

Klassifikation von Leistungen teils vor und teils nach der ErÄ¼ffnung des Insolvenzverfahrens

Hat ein GlÄ¼ubiger seine Leistung teils vor und teils nach der ErÄ¼ffnung des Insolvenzverfahrens erbracht, ist er mit dem der vorinsolvenzlichen Leistung entsprechenden Teil seines Anspruchs auf die Gegenleistung InsolvenzglÄ¼ubiger und im Ä¼brigen MasseglÄ¼ubiger, wenn sich die vor und nach ErÄ¼ffnung erbrachten Leistungen objektiv bewerten und voneinander abgrenzen lassen.

Das gilt auch fÄ¼r den VergÄ¼tungsanspruch des AbschlussprÄ¼fers, der seine PrÄ¼fungstÄ¼tigkeit vor der ErÄ¼ffnung des Insolvenzverfahrens begonnen, aber erst danach abgeschlossen hat (BGH, Urteil vom 28. April 2022 â€“ IX ZR 69/21).

Anmerkung

Der BGH fÄ¼hrt hier seine Rechtsprechung zur Klassifikation und Unterscheidung zwischen Insolvenzforderung und Masseverbindlichkeit bei einheitlichem Auftrag fort und knÄ¼pft an die Teilbarkeit der Leistung an.

Sachverhalt

Die KlÄ¼gerin ist eine WirtschaftsprÄ¼fungs- und Steuerberatungsgesellschaft. Die Hauptversammlung der M. AG (im Folgenden: Schuldnerin) wÄ¼hlte sie am 11. Juli 2013 zur AbschlussprÄ¼ferin fÄ¼r den Jahresabschluss sowie den Konzernabschluss zum 31. Dezember 2013. Unter dem 30. Dezember 2013 erteilte der Aufsichtsrat der Schuldnerin der KlÄ¼gerin den PrÄ¼fauftrag. Diese nahm den Auftrag am 3. Januar 2014 an. Mit Rechnung vom 14. August 2014 stellte die KlÄ¼gerin der Schuldnerin fÄ¼r ihre PrÄ¼ftÄ¼tigkeit einen Teilbetrag in HÄ¼he von 13.583,55 â‚¬ in Rechnung. Am 27. Juli 2016 wurde das Insolvenzverfahren Ä¼ber das VermÄ¼gen der Schuldnerin erÄ¼ffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Die KlÄ¼gerin hat zunÄ¼chst den vorgenannten Betrag gegen den Beklagten geltend gemacht. Nach Schluss der mÄ¼ndlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat sie ihre Klage – nach zwischenzeitlicher Beendigung ihrer Arbeiten und Erteilung einer Schlussrechnung – um einen Betrag von 11.986,34 â‚¬ erweitert. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht die Klageerweiterung zugelassen und der Klage unter BerÄ¼cksichtigung eines gezahlten Abschlags wegen eines Teilbetrages in HÄ¼he von 15.867,46 â‚¬ stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

EntscheidungsgrÄ¼nde

Zur Begründung führt das Gericht u.a. aus:

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZInsO 2021, 1911 veröffentlicht worden ist, 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.

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

Das hält rechtlicher Prüfung nicht in allen Punkten stand.

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.

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 Insolvenzverfahrens den Bestand des Vertrages über die Abschlussprüfung unberührt lässt.

a) Nach § 115 Abs. 1, § 116 Satz 1 InsO erlischt ein Dienst- oder Werkvertrag, 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 Geschäftsbesorgungscharakter 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 Rühl/Hidding, WM 2021, 1729 f).

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.

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.

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/Jaffa, 4. Aufl., § 155 Rn. 21; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., § 155 Rn. 24; Köbler in Köbler/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/Breitenbacher, 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.

(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 PrÙfer.

(2) Die Materialien zur Insolvenzordnung (BT-Drucks. 12/2443, S. 172 f zu Å§ 174 RegE-InsO) belegen, dass der Gesetzgeber den Begriff der Bestellung in Å§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO in diesem umfassenderen Sinn verstanden und gemeint hat. Denn danach soll der vor InsolvenzerÙffnung gewÙhlte AbschlussprÙfer, dem „der PrÙfungsauftrag erteilt worden war...berechtigt bleiben, den Jahresabschluss“ zu prÙfen. Aus dieser Formulierung folgt, dass der Gesetzgeber von einem Fortbestehen (auch) des GeschÙftsbesorgungsvertrags nach ErÙffnung des Insolvenzverfahrens ausging. Anderenfalls hÙtte es nahegelegen, an dieser Stelle der GesetzesbegrÙndung hinsichtlich des PrÙfungsauftrags im Hinblick auf Å§Å§ 115, 116 InsO auf die Notwendigkeit von dessen NeubegrÙndung durch Insolvenzverwalter und PrÙfer zu verweisen.

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

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die VergÙtungsforderung der KlÙgerin sei insgesamt als Masseverbindlichkeit einzustufen, trifft hingegen nicht zu. Vielmehr ist fÙr die Zeit vor und die Zeit nach der ErÙffnung des Insolvenzverfahrens zu unterscheiden. Der Honoraranspruch der KlÙgerin stellt sich als bloÙe Insolvenzforderung gemÙÙ Å§Å§ 38, 87 InsO dar, soweit er auf Leistungen beruht, die bis zur ErÙffnung des Insolvenzverfahrens erbracht wurden. Nur ihre nach diesem Zeitpunkt erbrachte TÙtigkeit und die daran anknÙpfende VergÙtungsforderung begrÙndete gemÙÙ Å§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO eine Masseverbindlichkeit.

Die Frage der rechtlichen Einordnung des VergÙtungsanspruchs aus einem nach ErÙffnung des Insolvenzverfahrens gemÙÙ Å§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO fortwirkenden PrÙfungsauftrag ist umstritten. Nach einer Auffassung, der auch das Berufungsgericht gefolgt ist, ist der VergÙtungsanspruch in einem solchen Fall einheitlich als Masseverbindlichkeit anzusehen (vgl. HK-InsO/DeprÙ, 10. Aufl., Å§ 155 Rn. 16; Jaeger/Eckardt, InsO, Å§ 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 fÙr die Zeit ab ErÙffnung des Insolvenzverfahrens vor, hinsichtlich der VergÙtung der TÙtigkeit des AbschlussprÙfers in der Zeit davor sei hingegen eine bloÙe Insolvenzforderung anzunehmen (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980). Diese Ansicht trifft zu.

a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und eines Teils des zitierten Schrifttums (Jaeger/Eckardt, aaO) kann die Annahme einer Masseverbindlichkeit fÙr die Zeit vor ErÙffnung des

Insolvenzverfahrens nicht auf Â§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO gestÙtzt 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 begrÙndet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehÙren.

aa) Der Anspruch der KlÙgerin ist nicht durch eine Handlung des Insolvenzverwalters im Sinne von Â§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO begrÙndet worden. Der GeschÙftsbesorgungsvertrag wurde vor der ErÙffnung des Insolvenzverfahrens ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters geschlossen.

bb) Die Verbindlichkeit wurde auch nicht in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begrÙndet (Â§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 InsO). Voraussetzung hierfÙr wÙre, dass die Verbindlichkeiten durch die Insolvenzverwaltung ausgelÙst 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 TÙtigkeit des AbschlussprÙfers geht.

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

aa) AuÙer Frage steht, dass der von der Norm vorausgesetzte – hier aus Â§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO folgende – gesetzliche ErfÙllungszwang dazu fÙhrt, dass die VergÙtungsforderung der KlÙgerin als AbschlussprÙferin nach Â§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO insoweit eine Masseverbindlichkeit darstellt, als die Forderung auf ihrer PrÙftÙtigkeit nach ErÙffnung des Insolvenzverfahrens beruht.

bb) Hingegen stellen AnsprÙche des GlÙubigers aus einem gegenseitigen Vertrag, wenn die Leistung teilbar ist, nur eine Insolvenzforderung dar, soweit sie den Teil der Leistung betreffen, der vor ErÙffnung des Insolvenzverfahrens erbracht worden ist. Dies gilt auch im Fall des Â§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO fÙr Leistungen des AbschlussprÙfers.

(1) Ein solcher Ansatz entspricht dem in Â§ 105 InsO enthaltenen Rechtsgedanken. Â§ 105 Satz 1 InsO sieht vor, dass der VergÙtungsanspruch gegen den Schuldner nur Insolvenzforderung ist, soweit er auf zum Zeitpunkt der ErÙffnung von dem anderen Teil bereits erbrachte Teilleistungen entfÙllt. Dahinter steht, dass der teilweise vorleistende Vertragspartner des Schuldners hinsichtlich seines auf die Zeit vor der ErÙffnung 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).

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.

(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 weiter 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.

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).

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, Â§ 105 Rn. 9 ff; KK-InsO/Hess, Â§ 105 Rn. 6; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., Â§ 105 Rn. 8 ff; Graf-Schlicker/Breitenbacher, InsO, 6. Aufl., Â§ 105 Rn. 4 ff; Gottwald/Haas/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., Â§ 36 Rn. 4; Fißler/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 4. Aufl., Â§ 105 Rn. 3; Braun/Kroth, InsO, 8. Aufl., Â§ 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 Â§ 36 Abs. 2 VerglO folgend HK-InsO/Marotzke, 10. Aufl., Â§ 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 Köbler/Prütting/Bork, InsO, 2016, Â§ 105 Rn. 8 ff). Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest.

(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., Â§ 105 Rn. 11 f; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., Â§ 105 Rn. 14; Uhlenbruck/Wegener, 15. Aufl., Â§ 105 Rn. 12). Eine erbrachte Teilleistung des anderen Teils liegt bei Werk- und Werklieferungsverträgen über eine nicht vertretbare Sache (Â§ 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.

(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 Â§ 320 BGB in Anspruch zu nehmen, übernimmt er für seinen Gegenanspruch insoweit das Insolvenzrisiko des Schuldners.

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 (Â§ 650 Abs. 1 Satz 2 BGB) darauf abgestellt werden kann, ob im Falle der Kündigung aus wichtigem Grund ein Vergütungsanspruch bestünde.

(bb) Eine abweichende Betrachtung fÄ¼r geistige Werke – wie das des AbschlussprÄ¼fers – ist nicht geboten. Auch bei dem AbschlussprÄ¼fervertrag steht die kontinuierliche Leistungserbringung, die SchÄ¼pfung des Werks, durch den Einsatz von Personal und Sachmitteln im Rahmen der PrÄ¼fung im Vordergrund der TÄ¼tigkeit. Mit dem gemÄ¼Ù Ä§ 322 Abs. 1 Satz 1 HGB am Ende zu erteilenden Testat wird die Leistung des AbschlussprÄ¼fers nur formal abgeschlossen, wenn auch der gemÄ¼Ù Ä§ 325 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB offenzulegende BestÄ¼tigungs- oder Versagungsvermerk als Gesamturteil Ä¼ber den Jahresabschluss des Unternehmens fÄ¼r sich betrachtet von erheblicher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung, insbesondere fÄ¼r das geprÄ¼fte Unternehmen, die Anteilseigner und die Ä¼ffentlichkeit, ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. MÄ¼rz 2020 – VII ZR 236/19, WM 2020, 987 Rn. 28; MÄ¼nchKomm-Bilanzrecht/Bormann, Ä§ 322 HGB Rn. 3 f). FÄ¼r die WÄ¼rdigung im vorliegenden Zusammenhang kommt es jedoch allein darauf an, dass sich die vor und nach InsolvenzerÄ¼ffnung erbrachten TÄ¼tigkeiten auch im Fall der AbschlussprÄ¼fung voneinander abgrenzen und bewerten lassen.

Das ist wie beim Bauvertrag zu bejahen. Auch im Falle des Widerrufs des PrÄ¼fungsauftrages gemÄ¼Ù Ä§ 318 Abs. 1 Satz 5 HGB durch die Gesellschaft oder der KÄ¼ndigung durch den PrÄ¼fer gemÄ¼Ù Ä§ 318 Abs. 6 Satz 1 HGB ist es grundsÄ¼tzlich mÄ¼glich und erforderlich, die bis dahin erbrachten Leistungen gemÄ¼Ù den allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu bewerten, um den bestehenden TeilvergÄ¼tungsanspruch des PrÄ¼fers (entsprechend Ä§ 628 Abs. 1 Satz 1, Ä§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB) bestimmen zu kÄ¼nnen (vgl. MÄ¼nchKomm-HGB/Ebke, 4. Aufl., Ä§ 318 Rn. 117, 148; Mylich/MÄ¼ller in Hachmeister/Kahle/Mock/SchÄ¼ppen, Bilanzrecht, 2. Aufl., Ä§ 318 Rn. 147; GroÄ¼komm-HGB/Habersack/SchÄ¼rnbrand, 5. Aufl., Ä§ 318 Rn. 86; DiÄ¼ars, 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 sachverstÄ¼ndiger Hilfe bedienen kann.

(c) Der Teilbarkeit der Leistung der Beklagten steht auch nicht entgegen, dass es sich um eine hÄ¼chstpersÄ¼nliche Leistung handelte.

(aa) Die AbschlussprÄ¼fung ist als eine hÄ¼chstpersÄ¼nliche Leistung in diesem Sinne anzusehen (vgl. Hense/Ulrich/FÄ¼rster, WPO, 3. Aufl., Ä§ 32 Rn. 5, 20; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776). Der bestellte PrÄ¼fer hat gemÄ¼Ù Ä§ 322 Abs. 7 Satz 1 Halbsatz 1 HGB den schriftlichen BestÄ¼tigungsvermerk oder den Vermerk Ä¼ber seine Versagung zu unterzeichnen. Im Fall der GemeinschaftsprÄ¼fung (Ä§ 322 Abs. 6a HGB) haben alle bestellten Personen zu unterzeichnen (Ä§ 322 Abs. 7 Satz 1 Halbsatz 2 HGB). Ist der AbschlussprÄ¼fer wie im vorliegenden Fall eine PrÄ¼fungsgesellschaft, muss die Unterzeichnung zumindest durch den WirtschaftsprÄ¼fer erfolgen, der die AbschlussprÄ¼fung fÄ¼r seine Gesellschaft durchgefÄ¼hrt hat (Ä§ 322 Abs. 7 Satz 3 HGB). Entsprechendes ergibt sich aus Ä§ 321 Abs. 5 Satz 1 HGB fÄ¼r den PrÄ¼fungsbericht gemÄ¼Ù Ä§ 321 Abs. 1 Satz 1 HGB, in den das Testat gemÄ¼Ù Ä§ 322 Abs. 7 Satz 2 HGB aufzunehmen ist. FÄ¼llt der beauftragte WirtschaftsprÄ¼fer vor Beendigung des Auftrags aus oder kann er aus sonstigen GrÄ¼nden seine Arbeitsergebnisse nicht persÄ¼nlich unterzeichnen, bedarf es daher der Bestellung eines neuen AbschlussprÄ¼fers (vgl. Hense/Ulrich/FÄ¼rster, aaO Rn.

6).

(bb) Nach einer Auffassung wird bei hÄ¼chstpersÄ¼nlichen Leistungen allgemein eine Teilbarkeit verneint (vgl. MÄ¼nchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., Ä§ 105 Rn. 22; FK-InsO/Wegener, 9. Aufl., Ä§ 105 Rn. 9; HmbKomm-InsO/Ahrendt, 9. Aufl., Ä§ 105 Rn. 4; Andres/Leithaus, InsO, 4. Aufl., Ä§ 105 Rn. 3; Gottwald/Haas/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., Ä§ 36 Rn. 4; Thode, ZfIR 2000, 165, 181; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776). Nach anderer Meinung kommt eine Teilbarkeit grundsÄ¼tzlich auch dann in Betracht (BAGE 132, 333 Rn. 29 ff fÄ¼r einen Rechtsanwalt; OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980 fÄ¼r einen AbschlussprÄ¼fer; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., Ä§ 105 Rn. 11; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., Ä§ 105 Rn. 28; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., Ä§ 105 Rn. 11).

(cc) Die zuletzt genannte Auffassung trifft jedenfalls insoweit zu, als es um hÄ¼chstpersÄ¼nliche Leistungen des Vertragspartners des Schuldners geht, deren vor und nach InsolvenzerÄ¼ffnung erbrachte Anteile sich entsprechend den vorgenannten GrundsÄ¼tzen ihrem Wert nach objektiv bestimmen und voneinander abgrenzen lassen. Dann ist es auch mÄ¼glich, hinsichtlich des VergÄ¼tungsanspruchs einerseits einen Teil, der Insolvenzforderung ist, und andererseits einen Teil, der Masseverbindlichkeit ist, zu unterscheiden.

Selbst bei einer Pauschalpreisabrede ist es bei der gebotenen objektiven Betrachtung und erforderlichenfalls unter Hinzuziehung eines gerichtlichen SachverstÄ¼ndigen mÄ¼glich, die vor und nach VerfahrenserÄ¼ffnung erbrachten Leistungen des AbschlussprÄ¼fers und somit auch den darauf jeweils entfallenden VergÄ¼tungsanteil nach dem genannten MaÄ¼stab 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).

(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 hÄ¼chstpersÄ¼nlichen Leistungen in ErwÄ¼gung, trifft das nicht zu. Der Verweis der Revisionserwiderung auf eine Ä¼ltere 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 hÄ¼chstpersÄ¼nliche 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) Ä¼berholt. Aus dem Urteil des Senats vom 28. November 2019 (IX ZR 239/18, BGHZ 224, 177 Rn. 42) folgt nichts fÄ¼r die Teilbarkeit hÄ¼chstpersÄ¼nlicher Leistungen. Soweit danach eine Teilbarkeit bei AnwaltsvertrÄ¼gen regelmÄ¼Ùig nicht in Betracht kommt, betraf dies allein AnwaltsvertrÄ¼ge, bei denen sich der VergÄ¼tungsanspruch des Anwalts nach der gesetzlichen VergÄ¼tung richtet. Das

genannte Urteil des Senats beruhte somit auf den Besonderheiten der VergÙtungstatbestÙnde des RechtsanwaltsvergÙtungsgesetzes. Richtet sich die VergÙtung eines Rechtsanwalts hingegen nach einem Stundenhonorar, ist sie teilbar (BAGE 132, 333 Rn. 23, 33). Die VergÙtung des AbschlussprÙfers wird nicht durch gesetzliche GebÙhren bestimmt.

(ee) In einer Fallgestaltung, in welcher der andere Teil die ihm obliegende, vor InsolvenzerÙffnung begonnene Leistung kraft gesetzlicher Anordnung – wie im vorliegenden Fall gemÙÙ Æ§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO – oder aufgrund einer ErfÙllungswahl des Verwalters gemÙÙ Æ§ 103 Abs. 1 InsO auch nach InsolvenzerÙffnung weiter zu erbringen hat, greift auch die Æberlegung nicht durch, die hÙchstpersÙnliche Teilleistung habe fÙr den Vertragspartner regelmÙÙig kein Interesse, weil sie nicht von einem Dritten vollendet werden kÙnnen und fÙr den Anspruchsberechtigten daher letztlich wertlos sei (vgl. MÙnchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., Æ§ 105 Rn. 22). Die Verpflichtung zur vollstÙndigen Leistungserbringung wird durch die ErÙffnung des Insolvenzverfahrens dann nÙrnlich gerade nicht in Frage gestellt (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., Æ§ 105 Rn. 11; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., Æ§ 105 Rn. 28). DemgemÙÙ kommt auch dem Aspekt, dass es fÙr den Wert der AbschlussprÙfung entscheidend auf die abschlieÙende Erteilung des BestÙtigungsvermerks ankomme (vgl. Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; ders. ZInsO 2021, 1915, 1916; Dahl/Taras, NJW-Spezial 2021, 501, 502), keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

(d) Entgegen der Revisionserwiderung stellt es schlieÙlich kein durchgreifendes Argument fÙr die Gegenauffassung dar, dass diese einen Gleichlauf mit dem Fall der Bestellung des AbschlussprÙfers erst im Insolvenzverfahren (Æ§ 155 Abs. 3 Satz 1 InsO) erreicht. Ein solcher Gleichlauf ist nicht geboten. (â€)â€•

ResÙmee

Der Bundesgerichtshof stellt nochmals klar, dass Æ§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO als *lex specialis* eine Durchbrechung der Æ§§ 115, 116 InsO darstellt. Er gilt nicht nur fÙr das GeschÙftsjahr, in welchem die ErÙffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt, sondern auch fÙr die Bestellung von AbschlussprÙfern in vorangegangenen GeschÙftsjahren. Daraus folgt, dass der Vertrag Æber die AbschlussprÙfung und damit auch der sich daraus ergebende VergÙtungsanspruch in Abweichung von Æ§§ 115, 116 InsO mit der ErÙffnung nicht erlischt.

AnsprÙche eines GlÙubigers aus einem gegenseitigen Vertrag stellen, wenn die Leistung teilbar ist, nur eine Insolvenzforderung dar, soweit sie den Teil der Leistung betreffen, der vor ErÙffnung des Insolvenzverfahrens erbracht worden ist. Dies gilt auch im Fall des Æ§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO fÙr Leistungen des AbschlussprÙfers.

Nach der neueren Rechtsprechung des Senats liegt eine Teilbarkeit nicht erst dann vor, wenn sich die fragliche Leistung in hinreichend verselbstÙndigte Teile aufspalten lÙsst. Es genÙgt 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, wenn erforderlich auch mit sachverständiger Hilfe. Der Senat versteht den Begriff der Teilbarkeit in seiner Rechtsprechung damit im denkbar weitesten Sinne. Die Teilbarkeit ist mit anderen Worten der Regelfall.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 28. April 2022 – IX ZR 69/21