

Urteilkopf

118 Ib 100

13. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 17. Januar 1992 i.S. Preiswerk & Cie AG gegen Kommission für die Exportrisikogarantie sowie Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (Verwaltungsgerichtsbeschwerde).

Regeste (de):

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).

Regeste (fr):

Art. 1-5 et 11-13 de la loi fédérale sur la garantie contre les risques à l'exportation du 26 septembre 1958 (LGRE; RS 946.11), ainsi que l'art. 3 de l'ordonnance du 15 janvier 1969 sur la garantie contre les risques à l'exportation (OGRE; RS 946.111); conditions d'un dédommagement résultant de la garantie contre les risques à l'exportation.

1. La voie du recours de droit administratif est ouverte pour attaquer une décision refusant le paiement d'une garantie contre les risques à l'exportation qui avait été accordée (consid. 1).
2. Conditions d'un dédommagement résultant de la garantie contre les risques à l'exportation; en fait, celui-ci n'entre en considération que si l'existence de la créance garantie est constatée de manière irréfutable (consid. 2 et 3).
3. Si une garantie appelée "performance bond", c'est-à-dire une garantie d'exécution donnée par l'exportateur suisse sous la forme d'une garantie bancaire abstraite, est encaissée par le cocontractant étranger, un dédommagement résultant de la garantie contre les risques à l'exportation n'est en principe pris en considération que s'il est clairement établi que le prélèvement n'était pas justifié. Le "performance bond" n'est en outre pas couvert par la garantie contre les risques à l'exportation pour le fondement de l'affaire, mais doit être tenu comme étant complémentaire à la garantie contre les risques à l'exportation (consid. 4, 5 et 8).

Regesto (it):

Art. 1-5 e 11-13 della legge federale del 26 settembre 1958 concernente la garanzia dei rischi delle esportazioni (LGRE; RS 946.11), come anche art. 3 dell'ordinanza del 15 gennaio 1969 sulla garanzia dei rischi delle esportazioni (OGRE; RS 946.111); presupposti per un indennizzo in base alla garanzia dei rischi delle esportazioni.

1. Il ricorso di diritto amministrativo è ammissibile contro una decisione con cui si rifiuta di

pagare una garanzia dei rischi delle esportazioni che è stata concessa (consid. 1).

2. Presupposti per un indennizzo in base alla garanzia dei rischi delle esportazioni; questo è dovuto soltanto se l'esistenza del credito garantito è accertata in modo vincolante (consid. 2 e 3).

3. Se un cosiddetto "performance bond", cioè una garanzia di esecuzione concessa dall'esportatore svizzero sotto la forma di una garanzia bancaria astratta, è soluto dal committente straniero, un indennizzo in base alla garanzia dei rischi delle esportazioni entra, per principio, in linea di conto solo se è stabilito in modo vincolante che il ritiro non si giustificava. Il "performance bond" non è coperto dalla garanzia dei rischi delle esportazioni per il rapporto giuridico di base, ma dev'essere considerato come complementare alla garanzia dei rischi delle esportazioni (consid. 4, 5 e 8).

Sachverhalt ab Seite 101

BGE 118 Ib 100 S. 101

Am 29. Dezember 1982 schloss die Preiswerk & Cie AG mit der Wilaya de Mostaganem, einer Verwaltungseinheit des algerischen Staates, einen Vertrag über die Erstellung von vier Schulhäusern ("collèges d'enseignement moyen") mit je 20 dazugehörigen Wohneinheiten ("logements"). Der Gesamtpreis setzte sich aus einem transferierbaren Teil von SFr. 30'088'224.-- sowie einem in Algerien zu belassenden Betrag in algerischen Dinaren (DA) von DA 7'285'975.-- zusammen. Die Preiswerk & Cie AG verpflichtete sich, eine Gewährleistungsgarantie ("garantie de bonne fin") über 10% des Preises zu stellen, welche die richtige Erfüllung des Vertrages garantieren und als Sicherheit für allfällige Forderungen der Bauherrin dienen sollte. Unabhängig von der Erfüllungsgarantie war ferner die Erhebung einer Vertragsstrafe (Pönale, "pénalité de retard") durch die

BGE 118 Ib 100 S. 102

Bauherrin zu Lasten der Preiswerk & Cie AG vorgesehen für den Fall verspäteter Vollendung der Bauten; diese Pönale war begrenzt auf einen Maximalbetrag von 5% des Vertragspreises. Den Exportkredit im Umfang von 85% der Preissumme in Schweizer Franken finanzierte ein Bankenkonsortium, das unter Federführung der Schweizerischen Bankgesellschaft am 28. Juni 1983 den Kreditvertrag mit dem Crédit Populaire d'Algérie abschloss. Die Stellung der Gewährleistungsgarantie erfolgte ebenfalls bei der Schweizerischen Bankgesellschaft, welche ihrerseits den von der Bauherrin bezeichneten Crédit Populaire d'Algérie mit der Ausstellung einer Erfüllungsgarantie gegenüber der Wilaya de Mostaganem beauftragte; die Schweizerische Bankgesellschaft stellte am 21. Juni 1983 zur Sicherung des Remboursanspruches der algerischen Bank eine Rückgarantie ("contre-garantie de bonne exécution") über SFr. 3'008'822.40 sowie eine solche über DA 728'597.50 aus. Diese Rückgarantien waren auf erste schriftliche Aufforderung hin unabhängig vom Grundverhältnis abrufbar. Auf Gesuch hin erteilte das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement der Preiswerk & Cie AG mit Verfügung vom 29. März 1983 eine Exportrisikogarantie für den Bauauftrag zu einem Garantiesatz von 70% beziehungsweise einer Garantiesumme von SFr. 28'234'966.--. Daneben gewährte das Departement mit separater Verfügung vom 13. Juni 1983 eine Exportrisikogarantie zu einem Satz von 75% für die darin als "performance bond" bezeichnete Erfüllungs- und Gewährleistungsgarantie; die entsprechende Garantiesumme betrug SFr. 2'507'281.--. Die Garantieverfügung enthielt unter anderem unter der Rubrik "Zusätzliche Bedingungen" folgende Anmerkung: "Schäden bezüglich der Gewährleistungsgarantie oder performance bond sind nur gedeckt, falls diese auf Gründe zurückzuführen sind, die unter das ERG-Gesetz fallen, und sofern nicht ein Verzicht auf Rechtsmittel gegen rechtsmissbräuchliche Beanspruchung vorliegt." Bei der Bauausführung ergaben sich Verzögerungen, die Mehrkosten bewirkten. Da die Preiswerk & Cie AG dafür die algerische Bauherrin verantwortlich machte, unterbreitete sie dieser am 22. Dezember 1984 eine Nachforderung im Betrag von rund SFr. 4,6 Mio. Im Gegenzug verhängte die Wilaya de Mostaganem Ende Januar 1985 die maximale Pönale von 5% des Vertragspreises. Nach erfolglosen Schlichtungsversuchen erhob die Preiswerk & Cie AG am 24. Oktober 1985 auf dem vertraglich vorgesehenen Rechtsweg

BGE 118 Ib 100 S. 103

Klage beim Gericht in Oran/Algerien. Das Verfahren ist noch hängig. Mit Telex vom 21. Juli 1988 rief der Crédit Populaire d'Algérie bei der Schweizerischen Bankgesellschaft einen Betrag von SFr.

1'504'411.20, das heisst die Hälfte der ursprünglichen Garantiesumme oder 5% des gesamten Vertragspreises, ab. Daraufhin gelangte die Preiswerk & Cie AG an die Zivilgerichte und versuchte, die Auszahlung der Rückgarantie durch die Schweizerische Bankgesellschaft zu verhindern. Am 19. Mai 1989 entschied das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt letztinstanzlich, dass keine willkürliche oder rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Erfüllungsgarantie nachgewiesen sei. Die Bauherrin erreichte somit die Auszahlung der beanspruchten maximalen Pönale von 5% des Vertragspreises, bevor die algerischen Gerichte über die Angelegenheit entschieden hatten. In der Folge reichte die Preiswerk & Cie AG der Geschäftsstelle für die Exportrisikogarantie eine Schadenforderung für ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Erfüllungsgarantie sowie für im Sinne der Schadensminderung verursachte Gerichts- und Anwaltskosten ein. Mit Verfügung vom 26. März 1990 entschied die Kommission für die Exportrisikogarantie (im folgenden: Kommission), dass keine rechtsmissbräuchliche oder betrügerische Inanspruchnahme der Gewährleistungsgarantie vorliege, weshalb keine Schadenvergütung ausbezahlt werden könne. Die Kommission wies darauf hin, dass der Preiswerk & Cie AG die Möglichkeit verbleibe, im Rahmen des laufenden Verfahrens vor den algerischen Gerichten die durch Abrufung der Erfüllungsgarantie vollständig bezahlte Pönale von 5% des Gesamtpreises zurückzufordern. Eine allfällige Nichthonorierung der vom algerischen Gericht geschützten Forderung oder ein offensichtlich rechtswidriges Urteil wäre dann durch die für den Bauauftrag erteilte Exportrisikogarantie gedeckt. Eine Beschwerde der Preiswerk & Cie AG beim Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (fortan: Departement) blieb erfolglos. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 8. Juli 1991 an das Bundesgericht stellt die Preiswerk & Cie AG folgenden Antrag: "Es sei in Abänderung des Entscheides des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes vom 6. Juni 1991 Nr. 2121.3/90 betreffend Exportrisikogarantie der Beschwerdeführerin ein Betrag von SFr. 1'504'411.20 wegen rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme eines Performance Bond sowie von SFr. 58'519.-- für Kosten im Sinne der Schadensminderung zu bezahlen, nebst Verzugszinsen gemäss Art. 19 Abs. 3 VO ERG seit 18.8.1989.
BGE 118 Ib 100 S. 104

Die weiteren durch die Schweiz. Bankgesellschaft in Basel in Aussicht gestellten Interventionskosten zulasten der Beschwerdeführerin seien ihr als Kosten im Sinne der Schadensminderung zu ersetzen." In ihren am 30. August 1991 erstatteten Vernehmlassungen schliessen die Kommission sowie das Departement auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab
Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

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 Ausnahmebestimmungen 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 946.11) 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).
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).

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 Garantienehmer 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. BBI 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.

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.

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

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.