch ist aufgrund des unstreitig bereits gezahlten Abschlags in Höhe von 7.932,54 € (=6.666,00 € netto zzgl. MwSt.) gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. 83

2. 84

Der Zinsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2020 resultiert aus §§ 288, 291 BGB. 85

Aufgrund der Tatsache, dass der Werklohnanspruch erst mit Abnahme des Werkes zum 01.03.2020 fällig wurde, befand sich die Schuldnerin bzw. der Beklagte mit Zahlung des Honorars nicht in Verzug. Da der Zeitpunkt nach Rechtshängigkeit liegt, waren Zinsen auf die Hauptforderung gemäß § 291 S. 1 2. HS BGB ab dem Fälligkeitszeitpunkt zuzusprechen. 86

Die Höhe des Zinssatzes ergibt sich aus § 288 Abs. 2 BGB, da es sich um ein Rechtsgeschäft handelte, an dem ein Verbraucher nicht beteiligt war. Sofern die Klägerin die Zahlung eines Zinssatzes von 10 % begehrt, hat sie diesen nicht gesondert begründet (§ 288 Abs. 3 BGB). 87

3. 88

Ein Anspruch auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten nebst diesbezüglicher Zinsen steht der Klägerin gegen den Beklagten nicht zu, da sich weder der Beklagte, noch die Schuldnerin mit der Zahlung der Honorarforderung in Verzug befunden haben. Es wird sinngemäß auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen. 89

90

Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

<b>III.</b>	91
Die prozessualen Nebenentscheidungen resultieren aus den gesetzlichen Vorschriften der §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	92
Eine Entscheidung nach § 97 Abs. 2 ZPO zulasten der Klägerin war nicht zu treffen, da sie den streitgegenständlichen Prüfbericht erst nach der mündlichen Verhandlung erster Instanz anfertigte und daher an einem diesbezüglichen Vortrag in erster Instanz gehindert war.	93
<b>IV.</b>	94
Hinsichtlich der Frage, ob es sich bei der Honorarforderung des bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits bestellten Abschlussprüfers insgesamt um eine Masseverbindlichkeit handelt, war gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO die Revision zuzulassen.	95
Nach dieser Vorschrift hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einheitlicher Entwicklung und Handhabung des Rechts herrührt (Zöller/Heßler, ZPO, 33. Auflage 2020, § 543 Rn. 11).	96
Die Frage, ob es sich bei der Honorarforderung des Wirtschaftsprüfers, dessen Bestellung gemäß § 155 Abs. 3 S. 2 InsO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt wird, um eine Masseverbindlichkeit oder eine Insolvenzforderung handelt, ist höchstrichterlich ungeklärt. Eine diesbezügliche obergerichtliche Entscheidung ist ebenfalls nicht bekannt. In der Literatur werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten. Während Jaeger die Honorarforderung insgesamt ohne weitere Begründung für eine Masseverbindlichkeit hält (s.o.), wird an anderer Stelle die Auffassung vertreten, nur die Tätigkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei eine Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO (so im Ergebnis Depré in: Kayser/Thole, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 10. Aufl. 2020, § 155 Rn. 16).	97
Es handelt sich hierbei auch um eine durch das Revisionsgericht klärungsfähige Rechtsfrage, die eine unbestimmte Vielzahl von Fällen berührt, da jede Gesellschaft auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Erstellung der Abschlussberichte durch einen Abschlussprüfer verpflichtet ist und in einer Vielzahl der Fälle bereits ein Abschlussprüfer bestellt sein wird.	98
Der Streitwert der Berufung wird auf 25.569,89 € festgesetzt.	99