

concurrency (RO 61 II 93) il importe dans une large mesure, pour acquérir et conserver les clients, de satisfaire leurs exigences particulières. Cela étant, l'employé, au courant de ces désirs et besoins, sera en mesure, lorsqu'il aura quitté sa place, de mettre sa connaissance à profit pour détourner en faveur d'une entreprise concurrente la clientèle de son ancien employeur. Ce facteur est aussi important, du point de vue de la concurrence, que les qualités personnelles et professionnelles de l'employé.

2. — (Concerne le dommage.)

Par ces motifs, le Tribunal fédéral,

Rejette le recours.

8. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Januar 1952 i. S. Julius Bär & Co. und Cotramet Anstalt gegen Aktiengesellschaft Leu & Co.

Akkreditivgeschäft.

1. Legitimation des Litisdenuntiaten zur Berufung, Art. 53 Abs. 1 OG (Erw. 1 a).
2. Unzulässigkeit der Einreichung neuer Aktenstücke, Art. 55 Abs. 1 lit. c OG (Erw. 1 b).
3. *Internationales Privatrecht*: Anwendbarkeit schweizerischen Rechtes auf das Verhältnis der am Akkreditiv beteiligten Schweizerbanken (Erw. 1 c).
4. Rechtsnatur des Akkreditivs im allgemeinen und des bestätigten unwiderruflichen Akkreditivs im besondern; Art. 466 ff. OR (Erw. 2 und 3).
5. Internes Verhältnis der beteiligten Banken und Ansprüche aus diesem; Art. 402 Abs. 1 OR (Erw. 4-6).

Accréditif.

1. Qualité du garant pour recourir en réforme, art. 53 al. 1 OJ (consid. 1 a).
2. Inadmissibilité de la production de nouvelles pièces dans l'instance de réforme, art. 55 al. 1 litt. c OJ (consid. 1 b).
3. *Droit international privé*: applicabilité du droit suisse au rapport entre des banques suisses participant à une opération d'accréditif (consid. 1 c).
4. Nature juridique de l'accréditif en général et de l'accréditif confirmé irrévocable en particulier; art. 466 sv. CO (consid. 2 et 3).
5. Rapport interne entre les banques intéressées et prétentions dérivant de ce rapport; art. 402 al. 1 CO (consid. 4-6).

Accreditivo.

1. Veste del terzo chiamato in causa per proporre ricorso per riforma, art. 53 cp. 1 OG (consid. 3 a).
2. Inammissibilità di produrre nuovi documenti, art. 55, cp. 1, lett. c OG (consid. 1 b).
3. *Diritto internazionale privato*: Applicabilità del diritto svizzero al rapporto delle banche svizzere partecipanti all'accreditivo (consid. 1 c).
4. Natura giuridica dell'accreditivo in generale e dell'accreditivo confermato irrevocabile in particolare; art. 466 e seg. CO (consid. 2 e 3).
5. Rapporto interno tra le banche interessate e pretese derivanti da questo rapporto; art. 402 cp. 1 CO (consid. 4-6).

A. — Die Cotramet Anstalt in Vaduz kaufte im September 1950 von der Firma Minmetal, Mineralia Metal & Ore Corporation in New-York, 300 Tonnen Messingspäne zu USA-Dollars 285 per Tonne. Für den Kaufpreis von Dollars 85,500.— eröffnete die Bank Julius Bär & Co. in Zürich im Auftrag der Cotramet zu Gunsten der Minmetal ein unwiderrufliches Akkreditiv. Hievon gab die Bank Bär der Bank A.-G. Leu & Co. in Zürich Kenntnis und ersuchte sie um Bestätigung dieses Akkreditivs. Die Bank Leu kam diesem Auftrag nach, indem sie der Minmetal mitteilte, sie habe im Auftrag des Bankhauses Bär « wegen Cotramet » ein unwiderrufliches bestätigtes Akkreditiv im genannten Betrag eröffnet. Die beiden Akkreditive sollten benützbar sein gegen Übergabe der nämlichen Dokumente, insbesondere der Konnossemente und eines Qualitätszertifikats. In der Folge wurden die Akkreditivbestimmungen wiederholt abgeändert. Insbesondere wurden die Gültigkeitsdauer der beiden Akkreditive bis zum 15. Januar 1951 verlängert, die Akkreditivsumme wegen Ansteigens des Preises auf Dollars 295 per Tonne auf Dollars 88,500.— erhöht und Teillieferungen als zulässig erklärt. Auf Weisung der Minmetal hatte die Bank Leu sodann schon Ende September 1950 der Firma Morava in Belgrad, von der die verkaufte Ware stammte, ebenfalls ein Akkreditiv eröffnet.

Am Vormittag des 6. Januar 1951 übergab die Bank Leu der Bank Bär für eine Teillieferung im Werte von

Dollars 46,549.82 die für die Benützung des Akkreditivs vorgeschriebenen Dokumente mit Ausnahme des Qualitätszertifikats, das der Bank Bär vom Vertreter der Cotramet, Rechtsanwalt Dr. Meyer, direkt zugestellt wurde. Noch am selben Vormittag, bevor die Bank Bär der Bank Leu den Gegenwert der Dokumente überwiesen hatte, liess die Cotramet auf die « Guthaben der Firma Minmetal » bei der Bank Bär bis zum Betrage von Fr. 175,000.— Arrest legen für eine Schadenersatzforderung gegen die Minmetal aus einem andern Geschäft. Gleichzeitig liess die Cotramet auch die « Guthaben der Minmetal » bei der Bank Leu bis zum oben genannten Betrag arrestieren.

Die Bank Bär schrieb der Bank Leu den Betrag, der den erhaltenen Dokumenten entsprach, am 6. Januar 1951 « auf arrestiertem Spezialkonto » gut, weigerte sich aber unter Hinweis auf den Arrest, eine bedingungslose Gutschrift oder Zahlung vorzunehmen.

B. — Die Bank Leu erhob daher gegen die Bank Bär Klage auf Bezahlung von Dollars 46,831.25 (d. h. des Fakturabetrages der Teillieferung zuzüglich Dollars 281.43 Kommission und Spesen) nebst 5 % Zins seit 6. Januar 1951.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Ferner verkündete sie der Cotramet den Streit. Diese nahm am Verfahren teil und unterstützte den Antrag auf Abweisung der Klage durch eigene Vorbringen.

Am 20. April 1951 überwies die Beklagte den Gegenwert des die Arrestsumme übersteigenden Betrages von Dollars 6368.82 der Klägerin, die hierauf die Klage um diesen Betrag ermässigte.

C. — Das Handelsgericht Zürich verpflichtete mit Urteil vom 31. Mai 1951 die Beklagte, an die Klägerin weitere Dollars 40,462.43 nebst 5 % Zins seit 6. Januar 1951 sowie 5 % Zins von Dollars 6368.82 vom 6. Januar bis 20. April 1951 zu bezahlen.

D. — Gegen dieses Urteil erklärten sowohl die Beklagte

wie die Litisdenuntiatin die Berufung mit dem erneuten Antrag auf Abweisung der Klage.

Nach der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin auf Grund des Akkreditivs von ihr weder aus Anweisungsrecht noch aus Auftragsrecht etwas zu fordern; aus Anweisungsrecht nicht, weil die Klägerin Angewiesene und nicht Begünstigte sei, und aus Auftragsrecht nicht, weil die Klägerin nicht nachgewiesen bzw. der Beklagten nicht bestätigt habe, dass sie den streitigen Teilbetrag des Akkreditivs tatsächlich durch Zahlung getilgt habe. An diese Voraussetzung sei nach Art. 402 Abs. 1 OR der Anspruch auf Verwendungs- und Auslagenersatz geknüpft. Hievon sei entgegen der Auffassung des Handelsgerichts auch beim Akkreditivgeschäft im Verhältnis der beteiligten Banken nicht abzusehen.

Die Litisdenuntiatin bestreitet den eingeklagten Anspruch der Klägerin ebenfalls, mit folgender Begründung:

1. Das Akkreditiv sei nicht übertragen worden, und Begünstigte sei ausschliesslich die Minmetal.

2. Die von der Klägerin vorgenommene Bestätigung des von der Beklagten errichteten Akkreditivs bedeute keinen Gläubigerwechsel, sondern nur die Mitbegründung der Haftung der Beklagten (recte: Klägerin) gegenüber der Begünstigten.

3. Die Klägerin habe die Minmetal nicht bezahlt und auch nicht bezahlen können, weil auch bei ihr dieser Anspruch verarrestiert worden sei.

4. Das von der Klägerin zugunsten der Morava errichtete Akkreditiv sei ein völlig selbständiges, in casu rechtlich bedeutungsloses und nur wirtschaftlich mit dem Akkreditiv der Beklagten verbundenes Geschäft, dessen Risiko ausschliesslich zu Lasten der Klägerin gehe.

5. Die Klägerin habe selbst gar nicht alle Dokumente präsentiert.

6. Aus Anweisungsrecht habe die Klägerin keinen Anspruch, weil sie Angewiesene und nicht Begünstigte sei;

als solche figuriere in der Korrespondenz der Klägerin selber immer noch die Minmetal.

7. Sogar wenn die Klägerin als Forderungsberechtigte zu betrachten wäre, könnte die Beklagte wegen des Arrestes nicht bezahlen.

8. Die Wirkungen des Arrestes könne die Klägerin nicht mit einer Klage gegen die Beklagte aufheben, sondern nur in einem Widerspruchsverfahren gegen die Litisdenuntiatin.

E. — Die Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Mit der Berufungsantwort hat die Klägerin 5 neue Aktenstücke eingereicht zum Beweis dafür, dass sie am 1. Juni 1951 (im Anschluss an die Urteilsfällung der Vorinstanz) den streitigen Betrag bezahlt hat durch Einlösung des Akkreditivs, das sie im Auftrag der Minmetal zu Gunsten der Firma Morava eröffnet hatte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — a) Die Litisdenuntiatin Cotramet ist gemäss Art. 53 Abs. 1 OG zur Berufung legitimiert ; denn aus dem angefochtenen Urteil erhellt, dass ihr nach dem kantonalen Prozessrecht Parteirechte zukommen, und sie hat tatsächlich am Verfahren teilgenommen.

b) Die von der Klägerin mit der Berufungsantwort eingereichten Aktenstücke sind neu und daher nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG unzulässig. Sie betreffen entgegen der Behauptung der Klägerin nicht das Prozessverhältnis als solches, sondern, wie die Klägerin selber anerkennt, die Frage der Aktivlegitimation, also eine Frage des materiellen Rechts, und bezwecken damit eine Einflussnahme auf die materielle Entscheidung des Rechtsstreites.

c) Da der Streit der Parteien mit einem Geschäft des internationalen Handelsverkehrs zusammenhängt, das Bundesgericht als Berufungsinstanz aber nur die Anwendung des eidgenössischen Rechts überprüfen kann (Art. 43 OG), ist vor dem Eintreten auf die Sache selbst von

Amteswegen die Frage des anwendbaren Rechts abzuklären.

Die Parteien haben ohne weiteres das schweizerische Recht als massgebend betrachtet, und die Vorinstanz ist ihnen darin gefolgt. Diese Auffassung trifft in der Tat zu. Streitig ist ein Forderungsverhältnis zwischen zwei schweizerischen Banken, nämlich das Verhältnis zwischen der Beklagten, welche das erste Akkreditiv eröffnet, und der Klägerin, welche auf Ersuchen und im Auftrag der Beklagten als zweite Bank das Akkreditiv bestätigt hat. Für diese als Deckungsverhältnis zu qualifizierende Beziehung ist es vom Gesichtspunkt des massgeblichen Rechts aus ohne Belang, dass der erste Auftraggeber und Akkreditivsteller, die Cotramet Anstalt, seinen Gesellschaftssitz im Ausland, nämlich in Vaduz, hat, und dass der aus dem Akkreditiv Begünstigte eine New-Yorker Firma ist.

2. — Im Verhältnis der beiden als Prozessparteien auftretenden Banken sind für Akkreditivgeschäfte der vorliegenden Art gemäss allseitig anerkannter Auffassung und ausdrücklicher Feststellung der Vorinstanz die von der internationalen Handelskammer im Jahre 1933 aufgestellten « Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive » massgebend. Zwar enthalten diese Richtlinien, abgesehen von Art. 10 Abs. 2 (Pflicht des Auftraggebers zur Annahme von akkreditivgemässen Dokumenten, die von einer damit beauftragten Bank honoriert worden sind) keine besondern Bestimmungen über das interne Verhältnis zwischen erster und zweiter Bank, wie es sich beim bestätigten Akkreditiv ergibt, wenn die erste Bank ein unwiderrufliches Akkreditiv eröffnet und die zweite Bank ersucht, dieses dem Begünstigten gegenüber zu bestätigen. Aus dem erwähnten Art. 10 Abs. 2 und dem Institut der Bestätigung des Akkreditivs im Sinne der Richtlinien ergeben sich jedoch auch die nötigen Gesichtspunkte zur Lösung von Einzelfragen, die sich im internen Verhältnis der beiden Banken etwa erheben können.

3. — Wie in Schrifttum und Rechtsprechung allgemein anerkannt ist, stellt das Akkreditiv seinem Wesen nach ein Anweisungsverhältnis gemäss Art. 466 ff. OR dar (BGE 49 II.199, 54 II 176 ; nicht publizierte Urteile der I. Zivilabteilung vom 2. Juni 1943 i. S. Schweiz. Bankverein c. A. Günther & Co. sowie vom 29. Mai 1951 i. S. Klein c. Union Handelsgesellschaft A.-G. ; OSEB-SCHÖNENBERGER OR Art. 466 N. 14 und 13, sowie Vorbem. zu Art. 407-411, N. 3 ; GAFNER, Das Dokumentenakkreditiv, S. 20). Dabei ist der Akkreditivsteller der Anweisende, die Akkreditivbank der Angewiesene und der Akkreditierte der Anweisungsempfänger. Neben diesem Anweisungsverhältnis besteht in der Regel noch ein Auftragsverhältnis (Deckungsverhältnis) zwischen Anweisendem (Akkreditivsteller) und Angewiesenem (Akkreditivbank).

Im vorliegenden Falle hat die Cotramet als Käuferin and Akkreditivstellerin die Beklagte als Akkreditivbank angewiesen, zu Gunsten der Verkäuferin Minmetal als Akkreditierter ein unwiderrufliches Akkreditiv zu eröffnen ; dies ist seitens der Beklagten mit Schreiben vom 29. September 1950 an die Klägerin geschehen.

Sofern der Käufer seine Bank beauftragt, selber und allein dem Verkäufer das Akkreditiv zu eröffnen und die Eröffnung dem Verkäufer unmittelbar oder im Sinne von Art. 6 der Richtlinien durch Vermittlung einer andern Bank anzuzeigen, hat es bei diesem einzigen Akkreditivverhältnis sein Bewenden.

Hier hat nun aber die Beklagte mit Schreiben vom 30. September 1950 die Klägerin um Bestätigung des Akkreditivs ersucht, und demzufolge hat die Klägerin mit Schreiben vom gleichen Tage der Minmetal zur Kenntnis gebracht, dass sie im Auftrag der Beklagten « wegen Cotramet Vaduz » einen bestätigten unwiderruflichen Kredit zu Gunsten der Minmetal eröffnet habe. Dies bildete die handelsübliche Form der Bestätigung des unwiderruflichen Akkreditivs, das die Beklagte zu Gunsten der Minmetal eröffnet hatte.

Damit war der in Art. 7 der Richtlinien geregelte Sachverhalt erfüllt, der « eine *eigene* rechtliche Verpflichtung der andern (d. h. der das von der ersten Bank eröffnete Akkreditiv bestätigenden zweiten) Bank gegenüber dem Begünstigten » entstehen lässt. Im Gegensatz zu dem oben erwähnten Fall, wo die vom Käufer beauftragte Bank allein ein Akkreditiv zu Gunsten des Verkäufers eröffnet, sind beim bestätigten unwiderruflichen Akkreditiv im Sinne der juristisch-technischen Definition der Akkreditivbestätigung gemäss Art. 7 der Richtlinien *zwei* Akkreditive vorhanden. Während, wie oben dargelegt, beim ersten Akkreditiv der Käufer Anweisender und die von ihm beauftragte Akkreditivbank Angewiesener ist, hat beim zweiten Akkreditiv die erste Bank die Stellung des Anweisenden und die zweite Bank diejenige des Angewiesenen. Begünstigter (Anweisungsempfänger) ist bei beiden Akkreditiven der Verkäufer.

Die gemäss Art. 7 der Richtlinien bestehende eigene rechtliche Verpflichtung der zweiten Bank gegenüber dem Begünstigten ist gleicher Art wie die von der ersten Bank eingegangene, die durch die zweite Bank dem Begünstigten angezeigt und bestätigt wird. Sowohl bei der Verpflichtung der zweiten Bank (hier der Klägerin) als auch bei derjenigen der ersten Bank (hier der Beklagten), die nach Art. 5 der Richtlinien ohne Zustimmung aller Beteiligten weder abgeändert noch aufgehoben werden kann, handelt es sich um die durch die Annahme entstehende Verpflichtung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger, also um eine Verpflichtung, der gegenüber Einreden nur in dem gemäss Art. 468 Abs. 1 OR beschränkten Ausmass statthaft sind.

Die beim bestätigten unwiderruflichen Akkreditiv vorhandenen zwei Akkreditive sind ein- und demselben Zweck zu dienen bestimmt, nämlich der Befriedigung des Verkäufers, d. h. des Anweisungsempfängers und Begünstigten. Dieser soll nicht nur den Käufer (aus Kaufvertrag) und dessen ihm oft gar nicht bekannte Bank (aus dem

ersten Akkreditiv) als Schuldner haben, sondern auch noch eine ihm genehme, häufig sogar in seinem Lande ansässige und darum leicht belangbare Bank als zweiten, selbständig verpflichteten Akkreditivschuldner. In dieser doppelten Sicherung des Verkäufers besteht ja gerade, vor allem im internationalen Handel, der Sinn und Zweck des Instituts des bestätigten Akkreditivs.

Ob man das Verhältnis der dem Akkreditierten (d. h. dem Verkäufer als Anweisungsempfänger und Begünstigtem) zustehenden zwei Forderungen rechtlich als Fall der Anspruchskonkurrenz ansehen will oder als Solidarschuld (sei es von Anfang an, sei es infolge Schuldbeitritts durch die Bestätigung), ist hier unerheblich. Sicher ist auf jeden Fall, dass zwar jede der beiden Banken dem Akkreditierten zur Zahlung gegen Übergabe der Dokumente verpflichtet ist, dass aber andererseits der Anweisungsempfänger, d. h. der Verkäufer, nur einmal die Leistung erhalten soll. Ebenso braucht für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht erörtert zu werden, ob man die Verpflichtung der bestätigenden Bank als primär, diejenige der ersten Bank nur als subsidiär zu betrachten hat (so GAFNER S. 74, S. 17). Es genügt die Feststellung, dass der Ausdruck « Bestätigung », der früher im Akkreditivgeschäft und in der juristischen Literatur mit sehr verschiedener Bedeutung gebraucht wurde (vgl. z. B. DÜRINGER-HACHENBURG Band 4, Anhang V zu §§ 363/65 HGB, Anm. 31 ff.), mit den Richtlinien von 1933 die oben dargelegte, ganz bestimmte juristisch-technische Bedeutung erhielt.

4. — Im vorliegenden Fall ist nun aber nicht das Verhältnis der beiden Akkreditivbanken gegenüber dem Akkreditierten streitig, sondern das *interne* Verhältnis zwischen den beiden Banken, d. h. das Deckungsverhältnis. Bei diesem Verhältnis hat man es mit einem Auftrag zu tun, wobei die erste Bank (die Beklagte) die Auftraggeberin und die zweite Bank (die Klägerin) die zur Akkreditivbestätigung Beauftragte war. Dieses Verhältnis ist grundsätzlich von gleicher Art wie das interne Verhältnis zwi-

schen der Käuferin (Litisdenuntiatin) und der Beklagten, das zur Entstehung gelangte mit dem Auftrag der ersteren an die letztere zur Zahlung eines der Kaufsumme entsprechenden Betrages vermitteltst Dokumentenakkreditivs.

Zu entscheiden ist, ob und in welchem Zeitpunkt die Klägerin von der Beklagten Ersatz verlangen kann für das, was sie in Erfüllung des Auftrages zur Akkreditivbestätigung aufzuwenden hatte, ferner ob und wann sie von der beklagten Auftraggeberin ein Entgelt für die Besorgung des Akkreditivgeschäftes fordern kann.

Dies ist ein Sachverhalt, wie er in Art. 402 Abs. 1 OR unter dem Marginale « Verpflichtungen des Auftraggebers » geregelt ist. Nach dieser Bestimmung ist der Auftraggeber schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. Damit verpflichtet das OR den Auftraggeber zum Verwendungsersatz.

Verwendung im Sinne dieser Bestimmung ist jede durch die richtige Ausführung des Auftrages begründete Aufwendung, bestehe sie nun in der Ausgabe von Geld, in der Übernahme von Verpflichtungen oder in irgend welcher andersgearteten Verminderung des Vermögens des Beauftragten. Die Art des Verwendungsersatzes ist je nach der Art der gemachten Aufwendung verschieden. Aufwendungen im engeren Sinne sind in Geld zu vergüten; von eingegangenen Verpflichtungen dagegen hat der Auftraggeber den Beauftragten zu befreien, d. h. es steht diesem der sog. Liberationsregress gegen jenen zu. Dabei nimmt das Gesetz als selbstverständlich an, — weil dies dem Sinn und Zweck der Vorschrift am besten entspricht —, dass der Beauftragte Befreiung verlangen kann, sobald seine Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten entstanden ist (vergl. OSER-SCHÖNENBERGER Art. 402 N. 2-9).

Art. 402 Abs. 1 OR ist in allen erwähnten Punkten nachgiebiges Recht. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb gerade diese Bestimmung zwingend und eine abweichende Regelung den Parteien verwehrt sein sollte.

So können die Parteien insbesondere auch die Fälligkeit der verschiedenen Ansprüche auf Verwendungersatz besonders umschreiben, gegenüber der gesetzlichen Regelung vorverlegen oder hinauschieben (z. B. Vorausdeckung, sog. « Anschaffung » vorsehen). Solche abweichende Abrede kann ausdrücklich getroffen werden oder sie kann stillschweigend erfolgen, d. h. nach den Umständen von beiden Teilen als selbstverständlich gewollt gelten, z. B. weil dies sich aus dem Zweck eines bestimmten Geschäftes oder aus der damit verbundenen Übung ergibt.

Beim Akkreditivgeschäft ist es — zumal unter Handelsbanken, wie sie hier in Frage stehen — begriffsmässig und erfahrungsgemäss stets Inhalt und Sinn des Dokumentenakkreditivs, dass die Akkreditivbank, welche die akkreditivgemässen Dokumente hereinnimmt, damit ohne weiteres und sofort das Recht erlangt, ihrerseits vom Auftraggeber die « Aufnahme » dieser Dokumente, wie die Geschäftssprache sagt, d. h. die Abnahme gegen Zahlung (oder gegen gleichwertige vereinbarte Gutschrift usw.) zu verlangen und das vereinbarte oder übliche Entgelt für die Besorgung des Akkreditivgeschäftes zu fordern. Das wird in Art. 10 Abs. 2 der Richtlinien klar gesagt. Genau so wie der Akkreditierte gegen Vorlage der vorgeschriebenen Dokumente vom Angewiesenen sofortige Zahlung (oder Gutschrift oder allenfalls Verwendung zur Verrechnung und dergleichen) verlangen kann, hat gemäss bekannter und unter Geschäftsleuten selbstverständlicher Regel der Auftraggeber die von ihm beauftragte Akkreditivbank augenblicklich bei Vorlegung der Dokumente für die Akkreditivsumme und für das Entgelt (hier die Auszahlungskommission) zu befriedigen. « Zahlung gegen Dokumente » ist der Grundsatz, auf dem das ganze Dokumentenakkreditivgeschäft beruht.

Es steht nun fest und wird auch von der Beklagten anerkannt, dass die Klägerin am 6. Januar 1951 vormittags die im Akkreditiv vorgeschriebenen Dokumente vorgelegt hat, mit Ausnahme des Qualitätszertifikats, das die Beklagte unbestritten von Dr. Meyer, dem Vertreter der

Litisdenuciatin, direkt erhielt. Wenn diese unter Berufung auf diesen letzteren Umstand die Vollständigkeit der Dokumente bestreitet, so verstösst das offensichtlich gegen Treu und Glauben und ist daher nicht zu berücksichtigen. Damit war am 6. Januar 1951 vormittags, noch vor dem Vollzug des Arrestes bei der Beklagten, der Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten auf Verwendungersatz gemäss Auftragsrecht im eingeklagten, d. h. in dem heute allein noch streitigen Betrage entstanden und fällig. Damit ist das Schicksal des Prozesses besiegelt.

5. — Die Beklagte und die Litisdenuciatin machen demgegenüber geltend, der Anspruch der Klägerin auf Verwendungersatz sei erst entstanden mit der tatsächlichen Zahlung der Akkreditivsumme an die akkreditierte Minmetal, und die Gutheissung der Klageforderung setze den von der Klägerin zu erbringenden Nachweis tatsächlicher Zahlung voraus oder zum mindesten eine entsprechende Erklärung der Klägerin, die im vorliegenden Fall fehle.

Diese Auffassung trifft nicht zu. Sie ist unvereinbar mit dem Zweck und der Funktion des Dokumentenakkreditivs und mit dem normalerweise damit einhergehenden Auftragsverhältnis zwischen dem Anweisenden (zugleich Auftraggeber) und dem Angewiesenen (zugleich Beauftragtem im Deckungsverhältnis), d. h. beim bestätigten unwiderruflichen Akkreditiv mit dem Verhältnis zwischen der ersten und der zweiten (bestätigenden) Bank. Denn auch in diesem internen Verhältnis ist das Versprechen enthalten, *Zug um Zug* zu zahlen, d. h. gegen Übergabe der Dokumente, welche das Verfügungsrecht über die Ware verschaffen.

Das ergibt sich übrigens auch aus der bereits erwähnten Bestimmung von Art. 10 Abs. 2 der Richtlinien sowie aus der in Art. 402 Abs. 1 OR getroffenen Ordnung des Verwendungersatzes, falls die Verwendung des Beauftragten in der Eingehung einer Verpflichtung gegenüber einem Dritten besteht. Die Verpflichtung der Akkreditivbank, und zwar auch diejenige der das Akkreditiv bestätigenden

zweiten Bank, hier also der Klägerin, ist zunächst gegenüber dem Akkreditierten bedingt. Die Bedingung, von der die Erfüllung des Zahlungsverprechens der bestätigenden Bank abhängig gemacht ist, besteht in der ordnungsgemässen Vorlegung der im Akkreditiv aufgezählten Dokumente. Diese Bedingung wurde von der akkreditierten Minmetal erfüllt, wie nicht bestritten ist; der Beweis liegt ja darin, dass die Klägerin diese Dokumente hereinnahm und sie am 6. Januar 1951 an die Beklagte weitergab. Mit der Entgegennahme der von der Minmetal vorgelegten akkreditivgemässen Dokumente wurde die Zahlungspflicht der Klägerin jener gegenüber zur unbedingten. Damit war die Verwendung der Klägerin im Sinne des Auftragsrechts eingetreten, ihr Vermögen mit einer entsprechenden Schuld belastet, und zwar mit einer grundsätzlich sofort fälligen und unbedingten Schuld. Der Klägerin stand also grundsätzlich der Liberationsregress zu, und kraft diesem hat sie einen Befreiungsanspruch. Beim Akkreditivgeschäft besteht die Besonderheit dieses nach früher Gesagtem im allgemeinen sofort fälligen Befreiungs- und Deckungsanspruches einzig darin, dass er erst fällig wird und geltend gemacht werden kann mit der Vorlegung der Dokumente durch den Beauftragten an den Auftraggeber; denn es ist der Sinn des Dokumentenakkreditivs, dass der Beauftragte dem Auftraggeber gegen Zahlung der Verwendungen die Verfügung über die Ware zu verschaffen hat, was eben durch Übergabe der Dokumente geschieht. Diese Voraussetzung hat die Klägerin aber am Vormittag des 6. Januar 1951 gegenüber der Beklagten erfüllt.

Aus diesem Grunde ist es daher unhaltbar, ja widersinnig, die Fälligkeit oder gar die Entstehung des Anspruches auf Verwendungersatz vom Nachweis tatsächlicher Zahlung der Klägerin an die Minmetal abhängig machen zu wollen. Denn normalerweise erhält die bestätigende (zweite) Bank die Dokumente nur gegen Zahlung oder gegen eine diese ersetzende, zwischen ihr und dem Akkreditierten besonders vereinbarte andere Verwendung des bei ihr mit der Hereinnahme der Dokumente entstandenen unbeding-

ten Guthabens des Akkreditierten. Ob die zweite Bank daher dieses Guthaben mit einer Schuld des Akkreditierten verrechnet oder es anderswie in dessen Interesse verwendet (z. B. zur Zahlung eines Unterakkreditivs), ist eine interne Angelegenheit zwischen zweiter Bank und Akkreditiertem. Das berührt in keiner Weise das Deckungsverhältnis zwischen erster und zweiter Bank und damit auch nicht den Anspruch der zweiten Bank gegenüber der ersten Bank auf Verwendungersatz; dieser ist eigenen Regeln unterworfen, nämlich den Regeln des Auftragsrechts gemäss Gesetz, mit den Besonderheiten, die sich nach Handelsübung aus der Besorgung eines Akkreditivgeschäfts zwischen Auftraggeber und Beauftragtem ergeben. Dasselbe gilt für das Auftragsverhältnis zwischen der Käuferin (Litisdenuntiatin) und ihrer Bank, also der Beklagten. In allen diesen Fällen ist der rechtmässige Besitz der Dokumente eben gleichbedeutend mit geleisteter Zahlung der Akkreditivsumme.

Es ergibt sich somit schon aus rechtlichen Gründen, dass der Anspruch auf Verwendungersatz mit der Vorlage der Dokumente fällig ist. Das muss aber auch aus praktischen Gründen so sein: Würde man von der zweiten Bank den ihr von der Beklagten zugemuteten Nachweis tatsächlicher Zahlung (an den Anweisungsempfänger oder, was häufiger vorkommt, an dessen Unterakkreditierten, d. h. an dessen eigenen Lieferanten) verlangen, so würden damit die geschäftlichen Beziehungen des Verkäufers abgedeckt, was unerträglich wäre und praktisch eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Akkreditivgeschäfts zur Folge hätte.

6. — Der von der Käuferin (Litisdenuntiatin) erwirkte und am 6. Januar 1951 vollzogene Arrest hat für die vorliegende Klageforderung keine Bedeutung. Verarrestiert wurden bei der Beklagten Guthaben der Minmetal ihr gegenüber. Diese könnten höchstens auf einer Forderung der Minmetal aus dem von der Beklagten selber zu Gunsten der Minmetal eröffneten Akkreditiv beruhen. Ob eine solche Forderung im Zeitpunkt der Arrestlegung noch

bestand oder nicht, hat das Bundesgericht heute nicht zu entscheiden. Denn diese Forderung (aus Anweisungsrecht) ist etwas anderes als die heute eingeklagte Forderung (aus Auftragsrecht, nämlich auf Verwendungsersatz), deren Gläubigerin die Klägerin ist. Diese letztere Forderung war nicht verarrestiert und konnte, weil sie der Klägerin zustand, von der Käuferin (Litisdenuntiatin) gar nicht mit Beschlagnahme belegt werden für eine angebliche Schadensersatzforderung gegenüber der Minmetal aus einem andern Geschäft.

Die eingeklagte Forderung (aus Auftragsrecht, nämlich auf Verwendungsersatz) hat rechtlich auch nichts zu tun mit der Forderung, die der Minmetal gegenüber der Klägerin aus dem bestätigten Akkreditiv zustand. Ob diese letztere Forderung im Zeitpunkt der Arrestlegung noch bestand oder nicht, hat das Bundesgericht heute ebenfalls nicht zu entscheiden. Was die Klägerin heute gegenüber der Beklagten geltend macht, ist eine eigene Forderung, gerichtet auf Verwendungsersatz und gestützt auf Auftragsrecht. Es liegt nach dem früher Gesagten auf der Hand dass — entgegen der Auffassung der Litisdenuntiatin — die Klägerin nicht eine Forderung der Minmetal geltend macht und daher nicht etwa als Vertreterin der Minmetal klagt.

Alle Folgerungen, welche die Beklagte und die Litisdenuntiatin — unmittelbar oder mittelbar — aus dem Arrest ableiten wollen, entbehren somit der Begründung.

7. — Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, dass die von der Beklagten und der Litisdenuntiatin in ihren Berufungen vorgebrachten Gesichtspunkte unzutreffend sind. Das hat die Abweisung beider Berufungen zur Folge.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Beide Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 31. Mai 1951 wird bestätigt.

9. Arrêt de la 1^{re} Cour civile du 22 janvier 1952 dans la cause Lévy contre Satim S.A.

Art. 164, 492 sv. CO. La créance dérivant du cautionnement ne peut être cédée séparément de la créance principale.

Art. 164, 492 ff. OR. Die Forderung aus dem Bürgschaftsverhältnis kann nicht losgelöst von der verbürgten Hauptschuld abgetreten werden.

Art. 164, 492 e seg. CO. Il credito derivante dalla fideiussione non può essere ceduto separatamente dal credito principale.

A. — En vertu d'une convention du 14 octobre 1935, Marcel Lévy s'est reconnu débiteur envers le Crédit Lyonnais S. A., agence de Genève, d'une somme de 105 000 fr., payable en quinze annuités à partir du 1^{er} janvier 1936. Il s'agissait d'une dette à l'origine plus élevée mais qui était ramenée à ce montant par la convention. Selon un acte de cautionnement du 15 février 1932, le frère du débiteur, Roger Lévy, répondait de cette dette en qualité de caution solidaire jusqu'à concurrence de 25 000 fr. Roger Lévy est intervenu à la convention du 14 octobre 1935 entre le Crédit Lyonnais et Marcel Lévy pour confirmer son engagement de caution. De plus, sa mère et lui ont constitué, en garantie du cautionnement et d'une autre tranche de 25 000 fr. de la dette de Marcel Lévy, une hypothèque en 3^e rang grevant des immeubles que les constituants possédaient à Morges.

En 1937, Roger Lévy est tombé en faillite. Le Crédit Lyonnais produisit sa créance dérivant du cautionnement et fit valoir son gage. Les immeubles furent réalisés, mais une somme de 1050 fr. seulement sur le produit de la réalisation échet à l'hypothèque en troisième rang, de sorte que la banque créancière se vit délivrer un acte de défaut de biens de 48 950 fr. contre Roger Lévy.

Le 25 novembre 1948, le Crédit Lyonnais céda cet acte de défaut de biens à Transéa S. A. Cette société, à son tour, céda l'acte à Cominter S. A. le 3 décembre 1948.

Selon jugement du 21 décembre 1948 passé en force de chose jugée, la Chambre d'appel des Prud'hommes de