

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 130 BGB, 103 InsO

- 1. Versicherungsverträge fallen als Dauerschuldverhältnisse, die noch nicht vollständig erfüllt sind, auch im Grundsatz unter das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO.**
- 2. Kann jedoch der Insolvenzverwalter oder der Treuhänder (§ 313 InsO) die Forderungen des Schuldners aus dem Vertrag nicht zur Masse ziehen, so ist auch kein Raum für die Anwendung von § 103 InsO.**
- 3. Der "OK-Vermerk" auf dem Sendebericht belegt immerhin das Zustandekommen einer Verbindung mit der in der Faxbestätigung genannten Nummer. In Anbetracht dieses Umstands kann sich der Empfänger nicht auf ein bloßes Bestreiten des Zugangs beschränken; er muss sich im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast vielmehr näher dazu äußern, welches Gerät er an der fraglichen Gegenstelle betreibt, ob die Verbindung im Speicher enthalten ist, ob und in welcher Weise er ein Empfangsjournal führt und dieses gegebenenfalls vorlegen.**

BGH, Urteil vom 19.04.2014; Az.: IV ZR 163/13

### **Tenor:**

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena - 4. Zivilsenat - vom 9. April 2013 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

### **Tatbestand:**

Der Kläger, ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, nimmt den Beklagten, über dessen Vermögen am 10. Juni 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, auf Zahlung rückständiger Prämien für die Zeit vom 1. Juli 2009 bis 30. Juni 2010 aus einem Vertrag über Kranken- und Pflegeversicherung in Anspruch. Versicherungsnehmer dieses Vertrages war der Beklagte; seine (getrennt lebende) Ehefrau und seine beiden Kinder waren zunächst Mitversicherte, später Alleinversicherte des Vertrages.

Der Beklagte behauptet, dass er den Vertrag hinsichtlich seiner Frau und seiner Kinder per Telefax am 15. Juli 2008 zum Jahresende 1 gekündigt habe. Am 17. November 2008 habe auch seine Ehefrau nochmals eine Kündigung per Telefax ausgesprochen. Seine Familienmitglieder seien seit dem 1. Januar 2009 anderweitig versichert.

Der Kläger bestreitet unter Vorlage von Faxeingangsjournalen den Erhalt dieser Faxe und akzeptierte erst eine unter dem 15. Juni 2010 ausgesprochene Kündigung mit Wirkung zum 30. Juni 2010. Streitig ist außerdem, ob dem Beklagten Mitteilungen über Prämien erhöhungen mit Wirkung zum Jahresanfang 2009 und 2010 zugegangen sind.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang entsprochen.

Mit seiner Berufung hat der Beklagte zusätzlich eingewandt, dass die geltend gemachten Ansprüche sämtlich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden und deshalb nicht mehr durchsetzbar seien, da der Treuhänder, der dem Rechtsstreit als Streithelfer des Beklagten beigetreten ist, mit Schreiben vom 7. Januar 2010 unstrittig die Erfüllung der Verträge gemäß § 103 Abs. 2 InsO abgelehnt habe.

Außerdem hat der Beklagte in zweiter Instanz hilfsweise die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 3.747,00 €; (Beiträge für das Jahr 2010) erklärt, weil der Kläger es trotz Kenntnis von der Insolvenz und Kontaktaufnahme mit dem Treuhänder bis zum 11. Mai 2010 unterlassen habe, mit ihm zur Klärung der Beitragszahlung Kontakt aufzunehmen; für den Fall der Unzulässigkeit der Aufrechnung hat er Hilfswiderklage erhoben.

Die Berufung des Beklagten hat lediglich insoweit Erfolg gehabt, als das Berufungsgericht die Hauptforderung auf 6.608,76 € und die Anwaltskosten auf 603,92 € gekürzt hat. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Revision des Beklagten.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Dieses hat ausgeführt, dass der Beklagte den Zugang der Faxschreiben vom 15. Juli und 17. November 2008 nicht beweisen können und auch § 103 InsO der

Durchsetzbarkeit der Forderungen nicht entgegenstehe. Zwar sei § 103 InsO grundsätzlich auf Versicherungsverträge anwendbar; da aber Ansprüche des Schuldners aus einer privaten Krankenversicherung gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO wegen Unpfändbarkeit nach § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO nicht in die Insolvenzmasse fielen, fehle es für diesen Vertrag an den Voraussetzungen des § 103 InsO.

Die vom Insolvenzverwalter erklärte Erfüllungsablehnung enthalte keine wirksame Kündigung des Vertrages, da diese jedenfalls vom Beklagten hätte abgegeben werden müssen. Der Kläger handele auch nicht treuwidrig, wenn er eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter nicht gelten lassen wolle, obwohl er in einem Schreiben an ihn vom 10. August 2009 von einer Kündigungsmöglichkeit gesprochen habe. Zudem sei der Erklärung des Insolvenzverwalters keine Kündigung zu entnehmen und dem Kläger ein Anschlussversicherungsnachweis für die Versicherten auch erst am 16. Juni 2010 zugegangen.

Die Klage sei allerdings nur in Höhe der Prämien ohne die geltend gemachten Prämienerrhöhungen ab 2009 begründet, weil der Kläger den Zugang entsprechender Erhöhungsmittelungen nicht bewiesen habe.

Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB in Verbindung mit dem Versicherungsvertrag, den er im Wege der Aufrechnung oder der Widerklage durchsetzen könnte, stehe dem Beklagten nicht zu.

II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Zutreffend ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, dass § 103 InsO der Durchsetzbarkeit der Klageforderung nicht entgegensteht. Zwar fallen auch Versicherungsverträge als Dauerschuldverhältnisse, die noch nicht vollständig erfüllt sind, im Grundsatz unter das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO (MünchKomm-InsO/ Huber, 3. Aufl. § 103 Rn. 118; Uhlenbruck/Wegener, InsO 13. Aufl. § 103 Rn. 44; Braun/Kroth, InsO 5. Aufl. § 103 Rn. 10), sofern sie vom Insolvenzbeschlagn erfasst werden. Letzteres trifft aber aufgrund der Regelung in § 850b ZPO nicht auf private Krankenversicherungsverträge zu.

a) Die Vorschrift des § 850b ZPO findet auch im Insolvenzverfahren entsprechende Anwendung (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2009 - IX ZR 189/08, VersR 2010, 953 Rn. 5 ff., insbesondere Rn. 13). Somit werden die unter diese Bestimmung fallenden Ansprüche nicht vom Insolvenzbeschlagn erfasst.

b) Das gilt auch für private Krankheitskostenversicherungsverträge (ebenso OLG Frankfurt VersR 2013, 990; LG Köln VersR 2013, 1389; LG Dortmund r+s 2012, 248; MünchKomm-InsO/Huber aaO § 103 Rn. 87; Senger/Finke, ZInsO 2012, 997, 1000 f.; a.A. früher LG Köln NJW-RR 2004, 552). Zu den in § 850b Abs. 1 Nr. 4

ZPO genannten Bezügen zählen nämlich auch die Leistungsansprüche aus einer privaten Krankheitskostenversicherung, die auf Erstattung von Kosten für ärztliche Behandlungsmaßnahmen im Krankheitsfall gerichtet sind (BGH, Beschluss vom 4. Juli 2007 - VII ZB 68/06, VersR 2007, 1435 Rn. 12).

Kann jedoch der Insolvenzverwalter oder der Treuhänder (§ 313 InsO) die Forderungen des Schuldners aus dem Vertrag nicht zur Masse ziehen, so ist auch kein Raum für die Anwendung von § 103 InsO (OLG Frankfurt aaO S. 992; LG Köln aaO; LG Dortmund aaO; Senger/Finke aaO). Der Sinn des Erfüllungswahlrechts nach § 103 InsO besteht darin, dass der Insolvenzverwalter durch die Erfüllungswahl ggf. Vermögenswerte zur Masse ziehen oder anderenfalls die Belastung der Masse mit den Gegenforderungen vermeiden kann. Die Vorschrift setzt deshalb einen Massebezug voraus. Insolvenzfremde Schuldverhältnisse werden von ihr generell nicht erfasst (MünchKomm-InsO/Huber aaO).

c) Auf die Erklärungen des Streithelfers zu einer Erfüllungswahl kommt es daher nicht an; sie sind insoweit gegenstandslos.

Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur bedingten Pfändbarkeit von Leistungen aus Berufsunfähigkeitsversicherungen gemäß § 850b Abs. 2 ZPO und der insoweit gegebenen Anwendbarkeit von § 103 InsO (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2009 - IX ZR 189/08, VersR 2010, 953). Abgesehen davon, dass bei nur bedingt pfändbaren Ansprüchen eine Übertragung der Versicherung selbst auf den Verwalter nicht in Frage kommt, das Stammrecht vielmehr dem Schuldner erhalten bleiben muss (BGH aaO Rn. 15), entspricht es - anders als bei einer Berufsunfähigkeitsrente - nicht der Billigkeit i.S. von § 850b Abs. 2 ZPO, dass Gläubiger des Schuldners auf zukünftige Erstattungsleistungen des Krankheitskostenversicherers zugreifen dürfen, die ausschließlich der Abdeckung neu entstandener tatsächlicher krankheitsbedingter Aufwendungen dienen.

d) Weiter ist eine abweichende Beurteilung für den Streitfall nicht deshalb geboten, weil es vorliegend um eine Versicherung zugunsten der Ehefrau des Beklagten und seiner Kinder geht, die bei Insolvenzeröffnung bereits anderweitig krankenversichert waren, weshalb nach Auffassung der Revision jedes Bedürfnis für eine Pfändungsbeschränkung nach § 850b Abs. 1 Nr. 4 ZPO entfällt, so dass zumindest aus diesem Grunde der Versicherungsvertrag vom Insolvenzbeschluss erfasst werde.

Allein die Existenz eines weiteren Krankenversicherungsvertrages zugunsten des Versicherten kann es nicht rechtfertigen, dass der Insolvenzverwalter des Versicherungsnehmers abweichend von obigen Erwägungen den Vertrag mit Wirkung für die Masse fortführen kann. Denn der Versicherte (gleichgültig, ob es sich um den Versicherungsnehmer oder einen mitversicherten Dritten handelt) hätte keinen ausreichenden Schutz, wenn der Verwalter nach § 103 InsO Erfüllung wählen und dann die Erstattungsleistungen zur Masse ziehen könnte: Da die

Versicherer im Falle der Mehrfachversicherung nach dem auch in der Krankenversicherung gemäß § 194 Abs. 1 Satz 1 VVG anwendbaren § 78 Abs. 1 VVG als Gesamtschuldner haften, kann der Versicherungsnehmer oder der 20 Versicherte die Leistung nur einmal verlangen und hätte somit auch gegen den anderen Versicherer keinen Anspruch mehr, wenn der Insolvenzverwalter den Erstattungsbetrag beim ersten Versicherer liquidiert hat.

2. Aus der fehlenden Massezugehörigkeit des Vertrages und der aus ihm folgenden Rechte und Pflichten ergibt sich zugleich, dass dem Streithelfer des Beklagten die Befugnis zur Kündigung des Vertrages fehlte, so dass es auf eine Auslegung seiner Erklärung im Schreiben vom 7. Januar 2010 unter diesem Gesichtspunkt nicht ankommt.

3. Dagegen hat das Berufungsgericht eine Beendigung des Vertrages durch die mit den Telefaxschreiben vom 15. Juli und 17. November 2008 erklärten Kündigungen mit unzureichender Begründung verneint.

a) Jedenfalls die Kündigung vom 15. Juli 2008 war geeignet, die Vertragsbeendigung zum Jahresende herbeizuführen. Ein fehlender Anschlussversicherungsnachweis steht einer Kündigung zum 31. Dezember 2008 schon deshalb nicht entgegen, weil die Absätze 3 bis 7 des § 193 VVG sowie § 205 Abs. 6 VVG erst mit Wirkung zum 1. Januar 2009 in das Gesetz eingefügt worden sind, eine Versicherungspflicht mithin erst ab diesem Zeitpunkt bestand; die zuvor bestehende Versicherung bis zum 31. Dezember 2008 hatte deshalb nicht den Charakter einer Pflichtversicherung. Zudem bedurfte die Kündigung für die mitversicherte volljährige Ehefrau nicht des Nachweises einer Anschlussversicherung (vgl. Senatsurteil vom 18. Dezember 2013 - IV ZR 140/13, r+s 2014, 83).

b) Für das Revisionsverfahren ist ferner davon auszugehen, dass auch die von der Ehefrau des Beklagten erklärte Kündigung vom 17. November 2008 eine Vertragsbeendigung herbeiführen konnte. Insoweit bedürfte es, wenn es mangels wirksamer Kündigung am 15. Juli 2008 auf diese Erklärung ankommen sollte, weiterer Feststellungen, ob die Kündigung den Umständen nach im Namen des Beklagten als Versicherungsnehmer und mit einer entsprechenden Vollmacht erklärt wurde.

c) Den Zugang der beiden Telefaxe vom 15. Juli und 17. November 2008 hätte das Berufungsgericht ohne weitere Sachaufklärung nicht verneinen dürfen.

aa) Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Beklagte den Zugang der Kündigungserklärungen beweisen muss. Ferner deckt sich seine Auffassung, dass der "OK-Vermerk" eines Sendebereichs lediglich ein Indiz für den Zugang eines Telefaxes darstellt und insoweit keinen

Anscheinsbeweis erbringt, mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (zuletzt BGH, Beschlüsse vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13 juris Rn. 12; vom 14. Mai 2013 - III ZR 289/12, NJW 2013, 2514 Rn. 11; vom 21. Juli 2011 - IX ZR 148/10, juris Rn. 3; ferner Urteil vom 7. Dezember 1994 - VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665 unter II 3) und anderer oberster Bundesgerichte (BAG, BAGE 102, 171; vgl. auch BSG, Beschluss vom 20. Oktober 2009 - B 5 R 84/09 B, juris Rn. 12).

bb) Allerdings wird diese Rechtsprechung - wie die Revision insoweit zutreffend geltend macht - im Hinblick auf technische Weiterentwicklungen auf dem Gebiet der Telekommunikation zum Teil in Frage gestellt (OLG Frankfurt, Urteil vom 5. März 2010 - 19 U 213/09, juris Rn. 17; OLG Karlsruhe VersR 2009, 245; OLG Celle VersR 2008, 1477, 1478; OLG München MDR 1999, 286 Rn. 12; Singer/Benedict in Staudinger, 26 BGB [2012] § 130 Rn. 109; Gregor, NJW 2005, 2885, 2885 f.; Riesenkampff, NJW 2004, 3296, 3298 f.).

cc) Ob und inwieweit diese Kritik berechtigt ist, kann im Streitfall offen bleiben. Das Berufungsgericht hat unabhängig hiervon den Sachverhalt nicht umfassend gewürdigt und sich über Beweisantritte des Beklagten hinweggesetzt, die bereits auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine weitere Aufklärung geboten.

(1) Das Berufungsgericht hat zunächst nicht genügend bedacht, dass der "OK-Vermerk" auf dem Sendebericht auch nach der dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs immerhin das Zustandekommen einer Verbindung mit der in der Faxbestätigung genannten Nummer belegt. In Anbetracht dieses Umstands kann sich der Empfänger nicht auf ein bloßes Bestreiten des Zugangs beschränken; er muss sich im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast vielmehr näher dazu äußern, welches Gerät er an der fraglichen Gegenstelle betreibt, ob die Verbindung im Speicher enthalten ist, ob und in welcher Weise er ein Empfangsjournal führt und dieses gegebenenfalls vorlegen usw. (ebenso OLG Frankfurt, Urteil vom 5. März 2010 - 19 U 213/09, juris Rn. 17). Die Beweiskraft des im "OK-Vermerk" liegenden Indizes ist sodann unter Berücksichtigung dieses Vorbringens zu würdigen.

Im Streitfall ist diese Würdigung durch das Berufungsgericht unzureichend erfolgt. Zwar hat der Kläger Eingangsjournale vorgelegt; diese lassen aber nicht erkennen, auf welchen Telefaxanschluss sie sich beziehen und zum Teil enthalten die darin aufgelisteten eingegangenen Faxe auch keine Absendernummern. Dabei gibt es zumindest in einem Punkt eine auffallende Übereinstimmung mit dem Vortrag des Beklagten: Das vorgelegte Empfangsjournal des Klägers vom 17. November 2008 führt unter anderem um 10:36 Uhr ein einseitiges Fax mit einer Sendedauer von 16 Sekunden ohne Absendernummer auf, und der Beklagte hat unter diesem Datum einen Sendebericht mit der Uhrzeit 10:34 Uhr und einer Sendedauer von 17 Sekunden vorgelegt. Dies könnte unter Berücksichtigung nicht exakt gleich eingestellter Uhrzeiten an Sende- und Empfangsgerät durchaus miteinander korrespondieren. Auch das hätte das Berufungsgericht würdigen müssen.

Möglicherweise wäre dann eine Auflage zur Ergänzung des Vorbringens (z.B. eine Vorlage des um 10:36 Uhr eingegangenen Faxes in anonymisierter Form) in Betracht gekommen.

Das Berufungsgericht hat demgegenüber eine Berücksichtigung der Umstände, dass die vorgelegten Empfangsjournale keine Anschlussnummer erkennen lassen und teilweise keine Absendernummern wiedergeben, unter Hinweis auf § 531 Abs. 2 ZPO abgelehnt, weil der Beklagte diese Einwände erst in zweiter Instanz erhoben habe. Das ist rechtsfehlerhaft; es handelt sich hierbei nicht um neues tatsächliches Vorbringen der Partei, sondern um jederzeit mögliche Beweiseinreden, nämlich die bloße Würdigung des Beweiswerts gegnerischen Vorbringens. Den Beweiswert von Indizien muss das Gericht aber selbständig und umfassend würdigen und dabei die Umstände, die sich aus den vorgelegten Urkunden selbst ergeben, auch ohne entsprechende Einreden von Parteien berücksichtigen. Davon abgesehen handelt es sich hier um unstrittige Umstände, die stets zu berücksichtigen sind.

(2) In jedem Fall war das Berufungsgericht gehalten, den Beweisantritten des Beklagten und seines Streithelfers auf Einholung eines Sachverständigengutachtens dazu, dass die mit dem "OK-Vermerk" versehenen Faxe auch beim Kläger eingegangen sind, nachzugehen.

Mit diesem Beweisantrag hat sich das Berufungsgericht in der angefochtenen Entscheidung nicht näher befasst.

Gründe, diesen Antrag zurückzuweisen, sind nicht ersichtlich. Da die Wahrscheinlichkeit, dass ein Schriftstück trotz eines mit einem "OK-Vermerk" versehenen Sendeprotokolls den Empfänger nicht erreicht, jedenfalls so gering ist, dass sich ein Rechtsanwalt bei Gestaltung seiner Büroorganisation in Fristensachen auf den "OK-Vermerk" verlassen darf (BGH, Beschlüsse vom 11. Dezember 2013 - XII ZB 229/13, juris Rn. 6; vom 28. März 2001 - XII ZB 100/00, VersR 2002, 1045 unter 2), handelt es sich nicht um eine unzulässigerweise ohne tatsächliche Anhaltspunkte "ins Blaue hinein" aufgestellte Behauptung (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 2013 - III ZR 289/12, NJW 2013, 2514 Rn. 12). Dies gilt insbesondere deshalb, weil gleich zwei mit "OK-Vermerk" versehene Faxe an unterschiedliche Nummern des Klägers nicht angekommen sein sollen.

Zudem ist das Beweismittel nicht von vornherein ungeeignet. Aus den oben genannten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Celle (VersR 2008, 1477) und Karlsruhe (VersR 2009, 245) ist vielmehr ersichtlich, dass zumindest im Einzelfall gesicherte Feststellungen darüber, welche Daten im Speicher des Empfangsgerätes eingegangen sind, getroffen werden können (vgl. auch BSG, Beschluss vom 20. Oktober 2009 - B 5 R 84/09 B, juris Rn. 12).

Im Rahmen der Beweisaufnahme wird das Berufungsgericht - gegebenenfalls nach ergänzendem Parteivortrag - auch Gelegenheit haben, den in der Revision aufgeworfenen Fragen zur technischen Bedeutung des "OK-Vermerks" nachzugehen.

d) Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses zunächst die notwendigen Feststellungen zur Übermittlung der Kündigungserklärungen vom 15. Juli und erforderlichenfalls auch 17. November 2008 nachholen kann.

4. Auf den vom Beklagten lediglich hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch kommt es wegen der ausstehenden Sachverhaltsaufklärung zu seinem Hauptvorbringen derzeit nicht an. Allerdings sind Rechtsfehler des Berufungsurteils insoweit auch nicht erkennbar.