

BGer 4A 387/2023 vom 2. Mai 2024

Bundesgericht, 2024-05-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_387_2023

FR: TF 4A 387/2023 du 2 mai 2024

IT: TF 4A 387/2023 del 2 maggio 2024

Regeste

Massnahmen nach Art. 731b OR, | Gesellschaftsrecht

Erwägungen

E. 1

Wenn an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind, den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt und sie sich gegen das gleiche Urteil richten, behandelt das Bundesgericht diese in der Regel in einem einzigen Urteil. Die Beschwerdeverfahren 4A_387/2023 und 4A_429/2023 werden daher vereinigt.

E. 2.1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die Sachurteilsvoraussetzungen der Beschwerde von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG ; vgl. BGE 136 II 101 E. 1, 470 E. 1).

E. 2.2

Der Gesuchsteller macht in seiner Beschwerdeantwort im Verfahren 4A_429/2023 geltend, die Gesuchsgegnerin habe die Beschwerdefrist verpasst. Unabhängig davon wie das vorinstanzliche Verfahren formell einzuordnen sei, zähle es inhaltlich bzw. materiell klar zu den vorsorglichen Massnahmen. Für Verfahren, welche die aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen betreffen, gelte der Fristenstillstand nach Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG nicht, was sich aus deren dringlichen Natur ergebe.

E. 2.2.1

Der angefochtene Entscheid wurde am 6. Juli 2023 zugestellt, sodass die Beschwerdefrist in die Zeit des Fristenstillstands ("Gerichtsferien") zwischen dem 15. Juli und dem 15. August 2023 (Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG) fällt. Die Bestimmungen über die sogenannten "Gerichtsferien" (Art. 46 Abs. 1 BGG) gelten namentlich nicht im Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung und "andere vorsorgliche Massnahmen" (Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG). Es ist daher zu prüfen, ob diese Ausnahme vorliegend Anwendung findet.

E. 2.2.2

Beim Organisationsmängelverfahren handelt es sich um ein Streitiges Verfahren (Urteil 4A_321/2008 vom 5. August 2010 E. 2), das im Summarium durchzuführen ist (BGE 141 III 43 E. 2.2.1; 138 III 166 E. 3.9). AMSTUTZ/ARNOLD argumentieren, die Ausnahme nach Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG erfasse sämtliche im summarischen Verfahren nach Art. 248 ZPO ergangenen Entscheide (AMSTUTZ/ARNOLD, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 11a zu Art. 46 BGG mit Verweis auf BGE 139 III 78). In BGE 139 III 78 wurde entschieden, dass die Ausnahme nach Art. 145 Abs. 2 lit. b

ZPO auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren gilt. Das Bundesgericht erwog, Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO einzig auf das erstinstanzliche Verfahren anzuwenden, hätte zur Folge, dass "diejenigen vorsorglichen Massnahmen nach Art. 98 BGG, die im Summarverfahren gemäss ZPO ergehen, nur vor der ersten Instanz und vor dem Bundesgericht vom Fristenstillstand ausgenommen wären [...]" (BGE 139 III 78 E. 4.4.5; Herv. beigefügt). Die Regeste von BGE 139 III 78 ist indessen weiter gefasst. Sie lautet, " Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO gilt auch für das Berufungsverfahren und damit für die Berufungsfrist gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid " (Herv. beigefügt). Aus der Regeste kann aber nicht abgeleitet werden, Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG gelte ohne Weiteres hinsichtlich sämtlicher Entscheide, die im summarischen Verfahren ergehen. Vielmehr ist, wie sich aus BGE 139 III 78 E. 4.4.5 ergibt, auch bei Entscheiden, die im summarischen Verfahren ergangen sind, zu prüfen, ob diese vorsorgliche Massnahmen betreffen. Vorsorgliche Massnahmen sind einstweilige Verfügungen, die eine rechtliche Frage so lange regeln, bis über sie in einem späteren Hauptentscheid definitiv entschieden wird (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl. 2001 4336 Ziff. 4.1.4.2). Die durch das Gericht zur Behebung eines Organisationsmangels angeordneten Massnahmen sind keine vorsorgliche Massnahmen. Sie ergehen weder bloss für die Dauer eines Hauptverfahrens noch haben sie einzig im Hinblick auf ein solches Bestand. Das Gericht trifft im Organisationsmängelverfahren vielmehr abschliessend die erforderlichen Massnahmen zur Behebung eines Organisationsmangels (vgl. hiernach E. 9.1.1 f.). Diese Massnahmen haben gerade nicht einen vorübergehenden Charakter. Dies wird deutlich bei Betrachtung einzelner Massnahmen, die das Gericht im Organisationsmängelverfahren anordnen kann. So kann es gemäss Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR (als ultima ratio) die Gesellschaft auflösen und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen oder aber zum Beispiel im Falle einer Pattsituation im Aktionariat der Gesellschaft die Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen Aktionär verfügen (vgl. hiernach E. 9.1.2). Hinzu kommt, dass der Begriff der "vorsorglichen Massnahme" in Art. 46 Abs. 2 lit. a und in Art. 98 BGG gleichbedeutend ist (BGE 139 III 78 E. 4.4.5; 135 III 430 E. 1.1; 134 III 667 E. 1.3; Urteil 5A_667/2023 vom 26. September 2023 E. 3.1). Das Bundesgericht ist in Verfahren, die Organisationsmängel nach Art. 731b OR betrafen, nicht von einer Beschränkung seiner Kognition gemäss Art. 98 BGG ausgegangen (vgl. Urteile 4A_207/2022 vom 17. Oktober 2022 E. 3; 4A_222/2022 vom 19. August 2022 E. 5; 4A_412/2020 vom 16. September 2020 E. 4.3.1). Etwas anderes ergibt sich entgegen dem Gesuchsteller auch nicht aus der Präsidialverfügung vom 17. Oktober 2023 im Verfahren 4A_387/2023 (vgl. hiervor Sachverhalt lit. C.a in fine). Die daraus vom Gesuchsteller zitierten Ausführungen betreffen vielmehr die zurückhaltende bundesgerichtliche Überprüfung eines Ermessensentscheids (vgl. hiernach E. 9.1.4). Zusammenfassend stellen Anordnungen zur Behebung von Organisationsmängeln der Aktiengesellschaft trotz Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens (Art. 250 lit. c ZPO i.V.m. Art. 731b OR) keine "vorsorglichen Massnahmen" im Sinne von Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG dar. Eine Ausnahme vom Fristenstillstand ist daher nicht gegeben. Die Beschwerde erweist sich insofern als zulässig (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG).

E. 2.2.3

Die Frage, ob die Nebenintervenientin 1 die Gesuchsgegnerin rechtsgültig vertreten kann, ist sodann sowohl für das Eintreten auf die Beschwerde im Verfahren 4A_429/2023 wie auch für deren materielle Beurteilung gleichermassen entscheidend. Dringt die Gesuchsgegnerin mit ihrer Rüge durch, dass die Nebenintervenientin 1 dazu befugt war, zur

Generalversammlung vom 31. Mai 2022 einzuladen, an der die Nebenintervenientin 1 als ihre Verwaltungsrätin gewählt wurde, läge kein Organisationsmangel (fehlender Verwaltungsrat) vor (vgl. hiernach E. 6). Gleichzeitig wäre damit auch entschieden, dass die Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin diese rechtsgültig vertreten kann. In diesem Fall tritt das Bundesgericht ohne Prüfung dieser Eintretensvoraussetzung auf die Beschwerde ein und entscheidet diese materiell (vgl. dazu Urteile 4A_297/2022 vom 19. August 2022 E. 2.1; 4A_454/2018 vom 5. Juni 2019 E. 1.4.2).

E. 2.3

Die übrigen Eintretensvoraussetzungen im Verfahren 4A_429/2023 bzw. die Eintretensvoraussetzungen im Verfahren 4A_387/2023 geben zu keinen (weiteren) Bemerkungen Anlass. Auf die beiden Beschwerden ist somit - unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung (vgl. hiernach E. 3) - einzutreten.

E. 3

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Beschwerde ist dabei hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1). Für die Beschwerdeantwort gelten dieselben Begründungsanforderungen (BGE 140 III 115 E. 2). Soweit eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht wird, gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). Es ist im Einzelnen anhand der vorinstanzlichen Erwägungen darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte missachtet wurden oder der Entscheid offensichtlich unhaltbar ist (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 III 393 E. 6).

E. 4

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

E. 5

Die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Die beschwerdeführende Partei darf eine allfällige Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern. Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 ; 132 I 42 E. 3.3.4). Verfahren 4A_429/2023

E. 6

Die Gesuchsgegnerin beanstandet, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Organisationsmangel (fehlender Verwaltungsrat) bejaht und damit Art. 731b OR verletzt.

E. 6.1

Die Vorinstanz erwog mit der Erstinstanz, die Nebenintervenientin 1 sei im Zeitpunkt der Einberufung der ordentlichen Generalversammlung am 30. April 2022 nicht mehr formelles Organ der Gesuchsgegnerin gewesen. Es sei zu prüfen, ob die Nebenintervenientin 1 als faktisches Organ befugt gewesen sei, die ordentliche Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 31. Mai 2022 einzuberufen. Ein faktischer Verwaltungsrat habe zwar das Nötige zu unternehmen, um einen rechtmässigen Zustand herzustellen. Er selbst könne jedoch keine Generalversammlung einberufen. Der Nebenintervenientin 1 sei nicht der Status einer gewählten Verwaltungsrätin samt deren Befugnisse zugekommen. Sie habe daher nicht rechtsgültig zur ordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin einladen können. Die Nichtigkeit der Beschlüsse der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 habe zur Folge, dass die Gesuchsgegnerin über keinen Verwaltungsrat mehr verfüge und in dieser Hinsicht einen Organisationsmangel aufweise.

E. 6.2

Die Gesuchsgegnerin rügt, die Vorinstanz verkenne, dass das Bundesgericht die Frage bereits geklärt habe, ob ein faktisches Organ (faktischer Verwaltungsrat) zu einer Generalversammlung einladen dürfe, um einen Organisationsmangel (fehlender Verwaltungsrat) zu heilen. Das Bundesgericht habe klargestellt, dass der faktische Verwaltungsrat nicht nur berechtigt, sondern gar verpflichtet sei, eine derartige Generalversammlung einzuberufen (mit Verweis auf das Urteil 6B_697/2014 vom 27. Februar 2015 E. 2.3).

E. 6.2.1

Die Gesuchsgegnerin übergeht, dass sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid mit diesem Urteil des Bundesgerichts einlässlich auseinandergesetzt hat. Sie erwog, die Erstinstanz habe sich auf das zitierte Urteil 6B_697/2014 gestützt. Darin sei das Bundesgericht zum Schluss gelangt, der Geschäftsführer, dem nach dem Tod des einzigen Verwaltungsrats der Gesellschaft die Stellung als faktischer Verwaltungsrat zugekommen sei, sei zur

Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung verpflichtet gewesen. Die Erstinstanz habe daraus für den vorliegenden Fall gefolgert, der Organisationsmangel könne mittels Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung durch den Verwaltungsrat (dessen Amtszeit abgelaufen sei) behoben werden (vgl. in diesem Sinne auch HÄUSERMANN/MÜLLER, Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrates, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen [GesKR 2/2020] S. 278 ff., 282). Dieser Auffassung - so die Vorinstanz weiter - könne nicht gefolgt werden. Die Figur des faktischen Organs diene primär als Haftungstatbestand und nicht dazu, tatsächliche Organqualität zu begründen. Das faktische Organ habe keine Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft, in der es sich Organfunktionen anmasse. Ein faktischer Verwaltungsrat habe zwar das Nötigste zu unternehmen, um einen rechtmässigen Zustand herzustellen. Er habe namentlich dafür zu sorgen, dass eine Generalversammlung durchgeführt werde, könne selber jedoch keine Generalversammlung einberufen.

E. 6.2.2

Was die Gesuchsgegnerin gegen die obigen Ausführungen ins Feld führt, vermag nicht zu überzeugen. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass ein Verwaltungsrat nach Ablauf seiner Amtszeit keine Generalversammlung einberufen kann, die gültig über seine Wiederwahl beschliesst (vgl. HOHLER/BÄHLER, Keine stillschweigende Verlängerung von Verwaltungsratsmandaten, SZW 2022 S. 280 ff., S. 284; JÖRG KILCHMANN, Stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats, Expert Focus 10/22 S. 503 ff., 505). Entgegen der Gesuchsgegnerin ist es auch nicht widersprüchlich, wenn die Vorinstanz zur Überzeugung gelangt, das faktische Organ sei nicht zur Einladung zur Generalversammlung befugt, habe jedoch das Nötige zu unternehmen, um einen rechtmässigen Zustand herzustellen. Es ist darauf hinzuwirken, dass eine Generalversammlung einberufen und durchgeführt wird (vgl. RETO SUTTER, Status des Verwaltungsrats nach Ablauf der statutarischen Amtszeit, Recht relevant. für Verwaltungsräte [RR-VR] 1/2023 S. 10). Wie der Gesuchsteller zu Recht geltend macht, kann das faktische Organ z.B. darauf hinarbeiten, dass eine Universalversammlung stattfinden kann. Wenn man darüber hinaus davon ausginge, das faktische Organ sei dazu befugt, im Falle eines Organisationsmangels (fehlender Verwaltungsrat) selber zu einer ordentlichen Generalversammlung einzuladen, so würde dies die Stellung des faktischen Verwaltungsratsmitglieds derjenigen des formellen Verwaltungsratsmitglieds stark annähern (HÄUSERMANN/MÜLLER, a.a.O., S. 282). Eine solche Annäherung ist jedoch abzulehnen, da es sich - wie die Vorinstanz zutreffend erwog - bei der Figur des faktischen Organs primär um einen Haftungstatbestand handelt. Nichts ändert der Einwand der Gesuchsgegnerin, die Einberufungsbefugnis habe nichts mit der Frage zu tun, ob ein faktisches Organ die betroffene Gesellschaft rechtsgeschäftlich binden könne. Die vorinstanzliche Aussage, wonach eine Person, die nicht gewählt sei, nicht durch ihr Verhalten Inhaber von Befugnissen und Rechten eines Verwaltungsrats werden könne, betrifft nicht bloss die Vertretungsbefugnis, sondern geht darüber hinaus. Nichts ändert schliesslich der Hinweis der Gesuchsgegnerin, dass es ohne Weiteres möglich wäre, dem faktischen Verwaltungsrat die Befugnis zur Einberufung einer Generalversammlung zuzugestehen, ohne dass sich ansonsten etwas an seinem Status ändere. Sie übergeht erneut, dass es sich bei der Figur des faktischen Organs - wie beschrieben - primär um einen Haftungstatbestand handelt, und eine (wenn auch beschränkte) Annäherung zwischen einem formellen und einem faktischen Organ abzulehnen ist. Zusammenfassend ist die

Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgegangen, dass die Nebenintervenientin 1 nicht dazu befugt war, zur Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 31. Mai 2022 einzuladen.

E. 6.3

Die Gesuchsgegnerin rügt eventualiter, selbst wenn die Nebenintervenientin 1 nicht (originär) über die Befugnis verfügt habe, zu einer Generalversammlung einzuladen, so resultiere daraus nicht die Nichtigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung vom 31. Mai 2022.

E. 6.3.1

Nichtig sind namentlich alle von einer nicht in gültiger Weise zustande gekommenen bzw. beschlussunfähigen Generalversammlung gefassten Beschlüsse, sei es, dass nur ein Teil der Aktionäre eingeladen, dass die Generalversammlung von einer unzuständigen Stelle einberufen worden ist oder dass Nichtaktionäre an der Beschlussfassung entscheidend mitgewirkt haben (BGE 115 II 468 E. 3b; Urteil 4A_279/2018 vom 2. November 2018 E. 5.3).

E. 6.3.2

Es verletzt vor dem Hintergrund von BGE 148 III 69 und den Erwägungen in E. 6.2.2 hiervor kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz die Beschlüsse der Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 31. Mai 2022 als nichtig erachtet. Die Generalversammlung war von einer nicht rechtzeitig wiedergewählten und daher nicht mehr im Amt stehenden Verwaltungsrätin einberufen worden, und es handelte sich nicht um eine Universalversammlung gemäss Art. 701 OR . Damit wurde die Generalversammlung vom 31. Mai 2022 durch ein unzuständiges Organ einberufen (vgl. RETO SUTTER, Ohne Generalversammlung kein Verwaltungsrat, in: Jusletter vom 25. April 2022 S. 6 Rz. 18; FACINCANI/WISSELER, BGer 4A_496/2021: Keine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandates, AJP 2022 S. 279 ff., 280; KILCHMANN, a.a.O., S. 505; HOHLER/BÄHLER, a.a.O., S. 284). Die rechtsgenügeliche Einberufung der Generalversammlung gilt als Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer Generalversammlung im Rechtssinne (HOHLER/BÄHLER, a.a.O., S. 284; vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, S. 2174 § 14 Rz. 232[iii]). Entsprechend hat die Vorinstanz die Beschlüsse der Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 31. Mai 2022 zu Recht als nichtig erachtet. Nichts ändern die Ausführungen der Gesuchsgegnerin, dass es sich aus der Perspektive der Empfänger der Einladung bei der Nebenintervenientin 1 durchaus um das zuständige Organ gehandelt haben soll, das zur Generalversammlung eingeladen hat (mehrjährige Eintragung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin im Handelsregister, angebliche Anerkennung als Verwaltungsrätin durch den Gesuchsteller), zumal der Gesuchsteller ausdrücklich gegen die Befugnis der Nebenintervenientin 1 zur Einberufung einer Generalversammlung protestiert hat (vgl. dazu im Einzelnen hiernach E. 6.5). Der Umstand, dass die Nebenintervenientin 1 als einzige Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin einmal über die Kompetenz zur Einberufung einer Generalversammlung verfügte, diese nun aber verloren hat, vermag an der Nichtigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung vom 31. Mai 2022 nichts zu ändern (vgl. HOHLER/BÄHLER, a.a.O., S. 284). Wie der Gesuchsteller in seiner Beschwerdeantwort zu Recht geltend macht, verkennt die Gesuchsgegnerin, dass Verwaltungsräte nicht im Schriftverkehr mittels angeblicher Nennung als Verwaltungsrätin anerkannt, sondern durch

die Generalversammlung gewählt werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Vor diesem Hintergrund ist erst recht nicht ersichtlich, inwiefern zu einem späteren Zeitpunkt eine rechtsgültige Generalversammlung der Gesuchsgegnerin stattgefunden haben soll.

E. 6.4

Zusammenfassend ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, es liege bei der Gesuchsgegnerin ein Organisationsmangel (fehlender Verwaltungsrat) vor.

E. 6.5

Schliesslich rügt die Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz verneine zu Unrecht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Gesuchstellers. Sie verletze Bundesrecht und stelle den Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest.

E. 6.5.1

Die Vorinstanz erwog, mit BGE 148 III 69 E. 3 habe das Bundesgericht die in der Doktrin bis anhin umstrittene Frage geklärt, ob Verwaltungsräte nach Ablauf von sechs Monaten nach dem letzten Geschäftsjahr ihrer Amtszeit weiter im Amt blieben, wenn entgegen Art. 699 Abs. 2 OR innert sechs Monate keine Generalversammlung durchgeführt worden sei. Seit diesem Urteil bestehe Klarheit, dass der Verwaltungsrat sein Mandat nicht durch Nichteinberufung der ordentlichen Generalversammlung verlängern könne. Die Einberufung zur ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 sei durch die Nebenintervenientin 1 zeitlich nach dem genannten Bundesgerichtsentscheid erfolgt. Wie die Gesuchsgegnerin im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht habe, habe der Gesuchsteller am 19. Mai 2022 den Erhalt der Einladung zwar bestätigt. Im gleichen Schreiben habe er jedoch ausgeführt, er betrachte die Einladung zu einer Generalversammlung als nicht rechtsgültig und würde auch eine entsprechend durchgeführte Versammlung nicht als rechtsgültig erachten. Damit habe er - entgegen der erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung - bereits im Vorfeld zur Generalversammlung vom 31. Mai 2022 die Einberufungsbefugnisse der Nebenintervenientin 1 bestritten. Diese Bestreitung sei kurze Zeit nach dem genannten Bundesgerichtsentscheid erfolgt. Entsprechend könne ihm das "Zuwarten" mit dem Bestreiten nicht zum Vorwurf gemacht werden. Zudem weise die Gesuchsgegnerin nicht nach, dass er die Einladungsbefugnisse der Nebenintervenientin 1 anerkannt und sein Verhalten erst später geändert hätte. Zusammenfassend sei dem Gesuchsteller kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen.

E. 6.5.2

Nach Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Abs. 1). Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Abs. 2). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist einzelfallweise in Würdigung der gesamten Umstände zu bestimmen (BGE 140 III 583 E. 3.2.4; 138 III 401 E. 2.2); wobei Rechtsmissbrauch restriktiv anzunehmen ist (BGE 143 III 666 E. 4.2; 139 III 24 E. 3.3). Ein typischer Fall von Rechtsmissbrauch ist die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde (BGE 138 III 401 E. 2.2; 137 III 625 E. 4.3; je mit Hinweis). Rechtsmissbrauch liegt auch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen (BGE 140 III 491 E. 4.2.4; 138 III 401 E. 2.2 und E. 2.4.1; je mit Hinweisen). Die Geltendmachung eines Rechts ist ferner missbräuchlich, wenn sie im

Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechtigte Erwartungen enttäuscht (BGE 143 III 666 E. 4.2; 140 III 481 E. 2.3.2). Widersprüchliches Verhalten und damit Rechtsmissbrauch kann sodann auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden (BGE 143 III 55 E. 3.4; 138 III 401 E. 2.2).

E. 6.5.3

Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Rüge des Gesuchstellers berücksichtigt, dass er der GV-Einladung mit Schreiben vom 19. Mai 2022 (Beilage 14) widersprochen habe, ist ihr nicht zu folgen. Der Gesuchsteller verweist in seiner Beschwerdeantwort auf Rz. 20 seiner Berufung. Die betreffende Randziffer steht unter dem Titel "Die unberechtigte Bejahung der rechtsgültigen Einberufung einer GV vom 31. Mai 2022 durch die Vorinstanz [Erstinstanz]". An besagter Randziffer führte der Gesuchsteller unter anderem aus: "Dies durfte die Nebenintervenientin 1 nicht und es war das gute Recht des Berufungsführers [Gesuchstellers] diese Einberufung durch sie als ungültig zu erachten, wie er dies in substantiierten Bestreitungen der Ausführungen der Gegenseiten auch klar festhielt (Stellungnahme vom 21. November 2022 Rz. 19; Gesuchsantwort, Beilage 14)." Der Gesuchsteller hat somit vor der Vorinstanz hinreichend beanstandet, dass er der Befugnis der Nebenintervenientin 1 zur Einberufung der Generalversammlung widersprochen hat. Dabei hat er explizit auf das Schreiben vom 19. Mai 2022 verwiesen, das von der Gesuchsgegnerin selber in das erstinstanzliche Verfahren eingebracht worden ist. Die Gesuchsgegnerin legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz das Schreiben vom 19. Mai 2022 nicht hätte berücksichtigen dürfen, in welchem der Gesuchsteller explizit ausführte, er erachte die Einladung als nicht rechtsgültig und würde eine entsprechend durchgeführte Versammlung nicht anerkennen.

E. 6.5.4

Weiter macht die Gesuchsgegnerin geltend, selbst wenn der Widerspruch des Gesuchstellers vom 19. Mai 2022 beachtlich wäre, sei ihm ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen. Denn er verhalte sich widersprüchlich. Einerseits mache er im vorliegenden Verfahren geltend, die Nebenintervenientin 1 sei nicht Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin und habe entsprechend auch keine Generalversammlung einberufen können. Andererseits habe er im Verfahren Z2 2022 11 von der Nebenintervenientin 1 die Einberufung einer Generalversammlung der Gesuchsgegnerin verlangt. Mit diesem Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt. Sie habe lediglich Überlegungen zu einem etwaigen langen Zuwarten des Gesuchstellers angestellt. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Beteiligten tatsächlich hört, prüft und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Sie ist dabei nicht verpflichtet, sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinanderzusetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 148 III 30 E. 3.1; 142 II 49 E. 9.2; 141 III 28 E. 3.2.4; je mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat ausführlich begründet, weshalb sie ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Gesuchstellers - in Abweichung zur Erstinstanz - verneint. Daraus war auch zu erkennen, weshalb sie die von der Erstinstanz zur Begründung eines Rechtsmissbrauchs ins Feld geführten Argumente nicht als stichhaltig erachtet hat. Eine sachgerechte Anfechtung (vgl.

BGE 142 III 433 E. 4.3.2; 141 III 28 E. 3.2.4 ; 136 I 184 E. 2.2.1) war der Gesuchsgegnerin jedenfalls ohne Weiteres möglich, wie denn auch ihre Beschwerde zeigt. Es ist sodann nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten des Gesuchstellers ausgegangen ist. Es begründet kein widersprüchliches Verhalten, dass er zuvor von der Nebenintervenientin 1 erfolglos die Einberufung einer Generalversammlung verlangt hat, wie er in seiner Beschwerdeantwort geltend macht, zumal erst mit BGE 148 III 69 höchstrichterlich geklärt wurde, dass sich das Amt eines Verwaltungsrats nicht stillschweigend verlängert, wenn sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahrs keine ordentliche Generalversammlung mit entsprechend traktandierten Verwaltungsratswahlen durchgeführt wird.

E. 6.5.5

Zusammenfassend vermag die Gesuchsgegnerin kein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Gesuchstellers darzutun.

E. 7

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde im Verfahren 4A_429/2023 abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Bei diesem Ergebnis wird die Gesuchsgegnerin (Beschwerdeführerin im Verfahren 4A_429/2023) kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Den beiden Nebenintervenienten ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, zumal ihnen im bundesgerichtlichen Verfahren 4A_429/2023 kein wesentlicher Aufwand entstanden ist. Verfahren 4A_387/2023

E. 8

Der Gesuchsteller rügt, die Vorinstanz habe einen Organisationsmangel der Gesuchsgegnerin betreffend die Revisionsstelle zu Unrecht verneint und damit Art. 731b OR verletzt.

E. 8.1

Die Vorinstanz erwog, zwar sehe Art. 16 Abs. 1 der Statuten der Gesuchsgegnerin vor, dass die Generalversammlung "eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen für die Dauer eines Jahres als Revisionsstelle" wähle. Auf den ersten Blick sei diese Bestimmung punkto Amtsdauer identisch mit Art. 12 Abs. 2 der Statuten (Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder) der Gesuchsgegnerin. Es sei aber zu beachten, dass der Begriff der Amtsdauer für die Mitglieder des Verwaltungsrats und die Revisionsstelle nicht derselbe sei. Massgebend in Bezug auf die Amtsdauer der Revisionsstelle sei nicht das Kalenderjahr, sondern das Datum der Abnahme der Jahresrechnung an der Generalversammlung. Eine Amtsdauer währe von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur nächsten. Die Amtszeit der Revisionsstelle ende mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung (mit Verweis auf Art. 730a Abs. 1 Satz 2 OR). Die Nichtigkeit der Beschlüsse der ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 (vgl. hiavor E. 6.3) habe zur Folge, dass die K. _____ AG nicht als Revisionsstelle der Gesuchsgegnerin abgewählt worden sei. Die Jahresrechnungen 2016-2019 der Gesuchsgegnerin seien aufgrund der nichtigen Beschlüsse der Generalversammlung vom 31. Mai 2022 nicht abgenommen worden. Entsprechend fungiere die K. _____ AG weiterhin als Revisionsstelle der Gesuchsgegnerin, zumal ein Rücktritt der K. _____ AG von den Parteien weder geltend gemacht noch nachgewiesen worden sei.

E. 8.2

Was der Gesuchsteller dagegen einwendet, vermag nicht zu überzeugen. Art. 730a Abs. 1 OR hält fest, dass die Amtszeit der Revisionsstelle mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung ihrer Amtsperiode endet. Das Bundesgericht entschied bereits unter dem Aktienrecht von 1936, dass die Amtszeit der Revisionsstelle, falls die (ordentliche) Generalversammlung nicht stattfindet, nicht ablaufen kann, sondern sich automatisch verlängert und solange weiterdauert, bis wieder eine Generalversammlung abgehalten wird (BGE 86 II 171 E. 1). Es entspricht weiter auch der herrschenden Lehre, dass die Amtszeit der Revisionsstelle im Gegensatz zu jener der Verwaltungsratsmitglieder nach Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR nicht ausläuft (HÄUSERMANN/MÜLLER, a.a.O., S. 283; THOMAS U. REUTTER in: B asler Kommentar, Obligationenrecht, Band II, 6. Aufl. 2024, N. 4 zu Art. 730a OR ; EBERLE/LENGAUER, Zürcher Kommentar, 2016, N. 10 f. zu Art. 730a OR ; HÄNNI/LJUBICI, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl. 2023, N. 4 zu Art. 730a OR ; KILCHMANN, a.a.O, S. 506). Entgegen dem Gesuchsteller kann auch aus BGE 148 III 69 E. 3 nicht abgeleitet werden, das Bundesgericht habe die Frage einer stillschweigenden Verlängerung des Mandats für die Mitglieder des Verwaltungsrats einerseits und die Revisionsstelle andererseits nicht unterschiedlich behandeln wollen. In BGE 148 III 69 wurde die Frage der Amtsdauer der Revisionsstelle bei fehlender Abnahme der Jahresrechnung nicht thematisiert. Eine analoge Anwendung von BGE 148 III 69 auf die Revisionsstelle ist abzulehnen. Der Wortlaut von Art. 730a OR lässt keinen Zweifel daran, wann das Amt der Revisionsstelle endet. Zudem ist die Revisionsstelle im Gegensatz zum Verwaltungsrat, der zum Handeln für eine bestimmte Periode gewählt ist, grundsätzlich in erster Linie für eine bestimmte Handlung gewählt, nämlich die Prüfung der Jahresrechnung (HÄNNI/LJUBICI, a.a.O., N. 4 zu Art. 730a OR).

E. 8.3

Zusammenfassend ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz einen weiteren Organisationsmangel bei der Gesuchsgegnerin (fehlende Revisionsstelle) verneint hat.

E. 9

Der Gesuchsteller beanstandet, dass die Vorinstanz die Nebenintervenientin 1 befristet als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin eingesetzt hat, um den Organisationsmangel (fehlender Verwaltungsrat) zu beheben.

E. 9.1.1

Gemäss dem im Abschnitt über "Mängel in der Organisation der Gesellschaft" eingeordneten Art. 731b OR kann ein Aktionär oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, insbesondere falls der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht richtig zusammengesetzt ist (Abs. 1 Ziff. 1 und 2). Das Gericht kann der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist (Abs. 1bis Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Abs. 1bis Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Abs. 1bis Ziff. 3).

E. 9.1.2

Bei den in Art. 731b Abs. 1bis OR zur Behebung des Organisationsmangels genannten Massnahmen handelt es sich um einen beispielhaften, nicht abschliessenden Katalog (BGE 147 III 537 E. 3.1.1; 142 III 629 E. 2.3.1). Das Gericht kann auch eine nicht gesetzlich

typisierte Massnahme anordnen. Für den Fall blockierter Aktiengesellschaften hat das Bundesgericht etwa auf die Möglichkeit der Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer gerichtlich angeordneten Versteigerung hingewiesen (BGE 147 III 537 E. 3.1.1; 142 III 629 E. 2.3.1; 138 III 294 E. 3.3.3).

E. 9.1.3

Für die zur Behebung des Organisationsmangels anzuordnende Massnahme wollte der Gesetzgeber dem Gericht ähnlich wie bei der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren, um eine den konkreten Umständen des Einzelfalls angemessene Massnahme zu treffen (vgl. BGE 147 III 537 E. 3.1.1; 142 III 629 E. 2.3.1; 138 III 407 E. 2.4). Das Gericht ist bei der Ausübung dieses Ermessensspielraums freilich nicht ungebunden: Die in Art. 731b Abs. 1bis OR genannten Massnahmen stehen in einem Stufenverhältnis. Das Gericht soll die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziff. 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) oder Ziff. 2 (Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters) nicht genügen oder erfolglos geblieben sind (BGE 138 III 294 E. 3.1.4, 407 E. 2.4). Die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft soll auch vor milderen, gesetzlich nicht typisierten Massnahmen zurücktreten und erst dann ausgesprochen werden, wenn auch diese Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels nicht ausreichen oder erfolglos geblieben sind (vgl. BGE 147 III 537 E. 3.1.1). Es gilt mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip: Nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht oder zielführend erweisen, kommt als ultima ratio die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR zur Anwendung (BGE 138 III 294 E. 3.1.4, 407 E. 2.4; vgl. zum Ganzen zit. Urteile 4A_207/2022 E. 3.1.2; 4A_222/2022 E. 3).

E. 9.1.4

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung verfügt das kantonale Sachgericht bei Ermessensentscheiden über einen weiten Beurteilungsspielraum. Das Bundesgericht als primär mit der Rechtskontrolle betrautes Höchstgericht schreitet gegen Ermessensentscheide nur mit Zurückhaltung und einzig dann ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn Tatsachen berücksichtigt wurden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen. In derartige Ermessensentscheide wird ferner eingegriffen, wenn sie sich als offensichtlich unbillig oder als in stossender Weise ungerecht erweisen (zit. Urteile 4A_207/2022 E. 3.1.3; 4A_412/2020 E. 4.2; 4A_222/2022 E. 3; Urteil 4A_147/2022 vom 2. Mai 2022 E. 3.3; je mit Hinweisen; vgl. auch: BGE 143 III 261 E. 4.2.5; 141 III 97 E. 11.2).

E. 9.2

Die Vorinstanz erwog, während der Gesuchsteller die Einsetzung eines Sachwalters verlangt habe, habe die Gesuchsgegnerin (eventualiter) im Wesentlichen die Einsetzung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin beantragt. Ob die Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin eingesetzt werden könne, hänge davon ab, ob sie - wie vom Gesuchsteller behauptet - einem qualifizierten Interessenkonflikt unterliege. Die Erstinstanz habe einen qualifizierten Interessenkonflikt der Nebenintervenientin 1 verneint. Sie habe dazu ausgeführt, der Gesuchsteller erkenne die Begründungsanforderungen, da er lediglich einen Interessenkonflikt behauptete, aber nicht substantiiert darlege, inwiefern die

Interessen der Nebenintervenientin 1 und der Gesuchsgegnerin gegenläufig seien und inwiefern dies einen Organisationsmangel darstellen sollte. Zudem bezögen sich die Verfahren auf die Subgesellschaften der Gesuchsgegnerin und nicht auf die Gesuchsgegnerin selbst, weshalb bereits deshalb kein Interessenkonflikt bei der Nebenintervenientin 1 vorliegen könne. Der Gesuchsteller - so die Vorinstanz weiter - beschränke sich im Berufungsverfahren darauf, den bei der Nebenintervenientin 1 angeblich bestehenden Interessenkonflikt mit der Eröffnung eines Strafverfahrens zu begründen. Dies alleine genüge nicht, um einen qualifizierten Interessenkonflikt bei der Nebenintervenientin 1 nachzuweisen. Dazu müsste der Gesuchsteller substantiiert darlegen, aus welchen Gründen es der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin nicht möglich sein sollte, deren Interessen unabhängig zu vertreten; weshalb mit anderen Worten von einer Funktionsunfähigkeit des Organs und damit der Gesuchsgegnerin auszugehen wäre (mit Verweis auf das zitierte Urteil 4A_412/2020 E. 4.3.2). Da bei der Nebenintervenientin 1 kein qualifizierter Interessenkonflikt bestehe - so die Vorinstanz weiter -, rechtfertige es sich, diese befristet als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin mit Einzelunterschrift einzusetzen, um den Organisationsmangel zu beseitigen. Von der Einsetzung eines Sachwalters könne abgesehen werden. Die Nebenintervenientin 1 sei namentlich verpflichtet, statuten- und gesetzeskonform zu einer Generalversammlung einzuberufen, an der die Wahl des Verwaltungsrats traktandiert sei. Damit werde der Organisationsmangel rasch beseitigt. Es sei unerheblich, dass vorliegend zwischen den beiden Hauptaktionären Streit bestehe, zumal vorliegend ein Mangel in der Organisation zu heilen und nicht etwa ein Konflikt zwischen Aktionären beizulegen sei. Ebenso wenig seien mit der Massnahme Fehler, Verantwortlichkeiten oder Verdienste zu klären. Da bei der Gesuchsgegnerin keine Pattsituation im Aktionariat vorliege (der Gesuchsteller sowie die Nebenintervenientin 1 verfügten gemeinsam über je 45 % der Aktien und die dritte Aktionärin über 10 % der Aktien), sei davon auszugehen, dass in Zukunft an Generalversammlungen Beschlüsse gefasst werden könnten. Somit erlange die Gesuchsgegnerin nicht nur vorübergehend eine mängelfreie Organisation, sondern könne diese grundsätzlich auch beibehalten. Die Nebenintervenientin 1 sei bereits seit dem Jahr 2013 Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin. Sie benötige keine Einarbeitung. Zudem werde sie unbestrittenermassen von der Mehrheit der Aktionäre getragen. Selbst der Gesuchsteller habe die Nebenintervenientin 1 - zumindest bis Anfang des Jahres 2022 - vorbehaltlos als Verwaltungsrätin akzeptiert. Die Einsetzung einer unbeteiligten Drittperson als Verwaltungsrätin käme einem Leerlauf gleich, da aufgrund der Beteiligungsverhältnisse davon auszugehen sei, dass in einer nächsten Generalversammlung die Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin gewählt würde.

E. 9.3

Der Gesuchsteller rügt, die Vorinstanz verletze Bundesrecht, indem sie die Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin einsetze. Sie verneine zu Unrecht, dass bei der Nebenintervenientin 1 ein qualifizierter Interessenkonflikt vorliege. Weiter habe die Vorinstanz willkürlich verneint, dass das Strafverfahren xxx auch die Gesuchsgegnerin betreffe. Ohnehin sei die Nebenintervenientin 1 nicht geeignet, als Organ der Gesuchsgegnerin eingesetzt zu werden, selbst wenn sie sich nicht in einem qualifizierten Interessenkonflikt befinden würde. Die Voraussetzungen an das zur Behebung des Organisationsmangels einzusetzende Organ entsprächen nicht automatisch der Definition des Organisationsmangels wegen eines qualifizierten Interessenkonflikts. Vielmehr sei die geeignetste Person für das Amt einzusetzen. Die befristete Einsetzung der

Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin stelle ein Ermessensmissbrauch dar.

E. 9.3.1

Ein Organisationsmangel betreffend den Verwaltungsrat liegt auch vor bei fehlender Beschlussfähigkeit - sei es, dass bestimmte Konstellationen einen Entscheid überhaupt oder eine die Interessen der Gesellschaft wahrende Beschlussfassung verunmöglichen (BÖCKLI, a.a.O., S. 2179 § 14 Rz. 242). In diesem Sinne können sich Interessenkonflikte im Verwaltungsrat zu einem Organisationsmangel verdichten (qualifizierter bzw. verdichteter Interessenkonflikt). Dies liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung etwa vor, wenn in einem Verfahren das Organ zugleich die Kläger wie die Beklagtenseite vertritt oder die Gesellschaftsinteressen deshalb nicht mehr unabhängig vertreten und wahrgenommen werden können, weil sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates gegenläufige Interessen verfolgen (zit. Urteile 4A_412/2020 E. 4.3.2; 4A_717/2014 E. 2.5.2; WATTER/DUSS, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 6. Aufl. 2024, N. 6 zu Art. 731b OR ; WHERLOCK/VON DER CRONE, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, SZW 2015 S. 542 ff.; DALLA PALMA/VON DER CRONE, Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR , SZW 2020 S. 577 ff.). Nicht jede Interessenkollision führt zu einer Beeinträchtigung der unabhängigen Interessenwahrnehmung des Verwaltungsrats in diesem Sinne (WHERLOCK/VON DER CRONE, a.a.O., S. 545).

E. 9.3.2

Dem Gesuchsteller ist insoweit beizupflichten, als es nicht ausreicht, dass sich die Nebenintervenientin 1 nicht in einem qualifizierten Interessenkonflikt befindet. Dies ist zwar eine notwendige Bedingung, damit mit der befristeten Einsetzung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin nicht sogleich ein neuer Organisationsmangel bei dieser kreierte wird. Der Umstand, dass ein qualifizierter Interessenkonflikt bei der Nebenintervenientin 1 verneint wird, ist aber nicht ohne Weiteres ausreichend, damit diese befristet als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin eingesetzt werden kann; es ist mit anderen Worten eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung.

E. 9.3.3

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid durchaus (wenn auch nur ergänzend) Gründe festgehalten, die aus ihrer Sicht für die befristete Einsetzung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin als geeignetste Massnahme zur Behebung des Organisationsmangels sprechen. Sie hielt insbesondere fest, dass die Nebenintervenientin 1 seit dem Jahr 2013 als (formelle und danach faktische) Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin fungiert habe und damit - anders als eine Drittperson - keine Einarbeitung benötige. Ebenfalls hat sie berücksichtigt, dass die Nebenintervenientin 1 von der Mehrheit der Aktionäre getragen wird. Es wäre daher vom Gesuchsteller im bundesgerichtlichen Verfahren zu erwarten gewesen, dass er in seiner Beschwerde mit Hinweis auf seine Berufung konkrete Gründe angibt, welche die Nebenintervenientin 1 trotz dem Umstand, dass diese im Gegensatz zu einem Sachwalter keiner umfangreichen Einarbeitung bedarf, als ungeeignet erscheinen lassen. Diesbezüglich ist insbesondere auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Vorinstanz die Nebenintervenientin 1 ohnehin nur befristet als

Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin eingesetzt hat, und zwar mit der Anordnung, zu einer ordentlichen Generalversammlung der Gesuchsgegnerin einzuladen, an der eine ordentliche Wahl des Verwaltungsrats stattfinden kann. Den obigen Begründungsanforderungen genügt der Gesuchsteller im bundesgerichtlichen Verfahren nicht. Stattdessen übt er über weite Strecken appellatorische Kritik. Wie nachfolgend dargelegt, vermag er namentlich nicht darzutun, dass sich die Nebenintervenientin 1 betreffend die Strafverfahren in einem (qualifizierten) Interessenkonflikt befindet (vgl. im Einzelnen hiernach E. 9.4). Ebenso wenig genügt er den Anforderungen, wenn er pauschal behauptet, die Nebenintervenientin 1 sei nicht neutral, zumal das Erfordernis der Neutralität ohnehin in einem gewissen Konflikt mit der Tatsache steht, dass die Nebenintervenientin 1 bereits als Verwaltungsrätin (bzw. danach als faktische Verwaltungsrätin) die Geschäfte der Gesuchsgegnerin geführt hat. Dies schliesst notwendigerweise mit ein, dass sie sich zu gewissen Geschäften bereits eine Meinung bilden musste. Wenn der Gesuchsteller schliesslich die vorinstanzliche Feststellung bestreitet, dass die Nebenintervenientin 1 eingearbeitet ist, genügt er den Anforderungen an eine Sachverhaltsrüge im bundesgerichtlichen Verfahren (vgl. hiervor E. 4) nicht, womit darauf nicht eingetreten werden kann.

E. 9.3.4

Soweit der Gesuchsteller beanstandet, die Vorinstanz betreibe mit der Wiedereinsetzung der Nebenintervenientin 1 als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin reine Symptombekämpfung, da der Nebenintervenientin 1 kein Anreiz gesetzt werde, sich künftig anders zu verhalten, übergeht er, dass es im Organisationsmängelverfahren grundsätzlich nicht darum gehen kann, die wirtschaftliche Richtigkeit von Geschäftsentscheiden zu hinterfragen bzw. die Mangelhaftigkeit der Aufgabenerledigung zu beurteilen (vgl. zit. Urteil 4A_412/2020 E. 4.3.4.). Es geht allein darum, einen festgestellten Organisationsmangel mit der geeignetsten und verhältnismässigsten Massnahme zu beheben (vgl. hiervor E. 9.1).

E. 9.3.5

Unbegründet ist auch die Rüge, die Vorinstanz habe das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) verletzt, weil sie nicht den Gesuchsteller an Stelle der Nebenintervenientin 1 befristet als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin eingesetzt hat. Es fehlt bereits an einer hinreichenden Rüge betreffend die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts (vgl. hiervor E. 3). Im Übrigen fehlt es auch an einem vergleichbaren Sachverhalt. Der Gesuchsteller verfügt zwar ebenfalls über eine Beteiligung an der Gesuchsgegnerin im Umfang von 45 %. Es bestehen aber gewichtige Unterschiede zwischen ihm und der Nebenintervenientin 1. So war er zuletzt nicht Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin und wird auch nicht von der Mehrheit der Aktionäre getragen.

E. 9.4

Schliesslich vermag der Gesuchsteller nicht hinreichend darzutun, dass sich die Nebenintervenientin 1 - entgegen der Vorinstanz - in einem (qualifizierten) Interessenkonflikt befindet, der ihrer befristeten Einsetzung als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin zur Behebung des Organisationsmangels entgegenstehen bzw. die mit ihrer befristeten Einsetzung verbundenen Vorteile gegenüber der Einsetzung eines Sachwalters (fehlende Notwendigkeit einer Einarbeitung) zunichte machen würde.

E. 9.4.1

Die Vorinstanz erwog, auf die Noveneingabe des Gesuchstellers vom 20. März 2023 sei nicht einzugehen. Er führe zwar aus, die Staatsanwaltschaft Schwyz habe per E-Mail bestätigt, dass gegen die Nebenintervenientin 1 aufgrund falscher Lohndeklarationen der Gesuchsgegnerin eine Strafuntersuchung eingeleitet worden sei. Dabei handle es sich um eine Tatsache, die nur deshalb vermeintlich neu gewesen sei, weil sie erst dann von ihm geschaffen worden sei. Aus den weiteren vom Gesuchsteller eingereichten Belegen gehe zwar hervor, dass gegen die Nebenintervenientin 1 ein Strafverfahren eröffnet worden sei. Das Verfahren wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung sei jedoch eingestellt worden. Die der Nebenintervenientin 1 vorgeworfene Urkundenfälschung sowie die Widerhandlung gegen das AHVG hätten sich auf Handlungen als Vertreterin der Subgesellschaften bezogen. Auch das Strafverfahren betreffend Erschleichung einer falschen Beurkundung betreffe Vorgänge bei den Subgesellschaften. Der Behauptung des Gesuchstellers, die bei den Subgesellschaften vorgenommenen Statutenänderungen wirkten sich zum Nachteil der Gesuchsgegnerin aus, könne nicht gefolgt werden. Der Gesuchsteller behaupte weiter auch, die Nebenintervenientin 1 habe mit einem "Lohnnachtrag" gegenüber der Ausgleichskasse Zug seine Lohnbezüge bei der Gesuchsgegnerin "massiv nach unten" korrigiert. Dabei beschränke er sich auf blosser Mutmassungen und zeige insbesondere nicht auf, weshalb die von der Nebenintervenientin 1 vorgenommenen Korrekturen nicht zulässig gewesen sein sollen und die Interessen der Gesuchsgegnerin und jene der Nebenintervenientin 1 gegenläufig seien. Sollten unrechtmässig Entschädigungen von der Gesuchsgegnerin an den Gesuchsteller ausgerichtet worden sein, läge eine Rückzahlung dieser Gelder sowohl im Interesse der Gesuchsgegnerin als auch der Aktionäre. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb die Nebenintervenientin 1 diesbezüglich die Interessen der Gesuchsgegnerin nicht vertreten könne. Aus der blossen Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin keine anwaltliche Vertretung für das Strafverfahren vor der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz bestellt habe, könne jedenfalls nicht gefolgt werden, die Nebenintervenientin 1 wirke in diesem Verfahren destruktiv.

E. 9.4.2

Mit diesen vorinstanzlichen Ausführungen setzt sich der Gesuchsteller in seiner Beschwerde nicht hinreichend auseinander. Stattdessen übt er appellatorische Kritik. Aus seinen Ausführungen wird nicht hinreichend klar, inwiefern die Nebenintervenientin 1 und die Gesuchsgegnerin im Strafverfahren betreffend Widerhandlung gegen das AHVG (angeblich illegale Rückführung öffentlicher Gelder) unterschiedliche Interessen haben sollen. Damit kann offenbleiben, ob sich dieses Strafverfahren auch auf die Gesuchsgegnerin selbst erstreckt und nicht bloss die Subgesellschaften betrifft bzw. ob die Vorinstanz die Auskunft der Staatsanwaltschaft Schwyz zu Recht als Potestativ-Novum betrachtet hat. Weiter bestreitet der Gesuchsteller nicht, dass das Verfahren betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung gegen die Nebenintervenientin 1 eingestellt wurde. Was das Verfahren einer Erschleichung einer falschen Beurkundung betrifft, vermag er nicht hinreichend darzutun, inwiefern eine angebliche Statutenänderung, und damit verbunden der Verzicht auf die Durchführung einer Revision bei den Subgesellschaften, die Gesuchsgegnerin geschädigt hat. Es genügt insbesondere nicht, allgemein auszuführen, es gehöre geradezu zu der primären Pflicht des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin, dafür zu sorgen, dass die Subgesellschaften rechtlich korrekt geführt würden. Insgesamt legt der Gesuchsteller nicht substantiiert dar, weshalb die Strafverfahren gegen die Nebenintervenientin 1 beeinträchtigt werden sollten, wenn diese befristet als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin eingesetzt wird, um zu einer Generalversammlung

einzuladen und diese durchzuführen. Auch genügt es nicht, wenn er seine rudimentären und teilweise nur schwer verständlichen Ausführungen zum Strafverfahren pauschal damit begründet, dass er sich mit einer Beweisnotstandsproblematik konfrontiert sehe, weil er nicht Partei des Strafverfahrens sei, zumal er offenbar selbst Auskünfte über das besagte Strafverfahren erhalten hat. Schliesslich verletzt es kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz erwo, die Gesuchsgegnerin sei als potenziell Geschädigte nicht verpflichtet, sich im Strafverfahren anwaltlich vertreten zu lassen, und der Nebenintervenientin 1 könne kein destruktives Verhalten im Strafverfahren vorgeworfen werden. Entgegen dem Gesuchsteller liegt jedenfalls keine Situation vor, wie wenn ein Organ zugleich die Kläger- als auch die Beklagtenseite vertritt.

E. 9.4.3

Nach dem Gesagten ist es im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Nebenintervenientin 1 befristet als Verwaltungsrätin der Gesuchsgegnerin eingesetzt hat, um den Organisationsmangel bei dieser (fehlender Verwaltungsrat) zu beheben. Der Gesuchsteller vermag keine Gründe darzutun, welche die Nebenintervenientin 1 dafür - trotz der bestehenden Einarbeitung - als ungeeignet erscheinen lassen. Der Gesuchsteller versucht letztlich, vermögensrechtliche Streitpunkte in das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR hineinzutragen. Einem solchen Vorgehen kann kein Erfolg beschieden sein (vgl. dazu Urteil 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017 E. 6 und 7; BÖCKLI, a.a.O., S. 2179 § 14 Rz. 245).

E. 10

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde im Verfahren 4A_387/2023 abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Bei diesem Ergebnis wird der Gesuchsteller (Beschwerdeführer im Verfahren 4A_387/2023) kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Der Nebenintervenient 2 hat sich im Verfahren 4A_387/2023 nicht vernehmen lassen. Der Nebenintervenientin 1 ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, zumal ihr im bundesgerichtlichen Verfahren 4A_387/2023 kein wesentlicher Aufwand entstanden ist.

E. 11

Der Gesuchsteller und die Gesuchsgegnerin schulden sich aus den beiden Verfahren vor Bundesgericht je eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.--, zuzufolge Kompensation entfällt die Zusprechung von Parteientschädigungen.

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