

**Obergericht  
des Kantons Bern**

Appellationshof  
2. Zivilkammer

**Cour suprême  
du canton de Berne**

Cour d'appel  
2<sup>ème</sup> Chambre civile

Der Appellationshof des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, mitwirkend die Oberrichterinnen Apolloni Meier (Referentin) und Wüthrich, Oberrichter Bühler sowie Kammerschreiber Knüsel

hat in der Streitsache zwischen

Y **-Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft,**  
vertreten durch Fürsprecher Rolf A. Tobler, Amthausgasse 12, Postfach 244,  
3000 Bern 7

**Nichtigkeitsklägerin**

und

X

**Nichtigkeitsbeklagter**

**befunden und erwogen:**

I.

1. Am 31. März 2004 verlangte die Nichtigkeitsklägerin in der gegen den Nichtigkeitsbeklagten angehobenen Betreibung Nr. 0000 des Betreibungsamtes Bern-Mittelland, Dienststelle Konolfingen, für ausstehende Versicherungsprämien in der Höhe von Fr. 1'073.-- nebst Zins zu 5% seit 17. Oktober 2002, zuzüglich Betreibungskosten von Fr. 70.--, die provisorische Rechtsöffnung.

Mit Entscheid vom 23. Juni 2004 wies der Gerichtspräsident 3 des Gerichtskreises VII Konolfingen das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung ab (Ziff. 1) und auferlegte der Nichtigkeitsklägerin die Kosten (Ziff. 2). Er erwog unter anderem, die Nichtigkeitsklägerin habe die Zweimonatsfrist von Art. 21 Abs. 1 VVG (SR. 221.229.1) ungenutzt verstreichen lassen. Dies bewirke kraft unwiderlegbarer gesetzlicher Vermutung den Verzicht auf die rückständigen Prämien sowie die Vertragsauflösung. Somit liege auch kein Rechtsöffnungstitel vor.

2. Dagegen erhob die Y Rechtsschutz - Versicherungsgesellschaft am 19. Juli 2004 eine Nichtigkeitsklage mit den Begehren, der angefochtene Entscheid sei (kostenfällig) aufzuheben bzw. nichtig zu erklären (RB Ziff. 1) und der Nichtigkeitsklägerin sei im Umfang von Fr. 870.-- nebst Zins zu 5% seit 17. Oktober 2002, zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 70.--, die provisorischen Rechtsöffnung zu erteilen (RB Ziff. 2).

Oberinstanzlich räumt die Nichtigkeitsklägerin zunächst ein, mit den zutreffenden erstinstanzlichen Erwägungen (Ziff. 3 und 4) liege ein Rechtsöffnungstitel lediglich für Prämien im Umfang des ursprünglichen Versicherungsantrages (GB 2) vor. Der Forderungsbetrag für die drei verfallenen und betriebenen Jahresprämien (je Fr. 290.--) reduziere sich somit auf Fr. 870.-- nebst Zins und Betreuungskosten.

Entgegen den weiteren Erwägungen der Vorinstanz ist sie jedoch der Ansicht, vorliegend könne nicht von einem Vertragsrücktritt in Anwendung von Art. 21 f VVG ausgegangen werden. Mit Verweis auf die neuere Bundesgerichtspraxis (BGE 128 III 86 = Pra 2002 Nr. 175) macht sie geltend, eine gültige Vertragsauflösung komme nur zu Stande, wenn der Versicherer den Versicherten über **sämtliche Säumnisfolgen** informiert habe. Zu diesen Säumnisfolgen zähle nicht nur das Ruhen der Leistungspflicht nach Art. 20 Abs. 3 VVG, sondern auch das Recht des Versicherers, vom Vertrag zurückzutreten, beziehungsweise die Vermutung des Rücktritts nach Art. 21 Abs. 1 VVG. Im Mahnschreiben vom 22. Oktober 2002 habe die Nichtigkeitsklägerin zwar auf das Ruhen der Leistungspflicht hingewiesen, nicht aber auf das Recht des Vertragsrücktritts. Dies aus gutem Grund, habe sie doch gar nie die Absicht gehabt, vom Vertrag zurückzutreten. Mangels entsprechender Nennung der Säumnisfolgen komme die Vermutung des Rücktritts somit nicht zum tragen. Der Versicherungsvertrag sei demzufolge nach wie vor gültig, was zur Gewährung der Rechtsöffnung im verlangten Umfang führen müsse.

Der Nichtigkeitsbeklagte hat sich innert der ihm gesetzten Frist - wie schon um erstinstanzlichen Verfahren - nicht vernehmen lassen.

3. Die Nichtigkeitsklägerin macht geltend, die Vorinstanz habe in Verletzung klaren Rechts einen Rechtsöffnungstitel verneint. Damit erhebt sie sinngemäss Nichtigkeitsgründe im Sinne von Art. 360 ZPO. Auf die form- und fristgerechte Nichtigkeitsklage ist einzutreten.
4. Wird die Prämie zur Verfallszeit oder während der im Vertrage eingeräumten Nachfrist nicht entrichtet, so ist der Schuldner unter Androhung der Säumnisfolgen auf seine Kosten schriftlich aufzufordern, binnen 14 Tagen, von der Absendung der Mahnung an gerechnet, Zahlung zu leisten. Bleibt die Mahnung ohne Erfolg, so ruht die Leistungspflicht des Versicherers vom Ablauf der Mahnfrist an (Art. 20 Abs. 1 und 3 VVG).

Gemäss Art. 21 VVG hat der Versicherer dann die Wahl: Er kann innert zwei Monaten nach Ablauf der in Art. 20 VVG festgesetzten Frist die überfällige Prämie rechtlich einfordern; seine Haftung lebt dann mit der Zahlung wieder auf. Er kann auch vom Vertrag zurücktreten und auf die Bezahlung der rückständigen Prämie verzichten; diese Vertragsauflösung wird vermutet, wenn innert zwei Monaten keine Betreibung erfolgt (Pra 2002 Nr. 175; Pra 66 Nr. 196).

5. Es trifft in der Tat zu, dass das Bundesgericht in BGE 128 III 186 die Anforderungen an den Inhalt des Mahnschreibens i.S. von Art. 20 Abs. 1 VVG präzisiert und dabei festgehalten hat, dieses müsse den Schuldner auch auf das Rücktrittsrecht bzw. die Vermutung dieses Rechts als Säumnisfolge (Art. 21 Abs. 1 VVG) hinweisen. Andernfalls sei eine gültige Auflösung des Vertrages nicht möglich. Die Entstehung des Rücktrittsrechts und damit auch der Eintritt der gesetzlichen Vermutung setzt demnach zwingend eine vollständige Mitteilung an den Schuldner voraus. Daran fehlt es vorliegend, weil die Nichtigkeitsklägerin den Nichtigkeitsbeklagten nicht über die Säumnisfolge des möglichen Rücktritts informiert hat. Ein Aufhebungstatbestand für den Versicherungsvertrag liegt somit nicht vor.
6. Die Berücksichtigung vertragsaufhebender Umstände ist indes noch aus einem anderen Grund zu Unrecht erfolgt:

Verfügt der Gläubiger über eine urkundlich festgestellte oder unterschriebene Schuldanerkennung, so muss der Richter die provisorische Rechtsöffnung aussprechen, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Der Gläubiger muss daher nur die Schuldanerkennung einreichen, er hat keine weiteren rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen. Dem Schuldner obliegt es nun, glaubhaft zu machen, dass die der Schuldanerkennung zu Grunde liegenden rechtserzeugenden Tatsachen nicht existieren, oder dass rechtsvernichtende, oder rechtshindernde Tatsachen eingetreten sind. Eine solch rechtshindernde Tatsache stellt auch die Verwirkungsfrist nach Art. 21 VVG dar. Das Nichteinhalten der Zweimonatsfrist gehört daher zu den Einreden nach Art. 82 Abs. 2 SchKG, die vom Versicherungsnehmer glaubhaft gemacht werden müssen und nicht von Amtes wegen zu beachten sind (Stahlin in: Kommentar zum SchKG, Basel 1998, N 83 und 145 zu Art. 82 SchKG).

Vorliegend hat die Nichtigkeitsklägerin den vom Schuldner unterzeichneten Versicherungsantrag (GB 2) sowie die entsprechende Police (Annahmeerklärung) als Rechtsöffnungstitel ins Recht gelegt. Damit hat sie eine Schuldanerkennung in genügender Weise dargetan. Da sich der Schuldner nicht hat vernehmen lassen, bestand keine Veranlassung, Aufhebungsgründe des Versicherungsvertrages von Amtes wegen zu prüfen.

Die Vorinstanz hat damit in klar falscher Auslegung von Art. 82 Abs. 2 SchKG

sowie Art. 20 und 21 VVG einen gültigen Rechtsöffnungstitel der Nichtigkeitsklägerin verneint.

7. Bei Vollständigkeit der Akten soll der Appellationshof im Interesse ökonomischer Prozessführung selber ein Urteil setzen (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 1 zu Art. 365).

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte, liegt für die drei fälligen Jahresprämien von je Fr. 290.-- ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor. Mangels substantieller Einwendungen des Schuldners (Art. 82 Abs. 2 SchKG) ist deshalb für den Betrag von Fr. 870.-- die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

Für den Verzugszins muss entweder eine Mahnung eingereicht, oder urkundlich dargetan werden, dass ein bestimmter Verfallstag verabredet wurde (Stahelin, a.a.O., N 32). Die einzige aktenkundige Mahnung (GB 5a) lässt sich keiner bestimmten Prämie zuordnen, weshalb auf sie nicht abgestellt werden kann. Eine Verfallstagsabrede, mit der Wirkung eines unmittelbar eintretenden Verzuges, ist ebenfalls nicht dargetan. Es rechtfertigt sich daher, Verzugszinse erst ab Einleitung der Betreuung, d.h. ab Zustellung des Zahlungsbefehls am 10. Dezember 2003, zuzulassen.

Für die Betreuungskosten ist praxismässig keine Rechtsöffnung zu erteilen. Die entsprechenden Kosten sind dem Gläubiger vorab aus dem Ergebnis der Betreuung zu entrichten (Art. 68 Abs. 2 SchKG).

8. Fällt der Appellationshof selber ein neues Urteil (Art. 365 ZPO), wird bloss eine Pauschalgebühr für das Nichtigkeitsklageverfahren erhoben. Die Parteikosten des Nichtigkeits- und des Hauptverfahrens werden miteinander liquidiert. Die in der unteren Instanz von der kostenberechtigten, mit ihrer Nichtigkeitsklage obsiegenden Partei bezahlten Gerichtskosten und der für das Nichtigkeitsklageverfahren bezahlte Gerichtskostenvorschuss werden bei der Bestimmung des Prozesskostenersatzes berücksichtigt (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 1b zu Art. 366 ZPO).

Die Kosten des Nichtigkeitsklageverfahrens, bestimmt auf Fr. 225.-- (Art. 48 und 61 GebV SchKG), werden dem Nichtigkeitsbeklagten auferlegt und dem von der Nichtigkeitsklägerin geleisteten Vorschuss entnommen. Der Nichtigkeitsbeklagte wird der Nichtigkeitsklägerin im Umfang der von ihr geleisteten erst- und oberinstanzlichen Gerichtskosten (Fr. 375.--) rückerstattungspflichtig und hat ihr für beide Instanzen eine Parteienschädigung, bestimmt auf Fr. 500.--, zu bezahlen (Art. 62 GebV SchKG bzw. Kreisschreiben 17 der Zivilabteilung des Obergerichts vom 1. Januar 1997).

Aus diesen Gründen wird **erkannt**:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsklage wird der Nichtigkeitsklägerin in der Betreuung Nr. 0000 des Betreibungsamtes Bern-Mittelland, Dienststelle Konolfingen, für den Betrag von Fr. 870.-- nebst Zins zu 5% seit 10. Dezember 2003 die provisorische Rechtsöffnung erteilt.
2. Die Gerichtskosten für das Nichtigkeitsklageverfahren, bestimmt auf Fr. 225.--, werden dem Nichtigkeitsbeklagten auferlegt und dem von der Nichtigkeitsklägerin geleisteten Vorschuss entnommen. Der Nichtigkeitsklägerin sind Fr. 375.-- zurückzuerstatten.
3. Der Nichtigkeitsbeklagte wird verurteilt, der Nichtigkeitsklägerin für das Nichtigkeits- und Hauptverfahren einen Prozesskostenersatz, bestimmt auf Fr. 875.--, zu bezahlen.
4. Dieser Entscheid ist zu eröffnen:  
- den Parteien

Bern, 26. August 2004

Namens des Appellationshofes  
des Obergerichts des Kantons Bern  
2. Zivilkammer

Die Referentin:

Der Kammerschreiber: