



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 32/15

vom

24. März 2016

in dem Insolvenzverfahren  
über das Vermögen der

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 35 Abs. 2 Satz 1, §§ 38, 49, 51; AktG §§ 241 ff

Gesellschafterbeschlüsse, die in Räumen eines verfeindeten Gesellschafters gefasst werden, sind in der Regel wirksam, aber anfechtbar, sofern ein bestimmtes Beschlussergebnis festgestellt ist.

InsO §§ 15, 212

Zur Befugnis einer juristischen Person, einen Antrag auf Einstellung des Insolvenzverfahrens zu stellen.

BGH, Beschluss vom 24. März 2016 - IX ZB 32/15 - LG Bielefeld  
AG Bielefeld

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, die Richter Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

am 24. März 2016

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Schuldnerin wird der Beschluss der 23. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld vom 14. April 2015 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 5.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Schuldnerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital in Höhe von 50.000 €, an der die weiteren Beteiligten zu 2 und 3 mit jeweils 50 v.H. beteiligt sind. Sie wurde im Mai 2013 gegründet und im Juni 2013 im Handelsregister eingetragen. Sie ist die persönlich haftende Gesell-

schafterin der n. GmbH & Co. KG, die im Juli 2013 im Handelsregister eingetragen wurde. Kommanditisten sind die weiteren Beteiligten zu 2 und 3 mit einem Kommanditanteil von jeweils 5.000 €. Beide Gesellschaften haben ihren Sitz in H. in der E. straße 4a. Bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts waren im Handelsregister als Geschäftsführer der Schuldnerin die beiden Gesellschafterinnen, die weiteren Beteiligten zu 2 und 3, eingetragen; die Schuldnerin wurde durch beide Geschäftsführerinnen gemeinsam vertreten. Schon kurz nach der Gründung der Gesellschaften kam es zwischen den weiteren Beteiligten zu 2 und 3 zu einem Zerwürfnis, so dass der Geschäftsbetrieb nicht aufgenommen wurde.

2 Am 21. Oktober 2013 stellte die weitere Beteiligte zu 3 die Anträge, sowohl über das Vermögen der Schuldnerin als auch über das Vermögen der n. GmbH & Co. KG das Insolvenzverfahren zu eröffnen. Als Insolvenzgrund gab sie an, sowohl die Schuldnerin als auch die Kommanditgesellschaft seien zahlungsunfähig. Dem trat die weitere Beteiligte zu 2 entgegen und bestritt die von der weiteren Beteiligten zu 3 angegebenen Forderungen gegen die Kommanditgesellschaft. Nach Einholung von Gutachten eröffnete das Insolvenzgericht am 22. August 2014 die Insolvenzverfahren über das Vermögen beider Gesellschaften und ernannte den weiteren Beteiligten zu 1 zum Insolvenzverwalter. Die sofortigen Beschwerden der Schuldnerin und der Kommanditgesellschaft gegen die Eröffnungsbeschlüsse, eingelegt durch die weitere Beteiligte zu 2, verwarf das Beschwerdegericht jeweils als unzulässig.

3 Mit Einschreiben vom 16. September 2014 lud die weitere Beteiligte zu 2 die weitere Beteiligte zu 3 zu einer Gesellschafterversammlung für den 30. September 2014 in die Büroräume der Schuldnerin in H. und für den Fall, dass der Zutritt zu diesen Räumen durch den Vermieter, den Ehemann der

weiteren Beteiligten zu 3, verweigert werde, in die Wohnung der weiteren Beteiligten zu 2 ein. Einziger in der Ladung angegebener Tagesordnungspunkt war die Abberufung der weiteren Beteiligten zu 3 als Geschäftsführerin aus wichtigem Grund. Die weitere Beteiligte zu 3 widersprach der Einladung in die Wohnung der weiteren Beteiligten zu 2, weil ihr dort die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung nicht zuzumuten sei. Dennoch fand die Gesellschafterversammlung in der Wohnung der weiteren Beteiligten zu 2 in Abwesenheit der weiteren Beteiligten zu 3 statt und sie wurde als Geschäftsführerin abberufen.

4 Am 21. Oktober 2014 haben die Schuldnerin und die Kommanditgesellschaft, wobei die Schuldnerin allein durch die weitere Beteiligte zu 2 vertreten worden ist, beantragt, beide Insolvenzverfahren nach § 212 InsO einzustellen, weil die Forderungen, derentwegen die Insolvenzverfahren eröffnet worden seien, nicht bestünden. Das Insolvenzgericht hat beide Anträge als unzulässig abgelehnt, weil sie nicht von beiden Geschäftsführerinnen der Schuldnerin gestellt worden seien. Die Rechtsmittel der Schuldnerin und der Kommanditgesellschaft, wobei wiederum allein die weitere Beteiligte zu 2 die Schuldnerin vertrat, hat das Landgericht durch Beschlüsse vom 14. April 2015 als unzulässig verworfen und die Rechtsbeschwerden zugelassen.

## II.

5 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO, §§ 212, 216 Abs. 2 InsO) und auch im Übrigen zulässig (§ 575 Abs. 1 und 2 ZPO). Insbesondere ist die Schuldnerin im Rechtsbeschwerdeverfahren gesetzlich durch die weitere Beteiligte zu 2 wirksam vertreten, auch wenn der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 30. September 2014, durch den

die weitere Beteiligte zu 3 als gemeinsam mit der weiteren Beteiligten zu 2 vertretungsbefugte Geschäftsführerin abberufen worden ist, unwirksam sein sollte. Ist die Partei- oder Prozessfähigkeit, die Existenz einer Partei oder ihre gesetzliche Vertretung im Streit, gilt sie bis zur rechtskräftigen Feststellung des Mangels als partei- oder prozessfähig, existent oder gesetzlich vertreten (BGH, Urteil vom 11. April 1957 - VII ZR 280/56, BGHZ 24, 91, 94; Beschluss vom 25. Januar 1978 - IV ZB 9/76, BGHZ 70, 252, 255; vom 13. Juli 1993 - III ZB 17/93, NJW 1993, 2943, 2944; vom 3. Mai 1996 - BLw 54/95, BGHZ 132, 353, 355; vom 9. November 2010 - VI ZR 249/09, VersR 2011, 507 Rn. 3; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 56 Rn. 13).

### III.

6 Die Rechtsbeschwerde führt zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

7 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Die sofortige Beschwerde sei unzulässig. Nach § 216 Abs. 2 InsO stehe nur der Schuldnerin gegen die Ablehnung des Einstellungsantrags gemäß § 212 InsO die sofortige Beschwerde zu. Bei juristischen Personen müsse bereits der gemäß § 212 InsO mögliche Einstellungsantrag von sämtlichen organschaftlichen Vertretern gestellt werden. Entsprechendes gelte für die Beschwerdeberechtigung. Die Schuldnerin werde durch ihre beiden nur gemeinschaftlich vertretungsbefugten Geschäftsführerinnen vertreten. Da die Beschwerde für die Schuldnerin jedoch lediglich durch die weitere Beteiligte zu 2 eingelegt worden sei, liege kein wirksames Rechtsmittel vor.

8 Die Alleinvertretungsbefugnis ergebe sich auch nicht aus dem Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 30. September 2014, durch den die weitere Beteiligte zu 3 als Geschäftsführerin abberufen worden sei. Dieser Gesellschafterbeschluss sei entsprechend § 241 Nr. 1 AktG wegen eines schwerwiegenden Einberufungsmangels nichtig. Ein solcher schwerwiegender, zur Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses führender Einberufungsmangel liege in der Wahl des Orts der Gesellschafterversammlung in der Wohnung der weiteren Beteiligten zu 2. Die Einladung verfeindeter oder zerstrittener Gesellschafter in die Wohnung eines Mitgesellschafters sei schikanös und unzumutbar.

9 2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

10 a) Die sofortige Beschwerde war unabhängig von der Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses zulässig. Die Schuldnerin gilt bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Frage, durch wen sie gesetzlich vertreten wird, als durch die weitere Beteiligte zu 2 wirksam vertreten.

11 b) Aber auch in der Sache trägt die Begründung des Beschwerdegerichts die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses nicht. Nach § 212 Satz 1 InsO ist für den Antrag auf Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes nur die Schuldnerin antragsberechtigt. Diese war bei Antragstellung durch die weitere Beteiligte zu 2 nur dann wirksam vertreten, wenn die weitere Beteiligte zu 3 vorher als Geschäftsführerin der Schuldnerin wirksam abberufen worden ist. Der entsprechende in der Gesellschafterversammlung vom 30. September 2014 gefasste Beschluss war jedenfalls nicht entsprechend § 241 Nr. 1 AktG wegen eines schwerwiegenden Einberufungsmangels nichtig.

12           aa) Die Schuldnerin wurde, solange mehrere Geschäftsführer bestellt waren, durch diese gemeinschaftlich gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Dies ergibt sich aus § 35 Abs. 1 Satz 1 und § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Im Gesellschaftsvertrag hatten die weiteren Beteiligten zu 2 und 3 insoweit nichts anderes bestimmt.

13           (1) An dieser gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts geändert. Durch die Insolvenzeröffnung wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zwar gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG aufgelöst, doch dauert ihre Rechtspersönlichkeit für die Zwecke des Verfahrens fort (vgl. Jaeger/Windel, InsO, 2007, § 80 Rn. 77). Die Organe bleiben so im Verfahren bestehen, wie sie sich bei Verfahrenseröffnung darstellten (BGH, Beschluss vom 11. Januar 2007 - IX ZB 271/04, NZI 2007, 231 Rn. 21). Deswegen wird durch die Insolvenzeröffnung grundsätzlich die Rechtsstellung der organschaftlichen Vertreter nicht berührt. Insbesondere können die Geschäftsführer für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im eröffneten Verfahren Anträge stellen, etwa einen Antrag nach §§ 212, 213 InsO, und nach § 6 Abs. 1 InsO gegen Entscheidungen des Insolvenzgerichts Rechtsmittel einlegen, etwa gegen den Eröffnungsbeschluss nach § 34 Abs. 2 InsO oder gegen die Ablehnung des Einstellungsantrags nach § 216 Abs. 2 InsO (vgl. Jaeger/Windel, aaO Rn. 78 f; Uhlenbruck, GmbHR 2005, 817, 829 f). Mehrere Mitglieder des Vertretungsorgans sind nach Maßgabe der bis zur Verfahrenseröffnung geltenden Regelungen vertretungsbefugt. Sofern gesetzlich (§ 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) oder kraft Gesellschaftsvertrages Gesamtvertretung besteht, gelten grundsätzlich auch diese Regeln fort (vgl. Jaeger/Windel, aaO Rn. 79).

14           (2) Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO kann jeder Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung namens der Gesellschaft den Antrag auf

Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft stellen, auch wenn er nicht alleinvertretungsbefugt ist. Denn § 15 Abs. 1 Satz 1 InsO nennt als Antragsberechtigte die Mitglieder des Vertretungsorgans (BGH, Beschluss vom 20. Juli 2006 - IX ZB 274/05, NZI 2006, 700 Rn. 2; vom 10. Juli 2008 - IX ZB 122/07, NZI 2008, 550 Rn. 5). Die ihnen eingeräumte Einzelvertretungsmacht geht der ansonsten geltenden Vertretungsregelung vor, sie kann durch die Satzung nicht beseitigt oder beschränkt werden (vgl. Jaeger/Müller, InsO, 2004, § 15 Rn. 6). Diese Sonderregelung gilt aber nur für den Eröffnungsantrag, nicht für den Einstellungsantrag nach § 212 InsO (vgl. Jaeger/Müller, aaO Rn. 1; Jaeger/Windel, InsO, 2010, § 212 Rn. 19; Schmidt/Jungmann, InsO, 19. Aufl., § 212 Rn. 7).

15           (3) Da die weiteren Beteiligten zu 2 und 3 nur gemeinschaftlich vertretungsbefugt waren, kommt es auf die Frage nicht an, ob mehrere Geschäftsführer trotz bestehender Einzelvertretungsbefugnis den Einstellungsantrag nach § 212 InsO für eine juristische Person wirksam nur gemeinsam stellen können (vgl. hierzu Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2000, § 212 Rn. 3; Münch-Komm-InsO/Hefermehl, 3. Aufl., § 212 Rn. 7).

16           bb) Bis zu dem angefochtenen Beschluss des Beschwerdegerichts vom 14. April 2014 waren die weiteren Beteiligten zu 2 und 3 als nur gemeinsam vertretungsbefugte Geschäftsführerinnen der Schuldnerin im Handelsregister eingetragen. Auf die Eintragung im Handelsregister kommt es jedoch nicht an, sondern auf die objektive Rechtslage in dem Zeitpunkt, in dem das Beschwerdegericht über den Antrag nach § 212 InsO entscheidet (§ 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO).



- 17            Der Antragsteller hat seine Antragsberechtigung gegenüber dem Insolvenzgericht nachzuweisen. Sofern der Schuldner in ein öffentliches Register eingetragen ist, sind die maßgebenden gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse in der Regel aus diesem ersichtlich. Das Insolvenzgericht kann sich grundsätzlich auf die Eintragungen verlassen. Der Beweis der Unrichtigkeit des Registers ist allerdings nicht ausgeschlossen (vgl. Jaeger/Müller, InsO, 2004, § 15 Rn. 45; MünchKomm-InsO/Klöhn, 3. Aufl., § 15 Rn. 71).
- 18            cc) Durch den in der Gesellschafterversammlung vom 30. September 2014 gefassten Beschluss wurde die Abberufung der weiteren Beteiligten zu 3 als Geschäftsführerin mit sofortiger Wirkung beschlossen. Der Abberufungsbeschluss ist jedenfalls nicht deswegen entsprechend § 241 Nr. 1 AktG nichtig, weil die Gesellschafterversammlung in die Wohnräume der weiteren Beteiligten zu 2 einberufen worden ist. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist mangels anderslautender Feststellungen davon auszugehen, dass die Satzung der Schuldnerin keine vom GmbH-Gesetz abweichenden Regelungen enthält.
- 19            (1) Die Bestellung der Geschäftsführer ist zu jeder Zeit widerruflich (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Daran ändert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nichts. Die Gesellschafterversammlung behält auch im eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft das Recht, den oder die Geschäftsführer abzuberaufen (BGH, Beschluss vom 11. Januar 2007 - IX ZB 271/04, NZI 2007, 231 Rn. 21; Jaeger/Windel, InsO, 2007, § 80 Rn. 81; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, 3. Aufl., § 80 Rn. 112a).

20 (2) Das GmbH-Gesetz enthält - anders als das AktG - keine eigenständige Regelung über die Geltendmachung von Beschlussmängeln. Es entspricht jedoch der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die aktienrechtlichen Vorschriften entsprechend heranzuziehen sind, sofern ein bestimmtes Beschlussergebnis festgestellt ist (BGH, Urteil vom 13. November 1995 - II ZR 288/94, NJW 1996, 259; vom 1. März 1999 - II ZR 205/98, NJW 1999, 2268; vom 11. Februar 2008 - II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 22 mwN).

21 (a) Entsprechend § 241 Nr. 1 AktG sind Gesellschafterbeschlüsse nichtig, wenn die Versammlung von einer nicht dazu befugten Person einberufen worden ist, wenn nicht alle Gesellschafter eingeladen worden sind, wenn die Einladung nicht schriftlich oder ohne Unterschrift erfolgt ist oder nicht Ort und Zeit der Versammlung angibt (vgl. § 121 Abs. 2, 3 Satz 1, Abs. 4 AktG; BGH, Urteil vom 17. Oktober 1988 - II ZR 18/88; ZIP 1989, 634, 636; vom 13. Februar 2006 - II ZR 200/04, ZIP 2006, 707 Rn. 9). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein in einer Gesellschafterversammlung gefasster Beschluss entsprechend § 241 Nr. 1 AktG weiter dann nichtig, wenn der Einberufungsmangel einer Nichtladung der Gesellschafter gleichkommt (BGH, Urteil vom 13. Februar 2006, aaO). Ein Ladungsmangel kommt dann einer Nichtladung gleich, wenn eine Ladung dem Gesellschafter seine Teilnahme in einer Weise erschwert, die der Verhinderung seiner Teilnahme gleichsteht. Denn dann wird ihm die Ausübung dieses unverzichtbaren Gesellschafterrechts ebenso entzogen wie im Fall der Nichtladung (BGH, Urteil vom 13. Februar 2006, aaO Rn. 13).

22 Andere Verstöße gegen Gesetz oder Satzung bei der Einberufung und Einladung führen nur dann zur Nichtigkeit, wenn der Beschluss auf eine Anfechtung

tungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist (§ 241 Nr. 5 AktG).

23 (b) Nach diesen Maßstäben führt der vom Beschwerdegericht festgestellte Einladungsmangel, nämlich die Einladung in die Wohnung der Beteiligten zu 2, nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses entsprechend § 241 Nr. 1 AktG (vgl. OLG Celle, NJW-RR 1998, 970; OLG Düsseldorf, NZG 2003, 975, 976; OLG Düsseldorf, ZIP 2004, 1956, 1964 unter cc und dd; Teichmann in Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, 2. Aufl., § 51 Rn. 22; MünchKomm-GmbHG/Liebscher, 2. Aufl., § 51 Rn. 51; Michalski/ Römermann, GmbHG, 2. Aufl., § 51 Rn. 112; Henssler/Strohn/Hillmann, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 51 GmbHG Rn. 22; BeckOK-GmbHG/Schindler, 2015, § 51 Rn. 58; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl., § 51 Rn. 28; vgl. aber auch Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl., § 51 Rn. 26).

24 (aa) Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, ist der ordnungsgemäße Versammlungsort grundsätzlich entsprechend § 121 Abs. 5 AktG der Sitz der Gesellschaft, wobei die Räumlichkeiten der Gesellschaft im Fall ihrer Eignung als Versammlungslokal der Wahl angesehen werden. Die Regelung hat den Zweck, die Gesellschafter vor einer willkürlichen Wahl des Versammlungsortes und einer daraus folgenden Beeinträchtigung ihres Teilnahmerechts zu schützen. Dieser Gesetzeszweck ist bestimmend für die Frage, wann und in welchem Maße das Einberufungsorgan von der Soll-Vorschrift des § 121 Abs. 5 AktG abweichen darf. Das wird immer dann der Fall sein, wenn am Sitz der Gesellschaft kein geeignetes Versammlungslokal vorhanden ist oder die Verkehrsverbindung dorthin gestört ist; zumindest bei einer Gesellschaft mit einem überschaubaren Gesellschafterkreis darf aber auch ein Ort gewählt werden, von dem von vornherein feststeht, dass er die Teilnahme nicht erschwert,

weil ihn die Gesellschafter leichter als den Sitz der Gesellschaft erreichen können (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1985 - II ZR 79/84, WM 1985, 567, 568; OLG Düsseldorf, NZG 2003, 975, 976; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Juli 2012 - 6 U 220/11, juris Rn. 30).

25           Der ausgewählte Versammlungsort und das Versammlungslokal dürfen nicht für einen Gesellschafter unzumutbar sein (vgl. Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 51 Rn. 8; vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1985, aaO). Eine solche unzumutbare Auswahl, auf die sich ein Gesellschafter nicht einlassen muss, kann gegeben sein, wenn verfeindete Gesellschafter in die Wohnung des einen Gesellschafters eingeladen werden. Für die Einladung zerstrittener Mitgesellschafter in die Kanzleiräume des Rechtsanwalts der Gegenpartei gilt nichts anderes. Der betroffene Mitgesellschafter würde sich von vornherein in einer Umgebung befinden, in der sich der andere Mitgesellschafter, mit dem er im Streit liegt, im Gegensatz zu ihm vertraut bewegen kann (OLG Celle, NJW-RR 1998, 970; OLG Düsseldorf, ZIP 2004, 1956, 1964 unter I.2.cc; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl., § 51 Rn. 15).

26           Danach war die Privatwohnung der Beteiligten zu 2, wohin zur Gesellschafterversammlung eingeladen war, ein für die Beteiligte zu 3 unzumutbarer Versammlungsort. Der an einem unzulässigen Versammlungsort gefasste Gesellschafterbeschluss, die weitere Beteiligte zu 3 als Geschäftsführerin abzurufen, war deswegen mit einem Verfahrensmangel behaftet.

27           (bb) Bei der Einladung in die Wohnung des verfeindeten Gesellschafters hängt es von den konkreten Umständen des Falles ab, ob sie (ausnahmsweise) darüber hinaus einer Verhinderung der Teilnahme und damit einer Nichtladung gleichkommt. Regelmäßig wird die Teilnahme durch die Einladung in Räume

des verfeindeten Gesellschafters nicht schon in einer Weise erschwert, die ihrer Verhinderung gleichkommt. Umstände, nach denen hier die Einladung in die Wohnung der Beteiligten zu 2 einer Verhinderung der Teilnahme gleichkommt, hat die weitere Beteiligte zu 3 nicht geltend gemacht; dafür ist auch nichts ersichtlich.

28 Es kommt hinzu, dass die weitere Beteiligte zu 2 zur Gesellschafterversammlung in erster Linie an den Gesellschaftssitz eingeladen hat und nur hilfsweise für den Fall, dass der Zugang zu den Gesellschaftsräumen durch den Vermieter, der Ehemann der weiteren Beteiligten zu 3 ist, verwehrt würde, in ihre eigene Wohnung. Die weitere Beteiligte zu 3 war deswegen durch den Ladungsmangel nicht in einer Weise an einer Teilnahme an der Mitgliederversammlung gehindert, dass dies ihrer Nichtladung gleichstünde. Sie hätte entweder die Versammlung in den Räumen der Gesellschaft ermöglichen oder ebenfalls vor dem Gesellschaftssitz erscheinen und für eine einvernehmliche Verlegung an einen neutralen Ort (aber nicht die Büroräume ihres Rechtsbeistands) sorgen können.

29 (c) Weitere Nichtigkeitsgründe entsprechend § 241 AktG macht die weitere Beteiligte zu 3 nicht geltend und sind auch aufgrund des festgestellten Sachverhalts nicht ersichtlich. Insbesondere war die Beteiligte zu 2, welche die Gesellschafterversammlung allein einberufen hat, dazu befugt. Nach § 49 Abs. 1 GmbHG wird die Versammlung durch den Geschäftsführer einberufen. Auch im Fall einer Gesamtgeschäftsführung und Gesamtvertretung ist jeder einzelne Geschäftsführer zur Einberufung berechtigt (OLG Frankfurt, GmbHR 1976, 110 f; BayObLG, ZIP 1999, 1597, 1598 f; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl., § 49 Rn. 3; Henssler/Strohn/Hillmann, Gesell-

schaftsrecht, 2. Aufl., § 49 GmbHG Rn. 2; MünchKomm-GmbHG/Liebscher, 2. Aufl., § 49 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl., § 49 Rn. 2).

30 (d) Da die weitere Beteiligte zu 3 eine Anfechtungsklage gegen den am 30. September 2014 gefassten Abberufungsbeschluss nicht erhoben hat und die Anfechtungsfrist bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung des Insolvenzgerichts abgelaufen war, ist der Abberufungsbeschluss, wenn förmlich festgestellt, trotz der bestehenden Ladungsmängeln endgültig wirksam und für alle Beteiligten verbindlich (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 1999 - II ZR 119/98, NJW 1999, 2115, 2116; vom 11. Februar 2008 - II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 22).

31 3. Die Beschwerdeentscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 577 Abs. 3 ZPO).

32 a) Wie bereits ausgeführt, sind die Vorschriften der §§ 241 ff AktG nur dann entsprechend heranzuziehen, wenn das rechtliche Beschlussergebnis förmlich festgestellt worden ist (BGH, Urteil vom 13. November 1995 - II ZR 288/94, NJW 1996, 259; vom 1. März 1999 - II ZR 205/98, NJW 1999, 2268; vom 11. Februar 2008 - II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 22 mwN). Fehlt es an einer förmlichen Beschlussfeststellung, ist es dem Betroffenen unbenommen, die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Beschlusses durch eine Beschlussfeststellungsklage nach § 256 ZPO feststellen zu lassen (BGH, Urteil vom 13. November 1995, aaO; vom 23. September 1996 - II ZR 126/95, NJW 1997, 318, 319; vom 1. März 1999, aaO; vom 11. Februar 2008, aaO). Diese Feststellungsklage ist an keine Frist gebunden, die Geltendmachung des Rechts aus dem Rechtsverhältnis, das Gegenstand der Feststellungsklage ist, unterliegt lediglich der Verwirkung. Der Erfolg der Klage hängt allein von der materiellen Rechtslage ab (BGH, Urteil vom 1. März 1999, aaO). Beschlussmängel führen

somit regelmäßig - wie im personengesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelsystem - zur Nichtigkeit. Entsprechendes gilt für Einladungsmängel, es sei denn, es lässt sich ausschließen, dass der Mangel auf die Beschlussfassung einen Einfluss hatte (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2012 - II ZR 251/10, ZIP 2013, 68 Rn. 47; vom 11. März 2014 - II ZR 24/13, ZIP 2014, 1019 Rn. 13). Hiervon ist vorliegend nicht auszugehen, weil die weitere Beteiligte zu 3 an der Versammlung nicht teilgenommen hat und deswegen nicht auszuschließen ist, dass sie bei einer Teilnahme an der Versammlung die weitere Beteiligte zu 2 von ihrem Vorbringen hätte abbringen können.

- 33            b) Zur förmlichen Feststellung des Beschlussergebnisses ist erforderlich, dass dieses Ergebnis festgestellt und verkündet wird. Erfüllt ist diese Voraussetzung stets, wenn ein Versammlungsleiter diese Feststellung trifft (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 1996 - II ZR 126/95, NJW 1997, 318, 320; vom 11. Februar 2008 - II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 24). Eine förmliche Feststellung ist aber auch auf andere Weise möglich, soweit das Ziel, Unsicherheit über die Fassung eines Beschlusses zu beseitigen, erreicht wird (BGH, Urteil vom 11. Februar 2008, aaO). Dies hat der Bundesgerichtshof etwa angenommen, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag über alle Gesellschafterbeschlüsse ein Protokoll anzufertigen, das von einem Geschäftsführer der Gesellschaft zu unterschreiben, sodann den Gesellschaftern zu übersenden und zudem im Protokollbuch zu verwahren ist. Enthält das derart unterzeichnete und übersandte Protokoll die von beiden Gesellschaftern gleichlautend getroffene Feststellung, dass beide Gesellschafter einstimmig einen Beschluss mit einem genau bezeichneten Inhalt gefasst haben, ist ausreichend förmlich festgehalten, welcher Beschluss von wem mit welchem Inhalt und welchem Stimmenverhältnis gefasst worden ist (BGH, Urteil vom 11. Februar 2008, aaO Rn. 25).

34           Ob sich aus dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung eine förmliche Feststellung des Beschlussergebnisses ergibt, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Auch hat es den Gesellschaftsvertrag nicht beigezogen und haben sich die Beteiligten zu dieser Frage noch nicht äußern können. Eine eigene Feststellung war dem Senat deswegen nicht möglich.

#### IV.

35           Der angefochtene Beschluss kann daher keinen Bestand haben. Er ist aufzuheben. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich. Die Sache ist deswegen gemäß § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO zurückzuverweisen. Das Beschwerdegericht wird zu prüfen haben, ob der Abberufungsbeschluss förmlich festgestellt worden ist. Wenn diese Frage bejaht wird, wird es die weiteren Voraussetzungen des § 212 InsO prüfen müssen.

36           Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

37           Wenn das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis kommen sollte, dass wegen einer förmlichen Feststellung des Beschlussergebnisses der Abberufungsbeschluss nur durch die kassatorisch wirkende Anfechtungsklage beseitigt werden kann, ist es unerheblich, dass zum Zeitpunkt, als die weitere Beteiligte zu 2 für die Schuldnerin den Einstellungsantrag nach § 212 InsO gestellt hat, die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen war. Denn jedenfalls mit Ablauf der Anfechtungsfrist vor der Entscheidung durch das Insolvenzgericht ist der Abberufungsbeschluss endgültig wirksam geworden, weil er nicht angefochten worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 1999 - II ZR 119/98, NJW 1999, 2115, 2116). Damit wäre jedenfalls zum Zeitpunkt der Entscheidung des Insolvenzge-



richts trotz des anderslautenden Registereintrags hinreichend nachgewiesen, dass die weitere Beteiligte zu 3 als Geschäftsführerin der Schuldnerin wirksam abberufen worden ist und somit die weitere Beteiligte zu 2 als alleinige Geschäftsführerin die Schuldnerin alleine vertritt. Die Voraussetzungen des § 212 InsO einschließlich der Antragsberechtigung müssen nicht bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen, sondern anders als beim Antrag auf Insolvenzeröffnung, wo der Eröffnungsgrund nach § 16 InsO zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vorliegen muss (BGH, Beschluss vom 27. Juli 2006 - IX ZB 204/04, BGHZ 169, 17 Rn. 8, 10 f, 19 f; vom 2. April 2009 - IX ZB 245/08, ZInsO 2009, 872 Rn. 7), im Zeitpunkt des Abschlusses der Beschwerdeinstanz (§ 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO iVm § 212 InsO).

Kayser

Lohmann

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

AG Bielefeld, Entscheidung vom 20.01.2015 - 43 IN 958/13 -

LG Bielefeld, Entscheidung vom 14.04.2015 - 23 T 134/15 -