

II. Zivilabteilung

Z2 2021 50

Oberrichter Dr.iur. A. Staub, Abteilungspräsident
Oberrichter lic.iur. P. Huber
Oberrichter lic.iur. St. Scherer
Gerichtsschreiberin MLaw K. Fotsch

Urteil vom 29. März 2022 [rechtskräftig]

in Sachen

1. A. _____ AG,

2. B. _____ AG

beide vertreten durch RA lic.iur. C. _____ und/oder RA Dr.iur. D. _____,

Gesuchstellerinnen und Berufungsklägerinnen,

gegen

E. _____ AG,

vertreten durch RA lic.iur. F. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend

Massnahmen gemäss Art. 731b OR

(Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 24. September 2021)

Rechtsbegehren

Gesuchstellerinnen und Berufungsklägerinnen

1. Es seien die Dispositivziffer 1 und 4-6 des Entscheids des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zug ES 2021 270 vom 24. September 2021 aufzuheben und
 - a) das Handelsregisteramt des Kantons Zug, Aabachstrasse 5, 6300 Zug, sei anzuweisen, G. _____ als Verwaltungsrat der Berufungsbeklagten aus dem Handelsregister zu löschen;
 - b) für jede der Berufungsklägerinnen sowie die übrigen Aktionärinnen der Berufungsbeklagten, namentlich der H. _____ GmbH, der I. _____ GmbH, c/o G. _____, und die J. _____ ApS, seien je ein von ihnen zu bestimmender Vertreter in den Verwaltungsrat der Berufungsbeklagten, eventualiter ein unabhängiger Sachwalter für die Berufungsbeklagte zu bestellen;
 - c) es sei eine vom Gericht zu bestimmende unabhängige Revisionsstelle für die Berufungsbeklagte zu bestellen;
 - d) es sei das Handelsregisteramt des Kantons Zug, Aabachstrasse 5, 6300 Zug, anzuweisen, die gemäss Ziff. b) und c) gerichtlich bestellten Mitglieder des Verwaltungsrates sowie die Revisionsstelle in das Handelsregister des Kantons Zug einzutragen;
 - e) es sei die Entscheidgebühr des Verfahrens ES 2021 270 vor dem Einzelrichter des Kantonsgerichts Zug auf höchstens CHF 4'000.00 festzusetzen und der Berufungsbeklagten, eventualiter G. _____, aufzuerlegen; sowie
 - f) es sei die Berufungsbeklagte, eventualiter G. _____, zu verpflichten, den Berufungsklägerinnen eine Parteientschädigung von CHF 5'000.00 zzgl. MWST zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts des Kantons Zug ES 2021 270 vom 24. September 2021 aufzuheben und zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an den Einzelrichter des Kantonsgerichts zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, inklusive MWST, zu Lasten der Berufungsklagten, eventualiter zu Lasten von G. _____.
4. Es sei das Rechtsbegehren Ziff. 2 der Berufungsbeklagten abzuweisen.
5. Unabhängig vom Entscheid über die Ziffern 1-3 der Rechtsbegehren der Berufungsklägerinnen seien der Berufungsbeklagten, eventualiter G. _____, die Gerichtskosten in Bezug auf Ziffer 2 des Rechtsbegehrens der Berufungsbeklagten aufzuerlegen und den Berufungsklägerinnen eine Parteientschädigung inkl. MWST zu Lasten der Berufungsbeklagten, eventualiter zu Lasten von G. _____ zuzusprechen.

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Dispositivziffern 1 und 4-6 des Entscheides des Einzelrichters des Kantonsgerichts des Kantons Zug (Geschäfts-Nr. ES 2021 270) vom 24. September 2021 seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Berufungsbeklagte mit G. _____ über einen gültig bestellten Verwaltungsrat verfügt, die

Zusammensetzung des Verwaltungsrates der Berufungsbeklagten den gesetzlichen Vorschriften (Art. 707 OR) entspricht und diesbezüglich kein Organisationsmangel (Art. 731b OR) vorliegt.

3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens seien den Berufungsklägerinnen 1 und 2 aufzuerlegen. Ausserdem seien die Berufungsklägerinnen 1 und 2 unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren und für das Berufungsverfahren je eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MWST) zu bezahlen.

Eventualantrag:

4. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und es sei der Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts des Kantons Zug (Geschäfts-Nr. ES 2021 270) vom 24. September 2021 vollumfänglich zu bestätigen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien den Berufungsklägerinnen 1 und 2 aufzuerlegen. Ausserdem seien die Berufungsklägerinnen 1 und 2 unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MWST) zu bezahlen.

Sachverhalt

- 1.1 Die E. _____ AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) mit Sitz in Zug ist eine Holdinggesellschaft ohne operative Tätigkeit. Einziges im Handelsregister eingetragenes Mitglied des Verwaltungsrats ist seit dem 12. September 2019 G. _____.

Die Aktien der Gesuchsgegnerin (insgesamt 1'000 Namenaktien) befanden sich vor der ausserordentlichen Generalversammlung vom 23. Oktober 2019 zu 12,5 % im Eigentum der H. _____ GmbH (wirtschaftlich Berechtigter und alleiniger Inhaber: K. _____), zu 12,5 % im Eigentum der A. _____ AG (nachfolgend: Gesuchstellerin 1; wirtschaftlich Berechtigter und alleiniger Inhaber: L. _____), zu 20 % im Eigentum der B. _____ AG (nachfolgend: Gesuchstellerin 2; wirtschaftlich Berechtigter und alleiniger Inhaber: M. _____) und zu insgesamt 55 % im Eigentum der I. _____ GmbH sowie der dänischen J. _____ ApS (wirtschaftlich Berechtigter und alleiniger Inhaber der beiden Gesellschaften: G. _____).

- 1.2 Im Jahre 2018 kam es zu einem Zerwürfnis zwischen den Aktionärinnen der Gesuchsgegnerin bzw. zwischen den wirtschaftlich Berechtigten. Die Auseinandersetzung hatte unter anderem den Rücktritt des damaligen CEO und Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerin, K. _____, zur Folge. Am 5. September 2018 fand eine ausserordentliche Generalversammlung statt. Am 12. September 2019 trat auch M. _____ per sofort als Verwaltungsrat zurück, so dass noch G. _____ als einziger Verwaltungsrat übrig blieb.

Mit Einschreiben vom 1. Oktober 2019 an die im Aktienbuch geführten Adressen lud G. _____ als alleiniger Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin alle Aktionärinnen zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 23. Oktober 2019 ein. Aus der Einladung ging hervor, dass die Gesuchsgegnerin im Umfang von CHF 5'243'322.20 überschuldet sei, weshalb als Sanierungsmassnahme ein Kapitalschnitt traktandiert sei. Dabei solle das Kapital zunächst durch Vernichtung sämtlicher Aktien der Gesuchsgegnerin auf CHF 0.00

herabgesetzt und anschliessend mittels ordentlicher Kapitalerhöhung wieder auf CHF 1-1,85 Mio. (Ausgabe von 1'000-1'850 neuen Aktien) erhöht werden (sog. Harmonika).

An der ausserordentlichen Generalversammlung vom 23. Oktober 2019 waren lediglich die Gesuchstellerinnen sowie die I. _____ GmbH und die J. _____ ApS anwesend oder vertreten. Der traktandierte Kapitalschnitt auf null wurde mit der Zustimmung der 550 Aktienstimmen der beiden von G. _____ kontrollierten Gesellschaften beschlossen. Die Gesuchstellerinnen stimmten mit ihren zusammengerechnet 325 Aktienstimmen dagegen.

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2019 stellte die Gesuchsgegnerin den Gesuchstellerinnen die Zeichnungsscheine und die öffentliche Urkunde über die Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung vom 23. Oktober 2019 zu. Der Verwaltungsrat setzte den Gesuchstellerinnen eine Frist bis zum 8. November 2019, um die Bezugsrechte auszuüben und den Liberierungsbetrag auf ein Kapitalerhöhungskonto bei der N. _____-Bank einzuzahlen. In der Folge zeichneten die Gesuchstellerinnen nur in geringer Höhe neue Aktien und schöpften ihr Bezugsrecht nicht aus. Konkret zeichneten die Aktionärinnen der Gesuchsgegnerin folgende Anzahl neuer Aktien: I. _____ GmbH: 832 Aktien; J. _____ ApS: 185 Aktien; H. _____ GmbH: 1 Aktie; Gesuchstellerin 1: 26 Aktien; Gesuchstellerin 2: 1 Aktie.

- 1.3 Gestützt auf die Gesuche der H. _____ GmbH und der Gesuchstellerinnen vom 6. bzw. 8. November 2019 trug das Handelsregisteramt Zug die erwähnten Generalversammlungsbeschlüsse vorerst nicht ins Handelsregister ein. Erst gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_173/2021 vom 19. Juli 2021 wurden am 23. Juli 2021 (Tagebucheintrag) die Kapitalherabsetzung vom 23. Oktober 2019 und die Kapitalerhöhung vom 12. November 2019 bei der Gesuchsgegnerin ins Handelsregister eingetragen.
- 2.1 Mit Eingabe vom 12. Mai 2021 reichten die Gesuchstellerinnen gegen die Gesuchsgegnerin beim Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, ein Gesuch betreffend Organisationsmangel ein. Sie beantragten im Wesentlichen, G. _____ sei als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin aus dem Handelsregister zu löschen, es sei für jede der Gesuchstellerinnen sowie die übrigen Aktionäre je ein von ihnen zu bestimmender Vertreter in den Verwaltungsrat zu bestellen und es sei eine vom Gericht zu bestimmende unabhängige Revisionsstelle für die Gesuchsgegnerin zu bestellen (Vi act. 1).
- 2.2 Die Gesuchsgegnerin schloss auf Abweisung des Gesuchs und beantragte, es sei festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin mit G. _____ über einen gültig bestellten Verwaltungsrat verfüge. Eventualiter sei G. _____ für die Dauer von mindestens sechs Monaten als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin zu bestätigen, unter der ausdrücklichen Auflage, die Aktionäre der Gesuchsgegnerin zu einer Generalversammlung, an welcher die Wahl des Verwaltungsrats und die Wahl einer Revisionsstelle traktandiert sei, einzuladen und diese Generalversammlung durchzuführen (Vi act. 15).
- 2.3 Mit Entscheid vom 24. September 2021 setzte der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug G. _____ für die Dauer von sechs Monaten als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin mit Einzelunterschrift ein, unter der Verpflichtung, die Aktionäre der Gesuchsgegnerin zu einer Generalversammlung einzuladen, an welcher die Wahl des Verwaltungsrats und die Wahl

einer Revisionsstelle traktandiert ist, und diese durchzuführen (Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids). Die weiteren Anträge der Parteien wies der Einzelrichter ab, soweit er darauf eintrat (Dispositiv-Ziffer 4), auferlegte die Gerichtskosten von CHF 8'500.00 den Parteien je zur Hälfte (Dispositiv-Ziffer 5) und schlug die Parteikosten wett (Dispositiv-Ziffer 6; Vi act. 25).

- 3.1 Gegen diesen Entscheid reichten die Gesuchstellerinnen am 7. Oktober 2021 Berufung beim Obergericht des Kantons Zug mit den Anträgen gemäss den Ziffern 1-3 des eingangs genannten Rechtsbegehrens ein. Zudem stellten sie den Verfahrens Antrag, es sei der Gesuchsgegnerin ein unabhängiger Prozessvertreter für das vorliegende Verfahren zu bestellen (act. 1).
- 3.2 Mit Präsidialverfügung vom 26. Oktober 2021 wurde der Antrag der Gesuchstellerinnen um Einsetzung eines unabhängigen Prozessvertreters für die Gesuchsgegnerin abgewiesen und der Gesuchsgegnerin Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort angesetzt (act. 4).
- 3.3 Mit Eingabe vom 4. November 2021 stellte die Gesuchsgegnerin das eingangs genannte Rechtsbegehren (act. 5).
- 3.4 Ein zweiter Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt (act. 6 und 8).
- 3.5 Unter Berufung auf das unbedingte Replikrecht reichten die Gesuchstellerinnen am 6. Dezember 2021 (act. 9) und 17. Januar 2022 (act. 13) und die Gesuchsgegnerin am 17. Dezember 2021 (act. 10) weitere Stellungnahmen ein. In der Eingabe vom 6. Dezember 2021 ergänzten die Gesuchstellerinnen ihr Rechtsbegehren um die eingangs erwähnten Ziffern 4-5.

Erwägungen

1. Die Gesuchsgegnerin macht – nebst ihrem Antrag auf Abweisung der Berufung, soweit auf diese einzutreten sei – geltend, die Dispositiv-Ziffern 1 und 4-6 des Entscheides des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 24. September 2021 seien aufzuheben (Ziffer 2 ihres Rechtsbegehrens). Damit erhob sie sinngemäss eine Anschlussberufung (vgl. Art. 313 Abs. 1 ZPO). Da es sich vorliegend indes um eine Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid handelt, ist die Anschlussberufung unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO). Dies gilt selbst dann, wenn – wie im vorliegenden Organisationsklageverfahren – die Oficialmaxime gilt und das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.5.3, hinten E. 2). Auf Ziffer 2 und 3 des gesuchsgegnerischen Rechtsbegehrens ist daher nicht einzutreten.
2. Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann gemäss Art. 731b Abs. 1 OR ein Aktionär oder ein Gläubiger dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Auf das Organisationsklageverfahren ist das summarische Verfahren anwendbar. Es gilt die Oficialmaxime, das heisst das Gericht ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden (vgl.

BGE 138 III 407 E. 2.3; Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 369 ff. und 389 ff.; Watter/Pamer-Wieser, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 731b OR N 9 f.). Der Organisationsmängelrichter hat jene Massnahme anzuordnen, die geeignet, erforderlich und verhältnismässig ist, um den Mangel zu beheben (Urteil des Obergerichts Zug Z2 2021 37 vom 21. Februar 2021 E. 2.3; Dalla Palma/von der Crone, Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR, SZW 2020 S. 584 f.; Weber, Mängel in der Organisation von Gesellschaften, in: Haunreiter/Juchli/ Knupp/Würmli [Hrsg.], Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2009, S. 364; Trautmann/von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012 S. 471).

3. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass bei der Gesuchsgegnerin die Revisionsstelle fehlt und insofern ein Organisationsmangel besteht. Umstritten ist indes, ob auch mit Bezug auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates ein Organisationsmangel vorliegt. Dies hat die Vorinstanz bejaht mit der Begründung, das Amt eines Verwaltungsratsmitglieds ende, falls – wie in casu – keine Wiederwahl durchgeführt werde, mit dem Ablauf des sechsten Monats nach Ende des betreffenden Geschäftsjahres "eo ipso" (Vi act. 25 E. 4.2). Die Gesuchsgegnerin wendet ein, diese rechtliche Feststellung der Vorinstanz sei falsch (act. 5 Rz 17).

Dieser Einwand ist unbegründet. Nach (neuester) bundesgerichtlicher Rechtsprechung endet das Amt des Verwaltungsrates mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, wenn keine Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde (Urteil 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 3.5 [zur Publikation vorgesehen]). Die Amtsdauer des Verwaltungsrates beträgt bei der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 13 ihrer Statuten (Vi act. 1/16) ein Jahr und das Geschäftsjahr endet unbestrittenermassen jeweils am 30. Juni (Vi act. 25 E. 4.2). Seit G. _____s Wahl zum Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin am 5. September 2018 fanden unbestrittenermassen keine ordentlichen oder ausserordentlichen Generalversammlungen der Gesuchsgegnerin (mit Wahlen) mehr statt (Vi act. 25 E. 4). Der Vorinstanz ist daher darin beizupflichten, dass das Amt von G. _____ spätestens am 30. Dezember 2020 geendet hat. Seit dann jedenfalls liegt hinsichtlich der Zusammensetzung des Verwaltungsrates ein Organisationsmangel nach Art. 731b OR vor.

4. Zwischen den Parteien ist – für den Fall, dass nebst der fehlenden Revisionsstelle auch hinsichtlich der Zusammensetzung des Verwaltungsrates ein Organisationsmangel besteht – weiter strittig, mit welchen Massnahmen dieser Mangel zu beheben ist.
 - 4.1 Die Vorinstanz führte dazu im Wesentlichen aus, als mildeste mögliche Massnahme sei vorliegend G. _____ vorübergehend als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin mit Einzelunterschrift einzusetzen. Dies sei umso mehr angezeigt, als das Gericht nicht ohne Not in die an sich unübertragbaren Befugnisse des obersten Willensbildungsorgan, d.h. der Generalversammlung, zur Wahl des Verwaltungsrats eingreifen solle. G. _____ sei seit der Gründung der Gesuchsgegnerin im Jahre 2013 in deren Verwaltungsrat. Hinzu komme, dass G. _____ (indirekt) 97,3 % der Aktien halte, was ebenfalls dafür spreche, ihn als Verwaltungsrat einzusetzen. Die Interessenkollision bzw. das behauptete Verfolgen von Partikularinteressen von G. _____ werde bestritten und sei nicht rechtsgenügend

bewiesen. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass Art. 731b OR nur auf die gesetzlich vorgeschriebenen Organe einer Gesellschaft anwendbar sei. Dieser Artikel diene nicht dazu, Bestimmungen in den Statuten oder in Aktionärbindungsverträge durchzusetzen, weshalb diese auch nicht zu berücksichtigen seien. Eine Gesellschaft sei im Übrigen auch nicht an die in einem Aktionärbindungsvertrag getroffenen Vereinbarungen gebunden, womit die Gesuchstellerinnen solche auch nicht gegenüber der Gesuchsgegnerin im vorliegenden Verfahren durchsetzen könnten. Hinzu komme, dass Bestand und Inhalt des Aktionärbindungsvertrags, insbesondere der Anspruch auf Einsitz der Gesuchstellerinnen im Verwaltungsrat, bestritten und nicht im vorliegenden Verfahren zu klären seien (Vi act. 25 E 5.3 und 5.4).

4.2 Die Gesuchstellerinnen rügen, gemäss Aktionärbindungsvertrag – gemeint ist das undatierte "Shareholders Agreement" zwischen der I. _____ GmbH, der B. _____ AG, der A. _____ AG, der H. _____ GmbH sowie der Gesuchsgegnerin (Vi act. 1/4) – hätten die Gesuchstellerinnen bzw. alle Aktionärinnen der Gesuchsgegnerin Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrat. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, der Aktionärbindungsvertrag sei im Organisationsmangelverfahren nicht zu berücksichtigen. Der Aktionärbindungsvertrag sei für die Gesuchsgegnerin verbindlich, da sie unstrittig Partei dieses Vertrages sei. Für die Behebung des Organisationsmangels sei dies aber nicht zentral. Die Vorinstanz übersehe nämlich, dass bei der Behebung des Mangels nach Art. 731b OR die Interessen sämtlicher Anspruchsgruppen, insbesondere der klagenden und nichtklagenden Aktionärinnen, zu berücksichtigen seien. Deshalb hätte die Vorinstanz den Aktionärbindungsvertrag berücksichtigen müssen (act. 1 Rz 62 ff.).

4.2.1 Diese Rüge ist unbegründet. Es trifft zwar zu, dass der Organisationsmängelrichter bei der Wahl der zu treffenden Massnahme eine Interessenabwägung vorzunehmen hat. In diese sind nebst dem Interesse der Öffentlichkeit an einem funktionierenden Rechtsverkehr und einer funktionierenden Wirtschaftsordnung als Ganzes, dem Interesse der betroffenen Gesellschaft und dem Interesse der am Verfahren beteiligten Aktionäre auch die Interessen von Anspruchsgruppen ("Stakeholder"), die nicht am Verfahren teilnehmen (namentlich Arbeitnehmer, Gläubiger oder weitere Aktionäre), miteinzubeziehen (BGE 138 III 294 E. 3.1.6; Schönbächler, a.a.O., S. 28 f.). Dabei ist allerdings zu beachten und wird von den Gesuchstellerinnen übersehen, dass diese Interessen nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie im Zusammenhang mit der Behebung des Organisationsmangels relevant sind. Es ist nicht am Organisationsmängelrichter, über die Mängelbehebung hinaus weitere Massnahmen zu ergreifen, die im Interesse dieser Anspruchsgruppen liegen könnten. Art. 731b OR bezweckt ausschliesslich, die *gesetzlich* vorgeschriebene Organisation einer Gesellschaft sicherzustellen (vgl. Müller/Müller, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016 S. 43 f.; Watter/Pamer-Wieser, a.a.O., Art. 731b OR N 5; Schönbächler, a.a.O., S. 68 ff.). In der Wahl der Massnahme, um diese Organisation wiederherzustellen, kommt dem Organisationsmängelrichter ein Ermessen zu (Urteil des Bundesgerichts 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 3.1). Dass der Organisationsmängelrichter gleich mehrere Organe (mehrere Organpersonen) ernennt, ist zwar aufgrund des nicht abschliessenden Massnahmenkatalogs von Art. 731b Abs. 1^{bis} OR und des ihm zustehenden Ermessensspielraums nicht ausgeschlossen (vgl. auch Schönbächler, a.a.O., S. 232), bedingt aber, dass dies zur Behebung des Mangels geeignet, erforderlich und verhältnismässig ist. Erforderlich kann die Bestellung mehrerer Verwaltungsräte beispielsweise dann sein, wenn infolge statutarischer

Vorschriften über die Vertretung der Aktiengesellschaft eine rechtsgültige Verpflichtung der juristischen Person durch nur ein Verwaltungsratsmitglied verunmöglicht wäre (Schönbächler, a.a.O., S. 71 f.). Derlei ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Das Gesetz schreibt in Art. 707 Abs. 1 OR mindestens ein Verwaltungsratsmitglied vor, das Wohnsitz in der Schweiz haben muss, sofern keine vertretungsberechtigten Direktoren mit Wohnsitz in der Schweiz bestellt sind (Art. 718 Abs. 4 OR). Es existiert – soweit ersichtlich – keine statutarische oder andere Grundlage, die eine rechtsgültige Verpflichtung der Gesuchsgegnerin bei nur einem Verwaltungsratsmitglied ausschliesse (vgl. insbesondere Art. 13 Abs. 1 der Statuten der Gesuchsgegnerin [Vi act. 1/16]: "Der Verwaltungsrat besteht aus einem oder mehreren Mitgliedern [...]"). Mit der (vorübergehenden) Einsetzung von G. _____ als (einzigem) Verwaltungsratsmitglied, der innert sechs Monaten die Wahl eines Verwaltungsrates und der Revisionsstelle durchführen soll, sind die gesetzlichen Vorgaben erfüllt und wird die Gesuchsgegnerin wieder funktionsfähig.

- 4.2.2 Bei den vorerwähnten, abzuwägenden Interessen handelt es sich zudem primär um abstrakte Interessen entsprechender *Anspruchsgruppen*, nicht um konkrete Interessen (Partikularinteressen) bestimmter Personen. Es ist nicht Aufgabe des Organisationsmängelrichters, spezifische – sich möglicherweise widersprechende – Interessen einzelner Arbeitnehmer, Gläubiger oder Aktionäre abzuklären und gegeneinander abzuwägen, dabei nötigenfalls Gültigkeit und Inhalt von Aktionärsbindungsverträgen oder weiteren Verträgen zu beurteilen, um alsdann eine Massnahme zur Mängelbehebung anzuordnen, welche all diesen Interessen möglichst gerecht wird. Die Mängelbehebung dient, wie erwähnt, der Wiederherstellung der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation, nicht der Neugestaltung einer Gesellschaft nach den Wünschen aller in ihren Interessen tangierten Personen (s. auch Schönbächler, a.a.O., S. 188 f.). Dies gilt unabhängig von der Frage, ob im Organisationsmängelverfahren die Untersuchungsmaxime oder die Verhandlungsmaxime anwendbar ist; diese Frage ist in der Lehre umstritten und wurde vom Bundesgericht noch nicht geklärt (vgl. Domenig/Gür, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, AJP 2021 S. 173 f. m.H.).
- 4.3 Weiter wenden die Gesuchstellerinnen ein, die Vorinstanz hätte G. _____s schwerwiegende Versäumnisse als Verwaltungsrat berücksichtigen müssen. Die Gesuchstellerinnen hätten vorgebracht, dass G. _____ seit dem Geschäftsjahr 2017 weder eine Generalversammlung durchgeführt habe noch die entsprechenden Jahresrechnungen durch die Revisionsgesellschaft habe prüfen lassen. Auch hätten die Gesuchstellerinnen dargelegt, dass G. _____s Verhalten zum Rücktritt der ehemaligen Revisionsstelle geführt habe. Die Revisionsstelle habe ihren Rücktritt in ihrem Rücktrittsschreiben ausdrücklich mit den Versäumnissen von G. _____ begründet, namentlich, dass sie die Jahresrechnung für das Geschäftsjahr 2017/2018 trotz mehrfacher Nachfrage nicht zeitgerecht erhalten habe und nicht zeitgerecht über die Generalversammlung vom 23. Oktober 2019 informiert worden sei (act. 1 Rz 71 ff.).

Dieser Einwand ist unbegründet. Die Gesuchstellerinnen zweifeln die fachliche Eignung von G. _____ nicht per se an. Wie die Vorinstanz zu Recht feststellte, war er denn auch seit der Gründung der Gesuchsgegnerin im Jahr 2013 im Verwaltungsrat. Er wurde offenbar mehrmals wiedergewählt, verfügt somit über langjährige Erfahrung, kennt die Geschäfte und die Vertragspartner der Gesuchsgegnerin und benötigt beispielsweise auch keine

Einarbeitungszeit. Die Gesuchstellerinnen werfen G._____ vor, er habe seit dem Geschäftsjahr 2017 keine Generalversammlung mehr durchgeführt und keine Jahresrechnung durch die Revisionsstelle prüfen lassen. Dass G._____ jedoch allein aufgrund dieser Versäumnisse – sofern die Vorwürfe zutreffen oder berechtigt sind – nicht geeignet ist, um gestützt auf den vorinstanzlichen Entscheid eine Generalversammlung einzuberufen und an dieser einen Verwaltungsrat und eine Revisionsstelle wählen zu lassen, legen die Gesuchstellerinnen nirgends dar.

- 4.4 Die Gesuchstellerinnen rügen, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, es sei unbewiesen, dass G._____ nur Partikularinteressen verfolge. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung hätte die Vorinstanz das rechtsmissbräuchliche Verhalten von G._____ berücksichtigen müssen. Dieses habe darin bestanden, dass G._____ (1) entgegen dem begründeten Antrag der Gesuchstellerinnen anlässlich der letzten Generalversammlung vom 10. Dezember 2020 unter Berufung auf die Covid-19-Verordnung eine rein schriftliche Durchführung angeordnet habe, (2) trotz kurz bevorstehenden Ablaufs seines Verwaltungsratsmandats den Antrag der H._____ GmbH auf Traktandierung der Wahl des Verwaltungsrates ohne sachlichen Grund abgewiesen habe, (3) eine (Neu-)Wahl des Verwaltungsrates habe vermeiden wollen, um die Kontrolle im Verwaltungsrat nicht zu verlieren und (4) keine ordentliche Generalversammlung mehr einberufen und den Aktionärinnen keinen revidierten Jahresabschluss zugestellt habe (act. 1 Rz 71 ff.).

Die Gesuchstellerinnen werfen G._____ im Wesentlichen vor, er habe in rechtsmissbräuchlicher Art die Kontrolle im Verwaltungsrat nicht verlieren oder die übrigen Aktionärinnen aus der Gesuchsgegnerin ausschliessen wollen. Mit diesem und den weiteren Vorwürfen behaupten die Gesuchstellerinnen aber noch nicht, dass G._____ (auch) gegen die Interessen der Gesuchsgegnerin verstossen hat oder zu verstossen gedenkt. So ist nämlich nicht auszuschliessen, dass G._____s allfällige Partikularinteressen sich mit den Interessen der Gesuchsgegnerin decken. Die Gesuchstellerinnen setzen ausserdem – ebenfalls ohne Begründung – ihre eigenen Interessen bzw. jene der übrigen Aktionärinnen den Interessen der Gesuchsgegnerin gleich. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerinnen keinen konkreten Vorschlag für als Verwaltungsräte in Frage kommende Personen unterbreitet haben. Folglich hat der Organisationsmängelrichter nicht prüfen können, ob die zu bestellenden Verwaltungsräte überhaupt geeignet gewesen wären und ob sie – der Argumentation der Gesuchstellerinnen folgend – ausschliesslich im Interesse der Gesuchsgegnerin gehandelt hätten. Damit erweist sich auch diese Rüge als unbegründet.

- 4.5 Schliesslich monieren die Gesuchstellerinnen unter dem Titel "unrichtige Rechtsanwendung", die Vorinstanz habe das Verhältnismässigkeitsprinzip und Art. 4 ZGB verletzt und letztlich eine unangemessene Massnahme angeordnet. Die von den Gesuchstellerinnen beantragten Massnahmen würden ein ausgewogenes Mittel darstellen und der einseitigen Durchsetzung von Partikularinteressen vorbeugen bzw. diese verhindern (act. 1 Rz 95 ff.).

- 4.5.1 Dieser Auffassung der Gesuchstellerinnen kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Die Gesuchstellerinnen haben nicht behauptet, G._____ sei ausser Stande, gestützt auf den vorinstanzlichen Entscheid eine Generalversammlung einzuberufen und die anstehenden Wahlen durchzuführen. Ebenso wenig haben sie behauptet, dass mit seiner –

vorübergehenden – Einsetzung insofern ein weiterer Organisationsmangel bestünde, als G. _____ bloss Interessen verfolgen werde, die jenen der Gesuchsgegnerin zuwiderliefen. Die Gefahr, dass ein Organisationsmangel entsteht, weil alle Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen (sog. "Blockade" im Verwaltungsrat; vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_412/2020 vom 16. September 2020 E. 4.3.2; von der Crone/Gottini, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktienrecht, SZW 2016 S. 521 f.), besteht bei nur einem Verwaltungsratsmitglied, wie die Gesuchstellerinnen zu Recht ausführen (act. 1 Rz 80), nicht. Im Gegensatz dazu entstünde aber genau diese Gefahr bei der von den Gesuchstellerinnen beantragten Ernennung mehrerer Verwaltungsräte für die – zerstrittenen – Aktionärinnen. Wie die Vorinstanz zudem zu Recht erwähnte (Vi act. 25 E. 5.3), soll das Gericht nicht ohne Not auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten eine (oder mehrere) bestimmte Personen als Verwaltungsratsmitglied(er) einsetzen, wenn die Gesellschaft in der Lage ist, selbst einen Verwaltungsrat zu wählen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_439/2020 vom 5. Oktober 2020 E. 4.4). Vorliegend ist die Gesuchsgegnerin nach dem Gesagten unbestrittenermassen in der Lage, einen Verwaltungsrat (und eine Revisionsstelle) zu wählen und so den Organisationsmangel zu beheben. Damit die Wahl erfolgen kann, muss (vorübergehend) jemand mit der Durchführung der Versammlung betraut werden, was in der Person von G. _____ geschehen ist.

4.5.2 Weiter ist zu berücksichtigen, dass – im Falle der Einsetzung mehrerer Verwaltungsräte – bei der nächsten Generalversammlung, an der Wahlen stattfinden, die anderen Verwaltungsräte (als G. _____) aufgrund der aktuellen Beteiligungsverhältnisse kaum wiedergewählt würden. Insofern wäre die Einsetzung mehrerer Verwaltungsräte faktisch bloss ein (unverhältnismässiger) Umschweif. Auf die aktuellen Beteiligungsverhältnisse, insbesondere auf den Umstand, dass G. _____ indirekt zu insgesamt 97,3 % an der Gesuchsgegnerin beteiligt ist, durfte und musste die Vorinstanz abstellen. Denn die Rechtmässigkeit des Kapitalschnitts (sog. Harmonika) wird in einem anderen Gerichtsverfahren beurteilt und dieses ist noch nicht erledigt. Die entsprechenden Einwände der Gesuchstellerinnen (act. 1 Rz 114 ff.) verfangen deshalb nicht. Insbesondere ist aber auch nicht nachvollziehbar, inwiefern mit der von der Vorinstanz angeordneten Massnahme ein erneuter Organisationsmangel entstehen sollte, falls der Kapitalschnitt als unrechtmässig taxiert würde (vgl. act. 1 Rz 118).

4.5.3 Ob die Gesuchstellerinnen vor dem Kapitalschnitt das notwendige Quorum erfüllt hätten, um eine Generalversammlung gestützt auf Art. 699 Abs. 3 OR einzuberufen, und ob folglich der Vorwurf, dass seit dem Geschäftsjahr 2017 keine Generalversammlung mehr stattgefunden hat, gleichermassen die Gesuchstellerinnen treffen würde (vgl. die Einwände der Gesuchstellerinnen gegen diese vorinstanzliche Erwägung in act. 1 Rz 87 ff. und 124 ff.), ist unerheblich und braucht nicht geprüft zu werden.

4.6 Abschliessend ist Folgendes festzuhalten: Die Frage, ob die Vorinstanz das Recht falsch angewandt hat, prüft das Obergericht mit voller Kognition. Als Rechtsfehler gemäss Art. 310 lit. b ZPO gelten insbesondere auch Ermessensfehler, wozu auch die vorliegend gerügte Unangemessenheit des Entscheids zählt. Wo das Gesetz – wie vorliegend – dem Gericht ein grosses Ermessen einräumt, greift das Obergericht aber nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl durchdachten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein (vgl. Urteil des Obergerichts Zug Z1 2018 18 vom 20. Dezember 2018 E. 3.1.2;

BZ 2018 43 vom 2. Oktober 2018 E. 2.1.2 f.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 310 ZPO N 36; je mit weiteren Hinweisen).

Der vorinstanzliche Entscheid ist wohl durchdacht und vertretbar. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz nicht die Auflösung als ultima ratio verfügte, sondern vielmehr die Mängelbeseitigung mit einem verhältnismässig leichten Eingriff anordnete. Unter diesen Umständen besteht umso weniger Anlass, die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme aufzuheben.

- 4.7 Die Ernennung von G. _____ zum Verwaltungsrat für sechs Monate ist eine geeignete, erforderliche und verhältnismässige Massnahme. Sollte G. _____ an der von ihm einzuberufenden und durchzuführenden Generalversammlung gewählt werden, bliebe er Verwaltungsrat. Würden ein anderer Verwaltungsrat oder andere Verwaltungsräte gewählt, endete sein Mandat. Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen.
5. Abschliessend ist über die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu befinden.
- 5.1 Die Prozesskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen oder – wenn keine Partei vollständig obsiegt – nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Vorliegend wird auf Ziffern 2 und 3 des Rechtsbegehrens der Gesuchsgegnerin nicht eingetreten und die Berufung der Gesuchstellerinnen abgewiesen. Die Berufung fiel aufwandmässig bedeutend mehr ins Gewicht. Es rechtfertigt sich daher, die Prozesskosten den Gesuchstellerinnen zu 4/5 und der Gesuchsgegnerin zu 1/5 aufzuerlegen.
- 5.2 Die Gerichtskosten und die Parteientschädigung bemessen sich grundsätzlich nach dem Streitwert (Art. 105 i.V.m. Art. 96 ZPO; § 3 Abs. 1 lit. a KoV OG; § 3 AnwT). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet dieses nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchstellerinnen beziffern den Streitwert mit CHF 30'500.00 (act. 1 Rz 20). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der Streitwert sei nach dem nominalen Gesellschaftskapital [hier CHF 1'000'000.00] zu bemessen (act. 5 Rz 83).

Für die Festlegung des Streitwerts in Organisationsmängelverfahren existieren unterschiedliche Praxen. Es besteht die Tendenz, den Streitwert nach dem nominellen Gesellschaftskapital zu bemessen (Urteil des Bundesgerichts 4A_387/2020 vom 17. September 2020 E. 1.2.1 mit zahlreichen Hinweisen). Nach der Praxis der II. Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Zug bemisst sich der Streitwert grundsätzlich nach dem nominellen Gesellschaftskapital (Urteil des Obergerichts Zug Z2 2021 22 vom 15. Dezember 2021 E. 6.1). Dies gilt unabhängig davon, ob die Auflösung der Gesellschaft (als ultima ratio) beantragt oder angeordnet wird. Denn bei Nichtwiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in der Organisation sieht das Gesetz die Auflösung stets als letzte Massnahme vor (vgl. Schönbächler, a.a.O., S. 412 ff.). Vorliegend besteht kein Anlass, um von diesem Grundsatz abzuweichen. Die Gesuchstellerinnen begründen denn auch nicht, weshalb der Streitwert, wie von ihnen geltend gemacht, CHF 30'500.00 betragen soll. Mit dieser

Streitwertangabe versuchen sie offensichtlich einzig, sich möglichst preiswert die Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht gemäss Art. 74 Abs. 1 BGG offenzuhalten. Erreichte nämlich der Streitwert den Betrag von CHF 30'000.00 nicht, wäre die Beschwerde nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellte (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

- 5.3 Bei einem Streitwert von CHF 1'000'000.00, entsprechend dem nominellen Gesellschaftskapital der Gesuchsgegnerin, beträgt die Entscheidgebühr CHF 25'000.00 (§ 11 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 KoV OG). Da es sich um ein summarisches Verfahren handelt, ist die Gebühr gestützt auf § 12 Abs. 1 KoV OG ermessensweise auf rund einen Drittel zu reduzieren, ergebend CHF 8'500.00. Davon sind den Gesuchstellerinnen ausgangsgemäss 4/5 und der Gesuchsgegnerin 1/5 aufzuerlegen.
- 5.4 Das Grundhonorar der Rechtsanwälte beläuft sich bei diesem Streitwert auf CHF 31'400.00 (§ 3 Abs. 1 AnwT). Wegen des summarischen Verfahrens ist das Honorar ermessensweise um die Hälfte auf CHF 15'700.00 zu reduzieren (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für die Rechtsmittelverfahren dürfen sodann ein bis zwei Drittel dieses Honorars berechnet werden (§ 8 Abs. 1 AnwT). Aufgrund der verhältnismässig umfangreichen Eingaben der Parteien, insbesondere der Gesuchstellerinnen, sind von CHF 15'700.00 zwei Drittel zu berechnen, ergebend CHF 10'466.65. Unter Hinzurechnung der Auslagenpauschale von 3 % (§ 25 Abs. 2 AnwT) sowie der Mehrwertsteuer von 7,7 % (§ 25a Abs. 1 AnwT) beläuft sich die Parteientschädigung auf gerundet CHF 11'610.00. Die von der überwiegend obsiegenden Gesuchsgegnerin geltend gemachte volle Parteientschädigung von CHF 16'914.30 (inkl. MWST) ist demnach zu hoch. Ausgangsgemäss haben die Gesuchstellerinnen der Gesuchsgegnerin unter solidarischer Haftbarkeit 3/5 von CHF 11'610.00, mithin CHF 6'966.00, zu ersetzen.

Urteilsspruch

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 24. September 2021 wird bestätigt.
2. Auf die von der Gesuchsgegnerin in den Ziffern 2 und 3 ihres Rechtsbegehrens gestellten Anträge wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Verfahren von CHF 8'500.00 wird den Gesuchstellerinnen einerseits im Umfang von 4/5 und der Gesuchsgegnerin andererseits im Umfang von 1/5 auferlegt und mit dem von den Gesuchstellerinnen geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 8'500.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat den Gesuchstellerinnen den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 1'700.00 zu ersetzen.
4. Die Gesuchstellerinnen haben der Gesuchsgegnerin unter solidarischer Haftbarkeit eine Parteientschädigung von CHF 6'966.00 (inkl. MWST) zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid mit einem Streitwert von über CHF 30'000.00 ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die

Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich, begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.

6. Mitteilung an:

- Parteien
- Kantonsgericht Zug, Einzelrichter (ES 2021 270)
- Gerichtskasse (im Dispositiv)

Obergericht des Kantons Zug
II. Zivilabteilung

Dr.iur. A. Staub
Abteilungspräsident

MLaw K. Fotsch
Gerichtsschreiberin

versandt am