

71. Sentenza 22 novembre 1917 della seconda sezione civile
 nella causa **Banca Cantonale di Zurigo, attrice,**
 contro **Massa Credito Ticinese, convenuta.**

Di fronte ad azione di graduazione la massa convenuta non può che contestare od ammettere il credito in tutto od in parte e non le è lecito riconoscerlo solo a certe condizioni o sotto determinate modalità. — L'azione in rettifica di graduatoria passata in giudicato non è ammissibile se non ove i pagamenti, che a parere della massa hanno scemato il credito collocato, siano intervenuti posteriormente all'entrata in vigore della graduatoria. Ove non abbia chiesto rango diverso per diversi crediti, il creditore non può insorgere contro la loro collocazione nel medesimo rango. Ad onta dei pagamenti fatti da terzi coobbligati i crediti di regresso verso la massa sono da ammettersi in graduatoria nel loro importo originario, il computo di cui all'art. 217 LFF dovendosi fare, separatamente per ogni credito, in fase di ripartizione.

Ritenuto in fatto:

A. — Con notifiche 23 e 27 febbraio 1914, la Banca cantonale di Zurigo insinuava nel fallimento del Credito Ticinese in Locarno diversi crediti, i quali furono iscritti in graduatoria come segue:

Per conto chèques	Fr. 316,809 80
Per conto speciale	» 55,666 20
Per conto Lombard	» 345,133 90
Per diritto regresso	» 134,383 25
Totale	Fr. 851,993 15

Per tutti questi crediti, « più interessi e spese come » anche per le spese che risultano dai provvedimenti » giudiziari verso i coobbligati », la creditrice vantava un diritto di pegno su diversi titoli singolarmente elencati, giusta le costituzioni di pegno 20 settembre 1911, 13 marzo 1912, 18 e 22 settembre 1913 che contengono le clausole seguenti: « A garanzia del saldo conto, compresi gli inte- » ressi, le commissioni e le spese, come anche di ogni ulte-

» riore credito della Banca cantonale di Zurigo che già » esiste in suo favore o potrà ancora sorgere, la sottoscritta » costituisce in pegno : »...

Non risulta dall'incarto quanto precisamente lo stato di graduazione sia stato deposto e pubblicato: ma sta in fatto che in data del 10 giugno 1915 l'amministrazione del fallimento comunicava alla creditrice che la realizzazione dei titoli di pegno aveva prodotto 741,435 fr. 75 e che lo scoperto di 110,557 fr. 40 « sarà ammesso in V^a classe della graduatoria. »

Con lettera del 22 giugno 1915 l'amministrazione rettificava sotto il titolo « estratto della graduatoria » la comunicazione precedente nel senso che indicava l'importo della realizzazione dei pegni in 740,576 fr. 20 e dichiarava che il residuo di 111,416 fr. 95 (851,993 fr. 15 — 740,576 fr. 20 = 111,416 fr. 95) era ammesso in V^a classe aggiungendo: « Vogliate considerare questo scritto come estratto dello » stato di riparto (Verteilungsliste). Vi spetta il diritto di » ricorrere al Tribunale contro questo provvedimento e » l'ammissione degli altri creditori nel piano di riparto. » Il 24 seguente la creditrice rispondeva: « Vi ringraziamo » delle dettagliate informazioni e non solleviamo obie- » zione che la somma di 111,416 fr. 95 sia ammessa in » V^a classe. »

B. — Il 6 luglio 1915 l'amministrazione scriveva alla creditrice:

« Secondo lo stato di r i p a r t o cresciuto in forza, voi » possedete i seguenti crediti:

» Conto chèques	Fr. 316,809 80
» Conto speciale	» 55,666 20
» Conto Lombard	» 345,133 90
» Diritti di regresso	» 134,383 25
» Al vostro credito totale di	Fr. 851,993 15

« sta di contro il ricavo dei pegni 740,476 fr. 20.

» Del vostro credito totale è pertanto coperto dai pegni » l'86.922%, resta scoperto il 13,078%.

» Come esposto più sopra, i vostri crediti comportano :

» Conto chèques	Fr. 316,809 80
» » speciale	» 55,666 20
» » Lombard	» 345,133 90
» Totale	Fr. 717,609 90
» da cui deducendo l'86,922 %	» 623,760 90
» restano scoperti	Fr. 93,849 —
» per i quali vi bonificheremo il dividendo del 40 %.	
» Per i vostri diritti di regresso per cambiali scontate	
» restano come ricavo dei pegni	Fr. 740,576 20
» meno	» 623,760 90
	» Fr. 116,815 30

» ossia 86.922 % di 134,383 fr. 25. »

Contro questa comunicazione considerata come un provvedimento dell'amministrazione insorse la Banca cantonale di Zurigo con reclamo 15 luglio 1915 domandandone all'Autorità di Viliganza l'annullazione e chiedendo che le venisse riconosciuto il diritto di partecipare al dividendo del fallimento (40%), garantito dalla Banca Svizzera-Americana in Locarno, con tutto il suo scoperto di 111,416 fr. 95. La ricorrente allega : Come ammette l'amministrazione del fallimento lo stato di riparto è cresciuto in giudicato : non è dunque possibile modificarlo. Ma il provvedimento è inammissibile anche per motivi di merito : i crediti della creditrice devono essere considerati come un sol tutto. In ogni caso non spetta alla debitrice, sibbene alla creditrice il dire su quali dei crediti intende sia imputato il ricavo dei pegni (art. 85 CO). La creditrice intende imputare questi saldi sulla parte del credito per il quale non possiede copertura e cioè sui conti chèques, speciale e Lombard e dal conto « regressi » dedurre solo la rimanenza del ricavo dei pegni (229,666 fr. 30).

A quest'argomentazione l'amministrazione del fallimento opponeva : Il modo di vedere della Banca cantonale di Zurigo riposa su erronea interpretazione della lettera 22

giugno 1915. Malgrado certe espressioni non esatte, è evidente che l'Amministrazione non ha voluto e non ha potuto ammettere che lo stato di riparto fosse cresciuto in forza : tanto vero che esso non fu ancora allestito né pubblicato. Nel merito è fuor di dubbio che l'amministrazione ha diritto di rifiutare l'iscrizione nello stato di riparto di un credito che sia estinto. La Banca cantonale di Zurigo ha notificato un diritto di pegno estendentesi a tutti indistintamente i suoi crediti e quindi anche al credito « regressi » di 134,383 fr. 25. Questo diritto di pegno fu iscritto nella graduatoria nel senso delle notifiche e la graduatoria è passata in forza. Ne segue che anche il credito di regresso deve ritenersi estinto, proporzionalmente, dal ricavo del pegno e cioè nella misura di 86.922 %. Lo scoperto di questo credito è dunque di soli 17,567 fr. 95. Ma sul credito regressi così residuo la Banca cantonale ha incassato dai terzi coobbligati diversi importi e precisamente la somma di 33,750 fr. Il debito « regressi » è così non solamente estinto, ma sullo stesso la creditrice ha percepito 16,182 fr. 05 in più, che devono necessariamente venir dedotti dallo scoperto dagli altri conti (93,849 fr.), di modo che il passivo da collocarsi in V^a classe e fruente del dividendo del 40 % è di 77,666 fr. 95.

Con decisione 2 dicembre 1915, la Camera Esecuzioni e Fallimenti del Tribunale federale, giudicando in ultima sede dietro ricorso dell'amministrazione del fallimento, dichiarava che l'iscrizione nella V^a classe di 111,416 fr. 95 doveva essere mantenuta, poichè la graduatoria era passata in giudicato : ma che se dopo l'entrata in vigore della graduatoria il credito ivi ammesso era stato estinto in tutto od in parte e l'amministrazione intendeva ridurlo nello stato di riparto nella misura dei pagamenti dei terzi, poteva, secondo il procedimento accolto a quest'uopo dalla giurisprudenza (RU 30 I p. 438*), modificare il piano di collocazione, impartendo alla creditrice un ter-

* Ed. sep. 7 p. 183.

mine di 10 giorni per impugnarlo davanti al giudice (art. 250 LEF).

In data del 22 agosto 1916 l'Amministrazione del fallimento comunicava alla Banca cantonale di Zurigo :
 « Vi notificiamo colla presente che, in seguito a sentenza »
 » 2 dicembre 1915 dell'alto Tribunale federale, ed a risoluzione del 10 agosto 1916 della scrivente amministrazione, abbiamo modificato la graduatoria in quanto »
 » concerne la iscrizione in V^a classe del vostro credito. »
 » Accludiamo alla presente un estratto di detta modificazione di graduatoria, secondo la quale il vostro credito »
 » resta ridotto da 111,416 fr. 95 alla somma di 77,595 fr. 75 »
 » ammessa in V^a classe, sulla quale avete il diritto di percepire il dividendo da ripartirsi fra i creditori chirografari. A sensi dell'art. 250 LEF vi assegnamo un termine »
 » di 10 giorni per la eventuale contestazione in giudizio »
 » della modificazione sopra cennata. »

C. — Con petizione 1^o settembre 1916 la Banca cantonale di Zurigo conchiudeva davanti al Pretore di Locarno che, in annullazione del querelato provvedimento 22 agosto 1916, l'importo da collocarsi in V^a classe fosse stabilito in 111,416 fr. 95 più 3,253 fr. 75 per una differenza sul computo degli interessi. (Questo secondo punto fu definito nel corso della causa per riconoscimento da parte dell'amministrazione.) L'attrice fa capo agli art. 85 CO e 217 LEF e, invocando in sostanza i motivi già esposti all'Autorità di Vigilanza, presenta il seguente conteggio :
 Il ricavo dei pegni (740,576 fr. 20) è da computarsi sui crediti suoi meno garantiti (conto chèques 316,809 fr. 80, speciale 55,666 fr. 20 e Lombard 345,133 fr. 90 = 717,609 fr. 90) e solo il saldo (740,576 fr. 20 — 717,609 fr. 90 ct. = 22,966 fr. 30) a deduzione del conto regressi (134,383 fr. 25), il quale deve essere iscritto in V^a classe coll'importo di 111,416 fr. 95 (134,383 fr. 25 — 22,966 fr. 30 = 111,416 fr. 95).

Con risposta del 14 settembre 1916 la convenuta chiedeva il rigetto della petizione ; la quale invece fu accolta

dal giudice di primo grado. In sede di appello essa proponeva con ricorso 15 aprile 1917 fosse giudicato :

La petizione di causa è ammessa e di conseguenza ordinata l'iscrizione in graduatoria di 111,416 fr. 95 a favore della convenuta.

§. L'attrice rifonderà alla massa in sede di riparto 16,182 fr. 05, nonchè la percentuale fallimentare percepita in 17,567 fr. 95.

Subordinatamente : La petizione di causa è respinta.

Dagli atti all'incarto risulta che il cosiddetto conto regressi dipende da effetti in favore del Credito Ticinese e scontati dalla creditrice. Esso consta delle seguenti partite :

Ferrovia Biasca-Acquarossa	Fr.	27,009	35
Rusca Giovanni in Locarno	»	21,509	30
Luciano Bacilieri in Locarno	»	21,509	30
A. Beretta-Piccoli in Locarno	»	32,096	95
Eredi Contini in Brissago	»	32,258	35
Su questi effetti furono effettuati i versamenti seguenti :			

Partita Beretta :

20 febbraio 1914	Fr.	15,000	—
3 aprile	»	3,895	95
1 ^o maggio 1914	»	780	—
1 ^o maggio 1915	»	1,500	—
interessi all'8 giugno 1915 »		1,251	90
			Fr. 22,397 85

Partita Contini :

25 giugno 1914	Fr.	8,250	—
interessi all'8 giugno 1915 »		470	25
			» 8,720 25

Partita Biasca-Acquarossa :

27 febbraio 1915	Fr.	2,658	35
interessi all'8 giugno 1915 »		44	75
			» 2,703 10
Totale	Fr.	33,821	20

D. — Con sentenza 18 giugno 1917 il Tribunale di Appello, confermando il giudizio di primo grado, ammise la petizione mettendo le spese a carico della convenuta.

E. — Da questa sentenza la convenuta si appella nei modi e termini di legge al Tribunale federale e conchiude domandando che « vengano accolte le domande formulate » coi propri allegati e segnatamente colla risposta 14 settembre 1916 e col ricorso 15 aprile 1917. »

Considerando in diritto:

1. — Mentre nella sua risposta del 14 settembre 1916 la convenuta aveva conchiuso al rigetto puro e semplice della petizione, in sede di appello ed anche davanti questa Corte essa ne propone, in via principale, l'ammissione e solo in linea subordinata il rigetto. Alla conclusione principale essa aggiunge una clausola: che il giudice abbia a condannare l'attrice a rifondere in sede di riparto alla convenuta 16,182 fr. 05, e la percentuale percepita. Ma è evidente che questa clausola non può essere presa in considerazione. Anzitutto per incompetenza, poichè le contestazioni sullo stato di riparto concernono l'Autorità di Vigilanza: e inoltre perchè, di fronte ad un'azione, colla quale la massa intende collocare un credito per somma minore di quella vantata dal creditore, essa non ha altra via se non quella di contestare o di ammettere il credito insinuato in tutto od in parte e non le è lecito riconoscerlo solo a certe condizioni e sotto certe modalità: e ciò per le medesime ragioni per le quali non è ammissibile una collocazione solo in modo provvisorio o sottoposta a condizioni (vedi JAEGER, commento 2 all'art. 245 LEF; regolamento sull'amministrazione degli uffici di fallimento del 13 luglio 1911, art. 58 e 59). La prima conclusione della convenuta è quindi scorretta ed inammissibile e per di più inconciliabile colla conclusione della risposta 14 settembre 1916, che l'attrice mantiene anche in questa sede contemporaneamente a quelle dedotte davanti al giudice di secondo grado. Occorre del resto

osservare, che la convenuta non intendeva evidentemente riconoscere le conclusioni della petizione se non alla condizione, espressa nell'aggiunta sopraccennata e tendente alla rifusione, in sede di riparto, della percentuale e della somma di 16,182 fr. 05: ma per i motivi esposti l'esame di questa condizione sfugge alla competenza della Corte, ond'è che la conclusione principale della convenuta cade e resta quindi solo da esaminare, in base a quella subordinata, se l'azione sia ammissibile o debba venir respinta.

2° — In ordine e quanto alla forma l'attuale procedimento ha indubbiamente il carattere di una contestazione di graduazione, come quella che è sorta in seguito ad una modificazione della graduatoria alla quale la convenuta addivenne invocando la decisione della Camera Esecuzioni e Fallimenti del 2 dicembre 1915. Ma giova osservare che quella decisione era basata sulla supposizione (ammissibile allora in base alle allegazioni delle parti), che i pagamenti fatti da terzi a degrado del credito dell'attrice fossero avvenuti posteriormente all'entrata in vigore della graduatoria originaria. Ora dall'odierno incarto emerge che questa supposizione era infondata e che non si è verificata neanche in seguito. Quantunque dagli atti non ne risulti la data precisa, bisogna ritenere che lo stato di graduazione non fu deposto prima dell'otto giugno 1915, poichè ad istanza della convenuta stessa, gli interessi delle somme percepite dall'attrice dai coobbligati, e da mettersi a suo carico, furono computati fino a quel giorno e poichè il 22 seguente l'attrice venne avvisata che lo scoperto di 111,416 fr. 95 « sarà iscritto in V^a classe ». Ma al principio di giugno 1915 (vedi stato di fatto C) i versamenti dei coobbligati di 33,821 fr. 20 erano già stati effettuati: ne segue che essi avvennero, non dopo ma prima che il piano originario di collocazione fosse deposto e passasse in giudicato. Comunque, se in via formale il procedimento può essere basato sulla precitata decisione 2 dicembre 1915 dell'Autorità di Vigilanza, che è passata in giudicato, è fuor di dubbio che, contrariamente a

quanto ammettono le istanze cantonali, essa non può privare il giudice della facoltà di esaminare, se le ragioni in litigio, come furono dedotte in giudizio dalle parti, siano, non solo in ordine, ma anche nel merito e cioè secondo la loro indole giuridica sostanziale, soggette alla sua competenza.

3° — A questo proposito si osserva: In sostanza il dissidio verte su due punti: Le parti consentendo sull'ammontare del credito e sull'importo della realizzazione dei pegni, chiedono se l'attrice abbia il diritto di imputarlo in primo luogo al tacitamento dei crediti delle prime tre categorie (conto chèques, speciale e Lombard) e solo per il residuo (22,966 fr. 30) al pagamento del credito per «diritti di regresso»: chiedono inoltre, se e come debbano computarsi i pagamenti fatti nel frattempo dai coobbligati.

a) La prima questione è una questione di rango. Per tutte le sue ragioni e nella misura dell'importo che doveva risultare dalla realizzazione dei pegni, l'attrice è stata collocata in anticlasse giusta il disposto dell'art. 219 lemma 1. Ora essa pretende che i diversi elementi del suo credito non fruiscono in grado eguale del diritto di pegno: pretende, in altri termini, che le tre prime categorie godano di un grado superiore di garanzia in confronto della quarta (diritto di regresso), e siano quindi da soddisfarsi di preferenza sul prodotto della realizzazione sino a loro completo tacitamento, dovendosi imputare solo il saldo all'ultima categoria.

Posta in questi termini, la questione è facile a risolvere. Per quanto concerne la competenza *ratione materiae*, la risposta vuol essere senz'altro affermativa, avvegnachè le questioni che concernono il rango di diversi crediti, anche nella stessa classe, di rimpetto alle loro garanzie, sono indubbiamente di diritto sostanziale, riguardano cioè la graduatoria e soggiacciono quindi alla competenza del giudice di graduazione (dunque, in ultima istanza, di questa Corte). Per questo motivo si appalesa infondata l'eccezione di mancanza di legittimo interesse che l'attrice

deduce dal fatto che la massa ha cedute le sue attività alla Banca Svizzera-Americana in Locarno contro l'obbligo di versare ai creditori chirografari il 40 % dei loro crediti. Questo patto non esclude, anzi suppone che l'amministrazione del fallimento provveda per il corretto allestimento della graduatoria, che sarà la base del piano di riparto, in conformità del quale devono commisurarsi le prestazioni della Banca cessionaria. Alla convenuta non solo spetta il diritto, ma le incombe l'obbligo di opporsi a quelle azioni — e tale è la presente — colle quali un creditore intende vantare dei crediti che, a giudizio dell'amministrazione fallimentare, appaiono infondati.

Ma se le pretese dell'attrice, nel loro primo punto, sono sindacabili da questa Corte, esse risultano infondate nel merito. La collocazione dei crediti dell'attrice dell'ammontare complessivo di 851,093 fr. 15 come assistiti da pegno senza distinzione di rango tra le diverse categorie è conforme alla insinuazione dell'attrice stessa e, inoltre, alle costituzioni di pegno da essa invocate all'atto della notifica (vedi stato di fatto). Vero è che la somma di 851,993 fr. 15 consta di molti crediti diversi, riassunti, per brevità di scritturazione, in 4 categorie: ma per nessuno di essi o di esse l'attrice non ha mai chiesto un rango speciale per riguardo alle loro garanzie: ond'è che a ragione la convenuta li ha considerati e doveva considerarli come fruenti nella stessa misura del diritto di pegno: in altri termini, si debbono ritenere coordinati e di rango eguale per riguardo al diritto di pegno che li assiste, non potendosi distinguere, in base all'insinuazione stessa, tra crediti (o categorie di crediti), che godrebbero di un pegno di primo grado e crediti confortati solo da un pegno di secondo grado. Indarno l'istanza cantonale avvisa in contrario che la modificazione della graduatoria del 22 agosto 1916 aveva per effetto di rimettere le cose nello stato quo ante; cioè darebbe all'attrice la facoltà di modificare la sua notifica nel senso da essa attualmente propugnato. Vero è che l'iscrizione in graduatoria origi-

naria fu sostituita con quella del 22 agosto 1916: ma questa modificazione, fatta solo ai fini della decisione del 2 dicembre 1915, non poteva annullare anche la precedente notifica dell'attrice, né concernere in nessun modo le pretese ivi accampate sui pegni o sul rango da attribuirsi alle diverse categorie dei crediti. Ed infatti l'attrice non pose mai mente a modificare l'insinuazione originaria, ma pretese e pretende — ed è questo il suo costante argomento — che si debba collocare i suoi crediti nel modo da essa propugnato, non supponendo modificata la notifica originaria, ma per altri motivi, e cioè in virtù degli art. 85 CO e 217 LEF. Invano l'istanza cantonale invoca ancora in contrario, che al momento dell'insinuazione i crediti dipendenti dal diritto di regresso erano futuri ed incerti e considera inconcludente il fatto che, insinuando i suoi crediti, l'attrice non ha mai accampato un diritto di privilegio speciale per alcuni di loro. La tesi è manifestamente insostenibile. L'attrice non ha mai notificato i suoi crediti come pretese future ed incerte: essa li ha designati sin da principio come definitivi quanto alla loro esistenza ed anche l'importo da essa originariamente indicato non subì notevole modificazione (salvo i pagamenti intervenuti dai coobbligati). È probabile che l'attrice, procedendo alla notifica, non ne abbia considerate tutte le conseguenze: ma ciò non è motivo sufficiente per modificarla d'ufficio, essendo fuori di dubbio che essa intese chiedere il medesimo rango per tutte le categorie dei suoi crediti: ciò che del resto, nel dubbio (se dubbio potesse esistere), vien ritenuto come regola (RU 40 III p. 324; 36 I p. 144; ed. sep. 13 p. 62 e seg.).

Da quanto precede risulta che la questione va risolta sulla base della posizione assunta dall'attrice nel fallimento e secondo i precetti in materia di collocazione e non alla luce delle ragioni che all'attrice potrebbero spettare in virtù delle norme di diritto civile, la cui applicazione essa ha escluso insinuando i suoi crediti nel modo suesposto. Ma anche a prescindere da questa considerazione,

l'ipotesi dell'art. 85 CO, che l'attrice invoca a suffragio della sua tesi e che concerne il caso di versamenti a conto di un credito che sia assistito solo in parte da garanzie reali o personali, non trova riscontro nella fattispecie, in cui i pegni costituiti dovevano garantire, secondo la clausola generale degli atti costitutivi, tutti i crediti presenti e futuri dell'attrice nella stessa misura.

b) Per quanto concerne l'applicabilità dell'art. 217 LEF è fuor di dubbio che l'attrice può far valere nella graduatoria i suoi crediti di regresso verso la convenuta nel loro importo originario senza riguardo ai versamenti dei coobbligati. Ma, in realtà, il dissidio non verte su questo punto sebbene sul quesito, in quale misura sia da iscriversi il residuo credito nello stato di riparto, poscia che una parte di esso è da considerarsi coperta colla percentuale pertoccante dal ricavo dei pegni e che sui crediti dipendenti dai diritti di regresso i terzi coobbligati hanno fatto dei versamenti. Questa questione ha esclusivamente tratto allo stato di riparto: essa dipende dall'ammontare del ricavo dei pegni e da quello dei versamenti, i quali sono invero pacifici tra le parti, ma non risulta dagli atti che lo siano anche in confronto degli altri creditori, che hanno diritto di contestarli in fase di riparto, e non diventeranno definitivi se non col crescere in giudicato dello stato di ripartizione. Senza pregiudizio delle future decisioni delle sedi competenti giova tuttavia osservare a questo riguardo, che a torto l'attrice considera il conto « diritti di regresso » come una unità e cioè come un sol credito. In realtà esso consta di diversi crediti ben distinti (Beretta-Piccoli, Contini, Rusca, Bacilieri e Biasca-Acquarossa), tanto per riguardo alla persona del debitore principale (traente delle cambiali), che per la loro scadenza, il computo delle spese e degli interessi ecc. e che furono conglobati in graduatoria in una sola categoria solo per brevità di scritturazione. Agli effetti dell'applicazione dell'art. 217 LEF essi dovranno essere considerati separatamente e dovrà essere computato distintamente per

ognuno di essi l'importo soluto dal coobbligato e quindi lo scoperto, non potendosi evidentemente ammettere, che i pagamenti parziali siano conteggiati a carico di credito diverso da quello per cui furono fatti od a degrado di obbligazioni per le quali non esistevano dei condebitori (conto chèques, speciale e Lombard).

4. — Da quanto precede risulta che l'appello deve essere respinto in quanto che la somma di 111,416 fr. 95 deve figurare nello stato di graduazione in V^a classe: ma che, contrariamente a quanto dichiarano le istanze cantonali, è mestieri ritenere che il ricavo dei pegni garantisce i 4 gruppi di crediti in modo eguale e coordinato e che l'applicazione dell'art. 217 LEF deve essere fatta in sede di riparto nei riguardi di ogni singolo credito di cui consta la categoria « diritti di regresso ». Queste riserve, che di fronte ai giudicati delle istanze cantonali sono essenziali e tali da modificarne sostanzialmente la portata, giustificano una adeguata ripartizione delle spese processuali;

Il Tribunale federale
pronuncia:

L'appello è respinto e il primo dispositivo della sentenza 18 giugno 1917 del Tribunale di Appello del Cantone Ticino confermato nel senso dei considerandi.

72. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. November 1917
i. S. der Neuen Zürcher Kreditgenossenschaft, Beklagte,
Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte,
gegen die A.-G. Ofenfabrik Sursee, Klägerin,
Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin.

Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter, wonach eine Forderung für spätere Benützung der Mietliegenschaft fällig gestellt wird und mit vom Mieter zu machenden Warenlieferungen zur Verrechnung gebracht werden soll. Konkurs des Vermieters. Ersteigerung der Mietliegenschaft durch einen Grundpfandgläubiger und Ueberbindung des Mietvertrages. Klage des Mieters auf Herausgabe der betreffenden, als streitig hinterlegten Mietzinsbeträge. Einwendung des Ersteigerers und seines Rechtsnachfolgers nach Art. 260 SchKG als Beklagte und die Mietzinsen einfordernde Widerkläger, dass die genannte Vereinbarung und die vorgenommene Verrechnung für sie unverbindlich seien nach Art. 806 Abs. 3 ZGB, Art. 234 Abs. 2 OR und den Art. 214 und 286 ff. SchKG. Berechnung des Streitwertes. Ergibt sich die Prozesslegitimation der Beklagten aus dem frühern Grundpfandrecht oder aus dem Steigerungserwerb? Prüfung der sachlichen Anwendbarkeit der angerufenen Bestimmungen. Ziffermässige Berechnung der als Saldo zuzusprechenden Widerklageforderung.

1. — L. Kunde vermietete als Eigentümer des im Bau begriffenen Hauses Badenerstrasse N° 21 in Zürich dessen Parterre- und Souterrainräumlichkeiten nebst einem Kellerraum durch Vertrag vom 16./26. Juni 1910 an die heutige Klägerin, die Ofenfabrik Sursee, Filiale Zürich. Am 21. November 1910 wurde der Mietvertrag im Grundbuche eingetragen und hiebei eine Abschrift davon zu den Akten des (kantonalen) Grundprotokolls genommen. Nach dem Vertrag sollte die Miete am 1. Juli 1911 beginnen und der Mietzins 9300 Fr. jährlich betragen, « zahlbar postnumerando in vierteljährlichen Raten von je 2325 Fr. » Im Juni 1911 traf die Klägerin mit ihrem Vermieter