

ZG_OBERGERICHT Z2 2021 37 vom 21. Februar 2022

ZG Obergericht, 2022-02-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z2_2021_37

FR: ZG_OBERGERICHT Z2 2021 37 du 21 février 2022

IT: ZG_OBERGERICHT Z2 2021 37 del 21 febbraio 2022

Regeste

Massnahmen gemäss Art. 731b OR (Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 12. August 2021) | übriges Gesellschafts/Handelsr

Erwägungen

E. 1

Es ist aktendkundig und unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin über keinen Verwaltungsrat verfügt und daher an einem Organisationsmangel gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR leidet. Aufgrund der Pattsituation im zerstrittenen Aktionariat (vgl. Ziff. 1 des Sachverhalts) kann und konnte dieser Mangel nicht behoben werden. Die Gesuchstellerin 2 macht mit der Berufung eine Verletzung von Art. 731b Abs. 1bis OR geltend. Ihrer Auffassung nach hätte die Vorinstanz zur Behebung des Organisationsmangels eine Versteigerung der Aktien durch das Konkursamt anordnen sowie einen Sachwalter zur Vorbereitung der Versteigerung bestellen sollen, anstatt die Auflösung der Gesuchsgegnerin zu verfügen.

E. 2

Weist eine Gesellschaft einen Mangel in der Organisation gemäss Art. 731b Abs. 1 OR auf, kann das Gericht insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 731 Abs. 1bis Ziff. 1 OR), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3).

E. 2.1

Bei den in den Ziff. 1-3 von Art. 731b Abs. 1bis OR genannten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels handelt es sich um einen exemplifikativen, nicht abschliessenden Katalog. Das Gericht kann auch eine nicht gesetzlich typisierte Massnahme anordnen (BGE 138 III 294 E. 3.1.4 und 3.3.3). Denkbar sind etwa die Abberufung von Verwaltungsräten (Urteil des Bundesgerichts 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013 E. 2.2.2), die Einberufung einer Generalversammlung (Urteil des Bundesgerichts 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.1.6), die Ernennung eines neutralen Dritten zum Vorsitzenden einer Generalversammlung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_507/2014 vom 15. April 2015 E. 5), die ordentliche Liquidation nach Art. 742 ff. OR durch einen vom Richter bestellten Liquidator, die Anordnung einer Abspaltung oder die Änderung der Statuten (Peter/Cavadini, Commentaire romand, 2. A. 2017, Art. 731b OR N 30 m.H.). Für den Fall, dass in einer Gesellschaft eine Pattsituation bzw. Blockade (sog. "Deadlock") vorliegt, besteht bei Zweimanngesellschaften die Möglichkeit der Übernahme der Anteile des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung (BGE 138 III

294 E. 3.1.4 und 3.3.3; Watter/Pamer-Wieser, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 731b OR N 16).

E. 2.2

Bei der Auswahl der Massnahme ist das Gericht nicht an Parteibegehren gebunden. Es gilt die Offizialmaxime. Denn die Behebung von Organisationsmängeln steht im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs und kann die Interessen von Anspruchsgruppen ("Stakeholder") berühren, die sich am Verfahren nach Art. 731b OR nicht beteiligen (namentlich Arbeitnehmer, Gläubiger, weitere Aktionäre). Die Parteien haben keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und können sich namentlich auch nicht vergleichen (BGE 142 III 629 E. 2.3.1; 138 III 294 E. 3.1.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1; Watter/Pamer-Wieser, a.a.O., Art. 731b OR N 9).

E. 2.3

Mit Art. 731b Abs. 1bis OR wollte der Gesetzgeber dem Gericht – ähnlich wie bei der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können (Urteil des Bundesgerichts 4A_412/2020 vom 16. September 2020

Seite 7/21 E. 4.2). Das Gericht ist bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums freilich nicht ungebunden. Es hat zu beachten, dass die anzuordnende Massnahme verhältnismässig ist (vgl. Dalla Palma/von der Crone, Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR, SZW 2020, S. 584 f. m.H.). Das bedeutet, die Massnahme muss erforderlich (vgl. Art. 731b Abs. 1 OR: "[...] die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen [...]") und geeignet sein, um den Organisationsmangel zu beseitigen (vgl. Weber, Mängel in der Organisation von Gesellschaften, in: Haunreiter/Juchli/Knupp/Würmli [Hrsg.], Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2009, S. 345 ff., S. 364), und sie muss verhältnismässig im engeren Sinn sein (vgl. Trautmann/von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, S. 471 m.H.).

E. 2.3.1

Erforderlich ist eine bestimmte Massnahme, wenn keine mildere Massnahme in Betracht fällt, die den Organisationsmangel beseitigen könnte, mithin wenn sich mildere Massnahmen nicht als sachgerecht oder zielführend erweisen (BGE 138 III 407 E. 2.4). Unter diesem Aspekt ist etwa zu beachten, dass die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR erst anzuordnen ist, wenn mildere Massnahmen – namentlich die Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Ziff. 1 oder die Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters gemäss Ziff. 2 – nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Die in Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1-3 OR aufgezählten Massnahmen stehen in einem Stufenverhältnis (vgl. BGE 138 III 294 E. 3.1.4; Dalla Palma/von der Crone, a.a.O., S. 584 f.; Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 189).

E. 2.3.2

Geeignet ist eine bestimmte Massnahme, wenn sie zwecktauglich ist. Der Zweck besteht darin, den Organisationsmangel möglichst rasch und endgültig zu beseitigen. Zu beseitigen

ist der Mangel in der Organisation und nicht etwa ein Konflikt zwischen Aktionären, genauso wenig wie mit der Massnahme Fehler, Verantwortlichkeiten oder Verdienste zu klären sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2019 vom 25. März 2020 E. 4.3; 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017 E. 6). Eine rasche Beseitigung setzt voraus, dass die Beseitigung grundsätzlich ohne weitere Inanspruchnahme von Gerichten oder Behörden gewährleistet ist. Eine endgültige Beseitigung bedingt, dass die Gesellschaft mit der Massnahme eine mängelfreie Organisation nicht nur vorübergehend wiedererlangen, sondern sie diese grundsätzlich auch behalten kann. Ebenfalls unter dem Aspekt der Eignung ist zu berücksichtigen, dass mit der Massnahme die (relative) Gleichbehandlung unter den Aktionären sichergestellt ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2019 vom 25. März 2020 E. 4.3).

E. 2.3.3

Verhältnismässig im engeren Sinn ist eine bestimmte Massnahme, wenn sie nach Abwägung aller auf dem Spiel stehenden berechtigten (schützenswerten und ernstzunehmenden) Interessen angemessen ist, mithin eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation gegeben ist. In die Interessenabwägung sind nebst dem Interesse der Öffentlichkeit an einem funktionierenden Rechtsverkehr und einer funktionierenden Wirtschaftsordnung als Ganzes, dem Interesse der betroffenen Gesellschaft und dem Interesse der am Verfahren beteiligten Aktionäre auch die Interessen von Anspruchsgruppen ("Stakeholder"), die nicht am Verfahren teilnehmen (namentlich Arbeitnehmer, Gläubiger oder weitere Aktionäre) miteinzubeziehen (BGE 138 III 294 E. 3.1.6; Schönbächler, a.a.O., S. 28 f.). Abzuwägen sind die Vor- und Nachteile, die sich für die Betroffenen bei Anordnung bestimmter Massnahmen unmittelbar und mittelbar ergeben. In die Interessenabwägung ist miteinzubeziehen, ob es sich um einen leichteren, Seite 8/21 weniger gravierenden und weniger folgeschweren oder um einen schwerwiegenden Mangel handelt. Je weniger schwer der Mangel ist, desto weniger rechtfertigt sich die Auflösung. Je eher aber etwa der Rechtsverkehr (bei Nichtergreifen der Massnahme) gefährdet würde, desto eher rechtfertigt sich diese Massnahme; bei akuter Gefährdung fällt eine Auflösung in Betracht (Watter/Pamer-Wieser, a.a.O., Art. 731b OR N 25). Ebenfalls unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn zu berücksichtigen ist die wirtschaftliche Aktivität der Gesellschaft. Je weniger aktiv die Gesellschaft ist, desto weniger zielführend ist es namentlich, einen Sachwalter einzusetzen; die Einsetzung eines Sachwalters ist in der Regel nur dann angemessen, wenn die Gesellschaft noch eine wirtschaftliche Aktivität ausübt (Bürge/Gut, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln, SJZ 2009, S. 160; Schönbächler, a.a.O., S. 191). Handelt es sich bei der Gesellschaft nicht um ein gesundes und funktionierendes Unternehmen oder ist die Gesellschaft gar faktisch bereits liquidiert, spricht dies für eine Auflösung (vgl. Peter/Cavadini, a.a.O., Art. 731b OR N 21). Schliesslich gilt zu beachten, dass bei einer beantragten Auflösung einer Gesellschaft die strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage (vgl. Art. 736 Ziff. 4 OR oder Art. 821 Abs. 3 OR) nicht unterlaufen werden. Denn mit Art. 731b OR wollte der Gesetzgeber nicht die Möglichkeit einer erleichterten Auflösung von Gesellschaften schaffen. Dem Aktionär, der sich in der Pattsituation einer Lösung widersetzt, soll mit Art. 731b OR kein Instrument an die Hand gegeben werden, mit dem er die Auflösung der Gesellschaft erwirken kann, ohne dass gleichzeitig die strengen Voraussetzungen einer Auflösungsklage vorliegen (BGE 138 III 294 E. 3.1.6).

E. 3

Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid über die Auflösung der Gesuchsgegnerin damit, dass im vorliegenden Fall einer blockierten Zweipersonenaktiengesellschaft einzig die Varianten der Versteigerung der Aktien oder die als ultima ratio geltende Liquidation der Gesuchsgegnerin in Betracht fallen würden. Eine Versteigerung der Aktien sei jedoch aus folgenden Gründen nicht zielführend (act. 1/1 E. 3.2):

E. 3.1

Strittig sei insbesondere der finanzielle Zustand der Gesuchsgegnerin. Die vorgelegte Bilanz per 31. Dezember 2020 weise zwar eine Überschuldung und die Illiquidität der Gesuchsgegnerin aus. Fest stehe aber, dass die Gesuchsgegnerin seit 30. Juni 2018 ohne Verwaltungsrat und die streitige Bilanz und Erfolgsrechnung zu Veräusserungs- und Liquidationswerten per 31. Dezember 2020 nicht verbindlich sei. Daher sei auch nicht ausgewiesen, ob die Gesuchsgegnerin überschuldet sei oder nicht. Aufgrund der diametral entgegengesetzten Auffassungen der Parteien über die finanzielle Lage der Gesuchsgegnerin sei nicht damit zu rechnen, dass in absehbarer Zeit eine seriöse Bewertung der Gesuchsgegnerin möglich sein werde, welche letztlich auch die Grundlage für ein verbindliches Steigerungsangebot wäre. Der Vorwurf der Gesuchstellerin 2, die ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin und heutigen Verwaltungsräte der Gesuchstellerin 1 hätten die Gesuchsgegnerin ausgehöhlt und Beteiligungen unter Wert veräussert, könne letztlich wohl nur in langwierigen Gerichtsprozessen geklärt werden. Die Gesuchstellerin 2 beabsichtige gemäss ihren Ausführungen in erster Linie, der Gesuchsgegnerin die ihr angeblich unrechtmässig entzogenen Vermögenswerte wieder zurückzuführen und die Gesuchsgegnerin von den unrechtmässigen Schulden bzw. Verbindlichkeiten zu befreien und ihr so zu neuer Blüte zu verhelfen. Damit begründe sie auch ihr Interesse an der Weiterführung der Gesuchsgegnerin. Dieses Vorhaben sei aber nicht nur mit jahrelangen Gerichtsverfahren, sondern auch mit hohen Kosten für die Gesuchsgegnerin verbunden. Bis die Gesuchsgegnerin erholt und in frischer Blüte wieder operative Tätigkeiten aufnehmen könnte, würde viel Zeit verstreichen, welche den Ruf der Ge-

Seite 9/21 suchsgegnerin nicht in ein besseres Licht rücken würde. Soweit die Gesuchstellerin 2 das angeblich missbräuchliche Verhalten der ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin anprangere, würden die Ansprüche der Gesuchsgegnerin auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft nicht verloren gehen. Vielmehr könne sich die Gesuchstellerin 2 diese Ansprüche in einem Konkurs abtreten lassen und allfällige Pflichtwidrigkeiten im Rahmen von Verantwortlichkeits- oder Schadenersatzklagen geltend machen (act. 1/1 E. 3.2.1).

E. 3.2

Eine Versteigerung der Aktien sei sodann nur bei einem gesunden und funktionierenden Unternehmen zielführend. Dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um ein gesundes und funktionierendes Unternehmen handle, habe die Gesuchstellerin 2 jedoch nicht glaubhaft machen können (act. 1/1 E. 3.2.2).

E. 3.3

Die Gesuchstellerin 2 begründe ihr Interesse an der Weiterführung der Gesuchsgegnerin im Weiteren mit dem soliden Ruf in der Rohstoffbranche, den es zu bewahren gelte, und mit dem Umstand, dass die Geschäfte bis zum Bruch zwischen ihren Aktionärinnen überaus erfolgreich gelaufen seien. Selbst wenn sich die Gesuchsgegnerin bis zu diesem Bruch einen

guten Ruf in der Rohstoffbranche aufgebaut habe – was von der Gesuchstellerin 2 im Übrigen lediglich pauschal behauptet worden sei –, könne nach mehrjähriger Inaktivität nicht davon ausgegangen werden, dass sie heute noch davon profitieren könne. Im Übrigen möge es zwar zutreffen, dass die Geschäfte vor drei Jahren noch gut gelaufen seien. Fakt sei aber, dass die operative Tätigkeit nicht mehr bestehe, so dass unter diesem Aspekt kein überwiegendes Interesse am Fortbestand der Gesellschaft bestehe. Soweit die Gesuchstellerin 2 behaupte, erst das mutmasslich rechtsmissbräuchliche Verhalten der ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin habe zum Rückgang des operativen Geschäfts der Gesuchsgegnerin geführt, sei festzuhalten, dass es keine Rolle spiele, was letztlich die Ursache des Organisationsmangels und der Einstellung der Geschäftstätigkeit gewesen sei. Im vorliegenden Verfahren sei einzig zu bestimmen, wie der Organisationsmangel am zweckmässigsten behoben werden könne. Bei den dargelegten Umständen seien keine überwiegenden Interessen der Gesuchstellerin 2 an der Weiterführung der Gesuchsgegnerin ersichtlich. Ihre ernstzunehmenden Interessen könne die Gesuchstellerin 2 auch im Falle einer Auflösung und Liquidation nach den Regeln über den Konkurs der Gesuchsgegnerin weiterverfolgen. Nebst den Interessen der Aktionärinnen seien sodann durch eine Auflösung keine weiteren Anspruchsgruppen betroffen, da die Gesuchsgegnerin über keine Mitarbeiter verfüge. Die Gläubiger der Gesuchsgegnerin hätten sodann ebenfalls kein Interesse am Weiterbestand. Denn allfällige Ansprüche könnten sie sich im Konkurs abtreten lassen (act. 1/1 E. 3.2.3).

E. 3.4

Eine Versteigerung der Aktien wäre überdies vorliegend auch aus zeitlichen Gründen nicht praktikabel bzw. mit einer langen Vorlaufzeit verbunden. Die Gesuchstellerin 2 verlange nebst der Versteigerung, vorab einen Sachwalter zu beauftragen, einen Jahresabschluss der Gesuchsgegnerin per 31. Dezember 2020 sowie einen Zwischenabschluss per 31. März 2021 zu erstellen und diesen von einer unabhängigen Revisionsstelle prüfen zu lassen sowie das Verfahren vor dem Obergericht Zug zur Einsetzung eines Sonderprüfers fortzuführen. Die juristische Aufarbeitung der behaupteten Pflichtverletzungen der ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin werde voraussichtlich lange dauern. Im vorliegenden Organisationsmängelverfahren gehe es aber darum, möglichst rasch und zielführend den Organisationsmangel zu beheben (act. 1/1 E. 3.2.4).

Seite 10/21

E. 4

Die Gesuchstellerin 2 rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht als zwingende Voraussetzung für eine Versteigerung verlangt, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um ein "gesundes und funktionierendes" Unternehmen handeln müsse (act. 1 Rz 48 ff.).

E. 4.1

Im BGE 138 III 294, auf den die Vorinstanz und die Gesuchstellerin 2 Bezug nehmen, führte das Bundesgericht aus, dass es sich beim Fehlen der Revisionsstelle, das auf eine Pattsituation im Aktionariat zurückzuführen war, nicht rechtfertige, sogleich die drastische Massnahme der Auflösung anzuordnen, zumal wenn es sich wie bei der damals betroffenen Gesellschaft um ein im Aussenverkehr handlungsfähiges und grundsätzlich funktionierendes und finanziell gesundes Unternehmen handle (dortige E. 3.3.1). Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass bei einer blockierten Zweimanngesellschaft etwa an eine Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich

angeordneten Versteigerung zu denken sei. Mit einer solchen oder ähnlichen Massnahme könne der Beibehaltung des Fort- führungswerts der Gesellschaft ("going concern value") im richterlichen Urteilsdispositiv selbst Rechnung getragen werden (dortige E. 3.3.3).

E. 4.2

Mithin ist zutreffend, dass eine Versteigerung der Aktien nicht zwingend ein gesundes und funktionierendes Unternehmen voraussetzt. Liegt aber ein gesundes und funktionierendes Unternehmen vor, ist eine Versteigerung eher in Betracht zu ziehen, sind doch diesfalls die Interessen der Öffentlichkeit und der Gläubiger tendenziell weniger gefährdet und eine Versteigerung tendenziell zielführend und verhältnismässiger als die Auflösung. Im Sinne einer Gesamtwürdigung ist demnach das Kriterium des "gesunden und funktionierenden Unternehmens" in die Interessenabwägung miteinzubeziehen. Dies und nichts anderes hat die Vorinstanz getan. So gelangte sie bei ihrer Gesamtwürdigung unter anderem zum Schluss, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin nicht um ein funktionierendes und gesundes Unternehmen handle, weshalb die Versteigerung nicht zielführend sei (act. 1/1 E. 3.2.2). Daneben würdigte die Vorinstanz jedoch auch weitere relevante Kriterien, namentlich den Umstand, dass in absehbarer Zeit keine für die Versteigerung notwendige seriöse Bewertung möglich sei (act. 1/1 E. 3.2.1), weitere Interessen wie jene der Aktionärinnen oder der Gläubiger (act. 1/1 E. 3.2.3) sowie die lange Dauer der Versteigerung (act. 1/1 E. 3.2.4). Das gesunde und funktionierende Unternehmen war für die Vorinstanz mithin keine *conditio sine qua non* für eine Versteigerung. Auf die von der Vorinstanz vorgenommene Interessenabwägung ist zurückzukommen (E. 6).

E. 4.3

Soweit die Gesuchstellerin 2 zusätzlich rügt, die Vorinstanz habe es als eine zwingende Vor- aussetzung für eine Versteigerung erachtet, dass das Unternehmen "finanziell gesund" sei (act. 1 Rz 59-61), ist ihr ein Zweifaches entgegenzuhalten. Erstens nannte die Vorinstanz das Vorhandensein eines "finanziell gesunden" Unternehmens nirgends als zwingende Vor- aussetzung für die Anordnung einer Versteigerung (vgl. act. 1/1 E. 3.1 und 3.2.2). Zweitens liess die Vorinstanz ausdrücklich offen, ob die Gesuchsgegnerin "finanziell gesund" ist. So führte sie aus, es stehe fest, dass die streitige Bilanz- und Erfolgsrechnung zu Veräusse- rungs- und Liquidationswerten per 31. Dezember 2020 nicht verbindlich sei, weshalb auch nicht ausgewiesen sei, ob die Gesuchsgegnerin überschuldet sei oder nicht (act. 1/1 E. 3.2.1). Die Vorinstanz ist nicht wegen der finanziellen Lage, sondern im Wesentlichen aufgrund der seit mehreren Jahren eingestellten operativen Tätigkeit bei der Gesuchsgegnerin und dem Umstand, dass viel Zeit verstreichen würde, bis sie wieder operative Tätigkeiten aufnehmen könnte, zum Schluss gelangt, es liege kein "gesundes und funktionierendes" Unternehmen

Seite 11/21 vor (act. 1/1 E. 3.2.1). Ob sie diesen Schluss zu Recht gezogen hat, ist sogleich zu erörtern (E. 5). Anzumerken bleibt, dass die Frage danach, ob ein Unternehmen gesund und funktio- nierend ist, nicht "immer eine Frage der finanziellen Situation" des Unternehmens darstellt (unzutreffend die Gesuchstellerin 2 [act. 1 Rz 62]). Die "Gesundheit" misst sich genauso an weiteren Faktoren wie namentlich an der wirtschaftlichen Aktivität, am Vorhandensein und Funktionieren einer internen Organisation, an der Buchführung usw.

E. 5

Die Gesuchstellerin 2 rügt, die Vorinstanz verkenne, dass ohnehin nicht beurteilt werden könne, ob es sich bei der Gesuchsgegnerin um ein gesundes und funktionierendes Unternehmen handle.

E. 5.1

Die Gesuchstellerin 2 macht diesbezüglich zunächst eine Verletzung des Offizial- und des Untersuchungsgrundsatzes geltend.

E. 5.1.1

Zur Begründung führt sie aus, im Organisationsmangelverfahren herrsche der Offizialgrundsatz nach Art. 58 Abs. 2 ZPO. Dies habe zur Folge, dass das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden sei und demnach auch andere als die von den Parteien beantragten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels anordnen könne. Die herrschende Lehre spreche sich ebenfalls für die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes nach Art. 55 Abs. 2 ZPO aus, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen bzw. abzuklären habe. Die Vorinstanz habe mit dem angefochtenen Entscheid die Grundsätze der Offizial- und Untersuchungsmaxime verletzt, indem sie der Gesuchstellerin 2 betreffend die wirtschaftliche bzw. finanzielle Lage der Gesuchsgegnerin die Beweislast auferlegt habe. Die Vorinstanz habe nämlich erwogen, die Gesuchstellerin 2 habe nicht glaubhaft gemacht, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um ein gesundes und funktionierendes Unternehmen handle. Damit habe sie der Gesuchstellerin 2 den Beweis dafür auferlegt und den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Es sei nicht an der Gesuchstellerin 2 zu substantizieren oder zu beweisen, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um eine gesunde und funktionierende Gesellschaft handle (act. 1 Rz 37 f und 70 ff.).

E. 5.1.2

Die Vorinstanz führte aus, die Gesuchstellerin 2 habe nicht glaubhaft machen können, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um ein gesundes und funktionierendes Unternehmen handle (act. 1/1 E. 3.2.2). Zumindest implizit auferlegte die Vorinstanz damit der Gesuchstellerin 2 die Beweislast für diesen Sachverhalt. Darin ist jedoch keine Verletzung der Offizial- oder der Untersuchungsmaxime zu erblicken. Denn die Beweislastverteilung gilt unabhängig von der jeweils geltenden Maxime, sie spielt bloss unter der Untersuchungsmaxime faktisch eine geringere Rolle (Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 272 ZPO N 15; Lardelli/Vetter, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 8 ZGB N 4; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, 1955, S. 19). Ob die Vorinstanz mit dieser Beweislastverteilung gegen Art. 8 ZGB verstossen hat, kann offenbleiben. Denn wie zu zeigen ist, durfte sie zu Recht für glaubhaft betrachten, dass die Gesuchsgegnerin kein gesundes und funktionierendes Unternehmen ist. Die Frage der Beweislastverteilung wird gegenstandslos, wenn das Gericht aufgrund der Beweiswürdigung zum Ergebnis kommt, ein bestimmter Sachverhalt sei nachgewiesen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa).

Seite 12/21

E. 5.1.3

Die Vorinstanz setzte zwar ein Fragezeichen hinter die geprüfte Bilanz per Ende 2020. Ihre Schlussfolgerung, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin nicht um ein gesundes und funktionierendes Unternehmen handelt, leitete sie jedoch nicht aus der Bilanz ab, sondern daraus,

dass die Gesuchsgegnerin seit 2018 kein operatives Geschäft mehr betreibe, ohne Mitarbeiter sei und im Falle eines Fortbestandes der Gesuchsgegnerin nicht davon auszugehen sei, dass sie in naher Zukunft einen geordneten Geschäftsbetrieb führen werde, sondern sie voraussichtlich in den nächsten Jahren vorwiegend mit Gerichtsverfahren befasst sein würde (act. 1/1 E. 3.2.2). Auf diese Erwägungen geht die Gesuchstellerin 2 in ihrer Berufung nicht ein. Insbesondere begründet die Gesuchstellerin 2 nicht, weshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz eine bis 2018 operativ tätige Unternehmung nach drei Jahren eingestellter operativer Tätigkeit noch ein funktionierendes Unternehmen sein soll (vgl. act. 1 Rz 67). Die Einstellung der operativen Tätigkeit zeigt sich im Übrigen auch darin, dass die Gesuchsgegnerin seit Mai 2019 über keine eigenen Büroräumlichkeiten mehr verfügt, ist doch seit dann nur mehr eine Domiziladresse im Handelsregister eingetragen (Vi act. 1/3). Nicht angefochten hat die Gesuchstellerin 2 ferner die Feststellung der Vorinstanz, es sei nicht davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin in naher Zukunft einen geordneten Geschäftsbetrieb führe, sondern sie voraussichtlich in den nächsten Jahren vorwiegend mit Gerichtsverfahren befasst sein würde. Die Gesuchstellerin 2 macht bloss geltend, die Erfolgsrechnung für das Jahr 2019 weise einen Aufwand für Material, Handelswaren, Dienstleistungen und Energie in Höhe von CHF 74'000.00 und einen ausserordentlichen Aufwand von CHF 42'000.00 auf, und es sei nicht nachvollziehbar und im vorinstanzlichen Verfahren auch nicht geklärt worden, wie eine Gesellschaft, die nicht mehr funktionieren solle, Ausgaben in dieser Höhe aufweisen könne (act. 1 Rz 74). Dieser Einwand ist allerdings unbehelflich. Denn das Verbuchten von Aufwänden lässt noch nicht auf eine operative Tätigkeit schliessen.

E. 5.1.4

Die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin 2 hätte – selbst bei Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime, deren Anwendung im Verfahren nach Art. 731b OR umstritten und bundesgerichtlich noch nicht geklärt ist (vgl. Schönbächler, a.a.O., S. 392 ff.; Domenig/Gür, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, AJP 2021 S. 173) – bei der Feststellung des Sachverhalts mitwirken müssen. Das Gericht führt unter der eingeschränkten Untersuchungsmaxime keine Untersuchungen auf eigene Initiative durch (Urteil des Bundesgerichts 4A_476/2015 vom 11. Januar 2016 E. 3). Vielmehr erschöpft sich die sachverhaltsermittelnde Tätigkeit des Gerichts im Wesentlichen in einer verstärkten gerichtlichen Fragepflicht (Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 55 ZPO N 71). Die Gesuchstellerin 2 hätte demnach Sachverhaltselemente, die für ihre Sichtweise sprechen, vorbringen müssen. Dass sie dazu nicht im Stande gewesen wäre, substantiiert sie nicht. Sie hat im Gegenteil auch entsprechende Vorbringen gemacht. Doch sprechen diese, wie zu zeigen ist, nicht für ihre im Berufungsverfahren aufgestellten Behauptungen: Die Gesuchstellerin 1 machte im vorinstanzlichen Verfahren geltend, die Gesuchsgegnerin sei "seit 2018 vollständig zum Erliegen gekommen", "so dass die Gesellschaft seit 3 Jahren keine operativen Einnahmen mehr hat und seit 2019 auch über keine Mitarbeiter mehr verfügt" (Vi act. 1 Rz 14). Die Gesuchstellerin 2 bestritt oder widerlegte diese Behauptungen im vorinstanzlichen Verfahren nicht, sondern führte ihrerseits sogar aus, die Geschäftstätigkeit der Gesuchsgegnerin sei durch die Veräusserung der Beteiligungen und Ländergesellschaften "praktisch eingestellt" worden, der Verwaltungsrat habe "das ganze Geschäft der Ge-

Seite 13/21 suchsgegnerin" klammheimlich und ohne die Gesuchstellerin 2 zu informieren, auf die Gesuchstellerin 1 überführt und mit der Veräusserung der Beteiligungen an den Ländergesellschaften "hatte die Gesuchsgegnerin auch praktisch keine Einnahmen mehr" (Vi act. 13 Rz 62 f. und 67). Auch den Mitarbeiterschwund über die Jahre 2016-2018 behauptete sogar die Gesuchstellerin 2 und zwar wie folgt: "Der Personalaufwand [des Jahres 2018] von CHF 29'052 entspricht bestenfalls einer 50 % Stelle eines unqualifizierten Mitarbeiters" (Vi act. 13 Rz 63). Schliesslich war es wieder die Gesuchstellerin 2 selbst, die im vorinstanzlichen Verfahren ausführte, die Gesuchsgegnerin sei bereits "faktisch liquidiert" worden (Vi act. 25 Rz 23). Die Gesuchstellerin 2 verhält sich widersprüchlich, wenn sie einerseits behauptet, ihr dürfe nicht der Beweis für ein funktionierendes Unternehmen auferlegt werden, sie andererseits aber selbst Behauptungen aufstellt, aus denen sich ohne Weiteres ergibt, dass kein funktionierendes Unternehmen mehr vorliegt. Die Vorinstanz kam mithin zu Recht zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin kein gesundes und funktionierendes Unternehmen (mehr) ist. Nach weiteren Indizien, die – entgegen dieser Aktenlage und den Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften – dennoch für ein gesundes und funktionierendes Unternehmen sprechen, musste die Vorinstanz nicht forschen.

E. 5.1.5

Mithin hat die Vorinstanz weder die Officialmaxime noch die (allenfalls geltende) Untersuchungsmaxime verletzt, noch hat sie gegen die Regeln der Beweislastverteilung verstossen.

E. 5.2

Die Gesuchstellerin 2 rügt weiter, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt, indem sie zum Schluss gekommen sei, bei der Gesuchsgegnerin handle es sich nicht um ein gesundes und funktionierendes Unternehmen (act. 1 Rz 74 f.).

E. 5.2.1

Diese Rüge geht fehl. Zunächst einmal setzt sich die Gesuchstellerin 2 mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht argumentativ auseinander, sondern sie wiederholt oder bekräftigt bloss ihren Standpunkt. Damit genügt sie den Anforderungen an die Begründung einer Berufung nicht, weshalb insoweit nicht darauf einzutreten ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_598/2019 vom 23. Dezember 2019 E. 3.1 und 3.2). Ohnehin aber schloss die Vorinstanz aufgrund der – unstrittigen oder aktenkundigen – Umstände zu Recht darauf, dass die Gesuchsgegnerin nicht gesund und funktionierend ist (dazu bereits in E. 5.1.3 und 5.1.4). Zu diesen Umständen zählen insbesondere: keine verbindliche Bilanz und Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2020, anstehende Gerichtsverfahren, die lange dauern, viel kosten und den Ruf nicht in ein besseres Licht rücken lassen, kein operatives Geschäft mehr seit 2018 und keine Mitarbeiter (vgl. act. 1/1 E. 3.2.1-3.2.4).

E. 5.2.2

Der Umstand, dass die Gesuchstellerin 1 der Gesuchstellerin 2 im August 2019 ein (vertrauliches und nicht für den Gerichtsgebrauch gedachtes [vgl. Vi act. 13/42 S. 1]) Angebot in der Höhe von USD 2,9 Mio. für deren Aktien an der Gesuchsgegnerin gemacht haben soll, nützt der Gesuchstellerin 2 nichts. Bei diesem Vergleichsangebot mit dem Titel "Settlement in relation C. _____ AG, Zug" handelte es sich nicht um ein reines Kaufangebot für die Aktien an der Gesuchsgegnerin. Im Rahmen dieses Angebots sollte die Gesuchstellerin 2 zwar gegen Bezahlung eines Kaufpreises die Aktien an der Gesuchsgegnerin übertragen, jedoch auch die von ihr in Zypern anhängig gemachten Gerichtsverfahren zurückziehen

(act. 26 Rz 67 ff.; Vi act. 13/42 S. 2). Entsprechend kann daraus kein Rückschluss auf ein gesundes und funktionierendes Unternehmen, geschweige denn auf dessen Wert gezogen werden.

Seite 14/21

E. 6

Die Gesuchstellerin 2 rügt weiter, die Vorinstanz habe gar keine Interessenabwägung vorgenommen bzw. nicht sämtliche Interessen berücksichtigt und korrekt gewürdigt.

E. 6.1

Zur Begründung führt sie aus, die Vorinstanz habe anerkannt, dass eine Auflösung und konkursrechtliche Liquidation nur angeordnet werden könne, wenn das Ergebnis der Abwägung aller Interessen dafür spreche. Trotzdem nehme sie keine Interessenabwägung vor bzw. verkenne die berechtigten Interessen der Gesuchstellerin 2 und der Gesuchsgegnerin, welche beide unabhängig voneinander eine Versteigerung der Aktien verlangt hätten. Die Interessenabwägung würde voraussetzen, dass die Interessen für und gegen die verfügbaren Massnahmen der Versteigerung und der Auflösung und konkursrechtlichen Liquidation der Gesuchsgegnerin einander gegenübergestellt würden. Die Vorinstanz stelle kein einziges Interesse, das für diese gravierende Massnahme sprechen würde, fest, sondern führe – unzutreffend – lediglich aus, dass die Interessen aller Beteiligten auch bei einer Auflösung und konkursrechtlichen Liquidation gewahrt würden. Damit verletze sie aber auch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Es gehe bei der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht darum, zu beurteilen, ob die Interessen auch bei der Auflösung der Gesuchsgegnerin gewahrt würden, sondern der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gebiete es, die Auflösung nur anzuordnen, wenn keine andere Massnahme zur Verfügung stünde. Die Vorinstanz lege im angefochtenen Entscheid keine überwiegenden Interessen dar, weshalb die Gesuchsgegnerin aufzulösen sei bzw. weshalb die Auflösung der Versteigerung vorzuziehen sei (act. 1 Rz 87 ff.). Weiter habe die Vorinstanz verkannt, dass niemand ein legitimes Interesse an der Auflösung der Gesuchsgegnerin habe (act. 1 Rz. 92 ff.). Da die Gesuchsgegnerin mutmasslich über keine Mitarbeiter verfüge, seien bei der Interessenabwägung in erster Linie die Interessen der Aktionäre sowie der Gläubiger zu berücksichtigen. Selbst wenn es Gläubiger der Gesuchsgegnerin gäbe, würden diese kein (überwiegendes) berechtigtes Interesse haben, dass die Gesuchsgegnerin aufgelöst und in Konkurs versetzt würde – im Gegenteil. Es sei jedenfalls nicht ersichtlich, dass bzw. wieso allfällige Gläubiger der Gesuchsgegnerin durch die Auflösung und Liquidation der Gesuchsgegnerin bessergestellt wären, als wenn sie ihre Forderungen gegenüber einer operativ tätigen Gesellschaft geltend machen könnten (act. 1 Rz 101 ff).

E. 6.2

Zunächst ist der Gesuchstellerin 2 entgegenzuhalten, dass die Vorinstanz sehr wohl eine Interessenabwägung vorgenommen hat. Insbesondere ging sie auf das von der Gesuchstellerin 2 geltend gemachte Interesse an der Weiterführung ein und hielt dazu abschliessend fest, es seien keine überwiegenden Interessen der Gesuchstellerin 2 an der Weiterführung der Gesuchsgegnerin ersichtlich. Weiter führte sie aus, dass die Gläubiger der Gesuchsgegnerin auch kein Interesse am Weiterbestand hätten, denn diese könnten sich allfällige Ansprüche im Konkurs abtreten lassen (act. 1/1 E. 3.2.3).

E. 6.3

Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen ist, dass kein überwiegendes Interesse an der Versteigerung der Aktien der Gesuchsgegnerin besteht. Im Folgenden ist daher auf die einzelnen auf dem Spiel stehenden Interessen einzugehen.

E. 6.3.1

Vorab ist festzuhalten, dass bei der Interessenabwägung vorliegend keine Interessen von Mitarbeitern zu berücksichtigen sind, da die Gesuchsgegnerin keine Mitarbeiter beschäftigt. Dies hat die Vorinstanz korrekt festgestellt (act. 1/1 E. 3.2.3) und wurde nicht gerügt.

Seite 15/21

E. 6.3.2

Die Gesuchstellerin 2 macht jedoch geltend, bei der Gesuchsgegnerin handle es sich um eine seit zehn Jahren bestehende Gesellschaft. Ihre Geschäfte hätten jahrelang geblüht und einen Umsatz und sehr hohe Gewinne im Millionenbereich abgeworfen. Bei einem so erfolgreichen Unternehmen liege es auf der Hand, dass sich die Gesuchsgegnerin auch einen soliden Ruf aufgebaut habe. Darin liege ein berechtigtes Interesse der Gesuchstellerin 2 am Fortbestand der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz 92.1). Ein Interesse der Gesuchstellerin 2, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund eines soliden Rufs bestehen bleibt, ist nicht auszumachen. Dass die Gesuchsgegnerin einen soliden Ruf in der Rohstoffhandelsbranche aufgebaut hat und dieser beim Bruch zwischen ihren Aktionärinnen bestand oder heute noch besteht, ergibt sich weder aus der pauschalen Behauptung der Gesuchstellerin 2 noch aus ihrem Verweis auf frühere Jahresrechnungen oder früher erzielte Gewinne. Ausserdem führen das Einstellen von Geschäftsaktivitäten und mehrjährige Inaktivität dazu, dass ein Ruf verblasst und zuerst neu aufgebaut werden müsste. Dies hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt (act. 1/1 E. 3.2.3). Die Gesuchstellerin 2 legt nicht dar, was an dieser Feststellung falsch ist (vgl. act. 1 Rz 92). Eine argumentative Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz (vgl. E. 5.2.1) fehlt. Ohnehin aber ist nicht nachvollziehbar, inwiefern ein solider Ruf der Gesuchsgegnerin in der Rohstoffhandelsbranche bestehen konnte, wenn offenbar 90 % des Umsatzes der Gesuchsgegnerin mit bloss einem Kunden erzielt worden sind (Vi act. 26 Rz 30; Vi act. 30 Rz 87). Ein guter Ruf der Gesuchsgegnerin und dementsprechend ein Interesse am Erhalt dieses Rufs sind mithin nicht glaubhaft.

E. 6.3.3

Die Gesuchstellerin 2 ortet ihr Interesse am Fortbestand ferner darin, dass die Gesuchstellerin 1, indem diese für die 50%ige Beteiligung der Gesuchstellerin 2 USD 2,9 Mio. sowie einen Erlass angeblicher Schulden angeboten habe, selbst gezeigt habe, dass die Gesuchsgegnerin ihre Daseinsberechtigung mitnichten verloren habe (act. 1 Rz 92.2). Dieser Einwand überzeugt nicht. Die Vorinstanz verwendete den (finanziellen) Wert der Gesuchsgegnerin (zu Recht) nicht als Kriterium für oder gegen die Auflösung der Gesuchsgegnerin (E. 4.3). Ausserdem lässt die Gesuchstellerin 2 unerwähnt, dass die USD 2,9 Mio. nicht nur einen Kaufpreis und Schulderlass darstellen sollten, sondern damit auch ein Rückzug der von der Gesuchstellerin 2 in Zypern anhängig gemachten Gerichtsverfahren verbunden sein sollte (E. 5.2.2). Ferner ist nicht ersichtlich und behauptet im Übrigen die Gesuchstellerin 2 auch nicht, das Motiv der Gesuchstellerin 1 hinter diesem Kaufangebot hätte darin bestanden, die Gesuchsgegnerin am Leben zu erhalten bzw. zu reaktivieren.

E. 6.3.4

Die Gesuchstellerin 2 macht weiter geltend, sie habe in Bezug auf die angeblich reduzierte (operative) Geschäftstätigkeit dargelegt, dass die Geschäftstätigkeit bei der Gesuchsgegnerin reaktiviert werden könne und die Gesuchstellerin 2 hierzu auch bereit und gewillt sei (act. 1 Rz 92.3). Die Gesuchstellerin 1 wendet ein, der Gesuchstellerin 2 gehe es bei einer Versteigerung der Aktien einzig darum, die Forderungsprozesse, welche die Gesuchsgegnerin gegen die Gesuchstellerin 2 und ihren wirtschaftlich Berechtigten, H. _____, in Deutschland führe, zum Scheitern zu bringen (act. 17 Rz 44). Dies wiederum bestreitet die Gesuchstellerin 2 nur pauschal (act. 20 Rz 60). Dass die Gesuchstellerin 2 ein ernstzunehmendes Interesse an der Fortführung der Geschäfte mit der Gesuchsgegnerin hat, ist nicht glaubhaft. Insbesondere ist nicht ersichtlich und

Seite 16/21 wird auch von der Gesuchstellerin 2 nicht dargelegt, weshalb eine Fortführung der von der Gesuchsgegnerin einst geführten Geschäfte zwingend im Kleid der Gesuchsgegnerin zu erfolgen hat. Am Ruf der Gesuchsgegnerin kann dies jedenfalls nicht liegen, da nicht glaubhaft ist, dass diese noch über einen guten Ruf verfügt (E. 6.3.2). Am Humankapital der Gesuchsgegnerin kann es auch nicht liegen, beschäftigt sie doch keine Mitarbeiter mehr (E. 6.3.1). Hinzu kommt, dass der wirtschaftlich Berechtigte an der Gesuchstellerin 2, H. _____, gemäss eigener Darstellung nach wie vor im Rohstoffhandel und der Beratung tätig ist, über die notwendige Expertise und die Geschäftskontakte in der Branche verfügt (act. 1 Rz 92.5), er aber bereits vor über sieben Jahren aus der Gesuchsgegnerin ausgeschieden ist und seither für den ehemals grössten Kunden der Gesuchsgegnerin, der 90 % des Umsatzes der Gesuchsgegnerin ausgemacht hat, arbeitet (Vi act. 17 Rz 11; Vi act. 30 Rz 87). Aufgrund dessen ist nicht von der Hand zu weisen, dass das Interesse der Gesuchstellerin 2 und ihres wirtschaftlich Berechtigten am Fortbestand der Gesuchsgegnerin darin besteht, sich den hängigen und künftigen Prozessen zu entziehen. Ein solches Interesse eines Aktionärs an einem "Prozessauskauf" ist aber nicht schützenswert. Zudem wäre mit der Anordnung einer Versteigerung dieses Interesse noch nicht gewahrt, ist doch der Ausgang der Versteigerung definitionsgemäss offen. Aus Art. 731b OR lässt sich auch kein Recht eines Aktionärs auf Erwerb der Aktien der anderen Aktionäre ableiten (Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2019 vom 25. März 2019 E. 4.3). Folglich ist es nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin 2 die Geschäfte der Gesuchsgegnerin – mit der Gesuchsgegnerin – fortführen will. Selbst wenn ein solches, ernstzunehmendes Interesse bestünde, fielen dieses nur marginal zugunsten einer Versteigerung ins Gewicht.

E. 6.3.5

Zur Begründung eines eigenen Interesses am Fortbestand bringt die Gesuchstellerin 2 weiter vor, einzig das mutmasslich rechtsmissbräuchliche Verhalten des ehemaligen Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin habe zur Aushöhlung der Gesuchsgegnerin und dem vermeintlichen Wegfall der Geschäfte geführt (act. 1 Rz 92.4). Mit diesem Vorbringen genügt die Gesuchstellerin 2 den Anforderungen an die Begründung einer Berufung nicht, setzt sie sich doch nicht mit den (zutreffenden; vgl. E. 2.3.2) Erwägungen der Vorinstanz, wonach es keine Rolle spiele, was letztlich die Ursache des Organisationsmangels und der Einstellung der Geschäftstätigkeit gewesen sei (act. 1/1 E. 3.2.3), argumentativ auseinander (vgl. E. 5.2.1). Mithin ist die Gesuchstellerin 2 damit nicht zu hören.

E. 6.3.6

Die Gesuchstellerin 2 macht geltend, sie habe ein Interesse daran, die Ursache des Organisationsmangels und der Einstellung der Geschäftstätigkeit abzuklären. Dieses Interesse sei in einem Konkurs nicht im gleichen Umfang gewahrt (act. 1 Rz 98). Ob ein solches Interesse besteht, hat die Vorinstanz offengelassen mit der (zutreffenden; vgl. E. 2.3.3) Begründung, es spiele im Organisationsmangelfverfahren keine Rolle, welches die Ursache des Mangels gewesen sei, sondern es sei einzig zu bestimmen, wie der Mangel am zweckmässigsten behoben werden könne (act. 1/1 E. 3.2.). Darauf, ob ein solches Interesse besteht und schützenswert ist, ist indes nicht weiter einzugehen. Denn selbst wenn die Gesuchstellerin 2 ein schützenswertes Interesse an der Klärung dieser Ursachen hätte, wäre ihre Rüge unbehilflich. Das Interesse an der Klärung der Ursache des Organisationsmangels spricht nämlich weder für noch gegen eine Auflösung, kann doch die Gesuchstellerin 2 die Ursachen auch im Konkursverfahren klären, indem sie sich entsprechende Ansprüche im

Seite 17/21 Konkurs abtreten lässt. Dass sie sich Ansprüche abtreten lassen kann, wie die Vorinstanz erwog (act. 1/1 E. 3.2.1), bestreitet die Gesuchstellerin 2 nicht (act. 1 Rz 98). Sie wendet indes ein, die Fakten- und Aktenlage im Konkursverfahren wäre sehr dürftig und Massnahmen zur Aufklärung der unklaren Faktenlage könnten "bei Schaffung klarer Eigentumsverhältnisse" effizienter und schneller durchgesetzt werden (act. 1 Rz 98 und 109). Dazu ist ein Zweifaches festzuhalten. Erstens schliesst selbst eine "sehr dürftige" Fakten- und Aktenlage die Klärung der Ursache im Konkurs nicht aus. Zweitens übersieht die Gesuchstellerin 2, dass die effizientere und schnellere Durchsetzung nicht "bei" der Schaffung klarer Eigentumsverhältnisse, sondern frühestens "nach" der Schaffung solcher Verhältnisse, mithin nach durchgeführter Versteigerung, möglich wäre. Eine effiziente und schnelle Versteigerung ist jedoch gerade nicht zu erwarten (dazu E. 6.3.7). Folglich fiele auch ein allfälliges Interesse der Gesuchstellerin 2 an der Klärung von Ursachen des Organisationsmangels oder der Durchsetzung von Ansprüchen bei der unter Art. 731b Abs. 1bis OR vorzunehmenden Interessenabwägung nicht oder höchstens marginal zugunsten einer Versteigerung ins Gewicht.

E. 6.3.7

Vorliegend besteht jedoch ein öffentliches Interesse an einer raschen Behebung des Organisationsmangels. Dies hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt (act. 1/1 E. 3.2.4) und wurde von der Gesuchstellerin 2 nicht in Abrede gestellt. Die Gesuchstellerin 2 rügt allerdings, dass auch im Rahmen einer konkursrechtlichen Liquidation der Wert der Vermögenswerte und Forderungen der Gesuchsgegnerin festgestellt werden müsste und auch ein Konkursverfahren keine schnelle Lösung bieten würde (act. 1 Rz. 138). Die Gesuchsgegnerin ihrerseits macht geltend, sie habe dargelegt, dass eine Versteigerung der Aktien den Organisationsmangel rasch und zielführend beende. Weiter habe sie dargelegt, wie eine solche Versteigerung durchgeführt werden könne. Die Vorinstanz gehe fälschlicherweise davon aus, dass für die Abgabe eines Steigerungsgebots eine "seriöse Bewertung" der Gesuchsgegnerin vorgenommen werden müsse. Dies sei unzutreffend. Für die Abgabe eines Steigerungsgebots sei es keine *conditio sine qua non*, dass das Steigerungsobjekt seriös bewertet werden müsse. Die Vorinstanz führe schliesslich aus, dass eine Versteigerung aus zeitlichen Gründen nicht praktikabel bzw. mit einer langen Vorlaufzeit verbunden wäre. Die Gesuchsgegnerin habe diesbezüglich ausgeführt, dass mit dem Steigerungszuschlag und damit der Vereinigung der Aktien in einer Hand der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin in einer Universalversammlung umgehend neu

bestellt werden könnte. Der Organisationsmangel würde auf diese Weise umgehend behoben (act. 16 Rz 7 ff.). Diese Einwände der Gesuchstellerin 2 und der Gesuchsgegnerin überzeugen nicht. Mit der Auflösung wird der Organisationsmangel nämlich umgehend und endgültig behoben, womit das Ziel des Organisationsmängelverfahrens – die rasche und zielführende Beseitigung des Mangels – erreicht ist. Wie lange danach die durch das Konkursamt durchzuführende Liquidation der Gesellschaft noch dauert, ist unerheblich. Im Gegensatz dazu würde der Organisationsmangel bei einer Versteigerung der Aktien (ob geleitet vom Konkursamt oder einem Sachwalter) nicht unmittelbar behoben. Erst wenn die Aktien versteigert und (gültig) übertragen worden sind, könnte eine Generalversammlung abgehalten werden, die einen neuen Verwaltungsrat wählt, der anschliessend im Handelsregister einzutragen ist. Bereits dies zeigt, dass der Organisationsmangel bei einer Versteigerung bedeutend länger andauert. Würde die Versteigerung zudem geprüfte Jahres- und Zwischenabschlüsse voraussetzen, würde der Organisationsmangel noch länger andauern. Die Gesuchsgegnerin behauptet zwar, eine Versteigerung sei auch ohne aktuellen Abschluss oder seriöse Bewertung mög-

Seite 18/21 lich. Wie sie sich das vorstellt, ist unklar. Bei einer Versteigerung unter den Aktionären (hier den zwei Gesuchstellerinnen) würden die Gesuchstellerinnen nur so viel bieten, als ihnen der "Prozessauskauf" (s. E. 6.3.4) unter Berücksichtigung der ihnen bekannten sonstigen Gesellschaftsschulden oder -guthaben wert wäre. Aufgrund der behaupteten Informationsasymmetrie allerdings wäre eine Einschätzung über Gesellschaftsschulden oder -guthaben nicht möglich. Bei dieser Ausgangslage ist eine Versteigerung ohne seriöse Bewertung kaum denkbar (vgl. Bucher, Die richterliche Aktienzuteilung im Organisationsmängelverfahren, GeSKR 2018 S. 503). Eine solche Versteigerung anzuordnen, wäre unsorgfältig. Eine Abwicklung der Versteigerung ohne neuerliche gerichtliche oder behördliche Mitwirkung ist bei dieser Ausgangslage nahezu ausgeschlossen, insbesondere, wenn berücksichtigt wird, in welchem Ausmass sich die Verfahrensbeteiligten im In- und Ausland zivil- und strafrechtlich bekämpfen. So sind nebst den Verfahren vor den Zuger Zivil- und Strafbehörden auch in Zypern, München und Medebach Verfahren hängig (vgl. VI act. 13/42 S. 2 f.). Verzögerungen bei der Versteigerung wären vorprogrammiert und eine Gleichbehandlung unter den Aktionärinnen nicht sichergestellt. Das öffentliche Interesse an einer raschen und endgültigen Beseitigung des Mangels sowie das Interesse an der Gleichbehandlung von Aktionären sprechen deutlich für die Auflösung und gegen die Versteigerung. Das öffentliche Interesse an einem intakten und funktionierenden Rechtsverkehr sowie daran, inaktive Gesellschaften im Handelsregister zu löschen (vgl. auch Art. 934 OR), ist zudem ein gewichtiges Interesse.

E. 6.3.8

Mit Bezug auf die Gläubiger, die gemäss Vorinstanz ebenfalls kein Interesse am Weiterbestand der Gesuchsgegnerin hätten, wendet die Gesuchstellerin 2 ein, es sei derzeit nicht klar, ob es überhaupt Gläubiger der Gesuchsgegnerin gebe. Selbst wenn es diese jedoch gäbe, würden allfällige Gläubigerinteressen mit einer Versteigerung besser gewahrt. Sofern erforderlich könnte der neue Alleineigentümer der Gesuchsgegnerin neue Liquidität zuführen (act. 1 Rz 104 ff. und 165). Dieser Einwand ist unbegründet. Erstens geht die Gesuchstellerin 2 offenbar davon aus, dass sie bei einer Versteigerung den Zuschlag erhalten würde, was jedoch nicht feststeht (E. 6.3.4). Zweitens behauptet die Gesuchstellerin 2 pauschal, dass "der neue Alleineigentümer" der Gesuchsgegnerin "neue

Liquidität zuführen" könnte. Für diese Behauptung bringt sie auch keinen Beleg bei. Die Behauptung ist nicht glaubhaft. Drittens lässt sie unerwähnt, dass bei einer Versteigerung hohe Kosten anfallen, namentlich für die Durchführung des Sonderprüfungsverfahrens, die Wertermittlung zwecks Versteigerung und weitere Gerichtsverfahren betreffend Verantwortlichkeit. Viertens liegt es nahe, dass die Gesuchsgegnerin – selbst wenn dies umstritten oder unklar ist – Verbindlichkeiten gegenüber Dritten (Gläubiger) hat, so etwa gegenüber Steuerbehörden (vgl. die Forderung der Steuerverwaltung des Kantons Zug von insgesamt CHF 49'200.55 gemäss der – von der Gesuchstellerin 2 allerdings bestrittenen – Gläubigerliste [Vi act. 1/9]). Dass auch bei einer nicht operativ tätigen Gesellschaft laufende Verbindlichkeiten bestehen und Forderungen hinzukommen, liegt nahe. Die Gläubiger haben jedoch ein Interesse, dass nicht weitere Auslagen (insbesondere für einen allfälligen Sachwalter, weitere Gerichtsprozesse oder die Versteigerung) anfallen und sich dadurch das Haftungssubstrat der Gesuchsgegnerin verringert und ihre Konkursdividende geschmälert würde. Es ist zudem kaum davon auszugehen, dass bestehende oder künftige Gläubiger – falls sie ihre Forderungen gegenüber der Gesuchsgegnerin

Seite 19/21 in Betreuung setzen (müssen) – mit Fortsetzungsbegehren (Art. 159 ff. SchKG) so lange zuwarten würden, bis die Aktien der Gesuchsgegnerin versteigert worden sind und die Gesuchsgegnerin wieder operativ tätig ist. Das Interesse bestehender oder künftiger Gläubiger spricht deutlich für die Auflösung der Gesuchsgegnerin. Die Vorinstanz gelangte mithin zu Recht zum Schluss, dass die Gläubiger der Gesuchsgegnerin kein Interesse am Weiterbestand der Gesuchsgegnerin hätten.

E. 6.3.9

Wäre die Gesuchsgegnerin ein gesundes und funktionierendes Unternehmen, was sie nicht ist (dazu E. 5.2), dann fielen das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Rechtsverkehr (E. 6.3.7) und die Interessen der Gläubiger (E. 6.3.8) tendenziell weniger ins Gewicht. Denn dann bestünde Aussicht darauf, dass die Gesuchsgegnerin bis zur Beseitigung des Organisationsmangels operativ tätig ist, Forderungen begleichen kann und sie – nötigenfalls vorübergehend mittels Sachwalter – das Funktionieren des Rechtsverkehrs nicht beeinträchtigt. Im vorliegenden Fall indes ist bei der Anordnung einer Versteigerung unwahrscheinlich, dass in naher Zukunft ein geordneter Rechtsverkehr wieder gewährleistet und die Wiederaufnahme einer operativen Tätigkeit wieder möglich wären.

E. 6.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei der Gesuchsgegnerin seit über drei Jahren ein schwerwiegender Organisationsmangel besteht, dessen Behebung in naher Zukunft mit einer Versteigerung nicht zu erwarten ist. Die Gesuchsgegnerin verfügt über keine Mitarbeiter, übt keine wirtschaftlichen Aktivitäten aus, hat ihre operative Tätigkeit vor über drei Jahren eingestellt, weist folglich auch keinen "going concern value" mehr auf und wurde faktisch bereits liquidiert. Selbst wenn das Interesse der Gesuchstellerin 2 an der Klärung der Ursache des Organisationsmangels und der Geltendmachung von Verantwortlichkeits- und Rückforderungsansprüchen gegen die ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin in einem Konkurs nicht im gleichen Umfang gewahrt wäre wie bei einer Versteigerung (act. 1 Rz 99; s. aber E. 6.3.6) und selbst wenn die Gesuchstellerin 2 im Hinblick auf die Reaktivierung der Geschäfte ein schützenswertes Interesse am Fortbestand der Gesuchsgegnerin hätte (s. aber E. 6.3.2-6.3.5), würden damit das öffentliche Interesse an der raschen Beseitigung des Mangels und die Interessen der

Gläubiger, keinen Verlust von Haftungssubstrat zu riskieren, nicht aufgewogen werden. Für eine rasche Beseitigung des Organisationsmangels ist die Auflösung erforderlich. Die Versteigerung der Aktien ist hierzu nicht geeignet. Aufgrund dieser Umstände hat die Gesuchsgegnerin ihre Existenzberechtigung verloren. Wird deren Auflösung angeordnet, liegt – entgegen den Vorbringen der Gesuchstellerin 2 (act. 1 Rz 160 ff.) – keine Umgehung der Voraussetzungen der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR vor.

E. 7

Nach dem Gesagten ist vorliegend die Auflösung der Gesuchsgegnerin (und deren konkursrechtliche Liquidation nach den Bestimmungen über den Konkurs) die für die Beseitigung des Organisationsmangels erforderliche, geeignete und angemessene Massnahme. Auf die Versteigerung trifft dies nicht zu. Andere Massnahmen als die Auflösung oder die Versteigerung kommen vorliegend unbestrittenermassen ohnehin nicht in Betracht. Mithin hat die Vorinstanz zu Recht die Auflösung der Gesuchsgegnerin und deren konkursamtliche Liquidation angeordnet. Die Berufung ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Seite 20/21

E. 8

Abschliessend ist über die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu befinden.

E. 8.1

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Prozesskosten der unterliegenden Gesuchstellerin 2 und der unterliegenden Gesuchsgegnerin je hälftig aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 8.2

Bei einem Streitwert von CHF 30'500.00 (act. 1 Rz 5) beläuft sich die ordentliche Entscheidgebühr auf CHF 3'660.00 (vgl. § 11 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 KoV OG). In summarischen Verfahren ist diese Gebühr auf einen Drittel bis drei Viertel herabzusetzen (§ 12 Abs. 1 KoV OG). Drei Viertel entsprechen rund CHF 2'750.00. Aufgrund des grossen Aktenumfangs, der – auch durch die Verfahrensbeteiligung dreier Personen bedingten – Vielzahl an Eingaben sowie den Aufwendungen im Zusammenhang mit den Entscheiden über die Bestellung eines Prozessvertreters und die Zulassung der Nebenintervention rechtfertigt es sich gestützt auf § 4 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 KoV OG, die Gerichtskosten auf CHF 3'750.00 festzusetzen.

E. 8.3

Die Gesuchstellerin 1 (streitgenössische Nebenintervenientin) verlangt eine Parteientschädigung. Die ZPO bestimmt nicht, ob ein Nebenintervenient einen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben kann (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 106 ZPO N 19). Das Bundesgericht spricht einer Nebenpartei im Allgemeinen keine Parteientschädigung zu, es sei denn, es bestünden Gründe der Billigkeit (BGE 130 III 571 E. 6). Solche Gründe sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich und werden von der Gesuchstellerin 1 auch nicht geltend gemacht. Ihr ist folglich keine Parteientschädigung zuzusprechen.

E. 9

Das Honorar des Prozessvertreters der Gesuchsgegnerin beläuft sich gemäss dessen Honorarnote auf CHF 4'151.25 (inkl. MWST) und erscheint angesichts des vorliegenden

Streitwertes und des Zeitaufwandes angemessen (act. 22; § 3 Abs. 1, § 6 Abs. 1 AnwT analog). Diese Kosten sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen (Art. 731b Abs. 2 OR; Schönbächler, a.a.O., S. 417).

Seite 21/21 Urteilsspruch 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und der Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 12. August 2021 wird bestätigt. 2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 3'750.00 wird der Gesuchstellerin 2 und der Gesuchsgegnerin je hälftig auferlegt und mit dem von der Gesuchstellerin 2 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 3'750.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin 2 den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 1'875.00 zu ersetzen. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Die Kosten von RA lic.iur. D. _____ für seine Tätigkeit als Prozessvertreter der Gesuchsgegnerin im Berufungsverfahren von CHF 4'151.25 (inkl. MWST) werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Die Gerichtskasse wird angewiesen, den von der Gesuchstellerin 2 geleisteten Vorschuss von CHF 5'500.00 im Umfang von CHF 4'151.25 an RA lic.iur. D. _____ auszubezahlen und im Umfang von CHF 1'348.75 der Gesuchstellerin 2 zu erstatten. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin 2 den Vorschuss im Umfang von CHF 4'151.25 zu ersetzen. 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 - Nebenintervenientin - Kantonsgericht Zug, Einzelrichter (ES 2021 91) - Handelsregisteramt Zug (im Dispositiv) - Gerichtskasse (im Dispositiv) Obergericht des Kantons Zug II. Zivilabteilung Dr.iur. A. Staub MLaw I. Cathry Abteilungspräsident Gerichtsschreiber versandt am

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