

# **BVGer B-756/2021 vom 19. Februar 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-02-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-756\\_2021\\_d20210219](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-756_2021_d20210219)

FR: TAF B-756/2021 du 19 février 2021

IT: TAF B-756/2021 del 19 febbraio 2021

## **Regeste**

Exportrisikogarantie, Investitionsrisikogarantie | Erstattungsforderung (Klage vom 19. Februar 2021). Das BGer ist auf die Beschwerde nicht eingetreten.

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Nach Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273) prüft der Richter von Amtes wegen die Zulässigkeit der Klage und aller weiteren Prozesshandlungen.

#### **E. 1.1.1**

Im Rahmen der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege beurteilt das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 35 Bst. a VGG auf Klage hin 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. Die Klage ist unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz die Erledigung des Streits einer in Art. 33 VGG erwähnten Behörde überträgt (Art. 36 VGG).

#### **E. 1.1.2**

Im Streit stehen zwei Forderungen der Klägerin gegen die Beklagte auf Erstattung von Versicherungsleistungen, welche die Klägerin auf der Grundlage der (als öffentlich-rechtliche Verträge ausgestalteten) Fabrikati- onskreditversicherungen VP (...) und VP (...) (aArt. 15 Abs. 1 SERVG) ge- genüber dem Finanzinstitut erbracht hat. Die Beklagte ist nicht Versiche- rungsnehmerin der Fabrikationskreditversicherungen, wurde aber über die EVE vom 11. Februar 2015 in die betreffenden Rechtsgeschäfte eingebunden. Die EVE, auf welche sich die eingeklagten Ansprüche aus Vertrag stützen und die auch Anknüpfungspunkt für die ebenfalls eingeklagten ge- setzlichen Ansprüche aus Art. 21a Abs. 2 SERVG bilden, sind selbst (nicht synallagmatische) verwaltungsrechtliche Verträge, an denen mit der Klä- gerin eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes im Sinne von Art. 35 Bst. a VGG beteiligt ist. Gleichermassen liegt den Erstattungsforderungen aus Pfandvertrag ein verwaltungsrechtliches Vertragsverhältnis zugrunde. Eine Ausnahme gemäss Art. 36 VGG liegt nicht vor.

#### **E. 1.1.3**

Die streitgegenständlichen Erstattungsforderungen aus Versiche- rungsvertrag hat die Klägerin gegenüber der Beklagten am 28. März 2019 durch eine Zahlungsaufforderung geltend gemacht (KB 90); ebenfalls die- jenigen aus Pfandvertrag (KB 87–89). Diese Aufforderungen entfalten auf- grund 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 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Schweizerische Exportrisikoversicherung vom 21. Mai 2014, BBl 2014 4057 4058 [nachfolgend: Botschaft SERVG 2014];

B-756/2021 Seite 13 KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl. 2021, Rz. 351 ff., 856; vgl. TOBIAS JAAG, Der Staat als Gläubiger, in: Breitschmid et al. (Hrsg.) Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, 2015, S. 365 f.).

#### **E. 1.1.4**

Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für den materiellen Entscheid in der Sache und für die Beseitigung des Rechtsvorschlags (Art. 79 SchKG) zuständig. Örtlich zuständig für die beantragte definitive Rechtsöffnung ist indessen das Gericht am Betreibungsort (Art. 84 Abs. 1 SchKG).

#### **E. 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). Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 44 Abs. 1 VGG nach den Art. 3–73 und 79–85 BZP, die sinngemäss zur Anwendung gelangen (vgl. Urteil des BVGer A-5225/2015 vom 12. April 2017 E. 1.1).

#### **E. 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.). Der Streitgegenstand bestimmt sich demnach durch die Rechtsbegehren der Parteien, wobei 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).

#### **E. 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.

B-756/2021 Seite 14 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 mit

Hinweisen; 125 V 193 E. 2; WALDMANN, a.a.O., S. 15).

### **E. 1.2.3**

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

### **E. 1.2.4**

Nach Art. 26 Abs. 1 BZP kann ein Rechtsbegehren in der Weise geändert werden, dass ein anderer oder weiterer Anspruch erhoben wird, der mit dem bisher geltend gemachten im Zusammenhang steht. Die anlässlich der Vorbereitungsverhandlung vom 30. März 2022 zusätzlich eingeklagte Forderung im Betrag von Fr. 300.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 25. Februar 2022 steht mit der geltend gemachten Erstattung der Jahresgebühren Nr. 8–10 für die Aufrechterhaltung des Patents in einem engen sachlichen Zusammenhang (KB 95–97). Sämtliche Erstattungsansprüche für die vorgeschossenen Jahresgebühren Nr. 8–11 hängen mit der Erhaltung des pfandgesicherten Patents zusammen und beruhen auf dem gleichen öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis (Pfandvertrag vom 8. Mai 2017 [KB 84]). Die Klageerweiterung ist sodann rechtzeitig vorgebracht worden (Art. 19 Abs. 2 BZP) und im Ergebnis zulässig.

### **E. 1.3**

Die Beklagte beantragt in Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren, das vom Finanzinstitut einbehaltene Eigenkapital sei vollständig an sie zurückzuzahlen und die geforderten Zinsen seien zu "stornieren". Ihre Forderung auf Geldleistung ist aber weder beziffert (vgl. E. 1.2.3 hiervor) noch betrifft sie das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten. Das Finanzinstitut verfügt im anhängig gemachten Klageverfahren über keine prozessuale Rechtsstellung und ist nicht in das Prozessrechtsverhältnis eingebunden. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 ist somit nicht einzutreten.

B-756/2021 Seite 15 Das widerklageweise geltend gemachte Rechtsbegehren Ziffer 3 ("Freigabe des Patents") wurde rechtzeitig mit der Klageantwort eingereicht. Mit diesem Rechtsbegehren macht die Beklagte und Widerklägerin einen unabhängigen, von der Hauptklage nicht erfassten Gegenanspruch geltend, der mit dem Klageanspruch in einem rechtlichen Zusammenhang steht (vgl. Art. 29 Bst. c BZP i.V.m. Art. 31 Abs. 1 Satz 2 BZP; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 14. März 1947 an die Bundesversammlung zu einer neuen Bundeszivilprozessordnung, BBl 1947 I 989 1011; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 4257). Es liegt folglich eine zulässige Widerklage vor.

### **E. 1.4**

Auf die Klage ist einzutreten und die Klageergänzung ist zuzulassen. Auf die Widerklage ist mit Ausnahme des in E. 1.3 erwähnten Rechtsbegehrens (Ziffer 2) der Beklagten (Widerklägerin) einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht erhebt nur über bestrittene Tatsachen Beweise, sofern sie erheblich sind und soweit nicht der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (Art. 36 Abs. 1 BZP i.V.m. Art. 44 Abs. 2 VGG). Der Richter ist an die von den Parteien angebotenen Beweismittel nicht gebunden und er berücksichtigt nur die notwendigen (Art. 37 Satz 1 BZP). Er würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 40 Satz 1 BZP). Das Recht auf Beweis schliesst eine vorweggenommene Würdigung von Beweisen aber nicht aus (BGE 143 III 297 E. 9.3.2; 138 III 374 E. 4.3.2; je mit Hinweisen). Die Parteien sind anlässlich der Vorbereitungs- und Vergleichsverhandlung vom 30. März 2022 zu den entscheidewesentlichen Tatsachen persönlich befragt worden. Unter Berücksichtigung sämtlicher im Klageverfahren ge- wonnener Erkenntnisse wurde mit Zwischenverfügung vom 6. Juli 2022 in antizipierter Beweiswürdigung auf die Anordnung der beantragten Zeugen- befragungen (Art. 42 ff. BZP) von C.\_\_\_\_\_ (Finanzinstitut), D.\_\_\_\_\_ (SERV) und E.\_\_\_\_\_ (ehemaliger Verwaltungsrat X.\_\_\_\_\_ AG) ver- zichtet (vgl. Protokoll, S. 13 und S. 16).

## **E. 2.2**

Nicht bestritten und durch Urkunden belegt ist die Sachverhaltsdarstel- lung der Klägerin zum rechtsgültigen Zustandekommen der zwei EVE vom 11. Februar 2015 (KB 13 und 55), der abgeschlossenen Fabrikationsrisiko- und Lieferantenkreditversicherung VP (...) (Exportgeschäft mit der Bestel-

B-756/2021 Seite 16 lerin 1 [KB 99–101]) vom 16. März 2015 (KB 5) und der Fabrikationsrisiko- versicherung VP (...) (Exportgeschäft mit der Bestellerin 2 [KB 102]) vom 10. Juni 2015 (KB 51) sowie der Fabrikationskreditversicherungen vom 16. März 2015 (VP [...]; [KB 6 und 8]) und vom 18. Juni 2015 (VP [...]; [KB 52 und 53]) samt Nachträgen. Unbestritten geblieben und urkundlich belegt ist weiter das rechtsgültige Zustandekommen der zwei Kreditvereinbarun- gen zwischen der Beklagten und dem Finanzinstitut vom 17./19. März 2015 (KB 9) und 3. Juli 2015 (KB 54) samt Nachträgen, mit letztmaliger Verlängerung der Kreditlaufzeiten bis zum 31. August 2017 (KB 14–15 und 56–57). Nicht bestritten und belegt sind die quartalsweise ausgewiesenen Belastungen und Gutschriften des Finanzinstituts aus den Fabrikationskre- ditbenutzungen samt Zinsen, Gebühren, Kommissionen und Versiche- rungsprämien gemäss Belastungsanzeigen Kontokorrent IBAN (...) und Kontokorrent IBAN (...), mit letztmalig ausgewiesenem negativem Schluss- saldo per 31. Dezember 2017 im Betrag von Fr. 3'672'506.15 und Fr. 1'328'369.30 (KB 44–45 und 76–77; Klageantwort, S. 2). Unbestritten und belegt ist sodann die Fälligkeit der Forderungen aus den Fabrikations- krediten 1 und 2 per Ablauf der zugesagten Laufzeit gemäss Ziff. 10 und 12.1 der Kreditvereinbarungen samt Nachträgen (KB 9 und 54; KB 14–15 und KB 56–57). Nicht bestritten und belegt ist die Bezifferung der zur Rück- zahlung fälligen Forderungen per 31. August 2017 aus Kredit von Fr. 3'614'250.65 und Fr. 1'307'285.40 (KB 46 und 78). Zwischen den Par- teien ist schliesslich unbestritten, dass die Beklagte die aus den Kreditver- trägen 1 und 2 fliessenden Rückzahlungsansprüche der Kreditgeberin so- wie die streitgegenständlichen Erstattungsforderungen der Klägerin nicht erfüllt hat.

## **E. 3.1**

Im Zeitpunkt der erstmaligen Gewährung der Fabrikationskreditversi- cherungen VP (...) vom 16. März 2015 und VP (...) vom 18. Juni 2015 so- wie der Unterzeichnung der EVE vom 11. Februar 2015 stand das Bundes- gesetz 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

B-756/2021 Seite 17 Zinsen" ergänzt worden. Die weiteren Änderungen sind redaktioneller Natur. Die beiden Versicherungspolice n VP (...) und VP (...) wurden zweimal verlängert und inhaltlich abgeändert, letztmals am 3. Juli 2017. Die Fassungen VP (...) und VP (...) haben die jeweiligen früheren Versicherungspolice n gemäss deren Wortlaut unter Einschluss der jeweiligen Änderungen ersetzt. Die VP (...) und VP (...) sind bereits unter der Geltung des neuen Rechts entstanden, weshalb mit Blick auf den gesetzlichen Erstattungsanspruch das neue Recht anzuwenden ist.

### **E. 3.2**

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 Schuldner n 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], BBl 2009 1051 1052 [nachfolgend: Botschaft BG 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).

### **E. 3.3**

Als versicherbare Risiken gelten gemäss dem abschliessenden Katalog in Art. 12 Abs. 1 SERVG (vgl. Botschaft vom 24. September 2004 zum SERVG, BBl 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, BBl 2004

B-756/2021 Seite 18 5795 5833), sofern die Versicherung in dieser Form abgeschlossen wird (vgl. Art. 15 Abs. 1 SERVG).

### **E. 3.4**

Mit dem befristeten Bundesgesetz vom 20. März 2009, dessen Regelung auf den 1. Januar 2016 in das SERVG überführt wurde, erweiterte der Gesetzgeber das Instrumentarium der SERV unter anderem 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, BBl 2014 4057 4070).

### **E. 3.5**

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 BG 2009, BBl 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, BBl 2014 4057 4071). Dabei setzt Art. 2 Bst. a SERVG (i.V.m. Art. 21a Abs. 3 SERVG) voraus, 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, BBl 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 (vgl. Urteil des BVGer B-3729/2014 vom 22. März 2018 E. 2.3, mit Hinweisen; BERNHARD WALDMANN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, 2007, S. 10).

B-756/2021 Seite 19

### **E. 3.6**

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).

### **E. 4.1**

Die Beklagte hat mit Unterzeichnung der EVE vom 11. Februar 2015 (KB 13 und 55, Ziff. 1) die allgemeinen Geschäftsbedingungen für Fabrikationskreditversicherungen (nachfolgend: AGB FK; KB 7) anerkannt. Diese regeln als vorformulierte Vertragsbedingungen, welche Verpflichtungen ein Versicherungsnehmer zu erfüllen hat und unter welchen Voraussetzungen ein Entschädigungsanspruch entsteht. Mit den

Fabrikationskreditversicherungen VP (...) und VP (...) versicherte die Klägerin das Delkredererisiko des Kreditinstituts. Dieses tritt ein, wenn der Kreditnehmer (Exporteur) wegen Zahlungsunwilligkeit oder Zahlungsunfähigkeit die versicherte Forderung nicht erfüllt (AGB FK, Ziff. 3; vgl. Botschaft SERVG 2014, BBl 2014 4057 4070). 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 Finanzierungsnebenkosten (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 Kosten, die bei vorzeitiger Ablösung einer Refinanzierung entstehen (Ziff. 1.3 AGB FK). Schliesslich umfasst 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.

#### **E. 4.2**

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, wo-

B-756/2021 Seite 20 bei 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 Verwirkungsfrist von zwei Jahren seit Eintritt des Versicherungsfalls eingereicht wurde (Ziff. 5.1.4 AGB FK; Art. 17 Abs. 1 und 4 SERV-V).

#### **E. 4.3**

Die Klägerin hat das Vorliegen dieser Entschädigungsvoraussetzungen urkundlich belegt (KB 7, 9, 14–15, 46–47, 54, 56–57, 78–79). Der Versicherungsfall trat somit nach Ablauf der Karenzfrist von einem Monat ab Verwirklichung des versicherten Risikos, d.h. am 30. September 2017 ein (Ziffer 4.1 AGB FK [KB 7]; vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Die Entschädigungsentscheidungen 15-801410/1 und 15-829410/1 der Klägerin ergingen am 7. Februar 2019 beziehungsweise in ihrer korrigierten Fassung am 27. November 2020 (KB 48 und 50 und KB 80 und 82). Die entschädigungsfähigen Versicherungsleistungen aus Delkrederere von Fr. 3'626'240.45 zum Garantiesatz von 95 % im Betrag von Fr. 3'444'928.42 (Fabrikationskredit 1; KB 50) sowie von Fr. 1'309'069.67 zum Garantiesatz von 95 % im Betrag von Fr. 1'243'616.19 (Fabrikationskredit 2; KB 82) sind ebenfalls durch Urkunden ausgewiesen (KB 6–11, KB 13–82).

#### **E. 4.4**

Die Klägerin informierte die Beklagte mit Mitteilung vom 28. März 2019 (KB 90) über die am 22. Februar 2019 geleistete Entschädigung an das Kreditinstitut. Gleichzeitig forderte sie die Beklagte auf, die gestützt auf die Fabrikationskreditversicherungen ausgerichteten Entschädigungsleistungen zuzüglich Zinsen und Kosten in vollem Umfang bis spätestens am 30. April 2019 zu erstatten. Die Beklagte hat nicht bestritten, dass sie die-

vorprozessualen Zahlungsaufforderung nicht nachgekommen ist.

## **E. 5.1**

Zwischen den Parteien ist zunächst der Umfang des Versicherungsschutzes der Beklagten strittig sowie dessen Abgrenzung zum Versicherungsschutz des Finanzinstituts.

### **E. 5.1.1**

Die Klägerin macht zwei Erstattungsforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 4'688'544.64 (zuzüglich Zins zu 5 % seit 22. Februar 2019) geltend. Sie bringt im Wesentlichen vor, bei den vom Finanzinstitut gewährten Finanzierungen handle es sich um bei Fälligkeit rückzahlbare Kredite mit ei-

B-756/2021 Seite 21 ner fixen Laufzeit (KB 9 und 54, Ziffer 10). Weil die Beklagte ihre Verpflichtungen aus den zwei Fabrikationskreditverträgen nicht erfüllt habe, sei die Klägerin gegenüber dem Finanzinstitut nach Massgabe der Fabrikationskreditversicherungen VP (...) und VP (...) entschädigungspflichtig geworden. Die Beklagte sei folglich gestützt auf Art. 21a Abs. 2 SERVG und Ziffer 2.6 der Ermächtigungs- und Verpflichtungserklärung zur Erstattung der von der Klägerin geleisteten Beträge zuzüglich Kosten und Zinsen verpflichtet (Klageschrift, Rz. 68 ff.; Replik Rz. 19 f.).

### **E. 5.1.2**

Die Beklagte vertritt den Standpunkt, das Finanzinstitut hätte nur unter der Voraussetzung entschädigt werden dürfen, dass der Versicherungsschutz auch ihr gegenüber greife. Mangels anderweitiger Aufklärung durch die Klägerin und das Finanzinstitut sei sie zu jedem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass die Absicherung durch die Klägerin auch den vorliegenden Sachverhalt umfasse (Klageantwort, S. 4). Sie fühle sich "absolut übervorteilt". Die Versicherungsleistungen an das Finanzinstitut hätten nicht erbracht werden dürfen, weil die Kreditmittel nicht für die Herstellung des Reinigungsroboters, sondern für dessen Entwicklung verwendet worden seien (Protokoll, S. 16). Es könne nicht sein, dass durch die Auszahlung an das Finanzinstitut Fakten geschaffen würden, für die sie nun geradestehen müsse (Protokoll, S. 17).

## **E. 5.2**

Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie gegenüber dem Finanzinstitut eine Rückzahlungsverpflichtung übernommen hat, die auf den Eintritt der Fälligkeit der Forderungen per 31. August 2017 abstellt und sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist (Ziff. 12.1 Kreditvereinbarungen [KB 9 und 54]). Sie stellt auch nicht in Abrede, dass die Klägerin gestützt auf die Fabrikationskreditversicherungen VP (...) und VP (...) das Finanzinstitut entschädigte, nachdem es zu einem vollständigen Zahlungsausfall gekommen war. Soweit sich die Beklagte gegenüber dem Finanzinstitut aber wegen dieser Versicherungsleistung benachteiligt sieht, ist sie darauf hinzuweisen, dass im zeitlichen Ablauf eines Warenexportgeschäftes zwei Risikoabschnitte unterschieden werden. Für die Risiken vor Versand der Exportwaren standen der Beklagten zwei Fabrikationsrisikoversicherungen zur Verfügung (VP [...] und VP [...]; [KB 5 und 51]). Mit einer Fabrikationsrisikoversicherung deckt die Klägerin die Selbstkosten eines Export-Unternehmens für die vertraglich vereinbarten Lieferungen und Leistungen, falls infolge des Eintritts eines versicherten Risikos die weitere Fertigung und Versendung der Ware verunmöglicht wird oder dem Versicherungsnehmer nicht mehr

B-756/2021 Seite 22 zumutbar ist (Botschaft SERVG 2004, BBl 5795 5832). Das versicherte Fabrikationsrisiko tritt ein, wenn politische oder wirtschaftliche Umstände im Ausland die Fertigstellung oder den Versand der Waren verhindern (Urteil des BVGer A-501/2007 vom 26. August 2010 E. 3.6.2). Für die Risikodeckung nach Lieferung der Exportwaren hat die Beklagte zusätzlich eine Lieferantenkreditversicherung abgeschlossen (VP [...]; [KB 5]). Mit einer Lieferantenkreditversicherung versichert ein Schweizer Unternehmen den Ausfall von Forderungen, welche in einem Exportvertrag als Gegenleistung für erbrachte Lieferungen und Leistungen vereinbart wurden (AR-PAGAUS/STALDER/WERLEN, Das Schweizerische Bankgeschäft, 2021, Rz. 1248). Soweit die Beklagte in ihrer Begründung den Versicherungsschutz des Kreditinstituts von der Ausrichtung gleichwertiger Versicherungsleistungen an sie selbst abhängig machen will, vermengt sie einerseits die unterschiedlichen Risikosphären der einzelnen Akteure. Andererseits stehen im vorliegenden Verfahren nur Ansprüche aus den Fabrikationskreditversicherungen sowie dem Pfandvertrag zur Diskussion. Auf Einwände, welche die Beklagte aus allfälligen Ansprüchen gegen die Klägerin aus den Fabrikationsrisiko- und Lieferantenkreditversicherungen ableitet, ist daher nicht weiter einzugehen.

### **E. 5.3**

Die Beklagte verkennt mit ihrer Rüge gleichzeitig die Rechtsnatur des eingeklagten Erstattungsanspruchs:

#### **E. 5.3.1**

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,

B-756/2021 Seite 23 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

Finanzinsti- tuts gegenüber dem Exporteur namentlich aus möglichen Einreden und Einwendungen."

### **E. 5.3.2**

Die Klägerin beruft sich weiter auf die Anspruchsgrundlage von Ziffer 2.6 EVE, die 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 vereinbarte Erstattungsverpflichtung ist zwar mit dem gesetzlichen Regressanspruch von Art. 21a Abs. 2 SERVG weitgehend identisch. 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") festgelegt werden. Zudem enthält Ziff. 2.6 EVE zusätzlich einen Fälligkeitstermin für die Erstattungsverpflichtung ("auf erste Anforderung"), während Art. 21a Abs. 2 SERVG keine solche Regelung enthält. Andererseits sind in Ziff. 2.6 EVE die Kosten als Teil der Erstattungsverpflichtung, anders als bei Art. 21a Abs. 2 SERVG ("zuzüglich Zinsen und Kosten"), nicht erwähnt. Beide Anspruchsgrundlagen könnten aber auch unabhängig voneinander bestehen, weshalb von alternativer Anspruchskonkurrenz auszugehen ist.

### **E. 5.3.3**

Die Beklagte kann mit ihrem Vorbringen, sie sei zu jedem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass die Absicherung durch die Klägerin auch den vorliegenden Sachverhalt umfasse (vgl. E. 5.1.2 hiervor), nichts zu ihren

B-756/2021 Seite 24 Gunsten ableiten. Denn sie wusste aufgrund der unterzeichneten EVE von Beginn weg um deren Ziffer 2.6 oder hätte bei sachgemässer Sorgfalt darum wissen müssen, dass sie einer vertraglichen Erstattungsverpflichtung unterliegt, falls die Klägerin dem Finanzinstitut Entschädigungen für Kreditausfälle ausrichten muss (vgl. E. 5.3.2 hiervor). Auch dem gesetzlichen Erstattungsanspruch von Art. 21a Abs. 2 SERVG (vgl. E. 5.3.1 hiervor) kann sich die Beklagte nicht durch ihre sinngemäss vorgetragene Rechtsunkenntnis entziehen. Das Bundesgericht hielt wiederholt am Grundsatz fest, wonach Gesetze mit der amtlichen Publikation des Textes als bekannt gelten. Mit andern Worten kann niemand aus seiner eigenen Rechtsunkenntnis Vorurteile ableiten (BGE 136 V 331 E. 4.2.3.1; 127 III 357 E. 3d; Urteil des BGer 8C\_399/2021 vom 5. Oktober 2021 E. 4; je mit Hinweisen).

### **E. 5.4**

Die Beklagte widersetzt sich den auf Art. 21a Abs. 2 SERVG und Ziffer 2.6 EVE gestützten Erstattungsforderungen der Klägerin mit Einwendungen.

#### **E. 5.4.1**

Die Beklagte hat sich in Ziffer 2.6 der EVE vom 11. Februar 2015 verpflichtet, keine Einreden oder Einwendungen gegen Erstattungsforderungen (inkl. Zins) aus der Fabrikationsrisikoversicherung zu erheben und insbesondere auf das Recht zu verzichten, die Erstattungsverpflichtung mit Gegenforderungen zu verrechnen. Das Bestehen dieses Einrede- und Einwendungsverzichts entbindet die Klägerin somit weitgehend davon, sich

mit Gegenargumenten, welche die Gültigkeit des Grundgeschäfts oder die Durchsetzbarkeit des Anspruchs in Frage stellen, auseinandersetzen zu müssen.

#### **E. 5.4.2**

Ziffer 2.6 EVE kommt wegen ihrer Sicherungsfunktion, des Wortlauts, aber auch wegen des gesetzlichen Kontexts (Art. 21a Abs. 2 SERVG) der Charakter eines Garantiebeziehungsweise garantieähnlichen Versprechens zu (vgl. BGE 122 III 275 E. 3a/aaa; 122 III 321 E. 4a; MARKUS VI-SCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 109/2013, S. 325 f.). 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, mit Hinweisen). Insofern bleibt es der Beklagten nicht verwehrt, der Klägerin trotz ihres Einrede- und Einwendungsverzichts einen anspruchshindernden Rechtsmissbrauchstatbestand entgegenzuhalten.

B-756/2021 Seite 25

#### **E. 5.4.3**

Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn Art. 21a Abs. 2 SERVG als Anspruchsgrundlage für die eingeklagte Erstattungsforderung herangezogen wird. Es entsprach dem Willen des Gesetzgebers, durch den gesetzlichen Erstattungsanspruch den Regress der Klägerin vom Bestand und der Einredefreiheit der subrogierten Kreditforderung loszulösen (Botschaft SERVG 2014, BBl 2014 4057 4085). Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit Art. 21a Abs. 2 SERVG – über Ziffer 2.6 EVE hinaus – auch die Anfechtung eines Rechtsmissbrauchstatbestands (Treuwidrigkeit) verhindern wollte, zumal ein solches Auslegungsergebnis vor Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV nicht standhalten würde.

#### **E. 5.4.4**

Soweit die Beklagte der Klägerin Übervorteilung vorwirft (vgl. E. 5.1.2 hiervor), stellt Art. 21 OR zwingendes Recht dar, weshalb auf diese Anfechtungsbefugnis ohnehin nicht im Voraus wirksam verzichtet werden kann (NICOLAS HERZOG, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, 2014, Art. 21 N 16; JEAN MARC SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, 2010, Rz. 831). Übervorteilung (Art. 21 Abs. 1 OR) setzt objektiv ein offenes Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen und subjektiv eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinns) der benachteiligten Vertragspartei auf der einen und deren Ausbeutung auf der anderen Seite voraus (Urteil des BGer 4A\_254/2020 vom 22. Juli 2020 E. 4.1, mit Hinweisen).

#### **E. 5.4.5**

Dass objektiv ein offenes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Austauschleistungen und subjektiv eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit vorliegt, ist durch die beweisbelastete Beklagte weder dargelegt und substantiiert worden noch ersichtlich. Sie stellt weder das Leistungsverhältnis zwischen der risikobehafteten Höhe der Versicherungsprämien und der maximalen Versicherungsleistung in Frage, noch wendet sie ein, die eingeklagten Erstattungsforderungen wären falsch beziffert und ständen in einem Missverhältnis zu den gegenüber dem Finanzinstitut erbrachten Versicherungsleistungen. Der an die Klägerin gerichtete Vorwurf der Übervorteilung ist

somit unbegründet.

## **E. 5.5**

Zwischen den Parteien ist weiter die Frage umstritten, ob während der Laufzeit der Fabrikationskreditversicherungen einvernehmliche Ver- tragsanpassungen zum Verwendungszweck der Kredite stattgefunden ha- ben.

### **E. 5.5.1**

Die Beklagte räumt ein, die zwei Fabrikationskredite ausschliesslich für die Entwicklung des Prototyps, anstatt wie vereinbart für die Herstellung

B-756/2021 Seite 26 der 40 für den Export vorgesehenen Reinigungsroboter verwendet zu ha- ben (Klageantwort, Rz. 11). Mit der Hinterlegung von 5 % des Auftrags- werts beim Finanzinstitut sei ihr Risiko gegenüber einer Eigenfinanzierung für eine eventuell nicht erfolgreiche Fertigungsentwicklung und einen Zahlungs- ausfall erheblich gesenkt worden. Nach Vertragsschluss habe sie gemäss der abgestimmten Ablaufplanung die Weiterentwicklung des Roboters vo- rangetrieben (Klageantwort, Rz. 5 ff.). Die Beklagte sei in gutem Glauben gehalten worden, den Kredit in den entsprechenden Phasen für Entwick- lungsleistungen nutzen zu dürfen, obwohl dies vertraglich zunächst anders vereinbart worden sei. Es habe sich somit um eine einvernehmliche Ver- tragsänderung gehandelt (Duplik, Rz. 1).

### **E. 5.5.2**

Die Klägerin tritt dieser Darstellung entgegen. Sie führt aus, aufgrund der Gesetzesbindung von Art. 21a Abs. 1 SERVG wäre sie gar nicht befugt gewesen, einer Änderung der Kreditbenutzung für Entwicklungsleistungen zuzustimmen. Die Beklagte habe sich auch nicht im guten Glauben befunden, da ihr die Bestimmungen von Art. 21a SERVG bekannt gewesen seien und sie die Ermächtigungs- und Verpflichtungserklärung unterzeich- net habe (Triplik, Rz. 7).

### **E. 5.5.3**

Die Grenzen des Einrede- und Einwendungsverzichts der Beklagten sind wie dargelegt dort zu setzen, wo dieser einen anspruchshindernden Rechtsmissbrauchstatbestand betrifft (vgl. E. 5.4.1 ff. hiervor). Da die Be- klagte der Klägerin im Kern treuwidriges Verhalten in Bezug auf die ver- traglichen Grundlagen der eingeklagten Erstattungsforderung vorwirft, ist diese Einwendung zulässig und im Folgen zu prüfen.

### **E. 5.5.4**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beklagte um die Zweckbindung der Kreditmittel für die Herstellung der Exportgüter wusste (vgl. E. 5.3.3 hiervor; KB 13 und 55, Ziff. 2.1; zur zweckgebundenen Verwendung von versicherten Fabrikationskrediten: Botschaft SERVG 2014, BBl 2014 4057 4070 ff.; Botschaft BG 2009, BBl 2009 1054 1056). Soweit die Beklagte aus der behaupteten Vertragsänderung ihre Entwicklungsrisiken in die Ri- sikosphäre der Klägerin verlagern und daraus ein Leistungsverweige- rungsrecht ableiten will, hat sie eine solche Vertragsanpassung nicht durch Urkunden ausgewiesen (vgl. Art. 10 Abs. 3 Bst. a SERV-V). Die Beklagte kann sich ihrer Erstattungsverpflichtung gegenüber der Klägerin grund- sätzlich nicht mit dem Argument entziehen, sie habe die gewährten Kredit- mittel anders als ursprünglich vereinbart verwendet. Denn eine an das Fi- nanzinstitut geleistete Entschädigung ist nach der vertraglichen (Ziffer 2.6

B-756/2021 Seite 27 EVE) und gesetzlichen Regelung (Art. 21a Abs. 2 SERVG) der einzige Anknüpfungspunkt für die Inanspruchnahme der Beklagten. Mit andern Worten sind der Erfüllungsanspruch aus Vertrag und der gesetzliche Rückerstattungsanspruch an keine weiteren Tatsachen oder Bedingungen geknüpft und bestehen unabhängig von allfälligen Mängeln in der Herstellung oder Leistungsstörungen beim Exportgeschäft. Die Beklagte kann somit aus ihrem Vorbringen, es habe eine einvernehmliche Vertragsänderung stattgefunden, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

#### **E. 5.5.5**

Die Klägerin weist sodann zu Recht darauf hin, dass die bestrittene und – wie soeben erwähnt – von der Beklagten behauptete und nicht belegte Vertragsänderung rechtswidrig gewesen wäre. Die beiden Fabrikationskreditversicherungen sind samt ihrer Anbindung durch die EVE in ihrer ersten Fassung in der Form von öffentlich-rechtlichen Verträgen ausgestaltet worden. Ein solcher Vertrag muss aber – wie die im Nachgang ergangenen Verfügungen – mit den Rechtsnormen jeder Stufe übereinstimmen (GEORG MÜLLER, Zulässigkeit des Vertrags und zulässige Vertragsinhalte, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, 2007, S. 29 f.; BGE 136 II 415 E. 2.6.1, mit Hinweisen).

#### **E. 5.6**

Zwischen den Parteien ist weiter umstritten, ob die Klägerin den Eintritt des Versicherungsfalls im maximal versicherten Betrag durch eine Sorgfaltspflichtverletzung herbeigeführt hat.

##### **E. 5.6.1**

Die Beklagte rügt, sie habe dem Finanzinstitut und der Klägerin am 23. September 2015, am 20. Dezember 2015, am 17. März 2016 und am 22. September 2016 je einen Sachstandsbericht übermittelt. Aus diesen Berichten gehe hervor, dass die Kreditmittel ausschliesslich für die Entwicklungslieferung und nicht für die Fabrikation der Reinigungsroboter verwendet worden seien. Zu keiner Zeit habe das Finanzinstitut oder die Klägerin sie auf die zweckwidrige Kreditverwendung aufmerksam gemacht (Klageantwort, Rz. 9 ff.). Durch deren Nichteinschreiten sei sie im guten Glauben gelassen worden, dass das Projekt so fortgeführt und das Finanzinstitut und sie selber durch die Versicherungspolice abgesichert seien. Mit diesem Verhalten sei die Klägerin ihren Sorgfaltspflichten nicht nachgekommen (Klageantwort, Rz. 11).

##### **E. 5.6.2**

Die Klägerin tritt diesem Vorbringen entgegen und führt aus, sie sei erstmals am 23. September 2015 darüber informiert worden, dass der Roboter noch nicht in Serienproduktion gegangen sei, sondern noch mitten in der Entwicklung stehe. Die Auszahlung der verbleibenden Kreditbeträge

B-756/2021 Seite 28 nach Erhalt der Sachstandsberichte sei aus Gründen der Schadensbegrenzung nicht gestoppt worden. Nach damaliger Einschätzung habe eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestanden, dass die Beklagte die Kredite zurückzahlen werde, wenn der Roboter fertig entwickelt und anschliessend vermarktet würde (Replik, Rz. 28).

##### **E. 5.6.3**

Da die Beklagte der Klägerin sinngemäss vorwirft, sie habe den Versicherungsfall treuwidrig und unter Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten herbeigeführt, ist die Zulässigkeit dieser Einwendung zu bejahen.

#### **E. 5.6.4**

Die Beklagte trifft für die gesamte Laufzeit des Versicherungsgeschäfts eine Informations- und Sorgfaltspflicht, um Verluste zu vermeiden (Art. 16 Abs. 1 und 2 SERVG i.V.m. Art. 14 Abs. 1 SERV-V). Mit Blick auf die umstrittenen Erstattungsforderungen aus zwei Fabrikationskreditversicherungen ist die Beklagte über die EVE in das Versicherungsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Finanzinstitut eingebunden. Die Beklagte hat sich zudem vertraglich verpflichtet, der Klägerin gegenüber jederzeit Auskunft über den Stand der Herstellung der Lieferung/Leistung und sonstige Umstände zu erteilen, welche für die Fabrikationskreditversicherung von Bedeutung sein können (Ziff. 2.4 EVE [KB 13 und 55]). Diese gesetzlichen und vertraglichen Informations- und Sorgfaltspflichten garantieren eine zeitnahe Information im Fall einer Gefahrenerhöhung.

#### **E. 5.6.5**

Um die Einhaltung des in Ziffer 2.1 EVE geregelten Verwendungszwecks der Fabrikationskredite sicherzustellen, hat die Klägerin von der Beklagten vor Versicherungsabschluss zusätzliche Auskünfte eingefordert. Mit E-Mail vom 19. Februar 2015 ist die Beklagte ihrer vorvertraglichen Informationspflicht (Art. 16 Abs. 1 SERVG) nachgekommen und versicherte, sie werde "sofort nach Freigabe der Kreditbeträge zwei Unternehmen mit der Produktion beauftragen" (KB 94). Die Beklagte erklärte weiter, der "Fabrikationskredit werde für die Serienproduktion benötigt, wobei diese sofort mit der Auftragsauslösung beginnen werde". Sie fährt fort: "Die Liquidität für die Erstellung des Prototyps sei durch sie und die beiden Produktionsfirmen getragen worden. Im Prinzip sei der Prototyp durch die Vorgängermodelle schon vorhanden, es gehe jetzt nur noch um Antriebsmodifikationen. In den Auftragswerten seien die Kosten für die Prototyp-Optimierung abgedeckt, sodass der Fabrikationskredit für die Produktion, deren Vorbereitung und Sicherstellung verwendet werde." Die Beklagte informierte die Klägerin ausserdem über den Terminplan für die Fabrikation und Auslieferung der Reinigungsroboter (KB 94).

B-756/2021 Seite 29

#### **E. 5.6.6**

In die Beurteilung, ob eine Informations- und Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, ist miteinzubeziehen, dass die Beklagte als Herstellerin der Exportgüter die Tatsachen betreffend Beginn, Durchführung und Abschluss der Fabrikation besser kennt als die Klägerin. Sie ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sie gestützt auf Art. 2 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 16 SERVG und Art. 14 Abs. 1 SERV-V sowie vertraglich verpflichtet ist, in der Ausübung ihrer Rechte und in der Erfüllung ihrer Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Dies hätte insbesondere auch die vollständige, richtige und zeitnahe Information über die nicht plangemäss aufgenommene Fabrikation des Exportgutes per 4. Februar 2015 und per 6. Februar 2015 beziehungsweise per 1. März 2015 miteingeschlossen (KB 13 und 55, Ziff. 2.4; KB 54, Ziff. 17; KB 5 und 51, Ziff. 9: Abwicklungsdaten; KB 94, Ablaufplan). Dass der Fabrikationsbeginn in der zweiten Fabrikationsrisikoversicherungs-Police vom 18. Juni 2015 (VP [...]) nachweislich falsch auf den 6. Februar 2015 datiert wurde, ist ein deutliches Indiz für das Bestehen eines Informationsdefizits auf Seiten der Klägerin. Diese war am 18. Juni 2015 offenbar noch

immer nicht über den bereits seit über vier Monaten verschobenen Fabrikationsbeginn in Kenntnis gesetzt worden. Würde sich diese Indiztatsache bewahrheiten, wäre die Beklagte bei Vertragsabschluss ihrer gesetzlichen und vertraglichen Rechtspflicht zur vollständigen und wahrheitsgetreuen Auskunft nicht nachgekommen (Art. 16 Abs. 1 SERVG; EVE Ziff. 2.4 [KB 13 und 55]). Dass sich die Beklagte auch nach Zustellung dieser fehlerhaften Fabrikationsrisikoversicherungs-Police vom 18. Juni 2015 (VP [...]) nicht veranlasst sah, der Klägerin die gefah- renenerhöhende Tatsache umgehend anzuzeigen und das fehlerhafte Datum zum Fabrikationsbeginn zu berichtigen, verstärkt diesen Eindruck.

#### **E. 5.6.7**

Aus den Akten geht im Weiteren hervor, dass die Beklagte die Klä- rin schriftlich erstmals mit Sachstandsbericht vom 23. September 2015 über den nicht plangemäss erfolgten Beginn der Fabrikation und über die zweckentfremdete Verwendung der Kreditmittel informiert hat. Wie die Klä- gerin zu Recht vorbringt, hatte die Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits rund drei Viertel der gesamten Kreditlimiten benutzt (Fabrikationskredit 1: Fr. 2'660'620.80 und Fabrikationskredit 2: Fr. 749'580.–). In den drei Sach- standsberichten versprach die Beklagte der Klägerin – wie bereits in der vorvertraglich erteilten Auskunft vom 19. Februar 2015 – den unmittelbar bevorstehenden Produktionsbeginn mit anschliessender Auslieferung der Exportgüter. Die Beklagte sicherte der Klägerin noch im 3. Sachstandsbe- richt vom 17. März 2016 zu: "Der Prototyp ist erstellt und er funktioniert!" [...] Das Budget sei "in der Summe für die Gesamtrealisierung ausreichend und werde nicht überschritten [...]" (KAB 1–3). Unbestritten ist, dass der

B-756/2021 Seite 30 Prototyp des Reinigungsroboters bis heute nicht funktioniert und dessen Fertigstellung bis zur Serienreife gemäss Darstellung der Beklagten zu- sätzlich rund Fr. 800'000.– kosten würde (Klageantwort, Rz. 17). Dass die Klägerin angesichts dieser schriftlichen Zusicherungen der Beklagten zum Schluss gelangt ist, es bestehe noch immer eine realistische Aussicht auf eine schadensfreie Durchführung des Exportgeschäfts, ist nicht zu bean- standen (vgl. AGB FK Ziff. 17.1.1 [KB 7]). Inwiefern diese Einschätzung der Klägerin risikomässig nicht mehr vertretbar war beziehungsweise eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen soll, ist angesichts der klägerischen Informationsdefizite, welche durch das Verhalten der Beklagten entstanden sind, nicht ersichtlich.

#### **E. 5.6.8**

Der sinngemäss an die Klägerin gerichtete Vorwurf, sie habe durch ihr Nichteinschreiten den Eintritt des Versicherungsfalls im maximal versi- cherter Betrag in treuwidriger Weise und unter Verletzung ihrer Sorgfalts- pflichten herbeigeführt, erweist sich nach dem Ausgeführten als unbegrün- det.

#### **E. 5.7**

Im Ergebnis gelingt es der Beklagten nicht, die Anspruchsgrundlage der Klägerin zu entkräften oder ein Leistungsverweigerungsrecht durchzu- setzen.

#### **E. 6.1**

Die Klägerin macht gestützt auf die zwei Erstattungsforderungen aus den Fabrikationskreditversicherungen VP (...) und VP (...) einen Zinsan- spruch zu 5 % seit dem 22. Februar 2019 geltend.

#### **E. 6.2**

Nach Art. 102 Abs. 2 OR gerät ein Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn für die Erfüllung der Leistung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde oder sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung ergibt (Urteil des BGE 2C\_349/2015 vom 23. Mai 2015 E. 4.2.3; WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2020, Art. 102 N 10). Gemäss Ziff. 2.6 EVE leistet die Beklagte ihre Verbindlichkeit auf erste Aufforderung hin zuzüglich 5 % Zins seit Zahlung der SERV. Die Beklagte ist unter diesen vertraglichen Voraussetzungen ohne weitere Mahnung per 22. Februar 2019 in Verzug gesetzt worden.

### **E. 6.3**

Die Beklagte ist damit verpflichtet, der Klägerin gestützt auf Art. 21a SERVG und Ziff. 2.6 EVE vom 11. Februar 2015 (KB 13 und 55) die Erstattungsforderungen im Betrag von Fr. 3'444'928.42 und Fr. 1'243'616.19 aus

B-756/2021 Seite 31 den Fabrikationskreditversicherungen VP (...) und VP (...) vom 3. Juli 2017 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. Februar 2019 zu leisten.

### **E. 7.1**

Die Beklagte ist Inhaberin eines hinterlegten CH-Patents (Nr. [...]), welches am (Datum) angemeldet und am (Datum) für ein (Titel des Patents) erteilt wurde. Anlässlich der zweiten Verlängerung der zwei Fabrikationskreditversicherungen VP (...) und VP (...) räumte die Beklagte der Klägerin am 8. Mai 2017 ein Pfandrecht an diesem Erfindungspatent ein (KB 84).

### **E. 7.2**

Nach Ziffer 4.2 Bst. a des Pfandvertrags vom 8. Mai 2017 (KB 84) hat der Exporteur (Beklagte) die jährliche Gebühr für die Erhaltung des Patents vor oder spätestens bei Fälligkeit zu zahlen. Weil die Beklagte diese Gebühren dem Institut für Geistiges Eigentum (IGE) entgegen ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht innerhalb der Zahlungsfrist bezahlte, beglich die Klägerin die 8., 9. und 10. Jahresgebühr inkl. Zuschlagsgebühr (Fr. 300.– am 21. Dezember 2018, Fr. 220.– am 20. März 2020 und Fr. 260.– am 20. November 2020 [KB 85–89]). Den Aufforderungen der Klägerin, ihr diese Beträge zu erstatten, leistete die Beklagte unbestrittenmassen keine Folge. Anlässlich der Vorbereitungs- und Vergleichsverhandlung vom 30. März 2022 klagte die Klägerin zusätzlich die 11. Jahresgebühr im Betrag von Fr. 300.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 25. Februar 2022 ein (KB 95–97).

### **E. 7.3**

Den Bestand und die Fälligkeit dieser Verbindlichkeiten hat die Klägerin durch Urkunden belegt und sie sind seitens der Beklagten auch unbestritten geblieben (Protokoll, S. 8). Der Zinsanspruch von 5 % ab Datum der klägerischen Zahlung ergibt sich aus dem Pfandvertrag vom 8. Mai 2017 (KB 84) i.V.m. Art. 102 Abs. 2 OR.

### **E. 7.4**

Die Beklagte schuldet der Klägerin für entstandene Kosten aus dem verpfändeten Patent Nr. (...) Fr. 300.– aus der vorgestreckten Jahresgebühr Nr. 8 zuzüglich 5 % Zins seit dem 21. Dezember 2018, Fr. 220.– aus der vorgestreckten Jahresgebühr Nr. 9 zuzüglich 5 % Zins seit dem 20. März 2020, Fr. 50.– Mahngebühr für die 9. Jahresgebühr zuzüglich Zins seit dem 24. April 2020, Fr. 260.– aus der vorgestreckten Jahresgebühr Nr. 10 zuzüglich 5 %

Zins seit dem 20. November 2020 und Fr. 300.– aus der vorgestreckten Jahresgebühr Nr. 11 zuzüglich 5 % Zins seit dem 25. Februar 2022.

#### **E. 7.5**

Die Leistungsklage ist demnach vollumfänglich gutzuheissen.

B-756/2021 Seite 32

#### **E. 8.1**

Der Gläubiger kann im Zivilprozess die Beseitigung des durch den Schuldner erhobenen Rechtsvorschlags verlangen (Art. 79 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die entsprechende Klage muss er innerhalb eines Jahres ab Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner erheben (Art. 88 Abs. 2 SchKG). 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 (BSK-STAEHELIN, Art. 79 SchKG N 10a).

#### **E. 8.2**

Das Betreibungsamt stellte der Beklagten den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. (...) vom 27. Januar 2021 am 1. Februar 2021 zu (KB 92). Die Klägerin reichte ihre Klage (Anerkennungsklage) am 19. Februar 2021 und somit innerhalb der gesetzlichen Jahresfrist ein. Die Identität der eingeklagten Forderungen mit denjenigen, die in Betreuung gesetzt wurden, ist unbestritten geblieben und ergibt sich ohne Weiteres aus den eingereichten Urkunden. Die auf dem Zahlungsbefehl genannte Gläubigerin und Schuldnerin sind mit den Parteien im vorliegenden Verfahren identisch. Folglich ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. (...) des Betreibungsamtes (...) (Zahlungsbefehl vom 27. Januar 2021) im Umfang der Klagegutheissung im Betrag von Fr. 3'444'928.42 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. Februar 2019 und Fr. 1'243'616.19 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. Februar 2019, Fr. 300.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 21. Dezember 2018, Fr. 220 zuzüglich 5 % Zins seit dem 20. März 2020, Fr. 50.– zuzüglich Zins seit dem 24. April 2020, Fr. 260.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 20. November 2020 zu beseitigen.

#### **E. 8.3**

Die Betreuungskosten (Rechtsbegehren 2) teilen das Schicksal der Betreuung (Art. 68 Abs. 2 SchKG) und werden von Gesetzes wegen zur Schuld geschlagen (Urteil des BGer 5A\_455/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3; FRANK EMMEL, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs, Bd. I, 3. Aufl. 2021, Art. 68 N 16). Der Klarheit halber ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass sie der Klägerin die bisher angefallenen Betreuungskosten im Betrag von Fr. 413.30 von Gesetzes wegen zu ersetzen hat.

#### **E. 9**

B-756/2021 Seite 33

#### **E. 9.1**

Die Beklagte und Widerklägerin beantragt mit Rechtsbegehren Ziffer 3, "das an die SERV als Sicherheit hinterlegte Patent [sei] freizugeben".

#### **E. 9.2**

Einziges Erfordernis für die Verpfändung eines Patents ist der schriftliche Pfandvertrag; weder der Eintrag in das entsprechende Register noch die Übergabe der Patenturkunde sind Gültigkeitserfordernis (vgl. Art. 33 Abs. 2bis und 3 PatG [SR 232.14]; BGE 112 II 115 E. 3b). Die Beklagte und Widerklägerin hat sich mit schriftlichem Pfandvertrag vom 8. Mai 2017 verpflichtet, am CH-Patent Nr. (...) ein Pfandrecht zugunsten der Klägerin und Widerbeklagten zu bestellen. Das Pfandrecht sichert die Erstattungsfordernisse der Klägerin aus den Fabrikationskreditversicherungen Nr. VP (...) und VP (...) (KB 84, Ziff. 1.1 und 2.1). Zwischen der Beklagten und Widerklägerin und der Klägerin und Widerbeklagten ist sodann unbestritten, dass der Pfandvertrag gültig zustande gekommen ist. Das Pfandrecht wurde gemäss Ziffer 2 des Pfandvertrags im Patentregister eingetragen ([www.swissreg.ch](http://www.swissreg.ch) [abgerufen am 9.12.2022]), was indessen nicht die Gültigkeit des Vertrages berührt, sondern die Publizität betrifft. Ziffer 3.1 des Pfandvertrags berechtigt die Klägerin, das Pfand nach Geltendmachung einer Erstattungsforderung freihändig zu verwerten.

### **E. 9.3**

Das der Sicherung dieser Forderung dienende Recht ist streng akzessorisch, d.h. es ist vom Bestehen der Forderung abhängig und geht bei Tilgung der Forderung unter (THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 6. Aufl. 2019, Vor Art. 884–894 N 24). Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Beklagte und Widerklägerin die pfandrechtl. gesicherten Erstattungsforderungen, deren Rechtmässigkeit feststeht, nicht erfüllt hat. Das Pfandrecht ist somit nicht durch Forderungstilgung an die Klägerin und Widerbeklagte untergegangen. An dieser rechtlichen Beurteilung vermag auch der Einwand der Beklagten nichts zu ändern, wonach sie wegen des verpfändeten Patents kein weiteres Fremdkapital für die Finanzierung ihrer Projekte aufnehmen könne und auch keine Investoren mehr finde (Sachverhalt Bst. O).

### **E. 9.4**

Das widerklageweise geltend gemachte Rechtsbegehren Ziffer 3 der Beklagten und Widerklägerin ist nach dem Gesagten abzuweisen.

### **E. 10.1**

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

B-756/2021 Seite 34 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. März 2019 E. 10; MOSER ET AL., a.a.O., Rz. 5.17).

### **E. 10.2**

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. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteressen mit einem Streitwert zwischen Fr. 1'000'000.– Fr. 5'000'000.– beträgt die Gebühr zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 40'000.– (Art. 4 VGKE). Ausgehend von einem Streitwert von 4'689'374.60 und unter Berücksichtigung, dass im vorliegenden Klageverfahren ein doppelter

Schriftenwechsel sowie eine Vorbereitungs- und Vergleichsverhandlung durchgeführt wurde, wobei ein Beweisverfahren sich als nicht notwendig erwiesen hat und die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet haben, ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 30'000.– festzulegen. Die Verfahrenskosten sind im Umfang ihres Unterliegens vollumfänglich von der Beklagten zu tragen. Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Der vonseiten der Klägerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zurückzuerstatten.

### **E. 10.3**

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 in ihrem gesetzlich vorgesehenen Aufgabenbereich und hat als mit einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe betraute Organisation gestützt auf Art. 7 Abs. 3 VGKE keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

B-756/2021 Seite 35

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