



4A 130/2023

Urteil vom 9. Oktober 2023

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,
Bundesrichterin Kiss,
Bundesrichter Rüedi,
Gerichtsschreiber Brugger.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Balz Gross und
Julian Schwaller sowie
Rechtsanwältinnen Dr. Angela Casey und Ramona Keist,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. B1. _____,
2. B2. _____,
3. B3. _____,
4. B4. _____,
5. B5. _____,
6. B6. _____,
7. B7. _____,
8. B8. _____,
9. B9. _____,
10. B10. _____,
11. B11. _____,
12. B12. _____,
13. B13. _____,
14. B14. _____,
15. B15. _____,
16. B16. _____,
17. B17. _____,
18. B18. _____,
19. B19. _____,
20. B20. _____,
21. B21. _____,
22. B22. _____,
23. B23. _____,
24. B24. _____,
25. B25. _____,

- 26. B26. _____,
- 27. B27. _____,
- 28. B28. _____,
- 29. B29. _____,
- 30. B30. _____,
- 31. B31. _____,
- 32. B32. _____,
- 33. B33. _____,

Beschwerdegegner 1 - 8, und 10 - 33 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Nicolas Bracher und Rechtsanwältin Zarah Kronbach,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Einberufung einer Generalversammlung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, vom 24. Februar 2023
(Z2 2022 83).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A. _____ AG (Gesuchsgegnerin, Beschwerdeführerin) wurde im Jahr 2016 von C. _____ gegründet. Der Verwaltungsrat setzt sich aus C. _____, Präsident des Verwaltungsrats, und D. _____ zusammen. C. _____ hält rund 70% der Namenaktien der Gesuchsgegnerin. Die restlichen Aktien werden überwiegend von (ehemaligen) Mitarbeitern der Gesuchsgegnerin gehalten. Die Gesuchsteller (Beschwerdegegner) sind allesamt Aktionäre der Gesuchsgegnerin und haben ihre Aktionärsstellung im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms der Gesuchsgegnerin erhalten. Im Sommer 2020 übertrug die Gesuchsgegnerin im Rahmen einer Transaktion mit der E. _____ Inc. gestützt auf ein Sale and Contribution Agreement vom 14. August 2020 unter anderem gewisse ihrer in Entwicklung befindlichen Softwareprodukte. Der Kaufpreis für die Übertragung des Kaufobjekts wurde gestützt auf ein Bewertungsgutachten der F. _____ AG auf USD 46,6 Mio. festgelegt.

A.b. Die Gesuchsteller können den Verkauf des Kaufobjekts nicht nachvollziehen und stellen sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, das Kaufobjekt sei unter Wert verkauft worden. Sie ersuchten in diesem Zusammenhang um Anordnung einer Sonderprüfung (vgl. paralleles Verfahren [4A_84/2023](#)). Mit Schreiben vom 3. März 2022 forderten sie den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin auf, die ordentliche Generalversammlung 2020 einzuberufen und neben der Genehmigung des Lageberichts, der Jahresabschlüsse und der konsolidierten Jahresberichte 2020 auch die Beschlussfassung über das von D. _____ am 14. August 2020 unterzeichnete Sale and Contribution Agreement mit der E. _____ Inc. zu traktandieren. Zum zweiten Verhandlungsgegenstand stellten sie den Antrag, das von D. _____ unterzeichnete Sale and Contribution Agreement nicht zu genehmigen bzw. abzulehnen.

Mit Schreiben vom 28. März 2022 setzte der Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin die ordentliche Generalversammlung über das Geschäftsjahr 2020 an. Traktandiert wurden unter anderem die Genehmigung des Lageberichts, der Jahresrechnung und Konzernrechnung für das Jahr 2020, nicht aber die Beschlussfassung über das Sale and Contribution Agreement.

B.

B.a. Am 25. April 2022 reichten die Gesuchsteller beim Kantonsgericht Zug ein Einberufungs- und Traktandierungsgesuch ein. Mit Entscheid vom 15. November 2022 hiess der Einzelrichter am Kantonsgericht das Gesuch teilweise gut. Er verpflichtete die Verwaltungsräte der Gesuchsgegnerin, D. _____ und C. _____, eine ausserordentliche Generalversammlung für die Gesuchsgegnerin mit folgendem Traktandum und folgendem Beschlussantrag einzuberufen:

"i. Traktandum: Beschlussfassung über das von D. _____ am 14. August 2020 unterzeichnete Sale and Contribution Agreement mit der E. _____ Inc.

ii. Beschlussantrag: Nichtgenehmigung oder Ablehnung des von D. _____ am 14. August 2020 unterzeichneten Sale and Contribution Agreement mit der E. _____ Inc. [...]"

B.b. Gegen diesen Entscheid reichte die Gesuchsgegnerin Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein, mit dem Antrag, den Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts aufzuheben und auf das Gesuch nicht einzutreten. Eventualiter sei das Gesuch bezüglich der Gesuchsteller 1 - 32 abzuweisen und bezüglich der Gesuchstellerin 33 infolge Rückzugs des Gesuchs als erledigt abzuschreiben. Sie stellte unter anderem den prozessualen Antrag, das Verfahren sei einstweilen auf die Eintretensfrage des Rechtsschutzinteresses und der Postulationsfähigkeit der Rechtsvertreter der Gesuchsteller zu beschränken. Mit Verfügung vom 6. Januar 2023 wies das Obergericht diesen Antrag auf Verfahrensbeschränkung ab.

Mit Urteil vom 24. Februar 2023 hiess das Obergericht die Berufung teilweise gut, da die Gesuchstellerin 33 ihr Gesuch zurückgezogen habe und daher das Verfahren in Bezug auf die Gesuchstellerin 33 zufolge Rückzugs abzuschreiben sei (Dispositivziffer 1). In der Sache wies das Obergericht die Berufung hingegen ab und bestätigte den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht bezüglich Einberufung und Traktandierung.

C.

Gegen dieses Urteil reichte die Beschwerdeführerin am 1. März 2023 eine vorläufige Beschwerdeschrift ein. Sie beantragt, die Dispositivziffern 2, 3, 4.1 und 4.2 des Urteils des Obergerichts seien aufzuheben. Es sei auf das Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch abzuweisen. Es seien die Anwälte der Wenger Vieli AG nicht als Rechtsvertreter der Beschwerdegegner zuzulassen. Der Beschwerde sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Verfügung vom 2. März 2023 wurde die Beschwerdeführerin zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert und gleichzeitig darauf hingewiesen, dass der Beschwerde im Umfang der gestellten Begehren von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukomme, da sie sich gegen ein Gestaltungsurteil richte.

Am 29. März 2023 reichte die Beschwerdeführerin die ergänzte Beschwerdeschrift ein. Sie beantragt neu, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben. Die Anwälte der Wenger Vieli AG seien nicht als Rechtsvertreter der Beschwerdegegner zuzulassen. Es sei auf das Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung und Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch in Bezug auf die Gesuchstellerin 33 infolge Rückzugs als erledigt abzuschreiben und mit Bezug auf alle übrigen Gesuchsteller abzuweisen, subeventualiter sei die Sache zur Neu Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz beantragen die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin replizierte. Mit Eingabe vom 20. Juli 2023 verlangte sie, das Bundesgericht solle die Anwälte der Beschwerdegegner auffordern, neue Prozessvollmachten einzureichen. Die Beschwerdegegner antworteten darauf mit Schreiben vom 28. Juli 2023. Mit Eingabe vom 24. August 2023 wiederholte die Beschwerdeführerin ihren Antrag vom 20. Juli 2023.

Erwägungen:

1.

1.1. In ihrer vorläufigen Beschwerdeschrift vom 1. März 2023 führte die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz habe das Gesuch mit Bezug auf die Gesuchstellerin 33 infolge Rückzugs als erledigt beschrieben, weshalb sich ihre Beschwerde nicht gegen die Dispositivziffer 1 richte und die Gesuchstellerin 33 im Rubrum der Beschwerde nicht aufgeführt werde. In der ergänzten Beschwerdeschrift verlangt sie demgegenüber die vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids (Rechtsbegehren Ziff. 1), somit auch der Dispositivziffer 1, und im Eventualantrag begehrt sie, dass das Gesuch mit Bezug auf die Beschwerdegegnerin 33 als infolge Rückzugs erledigt abzuschreiben sei (Rechtsbegehren Ziff. 3). Dementsprechend führt sie die Beschwerdegegnerin 33 im Rubrum ihrer ergänzten Beschwerdeschrift auch wieder auf.

Eine Begründung für die Änderung der Rechtsbegehren liefert sie nicht. Ebenso fehlt in der ergänzten Beschwerdeschrift eine Begründung für den Eventualantrag betreffend die Beschwerdegegnerin 33, so dass schon mangels Begründung auf diesen Antrag nicht einzutreten ist. Ohnehin hat die

Vorinstanz dem Antrag bereits entsprochen und schrieb das Gesuch hinsichtlich der Beschwerdegegnerin 33 ab (Dispositivziffer 1). Worin unter diesen Umständen das Rechtsschutzinteresse für den Eventualantrag bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Auf diesen Antrag ist daher von vornherein nicht einzutreten.

1.2. Mit Eingabe vom 20. Juli 2023 verlangt die Beschwerdeführerin, das Bundesgericht habe die Rechtsvertreter der Beschwerdegegner, die Kanzlei Wenger Vieli AG, aufzufordern, neue Prozessvollmachten für das vorliegende Verfahren einzureichen. Den gleichen Antrag stellt sie im parallelen Verfahren um Anordnung einer Sonderprüfung. Es kann vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen im Urteil 4A_84/2023 vom 9. Oktober 2023 E. 1.2 verwiesen werden. Dort wie hier gilt: Aus den eingereichten E-Mails von Beschwerdegegner 9 geht hervor, dass dieser seine Prozessvollmacht gegenüber seinen Rechtsvertretern nach Einreichung der Beschwerdeantwort widerrufen hat. Der Beschwerdegegner 9 wird daher im Rubrum als nicht vertreten aufgeführt. Für die übrigen Beschwerdegegner vermag die Beschwerdeführerin nicht hinreichend darzulegen, aus welchen Gründen das Bundesgericht an der Bevollmächtigung der Kanzlei Wenger Vieli AG zweifeln und für das bundesgerichtliche Verfahren neue Vollmachten einholen sollte. Der entsprechende Antrag auf Einholen von neuen Prozessvollmachten wird deshalb abgewiesen.

1.3. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen weiteren Ausführungen Anlass. Unter Vorbehalt der bereits vor der Vorinstanz aufgeworfenen Frage der Postulationsfähigkeit der Rechtsvertreter der Beschwerdegegner (dazu Erwägung 2.2) und unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; Erwägung 1.4) ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

1.4. Das Bundesgericht hat die Begründungsanforderungen für eine Beschwerde in Zivilsachen bereits mehrfach darlegt (vgl. etwa BGE 140 III 16 E. 1.3.1, 86 E. 2, 115 E. 2; 134 II 244 E. 2.1). Auf diese Entscheide kann verwiesen werden.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin moniert, die Vorinstanz verweise auf die obergerichtlichen Erwägungen im parallelen Sonderprüfungsverfahren. Mit dem "pauschalen Verweis" der Vorinstanz auf ein Urteil in einem anderen Verfahren werde sie der Einzelfallbeurteilung in keiner Weise gerecht. Die Vorinstanz verletze die Begründungspflicht und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör.

Diese Rüge ist unbegründet. Zunächst hat die Vorinstanz nicht "pauschal" auf ein anderes Urteil verwiesen, sondern spezifische Verweise auf einzelne, namentlich genannte Erwägungen im parallelen Sonderprüfungsverfahren gemacht. Dieses Parallelverfahren betrifft die Anordnung einer Sonderprüfung bei der Beschwerdeführerin und wird im Wesentlichen von den gleichen Aktionären geführt, vertreten durch dieselben Rechtsvertreter wie im vorliegenden Verfahren betreffend Einberufung und Traktandierung. In jenem Verfahren stellte sich die Beschwerdeführerin mit der gleichen Argumentation wie im vorliegenden Verfahren auf den Standpunkt, dass die Rechtsvertreter der dortigen Gesuchsteller wegen verpönter Interessenkonflikte nach BGFA nicht postulationsfähig seien. Da die Beschwerdeführerin in beiden Verfahren gleich argumentierte, durfte die Vorinstanz auf die diesbezüglichen Erwägungen im parallelen Sonderprüfungsverfahren verweisen. Sie kam damit ihrer Begründungspflicht im Einzelfall hinreichend nach. Dass es der Beschwerdeführerin nicht möglich gewesen wäre, den angefochtenen Entscheid sachgerecht anzufechten, macht sie zu Recht nicht geltend, zumal sie den Entscheid vor Bundesgericht denn auch ausführlich kritisiert.

2.2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Postulationsfähigkeit der Rechtsvertreter der Beschwerdegegner bundesrechtswidrig bejaht. Sie begründet dies mit der gleichen Argumentation wie in der Beschwerde im parallelen Sonderprüfungsverfahren. Es kann vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen im Urteil 4A_84/2023 vom 9. Oktober 2023 E. 2 verwiesen werden. Dort wie hier ist die Postulationsfähigkeit der Rechtsvertreter der Beschwerdegegner gegeben.

2.3.

2.3.1. Die Beschwerdeführerin beanstandete vor der Vorinstanz, die Erstinstanz habe sich nicht zu dem in einer unaufgeforderten Stellungnahme eingereichten G._____ -Bewertungsgutachten und dem Bericht der Revisionsstelle geäußert. Die Vorinstanz erwoh dazu, dass sich die Erstinstanz in der Tat nicht mit diesen Beweismitteln auseinandergesetzt habe, dass sie aber diese Verletzung

heilen könne. Aus dem G. _____-Gutachten, so die Vorinstanz weiter, lasse sich nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten. Der G. _____ seien ausschliesslich der F. _____ AG-Bericht und keine weiteren (schriftlichen) Unterlagen zur Verfügung gestellt worden. Das G. _____-Gutachten sei im Wesentlichen eine rechnerische Kontrolle des F. _____ AG-Bewertungsberichts. Es sei erst nachträglich durch die Revisionsstelle der Beschwerdeführerin zwecks Erstellung des Jahresabschlusses in Auftrag gegeben worden. Die Revisionsstelle sei kein dem Verwaltungsrat neben- oder übergeordnetes Entscheidungsorgan. Dabei verwies die Vorinstanz in diesem Zusammenhang auf die Erwägung 8.3.5 im parallelen Sonderprüfungsverfahren.

2.3.2. Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Feststellung, das G. _____-Gutachten stelle im Wesentlichen eine rechnerische Kontrolle des F. _____ AG-Bewertungsgutachtens dar, sei offensichtlich unvollständig und unrichtig. Im Ergebnis stützten das G. _____-Gutachten und die Revisionsstelle den von F. _____ AG ermittelten fairen Wert, zu welchem die Vermögenswerte übertragen worden seien. Selbst wenn sich der Verwaltungsrat also in einem Interessenkonflikt befunden hätte, wäre dieser durch das F. _____ AG-Bewertungsgutachten beseitigt worden, weshalb die Generalversammlung nicht kompetent sei, über den Abschluss dieses Vertrags abzustimmen. Ebenso unzutreffend sei die vorinstanzliche Feststellung, wonach das G. _____-Bewertungsgutachten "zwecks" Erstellung der Jahresrechnung in Auftrag gegeben worden sei. Das G. _____-Bewertungsgutachten sei lediglich anlässlich der Revision des Geschäftsjahres 2020 in Auftrag gegeben worden.

2.3.3. Inwiefern letztere Sachverhaltskorrektur entscheidungswesentlich sein soll, wird von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt, zumindest nicht rechtsgenügend. Die Vorinstanz stellte sodann lediglich fest, dass das G. _____-Gutachten "im Wesentlichen" eine rechnerische Kontrolle des F. _____ AG-Bewertungsgutachtens gewesen sei. Damit hat die Vorinstanz sehr wohl erkannt, dass das G. _____-Gutachten nicht ausschliesslich eine rechnerische Nachkontrolle des F. _____ AG-Bewertungsberichts ist. Eine offensichtliche Unrichtigkeit liegt nicht vor. Auch der von der Beschwerdeführerin verlangten Sachverhaltsergänzung des G. _____-Gutachtens und des darauf basierenden Testats der Revisionsstelle kann nicht statt gegeben werden. Die Vorinstanz kam im parallelen Sonderprüfungsverfahren im Rahmen einer summarischen Prüfung zum Schluss, dass der F. _____ AG-Bericht keine Fairness-Opinion darstelle und damit der Interessenkonflikt von C. _____ nicht beseitigt würde. In einer weiteren Erwägung (Erwägung 8.3.5. im dortigen Entscheid) erwog sie, es komme hinzu, dass die Bewertung des Kaufobjekts durch die F. _____ AG nicht nachvollziehbar sei, da unklar sei, ob die Beschwerdeführerin der F. _____ AG weitere Instruktionen erteilt habe und welche Daten der F. _____ AG für die Erstellung des Berichts zur Verfügung gestellt worden seien. Daran ändere auch das von der G. _____ erstellte Gutachten nichts, weil aus dem G. _____-Gutachten unter anderem nicht hervorgehe, welche Instruktionen der F. _____ AG erteilt und welche Daten der F. _____ AG zur Verfügung gestellt worden seien. Auf diese Erwägungen verwies die Vorinstanz im vorliegenden Einberufungs- und Traktandierungsverfahren. Die Beschwerdeführerin widerlegt diese Erwägungen nicht. Inwiefern es unter diesen Umständen für das vorliegende Einberufungs- und Traktandierungsverfahren entscheidungswesentlich wäre, weitere Feststellungen zum G. _____-Gutachten bzw. zur darauf gestützten Beurteilung der Revisionsstelle zu haben, legt die Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend dar. Es bleibt damit bei den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz.

2.4. Die Beschwerdeführerin rügt, die Beschwerdegegner hätten in ihren erstinstanzlichen Rechtsschriften nicht behauptet, dass die Wiederwahl des Verwaltungsrats D. _____ unterblieben sei. Entsprechend äussere sich die Erstinstanz auch nicht dazu. Erst im Berufungsverfahren, und damit offensichtlich zu spät, hätten die Beschwerdegegner die angeblich unterbliebene Wiederwahl versucht nachzuschieben. Die Vorinstanz berücksichtige daher Tatsachen, welche die Beschwerdegegner nicht rechtzeitig behauptet hätten. Damit seien Art. 55 Abs. 1 ZPO, Art. 229 ZPO und Art. 317 ZPO verletzt.

Die gerügten Bundesrechtsverletzungen zielen ins Leere. Die Vorinstanz hat sich im beanstandeten Zusammenhang lediglich dazu geäußert, wie sich die Situation darstellen "würde", wenn D. _____ nicht wiedergewählt worden und C. _____ der einzige Verwaltungsrat wäre, und hat dazu auf die Ausführungen im parallelen Sonderprüfungsverfahren verwiesen. Es handelt sich dabei um hypothetische Ausführungen der Vorinstanz im Konjunktiv, also in der Möglichkeitsform, welche den Entscheid der Vorinstanz nicht tragen.

2.5. Im gleichen Zusammenhang führt die Beschwerdeführerin aus, es sei unbestritten, dass D. _____ seit seiner Wiederwahl am 15. Dezember 2020 Mitglied des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin sei. Er könne daher das Geschäft nachträglich genehmigen. Spätestens mit der Ablehnung des Antrags auf Traktandierung des Sale and Contribution Agreement habe er das Geschäft (implizit) genehmigt, weshalb die Generalversammlung zweifellos unzuständig sei. Die Tatsache, dass D. _____ das strittige Sale and Contribution Agreement nachträglich genehmigt hätte, ist im vorinstanzlichen Entscheid so nicht festgestellt (vgl. angefochtener Entscheid E. 8.2). Es ist daher an der Beschwerdeführerin, mit präzisen Aktenhinweisen aufzuzeigen, dass sie die entsprechenden Tatsachen und Beweismittel bereits vor der Vorinstanz eingebracht hat. Diesen Anforderungen wird die Beschwerdeführerin nicht gerecht. Sie verweist nur auf Beilagen zum Gesuch der Beschwerdegegner (erstinstanzliche act. 1/15-16), ohne aber mit präzisen Aktenhinweisen aufzuzeigen, dass sie eine solche Genehmigung des Geschäfts durch D. _____ bereits im vorinstanzlichen Verfahren prozesskonform behauptet hätte. Da es bereits an der Sachverhaltsgrundlage fehlt, braucht auf die Rechtsrüge der Beschwerdeführerin nicht weiter eingegangen zu werden.

Selbst wenn aus der blossen Tatsache der Ablehnung des Traktandierungsantrags durch den Verwaltungsrat in rechtlicher Hinsicht auf eine Genehmigung des Geschäfts durch D. _____ geschlossen werden könnte, ist im vorinstanzlichen Entscheid nicht festgestellt und wird von der Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt, dass sie sich bereits im vorinstanzlichen Verfahren darauf berufen hätte. Es fehlte in diesem Fall an der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzuges (**BGE 143 III 290** E. 1.1).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt in der Hauptsache, der vorinstanzliche Entscheid zur Einberufung der Generalversammlung und der Traktandierung der Beschlussfassung über das Sale and Contribution Agreement verletze die aktienrechtliche Kompetenzordnung.

3.1. Unbestritten ist, dass für diese Frage das alte, bis Ende 2022 geltende Recht gilt.

3.1.1. Nach Art. 699 Abs. 3 aOR kann die Einberufung einer Generalversammlung auch von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Aktionäre, die Aktien im Nennwert von 1 Million Franken vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen. Entspricht der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist, so hat das Gericht gemäss Art. 699 Abs. 4 aOR auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen. Bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 4 aOR sind nur formelle Fragen zu prüfen, d.h. ob der oder die Gesuchsteller Aktionäre sind, die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 aOR erfüllt sind und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde (**BGE 142 III 16** E. 3.1; Urteile **4A_369/2022** vom 7. Februar **2023** E. 9.1; **4A_558/2021** vom 28. Februar 2022 E. 5.1; **4A_441/2021** vom 28. Dezember 2021 E. 1.1; **4A_508/2020** vom 25. März 2021 E. 3.1; **4A_529/2017** vom 21. Februar 2018 E. 3.2).

3.1.2. Der Einberufungsrichter unterzieht das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren keiner materiellen Prüfung. Denn die richterliche Einberufung gestützt auf Art. 699 Abs. 4 aOR ist eine rein formelle Massnahme, die inhaltlich weder die Generalversammlung noch den Richter bindet, der über die Anfechtung von Beschlüssen entscheidet, die an der auf richterliche Anordnung hin einberufenen Versammlung gefasst worden sind (**BGE 142 III 16** E. 3.1; Urteile **4A_369/2022** vom 7. Februar **2023** E. 9.1; **4A_441/2021** vom 28. Dezember 2021 E. 1.1; **4A_508/2020** vom 25. März 2021 E. 3.1; **5A_142/2019** vom 29. April 2020 E. 3.4.1.1; **4A_529/2017** vom 21. Februar 2018 E. 3.2). Der Einberufungsrichter hat daher bei einem Einberufungsgesuch auch nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden. Diese Fragen sind vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen (**BGE 142 III 16** E. 3.1; Urteile **4A_369/2022** vom 7. Februar **2023** E. 9.1; **4A_558/2021** vom 28. Februar 2022 E. 5.1; **4A_441/2021** vom 28. Dezember 2021 E. 1.1; **4A_508/2020** vom 25. März 2021 E. 3.1; **5A_142/2019** vom 29. April 2020 E. 5.2; **4A_184/2019** vom 15. Juli 2019 E. 2.1; **4A_529/2017** vom 21. Februar 2018 E. 3.2).

3.1.3. Immerhin ist bei der Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu beachten: Der offenbare Missbrauch des Rechts genießt keinen Rechtsschutz. Der Einberufungsrichter hat daher einem Einberufungs- und

Traktandierungsbegehren nicht stattzugeben, wenn es sich als offensichtlich missbräuchlich oder schikanös herausstellt (**BGE 142 III 16** E. 3.1; Urteile **4A_369/2022** vom 7. Februar 2023 E. 9.1; **4A_441/2021** vom 28. Dezember 2021 E. 1.1; **4A_508/2020** vom 25. März 2021 E. 3.1; **5A_142/2019** vom 29. April 2020 E. 5.2; **4A_529/2017** vom 21. Februar 2018 E. 3.3; anders noch Urteil 4P.127/1991 vom 27. September 1991 E. 4).

3.1.4. In **BGE 137 III 503** hat das Bundesgericht zu Art. 699 Abs. 3 aOR entschieden, dass der Verwaltungsrat die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands ablehnen kann, der aufgrund seines Inhalts zweifelfrei ausserhalb der Kompetenz der Generalversammlung liegt ("indubitablement étranger au domaine de compétence [de l'assemblée générale]"). Sobald jedoch irgendeine Ungewissheit besteht ("quelconque incertitude"), hat der Verwaltungsrat dem Begehren des Aktionärs aber stattzugeben und den Gegenstand zu traktandieren (**BGE 137 III 503** E. 4.1 S. 514). Ob nun der Verwaltungsrat (Art. 699 Abs. 3 aOR) oder der Einberufungsrichter (Art. 699 Abs. 4 aOR) einen Verhandlungsgegenstand traktandiert, kann für die Überprüfbarkeit der zur Traktandierung beantragten Gegenstände keinen Unterschied machen, regelt doch Abs. 4 von Art. 699 aOR lediglich die gerichtliche Durchsetzung des in Abs. 3 enthaltenen Anspruchs. Der Einberufungsrichter hat daher eine beantragte Traktandierung nicht nur bei einer Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots abzulehnen (Erwägung 3.1.3), sondern auch dann, wenn der zu traktandierende Gegenstand offensichtlich ausserhalb der Kompetenz der Generalversammlung liegt und zweifelsfrei in die Kompetenz des Verwaltungsrats (oder eines anderen Organs) fällt (vgl. Urteil **5A_142/2019** vom 29. April 2020 5.2; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022; § 8 N. 214; Karin Müller/ Alice Käch/Simon Leu, Ausgewählte Entscheide im Gesellschaftsrecht der Jahre 2015/2016 in Kürze, Jusletter 20. Februar 2017, Rz. 144).

3.1.5. Die Rechtslage zu Fragen der Kompetenzabgrenzung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat ist allerdings nicht immer klar (Dieter Dubs / Roland Truffer, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N. 29 zu Art. 699 OR). Sobald daher irgendeine Unsicherheit besteht und nicht zweifelsfrei feststeht, dass die Generalversammlung nicht zuständig ist, ist es nicht Sache des Richters, im summarischen Einberufungs- und Traktandierungsverfahren eine abschliessende Beurteilung der Kompetenzfrage vorzunehmen. Vielmehr hat er im Zweifelsfall dem Antrag des Aktionärs nachzukommen und den Gegenstand zu traktandieren. Ob die Generalversammlung kompetent und die dort gefassten Beschlüsse gültig sind, ist anschliessend im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu prüfen.

3.2. In diesem Sinne prüfte die Vorinstanz, ob der Beschluss über das Sale and Contribution Agreement offensichtlich nicht in die Kompetenz der Generalversammlung der Beschwerdeführerin fällt.

Sie legte dazu ausführlich dar, dass der Abschluss des Geschäfts einen Geschäftsentscheid darstelle. Auch beim Entscheid darüber, ob und mit welchen Gegenmassnahmen einem Interessenkonflikt beim Abschluss des Geschäfts begegnet werden soll, handle es sich um einen Geschäftsentscheid, welcher in die unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrates falle. Entsprechend wäre es eine Gesetzesumgehung, wenn den Aktionären das Recht eingeräumt würde, darüber eine Beschlussfassung zu verlangen. Die Geschäftsführung müsse beim Verwaltungsrat (oder einer von ihm eingesetzten Geschäftsführung) verbleiben. Die Generalversammlung sei konzeptuell kein Organ für Beschlüsse der Geschäftsführung. Vorbehalten bleibe allerdings der Fall, bei dem der Gesamtverwaltungsrat beschlussunfähig sei, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder einem Interessenkonflikt unterlägen. In einem solchen Fall stehe jedenfalls nicht zweifelsfrei fest, dass die Generalversammlung unzuständig sei, um ein bestimmtes Geschäft zu genehmigen. Die Rechtsfrage der Zuständigkeit der Generalversammlung für solche Fälle müsse vorliegend nicht abschliessend geklärt werden. Eine offensichtliche Unzuständigkeit liege jedenfalls nicht vor, wenn sämtliche Verwaltungsratsmitglieder einem Interessenkonflikt unterlägen, was vorliegend zutrefte. Die Erstinstanz habe daher zu Recht erkannt, dass zumindest gewisse Zweifel daran bestünden, ob das angebehrte Traktandum nicht der Generalversammlung zur Beschlussfassung vorgelegt werden dürfe. Folglich sei die Generalversammlung nicht offensichtlich unzuständig, um dieses Geschäft zu genehmigen.

3.3. Dagegen wiederholt die Beschwerdeführerin ihre bereits vor der Vorinstanz vorgetragene Argumentation, wonach der zur Traktandierung begehrte Gegenstand als Geschäftsentscheid offensichtlich nicht in die Kompetenz der Generalversammlung falle. Es bestehe kein Anspruch der Aktionäre auf Genehmigung von Geschäftsentscheiden, und zwar selbst dann nicht, wenn sich

sämtliche Verwaltungsräte in einem Interessenkonflikt befänden. Die Vorinstanz verletze Art. 716a Abs. 1 aOR und Art. 699 Abs. 4 aOR. Der Beschluss verletze auch die Grundstruktur der Aktiengesellschaft und sei deshalb nichtig im Sinne von Art. 706b Ziff. 3 OR. Es sei zudem widersprüchlich und willkürlich im Sinne von Art. 9 BV, wenn die Vorinstanz zunächst ausführe, beim Entscheid, das Geschäft abzuschliessen, handle es sich um einen Geschäftsentscheid, der in die alleinige unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrats falle, und später festhalte, die Zuständigkeit des Verwaltungsrats stehe nicht zweifelsfrei fest. Indem die Vorinstanz schliesslich erkläre, die Frage der Zuständigkeit der Generalversammlung müsse nicht abschliessend geklärt werden, verletze sie Art. 699 Abs. 3 aOR und Art. 57 ZPO.

3.4. Letztere Rüge geht fehl. Der Einberufungsrichter hat nicht abschliessend zu beurteilen, ob die Generalversammlung für den angebehrten Verhandlungsgegenstand zuständig ist, sondern nur, ob sie nicht offensichtlich unzuständig ist (Erwägung 3.1.5). Das hat die Vorinstanz zutreffend erkannt. Ebensovienig verletzte die Vorinstanz das Willkürverbot. Vielmehr legte sie nachvollziehbar dar, dass der Verwaltungsrat für Geschäftsentscheide zuständig sei, aber in der Ausnahmesituation eines Interessenkonflikts aller Verwaltungsratsmitglieder nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden könne, dass nicht die Generalversammlung für den Entscheid zuständig sein könnte. Der gerügte Widerspruch, welcher den Entscheid als offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 9 BV erscheinen liesse, liegt nicht vor.

3.5. Auch im Übrigen ist der Vorinstanz zu folgen. Dem Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung und Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes wäre unter den gegebenen Umständen nur dann nicht stattzugeben, wenn die Beschlussfassung über das strittige Sale and Contribution Agreement offensichtlich ausserhalb der Kompetenz der Generalversammlung der Beschwerdeführerin läge und zweifelsfrei in die Kompetenz des Verwaltungsrats fiele. Das ist hier nicht der Fall: Das hier anwendbare Aktienrecht regelt nicht ausdrücklich, wie bei Interessenkonflikten vorzugehen ist (vgl. aber Art. 717a OR), und ob die Generalversammlung in dieser Situation über den Geschäftsentscheid abstimmen könnte. Im vorinstanzlichen Entscheid ist auch nicht festgestellt, dass die Statuten der Beschwerdeführerin die hier strittige Frage adressieren und sich aus den Statuten die Zuständigkeit der Organe zweifelsfrei ergeben würde (so im Urteil 5A_142/2019 vom 29. April 2020 E. 5.3). Dass dies der Fall wäre, wird auch von den Parteien nicht geltend gemacht.

Für Insichgeschäfte hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass die Generalversammlung als "übergeordnetes Organ" für die Genehmigung zuständig sein kann (dazu: [BGE 127 III 332 E.](#) 2b/aa; [126 III 361 E.](#) 3a; je mit Hinweisen). Für Interessenkonflikte im Allgemeinen ist sodann in der Lehre umstritten, ob der Verwaltungsrat bei Interessenkonflikten aller seiner Mitglieder ein Rechtsgeschäft der Generalversammlung zur Genehmigung vorlegen kann (vgl. etwa Böckli, a.a.O., § 9 N. 848 ff.; Christoph B. Bühler, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, N. 153 ff. zu Art. 717 OR; je mit weiteren Hinweisen). Wenn nun aber ein Teil der Lehre davon ausgeht, dass der Verwaltungsrat bei einem Interessenkonflikt seiner Mitglieder ein Geschäft der Generalversammlung unterbreiten kann, ist nicht offensichtlich und ohne Zweifel ersichtlich, dass die Generalversammlung in der vorliegenden Ausnahmesituation eines Interessenkonflikts aller Verwaltungsratsmitglieder offensichtlich unzuständig wäre, wenn die Beschwerdegegner als Aktionäre die Traktandierung des vom Interessenkonflikt betroffenen Geschäfts verlangen. Zumindest zeigt die Beschwerdeführerin nicht hinreichend auf, dass solches in jedem Fall kategorisch ausgeschlossen wäre. Somit steht nicht fest, dass die Generalversammlung der Beschwerdeführerin für das zu traktandierende Geschäft offensichtlich und zweifelsfrei unzuständig ist.

Steht dies aber nicht nicht zweifelsfrei fest, ist es nicht Sache des Einberufungsrichters, eine abschliessende Beurteilung der Kompetenzfrage vorzunehmen, sondern er hat im vorliegenden Zweifelsfall dem Antrag der Beschwerdegegner nachzukommen, die Generalversammlung der Beschwerdeführerin einzuberufen und den angebehrten Gegenstand zu traktandieren. Dass das Gesuch rechtsmissbräuchlich oder schikanös sei, macht die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht mehr geltend. Die Vorinstanz ist daher zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Generalversammlung unter den vorliegenden Umständen nicht offensichtlich unzuständig ist und dem Antrag deshalb stattzugeben ist. Bundesrecht ist damit nicht verletzt.

4.

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 6'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zug, II. Zivilabteilung schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. Oktober 2023

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Brugger