



Abteilung II  
B-2576/2019

## Urteil vom 24. Januar 2023

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler,  
Richterin Vera Marantelli,  
Gerichtsschreiber Davide Giampaolo.

Parteien

**Schweizerische Exportrisikoversicherung,**  
vertreten durch lic. iur. Martin Romann, Rechtsanwalt,  
Klägerin,  
gegen

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Dr. iur. Patrick Sutter, Rechtsanwalt,  
Beklagte.

Gegenstand

Erstattungsforderung (Klage vom 27. Mai 2019).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Die Schweizerische Exportrisikoversicherung SERV (nachfolgend auch: Klägerin) ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Schweizerische Exportrisikoversicherung [SERVG, SR 946.10]). In Ergänzung zur Privatwirtschaft bietet sie im nicht marktfähigen Bereich Versicherungen für Exporteure und Finanzinstitute nach Massgabe des SERVG an (Art. 4 und Art. 6 Abs. 1 Bst. d SERVG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Oktober 2006 über die Schweizerische Exportrisikoversicherung [SERV-V, SR 946.101]).

**A.b** Die X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in A. \_\_\_\_\_. Die Gesellschaft bezweckt laut Handelsregister u.a. die Produktion, den Verkauf und den Verleih von Inhalten für Telekommunikationsdienste und elektronische Medien aller Art im In- und Ausland.

**B.**

**B.a** Am 11. April 2014 schlossen die Parteien eine Fabrikationsrisiko- und Lieferantenkreditversicherung ab (VP 14-1071/1; nachfolgend: "Lieferantenkreditversicherung"). Die Klägerin versicherte damit ein Exportgeschäft der Beklagten, welches die Lieferung und Installation eines Funkkommunikationssystems für die Seeschifffahrt in den omanischen Hoheitsgewässern an das Transport- und Kommunikationsministerium des Sultanats Oman (nachfolgend: Besteller oder Ministerium) zum Gegenstand hatte. Der Auftragswert des Exportgeschäfts beläuft sich laut Police VP 14-1071/1 (Ziff. I/6) auf USD 180 Mio. Versichert wurden die Selbstkosten (Fabrikationsrisiko) im Betrag von USD 79'600'000 und die Forderung gegenüber dem ausländischen Besteller (Lieferantenkredit) in der Höhe von USD 146'147'047 (VP 14-1071/1, Ziff. II "Haftung der SERV"). Gestützt auf die damalige Rechtslage erfolgte der Versicherungsabschluss in der Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (aArt. 15 Abs. 1 SERVG [AS 2006 1801]; in Kraft bis 31. Dezember 2015). Die Versicherungspolice wurde in der Folge hinsichtlich diverser Abwicklungsdaten und Fristen dreimal angepasst. Die letzte Version (VP 14-7071/4) datiert vom 30. Januar 2017.

**B.b** Am 10. April 2014 schloss die Beklagte mit der Bank B. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend auch: Finanzinstitut) einen Vertrag über einen Fabrikationskredit bis zu USD 86 Mio. ab ("Working Capital Facility Agreement with SERV Insurance [SERV gedeckter Fabrikationskreditvertrag]"; nachfolgend: Fabrikationskreditvertrag), welcher in der Folge dreimal abgeändert wurde ("Amendment No. 1" vom 28. April 2015, "Amendment No. 2" vom 17. November 2016, "Amendment No. 3" vom [10.] September 2017). Gemäss dieser Vereinbarung durfte die Beklagte den Fabrikationskredit bis zum 30. April 2017 für Kosten im Zusammenhang mit dem Exportgeschäft benutzen (Ziff. 3 und 4 des Fabrikationskreditvertrages i.V.m. Ziff. 2 Amendment No. 2), wobei sie sich verpflichtete, (spätestens) ab dem 30. April 2016 den bis zu diesem Zeitpunkt beanspruchten Kreditbetrag zuzüglich der darauf aufgelaufenen, kapitalisierten Kreditzinsen sowie weiterer Finanzierungsnebenkosten in 16 vierteljährlichen Raten zurückzahlen (Ziff. 9 Bst. a [3. Spiegelstrich] Amendment No. 1). Zur Sicherung der Ansprüche des Finanzinstituts aus dem Fabrikationskreditvertrag wurde sodann stipuliert, dass die Beklagte ihre Zahlungsansprüche aus dem Exportgeschäft sowie allfällige Entschädigungsansprüche gegenüber der Klägerin aus der Fabrikationsrisiko- und Lieferantenkreditversicherung an das Finanzinstitut abtritt (Ziff. 20 Bst. a und b des Fabrikationskreditvertrages; vgl. auch Ziff. 2.3 der Ermächtigungs- und Verpflichtungserklärung vom 10. April 2014 und Ziff. 1/8 der Versicherungspolice VP 14-1071/4 vom 30. Januar 2017).

**B.c** Gleichzeitig mit dem Abschluss des Fabrikationskreditvertrages gab die Beklagte am 10. April 2014 gegenüber der Klägerin eine "Ermächtigungs- und Verpflichtungserklärung" (nachfolgend: EVE) ab. Darin ermächtigte sie zum einen das Finanzinstitut, zur Absicherung des Fabrikationskredits bei der Klägerin einen Antrag auf Abschluss einer Fabrikationskreditversicherung zu stellen; zum anderen verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Klägerin, ihr sämtliche Zahlungen, welche die Klägerin gestützt auf die Fabrikationskreditversicherung an das Finanzinstitut leistet, auf erste Anforderung und zuzüglich 5 % Zins seit Zahlung zu erstatten. Die EVE enthält eine Bestimmung, wonach die Beklagte auf Einreden und Einwendungen gegen die Erstattungsverpflichtung verzichte (Ziff. 2.6).

**B.d** Am 11. April 2014 schloss das Finanzinstitut, gestützt auf die EVE, mit der Klägerin einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (aArt. 15 Abs. 1 SERVG) über eine Fabrikationskreditversicherung (VP 14-7073/1) ab. Gemäss der gleichentags ausgestellten Police VP 14-7073/1, deren Ingress auf die

damals geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ("AGB FK") verweist, deckt die Fabrikationskreditversicherung die Erfüllung der im Fabrikationskreditvertrag vereinbarten Rückzahlungsansprüche des Finanzinstituts gegen die Beklagte für die ihr ausbezahlten Kreditbeträge (einschliesslich der Zinsforderungen und der Erstattungsansprüche für Finanzierungsnebenkosten) bis zum versicherten Betrag von USD 86 Mio. zum Deckungssatz von 95 % (VP 14-7073/1, Ziff. III "Haftung der SERV"; Ziff. 1.1 und 1.2 AGB FK in der Fassung vom 31. März 2012). In der Folge wurde die Versicherungspolice viermal abgeändert, wobei jeweils die neuere Version die vorangehende ersetzte. Vorliegend massgeblich ist die Fassung VP 14-7073/5 vom 30. Januar 2017.

**B.e** Zwischen dem 10. April 2014 und dem 18. Dezember 2015 stellte die Beklagte 14 Kreditbenutzungsanträge, welche das Finanzinstitut antragsgemäss ausführte und der Beklagten wie folgt belastete (Abweichungen gegenüber der klägerischen Darstellung hervorgehoben):

Antragsdatum	Beanspruchter Betrag		Auszahlungsdatum	Belasteter Betrag	
	USD	EUR		USD	Total USD
10.04.2014	18'272'346.00		16.04.2014	14'595'299.00	
			16.04.2014	2'147'047.00	
			16.04.2014	1'530'000.00	18'272'346.00
		2'070'092.00	16.04.2014	2'863'972.01	2'863'972.01
29.04.2014	3'714'117.00		05.05.2014	3'714'117.00	3'714'117.00
15.05.2014		7'795'101.44	20.05.2014	10'708'130.85	10'708'130.85
16.06.2014	2'024'751.00		18.06.2014	2'024'751.00	2'024'751.00
06.08.2014	6'934'339.00		13.08.2014	6'934'339.00	6'934'339.00
06.08.2014		2'923'457.70	28.08.2014	3'864'811.08	3'864'811.08
16.12.2014		788'344.96	19.12.2014	985'746.54	
	2'024'751.00		19.12.2014	2'024'751.00	3'010'497.54
24.02.2015	2'155'886.00		27.02.2015	2'155'886.00	2'155'886.00
10.03.2015		4'872'429.50	13.03.2015	5'194'009.85	5'194'009.85
23.03.2015	4'750'000.00		26.03.2015	4'750'000.00	4'750'000.00
04.06.2015	3'725'800.00		09.06.2015	3'725'800.00	3'725'800.00
29.07.2015	2'150'000.00		30.07.2015	2'150'000.00	2'150'000.00
30.09.2015	2'430'000.00		06.10.2015	2'430'000.00	2'430'000.00
18.12.2015	2'300'000.00		22.12.2015	2'300'000.00	2'300'000.00
Total					74'098'660.33

Der Gesamtbetrag der per 29. Februar 2016 ausstehenden Kapitalschuld belief sich gemäss Aufstellung des Finanzinstituts vom 25. Februar 2016 auf USD 77'151'464.54. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus den ausbezahlten Kreditbeträgen im Total von USD 74'098'660.33, den bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen, kapitalisierten Kreditzinsen (total USD 1'612'574.86), den in der betreffenden Kapitalisierungsperiode angefallenen Prämien für die Fabrikationskreditversicherung der Klägerin (total USD 1'302'318.30) und den "Commitment Fees" für den nicht beanspruchten Kreditbetrag (total USD 137'911.05). Daraus errechnete das Finanzinstitut 16 Rückzahlungsraten in der Höhe von USD 4'821'966.53 (wobei die letzte Rate eine Rundungsdifferenz von + 0.06 USD aufweist), fällig ab dem 30. April 2016 in vierteljährlicher Periodizität.

Nachdem die Beklagte die ersten drei Raten vom 30. April 2016, 31. Juli 2016 und 31. Oktober 2016 zusammen mit den nach Massgabe des Kreditvertrages weiterhin geschuldeten Zinsen und Finanzierungsnebenkosten bezahlt hatte, geriet sie ab dem 31. Januar 2017 mit ihren Verbindlichkeiten gegenüber dem Finanzinstitut in Zahlungsrückstand.

**B.f** Am 13. Dezember 2017 schloss die Beklagte mit dem Finanzinstitut eine Stundungsvereinbarung ("Standstill Agreement") ab. Die Beklagte anerkannte darin, dem Finanzinstitut den "Debt Amount", bestehend aus dem bis zu jenem Zeitpunkt ausstehenden Kreditbetrag von USD 62'685'564.95 ("Deferred Debt Amount") und dem Betrag von total USD 2'540'052.04 ("Due Debt Amount" als Summe diverser Finanzierungsnebenkosten), zu schulden (Ziff. 1 und 2). Das Finanzinstitut erklärte den gesamten Debt Amount als sofort fällig (Ziff. 4 "Acceleration") und gewährte eine Stundung für den Betrag von USD 62'685'564.95 ("Deferred Debt Amount") (Ziff. 3.1 i.V.m. Ziff. 1). Dabei wurde in Ziff. 3.2 der Vereinbarung festgehalten, dass die Stundungsabrede an die Bedingung geknüpft sei, dass die Beklagte bis spätestens am 15. Dezember 2017 den Due Debt Amount bezahle (*"The Standstill Undertaking is subject to the condition subsequent that the Borrower pays to the Bank [...] no later than by December 15, 2017, the Due Debt Amount"*).

**B.g** Zwischen Oktober 2017 und November 2018 gelangte das Finanzinstitut auf der Grundlage der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 mit sechs Entschädigungsanträgen an die Klägerin, in deren Rahmen es nicht erfüllte Forderungen aus dem Fabrikationskreditvertrag von insgesamt USD 66'471'741.69 geltend machte. Die Klägerin entsprach diesen Anträ-

gen in Anwendung des Deckungssatzes von 95 % (Entschädigungsentscheidungen 14-7073/1, 14-707301/2, 14-707310/3–6) und richtete dem Finanzinstitut Versicherungsleistungen im Gesamtbetrag von USD 63'148'154.62 aus.

Entschädigungsantrag B. _____ AG	Entschädigungsentscheidung SERV	Auszahlungsdatum (Valuta)	Betrag in USD
30.10.2017	"14-7073/1" vom 08.12.2017	13.12.2017	19'987'362.80
16.01.2018	"14-707301/2" vom 23.01.2018	31.01.2018	5'116'838.00
13.04.2018	"14-707310/3" vom 02.05.2018	30.04.2018	4'957'739.03
28.06.2018	"14-707310/4" vom 02.08.2018	31.07.2018	4'969'809.91
01.10.2018	"14-707310/5" vom 02.10.2018	31.10.2018	4'913'094.87
29.11.2018	"14-707310/6" vom 03.12.2018	07.12.2018	23'203'310.01
Total			63'148'154.62

Zwischen Dezember 2017 und Dezember 2018 leistete die Beklagte noch vereinzelte Zahlungen (Rückflüsse) an das Finanzinstitut. Dieses rechnete in der Folge mit der Klägerin über diese Zahlungseingänge ab (vgl. Ziff. 14 AGB FK) und überwies ihr Teile davon. Die Klägerin verzeichnete Rückflüsse im Gesamtbetrag von USD 2'481'079.17 (15. März 2018: USD 122'580.25; 8. Mai 2018: USD 592'023.79; 10. September 2018: USD 500'000.–; 2. Oktober 2018: USD 87'799.97; 4. Dezember 2018: USD 217'591.25; 9. Januar 2019: USD 961'083.91).

**B.h** Mit Schreiben vom 18. Dezember 2018 forderte die Klägerin die Beklagte auf, ihr die gestützt auf die Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 an das Finanzinstitut ausbezahlten Versicherungsleistungen im Betrag von USD 61'628'159.36 (Totalbetrag von USD 63'148'154.62 abzüglich der bis zu diesem Zeitpunkt erfolgten Rückflüsse in der Höhe von USD 1'519'995.25) zuzüglich aufgelaufener Zinsen und Kosten umgehend zu erstatten. Die Beklagte kam dieser Zahlungsaufforderung nicht nach und lehnte mit Schreiben vom 2. Januar 2019 jede Verantwortung für den Eintritt des Schadenfalls ab.

**B.i** Am 29. Januar 2019 setzte die Klägerin die geltend gemachte Erstattungsforderung beim Betreibungsamt A. \_\_\_\_\_ in Betreuung, wobei sie die in USD lautenden Forderungen zu dem von der Schweizerischen Nationalbank (SNB) veröffentlichten Tageskurs (USD 1 = Fr. 0.9918) in

Franken umrechnete. Als Forderungsgrund nannte sie "Art. 21a Abs. 2 SERVG" sowie die "Ermächtigungs- und Verpflichtungserklärung vom 10. April 2014".

Am 4. Februar 2019 stellte das Betreibungsamt A.\_\_\_\_\_ den Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. [...] aus und stellte ihn am 6. Februar 2019 der Beklagten zu. Die Beklagte erhob am 13. Februar 2019 Rechtsvorschlag gegen die gesamte Erstattungsforderung.

### C.

Mit (Anerkennungs-)Klage vom 27. Mai 2019 stellt die Klägerin vor dem Bundesverwaltungsgericht folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin zu zahlen:  
USD 19'985'693.92 zuzüglich Zins zu 5 % seit 13.12.2017,  
USD 4'994'257.75 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31.01.2018,  
USD 4'365'715.24 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30.04.2018,  
USD 4'382'009.94 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31.07.2018,  
USD 4'695'503.62 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31.10.2018,  
USD 22'242'226.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit 07.12.2018,  
USD 1'455.09 zuzüglich Zins zu 5 % seit 22.12.2017,  
USD 279.84 zuzüglich Zins zu 5 % seit 06.07.2018,  
USD 559.65 zuzüglich Zins zu 5 % seit 24.08.2018  
und die Betreuungskosten in der Betreibung Nr. [...] des Betreibungsamtes A.\_\_\_\_\_ (einstweilen Fr. 413.30 für den Zahlungsbefehl).
2. In der Betreibung Nr. [...] des Betreibungsamtes A.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 4. Februar 2019) sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen und die definitive Rechtsöffnung für die folgenden Beträge zu gewähren:  
Fr. 19'821'811.23 zuzüglich Zins zu 5 % seit 13.12.2017,  
Fr. 4'953'304.84 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31.01.2018,  
Fr. 4'329'916.35 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30.04.2018,  
Fr. 4'346'077.45 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31.07.2018,  
Fr. 4'657'000.49 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31.10.2018,  
Fr. 22'059'839.85 zuzüglich Zins zu 5 % seit 07.12.2018,  
Fr. 1'443.15 zuzüglich Zins zu 5 % seit 22.12.2017,  
Fr. 277.55 zuzüglich Zins zu 5 % seit 06.07.2018,  
Fr. 555.05 zuzüglich Zins zu 5 % seit 24.08.2018

und die Betreuungskosten in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes A.\_\_\_\_\_ (einstweilen Fr. 413.30 für den Zahlungsbefehl).

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu lasten der Beklagten."

Zur Begründung bringt die Klägerin im Wesentlichen vor, die Beklagte sei gegenüber dem Finanzinstitut ihren Verpflichtungen aus dem Fabrikationskreditvertrag nicht nachgekommen, weshalb die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut nach Massgabe der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 entschädigungspflichtig geworden sei. Für die ausgerichteten Versicherungsleistungen sei die Beklagte gestützt auf Art. 21a Abs. 2 SERVG bzw. Ziff. 2.6 EVE gegenüber der Klägerin erstattungspflichtig.

#### **D.**

Am 29. Mai 2019 machte die X.\_\_\_\_\_ AG ebenfalls eine Klage beim Bundesverwaltungsgericht anhängig. Sie verlangt von der SERV die Zahlung von Versicherungsleistungen aus der Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4 in der Höhe von USD 118'366'018.63 zuzüglich Zins. Diese Forderung ist Gegenstand des Parallelverfahrens B-2722/2019.

#### **E.**

Mit (innert erstreckter Frist erstatteter) Klageantwort vom 16. September 2019 beantragt die Beklagte, die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, die Klägerin habe den Schadenseintritt beim Finanzinstitut, für welchen sie vorliegend die Erstattung der Entschädigungsleistungen fordere, aus mehreren Gründen selbst verursacht. Dadurch sei infolge groben Selbstverschuldens der Klägerin der Kausalzusammenhang zu jeglichem schadensrelevanten Handeln der Beklagten unterbrochen worden, womit die Erstattungspflicht entfalle. Ausserdem erklärt die Beklagte die Verrechnung mit der Entschädigungsforderung, die sie gestützt auf die Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4 im Verfahren B-2722/2019 einklagt.

#### **F.**

Mit (innert erstreckter Frist eingereichter) Replik vom 15. Januar 2020 hielt die Klägerin an den Rechtsbegehren der Klage vom 27. Mai 2019 fest. Sie bringt vor, die Behauptungen der Beklagten, die Klägerin habe den Eintritt des Versicherungsfalles unter der Fabrikationskreditversicherung durch eigenes Verschulden herbeigeführt, entbehre jeder Grundlage. Auch habe die Beklagte keine Verrechnungsforderung gegen die Klägerin.

**G.**

Mit (innert erstreckter Frist eingereichter) Duplik vom 30. April 2020 bestätigte die Beklagte den in der Klageantwort vom 16. September 2019 gestellten Antrag, die Klage vollumfänglich abzuweisen. Auch hält sie an ihrer Argumentation fest, die Klägerin habe aufgrund treuwidriger Verhaltensweisen den Schaden selbst verursacht.

**H.**

Am 19. November 2021 fand in den Räumlichkeiten des Bundesverwaltungsgerichts eine Vorbereitungsverhandlung (im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BZP [zit. in E. 1.2]) statt, anlässlich derer die Parteien Gelegenheit erhielten, Ergänzungen, Präzisierungen oder Berichtigungen zum Sachverhalt vorzutragen. Am 15. Dezember 2021 stellte der Instruktionsrichter den Parteien das Verhandlungsprotokoll zu, gegen welches sie innert der hierfür angesetzten Frist keine Einwände erhoben.

**I.**

Am 13. April 2022 fand in den Räumlichkeiten des Bundesverwaltungsgerichts eine Hauptverhandlung (im Sinne von Art. 66 ff. BZP) statt. Die Parteien wurden zum Sachverhalt befragt und hielten ihre Parteivorträge. Am 19. Mai 2022 wurde den Parteien das Verhandlungsprotokoll zugestellt, gegen welches sie innert der hierfür angesetzten Frist keine Einwände erhoben.

**J.**

Infolge altersbedingten Ausscheidens des bisherigen Instruktionsrichters Ronald Flury aus dem Amt als Bundesverwaltungsrichter wurde auf den 1. Mai 2022 Richter Christian Winiger als Instruktionsrichter eingesetzt.

**K.**

**K.a** Am 20. Juli 2022 reichte die Klägerin innert erstreckter Frist eine schriftliche Version des anlässlich der Hauptverhandlung gehaltenen Plädoyers sowie die Schlussbemerkungen zur Sache ein. Die Klägerin äusserte sich zu den protokollierten Parteiaussagen und hielt unverändert an ihren bisherigen Rechtsbegehren und der vorgetragenen Argumentation fest.

**K.b** Am 20. Juli 2022 reichte die Beklagte innert erstreckter Frist ihren Schlussvortrag zur Sache ein. Sie nahm zu den protokollierten Parteiaus-

sagen Stellung, u.a. in der Form einer chronologischen "Zusammenfassung des Beweisergebnisses", wobei sie ihre bisherigen Rechtsbegehren bestätigte.

**L.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 30. September 2022 äusserte sich die Klägerin zu einzelnen Punkten des Schlussvortrags der Beklagten und bestätigte erneut ihre Rechtsbegehren und bisherigen Ausführungen.

**M.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 30. September 2022 nahm die Beklagte zu einzelnen Punkten des Plädoyers und der Schlussbemerkungen der Klägerin Stellung.

**N.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 10. Oktober 2022 äusserte sich die Klägerin zur unaufgeforderten Eingabe der Beklagten vom 30. September 2022, indem sie die Ausführungen der Beklagten bestritt.

**O.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 2. November 2022 teilte die Beklagte mit, dass sich Noven zugetragen hätten, welche im vorliegenden Verfahren einzubringen seien. So habe die Klägerin am 27. Oktober 2021 Strafanzeige erstattet, woraufhin diverse strafprozessuale Zwangsmassnahmen gegen Mitglieder des Verwaltungsrates der Beklagten sowie gegen die Beklagte selbst angeordnet worden seien. Die Beklagte äusserte sich zu den Ereignissen der Strafuntersuchung und nahm zu diversen Beweismitteln, welche die Klägerin auch beim Bundesverwaltungsgericht einreichte (in erster Linie im Zusammenhang mit dem Verfahren B-2722/2019) erneut Stellung.

**P.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 18. November 2022 äusserte sich die Klägerin zur unaufgeforderten Eingabe der Beklagten vom 2. November 2022.

**Q.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 5. Dezember 2022 replizierte die Beklagte auf die unaufgeforderte Eingabe der Klägerin vom 18. November 2022.

**R.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien, die eingereichten Urkunden sowie die protokollierten Parteiaussagen wird, soweit entscheiderelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Die Akten des Verfahrens B-2722/2019 werden beigezogen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt auf Klage als erste Instanz Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, an denen der Bund, seine Anstalten und Betriebe oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung (im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG) beteiligt sind (Art. 35 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]), sofern nicht ein Bundesgesetz die Erledigung des Streits einer in Art. 33 VGG erwähnten Behörde überträgt (Art. 36 VGG).

**1.1.1** Im Streit steht eine Forderung der Klägerin gegen die Beklagte auf Erstattung der Versicherungsleistungen, welche die Klägerin auf der Grundlage der (als öffentlich-rechtlicher Vertrag ausgestalteten) Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 (aArt. 15 Abs. 1 SERVG) gegenüber dem Finanzinstitut erbracht hat. Die Beklagte ist in der vorliegenden Konstellation nicht Versicherungsnehmerin, wurde aber über die EVE vom 10. April 2014 in das betreffende Rechtsgeschäft eingebunden. Die EVE, auf welche sich der eingeklagte Anspruch aus Vertrag stützt und welche darüber hinaus auch Anknüpfungspunkt für den ebenfalls eingeklagten gesetzlichen Anspruch aus Art. 21a Abs. 2 SERVG bildet, ist selbst ein (nicht synallagmatischer) verwaltungsrechtlicher Vertrag (vgl. E. 3.3.2 hiernach), an dem mit der Klägerin eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes im Sinne von Art. 35 Bst. a VGG beteiligt ist. Eine Ausnahme gemäss Art. 36 VGG liegt nicht vor.

**1.1.2** Soweit die Klägerin die streitbetroffene Erstattungsforderung gegenüber der Beklagten am 18. Dezember 2018 durch eine Zahlungsaufforderung geltend machte, entfaltet diese Aufforderung aufgrund der eingeschränkten klägerischen Verfügungskompetenz (Art. 15 Abs. 1 und 3 SERVG) nicht die Wirkungen einer direkt vollstreckbaren Verfügung, die auf Geldzahlung lautet (Art. 80 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2 SchKG [SR 281.1]; BGE 143 III 162 E. 2.1; vgl. Botschaft vom 21. Mai 2014 zur Änderung des

SERVG, BBI 2014 4057, 4058 [nachfolgend: Botschaft SERVG 2014]; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl. 2021, Rz. 351 ff., 856; TOBIAS JAAG, Der Staat als Gläubiger, in: Breitschmid et al. [Hrsg.], Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, 2015, S. 365 f.).

**1.1.3** Demgemäss ist das Bundesverwaltungsgericht für den materiellen Entscheid in der Sache und für die Beseitigung des Rechtsvorschlags (Art. 79 SchKG) zuständig.

**1.2** Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen im Sinne von Art. 35 Bst. a VGG sind vom Bundesverwaltungsgericht im Klageverfahren zu entscheiden (vgl. BVGE 2009/49 E. 10; 2008/51 E. 2.4.2; Urteil des BVGer B-3729/2014 vom 22. März 2018 E. 1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 5.3 m.w.H.). Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 44 Abs. 1 VGG nach den Art. 3–73 und 79–85 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273), die sinngemäss zur Anwendung gelangen (vgl. Urteil des BVGer A-5225/2015 vom 12. April 2017 E. 1.1).

**1.2.1** Das Klageverfahren ist kontradiktorisch ausgestaltet und wird namentlich von der Dispositionsmaxime beherrscht (vgl. BVGE 2008/16 E. 2.2; MICHAEL MERKER, Die verwaltungsrechtliche Klage (I.-III.), in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, S. 101 f.). Dies hat zur Folge, dass sich der Streitgegenstand durch die Rechtsbegehren der Parteien bestimmt und das Gericht an die Parteianträge gebunden ist. Es darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als diese verlangt, aber auch nicht weniger, als die Gegenpartei zugesteht (vgl. Art. 3 Abs. 2 BZP; BGE 133 II 181 E. 3.3; Urteil des BGer 1C\_151/2012 vom 5. Juli 2012 E. 1.3; BVGE 2010/19 E. 13.5; BERNHARD WALDMANN, Grundsätze und Maximen in der Verwaltungsrechtspflege, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, S. 9 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 139).

**1.2.2** Abweichend von Art. 3 Abs. 2 BZP, wonach der Richter sein Urteil nur auf Tatsachen gründen darf, die im Verfahren geltend gemacht worden sind, gilt für das Klageverfahren vor Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 44 Abs. 2 VGG der Grundsatz der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (Untersuchungsgrundsatz). Demnach hat das Gericht von sich aus für die Beschaffung der notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu sorgen.

Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht absolut; eine Einschränkung erfährt er namentlich durch die in Art. 23 Bst. d und e BZP verankerte Obliegenheit der Parteien, ihre Eingaben zu begründen und für ihre Tatsachenbehauptungen die Beweismittel anzugeben (vgl. BGE 138 V 86 E. 5.2.3 m.w.H.; 125 V 193 E. 2; BERNHARD WALDMANN, a.a.O., S. 15).

**1.3** Gemäss Art. 23 Bst. b BZP hat die Klageschrift sodann die klägerischen Rechtsbegehren zu enthalten. Die Rechtsbegehren sind so abzufassen, dass sie unverändert zum Urteil erhoben werden könnten, was insbesondere bedeutet, dass Forderungen auf Geldleistungen zu beziffern sind (vgl. Urteile des BVGer B-3729/2014 vom 22. März 2018 E. 1.3 und B-3132/2010 vom 19. August 2015 E. 1.3). Die von der Klägerin mit Klage vom 27. Mai 2019 gestellten Forderungsbegehren erfüllen diese Anforderungen.

**1.4** Die übrigen Anforderungen an Form und Inhalt der Klageschrift sind ebenfalls erfüllt (Art. 23 BZP) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt.

Auf die Klage ist daher einzutreten.

## **2.**

**2.1** Im Zeitpunkt der erstmaligen Gewährung der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/1 vom 11. April 2014 sowie der Abgabe der EVE vom 10. April 2014 stand das Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die befristete Ergänzung der Versicherungsleistungen der Schweizerischen Exportrisikoversicherung (AS 2009 1175; AS 2012 509; nachfolgend: BG vom 20. März 2009) in Kraft, dessen Regelung zur Fabrikationskreditversicherung auf den 1. Januar 2016 in das SERVG überführt wurde (Änderungsgesetz vom 12. Dezember 2014 [AS 2015 2217]). Gegenüber der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Regelung von Art. 3 des BG vom 20. März 2009 ist im novellierten Art. 21a Abs. 2 SERVG im Zusammenhang mit der Rückerstattungspflicht einzig der Ausdruck "in vollem Umfang" durch den Zusatz "zuzüglich Kosten und Zinsen" ergänzt worden. Die weiteren Änderungen sind redaktioneller Natur.

Die Versicherungspolice wurde in der Folge mehrfach geändert, letztmals am 30. Januar 2017. Mit der letzten Fassung VP 14-7073/5 wurden die früheren Versionen unter Einschluss der jeweiligen Änderungen ersetzt. Im Lichte dessen, dass die VP 14-7073/5 bereits unter der Geltung des neuen

Rechts entstand, findet mit Blick auf den gesetzlichen Erstattungsanspruch unbestrittenermassen das neue Recht Anwendung.

**2.2** Entsprechend der legislatorischen Zielsetzung, der Schweizer Exportwirtschaft die Teilnahme am internationalen Wettbewerb zu erleichtern und den Wirtschaftsstandort Schweiz zu fördern, versichert die SERV Exportgeschäfte schweizerischer Exporteure gegen Rückstände im Zahlungseingang oder gegen andere aus Forderungen gegenüber ausländischen Schuldern resultierende Verluste, die auf die Verwirklichung bestimmter Exportrisiken zurückzuführen sind (Art. 5 Bst. b, Art. 11 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 Bst. a und c SERVG; Botschaft vom 11. Februar 2009 zum Bundesgesetz über die befristete Ergänzung der Versicherungsleistungen der Schweizerischen Exportrisikoversicherung [SERV], BBI 2009 1051, 1052 [nachfolgend: Botschaft zum BG vom 20. März 2009]). Die SERV ist dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet und bietet ihre Deckungen in Ergänzung zu den vorhandenen Angeboten der privaten Versicherungswirtschaft an (Art. 6 Abs. 1 Bst. d SERVG i.V.m. Art. 5 SERV-V). Für ihre Deckungen erhebt sie risikogerechte Prämien im Einzelfall (Art. 6 Abs. 1 Bst. c SERVG).

**2.2.1** Als versicherbare Risiken gelten gemäss dem abschliessenden Katalog in Art. 12 Abs. 1 SERVG (vgl. Botschaft vom 24. September 2004 zum SERVG, BBI 2004 5795, 5832 [nachfolgend: Botschaft SERVG 2004]) politische Risiken (Bst. a), Transferschwierigkeiten und Zahlungsmoratorien (Bst. b), höhere Gewalt (Bst. c), Risiken aus Sicherungsgarantien (Bst. e), unter bestimmten Voraussetzungen Fremdwährungsrisiken (Bst. f) sowie das Delkredererisiko, sofern gleichzeitig auch die Verlustrisiken nach Bst. a–c bei der SERV versichert werden (Bst. d). Die Versicherungsdeckung kann dabei sowohl für den Fall, dass sich die Risiken nach Art. 12 Abs. 1 SERVG vor der Lieferung (*Fabrikationsrisiko*) verwirklichen, als auch für den Fall, dass sie sich nach der Lieferung realisieren (*Kreditrisiko*), gewährt werden (Art. 12 Abs. 2 SERVG). Die Definition des im Einzelfall versicherten Fabrikations- und/oder Kreditrisikos regelt die SERV direkt im Versicherungsvertrag (Botschaft SERVG 2004, BBI 2004 5795, 5833), sofern die Versicherung in dieser Form abgeschlossen wird (vgl. Art. 15 Abs. 1 SERVG).

**2.2.2** Mit dem BG vom 20. März 2009, dessen Regelung auf den 1. Januar 2016 in das SERVG überführt wurde, erweiterte der Gesetzgeber das Instrumentarium der SERV u.a. um die Fabrikationskreditversicherung: Gewährt ein Finanzinstitut einer Exporteurin einen Kredit zur Finanzierung der

Erbringung ihrer im Rahmen des Exportgeschäfts geschuldeten Leistungen, so kann die SERV gemäss Art. 21a Abs. 1 SERVG gegenüber dem Finanzinstitut die Zahlungsverpflichtungen der Exporteurin versichern, sofern das betreffende Exportgeschäft von der SERV versichert ist. Die SERV wird gegenüber dem Finanzinstitut entschädigungspflichtig, wenn der Exporteur den Kredit nicht zurückzahlt (Botschaft SERVG 2014, BBI 2014 4057, 4070).

Mit dieser zusätzlichen Deckungsart übernimmt die SERV zugunsten der Finanzinstitute Risiken, die nicht im Ausland begründet sind, sondern im Bonitätsbereich der schweizerischen Versicherungsnehmer liegen (Botschaft zum BG vom 20. März 2009, BBI 2009 1051, 1054). Die Fabrikationskreditversicherung ergänzt somit das Kreditangebot von Finanzinstituten, wenn diese dem Exporteur ohne die Deckung der SERV keinen Kredit für die Erbringung der Exportleistung gewähren würden. Dementsprechend wird die Fabrikationskreditversicherung durch das Finanzinstitut und nicht durch den Exporteur beantragt (Botschaft SERVG 2014, BBI 2014 4057, 4071), wobei Art. 2 Bst. a (i.V.m. Art. 21a Abs. 3) SERVG voraussetzt, dass der Exporteur das Finanzinstitut zum Versicherungsabschluss mit der SERV ermächtigt hat. Art. 21a Abs. 3 SERVG stellt klar, dass für die Fabrikationskreditversicherung die Bestimmungen über den Abschluss und die Abwicklung des Versicherungsgeschäfts (2. Abschnitt: Art. 11–21b SERVG) anwendbar sind, wobei der Gesetzgeber damit die Anwendbarkeit der übrigen Abschnitte des SERVG nicht ausschloss (Botschaft SERVG 2014, BBI 2014 4057, 4085). Erfolgt der Versicherungsabschluss, wie vorliegend, durch öffentlichen-rechtlichen Vertrag – was nach der bis Ende 2015 geltenden Rechtslage den Regelfall darstellte (aArt. 15 Abs. 1 SERVG) –, so beurteilen sich die daraus entstehenden (vertraglichen) Ansprüche bei Fehlen entsprechender Normen des öffentlichen Rechts sinngemäss nach den Regeln des Obligationenrechts (OR; SR 220) (vgl. Urteil des BVGer B-3729/2014 vom 22. März 2018 E. 2.3 m.w.H.; BERNHARD WALDMANN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, 2007, S. 10).

**2.2.3** Wird eine notleidende Forderung oder ein Schaden angemeldet, so leistet die SERV den in der Versicherung festgelegten Anteil am nachgewiesenen Verlust oder Zahlungsrückstand (Art. 17 Abs. 1 SERVG). Die Versicherungsdeckung beträgt höchstens 95 % des versicherten Betrags. Der Bundesrat legt die Maximalsätze der Versicherungsdeckung nach Risiken und Schuldnerinnen fest (Art. 17 Abs. 2 SERVG).

### 3.

**3.1** Die Klägerin macht eine Erstattungsforderung im Gesamtbetrag von USD 60'667'701.15 (zuzüglich Zins zu 5 % bei unterschiedlichem Beginn des Zinsenlaufs) geltend. Sie bringt im Wesentlichen vor, die Beklagte habe gegenüber dem Finanzinstitut ihre (Rückzahlungs-)Verpflichtungen aus dem Fabrikationskreditvertrag nicht vertragsgemäss erfüllt, weshalb die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut nach Massgabe der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 entschädigungspflichtig geworden sei. Dass die Beklagte diese Entschädigungsleistungen samt Zinsen und Kosten der Klägerin zu erstatten habe, ergebe sich direkt, d.h. "ohne Umweg" über eine Subrogation der Kreditforderung, aus Art. 21a Abs. 2 SERVG. Sodann stütze sich die Erstattungsverpflichtung auch auf Ziff. 2.6 EVE, welche den gesetzlichen Anspruch der Klägerin konkretisiere.

**3.2** Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass sie vom Finanzinstitut einen Fabrikationskredit erhielt, dass die Klägerin dessen Rückzahlung mit der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 versicherte und gestützt darauf das Finanzinstitut entschädigte, nachdem es zu einem Zahlungsausfall gekommen war. Die Beklagte macht jedoch im Wesentlichen geltend, die Klägerin habe den Schadenseintritt beim Finanzinstitut, für welchen sie nun die Erstattung der Entschädigungsleistungen einfordere, aus mehreren Gründen selbst verursacht: Hätte die Klägerin nämlich (1) die Beklagte, wie geschuldet, im Dezember 2017 aus der Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4 entschädigt oder (2) im Februar 2018 nicht verhindert, dass die Bank E. \_\_\_\_\_ den Fabrikationskredit ablösen würde, so wäre kein Zahlungsausfall und mithin auch kein Schaden beim Finanzinstitut entstanden, den die Klägerin hätte entschädigen müssen. Hätte es die Klägerin sodann (3) unterlassen, nachdem die Beklagte im September 2018 den vollen Due Debt Amount bezahlt gehabt habe, das Finanzinstitut zu einer Kündigung des Standstill-Agreements vom 13. Dezember 2017 zu veranlassen bzw. in treuwidriger Weise ihre Zustimmung zu dessen nachträglicher Inkraftsetzung zu verweigern, und (4) hätte die Klägerin der Beklagten überdies nicht den Abschluss von weiteren umsatzgenerierenden Exportrisikogeschäften verunmöglicht, so hätte der Schadenseintritt ebenfalls verhindert werden können. Durch diese mutwilligen und treuwidrigen Verhaltensweisen sei infolge groben Selbstverschuldens der Klägerin der Kausalzusammenhang zu jeglichem schadensrelevanten Handeln der Beklagten unterbrochen worden, weshalb eine Erstattungspflicht entfalle.

Ausserdem erklärt die Beklagte die Verrechnung mit der Entschädigungsforderung, die sie gestützt auf die Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4 im parallelen Verfahren B-2722/2019 einklagt.

### 3.3

**3.3.1** Art. 21a Abs. 2 SERVG verpflichtet die Exporteurin, Entschädigungen, welche die SERV gestützt auf eine Fabrikationskreditversicherung dem Finanzinstitut geleistet hat, "in vollem Umfang zuzüglich Zinsen und Kosten zu erstatten". Aufgrund der Gesetzessystematik ist Art. 21a Abs. 2 SERVG als *lex specialis* gegenüber der Vorschrift von Art. 19 Abs. 1 SERVG zu betrachten, welche die Grundnorm des versicherungsrechtlichen Regresses für alle Versicherungen der SERV bildet. Danach gehen im Versicherungsfall die notleidende Forderung samt Nebenrechten und das Eigentum an nicht ausgeliefertem Exportgut im Ausmass ihrer Zahlung an die SERV über (Art. 19 Abs. 1 SERVG). In dieser Konstellation tritt die SERV, soweit sie den Versicherungsnehmer entschädigt hat, mittels Legalzession in dessen Position (Subrogation) und kann im eigenen Namen dessen Ansprüche gegen einen Drittschuldner geltend machen. Demgegenüber gewährt Art. 21a Abs. 2 SERVG der SERV schon von Gesetzes wegen einen Rückerstattungsanspruch für Entschädigungsleistungen aus Fabrikationskreditversicherungen. Der Gesetzgeber zielte damit darauf ab, der SERV den Regress dadurch zu erleichtern, dass er die Erstattungsverpflichtung von der subrogierten Kreditforderung entkoppelte und im Sinne eines gesetzlichen, abstrakten Anspruchs verselbständigte. In den Materialien findet sich dazu folgende Erläuterung (Botschaft SERVG 2014, BBl 2014 4057, 4085):

"Absatz 2 hält fest, dass der Exporteur eine Entschädigungsleistung der SERV in jedem Fall vollumfänglich zu erstatten hat. Zwar würde im Schadenfall die notleidende Forderung samt Nebenrechten auch bei der Fabrikationskreditversicherung im Ausmass ihrer Zahlung auf die SERV übergehen (Art. 19 SERVG). Als Spezialnorm erleichtert Absatz 2 der SERV den Regress jedoch, indem der Anspruch ein gesetzlicher ist; dadurch entstehen ihr keine Risiken in Bezug auf den Bestand und die Höhe der Kreditforderung des Finanzinstituts gegenüber dem Exporteur namentlich aus möglichen Einreden und Einwendungen."

**3.3.2** Die Klägerin beruft sich als weitere Anspruchsgrundlage auf Ziff. 2.6 EVE, welche wie folgt lautet:

"Wir verpflichten uns, der SERV sämtliche Zahlungen, die sie gestützt auf die Fabrikationskreditversicherung an das Finanzierungsinstitut leistet, auf erste Anforderung vollumfänglich und zuzüglich 5 Prozent Zins seit Zahlung der

SERV zu erstatten. Wir können dagegen keine Einreden oder Einwendungen erheben und verzichten insbesondere auf das Recht, die Erstattungsverpflichtung mit Gegenforderungen zu verrechnen."

Der EVE selbst kommt Vertragscharakter zu, weshalb die daraus abgeleiteten Ansprüche vertraglicher Natur sind. Die vertraglich vereinbarte Erstattungsverpflichtung kongruiert zwar weitgehend mit dem in Art. 21a Abs. 2 SERVG gesetzlich normierten Regressanspruch. Hinsichtlich der Verzinsungspflicht weist jedoch Ziff. 2.6 EVE einen gegenüber Art. 21a Abs. 2 SERVG insofern erweiterten Regelungsgehalt auf, als darin auch der Zinssatz (5 %) und der Beginn des Zinsenlaufs ("seit Zahlung der SERV") definiert werden. Zudem enthält Ziff. 2.6 EVE zusätzlich einen Fälligkeitstermin für die Erstattungsverpflichtung ("auf erste Anforderung"), während Art. 21a Abs. 2 SERVG einer entsprechenden Regelung ermangelt. Andererseits sind in Ziff. 2.6 EVE die Kosten als Teil der Erstattungsverpflicht, anders als bei Art. 21a Abs. 2 SERVG ("zuzüglich Zinsen *und Kosten*"), nicht erwähnt. Im Lichte dessen, dass beide Anspruchsgrundlagen auch unabhängig voneinander bestehen könnten, ist von alternativer Anspruchskonkurrenz auszugehen.

**3.4** Abgesehen von der Verrechnungserklärung fasst die Beklagte ihre Einwände gegen die eingeklagte Erstattungsforderung allesamt unter dem Titel des "Selbstverschuldens" der Klägerin zusammen, indem sie argumentiert, dadurch sei der Kausalzusammenhang zwischen ihrem eigenen Verhalten und dem beim Finanzinstitut eingetretenen Schaden unterbrochen worden. Eine derartige Kausalitätsrelation, deren Unterbrechung anspruchshindernd sein soll, kann sich allerdings nur dann als relevant erweisen, wenn angenommen wird, die Klägerin mache vorliegend einen *Schadenersatzanspruch* geltend, sei es einen nach Massgabe von Art. 19 Abs. 1 SERVG subrogierten Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Kreditvertrages mit dem Finanzinstitut, sei es einen eigenen haftpflichtrechtlichen Anspruch.

**3.4.1** Indessen handelt es sich beim streitgegenständlichen Erstattungsanspruch konzeptionell nicht um einen Schadenersatzanspruch: Denn wird Ziff. 2.6 EVE als Anspruchsgrundlage herangezogen, macht die Klägerin, wie gezeigt, einen eigenen *Erfüllungsanspruch* aus Vertrag geltend. Beim Anspruch aus Art. 21a Abs. 2 SERVG handelt es sich um einen abstrakten Rückerstattungsanspruch, der einzig daran anknüpft, dass die SERV dem Finanzinstitut eine Entschädigung auf der Grundlage der Fabrikationskreditversicherung geleistet hat. Aber auch ausgehend vom generellen Versicherungsregress gemäss Art. 19 Abs. 1 SERVG könnte sich die Klägerin

nach der vertragsrechtlichen Regress-Systematik (wahlweise anstelle eines subrogierten Schadenersatzanspruchs wegen Nichterfüllung des Kreditvertrages zwischen dem Finanzinstitut und der Beklagten) weiterhin auch auf einen subrogierten Erfüllungsanspruch aus dem entsprechenden Kreditvertrag berufen (zum Anspruch auf *specific performance*: CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, Rz. 809 ff. m.w.H.).

**3.4.2** Davon ausgehend, dass eine entsprechende Kausalitätsrelation dem eingeklagten Erstattungsanspruch mithin nicht inhärent ist, ist die Argumentation der Beklagten sinngemäss wie folgt zu deuten: Soweit Ziff. 2.6 EVE und Art. 21a Abs. 2 SERVG mit der Erwähnung des Entschädigungsgrundes (Ziff. 2.6 EVE: "Zahlungen, die [die SERV] *gestützt auf die Fabrikationskreditversicherung* [...] leistet"; Art. 21a Abs. 2 i.V.m. Marginalie: "Hat die SERV [...] eine *Entschädigung* [aus der *Fabrikationskreditversicherung*] geleistet") zumindest indirekt an den Eintritt des Versicherungsfalls bei der Fabrikationskreditversicherung – im Sinne der Realisierung einer versicherungsvertraglichen Bedingung – anknüpfen, stellt die Beklagte der klägerischen Erstattungsforderung die Einwendung der Nichterfüllungsfiktion im Sinne von Art. 156 OR (analog) entgegen (zur diesbezüglichen Qualifikation als "rechtshindernde Einwendung": JEAN-MARC SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Habil. 2010, Rz. 295 f.).

Gemäss Art. 156 OR gilt eine Bedingung als erfüllt (Erfüllungsfiktion), wenn ihr Eintritt von einer Partei wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Entgegen dem zu engem Gesetzeswortlaut, welcher nur die treuwidrige Verhinderung des Eintritts einer Bedingung erwähnt, erfasst die Bestimmung – spiegelbildlich – auch die hier interessierende treuwidrige Herbeiführung einer Bedingungslage (vgl. Urteil des BGer 5C.192/2004 vom 14. Dezember 2004 E. 2.3.1; BGE 109 II 20 E. 2a f. m.w.H.). In diesem Fall greift bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine Nichterfüllungsfiktion, d.h., die Nichterfüllung der Bedingungslage wird gesetzlich fingiert (ROTH PELLANDA, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht [CHK], Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl. 2016, Art. 156 OR N. 5).

**3.4.3** Insofern, als die Beklagte vorbringt, die Klägerin habe den Schadenseintritt infolge Selbstverschuldens und Treuwidrigkeit selbst verursacht, wirft sie ihr damit sinngemäss die treuwidrige Herbeiführung des Versicherungsfalls bei der Fabrikationskreditversicherung vor, indem die Klägerin

durch ihr Verhalten bewirkt habe, dass die Beklagte ihre Rückzahlungsverpflichtungen aus dem Fabrikationskreditvertrag mit dem Finanzinstitut nicht mehr erfüllen können, wodurch sich das versicherte Delkredererisiko realisiert habe. Greift die Nichterfüllungsfiktion im Sinne von Art. 156 OR, würde der Versicherungsfall indessen als nicht eingetreten gelten, mit der Folge, dass die dem Finanzinstitut ausgerichteten Entschädigungsleistungen nicht mehr *aufgrund* der Fabrikationskreditversicherung (i.S.v. Ziff. 2.6 EVE bzw. Art. 21a Abs. 2 SERVG) erfolgt wären, womit die Grundlage für den Erstattungsanspruch – vorbehältlich der nachstehenden Erwägungen über die Zulässigkeit der dagegen erhobenen Einreden und Einwendungen – entfielen.

**3.5** Vor dem Hintergrund, dass die Beklagte in Ziff. 2.6 EVE auf Einreden und Einwendungen gegen die Erstattungsverpflichtung verzichtet hat und der Anspruch gemäss Art. 21a Abs. 2 SERVG, wie in E. 3.3.1 hiavor gezeigt, von abstrakter Natur ist, gilt es vorab die Frage zu klären, ob die vorliegend sinngemäss erhobene Einwendung der treuwidrigen Herbeiführung des Versicherungsfalls (Art. 156 OR analog; Einwendung der Nichterfüllungsfiktion) sowie die geltend gemachte Verrechnung überhaupt zulässig sind.

**3.5.1** Die Beklagte bringt dazu im Wesentlichen vor, die vorformulierte Bestimmung von Ziff. 2.6 EVE sei unklar, weshalb sie nach der vertragsrechtlichen Unklarheitenregel zugunsten der Beklagten als der die AGB akzeptierenden Partei auszulegen sei. Sie habe Ziff. 2.6 EVE so verstanden, dass damit nur Einreden und Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Finanzinstitut (aus der Fabrikationskreditversicherung) ausgeschlossen worden seien. Das Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin sei indessen davon nicht betroffen, weshalb sie gegenüber der Klägerin auch alle Einreden und Einwendungen vortragen dürfe. Dieses Verständnis entspreche im Übrigen auch der in der Botschaft erläuterten Intention des Gesetzgebers (mit Verweis auf Botschaft SERVG 2014, BBl 2014 4057, 4085), wonach der Klägerin durch Art. 21a Abs. 2 SERVG einzig keine Risiken in Bezug auf die Kreditforderung des Finanzinstituts gegenüber der Beklagten, namentlich aus diesbezüglichen Einreden und Einwendungen, entstehen sollten. Eventualiter sei Ziff. 2.6 EVE als ungültig zu betrachten, weil ein im Voraus erklärter unbestimmter Verzicht auf jegliche Einreden und Einwendungen gegenüber der Klägerin und dem Finanzinstitut – was im Endeffekt einer "Blankovollmacht zu einem verantwortungslosen Handeln" gleichkomme – gegen das Verbot der übermässigen Bindung (Art. 27 ZGB [SR 210]) verstosse. Hinzu komme, dass

auf Einwendungen ohnehin nicht verzichtet werden könne, weil das Gericht eine dem Forderungsbestand entgegenstehende Tatsache trotzdem berücksichtigen könne. Auch sei die Verrechnungseinrede zuzulassen, weil sie nicht die Kreditforderung betreffe, sondern sich aus Ansprüchen gegen die Klägerin selbst ergebe.

**3.5.2** Demgegenüber stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, der von der Beklagten in Ziff. 2.6 EVE akzeptierte Einrede- und Einwendungsausschluss sei weder unklar noch ungültig. So ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Erklärung, dass der vereinbarte Einrede- und Einwendungsausschluss die Erstattungsforderung der Klägerin betreffe ("dagegen [...]") und namentlich durch den beispielhaft erwähnten Ausschluss der Verrechnungseinrede konkretisiert werde, wobei die Verrechnungseinrede genau im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten wirksam sei. Entsprechend dem in Art. 21a SERVG vorgezeichneten Ziel diene der Ausschluss von Einreden und Einwendungen dazu, der Klägerin die Durchsetzung der Erstattungsforderung zu erleichtern (mit Verweis auf Botschaft SERVG 2014, BBI 2014 4057, 4085). Damit seien nicht nur Einreden und Einwendungen der Beklagten aus dem Fabrikationskreditvertrag ausgeschlossen, sondern auch solche wegen jeglichen behaupteten Fehlverhaltens der Klägerin. Solche Behauptungen könnten nämlich nur im Rahmen einer (separaten) Rückerstattungsklage des Exporteurs gegen die SERV vorgebracht werden, weil die in Ziff. 2.6 EVE konkretisierte Erstattungspflicht garantieähnliche Züge trage. Die Beurteilung, ob allfällige Einreden und Einwendungen berechtigt seien, habe daher nicht im Rahmen der Durchsetzung der garantieähnlichen Erstattungsforderung zu erfolgen, sondern erst dann, wenn der Exporteur die bereits geleistete Erstattung von der Klägerin zurückfordern würde. Dies erleichtere die prozessuale Stellung der Klägerin, indem dem Exporteur die Klägerrolle und das damit verbundene Prozess- und Kostenrisiko zugeschoben würden ("*pay now, litigate later*").

**3.5.3** Verwaltungsrechtliche Verträge sind grundsätzlich gleich wie privatrechtliche nach den Regeln von Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) auszulegen (vgl. BGE 135 V 237 E. 3.6; 122 I 328 E. 4e; RICHLI/BUNDI, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, 2012, Rz. 2993). Dies bedeutet, dass einer Willensäußerung der Sinn zu geben ist, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte und musste.

**3.5.3.1** Die Beklagte unterzeichnete u.a. folgende Erklärung (als Teil von Ziff. 2.6 EVE): *"Wir [...] verzichten insbesondere auf das Recht, die Erstattungsverpflichtung mit Gegenforderungen zu verrechnen."* Mit Blick auf den klaren Wortlaut, welcher hinsichtlich des Verrechnungsausschlusses keine Differenzierungen nach dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft vornimmt und überdies, was sich schon aus dem Erfordernis der Gegenseitigkeit der Verrechnung (vgl. Art. 120 Abs. 1 OR) ergibt, gerade auf das Rechtsverhältnis zur Klägerin Bezug nimmt, musste die Beklagte Ziff. 2.6 EVE nach dem Vertrauensprinzip so verstehen, dass sie keine eigene Forderung gegenüber der Klägerin zur Tilgung der streitbetroffenen Erstattungsforderung verwenden darf. Der Beklagten kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie argumentiert, die Verrechnung der klägerischen Erstattungsforderung mit der von ihr im Verfahren B-2722/2019 eingeklagten Forderung aus der Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4 sei zulässig, weil sich Ziff. 2.6 EVE nicht auf Einreden und Einwendungen aus dem Verhältnis zur Klägerin beziehe. Der vereinbarte Verrechnungsverzicht, welcher eine konkret definierte Hauptforderung der Klägerin betrifft (*"die Erstattungsverpflichtung [...]"*), verstösst sodann weder gegen das Verbot der übermässigen Bindung (Art. 27 ZGB) noch ist er, soweit ersichtlich, mit weiteren Gültigkeitsmängeln behaftet. Mithin hat die Beklagte rechtswirksam auf eine Verrechnung der Erstattungsverpflichtung mit allfälligen Gegenansprüchen verzichtet, worauf sie zu behaften ist.

Insoweit, als die Beklagte mit der "Erhebung der Verrechnungseinrede" sinngemäss eine Tilgung der streitbetroffenen Erstattungsforderung durch Verrechnung mit der im Parallelverfahren B-2722/2019 eingeklagten Forderung aus der Lieferantenkreditversicherung geltend macht, erweisen sich ihre Vorbringen damit als nicht stichhaltig.

**3.5.3.2** Im Übrigen wird nach dem Wortlaut von Ziff. 2.6 EVE die Erhebung von Einreden und Einwendungen gegen die Erstattungsverpflichtung verhältnisindifferent ausgeschlossen, d.h. ohne Differenzierung zwischen Mängeln aus dem Fabrikationskreditvertrag, der Fabrikationskreditversicherung oder der EVE selbst. Zur Beantwortung der Frage, ob dadurch auch die vorliegend sinngemäss erhobene Einwendung der Nichterfüllungsfiktion (Art. 156 OR analog) ausgeschlossen wird, ist zunächst auf die Rechtsnatur der EVE einzugehen:

Im Lichte des versicherungsvertraglichen Gesamtgefüges, in welches die EVE eingebettet ist, dient die Bestimmung von Ziff. 2.6 EVE in erster Linie der Sicherung des klägerischen Regresses auf die Beklagte für den Fall,

dass die Klägerin – infolge Nichterfüllung des Fabrikationskreditvertrages durch die Beklagte – Leistungen gegenüber dem Finanzinstitut aus der Fabrikationskreditversicherung erbringen muss. Aufgrund dieser Sicherungsfunktion, des Wortlauts der Bestimmung, aber auch des gesetzlichen Kontexts (Art. 21a Abs. 2 SERVG) kann der Schluss gezogen werden, dass der Bestimmung von Ziff. 2.6 EVE der Charakter eines Garantie- bzw. garantieähnlichen Versprechens zukommt (vgl. BGE 122 III 275 E. 3a/aaa; 122 III 321 E. 4a; MARKUS VISCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 109/2013, S. 325 f., wonach eine Garantie insbesondere auch dann vorliegt, wenn der [Nicht-]Eintritt des abgesicherten Risikos vom Verhalten des Promittenten, z.B. der Nichterfüllung einer vom Promittenten mittels eines anderen Vertrags versprochenen Leistung, abhängt). Ein Garantie- bzw. garantieähnlicher Vertrag charakterisiert sich gerade durch seine Abstraktheit gegenüber dem Grund- oder Hauptschuldverhältnis (vgl. CLAIRE HUGUENIN, a.a.O., Rz. 1172 ff.). Die Abstraktheit der Garantie findet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings dort ihre Grenzen, wo die Garantie in offensichtlicher Missachtung der Regeln von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) in Anspruch genommen wird (BGE 122 III 321 E. 4a m.w.H.: "[Le] caractère abstrait ou autonome trouve certaines limites, entre autres dans la loi [...], [et] cesse lorsque son bénéficiaire s'en prévaut au mépris manifeste des règles de la bonne foi"). Insofern bleibt es dem Promittenten jedenfalls nicht verwehrt, dem Promissar einen anspruchshindernden Rechtsmissbrauchstatbestand entgegenzuhalten.

**3.5.3.3** Diese Überlegungen lassen sich sinngemäss auch auf das vorliegend zu beurteilende öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis übertragen. Im Lichte dessen, dass der sinngemäss vorgetragene Einwendung der Nichterfüllungsfiktion (Art. 156 OR analog) der Vorwurf des Handelns entgegen Treu und Glauben (Treuwidrigkeit) inhärent ist, ist sie im vorliegenden Fall zuzulassen. Dies bewirkt zwar eine partielle Durchbrechung des abstrakten Charakters der garantieähnlichen EVE, weil damit im Ergebnis ein atypischer Akzessorietätskonnex zur Fabrikationskreditversicherung ermöglicht wird (vgl. dazu Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG180051 vom 8. Mai 2019 E. 3.3.4). Dies ist jedoch insofern gerechtfertigt, als die Beachtung des Prinzips von Treu und Glauben einem verfassungsmässigen Grundsatz (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) entspricht und ausserdem die Klägerin über Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden ist.

**3.5.4** Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen, wenn Art. 21a Abs. 2 SERVG als Anspruchsgrundlage für die eingeklagte Erstattungsforderung herangezogen wird. Wie gezeigt, entsprach es der Intention des Gesetzgebers, durch den gesetzlichen Erstattungsanspruch den Regress der Klägerin vom Bestand und der Einredefreiheit der subrogierten Kreditforderung loszulösen (Botschaft SERVG 2014, BBI 2014 4057, 4085; vgl. E. 3.3.1 hiervor). Soweit hier interessierend, ist jedoch nicht anzunehmen, dass mittels Art. 21a Abs. 2 SERVG – über Ziff. 2.6 EVE hinaus – auch die Entgeghaltung eines Rechtsmissbrauchstatbestands (Treuwidrigkeit) verhindert werden sollte, zumal ein solches Auslegungsergebnis vor Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV nicht standhalten würde.

**3.5.5** Nach dem Gesagten erweist sich die sinngemäss erhobene Einwendung der Nichterfüllungsfiktion (Art. 156 OR analog) als zulässig und ist im Folgenden zu prüfen.

#### **4.**

Voraussetzungen für die Nichterfüllungsfiktion (Art. 156 OR analog) sind – neben dem Umstand, dass sich die Bedingungslage realisiert hat – ein treuwidriges Verhalten sowie der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem treuwidrigen Verhalten und der Realisierung der Bedingungslage (vgl. CHK-ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 156 OR N. 5 m.w.H.).

#### **4.1**

**4.1.1** Mit der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 versicherte die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut das Delkredererisiko, d.h. das Risiko, dass die versicherten Forderungen aus dem Fabrikationskreditvertrag wegen Zahlungsunwilligkeit oder Zahlungsunfähigkeit der Beklagten nicht erfüllt werden (Ziff. 3 AGB FK). Konkret deckt die Fabrikationskreditversicherung die Rückzahlungsansprüche des Finanzinstituts gegen die Beklagte für die ihr ausbezahlten Kreditbeträge ("Hauptforderung"; Ziff. 1.1 AGB FK), die Zinsforderungen bis zur Fälligkeit der Rückzahlung (Ziff. 1.2 AGB FK) und die (vertraglichen) Erstattungsansprüche für Finanzierungskosten (Ziff. 1.2 AGB FK). Letztere umfassen neben den Gebühren und Kommissionen des Finanzinstituts auch die Prämien, welche die Klägerin vom Finanzinstitut als Gegenleistung für die Fabrikationskreditversicherung verlangt ("SERV-Prämien"). Ebenfalls mitversichert sind sodann die sog. "Breakage Costs", d.h. diejenigen Kosten, die bei vorzeitiger Ablösung einer Refinanzierung entstehen (Ziff. 1.3 AGB FK). Schliesslich um-

fasst die Versicherungsdeckung auch vertraglich vereinbarte oder gesetzliche Verzugszinsen von der Fälligkeit der Hauptforderung bis zum Eintritt des Versicherungsfalls (Ziff. 1.2 AGB FK), wobei der Versicherungsfall laut Ziff. 4.1 ABG FK nach Ablauf einer Karenzfrist von einem Monat ab Verwirklichung des versicherten Risikos (Ziff. 3 AGB FK) eintritt.

**4.1.2** Die Leistung einer Entschädigung aus der Fabrikationskreditversicherung setzt voraus, dass die versicherten Forderungen rechtsbeständig, fällig und frei von Einreden und Einwendungen sind (Ziff. 5.1.1 AGB FK). Das versicherte Risiko muss eingetreten und ein Schaden entstanden sein, wobei zwischen Risikoeintritt und Schaden ein Kausalzusammenhang bestehen muss (Ziff. 5.1.2 AGB FK). Ferner wird vorausgesetzt, dass keine Leistungsausschlussgründe vorliegen (Ziff. 5.1.3 AGB FK), die Karenzfrist abgelaufen ist und das Entschädigungsgesuch innerhalb der Verwirklichungsfrist von zwei Jahren seit Eintritt des Versicherungsfalls eingereicht wurde (Ziff. 5.1.4 AGB FK; Art. 17 Abs. 1 und 4 SERV-V).

**4.1.3** Zwischen Dezember 2017 und Dezember 2018 entschädigte die Klägerin das Finanzinstitut in insgesamt sechs Tranchen im nachfolgend dargelegten Umfang für die Nichterfüllung der geltend gemachten Forderungen gegen die Beklagten aus dem Fabrikationskreditvertrag:

**Versicherungsleistung 1:** Auf der Grundlage der Entschädigungsentscheidung 14-7073/1 vom 8. Dezember 2017 erbrachte die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut folgende Versicherungsleistungen. Die Klägerin entschädigte die zu jenem Zeitpunkt offenen Forderungen aus dem Kreditvertrag zum Deckungssatz von 95 % auf den Ablauf der Karenzfrist.

Datum der Fälligkeit	Kapitalrückzahlungsrate in USD	Kreditzins in USD	Verzugszins (während Karenzfrist) in USD	SERV-Prämie	Total Betrag in USD
31.01.2017	4'821'966.53	334'382.84	15'898.02	*63'180.52	5'235'427.91
28.04.2017	4'821'966.53	313'095.11	19'323.86	166'056.47	5'320'441.97
31.07.2017	4'821'966.53	328'485.82	18'731.26	164'465.89	5'333'649.50
31.10.2017	4'821'966.53	309'439.15	18'404.20	--	5'149'809.88
Total	19'287'866.12	1'285'402.92	72'357.34	393'702.88	21'039'329.26
Versicherungsleistung der SERV an B. _____ AG (zum Garantiesatz von 95 %) mit Valuta vom 13.12.2017					19'987'362.80
Abzug: Korrektur (überentschädigter Verzugszins)					-1'668.88

<b>Eingeklagte Erstattungsforderung</b>	<b>19'985'693.92</b>
---	----------------------

\* Differenz zwischen der am 31. Januar 2017 fällig gewordenen SERV-Prämie von USD 190'233.28 und einer von der Beklagten am 27. September 2017 geleisteten Zahlung von USD 127'052.76, welche das Finanzinstitut anrechnete.

**Versicherungsleistung 2:** Auf der Grundlage der Entschädigungsentscheidung 14-707301/2 vom 23. Januar 2018 erbrachte die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut folgende Versicherungsleistungen. Auf Antrag des Finanzinstituts hin erfolgten die Entschädigungen auf den Zeitpunkt der Fälligkeit.

Datum der Fälligkeit	Kapitalrückzahlungsrate in USD	Kreditzins in USD	Verzugszins (während Karenzfrist) in USD	SERV-Prämie	Total Betrag in USD
31.10.2017	--	--	--	146'333.29	146'333.29
31.01.2018	4'821'966.53	286'145.48	--	131'699.96	5'239'811.97
Total					5'386'145.26
Versicherungsleistung der SERV an B. _____ AG (zum Garantiesatz von 95 %) mit Valuta vom 31.01.2018					5'116'838.00
Abzug: Rückfluss vom 15.03.2018					-122'580.25
<b>Eingeklagte Erstattungsforderung</b>					<b>4'994'257.75</b>

**Versicherungsleistung 3:** Auf der Grundlage der Entschädigungsentscheidung 14-707310/3 vom 2. Mai 2018 erbrachte die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut folgende Versicherungsleistungen. Die Entschädigungen wurden auf den Zeitpunkt der Fälligkeit berechnet.

Datum der Fälligkeit	Kapitalrückzahlungsrate in USD	Kreditzins in USD	Verzugszins (während Karenzfrist) in USD	SERV-Prämie	Total Betrag in USD
30.04.2018	4'821'966.53	283'456.89	--	113'249.24	5'218'672.66
Total					5'218'672.66
Versicherungsleistung der SERV an B. _____ AG (zum Garantiesatz von 95 %) mit Valuta vom 30.04.2018					4'957'739.03
Abzug: Rückfluss vom 08.05.2018					-592'023.79
<b>Eingeklagte Erstattungsforderung</b>					<b>4'365'715.24</b>

**Versicherungsleistung 4:** Auf der Grundlage der Entschädigungsentscheidung 14-707310/4 vom 2. August 2018 erbrachte die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut folgende Versicherungsleistungen. Die Entschädigungen wurden auf den Zeitpunkt der Fälligkeit berechnet.

Datum der Fälligkeit	Kapitalrückzahlungsrate in USD	Kreditzins in USD	Verzugszins (während Karenzfrist) in USD	SERV-Prämie	Total Betrag in USD
31.07.2018	4'821'966.53	306'979.02	--	102'433.30	5'231'378.85
Total					5'231'378.85
Versicherungsleistung der SERV an B. _____ AG (zum Garantiesatz von 95 %) mit Valuta vom 31.07.2018					4'969'809.91
Abzug: Rückfluss vom 10.09.2018					-500'000.00
Abzug: Rückfluss vom 02.10.2018					-87'799.97
<b>Eingeklagte Erstattungsforderung</b>					<b>4'382'009.94</b>

**Versicherungsleistung 5:** Auf der Grundlage der Entschädigungsentscheidung 14-707310/5 vom 2. Oktober 2018 erbrachte die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut folgende Versicherungsleistungen. Die Entschädigungen wurden auf den Zeitpunkt der Fälligkeit berechnet.

Datum der Fälligkeit	Kapitalrückzahlungsrate in USD	Kreditzins in USD	Verzugszins (während Karenzfrist) in USD	SERV-Prämie	Total Betrag in USD
31.10.2018	4'821'966.53	261'912.31	--	87'799.97	5'171'678.81
Total					5'171'678.81
Versicherungsleistung der SERV an B. _____ AG (zum Garantiesatz von 95 %) mit Valuta vom 31.10.2018					4'913'094.87
Abzug: Rückfluss vom 04.12.2018					-217'591.25
<b>Eingeklagte Erstattungsforderung</b>					<b>4'695'503.62</b>

**Versicherungsleistung 6:** Auf der Grundlage der Entschädigungsentscheidung 14-707310/6 vom 3. Dezember 2018 erbrachte die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut folgende Versicherungsleistungen. Gestützt auf Ziff. 6.2 AGB FK leistete die Klägerin, auf Antrag des Finanzinstituts

hin, eine Einmalentschädigung für den gesamten verbliebenen Ausstand bei vorzeitiger Fälligestellung der Rückzahlungsraten.

Datum der Fälligkeit	Kapitalrückzahlungsraten in USD	Kreditzins (31.10.2018 bis 07.12.2018) in USD	Breakage Costs in USD	SERV-Prämie	Total Betrag in USD
31.01.2019	4'821'966.53	92'344.21		73'166.65	4'987'477.39
30.04.2019	4'821'966.53			56'624.62	4'878'591.15
31.07.2019	4'821'966.53			43'899.99	4'865'866.52
31.10.2019	4'821'966.53			29'266.66	4'851'233.19
31.01.2020	4'821'966.53			4'768.74	14'633.33
<b>Total</b>	<b>24'109'832.65</b>	<b>92'344.21</b>	<b>4'768.74</b>	<b>217'591.25</b>	<b>24'424'536.85</b>
Versicherungsleistung der SERV an B. _____ AG (zum Garantiesatz von 95 %) mit Valuta vom 07.12.2018					23'203'310.01
Abzug: Rückfluss vom 09.01.2019					-961'083.91
<b>Eingeklagte Erstattungsforderung</b>					<b>22'242'226.10</b>

**4.1.4** Die von der Klägerin an das Finanzinstitut ausgerichteten Entschädigungsleistungen sind somit ausgewiesen. Die Beklagte bestreitet nicht, dass der Versicherungsfall effektiv eingetreten ist und die Klägerin das Finanzinstitut nach Massgabe der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5, übereinstimmend mit dessen kreditvertraglichen Ansprüchen, entschädigt hat. Sie macht indessen sinngemäss geltend (vgl. E. 3.4.3 hiervor), die Klägerin habe in treuwidriger Weise den Eintritt des Versicherungsfalls herbeigeführt, weshalb in analoger Anwendung von Art. 156 OR dessen Nichteintritt fingiert werde. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

## 4.2

**4.2.1** Die Beklagte wirft der Klägerin Treuwidrigkeit vor, weil sie der Beklagten keine Entschädigung aus der Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4 geleistet habe, obwohl diese geschuldet gewesen sei und die Klägerin diesbezüglich nie Zweifel habe aufkommen lassen; nur die Höhe und die Modalitäten der Entschädigungsleistung seien fraglich gewesen. So habe F. \_\_\_\_\_ (Team "Restrukturierung und Schäden" bei der Klägerin) bereits anlässlich der Besprechung vom 21. Juli 2017 auf entsprechende Nachfrage von H. \_\_\_\_\_ (C. \_\_\_\_\_ AG; in der Funktion als

Berater der Beklagten) bejaht, dass sich die Klägerin gegenüber einem Entschädigungsantrag der Beklagten "offen zeige". Auch habe F. \_\_\_\_\_ anlässlich eines Telefonats vom 30. August 2017 immer wieder bestätigt, dass die von der Beklagten eingereichte Dokumentation vollständig sei, der Schadensbetrag jedoch die Kompetenz des Versicherungsausschusses überschreite, weshalb die Angelegenheit in die Kompetenz des Verwaltungsrates der Klägerin falle. Es sei "courant normal" signalisiert worden: Die Schadensdeckung sei als gesichert und sogar als dem Zirkularverfahren zugänglich dargestellt worden. Mit keinem Wort habe die Klägerin erwähnt, dass die Ansprüche an sich bestritten sein könnten. Die Beklagte habe – auf Wunsch des Finanzinstituts – von Juli bis Oktober 2017 eine IBR (Independent Business Review) durch R. \_\_\_\_\_ (Wien) durchführen lassen. Im Bericht vom 18. Oktober 2017 habe R. \_\_\_\_\_ festgehalten, dass keine Anzeichen dafür bestünden, dass die SERV die Entschädigungsansprüche der X. \_\_\_\_\_ AG ablehnen würde (*"Based on information obtained in the regular calls with SERV and B. \_\_\_\_\_ we are not aware that SERV will reject the application. However, as the process is still ongoing and several bodies need to approve the application we cannot exclude potential delays in the payment"*). Hinzu komme, dass die Klägerin die omanische Anwaltskanzlei D. \_\_\_\_\_ (Maskat) mit einer Rechtsabklärung (Legal Opinion) beauftragt habe. Mit E-Mail vom 7. Oktober 2017 habe D. \_\_\_\_\_ bestätigt, dass die Forderungen der Beklagten gegen das omanische Ministerium aus dem Exportvertrag rechtsgültig und fällig seien (*"Hence in answer to your questions, and on the information available to us: [1] Yes, X. \_\_\_\_\_ Middle East [X. ME \_\_\_\_\_] has a strong claim for payment from MoTC under Omani law; [2] In our view, MoTC has an obligation to pay X. ME \_\_\_\_\_ under Omani law"*). Diese E-Mail sei der Beklagten in der Folge von der Klägerin zugestellt worden, woraufhin sie sich darauf verlassen habe, dass somit hinsichtlich der Entschädigungsleistung keine Hinderungsgründe mehr bestünden. Indessen habe die Klägerin anlässlich einer Besprechung vom 20. Oktober 2017 plötzlich mitgeteilt, dass sie erwäge, eventuell nur das Finanzinstitut zu entschädigen (Besuchsbericht vom 20. Oktober 2017, Ziff. 3). Gleichzeitig habe die Klägerin der Beklagten empfohlen, zu prüfen, ob dies die Verpflichtung mit sich bringen würde, einen "Eigenkonkursantrag zu stellen".

**4.2.2** Ob der Beklagten ein Entschädigungsanspruch aus der Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4 zusteht, ist Gegenstand des Klageverfahrens B-2722/2019. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 24. Januar 2023 einen entsprechenden Anspruch der Beklagten verneint. Für die Begründung wird auf die Erwägungen jenes Urteils verwiesen.

Soweit hier von Interesse, kann in den von der Beklagten beanstandeten Verhaltensweisen und Äusserungen der Mitarbeiter der Klägerin (in den Rechtsschriften jeweils zusammengeführt unter dem Titel "von der Klägerin selbst verursachter Schadenseintritt Teil I") keine Treuwidrigkeit erblickt werden. Denn schon angesichts dessen, dass vonseiten der Klägerin von Anfang an kommuniziert wurde, dass die Entscheidungskompetenz ausschliesslich bei ihrem Verwaltungsrat (und nicht bei den einzelnen mit der Sache befassten Mitarbeitern) liegt, kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten, wenn sie (sinngemäss) vorbringt, gewisse Mitarbeiter der Klägerin hätten in der (Abklärungs-)Phase ab Eingang des formlosen Entschädigungsantrags vom 21. Juli 2017 bis 17. Oktober 2017 durch bestimmte Äusserungen ihr oder Dritten gegenüber die Entschädigungsleistung als gesichert dargestellt. Ausserdem trifft es nicht zu, dass die hier zur Diskussion stehenden Äusserungen eine Gutheissung des Entschädigungsantrags suggerieren würden, zumal darin gar keine Angaben über den möglichen Ausgang des Entschädigungsverfahrens enthalten sind, so namentlich weder in den Aussagen, die Dokumentation sei vollständig und die Klägerin stehe dem Antrag der Beklagten "offen" gegenüber, noch im IBR-Bericht vom 18. Oktober 2017, an welchem die Klägerin nicht beteiligt war und welcher explizit mit einem entsprechenden Vorbehalt versehen wurde (*"[h]owever, as the process is still ongoing and several bodies need to approve the application [...]"*). Insofern ist unerfindlich, was die Beklagte daraus ableiten will, zumal sie in ihrer Duplik betont, "keine Haftung aus Vertrauen" geltend machen zu wollen. Selbst wenn im Übrigen der Argumentation der Beklagten gefolgt würde, dass die Verweigerung der beantragten Entschädigung aus der Lieferantenkreditversicherung zum Zahlungsausfall und mithin zum Eintritt des Versicherungsfalls beigetragen habe, wäre wiederum die ablehnende Entscheidung des Verwaltungsrats selbst dafür ursächlich und nicht die erwähnten Äusserungen der Mitarbeiter der Klägerin während der Abklärungsphase. Insofern fehlt es hier auch am erforderlichen Kausalzusammenhang.

### 4.3

**4.3.1** Sodann wirft die Beklagte der Klägerin vor, sie habe in treuwidriger Weise ihre Zustimmung für eine Ablösung des Kredits durch die Bank E.\_\_\_\_\_ verweigert. Die Beklagte habe Ende 2017 einen Ablösungsprozess eingeleitet, indem sie mit der Bank E.\_\_\_\_\_ eine neue Kreditfinanzierung ausgehandelt habe, durch welche der bestehende Vertrag mit dem Finanzinstitut (B.\_\_\_\_\_ AG) im Februar 2018 hätte abgelöst werden

sollen und die Klägerin für sämtliche Entschädigungen an das Finanzinstitut vollumfänglich gedeckt worden wäre. Da der Kredit der Bank E. \_\_\_\_\_ nicht zu amortisieren gewesen wäre, hätte die Beklagte in der Folge den Fortschritt im Oman abwarten und sich mindestens bis im Frühling 2020 "finanziell erholen" können, wobei die Klägerin für die Zahlungen an das Finanzinstitut entschädigt und der Fabrikationskredit vollumfänglich refinanziert worden wäre. Ein Schaden hätte somit abgewendet werden können. Indessen habe G. \_\_\_\_\_ (Abteilung Claims & Recovery der Klägerin), in diametralem Widerspruch zur Legal Opinion der durch die Klägerin selbst mandatierten omanischen Anwaltskanzlei D. \_\_\_\_\_, in einer E-Mail vom 9. Februar 2018 an die Bank E. \_\_\_\_\_ behauptet, es sei weder erstellt, dass die Beklagte eine Forderung gegen das omanische Ministerium habe, noch, dass das Ministerium im Zahlungsverzug sei (*"However, according to the facts presented to SERV until now: [i] X. \_\_\_\_\_ does not have an established claim towards the Ministry of Transport and Communications; and therefore [ii] it has not been established that the Ministry of Transport and Communications is in payment default"*). Die Klägerin habe aufgrund dieser unwahren Aussagen die Refinanzierung verweigert (*"This is why the Claims and Recovery Department and the Management Board of SERV regard the chances of the insurance committee followed by the board of directors approving a policy covering the transfer [as well as an extension of the term of the loan and respective additional interest] as extremely slight"* [E-Mail vom 9. Februar 2018]), womit sie ein gravierendes Selbstverschulden am Schadenseintritt treffe.

**4.3.2** Die Klägerin führt in diesem Zusammenhang aus, aufgrund des Umstands, dass das Finanzinstitut (B. \_\_\_\_\_ AG) bereit gewesen sei, eine Stundungsverpflichtung zugunsten der Beklagten einzugehen, und dass die Klägerin zu jenem Zeitpunkt noch nicht die Absicht gehabt habe, die Erstattungsforderung zu vollstrecken, sei die vorgeschlagene Ablösung des Fabrikationskredits durch die Bank E. \_\_\_\_\_ für die Klägerin nicht nachvollziehbar gewesen. Zwar habe es die Beklagte versäumt, den für die Rechtswirksamkeit der Stundungsverpflichtung vereinbarten Due Debt Amount rechtzeitig, d.h. bis zum 15. Dezember 2017, zu bezahlen; naheliegender als eine Ablösung des Kredits durch die Bank E. \_\_\_\_\_ wäre es unter den gegebenen Umständen aber gewesen, wenn die Beklagte beim Finanzinstitut um eine Verlängerung der Zahlungsfrist für den Due Debt Amount ersucht hätte, um dadurch die Wirksamkeit der Stundungsabrede zu bewirken, was sie indes nicht getan habe. Hinzu komme, dass die Ablösung des Kredits durch die Bank E. \_\_\_\_\_ mit einer Erhöhung des Risikos der Klägerin verbunden gewesen wäre, was sich angesichts

der gesamten Umstände, insbesondere des fehlenden Nachweises der als Sicherheit für den Fabrikationskredit dienenden Exportforderung gegen das Ministerium und von dessen Zahlungsverzug, nicht habe vertreten lassen. Denn durch die längere Laufzeit des von der Bank E. \_\_\_\_\_ ins Spiel gebrachten Kredits hätte die Klägerin zusätzliche Zinsen versichern müssen, was für die Klägerin im Ergebnis eine Erhöhung des bestehenden Engagements bedeutet hätte. Insofern hätte die Ablösung des Kredits aus Sicht der Klägerin den Zahlungsausfall nur verzögert; er wäre jedoch gleichwohl eingetroffen, und zudem mit einem höheren Schadensbetrag. Im Übrigen hätten weder die Beklagte noch die Bank E. \_\_\_\_\_ einen formellen Antrag zur Ablösung des Kredits gestellt.

**4.3.3** Gemäss Art. 15 Abs. 2 SERVG besteht kein Rechtsanspruch auf Abschluss und folgerichtig damit auch nicht auf Verlängerung einer Fabrikationskreditversicherung. Wenn die Voraussetzungen (vgl. Art. 13 SERVG) erfüllt sind, kann die SERV eine Versicherung abschliessen, wobei eine Versicherung namentlich dann ausgeschlossen ist, wenn die Risikolage deren Gewährung verbietet (Art. 13 Abs. 2 Bst. a SERVG). Die Klägerin hatte zu jenem Zeitpunkt die Risikolage als unsicher eingestuft und ging auf Verhandlungen zur Ablösung des Kredits aus sachlich nachvollziehbaren Gründen, namentlich der Vermeidung einer Risikoerhöhung durch zusätzliche Zinsen, nicht weiter ein. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend macht, die von der Klägerin dargelegten Gründe für die "eher distanzierte Begleitung des Vorschlags" (Plädoyer der Klägerin) seien im Nachhinein konstruiert worden und entsprächen nicht der Kommunikation in Echtzeit, ist ihr entgegenzuhalten, dass sich ein entsprechender Hinweis bereits in der E-Mail der Klägerin an die Bank E. \_\_\_\_\_ vom 9. Februar 2018 findet (*«as well as an extension of the term of the loan and respective additional interest [...]»*) und dass die Beklagte diesbezüglich die Klägerin auch nicht um eine formelle Entscheidung ersucht hat (vgl. Art. 15 Abs. 3 SERVG). Es ist mithin nicht davon auszugehen, dass das Verhalten der Klägerin im Zusammenhang mit dem Ablösungsvorschlag der Beklagten treuwidrig gewesen ist.

#### 4.4

**4.4.1** Weiter macht die Beklagte geltend, sie habe aufgrund der "treuwidrigen Verweigerungshaltung" der Klägerin seit 2017 keine neuen Exportrisikoversicherungen abschliessen können, und zwar weder bei der Klägerin noch bei anderen Versicherern (wie z.B. V.\_\_\_\_\_, weil dort jeweils die Frage zu beantworten sei, ob pendente Versicherungsfälle bestehen würden). Damit habe die Beklagte lukrative Exportgeschäfte "verloren". Hätte sie weiterhin bei der Klägerin neue Exportgeschäfte versichern und dadurch wichtige Umsätze erzielen können, wäre der wirtschaftliche Erfolg wieder eingetreten, was auch die Grundannahmen im IBR-Bericht vom 18. Oktober 2017 gewesen seien. Dadurch, dass die Klägerin der Beklagten verunmöglicht habe, neue Exportversicherungen abzuschliessen, habe sie aktiv (absichtlich und/oder grobfahrlässig) sämtliche Grundannahmen des IBR-Berichts unterminiert.

**4.4.2** Für den Antrag auf Abschluss einer Versicherung nach dem SERVG ist es keine Voraussetzung, dass der Antragsteller keinen hängigen Versicherungsfall hat (vgl. Art. 13 SERVG). Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin der Beklagten in treuwidriger Weise verunmöglicht haben sollte, einen Antrag auf Abschluss weiterer Exportrisikoversicherungen zu stellen. Abgesehen davon bleibt der Einwand, soweit er einen präsumierten "entgangenen Gewinn" betrifft, unsubstantiiert.

#### 4.5

**4.5.1** Schliesslich macht die Beklagte geltend, es sei treuwidrig, dass die Klägerin, nachdem die Beklagte im September 2018 den vollen Due Debt Amount bezahlt gehabt habe, das Finanzinstitut zu einer Kündigung des Standstill-Agreements vom 13. Dezember 2017 veranlasst bzw. die Zustimmung zu dessen nachträglicher Inkraftsetzung verweigert habe. Denn im Februar 2018 habe sie noch unter Verweis auf das Standstill-Agreement die vorgeschlagene Kreditablösung durch die Bank E.\_\_\_\_\_ abgelehnt und in diesem Zusammenhang auch mitgeteilt, sie habe keine Absicht, die Erstattungsforderung gegen die Beklagte zeitnah durchzusetzen (E-Mail der Beklagten [G.\_\_\_\_\_] vom 9. Februar 2018 an die Bank E.\_\_\_\_\_). Auch sei die "Fälligestellung" der gestundeten Forderung durch das Finanzinstitut im Oktober 2018 nicht zulässig gewesen, da die Stundungsvereinbarung zu jenem Zeitpunkt in Kraft gewesen sei und keine der Kündigungsvoraussetzungen erfüllt gewesen seien; insofern sei das Finanzinstitut von

der Klägerin dazu aufgefordert worden, "einen Stundungsvertrag zu kündigen, der gar nicht kündbar" gewesen sei (Schlussvortrag der Beklagten).

**4.5.2** In Ziff. 3.2 des Standstill-Agreements wurde die Stundungsabrede in Bezug auf den "Deferred Debt Amount" von USD 62'685'564.95 an die Bedingung gebunden, dass die Beklagte bis spätestens am 15. Dezember 2017 den Due Debt Amount (bestehend aus der Summe diverser Finanzierungsnebenkosten im Totalbetrag von USD 2'540'052.04) bezahlt (*"The Standstill Undertaking is subject to the condition subsequent that the Borrower pays to the Bank [...] no later than by December 15, 2017, the Due Debt Amount"*). Es ist unbestritten, dass die Beklagte diesen Betrag bis am 15. Dezember 2017 nicht leistete. Wie sich aus den Akten ergibt, fragte L. \_\_\_\_\_ (CFO der Beklagten) mit E-Mail vom 27. September 2018 das Finanzinstitut an, wie hoch der ausstehende Due Debt Amount noch sei und bat um eine Bestätigung, dass nach Eingang der ausstehenden Zahlung das Standstill Agreement "nun in Kraft trete". Das Finanzinstitut teilte der Beklagten gleichentags den ausstehenden Betrag mit und wies gleichzeitig darauf hin, dass das Standstill-Agreement keine Wirksamkeit erlangt habe (E-Mail des Finanzinstituts vom 27. September 2018 an die Beklagte: *"Please note that given the Standstill Undertaking is not effective [...]"*). Für den Fall, dass der ausstehende Due Debt Amount bezahlt werden sollte, verwies das Finanzinstitut sodann auf die dafür erforderliche Zustimmung der Klägerin (*"This amendment is subject to SERV / B. \_\_\_\_\_ approval"*). In der Folge verweigerte die Klägerin die Zustimmung mit Schreiben vom 20. November 2018.

Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe im Oktober 2018 das Finanzinstitut zur "Kündigung" des Standstill-Agreements veranlasst, obgleich dessen Kündigungsvoraussetzungen nicht gegeben gewesen seien, geht fehl. Die Bestimmung von Ziff. 3.2 des Standstill-Agreements enthält eine Suspensivbedingung, welche sich infolge Nichtbezahlung des Due Debt Amount nicht realisierte, wodurch die Stundungsabrede nicht rechtswirksam wurde. Dies entspricht auch dem Verständnis der Beklagten, wie sich aus ihrer E-Mail vom 27. September 2018 an das Finanzinstitut ergibt (*"Nach Eingang der Zahlung bitte ich Sie [...] zu bestätigen, dass die Bedingungen des Standstill-Agreements abschliessend erfüllt sind und dieses nun in Kraft ist"*). Dass die nachträgliche Inkraftsetzung des Standstill-Agreements die Zustimmung der Klägerin voraussetzte, ergibt sich schon daraus, dass im Umfang der bis zu diesem Zeitpunkt gegenüber dem Finanzinstitut erbrachten Versicherungsleistungen die Kreditforderung auf

die Klägerin übergegangen war. Zu prüfen bleibt daher einzig, ob die Aussage der Klägerin in ihrer E-Mail vom 9. Februar 2018, sie habe keine Absicht, die Erstattungsforderung gegen die Beklagte zeitnah durchzusetzen, mit der Verweigerung der Zustimmung im November 2018 unter dem Gesichtspunkt des Handelns nach Treu und Glauben vereinbar ist.

**4.5.3** Die Klägerin führt aus, Ende 2018 habe sie sich mit folgenden Umständen konfrontiert gesehen: Zum einen sei das Standstill-Agreement wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Due Debt Amount durch die Beklagte nicht wirksam geworden. Zum anderen sei sie von der Beklagten mit Schreiben vom 26. Oktober 2018 darüber informiert worden, dass die Beklagte das Oman-Geschäft – ihre einzige potentielle Ertragsquelle – "verkaufen" wolle. Darüber hinaus hätten sich die im IBR-Bericht vom 18. Oktober 2017 erwähnten Indonesien- und Vietnam-Geschäfte nicht konkretisiert. Unter diesen Umständen sei es für die Klägerin nicht mehr in Frage gekommen, dem Standstill-Agreement zuzustimmen. Ausserdem habe die Klägerin zwar die am 8. November 2018 bis zum 15. Januar 2019 beantragte Stundung nicht gewährt, die beantragte Frist aber dennoch abgewartet, bevor sie am 29. Januar 2019 die Betreuung eingeleitet habe.

Unter diesen Umständen erscheint es nicht treuwidrig, wenn die Klägerin im September 2018, aufgrund einer veränderten Ausgangslage, ihre Zustimmung für das Standstill-Agreement nicht erteilt hat.

**4.6** Nach dem Gesagten erweist sich die von der Beklagten sinngemäss erhobene Einwendung der Nichterfüllungsfiktion (Art. 156 OR analog) insgesamt als unbegründet.

## **5.**

**5.1** Für die Quantifizierung der eingeklagten Erstattungsforderung hinsichtlich der dem Finanzinstitut ausbezahlten Entschädigungsleistungen rechnete die Klägerin die eingegangenen Rückflüsse jeweils der ihrem Eingang vorausgegangen Entschädigungsleistung an.

Die Klägerin verlangt eine Verzinsung zu 5 % ab Auszahlungsdatum. Dieser Anspruch ergibt sich direkt aus Ziff. 2.6 EVE, wonach die Erstattungsverpflichtung "zuzüglich 5 Prozent Zins seit Zahlung der SERV" geschuldet ist. Es handelt sich hierbei um einen vertraglichen Anspruch, der auf Erfüllung der getroffenen Verzinsungsvereinbarung gerichtet ist. Insofern gelangen hier die gesetzlichen, an den Eintritt des Verzugs anknüpfenden Verzinsungsregeln von Art. 104 OR nicht zur Anwendung.

Somit resultieren folgende ausgewiesene Beträge (samt Verzinsungsanspruch):

Datum	Versicherungsleistung in USD	Abzug (Rückfluss) in USD	Erstattungs-forderung in USD	Verzinsung	
				Beginn des Zinsenlaufs	Zinssatz (%)
13.12.2017	19'987'362.80				
13.12.2017		-1'668.88*	<b>19'985'693.92</b>	13.12.2017	5.00
31.01.2018	5'116'838.00				
15.03.2018		-122'580.25	<b>4'994'257.75</b>	31.01.2018	5.00
30.04.2018	4'957'739.03				
08.05.2018		-592'023.79	<b>4'365'715.24</b>	30.04.2018	5.00
31.07.2018	4'969'809.91				
10.09.2018		-500'000.00			
02.10.2018		-87'799.97	<b>4'382'009.94</b>	31.07.2018	5.00
31.10.2018	4'913'094.87				
04.12.2018		-217'591.25	<b>4'695'503.62</b>	31.10.2018	5.00
07.12.2018	23'203'310.01				
09.01.2019		-961'083.91	<b>22'242'226.10</b>	07.12.2018	5.00
Total	63'148'154.62	-2'482'748.05	<b>60'665'406.57</b>		

\* Korrektur wegen fehlerhafter Verzugszinsberechnung

**5.2** Des Weiteren verlangt die Klägerin die Erstattung der Kosten, die ihr im Zusammenhang mit dem versicherten Exportgeschäft (Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4) für Rechtsabklärungen durch die omanische Anwaltskanzlei D. \_\_\_\_\_ (Maskat) entstanden seien. Die geltend gemachte Kostenerstattungs-forderung bezieht sich auf drei von D. \_\_\_\_\_ ausgestellte Rechnungen im (umgerechneten) Betrag von USD 1'455.09 (Rechnung vom 6. Dezember 2017), USD 279.84 (Rechnung vom 13. Juni 2018) und USD 559.65 (Rechnung vom 9. August 2018), welche die Klägerin mit Valuta vom 22. Dezember 2017, 6. Juli 2018 und 24. August 2018 beglich. Die Klägerin fordert auf diese Beträge einen Zins zu 5 % ab dem jeweiligen Zahlungsdatum.

Dagegen wendet die Beklagte ein, die streitbetroffenen Kostenpositionen betreffen die Exportforderung gegenüber dem omanischen Ministerium und stünden allein im Zusammenhang mit dem Antrag der Beklagten auf Entschädigung aus der Lieferantenkreditversicherung VP 14-7071/4. Es bestehe diesbezüglich kein Konnex zu den Entschädigungsleistungen der Klägerin an das Finanzinstitut, welches keinen direkten Bezug zum Oman-

Geschäft gehabt habe. Infolgedessen bestehe hinsichtlich dieser Aufwendungen keine Erstattungspflicht.

**5.2.1** Der Anspruch auf Erstattung der "Kosten" ergibt sich vorliegend – ausschliesslich – aus Art. 21a Abs. 2 SERVG ("zuzüglich Zinsen *und Kosten*"). Eine vertragliche Anspruchsgrundlage fällt hier ausser Betracht, da sich die in Ziff. 2.6 EVE stipulierte Erstattungsverpflichtung mangels entsprechender Erwähnung nicht auf den Aufwendungsersatz erstreckt. Fraglich und näher zu prüfen ist, ob zwischen den geltend gemachten Kosten für rechtliche Abklärungen betreffend die Exportforderung und den gegenüber dem Finanzinstitut erbrachten Versicherungsleistungen ein relevanter Konnex besteht. Im Rahmen des Fabrikationskreditvertrages erfolgte eine Sicherungszession der Ansprüche der Beklagten aus dem Exportgeschäft an das Finanzinstitut (Ziff. 20 Bst. a und b des Fabrikationskreditvertrages; Ziff. 2.3 EVE). Im Umfang, in dem die Klägerin das Finanzinstitut aus der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 entschädigte, ging die Kreditforderung des Finanzinstituts gegen die Beklagte "samt Nebenrechten" auf die Klägerin über (Art. 19 Abs. 1 SERVG). Zu diesen Nebenrechten gehören laut AGB FK (Ziff. 10.1), welche die Beklagte in Ziff. 1 EVE ausdrücklich anerkannte, u.a. auch die zur Kreditforderung akzessorischen "Sicherheiten", womit vorliegend die abgetretene Exportforderung erfasst wird. Angesichts dessen, dass die Exportforderung demnach (in einem beträchtlichen Umfang) der Sicherung der streitbetroffenen Erstattungsforderung dient, stehen die Kosten für diesbezügliche Rechtsabklärungen (auch) in einem relevanten Zusammenhang zur Fabrikationskreditversicherung, weshalb die Beklagte gestützt auf Art. 21a Abs. 2 SERVG auch hierfür erstattungspflichtig ist.

**5.2.2** Indessen besteht für die ab Zahlungsdatum verlangte Verzinsung der Kostenersatzforderung keine Grundlage, da Art. 21a Abs. 2 SERVG den Beginn des Zinsenlaufs nicht regelt und Ziff. 2.6 EVE, wie in E. 5.2.1 hier vor dargelegt, den Aufwendungsersatz nicht erfasst. Abzustellen ist demnach auf die dispositive Regel von Art. 104 Abs. 1 OR, wonach bei Eintritt des Verzugs ein Verzugszins zu 5 % geschuldet ist. Die Klägerin forderte die Beklagte mit Telefax vom 18. Dezember 2018 auf, den Forderungsbetrag "umgehend" zu überweisen, wodurch die Beklagte am 18. Dezember 2018 in Verzug geriet (Art. 102 Abs. 1 OR). Demgemäss hat die Beklagte auf den Beträgen von USD 1'455.09, USD 279.84 und USD 559.65 jeweils ab dem 18. Dezember 2018 einen Verzugszins zu 5 % zu bezahlen.

**5.3** Schliesslich verlangt die Klägerin, die Beklagte habe ihr die Betreuungskosten zu ersetzen. Die Klägerin als Gläubigerin hat für den Fall, dass ihr, wie vorliegend, die in Betreuung gesetzte Forderung ganz oder teilweise zugesprochen wird, von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Ersatz der Betreuungskosten (Art. 68 SchKG), weshalb die Beklagte ihr diese im ausgewiesenen Umfang von Fr. 413.30 (Kosten des Zahlungsbefehls vom 4. Februar 2019) zu vergüten hat.

## **6.**

Nach dem Gesagten ist die Klage – mit Ausnahme der Zinsbetreffnisse vor dem 18. Dezember 2018 für die zu erstattenden Kosten – gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die aus der Fabrikationskreditversicherung VP 14-7073/5 dem Finanzinstitut ausgerichteten Entschädigungsleistungen im Totalbetrag von USD 60'665'406.57 (USD 19'985'693.92 zuzüglich Zins zu 5 % seit 13. Dezember 2017; USD 4'994'257.75 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Januar 2018; USD 4'365'715.24 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. April 2018; USD 4'382'009.94 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Juli 2018; USD 4'695'503.62 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2018; USD 22'242'226.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit 7. Dezember 2018), zuzüglich der Kosten im Totalbetrag von USD 2'294.58 (USD 1'455.09 zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018; USD 279.84 zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018; USD 559.65 zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018), zuzüglich der Betreuungskosten von Fr. 413.30 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag (Zins zu 5 % auf USD 1'455.09 von 22. Dezember 2017 bis 17. Dezember 2018, Zins zu 5 % auf USD 279.84 von 6. Juli 2018 bis 17. Dezember 2018, Zins zu 5 % auf USD 559.65 von 24. August 2018 bis 17. Dezember 2018) ist die Klage abzuweisen.

## **7.**

**7.1** Ist gegen die in Betreuung gesetzte Forderung Rechtsvorschlag erhoben worden, kann der Gläubiger im Anerkennungsprozess dessen Beseitigung verlangen (Art. 79 SchKG). Der Gläubiger kann die Beseitigung des Rechtsvorschlags aber auch im Rahmen eines (separaten) Rechtsöffnungsverfahrens erwirken, wenn er für seine Forderung über einen Rechtsöffnungstitel verfügt (Art. 80 ff. SchKG). Vorliegend beantragt die Klägerin neben der Beseitigung des Rechtsvorschlags ausdrücklich auch die Erteilung der "definitiven Rechtsöffnung" (vgl. Klagebegehren Ziff. 2). Es ist davon auszugehen, dass ihr Begehren im Wesentlichen auf die Beseitigung

des Rechtsvorschlags gerichtet ist und sie damit nicht um Durchführung eines grundsätzlich den kantonalen Instanzen vorbehaltenen Rechtsöffnungsverfahrens ersucht, für welches das Bundesverwaltungsgericht nicht zuständig ist (Art. 23 i.V.m. Art. 84 Abs. 1 SchKG; Art. 31 ff. VGG). Der klägerische Antrag Ziff. 2 ist daher ungeachtet der Formulierung als Begehren im Sinne von Art. 79 SchKG entgegenzunehmen.

**7.2** Wird die in Betreuung gesetzte Forderung ganz oder teilweise zugesprochen, erfolgt die Beseitigung des Rechtsvorschlags in diesem Umfang. Die Forderung muss als notwendige Voraussetzung identisch sein mit derjenigen, die in Betreuung gesetzt wurde (STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 3. Aufl. 2021, Art. 79 SchKG N 10a). Die Bezeichnung der Gläubigerin und Schuldnerin auf dem Zahlungsbefehl vom 4. Februar 2019 stimmt mit den Parteien im vorliegenden Verfahren überein. Die auf dem Zahlungsbefehl aufgeführten Teilforderungen, welche von der Klägerin unbestrittenermassen zum Tageskurs der SNB vom 29. Januar 2019 (Datum des Betreibungsbegehrens) in Franken umgerechnet wurden (USD 1 = Fr. 0.9918) und bezüglich welcher als Forderungsgrund "Art. 21a Abs. 2 SERVG" sowie die "Ermächtigungs- und Verpflichtungserklärung vom 10. April 2014" angegeben wurde, stimmen mit den eingeklagten Ansprüchen überein. Dass die Klägerin in ihrer Klage die auf dem Zahlungsbefehl aufgeführten Teilforderungen Nr. 1 und Nr. 6 von Fr. 19'823'466.45 auf Fr. 19'821'811.23 respektive von Fr. 23'013'042.85 auf Fr. 22'059'839.85 reduzierte, ist für die Annahme der Forderungsidentität unbeachtlich.

Was die Betreuungskosten von Fr. 413.30 betrifft, erfolgt praxisgemäss keine Beseitigung des Rechtsvorschlags. Weil der Gläubiger bei mindestens partiell erfolgreicher Betreuung gestützt auf Art. 68 Abs. 2 SchKG berechtigt ist, die Betreuungskosten von den Zahlungen des Schuldners vorab zu erheben, womit diese *ex lege* zur Schuld geschlagen werden, muss dafür der Rechtsvorschlag nicht beseitigt werden (vgl. Urteil des BGer 5A\_455/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3; EMMEL, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 3. Aufl. 2021, Art. 68 SchKG N 16).

**7.3** Demnach ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes A. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 4. Februar 2019) im Umfang der Klagegutheissung, mit Ausnahme des zugesprochenen Betrags für die Betreuungskosten, zu beseitigen. Die entsprechenden Beträge sind zum

Tageskurs der SNB vom 29. Januar 2019 (USD 1 = Fr. 0.9918) umzurechnen (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Im Mehrbetrag ist der Antrag auf Beseitigung des Rechtsvorschlags abzuweisen.

## **8.**

**8.1** Die Gerichtsgebühr und die Parteientschädigung richten sich gemäss Art. 44 Abs. 3 VGG nach den Art. 63–65 VwVG, womit auch das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) sinngemäss zur Anwendung gelangt (Art. 44 Abs. 3 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG; Urteile des BVGer B-6759/2019 vom 13. Oktober 2020 E. 8.1; B-8031/2015 vom 4. November 2019 E. 10).

**8.2** Nach Art. 63 Abs. 1 VwVG hat in der Regel die unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen. Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert über Fr. 5 Mio. beträgt die Gebühr zwischen Fr. 15'000.– und Fr. 50'000.– (Art. 4 VGKE). Ausgehend von einem Streitwert von USD 60'667'701.15 und unter Berücksichtigung des erheblichen, im Zeitpunkt der Festlegung des Kostenvorschusses nicht vorhersehbaren Verfahrensaufwands, insbesondere im Zusammenhang mit der nach Abschluss des doppelten Schriftenwechsels am 19. November 2021 stattgefundenen Vorbereitungsverhandlung und der am 13. April 2022 durchgeführten Hauptverhandlung sowie den im Nachgang dazu eingegangenen unaufgeforderten Eingaben, ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 30'000.– festzusetzen. Entsprechend dem Prozessausgang sind die Verfahrenskosten der Beklagten aufzuerlegen. Die geringfügigen Abweichungen gegenüber den klägerischen Rechtsbegehren bezüglich der Verzinsung der Kosten sowie der Beseitigung des Rechtsvorschlags für die Betreuungskosten fallen nicht erheblich ins Gewicht und haben daher keinen Einfluss auf die Kostenverlegung.

**8.3** Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Klägerin prozessierte im Rahmen ihres gesetzlich vorgesehenen Aufgabenbereichs und hat als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

**1.1** Die Klage wird teilweise gutgeheissen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin zu bezahlen:

USD	19'985'693.92	zuzüglich Zins zu 5 % seit 13. Dezember 2017,
USD	4'994'257.75	zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Januar 2018,
USD	4'365'715.24	zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. April 2018,
USD	4'382'009.94	zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Juli 2018,
USD	4'695'503.62	zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2018,
USD	22'242'226.10	zuzüglich Zins zu 5 % seit 7. Dezember 2018,
USD	1'455.09	zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018,
USD	279.84	zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018,
USD	559.65	zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018,
Fr.	413.30	(Betriebskosten).

**1.2** Im Mehrbetrag (Zins zu 5 % auf USD 1'455.09 von 22. Dezember 2017 bis 17. Dezember 2018, Zins zu 5 % auf USD 279.84 von 6. Juli 2018 bis 17. Dezember 2018, Zins zu 5 % auf USD 559.65 von 24. August 2018 bis 17. Dezember 2018) wird die Klage abgewiesen.

**2.**

**2.1** Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes A. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 4. Februar 2019) wird beseitigt im Umfang von:

Fr.	19'821'811.23	zuzüglich Zins zu 5 % seit 13. Dezember 2017,
Fr.	4'953'304.84	zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Januar 2018,
Fr.	4'329'916.35	zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. April 2018,
Fr.	4'346'077.45	zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Juli 2018,
Fr.	4'657'000.49	zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2018,
Fr.	22'059'839.85	zuzüglich Zins zu 5 % seit 7. Dezember 2018,
Fr.	1'443.15	zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018,
Fr.	277.55	zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018,
Fr.	555.05	zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Dezember 2018.

**2.2** Im Mehrbetrag (Zins zu 5 % auf Fr. 1'443.15 von 22. Dezember 2017 bis 17. Dezember 2018, Zins zu 5 % auf Fr. 277.55 von 6. Juli 2018 bis 17. Dezember 2018, Zins zu 5 % auf Fr. 555.05 von 24. August 2018 bis 17. Dezember 2018, Betreuungskosten von Fr. 413.30) wird der Antrag auf Beseitigung des Rechtsvorschlags abgewiesen.

**3.**

**3.1** Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 30'000.– festgesetzt und der Beklagten auferlegt. Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.2** Der von der Klägerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 20'000.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Klägerin und die Beklagte.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Davide Giampaolo

**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 [SR 173.110]). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 31. Januar 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Klägerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beklagte (Gerichtsurkunde)