

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

**Nichtigkeitsbeklagte**

**befunden und erwogen:**

1. Am 13. Mai 2004 verlangte die Nichtigkeitsklägerin in der gegen die Nichtigkeitsbeklagte angehobenen Betreibung Nr. 0000 des Betreibungsamtes Berner Jura-Seeland, Dienststelle Bielersee, für ausstehende Versicherungsprämien in der Höhe von Fr. 461.05 nebst Zins zu 5% seit 25. April 2003, zuzüglich Betreibungskosten von Fr. 30.--, die provisorische Rechtsöffnung.
2. Mit Entscheid vom 2. August 2004 wies der Gerichtspräsident 4 des Gerichtskreises II Biel-Nidau das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung ab (Ziff. 1) und auferlegte der Nichtigkeitsklägerin die Kosten (Ziff. 2). Er erwog, 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 das Dahinfallen des Versicherungsvertrages. Somit liege kein gültiger Rechtsöffnungstitel vor, wobei im Uebrigen nach ständiger Praxis des Gerichts

die Verwirkung von Amtes wegen geprüft werde.

3. Dagegen erhob die Y Rechtsschutz - Versicherungsgesellschaft am 30. August 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. 461.05 nebst Zins zu 5% seit 25. April 2003, zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 30.--, die provisorischen Rechtsöffnung zu erteilen (RB Ziff. 2).

Zur Begründung wird unter anderem geltend gemacht, es sei unzulässig die Verwirkungsfrist nach Art. 21 VVG von Amtes wegen zu beachten. Diese Einrede dürfe nur auf Vorbringen des Versicherungsnehmers hin geprüft werden (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Zudem missachte der angefochtene Entscheid die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 128 III 286) zur Auslegung von Art. 20 und 21 VVG. Nach richtiger Betrachtung komme eine gültige Vertragsauflösung nur zu Stande, wenn der Versicherer den Versicherten auf sämtliche in Art. 20 und 21 VVG genannten Verzugsfolgen aufmerksam gemacht habe. Daran fehle es vorliegend, weil dem Versicherten die Rücktrittsfolgen nicht angedroht worden seien.

Die Nichtigkeitsbeklagte hat sich - wie schon im erstinstanzlichen Verfahren - innert der ihr gesetzten Frist nicht vernehmen lassen.

4. Die Nichtigkeitsklägerin erhebt Nichtigkeitsgründe im Sinne von Art. 360 ZPO. Auf die form- und fristgerechte Nichtigkeitsklage ist einzutreten.
5. Der Appellationshof hatte sich bereits im Verfahren Nr. 04/349 (Urteil vom 26. August 2004) mit den hier aufgeworfenen Problemen zu befassen. Dabei gelangte er zur Auffassung, dass in Fällen wie dem vorliegenden die Berücksichtigung vertragsaufhebender Umstände aus folgendem Grund unzulässig ist:

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 (Stahelin in: Kommentar zum SchKG, Basel 1998, N 83 und 145 zu Art. 82 SchKG; Entscheid Nr. 04/349 des Appellationshofs des Kantons Bern vom 26.

August 2004).

Die Nichtigkeitsklägerin hat den von der Schuldnerin unterzeichneten Versicherungsantrag (GB 2) sowie die entsprechende Police (Annahmeerklärung, GB 3) als Rechtsöffnungstitel ins Recht gelegt. Damit hat sie eine Schuldanerkennung in genügender Weise dargetan. Da sich die Schuldnerin nicht hat vernehmen lassen, bestand keine Veranlassung, Aufhebungsgründe des Versicherungsvertrages von Amtes wegen zu prüfen.

Damit hat die Vorinstanz in klar falscher Auslegung von Art. 82 Abs. 2 SchKG einen gültigen Rechtsöffnungstitel verneint, was zur Gutheissung der Nichtigkeitsklage führt.

6. 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).

Der unterzeichnete Versicherungsantrag vom 17. Juli 2000 sowie die entsprechende Police (Nr. PPPP ; GB 2 und 3) weisen Prämien in der Höhe von Fr. 138.-- (Privat-Rechtsschutz) sowie von Fr. 130.-- (Verkehrs-Rechtsschutz) aus. Im Januar 2002 erneuerte die Nichtigkeitsklägerin diese Policen, freilich mit höheren Prämien (GB 3a und b). Diese neuen Policen stellen mangels einer Unterschrift der Versicherungsnehmerin keinen Rechtsöffnungstitel dar. Im Rechtsöffnungsverfahren bleibt eine einseitige Erhöhung der Prämie unbeachtlich, selbst wenn der Versicherung diese Kompetenz zugestanden wurde. Davon ausgenommen sind einzig Prämien erhöhungen aufgrund automatischer Summenanpassung, wenn sie im Zeitpunkt des Antrages genau bezifferbar waren (zum Ganzen: Staehelin a.a.O., N 144 zu Art. 82 SchKG). Aus den eingereichten Unterlagen ist indes weder die Zulässigkeit einer Summenanpassung noch deren genaue Höhe ersichtlich. Als Rechtsöffnungstitel kann deshalb einzig auf den ursprünglichen Versicherungsantrag und die entsprechende Jahresprämie von Fr. 268.-- abgestellt werden.

Für den Zeitraum vom 1. September 2002 bis 29. Februar 2004 sind demnach drei Halbjahresprämien im Gesamtbetrag von Fr. 402.-- fällig. In diesem Umfang kann der Nichtigkeitsklägerin mangels substantieller Einwendungen der Schuldnerin (Art. 82 Abs. 2 SchKG) die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. Soweit weitergehend ist das Gesuch abzuweisen.

7. Die Nichtigkeitsklägerin verlangt Zins zu 5% seit 25. April 2003.

Für den Verzugszins muss entweder eine Mahnung eingereicht, oder urkundlich dargetan werden, dass ein bestimmter Verfallstag verabredet wurde (Staehelin, a.a.O., N 32). Aktenkundig sind drei Mahnungen für die jeweiligen Prämien vom 22. Oktober 2002, 25. April 2003 und 22. Oktober 2003 (GB 5).

Es rechtfertigt sich daher, Zinse ab mittlerem Verfall, d.h. ab 25. April 2003, zuzulassen.

Für die Betreuungskosten ist praxisgemäss 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 der Nichtigkeitsbeklagten auferlegt und dem von der Nichtigkeitsklägerin geleisteten Vorschuss entnommen. Die Nichtigkeitsbeklagte wird der Nichtigkeitsklägerin im Umfang der von ihr geleisteten erst- und oberinstanzlichen Gerichtskosten (Fr. 345.--) rückerstattungspflichtig und hat ihr für beide Instanzen eine Parteientschädigung, bestimmt auf Fr. 400.--, 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 Berner Jura-Seeland, Dienststelle Bielersee, für den Betrag von Fr. 402.-- nebst Zins zu 5% seit 25. April 2003 die provisorische Rechtsöffnung erteilt.

Soweit weitergehend wird das Gesuch abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten für das Nichtigkeitsklageverfahren, bestimmt auf Fr. 225.--, werden der Nichtigkeitsbeklagten auferlegt und dem von der Nichtigkeitsklägerin geleisteten Vorschuss entnommen.
3. Die Nichtigkeitsbeklagte wird verurteilt, der Nichtigkeitsklägerin für das Nichtigkeits- und das Hauptverfahren einen Prozesskostenersatz, bestimmt auf Fr. 745.--, zu bezahlen.

4. Dieser Entscheid ist zu eröffnen  
- den Parteien

Bern, 18. Oktober 2004

Namens des Appellationshofes  
2. Zivilkammer

Der Referent:

Der Kammerschreiber: