

Verfügung vom 23. November 2022

ZK2 2022 11

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,
Gerichtsschreiber lic. iur. Mathis Bösch.

In Sachen **A. _____ GmbH,**
Gesuchsgegnerin und Berufungsführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

1. **C. _____,**
2. **D. _____,**
Gesuchsteller und Berufungsgegner,
vertreten durch Rechtsanwalt E. _____,

betreffend Einberufung einer a.o. Gesellschaftsversammlung
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 8. Februar 2022, ZES 2021 244);-

hat die Kantonsgerichtsvizepräsidentin,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Auf Gesuch vom 30. April 2021 (vgl. ZK2 2021 49 E. 1) verpflichtete der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe am 8. Februar 2022 die Gesuchsgegnerin innert 5 Tagen ab Zustellung der Verfügung eine ausserordentliche Gesellschafterversammlung mit bestimmten Traktanden und Beschlussanträgen einzuberufen (angef. Verfügung Dispositivziffer 1). Für den Unterlassungsfall wurde ein namentlich bezeichneter Notar mit der Einberufung, Durchführung sowie Protokollierung der Versammlung beauftragt (ebd. Ziff. 2). Die Gesuchsgegnerin erhob gegen die Verfügung am 25. Februar 2022 rechtzeitig Berufung. Sie beantragt dem Kantonsgericht, die angefochtene Verfügung aufzuheben und auf das Gesuch vom 30. April 2021 nicht einzutreten. Die Gesuchsteller verlangen mit Berufungsantwort vom 9. März 2022, die Berufung abzuweisen (KG-act. 9). Die Berufungsführerin replizierte am 23. März 2022 (KG-act. 12), worauf die Berufungsgegner auf eine weitere Stellungnahme verzichteten (KG-act. 16).

2. Zur hinreichenden Begründung der Berufung (Art. 311 ZPO) ist eine Darlegung notwendig, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unzutreffend sei, wobei sich die Berufungsführerin mit allen Begründungen im Einzelnen präzise und mühelos verstehbar auseinandersetzen muss (ausführlich vgl. ZK1 2021 27 vom 22. März 2022 E. 2 m.H.). Wenn der Vorinstanz vorgeworfen wird, Tatsachen übersehen zu haben, muss in der Berufung zufolge der Novenschanke (Art. 317 ZPO) explizit darauf hingewiesen werden, dass diese erstinstanzlich bereits vorgebracht wurden oder in den Akten enthalten waren. Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht auf die Berufung nicht ein (ZK1 2018 1 vom 12. Oktober 2018 E. 2.b m.H.).

a) Die Berufungsführerin hält im Berufungsverfahren dafür, der Vorderrichter hätte prüfen müssen, ob der Anspruch der Berufungsgegner auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung nicht ruhe, weil sie die Meldepflichten gemäss Art. 790a OR nicht erfüllt hätten. Sie weist jedoch nicht explizit darauf hin, dass sie zur Begründung ihrer Bestreitung der Aktivlegitimation der Gesuchsteller bereits erstinstanzlich konkret deren Verstösse gegen die Meldepflichten in einem tatsächlichen, für das Verlangen im Sinne von Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 699 Abs. 3 und 4 OR vorausgesetzten Umfang behauptet hätte oder solche aktenkundig gewesen wären. In der Berufung räumt sie abgesehen davon ein, bloss vermutet zu haben, der Berufungsgegner 1 habe sein Stammkapital auf Dritte übertragen. Soweit sie in der Replik einwendet, dass aufgrund der Eingabe der Gesuchsteller vom 13. Juli 2021 sich diese Vermutung in gesichertes Wissen verwandelt hätte, ist diese Behauptung verspätet, weil Noven ohne Verzug vorzubringen sind (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO). Damit scheitert die Berufungsführerin mit ihren Vorbringen an der Novenschranke von Art. 317 ZPO und ist auf ihre Berufung nicht einzutreten.

b) Abgesehen davon stellte der Vorderrichter fest, dass eine treuhänderische Verwaltung der Stammanteile durch den Berufungsgegner 1 an dessen Legitimation nichts ändere und der Berufungsgegner 2, der unbestritten 50 % der Stammanteile an der Gesellschaft hält, alleine zur Stellung des Gesuchs berechtigt wäre. Damit setzt sich die Berufungsführerin nicht auseinander und behauptet namentlich nicht, vorinstanzlich schon vorgebracht zu haben, dass allein aufgrund der Nichtmeldung einer veränderten Adresse, die Mitwirkungsrechte des Berufungsgegners 2, dem Gesuch entgegenstehen würde. Ferner bestreitet die Berufungsführerin in der Replik nicht (mehr), dass der Aufenthalt des Berufungsgegners 2, wie in der Berufungsantwort dargelegt, nur temporärer Natur ist. Daher ist aus weiteren Gründen auf die Berufung nicht einzutreten.

c) Somit legt die Berufungsführerin überhaupt nicht nachvollziehbar dar, inwiefern der Vorderrichter unter vorliegenden Umständen unhaltbar die Aktivlegitimation der Gesuchsteller als durch Handelsregistereintrag glaubhaft gemacht (durch Auslegung vorgesehene Beweismass, vgl. dazu Sutter-Somm/Seiler, CHK, Art. 254 ZPO N 3 m.H. sowie BGer 4A_508/2020 vom 25. März 2021 E. 3.2 m.H. u.a. auf BGE 102 Ia 209 E. 2 m.H.) gehalten haben soll.

3. Zusammenfassend ist auf die Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsführerin (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. 95 Abs. 1 ZPO; §§ 2, 6 und 11 GebTRA) präsidial (§§ 40 Abs. 2 und 41 Abs. 1 JG) nicht einzutreten. Damit beginnt die Einberufungsfrist von fünf Tagen ab der Zustellung der angefochtenen Verfügung neu innert fünf Tagen ab Zustellung des vorliegenden Nichteintretens zu laufen, mit den entsprechenden Unterlassungsfolgen gemäss Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung;-

verfügt:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten, womit die Berufungsführerin verpflichtet ist, die ausserordentliche Gesellschafterversammlung innert fünf Tagen nach Zustellung dieser Nichteintretensverfügung im Sinne von Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung einzuberufen.
2. Die aus dem Vorschuss gedeckten Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 800.00 werden der Berufungsführerin auferlegt und ihr aus der Kantonsgerichtskasse Fr. 1'200.00 zurückbezahlt.

3. Die Berufungsführerin wird verpflichtet, die Berufungsgegner für das Berufungsverfahren mit pauschal Fr. 1'000.00 zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der gleichen Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.00.
5. Zufertigung an den Vertreter der Berufungsführerin (2/R), den Vertreter der Berufungsgegner (3/R) sowie an die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Der Gerichtsschreiber

Versand

23. November 2022 kau