

## BGE 79 III 78

Bundesgericht (BGE), 1953-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_79\\_III\\_78](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_79_III_78)

FR: ATF 79 III 78

IT: DTF 79 III 78

### Volltext

78 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. N° 19. 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 zahlen, 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 ARRETS DES COURS CIVILES 19. Sentenza 26 marzo 1953 della II Corte civile nella causa Bisehofberger & Co. c. S. A. Virano. 1. Ammissibilità d'un'azione revocatoria degli atti giuridici del debitore ehe 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 ehe 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. Admissibilità d'une action revocatoire visant des actes juridiques du debiteur qui a obtenu un concordat par abandon d'actif Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. No 19. 79 antérieurement à l'entrée en vigueur (le 1er février 1950) de la loi du 2 septembre 1949 revisant la LP (art. 316 lettre a et smv., 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. Applicabilité de l'art. 288 LP niee en l'espece. A. - Mediante un atto ehe 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: Yira? A Magadino errichtet auf I. April 1948 mürich für ihren Traubensaft ein « Regionallager Ostschw01z » und übergibt mit diesem Zeitpunkt der Firma E. Blickenstorfer & Co. A. G. dessen Verwaltung und den Vertrieb des VitanoTraubensaftes auf Kommissionsbasis. Die Kommissionsansätze für die Bemühungen der Firma Blickenstorfer & Co. A. G. sind in der von der Eidg. Preiskontrollstelle genehmigten Preisliste vom 15. November 1947 festgesetzt. 2. Zur Vereinfachung und Besserkontrolle des beidseitigen Geschäftsverkehrs verrechnet die Virano SA ihre Lieferungen fakturamässig an die Firma Blickenstorfer & Co. A. G. diefür 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 Organi-

10n der Buchhaltung und Verrechnung ist Sache der Firma Blickenstorfer & Co. A. G. 3. D-s gesamte Viranowarenlager bleibt im Besitze der VITan~ SA;\_ es haftet, wie auch alle Debitoren-Rechnungen a~s V ~anohe~ernngen, für die Einlösung der Wechsel. 4. D~e Firma Bhckenstorfer & Co. A. G. ist verpflichtet, der V~ano . SA jederzeit Einsicht in die Buchhaltung über V~anohefernnngen und über deren Abrechnungen zu ge- wahren. Ohne ausdrückliches Einverständnis der Virano SA dürfen keine Spezialpreise an Kunden gewährt werden. 5. Die Virano SA übernimmt die Kosten der Reklame, währ- rend ?ie persönlichen ~quisitionsspesen, Kosten für Lager, Vertrieb und Fakturierung aus den Kommissionsvergü- tungen durch die Firma Blickenstorfer & Co. A. G. zu tragen sind. 6. Dieser ". ertrag kam;i. bei Nichtbefolgung oder Verletzung durch die Fil'illa Blickenstorfer & Co. A. G. ohne Kündi- gung 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. forni notevoli quantita di succo d'uva alla Blickenstorfer

80 Schuldbetreibungs. und Konkursrecht. N° 19. 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 sca- denza 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, ando in protesto. Con lettera 18 set- tembre 1948 la S. A. Virano comunieo alla Blickenstorfer A.-G. di essere quindi creditrice di 12 882 fr. (importo dell'effetto cambiario piU spese di protesto), da cui si dovevano dedurre fr. 7217 fr. 65 per merce e imballaggi ritornati, e sicche rimaneva uno scoperto di 5664 fr. 35. Questo ammontare fu versato alla S. A. Virano il 20 settembre 1948 dalla Banea popolare svizzera di Zurigo ehe ne addebito la Blickenstorfer A.-G. C. - Nel frattempo gli organi della Bliekenstorfer A.-G. accertarono però in base al bilancio intermedio del " 30 giugno 1948 un'eccedenza delle passivita e convocarono i maggiori creditori (tra cui anehe la Virano S. A.) pel 28 luglio 1948 a Zurigo allo seopo di addivenire ad un eoneordato extragiudiziario sulla base del 50 %- Queste trattative non sortirono però esito positivo. La Bliekenstor- fer A.-G. iniziö, il 6 settembre 1948, una proeedura eoneor- dataria davanti al giudice di Zurigo e ottenne, il 20 settem- bre 1948, una moratoria. Nel luglio 1949 segui il decreto di omologazione del eonecordato con cessione dell'attivo. Il 26 settembre 1949, la delegazione dei creditori rinunciö ad impugnare i pagamenti della Bliekenstorfer A.-G. alla S. A. Virano per l'importo di 16 063 fr. 80 (10 399 fr. 45 in virtu della tratta 15 giugno 1948 e 5664 fr. 35 eonfor- memente al eonteggio 18 settembre 1948). Come ereditrice, 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 Loarno azione revocatoria eontro la S. A. Virano. In data 1 7 marzo 1952 il Pretore di Loarno respinse la petizione di causa. Schuldbetreibungs. und Konkursrecht. No 19. 81 La ditta Bisehofberger deferi questa sentenza alla Camera eivile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, la quale, in data 24 settembre 1952, eonfermo il giudizio pretoriale. D. - La ditta Bisehofberger ha interposto un ricorso per riforma al Tribunale federale, formulando le seguenti eonelusioni : I pagamenti della ditta Bliekenstorfer e Co. alla S. A. Virano debbono essere annullati e la S. A. Virano va quindi eondannata a restituire alla Massa in liquidazione eoneordataria, e peressa 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 riorso per riforma. Considerando in diritto : 1. - Anzitutto si deve esaminare d'ufficio se l'azione rivoeatoria 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 ep. 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 segue però che la presente azione revocatoria 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 inerenti, 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. 6 AS 79 III - 1953

82 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. :N° 19. 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 per 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 > 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 ; LEEMANN 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 accettato, apprezzando le prove, che la data del 13 aprile 1948 è autentica, contrariamente a quanto pretende la Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. No 19. 83 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 viene il Tribunale federale (art. 63 ep. 2 OG ). Esso non è dovuto manifestamente ad una svista (art. 55 cp. 1 lett. d OG), poiché 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 ep. 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, spettò 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, 19. 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, poiché 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, allorché fu eseguita la revisione. b) Se tanto la Blickenstorfer A.-G. quanto la S. A. Virano erano quindi in buona fede allorché 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 eredito 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 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. N° 19. 85 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 se 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 extragiudiziario 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 ehe era nell'interesse tanto della debitrice, quanto dei creditori di evitare anzitutto il fallimento. D'altra parte e ovvio ehe non si poteva esigere dalla S. A. Virano

86 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. No 20. la sua rinuncia al diritto formale d'incassare per via cambiaria il suo credito. Il Tribunale federale pronuncia : Il ricorso e respinto e la querelata sentenza 24 settembre 1952 della Camera civile del Tribunale d'appello del Canton Ticino e 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). Erne nach Bestätigung des Nachlassvertrags ausgestellte Schuld- 3:~erkennung auf eine die Dividende übersteigende Leistung fällt ebenfalls unter Art. 314 SchKG, wenn sie in Erfüllung (bz:v. Erneuerung) einer vor der Bestätigung gegebenen Mehr- zusicherung 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). Ooncordat. Promesse accessoire, art. 314 LP. En cas de concordat d'une societe en nom collectif ou en comman- dite, les promesses des associes sont considerees comme emanant de la debitrice (consid. 1). Une reconnaissance de dette etablie apres l'homologation du con- cordat pour une prestation depassant le dividende tombe egalement SOUS le coup de l'art. 314 LP lorsqu'elle a ete donnee pour executer (ou renouveler) une promesse faite avant l'homo- logation (consid. 1 et 2). C'est le cas meme si le debiteur etait alors en retard dans le paiement du dividende (consid. 2 a) et savait qu'il n'etait pas lie par sa promesse anterieure (con- sid. 2 b et c). Bien que le debiteur soit en demeure pour le paiement du divi- dende, la creance primitive ne renaU que si le concordat est revoque en vertu des art. 315 ou 316 LP; une convention ne suffit pas (consid. 2 d). Ooncordato. Promessa a' sensi dell'art. 314 LEF. Nel concordato d'una societa in nome collettivo o in accomandita le pr?messe dei soci sono equiparate a quelle della debitrice (cons1d. 1). · 1 j r Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. N° 20. 87 Anche un riconoscimento di debito rilasciato dopo l'omologazione del concordato per una prestazione eccedente il dividendo cade sotto l'art. 314 LEFse e stato dato in adempimento (o rinnovo) d'una promessa fatta prima della omologazione (consid. 1-2). Cio 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 e in mora al pagamento del dividendo, il credito primitivo non rinasce ehe se il concordato e revocato in virtu 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 Bestäti- gung. 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 akzep- tiert hatte. Die darauf entfallende Nachlassdividende (Fr. 9336.55) war bei Ablauf der Zahlungsfrist noch unbezahlt. Am 7. März 1935 unterzeichnete der Kollektiv- gesellschafter 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 Nicht- einhaltung der verabredeten Zahlungst.ermine durch Ver- zug mit mehr als einer Rate die ganze Forderung in ihrer ursprünglichen Höhe von >abzüglich der inzwischen erfolgten Zahlungen wieder auflebe. Nach- dem 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 Betreibungskosten (Fr. 6.90) abzüglich der Abzahlungen von total Fr. 7445.-.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.