

# ZG\_OBERGERICHT Z2 2024 27 vom 18. Juli 2024

ZG Obergericht, 2024-07-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_obergericht\\_Z2\\_2024\\_27](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z2_2024_27)

FR: ZG\_OBERGERICHT Z2 2024 27 du 18 juillet 2024

IT: ZG\_OBERGERICHT Z2 2024 27 del 18 luglio 2024

## Regeste

Massnahmen gemäss Art. 731b OR (Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 18. April 2024) | übriges Gesellschafts/Handelsr

## Erwägungen

### E. 1

Zwischen den Parteien ist zunächst strittig, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Gesuch der Gesuchsteller vom 8. Dezember 2023 eintrat.

#### E. 1.1

Die Vorinstanz führte aus, die Gesuchsteller würden in Form von vorsorglichen Massnahmen verlangen, dass Massnahmen zur Behebung von Organisationsmängeln angeordnet würden. Für die Organisationsklage nach Art. 731b Abs. 1 OR sei das Kantonsgericht Zug sachlich zuständig. Hingegen sei das Obergericht Zug für die Beurteilung vorsorglicher Massnahmen im Rahmen der Streitigkeiten über die Einleitung und Durchführung einer Sonderuntersuchung nach den Art. 697c–697hbis OR sachlich zuständig. Da vorliegend die Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels lediglich als vorsorgliche Massnahme im Rahmen der Sonderuntersuchung verlangt würden und die Gesuchsteller keine Organisationsklage nach Art. 731b Abs. 1 OR anhängig gemacht hätten, sei das Obergericht Zug sachlich zuständig. Auf das Gesuch sei folglich mangels Zuständigkeit nicht einzutreten (act. 1 E. 1.4).

#### E. 1.2

Die Gesuchsteller rügen, bei dem von ihnen vorinstanzlich eingereichten Gesuch habe es sich um eine Organisationsklage im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR gehandelt, also um einen eigenständigen materiell-rechtlichen Anspruch. Das vorinstanzliche Verfahren sei stets ein unabhängiges (summarisches) Hauptsacheverfahren gewesen, das gestützt auf einen separaten Anspruch aus Art. 731b Abs. 1 OR eingeleitet worden sei. Für Streitigkeiten im summarischen Verfahren sei das Einzelgericht am Kantonsgericht zuständig (act. 1 Rz 15). Es bestünden Interessenkonflikte des Verwaltungsrates insbesondere hinsichtlich des Sonderuntersuchungsverfahrens, weshalb in Bezug auf dieses ein Organisationsmangel vorliege. Die Organisationsklage bleibe aber ein eigenständiger materiell-rechtlicher Anspruch, den die Gesuchsteller gestützt auf Art. 731b OR ausserhalb des hängigen Sonderuntersuchungsverfahrens separat durchsetzen würden. Daran ändere auch nichts, dass sie die Organisationsklage mit dem prozessualen Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen verknüpft hätten. Es handle sich auch hierbei nicht um einen Antrag im Sonderuntersuchungsverfahren. Über diesen prozessualen Antrag habe die Vorinstanz fälschlicherweise nicht einmal entschieden (act. 1 Rz 17 f.).

### **E. 1.3**

Ein Aktionär oder ein Gläubiger kann dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, falls der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR). Beim Organisationsmängelverfahren handelt es sich um ein Streitiges Verfahren, das im summarischen Verfahren durchzuführen ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_387/2023 vom

### **E. 1.4**

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchsteller hätten keine Organisationsklage nach Art. 731b Abs. 1 OR anhängig gemacht, sondern lediglich vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des vor dem Obergericht hängigen Sonderprüfungsverfahrens (Z2 2022 15) beantragt. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Wie die Gesuchsteller zu Recht darlegen, handelte es sich bei ihrem Gesuch vom 8. Dezember 2023 um ein selbstständiges Gesuch nach Art. 731b OR. Sowohl im Betreff ("Anordnung von Massnahmen zur Behebung von Organisationsmängeln [Art. 731b OR]"; Vi act. 1 S. 3) wie auch in der Begründung des Gesuchs (Vi act. 1 Rz 138 ff.) führten sie aus, dass sie sich auf Art. 731b OR stützen. An der Qualifikation als Organisationsklage ändert nichts, wenn die Gesuchsteller beantragten, das Mandat des Sachwalters sei auf die Dauer des hängigen Sonderprüfungsverfahrens zu beschränken. Die Einsetzung eines Sachwalters kann Sinn machen, wenn wegen eines Interessenkonfliktes beim Verwaltungsrat eine Handlungsunfähigkeit besteht, der Verwaltungsrat aber wieder normal agieren kann, sobald der Sachwalter diesen Konflikt beseitigt hat (vgl. Watter/Duss, Basler Kommentar, 6. A. 2024, Art. 731b OR N 21).

### **E. 1.5**

Da es sich beim Gesuch der Gesuchsteller vom 8. Dezember 2023 nicht um eine prozessuale Massnahme im Rahmen des Sonderprüfungsverfahrens, sondern um ein eigenständiges Verfahren nach Art. 731b OR, verbunden mit dem Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, handelte, war die Zuständigkeit des Einzelrichters am Kantonsgericht gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 6 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 28 Abs. 2 lit. c GOG gegeben. Die Vorinstanz hätte deshalb auf das Gesuch der Gesuchsteller eintreten müssen.

## **E. 2**

Weiter führte die Vorinstanz aus, dass das Gesuch abzuweisen wäre, falls darauf einzutreten wäre. Sie begründete dies wie folgt:

### **E. 2.1**

Damit die Gesuchsteller gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR einen Anspruch auf Einsetzung eines Sachwalters hätten, müssten sie aufzeigen, dass ein [sich zu einem Organisationsmangel] verdichtender Interessenkonflikt vorliege, bei dem die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit – der angeordneten Sonderuntersuchung – nicht mehr unabhängig wahrgenommen würden und die Gesellschaftsinteressen einzig mittels richterlich angeordneter Massnahmen sichergestellt werden könnten. Diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt (act. 1/1 E. 3.2).

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 697f Abs. 2 OR bestehe im Rahmen der Sonderuntersuchung ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht der Sachverständigen. Dabei seien sämtliche Organe, Beauftragten, Arbeitnehmer, Sachwalter und Liquidatoren hinsichtlich der im Rahmen der

Sonderuntersuchung infrage stehenden Gegenstände uneingeschränkt auskunftspflichtig. Sodann bestehe hinsichtlich aller Unterlagen der Gesellschaft, die im Rahmen des Prüfungsgegenstandes relevant seien, ein uneingeschränktes Einsichtsrecht. Aufgrund des umfassenden Auskunfts- und Einsichtsrechts der Sachverständigen könnten im Rahmen der Sonderuntersuchung die Interessen der Gesellschaft auch ohne die Einsetzung eines Sachwalters gewahrt werden, da die Sachverständigen – auch bei einem allfälligen Interessenkonflikt der Verwaltungsräte – die notwendigen Informationen und Dokumente von weiteren beteiligten Personen – auch Dritten – verlangen könnten. Folglich könnten die Interessen der Gesellschaft im Rahmen der Sonderuntersuchung auch ohne gerichtlich angeordnete Massnahme – Einsetzung des Sachwalters – wahrgenommen werden. Die Einsetzung eines Sachwalters wäre somit unverhältnismässig. Hinzu komme, dass die Begleitung und Betreuung der Son-

Seite 8/14 deruntersuchung vorliegend ohnehin an die Geschäftsleitung delegiert worden sei, die keinem Interessenkonflikt unterliege. Die pauschal gehaltenen Behauptungen der Gesuchsteller zur "Einflussnahme" des Verwaltungsrats auf die Geschäftsleitung seien weder glaubhaft gemacht, geschweige denn bewiesen. Folglich sei eine unabhängige Sonderuntersuchung gewährleistet (act. 1/1 E. 3.2.1).

### **E. 2.3**

Im Weiteren deute auch nichts daraufhin, dass die beiden Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin auf die Sachverständigen Einfluss nehmen würden. Der Umstand, dass ein möglicher Interessenkonflikt beim Verwaltungsrat vorliegen könnte, müsse nicht bereits eine aktive Beeinflussung der gesamten Sonderuntersuchung durch Verzögerung oder Verweigerung zur Folge haben, zumal die laufende Sonderuntersuchung bis anhin ohne Zwischenfälle verliefen und auch der Kostenvorschuss anstandslos bezahlt worden sei. Folglich sei von der Funktionsfähigkeit der Gesuchsgegnerin im Rahmen der Sonderuntersuchung auszugehen (act. 1/1 E. 3.2.2).

### **E. 3**

Die Gesuchsteller wenden ein, die Vorinstanz habe das Vorliegen von Interessenkonflikten nicht geprüft, jedoch führe sie aus, dass allein das Bestehen von Interessenkonflikten nicht zwingend zur aktiven Beeinflussung der Sonderuntersuchung führen müsse und die Gesuchsteller nichts Gegenteiliges dargelegt hätten. Damit habe die Vorinstanz Art. 731b Abs. 1 OR verletzt. Denn ein Organisationsmangel liege dann vor, wenn sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats aufgrund von Interessenkonflikten die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit nicht mehr unabhängig wahren könnten. Nicht erforderlich sei hingegen, dass der aufgrund der Interessenkonflikte drohende Nachteil auch tatsächlich bei der Gesellschaft eintrete. So sei auch im Urteil des Bundesgerichts 4A\_717/2014 bereits ein Sachwalter im Hinblick auf die aufgrund der Interessenkonflikte drohende Gefahr für die Gesellschaft eingesetzt worden, und nicht erst, nachdem diese Gefahr sich verwirklicht habe. Die Interessenkonflikte des Verwaltungsrats hinsichtlich des Sonderuntersuchungsverfahrens seien belegt und könnten durch keine Massnahme adressiert werden. Somit könnten die Gesellschaftsinteressen im Sonderuntersuchungsverfahren nicht mehr gewahrt werden, weshalb ein Organisationsmangel vorliege (act. 1 Rz 37 ff.).

### **E. 4**

Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann gemäss Art. 731b OR ein Aktionär oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Das Gericht kann namentlich das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 2 OR).

#### **E. 4.1**

Auch Interessenkollisionen von Organen können zur Funktionsunfähigkeit eines Organs und damit zu einem Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR führen (vgl. Schönbächler, a.a.O., S. 102). Eine Funktionsunfähigkeit liegt dann vor, wenn das Organ seine gesetzlichen Aufgaben nicht (mehr) erfüllen kann, weil die zuständigen Organmitglieder nicht entsprechend handeln wollen oder können (Schönbächler, a.a.O., S. 64). Vor diesem Hintergrund ist beispielsweise dann von einem Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR die Rede, wenn aufgrund einer Pattsituation im Verwaltungsrat die Führung der Aktiengesellschaft dauerhaft unmöglich geworden ist. Mit anderen Worten sieht sich dieses Organ faktisch ausserstande, die erforderlichen internen Beschlüsse zur Geschäftsführung zu fassen und die Vertretung der Aktiengesellschaft zu besorgen (Schönbächler, a.a.O., S. 67). Ein In-

teressenkonflikt existiert aber etwa auch dann, wenn ein Exekutivorgan zugleich die Kläger- als auch die Beklagtenseite vertritt. Doch nicht erst in diesem Fall liegt ein Organisationsmangel vor, sondern bereits dann, wenn die Gesellschaftsinteressen nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_412/2020 vom 16. September 2020 E. 4.3.2).

#### **E. 4.2**

Das Vorliegen eines Interessenkonflikts im Verwaltungsrat führt aber nicht ohne Weiteres zu einem Organisationsmangel. Um eine vom Gesetzgeber nicht gewollte, zu weit gehende Anwendung von Art. 731b OR zu verhindern, ist nur in jenen Fällen von einem Organisationsmangel auszugehen, in denen die Gesellschaftsinteressen einzig mittels gerichtlich angeordneter Massnahmen sichergestellt werden können, weil die Interessenlage ein interessengeRechtes Handeln des Verwaltungsrates ausschliesst. Kann der vom Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsrat jedoch durch Ergreifen geeigneter Massnahmen sicherstellen, dass die Gesellschaftsinteressen genügend Berücksichtigung finden, bleibt die sachgerechte Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen möglich, und es liegt kein Organisationsmangel vor. Zudem liegt grundsätzlich auch dann kein Organisationsmangel vor, wenn die interessengebundenen Verwaltungsräte es pflichtwidrig unterlassen, entsprechende Massnahmen zu ergreifen. Ein interessenwidriges Handeln einzelner, einem Interessenkonflikt unterliegender Verwaltungsräte kann jedoch ex post Gegenstand eines Verantwortlichkeitsprozesses nach Art. 754 OR werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 2.5.2; Urteil des Obergerichts Zug Z2 2021 22 vom 15. Dezember 2021 E. 5.1; Wherlock/von der Crone, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, SZW 2015 S. 549).

#### **E. 4.3**

Ebenso wenig liegt ein Organisationsmangel dort vor, wo Interessenkonflikte inhärent oder systembedingt sind. Dies trifft gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung namentlich auf

die Doppelorganschaft im Konzern zu (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012 E. 2.2 und 2.3).

## **E. 5**

Dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, auf das sich die Gesuchsteller beziehen, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Verwaltungsratsmitglied reichte gegen ein anderes Mitglied derselben Gesellschaft Strafanzeige wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung zum Nachteil der Gesellschaft ein. Da nebst diesen zwei Verwaltungsratsmitgliedern offenbar auch die restlichen zwei Mitglieder ein Interesse am Ausgang des Strafverfahrens hatten, waren nach Auffassung des Bundesgerichts keine Organe mehr vorhanden, welche die Gesellschaft im Strafverfahren unabhängig hätten vertreten können. Daher schützte das Bundesgericht die vorübergehende Einsetzung eines Sachwalters zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen im Strafverfahren (vgl. Urteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015 Bst. A des Sachverhalts sowie E. 2.4 und 2.5.2).

### **E. 5.1**

Dieses Urteil erscheint problematisch, zumal ein Interessenkonflikt nur in Bezug auf ein Geschäft (die Vertretung der Gesellschaft in einem Strafverfahren) vorlag. Hätten einzelne Verwaltungsräte die Gesellschaft im betreffenden Strafverfahren ungenügend vertreten, hätten sich diese zwar im Sinne von Art. 754 OR verantwortlich machen können. Eine dauernde Funktionsunfähigkeit oder eine dauerhafte Gefährdung der Interessen der Gesellschaft (vgl.

Seite 10/14 Wherlock/von der Crone, a.a.O., S. 550) lag indessen nicht vor. Darauf ging das Bundesgericht nicht ein.

### **E. 5.2**

Das Bundesgericht ging auch nicht auf den Aspekt ein, dass das Organisationsmängelverfahren nicht zur Verfügung steht, um ein fachlich unfähiges Organ mittels gerichtlicher Intervention zu ersetzen oder um die Sinnhaftigkeit von Geschäftsentscheiden zu überprüfen (vgl. hierzu Urteil des Obergerichts Zug Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020 E. 7 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_412/2020 vom 16. September 2020 E. 4.3.4; Watter/Roth, a.a.O., Art. 717 OR N 15 f.; Dalla Palma/von der Crone, Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR, SZW 5/2020 S. 583).

### **E. 5.3**

Zu Recht wird in der Lehre und Rechtsprechung postuliert, dass kein Organisationsmangel besteht, wenn mittels geeigneter Massnahmen sichergestellt werden kann, dass sich der Interessenkonflikt nicht zulasten der Gesellschaft auswirkt (vgl. Wherlock/von der Crone, a.a.O., S. 549; Urteil des Bundesgerichts 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012 E. 2.2 f.). Geeignete Massnahmen können beispielsweise das Einholen einer externen Bewertung oder eines Gutachtens (Fairness Opinion), die Delegation an oder Genehmigung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ (beispielsweise durch die Generalversammlung), der Ausstand des betroffenen Organs usw. sein. Nun ist aber das Ergreifen solcher Massnahmen kaum je unmöglich. Es ist praktisch keine Situation denkbar, in der die konfliktbehafteten Organe einen Interessenkonflikt nicht wie beschrieben anderweitig adressieren könnten (das Beispiel bei Wherlock/von der Crone, a.a.O., S. 550, bei dem kein Generalversammlungsbeschluss eingeholt werden könne, wenn schnell gehandelt werden

müsse, überzeugt nicht, da ein solcher Beschluss – im Sinne einer Genehmigung – auch nachträglich eingeholt werden könnte). Ob nun allerdings die konfliktbehafteten Organe eine geeignete, interessenswahrende Massnahme ergreifen, ist ihrem Ermessen überlassen. Sie können nicht über Art. 731b OR indirekt dazu gezwungen werden. Die Organisationsklage dient auch nicht dazu zu überprüfen, ob allenfalls ergriffene Massnahmen verhältnismässig und geeignet sind. Anders zu entscheiden, würde bedeuten, dass die Geschäftsführung bei einzelnen heiklen Geschäften faktisch an den Organisationsmängelrichter und den von diesem zu ernennenden Sachwalter delegiert werden könnte oder dass – trotz der im Gesetz nicht vorgesehenen Möglichkeit der Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen (vgl. etwa Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. A. 2022, § 14 N 149; Wernli, Basler Kommentar, 6. A. 2024, Art. 717a OR N 3 m.H.) – mit der Organisationsklage indirekt Verwaltungsratsbeschlüsse angefochten werden könnten.

#### **E. 5.4**

Wesentlich ist nach dem Gesagten, dass eine Gesellschaft dauerhaft funktionsunfähig sein muss und nicht bloss hinsichtlich einzelner Geschäfte. Ein Interessenkonflikt bloss bezüglich eines bestimmten Geschäfts oder Themas kann deshalb keinen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR begründen (vgl. auch Müller/Müller, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016 S. 49 m.H., wonach die "bloss vorübergehende Störung der Funktionsuntauglichkeit eines Organs" nicht genügt). Erforderlich ist, dass die Interessen konstant gegenläufig sind (vgl. Urteil des Obergerichts Zug Z2 2021 57 vom 29. März 2022 E. 5.1). Dies bestätigte das Bundesgericht in einem neueren Urteil (4A\_207/2022 vom 17. Oktober 2022 E. 3.3.4: "Gemäss Vorinstanz hätte der Beschwerdeführer darzulegen, dass die Interessen des Bruders und des Vaters konstant den Interessen der Beschwerdegegnerin zuwiderlaufen und nicht bloss begrenzt auf einzelne Themen oder Gerichtsverfahren. Dies ist nicht zu be-  
Seite 11/14 anstanden."). Mithin ist nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht die Einsetzung eines Sachwalters in Konstellationen wie der vorliegenden (künftig) schützen würde.

#### **E. 6**

Doch selbst wenn das Bundesgericht von seiner Auffassung gemäss Urteil 4A\_207/2022 abweichen würde und gestützt auf das Urteil 4A\_717/2014 gesagt würde, ein Interessenkonflikt bloss bezüglich eines einzigen Verfahrens (beispielsweise Sonderprüfungsverfahren) könnte einen Organisationsmangel darstellen, ist das Urteil 4A\_717/2014 vorliegend aus folgenden Gründen nicht einschlägig:

##### **E. 6.1**

Sobald eine Sonderprüfung angeordnet wurde, verfolgt die Gesellschaft in diesem Sonderprüfungsverfahren – mit Ausnahme der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (vgl. aArt. 697e OR) – keine eigenen Interessen mehr. Sie bzw. die gesellschaftsinternen Vorgänge werden zum Objekt der Prüfung. Die Gesellschaft übt eine passive Rolle aus. Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen einer Gesellschaft, die im Sinne von Art. 727 ff. OR revidiert wird. Kaum jemand käme dort auf die Idee, einen Sachwalter bestellen zu lassen, wenn Aktionäre beispielsweise wegen Misstrauens in den Verwaltungsrat verlangen, dass eine ordentliche Revision durchgeführt wird (vgl. Art. 727 Abs. 2 OR). Im Strafverfahren hingegen hat die geschädigte Gesellschaft eine aktive Rolle wahrzunehmen, insbesondere wenn sie adhäsionsweise Zivilansprüche geltend macht (vgl. Art. 122 StPO).

## **E. 6.2**

Schliesslich gilt zu bedenken, dass im Strafverfahren, das dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_717/2014 zugrunde lag, das Problem ausschliesslich darin bestand, dass die betroffene Gesellschaft (Privatklägerin) funktionsunfähig war. Deswegen wurde ein Sachwalter bestellt. Das Problem war mithin nicht, dass das Verwaltungsratsmitglied, das einer Straftat verdächtigt wurde, die Durchführung des Strafverfahrens hätte erschweren oder vereiteln können. Eine solche Gefahr einer Funktionsunfähigkeit der Gesellschaft besteht bei einem Sonderprüfungsverfahren aber von vornherein nicht.

## **E. 7**

Hinzu kommt, dass der Sonderprüfer, wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt, ein umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht hat (aArt. 697d OR). Dieses kann er nötigenfalls mithilfe des Gerichts durchsetzen (vgl. Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, 1991, § 12 N 73 ff.). Was Einsicht und Auskunft anbelangt, ist der Sonderprüfer einem Sachwalter gesellschaftsintern nahezu gleichgestellt. Auch insofern fehlt es an der Notwendigkeit, einen Sachwalter zu bestellen. Die gesetzlichen Auskunfts- und Einsichtsrechte samt der Möglichkeit ihrer gerichtlichen Durchsetzung machen das Ergreifen interessenswahrender Massnahmen hinfällig. Im Sonderprüfungsverfahren wird die "unabhängige Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen" (vgl. Wherlock/von der Crone, a.a.O., S. 550) durch das Gericht, das die Sonderprüfung anordnet, durch den Sonderprüfer, der die Prüfung durchführt, und durch das Gericht, das bei verweigerter Einsichts- oder Auskunftserteilung angerufen werden kann, sichergestellt.

## **E. 8**

Weiter gilt zu beachten, dass bei Sonderprüfungen die Gefahr von Interessenkollisionen geradezu inhärent oder systembedingt ist. Denn die Anordnung einer Sonderprüfung setzt voraus, dass eine Gesetzes- oder Statutenverletzung eines Gründers oder Organs glaubhaft ist (vgl. aArt. 697b Abs. 2 OR). Wenn nun sämtlichen Verwaltungsratsmitgliedern einer Gesellschaft ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen wird, haben diese naturgemäss ein Interesse daran, dass der Sonderprüfer keine Pflichtverletzungen zu Tage fördert. Dieses Interesse

Seite 12/14 kann mit den Gesellschaftsinteressen konfliktieren. Allein deswegen sind aber diese Verwaltungsratsmitglieder offensichtlich noch nicht unfähig, Beschlüsse zu fassen und Handlungen vorzunehmen bzw. zu unterlassen. Von einer Handlungsunfähigkeit kann keine Rede sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012 E. 2.2 f.). Die Gesuchsteller behaupten zu Recht nicht, dass notwendige Beschlüsse nicht mehr gefasst werden könnten.

## **E. 9**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass generell kein Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR vorliegt, wenn bloss in Bezug auf ein Verfahren (hier das Sonderprüfungsverfahren) bei allen Verwaltungsratsmitgliedern ein Interessenkonflikt besteht. Und selbst wenn ein Interessenkonflikt bezüglich bloss eines Geschäfts ausreichen würde, um einen Organisationsmangel zu begründen, wären jene Interessenkonflikte, die bei einer Sonderprüfung naturgemäss vorliegen können, vom Gesetzgeber gebilligt. Auch deshalb können sie keinen Organisationsmangel darstellen. Jedenfalls handelt es sich bei solchen Interessenkonflikten nicht um Konflikte, die sich zu einer Funktionsunfähigkeit der

Gesellschaft verdichtet hätten. Bereits aus diesen Gründen wies die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchsteller, wonach bei der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Sonderprüfungsverfahrens ein Sachwalter zu bestellen sei, zu Recht ab.

#### **E. 10**

Nach dem Gesagten kann offenbleiben, ob bei K. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ ein Interessenkonflikt in Bezug auf die Sonderprüfung besteht, ob – sofern ein solcher bestehen sollte – sich dieser auf die Sonderprüfung tatsächlich auswirkte oder auszuwirken droht und ob eine Auswirkung überhaupt relevant wäre, um zu beurteilen, ob ein Organisationsmangel vorliegt. Ebenso kann offenbleiben, ob diese zwei Verwaltungsräte den behaupteten Konflikt anderweitig, hier durch Delegation an die Geschäftsleitung, hinreichend adressiert haben. Da kein Organisationsmangel vorliegt, erübrigt es sich auch, auf die Ausführungen der Gesuchsteller, wonach die Einsetzung eines Sachwalters verhältnismässig sei, einzugehen (act. 1 Rz 57 ff.). Im Übrigen bestehen keinerlei Anzeichen dafür, dass K. \_\_\_\_\_ oder J. \_\_\_\_\_ sich gegenüber dem Sonderprüfer unkooperativ zeigten oder zeigen könnten. Was die Gesuchsteller in der Berufung erwähnen (Hinterfragen von Vollmachten durch den Verwaltungsrat, Verweigern der Zustellung von Generalversammlungsprotokollen oder spätes Antworten auf Auskunftsbegehren [act. 1 Rz 42 f.]), genügt offensichtlich nicht, um ein unkooperatives Verhalten nachzuweisen. Genauso wenig kann aus dem Umstand, dass sich K. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ gegen die Anordnung der Sonderprüfung gewehrt hatten, etwas mit Bezug auf deren Verhalten während der anschliessenden Prüfung nach aArt. 697d OR oder des Bereinigerungsverfahrens nach aArt. 697e OR abgeleitet werden.

#### **E. 11**

Zusammenfassend erweist sich die Berufung der Gesuchsteller als unbegründet. Sie ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid ist vollumfänglich zu bestätigen. Der prozessuale Antrag der Gesuchsteller, es seien vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 261 ff. ZPO während der Dauer des Berufungsverfahrens zu erlassen, ist mit der Abweisung der Berufung gegenstandslos geworden. Über diesen Antrag entscheidet der Abteilungspräsident (§ 23 Abs. 3 GOG analog). Ein Verfügungsanspruch (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) bestand nie. Dasselbe galt im Übrigen auch im vorinstanzlichen Verfahren.

Seite 13/14

#### **E. 12**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Gesuchstellern unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen und diese sind zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO).

##### **E. 12.1**

Bei einem unbestrittenen Streitwert von CHF 300'000.00 beträgt die Entscheidgebühr CHF 15'000.00 (§ 11 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 KoV OG). Da es sich um ein summarisches Verfahren handelt, ist die Gebühr gestützt auf § 12 Abs. 1 KoV OG ermessensweise auf die Hälfte zu reduzieren, ergebend CHF 7'500.00.

##### **E. 12.2**

Das Grundhonorar der Rechtsanwälte beläuft sich bei diesem Streitwert auf CHF 19'400.00 (§ 3 Abs. 1 AnwT). Wegen des summarischen Verfahrens ist dieses ermessensweise eben-

falls um die Hälfte auf CHF 9'700.00 zu reduzieren (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für Rechtsmittelverfahren dürfen sodann ein bis zwei Drittel dieses Honorars, in besonderen Fällen ausnahmsweise das volle Grundhonorar berechnet werden (§ 8 Abs. 1 AnwT). Vorliegend rechtfertigt es sich aufgrund des überschaubaren Umfangs der Eingaben und unter Berücksichtigung, dass kein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wurde, jedoch auch Ausführungen zu vorsorglichen Massnahmen erforderlich waren, zwei Drittel, mithin CHF 6'466.65, zu berechnen. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin (vgl. act. 11) besteht kein Grund, gestützt auf § 8 Abs. 1 Satz 2 AnwT das volle Grundhonorar zu berechnen, gestützt auf § 3 Abs. 3 AnwT das Honorar zu erhöhen oder gestützt auf § 5 Abs. 1 AnwT Zuschläge zum Honorar zu berechnen. Der Fall war weder besonders schwierig noch besonders zeitaufwändig. Unter Hinzurechnung der Auslagenpauschale von 3 % (§ 25 Abs. 2 AnwT) resultiert somit eine Parteientschädigung von gerundet CHF 6'660.00. Mangels eines Antrags im Rechtsbegehren ist keine Mehrwertsteuer hinzuzurechnen (vgl. Ziff. 2.1.1 der Weisung des Obergerichts Zug über die Mehrwertsteuer in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 29. Juli 2015). I. Präsidialverfügung

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