

Streit im Aktionariat – Organisationsmangel und Interessenkonflikt bei der Stimmrechtsausübung für minderjährige Aktionäre

Zugleich eine Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2. Mai 2024

Karin Müller | Jonas Wolfisberg*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. Berechtigung einer faktischen Verwaltungsrätin zur Einberufung einer Generalversammlung?
 - 2. Amtsdauer der Revisionsstelle und Verhältnis zu Art. 699 Abs. 2 OR
 - 3. Vorliegen eines qualifizierten Interessenkonflikts bei C.?
- III. Bemerkungen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Einberufung einer Generalversammlung durch ein nicht rechtzeitig wiedergewähltes Verwaltungsratsmitglied
 - 3. Ende der Amtsdauer der Revisionsstelle
 - 4. Eignung der Einsetzung von C. als befristete Verwaltungsrätin zur Behebung des Organisationsmangels?
- IV. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die B. AG (Gesuchsgegnerin) bezweckt insbesondere die Beteiligung an anderen Gesellschaften sowie deren Verwaltung und Finanzierung. Sie ist Alleineigentümerin verschiedener Gesellschaften. Einzige Verwaltungsrätin der B. AG ist laut Handelsregistereintrag C. (Nebenintervenientin 1). Die I. AG ist die Revisionsstelle der Gesellschaft.¹ C. und A. (Gesuchsteller) halten je 225 Aktien an der B. AG. Dies entspricht je einem Kapital- und Stimmenanteil von 45%. Die dritte Aktionärin ist J., die minderjährige Tochter der C., mit einem Kapital- und Stimmenanteil von 10%.²

Am 5. August 2022 reichte A. beim Kantonsgericht Zug ein Gesuch um Einsetzung eines Sachwalters und Ergreifung erforderlicher Massnahmen nach Art. 731b OR ein. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass die B. AG weder über einen rechtsgültig gewähl-

ten Verwaltungsrat noch über eine rechtsgültig gewählte Revisionsstelle verfüge, weil keine rechtzeitigen Wiederwahlen erfolgt seien. Der Einzelrichter wies nach erfolgter Zulassung von C. und eines weiteren Nebenintervenienten das Gesuch mit Entscheid vom 24. Februar 2023 ab.³

Gegen diesen Entscheid erhob A. Berufung beim Obergericht Zug und beantragte die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung. Eventualiter verlangte er u.a. die Bestellung eines unabhängigen Sachwalters und einer unabhängigen Revisionsstelle sowie die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse, welche an der Generalversammlung vom 31. Mai 2022 gefasst worden waren.⁴ Mit Entscheid vom 4. Juli 2023 hiess das Obergericht die Berufung teilweise gut und hob den erstinstanzlichen Entscheid auf. Es setzte C. für eine befristete Zeit als Verwaltungsrätin mit Einzelunterschrift ein und auferlegte ihr die Verpflichtung, die Aktionäre zu einer Generalversammlung einzuladen, an welcher die Wahl des Verwaltungsrats zu traktandieren ist, und diese Generalversammlung durchzuführen.⁵

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 7. August 2023 beantragte A. beim Bundesgericht die Aufhebung des Urteils des Obergerichts und die Bestellung eines unabhängigen Sachwalters.⁶ Am 6. September 2023 erhob auch die B. AG Beschwerde in Zivilsachen und beantragte die teilweise Aufhebung des Urteils des Obergerichts sowie die Abweisung des Gesuchs von A.⁷ Das Bundesgericht vereinigte die beiden Verfahren und wies die Beschwerden ab.⁸

* Prof. Dr. iur. Karin Müller, Rechtsanwältin, ist Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern. Rechtsanwalt und Notar Jonas Wolfisberg, MLaw, ist wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern. Wir danken Frau Annina Imwinkelried, cand. BLaw, für die Unterstützung bei der Bereinigung des Manuskripts und der Zitatkontrolle.

¹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 Sachverhalt A.a.

² BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 Sachverhalt A.b.

³ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 Sachverhalt B.a.

⁴ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 Sachverhalt B.b.a.

⁵ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 Sachverhalt B.b.b.

⁶ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 Sachverhalt C.a.

⁷ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 Sachverhalt C.b.

⁸ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 1 und Dispositiv Ziff. 2 und 3.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Berechtigung einer faktischen Verwaltungsrätin zur Einberufung einer Generalversammlung?

Vor Bundesgericht rügte die B. AG, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Organisationsmangel in Bezug auf den Verwaltungsrat bejaht und somit Art. 731b OR verletzt.⁹ Das Bundesgericht schützte die Ansicht der Vorinstanz, wonach es einem Verwaltungsrat nach Ablauf seiner Amtszeit verwehrt ist, eine Generalversammlung einzuberufen, welche diesen gültig wiederwählen kann.¹⁰ Es führte aus, ein Verwaltungsrat sei nach Ablauf seiner Amtsdauer als faktisches Organ nicht (mehr) befugt, zu einer Generalversammlung einzuladen. Dennoch müsse er alles Notwendige zur Herstellung des rechtmässigen Zustands vorkehren und insbesondere dafür sorgen, dass eine Generalversammlung einberufen und durchgeführt werde.¹¹ Dies könne beispielsweise dadurch geschehen, dass ein faktischer Verwaltungsrat auf die Durchführung einer Universalversammlung hinwirke. Wenn ein faktischer Verwaltungsrat selber zu einer ordentlichen Generalversammlung einladen dürfte, würde dies die Stellung eines faktischen Verwaltungsrats derjenigen eines formellen Organs zu stark annähern. Das Bundesgericht lehnte eine solche Annäherung mit dem Argument ab, dass die Rechtsfigur des faktischen Organs primär einen Haftungstatbestand darstelle. Es hielt alsdann fest, dass C. nicht berechtigt gewesen sei, zur Generalversammlung vom 31. Mai 2022 einzuladen.¹²

Unter anderem mit Verweis auf BGE 148 III 69 führte das Bundesgericht sodann aus, dass die Generalversammlung der B. AG von einer nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrätin und damit durch ein unzuständiges Organ einberufen worden sei. Weil es sich nicht um eine Universalversammlung i.S.v. Art. 701 OR gehandelt habe, seien die Beschlüsse der Generalversammlung vom 31. Mai 2022 nichtig.¹³ Die Vorinstanz habe zusammenfassend zu Recht einen Organisationsmangel in Bezug auf den Verwaltungs-

rat bejaht.¹⁴ Die Beschwerde der B. AG wurde daher abgewiesen.¹⁵

2. Amtsdauer der Revisionsstelle und Verhältnis zu Art. 699 Abs. 2 OR

A. rügte seinerseits, dass die Vorinstanz einen Organisationsmangel betreffend die Revisionsstelle zu Unrecht verneint und damit Art. 731b OR verletzt habe.¹⁶ Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang fest, dass nach Art. 730a Abs. 1 OR die Amtszeit der Revisionsstelle mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung ihrer Amtsperiode endet. Mit BGE 86 II 171 sei bereits unter dem Aktienrecht von 1936 entschieden worden, dass die Amtszeit der Revisionsstelle bei fehlender Durchführung der ordentlichen Generalversammlung automatisch verlängert werde und so lange weiterdauere, bis wieder eine Generalversammlung stattfinde. Zudem entspreche es auch der herrschenden Lehre, dass die Amtszeit der Revisionsstelle im Gegensatz zu derjenigen des Verwaltungsrats nicht mit Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR auslaufe.¹⁷ Eine analoge Anwendung von BGE 148 III 69 (Ablauf der Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern) auf die Revisionsstelle sei abzulehnen. Der Wortlaut von Art. 730a OR lasse keinen Zweifel am Zeitpunkt des Endes der Amtsdauer der Revisionsstelle. Schliesslich sei die Revisionsstelle für die Prüfung der Jahresrechnung als bestimmte Handlung gewählt, im Gegensatz zum Verwaltungsrat, der zum Handeln für eine bestimmte Periode berufen sei.¹⁸ Die Vorinstanz habe daher einen Organisationsmangel bezüglich der Revisionsstelle zu Recht verneint.¹⁹ Die Beschwerde von A. wurde daher abgewiesen.²⁰

3. Vorliegen eines qualifizierten Interessenkonflikts bei C.?

A. wandte sich im Verfahren schliesslich gegen die befristete Einsetzung von C. als Verwaltungsrätin zur Behebung des Organisationsmangels.²¹ Er rügte dies-

⁹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.

¹⁰ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

¹¹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

¹² BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

¹³ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.3.2.

¹⁴ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.4.

¹⁵ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 7.

¹⁶ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 8.

¹⁷ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 8.2.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 8.2.

¹⁹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 8.3.

²⁰ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 10.

²¹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.

bezüglich eine Verletzung von Bundesrecht, indem die Vorinstanz einen qualifizierten Interessenkonflikt zu Unrecht verneint habe.²² Das Bundesgericht führte unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung aus, dass es sich bei den in Art. 731b Abs. 1^{bis} OR zur Behebung eines Organisationsmangels aufgeführten Massnahmen um einen nicht abschliessenden Katalog handle. Das Gericht könne daher auch eine nicht im Gesetz erwähnte Massnahme anordnen.²³ Ein Organisationsmangel betreffend den Verwaltungsrat könne grundsätzlich auch bei fehlender Beschlussfähigkeit vorliegen.²⁴ Interessenkonflikte im Verwaltungsrat könnten sich zu einem Organisationsmangel (qualifizierter bzw. verdichteter Interessenkonflikt) zuspitzen. Ein qualifizierter Interessenkonflikt liege z.B. bei einer gleichzeitigen Vertretung der Kläger- und der Beklagtenseite durch ein Organ oder dann vor, wenn sämtliche Verwaltungsratsmitglieder divergierende Interessen verfolgten und so die Interessen der Gesellschaft nicht mehr unabhängig vertreten werden könnten.²⁵

Nach Auffassung des Bundesgerichts stellte das Fehlen eines qualifizierten Interessenkonflikts eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die befristete Einsetzung von C. als Verwaltungsrätin dar.²⁶ Die Vorinstanz habe, wenn auch nur ergänzend, begründet, weshalb die Einsetzung von C. als Verwaltungsrätin zur Behebung des Organisationsmangels geeignet sei. Sie benötige (als bisherige Verwaltungsrätin) keine Einarbeitung, werde von der Mehrheit der Aktionäre akzeptiert und sei zudem nur befristet ins Amt eingesetzt worden. Die von A. diesbezüglich geübte Kritik sei lediglich appellatorischer Natur und vermöge insbesondere keinen qualifizierten Interessenkonflikt zu begründen.²⁷

C. wurde nach Ansicht des Bundesgerichts daher zu Recht befristet als Verwaltungsrätin der B. AG eingesetzt, um den Organisationsmangel zu beheben.

A. lege keine Gründe dar, welche C. als ungeeignet erscheinen liessen, und versuche vermögensrechtliche Streitpunkte ins Organisationsmängelverfahren i.S.v. Art. 731b OR einzuführen. Ein solches Vorgehen dürfe keinen Erfolg haben.²⁸ Daher hat das Bundesgericht die Beschwerde von A. (auch in diesem Punkt) abgewiesen.²⁹

III. Bemerkungen

1. Allgemeines

Im vorliegenden Fall war streitig, ob ein doppelter Organisationsmangel (fehlender Verwaltungsrat und fehlende Revisionsstelle) vorlag. In BGE 148 III 69 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass das Verwaltungsratsmandat mit Ablauf des sechsten Monats nach Abschluss des betreffenden Geschäftsjahrs endet, wenn keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrats nicht traktandiert wird.³⁰ Die Fortdauer bzw. stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats ist damit ausgeschlossen. Die Nicht(wieder)wahl des Verwaltungsrats innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf seiner Amtsdauer führt zu einem Organisationsmangel. Ob diese Rechtsprechung auch auf die Revisionsstelle übertragen werden kann, konnte das Bundesgericht damals offenlassen, weil die betroffene Gesellschaft aufgrund eines *Opting-out* nicht über eine Revisionsstelle verfügte.³¹ Letztere Frage stellte sich nun aber im vorliegenden Fall. Zu entscheiden war, ob die Amtsdauer einer nicht rechtzeitig wiedergewählten Revisionsstelle mit Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR – analog zu derjenigen des Verwaltungsrats³² – abläuft. Zudem hatte das Bundesgericht die Frage zu beantworten, ob die vorliegend nicht rechtzeitig wiedergewählte Verwaltungsrätin als faktisches Organ eine Generalversammlung einberufen darf, die gültig Beschlüsse fassen kann.

Neben diesen beiden Themen wirft der Entscheid eine weitere interessante Frage auf, nämlich diejenige

²² BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.

²³ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.1.2, mit Verweis auf BGE 147 III 537 E. 3.1.1; 142 III 629 E. 2.3.1.

²⁴ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.1, mit Verweis auf Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 14 N 242.

²⁵ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.1, mit Verweis auf BGer 4A_412/2020 E. 4.3.2; 4A_717/2014 E. 2.5.2.

²⁶ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.2.

²⁷ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.3 und E. 9.4.

²⁸ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.4.3.

²⁹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 10.

³⁰ BGE 148 III 69 E. 3.5.

³¹ Vgl. dazu Müller Karin/Lang Michèle, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2022, veröffentlicht in Band 148 sowie im Internet, ZBJV 2024, 1 ff., 17.

³² Vgl. BGE 148 III 69 ff.

nach dem Umgang mit einem (qualifizierten) Interessenkonflikt. Wie ausgeführt, haben die Gerichte vorliegend einen qualifizierten Interessenkonflikt verneint. A. hatte den mutmasslich bestehenden Interessenkonflikt im Wesentlichen mit der Eröffnung von Strafverfahren gegen C. im Zusammenhang mit Tochtergesellschaften der B. AG begründet. Der Interessenkonflikt führe dazu, dass C. die Interessen der B. AG nicht gebührend wahren könne.³³ Die Gerichte sahen dies nicht als erwiesen an.³⁴ Ferner behauptete A., dass C. nicht neutral sei und die gerichtliche Einsetzung als Verwaltungsrätin das Gebot der Rechtsgleichheit verletze.³⁵ Beide Rügen verwarf das Bundesgericht. In Bezug auf die Frage der Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots führte es aus, dass es an einem vergleichbaren Sachverhalt fehle. A. verfüge zwar ebenfalls (so wie C.) über eine Beteiligung im Umfang von 45% an der B. AG. Es bestünden aber gewichtige Unterschiede zwischen ihm und C. So sei er zuletzt nicht Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft gewesen und werde auch nicht von der Mehrheit der Aktionäre getragen.³⁶ Die Einsetzung von C. als befristete Verwaltungsrätin wurde von den Gerichten unter anderem damit begründet, dass sie die Mehrheit der Aktionäre hinter sich habe.³⁷ Diese Begründung führt vorliegend indessen zur Frage, ob nicht gerade darin ein mögliches Problem bezüglich der Unabhängigkeit von C. hätte erblickt werden müssen, das gegen ihre Einsetzung als Verwaltungsrätin gesprochen hätte. Die Situation, dass die minderjährige Tochter von C. einen Kapital- und Stimmenanteil von 10% an der B. AG hielt und C. somit zusammen mit ihrer Tochter über die Mehrheit der Aktien der Gesellschaft verfügte, wurde in den Entscheiden nicht weiter thematisiert. Das Obergericht Zug führte im Zusammenhang mit der Frage, ob bei der B. AG eine Pattsituation vorliege, bloss aus, C. und ihre minderjährige Tochter könnten aufgrund ihrer Aktienmehrheit entscheiden, weshalb keine Blockade vorliege. Unterschiedliche Ansichten zwischen A. als Aktionär sowie C. und ihrer minderjäh-

rigen Tochter als Aktionärinnen würden nicht bereits zu einer Pattsituation führen.³⁸

Dies ist grundsätzlich richtig. Allerdings stellt sich vor dem Hintergrund, dass zwischen A. und C. seit Jahren Streit herrscht³⁹ und eine offenbar unzumutbare erbrechtliche Situation vorliegt,⁴⁰ die Frage, ob die Einsetzung von C. als befristete Verwaltungsrätin tatsächlich zu Recht erfolgt ist. Es ist erstaunlich, dass die hier angesprochene Problematik – gerade im Hinblick auf den vorliegenden Kontrollstreit – im Verfahren nicht eingehender thematisiert wurde.

Im Folgenden wird daher neben der Behandlung des doppelten Organisationsmangels auch auf die Frage eingegangen, ob C. vom Gericht zu Recht als befristete Verwaltungsrätin eingesetzt wurde.

2. Einberufung einer Generalversammlung durch ein nicht rechtzeitig wiedergewähltes Verwaltungsratsmitglied

2.1 Befugnisse eines nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsratsmitglieds

Wie ausgeführt, hatte das Bundesgericht in seinen Erwägungen festgehalten, dass ein nicht rechtzeitig wiedergewähltes Verwaltungsratsmitglied als faktisches Organ keine Generalversammlung mehr einberufen kann. Tut es dies dennoch, sind die an dieser Versammlung gefassten Beschlüsse nichtig. Diese Rechtsprechung hat weitreichende Folgen, zumal in der Praxis eine nicht zu unterschätzende Anzahl von – vor allem kleineren – Gesellschaften die (Wieder-) Wahl des Verwaltungsrats aus irgendwelchen Gründen nicht rechtzeitig durchführen dürfte.⁴¹ Faktisch sind wohl tausende von Gesellschaften betroffen, die streng genommen keinen Verwaltungsrat mehr haben. Zudem wird das Problem vielfach erst später in einem allfälligen Konkurs bemerkt und dann ist das Chaos perfekt.

Der Entscheid führt zudem zu (weitreichenden) Folgefragen.⁴² So stellt sich etwa die Frage, welche

³³ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2 und E. 9.4.1.

³⁴ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.4 und E. 9.4.2.

³⁵ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.3 und E. 9.3.5.

³⁶ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.5.

³⁷ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2 und E. 9.3.3.

³⁸ Vgl. OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 8.1.

³⁹ Vgl. OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.1; vgl. auch BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2.

⁴⁰ KGer ZG ES 2022 595 vom 24.2.2023 E. 8.

⁴¹ Vgl. neuerdings immerhin das Urteil 4A_508/2023 vom 9.7.2024.

⁴² Müller Matthias P.A./Berger Cédric/Bötticher Daniel, Der faktische Verwaltungsrat: rechtliche Ordnung, Grenzen und Möglichkeiten, Besprechung des Urteils 4A_387/2023,

Rechte und Pflichten einem faktischen Verwaltungsrat zukommen. Das Bundesgericht betont, dass die Stellung eines faktischen Verwaltungsrats nicht derjenigen eines formellen Verwaltungsrats angenähert werden dürfe. Eine Annäherung sei abzulehnen, weil es sich bei der Figur des faktischen Organs in erster Linie um einen Haftungstatbestand handle.⁴³ Damit ist insbesondere auch die Beantwortung der für die Praxis relevanten, bislang aber nicht restlos geklärten Frage, ob ein faktischer Verwaltungsrat eine Überschuldung anzeigen darf oder sogar muss, offen.⁴⁴ Soweit ersichtlich haben sich bislang in der Rechtsprechung und der Lehre diesbezüglich noch keine konsenssicheren Lösungen abgezeichnet.⁴⁵ Die Rechtsstellung eines faktischen Verwaltungsrats ist im Einzelnen umstritten. Dabei gehen insbesondere die Meinungen auseinander, ob es sich beim faktischen Organ um ein sog. «Nichtorgan» oder um ein echtes Organ handelt.⁴⁶ Im Rahmen dieses Beitrags kann nicht im

Detail auf diese Fragen eingegangen werden.⁴⁷ Nach dem Urteil dürfte aber klar sein, dass eine vollumfängliche Gleichstellung von formellen und faktischen Verwaltungsräten nach Ansicht des Bundesgerichts nicht in Betracht kommt.⁴⁸

Ein nicht rechtzeitig wiedergewähltes Verwaltungsratsmitglied kann nach Auffassung des Bundesgerichts als faktisches Organ nicht selbst eine Generalversammlung einberufen, um sich (wieder)wählen zu lassen und so den Organisationsmangel zu beheben. Es soll aber dennoch das Notwendige zur Herstellung des rechtmässigen Zustands vorgehen und insbesondere dafür sorgen, dass eine Generalversammlung abgehalten wird, indem es etwa auf die Durchführung einer Universalversammlung hinwirkt.⁴⁹ Wird die rechtzeitige Wiederwahl des Verwaltungsrats verpasst, gibt es (nach Ansicht des Bundesgerichts) demnach grundsätzlich zwei Möglichkeiten, das Problem zu lösen:⁵⁰ Entweder wird auf die Durchführung einer Universalversammlung hingewirkt oder es wird ein Organisationsmängelverfahren in die Wege geleitet, soweit nicht

4A_429/2023 des schweizerischen Bundesgerichts vom 2. Mai 2024, GesKR 2024, 427 ff., 429.

⁴³ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

⁴⁴ Das Bundesgericht geht für *Ausnahmefälle* von einer Haftung eines faktischen Organs wegen Konkursverschleppung aus (BGer 4A_474/2011 vom 4.1.2012 E. 3.1 und E. 3.4; BGer 4C.366/2000 vom 19.6.2001 E. 6b/bb [Haftung nur, wenn das faktische Organ den formellen Verwaltungsrat von der Bilanzdeponierung abgehalten oder es unterlassen hat, diesen über die Existenz einer Überschuldung zu informieren]); weitergehend BGer 4A_133/2021, 4A_135/2021 vom 26.10.2021 E. 7.2.3 (Pflicht des faktischen Organs zur Vornahme der Überschuldungsanzeige); zurückhaltend *Gericke Dieter/Häusermann Daniel/Waller Stefan*, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2023, Art. 754 N 22c *in fine*; ablehnend *Homburger Eric*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997, Art. 725 N 1254; eine Bilanzdeponierungspflicht des ehemaligen Verwaltungsrats, der als faktisches Organ weiter agiert, bejahend *Häusermann Daniel M./Müller Matthias P.A.*, Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrats, BGE 148 III 69 (Urteil 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021), GesKR 2022, 278 ff., 281 f. und *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 432; vgl. ferner *Handschin Lukas*, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 725 N 100.

⁴⁵ So auch *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 429.

⁴⁶ Für eine Übersicht über den Meinungsstand vgl. *Wytenbach Michael*, *Formelle, materielle und faktische Organe – ein-*

heitlicher Organbegriff?, Diss. Basel 2012, 247 ff.; *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 430, halten zu Recht fest, dass diese Frage entscheidend sei, denn wer davon ausgehe, dass es sich beim faktischen Organ um ein echtes Organ handle, werde diesem dieselben (jedenfalls) einzelne Pflichten und Rechte eines formellen Organs zusprechen wollen, während die Vertreter der anderen Ansicht dem faktischen Organ keine oder kaum Pflichten und Rechte zuerkennen wollten.

⁴⁷ Zur Rechtsstellung des faktischen Organs vgl. aber etwa *Gehriger Pierre-Olivier*, *Faktische Organe im Gesellschaftsrecht*, Unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen, Diss. St. Gallen, Zürich 1979; *Wytenbach* (Fn. 46), 266 ff. und 346 ff. Zu den zivilrechtlichen Folgen einer faktischen Verwaltungsrats Tätigkeit vgl. *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 430 ff.

⁴⁸ Vgl. bereits BGE 146 III 37 ff. (keine rechtsgeschäftliche Vertretung der AG durch ein faktisches Organ); vgl. auch *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 434.

⁴⁹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

⁵⁰ Vgl. auch *Hochstrasser Michael/Auwärter Dorothee*, Einberufung der GV nach abgelaufener Amtsdauer des Verwaltungsrats – ein Urteil, das den Gerichten Arbeit beschert und in der Praxis zu Unsicherheit führt / Besprechung von BGer, 4A_387/2023 und 4A_429/2023, 2.5.2024, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_387/2023 und 4A_429/2023 vom 2. Mai 2024, A. gegen B. AG und B. AG gegen A., C. und D., Massnahmen nach Art. 731b OR, AJP 2024, 1258 ff., 1261; *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 438 f.; *Vischer Markus/Galli Dario*, Die Amtsdauer der Mitglieder des VR als Auslegungsfrage, Bundesgerichtsurteil 4A_508/2023 vom 9. Juli 2024, SZW 2024, 754 ff., 757 ff.

die Revisionsstelle – sofern die Gesellschaft eine solche hat – eine Generalversammlung einberuft.⁵¹

Die vom Bundesgericht angesprochene Schuldigkeit, «das Nötige zu unternehmen, um einen rechtmässigen Zustand herzustellen»,⁵² lässt sich nicht leicht begründen. Von einer eigentlichen Pflicht im rechtlichen Sinne gehen wohl auch die Gerichte nicht aus, zumal völlig offen ist, woraus sich diese ableiten soll. Vielmehr dürfte hier eine blosser Obliegenheit vorliegen.⁵³ Im Übrigen begründet die «Nichterfüllung bzw. Unterlassung», mithin die Nichtvorkehr des Nötigen, keine Pflichtverletzung. Die Pflichtverletzung liegt vielmehr darin, dass nicht rechtzeitig, d.h. vor Ablauf der Sechsmonatsfrist, eine Generalversammlung einberufen wurde. Das Bundesgericht hat verschiedentlich festgehalten, dass ein Verwaltungsrat eine gesetzliche Pflicht verletzt, wenn er es versäumt, die ordentliche Generalversammlung innert der sechsmonatigen Frist nach Art. 699 Abs. 2 OR rechtzeitig einzuberufen bzw. abzuhalten. Diese Pflichtverletzung kann – bei Vorliegen der weiteren Haftungsvoraussetzungen – zu einer Haftung nach Art. 754 OR bzw. zu einer Schadenersatzpflicht des säumigen Verwaltungsratsmitglieds führen.⁵⁴ Die

trotz der Überschreitung der Frist abgehaltene Generalversammlung ist nach herrschender Lehre indessen gültig und die gefassten Beschlüsse sind nicht anfechtbar, weil es sich bei der Frist bloss um eine Ordnungsfrist handelt.⁵⁵ Der Charakter der Sechsmonatsfrist als reine Ordnungsvorschrift ist durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts indessen relativiert worden.⁵⁶

Die Idee, dass der Verwaltungsrat in den besagten Fällen auf eine Universalversammlung hinwirken soll, ist als (pragmatischer) Problemlösungsvorschlag bzw. zur Behebung des Organisationsmangels naheliegend und mag in gewissen Fällen durchaus eine sinnvolle – und einfache – Option sein. In bestimmten Konstellationen, wie auch in der vorliegenden, wird sie in der Praxis aber nicht weiterhelfen,⁵⁷ sei es, dass die Aktionäre zu einer Universalversammlung nicht Hand bieten, sei es, dass der Verwaltungsrat absichtlich keine Generalversammlung einberufen hat und daher auch nicht auf eine Universalversammlung hinwirken wird. Auch bei einem zerstrittenen oder grösseren Aktionariat ist die Universalversammlung keine valable Lösungsmöglichkeit. Zudem können einzelne Aktionäre aufgrund des bloss mittelbaren Einberufungsrechts selber keine Generalversammlung einberufen.⁵⁸

⁵¹ Die Revisionsstelle ist ausnahmsweise befugt (vgl. Art. 699 Abs. 1 OR), eine Generalversammlung einzuberufen, wenn der Verwaltungsrat dies nicht selber tut (vgl. etwa *Häusermann/Müller* [Fn. 44], 280 m.w.H.). Lässt die Revisionsstelle «den Dingen ihren Lauf» und beruft sie die Generalversammlung nicht ein, begeht sie eine Pflichtverletzung (*Kilchmann Jörg/Fries Sandro*, Stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats, Erläuterungen zu BGE 148 III 69 und dessen Folgen insbesondere für die Revisionsstelle, EF 2022, 503 ff., 506 m.w.H.).

⁵² BGE 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

⁵³ A.M. *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 433, die eine Pflicht annehmen. Vgl. auch *Jakob Marcel*, Neuere Bundesgerichtspraxis zum Ablauf der Amtsdauer des Verwaltungsrates, Versuch einer praxisgerechten Einordnung und Vorschlag einer differenzierten Rechtsprechung, SJZ 2024, 1059 ff., 1065, nach dessen Ansicht unklar ist, inwiefern das Bundesgericht dem faktischen Verwaltungsrat damit Pflichten auferlegt.

⁵⁴ BGE 4A_130/2021 vom 28.5.2021 E. 5.2. (vgl. dazu *Müller Karin*, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021, veröffentlicht im Band 147 sowie im Internet, ZBJV 2022, 603 ff., 617 ff.). Nach Auffassung des Bundesgerichts kann ein Verwaltungsrat für die im Einberufungsverfahren der Gesellschaft auferlegten Prozesskosten sowie deren Vertretungskosten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit schadenersatzpflichtig werden, wenn er mit einer Einberufungsklage und deren Gutheissung habe rechnen müssen. Der Ge-

sellschaft seien durch das «sich zur Wehr setzen» gegen die Einberufungsklage unnötige Kosten verursacht worden, für die der Verwaltungsrat einstehen müsse (BGE 4A_130/2021 vom 28.5.2021 E. 5.2).

⁵⁵ Vgl. etwa *Dubs Dieter/Truffer Roland*, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964f OR, inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK), Art. 699 N 50.

⁵⁶ Vgl. auch *Hochstrasser/Auwärter* (Fn. 50), 1262, wonach das Bundesgericht den Charakter «massiv verändert» hat; *Auwärter Dorothee/Hochstrasser Michael*, Umstrittene Amtsdauer des Verwaltungsrats – Ein neues Urteil relativiert die strenge Rechtsprechung/Besprechung von BGE, 4A_508/2023, 9.7.2024, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_508/2023 vom 9. Juli 2024, A. gegen B. AG und C. AG, Massnahmen nach Art. 731b OR, AJP 2025, 410 ff., 413 («Charakter [...] arg in Frage gestellt»); a.M. *Jakob* (Fn. 53), 1060, wonach die Sechsmonatsfrist «grundsätzlich ihren etablierten Charakter als Ordnungsvorschrift» behält. Vgl. auch BGE 4A_508/2023 vom 9.7.2024 E. 3.1.1 und BGE 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 2.4, wo das Bundesgericht bei der Frist von Art. 699 Abs. 2 OR lediglich von einer Ordnungsfrist ausgeht.

⁵⁷ Vgl. dazu auch *Hochstrasser/Auwärter* (Fn. 50), 1261; *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 438.

⁵⁸ Vgl. Art. 699 Abs. 3 und 4 OR; vgl. auch *Vischer/Galli* (Fn. 50), 757 f. Ob die Aktionäre eine Einberufung der Generalversammlung durch das Gericht veranlassen können, zumal

Im Übrigen ist die Argumentation des Gerichts, wonach der nicht mehr amtierende Verwaltungsrat zwar keine Generalversammlung einberufen darf, aber dafür soll sorgen müssen, dass eine Generalversammlung stattfinden kann,⁵⁹ wenig stringent.⁶⁰ Daran ändert auch nichts, dass das Bundesgericht diese Überlegungen der Vorinstanz nicht als widersprüchlich erachtet.⁶¹

Dass ein Verwaltungsrat, dessen Amtsdauer abgelaufen ist, keine Generalversammlung mehr einberufen kann, ist folgerichtig, wenn man davon ausgeht, dem faktischen Organ würden die Befugnisse eines formellen Organs nicht zustehen. Insofern ist die Ansicht des Obergerichts Zug und des Bundesgerichts vertretbar.⁶² Die Argumentation des Obergerichts – die durch das Bundesgericht geschützt wird – mutet allerdings sehr formalistisch an, zumal es die ehemalige Verwaltungsrätin C. als gut geeignet betrachtet⁶³ und daher wieder ins Amt eingesetzt hatte, nachdem es ihr zuvor die Befugnis abgesprochen hatte, eine Generalversammlung zu ihrer (eigenen) Wiederwahl einzuberufen.⁶⁴

Im vorliegenden Fall hätte das Gericht im Rahmen des Organisationsmängelverfahrens eine Generalversammlung anordnen können,⁶⁵ der alsdann die notwendige Beschlussfassung möglich gewesen wäre. Das Gericht ist bei der Wahl einer Massnahme nach Art. 731b Abs. 1^{bis} OR nämlich nicht an die Parteibegheeren gebunden. Bei den in Ziff. 1–3 dieser Bestimmung genannten Massnahmen zur Behebung des Organisa-

tionsmangels handelt es sich um einen exemplifikativen, nicht abschliessenden Katalog. Daher kann das Gericht auch eine gesetzlich nicht typisierte Massnahme anordnen.⁶⁶ Das Obergericht Zug hielt in diesem Zusammenhang fest, dass der Organisationsmangel durch die Einsetzung von C. als befristete Verwaltungsrätin – im Gegensatz zu einer Einberufung einer Generalversammlung durch den Richter – rasch und endgültig beseitigt würde.⁶⁷ Dies ist zwar richtig, doch hätte sich das Gericht durch die Einberufung einer Generalversammlung ersparen können, C. als befristete Verwaltungsrätin einzusetzen und sich dadurch dem Vorwurf auszusetzen, dem von A. monierten Interessenkonflikt nicht gebührend Rechnung getragen zu haben.⁶⁸

Im Unterschied zum vorliegenden Fall hatte das Bundesgericht in einem strafrechtlichen Entscheid aus dem Jahr 2015 ausgeführt, dass der Vorsitzende der Geschäftsleitung, der nach dem Tod des einzigen Verwaltungsrats der Gesellschaft faktisch die Funktion eines Verwaltungsrats ausübte, verpflichtet gewesen sei, eine Generalversammlung zur Wahl eines Verwaltungsrats einzuberufen. Diese Pflicht stützte das Bundesgericht auf Art. 717 Abs. 1 OR.⁶⁹ Daran ändere sich – so das Bundesgericht im besagten Entscheid – auch nichts, dass auch die Revisionsstelle nach Art. 699 Abs. 1 OR diese Pflicht treffe.⁷⁰ Im vorliegenden Fall ging das Kantonsgericht Zug als erste Instanz, gestützt auf den strafrechtlichen Entscheid, denn auch davon aus, dass C. als faktische Verwaltungsrätin verpflichtet (und damit auch befugt) gewesen sei, die Generalversammlung einzuberufen. Der Organisationsmangel könne – so das Kantonsgericht – folglich behoben werden.⁷¹ Wie ausgeführt, sahen sowohl das Obergericht Zug als auch das Bundesgericht dies anders.⁷² Die beiden Fälle sind in der Tat nicht ohne Weiteres vergleichbar. Nichtsdestotrotz mutet die Argumentation der oberen Instanzen im vorliegenden Kontext wie ausgeführt formalistisch an und schiesst letztlich über das Ziel hinaus. Der Entscheid erweist sich – wie in der Literatur zu Recht be-

kein vorgängiges Begehren an den Verwaltungsrat (der ja fehlt) gestellt werden kann, ist umstritten (vgl. die Nachweise bei *Vischer/Galli* [Fn. 50], 758 Fn. 27).

⁵⁹ OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 4.4; vgl. auch BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

⁶⁰ Vgl. auch *Müller/Berger/Böttcher* (Fn. 42), 433, welche die Erwägungen des Bundesgerichts für widersprüchlich halten.

⁶¹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

⁶² Zustimmend auch *Vischer/Galli* (Fn. 50), 758, wonach die durch den Verwaltungsrat als faktisches Organ einberufene Generalversammlung mangels gültiger Einladung nichtig sei.

⁶³ Das Obergericht führte in diesem Zusammenhang aus, C. sei bereits seit dem Jahr 2013 Verwaltungsrätin der Gesellschaft und benötige keine Einarbeitung. Zudem werde sie als Verwaltungsrätin unbestrittenermassen von der Mehrheit der Aktionäre getragen (OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.4; vgl. auch BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2).

⁶⁴ Vgl. *Hochstrasser/Auwärter* (Fn. 50), 1261.

⁶⁵ Vgl. BGer 4A_605/2014 vom 5.2.2015 E. 2.1.6.

⁶⁶ BGE 138 III 294 E. 3.1.4 und E. 3.3.3.

⁶⁷ OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.4.

⁶⁸ *Hochstrasser/Auwärter* (Fn. 50), 1262, erachten die gerichtliche Lösung demgegenüber als «pragmatisch und richtig».

⁶⁹ BGer 6B_697/2014 vom 27.2.2015 Sachverhalt A. und E. 2.3.

⁷⁰ BGer 6B_697/2014 vom 27.2.2015 E. 2.3.

⁷¹ KGer ZG, ES 2022 595 vom 24.2.2023 E. 6.1.

⁷² BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.2.2.

merkt wird – als Danaergeschenk für Gesellschaft und Aktionäre.⁷³

2.2 Rechtsfolgen einer mangelhaften Einberufung einer Generalversammlung

Nachdem geklärt war, dass ein nicht rechtzeitig wiedergewähltes Verwaltungsratsmitglied keine Generalversammlung einberufen kann, stellte sich die Frage, welche Rechtsfolgen die mangelhafte Einberufung für die an der Generalversammlung gefassten Beschlüsse hat. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass «namentlich alle von einer nicht in gültiger Weise zustande gekommenen bzw. beschlussunfähigen Generalversammlung gefassten Beschlüsse»⁷⁴ nichtig seien. Dies sei der Fall, wenn nur ein Teil der Aktionäre eingeladen oder die Generalversammlung – wie vorliegend – von einer unzuständigen Stelle einberufen wurde.⁷⁵ Aus diesem Grund kam das Bundesgericht – wie zuvor das Obergericht Zug – zum Ergebnis, dass die an der besagten Generalversammlung gefassten Beschlüsse nichtig sind.⁷⁶

Geht man davon aus, dass ein nicht rechtzeitig wiedergewähltes Verwaltungsratsmitglied keine Generalversammlung einberufen kann und daher diesbezüglich unzuständig ist, ist diese Ansicht folgerichtig. Die Beschlüsse der von einem unzuständigen Organ einberufenen Generalversammlung sind von Anfang an unwirksam und gelten als nicht zustande gekommen.⁷⁷ Vorliegend bedeutete dies u.a., dass die Jahresrechnungen aufgrund der Nichtigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung nicht abgenommen worden sind und die bisherige Revisionsstelle

weiterhin diese Funktion innehatte,⁷⁸ zumal ihre Amtsdauer nicht mit Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR endet. Auf Letzteres ist zurückzukommen.⁷⁹

Dass das Bundesgericht von der Nichtigkeit der Beschlüsse und nicht bloss von deren Anfechtbarkeit⁸⁰ ausgeht, hat für zahlreiche, vor allem kleinere Gesellschaften, welche die Frist von Art. 699 Abs. 2 OR – aus irgendwelchen Gründen⁸¹ – verpassen und daher keinen formellen Verwaltungsrat mehr haben, gravierende Konsequenzen.⁸² Auch wenn die Annahme der Nichtigkeit grundsätzlich stringent ist, stellt sich die Frage, ob der Rechtssicherheit nicht besser gedient wäre, wenn die Beschlüsse in einer solchen Konstellation lediglich anfechtbar wären.⁸³ Dies liesse sich durchaus rechtfertigen, wenn man sich vor Augen hält, dass sich die Stellung eines nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrats, der eine Generalversammlung einberuft, um die (verpasste) Wiederwahl durchzuführen, von derjenigen eines anderen faktischen Organs (z.B. eines Geschäftsführers) oder eines Mehrheitsaktionärs unterscheidet, die sich die Einberufung einer Generalversammlung anmassen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist in Konstellationen wie der vorliegenden Nichtigkeit als Rechtsfolge für schwerwiegende Mängel demnach nicht angezeigt. Dies u.a. auch vor dem Hintergrund, dass die ordentliche Generalversammlung in der Praxis in vielen Fällen entgegen Art. 699 Abs. 2 OR nicht in der vorgeschriebenen Frist von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahrs stattfindet.⁸⁴

⁷³ So Jakob (Fn. 53), 1064 ff.

⁷⁴ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.3.1.

⁷⁵ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 6.3.1.

⁷⁶ Das Bundesgericht geht in konstanter strenger Praxis von der Nichtigkeit der Beschlüsse aus, wenn die Generalversammlung durch eine unzuständige Stelle einberufen wurde (BGE 115 II 468 E. 3b; BGer 4C.107/2005 vom 29.6.2005 E. 2.1; 4A_279/2018 vom 2.11.2018 E. 5.3); differenzierend Böckli (Fn. 24), § 8 N 659 (Nichtigkeit, wenn die Einberufung von einer «absolut unzuständigen Stelle» ausgeht).

⁷⁷ Zur Nichtigkeit von Beschlüssen vgl. Dubs/Truffer, BSK (Fn. 55), Art. 706b N 4 ff. und 8 ff.; Tanner Brigitte, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 706b N 15; von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 1211 ff.

⁷⁸ OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 4.6.2; vgl. auch BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 8.1.

⁷⁹ Vgl. III.3 hinten.

⁸⁰ Für die blosse Anfechtbarkeit der Beschlüsse treten etwa Müller/Berger/Böttcher (Fn. 42), 435, ein.

⁸¹ In aller Regel dürfte die rechtzeitige Durchführung der Generalversammlung schlicht vergessen gegangen oder aus wichtigen Gründen, etwa weil der Jahresabschluss noch nicht vorliegt, verschoben worden sein. In den wenigsten Fällen ist ein Verwaltungsrat, der sich an sein Amt klammert, oder gar Böswilligkeit der Grund für das Verpassen der Frist (Müller/Berger/Böttcher [Fn. 42], 435 f.; vgl. auch Jakob [Fn. 53], 1066).

⁸² Vgl. dazu auch Müller/Berger/Böttcher (Fn. 42), 436; vgl. ferner Chabloz Isabelle/Aymon Nicolas A./Masson Nadia, Le droit des sociétés 2024/2025/Das Gesellschaftsrecht 2024/2025, SZW 2025, 204 ff., 205.

⁸³ Für eine Differenzierung auch Müller/Berger/Böttcher (Fn. 42), 435 f.

⁸⁴ Vgl. dazu Häusermann/Müller (Fn. 44), 285; Jakob (Fn. 53), 1064, wonach es «für Praktiker (anders für das Bundes-

Die blosser Anfechtbarkeit der Beschlüsse der Generalversammlung und damit auch des Beschlusses über die Wiederwahl des Verwaltungsrats hat zudem den Vorteil, dass bei zukünftig gefassten Verwaltungsratsbeschlüssen sowie Beschlüssen von Generalversammlungen, die durch den vermeintlichen Verwaltungsrat einberufen werden, nicht ebenfalls das Risiko der Nichtigkeit droht, soweit die Wahl des Verwaltungsrats nicht erfolgreich angefochten wird.⁸⁵ Ferner würde sich damit in vielen Fällen der Gang ans Gericht erübrigen.⁸⁶ Die Nichtigkeit der Beschlüsse führt demgegenüber zu erheblicher Unsicherheit, weil deren Geltendmachung – im Unterschied zur Anfechtung⁸⁷ – an keine Frist gebunden ist.⁸⁸ Insofern ist die Tragweite des Urteils nicht zu unterschätzen.⁸⁹

3. Ende der Amtsdauer der Revisionsstelle

Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Amtsdauer der Revisionsstelle mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung ihrer Amtsperiode endet. Diese Ansicht verdient Zustimmung⁹⁰ und wird insbesondere durch den Wortlaut von Art. 730a Abs. 1 Satz 2 OR gestützt. Die Amtsdauer der Revisionsstelle verlängert sich demnach – im Unterschied zu derjenigen eines Verwaltungsratsmitglieds – entsprechend, wenn die Abnahme der Jahresrechnung nicht wie geplant an der dem Geschäftsjahr folgenden ordentlichen Generalversammlung stattfinden kann.⁹¹ Bereits in einem älteren Entscheid (zum OR 1936) hatte das Bundesgericht ausgeführt, «die Amtsdauer der Kontrollstelle

[kann] erst mit der ihr obliegenden Berichterstattung an die Generalversammlung zu Ende gehen. Findet die Generalversammlung nicht statt, so ist die logische Folge daraus, dass auch die Amtsdauer der Kontrollstelle nicht ablaufen kann, sondern sich automatisch verlängert und solange weiterdauert, bis wieder eine Generalversammlung abgehalten wird. Die gegenteilige Annahme würde zu äusserst stossenden Ergebnissen führen».⁹² Dass das Bundesgericht vorliegend seine Rechtsprechung bestätigt, ist zu begrüssen. Die Begründung, wonach der Wortlaut massgebend sei, weil Art. 730a OR keinen Zweifel daran lasse, wann die Amtsdauer der Revisionsstelle endet, entspricht ständiger Rechtsprechung, gemäss welcher von einem klaren Wortlaut nur bei Vorliegen triftiger Gründe abgewichen werden darf.⁹³ Zwar ist diese Praxis in der Lehre zu Recht auf Kritik gestossen.⁹⁴ In *casu* führen allerdings auch die übrigen Auslegungselemente zu keinem anderen Ergebnis: So wird in der Botschaft zur Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 zu aArt. 727e Abs. 1 OR (in Kraft bis 31. Dezember 2007), der Vorgängerbestimmung von Art. 730a OR, ausgeführt, «dass die Amtsdauer nicht mit dem Ablauf des Rechnungsjahres, sondern erst mit der Generalversammlung endet, welcher der letzte Bericht erstattet wird».⁹⁵ Sodann erscheint aus systematischer Sicht eine Gleichbehandlung der Amtsdauer des Verwaltungsrates und derjenigen der Revisionsstelle nicht angezeigt, zumal der Wortlaut von aArt. 710 Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 730a Abs. 1 OR gerade keinen Hinweis auf das Ende der Amtsdauer enthielt. Ebenso wenig äussert sich Art. 710 Abs. 2 OR, der seit dem 1. Januar 2023 für nicht börsenkotierte Gesellschaften gilt, zur Amtsdauer.⁹⁶

gericht) notorisch ist, dass eine Vielzahl von Generalversammlungen nicht innerhalb der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR abgehalten werden»; Vischer/Galli (Fn. 50), 757.

⁸⁵ Zu dieser Problematik vgl. Hochstrasser/Auwärter (Fn. 50), 1261 f.; Müller/Berger/Bötticher (Fn. 42), 439. Zur Frage, ob in diesem Kontext gefasste nichtige Beschlüsse nachträglich genehmigt werden können, vgl. etwa Jakob (Fn. 53), 1063 f.

⁸⁶ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte den Gerichten unterer Instanz einige Arbeit beschern.

⁸⁷ Vgl. Art. 706a Abs. 1 OR.

⁸⁸ Hochstrasser/Auwärter (Fn. 50), 1261 f.

⁸⁹ Jakob (Fn. 53), 1065.

⁹⁰ Vgl. zum Ende der Amtszeit der Revisionsstelle bereits Müller/Lang (Fn. 31), 17.

⁹¹ Reutter Thomas U., in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964/OR inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2023, Art. 730a N 4; vgl. auch Häusermann/Müller (Fn. 44), 282 f.

⁹² BGE 86 II 171 E. 1.d.

⁹³ Vgl. zu dieser Praxis in neuster Zeit BGE 150 III 137 E. 3.4.2; 150 III 113 E. 6.2.1.6; 149 IV 183 E. 3.4; 149 V 129 E. 4.1; 147 III 41 E. 3.3.1; 146 V 253 E. 4.1.

⁹⁴ Vgl. etwa Dürr David, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung – Personenrecht, Einleitung: 1. Teilband, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 1 N 364; Hürlimann-Kaup Bettina/Schmid Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024, N 139 m.w.H. Siehe zur Notwendigkeit von Auslegung auch bei klarem Wortlaut bereits Gmür Max, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1908, 35 f.

⁹⁵ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745, 930.

⁹⁶ Für börsenkotierte Gesellschaften sieht Art. 710 Abs. 1 OR vor, dass die Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungs-

Bezüglich des vom Bundesgericht vorgebrachten teleologischen Arguments, wonach die Revisionsstelle in erster Linie für die Vornahme einer bestimmten Handlung, nämlich die Prüfung der Jahresrechnung, und nicht (wie der Verwaltungsrat) zum Handeln für eine bestimmte Periode gewählt sei,⁹⁷ ist indessen eine differenzierte Betrachtung am Platz. Zustimmung verdient diese Ansicht, soweit sie das Schwergewicht der Tätigkeit der Revisionsstelle bei der Prüfung der Jahresrechnung sieht. Das Bundesgericht scheint indessen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit der Revisionsstelle in einem einmaligen Ereignis (Prüfung der Jahresrechnung) erschöpft. Dies trifft zumindest bei grösseren Gesellschaften nicht zu. Bei diesen stehen der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung auch während des Jahres in ständigem Austausch mit der Revisionsstelle, weshalb insoweit entgegen dem Bundesgericht durchaus von einem Handeln für eine bestimmte Periode gesprochen werden kann.

Dass die Amtsdauer der Revisionsstelle – im Unterschied zu derjenigen des Verwaltungsrats – nicht mit Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR endet, hatte im vorliegenden Fall zur Folge, dass in Bezug auf die Revisionsstelle kein Organisationsmangel bestand.⁹⁸ Die bisherige Revisionsstelle war somit weiterhin im Amt.

4. Eignung der Einsetzung von C. als befristete Verwaltungsrätin zur Behebung des Organisationsmangels?

4.1 Interessenkonflikt und Organisationsmangel

Interessenkonflikte im Verwaltungsrat können sich zu einem Organisationsmangel verdichten. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen.⁹⁹ Man spricht dabei von ei-

nem qualifizierten bzw. verdichteten Interessenkonflikt.¹⁰⁰ Das Vorliegen eines Interessenkonflikts allein hat demgegenüber nicht zwingend einen Organisationsmangel zur Folge.¹⁰¹ Von einem Organisationsmangel kann nur ausgegangen werden, wenn die bestehende Interessenlage ein interessengerechtes Handeln des Verwaltungsrats ausschliesst und die Gesellschaftsinteressen daher einzig mittels richterlich angeordneter Massnahmen sichergestellt werden können.¹⁰² Zu prüfen ist demnach insbesondere, ob die Interessen der Gesellschaft und diejenigen des Organs gleich- oder gegenläufig sind.¹⁰³ Ein interessenwidriges Handeln eines von einem Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsrats kann zudem zu einer Haftung nach Art. 754 OR führen.¹⁰⁴

Vorliegend war der Organisationsmangel darin begründet, dass die Gesellschaft keinen (gültig gewählten) Verwaltungsrat mehr hatte. Die verfahrenre Situation zwischen den beiden Mehrheitsaktionären und der mutmassliche Interessenkonflikt führten hingegen nicht zu einem Organisationsmangel, zumal weder eine Pattsituation im Verwaltungsrat noch im Aktionariat vorlag, welche die Wahl eines obligatorischen Organs verhindert hätte.¹⁰⁵ Streitigkeiten unter den Aktionären können denn auch nicht im Organisationsmängelverfahren beigelegt werden.¹⁰⁶

Weil ein Interessenkonflikt nicht nur für die Frage, ob ein Organisationsmangel vorliegt, von Bedeutung ist, sondern auch bei der gerichtlichen Einsetzung eines Verwaltungsrats eine Rolle spielen kann, wird im Folgenden auf die Problematik eingegangen, dass C. zusammen mit ihrer minderjährigen Tochter über die Aktienmehrheit verfügte und die beiden Aktionärinnen damit A. in der Generalversammlung jeweils überstimmen konnten. Gerade im Hinblick auf den zwischen den Aktionären herrschenden Kontrollstreit über die Gesellschaft fragt es sich, ob das Gericht nicht besser eine neutrale Person eingesetzt hätte. Beleuch-

rats «spätestens mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung» endet.

⁹⁷ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 8.2.

⁹⁸ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 8.3; OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 4.6.2 und 4.7.

⁹⁹ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.1; 4A_412/2020 vom 16.9.2020 E. 4.3.2; 4A_717/2014 vom 29.6.2015 E. 2.3 und 2.5.2; vgl. auch *Wherlock Alexander/von der Crone Hans Caspar*, Organisationsmangel i.S.v.

Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, SZW 2015, 542 ff.

¹⁰⁰ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.1.

¹⁰¹ OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.3.1; KGer ZG ES 2022 595 vom 24.2.2023 E. 7.2.

¹⁰² OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.3.1; KGer ZG ES 2022 595 vom 24.2.2023 E. 7.1.

¹⁰³ KGer ZG ES 2022 595 vom 24.2.2023 E. 7.1.

¹⁰⁴ OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.3.1.

¹⁰⁵ Vgl. BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2.

¹⁰⁶ Vgl. auch BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2.

tet wird somit vorliegend die Frage, ob sich die Einsetzung von C. als befristete Verwaltungsrätin zur Beseitigung des Organisationsmangels bei der B. AG eignet und damit zu Recht erfolgt war.

4.2 Eignung der Einsetzung von C. als befristete Verwaltungsrätin

Wie ausgeführt, wurde C. im Rahmen des Organisationsmängelverfahrens als befristete Verwaltungsrätin der B. AG eingesetzt. Das Obergericht Zug führte aus, die Einsetzung einer unbeteiligten Drittperson – wie dies von A. beantragt wurde – würde einem Leerlauf gleichkommen. Aufgrund der Beteiligungsverhältnisse sei davon auszugehen, dass anlässlich einer nächsten Generalversammlung C. (wiederum) als Verwaltungsrätin gewählt würde.¹⁰⁷ Diese Überlegung ist zwar richtig. Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage, ob die Einsetzung von C. durch das Gericht gerechtfertigt war.

Das Fehlen eines qualifizierten Interessenkonflikts ist, wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Einsetzung von C. als Verwaltungsrätin.¹⁰⁸ Dieser Aspekt wurde von der Vorinstanz lediglich am Rande berücksichtigt, indem diese nur in ergänzender Weise Gründe angeführt hatte, welche für die befristete Einsetzung von C. als Verwaltungsrätin sprachen. In den Entscheiden wird die Frage, wer die Stimmrechte der minderjährigen Tochter J. ausübt und ob dies namentlich durch C. als Mutter geschehen kann, indessen nicht thematisiert. Es finden sich ebenso wenig Hinweise auf das Alter und eine allfällige Urteilsfähigkeit der Tochter. Letztlich geht es dabei um die Frage, ob es sich beim Aktienstimmrecht um ein höchstpersönliches Recht handelt oder nicht und wer dieses Recht ausüben kann.

In der Lehre wird die Frage der Ausübung von Stimmrechten durch minderjährige Aktionäre nur vereinzelt thematisiert. Nach einer älteren Lehrmeinung üben die Inhaber der elterlichen Sorge das Stimmrecht minderjähriger Aktionäre aus. Dies gelte auch im Fall der Urteilsfähigkeit des minderjährigen Aktionärs. Beim Stimmrecht in einer Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft handle es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht, weil jeder Aktionär sich

vertreten lassen könne.¹⁰⁹ Diese Begründung vermischt allerdings die Zulässigkeit der gesetzlichen und der gewillkürten Stellvertretung.¹¹⁰ Aus dem Umstand allein, dass die gewillkürte Stellvertretung beim Aktienstimmrecht zulässig ist, kann nicht geschlossen werden, dass es sich hierbei nicht um ein höchstpersönliches Recht handeln könnte. Nach Ansicht der Lehre bleibt unter Umständen selbst bei absolut höchstpersönlichen Rechten eine gewillkürte Stellvertretung zulässig.¹¹¹

Ob es sich beim Aktienstimmrecht um ein höchstpersönliches Recht handelt, wird in der Literatur zum Handlungsfähigkeitsrecht – soweit ersichtlich – nicht thematisiert. Nach allgemeinen Grundsätzen sind Rechte dann höchstpersönlicher Natur, wenn eine besonders enge Beziehung zu einer Person und deren emotionalem, affektivem Leben besteht.¹¹² Rechte, welche der Durchsetzung vermögensrechtlicher Interessen dienen, stellen grundsätzlich keine höchstpersönlichen Rechte dar.¹¹³ Anders als für den Verein, in dessen Rahmen die Stimmrechtsausübung von der Lehre als höchstpersönlich betrachtet wird,¹¹⁴ ist nach

¹⁰⁹ Von Steiger Fritz, Stimmrecht und Wählbarkeit von urteilsfähigen minderjährigen oder bevormundeten Aktionären und Genossenschaftern, SAG 1943, 117 ff., 117 f.

¹¹⁰ Vgl. dazu Steinauer Paul-Henri/Fountoulakis Christiana, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014, N 214 f.

¹¹¹ Vgl. Bucher Eugen/Aebi-Müller Regina E., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017, Art. 19–19c N 240 und N 244 (Vollmachterteilung des urteilsfähigen Betroffenen).

¹¹² Steinauer/Fountoulakis (Fn. 110), N 210; Fankhauser Roland, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK), Art. 19c N 2.

¹¹³ Vgl. BGer 5A_101/2014 vom 6.3.2014 E. 2.1; BGer 5A_658/2012 vom 19.12.2012 E. 2.1; Fankhauser, BSK (Fn. 112), Art. 19c N 2.

¹¹⁴ So bereits Egger August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–10, Das Personenrecht, Art. 11–89, 2. Aufl., Zürich 1930, Art. 66/67 N 5 und Art. 70 N 12; ferner Fankhauser Roland/Fischer Nadja, Das minderjährige Vereinsmitglied, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 175 ff., 186; Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Vereine, Art. 60–79 ZGB, Art. 712m Abs. 2 ZGB (Stockwerk-

¹⁰⁷ OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.4.; bestätigend BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2.

¹⁰⁸ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.3.2.

der hier vertretenen Auffassung nicht ersichtlich, inwiefern ein Aktionär eine entsprechende «affektive Beziehung» zu einer Aktiengesellschaft aufweisen soll. Am ehesten ist eine solche denkbar, wenn ein Minderjähriger als Alleinaktionär das Unternehmen führt. In einem solchen Fall schliesst allerdings die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter zur Gründung der Gesellschaft durch den urteilsfähigen Minderjährigen und zum Betrieb des Gewerbes auch die generelle Zustimmung zur Ausübung des Stimmrechts in der Aktiengesellschaft mit ein,¹¹⁵ sodass es nicht der Qualifizierung des Stimmrechts als höchstpersönliches Recht bedarf, um dem minderjährigen Unternehmer die Ausübung des Stimmrechts zu ermöglichen. Nach der hier vertretenen Auffassung stellt das Aktienstimmrecht damit kein höchstpersönliches Recht dar. Dieses kann demnach grundsätzlich von den gesetzlichen Vertretern eines minderjährigen Aktionärs ausgeübt werden.

Kinder stehen nach Art. 296 Abs. 2 ZGB für die Dauer ihrer Minderjährigkeit unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter. Die Eltern haben von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge inne.¹¹⁶ Aus den Urteilen ist nicht ersichtlich, ob die minderjährige Tochter über einen sorgeberechtigten Vater verfügt. Wäre dies der Fall, dürfte ihre Mutter C. von vornherein die Stimmrechte nicht allein im Namen der Tochter ausüben, da die Ausübung des Stimmrechts keine alltägliche oder dringliche Angelegenheit im Sinne von Art. 301 Abs. 1^{bis} Ziff. 1 ZGB darstellt, bei welcher sie allein entscheiden könnte. Vorbehalten bliebe immerhin der Fall, in welchem der Vater nicht mit vernünftigen Aufwand zu erreichen ist.¹¹⁷ Hätte die Mutter das Stimmrecht der Tochter ausgeübt, dürften die anderen Aktionäre als vermutungsweise gutgläubige Drittpersonen¹¹⁸ aller-

dings davon ausgehen, dass die Mutter dies im Einvernehmen mit dem Vater tat.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen könnte sich im vorliegenden Kontext bei einer ersten Betrachtung ein allenfalls relevanter Interessenkonflikt ergeben, da C. bei Einsetzung als Verwaltungsrätin eine Doppelrolle aufweist: Einerseits müsste sie als Verwaltungsrätin die Interessen der B. AG vertreten. Andererseits ist sie als Mutter und gesetzliche Vertreterin bei der Stimmrechtsausübung den Interessen ihrer Tochter verpflichtet.

Von entscheidender Bedeutung ist vorliegend indessen Art. 306 Abs. 3 ZGB. Hiernach entfallen die Befugnisse der Eltern zur gesetzlichen Vertretung des Kindes bei einer Interessenkollision von Gesetzes wegen. In einer solchen Situation ist nicht mehr gewährleistet, dass die Eltern das ihnen zustehende fremdnützige «Pflichtrecht» zur Ausübung der ihnen zustehenden Rechte aus der elterlichen Sorge im Interesse des Kindes wahrnehmen. Auch wenn an einer Interessenkollision zwischen Eltern und Kind vielfach nur ein Elternteil beteiligt sein mag, scheidet eine gesetzliche Vertretung durch den anderen Elternteil nach Ansicht der Lehre aber regelmässig aus, da bei diesem Elternteil aufgrund seiner persönlichen Nähe zu demjenigen Elternteil, der eine direkte Interessenkollision aufweist, und der fehlenden Objektivität eine indirekte Interessenkollision anzunehmen ist.¹¹⁹ Ob eine Interessenkollision vorliegt, beurteilt sich nach der Rechtsprechung und Lehre abstrakt und nicht konkret.¹²⁰ Ein Einschreiten der Kindesschutzbehörde ist bereits dann erforderlich, wenn die Umstände des Einzelfalls für eine Kollisionsmöglichkeit sprechen.¹²¹

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine solche Interessenkollision im vorliegenden Fall zu bejahen. Weil C., die einen Kapital- und Stimmenanteil von 45% besitzt, zusammen mit dem Kapital- und Stimmenanteil ihrer Tochter von 10% die absolute Mehrheit erreichen kann, könnte sie geneigt sein, das Stimm-

eigentümergeinschaft), 2. Aufl., Bern 2023, Art. 67 N 31; von Steiger (Fn. 109), 121 f. (allerdings nur dann, wenn der Verein der Wahrung persönlicher Interessen dient).

¹¹⁵ Vgl. von Steiger (Fn. 109), 119; vgl. auch Affolter-Fringeli Kurt/Vogel Urs, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296–317 ZGB, Das Kindesvermögen, Art. 318–327 ZGB, Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a–327c ZGB, Bern 2016 (zit. BK), Art. 323 N 16 und N 36.

¹¹⁶ Art. 304 Abs. 1 ZGB.

¹¹⁷ Art. 301 Abs. 1^{bis} Ziff. 2 ZGB.

¹¹⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 ZGB.

¹¹⁹ Affolter-Fringeli/Vogel, BK (Fn. 115), Art. 306 N 32 m.w.H.

¹²⁰ BGE 118 II 101 E. 4; 107 II 105 E. 4; Affolter-Fringeli/Vogel, BK (Fn. 115), Art. 306 N 37; Chappuis Christine, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Fountoulakis Christiana, Commentaire Romand, Code Civil I, Art. 1–456 CC, 2. Aufl., Basel 2023 (zit. CR), Art. 306 N 7; Schwenzer Ingeborg/Cottier Michelle, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK), Art. 306 N 4.

¹²¹ BGE 107 II 105 E. 4; Affolter-Fringeli/Vogel, BK (Fn. 115), Art. 306 N 37.

recht der Tochter in ihrem Sinne auszuüben, um die absolute Mehrheit zu erreichen, ohne die allenfalls von ihren eigenen Interessen abweichenden Interessen der Tochter als Minderheitsaktionärin zu berücksichtigen. Offenbar wurde dies im konkreten Fall auch erkannt. Darauf deutet jedenfalls einerseits der Umstand hin, dass im Verfahren der Nebenintervenient 2 auftritt, der die Interessen der Tochter vertritt.¹²² Andererseits führte die B. AG in ihrer Rechtsschrift im Verfahren vor Obergericht aus, dass sie Kenntnis davon habe, dass C. als Nebenintervenientin 1 und der Nebenintervenient 2 an einer etwaigen Generalversammlung erneut in einem bestimmten Sinne abstimmen würden.¹²³ Weil der Nebenintervenient 2 nicht Aktionär der B. AG ist, lässt sich die Tatsache, dass er an der Generalversammlung ein Stimmrecht ausübt, nicht anders erklären, als dass es sich hierbei um das Stimmrecht der minderjährigen Tochter handelt und er somit in deren Namen abstimmt. Weil C. damit offenbar die Interessen ihrer minderjährigen Tochter im Kontext der Aktiengesellschaft nicht mehr zu vertreten hat, entsteht insoweit auch kein Konflikt zu den Interessen der B. AG, welche sie als Verwaltungsrätin wahrzunehmen hat, der ihrer Einsetzung als Verwaltungsrätin entgegenstehen würde.

Zu prüfen bleibt, ob es sich anders verhalten würde, wenn der Interessenkonflikt nach Art. 306 ZGB von der Kindesschutzbehörde vorliegend noch nicht erkannt worden wäre und C. das Stimmrecht ihrer minderjährigen Tochter in deren Namen ausüben würde. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Fall. Die Vertretungsbefugnisse entfallen gemäss Art. 306 Abs. 3 ZGB von Gesetzes wegen, auch wenn ein Beistand noch nicht ernannt wurde.¹²⁴ Ein dennoch abgeschlossenes Geschäft ist für das Kind unverbindlich.¹²⁵ Ausnahmsweise kommt ein Gutgläubensschutz eines Dritten in Bezug auf die Vertretungsmacht der Eltern in Frage, wenn es ihm nicht möglich war, das Risiko einer Interessenkollision zu erkennen. Einen Schutz des guten Glaubens bejaht das Bundesgericht

indessen nur mit grosser Zurückhaltung.¹²⁶ Da C. somit bereits von Gesetzes wegen nicht mehr vertretungsbefugt ist, wäre eine gleichwohl erfolgte Stimmabgabe als gesetzliche Vertreterin im Namen ihrer Tochter ungültig. Ein Gutgläubensschutz der Gesellschaft oder der Aktionäre kommt vorliegend nicht in Betracht, weil es aufgrund der Beteiligungsverhältnisse von 45% resp. 10% leicht erkennbar ist, dass die Interessen der Tochter aufgrund der Möglichkeit des Erreichens einer absoluten Mehrheit durch C. abstrakt betrachtet nicht genügend wahrgenommen werden könnten. Die Möglichkeit eines Konflikts mit den Interessen der B. AG erscheint ausgeschlossen, weil C. die Interessen ihrer Tochter nicht mehr wirksam vertreten konnte.

Der Einsetzung von C. als befristete Verwaltungsrätin stand mit Blick auf eine mögliche Kollision der Interessen ihrer Tochter und derjenigen der Gesellschaft demnach nichts entgegen. Insofern war es vertretbar, C. als befristete Verwaltungsrätin zur Beseitigung des Organisationsmangels einzusetzen. Im Hinblick auf den Kontrollstreit in der Gesellschaft kann die gerichtliche Einsetzung von C. allerdings durchaus kritisch gesehen werden. Trotz der von den Gerichten ins Feld geführten Nachteile bei der Einsetzung einer unbeteiligten Drittperson¹²⁷ wäre nach der hier vertretenen Auffassung vorliegend eine andere Lösung vorzugswürdig gewesen.

IV. Schlussbemerkungen

Im vorliegenden Fall ist das Bundesgericht zu Recht lediglich von einem Organisationsmangel in Bezug auf den Verwaltungsrat, nicht aber hinsichtlich der Revisionsstelle ausgegangen. Die Amtszeit der Revisionsstelle läuft im Gegensatz zu derjenigen des Verwaltungsrats nicht mit Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR ab. Die angeordneten Folgen des Organisationsmangels bezüglich des Verwaltungsrats und dessen Behebung durch die Gerichte geben indessen zu Kritik Anlass. Es schiesst über das Ziel hinaus, wenn die Beschlüsse einer Generalversammlung, die von einem nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwal-

¹²² BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 Sachverhalt B.a.

¹²³ OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.2.

¹²⁴ BGE 107 II 105 E. 5; Affolter-Fringeli/Vogel, BK (Fn. 115), Art. 306 N 57 m.w.H.; Chappuis, CR (Fn. 120), Art. 306 N 10; Schwenzer/Cottier, BSK (Fn. 120), Art. 306 N 6.

¹²⁵ BGE 107 II 105 E. 5; Affolter-Fringeli/Vogel, BK (Fn. 115), Art. 306 N 58; Chappuis, CR (Fn. 120), Art. 306 N 10; Schwenzer/Cottier, BSK (Fn. 120), Art. 306 N 6.

¹²⁶ BGE 118 II 101 E. 7; 107 II 105 E. 6a; Affolter-Fringeli/Vogel, BK (Fn. 115), Art. 306 N 59 f.; Chappuis, CR (Fn. 120), Art. 306 N 10; Schwenzer/Cottier, BSK (Fn. 120), Art. 306 N 6.

¹²⁷ Vgl. BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2; OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.4.

tungsrat einberufen wurde, für nichtig erklärt werden. Die blosse Anfechtbarkeit der Beschlüsse ist nach der hier vertretenen Auffassung die adäquatere Lösung des Problems. Die Nichtigkeit führt demgegenüber zu erheblicher Unsicherheit. Bemerkenswert erscheint sodann, dass das Bundesgericht den besprochenen Entscheid nicht zur Aufnahme in die Amtliche Sammlung vorgesehen hat, obschon er von erheblicher praktischer Bedeutung ist.¹²⁸ Dies erweckt Zweifel, ob hinsichtlich der Rechtsfolge der Nichtigkeit der Beschlüsse bereits das letzte höchstrichterliche Wort gesprochen ist.¹²⁹

Das Bundesgericht scheint sich der Problematik seiner Rechtsprechung zum Organisationsmangel aufgrund eines nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrats denn auch bewusst zu sein. In einem neueren Urteil zeigt es – ohne allerdings von seiner Rechtsprechung abzuweichen – einen praxistauglichen Weg auf, wie das Risiko eines Organisationsmangels reduziert werden kann.¹³⁰ Danach bleibt ein Verwaltungsrat, der gemäss den Statuten für die Zeit bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung gewählt ist, auch im Amt, wenn die ordentliche Generalversammlung nicht innerhalb der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR nach Abschluss des Geschäftsjahrs stattfindet.¹³¹ Das Problem, dass die Amtsdauer des Verwaltungsrats abläuft, ohne dass rechtzeitig

eine Wieder- oder Neuwahl stattgefunden hat, kann somit bis zu einem gewissen Grad durch entsprechende Formulierungen betreffend die Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats in den Statuten entschärft werden.¹³² Beim Verfassen der Statuten ist demnach ein besonderes Augenmerk auf diese Bestimmungen zu legen.¹³³

Der Streit zwischen den Hauptaktionären war vorliegend unerheblich. Das Bundesgericht hielt fest, das Organisationsmängelverfahren diene nicht dazu, einen Streit zwischen den Aktionären beizulegen. Ebenso wenig gehe es im Organisationsmängelverfahren darum, Fehler, Verantwortlichkeiten oder Verdienste zu klären.¹³⁴ Dies ist grundsätzlich richtig, allerdings kann man sich fragen, ob die daraus gezogene Konsequenz angemessen war. Weil bei der B. AG keine Patt-situation im Aktionariat vorlag (A. und C. verfügten über je 45% der Aktien und die dritte Aktionärin über 10% der Aktien), bestand zwar nicht die Gefahr einer Blockade; vielmehr war davon auszugehen, dass auch in Zukunft an den Generalversammlungen Beschlüsse gefasst werden könnten.¹³⁵ Daher sahen das Obergericht und das Bundesgericht auch kein Problem darin, C. als befristete Verwaltungsrätin einzusetzen. Im Hinblick auf den Kontrollstreit in der Gesellschaft kann die Anordnung dieser Massnahme allerdings durchaus kritisch gesehen werden.

¹²⁸ Zudem wurde er in Dreierbesetzung gefällt. Offenbar bestand Einigkeit über das Urteilsergebnis; jedenfalls wurden die strittigen Fragen nicht als Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung betrachtet, ansonsten wäre eine Fünferbesetzung eingesetzt worden (Art. 20 Abs. 2 BGG).

¹²⁹ Abweichend Jakob (Fn. 53), 1060, wonach die fehlende Publikation nicht überbewertet werden sollte.

¹³⁰ BGer 4A_508/2023 vom 9.7.2024; vgl. dazu etwa Auwärter/Hochstrasser (Fn. 56), 410 ff.; Vischer/Galli (Fn. 50), 754 ff.

¹³¹ BGer 4A_508/2023 vom 9.7.2024 E. 3.4.1.

¹³² Vgl. dazu eingehend Vischer/Galli (Fn. 50), 762 ff., insbes. 764.

¹³³ Auwärter/Hochstrasser (Fn. 56), 413.

¹³⁴ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2.

¹³⁵ BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 2.5.2024 E. 9.2; OGer ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 7.4.