

Beschluss vom 15. Februar 2018

ZK2 2017 60

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,
Gerichtsschreiberin lic. iur. Gabriela Thurnherr.

In Sachen **A.** _____,
Gesuchsteller und Berufungsführer,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

C. _____ **AG**,
Gesuchsgegnerin und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____,

betreffend Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Schwyz
vom 14. Juni 2017, ZES 2017 152);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. A. _____ ist Verwaltungsrat und 50 %-iger Aktionär der C. _____ AG. F. _____ ist deren Verwaltungsratspräsident und ebenfalls 50 %-iger Aktionär (Vi-act. KB 1).

a) Am 17. März 2017 beantragte A. _____ beim Bezirksgericht Schwyz, die C. _____ AG sei zu verpflichten, die Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 bis spätestens zum 30. April 2017 durchzuführen (Vi-act. 1). Die C. _____ AG ersuchte mit Klageantwort vom 3. April 2017 um vollumfängliche Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei (Vi-act. 4). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. Mai 2017 (Vi-act. 8) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest (Vi-act. 6, 7). Mit Verfügung vom 14. Juni 2017 wies der Einzelrichter am Bezirksgericht Schwyz das Gesuch ab (Vi-act. 11).

b) Dagegen erhob A. _____ (nachfolgend Berufungsführer) am 26. Juni 2017 fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen (KG-act. 1):

1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Schwyz vom 14.06.2017 sei vollumfänglich aufzuheben und das Verfahren sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter: Die Beschwerde sei gutzuheissen und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 bis spätestens Ende September 2017 durchzuführen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Mit Berufungsantwort vom 10. Juli 2017 beantragte die C. _____ AG (nachfolgend Berufungsgegnerin) die Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsführers (KG-act. 7). Hierauf nahm der Berufungsführer am 17. Juli 2017 Stellung (KG-act. 11).

2. Die Einberufung einer Generalversammlung kann von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Das Begehren um Einberufung und Traktandierung ist schriftlich unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge zu stellen (Art. 699 Abs. 3 OR). Entspricht der Verwaltungsrat diesem nicht binnen angemessener Frist, so hat der Richter auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen (Art. 699 Abs. 4 OR).

a) Die Vorinstanz erwog zunächst, der Berufungsführer habe nicht behauptet, ein formelles, schriftliches Einberufungsbegehren gestellt zu haben. Er sei daher seiner formellen Behauptungslast nicht nachgekommen. Diese Tatsachenbehauptung sei jedoch notwendig, da das schriftliche Begehren Voraussetzung der Gewährung der vom Berufungsführer angebehrten Rechtsfolge von Art. 699 Abs. 4 OR darstelle (angefochtene Verfügung, E. 3.3.2).

Der Berufungsführer macht dagegen geltend, im Gesuch sei festgehalten worden, dass er den Verwaltungsratspräsidenten der Berufungsgegnerin mehrfach aufgefordert habe, die Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 einzuberufen. Dass diese Aufforderung schriftlich erfolgt sei, erfordere keine gesonderte Erklärung. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass die Berufungsgegnerin nicht bestritten habe, dass er sie mehrfach um Einberufung der Generalversammlung ersucht habe. Sodann ergäben sich die Daten zweier Einberufungsbegehren aus den Beilagen 18 und 22 der Berufungsgegnerin. Schliesslich sei es überspitzt, ihm vorzuwerfen, er habe nicht behauptet, die Aufforderung zur Einberufung einer Generalversammlung sei schriftlich erfolgt (KG-act. 1, S. 4-6).

aa) Wie bereits die Vorinstanz festhielt, hat der Antrag um Einberufung einer Generalversammlung an den Verwaltungsrat schriftlich zu ergehen (Art. 699 Abs. 3 OR; Brigitte Tanner, Zürcher Kommentar zum OR, Zürich/Basel/Genf 2003, N 58 und 61 zu Art. 699 OR; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A.,

Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 64; angefochtene Verfügung, E. 3.2). Der Richter hat bei der klageweisen Durchsetzung des Einberufungsrechts zu prüfen, ob ein solches schriftliches Gesuch tatsächlich gestellt wurde und ob der Verwaltungsrat diesem innert angemessener Frist nicht entsprach (BGE 142 III 16, E. 3.1; Urteil BGer vom 5. Februar 2015, 4A_605/2014, E. 2.1.2). Das Vorhandensein eines schriftlichen Gesuches ist somit eine Anspruchsvoraussetzung. Im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 1 ZPO) obliegt es den Parteien, die Tatsachen, auf welche sie ihre Begehren stützen, darzulegen (Behauptungs- und Substantiierungslast). Was nicht behauptet wird, ist für das Gericht inexistent (Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 12 zu Art. 55 ZPO). Die Behauptungslast trägt, soweit das Gesetz keine besondere Regelung vorsieht, diejenige Partei, welche aus der zu behauptenden Tatsache Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Demnach hat derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die Voraussetzungen für dessen Entstehung zu behaupten und zu beweisen (sog. rechterzeugende Tatsachen; Walter, in: Berner Kommentar zum ZGB, Bern 2012, N 255 zu Art. 8 ZGB). In der Regel liegt die Behauptungs- und Beweislast für rechtserzeugende Tatsachen also bei der klagenden Person (Hürlimann-Kaup/Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 468). Wie detailliert eine Tatsache zu behaupten ist, ist eine Frage der Substantiierung. Sie hängt insofern zunächst von den materiellen Anforderungen an den Anspruchstatbestand ab, als die klagende Partei derart detaillierte Tatsachenbehauptungen aufzustellen hat, dass das Gericht sie, falls bewiesen, als tatbestandsmässigen Sachverhalt feststellen und gestützt darauf den Anspruch schützen kann (Walter, in: Berner Kommentar zum ZGB, Bern 2012, N 200 zu Art. 8 ZGB). Es genügt zwar, wenn die Tatsache in ihren Grundzügen behauptet worden ist, sodass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Der Tatsachenvortrag muss aber schlüssig sein, d.h. widerspruchsfrei und vollständig (Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., N 21 zu Art. 55 ZPO).

bb) Vorliegend hatte der Berufungsführer zu behaupten und zu beweisen, dass er ein schriftliches Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat der Berufungsgegnerin gestellt hatte. Er behauptete aber lediglich, er habe den Verwaltungsratspräsidenten bereits mehrfach aufgefordert, die Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 einzuberufen. Gegen den Ausstand der ordentlichen Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 habe er bereits mehrfach opponiert und die Durchführung der Generalversammlung verlangt (Vi-act. 1, S. 4 f.). Ob diese Aufforderungen mündlich oder schriftlich erfolgten, führte er nicht aus. Zwar sind implizite Tatsachen, welche offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten enthalten sind, von der Behauptungslast ausgenommen (Hurni, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, N 35 zu Art. 55 ZPO). Aufgrund der Formulierung im Gesuch kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Aufforderungen mündlich erfolgten, was im Hinblick auf die Voraussetzung eines schriftlichen Einberufungsgesuches nicht genügt. Sodann haben die Parteien ihre Tatsachenbehauptungen in den Rechtsschriften bzw. in den mündlichen Parteivorträgen vorzubringen. Lediglich was die Partei schriftlich oder mündlich vorträgt, gehört zum Behauptungsfundament; Beilagen sind blosser Beweismittel (Glasl, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 26 zu Art. 55 ZPO). Die Klageantwortbeilagen 18 und 22 sind demnach nicht dazu geeignet, nicht behauptete Tatsachen in den Prozess einzubringen. Nachdem keine der Parteien behauptete, die angeblichen Einberufungsgesuche an den Verwaltungsrat seien schriftlich erfolgt, handelt es sich bei den diesbezüglichen Behauptungen in den Klageantwortbeilagen 18 und 22 um ein sog. überschüssendes Beweisergebnis, welches ohne entsprechende Behauptungen im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 1 ZPO) nicht berücksichtigt werden darf (Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., N 12 zu Art. 55 ZPO; vgl. Gehri, in: Basler Kommentar zur ZPO, N 5 zu Art. 55 ZPO).

An den mangelnden Behauptungen des Berufungsführers ändert auch nichts, wenn die Berufungsgegnerin erstinstanzlich nicht bestritt, dass der Berufungs-

fürer sie schriftlich um Einberufung der Generalversammlung ersucht habe. Denn die beklagte Partei hat nur das zu bestreiten, was von der klagenden Partei schlüssig behauptet wurde (vgl. Hurni, a.a.O., N 37 zu Art. 55 ZPO; Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., N 27 zu Art. 55 ZPO). Soweit der Berufungsführer erstinstanzlich weder behauptete, die Einberufungsgesuche schriftlich gestellt zu haben, noch allfällige Gesuche datierte, war sein Vortrag nicht schlüssig. Die Berufungsgegnerin musste demnach die fehlenden Tatsachenbehauptungen auch nicht bestreiten. Mündliche Einberufungsgesuche sind demgegenüber, wie bereits erwähnt, weder Voraussetzung noch genügend für die klageweise Durchsetzung der Einberufung, sodass eine allfällig fehlende Bestreitung entsprechender Behauptungen irrelevant ist.

cc) Art. 29 Abs. 1 BV verbietet überspitzten Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung. Eine solche liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtschriften überspannte Anforderungen stellt und den Rechtssuchenden den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht jedoch mit Art. 29 Abs. 1 BV in Widerspruch. Überspitzter Formalismus ist nur gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert (BGE 142 V 152, E. 4.2; BGE 135 I 6, E. 2.1; BGE 142 I 10, E. 2.4.2; BGE 134 II 244, E. 2.4.2). Die Vorinstanz folgte in ihren Erwägungen den Anforderungen an die Behauptungs- und Substantiierungspflicht der klagenden Partei. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist ihr weder eine Verletzung der erwähnten Vorschriften noch im Hinblick auf den Verhandlungsgrundsatz ein formalistisches Vorgehen vorzuwerfen.

b) Des Weiteren erwog die Vorinstanz, der Berufungsführer habe nicht behauptet, in seinem Einberufungsantrag einen Verhandlungsgegenstand (Traktandum) angegeben zu haben. Ein Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ohne Angabe mindestens eines Traktandums sei nicht rechtsgültig (angefochtene Verfügung, E. 3.3.2). Dagegen macht der Berufungsführer geltend, beim Antrag um Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung sei die Angabe eines Traktandums nicht notwendig. Die ordentliche Generalversammlung habe einzig die periodisch anfallenden Traktanden zu behandeln. Diese seien in Art. 698 OR geregelt und demzufolge klar. Indem er die Durchführung der ordentlichen Generalversammlung verlangt habe, habe er die Ansetzung eben dieser Traktanden gewollt. Das Gericht wende das Recht von Amtes wegen an (KG-act. 1, S. 6 f.).

Die Lehre unterscheidet nicht zwischen der Einberufung einer ordentlichen und einer ausserordentlichen Generalversammlung, ist sich jedoch einig, dass das Einberufungsbegehren nur gültig sei, wenn gleichzeitig ganz konkret sowohl die Verhandlungsgegenstände (Traktanden) wie die Anträge dazu mit dem Begehren beim Verwaltungsrat angemeldet würden (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, S. 1358; Dubs/Truffer, Basler Kommentar zum OR, 5. A., Basel 2016, N 14 zu Art. 699 OR). Tanner hält sogar dafür, dass das Einberufungsrecht eine Traktandierungs- und Antragspflicht begründe (Tanner, in: Zürcher Kommentar zum OR, Zürich/Basel/Genf 2003, N 58 zu Art. 699 OR). Die Botschaft zur Revision des Aktienrechts von 1983 verlangte – ebenfalls ohne Unterscheidung zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Generalversammlung – die schriftliche Angabe des Verhandlungsgegenstandes, über den diskutiert werden soll, sowie der Anträge, welche die einberufenden Aktionäre der Generalversammlung stellen wollen. Dies sei gerade im Hinblick auf die Publikumsgesellschaften notwendig. Wer den ganzen Apparat zur Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung in Bewegung setzen wolle, solle sich vorher Klarheit verschafft haben, was er mit der Generalversammlung erreichen wolle,

und solle dies auch zur Orientierung der übrigen Aktionäre, des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung im Einberufungsbegehren kundtun (BBI 1983 II 745 ff., S. 914). Letzteres muss auch für die ordentliche Generalversammlung gelten. Denn nebst den im Gesetz genannten notwendigen Traktanden (Art. 698 Abs. 2 OR OR) können auch an einer ordentlichen Generalversammlung weitere Traktanden beantragt werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR). So dann müssen nicht sämtliche in Art. 698 Abs. 2 OR genannten Traktanden an jeder ordentlichen Generalversammlung behandelt werden, so insbesondere die Festlegung und Änderung der Statuten (Art. 698 Abs. 2 lit. a OR). Aus diesen Gründen muss auch bei der Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung die Angabe mindestens eines Traktandums gefordert werden, auch wenn keine übermässigen Anforderungen an die Detaillierung zu stellen sind (vgl. Böckli, a.a.O., S. 1358). Die Berufung ist somit in diesem Punkt abzuweisen.

c) Die Vorinstanz erwog des Weiteren, der Berufungsführer behauptete nicht, dass der Verwaltungsrat seinem Einberufungsbegehren innert Frist nicht nachgekommen sei. Er führe nicht aus, zu welchem Zeitpunkt er das Einberufungsbegehren an den Verwaltungsratspräsidenten konkret gestellt habe. Eine Beurteilung, ob der Verwaltungsrat dem Einberufungsbegehren innert angemessener Frist nicht nachgekommen sei, könne daher nicht vorgenommen werden (angefochtene Verfügung, E. 3.3.3).

Der Berufungsführer rügt auch an dieser Stelle überspitzten Formalismus. Dass die Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 mehr als nur überfällig sei, sei unbestritten und von der Berufungsgegnerin sogar zugegeben. Mehr brauche es nicht, zumal auch unbestritten sei, dass er bereits mehrfach die Durchführung der Generalversammlung verlangt habe. Habe die Generalversammlung nach sechs Monaten nicht stattgefunden, dann sei die zwingende Bestimmung von Art. 699 Abs. 2 OR verletzt. Die Beweislast liege demzufolge bei der Berufungsbeklagten, die nachweisen müsste, dass die General-

versammlung stattgefunden habe. Er müsse nicht über etwas, das nicht stattgefunden habe, Beweis erbringen (*negativa non sunt probanda*; KG-act. 1, Rz. 20, 22).

Zunächst ist dem Berufungsführer entgegenzuhalten, dass, wie bereits erwähnt, die beklagte Partei nur das zu bestreiten hat, was von der klagenden Partei schlüssig behauptet wurde (vgl. Hurni, a.a.O., N 37 zu Art. 55 ZPO; Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., N 27 zu Art. 55 ZPO). Der Berufungsführer behauptete erstinstanzlich nicht, wann die angeblich schriftlichen Einberufungsgesuche gestellt wurden. Dies wäre jedoch notwendig gewesen, damit die Vorinstanz hätte prüfen können, ob diesen innert angemessener Frist nicht nachgekommen wurde. Dabei handelt es sich um eine Anspruchsvoraussetzung, welche die klagende Partei schlüssig zu behaupten hat (s.o., E. 2.a.aa). Die sechsmonatige Frist, innert welcher die ordentliche Generalversammlung nach Abschluss des Geschäftsjahres zu erfolgen hat (Art. 699 Abs. 2 OR), ist zwar zwingender Natur. Es handelt sich aber nur um eine Ordnungsvorschrift. Bei Überschreitung der Frist wird weder die Versammlung ungültig, noch sind die gefassten Beschlüsse anfechtbar (Dubs/Truffer, a.a.O., N 22 zu Art. 699 OR). Der Berufungsführer genügte deshalb seiner Behauptungslast auch nicht, wenn er lediglich darauf hinwies, dass die ordentliche Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 im Zeitpunkt des Gesuchs (17. März 2017) noch nicht stattgefunden habe (vgl. Vi-act. 1, Rz. 13).

Der Berufungsführer behauptet in diesem Zusammenhang, aus den Klageantwortbeilagen 18 und 22 gehe hervor, dass er die Ansetzung der ordentlichen Generalversammlung mehrfach verlangt habe. Beide Male sei diese innert der gesetzten Frist nicht einberufen worden. Wenn man davon ausgehe, dass mit Schreiben vom 17. Februar 2017 (Vi-act. KB 18) erstmals die Einberufung der Generalversammlung verlangt worden sei, so sei klar erkennbar, dass der Verwaltungsratspräsident bis zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung am 17. März 2017 mehr als genügend Zeit gehabt habe, zur ordentlichen Ge-

neralversammlung einzuladen (KG-act. 1, Rz. 20 f.). Der erstinstanzlichen Rechtsschrift (Vi-act. 1) und den Vorträgen (Vi-act. 8) sind diese Behauptungen nicht zu entnehmen. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Die novenwillige Partei muss die neuen Tatsachenbehauptungen und die neuen Beweismittel sowie die Novenvoraussetzungen substantiieren und beweisen (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 34, 49, 56 und 60 f. zu Art. 317 ZPO). Für die Beurteilung der Sorgfalt ist zu fragen, ob eine Partei, welche das vorinstanzliche Verfahren umsichtig und versiert führte, die Tatsache oder das Beweismittel schon vor erster Instanz hätte erkennen und in den Prozess einbringen müssen, wenn sie den Prozessstoff und ihr eigenes Umfeld kritisch überblickt (Reetz/Hilber, a.a.O., N 62 zu Art. 317 ZPO). Der Berufungsführer begründete nicht, inwiefern es ihm nicht zumutbar gewesen wäre, die erwähnten Behauptungen bereits erstinstanzlich vorzubringen. Angesichts der Tatsache, dass es sich um Anspruchsvoraussetzungen handelt, ist auch kein derartiger Grund ersichtlich. Die erwähnten Ausführungen der Berufung können deshalb nicht berücksichtigt werden.

Der Berufungsführer verkennt sodann, dass er als klagende Partei die Voraussetzungen des Anspruchs, aus welchem er das Einberufungsrecht ableitet, zu beweisen hat (vgl. Art. 8 ZGB, s.o., E. 2.a.aa). Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz in diesem Punkt formalistisch entschieden hätte.

d) Schliesslich erwog die Vorinstanz, der Verwaltungsratspräsident habe zu einer Verwaltungsratssitzung auf den 3. März 2017 eingeladen, an welcher der Beschluss zur Einberufung der Generalversammlung hätte gefasst werden sollen. Der Berufungsführer habe an dieser Sitzung aber nicht teilgenommen mit der Begründung, er sehe kein Bedürfnis für deren Durchführung. Es brau-

che keine Vorbereitung mit ihm. Die Einberufung der Generalversammlung könne aber nur durch Beschluss des gesamten Verwaltungsrates vorgenommen werden. In Abwesenheit des Berufungsführers könne deshalb kein formell gültiger Beschluss über die Einberufung der Generalversammlung gefasst werden. Der Berufungsführer verhalte sich widersprüchlich, wenn er einerseits die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung verlange, jedoch gleichzeitig die Teilnahme an der hierfür notwendigen Verwaltungsratssitzung verweigere und dadurch die Einberufung der Generalversammlung verunmögliche (angefochtene Verfügung, E. 3.4.3). Ausserdem könne sowohl der Verwaltungsratspräsident als auch jedes andere Verwaltungsratsmitglied beantragen, es sei ein Zirkularbeschluss des Verwaltungsrates zu fassen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Berufungsführer dem Verwaltungsratspräsidenten vorwerfe, keinen Zirkularbeschluss in die Wege geleitet zu haben, obwohl er selbst die Möglichkeit hierzu gehabt habe (angefochtene Verfügung, E. 3.5.3). Schliesslich habe sich der Verwaltungsratspräsident nicht gegen die Einberufung der Generalversammlung gestellt, sondern vielmehr zu einer vorbereitenden Verwaltungsratssitzung eingeladen. Der Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten sei durch Art. 15 Abs. 3 Satz 1 der Statuten der Beklagten ausgeschlossen worden, sodass der Verwaltungsratspräsident ihn auch nicht überstimmen könne (angefochtene Verfügung, E. 3.5.4).

aa) Der Berufungsführer wendet zunächst ein, er und F. _____ seien seit längerem arg zerstritten und würden sich nicht über den Weg trauen. Dementsprechend bringe auch eine vorbereitende Verwaltungsratssitzung nichts, diese würde ergebnislos verlaufen. In all den Jahren seit der Gründung der Berufungsgegnerin sei nie eine Verwaltungsratssitzung durchgeführt worden. Gerade in dieser verfahrenen Situation eine solche durchführen zu wollen, sei „geradezu grotesk“ (KG-act. 1, S. 11 f.).

Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Diese Bestimmung gilt für die gesamte Rechtsordnung, insbesondere für das gesamte Zivilrecht (Pfaffinger, in: Bächler/Jakob, Kurzkomentar zum ZGB, Basel 2012, N 4 zu Art. 2 ZGB). Der Richter hat demzufolge einem Einberufungsgesuch nicht stattzugeben, wenn sich dieses als offensichtlich missbräuchlich oder schikanös herausstellt (BGE 142 III 16, E. 3.1; Dubs/Truffer, a.a.O., N 17a zu Art. 699 OR). Rechtsmissbräuchlich ist insbesondere widersprüchliches Verhalten (vgl. Pfaffinger, a.a.O., N 12 zu Art. 2 ZGB).

Erstinstanzlich wurde nie behauptet, dass eine vorbereitende Verwaltungsratssitzung ergebnislos verlaufen würde. Diese Behauptung des Berufungsführers ist somit neu. Er begründete die Novemberechtigung im Sinne von Art. 317 ZPO (s.o., E. 2.c) in keinerlei Weise, sodass die entsprechende Behauptung im Berufungsverfahren nicht berücksichtigt werden kann. Im Übrigen verhält sich der Berufungsführer wiederum widersprüchlich, wenn er mit der Berufung geltend macht, eine formell korrekte Einberufung der Generalversammlung durch eine vorbereitende Verwaltungsratssitzung (Art. 699 Abs. 1 OR) sei nicht notwendig, obwohl er erstinstanzlich eine formell korrekte Einberufung der Generalversammlung verlangte (vgl. Vi-act. 8, Replik, zu Ziff. II.2 und zu Ziff. 10-14, letzter Absatz), welche gerade durch den gesamten Verwaltungsrat zu erfolgen hat (vgl. angefochtene Verfügung, E. 3.4.2). Ausserdem stellte der Berufungsführer keinen Antrag auf direkte Einberufung der Generalversammlung durch den Richter (vgl. Vi-act. 1) und begründete auch nicht die Voraussetzungen der direkten Einberufung (z.B. Gefahr im Verzug, Blockierung gesellschaftlicher Aktivitäten; Dubs/Truffer, a.a.O., N 19 zu Art. 699 OR). Selbst der Einberufungsrichter hätte daher lediglich den Verwaltungsrat anweisen können, eine vorbereitende Verwaltungsratssitzung einzuberufen.

bb) Sodann macht der Berufungsführer geltend, Art. 699 Abs. 2 OR sei zwingender Natur und das Gericht habe nur formell zu prüfen, ob die Voraussetzungen glaubhaft gemacht worden seien. Die materielle Begründetheit des Gesuches bzw. die Beweggründe des Berufungsführers habe das Gericht nicht zu prüfen (KG-act. 1, S. 12). Das Einberufungsgesuch nach Art. 699 Abs. 4 OR ist eine rein formelle Massnahme, sodass der Richter das Einberufungsbegehren nicht materiell prüfen darf. Insbesondere ist nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden (BGE 142 III 16, E. 3.1). Gemeint ist damit lediglich, dass das Gericht die an der Generalversammlung zu behandelnden Traktanden nicht bereits materiell beurteilen darf. Dies wäre vielmehr Gegenstand einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Generalversammlungsbeschluss im Sinne von Art. 706 ff. OR (Dubs/Truffer, a.a.O., N 17a zu Art. 699 OR). Die Vorinstanz nahm jedoch keine derartige materielle Prüfung vor, sondern beschränkte sich darauf, die Rechtsmissbräuchlichkeit des Gesuches zu beurteilen. Sie überschritt damit ihre Prüfungsbefugnis nicht. Im Sinne des Vorstehenden verhielt sich der Berufungsführer in verschiedener Hinsicht widersprüchlich, d.h. rechtsmissbräuchlich.

3. Die Berufung ist vollständig abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Berufungsführer aufzuerlegen und hat dieser die Berufungsgegnerin angemessen zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO);-

beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 2'000.00 werden dem Berufungsführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Der Berufungsführer ist verpflichtet, die Berufungsgegnerin für das Berufungsverfahren mit Fr. 1'200.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.
5. Zufertigung an B._____ (2/R), D._____ (2/R), die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

20. Februar 2018 sl