

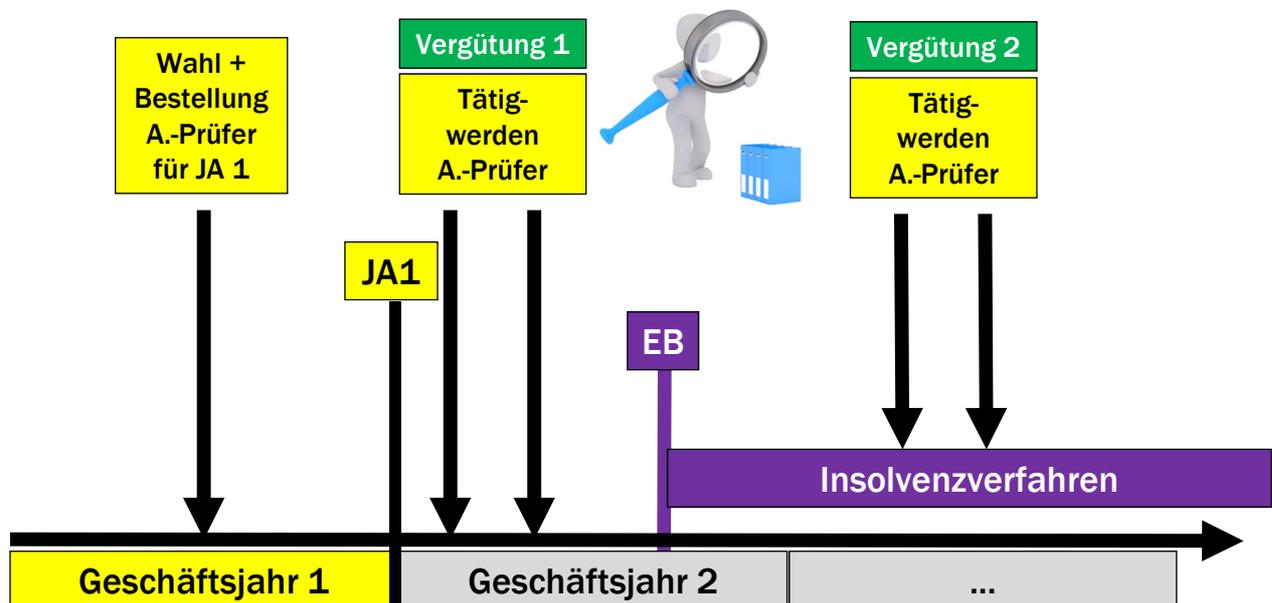
# Abschlussprüfung in der Insolvenz, oder: Wie einst Lili Marleen?

Prof. Dr. Diederich Eckardt

## Das aktuelle Problem



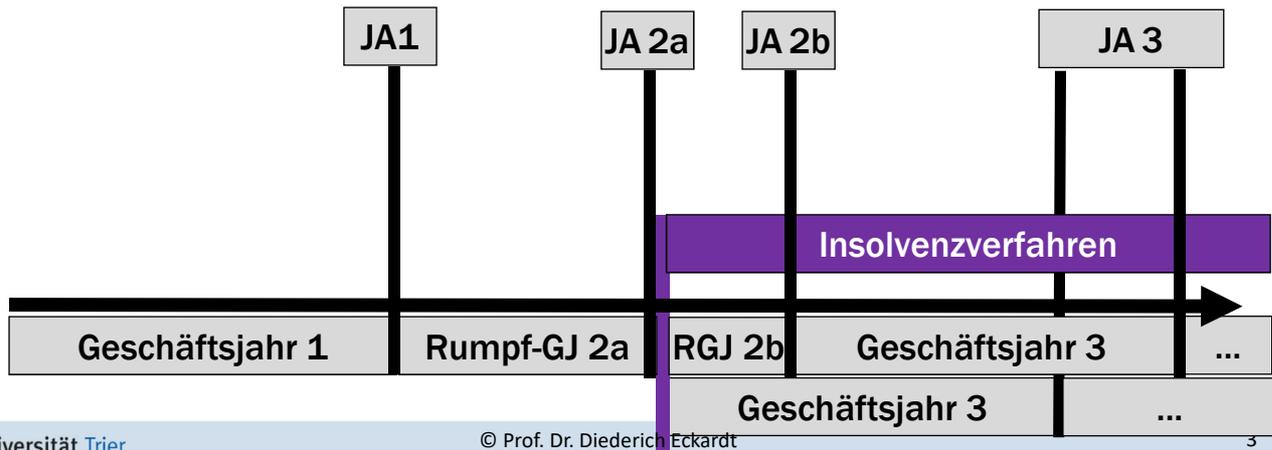
OLG Düsseldorf v. 25.3.2021 – 5 U 92/20 → BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 68/21  
OLG Düsseldorf v. 25.3.2021 – 5 U 91/20 → BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 69/21  
OLG Frankfurt/M. v. 28.4.2021 – 4 U 72/20 → BGH v. 23.6.2022 – IX ZR 75/21





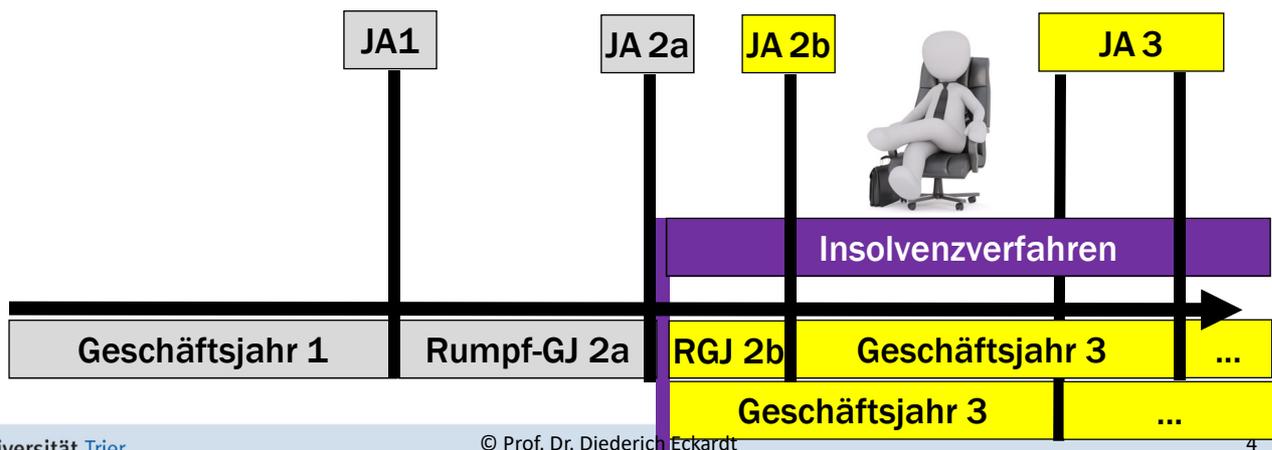
## § 155 InsO Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung

- (1) Handels- und steuerrechtliche Pflichten des Schuldners zur Buchführung und zur Rechnungslegung bleiben unberührt. In bezug auf die Insolvenzmasse hat der Insolvenzverwalter diese Pflichten zu erfüllen.
- (2) Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beginnt ein neues Geschäftsjahr. ...



## § 155 InsO Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung

- (1) Handels- und steuerrechtliche Pflichten des Schuldners zur Buchführung und zur Rechnungslegung bleiben unberührt. In bezug auf die Insolvenzmasse hat der Insolvenzverwalter diese Pflichten zu erfüllen.
- (2) Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beginnt ein neues Geschäftsjahr. ...



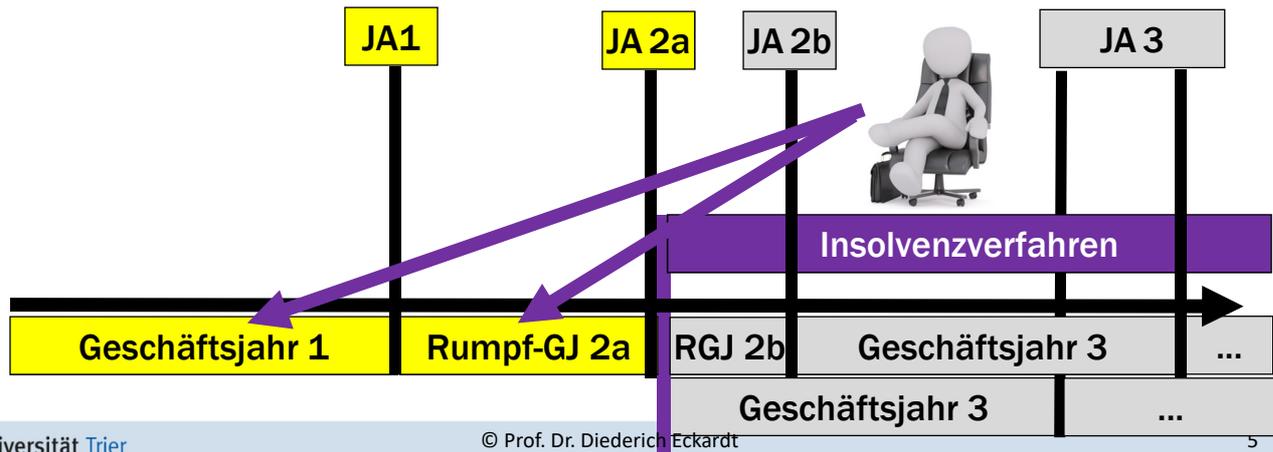
## Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren



### § 155 InsO Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung

(1) Handels- und steuerrechtliche Pflichten des Schuldners zur Buchführung und zur Rechnungslegung bleiben unberührt. In Bezug auf die Insolvenzmasse hat der Insolvenzverwalter diese Pflichten zu erfüllen.

(2) Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beginnt ein neues Geschäftsjahr. ...

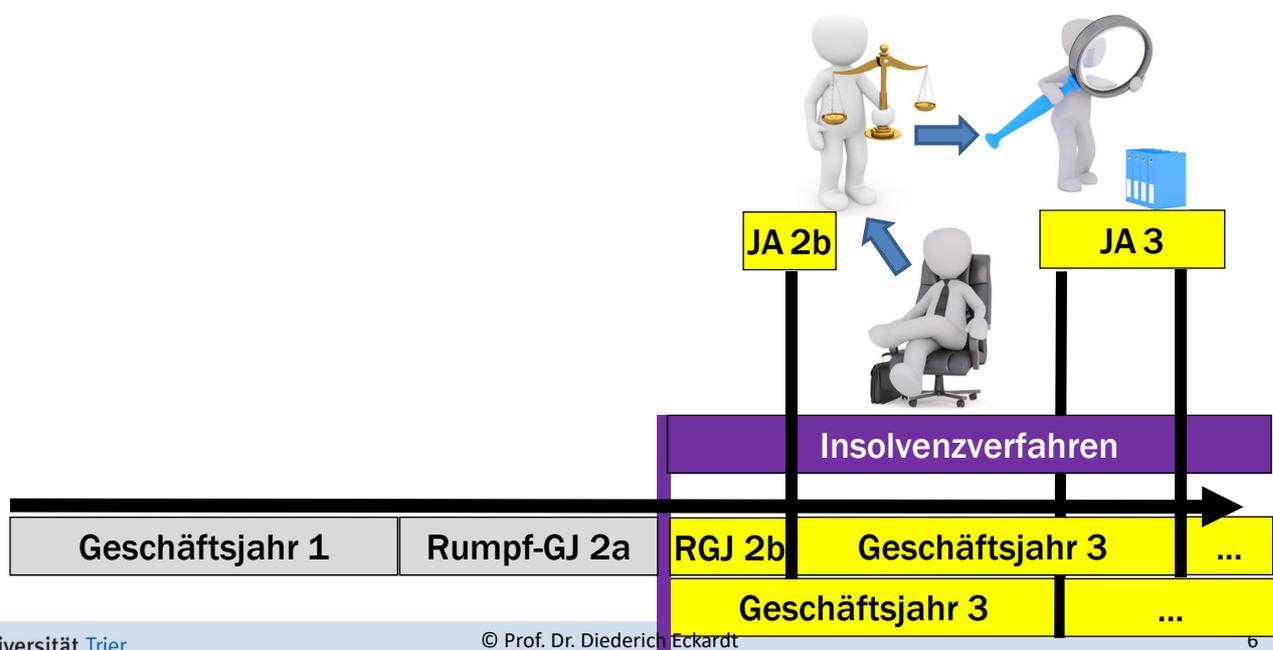


## Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren



### § 155 InsO Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung

(3) Für die Bestellung des Abschlußprüfers im Insolvenzverfahren gilt § 318 HGB mit der Maßgabe, daß die Bestellung ausschließlich durch das Registergericht auf Antrag des Verwalters erfolgt. ...



§ 115 InsO Erlöschen von Aufträgen

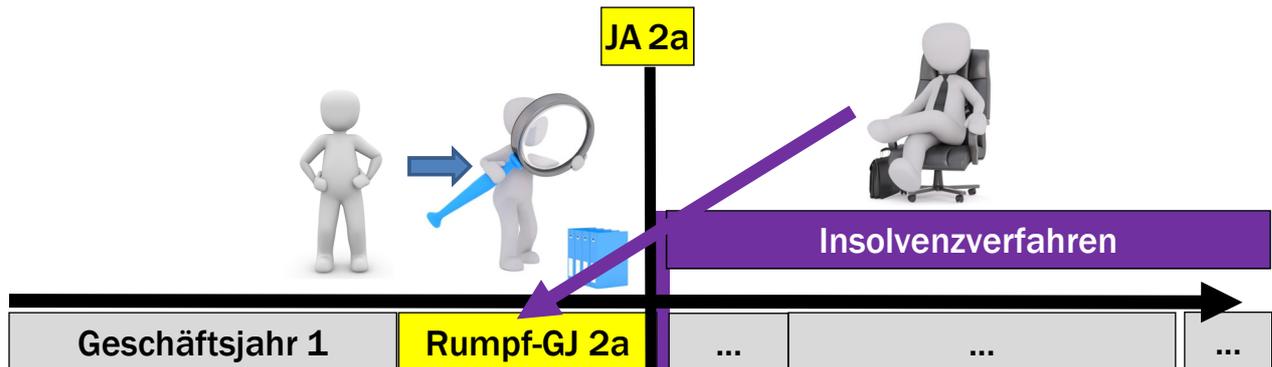
(1) Ein vom Schuldner erteilter Auftrag, der sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht, **erlischt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.**

§ 116 InsO Erlöschen von Geschäftsbesorgungsverträgen

Hat sich jemand durch einen Dienst- oder Werkvertrag mit dem Schuldner verpflichtet, ein Geschäft für diesen zu besorgen, so gilt § 115 entsprechend. ...

§ 155 InsO Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung

(3) ... Ist für das **Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Verfahrens** bereits ein **Abschlußprüfer bestellt, so wird die Wirksamkeit dieser Bestellung durch die Eröffnung nicht berührt.**



§ 115 InsO Erlöschen von Aufträgen

(1) Ein vom Schuldner erteilter Auftrag, der sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht, erlischt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

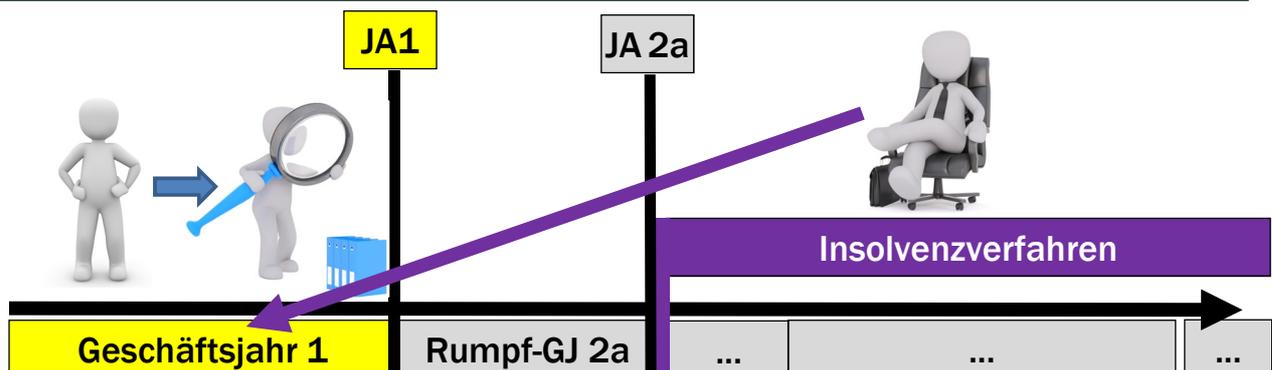
§ 116 InsO Erlöschen von Geschäftsbesorgungsverträgen

Hat sich jemand durch einen Dienst- oder Werkvertrag mit dem Schuldner verpflichtet, ein Geschäft für diesen zu besorgen, so gilt § 115 entsprechend. ...

§ 155 InsO Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung

(3) ... Ist für das **Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Verfahrens** bereits ein **Abschlußprüfer bestellt, so wird die Wirksamkeit dieser Bestellung durch die Eröffnung nicht berührt.**

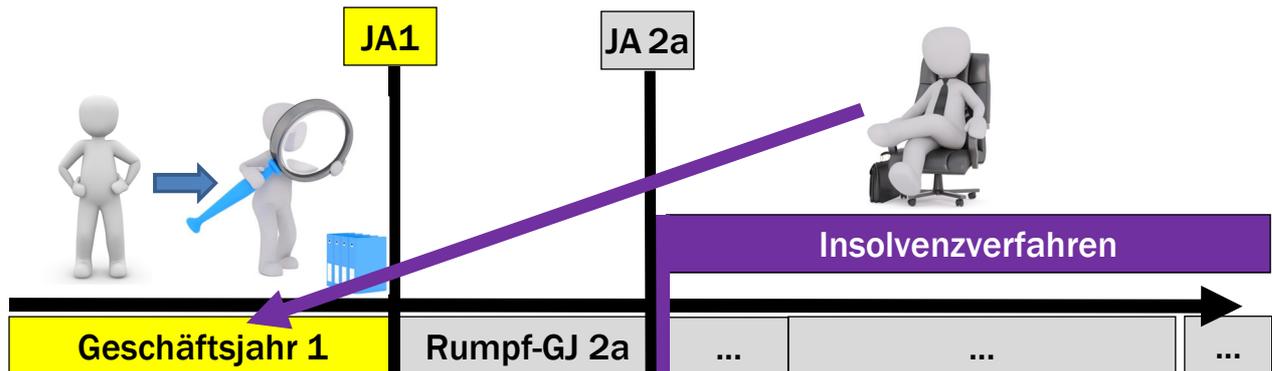
**BGH v. 8.5.2018 – II ZB 17/17: § 155 III 2 InsO ist auf die Geschäftsjahre VOR dem Rumpfgeschäftsjahr *analog* anzuwenden**



§ 155 InsO Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung

(3) ... Ist für das Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Verfahrens bereits ein Abschlußprüfer bestellt, so wird die Wirksamkeit dieser Bestellung durch die Eröffnung nicht berührt.

**BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 68+69/21: „Bestellung“ = Gesamtvorgang aus dem in der Wahl des Abschlussprüfers liegenden korporationsrechtlichen Bestellungsakt und dem Abschluss des schuldrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrags**



§ 155 InsO Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung

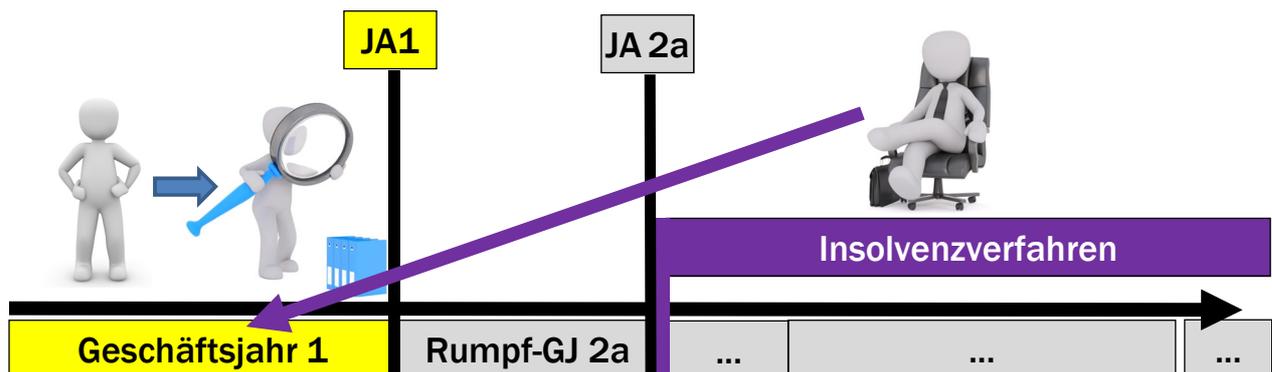
(3) ... Ist für das Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Verfahrens bereits ein Abschlußprüfer bestellt, so wird die Wirksamkeit dieser Bestellung durch die Eröffnung nicht berührt.

**BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 68+69/21: „Bestellung“ = Gesamtvorgang aus dem in der Wahl des Abschlussprüfers liegenden korporationsrechtlichen Bestellungsakt und dem Abschluss des schuldrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrags**

§ 55 InsO Sonstige Masseverbindlichkeiten

(1) Masseverbindlichkeiten sind weiter die Verbindlichkeiten:

2. aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß;

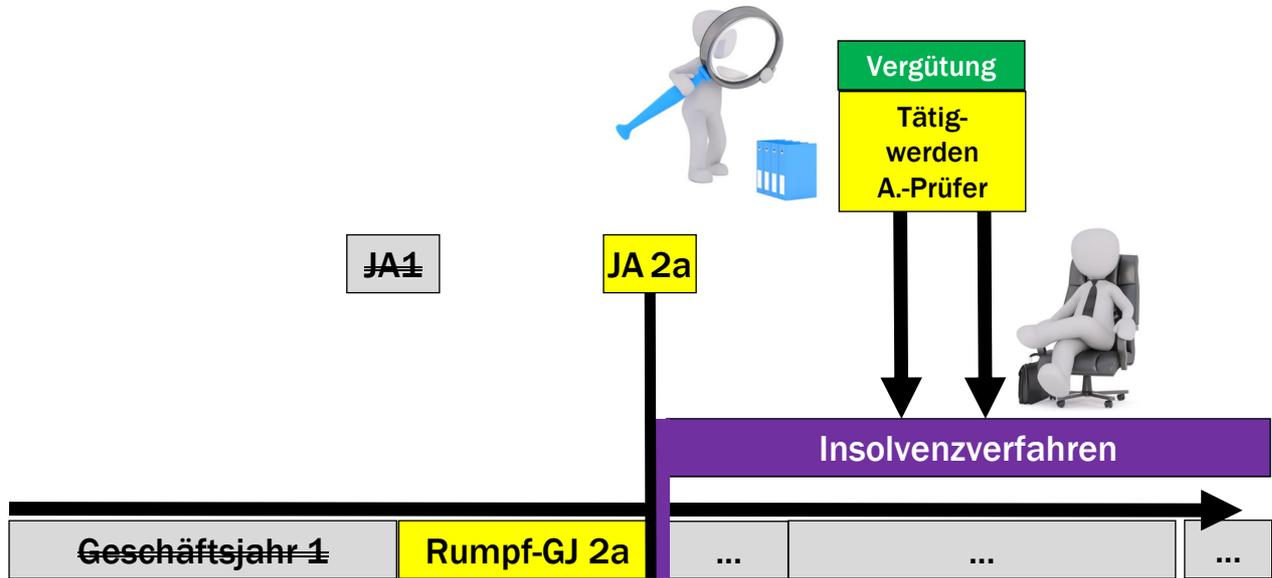


§ 55 InsO Sonstige Masseverbindlichkeiten

(1) **Masseverbindlichkeiten** sind weiter die Verbindlichkeiten:

2. **aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß;**

**VOR** der Entscheidung des BGH v. 8.5.2018 – II ZB 17/17 kaum problematisch:  
für Rumpfgeschäftsjahr typischerweise nur Prüfertätigkeit nach Insolvenzeröffnung

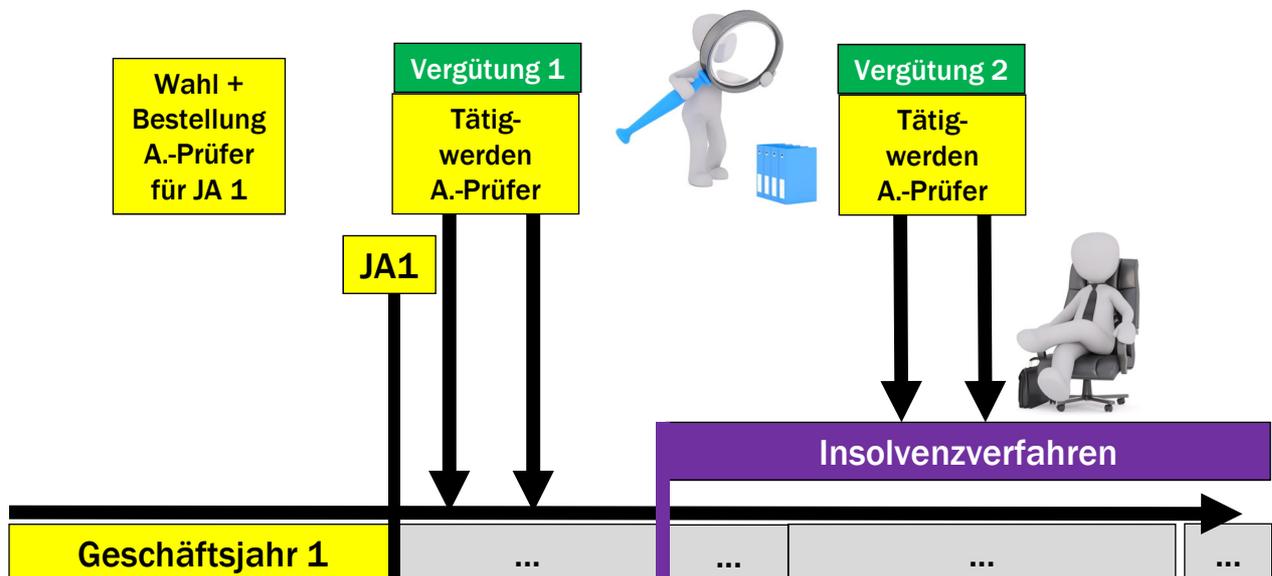


§ 55 InsO Sonstige Masseverbindlichkeiten

(1) **Masseverbindlichkeiten** sind weiter die Verbindlichkeiten:

2. **aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß;**

**SEIT** der Entscheidung des BGH v. 8.5.2018 – II ZB 17/17 problematisch:  
für frühere Geschäftsjahre typischerweise auch Prüfertätigkeit vor Insolvenzeröffnung

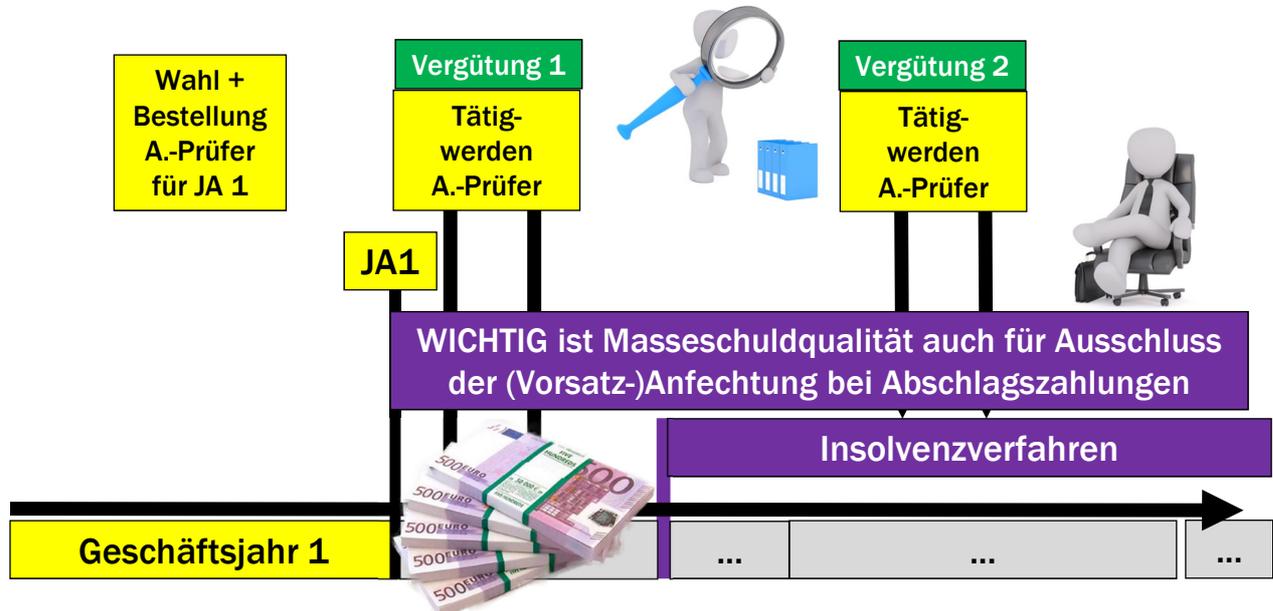


§ 55 InsO Sonstige Masseverbindlichkeiten

(1) **Masseverbindlichkeiten** sind weiter die Verbindlichkeiten:

2. **aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß;**

**SEIT der Entscheidung des BGH v. 8.5.2018 – II ZB 17/17 problematisch:  
für frühere Geschäftsjahre typischerweise auch Prüfertätigkeit vor Insolvenzeröffnung**

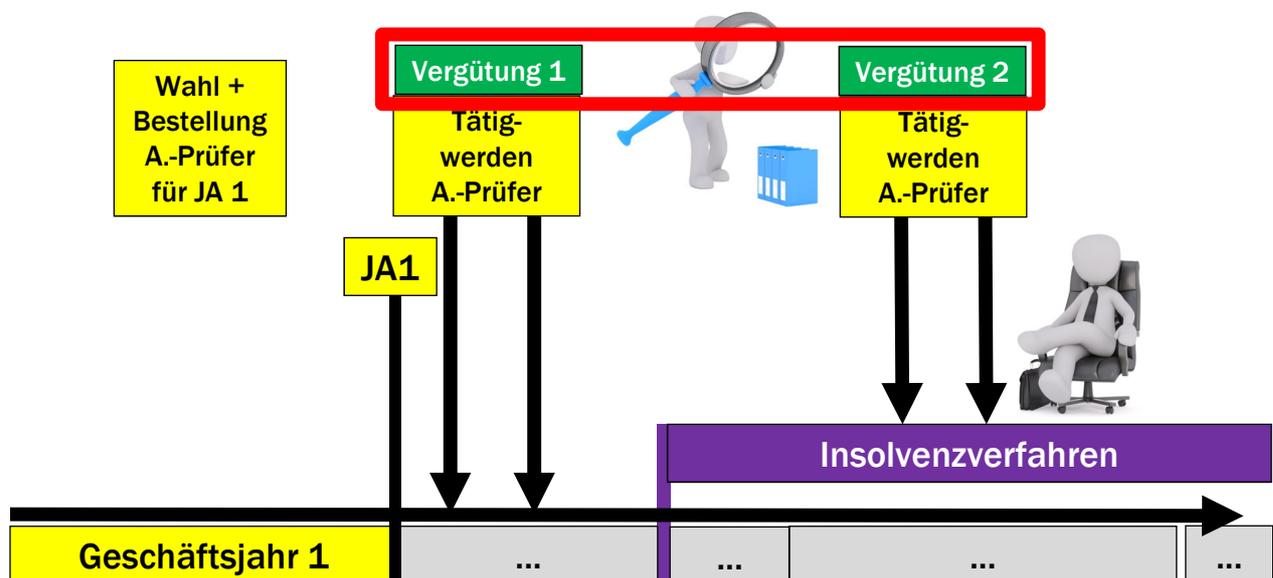


§ 55 InsO Sonstige Masseverbindlichkeiten

(1) **Masseverbindlichkeiten** sind weiter die Verbindlichkeiten:

2. **aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß;**

**→ OLG Düsseldorf v. 25.3.2021 – 5 U 91+92/20 u. M. Gehrlein:  
Vergütungsansprüche des Abschlussprüfers sind einheitlich Masseverbindlichkeit**

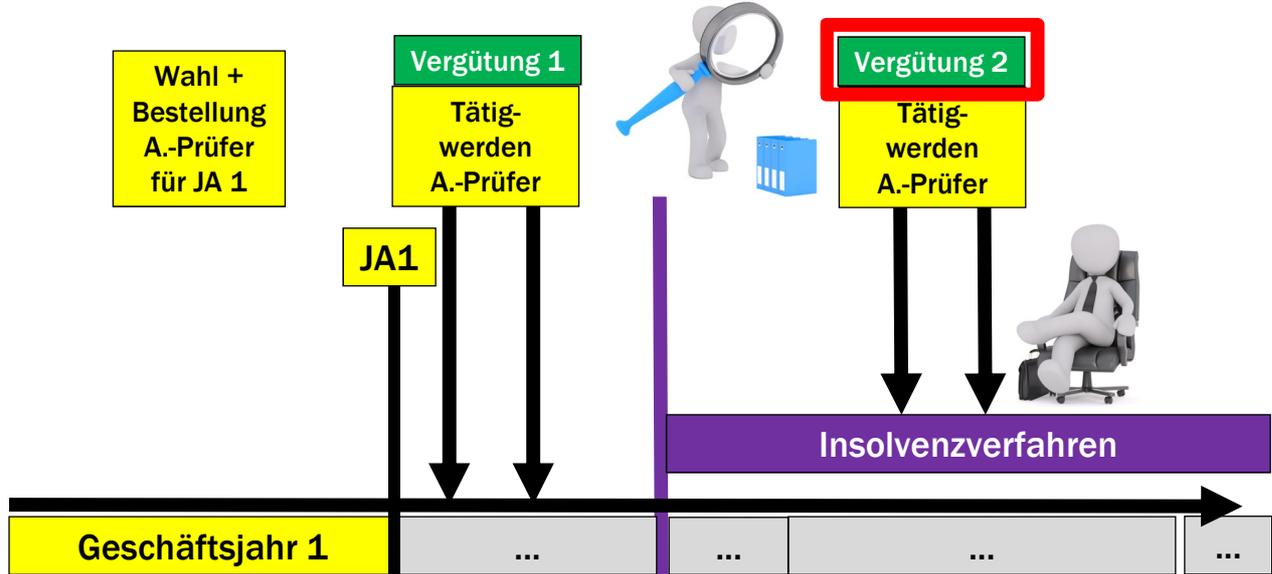


§ 55 InsO Sonstige Masseverbindlichkeiten

(1) **Masseverbindlichkeiten** sind weiter die Verbindlichkeiten:

2. **aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß;**

**BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 68+69/21 u. OLG Frankfurt/M. v. 28.4.2021 – 4 U 72/20: Vergütungsansprüche des Abschlussprüfers sind nur insoweit Masseverbindlichkeit, wie sie sich auf die Tätigkeit nach Insolvenzeröffnung beziehen**

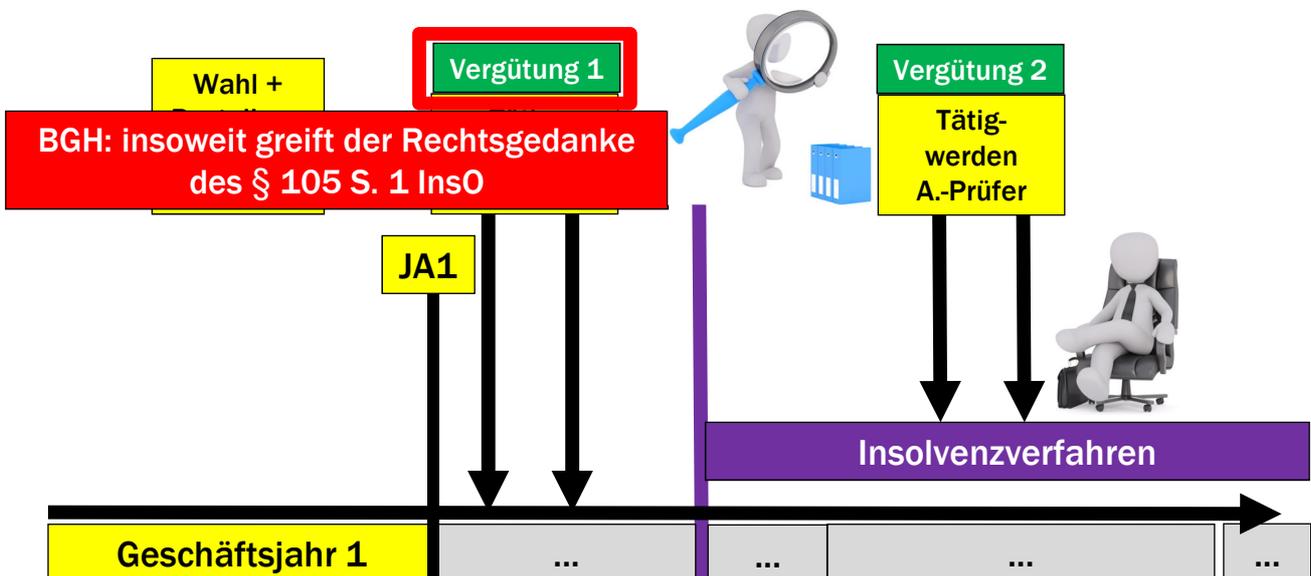


§ 55 InsO Sonstige Masseverbindlichkeiten

(1) **Masseverbindlichkeiten** sind weiter die Verbindlichkeiten:

2. **aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß;**

**OLG Frankfurt/M.: insoweit fehlt es an einer gesetzl. Regelung zur Masseschuldqualität**



## § 105 InsO Teilbare Leistungen

Sind die geschuldeten Leistungen **teilbar** und hat der **andere Teil** die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits **teilweise erbracht**, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung **Insolvenzgläubiger**, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung **Erfüllung verlangt**. ....

**BGH: insoweit greift der Rechtsgedanke des § 105 S. 1 InsO**

	Teilleistung VOR Insolvenzeröffnung	(Rest-)Leistung NACH Insolvenzeröffnung
Insolvenzschuldner bzw. -masse	Insolvenzquote 	schuldet als Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	leistet vor 	schuldet als Masseanspruch

warum nicht analoge Anwendung von § 105 S. 1 InsO  
auf den **kraft Gesetzes** zu erfüllenden Vertrag?

## Exkurs: Das Konzept des BGH zu den Rechtswirkungen der Erfüllungswahl

1. Die Erfüllungswahl stellt die – durch die Insolvenzeröffnung zunächst suspendierte – Durchsetzbarkeit der beiderseitigen Erfüllungsansprüche wieder her; dies steht haftungsrechtlich einer Neubegründung gleich (BGH: es entstehen „originäre Masseverbindlichkeiten und -ansprüche“).
2. Waren die geschuldeten Leistungen beiderseits teilbar und hat mindestens eine der Vertragsparteien die geschuldete Leistung vor der Insolvenzeröffnung teilweise erbracht, so beschränkt sich das Wahlrecht auf den bislang von keiner Seite erfüllten Teil des Vertrags.

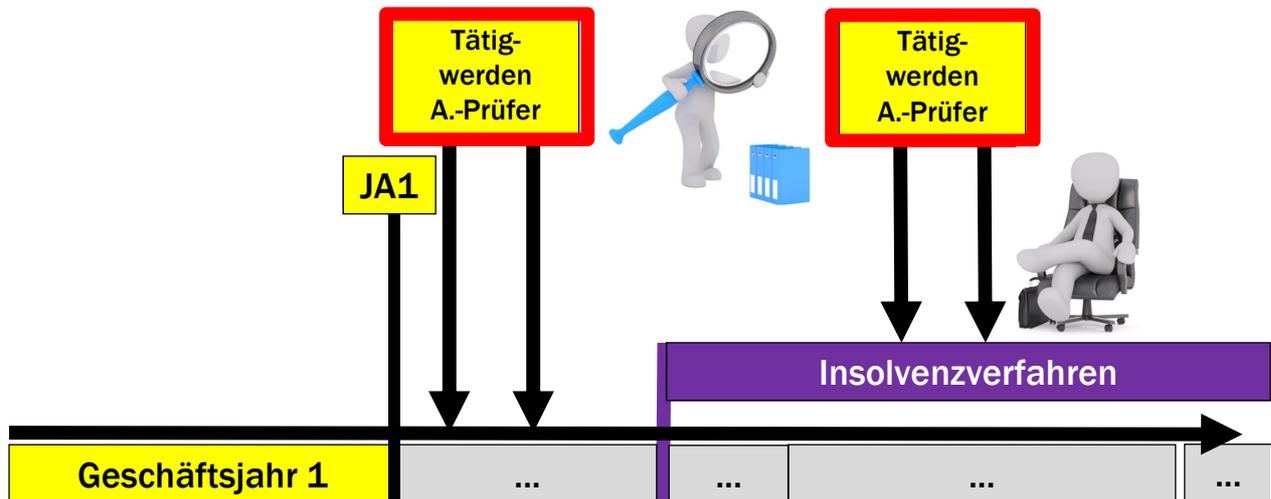
	Teilleistung VOR Insolvenzeröffnung	(Rest-)Leistung NACH Insolvenzeröffnung
Insolvenzschuldner bzw. -masse	Insolvenzquote <small>≈ § 105 S. 1 InsO</small>	schuldet als („originäre“) Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	leistet vor	schuldet als („originärer“) Masseanspruch
Insolvenzschuldner bzw. -masse	leistet vor	schuldet als („originäre“) Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	schuldet als (derivativer) Masseanspruch	schuldet als („originärer“) Masseanspruch

warum nicht Erstreckung auf den kraft Gesetzes zu erfüllenden Vertrag?

§ 105 InsO Teilbare Leistungen

Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. ....

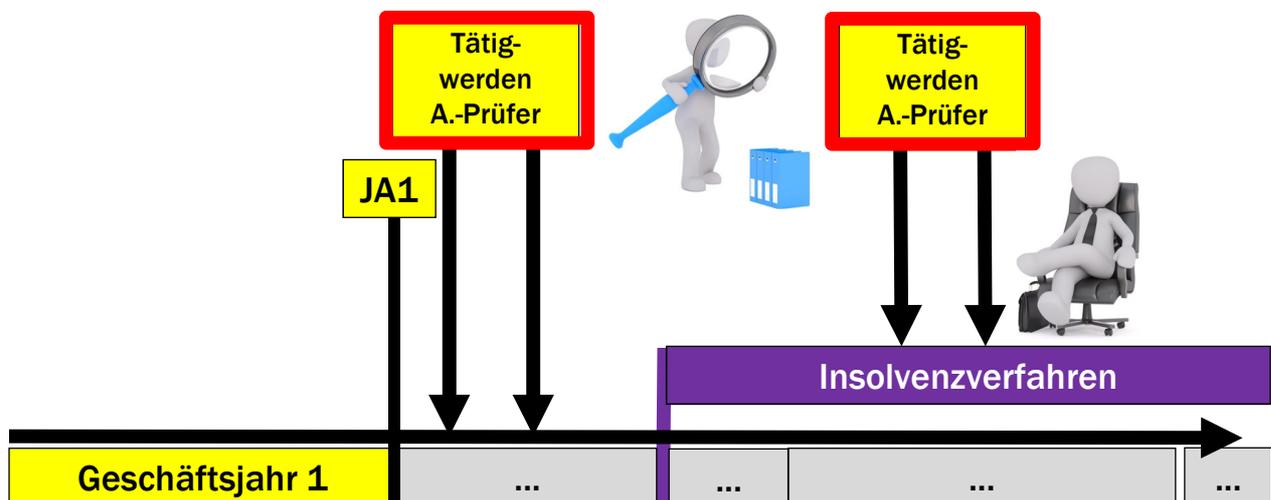
**BGH: Teilbarkeit „in denkbar weitestem Sinne zu verstehen“  
Bewertbarkeit genügt**



§ 105 InsO Teilbare Leistungen

Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. ....

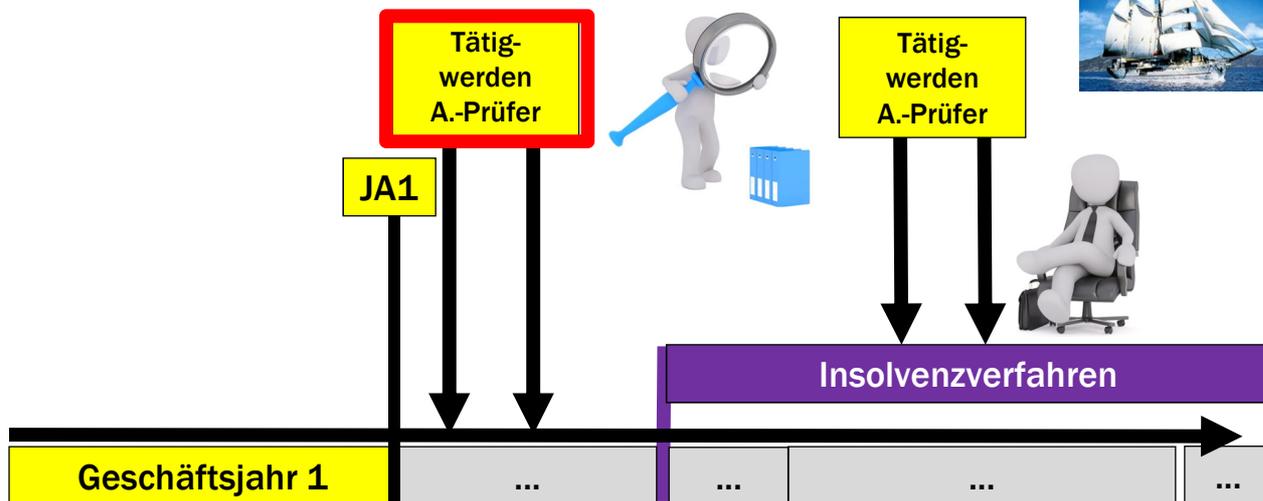
**BGH: auch höchstpersönliche Leistungen (wie die eines Abschlussprüfers),  
jedenfalls wenn nicht der Insolvenzschuldner, sondern sein Vertragspartner die  
höchstpersönliche Leistung schuldet**



§ 105 InsO Teilbare Leistungen

Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. ....

**BGH: ausreichend ist „wertschöpfende“ Teilleistung, die sich aber nicht auch „sichtbar im Vermögen des Schuldners niedergeschlagen“ haben muss [Hinweis u.a. auf BGH v. 22.2.2001 – IX ZR 191/98 („Lili Marleen“)]**



**Exkurs: BGH v. 22.2.2001 – IX ZR 191/98 („Lili Marleen“)**

BGH: Indem der Schuldner das Schiffsbauwerk (= Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sache) vor der Insolvenzeröffnung teilweise fertiggestellt hat, hat er bereits teilweise erfüllt → der hierauf entfallende Teil des Gegenleistungsanspruchs ist kein „originärer Masseanspruch“ (gegen den u.a. keine Aufrechnung mit einer Insolvenzforderung möglich wäre), sondern ein in die Masse gefallener Altanspruch („derivativer Masseanspruch“).

	Teilleistung VOR Insolvenzeröffnung	(Rest-)Leistung NACH Insolvenzeröffnung
Insolvensschuldner bzw. -masse	Insolvenzquote ≈ § 105 S. 1 InsO	schuldet als („originäre“) Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	leistet vor	schuldet als („originärer“) Masseanspruch
Insolvensschuldner bzw. -masse	<b>BGH: leistet vor !?</b>	schuldet als („originäre“) Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	<b>→ schuldet als (derivativer) Masseanspruch</b>	schuldet als („originärer“) Masseanspruch

**Konsequenz für die umgekehrte (!) Fallkonstellation:**

Indem der Vertragspartner das Schiffsbauwerk vor der Insolvenzeröffnung teilweise fertiggestellt hätte, hätte er bereits teilweise erfüllt → der hierauf entfallende Teil seines Gegenleistungsanspruchs wäre keine Masseverbindlichkeit, sondern eine Insolvenzforderung.

	Teilleistung VOR Insolvenzeröffnung	(Rest-)Leistung NACH Insolvenzeröffnung
Insolvenzschuldner bzw. -masse	→ Insolvenzquote <small>≈ § 105 S. 1 InsO</small>	schuldet als („originäre“) Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	→ leistet vor !?	schuldet als („originärer“) Masseanspruch
Insolvenzschuldner bzw. -masse	leistet vor	schuldet als („originäre“) Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	schuldet als ( <i>derivativer</i> ) Masseanspruch	schuldet als („originärer“) Masseanspruch

**Kritik:** Begriff der „Vorleistung“/ „teilweise erbrachten“ Leistung muss der haftungsrechtlichen Teleologie der Vertragsspaltungsdogmatik entsprechen  
→ „Wertschöpfung“ ohne Wechsel der haftungsrechtlichen Zuordnung des Vermögenswerts genügt nicht

→ statt „wie einst Lili Marleen“  
besser „Ade, Lili Marleen“

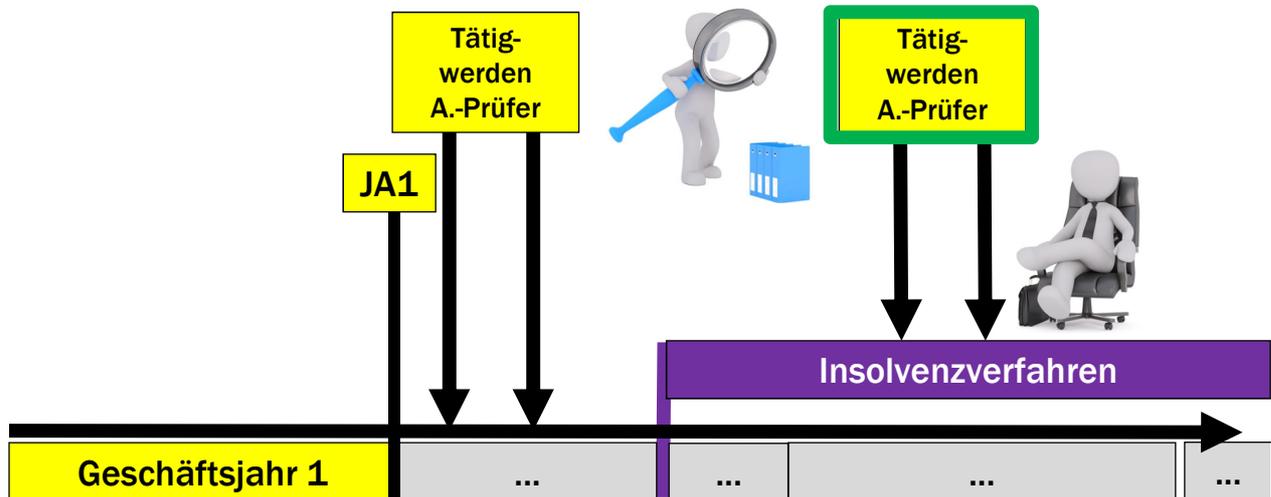


	Teilleistung VOR Insolvenzeröffnung	(Rest-)Leistung NACH Insolvenzeröffnung
Insolvenzschuldner bzw. -masse	→ Insolvenzquote <small>≈ § 105 S. 1 InsO</small>	schuldet als („originäre“) Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	→ leistet vor !?	schuldet als („originärer“) Masseanspruch
Insolvenzschuldner bzw. -masse	BGH leistet vor !?	schuldet als („originäre“) Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	→ schuldet als ( <i>derivativer</i> ) Masseanspruch	schuldet als („originärer“) Masseanspruch

### § 105 InsO Teilbare Leistungen

Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. ....

- auch bei geistigen Leistungen ist erforderlich, dass sich die „Wertschöpfung“ bereits durch Zuwachs bzw. Verlust im Schuldnervermögen niedergeschlagen hat
- bei Abschlussprüferleistung wohl i.d.R. erst mit Testat



### § 105 InsO Teilbare Leistungen

Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. ....

	Teilleistung VOR Insolvenzeröffnung	(Rest-)Leistung NACH Insolvenzeröffnung
Insolvenzschuldner bzw. -masse	<del>Insolvenzquote</del>	schuldet als Masseverbindlichkeit
Vertragspartner	<del>leistet vor</del>	schuldet als Masseanspruch

**Ergebnis:** Weil und soweit der Abschlussprüfer durch lediglich vorbereitende Tätigkeiten seine Leistung nicht „teilweise erbracht“ hat, ist er im Fall des § 155 III 2 InsO in vollem Umfang Massegläubiger nach § 55 I Nr. 2 Alt. 2 InsO.



Tilman Lorenz Petersen

## Jahresabschlussprüfung in der Insolvenz

Und für diejenigen, für die das zu viel Lili Marleen  
und zu wenig Abschlussprüfung war ...:



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783845991188>  
Generiert durch Universitäts Trier, am 01.05.2022, 21:17:10.  
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.



Fachbereich V  
Rechtswissenschaft

UNIVERSITÄT  
TRIER



**Vielen Dank für Ihr Interesse!**

Kontakt: [www.eckardt.uni-trier.de](http://www.eckardt.uni-trier.de)