

Einberufung einer Generalversammlung

Bundesgerichtsurteil 4A_130/2023 vom 9. Oktober 2023

Mit Bemerkungen von Markus Vischer und Dario Galli*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen
 - 1. Häufige Nichtdurchführung der oGV in der Praxis
 - 2. Stand der Rechtsprechung zum GV-Einberufungsbegehren
 - 3. Spurensuche in Bezug auf die Kernsätze
 - 4. Kritische Würdigung der fünf Kernsätze
 - 5. Exkurs 1: Gesuchgegner eines gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens
 - 6. Exkurs 2: Gerichtliche GV-Einberufung und Wirkung
 - 7. Exkurs 3: Business Judgement Rule
 - 8. Exkurs 4: GV-Traktandierungsbegehren
 - 9. Exkurs 5: VR-Einberufungsbegehren
 - 10. Zusammenfassung

I. Sachverhalt

Die A AG (Gesuchgegnerin und Beschwerdeführerin) wurde im Jahr 2016 gegründet. Ihr Verwaltungsrat setzt sich aus C, Präsident, und D zusammen. C hält rund 70% der Namenaktien der A AG. Die restlichen Namenaktien werden überwiegend von (ehemaligen) Mitarbeitern der A AG gehalten. Die Gesuchsteller (Beschwerdegegner, nachfolgend: Gesuchsteller) sind allesamt Aktionäre der A AG und erhielten ihre Aktienstellung im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms der A AG. Im Sommer 2020 übertrug die A AG im Rahmen einer Transaktion mit der E Inc. gestützt auf ein Sale and Contribution Agreement vom 14.8.2020 u.a. gewisse ihrer in Entwicklung befindlichen Softwareprodukte. Der Kaufpreis für die Übertragung des Kaufobjekts wurde gestützt auf ein Bewertungsgutachten der F AG auf USD 46,6 Mio. festgelegt.¹

Die Gesuchsteller stellten sich auf den Standpunkt, das Kaufobjekt sei unter Wert verkauft worden. Sie ersuchten in diesem Zusammenhang um Anordnung einer Sonderprüfung.² Mit Schreiben vom 3.3.2022 forderten sie den Verwaltungsrat der A AG auf, die ordentliche Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2020 einzuberufen und neben der Geneh-

mung des Lageberichts, der Jahresabschlüsse und der konsolidierten Jahresberichte 2020 auch die Beschlussfassung über das von D am 14.8.2020 unterzeichnete Sale and Contribution Agreement mit der E Inc. zu traktandieren. Zum zweiten Verhandlungsgegenstand stellten sie den Antrag, das von D unterzeichnete Sale and Contribution Agreement nicht zu genehmigen bzw. abzulehnen. Mit Schreiben vom 28.3.2022 setzte der Verwaltungsrat der A AG die ordentliche Generalversammlung über das Geschäftsjahr 2020 an. Traktandiert wurden u.a. die Genehmigung des Lageberichts, der Jahresrechnung und Konzernrechnung für das Jahr 2020, nicht aber die Beschlussfassung über das Sale and Contribution Agreement.³

Am 25.4.2022 reichten die Gesuchsteller beim Kantonsgericht Zug ein Einberufungs- und Traktandierungsgesuch ein. Mit Entscheid vom 15.11.2022 hiess der Einzelrichter am Kantonsgericht das Gesuch teilweise gut. Es verpflichtete die Verwaltungsräte der A AG, D und C, eine ausserordentliche Generalversammlung für die A AG mit folgendem Traktandum und folgendem Beschlussantrag einzuberufen:

«i. Traktandum: Beschlussfassung über das von D. am 14. August 2020 unterzeichnete Sale and Contribution Agreement mit der E. Inc. ii. Beschlussantrag: Nichtgenehmigung oder Ablehnung des von D. am 14. August 2020 unterzeichneten Sale and Contribution Agreement mit der E. Inc. [...]»⁴

Gegen diesen Entscheid reichte die A AG Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein. Mit Urteil vom 24.2.2023 wies das Obergericht die Berufung in der Sache ab und bestätigte den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht bezüglich Einberufung und Traktandierung.⁵

Gegen dieses Urteil reichte die A AG am 1.3.2023 eine vorläufige und am 29.3.2023 eine ergänzte Beschwerdeschrift beim Bundesgericht ein, wobei die A AG in der Hauptsache rügt, der vorinstanzliche Entscheid zur Einberufung der Generalversammlung und die Traktandierung der Beschlussfassung über das Sale and Contribution Agreement verletze die aktienrechtliche Kompetenzordnung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.⁶

* Dr. iur. Markus Vischer, LL.M., und Dr. iur. Dario Galli, LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.

¹ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil A.a.

² Vgl. paralleles Verfahren BGer 4A_84/2023 vom 9.10.2023.

³ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil A.b.

⁴ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil B.a.

⁵ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil B.b.

⁶ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil C sowie E. 3 Ingress und 4.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt fest, dass für die Frage, ob der vorinstanzliche Entscheid die aktienrechtliche Kompetenzordnung verletze, unbestritten das alte, bis Ende 2022 gültige Recht gelte.⁷

Nach Art. 699 Abs. 3 aOR⁸ könne die Einberufung einer Generalversammlung auch von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Aktionäre, die Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertreten, könnten die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands verlangen. Entspreche der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist, so habe das Gericht nach Art. 699 Abs. 4 aOR auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen. Bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 4 aOR seien nur formelle Fragen zu prüfen, d.h. ob der oder die Gesuchsteller Aktionäre seien, die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 aOR erfüllt seien und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt worden sei, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen worden sei.⁹

Der Einberufungsrichter unterziehe das Einberufungs- und Traktandierungsbegehren keiner materiellen Prüfung. Denn die richterliche Einberufung gestützt auf Art. 699 Abs. 4 aOR sei eine rein formelle Massnahme, die inhaltlich weder die Generalversammlung noch den Richter binde, der über die Anfechtung von Beschlüssen entscheide, die an der auf richterliche Anordnung hin einberufenen Versammlung gefasst worden seien. Der Einberufungsrichter habe daher bei einem Einberufungsgesuch auch nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden. Diese Fragen seien vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen.¹⁰

Immerhin sei bei der Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu beachten: Der offenbare Missbrauch des Rechts geniesse keinen Rechts-

schutz. Der Einberufungsrichter habe daher einem Einberufungs- und Traktandierungsbegehren nicht stattzugeben, wenn es sich als offensichtlich missbräuchlich oder schikanös herausstelle.¹¹

In BGE 137 III 503 habe das Bundesgericht zu Art. 699 Abs. 3 aOR entschieden, dass der Verwaltungsrat die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands ablehnen könne, der aufgrund seines Inhalts zweifelsfrei («indubitablement») ausserhalb der Kompetenz der Generalversammlung liege. Sobald jedoch irgendeine Ungewissheit («quelconque incertitude») bestehe, habe der Verwaltungsrat dem Begehren des Aktionärs stattzugeben und den Gegenstand zu traktandieren. Ob der Verwaltungsrat (Art. 699 Abs. 3 aOR) oder der Einberufungsrichter (Art. 699 Abs. 4 aOR) einen Verhandlungsgegenstand traktandiere, könne für die Überprüfungsmöglichkeit der zur Traktandierung beantragten Gegenstände keinen Unterschied machen, regle doch Abs. 4 von Art. 699 aOR lediglich die gerichtliche Durchsetzung des in Abs. 3 enthaltenen Anspruchs. Der Einberufungsrichter habe daher eine beantragte Traktandierung nicht nur bei einer Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots abzulehnen, sondern auch dann, wenn der zu traktandierende Gegenstand offensichtlich ausserhalb der Kompetenz der Generalversammlung liege und zweifelsfrei in die Kompetenz des Verwaltungsrats (oder eines anderen Organs) falle.¹²

Die Rechtslage zu Fragen der Kompetenzabgrenzung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat sei allerdings nicht immer klar. Die Vorinstanz habe geprüft, ob der Beschluss über das Sale and Contribution Agreement offensichtlich nicht in die Kompetenz der Generalversammlung der A AG falle. Sie habe dazu ausführlich dargelegt, dass beim Entscheid darüber, ob und mit welchen Gegenmassnahmen einem Interessenkonflikt beim Abschluss des Geschäfts begegnet werden solle, es sich um einen Geschäftsentscheid handle, welcher in die unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrats falle. Entsprechend wäre es eine Gesetzesumgehung, wenn den Aktionären das Recht eingeräumt würde, darüber eine Beschlussfassung zu verlangen. Die Geschäftsführung müsse beim Verwaltungsrat (oder bei einer von ihm eingesetzten Geschäftsführung) verbleiben. Die Generalversammlung

⁷ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1 Ingress.

⁸ Mit «aOR» sind aktienrechtliche Bestimmungen gemäss dem Aktienrecht 1991 (AS 1992 733) oder gemäss dem Aktienrecht 1936 (BBl 1936 III 605) gemeint.

⁹ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.1.

¹⁰ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.2.

¹¹ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.3.

¹² BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4.

sei konzeptionell kein Organ für Beschlüsse der Geschäftsführung. Vorbehalten bleibe allerdings der Fall, bei dem der Gesamtverwaltungsrat beschlussunfähig sei, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder einem Interessenkonflikt unterlägen, was vorliegend zutreffe. Gemäss der Vorinstanz habe die Erstinstanz daher zu Recht erkannt, dass zumindest gewisse Zweifel bestünden, ob das angebehrte Traktandum nicht der Generalversammlung zur Beschlussfassung vorgelegt werden dürfe. Folglich sei die Generalversammlung nicht offensichtlich unzuständig, um dieses Geschäft zu genehmigen.¹³

Die von der A AG gegen die Argumentation der Vorinstanz vorgebrachten Einwände überzeugten nicht. Das hier anwendbare Aktienrecht regle nicht ausdrücklich, wie bei Interessenkonflikten vorzugehen sei (vgl. aber Art. 717a OR) und ob die Generalversammlung in dieser Situation über den Geschäftsentcheid abstimmen könne. Für Inschlaggeschäfte habe das Bundesgericht bereits entschieden, dass die Generalversammlung als «übergeordnetes Organ» für die Genehmigung zuständig sein könne.¹⁴ Für Interessenkonflikte im Allgemeinen sei sodann in der Lehre umstritten, ob der Verwaltungsrat bei Interessenkonflikten aller seiner Mitglieder ein Rechtsgeschäft der Generalversammlung vorlegen könne. Wenn nun aber ein Teil der Lehre davon ausgehe, dass der Verwaltungsrat bei einem Interessenkonflikt seiner Mitglieder ein Geschäft der Generalversammlung unterbreiten könne, sei nicht offensichtlich und zweifelsfrei ersichtlich, dass die Generalversammlung in der vorliegenden Ausnahmesituation eines Interessenkonflikts aller Verwaltungsratsmitglieder offensichtlich unzuständig wäre, wenn die Gesuchsteller als Aktionäre die Traktandierung des vom Interessenkonflikt betroffenen Geschäfts verlangten. Die Vorinstanz sei daher zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Generalversammlung unter den vorliegenden Umständen nicht offensichtlich unzuständig sei.¹⁵

Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen.¹⁶

III. Bemerkungen

1. Häufige Nichtdurchführung der oGV in der Praxis

Nach der zwingenden Bestimmung von Art. 699 Abs. 2 OR ist bei der Aktiengesellschaft (AG) die ordentliche (o) Generalversammlung (GV) jährlich innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres durchzuführen.¹⁷ Sie ist nach Art. 699 Abs. 1 OR durch den Verwaltungsrat (VR), nötigenfalls durch die Revisionsstelle einzuberufen.

In der Praxis werden in einer erstaunlich hohen Anzahl keine oGVs durchgeführt.¹⁸ Sehr häufig finden sie auch zu spät, d.h. nicht innert der genannten Sechsmonatsfrist,¹⁹ statt. Der Grund dafür ist oft der saloppe Umgang mit den Corporate Governance-Regeln der AG im Allgemeinen, weil man zwar von den Vorzügen einer AG und damit insbesondere der dadurch gewonnenen Haftungsbeschränkung²⁰ profitieren möchte, aber nicht gewillt ist, den Aufwand für das Spielen des Spiels der AG²¹ zu betreiben.²² Anzutreffen ist dieses Phänomen v.a. bei AGs mit einem Opting-out²³, weil hier keine Revisionsstelle auf die Durchführung der oGV pocht.

Das Nichtabhalten einer oGV innert der genannten Sechsmonatsfrist ist nach BGE 148 III 69 folgenswer geworden, weil der VR bei einer entsprechenden Amtsdauer mit Ablauf der Sechsmonatsfrist sein

¹⁷ Zur zwingenden Natur von Art. 699 Abs. 2 OR z.B. BGer 4A_369/2023 vom 3.1.2024 E. 6.1 [zur Publikation vorgehen]; BGE 107 II 246 E. 1.

¹⁸ Siehe auch *Andreas Casutt/Catherine Grun Meyer*, Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzung für eine Sonderprüfung, GesKR 2012, S. 586–595, S. 590.

¹⁹ Zur Qualifikation dieser Frist als blosser Ordnungsvorschrift z.B. BGer 4A_646/2014 vom 14.4.2015 E. 4.2; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 8 Rz. 139.

²⁰ Art. 620 Abs. 1 Satz 2 OR (Art. 620 Abs. 1 aOR).

²¹ Dazu z.B. *Markus Vischer*, *Entscheidbesprechungen*. BGE 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 2018, S. 1400–1408, S. 1407; *Markus Vischer*, «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, S. 1485–1495, S. 1492.

²² Siehe auch *Markus Vischer*, *Mantelgesellschaften und Mantelhandel nach neuem Recht oder «the road to hell is paved with good intentions»*, SJZ 2024, S. 111–123, S. 116 ff. zum Phänomen der fehlenden Buchführung und der fehlenden Jahresrechnungen.

²³ Zum Opting-out siehe Art. 727a OR.

¹³ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.2.

¹⁴ BGE 127 III 332 E. 2b/aa; 126 III 361 E. 3a.

¹⁵ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.5.

¹⁶ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 4.

Mandat verliert und als nunmehr faktisches Organ rechtsgültig keine GV mehr einberufen kann.²⁴ Auch gerichtlich kann nach Art. 699 Abs. 5 OR keine GV mehr einberufen werden, weil die dafür notwendige Voraussetzung der vorgängigen Anrufung des VR²⁵ nicht mehr erfüllt werden kann.²⁶

Alsdann fehlt der VR, was nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR einen Organisationsmangel darstellt.²⁷ Dieser Organisationsmangel ist ohne Gang zum Richter nur noch zu korrigieren, wenn die Aktionäre in der Lage sind, für die Wahl des VR eine GV in der Form der Universalversammlung nach Art. 701 Abs. 1 und 2 OR (Art. 701 Abs. 1 und 2 aOR) abzuhalten,²⁸ oder wenn die Revisionsstelle einspringt und nach Art. 699 Abs. 1 OR eine GV einberuft.²⁹ Die Einberufung durch die Revisionsstelle ist allerdings nur möglich, wenn ihre Amts-

dauer analog BGE 148 III 69 nicht ebenfalls abgelaufen ist.³⁰

Angesichts des geschilderten Phänomens der häufigen Nichtdurchführung der oGV erstaunt es nicht, dass in der Praxis häufig zuerst beim VR und alsdann oft beim Richter Begehren um Einberufung einer oGV, für spezifische Anliegen oft auch Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen GV,³¹ gestellt werden, die sich auf Art. 699 Abs. 3–5 OR (bzw. Art. 699 Abs. 3 und 4 aOR) stützen. Davon zeugen viele Bundesgerichtsurteile, u.a. das hier besprochene Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023.³² Daneben gibt es auch viele einschlägige kantonale Urteile.³³

Bei dem dem GV-Einberufungsbegehren zugrundeliegenden GV-Einberufungsrecht handelt es sich um ein mittelbares Einberufungsrecht bzw. um ein Einberufungsveranlassungsrecht.³⁴ Es ist kein Individualrecht jedes Aktionärs, sondern ein Minderheitenrecht.³⁵

²⁴ OG ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 4.1–4.5; gl.M. *Sammy Guidoum*, Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Diss. St. Gallen 2023 = SSWH Bd. 360, Zürich/St. Gallen 2023, Rz. 407 (Anm. 1027); a.M. BGer 6B_697/2014 vom 27.2.2015 E. 2.3; unklar *Daniel M. Häusermann/Matthias P.A. Müller*, Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrates, GesKR 2022, S. 278–285, S. 280; zur Nichtigkeit einer durch ein unzuständiges Organ einberufenen GV z.B. BGer 4A_279/2018 vom 2.11.2018 E. 5.3; *Dieter Dubs/Roland Truffer*, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024, Art. 706b OR N 18; *Markus Vischer/Dario Galli*, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 2019, S. 5–14, S. 12.

²⁵ Zu dieser Voraussetzung siehe Kapitel III.4.1.

²⁶ BGer 4A_605/2014 vom 5.2.2015 E. 2.1.1–2.1.5; a.M. BGer 4A_507/2014//4D_73/2014 vom 15.4.2015 E. 5.1, wonach das Bestehen auf der Einhaltung dieser Voraussetzung einem überspitzten Formalismus gleichkäme.

²⁷ Siehe auch BGer 5A_564/2023//5A_582/2023 vom 26.10.2023 E. 4.1 f., wo von «Organverweisung» die Rede ist.

²⁸ BGer 5A_564/2023//5A_582/2023 vom 26.10.2023 E. 5.2 für ein Anwendungsbeispiel.

²⁹ Zur Zulässigkeit der Einberufung durch die Revisionsstelle bei Fehlen eines VR zwecks Wahl eines VR z.B. *Dominik Hohler/Marion Bähler*, Keine stillschweigende Verlängerung von Verwaltungsratsmandaten, SZW 2022, S. 280–289, S. 285; zum Recht und zur eventuellen Pflicht zur Einberufung einer GV durch die Revisionsstelle im Allgemeinen z.B. *Nicolas Rouiller/Marc Bauen/Robert Bernet/Colette Lassere Rouiller*, La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf/Zürich 2022, Rz. 407a (Anm. 1349), m.H. u.a. auf BGE 93 II 22 E. 5.

³⁰ Eine solche analoge Anwendung befürwortend z.B. *Hohler/Bähler* (Fn. 29), S. 285; ablehnend z.B. OG ZG Z2 2023 26 vom 4.7.2023 E. 4.6; *Karin Müller/Michèle Lang*, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2022, ZBJV 2024, S. 1–27, S. 17 f.

³¹ *Stefan Knobloch*, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 432.

³² Siehe u.a. auch BGer 4A_639/2022 vom 7.2.2022; 4A_335/2022 vom 19.12.2022; 4A_331/2022 vom 28.10.2022; 4A_486/2021 vom 4.3.2022; 4A_558/2021 vom 28.2.2022; BGE 147 III 238; BGer 4A_385/2021 vom 13.1.2022; 4A_441/2021 vom 28.12.2021; 4A_508/2020 vom 25.3.2021; 4A_134/2020 vom 15.6.2020; 4A_184/2019 vom 15.7.2019; 4A_24/2019 vom 26.2.2019; 4A_529/2017 vom 21.2.2018; BGE 142 III 16; BGer 4A_507/2014//4D_73/2014 vom 15.4.2015; 4A_605/2014 vom 5.2.2015; BGE 137 III 503; BGer 4C.202/2006 vom 29.9.2006; BGE 132 III 555; BGer 4P.92/2005 vom 1.7.2005; 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert); 4C.206/1991 vom 26.9.1991 (nicht publiziert); BGE 112 II 145; 102 Ia 209; siehe auch BGer 4A_130/2021 vom 28.5.2021 und 4A_128/2021 vom 28.5.2021 bez. Verantwortlichkeit des VR im Zusammenhang mit einem GV-Einberufungsbegehren.

³³ Z.B. HG ZH HE210134 vom 31.3.2022; OG ZG Z2 2022 11 vom 19.5.2022; HG ZH HE220014 vom 16.3.2022; HE210084 vom 13.8.2021; HE190068 vom 27.5.2019; HE150143 vom 6.8.2015; HE150080 vom 27.5.2015; HE120311 vom 19.11.2012; HG SG vom 18.10.1935, in: SJZ 1936/37, S. 88.

³⁴ *Markus Vischer/Dario Galli*, Absage einzelner Traktanden einer GV oder einer GV insgesamt, SZW 2023, S. 603–619, S. 608.

³⁵ Zu den Individual- und Minderheitsrechten im Allgemeinen z.B. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 Rz. 129 ff.

Das GV-Einberufungsbegehren muss notwendigerweise mit einem Traktandierungsbegehren und Anträgen zu den verlangten Traktanden verbunden sein.³⁶

2. Stand der Rechtsprechung zum GV-Einberufungsbegehren

Das hier besprochene Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 gibt die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum GV-Einberufungsbegehren nach Art. 699 Abs. 3–5 OR (bzw. Art. 699 Abs. 3 und 4 aOR) wieder. Ihm lassen sich folgende fünf Kernsätze entnehmen:

- Der Einberufungsrichter unterzieht das GV-Einberufungsbegehren nur in Bezug auf formelle Fragen einer Überprüfung und nimmt keine materielle Prüfung vor (erster Kernsatz);³⁷
- Der Einberufungsrichter prüft nicht, ob die mit dem GV-Einberufungsbegehren verlangten GV-Beschlüsse gültig sein werden (zweiter Kernsatz);³⁸
- Der Einberufungsrichter prüft, ob das GV-Einberufungsbegehren nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist (dritter Kernsatz);³⁹
- Der Einberufungsrichter prüft, ob die mit dem GV-Einberufungsbegehren verlangten GV-Beschlüsse nicht offensichtlich ausserhalb des Kompetenzbereichs der GV liegen (vierter Kernsatz);⁴⁰
- Der Einberufungsrichter und der VR haben die gleiche Überprüfungsbefugnis in Bezug auf das GV-Einberufungsbegehren (fünfter Kernsatz).⁴¹

3. Spurensuche in Bezug auf die Kernsätze

In Bezug auf den ersten Kernsatz verweist das hier besprochene Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023

im Wesentlichen auf BGE 142 III 16 E. 3.1.⁴² BGE 142 III 16 E. 3.1 seinerseits verweist hauptsächlich auf BGE 112 II 145 E. 2a und BGE 102 Ia 209 E. 2.⁴³ Diesen beiden Urteilen ist zum ersten Kernsatz allerdings nichts zu entnehmen.⁴⁴ In BGE 102 Ia 209 E. 2 hielt das Bundesgericht fest, dass die Aktionärs-eigenschaft des Gesuchstellers bzw. der Gesuchsteller eines GV-Einberufungsbegehrens glaubhaft zu machen sei. Das Bundesgericht berief sich dabei auf sein Urteil BGer vom 8.11.1938 i.S. Dimtza,⁴⁵ in dem es um die Frage ging, ob der Entscheid des Gerichts im GV-Einberufungsverfahren ein «Haupturteil» i.S.v. Art. 58 des schon im Zeitpunkt von BGE 102 Ia 209 f. nicht mehr in Kraft stehenden Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22.3.1893⁴⁶ sei und der Berufung unterliege, was im Urteil BGer vom 8.11.1938 i.S. Dimtza verneint wurde, weil der GV-Einberufungsentscheid eine vorsorgliche Massnahme sei. In BGE 112 II 145 E. 2a berief sich das Bundesgericht auf BGE 102 Ia 210 und auf das Urteil BGer vom 8.11.1938 i.S. Dimtza, obwohl letztere Verweisung infolge eines Tippfehlers in BGE 112 II 145 E. 2a⁴⁷ schwer zu erkennen ist. Es bestätigte in BGE 112 II 145 E. 2a seine Schlussfolgerung im Urteil BGer vom 8.11.1938 i.S. Dimtza, dass der gerichtliche GV-Einberufungsentscheid eine vorsorgliche Massnahme sei und deshalb weder die GV noch den Richter betreffend die Annullation eines Beschlusses der betreffenden GV binde. Es ging in BGE 112 II 145 E. 2a wie schon im Urteil BGer vom 8.11.1938 i.S. Dimtza um die Frage der Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht, in BGE 112 II 145 E. 2a genauer um die Frage, ob der gerichtliche GV-Einberufungsentscheid eine Zivilrechtsstreitigkeit i.S. von Art. 44–46 des heute nicht mehr in Kraft stehenden Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943⁴⁸ sei und damit der Berufung unterliege, was das Bundesgericht verneinte. Kein, jedenfalls kein explizites, Thema war die Weiterzugsmöglichkeit eines gerichtlichen GV-Einberufungsentscheids an das

³⁶ Art. 699 Abs. 4 OR; z.B. BGer 5A_567/2023//5A_582/2023 vom 26.10.2023 E. 5.1.4; Böckli (Fn. 19), § 8 Rz. 197; siehe auch KG SZ ZK2 2017 60 vom 15.2.2018 für ein Anwendungsbeispiel eines fehlenden Traktandums; siehe auch HG ZH HE150143 vom 6.8.2015 E. 4.4 und HE120311 vom 19.11.2012 E. 4.3, für Anwendungsbeispiele fehlender (genügend klarer) Anträge.

³⁷ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.1.

³⁸ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.2.

³⁹ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.3.

⁴⁰ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4.

⁴¹ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4.

⁴² BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.2.

⁴³ BGE 142 III 16 E. 3.1.

⁴⁴ Wohl gl.M. *Andreas Schneuwly*, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO, Diss. Zürich 2021 = ZPR Bd. 38, Zürich/St. Gallen 2021, Rz. 340.

⁴⁵ Publiziert in: SJ 1939, S. 424.

⁴⁶ Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22.3.1893 (BBI 1893 I 1107).

⁴⁷ «TF in SJ 1929 p. 424 s.» statt «TF in SJ 1939 p. 424 s.».

⁴⁸ Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943 (BBI 1944 I 1).

Bundesgericht im Urteil BGer P 1345/84 vom 23.8.1984 (nicht publiziert), auf welches sich das Bundesgericht in BGE 112 II 145 E. 2a⁴⁹ zur Stützung seiner Meinung ebenfalls berief.

In Bezug auf den zweiten Kernsatz verweist das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 ebenfalls im Wesentlichen auf BGE 142 III 16 E. 3.1.⁵⁰ BGE 142 III 16 E. 3.1 seinerseits verweist zur Hauptsache auf das Urteil BGer 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert) E. 4.⁵¹ In diesem Urteil wird unter Hinweis u.a. auf BGE 102 Ia 210 ausgeführt, der Einberufungsrichter habe nicht zu prüfen, ob die mit dem GV-Einberufungsbegehren verlangten Beschlüsse zwingendes Recht verletzen (Art. 20 OR) oder rechtsmissbräuchlich seien (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Allerdings ist dies BGE 102 Ia 210 nicht zu entnehmen.

Im hier besprochenen Urteil 4A_130/2023 vom 9.10.2023 wird hinsichtlich des dritten Kernsatzes im Wesentlichen erneut auf BGE 142 III 16 E. 3.1 f. verwiesen,⁵² welches Urteil seinerseits auf *Werner Hagmann*⁵³ verweist.⁵⁴ Nicht erwähnt wird in BGE 142 III 16 E. 3.1 f., dass im zur Stützung des zweiten Kernsatzes angerufenen Urteil BGer 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert) E. 4 ausgeführt wird, der Einberufungsrichter habe nicht zu prüfen, ob die mit dem GV-Einberufungsbegehren verlangten Beschlüsse rechtsmissbräuchlich seien, was mit dem dritten Kernsatz nicht vereinbar ist.⁵⁵

Betreffend den vierten Kernsatz verweist das hier besprochene Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 auf BGE 137 III 503 E. 4.1, nicht aber auf BGE 142 III 16,⁵⁶ obwohl auch BGE 142 III 16 den vierten Kernsatz enthält.⁵⁷ BGE 142 III 16 erwähnt allerdings BGE 137 III 503

nicht, weshalb das Verhältnis der ersten drei Kernsätze und des vierten Kernsatzes in BGE 142 III 16 nicht geklärt wird. Erst im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 werden sowohl BGE 142 III 16 als auch BGE 137 III 503 erwähnt, ohne allerdings dessen Verhältnis zu klären.⁵⁸

Der fünfte Kernsatz wird, soweit ersichtlich, erstmals im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 erwähnt.⁵⁹ Begründet wird er damit, dass Art. 699 Abs. 4 aOR lediglich die gerichtliche Durchsetzung des in Art. 699 Abs. 3 aOR enthaltenen Anspruchs regle, weshalb die Überprüfungsbefugnis für den Einberufungsrichter und für den VR gleich sein müsse.⁶⁰

4. Kritische Würdigung der fünf Kernsätze

4.1 Zum ersten Kernsatz

Gemäss dem ersten Kernsatz differenziert das Bundesgericht zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen bzw. zwischen einer formellen und materiellen Prüfung des gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens.⁶¹ Unter die formelle Prüfung subsumiert das Bundesgericht die Beantwortung der Fragen, ob der bzw. die Gesuchsteller Aktionäre sind, ob sie die Schwellwerte nach Art. 699 Abs. 3 OR (Art. 699 Abs. 3 aOR) erreichen und ob sie tatsächlich ein schriftliches Einberufungsbegehren nach Art. 699 Abs. 4 OR an den VR gestellt haben, dem innert angemessener Frist

ist im Rahmen eines Gesuchs nach Art. 699 Abs. 4 OR nicht zu prüfen.»

⁵⁸ Siehe allerdings bereits BGer 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 5.2 bez. Einberufung einer Vereinsversammlung, in welchem BGE 142 III 16 und BGE 137 III 503 erwähnt werden, allerdings ebenfalls, ohne deren Verhältnis zueinander zu klären.

⁵⁹ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4.

⁶⁰ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4.

⁶¹ BGE 142 III 16 E. 3.1 f., bestätigt im hier besprochenen BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.1; 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 9.1; 4A_558/2021 vom 28.2.2022 E. 5.1; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.1; 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.1; 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 5.2; 4A_184/2019 vom 15.7.2019 E. 2.1; 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.2; s. schon vor BGE 142 III 16, BGer 4A_605/2014 vom 5.2.2015 E. 2.1.2; 4C.272/2001 vom 4.6.2002 E. 5.2 (nicht publiziert in BGE 128 III 375) bez. Genossenschaft; 4P.127/1991 vom 27.9.1991 E. 4 (nicht publiziert).

⁴⁹ «arrêt non publié du 23 août 1984 en la cause S. A.G. c. G. et consorts».

⁵⁰ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.2.

⁵¹ BGE 142 III 16 E. 3.1.

⁵² BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.2.

⁵³ *Werner Hagmann*, Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereich der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1939 = ASR Heft 163, Bern 1939, S. 43 f.

⁵⁴ BGE 142 III 16 E. 3.1.

⁵⁵ Siehe dagegen das hier besprochene Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.1, mit Hinweis, dass in BGer 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert) E. 4, noch anders als in BGE 142 III 16 E. 3.1 f. und in den darauf gestützten Urteilen entschieden wurde.

⁵⁶ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4.

⁵⁷ BGE 142 III 16 E. 3.2: «Ob die Verrechnungsbefugnis überhaupt in der Kompetenz der Generalversammlung steht,

nach Art. 699 Abs. 5 OR (Art. 699 Abs. 4 aOR)⁶² nicht entsprochen wurde.⁶³ Unter der materiellen Prüfung versteht das Bundesgericht die Beantwortung der Frage der Gültigkeit der mit dem gerichtlichen GV-Einberufungsbegehren verlangten GV-Beschlüsse.⁶⁴

Die Aufteilung in formelle und materielle Fragen bei der Prüfung eines gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens durch den Einberufungsrichter ist nach hier vertretener Auffassung wenig hilfreich.⁶⁵ Letztlich geht es für den Einberufungsrichter nur, aber immerhin, darum, Art. 699 Abs. 3–5 OR anzuwenden und zu prüfen, ob nach diesen Bestimmungen das gerichtliche GV-Einberufungsbegehren gutgeheissen werden kann.

Beim gerichtlichen GV-Einberufungsbegehren handelt es sich um eine Leistungsklage,⁶⁶ mit der das GV-Einberufungsrecht des Gesuchstellers bzw. der Gesuchsteller nach Art. 699 Abs. 3 OR durchgesetzt werden kann, wenn die beiden Voraussetzungen nach

Art. 699 Abs. 4 und 5 OR gegeben sind. Weil diese beiden Voraussetzungen für die Gutheissung des gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens erfüllt sein müssen, spricht man von der Subsidiarität des gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens gegenüber dem (an den VR gerichteten) GV-Einberufungsbegehren.⁶⁷

Nach dem Bundesgericht soll sich der Einberufungsrichter bei der Beurteilung des gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens mit dem Beweismass der Glaubhaftmachung⁶⁸ begnügen.⁶⁹ Das überzeugt nicht. Das gerichtliche GV-Einberufungsbegehren wird nach Art. 248 lit. a ZPO i.V.m. Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO im summarischen Verfahren behandelt.⁷⁰ In diesem Verfahren gilt das Regelbeweismass der vollen Überzeugung,⁷¹ es sei denn, das Gesetz ordne in Bezug auf das Beweismass etwas anderes an.⁷² Der ZPO selbst ist in

⁶² Zum Fristenlauf z.B. BGer 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 9.1; zur Frist nach Art. 699 Abs. 4 aOR z.B. BGer 4A_24/2019 vom 26.2.2019 E. 3.2 bez. Einladung einer Gesellschafterversammlung bei der GmbH.

⁶³ BGE 142 III 16 E. 3.1–3.2, bestätigt im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.1; 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 9.1; 4A_558/2021 vom 28.2.2022 E. 5.1; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.1; 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.1; 4A_184/2019 vom 15.7.2019 E. 2.1; 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.2; s. schon vor BGE 142 III 16 E. 3.1, BGer 4A_605/2014 vom 5.2.2015 E. 2.1.2; siehe auch OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 (vorinstanzlicher Entscheid zum hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023) E. 7.4.

⁶⁴ BGE 142 III 16 E. 3.1 ff.; bestätigt im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.2; 4A_269/2022 vom 7.2.2023 E. 9.1, 9.3; 4A_558/2021 vom 28.2.2022 E. 5.1; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.1; 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.1; 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 5.2 f.; 4A_184/2019 vom 15.7.2019 E. 2.1; 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.2; siehe auch OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 (vorinstanzlicher Entscheid zum hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023) E. 7.4.

⁶⁵ Wohl gl.M. *Schneuwly* (Fn. 44), Rz. 342.

⁶⁶ Z.B. HG ZH HE230043 vom 6.6.2023 E. 3 bez. gerichtlichem VR-Einberufungsbegehren; *Damian A. Fischer*, Informationskonzept im neuen Aktienrecht, SZW 2023, S. 528–547, S. 540, bez. gerichtlichem Auskunfts- und Einsichtsbegehren des Aktionärs nach Art. 697b OR; siehe auch *Stephan Mazan*, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 252 N 3, wonach die ZPO aus historischen Gründen von Gesuch und nicht von Klage spricht (so z.B. Art. 252 Abs. 1 ZPO).

⁶⁷ Z.B. *Fischer* (Fn. 66), S. 540, bez. gerichtlichem Auskunfts- und Einsichtsbegehren des Aktionärs nach Art. 697b OR.

⁶⁸ Zum Beweismass der Glaubhaftmachung im Allgemeinen z.B. BGer 4A_84/2023 vom 9.10.2023 (Parallellfall zum hier diskutierten Fall BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023) E. 3.2.2.1; BGer 4A_335/2022 vom 19.12.2022 E. 3 und 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.2 bez. GV-Einberufungsbegehren; BGE 140 III 610 E. 4.1, 4.3.4 bez. Sonderprüfung nach Art. 697b aOR (Art. 607d OR).

⁶⁹ BGer 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 7.5; 4A_335/2022 vom 19.12.2022 E. 3; 4A_558/2021 vom 28.2.2022 E.5.1; 4A_184/2019 vom 15.7.2019 E.2.1; 4A_507/2014//4D_73/2014 vom 15.4.2015 E. 5.6, 5.6.2.

⁷⁰ Z.B. BGer 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 9.1.

⁷¹ Zum Regelbeweismass im Allgemeinen z.B. BGer 4A_559/2022 vom 3.8.2023 (zur Publikation vorgesehen) E. 6.2.2 bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 958e Abs. 2 OR; BGE 140 III 610 E. 4.3.4 bez. Sonderprüfung nach Art. 697b aOR (Art. 697d OR).

⁷² Z.B. BGE 144 III 100 E. 6 bez. Auskunfts- und Einsichtsrecht des VR nach Art. 715a aOR/OR und des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR); BGE 141 III 43 E. 2.5.2 bez. Organisationsmängel nach Art. 731b aOR (vor Änderung des Handelsregisterrechts per 1.1.2021); BGE 140 III 610 E. 4.3.1 bez. Sonderprüfung nach Art. 697b aOR (Art. 697d OR); BGE 120 II 352 E. 2b bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 697h Abs. 2 aOR (Art. 958e Abs. 2 OR) und Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR); BSK ZPO–*Mazan* (Fn. 66), Art. 249 N 3, Art. 254 N 9 f.; für ein Beispiel einer nach Bundesgericht gesetzlich vorgegebenen Reduktion des Beweismasses, allerdings nicht auf eine blosse Glaubhaftmachung, sondern auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit; BGE 137 III 255 E. 4.1.2 bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 697h Abs. 2 aOR (Art. 958e Abs. 2 OR), wobei das dafür vom Bundesgericht angeführte Argument möglicher Beweisschwierigkeiten nicht überzeugt, können solche doch in jedem Verfahren und insbesondere in jedem summarischen Verfahren auf-

Bezug auf das Beweismass beim gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren nichts zu entnehmen. Entgegen dem Urteil BGer vom 8.11.1938 i.S. Dimtza⁷³ ist der gerichtliche GV-Einberufungsentscheid keine vorsorgliche Massnahme, jedenfalls keine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. ZPO, weshalb Art. 261 Abs. 1 ZPO in Bezug auf das Beweismass der Glaubhaftmachung nicht anwendbar ist.⁷⁴ Der gerichtliche GV-Einberufungsentscheid ist auch kein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO,⁷⁵ sondern ergeht in einem streitigen Zivilverfahren,⁷⁶ wobei allerdings

treten, weshalb die Voraussetzung einer «Beweisnot» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (z.B. BGE 148 III 105 E. 3.3.1; 140 III 610 E. 4.3.3 bez. Sonderprüfung nach Art. 697b aOR [Art. 697d OR]) nicht vorliegt; siehe auch BGer 4A_559/2022 vom 3.8.2023 (zur Publikation vorgesehen) E. 6.2.3, 6.3.1 bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 958e Abs. 2 OR, wo BGE 137 III 255 E. 4.1.2 bestätigt wird.

⁷³ Bestätigt in BGer 4C.206/1991 vom 26.6.1991 (nicht publiziert) E. 1; BGE 112 II 145 E. 2a.

⁷⁴ Schneuwly (Fn. 44), Rz. 340 (Anm. 491); a.M. Brigitte Tanner, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 699 OR N 67; Hagmann (Fn. 53), S. 44; unklar Rouiller/Bauen/Bernet/Lassarre Rouiller (Fn. 29), Rz. 407d (Anm. 1361).

⁷⁵ Siehe auch Art. 248 lit. e ZPO und Art. 6 Abs. 1 ZPO mit dem Begriff der handelsrechtlichen Streitigkeit.

⁷⁶ Patrick Schmidt, Schiedsgerichtliche Rechtsgestaltung im Aktienrecht, Diss. Zürich 2024 = SSHW Bd. 366, Zürich/St. Gallen 2024, Rz. 149; Michael Lazopoulos/Stefan Leimgruber, in: Myriam Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023, Art. 250 N 36; Schneuwly (Fn. 44), Rz. 338 ff.; Dominik Gasser, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 1 N 37; Dike Komm-ZPO-Kaufmann (Fn. 76), Art. 250 N 5; Francesca Pesenti, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 250 N 5; Manuel Hüsler, Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Zürich 2012 = ZStP Bd. 247, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 34; a.M. BGer 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 3.4.1.1; 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert) E. 1; 4C.206/1991 vom 26.6.1991 (nicht publiziert) E. 1; BGE 112 II 145 E. 2a; Jacques Haldy, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 1 N 12; BSK ZPO-Vock/Nater (Fn. 66), Art. 1 N 7; Bernhard Berger, in: Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 1 ZPO N 35; unklar BSK OR II - Dubs/Truffer (Fn. 24), Art. 699 N 46; siehe auch Schneuwly (Fn. 44), Rz. 339, zur Praxis der Handelsgerichte AG und ZH, welche beim GV-Einberufungsverfahren von einem streitigen Zivilverfahren ausgehen.

auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Regelbeweismass und nicht das Beweismass der Glaubhaftmachung gilt.⁷⁷ Wie aus der ZPO ergibt sich auch aus dem OR, hier aus Art. 699 Abs. 3–5 OR, kein Absenken des Regelbeweismasses.⁷⁸ Es liegt beim gerichtlichen GV-Einberufungsentscheid auch kein Fall vor, in welchem ein bloss vorläufiger Zustand geschaffen wird, der in einem nachgelagerten Verfahren überprüfbar wäre, wie das beim sogenannten typischen Summarverfahren mit einem Absenken des Beweismasses auf die Glaubhaftmachung oft der Fall ist.⁷⁹ Vielmehr wird im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren definitiv über die Voraussetzungen der GV-Einberufung nach Art. 699 Abs. 3–5 OR entschieden. Ein eventuelles GV-Nichtigkeits- oder Anfechtungsverfahren nach Art. 706 ff. OR ist deshalb kein Verfahren, in dem über die genannten Voraussetzungen des GV-Einberufungsbegehrens erneut entschieden wird. Es gilt auch für das GV-Einberufungsrecht nach Art. 699 Abs. 3–4 OR die Feststellung, die das Bundesgericht in Bezug auf das Auskunftsrecht des Aktionärs machte: «Das Recht auf Auskunftserteilung gemäss Art. 697 OR ist als selbständiges Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs zu verstehen [...]; es kann folglich für sich allein in einem Verfahren durchgesetzt werden, das insbesondere nicht mit einem Anfechtungsverfahren gemäss Art. 706 OR zusammenhängen oder vereinigt werden muss.»⁸⁰ Die (korrekte) Aussage des Bundesgerichts in BGE 112 II 145 E. 2a,⁸¹

⁷⁷ Z.B. BSK ZPO-Mazan (Fn. 66), Art. 248 N 14.

⁷⁸ Wohl gl.M. Rouiller/Bauen/Bernet/Lassere Rouiller (Fn. 29), Rz. 407d (Anm. 1361); wohl a.M. BGer 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert) E. 4: «L'exclusion des objections précitées ne résulte donc pas de la nature sommaire de la procédure de convocation, mais bien des limites assignées par la loi à l'objet du litige.»

⁷⁹ Z.B. BSK ZPO-Mazan (Fn. 66), vor Art. 248–256 N 6.

⁸⁰ BGE 109 II 47 E. 2 bez. Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 3 aOR (Art. 697b OR); siehe auch BGE 138 III 166 E. 3.9 bez. Organisationsmängel nach Art. 731b aOR (vor Änderung des Handelsregisterrechts per 1.1.2021); BGE 120 II 352 E. 2b bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 697h Abs. 2 aOR (Art. 958e Abs. 2 OR) und Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR).

⁸¹ Bestätigt im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.2; 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 7.5, 9.1; 4A_335/2022 vom 19.2.2022 E. 3; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.1; 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.1; 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 5.2; 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.2; BGE 142 III 16 E. 3.1; BGer 4C.206/1991 vom 26.6.1991 (nicht publiziert) E. 1.

wonach der gerichtliche GV-Einberufungsentscheid den Richter in einem allfälligen nachfolgenden Anfechtungs- oder Nichtigkeitsverfahren (über die Tatsache der Einberufung einer GV hinaus) nicht bindet, bezieht sich auf allfällige Aussagen des Einberufungsrichters zur Gültigkeit der verlangten GV-Beschlüsse im Rahmen der Rechtsmissbrauchsprüfung und ändert nichts daran, dass das gerichtliche GV-Einberufungsverfahren kein Vorverfahren zum Anfechtungs- oder Nichtigkeitsverfahren als Hauptverfahren ist. Der gerichtliche GV-Einberufungsentscheid ist deshalb ein Entscheid, der in materielle Rechtskraft erwächst und damit eine *res iudicata* schafft.⁸² Damit ist das gerichtliche GV-Einberufungsverfahren unter die sogenannten atypischen Summarverfahren einzureihen, dessen Charakter sich in der Verfahrensbeschleunigung erschöpft.⁸³ Ein Absenken des Beweismasses im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren auf eine blosser Glaubhaftmachung der Voraussetzungen nach Art. 699 Abs. 3–5 OR ist daher bundesrechtswidrig.⁸⁴

Diese Ausführungen gelten insbesondere auch für die Aktionärseigenschaft als Voraussetzung für das gerichtliche GV-Einberufungsverfahren. Die Aktionärseigenschaft ist deshalb vom Gesuchsteller bzw. von den Gesuchstellern im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren entgegen BGE 102 Ia 209 E. 2⁸⁵ nicht nur glaubhaft zu machen, sondern unter Zugrundelegung des Regelbeweismasses nachzuweisen.⁸⁶ Denn es ist nicht nachvollziehbar, warum Personen, deren Aktionärseigenschaft streitig ist, ein GV-Einberufungsrecht nach Art. 699 Abs. 3–5 OR eingeräumt werden soll. Es verhält sich entsprechend anders als beim Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 958e Abs. 2 OR, bei dem das Bundesgericht (nach hier vertretener Auffassung zu Unrecht)⁸⁷ die Auffassung vertrat, der Gesetzgeber habe auch Gläubigern, deren Gläubigerstellung streitig ist, ein Einsichtsrecht einräumen wollen.⁸⁸

Das gilt nicht nur für die Aktionärseigenschaft *per se*, sondern auch für die Frage, ob der Aktionär seine Aktionärsrechte und damit das GV-Einberufungsrecht⁸⁹ ausüben darf, was z.B. nach Art. 697m OR dann

⁸² *Schneuwly* (Fn. 44), Rz. 340 ff., siehe auch Rz. 340 (Anm. 491), m.H. auf Rz. 390, bez. nicht vorhandener bzw. beschränkter *res iudicata*-Wirkung in Bezug auf die Aktionärseigenschaft; BSK ZPO–*Mazan* (Fn. 66), vor Art. 248–256 N 7, Art. 254 N 7a, im Allgemeinen; siehe auch BGer 4A_559/2022 vom 3.8.2023 (zur Publikation vorgesehen) E. 6.2.3, 6.3.2 bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 958e Abs. 2 OR; BGE 144 III 100 E. 6 bez. Auskunfts- und Einsichtsrecht des VR nach Art. 715a aOR/OR und des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR); BGE 141 III 43 E. 2.5.2 bez. Organisationsmängel nach Art. 731b aOR (vor Änderung des Handelsregisterrechts per 1.1.2021); BGer 4C.234/2002 vom 4.6.2003 E. 4.3.1 bez. Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR); BGE 137 III 255 E. 4.1.2 bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 697h Abs. 2 aOR (Art. 958e Abs. 2 OR); 120 II 352 E. 2a–2b bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 697h Abs. 2 aOR (Art. 958e Abs. 2 OR) und Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR); BGE 112 II 145 E. 2b bez. Auskunftsrecht des Aktionärs nach Art. 697 aOR (Art. 697b OR).

⁸³ Z.B. BSK ZPO–*Mazan* (Fn. 66), vor Art. 248–256 N 7, Art. 254 N 7a, auch Art. 252 N 2, wonach der Akzent des summarischen Verfahrens auf der Verfahrensbeschleunigung liegt; siehe auch BGE 144 III 100 E. 6 bez. Auskunfts- und Einsichtsrecht des VR nach Art. 715a aOR/OR und des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR); 137 III 255 E. 4.1.2 bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 697h Abs. 2 aOR (Art. 958e Abs. 2 OR).

⁸⁴ BGer 4C.234/2002 vom 4.6.2003 E. 4.3.1 bez. Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR).

⁸⁵ Bestätigt in BGer 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 7.5; 4A_335/2022 vom 19.2.2022 E. 3, 3.2; 4A_558/2021 vom 28.2.2022 E. 5.1; 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.2; 4A_134/2020 vom 15.6.2020 E. 3.3; 4A_184/2019 vom 15.7.2019 E. 2.1; 4A_507/2014/4D_73/2014 vom 15.4.2015 E. 5.6, 5.6.2; 4C.206/1991 vom 26.6.1991 (nicht publiziert) E. 1.

⁸⁶ *Schneuwly* (Fn. 44), Rz. 340, Fn. 491; siehe auch BGE 140 III 610 E. 4.3.1 ff. bez. Sonderprüfung nach Art. 697b aOR (Art. 697d OR): «Dem entspricht es im Übrigen, dass in der Rechtsprechung auch hinsichtlich der Aktionärseigenschaft und der Höhe der Kapitalbeteiligung der Nachweis und nicht ein blosses Glaubhaftmachen verlangt wurde»; BGer 4C.412/2005 vom 23.2.2006 E. 3.2 bez. Sonderprüfung nach Art. 697b aOR (Art. 697d OR); *Benjamin Domenig/Claudio Gür*, Organisationsmangelverfahren nach Art. 713b und Art. 939 OR, AJP 2021, S. 168–180, S. 174, bez. Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b OR eingeleitet durch einen Aktionär: «[...] der Aktionär muss seine Aktionärsstellung [...] beweisen».

⁸⁷ Siehe schon Fn. 72.

⁸⁸ BGE 137 III 255 E. 4.1.2 bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 697h Abs. 2 aOR (Art. 958e Abs. 2 OR); bestätigt in BGer 4A_559/2022 vom 3.8.2023 (zur Publikation vorgesehen) E. 6.2.3, 6.2.1 f. bez. Einsichtsrecht des Gläubigers nach Art. 958e Abs. 2 OR.

⁸⁹ Z.B. *Karin Müller*, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020, ZBJV 2022, S. 29–59, S. 50 f.; siehe auch Art. 656c Abs. 2 OR mit der Einreihung des GV-Einberufungsrechts unter die mit dem Stimmrecht zusammenhängenden Rechte.

nicht der Fall ist, wenn der Aktionär seine Meldepflichten nach Art. 697j OR nicht erfüllt hat.⁹⁰

Der erste Kernsatz ist deshalb nicht korrekt. Er muss vielmehr wie folgt korrigiert werden: Der Einberufungsrichter prüft unter Zugrundelegung des Regelbeweismasses der vollen Überzeugung, ob gemäss Art. 699 Abs. 3–5 OR die Voraussetzungen für einen GV-Einberufungsentscheid vorliegen.

Nachzutragen ist, dass im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren nach Art. 55 Abs. 1 ZPO der Verhandlungsgrundsatz gilt.⁹¹ Denn es handelt sich wie ausgeführt nicht um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei dem nach Art. 255 lit. b ZPO der (beschränkte) Untersuchungsgrundsatz gilt.⁹²

Nachzutragen ist weiter, dass der GV-Einberufungsentscheid nicht nur nicht den Richter in einem eventuell nachfolgenden Anfechtungs- oder Nichtigkeitsverfahren, sondern auch nicht die GV bindet.⁹³ Entsprechend ist es dem Einberufungsrichter verwehrt, über die GV-Einberufung hinaus Einfluss auf die Durchführung der GV zu nehmen und z.B. eine Beschlussfassung oder sogar eine Beschlussfassung in einem bestimmten Sinne zu verlangen.⁹⁴ Vorbehalten bleibt die Anordnung der Durchführung der GV durch einen Dritten,⁹⁵ wobei der Einberufungsrichter auch unter dem Titel Vollstreckungsmassnahmen keine

Beschlussfassung oder sogar eine Beschlussfassung in einem bestimmten Sinn verlangen darf.⁹⁶

4.2 Zum dritten Kernsatz

Dem dritten Kernsatz ist der Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs zu entnehmen.⁹⁷ Er bringt eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, steht doch wie jedes Recht auch das GV-Einberufungsrecht unter dem Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB,⁹⁸ ob man nun der Auffassung ist, dass das GV-Einberufungsrecht im Rechtsmissbrauchsfall nicht besteht (sogenannte Innensicht auf Art. 2 Abs. 2 ZGB), oder die Meinung vertritt, dass das GV-Einberufungsrecht beschränkt ist (sogenannte Aussensicht auf Art. 2 Abs. 2 ZGB).⁹⁹

Ein Rechtsmissbrauch ist vom Einberufungsrichter von Amtes wegen zu beachten.¹⁰⁰ Er darf ihn aller-

⁹⁰ Frage offengelassen in BGer 4A_545/2022 vom 24.3.2023 E. 1.3 und 4F_7/2020 vom 22.2.2021 E. 5.2.2 (nicht publiziert in BGE 147 III 238); siehe auch OG ZG Z2 2022 11 vom 19.5.2022, für einen Fall der Ablehnung eines gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens infolge Nichterfüllung der Meldepflichten nach Art. 697j OR.

⁹¹ BGer 4A_545/2022 vom 24.3.2023 E. 1.3.2; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.4 f., 2.3; a.M. 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 3.4.1.3.1; Böckli (Fn. 19), § 8 Rz. 214 (Anm. 715).

⁹² Zur Geltung des Verhandlungsgrundsatzes in den summarischen Verfahren im Allgemeinen z.B. BSK ZPO-Mazan (Fn. 66), Art. 255 N 1 f.; zur Berücksichtigung des Rechtsmissbrauchs von Amtes wegen s. Kapitel III.4.2.

⁹³ BGE 112 II 145 E. 2a, bestätigt im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.2; 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 7.5, 9.1; 4A_335/2022 vom 19.12.2022 E. 3; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.1; 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.1; 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 5.2; 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.2; BGE 142 III 16 E. 3.1; BGer 4C.206/1991 vom 26.6.1991 (nicht publiziert) E. 1.

⁹⁴ HG ZH HE230043 vom 6.6.2023 E. 4 bez. gerichtlichem VR-Einberufungsbegehren; siehe auch BGer 4C.272/2001 vom 4.6.2002 E. 5.2 (nicht publiziert in BGE 128 III 375) bez. Genossenschaft, wonach der Einberufungsrichter nicht zu entscheiden hat, ob die verlangten GV-Beschlüsse «sinnvoll sind oder nicht».

⁹⁵ Siehe Kapitel III.6.

⁹⁶ Nicht korrekt BGer 4A_331/2022 vom 28.10.2022 E. 6, in welchem Fall der Einberufungsrichter unter dem Titel Vollstreckungsmassnahmen eine (gültige) Beschlussfassung in Bezug auf das zur Diskussion stehende Traktandum VR-Wahlen verlangte und das Bundesgericht dies schützte.

⁹⁷ BGE 142 III 16 E. 3.1 f.; bestätigt im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.3; 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 9.1; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.1; 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.1; 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 5.2; 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.3, 4.1 ff.; anders noch 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert) E. 4.

⁹⁸ So z.B. BGer 4A_312/2020 vom 15.10.2020 E. 5.2 bez. Sonderprüfung nach Art. 697b aOR (Art. 697d OR); 4A_36/2010 vom 20.4.2010 E. 3.1 bez. Auskunftsrecht des Aktionärs.

⁹⁹ Zur Innen- und Aussensicht auf Art. 2 Abs. 2 ZGB z.B. Peter Lehmann/Heinrich Honsell, in: Thomas Geiser/Christina Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, Art. 2 N 25; Karolyn Egger, La construction juridique de l'abus d'un droit privé subjectif, not@lex 2022, S. 85–97, S. 85 ff.; Markus Vischer, Entscheidungsbearbeitungen. BGer 4A_241/2017: Alleinvertragsvertrag, AJP 2019, S. 130–134, S. 132.

¹⁰⁰ BGer 4A_665/2018 vom 25.2.2019 E. 1.3 bez. Einberufung einer Gesellschafterversammlung einer GmbH; so implizit schon BGE 142 III 16 E. 3.2: «Einen Rechtsmissbrauch hat die Beschwerdeführerin nun aber weder behauptet noch ist ein solcher ersichtlich: [...]»; siehe auch BGE 147 III 126 E. 3.3.4.2 bez. von Amtes wegen zu berücksichtigender Nichtigkeit einer GV, bestätigt durch BGer 4A_295/2021 vom 28.3.2022 E. 4.4 bez. Nichtigkeit einer GV bei Nichterfüllung der Meldepflichten nach Art. 697j ff. aOR durch den (angeblichen) Alleinaktionär (besprochen von Dario Galli/Michael Kündig/Markus Vischer, Nichtige GV-Beschlüsse wegen Verletzung der GAFI-Meldepflichten, dRSK vom 12.5.2022); siehe auch HG ZH HE150080 vom 27.5.2015 E. 6.2.3 mit der Verknüpfung des Rechtsmissbrauchs mit

dings nicht spontan von Fall zu Fall bejahen oder verneinen. Vielmehr hat der Einberufungsrichter die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB auch im Fall eines GV-Einberufungsbegehrens nicht ad hoc anzuwenden, sondern nach Art. 4 ZGB i.V.m. Art. 1 Abs. 2 ZGB typisierend vorzugehen, also typische Fallkategorien zu bilden.¹⁰¹ Entgegen der etwas missverständlichen Formulierung des Bundesgerichts in BGE 142 III 16 E. 3.1 f. («missbräuchlich oder schikanös»)¹⁰² steht die schikanöse Rechtsausübung nicht gleichberechtigt neben der rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung. Vielmehr ist die schikanöse Rechtsausübung eine Fallkategorie der rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung,¹⁰³ auch wenn es richtig ist, dass sich das Rechtsmissbrauchsverbot geschichtlich aus dem Schikaneverbot entwickelt hat.¹⁰⁴

Der dritte Kernsatz ist damit korrekt. Betreffend Rechtsmissbrauch ist das Regelbeweismass zugrunde zu legen. Die Glaubhaftmachung des Rechtsmissbrauchs genügt nicht.

4.3 Zum zweiten Kernsatz

Eine Fallkategorie des rechtsmissbräuchlichen GV-Einberufungsbegehrens ist dem zweiten Kernsatz zu entnehmen. Sie liegt vor, wenn die mittels des GV-Einberufungsbegehrens verlangten GV-Beschlüsse offensichtlich ungültig (nichtig) sind.¹⁰⁵ Massstab dieser Prüfung durch den Einberufungsrichter sind Art. 706b

OR und Art. 20 OR.¹⁰⁶ Umstritten ist, ob auch statutenwidrige Beschlüsse nach Art. 706b OR nichtig sein können.¹⁰⁷ Gleiches gilt für reglementwidrige und andere gegen gesellschaftsinternes Recht verstossende Beschlüsse.¹⁰⁸

Einordnen lässt sich diese Fallkategorie der verlangten offensichtlich ungültigen GV-Beschlüsse, was wie gezeigt in BGE 142 III 16 E. 3.1 f. (und in den Nachfolgeentscheiden) anklingt, in die grössere Fallkategorie des Schikaneverbots. Das Schikaneverbot ist eine Unterkategorie der noch grösseren Fallkategorien der nutzlosen oder zweckwidrigen Rechtsausübung,¹⁰⁹ wobei diese beiden Fallkategorien ineinander übergehen.¹¹⁰ Das Schikaneverbot unterscheidet sich von den anderen Kategorien des Rechtsmissbrauchs dadurch, dass bei ihm subjektive Elemente wie Absicht, Mutwille, Bösartigkeit oder überhaupt ein Verschulden eine Rolle spielen,¹¹¹ während dies bei den übrigen Kategorien des Rechtsmissbrauchs nicht der Fall ist.¹¹²

Damit ist implizit gesagt, dass der zweite Kernsatz korrekt ist, aber unter dem Vorbehalt des dritten

dem Rechtsschutzinteresse nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, wobei das Rechtsschutzinteresse als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen sei.

¹⁰¹ BGer 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.3; im Allgemeinen z.B. BSK ZGB I-Lehmann/Honsell (Fn. 99), Art. 2 N 37 ff.; Hans Merz, in: Berner Kommentar, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 29 ff.; Vischer (Fn. 99), S. 132 ff.

¹⁰² Bestätigt im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.3; 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 9.1; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.1; 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 3.1; 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.3; anders noch 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert) E. 4.

¹⁰³ BK-Merz (Fn. 101), Art. 2 ZGB N 344 ff.

¹⁰⁴ BK-Merz (Fn. 101), Art. 2 ZGB N 13 ff.

¹⁰⁵ Ulrich Noack/Dirk Zetzsche, in: Ulrich Noack/Dirk Zetzsche (Hrsg.), Kölner Kommentare zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Hürth 2023, § 122 AktG N 60, bez. deutschem Recht; siehe auch Markus Vischer/Yves Endrass, Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats, AJP 2009, S. 405–414, S. 408, bez. VR-Einberufungsbegehren.

¹⁰⁶ Zum Verhältnis von Art. 706b OR und Art. 20 OR z.B. BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 24), Art. 706b N 3a: «Art. 706b als nicht exklusive Spezialnorm».

¹⁰⁷ Bejahend z.B. BGE 71 II 383 E. 2b bez. Verein; z.B. Hans Michael Riemer, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2023, Art. 75 ZGB N 41 ff., bez. Verein; verneinend z.B. BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 24), Art. 706b N 8; siehe auch Böckli (Fn. 19), § 8 Rz. 624: Nichtigkeit nur bei «seltenen Ausnahmen»; siehe auch BGer 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 7.7, wo das Bundesgericht die von der Vorinstanz angenommene Nichtigkeit einer GV infolge Statutenwidrigkeit schützte.

¹⁰⁸ Z.B. Adrien Gabellon/Thibault Oberson, Le droit des membres au respect de la réglementation interne de l'association, SJ 2023, S. 827–850, S. 842; z.B. BK-Riemer (Fn. 107), Art. 75 ZGB N 41 ff., bez. Verein.

¹⁰⁹ Dazu z.B. BGE 141 III 119 E. 7.1.1; Bettina Hürlimann-Kaup, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014 bis 2017 (2/2), ZBJV 2019, S. 110–136, S. 116 f.

¹¹⁰ Siehe aber Thomas Jutzi, Mehrheitenschutz – oder wie steht es um den Minderheitsmissbrauch im Aktienrecht?, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, S. 49–79, S. 61 ff., mit einem Abgrenzungsversuch betreffend die nutzlose und die zweckwidrige Ausübung des GV-Anfechtungsrechts nach Art. 706 f. OR.

¹¹¹ Z.B. Peter Lehmann, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2020 = SSHW Bd. 198, Zürich 2000, Rz. 586 ff.; siehe auch BGE 131 III 430 E. 2.

¹¹² Z.B. BK-Merz (Fn. 101), Art. 2 ZGB N 105.

Kernsatzes steht.¹¹³ Er muss, in Anlehnung an den vierten Kernsatz, wie folgt korrigiert werden: Der Einberufungsrichter prüft, ob die mit dem GV-Einberufungsbegehren verlangten GV-Beschlüsse nicht offensichtlich ungültig sind. Dabei ist das Regelbeweismass zugrunde zu legen. Die Glaubhaftmachung der offensichtlichen Ungültigkeit genügt nicht.

4.4 Zum vierten Kernsatz

GV-Beschlüsse, die ausserhalb des Kompetenzbereichs der GV liegen, sind nach Art. 706b OR ungültig (nichtig).¹¹⁴ Ist dies offensichtlich, liegt ein Rechtsmissbrauch vor.¹¹⁵

Der vierte Kernsatz ist damit genau besehen eine Ausprägung des dritten Kernsatzes und ein Anwendungsfall des zweiten Kernsatzes, der unter dem Vorbehalt des dritten Kernsatzes steht. Dabei ist das Regelbeweismass zugrunde zu legen. Die Glaubhaftmachung der offensichtlichen Unzuständigkeit genügt nicht.

4.5 Nochmals zum dritten Kernsatz

Neben der Fallkategorie der offensichtlichen Ungültigkeit der verlangten GV-Beschlüsse inkl. der offensichtlichen Ungültigkeit infolge der offensichtlichen Unzuständigkeit der GV in Bezug auf die verlangten GV-Beschlüsse können folgende weitere Fallkategorien des dritten Kernsatzes genannt werden:

- Verlangte GV-Beschlüsse, um sich mittels Übernahme der Kontrolle über die Gesellschaft offensichtlich selbst zu begünstigen.¹¹⁶

- Verlangte GV-Beschlüsse, obwohl diese offensichtlich bereits gefasst wurden und keine neuen Umstände vorliegen.¹¹⁷
- Offensichtlich querulatorisch verlangte GV-Beschlüsse.¹¹⁸
- Verlangte GV-Beschlüsse, die offensichtlich objektiv unmöglich i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR,¹¹⁹ offensichtlich rechts- oder sittenwidrig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR sind¹²⁰ oder offensichtlich unsinnig sind.¹²¹
- Verlangte GV-Beschlüsse, die offensichtlich statutenwidrig,¹²² offensichtlich gegen gesellschafts-

¹¹³ BGer 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 4.2: «Enfin, le fait que la validité d'une décision de l'assemblée doive en principe être examinée dans le cadre de l'action en annulation ou en nullité prévue aux art. 706 ss CO n'empêchait pas de constater le caractère manifestement abusif de la demande de convoquer une assemblée générale.»

¹¹⁴ BSK OR II - *Dubs/Truffer* (Fn. 24), Art. 706b N 8a.

¹¹⁵ BGE 137 III 503 E. 4.1; bestätigt im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4; 5A_142/2019 vom 29.4.2020 E. 5.2; BGE 142 III 16 E. 3.2.

¹¹⁶ BGer 4A_508/2020 vom 25.3.2021 E. 5.3 f. (mit eher vor-schneller Bejahung eines Rechtsmissbrauchs: *Robin Weissenrieder/Dario Galli/Markus Vischer*, Treuepflichten der Parteien eines schwebend ungültigen Vertrags, dRSK vom 30.6.2021, Rz. 20); 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 4.

¹¹⁷ HG ZH HE210134 vom 31.3.2022 E. 3.3; HE230043 vom 6.6.2023 E. 4, BSK OR II - *Wernli* (Fn. 24), Art. 715 N 4, und *Vischer/Endrass* (Fn. 105), S. 408, bez. gerichtlichem VR-Einberufungsbegehren; *Kölner Kommentar-Noack/Zetzsche* (Fn. 105), § 122 AktG N 58, bez. deutschem Recht; siehe auch zur Rechtsfolge der Durchführung einer GV nach Rechtshängigkeit des gerichtlichen Einberufungsbegehrens z.B. BGer 4A_369/2022 vom 7.2.2023 E. 10; 4A_385/2021 vom 13.1.2022 E. 7.1.3; 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.3 ff.; 4A_507/2014//4D_73/2014 vom 15.4.2015 E. 2.2 und E. 5.8–5.10; *Urs Schenker/Olivier Schenker*, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, S. 208 (Anm. 779).

¹¹⁸ BSK OR II - *Wernli* (Fn. 24), Art. 715 N 4, und *Vischer/Endrass* (Fn. 105), S. 408, bez. VR-Einberufungsbegehren.

¹¹⁹ BGer 4A_441/2021 vom 28.12.2021 E. 1.3; *Böckli* (Fn. 19), § 8 Rz. 199; *Kölner Kommentar-Noack/Zetzsche* (Fn. 105), § 122 AktG N 59, bez. deutschem Recht, mit dem Beispiel der notwendigen, aber nicht erhältlichen Zustimmung eines Dritten wie bei einer Fusion; siehe auch HG ZH HE190068 vom 27.5.2019 E. 4.5.2 mit einem Anwendungsbeispiel (Unmöglichkeit der Erstellung der Jahresrechnung durch die Gesellschaft mangels Lieferung der dafür benötigten Daten durch den Gesuchsteller).

¹²⁰ BK - *Riemer* (Fn. 107), Art. 66 ZGB N 17, bez. Verein; BSK OR II - *Wernli* (Fn. 24), Art. 715 N 4, und *Vischer/Endrass* (Fn. 105), S. 408, bez. VR-Einberufungsbegehren.

¹²¹ *Böckli* (Fn. 19), § 8 Rz. 199; noch weiter gehend: *Ernst Jakob Eigenmann*, A.G. im neuen OR, Heft 11, Das Reglement der Aktiengesellschaft, Zürich 1952, S. 44 (Ablehnung bei Fehlen eines stichhaltigen Grundes); *Kölner Kommentar-Noack/Zetzsche* (Fn. 105), § 122 AktG N 59 f., bez. deutschem Recht, mit dem Beispiel von offensichtlich eine Schädigung der Gesellschaft bezweckenden Begehren.

¹²² BK - *Riemer* (Fn. 107), Art. 64 ZGB N 22, Art. 66 ZGB N 17, bez. Verein; *Kölner Kommentar-Noack/Zetzsche* (Fn. 105), § 122 AktG N 60, bez. deutschem Recht; s. schon III.4.3 zur Frage, ob statutenwidrige GV-Beschlüsse u.U. ungültig nach Art. 706b OR sein können.

internes Recht verstossend¹²³ oder offensichtlich vertragswidrig sind.¹²⁴

Der vielfach und auch im korrigierten zweiten und im vierten Kernsatz verwendete Ausdruck «offensichtlich» ist im Sinne des Begriffs «offenbar» in Art. 2 Abs. 2 ZGB auszulegen. Dieser Begriff verlangt wie überhaupt die Anwendung der Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB mit dem jeder Generalklausel innewohnenden «richterliche[n] Auftrag der Wertverwirklichung»¹²⁵ eine Wertung. Die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit dem vierten Kernsatz verwendete Terminologie ist deshalb etwas missverständlich. Es geht nicht um eine zweifelsfreie¹²⁶ Unzuständigkeit der GV zur Fassung der verlangten Beschlüsse bzw. eine solche Unzuständigkeit «ohne Zweifel»¹²⁷ oder ohne «irgendeine Unsicherheit».¹²⁸ Vielmehr geht es um eine Unzuständigkeit ohne gerechtfertigte Zweifel und ohne gerechtfertigte Unsicherheit.¹²⁹ Das ist der Fall, wenn die Rechtslage in Bezug auf die zur Diskussion stehende Unzuständigkeit der GV nicht klar ist, wobei der Einberufungsrichter sich dabei durchaus von der Prüfung des Vorliegens einer klaren Rechtslage nach Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO¹³⁰ inspirieren lassen darf. Im konkreten Fall ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht von einer unklaren Rechtslage ausging, zitiert es doch eigene Urteile, in denen es die GV als «übergeordnetes Organ» für die Genehmigung von VR-Beschlüssen bei Interessenkonflikten aller VR-

Mitglieder als zuständig erachtete.¹³¹ Diese Rechtsprechung wird allerdings in der Lehre kritisiert,¹³² weshalb es im Resultat zu Recht an einer klaren Rechtslage fehlt.

Dass Art. 2 Abs. 2 ZGB eine Wertung verlangt, heisst nicht, dass ein Rechtsmissbrauch und damit auch ein Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit einem GV-Einberufungsbegehren vorschnell anzunehmen sind.¹³³ Vielmehr ist bei einer solchen Annahme grosse Zurückhaltung zu üben, insbesondere auch, was die Gültigkeit der verlangten GV-Beschlüsse betrifft.¹³⁴

4.6 Zum fünften Kernsatz

Der fünfte Kernsatz kann nicht richtig sein, ist das Gericht doch kein VR und der VR kein Gericht. Das Gericht hat sich bei der Beurteilung des gerichtlichen GV-Einberufungsgesuchs an die vorstehend ausgeführten Überprüfungsregeln zu halten, während der VR bei der Beurteilung des GV-Einberufungsgesuchs wie immer bei seinem Verhalten pflichtgemäss handeln muss. Zu diesen Pflichten gehört z.B. das Gebot, keinen Rechtsmissbrauch bei der Ausübung der Aktionärsrechte und damit auch bei der Ausübung des GV-Einberufungsrechts nach Art. 699 Abs. 3 und 4 OR zuzulassen, was Teil des im Aktienrecht für den VR

¹²³ Siehe schon Kapitel III.4.3 zur Frage, ob gegen gesellschaftsinternes Recht verstossende GV-Beschlüsse u.U. ungültig nach Art. 706b OR sein können.

¹²⁴ HG ZH HE220014 vom 16.3.2022 E. 3.4, wo das HG ZH das Argument der Gesellschaft zurückwies, die vom Gesuchsteller verlangte VR-Wahl sei rechtsmissbräuchlich, weil sie ABV-widrig sei; siehe auch *Markus Vischer*, Gesellschaftsbindungsverträge bei der GmbH, SJZ 2023, S. 119–131, 129 ff., zu Fällen des Durchgriffs bei Gesellschafterbindungsverträgen.

¹²⁵ Z.B. *BK-Merz* (Fn. 101), Art. 2 ZGB N 29.

¹²⁶ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4, 3.1.5, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5.

¹²⁷ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.5.

¹²⁸ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.5.

¹²⁹ Siehe aber immerhin auch BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.1.4, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, wo im Zusammenhang mit der zur Diskussion stehenden Unzuständigkeit der GV (auch) der (richtige) Begriff «offensichtlich» verwendet wird.

¹³⁰ Dazu z.B. *Christian Stähle*, «Bewährte Lehre» (Art. 1 Abs. 3 ZGB) in der Praxis zum Obligationenrecht, Diss. Zürich 2023 = ZStP Bd. 316, Zürich/Genf 2023, S. 257 ff.

¹³¹ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 E. 3.5 mit Hinweis auf BGE 127 III 332 E. 2b/aa und BGE 126 III 361 E. 3a, aber nicht auch auf BGE 144 III 388 E. 5.1, und auch nicht auf weitere nicht publizierte Entscheide wie BGer 4A_488/2021 vom 4.3.2022 E. 5.3.2; 2C_245/2018 vom 21.11.2018 E. 6.3; 6B_731/2019 vom 18.11.2019 E. 1.3.2; 4A_404/2018 vom 12.2.2019 E. 3.4.1; 6B_818/2017 vom 18.1.2018 E. 1.5.2; 6B_300/2016 vom 7.11.2016 E. 4.4.2; 4A_127/2013 vom 22.5.2013 E. 6.1; 4A_360/2012 vom 3.12.2012 E. 4; 4A_338/2012 vom 30.8.2012 E. 1.4.1; 4A_604/2011 vom 22.5.2012 E. 4.2.1, 4.3; 4C.93/2007 vom 13.8.2007 E. 2.3.1, 2.3.3; 4A_134/2007 vom 31.7.2007 E. 2.2, 3.1, 3.2; 4C.327/2005 vom 24.11.2006 E. 3.2.1; 4C.25/2005 vom 15.8.2005 E. 1.1, 1.3 (nicht publiziert in BGE 131 III 636).

¹³² Z.B. *Karin Müller*, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019, ZBJV 2021, S. 43–76, S. 57; *Vischer* (Fn. 21), AJP 2018, S. 1405 f.; *Vischer* (Fn. 21), AJP 2016, S. 1491; siehe auch *Böckli* (Fn. 19), § 9 Rz. 848 (insb. Anm. 1936), auch mit einem Überblick über den Meinungsstand.

¹³³ Z.B. BGer 4A_665/2018 vom 25.2.2019 E. 1.3 bez. Einberufung einer Gesellschafterversammlung einer GmbH: «Notbehelf»; BGer 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.3; im Allgemeinen *BK-Merz* (Fn. 101), Art. 2 ZGB N 40.

¹³⁴ *Jutzi* (Fn. 110), S. 65, bez. GV-Anfechtungsrecht nach Art. 706 f. OR.

geltenden Sachlichkeitsgebots ist.¹³⁵ Zu diesen Pflichten gehört z.B. weiter die Legitimationsprüfung nach Art. 689a Abs. 1 und 2 OR, die sich auf die Aktionärsstellung des Gesuchstellers bzw. der Gesuchsteller bezieht.¹³⁶ Über diese Prüfungspflichten hinaus gibt es in Bezug auf die Aktien des Gesuchstellers bzw. der Gesuchsteller weitere Prüfungspflichten des VR, z.B. in Bezug auf die Erfüllung der Meldepflichten nach Art. 697j OR.¹³⁷ Glaubhaftmachung der Aktionärsenschaft und der weiteren Voraussetzungen der Ausübung des GV-Einberufungsrechts genügen deshalb (auch) gegenüber dem VR nicht.

Zudem sind für die Überprüfung durch das Gericht und den VR unterschiedliche Zeitpunkte massgebend.¹³⁸

5. Exkurs 1: Gesuchgegner eines gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens

Im vorliegenden Fall lautete das Rechtsbegehren der Gesuchsteller vom 25.4.2022 im erstinstanzlichen Verfahren auf eine Verurteilung des VR der A AG zur Einberufung einer GV.¹³⁹ Der Einzelrichter am Kantonsgericht des Kantons Zug (KG ZG) verpflichtete entsprechend diesem Rechtsbegehren mit Entscheid vom 15.11.2022 den VR der A AG zur Einberufung einer GV.¹⁴⁰ Obwohl das Obergericht des Kantons Zug (OG ZG) in seinem Urteil OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 den Entscheid des Einzelrichters am KG ZG (im Wesentlichen) bestätigte,¹⁴¹ nahm es in seinem Rubrum nicht den VR der A AG, sondern die A AG als Gesuch-

gegnerin auf,¹⁴² wohl weil diese die Berufung erklärt hatte.¹⁴³ Gleich verfuhr das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023,¹⁴⁴ nachdem die A AG gegen das Urteil OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 Beschwerde in Zivilsachen erhob.¹⁴⁵

Die Frage der Passivlegitimation im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren ist umstritten.¹⁴⁶ Richtigerweise ist die Gesellschaft und es sind nicht, auch nicht wahlweise, der VR als Organ oder alle oder einzelne VR-Mitglieder passivlegitimiert.¹⁴⁷

¹⁴² OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 Rubrum.

¹⁴³ OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 Sachverhalt Teil 3.1.

¹⁴⁴ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 Rubrum.

¹⁴⁵ Ebenso unklar z.B. BGer 4A_507/2014//4D_73/2014 vom 15.4.2015 Rubrum und E. 5.7.

¹⁴⁶ Siehe schon BGer 4P.127/1991 vom 27.9.1991 (nicht publiziert) E. 3.

¹⁴⁷ Z.B. BGer 4A_529/2017 vom 21.2.2018 E. 3.2; OG ZH vom 31.8.1951, in: ZR 1955 S. 373–374 bez. Genossenschaft, wobei offengelassen wurde, ob sich das gerichtliche GV-Einberufungsbegehren auch an die Gesamtheit der Mitglieder der Verwaltung richten könne; BSK OR II -Dubs/Truffer (Fn. 24), Art. 699 N 42; Vischer/Galli (Fn. 34), S. 609 f.; Xavier Oulevey/Jérôme Levrat, La société anonyme, Genf/Zürich 2022, Rz. 1174; Böckli (Fn. 19), § 8 Rz. 214; Ingrid Jent-Sørensen, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 250 N 28; Henry Peter/Francesca Cavadini, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 699 N 17; Hüsser (Fn. 76), S. 34; Knobloch (Fn. 31), S. 436; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 35), § 23 Rz. 33; a.M. HG SG vom 18.10.1935 (Fn. 33), S. 88 [VR als solchem]; OFK ZPO-Lazopoulos/Leimgruber (Fn. 76), Art. 250 N 36 [wahlweise gegen Gesellschaft oder Gesamtheit der VR-Mitglieder]; F. Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar Zürich 1969; Art. 699 OR N 30 [wahlweise gegen Gesellschaft oder Gesamtheit der Mitglieder der Verwaltung]; siehe auch BGE 76 II 51 E. 4 bez. Leistungsklage gegen die Gesellschaft auf Zustimmung zur Übertragung und Eintragung ins Aktienbuch bei vinkulierten Namenaktien: «Ob der Verwaltungsrat über die Eintragung entscheidet, wie dies in der Praxis regelmässig vorgesehen wird, oder ob dafür nach den Statuten die Generalversammlung zuständig sein soll, ist an sich belanglos; stets ist es die Gesellschaft als solche, welche durch ihre Organe zustimmt oder verweigert. Sie (nicht etwa bloss eines ihrer Organe) ist durch das Gesetz verpflichtet, die Aktienübertragung anzuerkennen, wenn und soweit diese nicht durch die Statuten ausgeschlossen oder beschränkt ist.»; bestätigt in BGE 145 III 351 E. 2; bestätigt auch in BGE 144 III 100 E. 5.2.3.2 bez. Auskunfts- und Einsichtsrecht des VR nach Art. 715a aOR/OR und des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 aOR (Art. 697b OR); siehe auch HG ZH HE230043 vom 6.6.2023 E. 3, und Vischer/Endrass

¹³⁵ Dazu im Allgemeinen z.B. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 732 ff.; zur Basierung des Sachlichkeitsgebots auf Art. 2 Abs. 2 ZGB z.B. Markus Vischer, Intertemporales Statutenrecht am Beispiel der AG, SJZ 2020, S. 479–487, S. 486.

¹³⁶ Dazu im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, Prüfungsrecht und -pflicht der AG in Bezug auf das Aktieneigentum ihrer Aktionäre, v.a. auch im Zusammenhang mit den neuen Vorschriften des Global Forum-Gesetzes, SZW 2020, S. 254–268, S. 254 ff.

¹³⁷ Vischer (Fn. 136), S. 264 ff.

¹³⁸ BGer 4F_7/2020 vom 22.2.2021 E. 5.2.1 (nicht publiziert in BGE 147 III 238): Gericht: Urteilszeitpunkt; VR: Zeitpunkt des GV-Einberufungsbegehrens.

¹³⁹ OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 Sachverhalt Teil 2.1.

¹⁴⁰ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil B.a.; OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 Sachverhalt Teil 2.6.

¹⁴¹ BGer 4A_130/2023 vom 9.10.2023 Sachverhalt Teil B.b.; OG ZG Z2 2022 83 vom 24.2.2023 Urteilsspruch Ziff. 2.

Das schliesst nicht aus, dass der Einberufungsrichter bei Vollstreckungsanordnungen bereits im GV-Einberufungsentscheid an die Organe und Vertreter der Gesellschaft, namentlich alle VR-Mitglieder,¹⁴⁸ eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB richtet (Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO), ja richten muss, weil sich juristische Personen nicht nach Art. 292 StGB strafbar machen können.¹⁴⁹ Dadurch werden die Organe und Vertreter der Gesellschaft aber im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren nicht passivlegitimiert.¹⁵⁰

6. Exkurs 2: Gerichtliche GV-Einberufung und Wirkung

Der Einberufungsrichter kann die Gesellschaft¹⁵¹ verpflichten, die GV mit den verlangten Traktanden selbst einzuberufen und durchzuführen. Er kann die GV auch durch einen Dritten, wie z.B. einen Rechtsanwalt oder Notar, einberufen und durchführen lassen.¹⁵² Er kann diese GV aber auch selbst einberufen¹⁵³ und die Gesellschaft oder einen Dritten mit deren Durchführung beauftragen.¹⁵⁴

Kommt der VR im ersten Fall der gerichtlichen Anordnung nicht nach und hat der Einberufungsrichter aufgrund von Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 337 Abs. 1 ZPO nicht bereits Vollstreckungsanordnungen, wie z.B. im Sinne einer Ersatzvornahme nach Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO die Einberufung und Durchführung der GV durch einen Dritten, angeordnet,¹⁵⁵ muss der Gesuchsteller bzw. müssen die Gesuchsteller die Vollstreckung des GV-Einberufungsentscheids, also z.B. im Sinne einer Ersatzvornahme die Einberufung und

(Fn. 105), S. 410, bez. gerichtlichem VR-Einberufungsbegehren.

¹⁴⁸ Zur Zuständigkeit des Gesamt-VR und damit aller VR-Mitglieder zur Einberufung einer GV z.B. *Vischer/Galli* (Fn. 34), S. 609.

¹⁴⁹ Z.B. BSK ZPO-Zinsli (Fn. 66), Art. 343 N 15.

¹⁵⁰ Siehe auch Art. 108 ZPO, bez. Kostenaufgabe an verursachende Dritte (dazu im Allgemeinen z.B. BGE 141 III 426); siehe auch BGer P 1345/84 (nicht publiziert) und, denselben Fall betreffend, P 1346/84 vom 23.8.1984 (nicht publiziert), für ein Beispiel einer Kostenaufgabe an den VR-Präsidenten infolge Nichteinberufung der verlangten GV.

¹⁵¹ Siehe Kapitel III.5.

¹⁵² BGer 4A_507/2014//4D_73/2014 vom 15.4.2015 E. 5.7.; - P 1345/84 vom 23.8.1984 (nicht publiziert) E. 6.

¹⁵³ BGE 132 III 555 E. 3.4.3.2.

¹⁵⁴ BGer 4A_507/2014//4D_73/2014 vom 15.4.2015 E. 5.7.

¹⁵⁵ BGer 4A_331/2022 vom 28.10.2022 E. 5.2.1.

Durchführung durch einen Dritten nach Art. 338 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO, verlangen.¹⁵⁶ Wird ein Dritter mit der Einberufung und/oder der Durchführung der GV beauftragt, übernimmt der Dritte die Rolle des VR in Bezug auf die Einladung und/oder die Durchführung dieser GV.¹⁵⁷ Die Rolle des Dritten ist vergleichbar mit dem eines vom Gericht aufgrund von Art. 731b OR bestellten Sachwalters, der mit der Einberufung und/oder Durchführung einer GV betraut wurde.¹⁵⁸ Die Anordnung des Einberufungsrichters, den Dritten (auch) zur Anmeldung der Beschlüsse der betreffenden GV zu verpflichten, ist deshalb vertretbar.¹⁵⁹

Der gerichtliche GV-Einberufungsentscheid ist ein Gestaltungsentscheid, der sich auf alle Aktionäre erstreckt.¹⁶⁰ Das heisst nicht, dass der Einberufungsentscheid irgendeinen direkten Einfluss auf die Rechte und die Entscheide der Aktionäre an der GV hat bzw. haben darf.¹⁶¹

7. Exkurs 3: Business Judgement Rule

Es wurde ausgeführt, dass der VR und der Einberufungsrichter entgegen dem Bundesgericht nicht die gleichen Überprüfungs Kompetenzen in Bezug auf das GV-Einberufungsbegehren haben.¹⁶²

Unabhängig davon ist es nicht so, dass der Einberufungsrichter im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren einen Entscheid des VR überprüft. Vielmehr ist

¹⁵⁶ BGer 4A_331/2022 vom 28.10.2022 E. 5.2.1; 4A_507/2014//4D_73/2014 vom 15.4.2015 E. 5.7.

¹⁵⁷ Siehe zu diesen Kompetenzen im Allgemeinen *Vischer/Galli* (Fn. 34), S. 608 ff.

¹⁵⁸ *Markus Vischer*, Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters, HAVE 2017, S. 362–371, S. 368, siehe auch S. 368 ff. zur Rolle des Sachwalters im Allgemeinen; siehe auch BGE 142 III 629 E. 2.3.1, BGer 4A_147/2015 vom 15.7.2015 E. 2.1.3 und BGer 4A_605/2014 vom 5.2.2015 E. 2.1.6, zur Möglichkeit des Richters, aufgrund von Art. 731b OR die Einberufung einer GV anzuordnen; siehe auch HG ZH HE210084 vom 13.8.2021, für ein Anwendungsbeispiel.

¹⁵⁹ Gl.M. BGer 4A_331/2022 vom 28.10.2022 E. 5.3.

¹⁶⁰ *Schmidt* (Fn. 76), Rz. 149, zum GV-Einberufungsentscheid als Gestaltungsentscheid, Rz. 462 ff., 585 ff., 592 ff., zur Wirkung von Gestaltungsentscheiden *inter omnes*; siehe auch BGE 149 III 249 E. 3.4.3 bez. Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets, welche wie GV-Einberufungsentscheide in einem streitigen Zivilverfahren erfolgt.

¹⁶¹ Siehe Kapitel III.4.1.

¹⁶² Siehe Kapitel III.4.6.

ein ablehnender VR-Entscheid oder ein Nichtentscheid des VR innert der Frist nach Art. 699 Abs. 5 OR eine notwendige, aber für sich allein nicht ausreichende Voraussetzung dafür, dass der Einberufungsrichter eine GV-Einberufung anordnen kann.¹⁶³ Der Einberufungsrichter amtet entsprechend «im Bereich seiner eigenen juristischen Kompetenz».¹⁶⁴

Die Business Judgment Rule, auch Business Judgment Rule oder BJR, wie vom Bundesgericht formuliert,¹⁶⁵ kommt deshalb im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren nicht zum Zuge.

Die vorliegende Konstellation wirft deshalb auch die in der Lehre und Rechtsprechung umstrittenen Fragen nicht auf, ob VR-Entscheide mit einem starken Rechtsbezug und ob VR-Nichtentscheide der Business Judgment Rule unterliegen.¹⁶⁶

Das Bundesgericht hat es deshalb in einer ähnlichen Konstellation, nämlich in Bezug auf das individuelle Antragsrecht nach Art. 699b Abs. 5 OR (Art. 700 Abs. 3 aOR),¹⁶⁷ zu Recht abgelehnt, dem VR ein «gewisses Rechtsanwendungsermessen» analog der Business Judgment Rule einzuräumen, wie das seitens der Gesellschaft bzw. dessen VR gefordert wurde.¹⁶⁸

8. Exkurs 4: GV-Traktandierungsbegehren

Das vorstehend zum GV-Einberufungsbegehren Ausgeführte gilt sinngemäss auch für das GV-Traktandierungs- und Antragsbegehren nach Art. 699a OR (Art. 699 Abs. 3 und 4 aOR, bez. Traktandierungsbegehren).

9. Exkurs 5: VR-Einberufungsbegehren

Das vorstehend zum GV-Einberufungsbegehren Ausgeführte gilt sinngemäss auch für das VR-Einberufungsverfahren nach Art. 715 OR (Art. 715 aOR).¹⁶⁹

10. Zusammenfassung

Das gerichtliche GV-Einberufungsbegehren ist eine Leistungsklage, die eine streitige Zivilsache zum Gegenstand hat. Passivlegitimiert ist die Gesellschaft. Thema des gerichtlichen GV-Einberufungsverfahrens ist, ob die Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3–5 OR gegeben sind. Ob die mit dem gerichtlichen GV-Einberufungsbegehren verlangten GV-Beschlüsse, auch in Bezug auf die GV-Zuständigkeit, gültig sind, ist vom Einberufungsrichter lediglich unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu prüfen.

Im gerichtlichen GV-Einberufungsverfahren gilt die Verhandlungsmaxime und das Regelbeweismass. Der GV-Einberufungsentscheid erwacht in materielle Rechtskraft. Die bundesgerichtliche Praxis, wonach die Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3–5 OR, also insbesondere auch die Aktionärseigenschaft des Geschwärtlers bzw. der Geschwärtler, lediglich glaubhaft zu machen sind, ist nicht korrekt und aufzugeben. Nicht korrekt ist auch die im hier besprochenen Urteil BGER 4A_130/2023 vom 9.10.2023 vertretene Auffassung, dem Einberufungsrichter und dem VR stünden in Bezug auf das GV-Einberufungsbegehren die gleichen Überprüfungsbefugnisse zu.

¹⁶³ Siehe zu den Voraussetzungen eines gerichtlichen GV-Einberufungsbegehrens Kapitel III.4.1.

¹⁶⁴ Böckli (Fn. 19), § 16 Rz. 262.

¹⁶⁵ Z.B. BGER 4A_268/2018 vom 18.11.2019 E. 6.5.1; zur bundesgerichtlichen Business Judgment Rule z.B. Marc Amstutz/Ramin Silvan Gohari, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 754 N 99 ff.; Markus Vischer, Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgment Rule (BJR), SJZ 2018, S. 53–63, S. 53 ff.

¹⁶⁶ Siehe z.B. BGER 4A_623/2018 vom 31.7.2019 E. 3.1 (in BGE 145 III 351 nicht publiziert) bez. VR-Entscheide mit einem starken Rechtsbezug; BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller (Fn. 24), Art. 754 N 31g ff.; OFK OR-Amstutz/Gohari (Fn. 165), Art. 754 N 101; Böckli (Fn. 19), § 16 Rz. 260 ff.; Vischer (Fn. 165), S. 57.

¹⁶⁷ Dazu z.B. Vischer/Galli (Fn. 34), S. 606 ff.

¹⁶⁸ BGER 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 6.3, 7 Ingress (nicht publiziert in BGE 149 III 1).

¹⁶⁹ Im Allgemeinen z.B. Oulevey/Levrat (Fn. 147), Rz. 1229 ff., insb. auch bez. Anwendung des summarischen Verfahrens, bez. der Gesellschaft als Passivlegitimierte und bez. des Vorbehalts des Rechtsmissbrauchs; siehe spezifisch auch Fn. 66, 94, 105, 117, 118, 120, 147, bez. VR-Einberufungsbegehren.