Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-741/2007
{T 0/2}

Urteil vom 20. Dezember 2007

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz), Richter Jean-Luc Baechler, Richter Ronald Flury;
Gerichtsschreiber Stefan Wyler.

Parteien

S._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Joachim Frick,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Exportrisikoversicherung,
vertreten durch Herrn lic. iur. Martin Romann,
Vorinstanz.

Gegenstand

Exportrisikogarantie.

Sachverhalt:

A.
Im Herbst bzw. Winter 2005 bestellte die K._____ Co. Llc, Dubai, United Arab Emirates (nachfolgend K._____) bei der S._____ AG (Beschwerdeführerin) zwei Sendungen von Chemikalien. Zur Bezahlung der Lieferungen eröffnete die Bank M._____, Dubai, United Arab Emirates (nachfolgend M._____) im Auftrag der K._____ und zu Gunsten der Beschwerdeführerin am 6. bzw. 25. Dezember 2005 zwei unwiderrufliche und bei der Bank Z._____ benützbare Dokumentenakkreditive.

Mit Gesuch vom 6. März 2006 beantragte die Beschwerdeführerin die Exportrisikogarantie unter Einschluss des Delkredererisikos bei einem Deckungssatz von 95% des Lieferwertes von Fr. 360'932.-. Gleichzeitig beantragte sie die Genehmigung der Abtretung der Garantie an die Bank Z._____.

In zwei Lieferungen vom 10. und 15. März 2006 versandte die Beschwerdeführerin die bestellte Ware.

Mit Verfügung vom 17. März 2006 gewährte das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) die Exportrisikogarantie unter Einschluss des politischen, des Transfer- sowie des Delkredererisikos. Auf Gesuch der Beschwerdeführerin verlängerte das seco in der Folge die Garantielaufzeit auf 6 Monate ab 20. März 2006.

Mit Schreiben vom 30. März 2006 ersuchte die Bank Z._____ die Bank M._____, die Ermächtigung des Auftraggebers einzuholen, um die eingereichten Dokumente aufzunehmen, obwohl sie Unstimmigkeiten aufwiesen. Die Bank M._____ verweigerte mit SWIFT vom 3. April 2006 die Honorierung der Akkreditive. K._____ bezahlte in der Folge ebenfalls nicht.

Am 20. Oktober 2006 meldete die Beschwerdeführerin der Geschäftsstelle der Schweizerischen Exportrisikogarantie einen Schaden von Fr. 371'460.- und beantragte eine Versicherungsleistung von Fr. 352'887.-.

Mit Verfügung vom 13. Dezember 2006 lehnte die Kommission der Schweizerischen Exportrisikogarantie die Leistung einer Entschädigung an die Beschwerdeführerin vollumfänglich ab.

B.
Gegen diese Verfügung reicht die Beschwerdeführerin am 26. Januar 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein und beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zur Leistung von Schadenersatz zu verpflichten. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kosten seien der Bundeskasse aufzuerlegen und der Beschwerdeführerin sei eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.

C.
Mit Vernehmlassung vom 25. Mai 2007 beantragt die Schweizerische Exportrisikoversicherung die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Mit Replik vom 28. Juni 2007 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

Am 12. September 2007 reicht die Schweizerische Exportrisikoversicherung ihre Duplik ein und hält ihrerseits vollumfänglich an den in der Vernehmlassung gestellten Anträgen fest.

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2007 nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zur Duplik der Schweizerischen Exportrisikoversicherung.

Am 12. Oktober 2007 äussert sich die Schweizerische Exportrisikoversicherung zu den Bemerkungen der Beschwerdeführerin zur Duplik.

D.
Auf diese Eingaben und die einzelnen Vorbringen der Parteien wird soweit sie für den Entscheid als erheblich erscheinen in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Verfügung der Kommission der Schweizerischen Exportrisikogarantie vom 13. Dezember 2006 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. f Bundesverwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) und im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 37 ff. VGG i.V.m. Art. 44 ff. VwVG) für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

2.
Am 1. Januar 2007 ist das neue Exportrisikoversicherungsgesetz vom 16. Dezember 2005 (SERVG, SR 946.10) in Kraft getreten (AS 2006 1812). Es löste das alte Bundesgesetz über die Exportrisikogarantie vom 26. September 1958 (ERGG, SR 946.11; AS 1959 391,1973 1024, 1978 1985, 1981 56, 1992 288 Anhang Ziff. 63, 1996 2444) ab. Auf den selben Zeitpunkt hin ist auch die Verordnung über die Exportrisikogarantie vom 15. Juni 1998 (ERGV, SR 946.111; AS 1998 1624, 2000 187 Art. 21 Ziff. 10) durch die Verordnung über die Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERV-V, SR 946.101) ersetzt worden.

Gemäss den Übergangsbestimmungen in Art. 38 SERVG werden Garantien, die vor Inkrafttreten des Exportrisikoversicherungsgesetzes erteilt wurden, auch nach bisherigem Recht beurteilt. Die Garantieverfügung des seco erging am 17. März 2006. Massgebend für die vorliegende Streitsache sind somit die bis Ende 2006 gültigen materiellen Bestimmungen des ERGG und der ERGV.

3.
Auf den 1. Januar 2007 erlangte die Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERV) eigene Rechtspersönlichkeit und übernahm die Akti-

ven und Passiven des Fonds der ehemaligen Schweizerischen Exportrisikogarantie (ERG) sowie alle Rechte und Pflichten derselben (vgl. Art. 39 SERVG). Damit ist die SERV als Nachfolgeinstitution der ERG in die Parteistellung der Vorinstanz in das hier zu beurteilende Verfahren eingetreten.

4.
Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Exportrisikogarantie das Risiko einer unberechtigten Zahlungsverweigerung durch die Garantin, die Bank M._____, abdeckt, da es sich bei ihr um eine staatliche Bank handelt. Umstritten ist jedoch, ob auch das Risiko einer Zahlungsverweigerung durch die private Bestellerin K._____ versichert ist oder nicht.

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, das seco habe in seiner Garantieverfügung das Delkredererisiko uneingeschränkt eingeschlossen. Damit habe es auch das Delkredererisiko in Bezug auf die private Bestellerin versichert. Die Beschwerdeführerin sei daher in ihrem berechtigten Vertrauen in diese Verfügung zu schützen.

4.1 Richtig ist, dass die Garantieverfügung 06-9227/1 unter den gedeckten Risiken nur den nicht weiter spezifizierten Ausdruck Delkredererisiko aufführt. Indessen enthält die Verfügung auch folgenden Passus:

> Gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 26.9.1958 und der Verordnung vom 15.6.1998 über die Exportrisikogarantie und gestützt auf die Angaben des in der Adresse genannten Gesuchstellers/Garantienehmers wird die Exportrisikogarantie unter den aufgeführten Bedingungen gewährt.
>
> Diese Garantie deckt einen eingetretenen Verlust oder Zahlungsrückstand, soweit er gemäss den angeführten Erlassen und den allfälligen zusätzlichen Bedingungen und Einschränkungen unter die ERG fällt.

Dem Garantiegesuch war überdies folgende Erklärung beigefügt gewesen, die von der Beschwerdeführerin unterschriftlich zu bestätigen gewesen war:

> Der Gesuchsteller bestätigt, vom Bundesgesetz vom 26.9.1958 über die Exportrisikogarantie und den dazugehörigen Verordnungen Kenntnis genommen zu haben.

4.2 Die Garantieverfügung enthält somit keine ausdrückliche Zusicherung, dass auch eine Zahlungsverweigerung der privaten Bestellerin zum gedeckten Risiko gehören würde, wie dies die Beschwerdeführerin darstellt. Vielmehr weist die Verfügung ausdrücklich darauf hin,

dass Verluste nur im Rahmen der einschlägigen bundesrechtlichen Bestimmungen gedeckt seien.

4.3 Gemäss ERGG kann der Bund die Übernahme von Exportaufträgen, bei denen der Zahlungseingang mit besonderen Risiken verbunden ist, durch Gewährung einer Garantie erleichtern (Art. 1 ERGG). Nach Art. 3 ERGG besteht eine Exportrisikogarantie in der Zusicherung einer teilweisen Deckung eines allfälligen Verlustes oder Rückstandes im Zahlungseingang zu Gunsten des Exporteurs oder eines Dritten für bestimmte Exportgeschäfte. Der den Deckungsumfang der abgegebenen Exportrisikogarantie umschreibende Art. 4 ERGG lautet:

> Die Garantie umfasst, unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheides im einzelnen Fall, die teilweise Deckung von Verlusten, die verursacht werden durch Ereignisse und Umstände wie:
>
> a. ...
>
> b. Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsverweigerung von Staaten, Gemeinden, anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowie von ganz oder überwiegend solchen gehörenden oder öffentliche Aufgaben erfüllenden Betrieben des privaten Rechts;
>
> c. Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsverweigerung von Staaten, Gemeinden, anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Notenbanken, staatlichen oder privaten Banken, welche die Forderung durch eine Zahlungsgarantie gesichert oder ein unwiderrufliches Akkreditiv eröffnet haben;
>
> d. ...

Art. 5 ERGG nennt die Sachverhalte, welche nicht unter den Deckungsumfang der Exportrisikogarantie fallen, und bestimmt:

> Durch die Garantie nicht gedeckt sind Verluste, die
>
> a. ...
>
> b. infolge Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsverweigerung privater Besteller entstanden sind,
>
> c. ...

Nichts Entgegenstehendes geht auch aus Art. 3 ERGV hervor. Dieser bestimmt unter dem Titel Risiken :

> [1]Folgende Risiken sind versicherbar:
>
> a. ...

b. Delkredererisiko in bezug auf den Besteller oder den Garanten: Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsverweigerung von:

1. Staaten, Gemeinden und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften,

2. Betrieben des privaten Rechts, die ganz oder überwiegend öffentlich-rechtlichen Körperschaften gehören oder öffentliche Aufgaben erfüllen,

3. geprüfte Banken;

c. ...

4.4 Diese Regelungen in Gesetz und Verordnung sind von ihrem Wortlaut her eindeutig: Das Risiko der Zahlungsunfähigkeit oder der Zahlungsverweigerung eines privaten Bestellers ist grundsätzlich von der Deckung durch die Exportrisikogarantie ausgenommen.

Zwar kann der Versicherungsnehmer eine zumindest mittelbare Deckung seines Risikos durch die Exportrisikogarantie erreichen, indem er die Forderung durch eine Zahlungsgarantie oder ein unwiderrufliches Akkreditiv einer Bank sichern kann, die ihrerseits versicherbar sind. Diese Möglichkeit ändert indessen nichts daran, dass auch im Fall einer derartigen Absicherung das Delkredererisiko des privaten Bestellers an sich nicht versicherbar ist. Versicherbar ist nach dem klaren Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung nur das Delkredererisiko der Garantin bzw. der eröffnenden Bank. Diese Differenzierung ergibt sich nicht nur aus dem eindeutigen Wortlaut, sie war auch vom historischen Gesetzgeber bewusst so gewollt (vgl. Botschaft zur Änderung von Artikel 4 Buchstabe c des Bundesgesetzes über die Exportrisikogarantie vom 24. Mai 1995 [Botschaft], Bundesblatt [BBl] 1995 III 1307f., 1312; WOLFRAM KUONI in Schweizer Schriften zum Bankenrecht [Bd. 78], Die Exportrisikogarantie des Bundes, Zürich 2004, S. 173 f.).

Angesichts dieser klaren Ausgangslage erweist sich die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, auch das Delkredererisiko eines privaten Bestellers sei versicherbar, als offensichtlich unzutreffend.

4.5 Angesichts dieses Verweises in der Garantieverfügung kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, soweit sie sinngemäss geltend macht, das seco habe entgegen der klaren Rechtslage auch das Delkredererisiko in Bezug auf die private Bestellerin versichert.

5.

Zu klären bleibt somit die Frage, ob die Beschwerdeführerin einen An-

spruch auf Ersatz ihres Verlustes aus der Zahlungsverweigerung der Bank M._____ hat.

Unbestritten ist diesbezüglich, dass die Bank M._____ eine Bank im Sinn von Art. 4 Bst. c ERGG ist, weshalb das Delkredererisiko in Bezug auf sie an sich versichert ist. Ebenfalls unbestritten ist die gültige Eröffnung der Akkreditive durch die Bank M._____ im Auftrag der K._____ zu Gunsten der Beschwerdeführerin.

Hingegen macht die Vorinstanz geltend, die Beschwerdeführerin habe die Zahlungsverweigerung durch die Bank M._____ selbst verschuldet, weil sie die Vertragsbedingungen nicht eingehalten habe. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies; sie stellt sich auf den Standpunkt, sie habe ihren Vertrag mit der K._____ korrekt erfüllt und die Zahlungsverweigerung der Bank M._____ sei rechtsmissbräuchlich.

5.1 Verluste, die der Exporteur wegen vertragswidrigen Verhaltens selbst zu vertreten hat, sind von der Deckung durch die Exportrisikogarantie ausgeschlossen (Art. 5 Bst. a ERGG). Zudem haben Exporteur und Garantienehmer gemäss Art. 10 ERGG alle durch die Umstände gebotenen Massnahmen zu treffen, um einen Verlust zu vermeiden.

5.2 Bevor geprüft werden kann, ob sich die Beschwerdeführerin vertragskonform verhalten hat oder ob sie die Zahlungsverweigerung der Bank M._____ durch ihr eigenes vertragswidriges Verhalten zu vertreten hat, ist zuerst abzuklären, welches der massgebende Vertrag ist.

5.2.1 In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten, dass die Bank M._____ neben den von ihr eröffneten Akkreditiven keine anderen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Beschwerdeführerin eingegangen ist. Das Grundgeschäft zwischen der Beschwerdeführerin und der Bestellerin könnte daher für die Bank M._____ nur dann bzw. insoweit rechtlich verbindlich sein, als sich dieser Zusammenhang aus den Akkreditiven selbst ergeben würde.

5.2.2 Ein entsprechender, ausdrücklicher Verweis auf dieses Grundgeschäft ist in den Akkreditiven nicht enthalten. Zu prüfen ist daher, ob sich dieser Zusammenhang auch ohne ausdrücklichen Verweis aus den Umständen ergibt.

5.2.3 Weder in der Schweiz noch in den meisten anderen Ländern findet sich eine spezifische Regelung des Dokumentenakkreditivs. Im Zuge der wachsenden Bedeutung des Akkreditivs im grenzüberschreitenden Handel nach dem ersten Weltkrieg sah sich die Internationale Handelskammer (ICC [International Chamber of Commerce]) veranlasst die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ICC-Publikation Nr.500; nachfolgend: ERA 500) zu entwerfen. Diese ERA 500 gelten für alle Dokumentenakkreditive, in deren Akkreditivtext sie einbezogen sind. Voraussetzung für deren Anwendbarkeit auf ein konkretes Vertragsverhältnis ist somit eine entsprechende Privatvereinbarung (ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000, § 31 Rz. 45 ff.).

5.2.4 Die von der Bank M._____ eröffneten Akkreditive vom 6. und 25. Dezember 2005 enthalten einen dementsprechenden Hinweis auf die Gültigkeit der ERA 500 für die von ihr eröffneten Akkreditive. Auch in den Schreiben vom 7. und 27. Dezember 2006 an die Beschwerdeführerin weist die Bank Z._____ darauf hin, dass die Akkreditive der Bank M._____ den Bestimmungen der ERA 500 unterliegen. Diese Richtlinien in der damals geltenden Fassung bilden damit Vertragsinhalt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2005 vom 9. November 2006 E. 1 in fine).

Zur Bestimmung der Rechte und Pflichten aus einem Dokumentenakkreditiv sind somit in erster Linie die Regeln der internationalen Handelskammer anwendbar. Sind Normen der ERA 500 auslegungs- oder ergänzugsbedürftig, darf der Richter sich dabei nicht primär an dispositives, nationales Recht halten. Vielmehr sind die Handelsbräuche des internationalen Verkehrs herbeizuziehen, um eine international einheitliche Auslegung und Anwendung zu gewährleisten. Nur dort wo Rechtsfragen von der ERA nicht geregelt werden, ist auf das durch Kollisionsrecht zu bestimmende nationale Recht abzustellen (MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, a.a.O., § 31 Rz. 47 mit weiteren Hinweisen).

Unter Littera A. (General Provisions and Definitions) definieren die ERA 500 allgemeine Begriffe. Art. 3. ERA 500 äussert sich zum Verhältnis von Akkreditiv gegenüber Verträgen und führt aus, dass Akkreditive, ihrer Natur zufolge, von Kauf- oder anderen Verträgen unabhängige Rechtsgeschäfte darstellen. Dies selbst dann, wenn in Akkreditiven auf solche Verträge in irgendeiner Weise Bezug genommen wird (JENS NIELSEN, in Schriftenreihe der internationalen Wirtschaft [Bd. 41],

Neue Richtlinien für Dokumenten-Akkreditive: Kommentar zu den Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumenten-Akkreditive 1993 [ERA 500], Heidelberg 1994, Art. 3 Rz. 10).

5.2.5 Massgebend für die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin gegenüber der Bank M._____ vertragskonform verhalten hat oder nicht bzw. ob sie die Zahlungsverweigerung der Bank M._____ allenfalls wegen ihres eigenen vertragswidrigen Verhaltens zu vertreten hat (vgl. Art. 5 Bst. a ERGG), sind somit ausschliesslich die durch die Bank M._____ eröffneten Akkreditive. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Beschwerdeführerin und der K._____ sind dagegen vollständig irrelevant.

Das Argument der Beschwerdeführerin, die Vereinbarung zwischen ihr und der Käuferin, K._____ habe abweichend von der Formulierung in den Akkreditiven eine Lieferung ex-works Switzerland vorgesehen, welche mit der rechtzeitigen Versendung ab der Schweiz am 10. respektive 15. März 2006 eingehalten worden sei, ist daher grundsätzlich unbehelflich.

5.3 Aktenkundig ist folgender Sachverhalt bezüglich der eröffneten Akkreditive und der späteren Weigerung der Bank M._____, diese Akkreditive zu honorieren:

Am 6. Dezember 2005 eröffnete die Bank M._____ ein erstes unwiderrufliches Dokumentenakkreditiv Nr. 01/0057146/S/05 (nachfolgend: Akkreditiv Nr. 146) zu Gunsten der Beschwerdeführerin über Fr. 283'866.-.

Am 7. Dezember 2005 teilte die Bank Z._____ der Beschwerdeführerin die Ausstellung des Akkreditivs Nr. 146 mit. In ihrem Schreiben wies sie die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Akkreditivbedingungen sorgfältig auf ihre Erfüllbarkeit zu überprüfen seien und bei Abweichungen von den getroffenen Vereinbarungen beim Auftraggeber auf schnellstem Weg eine entsprechende Abänderung zu veranlassen sei. Nur vollkommen akkreditivkonforme Dokumente würden eine rasche und reibungslose Erledigung des Geschäftsfalles garantieren.

Im Besonderen erklärte die Bank Z._____, dass sie der eröffnenden Bank M._____ eine Mitteilung gesandt habe, dass gemäss dem Akkreditiv eine Ocean Bill of Lading benötigt werde und die Verladung respektive der Versand ab der Schweiz (Field 44A: Loading on

Board/Dispatch/Taking in Charge at/from... Switzerland) erfolgen solle. Dies sei jedoch nicht möglich, da die Schweiz ein vom Festland umschlossenes Land sei. Sie habe daher die Bank M._____ gebeten, Feld 44A auf Any European port zu berichtigen. Weiter empfahl sie der Beschwerdeführerin, diesbezüglich mit der Auftraggeberin Kontakt aufzunehmen.

Am 25. Dezember 2005 eröffnete die Bank M._____ ein zweites unwiderrufliches Dokumentenakkreditiv Nr. 01/0057299/S/05 (im Folgenden: Akkreditiv Nr. 299) zu Gunsten der Beschwerdeführerin über Fr. 77'066.-.

Mit Mitteilung vom 27. Dezember 2005 bestätigte die Bank Z._____ der Beschwerdeführerin die Eröffnung dieses zweiten Akkreditivs. Die Mitteilung vom 27. Dezember 2005 enthielt die selben Hinweise wie das Schreiben der Bank Z._____ an die Beschwerdeführerin vom 7. Dezember 2005.

Am 23. Februar 2006 sandte die Bank M._____ einen Zusatz zum Akkreditiv Nr. 146 vom 6. Dezember 2005, gemäss dem die Position 44A (Loading on Board/Dispatch/Taking in Charge at/from...) von Switzerland auf Any European port und die Position 44C (Latest Day of Shipment) von 060118 (18. Januar 2006) auf 060310 (10. März 2006) geändert würden.

Zum Akkreditiv Nr. 299 vom 25. Dezember 2005 liess sich die Bank M._____ nicht weiter vernehmen.

Mit Schreiben vom 30. März 2006 ersuchte die Bank Z._____ die Bank M._____, die Ermächtigung des Auftraggebers einzuholen, um die eingereichten Dokumente aufzunehmen, obwohl sie folgende Unstimmigkeiten aufwiesen: Zu späte Verschiffung, Abweichung des Bruttogewichts auf dem Konnossement und Fehlen der Akkreditivnummer auf dem Ursprungszertifikat (late shipment/gross weight on B/L differs/Cert. Of Origin does not show L/C no.).

Mit Swift vom 3. April 2006 verweigerte die Bank M._____ die Honorierung der Akkreditive Nr. 146 und Nr. 299. Sie monierte bezüglich Akkreditiv Nr. 146 sieben Abweichungen zwischen Akkreditivinhalt und den an sie übermittelten Dokumenten, insbesondere eine verspätete Verschiffung, voneinander abweichende Gewichtsangaben in einzelnen Dokumenten, Angaben in U.S.-Dollar anstelle von Schweizer

Franken und fehlende Dokumente. Bezüglich Akkreditiv Nr. 299 rügte die Bank M._____ fünf Abweichungen, insbesondere eine verspätete Verschiffung und unterschiedliche Verladehäfen in einzelnen Dokumenten.

Mit Schreiben vom 22. August 2006 erkundigte sich die Bank M._____ bei der Bank Z._____ über das weitere Vorgehen in dieser Sache.

Am 29. Oktober übersandte die Bank M._____ die nicht aufgenommenen Dokumente zu den beiden Akkreditiven Nr. 146 und Nr. 299 zu ihrer Entlastung wiederum der Bank Z._____.

5.4 Bezüglich der Bestimmung der Begriffe Dokumente und Waren/Dienstleistungen/andere Leistungen hält Art4. ERA 500 fest, dass bei Akkreditivgeschäften sich alle Beteiligten mit Dokumenten und nicht mit Waren, Dienstleistungen oder anderen Leistungen, auf welche sich die Dokumente möglicherweise beziehen, befassen. In diesem Artikel spiegelt sich auch das Prinzip der Dokumentenstrenge wieder (THOMAS KOLLER/CHRISTA KISSLING in Berner Bankenrechtstag 2000 [Bd. 7], Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, Bern 2000, III. A. 4. a., S. 91 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C. 393/2005 vom 9. November 2006 E. 4.4). Dieses Prinzip verlangt eine strikte Observanz der Akkreditivbedingungen für und gegen den Begünstigten (NIELSEN, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 14 ff. Rz. 86). Nach allgemeiner Akkreditivpraxis werden Dokumente von der Akkreditivbank auf Vollständigkeit (im Sinne von Vollzähligkeit der Dokumente entsprechend den Akkreditivbedingungen) auf formelle (äussere) Ordnungsmässigkeit und Übereinstimmung nach Art und Inhalt mit den Akkreditivbedingungen geprüft. Sodann dürfen sich die Dokumente ihrer äusseren Aufmachung nach nicht widersprechen. Nicht zu kümmern braucht sich die Akkreditivbank um die materielle (inhaltliche) Richtigkeit (KOLLER/KISSLING, a.a.O., III. B. 2., S. 100; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, a.a.O., § 31 Rz. 18;). Die Akkreditivbank darf nur gegen solche Dokumente Zahlung leisten, die sich nach dieser Prüfung mit den im Akkreditiv vorgeschriebenen Dokumenten übereinstimmend erweisen. Zudem haben Dokumenten- und Warengeschäft, von der Bank her gesehen, nichts miteinander zu tun (THEODOR BÜHRER, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997, S. 70 und Beispielen auf S. 77). Wenn die Bank inhaltliche Unrichtigkeit vermutet, darf sie grundsätzlich akkreditivkonforme Dokumente ebenso wenig ablehnen, wie sie beim

Nachweis vollständiger und ordnungsgemässer Erfüllung des Warengeschäfts Dokumente aufnehmen darf, die den Akkreditivbedingungen nicht entsprechen (zum Ganzen: NIELSEN, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 13 ff. Rz. 86 ff. mit reichhaltiger Kasuistik; Urteil des Bundesgerichts 4C.393/2005 vom 9. November 2006 E. 3.1).

5.5 Die beiden Akkreditive Nr. 146 und Nr. 299 verlangten unter anderen Bedingungen das Beibringen einer Ocean Bill of Lading mit Verlade- oder Versendeort Switzerland und einem spätesten Verladedatum 18. Januar 2006 bzw. 15. März 2006. Auch das Amendment für das Akkreditiv Nr. 146 verlangte eine Ocean Bill of Lading , aber mit dem Verlade- oder Versendeort Any European port und dem spätesten Verladedatum 10. März 2006.

5.6 Gemäss Art. 23. a. ERA 500 weist eine Ocean Bill of Lading den Versand von Hafen zu Hafen aus. Bezüglich Verlade- und Versendedaten hält Art. 23 a. ii. ERA 500 fest:

> Wenn ein Akkreditiv ein Konossement für eine Hafen-zu-Hafen-Verladung verlangt, nehmen die Banken, sofern im Akkreditiv nichts anderes vorgeschrieben ist, ein wie auch immer bezeichnetes Dokument an, das
>
> ...
>
> ii. ausweist, dass die Ware an Bord eines namentlich genannten Schiffes verladen oder auf einem namentlich genannten Schiff verschifft worden ist; die Verladung an Bord eines namentlich genannten Schiffes oder die Verschiffung auf einem namentlich genannten Schiff kann durch einen vorgedruckten Wortlaut auf dem Konossement ausgewiesen werden, wonach die Ware an Bord eines namentlich genannten Schiffes verladen oder auf einem namentlich genannten Schiff verschifft worden ist; in diesem Fall gilt das Ausstellungsdatum des Konossements als Datum der Verladung an Bord und als Verladedatum; in allen anderen Fällen muss die Verladung an Bord eines namentlich genannten Schiffes durch einen Vermerk auf dem Konossement nachgewiesen werden, an dem die Ware an Bord verladen worden ist; in diesem Fall gilt das Datum des An-Bord-Vermerks als Verladedatum;
>
> In allen anderen Fällen muss die Verladung an Bord eines namentlich genannten Schiffes durch einen Vermerk auf dem Konnossement nachgewiesen werden, der das Datum angibt, an dem die Ware an Bord verladen worden ist; in diesem Fall gilt das Datum des An-Bord-Vermerks als Verladedatum;
>
> ...

5.7 Im vorliegenden Fall reichte die Beschwerdeführerin der Bank Z._____ zwei Ocean Bills of Lading ein. Der An-Bord-Vermerk datiert jedoch in beiden Fällen vom 23. März 2006. Die Diskrepanz zu den in den beiden Akkreditiven vorgeschriebenen spätesten Verlade-

daten 18. Januar 2006 und 10. März 2006 bzw. dem im Amendment erlaubten spätesten Verladedatum 15. März 2006 ist offensichtlich.

5.8 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Ocean Bill of Lading weise Zurzach/Switzerland als Übernahmeort aus und erfülle daher die Voraussetzungen eines im Sinne von Art. 23. a. iii. a ERA 500 aufnahmefähigen Dokuments, denn der Übernahmeort Zurzach entspreche dem im Akkreditiv festgeschriebenen Verladeort (Loading on Board/Dispatch/Taking in Charge at/from...), nämlich Switzerland . Der Abänderung von Akkreditiv Nr. 146 durch das Amendment habe sie nicht zugestimmt, weshalb die dadurch bewirkte Änderung des Übernahmeortes in "Any European Port" ungültig sei.

Ob die Beschwerdeführerin der durch das Amendment vorgeschlagenen Änderung zugestimmt hat oder nicht, ist im vorliegenden Fall nicht relevant. Die beiden Akkreditive Nr. 146 und Nr. 299 verlangten das Beibringen einer Ocean Bill of Lading mit Verlade- oder Versendeort Switzerland und einem spätesten Verladedatum 18Januar 2006 bzw. 15. März 2006. Auch das Amendment für das Akkreditiv Nr. 146 verlangte eine Ocean Bill of Lading , aber mit dem Verlade- oder Versendeort Any European port und dem spätesten Verladedatum 10. März 2006.

Der Übernahmeort (Place of Receipt) ist nicht identisch mit dem Verladehafen (Port of Loading). Art23. a. iii. a ERA 500 erlaubt zwar die Übernahme an einem anderen Ort als dem Verladehafen, der Übernahmeort wird damit aber nicht zum Verladehafen und vermag diesen auch nicht zu substituieren. Dieser muss der Ort sein, an welchem die Ware an Bord eines Hochseeschiffes verbracht wurde (vgl. NIELSEN, a.a.O., Art. 23 Rz. 191 f.), da es sich bei einer Ocean Bill of Lading um ein Dokument handelt, das den Hafen-zu-Hafen-Transport auszuweisen hat. Der Unterschied zwischen dem Übernahme- und dem Verladehafen ist im vorliegenden Fall insofern wesentlich, als die Bank M._____ nicht einen falschen Übernahmeort, sondern ein zu spätes Verladedatum ("Date of Shipment) gerügt hat. Nach den vorgenannten, eindeutigen Bestimmungen von Art. 23 a. ii. ERA 500 gilt nicht das Datum der Übernahme am Übernahmeort, sondern nur das Verladedatum am Verladeort als Date of Shipment", sofern der Nachweis durch ein Seekonnossement zu erbringen ist.

Eine Ocean Bill of Lading mit Verladedatum erst am 23März 2006 war daher weder nach dem ursprünglichen Akkreditiv Nr. 146 noch nach dem Amendment akkreditivkonform.

5.9 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die eingereichten Ocean Bills of Lading in Bezug auf das vorgeschriebene späteste Verladedatum weder die Bedingungen der Akkreditive Nr. 146 und Nr. 299 noch diejenigen des Amendments zum Akkreditiv Nr. 146 erfüllten. Bereits allein aufgrund dieser Unstimmigkeit war die Bank M._____ berechtigt, die Dokumente nicht aufzunehmen.

Unter diesen Umständen braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob auch die übrigen Rügen der Bank M._____ begründet waren oder nicht.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Bank M._____ habe zwar mitgeteilt, dass sie die Akkreditivdokumente ablehne, im Folgenden aber die Dokumente dennoch aufgenommen und während Monaten einbehalten. Damit habe die Bank M._____ ihr verunmöglicht, über die Dokumente und damit die Waren anderweitig zu verfügen, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Folge habe, dass die eröffnende Bank sich nicht mehr auf mangelnde Akkreditivkonformität der Dokumente berufen könne und zur Bezahlung verpflichtet sei.

6.1 Zu dieser Frage hält Art. 14 ERA 500 fest:

...

d.

> i. Wenn sich die eröffnende Bank und/oder die etwaige bestätigende Bank oder eine für sie handelnde benannte Bank zur Zurückweisung der Dokumente entscheidet, muss sie eine entsprechende Mitteilung, unverzüglich, jedoch nicht später als am Ende des siebten Bankarbeitstages nach dem Tag des Dokumentenerhalts durch Telekommunikation oder, wenn dies nicht möglich ist, auf anderem schnellen Weg geben. Diese Mitteilung ist an die Bank zu richten, von der sie die Dokumente erhalten hat, oder an den Begünstigten, wenn sie die Dokumente unmittelbar von diesem erhalten hat.
>
> ii. Diese Mitteilung muss alle Unstimmigkeiten nennen, aufgrund derer die Bank die Dokumente zurückweist, und muss auch besagen, ob die Dokumente zur Verfügung des Einreichers gehalten oder ihm zurückgesandt werden.
>
> iii. ...

e. Wenn die eröffnende Bank und/oder die etwaige bestätigende Bank nicht gemäss den Bestimmungen dieses Artikels handelt/oder wenn sie die Dokumente weder zur Verfügung des Einreichers hält noch diesem zurücksendet, kann die eröffnende Bank und/oder die etwaige bestätigende Bank nicht geltend machen, dass die Dokumente nicht den Akkreditiv-Bedingungen entsprechen.

6.2 Die Dokumente wurden am 30. März 2006 von der Bank Z._____ der Bank M._____ zur Aufnahme übersandt. Mit 2 Swift-Mitteilungen an die Bank Z._____ vom 3. April 2006 nannte die Bank M._____ sieben Unstimmigkeiten betreffend Akkreditiv Nr. 146 sowie fünf Unstimmigkeiten in Bezug auf Akkreditiv Nr. 299. Bezüglich der weiteren Verfügung über die zugesandten Dokumente teilte sie mit, dass sie die Dokumente zur Verfügung halte (Disposal of Documents /HOLD). Mit 2 weiteren Swift-Mitteilungen vom 22.August 2006 bezüglich Akkreditiv Nr. 146 und Nr. 299 teilte die Bank M._____ der Bank Z._____ mit, dass die entsprechenden Rechnungen weiterhin unbezahlt geblieben seien und erbat um Instruktionen betreffend des weiteren Vorgehens. Die Dokumente würden auf Gefahr der Beschwerdeführerin weiterhin zur Verfügung gehalten. Am 29. Oktober 2006 und unter vorgängiger, letztmaliger Nachfrage am 23. Oktober 2006 über das weitere Vorgehen retournierte die Bank M._____ die kompletten Dokumente an die Bank Z._____.

6.3 Die Bank M._____ hat somit innerhalb der 7-tägigen Frist die Aufnahme der Dokumente verweigert und mitgeteilt, dass sie die Dokumente zur Verfügung der Einreicherin zurückhalte. Dieses Verhalten entspricht einer der beiden in Art. 14 Bst. d. ERA 500 vorgesehenen Alternativen für das korrekte Vorgehen einer Akkreditivbank, welche die Dokumente zurückweist. Es kann keine Rede davon sein, dass die Bank M._____ der Beschwerdeführerin die Dokumente vorenthalten hätte, als diese sie eingefordert bzw. die Aushändigung an einen Bevollmächtigten verlangt hätte. Vielmehr ist der Umstand, dass die Dokumente während Monaten bei der Bank M._____ lagen und dementsprechend niemand über die im Bestimmungshafen eingetroffenen Waren verfügen konnte, einzig darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdeführerin nach der Nichtaufnahme der Dokumente durch die Bank M._____ völlig passiv blieb und keinerlei Anweisungen bezüglich der weiteren Verfügung über die Dokumente gab. Aus dem Verhalten der Bank M._____ kann die Beschwerdeführerin daher nichts zu Gunsten ihres Rechtsstandpunktes ableiten.

7.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Bank M._____ wäre eigentlich ver-

pflichtet gewesen, die Akkreditive so zu verfassen, dass sie den Vereinbarungen des Grundgeschäfts der Beschwerdeführerin mit der K._____ entsprochen hätten. Wenn sie dies nicht getan habe und nachher die Dokumente wegen Detailpunkten zurückgewiesen habe, obwohl die Vertragserfüllung durch die Beschwerdeführerin den Vereinbarungen mit der K._____ entsprochen habe, habe die Bank M._____ sich rechtsmissbräuchlich verhalten.

7.1 Wie bereits dargelegt, stellen die von ihr eröffneten Akkreditive die einzige vertragliche Verpflichtung der Bank M._____ gegenüber der Beschwerdeführerin dar. Eine Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass die Akkreditivbedingungen den Bestimmungen des Kaufvertrages zwischen der K._____ und der Beschwerdeführerin entsprachen, kann aus den Akkreditiven selbst nicht abgeleitet werden. Im Verhältnis zur Beschwerdeführerin oblag der Bank M._____ daher keine derartige Pflicht, deren Verletzung ihr zum Vorwurf gemacht werden könnte. Aus diesem Grund braucht in diesem Verfahren auch nicht weiter abgeklärt zu werden, inwieweit die aktenmässig nicht belegten Behauptungen der Beschwerdeführerin zum Inhalt dieses Kaufvertrages überhaupt zutreffen.

7.2 Ob allenfalls die K._____ verpflichtet gewesen wäre, die Bank M._____ dazu zu veranlassen, die Akkreditivbedingungen den Bestimmungen des Kaufvertrages zwischen der K._____ und der Beschwerdeführerin anzupassen, ist eine Frage, die in diesem Verfahren nicht beantwortet zu werden braucht, da wie dargelegt eine allfällige Zahlungsverweigerung der privaten Bestellerin durch die Exportrisikogarantie nicht versichert ist und eine allfällige Verletzung ihrer vertraglichen Verpflichtungen durch die K._____ für das vorliegende Verfahren daher nicht relevant sind.

7.3 Die Frage stellt sich jedoch, ob die Beschwerdeführerin allenfalls selbst verpflichtet gewesen wäre, dafür zu sorgen, dass allfällige Diskrepanzen zwischen den Bestimmungen des Kaufvertrages und den Akkreditivbedingungen rechtzeitig ausgeräumt worden wären.

7.3.1 Gemäss Art. 10 ERGG haben der Exporteur und Garantienehmer alle durch die Umstände gebotenen Massnahmen zu treffen, um einen Verlust zu vermeiden. Art. 22 ERGV präzisiert dazu:

> Zu den Sicherungsmassnahmen nach Art.10 ERGG gehören alle zumutbaren Vorkehren zur Verhütung oder Beschränkung von Verlusten im Sinne einer sorgfältigen Geschäftsführung.

7.3.2 Die Bank Z._____ forderte die Beschwerdeführerin bereits anlässlich der Mitteilung der Eröffnung der Akkreditive am 7. und 27. Dezember 2005 ausdrücklich auf, die Akkreditivbedingungen sorgfältig auf ihre Erfüllbarkeit zu überprüfen und, sofern Abweichungen mit den getroffenen Vereinbarungen festgestellt würden, beim Auftraggeber eine Abänderung zu verlangen. Nur vollkommen akkreditivkonforme Dokumente grantierten eine rasche und reibungslose Geschäftsabwicklung. Die Bank Z._____ wies die Beschwerdeführerin zusätzlich darauf hin, dass die Akkreditive eine Ocean Bill of Lading verlangten, was in Kombination mit dem Verlade- bzw. Versandort Switzerland nicht möglich sei.

Wenn die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen nicht realisierte, dass die Akkreditivbestimmungen eine andere Art der Vertragsabwicklung vorsahen als sie selbst beabsichtigte, ist das ihrer eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben. Hätte sie das in Art. 22 ERGV vorausgesetzte Ausmass an Kontrolle und Sorgfalt geübt, so hätte sie selbst lange vor der Versendung der Ware feststellen müssen, dass die in den Akkreditiven verlangte Ocean Bill of Lading nicht dem von ihr ge planten kombinierten Transport entsprach und ein wesentlich anderes Versanddatum ab Zurzach voraussetzte als dies bei einer Combined Bill of Lading oder Through Bill of Lading der Fall gewesen wäre. Sie wäre daher in der Lage gewesen, rechtzeitig vor der Versendung der Ware die Diskrepanzen beheben zu lassen oder aber die Ware entsprechend den Akkreditivbestimmungen zu versenden.

Wäre die Beschwerdeführerin ihrer Pflicht nachgekommen, die Akkreditivbestimmungen genau zu kontrollieren und mit ihrer Vertragsabwicklung in Übereinstimmung zu bringen, wäre es der Bank M._____ gar nicht möglich gewesen, sich auf offensichtliche Diskrepanzen zwischen den Akkreditivbestimmungen und den eingereichten Dokumenten zu berufen. Dass der Bank M._____ dies vorliegend möglich war, hat daher die Beschwerdeführerin zu vertreten.

7.4 Insofern kann die Frage offen bleiben, ob sich die Bank M._____ in irgendeiner Form rechtsmissbräuchlich verhalten hat oder nicht, als sie sich auf die Diskrepanzen zwischen den Akkreditivbestimmungen und den eingereichten Dokumenten berief und ihre Zahlung an die Beschwerdeführerin verweigerte, da sich diese Frage gar nicht gestellt hätte, wenn die Beschwerdeführerin ihren Sorgfalts-

pflichten gemäss Art. 10 ERGG und Art. 22 ERGV gebührend nachgekommen wäre.

8.
Insgesamt erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin somit als unbegründet; ein Rechtsanspruch auf Entschädigung ihres Schadens durch die Exportrisikogarantie besteht nicht. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

10.
Obsiegende Parteien haben grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 1 VGKE). Keinen solchen Anspruch haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Partei auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Die Vorinstanz ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, die in ihrer Organisation und Betriebsführung selbständig ist und eine eigene Rechnung führt (Art. 3 SERVG). Die angefochtene Verfügung wurde jedoch in Erfüllung der ihr bzw. der damals noch ihrer Vorgängerorganisation übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes erlassen. Die Vorinstanz ist somit eine Bundesbehörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. c VwVG und hat daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 7'200.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'200.- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (mit Gerichtsurkunde)

Die Kammerpräsidentin:	Der Gerichtsschreiber:
Eva Schneeberger	Stefan Wyler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 3. Januar 2008