

BGE 118 IB 100 vom 17. Januar 1992

Bundesgericht (BGE), 1992-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_118 IB 100](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_118_IB_100)

FR: BGE 118 IB 100 du 17 janvier 1992

IT: BGE 118 IB 100 del 17 gennaio 1992

Regeste

Regeste Art. 1-5 und 11-13 des Bundesgesetzes vom 26. September 1958 über die Exportrisikogarantie (ERGG; SR 946.11) sowie Art. 3 der Verordnung vom 15. Januar 1969 über die Exportrisikogarantie (ERGV; SR 946.111); Voraussetzungen einer Entschädigung aus der Exportrisikogarantie. 1. Gegen einen Entscheid, mit dem die Auszahlung aus einer gewährten Exportrisikogarantie verweigert wird, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (E. 1). 2. Voraussetzungen einer Entschädigung aus der Exportrisikogarantie; eine solche kommt namentlich erst dann in Frage, wenn der Bestand der gewährleisteten Forderung verbindlich feststeht (E. 2 und 3). 3. Wird vom ausländischen Vertragspartner ein sogenannter "performance bond", das heisst eine vom schweizerischen Exporteur in Form einer abstrakten Bankgarantie gestellte Erfüllungsgarantie, eingelöst, kommt eine Entschädigung aus der Exportrisikogarantie grundsätzlich erst dann in Frage, wenn verbindlich feststeht, dass der Abruf ungerechtfertigt war. Der "performance bond" wird ausserdem nicht von der Exportrisikogarantie für das Grundgeschäft gedeckt, sondern muss zusätzlich der Exportrisikogarantie unterstellt worden sein (E. 4, 5 und 8).

Erwägungen

E. 1

Die vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde richtet sich gegen einen Entscheid des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements und ist nach Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 lit. b OG zulässig, sofern dieses Rechtsmittel nicht durch eine der Ausnahmeregelungen der Art. 99 ff. OG ausgeschlossen ist. Nach Art. 102 lit. a OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig, wenn die verwaltungsrechtliche Klage offensteht. Diese ist nach Art. 116 lit. b OG gegeben in Streitigkeiten über Leistungen aus öffentlichrechtlichen Verträgen des Bundes, ist aber ihrerseits ausgeschlossen, sofern die Erledigung des Streites einer Behörde im Sinne von Art. 98 lit. b-h OG zusteht (Art. 117 lit. c OG). Dies trifft hier zu, weil nach Art. 22 Abs. 4 der Verordnung über die Exportrisikogarantie vom 15. Januar 1969 (ERGV; SR 946.111) die Kommission für die Exportrisikogarantie und nach Art. 24 Abs. 2 ERGV auf Beschwerde hin das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement entschieden haben (Art. 98 lit. b OG). Art. 102 lit. a OG steht damit der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht entgegen. Dasselbe gilt für Art. 99 lit. h OG . Wohl räumt das Bundesrecht im Sinne dieser Ausschlussbestimmung in Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Exportrisikogarantie vom 26. September 1958 (ERGG; SR 946.11) keinen Anspruch auf Gewährung einer Garantie ein; ist wie hier eine solche aber erteilt, so besteht nach Art. 11 ERGG Anspruch auf Entschädigung. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit zulässig (nicht publizierte E. 1a des in BGE 116 Ib 65 veröffentlichten Urteils vom 26. Januar 1990 in

Sachen X. AG).

E. 2

Nach Art. 1 Abs. 1 ERGG kann der Bund die Übernahme von Exportaufträgen, bei denen der Zahlungseingang mit besonderen Risiken verbunden ist, durch Gewährung einer Garantie erleichtern. Im vorliegenden Fall wurden der Beschwerdeführerin in zwei getrennten Verfügungen je eine Exportrisikogarantie für das BGE 118 Ib 100 S. 105 Grundgeschäft sowie für den "performance bond", mit welchem sie ihrer Pflicht zur Stellung einer Erfüllungs- und Gewährleistungsgarantie gegenüber der Bauherrin nachgekommen war, erteilt. Umstritten ist die Tragweite der zweiten, spezielleren Verfügung. Die Exportrisikogarantie besteht darin, dass für bestimmte Exportgeschäfte gegen Leistung besonderer Gebühren (vgl. Art. 7 ERGG) die teilweise Deckung eines allfälligen Verlustes oder Rückstandes im Zahlungseingang zugesichert wird (Art. 3 ERGG). Aus dem Gesetzestext ergibt sich, dass die Exportrisikogarantie typischerweise das Risiko erfasst, das mit Zahlungen verbunden ist, die dem schweizerischen Exporteur von seinem ausländischen Vertragspartner zustehen. Im vorliegenden Fall fragt sich, wieweit sie auch dann gilt, wenn der Exporteur selbst eine Geldleistung erbringen muss, weil eine von ihm gestellte Bankgarantie gegen seinen Willen abgerufen wird. Um dies beantworten zu können, muss vorweg geklärt werden, von welchen Voraussetzungen eine Entschädigung aus der Exportrisikogarantie im typischen Fall abhängt (vgl. E. 3). Danach ist zu untersuchen, wie diese Voraussetzungen angesichts der besonderen Rechtsnatur des in Frage stehenden "performance bond" und der damit verbundenen Probleme im Falle der Einlösung einer solchen Bankgarantie zu handhaben sind (vgl. E. 4 und 5).

E. 3

a) Nach Art. 11 ERGG setzt eine Leistung aus der Exportrisikogarantie voraus, dass die Forderung des schweizerischen Exporteurs gegenüber seinem ausländischen Vertragspartner notleidend und ein Schaden angemeldet wird. Forderungen gelten als notleidend, wenn sie nicht vereinbarungsgemäss, das heisst bei Fälligkeit, erfüllt werden. Aus wirtschaftlicher Sicht kann ein Zahlungsausstand nur schon dadurch einen Schaden bewirken, dass der Berechtigte während einer gewissen Zeit nicht über Geld verfügt, auf das er einen Anspruch hat. Aus diesem Grund deckt die Exportrisikogarantie nicht nur den in der Garantieverfügung festgelegten Anteil am nachgewiesenen Verlust, sondern auch am Zahlungsrückstand; Art. 3 und 11 ERGG halten dies ausdrücklich fest. Dem entspricht auch die Regelung in Art. 12 ERGG, wonach dem Garantiennehmer die Pflicht zur nachträglichen Eintreibung seiner Forderung sowie zur anteilmässigen Rückleistung allfälliger Zahlungseingänge oder Erlöse an den Bund obliegt. Auch wenn die Exportrisikogarantie somit grundsätzlich bereits bei einem Zahlungsrückstand beansprucht werden kann, gilt dies jedoch nicht uneingeschränkt. Insbesondere fragt sich, wieweit bereits ein Zahlungsrückstand für eine Entschädigung genügen soll, BGE 118 Ib 100 S. 106 wenn der Bestand der Forderung zwischen schweizerischem Exporteur und ausländischem Schuldner materiell strittig ist. Um dies beurteilen zu können, ist zu untersuchen, was für Risiken von der Exportrisikogarantie erfasst werden. b) Die Exportrisikogarantie deckt nur diejenigen Gefährdungen des Zahlungseingangs, die sich aus längeren Fabrikations-, Zahlungs- oder Transferfristen in Verbindung mit politisch und wirtschaftlich unsicheren Verhältnissen ergeben (Art. 2 ERGG). Darunter fällt zunächst das eigentliche Delkredererisiko, das heisst die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsverweigerung von bestellenden Staaten, Gemeinden und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften

beziehungsweise Betrieben des privaten Rechts, die ganz oder überwiegend öffentlichrechtlichen Körperschaften gehören oder öffentliche Aufgaben erfüllen. Gedeckt ist aber auch das sogenannte politische Risiko. Dazu gehören ausserordentliche staatliche Massnahmen wie Moratorien oder politische Ereignisse im Ausland wie Krieg, Revolution, Annexion und bürgerliche Unruhen, welche dem ausländischen privaten Schuldner die Vertragserfüllung verunmöglichen (Art. 4 ERGG und Art. 3 ERGV ; vgl. BBl 1958 I 963 f. sowie ALAIN LÉVY, La garantie de l'Etat contre les risques à l'exportation, Genève 1977, S. 75 ff.). Ein politisches Risiko kann ebenfalls vorliegen, wenn die Durchsetzung einer Forderung auf dem Rechtsweg unmöglich ist, weil keine adäquaten Rechtsmittel zur Verfügung stehen beziehungsweise weil keine zuverlässige Streiterledigung gewährleistet ist (vgl. dazu EMILIO ALBISETTI u.a. (Hrsg.), Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4. Aufl., Thun 1987, S. 58 f.). Von der Deckung durch die Exportrisikogarantie ausgeschlossen sind indes solche Verluste, die der Exporteur wegen vertragswidrigen Verhaltens selbst zu vertreten hat (Art. 5 lit. a ERGG). Eine Entschädigung kommt daher grundsätzlich nur in Frage, wenn Bestand und Umfang der Forderung des schweizerischen Exporteurs verbindlich feststehen, sei es weil diese vom Schuldner anerkannt wird, sei es weil darüber gerichtlich befunden wurde. Wird die Forderung des Exporteurs mit grundsätzlich tauglichen rechtlichen Einwänden bestritten und ist der Rechtsweg möglich und zumutbar, so ist der Bestand der Forderung verbindlich abzuklären, bevor auf die Exportrisikogarantie gegriffen werden kann. Ein Schadenfall könnte immer noch namentlich dann eintreten, wenn ein dem Exporteur günstiges Gerichtsurteil nicht befolgt würde oder das Urteil selbst klarerweise politisch motiviert wäre. Gedeckt wären dabei nebst dem BGE 118 Ib 100 S. 107 Verlust der eigentlichen Garantiesumme auch ein allfälliger Verspätungsschaden sowie andere Kosten, die zum Zwecke der Schadensminderung angefallen sind. Eine andere Schlussfolgerung ergibt sich auch nicht aus Art. 13 ERGG , wie die Beschwerdeführerin zu meinen scheint. Die Bestimmung sieht zwar vor, dass unberechtigterweise ausgezahlte Entschädigungen aus der Exportrisikogarantie zurückzuzahlen sind; das Gesetz geht somit von der Möglichkeit unberechtigter Auszahlungen aus. Die Rückleistungspflicht kann jedoch nicht von einer Abklärung der materiellen Rechtslage vor Geltendmachung der Exportrisikogarantie dispensieren, sondern ist vielmehr zugeschnitten auf den Fall, in dem im Zeitpunkt der Auszahlung nicht ersichtlich ist, dass die Voraussetzungen für die Ausrichtung der Garantiesumme nicht vorliegen. c) Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich gerade in der Nichtanerkennung der Forderung ein von der Exportrisikogarantie gedecktes Risiko verwirklicht. Das kann sich insbesondere bei politischen Umwälzungen ergeben, die dazu führen, dass Aktiven von Ausländern (das heisst diesfalls Schweizern) nationalisiert oder ihre Forderungen auf staatliches Geheiss hin nicht mehr anerkannt werden (vgl. Art. 4 lit. d ERGG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. d ERGV ; sowie LÉVY, a.a.O., S. 77 f.). In diesen Fällen wird allerdings nicht etwa die erbrachte Gegenleistung als solche mit (an sich tauglichen) rechtlichen Argumenten bestritten, sondern es sind politische Zusammenhänge, die zur Nichtanerkennung der Forderung beziehungsweise Nichteinbringbarkeit der Zahlung führen.

E. 4

a) Ausgehend von dieser grundsätzlich geltenden Rechtslage fragt sich, wie es sich verhält, wenn eine vom schweizerischen Exporteur gestellte Bankgarantie von dessen ausländischem Vertragspartner eingelöst wird. Der im vorliegenden Fall massgebliche "performance bond" war abstrakt ausgestaltet und konnte durch die begünstigte Bauherrin

gegenüber der algerischen Bank und durch diese gegenüber der schweizerischen Bank einseitig abgerufen werden. Bei Einlösung der Garantie galt somit ein Einwendungs- und Einredenausschluss (JÜRGEN DOHM, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, S. 106 ff., N. 212 ff.). Mit privatrechtlichen Mitteln hätte sich die Beanspruchung der Erfüllungsgarantie nur verhindern lassen, wenn sie rechtsmissbräuchlich oder gar betrügerisch gewesen wäre (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB). Diesfalls hätte das Zahlungsverlangen der begünstigten Bank trotz der Abstraktheit der Garantie keinen Schutz gefunden (DOHM, a.a.O., S. 111, N. 225; BGE 118 Ib 100 S. 108 HERBERT SCHÖNLE, Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, in: SJZ 79/1983, S. 59). Der Beschwerdeführerin gelang es indessen nicht, im Verfahren vor den Zivilgerichten, mit dem sie versuchte, die Auszahlung aus der Erfüllungsgarantie zu verhindern, einen Rechtsmissbrauch nachzuweisen. Die Bauherrin vermochte somit gegen den Willen der Beschwerdeführerin Leistung zu bewirken, ohne dass über die Rechtmässigkeit des Abrufs des "performance bond" endgültig entschieden ist. Dadurch kehrten sich die Parteirollen; die Bauherrin muss die Garantie nicht mehr einfordern, sondern es obliegt der Beschwerdeführerin, die adäquaten Rechtsmittel zur Erlangung der Rückzahlung zu ergreifen, wenn sie unberechtigte Inanspruchnahme geltend machen will. Die Beschwerdeführerin befindet sich daher in einer vergleichbaren Lage, wie wenn sie eine bestrittene Geldforderung aus Vertrag durchzusetzen beabsichtigt; sie unterliegt namentlich denselben Risiken. Für die Frage, ob ein Schadenfall gemäss dem Exportrisikogarantiesgesetz eingetreten ist, kann daher auf die entsprechenden Gesichtspunkte abgestellt werden (vgl. E. 3). b) Der schweizerische Exporteur, der seinem ausländischen Vertragspartner eine abstrakte und einseitig abrufbare Erfüllungsgarantie stellt, nimmt ein besonderes vertragliches Risiko auf sich. Er nimmt bewusst in Kauf, dass die entsprechende Summe unter Umständen ungerechtfertigterweise abgerufen wird und er, um wieder über das Geld verfügen zu können, rechtliche Mittel ergreifen muss. Darin liegt das von ihm selbst zu tragende Risiko der abstrakten Ausgestaltung der Gewährleistungsgarantie. Es handelt sich grundsätzlich nicht um ein Risiko, das von der Exportrisikogarantie gedeckt ist. Daran ändert auch die zusätzliche Bedingung nichts, dass die Rechtsmittel gegen rechtsmissbräuchliche Beanspruchung der Erfüllungsgarantie ergriffen werden müssen. Dieser Vorbehalt steht im Zusammenhang mit der Pflicht des Garantienehmers, alle Vorkehren zu ergreifen, um einen Schaden zu verhindern oder zu mindern. Ob ein Schaden überhaupt entstanden ist, hängt allein davon ab, ob die Erfüllungsgarantie zu Unrecht in Anspruch genommen wurde oder nicht. Es stellt sich also die Frage, ob eine Rückforderung überhaupt besteht. Damit hängt eine Entschädigung gleichermassen wie im typischen Fall einer Exportrisikogarantie von der Abklärung des Forderungsbestandes ab. ... Die Frage einer Entschädigung aus der Exportrisikogarantie stellt sich somit erst dann, wenn die Rechtmässigkeit der Einlösung des "performance bond" definitiv geklärt ist. Der Exporteur hat den BGE 118 Ib 100 S. 109 Rechtsweg zur Rückerlangung der Garantiesumme zu beschreiten und dabei abklären zu lassen, ob die Einlösung ungerechtfertigt war oder nicht. Ein von der Exportrisikogarantie erfasster Schaden liegt nur vor, wenn sich ergibt, dass der Abruf der Erfüllungsgarantie unberechtigt war und die entsprechende Summe entgegen einem entsprechenden Urteil nicht zurückbezahlt wird oder uneinbringbar ist. Eine Ausnahme kann nur gelten, wenn von vorneherein keine zuverlässige Streiterledigung gewährleistet ist.

E. 5

a) Die Vorinstanzen gehen davon aus, dass eine Entschädigung aus der Exportrisikogarantie auch bereits vor definitiver Abklärung der Rechtsverhältnisse in Frage kommt. In Anlehnung an die privatrechtliche Lage schliessen sie, dies sei dann der Fall, wenn der "performance bond" in rechtsmissbräuchlicher Weise eingelöst worden sei. Sie berufen sich dazu auch auf die in der massgeblichen Verfügung angebrachte zusätzliche Bedingung, woraus sie dasselbe Ergebnis (e contrario) herauslesen wollen. Die Vorinstanzen nehmen darüber hinaus sogar an, dass die Exportrisikogarantie für den "performance bond" ausschliesslich für dessen rechtsmissbräuchliche Einlösung gelte. In einem späteren Zeitpunkt würde und müsse sich eine Entschädigung allenfalls auf die Exportrisikogarantie für das Grundgeschäft stützen. b) Es erscheint, wie die Beschwerdeführerin mit Recht vorbringt, als sehr zweifelhaft, ob es sich überhaupt rechtfertigt, zusätzlich zum Grundgeschäft eine Exportrisikogarantie für den "performance bond" abzuschliessen, wenn diese nur die rechtsmissbräuchliche Abrufung deckt und wenn gleichzeitig die Ergreifung der entsprechenden zivilprozessualen Rechtsmittel als Entschädigungsvoraussetzung verlangt wird. Da sich diesfalls ja die Einlösung des "performance bond" verhindern lässt, bleibt für einen Schadenfall nur noch soweit Raum, als der zivilprozessuale Rechtsweg ausserordentlicherweise versagt. Die Argumentation der Vorinstanzen überzeugt nicht. Sie stellen sich damit im übrigen auch in Widerspruch zur Haltung der Kommission in einem andern Fall, der dem Bundesgericht kürzlich vorgelegen ist, wobei diese Frage allerdings noch nicht zu entscheiden war, da die Angelegenheit unter anderem in diesem Punkt zu neuem Entscheid an das Departement zurückgewiesen wurde. Die Kommission hatte sich in diesem Fall gerade darauf berufen, dass eine Entschädigung für den Verlust des "performance bond" aus dem Grund entfalle, weil dieser nicht in die Exportrisikogarantie aufgenommen worden war. BGE 118 Ib 100 S. 110 c) Tatsächlich ist der Fall nicht ausgeschlossen, dass ein ausländischer Vertragspartner ungerechtfertigterweise nicht nur die vertraglich vereinbarte Zahlung als ganzes, sondern darüber hinaus auch die Rückleistung einer zu Unrecht eingelösten Erfüllungsgarantie verweigert; der Gesamtverlust wäre diesfalls um den Betrag des "performance bond" grösser als der Schaden aus dem Grundgeschäft. Das gesamte mit einem Exportgeschäft verbundene Verlustrisiko erfasst somit nicht nur den eigentlichen Lieferwert oder Vertragspreis als solchen, sondern zusätzlich auch die Summe aller einseitig abrufbaren Garantien, namentlich den Betrag aus einer Gewährleistungsgarantie. Aus diesem Grunde rechtfertigt es sich, den "performance bond" zusätzlich zum Grundgeschäft - gegen Leistung entsprechend höherer oder separater Gebühren - der Exportrisikogarantie zu unterstellen. Wird dies nicht getan, trägt der Exporteur das Risiko einer ungerechtfertigten Einlösung selber. Andererseits muss sich entgegen der Ansicht der Vorinstanzen eine Entschädigung für Verluste aus der Erfüllungsgarantie in jedem Fall auf eine zusätzliche Unterstellung unter die Exportrisikogarantie abstützen. Eine solche zusätzliche Garantie für einen "performance bond" erfasst, unabhängig vom Zeitpunkt ihres Eintritts, alle Schäden, die auf Gründe zurückzuführen sind, welche sich aus dem Exportrisikogarantiesgesetz ergeben. Die im vorliegenden Fall massgebliche Garantieverfügung hält dies in der bereits erwähnten Anmerkung auch ausdrücklich fest. Der Bestand der Forderung des schweizerischen Exporteurs muss allerdings endgültig feststehen, damit eine Entschädigung aus der Exportrisikogarantie zu leisten ist. Liess sich die Einlösung des "performance bond" mit zivilprozessualen Mitteln nicht verhindern, weil ein Rechtsmissbrauch beim Abruf nicht feststand, dieser demnach nicht klarerweise unrechtmässig war, ist eine Entschädigung bis zur definitiven Abklärung der Rechtslage ausgeschlossen. d) Im vorliegenden Fall ist der

Bauprozess, in dem unter anderem auch über die Rechtmässigkeit der Einlösung der Erfüllungsgarantie entschieden wird, vor dem zuständigen Gericht in Algerien noch hängig. Es wird weder behauptet noch ist belegt, dass eine zuverlässige Streiterledigung ausgeschlossen sei; im übrigen muss sich die Beschwerdeführerin jedenfalls heute auch ihr eigenes Einverständnis mit dem Rechtsweg in Algerien entgegenhalten lassen. Ausgehend von der gesetzlichen Ordnung kommt daher eine Entschädigung aus der Exportrisikogarantie im jetzigen Zeitpunkt nicht in Frage. BGE 118 Ib 100 S. 111

E. 8

... Der Beschwerdeführerin bleibt unbenommen, worauf die Vorinstanzen mit Recht hinweisen, erneut ein Gesuch um Entschädigung zu stellen, wenn über die Rechtmässigkeit der Einlösung des "performance bond" endgültig entschieden ist und sich dabei ein von der Exportrisikogarantie gedeckter Verlust ergeben sollte. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen müsste sich eine Entschädigung diesfalls allerdings auf die besondere Verfügung vom 13. Juni 1983 für den "performance bond" und nicht auf die Garantie vom 29. März 1983 für das Grundgeschäft abstützen (vgl. E. 5c); dies hätte dann auch zur Folge, dass der Verlust zu einem Satz von 75% - und nicht bloss 70% - gedeckt wäre.

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