

Forderung fällt, für den er im günstigsten Falle aus den Pfändern Deckung erhalten kann, bei der Gerichtskasse hinterlegt. Das Bundesgericht ist allerdings nicht in der Lage, den genauen Betrag anzugeben, der nunmehr dem Rekurrenten ausgehändigt werden muss, da die Forderungssumme in Franken-, die Summe der Guthaben in Markwährung ausgedrückt ist. Es muss daher dem Konkursamte obliegen, die Umrechnung vorzunehmen.

Kann der Rekurrent die arrestierten Forderungen in vollem Umfange eintreiben, so hat er keinen Anspruch mehr, aus dem inländischen Konkurs eine Dividende zu beziehen; erleidet er jedoch einen Pfandausfall, so kann er dafür in der V. Klasse verhältnismässige Befriedigung erlangen.

Ob das Pfand im In- oder Auslande liegt, ist demnach für die Höhe der Gesamtdividende ohne Belang; denn, wenn auch das Pfand im inländischen Konkurs nicht liquidiert werden kann, weil es vom schweizerischen Konkursbeschluss nicht erfasst wird, so ist es nichtsdestoweniger grundsätzlich Bestandteil der inländischen Masse (Art. 27 KV) und das Ergebnis ist das nämliche, wie wenn der Gläubiger mit seiner ganzen Forderung als pfandversichert kolloziert worden wäre; denn auch dann hätte er aus dem Pfanderlös vorweg Befriedigung erhalten und wäre für den Ausfall in die V. Klasse verwiesen worden. Der einzige Unterschied besteht darin, dass, so lange als nur der Höchstbetrag des Pfanderlöses und damit der Mindestbetrag des Pfandausfalls feststeht, nur die diesem entsprechende Dividende ausgerichtet werden darf und der Rest der Dividende zurückbehalten werden muss, bis die Pfänder liquidiert sind, weil erst dann ersichtlich ist, ob sich noch ein weiterer Ausfall ergibt.

Gestützt auf diese Erwägungen bedarf es daher, um zu entscheiden, ob die Dividende zu Recht hinterlegt worden ist — entgegen der Ansicht der kantonalen Aufsichtsbehörde — keiner Nachtragskollokation; denn es handelt sich dabei um eine blosse Verteilungsfrage.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen.

83. Sentenza 21 dicembre 1916 nella causa
massa Credito Ticinese.

Nel fallimento del fideiussore semplice il credito derivante dalla fideiussione deve essere iscritto in graduatoria e menzionato anche nello stato di riparto, ma il creditore non potrà esigere il versamento della percentuale se non dopo aver escusso infruttuosamente il debitore principale (o realizzati i pegni) a sensi dell'art. 495 CO.

A. — Con istromento 25 febbraio 1909, i sigg. Angelo Mauri, Giovanni Paleari ed Emilio Conti, avvocati in Milano, si professavano debitori solidali verso la signorina Agnese Pasta, in Mendrisio, di 225,000 fr. A garanzia di questo loro debito, i debitori costituivano in pegno N° 2250 azioni della Società del Monte Generoso in Capolago; inoltre la Banca Credito Ticinese in Locarno assumeva la fideiussione semplice dei debitori, ma limitatamente alla somma di 100,000 fr.

B. — In dipendenza di questa fideiussione, la signorina Pasta notificava nel fallimento del Credito Ticinese il credito di 100,000 fr., che dall'amministrazione non fu ammesso in graduatoria « perchè non sufficientemente provato »: onde la creditrice, con petizione 20 aprile 1915, promuoveva azione di contestazione della graduatoria domandando che detto credito fosse iscritto in V^a classe. In questa causa la convenuta amministrazione aveva, tra altro, opposto alla domanda d'iscrizione che l'attrice non aveva fornito la prova che i debitori principali non avessero soddisfatto ai loro obblighi o non fossero in grado di farlo. Ma quest'eccezione venne respinta, in sede

di appello con sentenza 10 febbraio 1916, per il motivo che, nel fallimento, l'art. 215 LEF permette di far valere senz'altro, cioè senza escussione preliminare del debitore principale, i crediti per i quali il fallito si è portato fideiussore. Il Tribunale di Appello ordinava quindi l'iscrizione incondizionata in V^a classe del credito di 100,000 fr.

C. — Avendo nel frattempo l'amministrazione proceduto ad un riparto provvisorio del 40 %, la creditrice le chiedeva, con lettera del 22 luglio 1916, il versamento della percentuale spettante al suo credito, ed avendo ottenuta la risposta che, malgrado l'iscrizione del credito in graduatoria, il dividendo non le sarebbe stato pagato prima che avesse fornito la prova di aver escusso infruttuosamente i debitori principali, la creditrice, con reclamo del 13 settembre 1916, domandava all'Autorità di vigilanza che venisse ordinato all'amministrazione del fallimento:

a) la incondizionata iscrizione del credito capitale di 100,000 fr. tanto nella graduatoria che nello stato di riparto provvisorio;

b) l'immediato versamento della relativa percentuale nella somma di 40,000 cogli interessi legali dal 22 marzo 1916.

A sostegno di queste domande la signorina Pasta faceva capo alla succitata sentenza del 10 febbraio 1916 deducendone che, poichè il giudice aveva ordinata l'iscrizione del credito in graduatoria, l'amministrazione fosse senz'altro tenuta ad iscriverlo anche nel riparto provvisorio e quindi a versarle il dividendo che le spettava.

D. — Con decisione del 16 novembre 1916, l'autorità cantonale di vigilanza ammise il reclamo sulla scorta dei seguenti motivi: L'iscrizione del credito di 100,000 fr. della creditrice Pasta, quale fu ordinata colla sentenza del Tribunale di Appello del 10 febbraio 1916, ha carattere definitivo nel senso che comporta senz'altro tutti i

diritti che possono derivare ad un creditore dall'ammissione del suo credito e quindi anche quello di partecipare ai riparti provvisori o definitivi. E' erroneo far capo in contrario all'eccezione di pagamento o d'inesistenza del credito principale sollevata dall'amministrazione: quest'eccezione urta direttamente colla sentenza del Tribunale di Appello che ha stabilito l'esistenza del credito Pasta in confronto della massa fallimentare.

E. — Contro questa decisione l'amministrazione del fallimento ricorre al Tribunale federale domandandone l'annullazione. Essa allega: Una pretesa dipendente da fideiussione semplice non può, quantunque iscritta in graduatoria, comportare l'obbligo di iscrizione incondizionata nello stato di riparto, perchè non havvi ragione alcuna che il fallito abbia ad essere privato del beneficium excussionis di cui all'art. 495 CO. Ma quand'anche fosse ordinata l'iscrizione della pretesa nello stato di riparto dovrebbero non di meno respingere la domanda di immediato pagamento della percentuale. Il principio che l'iscrizione in graduatoria comporti iscrizione nello stato di riparto deve soffrire le eccezioni imposte da motivi di equità: allorchè per es. il credito iscritto in graduatoria sia in seguito estinto parzialmente o totalmente. Nel caso in esame l'amministrazione è venuta a sapere che il credito della signorina Pasta verso i debitori principali fu in parte soluto, e che, per l'altra parte, quest'ultima fece espressa rinuncia; —

Considerando in diritto:

1° — La questione di sapere se *alla iscrizione in graduatoria* della pretesa della signorina Pasta derivante dalla fideiussione sia di ostacolo la circostanza che la creditrice non ha ancora escussi infruttuosamente i debitori principali (e realizzati i pegni) fu definitivamente decisa dal giudice colla sentenza del 10 febbraio 1916. Infatti l'eccezione del beneficium excussionis (art. 495 CO) fu ivi sollevata dalla convenuta ammi-

nistrazione appunto per opporsi alla domanda di *collocazione* vantata dall'attrice: l'eccezione fu respinta, la sentenza non fu appellata e divenne definitiva. Si è dunque a ragione che l'Autorità cantonale di vigilanza ha ordinata l'iscrizione incondizionata del credito di 100,000 fr. nella graduatoria: donde segue che esso deve altresì venir menzionato nello stato di riparto.

2° — Chiedesi, in secondo luogo, se la collocazione del credito nella graduatoria e la sua menzione nello stato di riparto comporti *senz'altro* l'obbligo della massa di versare alla creditrice la percentuale corrispondente al suo credito.

La ricorrente lo contesta, ed a suffragio della sua tesi pretende anzitutto essere venuta a conoscenza che il debito è estinto, in parte per pagamento diretto dei debitori Paleari e Cons., in parte per rinuncia della creditrice; la ricorrente ne deduce che la creditrice, a provare la sussistenza del suo credito, debba essere rinviata davanti il giudice e che, pendente il giudizio, spetti ad essa, ricorrente, il diritto di ritenere la percentuale di cui la creditrice domanda l'immediata consegna. Questa tesi è erronea. Il Tribunale federale ha bensì deciso a diverse riprese (vedi sentenza 19 maggio 1904 nella causa ufficio dei fallimenti di Olten, RU 30 p. 438; ed sep. 7 p. 138) che la massima secondo la quale la graduatoria forma la base dello stato di riparto e del diritto del creditore collocato al dividendo, non è applicabile ove la massa sia in istato, se non di fornire la prova assoluta ed ineccepibile (il che non potrebbe farsi se non davanti al giudice), almeno di dimostrare in modo verosimile che il credito iscritto è estinto in tutto od in parte *dopo* che la graduatoria è diventata definitiva. In questo caso si farà luogo ad un procedimento giudiziario speciale allo scopo di accertare l'estinzione o la modificazione del credito iscritto e la massa potrà sospendere il versamento del dividendo spettante al credito contestato fino a decisione. Ma nel caso in esame l'allegazione della ricorrente

concernente l'inesistenza del credito principale è affatto sformata di prova; essa non ha nemmeno tentata di renderla verosimile e non indica neanche se la pretesa estinzione del debito principale sia avvenuta *prima* o *dopo* la sentenza del 10 febbraio 1916 colla quale veniva ordinata la sua iscrizione al passivo del fallimento: circostanza questa decisiva ad escludere il procedimento suaccennato tendente alla modificazione della graduatoria, il quale suppone appunto che la massa abbia reso verosimile, non solo l'estinzione totale e parziale del credito iscritto, ma anche che questa estinzione sia avvenuta *dopo* che la graduatoria è diventata definitiva.

3° — Resta ad esaminare se il rifiuto dell'immediato pagamento del dividendo non sia ammissibile per altri motivi. Sorge infatti nel caso in esame la questione se il creditore iscritto in graduatoria per un credito dipendente da fideiussione semplice prestata dal fallito possa esigere dalla massa il versamento del dividendo spettantegli *prima* di avere escusso il debitore principale a mente dell'art. 495 nCO, o se invece la massa possa opporsi alla consegna del dividendo e ritenerlo a sensi dell'art. 264 LEF finché il creditore non abbia ottemperato alla prescrizione di detto disposto. Questa questione è di esclusiva competenza dell'Autorità di Vigilanza come quella che ha tratto soltanto al *riparto* delle attività della massa: essa quindi non fu né poteva venir decisa dal giudice colla sentenza dal 10 febbraio 1916. Se in quel procedimento il giudice ebbe a respingere l'eccezione del beneficio di escussione accampata dalla massa, esso non lo fece né poteva farlo se non nell'ambito ed ai fini di quella causa, che era una pura contesa di graduatoria e vertiva solo sull'ammissibilità del credito Pasta. Nel merito si osserva: A mente dell'art. 264 LEF i riparti spettanti a crediti sottoposti a condizione sospensiva od a scadenza incerta sono da depositarsi presso lo stabilimento dei depositi: essi non saranno versati al creditore se non al verificarsi della condizione od a termine

scaduto. E' quindi fuor di dubbio che se il debito principale garantito dalla fideiussione semplice fosse sottoposto a condizione sospensiva, il creditore non potrebbe reclamare il versamento del riparto prima del l'adempimento della condizione. Chiedesi se la stessa soluzione sia da ammettersi per analogia nella fattispecie e la risposta non può essere che affermativa. A mente infatti dell'art. 495 CO il credito derivante da fideiussione semplice non è, per sè stesso, titolo liquido ed esecutivo: il creditore non può chiederne il pagamento se non dopo avere escusso infruttuosamente il debitore principale a stregua di quel disposto. Il suo diritto verso il fideiussore dipende dunque da un avvenimento futuro — l'escussione del debitore principale — ed incerto — l'infruttuosità della stessa; esso può quindi, giuridicamente, venir considerato come sottoposto ad una vera e propria condizione sospensiva od a termine incerto nel senso dell'art. 264 LEF (vedi anche art. 210). Indarno la creditrice fa capo in contrario all'art. 215 LEF. Prescrivendo che i crediti derivanti da fideiussioni del fallito possano, ancorchè non scaduti, essere « fatti valere nel fallimento » quel disposto a null'altro tende se non a ordinarne l'iscrizione in graduatoria, affinchè l'amministrazione del fallimento non li ignori nelle susseguenti operazioni fallimentari e in ispecial modo riservi la percentuale loro spettante in caso di scadenza (vedi la sentenza succitata nella causa contro l'ufficio dei fallimenti Olten, RU 30 p. 447); per contro, l'art. 215 non tocca alla questione ben diversa di sapere se la percentuale riservata debba venir versata al creditore anche prima della scadenza del termine o dell'adempimento della condizione.

A suffragio di questa interpretazione dell'art. 215 sta la circostanza che il suo tenore « i crediti derivanti da fideiussione del fallito » è affatto generico; esso comprende quindi tanto il caso in cui l'obbligo a fideiussione non sia ancora scaduto perchè il debito principale è sottoposto a condizione non ancora avverata, quanto quello

in cui il credito verso il fideiussore non sia ancora esigibile per non avvenuta escussione del debitore principale. Ne segue che, se la tesi avversa fosse ammissibile, anche nel primo caso la massa dovrebbe versare al creditore il dividendo spettante al credito iscritto senza attendere l'avveramento della condizione dalla quale dipende la sua *esistenza*: conseguenza questa siffattamente contraria ai principi generali di diritto che reggono i rapporti del creditore verso il fideiussore da appalesarsi manifestamente inaccettabile.

Si obietta ancora in contrario che, interpretato nel senso suesposto, l'art. 215 sarebbe superfluo, la legge avendo già sancito all'art. 210 il principio dell'ammissione in graduatoria dei crediti sottoposti a condizione sospensiva od a scadenza incerta. Ma anche quest'argomento non è convincente. Non è infatti escluso che il legislatore abbia inteso riaffermare nell'art. 215, a proposito dei crediti derivanti da fideiussione, un principio da esso già sancito in via di massima in altri disposti, non per dettare nel caso speciale una soluzione diversa dalla comune, ma per la sua importanza pratica, la questione non essendo del resto affatto ovvia, se un credito derivante da fideiussione del fallito debba essere trattato nella graduatoria nella stessa guisa di un credito sottoposto a condizione sospensiva od a scadenza incerta. E, finalmente, se il legislatore avesse inteso adottare la soluzione propugnata dalla creditrice (e non accettata da nessuna legge straniera), che significherebbe modificazione radicale e oltremodo sfavorevole alla massa dei diritti spettanti al fideiussore semplice prima del suo fallimento, è fuor di dubbio che si troverebbe traccia di questa sua intenzione nei lavori preparatori della legge: il che non è.

4° — Da queste considerazioni risulta che alla ricorrente è lecito ritenere il dividendo spettante al credito di 100,000 fr. finchè la creditrice non abbia dimostrato che i debitori principali Paleari e Consorti siano caduti

in fallimento o siano stati escussi infruttuosamente o che non sia possibile convenirli giudizialmente in Svizzera, e non abbia proceduto sui pegni ai sensi dell'art. 495 nCO; —

La Camera esecuzioni e fallimenti
pronuncia :

Il ricorso è ammesso parzialmente nel senso dei considerandi.

84. **Entscheid vom 26. Dezember 1916**
i. S. Weiss und Grämiger.

Der Verzicht der Konkursverwaltung auf die Bestreitung der an einem Gegenstand geltend gemachten Eigentumsansprüche berührt den Bestand an ihm angemeldeter Pfandrechte nicht. Erstreiten einzelne Gläubiger auf Grund einer Abtretung nach Art. 260 SchKG den Gegenstand für die Masse, so steht ihnen ein Vorrecht im Sinne von Abs. 2 ebenda auf dessen Erlös nur hinsichtlich des Ueberschusses über den zur Deckung der darauf kollozierten Pfandrechte erforderlichen Betrag zu.

A. — Die heutigen Rekurrenten, Paul Weiss in Esslingen und Jakob Grämiger in Bazenheid, sind Gläubiger eines im vierten Range stehenden Versicherungsbriefes N° 11124 von 1300 Fr., haftend auf der Liegenschaft des Konkursiten Traugott Spörry in Bazenheid. Ihrem Pfandrechte gehen vor : 1. ein Pfandbrief N° 11106 von 6500 Fr. zu Gunsten der Spar- und Leihkasse Kirchberg ; 2. ein Versicherungsbrief von 1300 Fr. zu Gunsten der gleichen Gläubigerin ; 3. ein Versicherungsbrief von 1900 Franken zu Gunsten des Martin Weibel in Uznach. Nach der Errichtung dieser Grundpfandrechte hatte der Gemeinschuldner in der verpfändeten Liegenschaft eine Stickmaschine aufgestellt, welche sich zur Zeit der Konkursöffnung noch dort befand. Da zwei Schwäger des

Kridaren, die Brüder Vollenweider, an der Maschine einen Eigentumsvorbehalt zu ihren Gunsten geltend machten, führte das Konkursamt diese im Kollokationsplan nicht als Pfandgegenstand auf. Infolgedessen erhoben die Spar- und Leihkasse Kirchberg und die heutigen Rekurrenten Klage nach Art. 250 SchKG mit dem Antrage, ihr Grundpfandrecht sei auch auf die Stickmaschine zu erstrecken. Der Prozess endete im Vermittlungsvorstand durch Anerkennung der Klage seitens der Konkursverwaltung, worauf diese im Kollokationsplan bei den Titeln 1. und 4. Ranges die Bemerkung beifügte : « Ins Pfand gehört neben der Liegenschaft (Inv. N° 1) auch die mech. Stickmaschine samt Zugehör. » Auf ein — ob vor oder nach diesen Vorgängen ist aus den Akten nicht ersichtlich — vom Konkursamt erlassenes Zirkular, womit es den Gläubigern anzeigte, dass es unter Vorbehalt ihrer Rechte aus Art. 260 SchKG auf die Bestreitung der Eigentumsansprüche der Brüder Vollenweider verzichte, erwirkten die Spar- und Leihkasse Kirchberg und die heutigen Rekurrenten für sich die Abtretung der Ansprüche der Masse im Sinne des zitierten Artikels. Die darauf den Ansprechern Gebr. Vollenweider vom Konkursamt gemäss Art. 242 SchKG angesetzte Frist zur Klage gegen die Zessionare lief unbenützt ab. An der am 22. Mai 1915 abgehaltenen Steigerung bot das Konkursamt die Liegenschaft und die Maschine zunächst gesondert und sodann zusammen aus und schlug, da das Angebot beim Gesamtausruf (10,050 Franken) die Summe der Einzelangebote (8600 Fr. für die Liegenschaft + 800 Fr. für die Maschine = 9400 Fr.) überstieg, auf Grund jenes zu. Am 2./3. Juni teilte es dem Hypothekargläubiger 3. Ranges M. Weibel mit, dass es den für die Liegenschaft allein gebotenen Betrag von 8600 Fr. allen Grundpfandgläubigern nach ihrem Range, den Mehrbetrag von 1450 Fr. dagegen nur den Hypothekargläubigern zuweisen werde, welche seinerzeit den Kollokationsplan angefochten und sich damit ein Pfandrecht an der Maschine erstritten hätten, sodass auf