



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

IX ZR 68/21

Verkündet am:  
28. April 2022  
Kluckow  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 2021 durch den Vorsitzenden Richter Grupp, die Richterin Möhring, den Richter Prof. Dr. Schoppmeyer, die Richterin Dr. Selbmann und den Richter Dr. Harms

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. März 2021 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft. Die Hauptversammlung der M. AG (im Folgenden: Schuldnerin) wählte sie am 9. Juli 2013 zur Abschlussprüferin für den Jahresabschluss und den Konzernabschluss sowie den Lagebericht und den Konzernlagebericht zum 31. Dezember 2013. Am 30. Dezember 2013 erteilte der Aufsichtsrat der Schuldnerin der Klägerin den entsprechenden Prüfungsauftrag. Diese nahm den Auftrag am 3. Januar 2014 an. Mit Rechnung vom 14. August 2014 stellte die Klägerin der Schuldnerin für ihre Prüftätigkeit einen Teilbetrag in Höhe von 33.154,23 € in Rechnung. Am 1. Oktober 2014 wurde das Insolvenzverfahren

über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

2 Die Klägerin hat zunächst den vorgenannten Betrag gegen den Beklagten geltend gemacht. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat sie ihre Klage - nach zwischenzeitlicher Beendigung ihrer Arbeiten und Erteilung einer Schlussrechnung - um einen Betrag von 18.940,82 € erweitert.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht die Klageerweiterung zugelassen und der Klage unter Berücksichtigung eines gezahlten Abschlags wegen eines Teilbetrages in Höhe von 31.733,73 € stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision.

#### Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

5 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Honorarforderung der Klägerin beruhe auf der Vereinbarung eines Pauschalpreises mit der Schuldnerin und stelle sich insgesamt als Masseverbindlichkeit dar. Der Einordnung eines Teils der Forderung als Insolvenzforderung stehe entgegen, dass einerseits der dem Abschlussprüfer erteilte Auftrag mit der Verfahrenseröffnung nicht erlösche und andererseits die Forderung aufgrund des höchstpersönlichen Charakters der Abschlussprüfung nicht teilbar sei.

6 Die ausgesprochene teilweise Klagabweisung beruht darauf, dass nach  
Ansiht des Berufungsgerichts die Höhe des Vergütungsanspruchs durch eine  
Pauschalpreisabrede begrenzt sei.

II.

7 Das hält rechtlicher Prüfung nicht in allen Punkten stand.

8 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der klageweisen  
Geltendmachung des Teils der Honorarforderung der Klägerin, der auf den vor  
der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Leistungen beruht, § 87 InsO  
entgegen. Insoweit handelt es sich bei dem erhobenen Vergütungsanspruch um  
eine Insolvenzforderung und nicht um eine Masseverbindlichkeit.

9 1. Noch zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass  
die Verfahrenseröffnung nicht zum Erlöschen des zwischen der Klägerin und der  
Schuldnerin geschlossenen Vertrages gemäß §§ 115, 116 InsO geführt hat. Aus  
§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO folgt vielmehr, dass die Eröffnung des Insolvenzverfah-  
rens den Bestand des Vertrages über die Abschlussprüfung unberührt lässt.

10 a) Nach § 115 Abs. 1, § 116 Satz 1 InsO erlischt ein Dienst- oder Werk-  
vertrag, durch den sich jemand dem Schuldner gegenüber verpflichtet hat, ein  
Geschäft für diesen zu besorgen, mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der  
Vertrag über die Abschluss- und Konzernabschlussprüfung gemäß § 316 Abs. 1  
Satz 1, Abs. 2 Satz 1 HGB stellt sich in diesem Sinne als Werkvertrag mit Ge-  
schäftsbesorgungscharakter dar (BGH, Urteil vom 1. Februar 2000 - X ZR  
198/97, WM 2000, 973; vom 7. März 2002 - III ZR 12/01, WM 2002, 2248, 2249 f;  
vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 Rn. 14; vgl. auch BGH,

Beschluss vom 8. Mai 2018 - II ZB 17/17, ZIP 2018, 1358 Rn. 9 sowie ausführlich zum Geschäftsbesorgungscharakter Röhl/Hidding, WM 2021, 1729 f).

- 11            b) Gemäß § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO wird die Wirksamkeit der Bestellung eines Abschlussprüfers für das Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch die Eröffnung nicht berührt. Aus dieser Bestimmung folgt, dass der Vertrag über die Abschlussprüfung und damit auch der sich daraus ergebende Vergütungsanspruch in Abweichung von §§ 115, 116 InsO mit der Eröffnung nicht erlischt.
- 12            aa) Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO nicht nur für das Geschäftsjahr gilt, in welchem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt, sondern auch für die Bestellung von Abschlussprüfern in vorangegangenen Geschäftsjahren (BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018, aaO Rn. 12 ff). § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO ist mithin auf die Bestellung der Klägerin zur Abschlussprüferin für das Geschäftsjahr 2013 der Schuldnerin anwendbar.
- 13            bb) Nach einer Auffassung im Schrifttum soll die Reichweite des § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO im Hinblick auf seinen Wortlaut allerdings auf die Fortwirkung der Auswahlentscheidung der Gesellschafter- oder Hauptversammlung gemäß § 318 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 HGB (iVm § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG) beschränkt sein, während mit Bezug auf den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Schuldnerin und Prüfer §§ 115, 116 InsO anzuwenden seien. Denn das Gesetz verwende den Begriff der "Bestellung", welcher in Übereinstimmung mit der bereits bei Inkrafttreten der Insolvenzordnung bekannten handels- und aktienrechtlichen Terminologie gerade nicht den der Auswahlentscheidung der Gesellschafter nachfolgenden Prüfungsauftrag umfasse (Klerx, NZG 2003, 943, 944; Ebke in Festschrift Hopt, 2010, S. 559, 577 ff). Nach der überwiegenden Auffassung beinhaltet § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO hingegen als *lex specialis* eine

Durchbrechung der §§ 115, 116 InsO mit der Folge, dass auch der vor Insolvenzeröffnung abgeschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag und der daraus folgende Vergütungsanspruch des Abschlussprüfers fortbestehen (vgl. OLG Frankfurt, ZInsO 2004, 95, 96 und ZIP 2021, 1978, 1980; MünchKomm-InsO/Jaffé, 4. Aufl., § 155 Rn. 21; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., § 155 Rn. 24; Kübler in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 155 Rn. 70; HK-InsO/Depré, 10. Aufl., § 155 Rn. 16; FK-InsO/Boochs/Nickel, 9. Aufl., § 155 Rn. 244; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, 6. Aufl., § 155 Rn. 27; Schmidt/Schmittmann, InsO, 19. Aufl., § 155 Rn. 58; Jaeger/Eckardt, InsO, § 155 Rn. 113; Müller/Gelhausen in Festschrift Claussen, 1997, S. 687, 696; Kniebes, ZInsO 2015, 383, 385; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 703; Kaiser/Berbuer, ZIP 2017, 161, 162; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776; vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 - II ZB 17/17, ZIP 2018, 1358 Rn. 9). Die herrschende Meinung verdient den Vorzug.

14 (1) § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO verwendet den Begriff der Bestellung nicht in einer auf den Wahlvorgang beschränkten Bedeutung. Der Begriff der Bestellung ist als zusammenfassender Oberbegriff für den in der Wahl des Abschlussprüfers liegenden korporationsrechtlichen Bestellungsakt (Ebke in Festschrift Hopt, 2010, S. 559, 577) und die nachfolgende schuldrechtliche Beauftragung des Prüfers durch die Gesellschaft als mehraktigen Vorgang anzusehen (vgl. OLG Naumburg, OLGR Naumburg, 2005, 275; Beck'scher Bilanz-Kommentar/Schmidt/Heinz, 12. Aufl., § 318 Rn. 1; BeckOK-HGB/Schorse/Morfeld, 2021, § 318 Rn. 3; Müller/Gelhausen, aaO; Kniebes, aaO S. 384; Kaiser/Berbuer, aaO S. 161). Zudem spricht auch § 318 HGB mit seiner amtlichen Überschrift "Bestellung und Abberufung" von dem gesamten Vorgang von der Wahl durch die Gesellschafter bis zum Vertragsabschluss zwischen Gesellschaft und Prüfer.

15 (2) Die Materialien zur Insolvenzordnung (BT-Drucks. 12/2443, S. 172 f zu § 174 RegE-InsO) belegen, dass der Gesetzgeber den Begriff der Bestellung in

§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO in diesem umfassenderen Sinn verstanden und gemeint hat. Denn danach soll der vor Insolvenzeröffnung gewählte Abschlussprüfer, dem "der Prüfungsauftrag erteilt worden war...berechtigt bleiben, den Jahresabschluss" zu prüfen. Aus dieser Formulierung folgt, dass der Gesetzgeber von einem Fortbestehen (auch) des Geschäftsbesorgungsvertrags nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausging. Anderenfalls hätte es nahegelegen, an dieser Stelle der Gesetzesbegründung hinsichtlich des Prüfungsauftrags im Hinblick auf §§ 115, 116 InsO auf die Notwendigkeit von dessen Neubegründung durch Insolvenzverwalter und Prüfer zu verweisen.

16 (3) Vor diesem Hintergrund kommt auch dem systematischen Gesichtspunkt, dass sich § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO im vierten Teil und nicht im zweiten Abschnitt des dritten Teils der Insolvenzordnung über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte findet, keine ausschlaggebende, gegen die Annahme einer Verdrängung der §§ 115, 116 InsO durch diese Vorschrift sprechende Bedeutung zu.

17 2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Vergütungsforderung der Klägerin sei insgesamt als Masseverbindlichkeit einzustufen, trifft hingegen nicht zu. Vielmehr ist für die Zeit vor und die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu unterscheiden. Der Honoraranspruch der Klägerin stellt sich als bloße Insolvenzforderung gemäß §§ 38, 87 InsO dar, soweit er auf Leistungen beruht, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbracht wurden. Nur ihre nach diesem Zeitpunkt erbrachte Tätigkeit und die daran anknüpfende Vergütungsforderung begründete gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO eine Masseverbindlichkeit.

18 Die Frage der rechtlichen Einordnung des Vergütungsanspruchs aus einem nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO fortwirkenden Prüfungsauftrag ist umstritten. Nach einer Auffassung, der auch

das Berufungsgericht gefolgt ist, ist der Vergütungsanspruch in einem solchen Fall einheitlich als Masseverbindlichkeit anzusehen (vgl. HK-InsO/Depré, 10. Aufl., § 155 Rn. 16; Jaeger/Eckardt, InsO, § 155 Rn. 113; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704 f; ders., ZInsO 2021, 1915 f; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776). Nach der Gegenauffassung liegt eine Masseverbindlichkeit nur für die Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor, hinsichtlich der Vergütung der Tätigkeit des Abschlussprüfers in der Zeit davor sei hingegen eine bloße Insolvenzforderung anzunehmen (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980). Diese Ansicht trifft zu.

19 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und eines Teils des zitierten Schrifttums (Jaeger/Eckardt, aaO) kann die Annahme einer Masseverbindlichkeit für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht auf § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO gestützt werden. Nach dieser Bestimmung sind Masseverbindlichkeiten solche Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören.

20 aa) Der Anspruch der Klägerin ist nicht durch eine Handlung des Insolvenzverwalters im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO begründet worden. Der Geschäftsbesorgungsvertrag wurde vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters geschlossen.

21 bb) Die Verbindlichkeit wurde auch nicht in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 InsO). Voraussetzung hierfür wäre, dass die Verbindlichkeiten durch die Insolvenzverwaltung ausgelöst wurden oder jedenfalls einen Bezug zur Insolvenzmasse aufweisen (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16,

NZI 2017, 228 Rn. 19; vom 28. November 2019 - IX ZR 239/18, BGHZ 224, 177 Rn. 31; ebenso BVerwG, NJW 2010, 2152 Rn. 14; BFH, ZIP 2011, 1728 Rn. 13 f). Daran fehlt es, soweit es um die hier in Rede stehende vorinsolvenzliche Tätigkeit des Abschlussprüfers geht.

22            b) Die Annahme einer Masseverbindlichkeit für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergibt sich auch nicht aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO. Nach dieser Bestimmung sind Masseverbindlichkeiten Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss.

23            aa) Außer Frage steht, dass der von der Norm vorausgesetzte - hier aus § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO folgende - gesetzliche Erfüllungszwang dazu führt, dass die Vergütungsforderung der Klägerin als Abschlussprüferin nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO insoweit eine Masseverbindlichkeit darstellt, als die Forderung auf ihrer Prüftätigkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beruht.

24            bb) Hingegen stellen Ansprüche des Gläubigers aus einem gegenseitigen Vertrag, wenn die Leistung teilbar ist, nur eine Insolvenzforderung dar, soweit sie den Teil der Leistung betreffen, der vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbracht worden ist. Dies gilt auch im Fall des § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO für Leistungen des Abschlussprüfers.

25            (1) Ein solcher Ansatz entspricht dem in § 105 InsO enthaltenen Rechtsgedanken. § 105 Satz 1 InsO sieht vor, dass der Vergütungsanspruch gegen den Schuldner nur Insolvenzforderung ist, soweit er auf zum Zeitpunkt der Eröffnung von dem anderen Teil bereits erbrachte Teilleistungen entfällt. Dahinter steht, dass der teilweise vorleistende Vertragspartner des Schuldners hinsichtlich seines auf die Zeit vor der Eröffnung entfallenden Zahlungsanspruchs nicht besser behandelt werden soll als derjenige, der zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig

vorgeleistet hat und daher insgesamt nur Insolvenzgläubiger ist. Neben der Gläubigergleichbehandlung sollen auch der Schutz der Masse und die Sanierungschancen des Schuldners sichergestellt werden (BGH, Urteil vom 27. Februar 1997 - IX ZR 5/96, BGHZ 135, 25, 28 f).

26 Für den Fall des § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO gilt Entsprechendes. Auch der Abschlussprüfer, der nur einen Teil seiner Tätigkeit vor Eröffnung erbracht hat, kann nicht besser stehen als derjenige, der seine Prüfung zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig abgeschlossen hat und insgesamt nur Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO ist (ebenso OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1981). Wie andere Gläubiger auch kann sich der Abschlussprüfer vor den Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf seinen Vergütungsanspruch für bereits erbrachte Leistungen im Übrigen durch die Vereinbarung von Vorschuss- oder Abschlagszahlungen schützen.

27 (2) Für die Teilbarkeit entsprechend dem Rechtsgedanken des § 105 InsO kommt es nicht darauf an, dass sich der wirtschaftliche Wert der Tätigkeit des Abschlussprüfers letztendlich erst mit deren Abschluss, also vor allem der Erteilung des Testats gemäß § 322 HGB, sichtbar im Vermögen des Schuldners niederschlägt und die vorangegangene Tätigkeit unter diesem Gesichtspunkt als bloße Leistungsvorbereitung angesehen werden mag. Maßgeblich ist ein weiterer Begriff der Teilbarkeit, für den allein entscheidend ist, ob sich die vor und nach Eröffnung erbrachten Leistungen des anderen Teils hinreichend voneinander abgrenzen und bewerten lassen. Auch höchstpersönliche Leistungen können danach teilbar sein.

28 (a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 105 InsO (und bereits zu § 17 KO nach Aufgabe der sogenannten Einheitslösung mit Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340) ist der Teilbarkeitsbegriff weiter

gefasst als in der Rechtsprechung zum vormaligen § 36 Abs. 2 Satz 1 VerglO (vgl. dazu BGH, Urteil vom 10. März 1994 - IX ZR 236/93, BGHZ 125, 270, 274 f mwN). Nach der neueren Rechtsprechung des Senats liegt eine Teilbarkeit nicht erst dann vor, wenn sich die fragliche Leistung in hinreichend verselbständigte Teile aufspalten lässt. Es genügt vielmehr, dass sich der Wert der erbrachten Teilleistung und ein auf sie entfallender Anteil der Gegenleistung im Verhältnis zur Gesamtleistung und Gesamtvergütung objektiv bestimmen lassen, erforderlichenfalls mit sachverständiger Hilfe (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1995, aaO S. 344 f; vom 22. Februar 2001 - IX ZR 191/98, BGHZ 147, 28, 34; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f). Der Senat versteht den Begriff der Teilbarkeit in seiner Rechtsprechung damit im denkbar weitesten Sinne (Fischer, NZI 2002, 281, 283; Pape, NJW 2002, 1165, 1173). Die Teilbarkeit ist mit anderen Worten der Regelfall (Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 105 Rn. 7; FK-InsO/Wegener, 9. Aufl., § 105 Rn. 7; Scherer, NZI 2004, 113, 115).

29            Im Schrifttum ist diese Rechtsprechung überwiegend auf Zustimmung gestoßen (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 105 Rn. 14; Uhlenbruck/Wegener, aaO; FK-InsO/Wegener, aaO; HmbKomm-InsO/Ahrendt, 9. Aufl., § 105 Rn. 4; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn 25; BK-InsO/Goetsch, 2006, § 105 Rn. 9 ff; KK-InsO/Hess, § 105 Rn. 6; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 105 Rn. 8 ff; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, 6. Aufl., § 105 Rn. 4 ff; Gottwald/Haas/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 36 Rn. 4; Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 4. Aufl., § 105 Rn. 3; Braun/Kroth, InsO, 8. Aufl., § 105 Rn. 4; Kreft in Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 387, 396; Thode, ZfIR 2000, 165, 180; Huber, NZI 2002, 467, 470; Fischer, aaO; Pape, aaO; Scherer, aaO S. 117; ablehnend und einer ähnlichen Begriffsbestimmung wie der des Bundesgerichtshofs zu § 36 Abs. 2 VerglO folgend HK-InsO/Marotzke, 10. Aufl., § 105 Rn. 8; ebenfalls für ein engeres Verständnis Meyer, NZI 2001, 294, 298;

ders., NZI 2014, 679 ff; Hoffmann KTS 2018, 343, 371; im Ergebnis auch Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 105 Rn. 8 ff). Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest.

30 (b) Die Beurteilung, dass der Gläubiger seine Leistung bereits teilweise erbracht hat, setzt nicht zwingend voraus, dass vor der Insolvenzeröffnung schon etwas in das Vermögen des Schuldners gelangt ist (aA Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 11 f; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 105 Rn. 14; Uhlenbruck/Wegener, 15. Aufl., § 105 Rn. 12). Eine erbrachte Teilleistung des anderen Teils liegt bei Werk- und Werklieferungsverträgen über eine nicht vertretbare Sache (§ 650 Abs. 1 Satz 2 BGB) vielmehr regelmäßig vor, wenn dieser Leistung nach den für eine Kündigung aus wichtigem Grund geltenden Maßstäben ein Teil des Vergütungsanspruchs zugeordnet werden kann, weil und soweit sich die erbrachte Leistung feststellen und bewerten lässt.

31 (aa) Der Senat ist in seiner bisherigen Rechtsprechung sowohl zu einem (Bau-)Werkvertrag (BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340 ff; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f) als auch einem Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache (BGH, Urteil vom 22. Februar 2001 - IX ZR 191/98, BGHZ 147, 28, 33 f) davon ausgegangen, dass der andere Teil bereits vor Insolvenzeröffnung eine wertschöpfende (Teil-)Leistung erbracht hat und sich diese von der Gesamtleistung abgrenzen und bewerten lässt. Indem der andere Teil eine solche Teilleistung als Vorleistung erbringt, ohne hierfür den Schutz des § 320 BGB in Anspruch zu nehmen, übernimmt er für seinen Gegenanspruch insoweit das Insolvenzrisiko des Schuldners.

32 Dabei hat der Senat darauf abgestellt, dass bei der Ermittlung des anteiligen Werklohns dieselben Maßstäbe anzuwenden sind, wie wenn der Bauvertrag

im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus wichtigem Grund gekündigt worden wäre (BGH, Urteil vom 25. April 2002, aaO S. 364). Es kommt danach auf das Wertverhältnis an, in welchem die bisher erbrachten Leistungen des anderen Teils zu den nach Insolvenzeröffnung noch zu erbringenden Leistungen stehen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2001, aaO S. 34). Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass für die Frage, ob der andere Teil bereits eine wertschöpfende Teilleistung erbracht hat, bei Werk- und Werklieferungsverträgen über nicht vertretbare Sachen (§ 650 Abs. 1 Satz 2 BGB) darauf abgestellt werden kann, ob im Falle der Kündigung aus wichtigem Grund ein Vergütungsanspruch bestünde.

33 (bb) Eine abweichende Betrachtung für geistige Werke - wie das des Abschlussprüfers - ist nicht geboten. Auch bei dem Abschlussprüfervertrag steht die kontinuierliche Leistungserbringung, die Schöpfung des Werks, durch den Einsatz von Personal und Sachmitteln im Rahmen der Prüfung im Vordergrund der Tätigkeit. Mit dem gemäß § 322 Abs. 1 Satz 1 HGB am Ende zu erteilenden Testat wird die Leistung des Abschlussprüfers nur formal abgeschlossen, wenn auch der gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB offenzulegende Bestätigungs- oder Versagungsvermerk als Gesamturteil über den Jahresabschluss des Unternehmens für sich betrachtet von erheblicher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung, insbesondere für das geprüfte Unternehmen, die Anteilseigner und die Öffentlichkeit, ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19, WM 2020, 987 Rn. 28; MünchKomm-Bilanzrecht/Bormann, § 322 HGB Rn. 3 f). Für die Würdigung im vorliegenden Zusammenhang kommt es jedoch allein darauf an, dass sich die vor und nach Insolvenzeröffnung erbrachten Tätigkeiten auch im Fall der Abschlussprüfung voneinander abgrenzen und bewerten lassen.

34 Das ist wie beim Bauvertrag zu bejahen. Auch im Falle des Widerrufs des Prüfungsauftrages gemäß § 318 Abs. 1 Satz 5 HGB durch die Gesellschaft oder

der Kündigung durch den Prüfer gemäß § 318 Abs. 6 Satz 1 HGB ist es grundsätzlich möglich und erforderlich, die bis dahin erbrachten Leistungen gemäß den allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu bewerten, um den bestehenden Teilvergütungsanspruch des Prüfers (entsprechend § 628 Abs. 1 Satz 1, § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB) bestimmen zu können (vgl. MünchKomm-HGB/Ebke, 4. Aufl., § 318 Rn. 117, 148; Mylich/Müller in Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl., § 318 Rn. 147; Großkomm-HGB/Habersack/Schürnbrand, 5. Aufl., § 318 Rn. 86; Dißars, BB 2005, 2231, 2233; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - Xa ZR 175/07, WM 2010, 410 Rn. 24). Die Vornahme der entsprechenden Bewertung obliegt dem Tatrichter, der sich sachverständiger Hilfe bedienen kann.

35 (c) Der Teilbarkeit der Leistung der Beklagten steht auch nicht entgegen, dass es sich um eine höchstpersönliche Leistung handelte.

36 (aa) Die Abschlussprüfung ist als eine höchstpersönliche Leistung in diesem Sinne anzusehen (vgl. Hense/Ulrich/Förster, WPO, 3. Aufl., § 32 Rn. 5, 20; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776). Der bestellte Prüfer hat gemäß § 322 Abs. 7 Satz 1 Halbsatz 1 HGB den schriftlichen Bestätigungsvermerk oder den Vermerk über seine Versagung zu unterzeichnen. Im Fall der Gemeinschaftsprüfung (§ 322 Abs. 6a HGB) haben alle bestellten Personen zu unterzeichnen (§ 322 Abs. 7 Satz 1 Halbsatz 2 HGB). Ist der Abschlussprüfer wie im vorliegenden Fall eine Prüfungsgesellschaft, muss die Unterzeichnung zumindest durch den Wirtschaftsprüfer erfolgen, der die Abschlussprüfung für seine Gesellschaft durchgeführt hat (§ 322 Abs. 7 Satz 3 HGB). Entsprechendes ergibt sich aus § 321 Abs. 5 Satz 1 HGB für den Prüfungsbericht gemäß § 321 Abs. 1 Satz 1 HGB, in den das Testat gemäß § 322 Abs. 7 Satz 2 HGB aufzunehmen ist. Fällt der beauftragte Wirtschaftsprüfer vor Beendigung des Auf-

trags aus oder kann er aus sonstigen Gründen seine Arbeitsergebnisse nicht persönlich unterzeichnen, bedarf es daher der Bestellung eines neuen Abschlussprüfers (vgl. Hense/Ulrich/Förster, aaO Rn. 6).

37 (bb) Nach einer Auffassung wird bei höchstpersönlichen Leistungen allgemein eine Teilbarkeit verneint (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 105 Rn. 22; FK-InsO/Wegener, 9. Aufl., § 105 Rn. 9; HmbKomm-InsO/Ahrendt, 9. Aufl., § 105 Rn. 4; Andres/Leithaus, InsO, 4. Aufl., § 105 Rn. 3; Gottwald/Haas/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 36 Rn. 4; Thode, ZfIR 2000, 165, 181; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776). Nach anderer Meinung kommt eine Teilbarkeit grundsätzlich auch dann in Betracht (BAGE 132, 333 Rn. 29 ff für einen Rechtsanwalt; OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980 für einen Abschlussprüfer; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 105 Rn. 11; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 28; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 105 Rn. 11).

38 (cc) Die zuletzt genannte Auffassung trifft jedenfalls insoweit zu, als es um höchstpersönliche Leistungen des Vertragspartners des Schuldners geht, deren vor und nach Insolvenzeröffnung erbrachte Anteile sich entsprechend den vorgenannten Grundsätzen ihrem Wert nach objektiv bestimmen und voneinander abgrenzen lassen. Dann ist es auch möglich, hinsichtlich des Vergütungsanspruchs einerseits einen Teil, der Insolvenzforderung ist, und andererseits einen Teil, der Masseverbindlichkeit ist, zu unterscheiden.

39 Selbst bei einer Pauschalpreisabrede ist es bei der gebotenen objektiven Betrachtung und erforderlichenfalls unter Hinzuziehung eines gerichtlichen Sachverständigen möglich, die vor und nach Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen des Abschlussprüfers und somit auch den darauf jeweils entfallenden Vergütungsanteil nach dem genannten Maßstab zu ermitteln und zu bewerten (vgl.

BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 344 f; vom 22. Februar 2001 - IX ZR 191/98, BGHZ 147, 28, 34; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f; Uhlenbruck/Wegener, aaO; Jaeger/Jacoby, aaO).

40 (dd) Soweit das Schrifttum (vgl. etwa Uhlenbruck/Wegener, aaO; Jaeger/Jacoby, aaO) dem Urteil des Senats vom 22. Februar 2001 (IX ZR 191/98, BGHZ 147, 28, 33 f) entnommen hat, auch der Bundesgerichtshof tendiere zu der bislang herrschenden Meinung und ziehe ebenfalls eine generelle Unteilbarkeit von höchstpersönlichen Leistungen in Erwägung, trifft das nicht zu. Der Verweis der Revisionserwiderung auf eine ältere Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 21. Oktober 1976 - VII ZR 335/75, BGHZ 67, 242, 246 ff) in diesem Zusammenhang ist unrichtig. Diese Entscheidung betraf die Frage der Teilbarkeit von Leistungen aus einem Bauvertrag, mithin nicht höchstpersönliche Leistungen und ist zudem durch die nachfolgende Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340 f; vom 22. Februar 2001, aaO) überholt. Aus dem Urteil des Senats vom 28. November 2019 (IX ZR 239/18, BGHZ 224, 177 Rn. 42) folgt nichts für die Teilbarkeit höchstpersönlicher Leistungen. Soweit danach eine Teilbarkeit bei Anwaltsverträgen regelmäßig nicht in Betracht kommt, betraf dies allein Anwaltsverträge, bei denen sich der Vergütungsanspruch des Anwalts nach der gesetzlichen Vergütung richtet. Das genannte Urteil des Senats beruhte somit auf den Besonderheiten der Vergütungstatbestände des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes. Richtet sich die Vergütung eines Rechtsanwalts hingegen nach einem Stundenhonorar, ist sie teilbar (BAGE 132, 333 Rn. 23, 33). Die Vergütung des Abschlussprüfers wird nicht durch gesetzliche Gebühren bestimmt.

41 (ee) In einer Fallgestaltung, in welcher der andere Teil die ihm obliegende, vor Insolvenzeröffnung begonnene Leistung kraft gesetzlicher Anordnung - wie

im vorliegenden Fall gemäß § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO - oder aufgrund einer Erfüllungswahl des Verwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO auch nach Insolvenzeröffnung weiter zu erbringen hat, greift auch die Überlegung nicht durch, die höchstpersönliche Teilleistung habe für den Vertragspartner regelmäßig kein Interesse, weil sie nicht von einem Dritten vollendet werden könne und für den Anspruchsberechtigten daher letztlich wertlos sei (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 105 Rn. 22). Die Verpflichtung zur vollständigen Leistungserbringung wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens dann nämlich gerade nicht in Frage gestellt (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 105 Rn. 11; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 28). Demgemäß kommt auch dem Aspekt, dass es für den Wert der Abschlussprüfung entscheidend auf die abschließende Erteilung des Bestätigungsvermerks ankomme (vgl. Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; ders. ZInsO 2021, 1915, 1916; Dahl/Taras, NJW-Spezial 2021, 501, 502), keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

- 42 (d) Entgegen der Revisionserwiderung stellt es schließlich kein durchgreifendes Argument für die Gegenauffassung dar, dass diese einen Gleichlauf mit dem Fall der Bestellung des Abschlussprüfers erst im Insolvenzverfahren (§ 155 Abs. 3 Satz 1 InsO) erreicht. Ein solcher Gleichlauf ist nicht geboten.

### III.

- 43 Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist sie zur Nachholung der gebotenen Prüfung und Vornahme der

erforderlichen Abgrenzung von Masseverbindlichkeit und Insolvenzforderung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Grupp

Möhring

Schoppmeyer

Selbmann

Harms

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.01.2020 - 23 O 261/18 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.03.2021 - I-5 U 92/20 -