

## I. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

84. Urteil der II. Zivilabteilung vom 24. September 1925  
i. S. Evang. Kirchgemeinde Churwalden  
gegen Kath. Kirchgemeinde Churwalden.

ZGB Art. 642, Schlusstitel Art. 17 Abs. 1 und 3 : Fortbestand der dinglichen Rechte, welche vor dem Inkrafttreten des ZGB begründet worden sind — worüber in Anwendung des früheren (kantonalen) Rechts zu entscheiden ist —, auch an solchen Gegenständen, welche nach ZGB blosse Bestandteile sind.

A. — Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Anerkennung ihres freien Alleineigentums am St. Luzius-Altar in der Kirche zu Churwalden; mit ihrer Widerklage verlangt die Beklagte:

I. 1. Anerkennung ihres Alleineigentums am St. Luzius-Altar;

2. eventuell Anerkennung ihres Miteigentumsrechts und ihres alleinigen Gebrauchsrechts am St. Luzius-Altar.

II. 1. Anerkennung ihres Eigentumsrechts an der äussern Kirche, ausgenommen an der bestehenden Kanzel und Orgel;

2. eventuell Anerkennung ihres Miteigentumsrechts an der äussern Kirche und ihres Durchgangs- und Gebrauchsrechts, « wie solche bisher genutzt und besessen worden ist ».

B. — Durch Urteil vom 12./3./4. November 1924 und 24./5. Februar 1925 hat das Kantonsgericht von Graubünden erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Widerklage wird

- a) mit Bezug auf das Begehren auf Anerkennung des Alleineigentums am St. Luzius-Altar gutgeheissen ;  
 b) mit Bezug auf das Begehren auf Anerkennung des Alleineigentumsrechts, wie auch des Miteigentumsrechts der Widerklägerin an der äusseren Kirche abgewiesen ;  
 c) mit Bezug auf das Begehren auf Anerkennung des Durchgangs-, Gebrauchs- und Benutzungsrechts der Widerklägerin an der äusseren Kirche im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

C. — Gegen dieses am 2. Juli zugestellte Urteil hat die Klägerin am 21. Juli die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen auf Gutheissung der Hauptklage (eventuell unter Vorbehalt der althergebrachten öffentlich-rechtlichen Gebundenheit der der Evangelischen Kirchengemeinde gehörenden Kirche zu Gunsten der Katholischen Kirchengemeinde) und gänzliche Abweisung der Widerklage.

D. — Die Beklagte hat sich am 1. August der Berufung angeschlossen, im wesentlichen unter Wiederaufnahme ihrer Widerklageanträge.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Auch wenn der vorliegende Prozess als Zivilstreitigkeit anzusehen und also anzunehmen ist, dass es nicht schon an dieser ersten Voraussetzung der Zulässigkeit der Berufung fehle, so erweist sich diese doch als unstatthaft, weil der Prozess nicht unter Anwendung von Bundesrecht entschieden worden und auch nicht nach Bundesrecht zu entscheiden ist (Art. 56 OG). Wird nämlich von der Anschlussberufung abgesehen, welche nach Art. 70 Abs. 2 OG bei der Entscheidung über die Eintretensfrage nicht in Betracht zu ziehen ist, so ist ausschliesslich noch streitig einerseits, ob die Beklagte und Widerklägerin ein (privates) Durchgangs-, Gebrauchs- und Benutzungsrecht an der äusseren, der Hauptklägerin gehörenden Kirche, und andererseits ob die Hauptklägerin das Eigentumsrecht am St. Luzius-Altar

erworben haben zu einer Zeit lange vor Inkrafttreten des ZGB. (Hieran ändert es nichts, wenn sich die Klägerin auf ein Schreiben des Präsidenten der Beklagten aus dem Jahre 1918 beruft, durch welches das Eigentumsrecht der Klägerin am Altar soll anerkannt worden sein ; damit kann die Klägerin nicht im Ernste haben geltend machen wollen, dass, wenn sie bis dahin noch nicht Eigentümerin des Altars war, sie es durch jenes Schreiben geworden sei, zumal da sie ja verneint wissen will, dass der Altar seit dem Inkrafttreten des ZGB noch ein eigenes, ein anderes rechtliches Schicksal haben könne als die äussere Kirche, in der er steht). Bestanden diese dinglichen Rechte beim Inkrafttreten des ZGB, so bleiben sie nach Art. 17 Abs. 1 des Schlusstitels des ZGB — unter Vorbehalt der Vorschriften über das Grundbuch — auch unter dem neuen Rechte anerkannt. Ob aber ein dingliches Recht vor dem Inkrafttreten des ZGB begründet worden sei, ist nicht unter Anwendung des damals noch gar nicht in Geltung stehenden Bundesrechts zu entscheiden. Insbesondere bezüglich der Frage des Eigentums der Klägerin am Altar kommen nicht etwa die fahrsachenrechtlichen Vorschriften des aOR zur Anwendung, da auch nicht während ihrer Geltung entscheidende Eigentumserwerbstatsachen sich ereignet haben. Nicht von Belang ist weiterhin, ob, wie die Klägerin geltend macht, nach ZGB nicht mehr Sondereigentum eines Dritten am Altar begründet werden könnte, weil er Bestandteil der äusseren, ihr, der Klägerin, gehörenden Kirche sei. Denn nach Art. 17 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 des Schlusstitels des ZGB bleiben die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehenden dinglichen Rechte unter dem neuen Rechte selbst dann anerkannt, wenn ihre Errichtung nach dem neuen Rechte nicht mehr möglich wäre. Wieso sich aus den im von der Klägerin vorgelegten Gutachten des Professors MUTZNER angeführten Urteilen des Bundesgerichts (AS 40 II S. 111 ff.; 42 II S. 440 ff.; 43 II

S. 162 ff.) ein anderes ergeben soll, ist nicht ersichtlich, da in keinem dieser Urteile die Frage erörtert wurde, welchen Einfluss das Inkrafttreten des ZGB auf den Bestand bereits begründeter, aber nach ZGB nicht mehr begründbarer dinglicher Rechte ausübe, speziell dinglicher Rechte an Gegenständen, die nach ZGB nicht mehr als selbständige Sachen im Rechtssinne anerkannt werden; übrigens lässt das Gutachten auch eine Auseinandersetzung mit MUTZNER, Kommentar, Note 5 zu Art. 17, vermissen. Endlich ist, besonders angesichts des Art. 944 ZGB, nicht anzunehmen, dass die Vorschriften über das Grundbuch dem Weiterbestand des Sondereigentums am Altar entgegenstehen; solches hat die Klägerin denn auch nicht darzutun versucht.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

## II. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 85. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. März 1925

i. S. **Eidg. Bank gegen Genossenschaft des Importhandels mit chemisch-technischen Produkten.**

**Auftrag.** OR Art. 399 Abs. II, 402 Abs. I. Auftrag an eine inländische Bank, bei einer ausländischen ein **Akkreditiv** zu Gunsten des Lieferanten des Auftraggebers zu bestellen. Die inländische Bank haftet nur für eigenes Verschulden in der Wahl und Instruktion der ausländischen Bank und in der Überwachung des Verkehrs, nicht aber für das Verschulden der letztern. Würdigung des Verhaltens der inländischen Bank auf die Frage des Verschuldens hin. Für ohne ihr Verschulden erfolgte ordnungswidrige Auszahlungen aus dem Akkreditiv und bezügliche Belastungen durch die ausländische Bank kann sich die inländische Bank aus dem Gesichtspunkt der Aufwendung (OR 402 Abs. I) an den Auftraggeber halten.

A. — Die Beklagte ist eine Genossenschaft, die sich während des Krieges bildete und den Zweck verfolgte, ihren Mitgliedern die Einfuhr der von ihnen benötigten Rohstoffe und Produkte zu erleichtern. Durch eine im September 1918 beschlossene Statutenrevision wurde sie ermächtigt, die unter den Genossenschaftszweck fallenden Waren auch auf eigene Rechnung zu kaufen und in die Schweiz einzuführen.

Ende Mai 1918 übersandte die Warenabteilung des Schweiz. Volkswirtschaftsdepartements der Beklagten ein Angebot, das ihr vom Office commercial suisse in Madrid zugekommen war und laut welchem die Firma Sanz & Hijo in Coca, Provinz Segovia, 100—200 Tonnen Terpentin zum Preis von Pesetas 160 per 100 kg., franko französische Grenzstation Hendaye, offerierte. Die Beklagte gab ihren Mitgliedern von diesem Angebot Kenntnis, worauf die Firmen A.-G. Scheller & C<sup>ie</sup>, Jules Kuhn & C<sup>ie</sup>, B. von Auw & C<sup>ie</sup> und Otto Lobeck sich bereit erklärten, das ganze Quantum zu übernehmen.

Nachdem das Office commercial suisse davon Kenntnis erhalten hatte, schloss es namens der Beklagten am 27. Juni 1918 mit Sanz & Hijo zwei Kaufverträge ab: einen, Kontrakt Nr. 17, über 150 Tonnen zum Preise von Pes. 168 per 100 kg; den andern, Kontrakt Nr. 19, über 50 Tonnen zum Preis von Pes. 172 per 100 kg. Als Ablieferungsort wurde Hendaye bezeichnet, als Lieferungstermin der Monat Juli 1918. Ferner wurde vereinbart, dass die Zahlung zu erfolgen habe gegen «*récépissé de chemin de fer, facture acquittée en double exemplaire et reconnaissance de la marchandise*».

Die Beklagte richtete darauf am 11. Juli 1918 folgende Zuschrift an die Klägerin, Eidgenössische Bank A.-G. in Zürich: «*Wir beehren uns, Ihnen mitzuteilen, dass die Firmen 1. Emil Scheller & C<sup>ie</sup> A.-G. Zürich Pes. 122,000, 2. Jules Kuhn & C<sup>ie</sup> in Zürich Pes. 97,500, 3. B. von Auw & C<sup>ie</sup> in Morges Pes. 97,500, 4. Otto Lobeck Herisau Pes. 23,750, total Pes. 340,750, für unsere Rechnung bei Ihnen einzahlen werden, wogegen*