Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
7B.249/2003 /rov

Urteil vom 7. Januar 2004
Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

Besetzung
Bundesrichterin Escher, Präsidentin,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl,
Gerichtsschreiberin Scholl.

Parteien
Z._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Advokat Markus Trottmann,

gegen

Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt,
Bäumleingasse 5, Postfach 964, 4001 Basel.

Gegenstand
Betreibungsart,

SchKG-Beschwerde gegen das Urteil der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt vom 29. September 2003.

Sachverhalt:
A.
Y._____ sel. nahm gemeinsam mit X._____ unter solidarischer Schuldnerschaft bei der Bank W._____ ein Darlehen auf, welches unter anderem durch ein Grundpfand sichergestellt wurde.

Mit Betreibungsbegehren vom 28. Februar 2003 gegen Z._____ (Rechtsnachfolger von Y._____/Schuldner) verlangte die Bank W._____ (Gläubigerin) ausdrücklich die Betreibung auf Pfändung oder Konkurs für Fr. 2'600'000.– nebst Zins und Kosten und bemerkte, dass auf das Recht und die Einrede der Vorausvollstreckung (beneficium excussionis realis) rechtsgültig verzichtet worden sei. Das Betreibungsamt Basel-Stadt übernahm diese Bemerkung in den Zahlungsbefehl vom 27. März 2003 und stellte diesen am 10. Juni 2003 zu. Am 20. Juni 2003 erhob Z._____ Rechtsvorschlag.
B.
Mit Beschwerde vom 19. Juni 2003 beantragte Z._____ zudem, den Zahlungsbefehl in der obigen Betreibung Nr. xxx aufzuheben. Er machte im Wesentlichen geltend, die in Betreibung gesetzte Forderung sei grundpfandgesichert, weshalb zunächst die Betreibung auf Pfandverwertung durchzuführen sei. Mit Urteil vom 29. September 2003 wies die Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt die Beschwerde ab.
C.
Z._____ gelangt mit Beschwerde vom 20. November 2003 an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts. Er beantragt, den Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. xxx vom 27. März 2003 aufzuheben bzw. für ungültig zu erklären.

Am 28. November 2003 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Die Aufsichtsbehörde und das Betreibungsamt haben auf eine Stellungnahme verzichtet. Die Bank W._____ (Beschwerdegegnerin) schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Die Kammer zieht in Erwägung:
1.
Nach Art. 79 Abs. 1 OG kann neue Begehren, Tatsachen, Bestreitungen und Beweismittel nicht anbringen, wer dazu im kantonalen Verfahren Gelegenheit hatte. Dieses Novenverbot gilt auch für die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin. Unbeachtlich ist daher die in der Vernehmlassung ans Bundesgericht erstmals vorgebrachte Behauptung, der Beschwerdeführer habe den Nachweis, dass die in Betreibung liegende Forderung pfandgesichert sei, nicht erbracht. Damit setzt sich die Beschwerdegegnerin im Übrigen nicht nur in Widerspruch zur Aufsichtsbehörde, welche ausdrücklich festgehalten hat, die Forderung sei durch ein Grundpfand gesichert, sondern auch zu ihren eigenen Ausführungen im kantonalen Verfahren und insbesondere im Betreibungsbegehren, wo sie nur angegeben hatte, der Beschwerdeführer habe auf das beneficium excussionis realis rechtsgültig verzichtet. Ebenfalls neu ist das Vorbringen, es handle sich bei den weiteren Sicherheiten um ein Drittpfandverhältnis.
2.
Der Beschwerdeführer anerkennt ausdrücklich, dass die Einrede der Vorausverwertung dispositiver Natur ist und es den Parteien frei steht, auf sie zum Voraus zu verzichten (BGE 97 III 49 E. 1 S. 51; 120 III 105 E. 1 S. 106; Domenico Acocella, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 28 zu Art. 41 SchKG). Strittig ist dagegen, ob der Verzicht auf das beneficium excussionis realis, welcher die Aufsichtsbehörde aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beschwerdegegnerin abgeleitet hat, rechtsgültig erfolgt ist.
3.
Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen (BGE 122 III 118 E. 2a S. 121). Somit bestimmt sich auch der Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser - wie im vorliegenden Fall - unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien auf Grund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 126 III 119 E. 2a S. 120 mit Hinweisen). Versagen die übrigen Auslegungsmittel, gelangt die Unklarheitenregel zur Anwendung (BGE 122 III 118 E. 2d S. 124; 123 III 35 E. 2c/bb S. 44). Danach sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (BGE 124 III 155 E. 1b S. 158). Die Geltung von vorformulierten Vertragsbestimmungen wird schliesslich durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt, wonach von der global erklärten Zustimmung zu den AGB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei
nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (BGE 109 II 452 E. 4 und 5 S. 456 ff.; 119 II 443 E. 1a S. 445 f.).
4.
Die hier interessierende Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Version 11/1996) der Beschwerdegegnerin lautet wie folgt:

A 11. Pfand- und Verrechnungsrecht
Die Bank hat an allen Vermögenswerten, die sie jeweils für Rechnung des Kunden bei sich selbst oder anderswo aufbewahrt, ein Pfandrecht und bezüglich aller Forderungen ein Verrechnungsrecht für alle ihr aus der Bankverbindung jeweils bestehenden Ansprüche, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit oder Währung. Dies gilt auch für Kredite und Darlehen mit speziellen oder ohne Sicherheiten. Die Bank ist nach ihrer Wahl zur zwangsrechtlichen oder freihändigen Verwertung der Pfänder berechtigt, sobald der Kunde mit seiner Leistung in Verzug ist. Sie kann den Kunden unter Aufrechterhaltung des Pfandrechtes auch auf Pfändung bzw. Konkurs betreiben. Bei der Verwertung ist die Bank zum Selbsteintritt befugt.
4.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, aus dieser Bestimmung ergebe sich zunächst, dass sich die Beschwerdegegnerin für Forderungen gegenüber ihren Kunden an sämtlichen in ihren Händen befindlichen Vermögensrechten ein Pfandrecht einräumen wolle. Das nachfolgend festgehaltene Recht der Bank, ungeachtet des Pfandrechts

auch auf Pfändung bzw. Konkurs zu betreiben, könne sich klarerweise nur auf die Pfandrechte beziehen, welche die Bank durch diese Bestimmung erlangt habe. Es erscheine demgegenüber unhaltbar, aus dieser Klausel einen generellen Verzicht des Kunden auf das beneficium excussionis realis selbst bei grundpfandgesicherten Forderungen abzuleiten. Zumindest sei die Tragweite der Bestimmung alles andere als eindeutig, so dass sie in Anwendung der Unklarheitenregel zu Lasten der Beschwerdegegnerin ausgelegt werden müsse.
4.2 Dem Beschwerdeführer ist zunächst insoweit zuzustimmen, als sich aus der strittigen Klausel ein pauschales Pfandrecht zu Gunsten der Bank ableiten lässt. Jedoch kann ihm insoweit nicht gefolgt werden, als er der Meinung ist, der letzte Teil der Bestimmung beziehe sich nur auf die in dieser Weise begründeten Pfandrechte. Eine solche Beschränkung lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, spricht die Bestimmung doch allgemein von "Aufrechterhalten des Pfandrechts", ohne den Geltungsbereich auf eine bestimmte Art von Pfandrechten einzuschränken. Es lässt sich daher nicht beanstanden, wenn die Aufsichtsbehörde aus der Klausel abgeleitet hat, dass der Beschwerdeführer bzw. sein Rechtsvorgänger pauschal für alle Pfandrechte auf die Einrede des beneficium excussionis realis verzichtet habe. Da damit in der Auslegung keine Zweifel bestehen, ist die Unklarheitenregel nicht anwendbar.
5.
Ob der generelle Verzicht auf die Einrede der Vorausverwertung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken als ungewöhnlich zu betrachten sind, beurteilt sich nach der Art des zwischen der Bank und dem Kunden getätigten Geschäfts. Dabei sind unter geschäftsfremden und damit ungewöhnlichen Bestimmungen solche zu verstehen, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen (BGE 119 II 443 E. 1a S. 445 f.). Dies liegt im vorliegenden Fall nicht vor: Ein Verzicht auf die Einrede der Vorausverwertung kann im Bankenverkehr nicht als geschäftsfremd angesehen werden. Keinen Einfluss auf die Frage der Ungewöhnlichkeit kann der Umstand haben, dass - wie im vorliegenden Fall - zwei Schuldner zusammen unter solidarischer Haftbarkeit das Darlehen aufgenommen haben. Unzutreffend ist zudem die Behauptung des Beschwerdeführers, dass nur im (vorgängig) abgeschlossenen Basisvertrag auf die AGB verwiesen werde. Vielmehr wird auch im Hypothekenvertrag (Ziff. 11) nochmals ausdrücklich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug genommen und diese als verbindlich erklärt. Nicht gefolgt werden kann damit dem Vorwurf, es handle sich um eine versteckte
Regelung, zu welcher man nur über mehrere Verweise gelange. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass der Vorausverzicht auf das beneficium excussionis realis nicht als ungewöhnlich qualifiziert werden kann. Ebenso wenig ist die Bestimmung unlauter im Sinne von Art. 8 lit. a UWG.

6.
Damit ist die Beschwerde insgesamt abzuweisen. Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 1 SchKG), und es darf keine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Demnach erkennt die Kammer:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin, dem Betreibungsamt Basel-Stadt und der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 7. Januar 2004
Im Namen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Die Gerichtsschreiberin: