

II. Zivilabteilung

Z2 2022 83

Oberrichter A. Staub, Abteilungspräsident
Oberrichter P. Huber
Oberrichter St. Scherer
Gerichtsschreiber I. Cathry

Urteil vom 24. Februar 2023

in Sachen

1. A1. _____,
2. A2. _____,
3. A3. _____,
4. A4. _____,
5. A5. _____,
6. A6. _____,
7. A7. _____,
8. A8. _____,
9. A9. _____,
10. A10. _____,
11. A11. _____,
12. A12. _____,
13. A13. _____,
14. A14. _____,
15. A15. _____,
16. A16. _____,
17. A17. _____,
18. A18. _____,
19. A19. _____,
20. A20. _____,
21. A21. _____,
22. A22. _____,
23. A23. _____,
24. A24. _____,
25. A25. _____,
26. A26. _____,
27. A27. _____,
28. A28. _____,
29. A29. _____,
30. A30. _____,
31. A31. _____,
32. A32. _____,

33. A33._____,

alle vertreten durch Rechtsanwälte B. _____, C. _____ und/oder D. _____, E. _____

AG,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

gegen

F._____ **AG,**

vertreten durch Rechtsanwälte G. _____, H. _____, I. _____, J. _____, und/oder

K. _____, L. _____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

betreffend

Einberufung einer Generalversammlung

(Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 15. November 2022)

Rechtsbegehren

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

1. Es sei der Entscheid des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 15. November 2022 (ES 2022 312) aufzuheben und es sei auf das Gesuch vom 25. April 2022 nicht einzutreten, eventualiter sei bezüglich der Berufungsbeklagten 1-32 das Gesuch abzuweisen und bezüglich der Berufungsbeklagten 33 das Verfahren als durch Rückzug des Gesuchs erledigt abzuschreiben.
2. Es seien die Anwälte der E. _____ AG nicht als Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten zuzulassen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.

Gesuchsteller und Berufungsbeklagte

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin.

Sachverhalt

- 1.1 Die F. _____ AG (nachfolgend: die Gesuchsgegnerin) ist eine im Jahr 2016 von M. _____ gegründete Aktiengesellschaft. Sie bezweckt insbesondere _____. Der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin setzt sich aus M. _____, Präsident des Verwaltungsrats, und N. _____ zusammen. Beide verfügen über Einzelzeichnungsberechtigung.

M. _____ hält rund 70 % der Namenaktien der Gesuchsgegnerin. Die restlichen Namenaktien werden überwiegend von (ehemaligen) Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Gesuchsgegnerin gehalten.
- 1.2 Die Gesuchsteller sind Aktionäre der Gesuchsgegnerin und haben allesamt ihre Aktionärsstellung im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms der Gesuchsgegnerin erhalten.
- 1.3 Im Zuge einer Transaktion im Sommer 2020 (nachfolgend: O. _____ -Transaktion) wurde in einem ersten Schritt die O. _____ Inc. (nachfolgend: O. _____ Inc.), gegründet. In einem zweiten Schritt trat M. _____ der O. _____ Inc. eine ihm gegenüber der Gesuchsgegnerin zustehende Darlehensforderung in der Höhe von USD 39,1 Mio. ab und erhielt im Gegenzug 52,5 % der Aktien der O. _____ Inc. In einem dritten Schritt übertrug die Gesuchsgegnerin gestützt auf ein Sale and Contribution Agreement vom 14. August 2020 (nachfolgend: Sale and Contribution Agreement) gewisse ihrer in Entwicklung befindlichen Produkte (P. _____, Q. _____, R. _____ und S. _____), 50 % der von ihr gehaltenen Aktien an der T. _____ Inc. sowie die Beteiligungen an ihren Tochtergesellschaften in Australien, Frankreich, Irland, Grossbritannien und Hongkong (zusammen nachfolgend: Kaufobjekt) an die O. _____ Inc. Der Kaufpreis für die Übertragung des Kaufobjekts an die O. _____ Inc. in der Höhe von USD 46,6 Mio. wurde wie folgt getilgt: mittels Verrechnung der (zuvor abgetretenen) Darlehensforderung der O. _____ Inc. gegenüber der Gesuchsgegnerin in der Höhe von USD 39,1 Mio. sowie durch Übertragung von 3 Mio. Aktien

der O._____ Inc. an die Gesuchsgegnerin. Die 3 Mio. Aktien der O._____ Inc. entsprachen einer Beteiligung von 10 % an allen O._____ Inc.-Aktien. Gleichzeitig brachte die U._____ ihr Blockchain-Geschäft "V._____" in die O._____ Inc. ein und erhielt im Gegenzug ebenfalls 3 Mio. Aktien der O._____ Inc.

1.4 Die Gesuchsteller können den Verkauf (des Kaufobjekts) nicht nachvollziehen und behaupten im Wesentlichen, das Kaufobjekt sei unter Wert verkauft worden. Sie reichten beim Obergericht des Kantons Zug am 1. März 2022 ein Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung ein (Verfahren Z2 2022 15). Aus diesem – noch hängigen – Verfahren stammen die obigen Sachverhaltsangaben.

1.5 Mit Schreiben vom 3. März 2022 forderten die Gesuchsteller den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin auf, die ordentliche Generalversammlung 2020 einzuberufen und folgende Verhandlungsgegenstände zu traktandieren:

- 1) Genehmigung des Lageberichts 2020, der Jahresabschlüsse 2020 und der konsolidierten Jahresberichte 2020.
- 2) Beschlussfassung über das von N._____ am 14. August 2020 unterzeichnete Sale and Contribution Agreement mit O._____ Inc.

Zudem stellten die Gesuchsteller zum zweiten Verhandlungsgegenstand den Antrag auf Nichtgenehmigung oder Ablehnung des von N._____ am 14. August 2020 unterzeichneten Sale and Contribution Agreements mit der O._____ Inc. (Vi act. 1/15).

1.6 Mit Schreiben vom 28. März 2022 setzte der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin die ordentliche Generalversammlung über das Geschäftsjahr 2020 auf den 31. Mai 2022 an. Traktandiert wurde unter anderem die Genehmigung des Lageberichts 2020, der Jahresrechnung 2020 und der Konzernrechnung 2020, nicht aber die Beschlussfassung über das Sale and Contribution Agreement (Vi act. 1/16).

2.1 Am 25. April 2022 reichten die Gesuchsteller beim Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, ein Gesuch um Einberufung und Traktandierung mit folgendem Rechtsbegehren ein (Vi act. 1; Verfahren ES 2022 312):

1. a) Der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall anzuweisen, erneut zur ordentlichen Generalversammlung betreffend das Geschäftsjahr 2020 einzuladen, unter Traktandierung des folgenden Verhandlungsgegenstands sowie des folgenden Beschlussantrags als erstes Traktandum:
 - i. Verhandlungsgegenstand: Beschlussfassung über das von N._____ am 14. August 2020 unterzeichnete Sale and Contribution Agreement mit der O._____ Inc.
 - ii. Beschlussantrag: Nichtgenehmigung oder Ablehnung des von N._____ am 14. August 2020 unterzeichneten Sale and Contribution Agreement mit der O._____ Inc.
- b) Der Verwaltungsrat sei zu verpflichten, einem durch das Gericht zu bezeichnenden Notar des Kantons Zug den Vollzug der Anweisung gemäss Ziffer 1a innert 5 Tagen ab Rechtskraft des Urteils nachzuweisen.

- c) Der durch das Gericht zu bezeichnende Notar des Kantons Zug sei für den Fall, dass der rechtzeitige Nachweis des Vollzugs gemäss vorangehender Ziffer 1b unterbleibt, gerichtlich zu beauftragen, innert 8 Tagen ab Rechtskraft des Urteils erneut zur ordentlichen Generalversammlung betreffend das Geschäftsjahr 2020 inklusive des beantragten Verhandlungsgegenstands und des Beschlussantrags gemäss Ziffer 1a als erstes Traktandum einzuladen. Als Ort seien die Räumlichkeiten des bezeichneten Notars zu bezeichnen. Der Notar sei mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung zu beauftragen.
2. a) Eventualiter sei der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zu verpflichten, eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, die spätestens 22 Tage nach der Einberufung stattzufinden hat, mit folgendem Traktandum und folgendem Beschlussantrag:
 - i. Traktandum: Beschlussfassung über das von N. _____ am 14. August 2020 unterzeichnete Sale and Contribution Agreement mit der O. _____ Inc.
 - ii. Beschlussantrag: Nichtgenehmigung oder Ablehnung des von N. _____ am 14. August 2020 unterzeichneten Sale and Contribution Agreement mit der O. _____ Inc.
 - b) Der Verwaltungsrat sei zu verpflichten, einem durch das Gericht zu bezeichnenden Notar des Kantons Zug den Vollzug der Anweisung gemäss Ziffer 1a innert 5 Tagen ab Rechtskraft des Urteils nachzuweisen.
 - c) Der durch das Gericht zu bezeichnende Notar des Kantons Zug sei für den Fall, dass der rechtzeitige Nachweis des Vollzugs gemäss vorangehender Ziffer 1b unterbleibt, gerichtlich zu beauftragen, innert 8 Tagen ab Rechtskraft des Urteils die ausserordentliche Generalversammlung der Gesuchsgegnerin inklusiv Traktandierung des beantragten Verhandlungsgegenstands und Beschlussantrags einzuberufen und die Einladung per E-Mail an die im Aktienbuch verzeichneten Aktionäre, unter Angabe von Ort und Zeit, zu versenden. Als Ort seien die Räumlichkeiten des bezeichneten Notars zu bezeichnen. Der Notar sei mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung zu beauftragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.
- 2.2 In ihrer Stellungnahme vom 9. Mai 2022 beantragte die Gesuchsgegnerin die kostenfällige Abweisung des von den Gesuchstellern in ihrem Gesuch gestellten prozessualen Antrags (Anordnung vorsorglicher Massnahmen), wonach dem Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin zu verbieten sei, vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils die ordentliche Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2020 durchzuführen (Vi act. 7).
 - 2.3 Mit Entscheid vom 25. Mai 2022 wies der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug den Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen ab (Vi act. 8). Die gegen diesen Entscheid von den Gesuchstellern am 7. Juni 2022 beim Obergericht des Kantons Zug eingereichte Berufung wurde mit Beschluss vom 23. September 2022 zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben (Verfahren Z2 2022 31).
 - 2.4 Mit Eingabe vom 8. Juni 2022 nahm die Gesuchsgegnerin integral zum Gesuch Stellung. Sie beantragte, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsteller (Vi act. 9).

2.5 Vom 24. Juni bis 13. Oktober 2022 reichten die Parteien unaufgefordert je weitere Stellungnahmen ein (Vi act. 10-29).

2.6 Am 15. November 2022 fällte der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug folgenden Entscheid (Vi act. 30):

1. Die Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin, N._____ und M._____, werden verpflichtet, innert 10 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids und Mitteilung des Gerichts eine ausserordentliche Generalversammlung für die Gesuchsgegnerin an deren Sitz mit folgendem Traktandum und folgendem Beschlussantrag einzuberufen:
 - i. Traktandum: Beschlussfassung über das von N._____ am 14. August 2020 unterzeichnete Sale and Contribution Agreement mit der O._____ Inc.
 - ii. Beschlussantrag: Nichtgenehmigung oder Ablehnung des von N._____ am 14. August 2020 unterzeichneten Sale and Contribution Agreement mit der O._____ Inc.

Als Datum für die ausserordentliche Generalversammlung ist ein Termin anzusetzen, der spätestens 20 Tage nach dem Versand der Einladung stattfindet.

Für den Fall der Missachtung dieses Entscheids wird den handelnden Organen der Gesuchsgegnerin, d.h. N._____ und M._____, die Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB (Strafe: Busse bis CHF 10'000.00) angedroht.

2. Die Gerichtskosten werden wie folgt festgesetzt:

CHF	2'600.00	Entscheidgebühr
-----	----------	-----------------

Die Gerichtskosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem von den Gesuchstellern geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat den Gesuchstellern unter solidarischer Berechtigung den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 2'600.00 zu ersetzen.

3. Die Gesuchsgegnerin hat den Gesuchstellern unter solidarischer Berechtigung eine Parteientschädigung von CHF 2'832.50 zu bezahlen.
4. Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden sind.
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Mitteilung]

3.1 Gegen diesen Entscheid reichte die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 28. November 2022 Berufung beim Obergericht des Kantons Zug mit eingangs genanntem Rechtsbegehren ein. Zudem stellte sie die folgenden prozessualen Anträge (act. 1):

1. Der Gesuchsteller 20 (A20._____) sei aufzufordern, dem Gericht seinen tatsächlichen Wohnsitz mitzuteilen, unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf sein Gesuch nicht eingetreten wird.
2. Es sei das Verfahren einstweilen auf die Eintretensfragen des Rechtsschutzinteresses und der Postulationsfähigkeit der Rechtsvertreter der Gesuchsteller zu beschränken.

- 3.2 Mit Verfügung des Präsidenten der II. Zivilabteilung des Obergerichts vom 6. Januar 2023 wurden der Gesuchsteller 20 zur Mitteilung seines tatsächlichen Wohnsitzes aufgefordert, der Antrag auf Verfahrensbeschränkung abgewiesen und die Berufung den Gesuchstellern zur Einreichung einer Berufungsantwort zugestellt (act. 5).
- 3.3 In der Berufungsantwort vom 17. Januar 2023 stellten die Gesuchsteller ihrerseits das eingangs genannte Rechtsbegehren (act. 6).
- 3.4 Ein zweiter Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt (act. 7). Die Gesuchsgegnerin reichte in Ausübung ihres unbedingten Replikrechts am 2. Februar 2023 unaufgefordert eine Eingabe ein, in welcher sie jedoch nicht im Einzelnen auf die Ausführungen der Gesuchsteller einging (act. 7).

Erwägungen

1. Die Gesuchsteller wenden ein, die formellen Anforderungen an die Berufung würden über weite Strecken verfehlt. An vielen Stellen würden Verweise auf die konkreten vorinstanzlichen Erwägungen, die angefochten werden sollten, fehlen (act. 5 Rz 10). Zudem gebe die Gesuchsgegnerin mehrfach den Sachverhalt wie vor der Vorinstanz vorgetragen wieder, ohne sich mit den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und diese Feststellungen auch nur ansatzweise als unrichtig auszuweisen (act. 5 Rz 15). Einen Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung stellen die Gesuchsteller indes nicht.
 - 1.1 Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Die Berufungsklägerin muss aufzeigen, inwiefern sie den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Um dieser Pflicht nachzukommen genügt es nicht, wenn sie auf ihre Vorbringen vor der ersten Instanz verweist oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Art und Weise kritisiert. Vielmehr muss die Berufungsklägerin im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die sie beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen ihre Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, sodass sie von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_598/2019 vom 23. Dezember 2019 E. 3.1). Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht nicht auf die Berufung ein (Urteil des Bundesgerichts 5A_209/2014 vom 2. September 2014 E. 4.2.1).
 - 1.2 Diese Anforderungen an die Begründung erfüllt die Berufungsschrift der Gesuchsgegnerin. Die Gesuchsteller verweisen denn auch nur pauschal auf einzelne nicht umgrenzte Passagen der Berufungsschrift (act. 1 "Rz 41 ff.", "Rz 92 ff.", "Rz 131 ff." und "Rz 137 ff."), welche

den Anforderungen nicht genügen sollen. In Rz 41 ff. und 92 ff. der Berufung indes wird der Sachverhalt, wie er sich aus Sicht der Gesuchsgegnerin zugetragen hat, zum Zwecke eines Überblicks summarisch wiedergegeben. Dagegen ist nichts einzuwenden. In Rz 131-134 wird zwar die bereits vor Vorinstanz geäusserte Rechtsauffassung wiederholt, dies jedoch mit dem Zweck, in den darauffolgenden Rz 135 f. die Konsequenzen darzulegen, die sich aus der (gegenteiligen) Rechtsauffassung der Vorinstanz ergäben. Auch dagegen ist nichts einzuwenden. Sinngemässes gilt für Rz 137 ff. und die in Rz 140 folgende Begründung, wonach die Möglichkeit des Verwaltungsrates, sich selbst zu schützen, keinen Anspruch der Aktionäre begründe, für den Verwaltungsrat zu entscheiden.

- 1.3 Da die Berufung den Begründungsanforderungen genügt und auch keine sonstigen Prozesshindernisse ersichtlich sind, ist auf die Berufung einzutreten.
2. Die Gesuchsgegnerin stellt sich in der Berufung auf den Standpunkt, auf das Gesuch hätte gar nicht eingetreten werden dürfen, weil die Rechtsanwälte der Gesuchsteller nicht vertretungsberechtigt (gewesen) seien.

Diesen Einwand erhob die Gesuchsgegnerin bereits vor erster Instanz (Kantonsgericht) sowie im Verfahren Z2 2022 15 betreffend Anordnung einer Sonderprüfung (Obergericht). Zur Begründung führte sie hier wie dort dieselben Argumente an. Im Verfahren Z2 2022 15 wurde ihr Einwand abgewiesen. Es ist deshalb vollumfänglich auf die einschlägige E. 3 des Urteils des Obergerichts Zug Z2 2022 15 vom 5. Januar 2023 zu verweisen (act. 5/2; eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ist zurzeit vor Bundesgericht hängig). Die Postulationsfähigkeit der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin war – wie die Vorinstanz zu Recht festhielt – und ist vorliegend gegeben. Diesbezüglich ist die Berufung abzuweisen.

3. Die Gesuchsgegnerin stellte den Antrag, der Gesuchsteller 20 (A20._____) sei aufzufordern, seine tatsächliche Adresse mitzuteilen und diese durch Urkunden zu belegen (act. 1 Rz 21).

In der Berufungsantwort teilte der Gesuchsteller 20 seine Adresse mit (vgl. Rubrum). Ein Urkundennachweis ist nicht notwendig, zumal keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben bestehen. Ob durch die unterlassene bzw. verspätete Adressmeldung die Mitgliedschaftsrechte des Gesuchstellers 20 geruht haben, kann hinsichtlich des Bestehens eines Einberufungs- und Traktandierungsrechts offenbleiben, da das Quorum von 10 % (aArt. 697b Abs. 1 OR) auch ohne die Beteiligung des Gesuchstellers 20 noch erreicht ist (vgl. Vi act. 1 Rz 61).

4. Wie die Gesuchsgegnerin zutreffend ausführt, zog die Gesuchstellerin 33 (A33._____) ihr Gesuch mit Schreiben vom 13. September 2022 an den Einzelrichter am Kantonsgericht Zug zurück (Vi act. 22). Dies wird im Sachverhalt des angefochtenen Entscheids erwähnt (vgl. Ziff. 10), im Rubrum ebenfalls berücksichtigt (die Gesuchstellerin 33 ist nicht mehr aufgeführt), in den Erwägungen und im Dispositiv allerdings nicht mehr aufgeführt.

Der Rückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Deshalb ist der angefochtene Entscheid in diesem Punkt aufzuheben und das Verfahren mit Bezug auf die Gesuchstellerin 33 zufolge Rückzugs abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Auf die Kostenfolgen ist zurückzukommen (E. 10).

5. Die Gesuchsgegnerin moniert sodann, den Gesuchstellern fehle es an einem Rechtsschutzinteresse.
- 5.1 Zur Begründung macht sie geltend, sie habe in ihrer Gesuchsantwort beantragt, auf das Gesuch der Gesuchsteller sei nicht einzutreten. Sie habe ihren Antrag unter anderem mit dem fehlenden Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller begründet. Die Vorinstanz habe sich damit im angefochtenen Entscheid nicht auseinandergesetzt. Die Gesuchsgegnerin sei nach wie vor der Ansicht, das Rechtsschutzinteresse fehle. Die Gesuchsteller würden einerseits behaupten, dass das Sale and Contribution Agreement ungültig sei, solange es von der Generalversammlung nicht genehmigt werde. Andererseits würden sie als Beschlussantrag jedoch empfehlen, die Genehmigung zu verweigern. Würde nun das Sale and Contribution Agreement der Generalversammlung vorgelegt und die Genehmigung verweigert, wäre – gemäss den Ausführungen der Gesuchsteller – die Rechtslage dieselbe wie heute (act. 1 Rz 35 f. und 168-179).
- 5.2 Sollte die Vorinstanz mangels Begründung das rechtliche Gehör der Gesuchsgegnerin verletzt haben, würde diese Verletzung vorliegend geheilt. Denn die Gesuchsgegnerin konnte sich vor Obergericht, das sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüft, dazu äussern. Eine Rückweisung an die Vorinstanz käme einem unnötigen formalistischen Leerlauf gleich, weshalb davon abzusehen ist, zumal die Gesuchsgegnerin dies auch nicht beantragt (Urteile des Bundesgerichts 4A_385/2021 vom 13. Januar 2022 E. 6.2.2, 4A_374/2020 vom 8. Februar 2021 E. 5.1 und 5A_28/2020 vom 13. November 2020 E. 3.3.7, je m.w.H.).
- 5.3 Das Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller ist – entgegen dem Einwand der Gesuchsgegnerin – vorhanden. Denn wie die Gesuchsgegnerin selbst ausführt, ist das Sale and Contribution Agreement bei Nicht-Traktandierung bloss aus [subjektiver] Sicht der Gesuchsteller ungültig. Falls ein Gericht die Frage der Ungültigkeit anders beurteilen würde, indem es beispielsweise zum Schluss kommt, erst eine Nicht-Genehmigung an der Versammlung führe zur Ungültigkeit, dann wäre den Gesuchstellern ohne ein Urteil in der vorliegenden Sache nicht gedient. Hinzu kommt, dass die Ablehnung eines traktandierten Gegenstands gegenüber der Nicht-Traktandierung aus Sicht der Gesuchsteller grundsätzlich per se ein Plus darstellt. Wie die Gesuchsteller zu Recht bemerken, würden sie mit der Einberufung und Traktandierung einen anfechtbaren Beschluss erwirken (act. 5 Rz 43), was als Rechtsschutzinteresse bereits genügen muss. Hinzu kommt, dass im Zweifelsfall das Vorliegen des schutzwürdigen Interesses tendenziell zu bejahen ist (vgl. Gehri, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 59 ZPO N 7; Zingg, Berner Kommentar, 2012, Art. 59 ZPO N 42). Mithin ist das Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller für das vorliegende Gesuch gegeben. Die Vorinstanz trat zu Recht auf das Gesuch ein bzw. erkannte zu Recht nicht auf Rechtsmissbrauch. Dass das strittige Geschäft bereits zwei Jahre zurückliegt, wie die Gesuchsgegnerin weiter einwendet, ist unerheblich. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.
6. Die Gesuchsgegnerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.
- 6.1 Sie bringt vor, sie habe mit ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 11. Juli 2022 das W._____ -Bewertungsgutachten mit Datum vom 6. Juli 2020 [recte: 2022] sowie den Bericht der Revisionsstelle über die Prüfung der Jahresrechnung per 31. Dezember 2020 vom

8. Juli 2022 eingereicht. Diese Beilagen würden echte Noven darstellen, die erst nach Aktenabschluss entstanden und von ihr ohne Verzug eingereicht worden seien. Die abschliessende Aufzählung der Vorinstanz [betreffend die von ihr berücksichtigten Eingaben] sowie die Tatsache, dass weder das W. _____-Bewertungsgutachten noch der Bericht der Revisionsstelle über die Prüfung der Jahresrechnung im angefochtenen Entscheid erwähnt würden, lasse befürchten, dass die Vorinstanz dessen wesentlichen Inhalt nicht gewürdigt habe. Das W. _____-Bewertungsgutachten bestätige die Angemessenheit des von der X. _____ AG ermittelten fairen Werts der übertragenen Vermögenswerte. Das uneingeschränkte Testat der Revisionsstelle sei ein weiterer Beleg dafür, dass die Vermögenswerte zu einem fairen Wert übertragen worden seien. Die Würdigung der angebotenen (scheinbar aber nicht berücksichtigten) Noven sei daher zentral für das vorliegende Verfahren. Das Recht, gehört zu werden, sei formeller Natur. Daraus folge, dass eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen müsse (act. 1 Rz 182 ff.).
- 6.2 Es trifft zwar zu, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid nicht mit diesen, von der Gesuchsgegnerin im erstinstanzlichen Verfahren angebotenen Beweisen auseinandergesetzt hat. Ob sie damit das rechtliche Gehör der Gesuchsgegnerin verletzt hat, braucht an dieser Stelle nicht abschliessend geklärt zu werden, da dieser – allfällige – Mangel im Berufungsverfahren geheilt werden kann. Wie bereits ausgeführt verfügt das Obergericht als Berufungsinstanz über volle Kognition zur Überprüfung des angefochtenen Entscheides und eine Rückweisung an die Vorinstanz würde einen formalistischen Leerlauf verursachen (vgl. dazu bereits E. 5.2).
- 6.3 Aus dem W. _____-Gutachten lässt sich nichts zugunsten der Gesuchsgegnerin ableiten. Der W. _____ wurde ausschliesslich der X. _____-Bewertungsbericht und keine weiteren (schriftlichen) Unterlagen zur Verfügung gestellt. Das W. _____-Gutachten ist im Wesentlichen lediglich eine rechnerische Kontrolle des X. _____-Bewertungsberichts. Es wurde erst nachträglich durch die Revisionsstelle der Gesuchsgegnerin zwecks Erstellung des Jahresabschlusses in Auftrag gegeben (vgl. Urteil des Obergerichts Zug Z2 2022 15 vom 5. Januar 2023 E. 8.3.5). Die Revisionsstelle ist kein dem Verwaltungsrat neben- oder übergeordnetes Entscheidungsorgan.
7. In der Hauptsache rügt die Gesuchsgegnerin, der vorinstanzliche Entscheid verletze die aktienrechtliche Kompetenzordnung (Art. 716a Abs. 1 OR).
- 7.1 Die Vorinstanz gab dem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren statt und führte zur Begründung im Wesentlichen aus, bei der Beurteilung eines Gesuchs gestützt auf [a]Art. 699 Abs. 4 OR seien nur formelle Fragen zu prüfen, das heisse, ob der oder die Gesuchsteller Aktionäre seien, die formellen Voraussetzungen von [a]Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR erfüllt seien und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt worden sei, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen worden sei. Der Einberufungsrichter unterziehe das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren keiner materiellen Prüfung. Der Einberufungsrichter habe daher bei einem Einberufungsgesuch auch nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden; diese Fragen seien vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen. Immerhin sei bei der Ausübung des Einberu-

fungs- und Traktandierungsrechts das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu beachten. Der Einberufungsrichter habe mithin einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren nicht stattzugeben, wenn sich dieses als offensichtlich missbräuchlich oder schikanös herausstelle. In diesem Zusammenhang stelle das Bundesgericht klar, dass der Verwaltungsrat dem Antrag des Aktionärs nachkommen und den Gegenstand auf die Tagesordnung setzen müsse, wenn diesbezüglich irgendeine Ungewissheit bestehe. Da allerdings die Rechtslage gerade bei Fragen der Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung oft unklar und umstritten sei, sollte so oder so im Zweifelsfalle das Traktandum der Generalversammlung vorgelegt und die Entscheidung in der Kompetenzfrage dem Anfechtungs- (bzw. auf Feststellung der Nichtigkeit gerichteten) Prozess überlassen werden (Vi act. 30 E. 3.3 und 3.3.1).

Die Parteien seien sich einig, dass die Generalversammlung unter Umständen über die vom behaupteten Interessenkonflikt des Verwaltungsrats berührten Geschäfte abstimmen könnte. Weiter scheine es nicht geradezu abwegig, dass sich der Verwaltungsrat bei der Unterzeichnung des Sale and Contribution Agreements in einem Interessenkonflikt befunden habe. Deshalb bestünden nach dem Gesagten und aufgrund der eingereichten Urkunden zumindest gewisse Zweifel, ob das begehrte Traktandum nicht der Generalversammlung zur Beschlussfassung vorgelegt werden sollte. Daher sei das Traktandum auch unter summarischer Prüfung der materiellen Aspekte resp. unter dem Blickwinkel des Rechtsmissbrauchsverbots der Generalversammlung zur Beschlussfassung zu unterbreiten. Weiter seien keine Gründe ersichtlich, die das Gesuch als rechtsmissbräuchlich oder schikanös beurteilen liessen. Somit seien nur noch die formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen. Diese seien eingehalten. Deshalb sei das Gesuch gutzuheissen (Vi act. 30 E. 3.3.1-3.3.3).

- 7.2 Die Gesuchsgegnerin rügt, ein Geschäft könne nur als Generalversammlungsbeschluss im formellen Sinne traktandiert werden, sofern es in die Kompetenz der Generalversammlung falle. Dass der Entscheid über die Genehmigung und den Abschluss von Verträgen nicht in die Kompetenzordnung der Generalversammlung falle, werde von den Gesuchstellern nicht bestritten. Die Gesuchsteller würden daher versuchen, eine Kompetenz der Generalversammlung zur Genehmigung des Sale and Contribution Agreements aus dem angeblichen Interessenkonflikt des Verwaltungsratspräsidenten, M._____, abzuleiten. Doch dieser Versuch schlage fehl. Selbst wenn ein Interessenkonflikt vorliegen würde, was nicht der Fall sei, so könne ein Verwaltungsrat zwar verschiedene Massnahmen zur Bewältigung dieses Konflikts ergreifen. Ob solche Massnahmen ergriffen würden und – wenn ja – welche, sei jedoch wiederum ein Geschäftsführungsentscheid, der in die alleinige Kompetenz des Verwaltungsrates falle und in seinem alleinigen Ermessen stehe. Selbst bei einer bloss summarischen Prüfung würden vorliegend keine Zweifel bestehen, dass das fragliche Geschäft nach der aktienrechtlichen Kompetenzordnung nicht in die Zuständigkeit der Generalversammlung falle (act. 1 Rz 129-141 und 155-161).
- 7.3 Seit dem 1. Januar 2023 ist das revidierte Aktienrecht in Kraft. Einige der hier einschlägigen Bestimmungen – namentlich jene über die Einberufung von Generalversammlung und Traktandierung von Geschäften (aArt. 699 OR bzw. [rev]Art. 699-699b OR) oder über die Aufgaben des Verwaltungsrates ([rev]Art. 717a OR) – haben sich geändert. Gemäss Art. 1 Abs. 1 SchIT ZGB werden die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieser Gesetzesbestimmungen eingetreten sind, nach jenen Bestimmungen beurteilt, die zur

Zeit des Eintritts dieser Tatsachen gegolten haben. Die Gesuchsteller haben ihr Traktandierungsbegehren vor dem 1. Januar 2023 gestellt. Folglich ist das alte Recht (aArt.) anwendbar.

- 7.4 Die Einberufung einer Generalversammlung kann bzw. konnte nach altem Recht von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Aktionäre, die Aktien im Nennwert von einer Million Franken vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen. Einberufung und Traktandierung werden schriftlich unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge angebeht (aArt. 699 Abs. 3 OR). Der Wortlaut von aArt. 699 Abs. 3 OR kann jedoch nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprochen haben. Richtigerweise geht das Traktandierungsrecht mit dem Einberufungsrecht einher. Entgegen dem Wortlaut steht folglich das Traktandierungsrecht nicht nur Aktionären zu, die über Aktien im Nennwert von einer Million Franken verfügen, sondern auch solchen, die mindestens 10 % des Aktienkapitals vertreten (BGE 142 III 16 E. 2.3). Entspricht der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist, so hat das Gericht auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen (aArt. 699 Abs. 4 OR).

Das Einberufungs- und Traktandierungsrecht unterliegt formellen und materiellen Voraussetzungen. Zu den formellen Voraussetzungen zählt die Aktionärseigenschaft, das Quorum gemäss aArt. 699 Abs. 3 OR sowie das Vorhandensein eines Einberufungs- oder Traktandierungsbegehrens, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde (BGE 142 III 16 E. 3.1). Zu den materiellen Voraussetzungen zählt im Allgemeinen, dass der verlangte Verhandlungsgegenstand Grundlage eines inhaltlich möglichen und rechtlich zulässigen Generalversammlungsbeschlusses sein kann (Dubs/Truffer, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 699 OR N 27). In BGE 142 III 16 führte das Bundesgericht zu aArt. 699 Abs. 4 OR indes aus, der Einberufungsrichter habe das Traktandierungsbegehren bloss einer formellen, nicht aber einer materiellen Prüfung zu unterziehen; vorbehalten bleibe das Rechtsmissbrauchsverbot (dortige E. 3.1). In BGE 137 III 503 hielt das Bundesgericht zu aArt. 699 Abs. 3 OR fest, der Verwaltungsrat könne es ablehnen, einen Gegenstand auf die Traktandenliste zu setzen, der aufgrund seines Inhalts zweifellos ausserhalb der Kompetenz der Generalversammlung liege; falls irgendeine Unsicherheit bestehe, habe der Verwaltungsrat dem Antrag des Aktionärs aber nachzukommen und den Gegenstand auf die Liste zu setzen (dortige E. 4.1). Mithin gestattete das Bundesgericht in BGE 137 III 503 dem Verwaltungsrat eine gewisse Kognition in materieller Hinsicht, während es in BGE 142 III 16 dem Einberufungsgericht lediglich eine materielle Prüfung unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots zubilligte. Ob nun der Verwaltungsrat (Abs. 3 von aArt. 699 OR) oder das Einberufungsgericht (Abs. 4) einen Verhandlungsgegenstand traktandieren (lassen) muss, darf mit Bezug auf die Voraussetzungen zur Traktandierung keinen Unterschied machen. Die Voraussetzungen müssen in beiden Fällen dieselben sein, regelt doch Abs. 4 bloss die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung des in Abs. 3 enthaltenen (materiellrechtlichen) Anspruchs. Die beiden Bundesgerichtsurteile scheinen somit nicht kongruent. In BGE 142 III 16 wird BGE 137 III 503 nicht zitiert. Müller, Käch und Leu verweisen in ihrer Urteilsbesprechung von BGE 142 III 16 indes (zu Recht) auf BGE 137 III 503 und die dort festgehaltene, auch für aArt. 699 Abs. 4 OR geltende beschränkte materielle Kontrolle (Müller/Käch/Leu, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht der Jahre 2015/2016 in Kürze, Jusletter 20. Februar 2017 Rz 144). In einem neueren, in Fünferbesetzung gefällten Urteil erwähnte das Bundesgericht erstmals bei-

de Leitentscheide zusammen und setzte sie zusammengefasst wie folgt zueinander in Verbindung: Sobald die formellen Voraussetzungen für die Einberufung und Traktandierung erfüllt sind, hat das Gericht einem entsprechenden Begehren stattzugeben. Eine materielle Prüfung findet nicht statt. Vorbehalten bleiben aber das Rechtsmissbrauchsverbot sowie der Fall, dass der zu traktandierende Gegenstand offensichtlich ("à l'évidence") und zweifellos ("sauf incertitude") zum unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzbereich eines anderen Organs zählt (Urteil des Bundesgerichts 5A_142/2019 vom 29. April 2020 E. 5.2 [Hervorhebung hinzugefügt]).

7.5 Ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen ist den Gesuchstellern nicht vorzuwerfen, wie die Vorinstanz zutreffend feststellte (Vi act. 30 E.3.3.1). Dass die Gesuchsteller die Genehmigung eines Geschäfts traktandiert haben wollen und gleichzeitig beantragen, die Genehmigung sei abzulehnen (act. 1 Rz 9), macht das Gesuch auch nicht rechtsmissbräuchlich (vgl. dazu bereits E. 5). Zu prüfen ist daher, ob der streitgegenständliche Verhandlungsgegenstand zweifellos bzw. offensichtlich nicht in die Kompetenz der Generalversammlung fällt.

7.5.1 Die Kompetenzen zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung sind so verteilt, dass der Generalversammlung die im Gesetz (aArt. 698 OR) oder in den Statuten genannten Geschäfte zugewiesen werden, während alle übrigen Geschäfte in die Kompetenz des Verwaltungsrates fallen (Art. 716 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat wiederum kann gewisse Aufgaben an einzelne Mitglieder oder Dritte delegieren (Art. 716 Abs. 2 OR e contrario), soweit es sich nicht um unübertragbare und unentziehbare Aufgaben handelt (vgl. Art. 716a OR). In aussergewöhnlichen Situationen – beispielsweise bei einem Interessenkonflikt des Verwaltungsrates – kann es zulässig sein, diese aktienrechtliche Kompetenzordnung zu durchbrechen (vgl. Dubs/Truffer, a.a.O., Art. 698 OR N 8d).

7.5.2 Einem Interessenkonflikt kann mit verschiedenen Massnahmen (sog. Gegenmassnahmen) begegnet werden. Eine mögliche Massnahme ist die Genehmigung des strittigen Geschäfts durch die Generalversammlung. Dass im Falle von Interessenkollisionen des Verwaltungsrates das betreffende Geschäft der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen ist und von dieser genehmigt oder abgelehnt werden kann, ist im Gesetz zwar nicht vorgesehen. In Lehre und Rechtsprechung wird die Zulässigkeit dieser Massnahme – zumindest für den Fall, dass keine anderen geeigneten Massnahmen denkbar sind – überwiegend befürwortet (BGE 127 III 332 E. 2a; Dubs/Truffer, a.a.O., Art. 698 OR N 31; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A. 2009, § 13 N 648 [die 5. A. bezieht sich auf das neue Recht]; je mit zahlreichen Hinweisen, auch auf andere Meinungen). Diese Genehmigung ist indes bloss eine von mehreren möglichen Gegenmassnahmen, um einen Interessenkonflikt zu bewältigen. Mithin handelt es sich bei der Genehmigung nicht um einen der Generalversammlung vorbehaltenen Beschluss im formellen Sinn. Der Beschluss darüber, ob überhaupt eine Gegenmassnahme und gegebenenfalls welche Gegenmassnahme ergriffen werden soll, liegt und bleibt in der Kompetenz des Verwaltungsrates. Es handelt sich bei diesem Beschluss – wie bereits beim Abschluss des Geschäfts – um einen Geschäftsentscheid, der in die alleinige unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrates fällt. Dies galt bereits vor Inkrafttreten des revidierten Art. 717a OR, der in Abs. 2 nun ausdrücklich vorsieht, dass der Verwaltungsrat (mithin nicht die Generalversammlung) Massnahmen ergreift, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind (vgl. von der Crone, Aktienrecht, 2. A. 2020, N 1512 und 1515; Sommer, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1

OR, 2010, S. 107; Böckli, Insihgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 2012, S. 366 f.; Lengauer/Pöscher, in: Lengauer/Eggen/Straub [Hrsg.], Fachhandbuch Kapitalmarktrecht, 2021, N 4.655; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A. 2009, § 13 N 649; je mit Hinweisen). In der Lehre finden sich – soweit ersichtlich – keine Stimmen, die den Beschluss (oder Entscheid) über zu treffende Gegenmassnahmen bei Interessenkonflikten der Kompetenz der Generalversammlung zuordnen, weder nach früherem noch nach geltendem Recht. Ebenso wenig findet sich solche Rechtsprechung.

7.5.3 Da es sich beim Beschluss, ob und gegebenenfalls welche Gegenmassnahme im konkreten Fall eines Interessenkonflikts zu treffen sind, wie dargelegt, um eine unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrates handelt, wäre es eine Gesetzesumgehung, wenn den Aktionären das Recht eingeräumt würde, eine Beschlussfassung zu verlangen (vgl. zur Gesetzesumgehung: BGE 140 II 233 E. 5.1). Die Aktionäre verfügen über keine Kompetenz, um direkt einen Geschäftsentscheid des Verwaltungsrates aufzuheben. Die Generalversammlung ist konzeptuell kein Organ für Beschlüsse der Geschäftsführung (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A. 2009, § 13 N 648). Den Aktionären bleibt nur, aber immerhin die Möglichkeit, entweder den Verwaltungsratsbeschluss anzufechten (vgl. Bertschinger, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_350/2011 vom 13. Oktober 2011 [BGE 137 III 503], GesKR 2012 S. 307) oder aber die Décharge zu verweigern, den Verwaltungsrat abzuwählen oder Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Verwaltungsrat zu erheben. Verantwortlichkeitsansprüche können sich auch daraus ergeben, dass der Verwaltungsrat trotz Interessenkonflikten keine geeigneten Gegenmassnahmen ergriffen hat (vgl. Sommer, a.a.O., S. 108). Anders zu entscheiden und den Aktionären die strittige Kompetenz einzuräumen, würde bedeuten, dass Aktionäre bei jedem (auch unbedeutendem) Geschäft, bei dem sie einen Interessenkonflikt bei einem Verwaltungsrat wittern, entgegen dem Willen des Verwaltungsrates die Einberufung einer Generalversammlung und Traktandierung des Geschäfts an der ordentlichen oder ausserordentlichen Versammlung verlangen könnten. Ein Rechtsmissbrauch dürfte in Fällen von Interessenskonflikten nicht ohne Weiteres vorliegen. Demnach könnte eine Minderheit von Aktionären die Geschäftsführung faktisch zum Erliegen bringen. Ausserdem könnte die Generalversammlung die Geschäftsführung faktisch an sich reißen, müsste doch der Verwaltungsrat hernach gegen jeden solchen Beschluss, bei dem die Genehmigung des Geschäfts abgelehnt würde, eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage anstrengen. Dies widerspräche zweifellos der Konzeption des Gesetzgebers. Die Geschäftsführung hat beim Verwaltungsrat (oder einer von ihm eingesetzten Geschäftsführung) zu bleiben, und dies selbst bei Geschäften von besonders grosser Tragweite (vgl. Dubs/Truffer, a.a.O., Art. 698 OR N 29; Forstmoser, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, SZW 1994 S. 177).

7.5.4 Vorbehalten bleibt allerdings der Fall, bei dem der Gesamtverwaltungsrat beschlussunfähig ist, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder einem Interessenkonflikt unterliegen (vgl. Sommer, a.a.O., S. 123; Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 4/2018 S. 381 und 385; Herren, Harmonie und Kollision beim verwaltungsrätlichen Umgang mit den Gesellschaftsinteressen, AJP 2015 S. 210 f.). In einem solchen Fall steht jedenfalls nicht zweifelsfrei fest, dass die Generalversammlung unzuständig ist, um ein bestimmtes Geschäft zu genehmigen. Die Rechtsfrage über die Zuständigkeit

der Generalversammlung für solche Fälle muss vorliegend nicht abschliessend geklärt werden. Um nämlich einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren stattzugeben, genügt es, wie erwähnt, dass die Generalversammlung nicht *offensichtlich* unzuständig ist. Eine offensichtliche Unzuständigkeit besteht im Fall, da sämtliche Verwaltungsratsmitglieder einem Interessenkonflikt unterliegen oder unterliegen sollen, jedenfalls nicht.

- 7.6 Vorliegend werfen die Gesuchsteller den aktuellen oder vormaligen Verwaltungsräten der Gesuchsgegnerin, N. _____ und M. _____, diverse Rechtsverletzungen vor. So solle eine unzulässige Doppelvertretung von N. _____ beim Abschluss des Sale and Contribution Agreements vorgelegen haben und M. _____ sei in Bezug auf die O. _____ - Transaktion vom August 2020 Interessenkonflikten unterlegen, ohne hiergegen geeignete Massnahmen getroffen zu haben (Vi act. 1 Rz 26 ff. und 76 ff.). Die Doppelvertretung ist ein Anwendungsfall eines Interessenkonflikts (statt Vieler: Sommer, a.a.O., S. 127 ff. m.H.). Mithin werfen die Gesuchsteller allen Verwaltungsräten der Gesuchsgegnerin vor, sich betreffend die O. _____ -Transaktion bzw. den Abschluss des Sale and Contribution Agreements in einem Interessenkonflikt befunden zu haben. Selbst wenn die Doppelvertretung von N. _____ – auch im vorliegenden Einberufungsverfahren (im Sonderprüfungsverfahren: Urteil des Obergerichts Zug Z2 2022 15 vom 5. Januar 2023 E. 8.2; act. 1 Rz 143) – nicht glaubhaft gemacht worden wäre, kann noch nicht gesagt werden, N. _____ habe sich *zweifello*s nichts zuschulden kommen lassen. Dasselbe gilt mit Bezug auf M. _____, bei dem aber ein Interessenkonflikt zumindest glaubhaft scheint (Urteil des Obergerichts Z2 2022 15 vom 5. Januar 2023 E. 8.3). Würde zudem davon ausgegangen, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Sale and Contribution Agreements – zufolge unterbliebener Wiederwahl von N. _____ in den Verwaltungsrat – einzig M. _____ Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin war, er mithin den "Gesamtverwaltungsrat" bildete (vgl. Urteil des Obergerichts Zug Z2 2022 15 vom 5. Januar 2023 E. 8.3.3), dann wäre es umso naheliegender, dass das einzige neben- oder übergeordnete Organ zur Genehmigung dieses Geschäfts die Generalversammlung ist, da es bei der Gesuchsgegnerin neben M. _____ keine weiteren Verwaltungsratsmitglieder gab.
- 7.7 Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Recht darauf erkannt, dass zumindest gewisse Zweifel daran bestehen, ob das angebehrte Traktandum nicht der Generalversammlung zur Beschlussfassung vorgelegt werden darf. Folglich ist die Generalversammlung nicht offensichtlich unzuständig, um dieses Geschäft zu genehmigen.
8. Im Folgenden ist auf die weiteren Einwände der Gesuchsgegnerin einzugehen.
- 8.1 Sie wendet unter anderem ein, der angefochtene Entscheid verletze [a]Art. 699 OR auch aus weiteren Gründen. Zunächst habe die Vorinstanz nicht dargelegt, in Bezug auf welches Verwaltungsratsmitglied angeblich ein Interessenkonflikt bestanden haben solle. Den von den Gesuchstellern gegenüber N. _____ erhobenen Vorwurf der Doppelvertretung habe die Vorinstanz nicht geschützt (act. 1 Rz 143).

Dieser Einwand ist unbegründet. Die Vorinstanz hat unter Verweis auf Vi act. 1/6 festgehalten, es scheine nicht geradezu abwegig, dass sich der Verwaltungsrat bei der Unterzeichnung des Sale and Contribution Agreements in einem Interessenkonflikt befunden habe (Vi act. 30 E. 3.3.1). Bei Vi act. 1/6 handelt es sich um den Annual Franchise Tax Report

vom 22. Februar 2021. Auf diesem sind als "Directors" der O. _____ Inc. N. _____, M. _____ und Y. _____ aufgeführt. Aufgrund der Umstände muss davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz deshalb einen Interessenkonflikt sowohl bei M. _____ wie auch bei N. _____, mithin bei allen Verwaltungsratsmitgliedern der Gesuchsgegnerin, nicht für "geradezu abwegig" hielt. Ob die Gesuchsteller N. _____ eine Doppelvertretung oder einen Interessenkonflikt vorwerfen oder dies von der Vorinstanz attestiert wird, spielt keine Rolle. In beiden Fällen wäre er befangen und könnte bzw. dürfte grundsätzlich keinen Beschluss über allfällig zu ergreifende Gegenmassnahmen (wie Genehmigung durch die Generalversammlung) fassen (s. auch E. 7.5.2 f.). Die Begründung der Vorinstanz ist zwar knapp, aber in Anbetracht dessen, dass vorliegend grundsätzlich keine materielle Prüfung zu erfolgen hat (E. 7.4), nicht zu beanstanden. Die Gesuchsgegnerin machte diesbezüglich denn auch (zu Recht) nicht geltend, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden.

- 8.2 Weiter wendet die Gesuchsgegnerin ein, ein Interessenkonflikt sei nicht per se pflichtwidrig, sondern könne durch mehrere, alternativ mögliche Massnahmen adressiert werden. Darüber schweige sich die Vorinstanz aus. Selbst wenn sich M. _____ in einem Interessenkonflikt befunden hätte (quod non), hätte N. _____ als weiteres Mitglied des Verwaltungsrates das Geschäft genehmigen können. Weiter wäre ein allfälliger Interessenkonflikt vorliegend durch das X. _____-Gutachten adressiert worden (act. 1 Rz 148-150).

Diese Einwände sind unbehelflich. Selbst wenn der Entscheid der Vorinstanz auch in diesen Punkten knapp begründet ist, treffen die Schlussfolgerungen der Vorinstanz zu. Im Übrigen ist, um Wiederholungen zu vermeiden, auf vorstehende E. 8.1 sowie das Urteil des Obergerichts Zug Z2 2022 15 vom 5. Januar 2023 und die dortige E. 8.3.5 zu verweisen. Die Einholung des X. _____-Gutachtens nützt der Gesuchsgegnerin vorliegend auch insofern nichts, als bei einem Interessenkonflikt aller Verwaltungsratsmitglieder der Verwaltungsrat nicht gültig über die im konkreten Fall zu treffende Gegenmassnahme beschliessen könnte.

- 8.3 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, das Traktandierungsrecht beziehe sich nur auf Generalversammlungsbeschlüsse im formellen Sinn. Bei der angebehrten Genehmigung handle es sich nicht um einen Beschluss im formellen Sinn, sondern um eine Massnahme zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft. Ein solcher Beschluss zeitige keine für den Verwaltungsrat verbindlichen Wirkungen, sondern sei konsultativer Natur (act. 1 Rz 162-165).

Was die Gesuchsgegnerin aus diesem Einwand abzuleiten versucht oder sie mit "formellem Beschluss" meint, ist unklar. Eine Genehmigung eines Geschäftsentscheids kann vorliegend jedenfalls nicht mit einer Konsultativabstimmung gleichgesetzt werden, können doch aus diesem Genehmigungsbeschluss rechtliche Wirkungen – nicht nur für den Verwaltungsrat – abgeleitet werden. Die Gesuchsgegnerin stützt sich für ihre Behauptung, es handle sich um eine Konsultativabstimmung, auf drei Quellen (act. 1 Fn 53: Nikitine, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, 2007, S. 199 ff.; Horber, Die Konsultativabstimmung in der Generalversammlung, SJZ 2005 S. 101 ff.; Roth Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, 2007, S. 178 ff.). Die Aussage der Gesuchsgegnerin wird jedoch nur von Roth Pellanda gestützt. Doch selbst wenn es eine blosser Konsultativabstimmung wäre, so ist noch nicht offensichtlich, dass Aktionäre keine Konsultativabstimmung zu einer Sachfrage verlangen können (vgl. auch Kunz, Evolution ins 21. Jahrhundert, AJP 2/2011 S. 165). Für Sachfragen aus dem Kompetenzbereich der Gene-

ralversammlung wird ein Traktandierungsrecht generell befürwortet, während für Sachfragen aus dem Kompetenzbereich des Verwaltungsrates die Ansichten auseinandergehen (vgl. dazu Horber, a.a.O., S. 104 ff. mit Hinweisen). Jedenfalls kann die Gesuchsgegnerin mit diesem Einwand nicht darlegen, dass die Generalversammlung zweifelsfrei oder offensichtlich unzuständig ist.

8.4 Schliesslich rügt die Gesuchsgegnerin, die von der Vorinstanz vorgenommene Verteilung der Prozesskosten sei bundesrechtswidrig.

8.4.1 In ihrem Gesuch stellten die Gesuchsteller den Hauptantrag, ihr Traktandum sei an der ordentlichen Generalversammlung 2020 zu traktandieren. Als Eventualantrag verlangten sie die Traktandierung anlässlich einer einzuberufenden ausserordentlichen Generalversammlung. Gutgeheissen wurde der Eventualantrag. Der Hauptantrag ist gegenstandslos geworden, weil die ordentliche Generalversammlung 2020 zum Zeitpunkt des Entscheids bereits durchgeführt worden war (Vi act. 30 E. 5). Im Hinblick auf die Kostenverlegung über den gegenstandslos gewordenen Hauptantrag führte die Vorinstanz aus, der mutmassliche Prozessausgang sei entscheidend. Dazu verwies sie auf ihre E. 3 (dort begründete sie, weshalb ein Traktandierungsrecht besteht) und hielt fest, die Gesuchsgegnerin wäre in der Hauptsache unterlegen, hätte sie nicht von sich aus – nach Einreichung des Gesuchs der Gesuchsteller – die Generalversammlung 2020 durchgeführt. Zudem habe es weder im Verantwortungsbereich der Gesuchsteller noch in deren Verschulden gelegen, dass der Hauptantrag abzuschreiben sei. Entsprechend hätten die Gesuchsteller keine hiermit verbundenen Kostenfolgen zu tragen (Vi act. 30 E. 6).

8.4.2 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchsteller hätten [in ihrem Gesuch] im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme beantragt, "die für den 31. Mai 2022 angesetzte ordentliche Generalversammlung betreffend das Geschäftsjahr 2020 [sei] abzusagen", um im Anschluss [im selben Gesuch] zu beantragen [Hauptantrag], der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin sei anzuweisen, "erneut zur ordentlichen Generalversammlung betreffend das Geschäftsjahr 2020 einzuladen". Da die Gesuchsgegnerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung bereits zur ordentlichen Generalversammlung betreffend das Geschäftsjahr 2020 eingeladen habe, habe der Hauptantrag zunächst die Absage der bereits einberufenen Generalversammlung vorausgesetzt. Die Gutheissung des Hauptantrags hätte notwendigerweise die vorgängige Gutheissung des Gesuchs um Erlass der vorsorglichen Massnahme vorausgesetzt. Mit Entscheid vom 25. Mai 2022 habe die Vorinstanz den prozessualen Antrag der Gesuchsteller um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme (Absage der bereits einberufenen Generalversammlung) abgewiesen. Diesen Entscheid habe das Obergericht des Kantons Zug im Beschluss über die Abschreibung der Berufung vom 23. September 2022 bestätigt. Mit der Abweisung des Massnahmegesuchs habe die Vorinstanz implizit auch über die Gegenstandslosigkeit des Hauptantrags entschieden. Mit anderen Worten sei bereits mit der Abweisung des prozessualen Antrags mitentschieden worden, dass der Hauptantrag gegenstandslos werde. Es könne also mitnichten gesagt werden, die Gesuchsgegnerin hätte "von sich aus" die fragliche Generalversammlung durchgeführt (act. 1 Rz 193-196).

8.4.3 Dieser Einwand überzeugt nicht. Im erwähnten Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 25. Mai 2022 wurden die Gerichtskosten von CHF 1'400.00 den Gesuchstellern auferlegt. Zudem wurden die Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Par-

teientschädigung von CHF 1'110.00 zu bezahlen. Die von den Gesuchstellern gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wurde zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben. Dabei wurden der vorinstanzliche Kostenspruch bestätigt, den Gesuchstellern die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren auferlegt und die Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Wie die Gesuchsgegnerin deshalb zutreffend einwendet (act. 5 Rz 145), wurde über die Kosten, die auf Ziffer 1 des Rechtsbegehrens im Gesuch vom 25. April 2022 entfallen, bereits entschieden. Diese Entscheide sind rechtskräftig. Bezüglich Ziffer 2 des Rechtsbegehrens – mithin über die zentrale Frage, ob generell ein Traktandierungsrecht für das strittige Geschäft besteht – unterliegt die Gesuchsgegnerin vollständig. Insofern hat die Vorinstanz im hier angefochtenen Entscheid die (verbleibenden) Prozesskosten zu Recht der Gesuchsgegnerin auferlegt. Die Berufung ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen. Dass die Vorinstanz der Gesuchstellerin 33, die ihr Gesuch zurückgezogen hat, keine Kosten auferlegt hat, ist nicht zu bemängeln, zumal deren Anteil von gerundet 3 % an den Kosten nicht ins Gewicht fällt.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in teilweiser Gutheissung der Berufung das Verfahren mit Bezug auf die Gesuchstellerin 33 zufolge Rückzugs abzuschreiben ist. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz über die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung und Traktandierung betreffend das Sale and Contribution Agreement ist zu bestätigen.
10. Abschliessend ist über die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu befinden.
 - 10.1 Diese Kosten sind nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). In der Sache unterliegt die Gesuchsgegnerin ganz. Sie dringt einzig mit dem Einwand durch, die Vorinstanz hätte das Verfahren mit Bezug auf die Gesuchstellerin 33 zufolge Rückzugs abschreiben müssen. Dieser Umstand fällt aber nicht ins Gewicht und könnte überdies auch nicht den Gesuchstellern angelastet werden, sodass die Prozesskosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen sind.
 - 10.2 Die Gerichtskosten bemessen sich nach der Verordnung über die Kosten in der Zivil- und Strafrechtspflege (KoV OG). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 35'000.00 ist die Entscheidunggebühr auf CHF 3'000.00 festzusetzen (§ 11 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 KoV OG). Die Parteientschädigung richtet sich nach der Verordnung über den Anwaltstarif (AnwT). Das Grundhonorar für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte samt einer Auslagenpauschale von 3 % beläuft sich beim genannten Streitwert auf gerundet CHF 1'905.50 (§ 3 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 AnwT; § 25 AnwT). Angesichts der verhältnismässig umfangreichen Berufungsschrift rechtfertigt sich eine Erhöhung um 50 %, sodass eine angemessene Entschädigung von gerundet CHF 2'860.00 (inkl. Auslagen) resultiert. Der Aktenumfang war nicht unverhältnismässig gross und die Korrespondenz nicht umfangreich (vgl. § 5 Abs. 1 Ziff. 3 AnwT). Mangels eines Antrags im Rechtsmittelbegehren kann die Mehrwertsteuer nicht hinzugerechnet werden (§ 25a AnwT; Weisung des Obergerichts Zug über die Mehrwertsteuer in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 29. Juli 2015 Ziff. 2.1.1).

Urteilsspruch

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 4 des Entscheids des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 15. November 2022 wie folgt geändert (*Änderung kursiv*):
 - " 4. *Das Verfahren wird mit Bezug auf die Gesuchstellerin 33 zufolge Rückzugs abgeschrieben. Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden sind.* "
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, und der Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 15. November 2022 wird bestätigt.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 3'000.00 wird der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.
- 4.1 Die Gesuchsgegnerin hat die Gesuchsteller 1-32 für das Berufungsverfahren mit CHF 2'860.00 zu entschädigen.
- 4.2 Der Gesuchstellerin 33 wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
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 Beschwerdeggründe 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 2022 312)
 - Gerichtskasse (im Dispositiv)

Obergericht des Kantons Zug
II. Zivilabteilung

A. Staub
Abteilungspräsident

I. Cathry
Gerichtsschreiber

versandt am: