

# Urteil CV/18092013/2-MC der virtuellen Zivilkammer des Cour de Justice de la République et canton de Genève vom 20. September 2013

## 1. Sachverhalt

Über die Risk Equity SAS, eine Gesellschaft französischen Rechts mit Sitz in Paris, wurde der Konkurs eröffnet. Sie hat am 3. April 2013 durch ihren Liquidator, Herrn Roger Gex, beim erstinstanzlichen Zivilgericht im Kanton Genf eine Forderungsklage gegen die GF Réviseurs AG sowie Herrn Lloyd und Frau Lambert eingereicht und beantragt, dass diese in solidarischer Haftung zur Zahlung von 3 Millionen zzgl. 5% Zins seit dem 2. April 2012 und 500'000.- zzgl. 8% Zins seit dem 8. April 2012 gerichtlich verpflichtet werden. Die Risk Equity SAS beantragte im Weiteren, den Konkurseröffnungsentscheid des Handelsgerichtes in Paris vorfrageweise anzuerkennen.

Zur Begründung ihrer Klage trägt die Risk Equity SAS vor, dass GF Réviseurs AG die Revisionsstelle der Gesellschaft Skaldata AG sei, deren Mehrheitsaktionär die Risk Equity SAS ist. Herr Lloyd und Frau Lambert sind die Verwaltungsratsmitglieder der Skaldata AG.

Die Risk Equity SAS hat während der letzten Generalversammlung von der Skaldata AG erfahren, dass diese gemäss Art. 725 OR überschuldet ist.

Die Revisionsstelle sowie die Verwaltungsratsmitglieder der Gesellschaft erklärten den Aktionären, dass die Skaldata AG seit einigen Jahren Mühe habe, sich auf dem Markt, auf dem sie tätig ist, nämlich dem Markt für die Bereitstellung, Wartung und Vermietung von medizinischen Geräten, zu positionieren.

Bei dieser Gelegenheit gestand der Verwaltungsrat, dass er die Möglichkeit, Marktanteile zu übernehmen, wahrscheinlich überschätzt hat.

Die Risk Equity SAS begründet ihren Anspruch insbesondere, mit ihrer im Jahre 2012 Beteiligung an einer Kapitalerhöhung im Betrage von CHF 3 Millionen. Die Beteiligung erfolgte im vollsten Vertrauen zu den Verwaltungsratsmitgliedern der Skaldata AG, die in die Existenz eines signifikanten Wachstumspotentials der Gesellschaft zu glauben schienen. Die Beträge wurden am 2. April 2012 auf ein Sperrkonto zu Gunsten der Gesellschaft überwiesen.

Es muss darauf hingewiesen werden, dass die Risk Equity SAS zu diesem Zeitpunkt bereits Minderheitsaktionärin der Skaldata AG war. Die Risk Equity SAS gewährte der Skaldata AG darüber hinaus ein Darlehen über CHF 500'000.-. Es handelte sich um einen Überbrückungskredit, rückzahlbar per 31.12.2012 und verzinst mit 8 % p.a. Der Darlehensbetrag wurde am 2. April 2012 auf das Konto der Gesellschaft überwiesen.

Gemäss der Risk Equity SAS hätte die Revisionsstelle, GF Réviseurs AG, schon im Rahmen der Überprüfung des Geschäftsjahres 2011 Unsicherheiten bzw. Risiken im Zusammenhang mit der Fortführung der Tätigkeit der Gesellschaft und deren Nachhaltigkeit in den kommenden Jahren feststellen müssen. Die GF Réviseurs AG hat sich im Revisionsbericht allerdings nie über die mittel- und langfristige Lebensfähigkeit der Skaldata AG geäußert.

Die Risk Equity SAS ist der Ansicht, anlässlich der Aktienkapitalerhöhung getäuscht worden zu sein. Der Wert der von der Risk Equity SAS gezeichneten Aktien soll zu diesem Zeitpunkt auf 0.- gesunken sein. Die Risk Equity SAS ist auch der Meinung, als Gläubigerin benachteiligt worden zu sein; in der Tat hat die Skaldata AG mit einem Schreiben vom 1. Februar 2013 die Risk Equity SAS informiert, dass sie nicht in der Lage sei, das Darlehen zurückzuzahlen.

Mit Schreiben vom 23. April 2013 hat das erstinstanzliche Zivilgericht des Kantons Genf den Beklagten zur Einreichung einer Klageantwort Frist bis zum 31. Mai 2013 gesetzt.

Die GF Réviseurs AG, Herr Lloyd und Frau Lambert haben eine gemeinsame Klageantwort eingereicht, welche am 30. April 2013 der Post zur Zustellung übergeben wurde und am nächsten Tag bei der Gerichtskanzlei einging. Die vorgenannten Beklagten baten das Gericht in einem der Klageantwort beigelegten Schreiben, vorab nur über die Aktivlegitimation der Risk Equity SAS zu entscheiden.

In ihrer Klageantwort machen die Beklagten geltend, dass die Risk Equity SAS nicht aktivlegitimiert sei. Sie hätte vorgängig die Konkursentscheidung anerkennen lassen müssen, bevor sie die Klage eingereicht hat. Aus Sicht der Beklagten verstösst die präjudizielle Anerkennung der Konkursentscheidung gegen die öffentliche Ordnung und die Grundsätze der Artikel 166 ff. IPRG.

Bezüglich der hohen Forderungen der Risk Equity SAS sind die Beklagten der Ansicht, dass die Risk Equity SAS, in ihrer Eigenschaft als Aktionärin der Skaldata AG, keinen Schaden erlitten habe. Zudem sind die Beklagten der Ansicht, dass die Risk Equity SAS in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin ebenfalls keinen Schaden erlitten hätte, da nicht ausgeschlossen ist, dass das Darlehen noch zurückbezahlt wird.

Die Beklagten beantragen daher, die Forderungsklage der Risk Equity SAS in Liquidation als unzulässig abzuweisen sowie, subsidiär, dass auf die Klage nicht eingetreten werde. Die Beklagten verlangen, im Sinne eines Eventualantrages, dass ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen ist, sollte das Gericht auf die Klage eintreten.

Mit Urteil JTPI 1981/2013 vom 3. Juni 2013 wies das erstinstanzliche Zivilgericht die Klage der Risk Equity SAS als unzulässig ab und verpflichtete die Risk Equity SAS in Liquidation, zur Tragung der Prozess- und Parteikosten in der Höhe von CHF 15'000.-.

Die Risk Equity SAS reichte am 16. August 2013 beim zuständigen Gericht Berufung ein und verlangte in der Berufungsklageschrift die Aufhebung und die Abänderung des Urteils JTPI 1981/2013 im Sinne der Verurteilung der GF Réviseurs AG sowie Herrn Lloyd und Frau Lambert zur Zahlung von CHF 3 Mio. zzgl. 5 % Zins seit dem 2. April 2012 und CHF 500'000.- zzgl. 8% Zins seit dem 2. April 2012 zu Gunsten der Risk Equity SAS.

Die Risk Equity SAS erklärt im Wesentlichen, dass im Zeitpunkt der Klageerhebung gemäss ihrem Wissensstand in der Schweiz keine Gläubiger der Risk Equity SAS wohnhaft seien. In Abwesenheit von entgegenstehenden schützenswerten Interessen in der Schweiz spreche nichts gegen die präjudizielle Anerkennung der französischen Konkursentscheidung. Risk Equity SAS ist der Meinung, dass die vorliegende Frage rein theoretischer Natur ist insoweit da das Konkursverfahren bereits abgeschlossen ist (Abschluss durch Tilgung Schulden). Sie legt als Beweismittel eine einem rechtskräftigen Urteil des Handelsgerichtes in Bobigny entsprechende

beglaubigte Kopie auf, versehen mit einer Apostille, welches bestätigt, dass die Risk Equity SAS wieder über ihre Vermögenswerte verfügt. Sie hält an ihrer materiell-rechtlichen Argumentation fest, wonach sich die Revisionsstelle zur Fortführung der Geschäftstätigkeit der Skaldata AG hätte äussern müssen sowie daran, dass der Verwaltungsrat mit mehr Vorsicht hätte handeln müssen. Weiter hätte ein externes Gutachten angefordert werden müssen, bevor über die Kapitalerhöhung entschieden worden ist. Die Risk Equity SAS bringt zur Begründung ihres Anspruchs bezüglich des erlittenen Schadens neue Beweismittel vor, nämlich den Sachverhalt betreffend den am 1. August 2013 eröffneten Konkurs über die Skaldata AG.

In ihrer Berufungsantwort führen die GF Réviseur AG, Herr Lloyd und Frau Lambert auf, dass die Risk Equity SAS nicht aktivlegitimiert ist, da die Anerkennung des Konkursöffnungsentscheid betreffend die Risk Equity SAS vorab nicht in einem Exequaturverfahren im Sinne der Artikel 166 ff. IPRG beantragt worden ist. Die vorfrageweise Anerkennung der Konkursöffnung wäre unzulässig, da es gegen die Grundsätze des Schutzes der Schweizer Gläubiger verstossen würde. Im Weiteren ist für sie nicht nachvollziehbar, weshalb das erstinstanzliche Gericht über ihren Antrag betreffend die Anordnung eines zweiten Schriftwechsels bezüglich des materiellen Sachverhalts nicht entschieden hat und auch die Frage der Aktivlegitimation nicht beurteilt hat. Gemäss ihnen ist irrelevant, ob das Konkursverfahren bereits abgeschlossen und die Risk Equity SAS zwischenzeitlich saniert worden ist.

In Bezug auf den Sachverhalt erklärt die GF Réviseurs AG im Wesentlichen, dass es ihr im Rahmen der ordentlichen Prüfung der Jahresrechnung der Skaldata AG nicht oblag, sich von der Nachhaltigkeit bzw. der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft zu vergewissern. Die Jahresrechnungen zeigten keine Unregelmässigkeiten auf. Die GF Réviseurs AG beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung im Betrage von CHF 15'000.-.

Bezüglich des materiellen Sachverhalts erklären Herr Lloyd und Frau Lambert weiter, dass sie sich als Mitglieder des Verwaltungsrates vor allem gegenüber der Gesellschaft zur Treue verpflichtet sind und bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe die Interessen der Aktionäre zweitrangig seien. Im Jahre 2012 war der Verwaltungsrat davon überzeugt, dass die Skaldata AG nur dann langfristig überleben kann, wenn sie schnell zu liquiden Mitteln kommt. Die Verwaltungsratsmitglieder geben zu, optimistisch gewesen zu sein, da sie sich bei der Beurteilung der Sachlage auf zuverlässige und objektive Indikatoren verlassen haben. Ihnen kann deshalb kein Vorwurf gemacht werden.

In beiden Klageschriften wird der Sachverhalt, welcher schon vor dem erstinstanzlichen Gericht festgestellt worden ist, nicht bestritten. Das hiesige Gericht stützt sich demnach auf den Sachverhalt der Vorinstanz. Die Zulässigkeit der vorgebrachten Noven wurde von der Gegenpartei nicht bestritten.

## **1. Recht**

In erster Linie wirft die Berufungsklägerin dem erstinstanzlichen Gericht vor, nicht präjudiziell über die Anerkennung des Konkursöffnungsentscheidens betreffend die Risk Equity SAS entschieden zu haben. Sie ist der Ansicht, dass nichts gegen die präjudizielle Anerkennung spricht, da ihres Wissens nach keine in der Schweiz wohnhaften Gläubiger Ansprüche gegenüber

der Risk Equity SAS geltend machen können, die im Rahmen eines schweizerischen IPRG-Konkurses (Parallelkonkurs) kolloziert zu werden.

Die Berufungsbeklagten können nicht nachvollziehen, inwiefern das Schweizer Recht beziehungsweise die Interessen der in der Schweiz wohnhaften Gläubiger durch die vorfrageweise Anerkennung des französischen Konkurseröffnungsentscheides verletzt wären. Die Berufungsbeklagten vermögen insbesondere nicht zu beweisen, ob Gläubiger der Risk Equity SAS in der Schweiz wohnhaft seien. Es ist auch nicht nachvollziehbar für sie, welche Beweismittel sie hätten auflegen müssen, damit das Gericht auf dieses Argument eingetreten wäre.

Gemäss der ständigen Rechtsprechung ist die Bedingung der Gegenseitigkeit (Reziprozität) zwischen der Schweiz und Frankreich gegeben. Die Beklagten sehen nicht ein, inwiefern die schweizerische öffentliche Ordnung durch die präjudizielle Anerkennung des französischen Konkurseröffnungsentscheides betreffend die Risk Equity SAS gefährdet sein soll und zwar wiederum mit dem Argument, dass nicht belegt worden sei, dass in der Schweiz Gläubiger der Risk Equity SAS wohnhaft seien.

Daher hat das erstinstanzliche Gericht fälschlicherweise den französischen Konkurseröffnungsentscheides betreffend die Risk Equity SAS präjudiziell nicht anerkannt und befunden, dass die Risk Equity SAS nicht aktivlegitimiert ist.

Bezüglich des materiellen Sachverhalts muss zwischen dem die GF Réviseurs AG vorgeworfenen Vorwürfe und denjenigen, die Herrn Lloyd und Frau Lambert, als Verwaltungsratsmitglieder der Skaldata AG, betreffen, unterschieden werden.

Gemäss Art. 728a Abs. 1 OR prüft die Revisionsstelle, ob die Jahresrechnung und gegebenenfalls die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk entsprechen. Sie prüft ebenfalls, ob der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht; schlussendlich prüft sie, ob ein internes Kontrollsystem existiert.

Gemäss Art. 728b OR erstattet die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat einen umfassenden Bericht mit Feststellungen über die Rechnungslegung, das interne Kontrollsystem sowie die Durchführung und das Ergebnis der Revision. Gemäss Absatz 2 erstattet die Revisionsstelle der Generalversammlung schriftlich einen zusammenfassenden Bericht über das Ergebnis der Revision. Dieser Bericht enthält eine Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung, Angaben zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle, zu der Person, welche die Revision durchgeführt hat, und zu deren fachlichen Kompetenz sowie eine Empfehlung, ob die Jahresrechnung und die Konzernrechnung mit oder ohne Einschränkung zu genehmigen oder zurückzuweisen ist.

Gemäss Art. 728c OR meldet die die Revisionsstelle allfällige festgestellte Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement schriftlich dem Verwaltungsrat. Zudem informiert die Revisionsstelle die Generalversammlung über Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten, wenn diese wesentlich sind oder der Verwaltungsrat trotz der schriftlichen Meldung der Revisionsstelle keine angemessenen Massnahmen ergreift.

Im Rahmen der ordentlichen Revision muss die Revisionsstelle eine sogenannte positive Verifikation durchführen (CR CO II, Peter/Cavadini/Dunant, n° 9 ad Art. 728a OR). Mit anderen

Worten ausgedrückt müssen sämtliche Sachverhalte auf die Konformität der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen überprüft werden. Gemäss den gleichen Autoren ist die Revisionsstelle in der Regel nicht berechtigt, eine Beurteilung über die Finanzsituation der Gesellschaft abzugeben (CR CO II, Peter/Cavadini/Dunant, n° 13 ad Art. 728a RO).

Weder das Gesetz noch die Lehre sehen vor, dass die Revisionsstelle sich über die Plausibilität der Unternehmensfortführung der von ihr geprüften Gesellschaft äussern muss. Diesbezüglich ist der Antrag der Risk Equity SAS, in Liquidation, unbegründet. Die Begehren der Risk Equity SAS betreffend die GF Réviseurs AG müssen deshalb abgewiesen werden.

Der Verwaltungsrat, zusammen mit der Generalversammlung und der Revisionsstelle, ist eines der drei ordentlichen Organe der Aktiengesellschaft (CR CO II, Peter/Cavadini, n° 1 ad Art. 707 CO). Gemäss dem Paritätsprinzips verfügt der Verwaltungsrat über unübertragbare und unentziehbare Aufgaben (Art. 716a Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat hat insbesondere folgende Aufgaben: die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist, die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen, die Erstellung des Geschäftsberichtes, die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse sowie die Benachrichtigung des Richters im Falle einer Überschuldung (Art. 716a OR).

Der Verwaltungsrat muss seine Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen (Art. 717 Abs. 1 OR). Er muss die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Art. 717 Abs. 1 OR in fine). Bezüglich der Beziehung zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrates und den Aktionären schreibt das Gesetz vor, dass die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind (Art. 717 Abs. 2 OR).

Besondere Aufmerksamkeit muss dem Wortlaut des Randtitels von Artikel 717 OR, „Sorgfalts- und Treuepflicht“ gegeben werden. Es ist offensichtlich, dass Artikel 717 OR die Beziehungen zwischen den Verwaltungsratsmitgliedern und der Gesellschaft einerseits sowie den Aktionären andererseits betrifft. Dementsprechend, und selbst wenn der Gesetzestext in dieser Hinsicht unklar erscheinen mag, kommt man durch die wörtliche Auslegung des Gesetzes zum Schluss, dass der Verwaltungsrat auch eine Treuepflicht gegenüber den Aktionären inne hat. Es muss ebenfalls darauf hingewiesen werden, dass gemäss Artikel 709 OR betreffend das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche mehrere Aktionärsgruppen bestehen, die einen Vertreter für ihre Aktien im Verwaltungsrat wählen dürfen. Diese Regelung ist der Wille des Gesetzgebers, die Interessen der Aktionäre durch den Verwaltungsrat zu schützen.

Allein schon aus diesem Grund hätte der Verwaltungsrat der Skaldata AG ihre Zweifel bezüglich der Marktchancen der Risk Equity SAS offen legen müssen. Die Risk Equity SAS hätte ausdrücklich vom Verwaltungsrat über die Risiken im Zusammenhang mit der von ihr geplanten Investition informiert werden müssen. In Bezug auf die Konkurseröffnung über die Skaldata AG besteht kein Zweifel, dass die Risk Equity SAS durch die missglückte Investition einen Schaden erlitten hat. Es handelt sich dabei nicht nur um einen Schaden, sondern auch um einen entgangenen Gewinn. Diese Frage kann jedoch offen gelassen werden, da der Berufungskläger

weder einen Anspruch aus entgangenem Gewinn geltend macht noch Beweismittel hierfür einreicht. Es unbestritten, dass der Schaden dem von der Risk Equity SAS in die Skaldata AG investierten Betrages zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung entspricht.

Demnach muss der Antrag der Risk Equity SAS zur Rückzahlung der einbezahlten CHF 3 Millionen im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung der Skaldata AG gemäss den oben genannten Gründen gutgeheissen werden. Herr Lloyd und Frau Lambert müssen unter solidarischer Haftbarkeit zur Zahlung an die Risk Equity SAS von CHF 3 Millionen zzgl. 5% Zins ab dem 12. April 2012 verurteilt werden. Die Frage der Haftung des Notars, welcher beim Vollzug bzw. der Beurkundung des Beschlusses betreffend die Aktienkapitalerhöhung mitgewirkt hat, und sich hätte vergewissern müssen, dass die Risk Equity SAS frei und aufgeklärt der Kapitalerhöhung zustimmte, ist vorliegend nicht zu beurteilen, da die Klage nicht gegen ihn gerichtet ist. Es wird festgehalten, dass die von Herrn Lloyd und Frau Lambert vorgebrachten Argumente derart unhaltbar sind, dass es sich rechtfertigt sie unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung einer Busse zu verurteilen.

Betreffend die Unmöglichkeit der Rückzahlung des Darlehens durch die Skaldata AG an die Risk Equity SAS stellt das Gericht und die Risk Equity SAS fest, dass aufgrund der Eröffnung des Konkurses über die Skaldata AG aus der Wahrscheinlichkeit der Unmöglichkeit Gewissheit geworden ist. Darüber hinaus war die prekäre finanzielle Situation der Skaldata AG Herrn Lloyd und Frau Lambert im Zeitpunkt der Gewährung des Darlehens durch die Risk Equity SAS bekannt. Herr Lloyd und Frau Lambert müssen deshalb zur Rückzahlung von CHF 500'000.- an die Risk Equity SAS zzgl. 8% Zins seit dem 2. April 2012 verurteilt werden.

**Angesichts der vorstehenden Ausführungen entscheidet das Obergericht des Kantons Genf:**

1. Das Urteil der Vorinstanz JTPI 1981/2013 wird aufgehoben.
2. Herr Lloyd und Frau Lambert werden unter solidarischer Haftbarkeit zur Zahlung von CHF 3 Millionen Schweizer Franken zzgl. 5% Zins seit 12. April 2012 an die Risk Equity SAS verpflichtet.
3. Herr Lloyd und Frau Lambert werden unter solidarischer Haftbarkeit zur Zahlung von CHF 300'000.- zzgl. 8% Zins seit 12. April 2012 an die Risk Equity SAS verpflichtet.
4. Herr Lloyd und Frau Lambert werden unter solidarischer Haftbarkeit zur Tragung der Gerichtskosten der Vorinstanz und dieses Verfahrens verpflichtet.
5. Herr Lloyd und Frau Lambert werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet der Risk Equity SAS in Liquidation CHF 15'000.- als Parteientschädigung zu bezahlen.
6. Herr Lloyd und Frau Lambert werden zur Bezahlung einer Busse von CHF 5'000.- wegen mutwilliger Prozessführung.

Dieses Urteil wird heute von der Gerichtskanzlei den Parteien mitgeteilt. Das Urteil kann innert 30 Tagen beim Bundesgericht angefochten werden.