



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 70/24

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

JNEU: nein

InsO § 103 Abs. 1

- a) Der Insolvenzverwalter kann einen Anspruch auf Vergütung für die vom Schuldner vorinsolvenzlich erbrachten Leistungen auf einen zur Zeit der Verfahrenseröffnung beiderseitig nicht oder nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag unabhängig von einer Erfüllungswahl zur Masse ziehen, wenn die beiderseitig geschuldeten Leistungen teilbar sind.
- b) Sind die beiderseitig geschuldeten Leistungen teilbar, bewirkt bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, und nicht erst die spätere Erfüllungswahl oder -ablehnung eine Aufspaltung des einheitlichen Vertragsverhältnisses in den vom Schuldner erfüllten und den nicht erfüllten Teil.
- c) Eine mangelhafte Leistung ist nur teilweise - im Umfang der Mängelfreiheit - erbracht. Sie ist teilbar, wenn sich ein mangelfreier Leistungsteil abgrenzen lässt. Es kommt darauf an, ob sich der Wert der mangelfrei erbrachten Teilleistung und ein auf sie entfallender Anteil der Gegenleistung im Verhältnis zur Gesamtleistung und Gesamtvergütung objektiv bestimmen lassen.

InsO § 103 Abs. 1; BGB §§ 633, 641

- a) Ist eine Werkleistung teilbar, setzt die Durchsetzung des Vergütungsanspruchs für den vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner erbrachten Teil der Leistung aufgrund der insolvenzrechtlichen Modifikationen keine Abnahme dieser Teilleistung voraus.
- b) Weist die vorinsolvenzlich erbrachte Teilleistung Mängel auf, ist der auf diese Teilleistung entfallende Vergütungsanspruch von vornherein um die Mängelbeseitigungskosten gemindert.

BGH, Urteil vom 17. Juli 2025 - IX ZR 70/24 - OLG Oldenburg
LG Oldenburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 2025 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Schoppmeyer, die Richter Röhl, Dr. Schultz, Weinland und Kunnes

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 23. April 2024 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. März 2022 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des A. M. (im Folgenden: Schuldner). Er verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn.
- 2 Der Schuldner war als selbständiger Dachdecker- und Zimmerermeister tätig. Mit Nachunternehmervertrag vom 31. Juli 2019 wurde er von der Beklagten mit den Gewerken Dachdecker- und Klempnerarbeiten an einem Bauvorhaben in Wilhelmshaven beauftragt. Die Vertragsparteien vereinbarten eine Abrechnung nach Einheitspreisen und die Geltung der VOB/B. Der Schuldner führte die Arbeiten in der Zeit vom 30. Oktober 2019 bis zum 15. März 2021 aus und stellte Abschlagsrechnungen, welche die Beklagte im Wesentlichen bezahlte. Unter

dem 15. März 2021 legte der Schuldner Schlussrechnung, die unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen eine offene Restforderung in Höhe von 88.667,98 € auswies. Die Beklagte rügte Mängel und ausstehende Restleistungen. Der Schuldner nahm weitere Arbeiten an dem Bauvorhaben vor. Die Beklagte zahlte in mehreren Teilbeträgen insgesamt weitere 20.000 € und rügte weiterhin Mängel.

3 Im vorliegenden Rechtsstreit hat zunächst noch der Schuldner die Beklagte auf Zahlung der ausstehenden Restforderung in Höhe von 68.667,98 € in Anspruch genommen. Der Rechtsstreit ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners unterbrochen worden. Der Kläger hat den Rechtsstreit aufgenommen. Nachdem die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme Mängel der Werkleistung des Schuldners ergeben hatte, hat der Kläger die (weitere) Erfüllung des Nachunternehmervertrags vom 31. Juli 2019 abgelehnt.

4 Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Der streitgegenständliche Werklohnanspruch sei nicht fällig. Infolge der Erfüllungsablehnung durch den Kläger könne die Fälligkeit auch nicht mehr herbeigeführt werden. Die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage derzeit unbegründet sei. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein ursprüngliches Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6 Das Berufungsgericht hat gemeint, der streitgegenständliche Restwerklohnanspruch sei derzeit nicht fällig. Die dem Anspruch zugrundeliegende Werkleistung des Schuldners sei nicht abgenommen worden. Wegen nicht unerheblicher Mängel sei die Leistung auch nicht abnahmereif. Auch eine Durchgriffsfähigkeit gemäß § 641 Abs. 2 BGB liege nicht vor. Schließlich folge aus der gemäß § 103 InsO erklärten Erfüllungsablehnung des Klägers kein die Fälligkeit des Werklohnanspruchs begründendes Abrechnungsverhältnis.

7 Ein die Fälligkeit der Werklohnforderung unabhängig von einer Abnahme und trotz fehlender Abnahmepflicht herbeiführendes Abrechnungsverhältnis sei gegeben, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung oder Schadensersatz verlange oder die Abnahme des Werks oder weitere Arbeiten des Unternehmers ernsthaft und endgültig ablehne oder die Erfüllung unmöglich geworden sei. Es seien mithin Fälle betroffen, in denen dem Unternehmer eine Werklohnforderung zustehe und der Besteller allein auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung des Werks beanspruchen könne. Das entscheidende Kriterium für die Annahme eines solchen Abrechnungsverhältnisses liege darin, dass es dem Unternehmer rechtlich und/oder tatsächlich unmöglich sei, den Anspruch des Bestellers im Wesentlichen mangelfrei zu erfüllen und er damit selbst die Voraussetzungen für eine Pflicht des Bestellers zur Abnahme und damit letztlich die Fälligkeit seines Werklohnanspruchs nicht herbeiführen könne.

- 8 Gemessen daran begründe die Wahl der Nichterfüllung des Bauvertrags durch den klagenden Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO kein die Fälligkeit der Werklohnforderung unabhängig von der Abnahme und Abnahmereife begründendes Abrechnungsverhältnis. Die Wahl der Nichterfüllung des Vertrags durch den Insolvenzverwalter habe keine materiell-rechtliche Wirkung, sondern bestätige nur die durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesetzlich eingetretene Suspendierung der Hauptleistungspflichten. Diese wirke nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens und schaffe ein auf dessen Zeitraum begrenztes Leistungsverweigerungsrecht. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens könne der Besteller den Erfüllungsanspruch wieder geltend machen. Auch wenn das Wiederaufleben der Forderungen nach Beendigung eines Insolvenzverfahrens nicht der Regelfall sein werde, entstehe angesichts der dargestellten Rechtslage gerade keine Sachlage, in der es dem Schuldner rechtlich und/oder tatsächlich unmöglich sei, die Voraussetzungen der Abnahmepflicht des Bestellers herbeizuführen, wenn sich der Insolvenzverwalter dafür entscheide, den Bauvertrag nicht zu erfüllen, solange der Besteller seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO zur Insolvenztabelle anmelde.
- 9 Auch bezogen auf den Insolvenzverwalter lasse sich kein anderes Ergebnis rechtfertigen. Dieser habe bis zur Ausübung seines Wahlrechts die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, den Anspruch des Bestellers im Wesentlichen mangelfrei zu erfüllen und damit selbst die Voraussetzungen für eine Pflicht des Bestellers zur Abnahme und damit letztlich die Fälligkeit seines Werklohnanspruchs herbeizuführen. Mit seiner Entscheidung, den Bauvertrag nicht zu erfüllen, verhalte sich der Insolvenzverwalter wie ein Unternehmer, der die Mängelbeseitigung verweigere und als Kompensation für die Mängel einen Abzug von der

Rechnung vornehme. Genauso wie dem Unternehmer dieser Weg, ein Abrechnungsverhältnis dergestalt eigenmächtig herbeizuführen, verschlossen bleibe, gelte dies für den Insolvenzverwalter.

- 10 Allerdings sei die Klage nicht als endgültig, sondern nur mangels Fälligkeit als derzeit unbegründet abzuweisen. Sollte die Beklagte oder ihre Auftraggeberin die Mängel beseitigen oder sie doch noch ihre Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen, träte ein Abrechnungsverhältnis ein.

II.

- 11 Das hält rechtlicher Prüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, die Vergütung für die vom Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistung sei nicht fällig. Der Insolvenzverwalter kann einen Vergütungsanspruch aus einem beiderseits nicht vollständig erfüllten Werkvertrag für eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Teilleistung des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unabhängig von einer Abnahme der Werkleistung durchsetzen. Dies ergibt sich aus §§ 103, 105 InsO, der bei einer teilbaren Leistung aus einem beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrag mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintretenden Spaltung des Vertrags und den damit für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erbrachten Teilleistungen eintretenden Rechtsfolgen.

- 12 1. Der streitgegenständliche Anspruch ergibt sich aus einem gegenseitigen Vertrag im Sinne des § 103 InsO. Der Schuldner hat die nach dem Nachunternehmervertrag geschuldeten Bauleistungen noch nicht vollständig erbracht, weil die Leistungen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mangelhaft sind. Die Beklagte hat den Werklohn noch nicht vollständig bezahlt. Erfüllung im Sinne des § 103 InsO ist - selbst nach Abnahme des Werkes - solange nicht

eingetreten, als beseitigungsfähige Mängel bestehen (BGH, Urteil vom 19. November 2015 - IX ZR 198/14, ZIP 2016, 85 Rn. 17). Denn der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers ist letztlich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in modifizierter Form (BGH, Urteil vom 19. November 2015, aaO mwN).

13 2. Der Anspruch auf Vergütung für die vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistung ist unabhängig von einer Erfüllungswahl oder -ablehnung durch den Verwalter, weil die beiderseitig geschuldeten Leistungen teilbar sind und dies zu einer Aufspaltung (Teilung) des Vertrags führt. Dies gilt auch für einen Werkvertrag.

14 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Schuldners zu einer Aufspaltung des Vertrags, wenn ein gegenseitiger Vertrag den Regelungen des § 103 InsO unterfällt und die Leistungen teilbar sind. Soweit der Schuldner die ihm obliegende Leistung teilweise erbracht hat, wird mithin die auf diesen Teil entfallende Gegenleistung weder durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch durch das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters berührt. Der Anspruch auf die der erbrachten Teilleistung entsprechende Gegenleistung bleibt bestehen (BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340; vom 27. Februar 1997 - IX ZR 5/96, BGHZ 135, 25, 26 f; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f; vom 17. Dezember 2009 - IX ZR 214/08, ZIP 2010, 238 Rn. 11). Diese Aufspaltung des Vertragsverhältnisses entsprechend dem vom Schuldner erfüllten und dem nicht erfüllten Teil tritt - wenn die beiderseitig geschuldeten Leistungen teilbar sind - bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens und nicht erst durch die spätere Erfüllungswahl oder -ablehnung ein (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - IX ZR 79/11, ZInsO 2012, 77 Rn. 22; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 103 Rn. 268; Bopp, Der Bauvertrag in der Insolvenz,

S. 234; vgl. auch BGH, Urteil vom 27. Februar 1997 - IX ZR 5/96, BGHZ 135, 25, 28; aA MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 103 Rn. 47).

15 Wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) hat dies zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche nur durchsetzen können, soweit es sich um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 - IX ZR 214/08, ZIP 2010, 238 Rn. 11 mwN). Sofern der Schuldner vor Verfahrenseröffnung anders als sein Vertragspartner teilweise geleistet hat, kann der Insolvenzverwalter grundsätzlich eine der tatsächlich bewirkten Leistung entsprechende anteilige Vergütung beanspruchen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009, aaO Rn. 12). Insoweit unterliegen die Ansprüche auf die Gegenleistung keinen Beschränkungen durch § 103 InsO. Der Vergütungsanspruch für die vorinsolvenzliche Leistung des Schuldners ist unabhängig von der Erfüllungswahl oder -ablehnung des Verwalters. Der Verwalter muss nicht die Erfüllung wählen, um den Vergütungsanspruch zur Masse zu ziehen. Andererseits bewirkt eine Erfüllungswahl nicht, dass Abtretungen und Aufrechnungen, soweit sie den Vergütungsanspruch der Masse für den vorinsolvenzlich erbrachten Teil der Leistung betreffen, in ihrer Wirkung eingeschränkt werden (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 339; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358). Denn die Erfüllungswahl beseitigt nicht die mit der Verfahrenseröffnung eingetretene Aufspaltung des Vertrags.

16 Die Aufspaltung des Vertrags eröffnet dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, die Gegenleistung für vorinsolvenzlich erbrachte Leistungen des Schuldners geltend zu machen, ohne die mit einer Erfüllungswahl verbundenen Risiken in Kauf nehmen zu müssen. Andererseits ist der insolvenzrechtliche Schutz des Vergütungsanspruchs für die vor Verfahrenseröffnung erbrachte (Mehr-)Leistung des Schuldners im Hinblick auf (Sicherungs-)Abtretungen und Aufrechnungen

weniger streng, als der Schutz des Anspruchs aus einer Erfüllungswahl des Verwalters. Nur im Umfang der Erfüllungswahl greift der Gedanke, dass der mit Mitteln der Masse bewirkte Gegenleistungsanspruch dieser auch zugutekommen muss. Die Rechtsprechung berücksichtigt daher sowohl das Interesse der Gläubigersamtheit an einer möglichst umfassenden Befriedigung als auch das Interesse von (Sicherungs-)Zessionaren am Bestand ihrer Sicherheit sowie das Interesse des Vertragspartners am Erhalt von Aufrechnungsmöglichkeiten. Die gegenläufigen Interessen werden zu einem aus insolvenzrechtlicher Sicht angemessenen Ausgleich gebracht.

17 Die Rechtsprechung zur Aufspaltung des Vertragsverhältnisses ist im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung gestoßen (Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 103 Rn. 268; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 103 Rn. 15 ff; MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 103 Rn. 47 ff; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, 6. Aufl., § 103 Rn. 7 ff; BeckOK-InsO/Berberich, 2024, § 103 Rn. 92 ff; Römermann/Harig, InsO, 2024, § 103 Rn. 53 f; Thode, ZfIR 2000, 165, 178; Huber, ZInsO 2005, 449, 451; Bopp, Der Bauvertrag in der Insolvenz, S. 234; Matthies, BauR 2012, 1005, 1009 f; kritisch Tintelnot in Prütting/Bork/Jacoby, InsO, 2025, § 103 Rn. 322 ff; aA von Wilmowsky, KTS 2012, 285, 293 ff). Der Senat hält an seiner Rechtsprechung auch unter Berücksichtigung der erhobenen Bedenken und Kritik fest.

18 b) Regelmäßig sind Leistungen aus gegenseitigen Verträgen teilbar. Eine Teilbarkeit liegt 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. Der Senat versteht den Begriff der Teilbarkeit in seiner Rechtsprechung damit im denkbar weitesten

Sinne (BGH, Urteil vom 28. April 2022 - IX ZR 69/21, ZRI 2022, 600 Rn. 27 mwN). Demgemäß hat der Senat auch die Teilbarkeit von Werkleistungen bejaht (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340, 342; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f; vom 28. April 2022, aaO Rn. 30 ff).

19 Unteilbar ist hingegen die dem Schuldner versprochene Übereignung eines Grundstücks (BGH, Urteil vom 7. Februar 2013 - IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160 Rn. 9). Ebenso hat der Bundesgerichtshof eine Teilbarkeit der Gegenleistung abgelehnt, wenn der Vertragspartner eine nicht auf Einzelleistungen aufspaltbare Fallpauschale schuldete (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 - IX ZR 214/08, ZIP 2010, 238 Rn. 26).

20 c) Bislang nicht abschließend geklärt ist, welche Auswirkungen es auf die Teilbarkeit der Leistung hat, wenn die vom Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistung Mängel aufweist.

21 aa) Eine mangelhafte Leistung ist nur teilweise - im Umfang der Mängelfreiheit - erbracht (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 105 Rn. 16). Die Mangelhaftigkeit der Leistung steht damit der Teilbarkeit nicht entgegen (Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 45; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl. § 105 Rn. 21). Dies gilt auch für einen Werkvertrag. Denn hinsichtlich der Mängelbeseitigung und Herstellung eines mangelfreien Werks handelt es sich um die Teile des Vertrags, die - ohne dass zu den insoweit streitigen Fragen Stellung genommen werden müsste - der Erfüllungswahl unterliegen.

- 22 bb) Nach dieser Maßgabe stellen im Hinblick auf die Wirkungen des § 103 InsO vom Schuldner bereits vor Eröffnung erbrachte Leistungen, die noch Mängel aufweisen, eine teilweise Erfüllung des Vertrags dar, wenn sich - erforderlichenfalls mit sachverständiger Hilfe - ein mangelfreier Leistungsteil abgrenzen lässt. Auch hier greift eine wirtschaftliche Betrachtung. Es kommt daher darauf an, ob sich der Wert der mangelfrei erbrachten Teilleistung und ein auf sie entfallender Anteil der Gegenleistung im Verhältnis zur Gesamtleistung und Gesamtvergütung objektiv bestimmen lassen. Dem steht das Senatsurteil vom 19. November 2015 (IX ZR 198/14, ZIP 2016, 85) nicht entgegen. Insgesamt mangelhaft im Sinne des Senatsurteils (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2015, aaO Rn. 25) ist eine Werkleistung vielmehr, wenn sich aufgrund der Mängel ein Wert der mangelfrei erbrachten Leistung nicht bestimmen lässt. Das kann schon dann der Fall sein, wenn der unter Berücksichtigung der Mängel verbleibende Wert der erbrachten Leistungen nur geringfügig ist, dem Besteller also gegenüber einer gedachten Neuherstellung des Werks kein nennenswerter Vorteil verbleibt, oder wenn eine Beseitigung der Mängel technisch nur durch eine Neuherstellung des Werks möglich ist.
- 23 3. Ist eine Werkleistung nach diesen Maßstäben teilbar, setzt die Durchsetzung des Vergütungsanspruchs für den vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner erbrachten Teil der Leistung keine Abnahme voraus.
- 24 a) Allerdings bleibt ein gegenseitiger Vertrag ungeachtet der Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich in der Lage bestehen, in der er sich bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand (BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 359; vom 27. Mai 2003 - IX ZR 51/02, BGHZ 155, 87, 95; vom 10. August 2006 - IX ZR 28/05, BGHZ 169, 43 Rn. 12; vom 17. Dezember 2009 - IX ZR 214/08, ZInsO 2010, 284 Rn. 11; vom 7. Februar 2013 - IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160 Rn. 8; vom 19. November 2015 - IX ZR

198/14, ZIP 2016, 85 Rn. 19 mwN; vom 14. September 2017 - IX ZR 261/15, BGHZ 216, 10 Rn. 13 mwN; ebenso bereits BGH, Urteil vom 7. Dezember 1988 - IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169, 175 mwN; vom 17. Dezember 1998 - IX ZR 151/98, ZIP 1999, 199, 200). Die Verfahrenseröffnung bewirkt keine materiellrechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrags (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - IX ZR 79/11, ZInsO 2012, 77 Rn. 18 mwN).

25 b) Jedoch unterliegen die vertraglichen Regelungen Einschränkungen, soweit die Insolvenzordnung besondere gesetzliche Regelungen - wie etwa in §§ 103 ff InsO - vorsieht (BGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 - IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 Rn. 17). Demgemäß führt die aufgrund der Bestimmungen der §§ 103, 105 InsO mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintretende Spaltung des Vertrags dazu, dass der Vergütungsanspruch des Schuldners für den bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllten Teil seiner Leistung getrennt von der Nichterfüllung des übrigen Teils der Leistung zu betrachten ist. Aufgrund dieser mit der Spaltung des Vertrags eintretenden insolvenzrechtlichen Modifikationen setzt der Vergütungsanspruch für den vom Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erfüllten Teil des Werkvertrags weder eine Abnahme dieser Teilleistung noch eine Abnahme der gesamten Leistung voraus.

26 aa) Allerdings wird im Hinblick auf die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, wonach (auch) nach einer Kündigung des Werkvertrags die Werklohnforderung erst mit Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistung fällig wird (Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345 Rn. 19 ff) vertreten, dass der Insolvenzverwalter die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs für die vom Schuldner vorinsolvenzlich erbrachte Teilleistung nur herbeiführen könne, wenn der Vertragspartner zur Abnahme der Teilleistung verpflichtet sei oder diese abnehme (vgl. Thode, ZfBR 2006, 638, 640; vgl. auch BeckOK-InsO/Matthies/Zeyns, 2024, Bau- und Architektenrecht in der Insolvenz Rn. 337,

340, Grziwotz/Koebler/Schmitz, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl., Kap. 9 Rn. 92 ff; ders., Die Abwicklung des Bauvertrags in der Insolvenz, 2021, Rn. 53 f; Wellensiek/Alexander/Scharfenberg, Die Bauinsolvenz, 7. Aufl., Rn. 209 ff, 430 ff).

27 bb) Dies trifft nicht zu. Vielmehr tritt mit der Spaltung des Vertrags aufgrund der insolvenzrechtlichen Modifikationen hinsichtlich der vor Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen eine Fälligkeit des auf diesen Teil entfallenden Werklohns auch ohne Abnahme ein. Es ist insolvenzrechtlich unerheblich, dass materiellrechtlich kein Abrechnungsverhältnis entsteht. Aufgrund der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintretenden Vertragsspaltung sind die Vergütungsansprüche für die jeweiligen Teile der Leistung - sofern sie teilbar sind - selbständig zu behandeln.

28 (1) §§ 103, 105 InsO und die mit der Insolvenzeröffnung eintretende Spaltung eines beiderseits nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrags bezwecken einen aus insolvenzrechtlicher Sicht angemessenen Ausgleich des Interesses der Gläubigergesamtheit an einer möglichst umfassenden Befriedigung einerseits und des Interesses des Vertragspartners an der Wahrung seiner vertraglichen Rechte andererseits.

29 § 103 InsO dient dazu, dem Vertragspartner des Insolvenzschuldners den durch das funktionelle Synallagma vermittelten Schutz zu erhalten, soll es aber vor allem dem Verwalter ermöglichen, den Vertrag zum Vorteil der Masse und damit im Interesse der Gläubigergesamtheit auszuführen (BGH, Urteil vom 16. Mai 2019 - IX ZR 44/18, BGHZ 222, 114 Rn. 21 mwN). Jenseits der von § 103 InsO gezogenen Grenzen verbleibt es - soweit die Leistungen teilbar sind - bei den unabhängig von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehenden Ein-

schränkungen. Demgemäß haben die Insolvenzeröffnung und eine Erfüllungswahl des Verwalters keinen Einfluss auf das Schicksal des Gegenleistungsanspruchs für bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistungen. So bleibt etwa die Aufrechnung mit vorinsolvenzlichen Forderungen möglich (BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 335, 339); ebenso ist die vorinsolvenzliche Abtretung des Vergütungsanspruchs wirksam (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358).

30 (2) Die Spaltung des Vertrags nach Maßgabe der §§ 103, 105 InsO soll den Verwalter in den Stand setzen, die Vergütung für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Leistungen zur Masse zu ziehen, ohne den Vertrag insgesamt erfüllen zu müssen. Es ist mit den Rechtsfolgen der mit Insolvenzeröffnung eintretenden Spaltung des Vertrags nicht vereinbar, die Vergütung für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Teilleistungen von einer Abnahme abhängig zu machen, weil dies den Verwalter entgegen der von § 103 InsO bezweckten Entscheidungsfreiheit dazu zwänge, das gesamte Werk in einen abnahmefähigen Zustand zu versetzen (vgl. Tintelnot in Prütting/Bork/Jacoby, InsO, 2025, § 103 Rn. 434).

31 Nach Maßgabe des Insolvenzrechts bedarf es keiner Abnahme der vorinsolvenzlich erbrachten Teilleistung, um die Fälligkeit des entsprechenden Vergütungsanspruchs herbeizuführen. Hinsichtlich der erbrachten Teilleistung handelt es sich um eine mangelfreie Leistung. Demgemäß ist die Leistung - isoliert für den erbrachten Teil - abnahmereif. Sämtliche weitergehenden Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche des Vertragspartners fallen in den anderen, gesondert zu betrachtenden Vertragsteil, welcher der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters unterliegt. Sie können erst durchgesetzt werden, wenn der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt. Daher kann der Verwalter den Vergütungsanspruch für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Teilleistung sogleich geltend

machen. Es entspricht den Regelungen des materiellen Rechts, dass auch bei einem Werkvertrag Vergütungsansprüche für erbrachte, mangelfreie Teilleistungen geltend gemacht werden können. Insbesondere ist die Möglichkeit zur Geltendmachung eines Vergütungsanspruchs für erbrachte Teilleistungen ohne Abnahme auch dem Vertragsregime nicht fremd (vgl. § 632a BGB, § 16 VOB/B; vgl. auch BGH, Urteil vom 16. April 2025 - VII ZR 236/23, ZIP 2025, 1219 Rn. 26 f).

32 (3) Dem steht die bisherige Rechtsprechung nicht entgegen.

33 (a) Soweit der Bundesgerichtshof darauf abgestellt hat, dass bei der Ermittlung des für die vorinsolvenzliche Teilleistung des Schuldners geschuldeten anteiligen Werklohns dieselben Maßstäbe anzuwenden sind, wie wenn der Bauvertrag im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aus wichtigem Grund gekündigt worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 364; vom 28. April 2022 - IX ZR 69/21, ZRI 2022, 600 Rn. 31 mwN), betrifft dies allein die Frage, wie der für das gesamte Werk vertragsgemäß geschuldete Werklohn auf den vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erfüllten Teil aufzuteilen ist. Hingegen ist darin nicht ausgesprochen, dass der Vergütungsanspruch auch für die vorinsolvenzlich erbrachte Teilleistung nur nach Maßgabe der bürgerlich-rechtlichen Anforderungen durchgesetzt werden kann. Der Senat hat nicht ausgesprochen, dass die Durchsetzung des Vergütungsanspruchs der Masse für die vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung erbrachte Teilleistung nach Maßgabe des Vertragsregimes erfolgt.

34 (b) Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. November 2017 (VII ZR 116/15, ZInsO 2017, 2738) befasst sich allein mit der Geltendmachung eines Vorschussanspruchs nach § 637 Abs. 3 BGB für Mängelbeseitigungskosten. Dies betrifft nicht die im Streitfall erhebliche Frage, wann der Vergütungsanspruch der Masse für die vor Verfahrenseröffnung erbrachte Teilleistung fällig

wird, sondern lediglich Gegenrechte des Bestellers hinsichtlich des noch nicht erfüllten Teils eines Werkvertrags. Es kann dahinstehen, ob - wie der Leitsatz der Entscheidung annimmt - allein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers kein Abrechnungsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Mängelrechten ohne Abnahme entsteht. Daraus folgt nichts für die Frage, welche Wirkungen die aufgrund der Insolvenzeröffnung eintretende Spaltung des Vertrags für den Vergütungsanspruch hinsichtlich der vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Teilleistung hat.

35 (c) Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 1. Dezember 2011 (IX ZR 79/11, ZInsO 2012, 77) steht der Annahme einer Fälligkeit des Anspruchs auf Vergütung für die vom Schuldner vorinsolvenzlich erbrachte Teilleistung ohne Abnahme nicht entgegen. Soweit danach der Anspruch auf Zahlung des Rückkaufswerts bei einem beiderseits nicht vollständig erfüllten Lebensversicherungsvertrag von einer Kündigung des Versicherungsvertrags durch den Verwalter abhängt (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011, aaO Rn. 22 f), betrifft dies - in Abgrenzung zu Vergütungsansprüchen aus aufgespaltenen Kauf- und Werkverträgen - die Entstehung des Anspruchs, nicht dessen Fälligkeit (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011, aaO Rn. 23).

36 4. Der Höhe nach kann der Insolvenzverwalter den der vorinsolvenzlich erbrachten Leistung entsprechenden Teil der vertraglich für die mangelfreie Leistung vereinbarten Gegenleistung verlangen.

37 a) Entscheidend für den Vergütungsanspruch für die vor Insolvenzeröffnung erbrachte Teilleistung ist, ob 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 (BGH, Urteil vom 28. April 2022 - IX ZR 69/21, ZIP 2022, 1337 Rn. 29). Es genügt, wenn 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 (BGH, Urteil vom 28. April 2022, aaO Rn. 27 mwN).

38 b) Aufgrund der Spaltung des Vertrags richtet sich die Vergütung nach dem für die erbrachte Teilleistung geschuldeten Betrag. Maßgeblich ist der Wert der Teilleistung nach Maßgabe der vertraglich vereinbarten Vergütung. Weist die Teilleistung Mängel auf, kommt es für die Bemessung der Teilvergütung auf den Wert der mangelfreien Leistung an. Hierzu ist der auf die erbrachte Teilleistung entfallende Anteil der Gesamtvergütung zu ermitteln und um die für die Beseitigung der Mängel der Teilleistung erforderlichen Kosten zu mindern, soweit die Mängel in den Verantwortungsbereich des Schuldners fallen (vgl. Huber, ZInsO 2005, 449, 452 = Festschrift Kreft, 2004, S. 327, 335 f). Es besteht daher insoweit nur ein von vornherein um die Mängelbeseitigungskosten verminderter Vergütungsanspruch für die Teilleistung.

39 Damit werden die wechselseitigen Interessen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Die Insolvenzmasse erhält den Wert der erbrachten Teilleistung vergütet, die der Schuldner mit Mitteln der (späteren) Insolvenzmasse erwirtschaftet hat. Der Vertragspartner muss die erhaltene Teilleistung nur insoweit vergüten, als ihr Wert nicht durch Mängelbeseitigungskosten gemindert ist. Aufgrund der Kürzung der Vergütung für die mangelhafte Teilleistung um die Mängelbeseitigungskosten bleibt beiden Seiten unbenommen, die insolvenzrechtlich möglichen Entscheidungen hinsichtlich des nicht erfüllten Teils des Vertrags zu treffen. Dem Verwalter steht es frei, im Wege der Erfüllungswahl nach § 103 InsO einen weitergehenden Vergütungsanspruch zu erzielen; dem Vertragspartner steht offen, hinsichtlich des nicht erfüllten Teils des Vertrags seine Ansprüche

- gegebenenfalls nach Ablehnung der Erfüllungswahl durch den Verwalter - geltend zu machen und die Beseitigung der Mängel, soweit diese vom Schuldner zu verantworten sind, durch Dritte vornehmen zu lassen.

40 5. Nach diesen Grundsätzen durfte das Berufungsgericht die Klage nicht als derzeit unbegründet abweisen. Der Kläger macht geltend, dass die vorinsolvenzlich vom Schuldner erbrachte Leistung die Gegenleistung der Beklagten übersteigt. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen, weil es den Vergütungsanspruch der Masse für nicht fällig gehalten hat. Revisionsrechtlich ist daher davon auszugehen, dass der Schuldner vor Verfahrenseröffnung mehr geleistet hat als die Beklagte. Dieser revisionsrechtlich zu unterstellende Vergütungsanspruch ist mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners fällig geworden. Weiterhin ist revisionsrechtlich zu unterstellen, dass die bisher erbrachten Leistungen des Schuldners teilbar sind. Bei den geltend gemachten Mängeln der Leistung handelt es sich nach den bisherigen Feststellungen um Restmängel.

III.

41 Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

42 1. Das Berufungsgericht wird Feststellungen zur Höhe des streitgegenständlichen Vergütungsanspruchs zu treffen haben.

43 2. Nimmt es einen Vergütungsanspruch an, werden die von der Beklagten erklärten Hilfsaufrechnungen in den Blick zu nehmen sein. Mangelbeseitigungskosten mindern nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen (vgl. oben Rn. 38 f) bereits die Höhe des Vergütungsanspruchs.

Schoppmeyer

Röhl

Schultz

Weinland

Kunnes

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 24.11.2023 - 5 O 1825/21 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 23.04.2024 - 2 U 128/23 -

Verkündet am:

17. Juli 2025

Preuß, Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle