

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. Bernd Klasmeyer, Köln, und Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler, Köln

in Verbindung mit Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris, München · Richter am BSG Dr. Alexander Gagel, Kassel · Prof. Dr. Walter Gerhardt, Bonn · Prof. Dr. Hans Hanisch, Genf · Prof. Dr. Wolfram Henckel, Göttingen · Rechtsanwalt Dr. Joachim Kilger, Hamburg · Prof. Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn · Prof. Dr. Marcus Lutter, Bonn · Vors. Richter am BGH Franz Merz, Karlsruhe · Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dipl.-Kfm. Rudolf J. Niehus, Düsseldorf · Richter am BAG Günter Schaub, Kassel · Prof. Dr. Karsten Schmidt, Hamburg · Prof. Dr. Rolf Serick, Heidelberg · Vizepräsident des BGH a. D. Dr. h. c. Walter Stimpel, Karlsruhe · Prof. Dr. Peter Ulmer, Heidelberg · Richter am BFH Dr. Eberhard Weiß, München.

Aufsätze

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Die Neufassung der HERMES-Bedingungen^{*)}

Nachdem das *Verwaltungsverfahrensgesetz* vom 25. 5. 1976 dazu führte, daß der Bundesminister für Wirtschaft – im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen, dem Bundesminister des Auswärtigen und dem Bundesminister für wirtschaftliche Zusammenarbeit – „Richtlinien für die Übernahme von Ausfuhrgewährleistungen vom 30. 12. 1983“ erlassen hat, sind nunmehr – auch unter Berücksichtigung des *AGB-Gesetzes* – mit Wirkung vom 1. 10. 1986 die HERMES-Bedingungen neu gefaßt worden. Die Neufassung betrifft u. a. die „Allgemeinen Bedingungen für Fabrikationsrisiko-Garantien“, die „Allgemeinen Bedingungen für Fabrikationsrisiko-Bürgschaften“ sowie die „Allgemeinen Bedingungen für Ausfuhrgarantien“ und die „Allgemeinen Bedingungen für Ausfuhrbürgschaften“, die hier einer näheren Prüfung unterzogen werden sollen.

I. Die Rechtsnatur der HERMES-Deckungen

1. Öffentlich-rechtliche Begründung – privatrechtlicher Vollzug

Aus den „Richtlinien für die Übernahme von Ausfuhrgewährleistungen vom 30. 12. 1983“¹⁾ folgt unmittelbar: Die endgültige Entscheidung über den Antrag auf Übernahme von Ausfuhrgewährleistungen trifft gem. Nr. 3.1 der „Richtlinien“ der Bundesminister für Wirtschaft mit Zustimmung des Bundesministers der Finanzen (vgl. § 39 BHO) sowie im Einvernehmen mit dem Bundesminister des Auswärtigen und dem Bundesminister für wirtschaftliche Zusammenarbeit. Ersichtlich ist diese Entscheidung ein Verwaltungsakt, zumal sie seit dem 1. 1. 1985 dem Antragsteller auf einem Briefbogen des Bundesministers für Wirtschaft – mit Angabe des zuständigen Ressorts mitgeteilt wird.²⁾ Diese Entscheidung ist eine typische Prognoseentscheidung; sie beruht auf einer Beurteilungsermächtigung³⁾. Die dabei maßgebenden Kriterien sind zum einen die Förderungswürdigkeit,

zum anderen die risikomäßige Vertretbarkeit. Das Kriterium „Förderungswürdigkeit“ wird nicht positiv, sondern lediglich negativ abgegrenzt: Nr. 2.1 der „Richtlinien“ bestimmt, daß ein Ausfuhrgeschäft „insbesondere“ dann nicht als förderungswürdig anzusehen ist, „wenn seiner Durchführung wichtige Interessen der Bundesrepublik Deutschland entgegenstehen“. Indessen dürfte es nicht ganz leicht sein, im einzelnen zu begründen, unter welchen Voraussetzungen die für die Übernahme einer Ausfuhrgewährleistung erforderliche „Förderungswürdigkeit“ fehlt, weil der Begriff der „wichtigen Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ ausgesprochen konturenunscharf ist. Eindeutiger ist demgegenüber der Begriff der „risikomäßigen Vertretbarkeit“, weil hierbei die „bereits gedeckten Risiken“ zu be-

*) (1) Zitierweise der bisherigen Regelungen:

„Bedingungen für die Übernahme von Garantien zur Deckung von Fabrikationsrisiken“ = Bed-FG (a. F.)

„Bedingungen für die Übernahme von Bürgschaften zur Deckung von Fabrikationsrisiken“ = Bed-FB (a. F.)

„Allgemeine Bedingungen für die Übernahme von Garantien/Bürgschaften“ = AllgBed-G/B (a. F.)

„Allgemeine Bedingungen für die Übernahme von Ausfuhrgarantien“ = AllgBed-AG (a. F.)

(2) Zitierweise der Neuregelungen:

„Allgemeine Bedingungen für Fabrikationsrisiko-Garantien“ = AllgBed-FG

„Allgemeine Bedingungen für Fabrikationsrisiko-Bürgschaften“ = AllgBed-FB

„Allgemeine Bedingungen für Ausfuhrgarantien“ = AllgBed-AG

„Allgemeine Bedingungen für Ausfuhrbürgschaften“ = AllgBed-AB

1) Hierzu im einzelnen *Freiherr v. Spiegel*, NJW 1984, 2005.

2) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg*, Garantien und Bürgschaften der Bundesrepublik Deutschland zur Förderung der deutschen Ausfuhr, Stand 1985, Kap. I Rz. 20 a.

3) Hierzu BVerwG DVBl 1979, 877; BVerwG DVBl 1982, 301; BVerwG NVwZ 1982, 115; BVerwG DÖV 1985, 789; hierzu auch *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, 8. Aufl., 1985, § 114 Rz. 16; *Kopp*, VwGO, 3. Aufl., § 114 Rz. 34; im einzelnen auch *Redeker*, DÖV 1971, 757, 763.

rücksichtigen sind sowie die „Kreditwürdigkeit des ausländischen Bestellers oder Kreditnehmers“, verbunden mit einer Bewertung der „politischen Risiken“ des jeweiligen Bestellerlandes. Dabei ist ausdrücklich klargestellt, daß der Gesichtspunkt der „risikomäßigen Vertretbarkeit“ und der der „Förderungswürdigkeit“ miteinander in Relation stehen: Die „Grenze der Vertretbarkeit“ kann im Einzelfall weiter gezogen werden – vorausgesetzt, es besteht ein „besonderes gesamtwirtschaftliches Interesse“ an der Durchführung des Ausfuhrgeschäftes, was vor allem dann anzunehmen ist, wenn das Geschäft „zur Sicherung von Arbeitsplätzen“ dient.

Indessen: es ist keineswegs ausreichend transparent, unter welchen Voraussetzungen der Bundesminister für Wirtschaft eine beantragte HERMES-Deckung – unter Berücksichtigung der Relation zwischen „risikomäßiger Vertretbarkeit“ und „Förderungswürdigkeit“ – abzulehnen berechtigt ist, weil weder Prognosebasis noch Prognoseverfahren im Einzelfall offengelegt werden.⁴⁾ Dies gilt vor allem unter Berücksichtigung der in Nr. 2.4 der „Richtlinien“ enthaltenen Einschränkung: Eine Ausfuhrleistung darf nämlich dann nicht übernommen werden, wenn „mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Inanspruchnahme des Bundes gerechnet werden muß“. Sicherlich, die HERMES-Kreditversicherungs-AG veröffentlicht in unregelmäßigen Abständen „Sonderbestimmungen“ für einzelne Länder⁵⁾; doch handelt es sich dabei um allgemeine Gesichtspunkte, die nicht geeignet sind, fehlende Prognosebasis und Prognosemethode – im Falle einer individuellen, ablehnenden Entscheidung – zu rechtfertigen. Dies gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung des erforderlichen Rechtsschutzinteresses des Antragstellers, das darauf abzielt, dem Antragsteller die Kriterien an die Hand zu geben, welche ihn in die Lage versetzen, gem. § 114 VwGO gegen den Bundesminister für Wirtschaft vorzugehen.

2. Der Abschluß des privatrechtlichen Gewährleistungsvertrages

Aufgrund der Regelung von Nr. 5 der „Richtlinie“ ist nunmehr sichergestellt, daß auf der Basis einer endgültigen Deckungszusage – diese ist ja ein Verwaltungsakt – ein privatrechtlicher Gewährleistungsvertrag abgeschlossen wird. Dabei ist scharf zu differenzieren: Sobald die endgültige Deckungszusage dem Antragsteller zugewandt ist, liegt darin der Abschluß eines privatrechtlichen Gewährleistungsvertrages, wobei gem. § 151 BGB darauf verzichtet wird, daß die Annahmeerklärung des Antragstellers dem Bundesminister für Wirtschaft zugeht. Eine Verpflichtung des Bundes, aus der Ausfuhrleistung auf Zahlung in Anspruch genommen zu werden, besteht jedoch erst dann, wenn dem Antragsteller eine Urkunde – versehen mit zwei Unterschriften der Bundesschuldenverwaltung – zugewandt ist.⁶⁾ Dieses Erfordernis ist eine aufschiebende Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB.

3. Die Rechtsnatur des Gewährleistungsvertrages

Traditionsgemäß unterscheiden die HERMES-Ausfuhrleistung zwischen einer „Garantie“ und einer „Bürgschaft“.⁷⁾ Dies gilt auch im Rahmen der Neufassung der HERMES-Bedingungen.⁸⁾ Klarheit besteht freilich darüber, daß es sich hierbei nicht um eine Bürgschaft i. S. d. § 765 ff BGB handelt⁹⁾; und es

ist des weiteren eindeutig, daß eine HERMES-Garantie keine abstrakte Garantie – vergleichbar der Rechtsnatur einer auf „erstes Anfordern“ zahlbar gestellten Bankgarantie – ist¹⁰⁾. Überwiegend wird vielmehr die Auffassung vertreten, es handle sich – bei allen Spielarten der HERMES-Ausfuhrleistung – um einen Garantievertrag i. S. v. § 305 BGB¹¹⁾: Der von diesem Garantievertrag umfaßte Erfolg liegt darin, daß der Antragsteller/Exporteur gegen bestimmte – in den Bedingungen im einzelnen aufgezählte – Risiken abgesichert wird. Dieser Gedanke hat allerdings *Kaulbach*¹²⁾ dazu geführt, in den HERMES-Ausfuhrleistungen einen Versicherungsvertrag zu sehen. Dem ist *Stolzenburg*¹³⁾ entgegengetreten, indem er die HERMES-Gewährleistungen als einen Vertrag eigener Art qualifiziert hat, der im wesentlichen von dem Inhalt der „Allgemeinen Bedingungen“ geprägt wird.

Es bedarf an dieser Stelle keiner abschließenden Stellungnahme zur Rechtsnatur der HERMES-Ausfuhrleistungen, zumal *Kaulbach*¹⁴⁾ selbst einräumt, daß die Charakterisierung der HERMES-Ausfuhrleistungen als Versicherungsvertrag – auch unter Berücksichtigung der Bestimmungen des AGB-Gesetzes – keine unmittelbaren praktischen Auswirkungen zeitigt. So gesehen aber schmilzt die Differenz zwischen einem gem. § 305 BGB einzuordnenden Garantievertrag, einem Versicherungsvertrag und einem Vertrag eigener Prägung auf Marginalien zusammen. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die nunmehr neu gefaßten HERMES-AGB wesentlich präziser, klarer und transparenter sind, so daß praktisch kaum Lücken vorstellbar sind, zu deren Ausfüllung es darauf ankäme, ob die HERMES-Gewährleistungen ein privatrechtlicher Garantievertrag gem. § 305 BGB, ein Versicherungsvertrag oder ein Vertrag eigener Prägung sind – ein Gesichtspunkt, der im übrigen auch unter der Perspektive von § 9 AGBG Bedeutung erlangt. Sowohl der Garantievertrag gem. § 305 BGB als auch die Einordnung der HERMES-Gewährleistungen als eines Vertrages eigener Prägung entsprechen freilich in keinem Fall dem gesetzlichen Typenbild, so daß – mangels eines verfügbaren gesetzlichen Leitbildes – § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG für eine Wirksamkeitskontrolle in jedem Fall heranzuziehen ist – ein Resultat, das auch dann zutrifft, wenn man von einem Versicherungsvertrag ausgeht.

4) Vgl. *Hopp*, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 295; *Ossenbühl*, in: Festschrift Menger, 1985, S. 731; *Nierhaus*, DVBl 1977, 19; *Kellner*, DÖV 1972, 801; *ders.*, DÖV 1969, 309; im übrigen auch *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. I Rz. 27 f.

5) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. XVI.

6) Vgl. Nr. 5.2 der „Richtlinien für die Übernahme von Ausfuhrleistungen vom 30. 12. 1983“, abgedruckt bei *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. I, Anlage 3; auch abgedruckt im Bundesanzeiger Nr. 42 v. 29. 2. 1984.

7) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. II Rz. 3 ff; *Christopeit*, HERMES-Deckungen, 1968, S. 265 ff.

8) Hierzu im folgenden.

9) *Nielsen*, Bankrecht und Bankpraxis, Stand 1983, Rz. 5/189; *Kaulbach*, VersR 1985, 806.

10) *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. II Rz. 1 ff.

11) *Christopeit* (Fußn. 7), S. 267 f; *Graf v. Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 2. Aufl., 1978, S. 211; *Nielsen* (Fußn. 9), Rz. 5/183.

12) *Kaulbach*, VersR 1985, 806.

13) *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. II Rz. 2 d.

14) *Kaulbach*, VersR 1985, 806, 809.

ZIP-Kolumne

Wirtschafts-Krimi

Das Verhältnis der Wirtschaft zum Kriminalroman und umgekehrt ist ein wenig erforschtes Thema. Auf Anhieb lassen sich nur zwei Feststellungen treffen. Erstens: Wirtschaft und Krimi haben insofern etwas miteinander zu tun, als der geplagte Manager auf dem abendlichen Rückflug von mühsamen Verhandlungen in Zürich bei der Lektüre eines Kriminalromans Entspannung suchen mag; eingehende Beobachtungen in den „Handlungsbevollmächtigten-Schleudern“, wie die typischen Geschäftsreise Flüge in Fachkreisen genannt werden, ergeben jedoch, daß die meisten Passagiere noch immer über ihren Akten brüten oder glasigen Auges darüber nachsinnen, ob sie nicht vielleicht doch übervorteilt worden sind. Eine typische Lesebeziehung zwischen Wirtschaft und Detektivgeschichte liegt also nicht vor.

Zweite Feststellung: Wenn der (fiktive) Täter es nicht aus Eifersucht oder wegen der Ehre oder aus sonst einem irrationalen und damit zutiefst unwirtschaftlichen Motiv getan hat, dann um des Geldes willen. Mit Wirtschaft hat dergleichen wenig zu tun. Die Beschleunigung einer Erbschaft, das Aufschweißen eines Safes sollen zwar ebenso wie das Schreiben von Kriminalromanen schnellen Gewinn bringen, fallen aber nur in das allgemeine Kapitel „menschliche Habgier“ und sind nicht spezifisch „Wirtschaft“. Der Mord aus Gewinnsucht liefert allenfalls eine negative Abgrenzung dergestalt, daß Wirtschaft dem Gelderwerb mit überwiegend legalen Mitteln dient.

Wirtschaft als Gegenstand, als „Milieu“ des Kriminalromans, kam lange Zeit nur am Rande vor. Gewiß, die ausgehaltene Geliebte eines verheirateten Geschäftsmannes, die dieser eines Nachmittags erschlagen auffindet und darüber in peinliche Verwicklungen gerät, diese Geliebte gibt es literarisch mehrfach, aber mehr als Staffage ist die Beschreibung des Geschäftsmannes und seines Unternehmens in diesem Falle nicht. Dergleichen kann auch einem Arzt passieren.

Einen frühen Tupper auf die weiße Landkarte des Wirtschaftskrimis setzte der Versicherungsbetrug. Nicht jene Feld-Wald-und-Wiesen-Brandstiftung, in der der drohende Konkurs mit dem Streichholz abgewendet werden soll – dieser Fall unterscheidet sich sachlich kaum vom überstürzten Ableben der Erbtante. Jedoch hat *James M. Cain* im Jahre 1936 eine klassische Geschichte über den Versicherungsvertreter geschrieben, der seine eigene Gesellschaft übers Ohr haut. „Versicherungen“, erklärt dieser Gauner seiner Komplizin, „sind das größte Roulette der Welt. Du wettest, daß dein Haus niederbrennt, sie halten dagegen. Das ist alles. Ich bin ihr Croupier. Ich kenne alle ihre Tricks. Und eines Nachts fällt mir ein, wie ich das Rad zinken kann.“ Diese Passage ist literarische Wirtschaftskriminalität: Der Insider, der seine besonderen beruflichen Kenntnisse zu Lasten eines Wirtschaftsunternehmens verwertet. Freilich, ohne Mord geht es nicht ab, und viel „cherchez la femme“ ist auch dabei. Immerhin, ein Anfang war gemacht.

Dennoch sahen für lange Zeit nur wenige die kriminellen Möglichkeiten des Wirtschaftslebens. Ausgerechnet eine Frau (in Wirklichkeit sind es zwei, die gemeinsam unter einem Namen schreiben) stieß dann in die Marktlücke, die Amerikanerin *Emma Lathen*. Mit der Frauen manchmal nachgesagten Skrupellosigkeit nutzt sie ihre epochale Entdeckung in vollen Zügen. Nicht nur, daß ihre kriminellen Ideen die heiligen Hallen von Wall Street zum Schauplatz haben, schlimmer noch, ihr Spurensucher ist „Banker“, und was für einer: Er ist „Senior Vice President“ bei der „drittgrößten Bank der Welt“. Seine Welt ist mit jener Ironie beschrieben, deren kluge Frauen fähig sind, wenn sie über die Geschäfte ihrer Männer spre-

chen. Der stellvertretende Vorstandsvorsitzende der drittgrößten Bank der Welt spielt Detektiv, weil er „unheilbar neugierig“ und gelegentlich insgeheim „unglaublich gelangweilt“ ist.

Die Fälle, mit denen er sich zu befassen hat, sind „Wirtschaft“, wie sie im Buche steht. Warum wird beispielsweise der Mehrheitsinhaber eines großen Broker-Hauses ermordet? Weil er einen Farbigen zum Partner machen will, was die reaktionäre Klientel veranlassen würde, unter Mitnahme ihrer Portefeuilles zu einem anderen Broker zu ziehen, wobei sich herausstellen würde, daß der Minderheitsinhaber besagte Portefeuilles längst veruntreut hat. Sobald unser Bankmanager diesen Zusammenhang durchschaut hat, liegt die Antwort auf die Frage: Wer war es? natürlich klar auf der Hand. Ist eine derart frivole Verfremdung ehrbarsten Geschäftsestablishments „shocking“? Nicht mehr und nicht weniger als vor fünfzig Jahren der britische Lord, der Morde unter Aristokraten aufklärt. Die Romane von *Emma Lathen* bieten also – abgesehen vom Lesevergnügen – die Einsicht, daß der Krimi endlich die Welt von heute eingeholt hat.

Neben der Detektiv-Story aus der Welt der Wirtschaft hat sich mittlerweile auch der Finanz-Thriller etabliert, der Zürcher Gnome, persisches Erdöl, amerikanische Goldverkäufe und europäische Währungsschlangen zu einem Lese-Molotowcocktail zusammenmixt. Zu nennen wäre in diesem Zusammenhang beispielsweise der Amerikaner *Paul Erdmann*, der auf dem Klappentext seiner Bücher mit seiner spezifischen Berufserfahrung (er ist in der Schweiz in Abwesenheit zu einigen Jahren Haft wegen betrügerischer Bankgeschäfte verurteilt worden) wirbt. Daß diese Reißer sich härter an die Wirklichkeit halten, als der geneigte Leser glauben mag, dafür legt nicht nur die Gegenwart (ob *Graf Galen* derlei liest?), sondern auch die redselige Vergangenheit Zeugnis ab. Man nehme etwa die Beziehung des Reichskanzlers *Otto von Bismarck* zu seinem Bankier *Gerson von Bleichröder* als Exempel, das der amerikanische Historiker *Fritz Stern* eindrucksvoll geschildert hat.

Ein literarisch nicht gänzlich gelungenes Stück kunstvoll verpackten Realismus ist dann vor allem eines der letzten Bücher von *Eric Ambler* („Bitte keine Rosen mehr“). Die Qualitäten des britischen Autors stehen außer Zweifel. Sein Werkverzeichnis weist aus, daß er in seinem Leben keine Gelegenheit ausgelassen hat, Zeitgeschichte zu Spannung zu verarbeiten. Balkanwirren, Faschismus, stalinistische Säuberungen, kalter Krieg und Kuba – stets ist ihm der „Thriller zur Zeit“ gelungen. Bezeichnend deshalb, aber auch zutreffend, der Anlaß und die Atmosphäre seines Buches: Wirtschaftskriminalität im Bereich Steuern. Es wäre schon deswegen unfair, die Story zu verraten, weil eines der Haupträtsel des Buches die Frage ist, ob es eine Story überhaupt gibt.

Genau dies ist ja aber doch die Frage im wirklichen Schattenbereich von Steuerersparnis, Steuervermeidung und Steuerhinterziehung: Gibt es Steueroasen, wenn ja, was hat man davon? *Ambler* gibt genauso ambivalente Antworten wie jeder Steuerberater, nur liest er sich besser. Eine Moral dieses Buches ist über den Tag hinaus festzuhalten: Wer sich Beratern anvertraut, die illegale Ersparnisse vorschlagen, der spart kurzfristig, denn Erpressung kann teuer sein. Eine weitere Moral lautet, daß man sich keinen Steuerberater suchen soll, der an der „Ersparnis“ unmittelbar verdient – manchem Abschreibungsoffer werden die Ohren klingen. Denn Wirtschaft, dieser Satz steht fest, ist stets der Krimi, den man läßt.

Fernando Wassner

II. Die Deckung der Fabrikationsrisiken

1. Der Gegenstand der Fabrikationsrisiko-Deckung

Nach wie vor sind die „Selbstkosten“ Gegenstand der Fabrikationsrisiko-Deckung.¹⁵⁾ Dies ist nunmehr in § 2 Abs. 1 AllgBed-FG/FB – übereinstimmend für Garantien und Bürgschaften – festgeschrieben. Als „Selbstkosten“ galten indessen früher „nur die direkten und indirekten Aufwendungen, die nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Kostenrechnung auf die in Fertigung begriffenen Waren zu verrechnen sind“.¹⁶⁾ Demgegenüber enthalten nunmehr die Regelung von § 2 Abs. 2 AllgBed-FG sowie die parallele Vorschrift in den AllgBed-FB eine Definition der Selbstkosten, wobei die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten – entsprechend der Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. 11. 1953 – maßgebend sind. Ein gravierender Nachteil ist dies nicht, zumal in der Regelung von § 2 Abs. 2 Satz 1 AllgBed-FG sowie der AllgBed-FB abgeklärt ist: Aufwendungen für Fremdkapital und Ausfuhrfinanzierung gelten als Selbstkosten, „wenn und soweit sie dem Ausfuhrvertrag unmittelbar zugeordnet werden können“. Klargestellt ist darüber hinaus – und dies entspricht dem Begriff der „Selbstkosten“ –, daß sich die Deckung nicht auf den „kalkulatorischen Gewinn“ und nicht auf das HERMES-Entgelt bezieht.

Sehr schillernd ist dann jedoch der weitere Ausnahmetatbestand: Die Garantie erstreckt sich auch nicht auf „Aufwendungen, die nach dem anwendbaren Recht verboten sind“.¹⁷⁾ Demgegenüber galt früher, daß „besondere Aufwendungen“, die für das Zustandekommen des Exportvertrages anfielen, zu den „Selbstkosten“ gerechnet wurden, vorausgesetzt, sie standen nicht in einem krassen Mißverhältnis zum Auftragswert.¹⁸⁾ Gemeint sind – hier wie dort – nützliche „Aufwendungen“, angefangen von Bestechungsgeldern bis hin zu sonstigen „nützlichen Abgaben“. Verständlich ist die jetzt vorgesehene Neuregelung schon, weil es in der Tat als ein Ärgernis empfunden werden konnte, daß auch – illegale – „Aufwendungen“ von der – offiziellen – HERMES-Versicherung mitgedeckt wurden. Sehr bedeutsam dürften ihre Auswirkungen in der Praxis aber kaum sein.

2. Der Haftungszeitraum

Klarestellt ist nunmehr, daß die Haftung des Bundes aus der Fabrikationsrisiko-Deckung erst „mit Inkrafttreten des Ausfuhrvertrages“ beginnt. Dies muß dahin verstanden werden, daß selbst die Aushändigung der Urkunde der Bundesschuldenverwaltung den HERMES-Gewährleistungsvertrag erst dann zustande bringt, wenn – bezogen auf den Ausfuhrvertrag – alle Erfordernisse erfüllt sind, die für sein Inkrafttreten gem. §§ 158 ff BGB vorgesehen sind, z. B. Vorlage einer Importgenehmigung, einer Devisentransfergenehmigung sowie Vorliegen aller erforderlichen sonstigen einschlägigen Zustimmungs- und Genehmigungsvorbehalte, die nach dem Recht des Bestellerlandes oder nach den Statuten des Bestellers erforderlich sind. Dies ist eine verständliche – und wie noch zu zeigen sein wird – in sich schlüssige Klarstellung.

Demgegenüber endet die Fabrikationsrisiko-Deckung definitionsgemäß mit der „Abnahme der Ware, spätestens mit dem

Versand“ derselben¹⁹⁾, was auch der früher geltenden Regelung entsprach²⁰⁾.

3. Die gedeckten Tatbestände

3.1 Neue Tatbestände

Neu eingeführt ist die Bestimmung, wonach der Garantiefall/Bürgschaftsfall auch dann eintritt, wenn und soweit der Bund „im Hinblick auf gefahrenerhöhende Umstände eine Weisung erteilt“ hat, „in deren Ausführung der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer die Fertigstellung oder den Versand der Ware endgültig abbricht bzw. endgültig unterläßt oder länger als sechs Monate unterbricht bzw. zurückstellt“. Diese Bestimmung wird ergänzt durch die Regelung, daß auch dann ein Garantiefall/Bürgschaftsfall gegeben ist, wenn der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer – ohne eine entsprechende Weisung des Bundes – im Hinblick auf gefahrenerhöhende Umstände die Fertigstellung oder den Versand der Ware unterbricht „und der Bund eine Fortsetzung der Fertigung bzw. den Versand der Ware nicht innerhalb von sechs Monaten seit dem Zeitpunkt anordnet, in dem der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer den Bund von der Unterbrechung der Fertigung bzw. dem Zurückstellen der Versendung unterrichtet hat“.

3.1.1 Gefahrenerhöhung

Diese neu eingeführten Bestimmungen decken sich im wesentlichen mit der bisherigen Regelung von § 9 „Allgemeine Bedingungen für die Übernahme von Bürgschaften“, wobei freilich anzumerken ist, daß es sich insoweit um ausschließlich auf Bürgschaften anwendbare Bestimmungen handelte. Sie decken sich aber auch mit der bislang geltenden Bestimmung von § 5 Abs. 2 „Bedingungen für die Übernahme von Garantien zur Deckung von Fabrikationsrisiken (Bed-FG (a. F.)) sowie der Parallelbestimmung in den „Bedingungen für die Übernahme von Bürgschaften zur Deckung von Fabrikationsrisiken“ (Bed-FB (a. F.)). Vorgesehen war dort, daß der Bundesminister für Wirtschaft stets verpflichtet war, sich darüber gegenüber dem Antragsteller zu erklären, ob ein Garantiefall/Bürgschaftsfall eingetreten war; gleichzeitig war ihm das Recht vorbehalten zu bestimmen, ob und inwieweit die Fabrikation fortzusetzen oder einzustellen ist. So gesehen handelt es sich um eine Konkretisierung der typischen „Stop-Anordnung“ des Bundesministers für Wirtschaft.²¹⁾ Ob freilich der Bund verpflichtet war, in diesen Fällen eine Entschädigung zu leisten, war äußerst zweifelhaft, so daß in der Sache die nunmehr vorgenommene Klarstellung in § 4 Nr. 1 und Nr. 2 AllgBed-FG sowie in der Parallelbestimmung der AllgBed-FB begrüßenswert ist, zumal – wie aus der Klausel ersichtlich – auch ein zeitlicher Rahmen (6 Monate) fixiert ist.

15) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. III Rz. 21 ff.

16) *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. III Rz. 21.

17) Vgl. § 2 AllgBed-FG.

18) *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. III Rz. 27.

19) § 3 Abs. 2 AllgBed-FG/FB.

20) Hierzu § 4 Bed-FG (a. F.); *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. XVII Anlage 2; vgl. auch § 4 Bed-FB (a. F.); *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. XVII Anlage 4.

21) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. III Rz. 47.

3.1.2 Lossagung vom Vertrag

Neu ist darüber hinaus der Tatbestand von § 4 Nr. 3 c AllgBed-FG/FB: Wenn und soweit sich der ausländische Besteller „endgültig vom Vertrag losgesagt oder sonst in schwerwiegender Weise gegen seine Vertragspflichten verstoßen hat“, ist ein Garantiefall/Bürgschaftsfall zu bejahen – vorausgesetzt, dem Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer ist aus diesem Grund die „Fortsetzung der Fertigung bzw. der Versand der Ware“ nicht mehr zumutbar. Freilich muß die Vertragsverletzung derart gravierend sein, daß – unter Berücksichtigung deutschrechtlicher Vorstellungen – der Tatbestand der Erfüllungsverweigerung gem. § 326 BGB verwirklicht ist.²²⁾ Keineswegs eine nur vorübergehend wirkende – praktisch: den Verzug begründende – Vertragsverletzung des ausländischen Bestellers führt also dazu, den Garantiefall/Bürgschaftsfall insoweit eintreten zu lassen; vielmehr muß die Vertragsverletzung so gravierend sein, daß – objektiv gesehen – „mit einer Durchführung des Vertrags nicht mehr gerechnet“ werden kann. Hier wird es stets auf die Umstände des Einzelfalls ankommen; generelle Aussagen verbieten sich. Doch dürfte die Judikatur zu § 326 BGB – bezogen auf den Tatbestand der endgültigen Erfüllungsverweigerung – geeignet sein, hier eine Leitlinie zu schaffen.²³⁾

3.1.3 Kündigung des Bestellers

Eng verwandt mit dieser Regelung ist der neu eingeführte Tatbestand der „Nichtzahlung von Stornierungskosten“ gem. § 4 Nr. 3 d AllgBed-FG/FB. Hat der ausländische Besteller den Vertrag gekündigt, so liegt ein Garantiefall/Bürgschaftsfall dann vor, wenn der gesetzliche oder vertragliche Anspruch des Garantiennehmers/Bürgschaftsnehmers nicht „innerhalb von 6 Monaten“ nach seiner Fälligkeit erfüllt worden ist. Soweit deutsches Recht Schuldstatut ist, wird man in diesem Zusammenhang in erster Linie an die Norm des § 649 BGB denken. Danach steht dem Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer nicht nur ein Anspruch auf „Stornierungskosten“ zu, weil dieser Begriff schillernd ist²⁴⁾; vielmehr hat er – freilich unter Berücksichtigung der ihn treffenden Anrechnungspflicht – einen Anspruch auf den Geschäftsgewinn. Doch reduziert sich dieser Anspruch gem. § 2 Abs. 1 AllgBed-FG/FB auf die „Selbstkosten“. Dies gilt auch insoweit, als es sich nicht um einen gesetzlichen, sondern um einen vertraglich stipulierten Anspruch handelt, der zugunsten des Garantiennehmers/Bürgschaftsnehmers dann eingreift, wenn der ausländische Besteller den Vertrag kündigt.

3.1.4 Deutsche Embargos

Eine weitere Klarstellung – und Verbesserung der Rechtsposition des Garantiennehmers/Bürgschaftsnehmers im Rahmen der HERMES-Deckungen – besteht gem. § 4 Nr. 3 e AllgBed-FG/FB darin, daß nunmehr das Risiko deutscher Embargos gedeckt ist. Die bislang geltenden „Bedingungen für die Übernahme von Garantien/Bürgschaften zur Deckung von Fabrikationsrisiken“ erfaßten den Tatbestand eines deutschen Embargos nicht.²⁵⁾ Lediglich aufgrund eines gesonderten Antrags war es dem deutschen Exporteur möglich, dieses Risiko in die Fabrikationsrisiko-Deckung einzuschließen; der Abschluß einer isolierten Embargodeckung war jedoch ausgeschlossen.²⁶⁾ Dies ist nunmehr anders: Die Risikodeckung im Rahmen der Fabrikationsrisiko-Garantie/Fabrikationsrisiko-Bürgschaft bezieht sich stets auch

auf ein Embargo, welches die Durchführung des Vertrages „dadurch unmöglich“ macht, weil das Embargo „aufgrund einer gem. § 27 i. V. m. §§ 2, 7 AWG vom 28. 4. 1961 nach Beginn der Haftung erlassenen Rechtsverordnung“ beruht. Voraussetzung für alle gedeckten Tatbestände ist jedoch, daß Widerruf und Zurücknahme einer Ausfuhrgenehmigung – oder der Erlaß eines Verbotes oder einer Beschränkung der Ausfuhr – nicht auf ein „Verschulden“ des Garantiennehmers/Bürgschaftsnehmers zurückzuführen sind.

Mit anderen Worten: der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer muß sich in jeglicher Hinsicht gesetzestreu verhalten haben: Alle nach dem AWG bzw. nach den einschlägigen Verordnungen vorgesehenen Ausfuhrgenehmigungen müssen ihm – mit oder ohne Widerrufsvorbehalt – erteilt worden sein. Dann ist er schutzbedürftig und kann im Fall eines Embargos, das nach Eintritt der Haftung des Bundes verfügt wird, Deckung im Rahmen eines Garantiefalls/Bürgschaftsfalls begehren.

Erweitert wird die Embargodeckung gem. § 4 Nr. 3 f AllgBed-FG/FB auch, soweit es sich um die „Ausfuhr von Lieferungen und Leistungen aus Drittländern“ handelt, sofern diese – daran hat sich nichts geändert²⁷⁾ – „nach der Fabrikationsrisiko-Garantie-Erklärung/Fabrikationsrisiko-Bürgschafts-Erklärung vorgesehen und anderweitig nicht ersetzbar“ sind. Notwendigerweise müssen Embargomaßnahmen eines Zuliefer- oder Transitlandes ihrerseits auf „gesetzgeberischen oder behördlichen Beschränkungen“ beruhen; und auch in diesem Fall ist von entscheidender Bedeutung, daß sie nicht auf ein Verschulden des Zulieferanten zurückzuführen sind, weil sich die Regelungstatbestände von § 4 Nr. 3 e und f AllgBed-FG/FB insoweit entsprechen. Doch selbst wenn Embargomaßnahmen eines Zuliefer- oder Transitlandes vorliegen, setzt der Deckungstatbestand des § 4 Nr. 3 f AllgBed-FG/FB weiter voraus, daß infolgedessen „die Durchführung des Ausfuhrvertrages unmöglich oder unzumutbar wird“. Rechtlich gesehen handelt es sich hierbei um das bekannte Problem, daß öffentlich-rechtliche Bestimmungen eines Drittlandes – kollisionsrechtlich gesehen – zwar nicht anzuwenden, wohl aber dann zu berücksichtigen sind, wenn und soweit der ausländische Staat die Macht hat, sich durchzusetzen.²⁸⁾ Zur Konsequenz hat dies, daß an den Tatbestand des § 275 BGB zugunsten des Garantiennehmers/Bürgschaftsnehmers angeknüpft wird. Dies schließt notwendigerweise ein, daß die Embargomaßnahme eines Zuliefer- oder Transitlandes für den Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer nicht vorhersehbar war, weil ja nur

22) Statt aller *Palandt/Heinrichs*, BGB, 45. Aufl., § 326 Anm. 6 b m. w. N.

23) Vgl. BGH ZIP 1982, 1092 = NJW 1982, 2316; BGH ZIP 1983, 1349, 1350 f = NJW 1984, 48, 49.

24) Hierzu im einzelnen *Thamm*, BB 1975, 1280.

25) Hierzu im einzelnen *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. III Rz. 168 ff und Anlage 1.

26) *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. III Rz. 169.

27) Vgl. die Klauseltextierung bei *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. III Rz. 176.

28) Hierzu im einzelnen *Soergel/Kegel*, BGB, 12. Aufl., vor Art. 7 EGBGB Rz. 396 ff; *MünchKomm-Martiny*, BGB, vor Art. 12 EGBGB Rz. 329 ff; RGZ 42, 295, 297; RGZ 96, 282; RG JW 1931, 928; BGH AWD 1961, 102; BGH AWD 1962, 208; BGH NJW 1972, 1575.

dann der Tatbestand der nachträglichen Unmöglichkeit bzw. des nachträglichen Unvermögens eingreift.²⁹⁾

3.2 Neuformulierung bisheriger Tatbestände

3.2.1 Der „wirtschaftliche“ Garantiefall

Wie bisher wird zwischen einem „politischen“ und einem „wirtschaftlichen“ Garantiefall/Bürgschaftsfall unterschieden. Doch gehört es zum Wesensmerkmal einer HERMES-Garantie, daß nur in diesem Bereich – nicht bei einer HERMES-Bürgschaft – das Insolvenzrisiko des ausländischen Bestellers als gedeckter Tatbestand erscheint. Der „wirtschaftliche“ Garantiefall setzt gem. § 4 Nr. 3 b AllgBed-FG voraus, daß die „Durchführung des Vertrages unmöglich oder unzumutbar“ wird. Demgegenüber hieß es bislang in § 5 Abs. 1 Nr. 1 Bed-FG (a. F.), daß es ausschließlich auf das Kriterium der fehlenden Zumutbarkeit ankam. Da jedoch § 276 BGB anerkanntermaßen³⁰⁾ von einem objektivierten – und damit nicht individualisierten – Verschuldensmaßstab ausgeht, ist der Unterschied zwischen Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit marginal. Eine Verschlechterung der Rechtsposition des Garantienähmers aufgrund der neu gefaßten AllgBed-FG wird man also nicht daraus herleiten können.

Die Tatbestände des „wirtschaftlichen“ Garantiefalls sind nach wie vor: Eröffnung eines Konkursverfahrens oder dessen Ablehnung mangels Masse, Eröffnung eines amtlichen Vergleichsverfahrens sowie – dies ist neu – eines „anderen amtlichen Verfahrens, das zum Ausschluß der Einzelzwangsvollstreckung führt“. Darüber hinaus gilt unverändert als „wirtschaftlicher“ Garantiefall der Abschluß eines außeramtlichen Vergleichs als „Stundungs-, Quoten- oder Liquidationsvergleich“, vorausgesetzt – und diese Einschränkung ist neu –, daß diesem Vergleich „alle oder eine Gruppe untereinander vergleichbarer Gläubiger, einschließlich des Garantienähmers zugestimmt haben“. Man mag hierin eine geringfügige Verschlechterung der Rechtsposition des Garantienähmers sehen. Allein, sie ist durch den Grundgedanken der HERMES-Deckung gerechtfertigt: Voraussetzung ist allemal, daß der Garantienäher aufgrund eines gedeckten Risikotatbestandes einen Ausfall erleidet. Deshalb reicht das Faktum eines „außeramtlichen Vergleichs“ für sich allein genommen sicherlich nicht aus, sofern der Garantienäher ihm nicht zugestimmt hat. Fehlt eine solche Zustimmung, so war wohl schon nach der bisherigen Regelung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 c Bed-FG (a. F.) eine Deckung zugunsten des Garantienähmers nur möglich, wenn jedenfalls der Nachweis erbracht wurde, daß der Abschluß eines außeramtlichen Vergleichs gleichzeitig Indiz für das Vorliegen äußerst ungünstiger Umstände i. S. v. § 5 Abs. 1 Nr. 1 e Bed-FG (a. F.) zu werten ist, bei deren Vorliegen „eine Bezahlung aussichtslos erscheint“.

3.2.2 Fruchtlöse Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

Auffallend ist freilich, daß die bisherige Regelung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 d Bed-FG (a. F.) jetzt nicht mehr vorgesehen ist. Soweit also eine „Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung nicht zur vollen Befriedigung“ des Garantienähmers geführt hat, ist – nach dem insoweit restriktiv zu interpretierenden Tatbestand von § 4 AllgBed-FG – ein „wirtschaftlicher“ Garantiefall zu verneinen. Dies ist zwar – auf den ersten Blick – eine Benachteiligung des Garantienähmers, weil er jetzt schlechter gestellt ist. Bei näherem Hinsehen erweist sich jedoch: der Einschluß von Zwangs-

vollstreckungsmaßnahmen als gedeckter „wirtschaftlicher“ Garantiefall ist im Rahmen einer Fabrikationsrisiko-Deckung systemwidrig. Hier kommt nämlich alles entscheidend darauf an, daß die „Durchführung des Vertrages unmöglich oder unzumutbar“ wird, daß also der Garantienäher die von ihm geschuldete Sachleistung nicht erbringen kann. Fruchtlöse Zwangsvollstreckungsmaßnahmen mögen ein Indiz dafür sein, sind aber kaum geeignet, zugunsten des Garantienähmers den Nachweis zu erbringen, daß wegen einer fruchtlosen Zwangsvollstreckungsmaßnahme in das Vermögen des ausländischen Bestellers „Fertigstellung und Versendung der Ware dem Garantienäher nicht mehr zugemutet“ werden können, wie der bisherige Text lautete³¹⁾. Würde sich die Fabrikationsrisiko-Deckung nicht auf die Selbstkosten, sondern auf die Entgeltforderungen beziehen, wegen deren eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme fruchtlos betrieben worden ist, so wäre dies sicherlich anders. Doch mit diesem Argument verläßt man den gesicherten Boden der Fabrikationsrisiko-Deckung und betritt den der Ausfuhrisiko-Deckung – ein Gesichtspunkt, der die angedeutete Systemwidrigkeit der bisherigen Regelung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 d Bed-FG (a. F.) belegt.

3.2.3 Verschlechterung der Vermögensverhältnisse

Im Ergebnis – und darin liegt auch das Schwergewicht der „wirtschaftlichen“ Garantiefälle – kommt es entscheidend darauf an, ob sich die wirtschaftlichen Vermögensverhältnisse des ausländischen Bestellers „nachweislich“ i. S. v. § 4 Nr. 3 c AllgBed-FG so verschlechtert haben, „daß der ausländische Schuldner seine Zahlungen ganz oder im wesentlichen Umfang eingestellt“ hat. Dies korrespondiert nicht unmittelbar mit der bisher gültigen Bestimmung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 e Bed-FG (a. F.), weil auch in diesem Zusammenhang – durchaus wiederum: systemwidrig – darauf abgehoben wurde, daß „eine Zwangsvollstreckung“ „keinen Erfolg“ verspricht. Auch bürdete die bisherige Regelung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 e Bed-FG (a. F.) dem Garantienäher den Nachweis auf, daß infolge von ungünstigen Umständen, deren Nachweis der Garantienäher schuldet, „eine Bezahlung aussichtslos“ erscheinen würde – ein Gesichtspunkt, der keineswegs schon dadurch erfüllt ist, daß eine Maßnahme der Einzelzwangsvollstreckung fruchtlos verläuft. Diese erfüllt nämlich schon deswegen nicht die Kriterien der Unzumutbarkeit der „Fertigstellung und Versendung der Ware“, weil ja nicht ausgeschlossen werden kann, daß der ausländische Besteller – ungeachtet der fruchtlos verlaufenen Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahme – wieder zu Geld kommt, bevor er die Ware/Leistung erhält. Gerade unter diesem Gesichtspunkt ist die neue Regelung von § 4 Nr. 3 b dd AllgBed-FG schlüssiger: Es kommt auf den Nachweis an, daß die „wirtschaftlichen Verhältnisse“ des

29) Vgl. BGH AWD 1961, 102 – Amerikanische Embargobestimmungen; BGH AWD 1962, 208 – Amerikanische Embargobestimmungen; BGH NJW 1972, 1575 – Nigerianisches Ausfuhrverbot; vgl. auch *Reithmann/Reithmann*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl., Rz. 272; *Schulte*, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht, 1975, S. 91 ff.

30) Statt aller *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 22), § 276 Anm. 4 Ba; *Staudinger/Löwisch*, BGB, 12. Aufl., § 276 Rz. 16.

31) So § 5 Abs. 1 Nr. 1 d Bed-FG (a. F.); *Schallehn/Stolzberg* (Fußn. 2), Kap. XVII Anlage 2.

ausländischen Bestellers sich so „ungünstig“ entwickelt haben, „daß der ausländische Schuldner seine Zahlungen ganz oder im wesentlichen Umfang eingestellt hat“. Dies ist ein klar umrissener pauschaler Tatbestand; der Weg durch das Gestrüpp miteinander nicht unbedingt korrelierender Tatbestandselemente, wie er bislang die Regelung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 c-e Bed-FG (a. F.) prägte, bleibt dem Garantienehmer nunmehr erspart.

3.2.4 Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung – Bürgschaft

Genau an diesen Tatbestand knüpft auch die Regelung von § 4 Nr. 3 b AllgBed-FB an: Ein Bürgschaftsfall setzt danach voraus, daß dem Bürgschaftsnehmer

„die Durchführung des Vertrages unmöglich oder unzumutbar ist, weil die wirtschaftlichen Verhältnisse des ausländischen Schuldners nachweislich so ungünstig sind, daß er seine Zahlung ganz oder im wesentlichen Umfang eingestellt hat und deshalb mit einer Durchführung des Vertrages nicht mehr gerechnet werden kann“.

Der Unterschied zur bisherigen Fassung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 Bed-FB (a. F.) ist auffallend. Danach galt nämlich der Bürgschaftsfall nur dann als eingetreten, wenn

„Fertigstellung und Versendung der Ware dem Bürgschaftsnehmer nicht zugemutet werden können, weil der Besteller im Liefervertrag vereinbarte Vorauszahlungen 6 Monate nach ihrer Fälligkeit nicht geleistet hat“.

Vergleicht man beide Bestimmungen, so wird deutlich: die bisherige Regelung von § 5 Abs. 1 Nr. 1 Bed-FB (a. F.) kam nämlich dann nicht zum Zuge, wenn keine Vorauszahlungen im Vertrag zwischen Bürgschaftsnehmer – Besteller vorgesehen waren. Darüber hinaus erfaßte die bisherige Regelung nicht den Fall, daß sich die Vermögensverhältnisse des ausländischen Bestellers so wesentlich verschlechterten, daß es dem Bürgschaftsnehmer nicht mehr zuzumuten war, den Vertrag weiter durchzuführen. Das eine wie das andere aber ist nunmehr – und dies ist für den deutschen Exporteur von Vorteil – Gegenstand der Deckung gem. § 4 Nr. 3 b AllgBed-FB.

3.2.5 Der „politische“ Garantie- bzw. Bürgschaftsfall

Demgegenüber ist die Fassung des „politischen“ Garantie- bzw. Bürgschaftsfalls im wesentlichen identisch mit der bisherigen Regelung: Ausgangspunkt eines solchen Risikos sind „gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen im Ausland“, wie nunmehr in § 4 Nr. 3 a AllgBed-FG/FB formuliert. Dies ist deckungsgleich mit dem in § 5 Abs. 1 Nr. 2 Bed-FG/FB (a. F.) geregelten Tatbestand der „Maßnahmen außerdeutscher Regierungen“. Die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen sind nunmehr – alternativ – „kriegerische Ereignisse, Aufruhr oder Revolution im Ausland“, wie in § 4 Nr. 3 a AllgBed-FG/FB bestimmt.

Diese Tatbestandselemente müssen bewirken, daß „die Versendung der fertiggestellten Waren in der vertraglich vorgesehenen oder einer anderen dem Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer zumutbaren Weise endgültig oder länger als 6 Monate gehindert“ werden. Im Verhältnis zur bisherigen Regelung von § 5 Abs. 1 Nr. 2 Bed-FG/FB (a. F.) fällt auf, daß der Tatbestand der voraussichtlichen Unmöglichkeit nunmehr auf den Zeitraum

von „länger als 6 Monaten“ fixiert ist, was gewiß hilfreich ist. Auch ist der bisherige – isolierte – Tatbestand der Unmöglichkeit bzw. der voraussichtlichen Unmöglichkeit aufgegeben. Statt dessen reichen die vorerwähnten Umstände aus, sofern sie als endgültiges oder als „länger als 6 Monate“ wirkendes Leistungshindernis eintreten. Ersichtlich wird damit auch an den Tatbestand der – vorübergehenden – Unmöglichkeit angeknüpft, den die Neuregelung von § 4 Nr. 3 a AllgBed-FG/FB dahingehend konkretisiert, daß die Grenze der Zumutbarkeit von dem Zeitpunkt an überschritten ist, in welchem das Leistungshindernis „länger als 6 Monate“ andauert.

4. Voraussetzungen der Entschädigung

4.1 Bisherige Regelung – Nichtbeachtung eines Ausfuhr- oder Einfuhrverbotes

Auffallend war, daß die bisherigen „Bedingungen für die Übernahme von Garantien/Bürgschaften zur Deckung von Fabrikationsrisiken“ keine Bestimmung enthielten, die die Wirksamkeit des jeweiligen Ausfuhrvertrages voraussetzten. Dies war freilich gem. der Regelung von § 4 „Allgemeine Bedingungen für die Übernahme von Garantien/Bürgschaften“ (AllgBed-G/B (a. F.)) anders. Danach galt: Eine übernommene HERMES-Garantie bzw. HERMES-Bürgschaft war „nichtig“, wenn und soweit sich die Ausfuhrgarantie/Ausfuhrbürgschaft auf „Forderungen aus Lieferungen von Waren“ erstreckte, „deren Ausfuhr aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder deren Einfuhr in das Bestimmungsland gegen ein bestehendes Verbot“ verstießen. Erfasst wurden damit – allerdings wurde dies nur im Schadensfall überprüft – nicht nur Ausfuhr- und Einfuhrverbote, sondern auch alle sonstigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, die kraft des sich durchsetzenden Rechts des Bestellerlandes geeignet waren, die Unwirksamkeit/Nichtigkeit des Ausfuhrgeschäftes nach sich zu ziehen.³²⁾ Der Bestand der Ausfuhrgarantie bzw. der Ausfuhrbürgschaft war deshalb davon abhängig, daß das „Störpotential“ des ausländischen öffentlichen Rechts – jedenfalls bei Abschluß des Ausfuhrvertrages – beachtet worden war, was insbesondere im Hinblick auf die Devisengesetzgebung unter Berücksichtigung der Regelung von Art. VIII Abschnitt 2 b des Abkommens von Bretton Woods hohe praktische Bedeutung besaß.³³⁾

Da jedoch – wie angedeutet – die „Bedingungen für die Übernahme von Garantien/Bürgschaften zur Deckung von Fabrikationsrisiken“ keine entsprechende Regelung enthielten, konnte man die Auffassung vertreten, daß es im Rahmen der Fabrikationsrisiko-Garantie bzw. der Fabrikationsrisiko-Bürgschaft nicht entscheidend darauf ankam, ob die Versendung der Ware – und damit die Durchführung des Vertrages – gegen zwingende öffentlich-rechtliche Bestimmungen des Bestellerlandes verstießen, zumal die Fabrikationsrisiko-Dekung im Zeitpunkt der Versendung der Ware endete. Leicht zu widerlegen war dieses Argument sicherlich nicht; denn der Exporteur konnte und durfte darauf vertrauen, daß der Regelungsgehalt der „Bedingungen für die Übernahme von Garantien/Bürgschaften zur Deckung

32) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. IV Rz. 4f.

33) Hierzu BGHAWD 1962, 146; BGHAWD 1964, 228; BGHAWD 1970, 272; BGHAWD 1969, 371; BGHAWD 1971, 291; BGHAWD 1977, 433; BGHWM 1979, 486.

von Fabrikationsrisiken“ abschließend zu verstehen war. Im Ergebnis hätte also eine Fabrikationsrisiko-Deckung nach der bisherigen Rechtslage auch dann bestanden, wenn der Ausführvertrag gegen zwingende öffentlich-rechtliche Bestimmungen des Bestellerlandes verstoßen hätte und damit i. S. d. §§ 134, 138 BGB nichtig gewesen wäre.³⁴⁾

4.2 Neue Regelung – Das Erfordernis der Wirksamkeit des Ausführvertrages

Dies ist nunmehr anders. § 5 Abs. 1 AllgBed-FG/FB bestimmt unmißverständlich: „Voraussetzung für die Entschädigung garantierter/verbürgter Selbstkosten ist die Wirksamkeit des Ausführvertrages.“

Natürgemäß ist damit nicht nur der Tatbestand angesprochen, daß der Ausführvertrag – unter Berücksichtigung des anwendbaren Schuldstatuts – unwirksam oder nichtig ist. Denn dies ist eine Selbstverständlichkeit, zumal die Bestimmung von § 5 Abs. 2 AllgBed-FG/FB eindeutig klarstellt: „Die Risiken des anwendbaren Rechts und des Gerichtsstandes trägt dabei der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer.“ Vielmehr wird man die Regelung von § 5 Abs. 1 AllgBed-FG/FB auch – kollisionsrechtlich – dahin verstehen müssen: Der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer trägt ausschließlich das Risiko, daß der Ausführvertrag – bei Beginn der Haftung des Bundes – wirksam war und demzufolge alle öffentlich-rechtlichen Bestimmungen berücksichtigte, von deren Wirksamkeit der Ausführvertrag abhängig ist. Denn der ausländische Staat hat Machtmittel genug, das Arsenal seiner öffentlich-rechtlichen Bestimmungen durchzusetzen, zumal die Entgeltforderung des Garantiennehmers/Bürgschaftsnehmers im Herrschafts- und Machtbereich des ausländischen Staates belegen ist. Zur Konsequenz hat dies, daß sich das öffentliche Recht des ausländischen Staates durchsetzen kann, so daß es selbst dann Berücksichtigung finden muß, wenn ein deutscher Gerichtsstand vereinbart und die international-prozeßrechtliche Zuständigkeit deutscher Gerichte i. S. d. §§ 12 ff ZPO analog³⁵⁾ begründet sind³⁶⁾. Sicherlich, die BGH-Judikatur³⁷⁾ hat noch nicht abschließend darüber befunden, inwieweit öffentlich-rechtliche Bestimmungen Berücksichtigung finden, die vom Schuldstatut verschieden sind. Doch die Tendenz in der Literatur weist eindeutig in diese Richtung³⁸⁾; und es ist kein ausreichendes Alibi, daß der Gesetzgeber sich jüngst erst geweigert hat³⁹⁾, die Bestimmungen des Art. 7 des Übereinkommens vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht⁴⁰⁾ nicht in Art. 34 EGBGB zu übernehmen⁴¹⁾. Entscheidend ist vielmehr – gerade unter Berücksichtigung der Risikoversorge –, daß der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer dem Grundsatz Rechnung trägt, daß ja der ausländische Staat Machtmittel genug hat, sich durchzusetzen⁴²⁾, indem er seinen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zwingende Beachtung schenkt, welche allemal geeignet sind, auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des Ausführvertrages durchzuschlagen⁴³⁾.

Gewiß, die Bestimmung des § 5 Abs. 1 AllgBed-FG/FB ist wesentlich weiter gefaßt als die ursprüngliche Bestimmung des § 4 AllgBed G/B (a. F.), die ja – jedenfalls ihrem Wortlaut nach – auf die Beachtung von Ausfuhr- und Einfuhrverboten beschränkt war. Doch es macht keinen Sinn, in der Neufassung von § 5 Abs. 1 AllgBed-FG/FB eine Schlechterstellung des Garantien-

nehmers/Bürgschaftsnehmers zu sehen. Ist nämlich der zugrundeliegende Ausführvertrag deswegen unwirksam/nichtig, weil er gegen eine öffentlich-rechtliche Bestimmung des Bestellerlandes verstößt, so kann der deutsche Exporteur als Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer schlechterdings nicht erwarten, daß ihm dieses Risiko vom Bund abgenommen wird. Denn es handelt sich allemal um ein selbstverschuldetes Risiko, das autonom gesetzt und entweder vom deutschen Exporteur oder von seinem Vertragspartner zu vertreten ist, weil eben die Regel nicht beachtet wurde, schon bei Abschluß des Vertrages das „Störpotential“ des ausländischen öffentlichen Rechts – durch eine entsprechende Vertragsgestaltung – auszuschalten.

Es fügt sich deshalb in dieses Bild einer eindeutigen – transparenten – Risikoabgrenzung zwischen Bund und deutschem Exporteur, daß der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer gem. § 5 Abs. 2 AllgBed-FG/FB verpflichtet ist, nicht nur die Wirksamkeit des Ausführvertrages, sondern auch „den Bestand der in der Fabrikationsrisiko-Garantie/Fabrikationsrisiko-Bürgschafts-Erklärung aufgeführten Sicherheiten sowie Grund und Höhe des Schadens auf seine Kosten nachzuweisen“. Für den Bereich der Fabrikationsrisiko-Deckung ist dies zwar neu, entspricht im übrigen aber der bisherigen Regelung von § 10 Abs. 1 AllgBed-G/B (a. F.).

In Anlehnung an die bisherige Regelung von § 10 Abs. 1 AllgBed-G/B (a. F.) ist nunmehr auch in § 5 Abs. 2 AllgBed-FG/FB klargestellt: liegt die Wirksamkeit des Ausführvertrages oder „der Bestand der in der Fabrikationsrisiko-Garantie/Fabrikationsrisiko-Bürgschafts-Erklärung aufgeführten Sicherheiten“ im Streit oder werden seitens des ausländischen Bestellers „Einreden oder Einwendungen erhoben“, so ist der Bund berechtigt, „den Entschädigungsantrag zurückzuweisen“, bis eine endgültige – verbindliche – Entscheidung des zuständigen Gerichts oder des zuständigen Schiedsgerichts vorliegt.

Natürlich hat die damit stipulierte Nachweispflicht vor allem Bedeutung im Zusammenhang mit der – noch zu behandelnden – Ausfuhrisiko-Deckung, weil es ja dort unmittelbar um die Ent-

34) Vgl. *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. IV Rz. 4 f.

35) Im einzelnen *Geimer*, Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile, 1966, S. 111 ff; *Riezler*, Internationales Zivilprozeßrecht, 1949, S. 197 ff; *Walchshöfer*, ZJP 167, 165; BGH RIW/AWD 1979, 418.

36) BGH AWD 1968, 189; BGH AWD 1969, 115; demgegenüber nunmehr: BGHZ 49, 384; BGH AWD 1970, 323; BGH AWD 1971, 589; BGH BB 1972, 764 m. Anm. *Trinkner*.

37) BGHZ 31, 367, 371; BGHZ 34, 169; BGHZ 59, 82; BGHZ 64, 183, 188 ff; insbesondere BGHZ 69, 295, 297 ff = JZ 1978, 61 m. Anm. *Wengler*; vgl. auch *Mann*, in: Festschrift Beitzke, 1979, S. 609; *Vischer*, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, S. 198 ff.

38) *Zweigert*, RabelsZ 14, 287, 302; im einzelnen auch *MünchKomm-Martiny* (Fußn. 28), vor Art. 12 EGBGB Rz. 332 ff; *Soergel/Kegel* (Fußn. 28), vor Art. 7 EGBGB Rz. 396; einschränkend *Sandrock/Steinschulte*, Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, 1980, Rz. A 187.

39) Hierzu BT-Drucks. 10/5042, S. 100; vgl. auch *Coester*, ZvGLRWiss 1982, 1.

40) Hierzu *Lando/v. Hoffmann/Siehr*, European Private International Law of Obligations, 1975, S. 230 ff; insbesondere auch *Drobnig*, ebenda, S. 82 ff.

41) Kritisch auch *Sandrock/Steinschulte* (Fußn. 38), Rz. A 196; *Palandt/Heldrich* (Fußn. 22), vor Art. 12 EGBGB Anm. 4 b cc.

42) Hierzu *Vischer* (Fußn. 37), S. 205.

43) Vgl. *Soergel/Kegel* (Fußn. 28), vor Art. 7 EGBGB Rz. 397; *Zweigert*, RabelsZ 14, 287, 302.

geltforderung des Garantienehmers/Bürgschaftsnehmers geht, gegen welche „Einreden oder Einwendungen“ vom ausländischen Besteller erhoben werden. Doch ist es hilfreich und fördert die Transparenz der HERMES-Gewährleistungen, daß dies nunmehr auch für den Bereich der Fabrikationsrisiko-Deckung ausdrücklich festgelegt ist: Hier wie dort geht es also darum, daß der Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer verpflichtet ist, sowohl die Wirksamkeit des Ausführungsvertrages als auch die Wirksamkeit der zu seinen Gunsten bestellten Sicherheiten einrede- und einwendungsfrei nachzuweisen. Notfalls schließt dies ein und setzt voraus, daß der Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer die Entscheidung des Gerichts oder eines Schiedsgerichts beibringt. Diese ist sodann geeignet, den Entschädigungsantrag zu stützen, sofern im übrigen die Tatbestandsvoraussetzungen gem. § 4 AllgBed-FG/FB – bezogen auf einen Garantie- oder Bürgschaftsfall – vorliegen.

Indessen wird dies, wie § 5 Abs. 3 AllgBed-FG/FB bestimmt, nur im Schadensfall relevant. Die Fabrikationsrisiko-Deckung wird also gewährt, ohne daß der Bund oder seine Mandatarin in irgendeiner Weise die Wirksamkeit des Ausführungsvertrages oder die Wirksamkeit der bestellten Sicherheiten geprüft hätten. Dies geschieht – entsprechend der allgemeinen Praxis der HERMES-Kreditversicherungs-AG – ausschließlich und lediglich im Schadensfall. Dies mag für den Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer ärgerlich sein; allein, es ist ein wesentliches Element des bisherigen Systems, das nicht geändert werden sollte und auch nicht geändert wurde.

III. Die Deckung der Ausfuhrisiken

1. Gegenstand der Deckung

Gegenstand der Deckung einer Ausfuhrgarantie bzw. einer Ausfuhrbürgschaft ist gem. § 2 Abs. 1 AllgBed-AG/AB die garantierte bzw. die verbürgte Forderung. Dies entspricht exakt dem bisherigen Regelungsstatbestand von § 2 AllgBed-G/B (a. F.). Wie bisher auch, können gem. § 2 Abs. 3 AllgBed-AG/AB „Kreditzinsen und Finanzierungnebenkosten bis zur Fälligkeit der Hauptforderung“ in die garantierte bzw. verbürgte Forderung aufgenommen werden; sie sind dann gedeckt, wenn sie in der jeweiligen Ausfuhrgarantie- bzw. Ausfuhrbürgschafts-Erklärung enthalten sind.

Eine – nicht unbedeutliche – Neuerung ergibt sich jedoch aus der Regelung von § 2 Abs. 2 AllgBed-AG/AB: Bislang galt gem. § 2 Abs. 2 AllgBed-G/B (a. F.), daß Ansprüche auf Schadensersatz auch dann nicht von der Garantie/Bürgschaft erfaßt werden, „wenn sie in den Bestimmungen des Liefervertrages ausdrücklich vorgesehen sind“. Eine Ausnahme galt nur insoweit, als zum Ausgleich etwaiger zu erwartender Transferverzögerungen pauschalierte Beträge in den Kaufpreis einberechnet wurden: Diese konnten Gegenstand der Deckung sein.⁴⁴⁾ Nunmehr aber erstreckt sich § 2 Abs. 2 AllgBed-AG/AB auch auf „Surrogatforderungen“. Unter der Voraussetzung, daß der Ausführungsvertrag wirksam zustande gekommen ist, sind auch alle Geldforderungen Gegenstand der Ausfuhrgarantie bzw. der Ausfuhrbürgschaften, „die auf den Ausgleich erbrachter Lieferungen und Leistungen gerichtet sind und aufgrund des Ausführungsvertrages oder aus anderen Rechtsgründen an die Stelle der als Gegenleistung

vereinbarten Geldforderung treten“. Erfasst werden damit Schadensersatzforderungen, soweit es sich um einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung handelt. Erfasst werden jedoch auch Aufwendungsersatzansprüche, insbesondere solche aus § 649 BGB. Zu denken ist aber auch an die Ansprüche gem. § 645 BGB.⁴⁵⁾ Selbst Ansprüche aus einem Kompensationsabkommen, welches als Barter-Geschäft im nachhinein vereinbart wird, unterfallen dem Begriff der „Surrogatforderung“ gem. § 2 Abs. 2 AllgBed-AG/AB. Dies ist eine beträchtliche Verbesserung.

2. Der Haftungszeitraum

Gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 AllgBed-AG/AB greifen Fabrikationsrisiko-Deckung und Ausfuhrisiko-Deckung nahtlos ineinander über: Die Haftung aus der Ausfuhrgarantie/Ausfuhrbürgschaft beginnt mit dem Ende der Haftung aus der Fabrikationsrisiko-Deckung, spätestens jedoch mit der Versendung der Ware. Im Verhältnis zur bisher geltenden Regelung von § 5 AllgBed-G/B (a. F.) ist dies eine hilfreiche Klarstellung.

Wie sich aus § 3 Abs. 1 Satz 3 AllgBed-AG/AB ergibt, endet die Haftung aus der Ausfuhrgarantie/Ausfuhrbürgschaft, „sobald und soweit die garantierte/verbürgte Forderung erfüllt ist“. Dies ist selbstverständlich und bedurfte eigentlich nicht der ausdrücklichen Klarstellung, weil ja die Deckung der Ausfuhrisiken die Entgeltforderung betrifft und damit deren Nicht-Erfüllung – unter der Voraussetzung, daß diese aufgedeckten Risiken beruht – voraussetzt.

Neu ist die Bestimmung von § 3 Abs. 2 AllgBed-AG/AB: Danach ist der Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer verpflichtet, „innerhalb von 2 Jahren nach jeweiliger dem Bund mitgeteilter Fälligkeit der garantierten/verbürgten Forderung“ einen Entschädigungsantrag zu stellen. Unterläßt er dies, so wird – aufgrund einer vertraglich stipulierten Fiktion – die Erfüllung der garantierten/verbürgten Forderung angenommen. Es handelt sich hierbei um eine Ausschußfrist. Sie betrifft unmittelbar den Haftungszeitraum des Bundes: Bei einer Deckungsklage hat der Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer nachzuweisen, daß er rechtzeitig i. S. v. § 3 Abs. 2 AllgBed-AG/AB einen Entschädigungsantrag gestellt hatte.

3. Die gedeckten Tatbestände – Die Garantiefälle gem.

§ 4 AllgBed-AG/AB

3.1 Der „wirtschaftliche“ Garantiefall

Die bislang gem. § 6 Abs. 2 A „Allgemeine Bedingungen für die Übernahme von Ausfuhrgarantien“ (AllgBed-AG (a. F.)) gedeckten „wirtschaftlichen“ Garantiefälle entsprechen im wesentlichen der Regelung von § 4 Abs. 3 AllgBed-AG: „Uneinbringlichkeit“ der Entgeltforderung infolge wirtschaftlicher Umstände wird also immer dann bejaht, wenn ein Konkursverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt, ein amtliches Vergleichsverfahren eröffnet wurde oder – wie zuvor schon im Rahmen der Fabrikationsrisiko-Deckung dargestellt – ein Stundungs-, Quoten- oder Liquidationsvergleich unter Zustimmung

⁴⁴⁾ Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. IV Rz. 42 a.

⁴⁵⁾ BGH ZIP 1982, 704 = RIW 1982, 441; hierzu im einzelnen *Vetter*, RIW 1984, 170.

des Garantienehmers zustande kam. Der im Zusammenhang mit der Fabrikationsrisiko-Deckung apostrophierte Gesichtspunkt der fruchtlosen Zwangsvollstreckung hat freilich – wie dort bereits angedeutet – hier seinen Platz. Gleiches gilt für den Tatbestand der Zahlungseinstellung, welche darauf zurückzuführen ist, daß sich die „wirtschaftlichen Verhältnisse“ des ausländischen Bestellers „nachweislich ungünstig“ entwickelt haben. Dieser – generell – gehaltene Tatbestand der Zahlungseinstellung gem. § 4 Abs. 3 Nr. 5 AllgBed-AG enthält indessen nicht mehr den Tatbestand, daß – infolge „nachgewiesener ungünstiger Umstände“ – eine „teilweise Bezahlung“ der Entgeltforderungen „aussichtslos erscheint“. Derzeit in § 4 Abs. 3 Nr. 5 AllgBed-AG geregelte Tatbestand entbehrt auch des subjektiven Einschlags; er ist objektiviert, andererseits aber auch nicht an das Erfordernis geknüpft, daß „eine Zwangsvollstreckung oder ein Konkursantrag keinen Erfolg versprechen“, wie dies in § 6 Abs. 2 A Nr. 5 AllgBed-AG (a. F.) bislang galt.

3.2 Der „Nicht-Zahlungsfall“

Für mittelfristige Ausfuhrgarantien galt mit Wirkung vom 1. 4. 1984⁴⁶⁾, daß bei Ausfuhrgarantien auch der „Nicht-Zahlungstatbestand“ versichert war. Uneinbringlichkeit im Sinne dieses Tatbestandes lag dann aufgrund „wirtschaftlicher“ Umstände vor, „wenn die garantierte Forderung 6 Monate nach ihrer Fälligkeit nicht erfüllt worden ist“. Des weiteren war vorgesehen, daß der Garantienehmer verpflichtet war, „die nach den Regeln der kaufmännischen Sorgfalt erforderlichen Maßnahmen zur Einziehung der garantierten Forderung“ zu ergreifen. Darüber hinaus war der Garantienehmer verpflichtet, dem Bund „den Nichteingang der Forderung spätestens zwei Monate nach Fälligkeit“ mitzuteilen. Der bislang in der Neufassung von § 6 Abs. 2 A Nr. 6 AllgBed-AG (a. F.) enthaltene Tatbestand der „Nichtzahlung“ ist nunmehr – wortgleich – durch § 4 Abs. 4 AllgBed-AG übernommen. Dies gilt auch, soweit es sich um Zahlungsbedingungen im Bereich des D/P (documents against payment) oder D/A (documents against acceptance) handelt und der ausländische Schuldner die Dokumente nicht aufgenommen hat.

Nach wie vor bereitet aber die Interpretation des Begriffs „Fälligkeit“ Schwierigkeiten. In der Praxis ist immer wieder festzustellen, daß Garantienehmer auf den Tatbestand der Nichtzahlung rekurren, indem sie – nach dem Kalender – eine Frist von 6 Monaten, gerechnet ab „Fälligkeit“, zur Grundlage eines Entschädigungsantrags machen. Dies ist jedoch unzutreffend. Der Begriff „Fälligkeit“ schließt ein und setzt voraus, daß die dem Garantienehmer zustehende Entgeltforderung frei von Einreden und Einwendungen ist; Voraussetzung ist ferner, daß sie nicht bestritten ist. Dies ergibt sich bereits aus einer zutreffenden Interpretation von § 284 BGB, weil Bestehen und Geltendmachung von Einreden gem. §§ 273, 320 BGB dazu führen, die Fälligkeit der Forderung zu verneinen.⁴⁷⁾

Dieser Zusammenhang ist nunmehr gem. § 5 Abs. 1 und Abs. 2 AllgBed-AG klargestellt: „Voraussetzung für die Entschädigung der garantierten Forderung ist deren Fälligkeit.“ Und aus § 5 Abs. 2 AllgBed-AG folgt – analog der Bestimmung bei der Fabrikationsrisiko-Deckung –, daß es Sache des Garantienehmers ist, die „Rechtsbeständigkeit der Forderung“ – notfalls durch Vorlage eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsurteils – dem Bund ge-

genüber nachzuweisen, weil es zu den Obligationen des Garantienehmers gehört, „das Vorliegen der Voraussetzungen für den Eintritt des Garantiefalles sowie Grund und Höhe des Schadens auf seine Kosten nachzuweisen“. Sicherlich, der Begriff der „Rechtsbeständigkeit der Forderung“ war und ist nicht – juristisch gewertet – glücklich gewählt, weil es sich hierbei nicht um einen terminus technicus, wohl aber um einen seit langem in den HERMES-Bedingungen gebräuchlichen Begriff handelt. Aber aus dem Gesamtzusammenhang von § 5 Abs. 1 und Abs. 2 AllgBed-AG folgt unmittelbar: ein deckungspflichtiger „Schaden“ des Garantienehmers setzt das Bestehen einer einrede- und einwendungsfreien Forderung voraus. Dies gilt selbst dann, wenn der ausländische Besteller Einreden oder Einwendungen geltend macht, die bei den Haaren herbeigezogen sind, oder wenn er die „Fälligkeit“ der Forderung – was üblicher Praxis entspricht – bestreitet, indem er Mängelrügen vorschützt. In all diesen Fällen bleibt es bei der Grundregel: Bezogen auf den Tatbestand der Nichtzahlung gem. § 4 Abs. 4 AllgBed-AG fehlt es an den Voraussetzungen, die den Deckungsanspruch des Garantienehmers gegenüber dem Bund auslösen. Man mag dies bauern, muß sich aber entgegenhalten lassen: Der Bund ist – bezogen auf das Vertragsverhältnis zwischen Garantienehmer und ausländischem Schuldner – Dritter.

3.3 Der „politische“ Garantiefall

3.3.1 „Politische Umstände“ als Voraussetzung

Im Verhältnis zur bisherigen Regelung von § 6 Abs. 2 B AllgBed-AG (a. F.) fällt auf, daß die Bestimmung von § 4 Abs. 2 AllgBed-AG eine erfreuliche Klarstellung enthält, welche die Transparenz des Vertragswerks fördert. Während man bislang – durchaus ein wenig unscharf – von den typischen KTZM-Risiken (Konvertierungs-, Transfer-, Zahlungsverbot, Moratorium) als den gedeckten „politischen“ Risiken sprach⁴⁸⁾, unterscheidet § 4 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 AllgBed-AG zwischen dem allgemeinen „politischen“ Garantiefall und dem KT-Fall (Konvertierungs-, Transferverbot). Voraussetzungen sind im einen wie im anderen Fall „politische Umstände“. Demgegenüber – und dieser Unterschied wiegt schwer – war bislang in der Regelung von § 6 Abs. 2 B AllgBed-AG (a. F.) davon die Rede, daß ein „politischer“ Garantiefall „allgemeine staatliche Maßnahmen des Schuldnerlandes“ voraussetzt, sofern diese „ausschließlich“ zur Konsequenz hatten, daß Erfüllung oder Beitreibung der Forderung unmöglich war. Davon weicht die Regelung von § 4 Abs. 2 AllgBed-AG ersichtlich in zweierlei Hinsicht ab: Keineswegs mehr „allgemeine staatliche Maßnahmen des Schuldnerlandes“ sind erforderlich, sondern „politische Umstände“, die in bezug auf die garantierte Forderung als „gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen“ zu klassifizieren sind, sofern diese zur Konsequenz haben, daß die „Erfüllung oder Beitreibung der garantierten Forderung in jeder Form“ verhindert wird.

Es liegt auf der Hand: Dem Bund oblag die Kontrolle im Entschädigungsverfahren, er hatte zu prüfen, ob es sich wirklich

46) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. V Vorblatt 1-3.

47) BGH WM 1984, 1095, 1097; vgl. auch *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 22), § 284 Anm. 2 a; *MünchKomm-Walchshöfer* (Fußn. 28), § 284 Rz. 13 f; *Staudinger/Löwisch* (Fußn. 30), § 284 Rz. 12 – jeweils m. w. N.

48) Hierzu im einzelnen *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. V Rz. 75 ff.

– nach der bisherigen Regelung – um „allgemeine staatliche Maßnahmen“ und nicht um Einzelmaßnahmen handelte, die von der Deckung ausgeschlossen waren.⁴⁹⁾ Nunmehr aber fehlt dieses Kontrollkriterium, weil notwendigerweise „gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen im Ausland“ auch dann vorliegen, wenn es sich um ein typisches Maßnahmegesetz – also: um eine Einzelfallregelung, z. B. allein gegen den deutschen Exporteur – handelt.

Des weiteren fällt ins Gewicht, daß nach der bisherigen Regelung ein „politischer“ Garantiefall voraussetzte, daß die Erfüllung oder Beitreibung der Forderung „ausschließlich“ infolge „allgemeiner staatlicher Maßnahmen des Schuldnerlandes“ unterblieb. Spielten also auch noch sonstige „politische Umstände“ als Ursache eine Rolle, den „politischen“ Garantiefall eintreten zu lassen, so ergab sich aufgrund der bisherigen Interpretation von § 6 Abs. 2 B AllgBed-AG (a. F.), daß eine Deckungspflicht des Bundes nicht vorlag. Dies ist nunmehr ersichtlich relativiert, auch wenn man den Unterschied in diesem Punkt nicht überinterpretieren sollte: Adäquate Kausalität der „gesetzgeberischen oder behördlichen Maßnahmen“ i. S. v. § 4 Abs. 2 AllgBed-AG wird man allemal verlangen müssen, um die Voraussetzungen des allgemeinen „politischen“ Garantiefalls bejahen zu können.

3.3.2 Kriegerische Ereignisse

In der Kategorie des allgemeinen „politischen“ Garantiefalls ist der Tatbestand neu aufgenommen, daß – alternativ – neben den „gesetzgeberischen oder behördlichen Maßnahmen im Ausland“ auch „kriegerische Ereignisse oder Aufruhr oder Revolution im Ausland“ Ursache dafür sein können, daß die „Erfüllung oder Beitreibung der garantierten Forderung in jeder Form“ behindert wird. Wenn nicht alles täuscht, ist diese Neuregelung die Konsequenz der Deckungspraxis, wie sie sich im Zusammenhang mit dem iranisch-irakischen Krieg – nicht immer sehr glücklich – entwickelt hatte: Grundsätzlich nicht gedeckt wurden Objekte, die innerhalb einer 50 km-Zone entlang der iranisch-irakischen Grenze lagen, ohne daß unter Berücksichtigung der bisherigen Regelung von § 6 Abs. 2 B AllgBed-AG (a. F.) erkennbar war, daß ein besonderes „Kriegsrisiko“ rechtfertigender Grund für eine solche Deckungspraxis hätte sein können.

3.3.3 Keine Möglichkeit zur Einzahlung des Gegenwertes

Neu ist ferner, daß der allgemeine „politische“ Garantiefall nicht nur dann vorliegt, wenn – unter Berücksichtigung der hier dargestellten Tatbestandsvoraussetzungen – die „Erfüllung oder Beitreibung der garantierten Forderung in jeder Form“ unmöglich ist, sondern auch, wenn gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen im Ausland, einschließlich „kriegerischer Ereignisse oder Aufruhr oder Revolution im Ausland“,

„die Erfüllung oder Beitreibung der garantierten Forderung in der vereinbarten Währung verhindern und keine Möglichkeit zur Einzahlung des Gegenwertes zum Zwecke des Transfers gemäß Nr. 2 besteht und der Bund der Zahlung in einer anderen als der vereinbarten Währung mit schuldbefreiender Wirkung nicht zustimmt“.

Unter Berücksichtigung der Devisenknappheit zahlreicher Schuldnerländer ist diese Regelung praxisgerechter als die bishe-

rige Bestimmung von § 6 Abs. 2 B, 1 b AllgBed-AG (a. F.), wonach es nämlich entscheidend darauf ankam, daß „ausschließlich infolge allgemeiner staatlicher Maßnahmen des Schuldnerlandes ... die Erfüllung oder Beitreibung der Forderung in der vereinbarten Währung unmöglich“ war. Die Engführung der bisherigen Deckung auf die „vereinbarte Währung“ schloß notwendigerweise aus, daß der ausländische Besteller – und damit auch der Bund – den Tatbestand einer Novation schufen, wonach Erfüllung auch durch Zahlung in einer anderen als der vereinbarten Währung akkordiert wurde, was im Bereich von Moratorien von eminenter Bedeutung ist.

3.3.4 Zeitliche Schranken

Neu ist des weiteren, daß eine zeitliche Grenze besteht: Die „gesetzgeberischen oder behördlichen Maßnahmen im Ausland“, einschließlich „kriegerischer Ereignisse oder Aufruhr oder Revolution im Ausland“, müssen nicht später als „12 Monate nach Fälligkeit“ der Entgeltforderung des Garantienehmers eintreten. Das ist die eine zeitliche Schranke. Die andere: die „Erfüllung oder Beitreibung der garantierten Forderung“ muß mindestens für einen Zeitraum von „6 Monaten“ unmöglich sein.

3.3.5 Die KT-Risiken (Konvertierungs-, Transferverbot)

Der spezielle „politische“ Garantiefall im Bereich des KT-Risikos (Konvertierungs-, Transferverbot) entspricht im wesentlichen der bisherigen Regelung. Gem. § 4 Abs. 2 Nr. 2 AllgBed-AG gilt nämlich:

„Uneinbringlichkeit infolge politischer Umstände liegt vor, ...
2. wenn infolge von Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs Beträge, die der ausländische Schuldner als Gegenwert für die garantierte Forderung bei einer zahlungsfähigen Bank oder einer anderen vom Bund anerkannten Stelle zum Zwecke der Überweisung an den Garantiennehmer eingezahlt hat, nicht in die vereinbarte Währung konvertiert oder nicht transferiert werden, alle bestehenden Vorschriften für die Konvertierung und den Transfer dieser Beträge erfüllt waren und 4 Monate nach Fälligkeit der Forderung, Einzahlung und Erfüllung dieser Vorschriften verstrichen sind.“

3.3.6 Unmöglichkeit der Vertragserfüllung

Neu ist auch die Regelung von § 4 Abs. 2 Nr. 4 AllgBed-AG: Da sich der Bund – wie aufgezeigt – von dem restriktiven Element der „allgemeinen staatlichen Maßnahmen des Schuldnerlandes“ als Voraussetzung des „politischen“ Garantiefalls gelöst und darüber hinaus das Risiko „kriegerischer Ereignisse“, einschließlich „Aufruhr oder Revolution im Ausland“, als „politische Umstände“ i. S. v. § 4 Abs. 2 AllgBed-AG normiert hat, ist es nur konsequent, wenn nunmehr auch das Risiko eines „Verlustes von Ansprüchen infolge Unmöglichkeit der Vertragserfüllung“ gedeckt wird. Dies geschieht – ohne Rücksicht auf das Vorliegen von KTZM-Risiken (Konvertierungs-, Transfer-, Zahlungsverbot, Moratorium) im bisherigen Regelungssystem –, weil § 4 Abs. 2 Nr. 4 AllgBed-AG bestimmt:

„Uneinbringlichkeit infolge politischer Umstände liegt vor, ...
4. wenn gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen im Ausland, die nach Abschluß des Ausfuhrvertrages ergangen

49) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. V Rz. 97 ff.

sind, oder kriegerische Ereignisse oder Aufruhr oder Revolution im Ausland die Erfüllung der vertraglich dem Garantienehmer geschuldeten Lieferungen und Leistungen ganz oder teilweise verhindern und dem Garantienehmer deshalb durchsetzbare Forderungen für die schon erbrachten Lieferungen und Leistungen nicht zustehen.“

Damit wird ersichtlich der Fall erfaßt, daß – wie zum Beispiel der Irak – Illiquidität eintritt, welche die Konsequenz „kriegerischer Ereignisse“ ist, ohne daß die Illiquidität ihrerseits – im Sinne der bisherigen Definition – auf einer „allgemeinen staatlichen Maßnahme des Schuldnerlandes“ beruht. Erkennbar ist die Regelung von § 4 Abs. 2 Nr. 4 AllgBed-AG also in hohem Maße flexibel und praxisgerecht.

4. Fälligkeit – Rechtsbeständigkeit der garantierten/verbürgten Forderung

4.1 Nachweispflicht

Auch hier gilt gem. § 5 AllgBed-AG/AB: der Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer ist verpflichtet, den Bestand der garantierten/verbürgten Forderung dem Bund nachzuweisen. Diese Verpflichtung schließt ein, daß die Entschädigungspflicht des Bundes von der „Fälligkeit und Rechtsbeständigkeit“ der garantierten/verbürgten Forderung abhängig ist. Dies setzt bei Garantien – bezogen auf den „wirtschaftlichen“ Garantiefall gem. § 4 Abs. 3 AllgBed-AG – notwendigerweise voraus, daß aufgrund der garantierten Forderung ein Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren im Schuldnerland zulässig ist. Abhängig ist dies – nicht zuletzt – von dem vereinbarten Gerichtsstand⁵⁰⁾, weil mangels bilateraler und multilateraler Vollstreckungsabkommen eine Anerkennung nur in Betracht kommt, wenn und soweit die Gegenseitigkeit verbürgt ist⁵¹⁾. An dieser Stelle erweist sich die Bedeutung des Satzes, der in § 5 Abs. 2 letzter Halbs. AllgBed-AG/AB verankert ist: „Die Risiken des anwendbaren Rechts und des Gerichtsstandes trägt dabei der Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer.“

4.2 Erfordernis eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsurteils

Das entspricht freilich im wesentlichen der bisherigen Rechtslage.⁵²⁾ Auffallend ist allerdings, daß die Regelung von § 5 Abs. 2 letzter Halbs. AllgBed-AG/AB keinen ausdrücklichen Hinweis auf Schiedsgerichtsvereinbarungen enthält. Denn nach bisherigem Recht trug der Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer auch das Risiko von Schiedsgerichtsvereinbarungen.⁵³⁾ Und es hätte nahegelegen, dies auch im Rahmen von § 5 Abs. 2 AllgBed-AG/AB klarzustellen, zumal in der gleichen Regelung die Verpflichtung des Garantienehmers/Bürgschaftsnehmers enthalten ist, bei etwaigen Einreden oder Einwendungen des ausländischen Schuldners „erforderlichenfalls“ die „Entscheidung des im Verhältnis zwischen ihm und seinem ausländischen Schuldner oder Sicherheitengeber zuständigen Gerichts oder Schiedsgerichts“ herbeizuführen. Indessen dürfte daraus kaum der Schluß abzuleiten sein, daß eine unterschiedliche Behandlung des vom Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer übernommenen Risikos danach stattfindet, ob eine Gerichts- oder Schiedsgerichtsvereinbarung getroffen worden ist. Vielmehr dürfte hier ein „Redaktionsversehen“ vorliegen, weil die Kompetenz des Schiedsgerichts im Hinblick auf die Entscheidung von Einreden oder Ein-

wendungen des ausländischen Schuldners stipuliert, die entsprechende Überwälzung des Risikos aber ignoriert ist. Daraus dürfte dann der Schluß abzuleiten sein, daß der Garantienehmer/Bürgschaftsnehmer auch das volle Risiko von Schiedsgerichtsvereinbarungen trägt, so daß er bei Vorliegen einer wirksamen Schiedsgerichtsvereinbarung verpflichtet ist, den Nachweis der „Fälligkeit und Rechtsbeständigkeit“ der garantierten/verbürgten Forderung zu führen, und daß er insoweit auch das Risiko einer Schiedsgerichtsabrede gegenüber dem Bund trägt.

5. Umschuldungsvereinbarungen

5.1 Die bisherige Regelung

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986)⁵⁴⁾ ist der Bundesminister der Finanzen ermächtigt, die Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen „zum Zwecke der Umschuldung“ zu übernehmen, soweit es sich – davon ist in diesem Zusammenhang auszugehen – um Forderungen deutscher Gläubiger handelt, für die eine HERMES-Deckung besteht. Freilich ist bislang unklar, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen eine Umschuldung – im Gegensatz zu einer Umfinanzierung – vorliegt.⁵⁵⁾ In der Praxis sind die Grenzen fließend. Indessen ist diese Distinktion deswegen von Wichtigkeit, weil für Ausführungsgewährleistungen, die gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 a Haushaltsgesetz (1986) übernommen werden, die weiter oben dargestellten „Richtlinien“ vom 30. 12. 1983⁵⁶⁾ bestehen. Demgegenüber ist nicht erkennbar, auf welcher konkretisierten Ermessensbasis der Bund – vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft – im Rahmen von Umschuldungsvereinbarungen i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) tätig wird. Allerdings wird in der Wissenschaft die Auffassung vertreten, der Bürger habe einen Anspruch darauf, daß ihm die Richtlinien/Verwaltungsanordnungen bekanntgemacht werden, nach denen die Verwaltung die ihr zugewiesene Beurteilungsermächtigung ausübt.⁵⁷⁾ Mehr noch: wenn es zutreffend ist, daß die Grenzen zwischen der haushaltsrechtlichen Ermächtigung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 a Haushaltsgesetz (1986) einerseits und der in § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) verankerten Regelung – bezogen auf Umschuldungsvereinbarungen – fließend sind, so fällt es schwer, den unter der Perspektive des Rechtsgüterschutzes tragenden Unterschied ausfindig zu machen, daß lediglich in § 9 Abs. 1 Nr. 1 a Haushaltsgesetz (1986) „Richtlinien“ vorliegen,

50) Daß ein aufgrund einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung berufenes Gericht die Prorogation ablehnt, kommt immer wieder vor: vgl. BGH AWD 1974, 222; BAG JZ 1979, 647; im einzelnen *Schütze*, RIW 1982, 773; *ders.*, IPRax 1985, 111; *ders.*, Rechtsverfolgung im Ausland, 1986, S. 83 f; *Geimer*, WM 1986, 117, 122.

51) Hierzu im einzelnen *Schütze* (Fußn. 50), S. 166 ff; *Jung/Sandrock*, Handbuch des Internationalen Vertragsrechts, 1980, Rz. E 53 ff.

52) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. V Rz. 14 f.

53) Hierzu *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. V Rz. 14 f.

54) Haushaltsgesetz (1986), BGBI I, 2337.

55) Vgl. *Horn*, WM 1984, 713.

56) Hierzu im einzelnen *Freiherr v. Spiegel*, NJW 1984, 2005.

57) Auf das Vorliegen derartiger „Richtlinien“ käme es jedenfalls dann entscheidend an, wenn man mit *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. X Rz. 97 eine nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 c des Haushaltsgesetzes zu beurteilende Umschuldung als „Sonderfall des Entschädigungsverfahrens und der Rückflußregelung bei politisch bedingten Schadensfällen“ bewertet; im übrigen *Redeker/v. Oerzen* (Fußn. 3), § 42 Rz. 149; *Oldiges*, NJW 1984, 1927, 1929 f; *Gusy*, DVBl 1979, 720; vgl. auch *Kopp* (Fußn. 3), § 114 Rz. 42.

die auch erst – nach langem Zögern – öffentlich bekanntgemacht worden sind.

Materiellrechtlich ist das Fehlen von „Richtlinien“ im Zusammenhang mit Umschuldungsvereinbarungen i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) auch deswegen von Gewicht, weil es dort recht pauschal und konturenunscharf heißt:

„Dabei können die Selbstbeteiligungen nachträglich ermäßigt sowie in Ausnahmefällen Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen für bisher ungedeckte Forderungen übernommen werden, wenn andernfalls die Umschuldungsmaßnahmen nicht durchgeführt werden können.“

Das Fehlen von „Richtlinien“ im Rahmen von § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) war schon – nach der bisherigen Rechtslage – von hohem Belang, weil jeder Deckungsantrag auf der Vorderseite eine – vorweggenommene – Zustimmungserklärung des Antragstellers enthielt, die als Blankett-Ermächtigung zugunsten des Bundes ausgestaltet ist; sie hatte folgenden Wortlaut:

„Durch Annahme der Garantie-/Bürgschaftserklärung stimmen wir hinsichtlich der garantierten/verbürgten Forderung Vereinbarungen zu, die während der Laufzeit der Garantie/Bürgschaft zwischen der Bundesregierung und der Regierung des Schuldnerlandes zur Regelung der Handelsschulden des Schuldnerlandes notwendig werden sollten. Die Zustimmung bezieht sich auf die garantierte/verbürgte Forderung, insbesondere auch insoweit, als der Garantie-/Bürgschaftsnehmer am Ausfall selbst beteiligt ist. Die Zustimmung ist nur dann wirksam, wenn der Bund bei Abschluß einer Vereinbarung gemäß Satz 1 verbindlich erklärt, welcher der in

- § 6 Abs. 2 B genannten politischen Garantiefälle –
- § 6 Abs. (2) Nr. 3 und 4 genannten Bürgschaftsfälle –

auf die einbezogenen Forderungen entsprechende Anwendung findet.“

5.2 Die jetzige Regelung

Wie weiter oben im einzelnen festgestellt, sind die Tatbestandsvoraussetzungen des „politischen“ Garantiefalls/Bürgschaftsfalls – verglichen mit der bisher geltenden Regelung – nicht unbeträchtlich erweitert worden, weil anstelle des ZM-Risikos der „allgemeine politische“ Garantiefall/Bürgschaftsfall gem. § 4 Abs. 2 AllgBed-AG/AB getreten ist. Dadurch ist gleichzeitig die Kompetenz des Bundes, Umschuldungsvereinbarungen abzuschließen, beträchtlich erhöht worden, weil nunmehr gem. § 14 Abs. 1 AllgBed-AG/AB gilt:

„Der Bund ist berechtigt, über die garantierte Forderung (einschließlich Selbstbeteiligung) Umschuldungsvereinbarungen mit dem Schuldnerland abzuschließen; nicht garantierte Nebenforderungen und nicht garantierte Teile nur teilweise garantierter Forderungen darf er dabei einbeziehen.“

Zwar besteht – sieht man einmal vom Fehlen einer das Ermessen konkretisierenden „Richtlinie“ ab – kein Zweifel daran, daß der Bund berechtigt ist, Umschuldungsvereinbarungen gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) abzuschließen. Und er ist auch kraft ausdrücklicher Regelung befugt, in „Ausnahmefällen“ „Bürgschaften, Garantien oder sonstige Gewährleistungen

für bisher ungedeckte Forderungen“ zu übernehmen und in die Umschuldungsvereinbarung einzuschließen. Aber die Voraussetzungen von § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) sind ersichtlich enger als die – pauschale – Kompetenz, die sich der Bund gem. § 14 Abs. 1 AllgBed-AG/AB einräumt. Denn § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) beschränkt die Kompetenz des Bundes, „ungedekte Forderungen“ in die HERMES-Deckung einzubeziehen, auf „Ausnahmefälle“; und es ist des weiteren bestimmt, daß diese „Ausnahmefälle“ nur dann vorliegen, „wenn andernfalls die Umschuldungsmaßnahmen nicht durchgeführt werden können“.

Zwar ist kaum zu erwarten, daß sich ein deutscher Exporteur dagegen wehrt, daß „ungedekte Forderungen“ gem. § 14 Abs. 1 AllgBed-AG/AB in eine Umschuldungsvereinbarung einbezogen und in „Ausnahmefällen“ der HERMES-Deckung unterworfen werden. Denn der Bund ist allemal ein sicherer Schuldner als ein Schuldnerland, mit dem eine Umschuldungsvereinbarung getroffen wurde. So dürfte auch die dann vom deutschen Exporteur an die HERMES-Kreditversicherungs-AG zu zahlende Prämie für diesen keine übermäßige, ungebührliche Belastung darstellen. Doch es bleibt ungeklärt, warum die – einengenden – Voraussetzungen von § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) in § 14 Abs. 1 AllgBed-AG/AB nicht übernommen worden sind. Diese Frage hat um so akutere und aktuellere Bedeutung als § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) ausdrücklich bestimmt, daß im Rahmen von Umschuldungsvereinbarungen „die Selbstbehalte nachträglich ermäßigt“ werden können – ein Gesichtspunkt, den § 14 AllgBed-AG/AB schlechthin ignoriert.

Da aber der Bundesminister der Finanzen an die Norm des § 9 Abs. 1 Nr. 1 c Haushaltsgesetz (1986) kategorisch gebunden ist, kann man die weit darüber hinausgehende und davon abweichende Bestimmung von § 14 Abs. 1 AllgBed-AG/AB wohl nur als unwirksam i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG einordnen. Denn es unterliegt kaum einem Zweifel, daß die zwingende Bestimmung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 Haushaltsgesetz (1986) eine Rechtsnorm ist, an die der Bund – aber auch die HERMES-Kreditversicherungs-AG – bei Aufstellung von AGB gebunden sind. Die wesentlich restriktivere Fassung der bislang gültigen und praktizierten Umschuldungsklausel hatte diesen – ersichtlichen – Defekt nicht. Berücksichtigt man, daß nach ständiger Judikatur des BGH eine geltungserhaltende Reduktion ausscheidet⁵⁸⁾, wird man kaum umhinkönnen, die gesamte Regelung von § 14 Abs. 1 AllgBed-AG/AB als unwirksam einzuordnen. Zur Konsequenz hat dies, daß der Bund – mangels pauschaler Bevollmächtigung – überhaupt keine Kompetenz besitzt, Umschuldungsvereinbarungen gegenüber den deutschen Exporteuren als Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer wirksam abzuschließen. Damit aber werden – dies ist keine Frage – Steine statt Brot gereicht.

5. Berechnung – Anrechnung der Entschädigung

Die früher gültige Regelung von § 10 Abs. 1 AllgBed-AG (a. F.) war bekanntlich Gegenstand von zwei BGH-Entscheidungen.⁵⁹⁾ Diese kamen zu dem Resultat, daß die dort niedergelegte

58) BGH ZIP 1985, 38 = EWIR § 24 AGBG 1/85, 19 (Bunte).

59) BGH ZIP 1983, 184 = WM 1983, 151; BGH WM 1983, 912.

Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam war. Deshalb stellt sich die Frage, ob die nunmehr vorgesehene Regelung in § 7 Abs. 1 AllgBed-AG/AB mit den etablierten Grundsätzen des AGB-Gesetzes vereinbar ist. Diese Bestimmung lautet:

„Stehen dem Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer aus seiner Geschäftstätigkeit mehrere Forderungen gegen den ausländischen Schuldner zu, so werden für die Feststellung der Entschädigung hierauf geleistete Zahlungen des ausländischen Schuldners auch dann, wenn zwischen Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer und Schuldner eine andere Anrechnungsregelung vereinbart ist, wie folgt berücksichtigt...“

Aufgrund dieses Wortlautes stellt sich die Frage, ob der kategorische Ausschluß der zwischen Exporteur/Gläubiger und Schuldner vereinbarten Anrechnungsregelung unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 366 BGB gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG wirksam ist. Geht man davon aus, daß die Judikatur dazu tendiert, der Anrechnungsregelung von § 366 BGB – insbesondere dem Bestimmungsrecht des Schuldners – maßgebende Bedeutung beizumessen⁶⁰⁾, spricht viel dafür, daß die Regelung von § 7 Abs. 1 AllgBed-AG/AB wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam ist. Zu dem gleichen Resultat gelangt man dann, wenn man in der zwischen Exporteur/Gläubiger und Schuldner getroffenen Anrechnungsvereinbarung eine auch gegenüber Dritten wirksame Individualabrede i. S. v. § 4 AGBG sieht, welche ihrerseits den Vorrang gegenüber der insoweit abweichenden Klausel von § 7 Abs. 1 AllgBed-AG/AB verdient.

Soweit jedoch die Regelung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 AllgBed-AG/AB in Rede steht, sind Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Klausel unter Berücksichtigung von § 366 BGB nicht angebracht. Denn die „Tilgungsbestimmung des ausländischen Schuldners“ setzt sich durch, soweit „Zahlungen auf gedeckte Forderungen“ sowie „auf ungedeckte Forderungen“ erfolgen, sofern letztere „früher fällig sind als die garantierte Forderung“. Doch gerade wegen dieser die – „Tilgungsbestimmung des ausländischen Schuldners“ – betonenden Regelung ist es ungerne, daß die – individualvertraglich – erzielte „Anrechnungsregelung“ demgegenüber in den Hintergrund treten soll. Gewiß, hier steht ersichtlich der Gedanke Pate, etwaigen Manipulationen zwischen deutschem Exporteur/Gläubiger und ausländischem Schuldner vorzubeugen, insbesondere zu verhindern, daß eine „Anrechnungsregelung“ mit dem Inhalt getroffen wird, zunächst die „ungedeckten Forderungen“ zu befriedigen, erst

später die HERMES-gedeckten; denn dann würden beide Parteien zu Lasten des Bundes manipulieren und spekulieren⁶¹⁾. Daß dies verhindert werden soll, leuchtet ein. Allein, die Wertungskriterien von § 366 BGB sind auch in diesem Zusammenhang entscheidend; sie sind jedenfalls wesentlicher i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG als der – im Hintergrund stehende – Gedanke, es müsse im Hinblick auf gedeckte und ungedeckte Forderungen eine Art Risikogemeinschaft zwischen dem deutschen Exporteur einerseits und dem Bund andererseits herbeigeführt werden⁶²⁾.

Diesen Grundgedanken berücksichtigt freilich – und hier wird der Widerspruch offenkundig – die Bestimmung von § 7 Abs. 1 Nr. 2 AllgBed-AG/AB, die folgenden Wortlaut aufweist:

„Zahlungen auf ungedeckte Forderungen, die zur selben Zeit wie die garantierte/verbürgte Forderung oder später als diese fällig sind, werden in den Garantiefällen/Bürgschaftsfällen gem. § 4 Abs. 3 und 4 auf gedeckte und ungedeckte Forderungen und vertraglich vereinbarte Zinsforderungen (ausgenommen Verzugszuschläge) nach der Reihenfolge ihrer Fälligkeit angerechnet, es sei denn, nach den Umständen des Einzelfalles ist auszuschließen, daß der Garantiennehmer/Bürgschaftsnehmer auf die Tilgungsbestimmungen der Zahlung Einfluß genommen hat. In den Garantiefällen/Bürgschaftsfällen gem. § 4 Abs. 2 bleibt bei derartigen Zahlungen die Tilgungsbestimmung des ausländischen Schuldners maßgeblich.“

IV. Zusammenfassung

Die neuen HERMES-Bedingungen für die Fabrikationsrisiko-Deckung und die Ausfuhrisiko-Deckung lassen ein geschlosseneres Bild erkennen; sie zeichnen sich durch eine höhere Transparenz aus, als die bislang gültigen. Dies kommt der Praxis zugute. Gleichwohl sind manche Änderungen von hoher praktischer Bedeutung; an einigen wenigen Stellen bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit der neu formulierten Bedingungen. Ob diese in der Praxis durchschlagen, bleibt freilich noch abzuwarten. Doch für die mittelständische Industrie bleibt das Kapitel „HERMES“, wie die Erfahrung lehrt, gleichwohl ein Buch mit sieben Siegeln.

60) BGHZ 91, 375, 379 ff = ZIP 1984, 1236, 1238 ff.

61) Vgl. im einzelnen *Schallehn/Stolzenburg* (Fußn. 2), Kap. X Rz. 52 ff.