

fehlt es nun aber zweifellos an einer andern Voraussetzung zur Retinierung der vom Betreibungsamte verzeichneten Sachen. Kleidungsstücke, Sportgeräte (und zwar solche für den Skisport) wie auch Reisekoffern lassen sich unmöglich gemäss Art. 272 OR zu den Sachen zählen, die zur Einrichtung oder Benutzung einer Mietwohnung gehören. Die Retention solcher Sachen ist daher ausgeschlossen (BGE 59 III 68). Dieser rechtliche Mangel der Retention ist zu berücksichtigen, wiewohl sich der Schuldner nicht darauf berufen hat.

.....  
Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird abgewiesen.

### III. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

#### ARRÊTS DES COURS CIVILES

##### 19. Sentenza 26 marzo 1953 della II Corte civile nella causa Bischofberger & Co. c. S. A. Virano.

1. Ammissibilità d'un' azione revocatoria degli atti giuridici del debitore che ha ottenuto un concordato con abbandono dell'attivo *prima* dell'entrata in vigore, il I febbraio 1950, della revisione della LEF (art. 316 a e seg., specialmente art. 316 s cp. 1 LEF ; art. 51 dell'ordinanza 24 gennaio 1941 che mitiga temporaneamente le disposizioni sull'esecuzione forzata).
2. Applicabilità dell'art. 288 LEF negata in concreto.
1. Zulässigkeit einer Anfechtungsklage bezüglich Rechtshandlungen des Schuldners, der bereits vor Inkrafttreten der SchKG-Novelle vom 28.9.1949 (1.2.1950) einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erlangt hat (Art. 316, a ff., besonders Art. 316, s Abs. 1 SchKG ; Art. 51 der Verordnung vom 24. Januar 1941 über vorübergehende Milderungen der Zwangsvollstreckung).
2. Anwendbarkeit des Art. 288 SchKG in casu verneint.
1. Admissibilité d'une action révocatoire visant des actes juridiques du débiteur qui a obtenu un concordat par abandon d'actif

antérieurement à l'entrée en vigueur (1<sup>er</sup> février 1950) de la loi du 28 septembre 1949 revisant la LP (art. 316 lettre a et suiv., spécialement art. 316 lettre s al. 1 LP ; art. 51 de l'ordonnance du 24 janvier 1941 atténuant à titre temporaire le régime de l'exécution forcée).

2. Applicabilità de l'art. 288 LP niée en l'espèce.

A. — Mediante un atto che porta la data del 13 aprile 1948 e s'intitola contratto di commissione la ditta Virano S. A. a Magadino e la ditta Ernst Blickenstorfer e Co. A.-G. a Zurigo hanno pattuito quanto segue :

- « 1. Die Firma Virano SA Magadino errichtet auf 1. April 1948 in Zürich für ihren Traubensaft ein « Regionallager Ostschweiz » und übergibt mit diesem Zeitpunkt der Firma E. Blickenstorfer & Co. A. G. dessen Verwaltung und den Vertrieb des Viranotraubensaftes auf Kommissionsbasis. Die Kommissionsansätze für die *Bemühungen* der Firma Blickenstorfer & Co. A. G. sind in der von der Eidg. Preis-kontrollstelle genehmigten Preisliste vom 15. November 1947 festgesetzt.
2. Zur Vereinfachung und bessern Kontrolle des beidseitigen Geschäftsverkehrs verrechnet die Virano SA ihre Lieferungen fakturamässig an die Firma Blickenstorfer & Co. A. G., die hiefür einen Wechsel auf 60 Tage akzeptiert. Die Firma Blickenstorfer & Co. A. G. fakturiert ihren Kunden per 30 Tage und rechnet selbständig mit ihnen ab. Die Organisation der Buchhaltung und Verrechnung ist Sache der Firma Blickenstorfer & Co. A. G.
3. Das gesamte Viranowarenlager bleibt im Besitze der Virano SA ; es haftet, wie auch alle Debitoren-Rechnungen aus Viranolieferungen, für die Einlösung der Wechsel.
4. Die Firma Blickenstorfer & Co. A. G. ist verpflichtet, der Virano SA jederzeit Einsicht in die Buchhaltung über Viranolieferungen und über deren Abrechnungen zu gewähren.  
Ohne ausdrückliches Einverständnis der Virano SA dürfen keine Spezialpreise an Kunden gewährt werden.
5. Die Virano SA übernimmt die Kosten der Reklame, während die persönlichen Aquisitionsspesen, Kosten für Lager, Vertrieb und Fakturierung aus den Kommissionsvergütungen durch die Firma Blickenstorfer & Co. A. G. zu tragen sind.
6. Dieser Vertrag kann bei Nichtbefolgung oder Verletzung durch die Firma Blickenstorfer & Co. A. G. ohne Kündigung sofort aufgelöst werden.
7. Der Vertrag tritt verabredungsgemäss rückwirkend auf den 1. April 1948 in Kraft. Er kann bei Beachtung einer 3monatigen Kündigungsfrist je auf Ende eines Monats gelöst werden. »

B. — Sulla scorta di questo contratto, la Virano S. A. fornì notevoli quantità di succo d'uva alla Blickenstorfer

A.-G., la quale lo rivendette al minuto ai suoi clienti. In adempimento delle sue obbligazioni derivanti da queste forniture la Virano S. A. emise due tratte, l'una, di data 15 giugno 1948, per un importo di 10 399 fr. 45, con scadenza al 15 agosto, fu onorata; l'altra di data 10 giugno 1948, per un importo di 12 788 fr. 65, con scadenza al 10 settembre 1948, andò in protesto. Con lettera 18 settembre 1948 la S. A. Virano comunicò alla Blickenstorfer A.-G. di essere quindi creditrice di 12 882 fr. (importo dell'effetto cambiario più spese di protesto), da cui si dovevano dedurre fr. 7217 fr. 65 per merce e imballaggi ritornati, cosicchè rimaneva uno scoperto di 5664 fr. 35. Questo ammontare fu versato alla S. A. Virano il 20 settembre 1948 dalla Banca popolare svizzera di Zurigo che ne addebitò la Blickenstorfer A.-G.

C. — Nel frattempo gli organi della Blickenstorfer A.-G. accertarono però in base al bilancio intermedio del 30 giugno 1948 un'eccedenza delle passività e convocarono i maggiori creditori (tra cui anche la Virano S. A.) pel 28 luglio 1948 a Zurigo allo scopo di addivenire ad un concordato extragiudiziario sulla base del 50 %. Queste trattative non sortirono però esito positivo. La Blickenstorfer A.-G. iniziò, il 6 settembre 1948, una procedura concordataria davanti al giudice di Zurigo e ottenne, il 20 settembre 1948, una moratoria. Nel luglio 1949 seguì il decreto di omologazione del concordato con cessione dell'attivo.

Il 26 settembre 1949, la delegazione dei creditori rinunciò ad impugnare i pagamenti della Blickenstorfer A.-G. alla S. A. Virano per l'importo di 16 063 fr. 80 (10 399 fr. 45 in virtù della tratta 15 giugno 1948 e 5664 fr. 35 conformemente al conteggio 18 settembre 1948). Come creditrice, la ditta Bischofberger e Co. a Zurigo ottenne la cessione di queste pretese a norma dell'art. 260 LEF e con petizione 16 settembre 1950 promosse davanti alla Pretura di Locarno azione revocatoria contro la S. A. Virano.

In data 17 marzo 1952 il Pretore di Locarno respinse la petizione di causa.

La ditta Bischofberger deferì questa sentenza alla Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, la quale, in data 24 settembre 1952, confermò il giudizio pretoriale.

D. — La ditta Bischofberger ha interposto un ricorso per riforma al Tribunale federale, formulando le seguenti conclusioni:

I pagamenti della ditta Blickenstorfer e Co. alla S. A. Virano debbono essere annullati e la S. A. Virano va quindi condannata a restituire alla Massa in liquidazione concordataria, e per essa all'attrice, la somma di 16 062 fr 80 oltre l'interesse del 5 % dal 20 settembre 1948.

La convenuta ha proposto il rigetto del ricorso per riforma.

*Considerando in diritto:*

1. — Anzitutto si deve esaminare d'ufficio se l'azione rivocatoria sia ammissibile in concreto, vale a dire se gli atti giuridici del debitore che ha ottenuto un concordato possano essere revocati come quelli del debitore che è caduto in fallimento. Un'espressa disposizione su questo punto è stata prevista soltanto nella revisione della LEF entrata in vigore il 1° febbraio 1950 (art. 316 a e seg., specialmente art. 316 s cp. 1 LEF). Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, le disposizioni rivedute della LEF sono applicabili alle fasi della procedura che hanno preso inizio posteriormente all'entrata in vigore di queste stesse disposizioni, ossia prima del 1° febbraio 1950 (RU 77 III 132 e seg.). Non ne segue però che la presente azione rivocatoria sia ammissibile già in virtù dell'art. 316 c LEF. La cessione delle pretese all'attrice è stata fatta soltanto il 24 luglio 1950; determinante è però la data alla quale gli atti giuridici incriminati, adunque i pagamenti della Blickenstorfer A.-G. alla S. A. Virano, sono stati effettuati. L'ultimo di questi pagamenti è del 20 settembre 1948, ossia è anteriore all'entrata in vigore della LEF riveduta.

Se non che il Pretore di Locarno ha dichiarato ammissibile in concreto l'azione revocatoria con la seguente argomentazione, cui la Camera civile del Tribunale d'appello ha tacitamente aderito: Nella procedura pel concordato delle banche vigevano già le norme relative all'azione revocatoria prevista dagli art. 285 e seg. LEF (art. 31 del regolamento 11 aprile 1935 del Tribunale federale). L'art. 51 dell'ordinanza 24 gennaio 1941 che mitiga temporaneamente le disposizioni sull'esecuzione forzata dispone che « per quanto concerne il contenuto e gli effetti del concordato con abbandono dell'attivo, valgono per analogia le corrispondenti disposizioni del regolamento 11 aprile 1935 del Tribunale federale concernente la procedura del concordato per le banche e le casse di risparmio ».

Si può tuttavia chiedersi se con le parole « per quanto concerne il contenuto e gli effetti del concordato » il Consiglio federale abbia inteso anche l'azione revocatoria. Ma detto articolo non la esclude e, d'altra parte, milita per una lata interpretazione anche il fatto che il Consiglio federale nel messaggio concernente la revisione parziale della LEF ha dichiarato che quelle giustificate disposizioni, fino allora applicabili per analogia, s'incorporavano ormai giusta l'art. 51, nella LEF (Foglio federale, ed. tedesca, anno 1948, I vol., pag. 1230). La dottrina è pure d'avviso che l'art. 31 del regolamento 11 aprile 1935 del Tribunale federale concernente la procedura del concordato per le banche e le casse di risparmio è applicabile anche ad altri concordati (JÄGER-DÄNIKER, SchKG-Praxis pag. 480; LEBMANN nella Schweizerische Juristen-Zeitung vol. 31 pag. 327 e seg.).

In concreto si deve pertanto riconoscere alla cessionaria la veste per proporre un'azione revocatoria. Il ricorso è ricevibile.

2. — La Camera civile del Tribunale d'appello ha accertato, apprezzando le prove, che la data del 13 aprile 1948 è autentica, contrariamente a quanto pretende la

ditta Bischofberger e Co., secondo cui il contratto sarebbe stato concluso soltanto nell'autunno 1948 e retrodatato per i bisogni delle parti. Si tratta d'un accertamento di fatto, il quale vincola il Tribunale federale (art. 63 cp. 2 OG). Esso non è dovuto manifestamente ad una svista (art. 55 cp. 1 lett. d OG), poichè di fronte alla deposizione del teste Auf der Mauer, cui l'attrice si riferisce, stanno le dichiarazioni dei testi Hoffmann, Langmeier, Sargenti, Blickenstorfer, che la seconda giurisdizione cantonale ha ritenute determinanti per l'apprezzamento delle prove.

3. — Nel merito la convenuta sostiene che si tratta d'un contratto di commissione; l'attrice è invece d'avviso che si è in presenza d'un contratto di compravendita o eventualmente d'un contratto estimatorio. Ambedue le giurisdizioni cantonali hanno ammesso la tesi della convenuta.

Contro quest'ammissione insorge in sede federale l'attrice, ravvisando una violazione degli art. 425 cp. 1 CO e 184 cp. 1 CO e anche degli art. 401 cp. 1, 2, 3 CO e 727 CC.

Si deve riconoscere che l'atto 13 aprile 1948 contiene elementi contraddittori, alcuni dei quali militano a favore della tesi dell'attrice, altri a sostegno di quella della convenuta.

Non occorre tuttavia pronunciarsi sulla natura giuridica dell'atto 13 aprile 1948 e neppure è necessario indagare se, anche ammessa in concreto l'esistenza d'un contratto di commissione, spetti alla S. A. Virano un diritto di rivendicazione o separazione sopra il denaro che la Blickenstorfer e Co. ha incassato a seguito della vendita del succo d'uva o se questo denaro non sia diventato, per confusione, quello del commissionario. Infatti, come risulterà dai considerandi in appresso, l'atto 13 aprile 1948 non è revocabile.

4. — Giusta l'art. 288 LEF, « sono revocabili senza riguardo al tempo in cui avvennero, tutti gli atti che il debitore ha compiuti con l'intenzione, riconoscibile dal-

l'altra parte, di recar pregiudizio ai suoi creditori o di favorirne alcuni a danno di altri ».

a) L'emissione degli effetti cambiari il 10 e il 15 giugno 1948 non è contestata come tale. A buon diritto, poichè non si pretende che la situazione della Blickenstorfer A.-G. fosse già allora precaria e che il rilascio di questi effetti cambiari fosse avvenuto con l'intenzione riconoscibile dalla S. A. Virano di danneggiare gli altri creditori. La prima giurisdizione accerta che tra maggio e giugno 1948 la Blickenstorfer A.-G. ha effettuato alla S. A. Virano pagamenti per circa 45 000 fr. Il teste Sargenti dichiara che la debitrice pagò dapprima regolarmente. Secondo il dott. Hoffmann, la Blickenstorfer A.-G. si trovò in difficoltà finanziarie soltanto verso la metà dell'anno. Anche il dott. Schärli, revisore assunto come teste, conferma che queste difficoltà non sorsero già in primavera, ma soltanto alla fine di giugno 1948, allorchè fu eseguita la revisione.

b) Se tanto la Blickenstorfer A.-G. quanto la S. A. Virano erano quindi in buona fede allorchè furono emesse e accettate le due tratte 10 e 15 giugno 1948, la situazione si presentava come segue :

La S. A. Virano poteva riscuotere in virtù del diritto cambiario, alla scadenza di ciascuna tratta, il suo avere (ad ogni modo, secondo le pattuizioni interne, sino a concorrenza della somma portata dall'effetto cambiario, previa deduzione del credito della Blickenstorfer A.-G. per la merce e gli imballaggi ritornati). In caso di mancato pagamento la debitrice si esponeva quindi al rischio di essere escussa in via cambiaria e di cadere in fallimento. Ora, secondo gli accertamenti di ambedue le giurisdizioni cantonali e secondo gli atti di causa (doc. Q e R), esisteva, se non la sicurezza, una certa possibilità che con la vendita dell'azienda tutti i creditori sarebbero stati soddisfatti integralmente o almeno in larga misura. Se la debitrice, per evitare che questa possibilità fosse distrutta da una dichiarazione di fallimento, pagò il debito cambiario

rispettivamente l'ammontare a saldo, non è da ritenere che abbia agito con l'intenzione o con la consapevolezza di favorire la S. A. Virano a pregiudizio degli altri creditori (art. 288 LEF). La presunzione del contrario, ossia che la Blickenstorfer A.-G. credesse di poter tutelare solo in questo modo gli interessi degli altri creditori, appare più ovvia. A questo riguardo la seconda giurisdizione cantonale, confermando l'argomentazione del Pretore, accerta : « In simili circostanze si può senz'altro ammettere che la E. Blickenstorfer e Co. A.-G. abbia provveduto ai due versamenti non nell'intenzione di favorire l'attuale convenuta, ma nella persuasione di non poter fare altrimenti. Anzi, nella persuasione di evitare in tal modo peggiori conseguenze a sè e ai propri creditori ».

Si tratta di un accertamento di fatto che vincola il Tribunale federale. Ma anche prescindendo da ciò, la soluzione non sarebbe diversa.

c) Se la debitrice non aveva l'intenzione di danneggiare o di favorire gli altri creditori, la questione di sapere se quest'intenzione fosse riconoscibile dall'altra parte (art. 288 LEF) diventa senz'oggetto. Anche questa questione dovrebbe comunque essere risolta in senso negativo. Si deve riconoscere che la S. A. Virano, all'atto dell'accettazione dei pagamenti, non pensava di recare pregiudizio agli altri creditori e di procurare a se stessa un vantaggio revocabile a norma dell'art. 288 LEF.

Fino ai primi di settembre 1948, dopo l'insuccesso delle trattative di vendita dell'azienda, i creditori contavano ancora su un concordato extragiudiziaro del 50 % circa, e il dott. Hoffmann aveva lasciato intravedere, in nome della debitrice, la possibilità di ulteriori pagamenti fino ad un massimo del 75 %. Un eventuale dividendo fallimentare fu valutato in un massimo del 20-30 %. Così stando le cose, la convenuta poteva ritenere in buona fede che era nell'interesse tanto della debitrice, quanto dei creditori di evitare anzitutto il fallimento. D'altra parte è ovvio che non si poteva esigere dalla S. A. Virano

la sua rinuncia al diritto formale d'incassare per via cambiarla il suo credito.

*Il Tribunale federale pronuncia :*

Il ricorso è respinto e la querelata sentenza 24 settembre 1952 della Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino è confermata.

20. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Juni 1953

i. S. Kady gegen Gutglück.

*Nachlassvertrag. Nebenversprechen, Art. 314 SchKG.*

Bei Nachlassvertrag einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft wird der Gesellschafter der Schuldnerin gleichgehalten (Erw. 1). Eine nach Bestätigung des Nachlassvertrags ausgestellte Schuldanerkennung auf eine die Dividende übersteigende Leistung fällt ebenfalls unter Art. 314 SchKG, wenn sie in Erfüllung (bzw. Erneuerung) einer vor der Bestätigung gegebenen Mehrzusicherung erfolgte (Erw. 1-2), selbst wenn der Schuldner in diesem Zeitpunkte mit der Dividende im Verzug (Erw. 2 a) und sich der Unverbindlichkeit der vorherigen Zusicherung bewusst war (Erw. 2 b, c).

Trotz Dividendenverzug kein Wiederaufleben der ursprünglichen Forderung ohne Aufhebungs- oder Widerrufsbeschluss der Nachlassbehörde gemäss Art. 315 bzw. 316 SchKG, auch nicht zufolge dahingehender Vereinbarung (Erw. 2 d).

*Concordat. Promesse accessoire, art. 314 LP.*

En cas de concordat d'une société en nom collectif ou en commandite, les promesses des associés sont considérées comme émanant de la débitrice (consid. 1).

Une reconnaissance de dette établie après l'homologation du concordat pour une prestation dépassant le dividende tombe également sous le coup de l'art. 314 LP lorsqu'elle a été donnée pour exécuter (ou renouveler) une promesse faite avant l'homologation (consid. 1 et 2). C'est le cas même si le débiteur était alors en retard dans le paiement du dividende (consid. 2 a) et savait qu'il n'était pas lié par sa promesse antérieure (consid. 2 b et c).

Bien que le débiteur soit en demeure pour le paiement du dividende, la créance primitive ne renaît que si le concordat est révoqué en vertu des art. 315 ou 316 LP; une convention ne suffit pas (consid. 2 d).

*Concordato. Promessa a' sensi dell'art. 314 LEF.*

Nel concordato d'una società in nome collettivo o in accomandita le promesse dei soci sono equiparate a quelle della debitrice (consid. 1).

Anche un riconoscimento di debito rilasciato dopo l'omologazione del concordato per una prestazione eccedente il dividendo cade sotto l'art. 314 LEF se è stato dato in adempimento (o rinnovo) d'una promessa fatta prima della omologazione (consid. 1-2). Ciò vale anche se il debitore era allora in ritardo col pagamento del dividendo (consid. 2 a) e sapeva di non essere vincolato dalla sua promessa anteriore (consid. 2 b, c).

Anche se il debitore è in mora al pagamento del dividendo, il credito primitivo non rinasce che se il concordato è revocato in virtù degli art. 315 o 316 LEF; una convenzione non basta (consid. 2 d).

A. — Die Kollektivgesellschaft Gutglück & Co. schloss im Jahre 1934 mit ihren Gläubigern einen Nachlassvertrag ab, der eine Dividende von 40 % vorsah, zahlbar in drei Raten binnen 4 Monaten nach der gerichtlichen Bestätigung. Diese erfolgte am 17. Oktober 1934. Unter den anerkannten Forderungen befand sich eine solche des M. L. Waynryb im Betrage von Fr. 23,341.40, herrührend aus Darlehen, für welche die Schuldnerin Wechsel akzeptiert hatte. Die darauf entfallende Nachlassdividende (Fr. 9336.55) war bei Ablauf der Zahlungsfrist noch unbezahlt. Am 7. März 1935 unterzeichnete der Kollektivgesellschaftler der Schuldnerin Simon Gutglück einen Schuldschein, mit dem er dem Waynryb Fr. 15,000.— zu schulden bekannte und in Monatsraten von Fr. 500.— zu zahlen versprach. Diese Schuldanerkennung wurde später durch neue Abzahlungsvereinbarungen ersetzt; die letzte vom März 1943 sah vor, dass im Falle der Nichteinhaltung der verabredeten Zahlungstermine durch Verzug mit mehr als einer Rate die ganze Forderung in ihrer ursprünglichen Höhe von « über Fr. 23,000.— » abzüglich der inzwischen erfolgten Zahlungen wieder auflebe. Nachdem Gutglück bis zum 30. April 1943 Fr. 7445.— bezahlt hatte, trat Waynryb seine Ansprüche gegen jenen an Dr. Kady ab, der auf Zahlung des von der ursprünglichen Forderung verbleibenden Restes klagte.

Das Bezirksgericht schützte die Klage im Umfange von Fr. 23,237.90 nebst 5 % Verzugszins seit 1. Mai 1934 plus Betreuungskosten (Fr. 6.90) abzüglich der Abzahlungen von total Fr. 7445.—.