
Datum: 09.12.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 26/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:1209.8U26.15.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 41 O 39/14
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, II ZR 2/16

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen vom 19.11.2014 teilweise abgeändert. Es wird festgestellt, dass der Kläger unverändert über den 30.06.2013 hinaus berechtigt ist, sich mit freiwilligen Anteilen in Höhe von 55.000,- € an der Beklagten zu beteiligen. Die Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % der jeweils zu vollstreckenden Beträge leistet.

Gründe

A.

Der Kläger ist eingetragener Kaufmann und betreibt eine Apotheke. Die Beklagte ist eine eingetragene Genossenschaft mittelständischer Apotheker. Hinsichtlich ihrer Satzung wird auf die Anlagen K 7 und (ab 2010) K 8 Bezug genommen.

Die Parteien streiten über das Weiterbestehen der Mitgliedschaft des Klägers bei der Beklagten mit 5 Grundanteilen von je 1.000,- € (also 5.000,- €) und weiteren 55 freiwilligen Anteilen (von zusammen 55.000,- €). Der Kläger begehrt die Feststellung, dass seine

1

2

3

4

Mitgliedschaft bei der Beklagten nicht durch Kündigung beendet wurde und er unverändert noch mit seinen freiwilligen Anteilen an der Beklagten beteiligt ist.

Der Kläger war seit Mai 1979 Mitglied der Beklagten mit den damals erforderlichen 2 Geschäftsanteilen und erhöhte im Laufe der Zeit die Anzahl seiner Anteile bis zu der genannten Höhe. Die letzten 6 Anteile erwarb er am 26.01.2004. Etwa zu diesem Zeitpunkt unterschrieb er blanko und ohne Datum ein „Kündigungsformular“, das bei der Beklagten verblieb. In das Kästchen der Rubrik 5

"Ich kündige hiermit _ Geschäftsanteil(e) meiner Beteiligung an der Genossenschaft zum Schluss des am _ endenden Geschäftsjahres, so dass ich noch mit _ weiteren, also insgesamt mit _ Geschäftsanteil(en) beteiligt bleibe."

setzte der Kläger ein Kreuz. Weiter füllte er das Formular nicht aus. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zur Gerichtsakte gereichte Anlage K 2 Bezug genommen. Das Ausfüllen eines solchen Kündigungsformulars bei der Beteiligung mit weiteren freiwilligen Anteilen war gängige Praxis bei der Beklagten. 7

In der Folgezeit unterzeichnete der Kläger zunächst am 04.01.2010 (Anl. KE 4) und später auch am 24.05.2011 (Anl. KE 5) eine sog. Leistungs- und Konditionenvereinbarung, in der u.a. die vereinbarten Umsätze eingetragen wurden. In der Vereinbarung heißt es unter „besondere Vereinbarungen“ (wobei diese Klausel in 2010 gestrichen wurde, in 2011 hingegen nicht): 8

„Bei Einstellung der Geschäftsbeziehung oder Reduzierung des monatlichen Umsatzes unterhalb der Summe der gezeichneten Geschäftsanteile gelten die gezeichneten freiwilligen O-Geschäftsanteile als gekündigt“. 9

Nach späteren von den Parteien unterzeichneten Beiblättern zu dieser Konditionsvereinbarung, zuletzt am 28.02.2012 (Anl. KE 8), blieben alle sonstigen Vereinbarungen zwischen den Parteien insoweit bestehen. 10

Seit 2008 machte der Kläger bei der Beklagten selten einen Umsatz in der jeweils zuvor genannten Höhe. Am 01.03.2012 beendete er die Lieferbeziehung mit der Beklagten. 11

Die Beklagte füllte die Blankokündigung des Klägers aus und kündigte so für diesen dessen Mitgliedschaft zum Schluss des am 30.06.2013 endenden Geschäftsjahres (Anl. K 2). Auf die vorgelegte Urkundskopie wird Bezug genommen. Ein Datum der „Kündigung“ wurde nicht eingetragen. Mit einem Schreiben vom 18.04.2012 "bestätigte" die Beklagte die Kündigung der Mitgliedschaft und der freiwilligen Anteile des Klägers mit Wirkung zum 30.06.2013. Mit Schreiben vom 23.04.2012 (Anl. K 3) widersprach der Kläger der Kündigung. 12

Er hat die Formularkündigung für unwirksam gehalten und behauptet, dass zwischen ihm und der Beklagten keine Abrede bestanden habe, wann und unter welchen Umständen von dem unterschriebenen Kündigungsformular Gebrauch gemacht werden solle. Da er selbst nur das zweite Kästchen zur Kündigung der freiwilligen Anteile angekreuzt habe, habe er allenfalls eine solche Kündigung gewollt. Hiervon habe die Beklagte aber keinen Gebrauch gemacht. Nach fruchtlosen Vergleichsverhandlungen habe die Beklagte ihm mit Schreiben vom 22.03.2013 (Anl. K 4) bestätigt, dass sowohl seine Mitgliedschaft wie auch die freiwilligen Anteile aufrechterhalten würden. Der Kläger hat gemeint, dass seine Mitgliedschaft nicht wirksam gekündigt sei. Bereits das Verlangen nach einer Blankounterschrift unter einem Kündigungsvordruck verstoße gegen die guten Sitten und sei rechtsmissbräuchlich. Einer 13

Bevollmächtigung der Beklagten zur Kündigung seiner Mitgliedschaft stehe auch die Regelung des § 181 BGB entgegen, da in diesem Fall Erklärender und Erklärungsempfänger identisch seien. Zudem habe die Bestimmung, ob und wann von dem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen sei, entsprechend § 315 BGB nach billigem Ermessen zu erfolgen. Dem sei die Beklagte nicht gerecht geworden, da sie unbeachtet gelassen habe, dass er mehr als 25 Jahre einen erheblichen Beitrag für die Beklagte geleistet habe. Ohnehin sei die Möglichkeit der Beklagten, von der Kündigung Gebrauch zu machen, verwirkt. Die Kündigungsfiktion in der Konditionenvereinbarung vom 24.05.2011 sei unwirksam, da sie schon nicht die Voraussetzungen des § 308 Nr. 5 BGB erfülle.

Der Kläger hat beantragt,

14

festzustellen, dass er unverändert Mitglied in der O zur Mitgliedsnummer ##### ist, insbesondere die Mitgliedschaft nicht durch Kündigung zum Schluss des am 30.06.2013 endenden Geschäftsjahres beendet wurde, und dass er unverändert über den 30.06.2013 berechtigt ist, sich neben den Geschäftsanteilen (Grundanteilen) mit freiwilligen Anteilen in Höhe von 55.000,- € an der Beklagten zu beteiligen.

15

Die Beklagte hat beantragt,

16

die Klage abzuweisen.

17

Sie hat geltend gemacht, ihre Kündigung sei wirksam. Der Kläger sei seinen genossenschaftlichen Pflichten nicht vereinbarungsgemäß nachgekommen. Dieser habe entgegen der Vereinbarung, Waren zu 100 % nur durch sie zu beziehen, Waren durch andere Händler bezogen. Der Gebrauch des Kündigungsvordruckes sei geboten gewesen, da der Kläger keinerlei Leistungen mehr von ihr in Anspruch genommen habe, gleichzeitig aber Gewinnvorteile habe beanspruchen wollen. Sie habe mit dem Schreiben vom 22.03.2013 die Weiterführung der Mitgliedschaft und der freiwilligen Anteile des Klägers nur deswegen bestätigt, weil sie auf Grundlage der Verhandlungen davon ausgegangen sei, dass der Kläger seine Geschäftstätigkeit mit ihr wieder aufnehmen wolle, was aber nicht geschehen sei. Der Kläger habe seine Mitgliedschaft wirksam gekündigt, indem er sie zum Ausfüllen des Kündigungsformulars im Sinne des § 167 Abs. 1 BGB ermächtigt habe. Nach dem Sinn und Zweck des Formulars sei von dieser Ermächtigung auch die Nutzung des Formulars gedeckt gewesen. Die Kündigung sei als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nur vor oder gleichzeitig mit dem Zugang widerrufen gewesen. Danach könne die Mitgliedschaft nur durch einen Beitritt (§ 3 Abs. 3 der Satzung der Beklagten; §§ 15, 15 a GenG) wieder aufleben. In der Vereinbarung einer Vollmacht zur Ausübung des Kündigungsrechts liege keine Umgehung zwingender Normen des Genossenschaftsrechts. Jedenfalls seien die freiwilligen Geschäftsanteile des Klägers aufgrund der besonderen Vereinbarung in der Leistungs- und Konditionenvereinbarung vom 24.05.2011 gekündigt.

18

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich des ersten Teils des Klageantrags unter Abweisung der Klage im Übrigen stattgegeben und festgestellt, dass der Kläger unverändert Mitglied in der O zur Mitgliedsnummer ##### ist, insbesondere die Mitgliedschaft nicht durch Kündigung zum Schluss des am 30.06.2013 endenden Geschäftsjahres beendet wurde. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger sei weiterhin Mitglied bei der Beklagten. Insbesondere sei seine Mitgliedschaft nicht durch Kündigung zum Schluss des am 30.06.2013 endenden Geschäftsjahres beendet worden. Der Kläger habe die Beklagte nicht ermächtigt, die 1. Rubrik des Formulars zur Kündigung der Mitgliedschaft auszufüllen und als Eigenkündigung zu nutzen. Die 55 freiwilligen Anteile des Klägers bei der Beklagten seien

19

jedoch wirksam zum Schluss des am 30.06.2013 endenden Geschäftsjahres gekündigt worden. Dies sei durch die Kündigungsfiktion vom 24.05.2011 erfolgt. Diese sei besprochen und wirksam vereinbart worden. Diese "besondere Vereinbarung" sei nicht unwirksam gemäß § 308 Nr. 5 BGB. Denn sie stelle keine Allgemeine Geschäftsbedingung, sondern eine individuell getroffene Vereinbarung dar. Die Kündigungsfiktion in der Vereinbarung sei genügend bestimmt und klar. Die geregelte (Potestativ-) Bedingung sei eingetreten. Dabei habe auch ein Interesse der Beklagten daran bestanden, dass der Kläger die freiwilligen Anteile zurückgebe und damit an den Gewinnausschüttungen, die mit den Anteilen verbunden seien, nicht mehr teilnehme. Denn der Kläger habe den vereinbarten Warenumsatz nicht erreicht und zudem Waren von anderen Händlern bezogen. Damit habe er nicht hinreichend dazu beigetragen, dass die Beklagte erfolgreich arbeiten und die Gewinne erzielen könne, die eine Auszahlung von Prämien auf die Gewinnanteile erst möglich machten.

Der Kläger wehrt sich gegen die Teilabweisung mit seiner Berufung. Er meint, das Stehenlassen der Kündigungsfiktion in der Leistungs- und Konditionenvereinbarung vom 24.05.2011 stelle keine zwischen den Parteien individuell ausgehandelte Bedingung dar. Auch das Aushandeln einzelner Vertragsbedingungen etwa in Form der Streichung ändere grundsätzlich nichts daran, dass die übrigen AGB bestehen blieben. So handele es sich bei der Kündigungsfiktion der Leistungs- und Konditionenvereinbarung um eine allgemeine Geschäftsbedingung, die der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliege. Es liege eine unangemessene Benachteiligung des Klägers vor, da diese Vereinbarung in einer Weise in die Satzung eingreife, die den Vertragszweck gefährde. Während die Satzung die freiwilligen Anteile in den Händen der Mitglieder schütze, werde mit Mitteln außerhalb der Satzung versucht, den Mitgliedern einmal gezeichnete freiwillige Anteile abzuerkennen. Zudem sei unklar, unter welchen Bedingungen eine Potestativbedingung als eingetreten angesehen werden könne und rechtsgestaltend Wirksamkeit erlange. Dies unterliege ganz offensichtlich einer weiteren Ermessensentscheidung durch die Beklagte, ohne dass immer dann, wenn der Umsatz zurückgegangen sei oder die Geschäftsbeziehung eingestellt worden sei, der Eintritt der Kündigung der freiwilligen Anteile von der Beklagten festgestellt und vollzogen worden sei.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils festzustellen, dass er unverändert über den 30.06.2013 hinaus berechtigt ist, sich mit freiwilligen Anteilen in Höhe von 55.000,- € an der Beklagten zu beteiligen,

und die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen,

im Wege der Anschlussberufung:abändernd die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil im Umfang der Klageabweisung und begehrt mit ihrer Anschlussberufung die vollständige Abweisung der Klage. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei sie zur Kündigung der Mitgliedschaft des Klägers ermächtigt gewesen. Eine Auslegung der streitgegenständlichen Kündigungsurkunde lasse nicht eine Beschränkung der Ermächtigung dahingehend annehmen, dass die Beklagte lediglich zur Vervollständigung der zweiten Rubrik ermächtigt gewesen sei. Vielmehr stelle die Unterzeichnung des

Blankettformulars eine Ermächtigung für das Anfertigen der gesamten Urkunde dar. Vorliegend könne die Ermächtigung nur als Ausübungsermächtigung zur Kündigung verstanden werden. Diese Ermächtigung zum Gebrauch der Blankettkündigung in Abhängigkeit vom Umsatz des Klägers sei Bestandteil der Abrede zwischen den Parteien gewesen. Sie, die Beklagte, sei zur Kündigung der Mitgliedschaft ermächtigt gewesen, ohne dass insofern zwischen der Mitgliedschaft als solcher und den freiwilligen Geschäftsanteilen differenziert worden sei. Zudem sei der Gebrauch der Ermächtigung bei Nichterbringung bestimmter Umsätze allgemeine und auf alle Mitglieder angewandte Praxis gewesen. Eine abweichende Behandlung des Klägers würde diesem ein nicht gerechtfertigtes Sonderrecht einräumen. Die Mitgliedschaft des Klägers sei wirksam gekündigt worden. Die Feststellungsklage sei damit vollumfänglich abzuweisen. Die Beendigung der Mitgliedschaft ziehe auch den Fortfall der freiwilligen Geschäftsanteile nach sich, da sich per se nur Mitglieder mit freiwilligen Anteilen an ihr beteiligen könnten. Hinsichtlich der gegnerischen Berufung sei das Landgericht rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass es sich bei der betreffenden Regelung in der Leistungs- und Konditionenvereinbarung um eine der AGB-Kontrolle entzogene Individualvereinbarung handele. Das Vorliegen von AGB habe der Kläger nicht bewiesen. Im Übrigen liege in der Fiktion der Kündigung der freiwilligen Geschäftsanteile keine unangemessene Benachteiligung vor i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 28

B. 29

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Er kann abändernd die Feststellung verlangen, dass er weiterhin unverändert zur Beteiligung an der Beklagten mit 55 freiwilligen Anteilen berechtigt ist. Die zulässige Anschlussberufung der Beklagten ist unbegründet. Die Feststellung einer unveränderten Mitgliedschaft des Klägers bei ihr durch das landgerichtliche Urteil ist zu Recht erfolgt. 30

I. Anschlussberufung der Beklagten: Vermeintliche Beendigung der Mitgliedschaft bezogen auf die Grundanteile Die Anschlussberufung der Beklagten ist unbegründet. Der Kläger begehrt zu Recht die Feststellung seiner unveränderten Mitgliedschaft bei der Beklagten. Diese ist weder durch die Kündigung gem. Anl. K 2 zum 30.06.2013 noch durch die Kündigungsfiktion in der „Leistungs- und Konditionenvereinbarung“ vom 24.05.2011 beendet worden. 31

1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung des Fortbestehens dieses Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO. 32

2. Kündigung (Anl. K 2), wie bestätigt (Anl. K 1), zum 30.06.2013 33

Die Mitgliedschaft bei der Beklagten ist nicht wirksam durch die vom Kläger in 2004 blanko unterschriebene und von der Beklagten nunmehr gezogene Kündigung (Anl. K 2) zum Ende des Geschäftsjahres am 30.06.2013 gemäß § 5 Abs. 1 der Satzung der Beklagten gekündigt worden. Ein wirksames Vertreterhandeln der Beklagten für den Kläger, der ihr das Kündigungsformular zwar überlassen, es aber selbst nicht abschließend ausgefüllt hatte, ist zu verneinen. Die vom Kläger hierdurch der Beklagten übertragenen Ermächtigung, für ihn zu kündigen, hat schon die Kündigung der Mitgliedschaft nicht erfasst. 34

Bei der erteilten Ermächtigung zum Ausfüllen der Urkunde handelt es sich um eine Bevollmächtigung i.S.v. §§ 164 ff. BGB (vgl. MünchKomm-Bayreuther, BGB, 6. Aufl. 2012, § 35

185 Rn. 40). Diese ist nach allgemeinen Regeln auszulegen.

Eine ausdrückliche Erklärung des Klägers, dass die Beklagte hiermit auch seine Mitgliedschaft hinsichtlich der Grundanteile erklären dürfe, beinhaltet das von ihm unterzeichnete Blankoformular nicht. Soweit die Beklagte eine Abrede zwischen den Parteien behauptet, wonach die Beklagte die Kündigung hinsichtlich des gesamten Mitgliedschaftsverhältnisses erklären dürfe, wenn der Kläger nicht die seiner Beteiligung entsprechenden Umsätze tätige, fehlt es an einem Beweisantritt für diese vom Kläger bestrittene Abrede. Eine solche kann auch nach den Gesamtumständen des Streitfalles nicht festgestellt werden. 36

Das Landgericht hat bei der Auslegung der Blankoerklärung zutreffend darauf abgestellt, dass der Kläger der Beklagten nicht eine Ermächtigung auch zur Kündigung der Mitgliedschaft und zu einer diesbezüglichen Eigenkündigung gegeben hat. Er hat vielmehr allein die zweite Variante angekreuzt, wonach nur eine bestimmte Anzahl von (weiteren) Geschäftsanteilen hätte gekündigt werden können. Dies ist als eine maßgebliche Einschränkung der Blanketterklärung zu sehen. Wenn nun durch das Setzen des Kreuzes bei den weiteren Anteilen nur eine Bezugnahme auf die freiwilligen Anteile gemacht worden ist, geht hiermit einher, dass die Mitgliedschaft des Klägers hiervon nicht berührt werden sollte. Wenn auch die Kündigung der gesamten Mitgliedschaft nach der ersten Variante hätte erfasst sein sollen, hätte es des Ankreuzens allein der zweiten Variante nicht bedurft, da die Kündigung der Mitgliedschaft den Verlust auch der freiwilligen Anteile zur Folge gehabt hätte. Der Kläger hatte so seine Erklärung entsprechend beschränkt. 37

Auch nach Sinn und Zweck der Blankokündigungserklärung bezog sich diese allein auf die Zeichnung der freiwilligen Anteile insofern, als hiermit nach dem eigenen Vortrag der Beklagten die Abhängigkeit freiwilliger Anteile von einem erhöhten Umsatzaufkommen habe sichergestellt werden sollen. Der Kläger habe gewusst, so die Beklagte, dass ihm die Erhöhung seiner Anteile nur unter der Bedingung der Erhöhung seines Umsatzes bei der Beklagten gewährt worden sei. Diesem Zweck genüge die Möglichkeit, die freiwilligen Anteile der Kündigungsmöglichkeit der Beklagten zu unterstellen. Dies korrespondiert zwangslos mit dem Verhalten des Klägers bei der Unterzeichnung des Blanketts. Dass eine Kündigung aller seiner Anteile, also auch der Mitgliedschaft, vereinbart worden sei für den Fall, dass der Kläger die Lieferbeziehungen abbricht, ist demgegenüber nicht konkretisiert und belegt. 38

3. Kündigungsfiktion gemäß „Leistungs- und Konditionenvereinbarung“ vom 24.05.2011 39

Eine (automatische) Beendigung der Mitgliedschaft bei der Beklagten wegen Beendigung seiner Umsätze ist nicht erfolgt gemäß der sog. „Leistungs- und Konditionenvereinbarung“ vom 24.05.2011, in der es heißt: 40

„Bei Einstellung der Geschäftsbeziehung oder Reduzierung des monatlichen Umsatzes unterhalb der Summe der gezeichneten Geschäftsanteile gelten die gezeichneten freiwilligen O-Geschäftsanteile als gekündigt“. 41

Zum einen kann durch die Setzung oder Vereinbarung solcher Bedingungen nicht die Satzung mit ihren Kündigungsmodalitäten außer Kraft gesetzt werden. Zum anderen bezieht sich diese Kündigungsfiktion allein auf die freiwilligen Geschäftsanteile und eben nicht auf die davon getrennte Mitgliedschaft bei der Beklagten. 42

Die Anschlussberufung der Beklagten ist daher unbegründet. 43

44

II. Berufung des Klägers: Unveränderte Beteiligung mit den freiwilligen Geschäftsanteilen

1. Die Beteiligung des Klägers mit den freiwilligen Anteilen von 55.000,- € ist nach den obigen Ausführungen nicht deshalb beendet, weil der Kläger vermeintlich zum 30.06.2013 als Mitglied aus der Beklagten ausgeschieden ist. Die Mitgliedschaft mit den Grundanteilen besteht vielmehr fort. 45

2. Kündigung (Anl. K 2), wie bestätigt (Anl. K 1), zum 30.06.2013 46

Eine wirksame Kündigung der Beteiligung hinsichtlich der freiwilligen Anteile ist nicht durch eine Eigenkündigung gem. Anl. K 2 erfolgt. 47

Eine Ermächtigung zur Kündigung der freiwilligen Anteile wird zwar grundsätzlich der undatierten Blanko-Kündigung zu entnehmen sein. Allerdings hat die Beklagte von der Ermächtigung insoweit keinen Gebrauch gemacht. Sie hat sich vielmehr auf die erste Variante gestützt und diese in Vertretung für den Kläger ausgefüllt mit der Erklärung, „hiermit kündige ich meine Mitgliedschaft bei der Genossenschaft zum Schluss des am 30.06.2013 endenden Geschäftsjahres“. Hinsichtlich der zweiten Variante fehlt es an entsprechenden Erklärungen. Diese war zwar zuvor vom Kläger blanko angekreuzt worden. Indes fehlen diesbezügliche weitere Eintragungen durch die Beklagte, die zur Abgabe und Wirksamkeit einer solchen Erklärung erforderlich wären. Weder ist die Zahl der gekündigten weiteren Geschäftsanteile angegeben noch findet sich auch insoweit eine Konkretisierung des Kündigungszeitpunkts. Eine Erklärung ist so erfolgt nur in Bezug auf die Variante 1, hinsichtlich derer freilich gemäß obigen Ausführungen keine Ermächtigung durch den Kläger bestand. Die Mitgliedschaft mit den Grundanteilen ist mangels diesbezüglicher Ermächtigung nicht wirksam erfolgt. Eine Kündigung hinsichtlich der freiwilligen Anteile ist demgegenüber nicht erklärt worden. In der Kündigung zur ersten Variante lag auch kein Minus in dem Sinne, dass jedenfalls alle freiwilligen Anteile erfasst sein sollten, sondern vielmehr ein aliud. Die Satzung differenziert insoweit in § 37 explizit zwischen Pflichtanteilen und weiteren Geschäftsanteilen. Angesichts der eingeschränkten Ermächtigung durch den Kläger zur Kündigungserklärung für ihn durch die Beklagte und der nötigen Klarheit der Gestaltungserklärung kann eine Kündigung der freiwilligen Anteile hieraus nicht entnommen werden. Das Blankokündigungsformular enthielt entsprechende Differenzierungen. Die zweite Variante mit entsprechenden Blankoinhalten, die zwecks Kündigung der freiwilligen Anteile hätte ergänzt werden müssen, ist von der Beklagten insoweit nicht erkennbar gezogen worden. Diese Würdigung stellt entgegen der im Senatstermin vertretenen Auffassung der Beklagten keine gekünstelte Differenzierung dar, sondern entspricht dem nach außen gelangten Erklärungsinhalt. Diesem ist auch nicht zu entnehmen, dass am Willen der Beklagten zur Kündigung der freiwilligen Anteile kein Zweifel bestanden habe. Erkennbar und dem Kläger mit Schreiben vom 18.04.2012 (Anl. K 1) mitgeteilt war lediglich die – unwirksame – Gesamtkündigung. 48

Ob und inwieweit sich diese Gestaltung als satzungs-, gesetzes oder sittenwidrig darstellt, kann von daher an dieser Stelle dahinstehen. 49

3. Kündigungsfiktion gemäß „Leistungs- und Konditionenvereinbarung“ vom 24.05.2011 50

Die freiwillige Beteiligung des Klägers, zumal konkret zum 30.06.2013, ist nicht nach Einstellung der Lieferbeziehung durch ihn im Hinblick auf die vereinbarte Kündigungsfiktion beendet worden. 51

a) Diese Vereinbarung ist, weil die gezeichneten Geschäftsanteile mit der Einstellung der Geschäftsbeziehung, also einem damals ungewissen Ereignis, als eine aufschiebende Bedingung der diesbezüglichen Beteiligung (i.S.v. § 158 Abs. 2 BGB) zu verstehen. Diese kann auch in das Belieben einer Partei gestellt werden (BGHZ 47, 391; BGH NJW-RR 1996, 1167), was vorliegend der Fall ist, weil der Kläger über die Einstellung von Lieferungen durch die Beklagte entscheiden konnte.

Die Ausübung von Gestaltungsrechten, wie auch die Erklärung einer Kündigung, ist grundsätzlich bedingungsfeindlich, da dem Erklärungsempfänger keine Ungewissheit und kein Schwebezustand zugemutet werden kann (BGHZ 47, 264). Dies ist jedoch anders bei Bedingungen, die den Erklärungsempfänger nicht in eine ungewisse Lage versetzen, so nämlich bei Potestativbedingungen, deren Erfüllung (wie etwa im Falle einer Änderungskündigung) vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt (BGH LM Nr. 4 Bl. 3; Palandt-Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, Einf. v. § 158 Rn. 13). Eine solche Potestativbedingung, die vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt, liegt hier zwar nicht vor; die Kündigung, die fingiert wird, würde sich als eine durch das Mitglied der Genossenschaft darstellen, wobei dieses selbst entscheiden kann, ob die Lieferbeziehung eingestellt werden soll oder nicht. Erklärungsempfänger der Kündigung wäre die Beklagte, die auf das Verhalten des Klägers keinen Einfluss hat. Jedoch sind auch bedingte Kündigungen dann zulässig, wenn die berechtigten Interessen des Kündigungsempfängers nicht beeinträchtigt werden (BGH WM 1973, 694; Staudinger-Bork, BGB, 2015, Vorb. zu §§ 158 ff. Rn. 40). So hat die Beklagte im Streitfall jedenfalls diese Ungewissheit hinsichtlich einer Beendigung der Lieferbeziehung und der betreffenden Beteiligungen akzeptiert, indem sie die konkrete Kündigungsfiktion vereinbart hat. Ihre berechtigten Interessen wurden somit durch den Eintritt der von ihr akzeptierten Bedingung nicht beeinträchtigt.

b) Die Vereinbarung ist nicht unwirksam nach §§ 307 Abs. 1, 2; 308 Nr. 5 BGB. Zum einen ist für den Kläger, der als Apotheker selbst Unternehmer ist, der Anwendungsbereich der Verbraucherverträge nicht eröffnet, so dass eine Inhaltskontrolle allenfalls nach der Generalklausel des § 307 BGB stattfinden könnte. Zum anderen ist nicht von dem Vorliegen von vorformulierten Geschäftsbedingungen der Beklagten auszugehen, sondern von einer ausgehandelten Individualvereinbarung. Eine Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB scheidet aus.

aa) Es kann dahinstehen, ob im Streitfall die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB eingreift, nach der u.a. bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts die besonderen Regelungen der §§ 308 f. BGB nicht zur Anwendung kommen. Umfasst hiervon ist grundsätzlich auch das Genossenschaftsrecht (Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 310 Rn. 49). Indes ist entscheidend für diese Zuordnung, ob nicht Rechtsverhältnisse zwischen der Genossenschaft und ihren Genossen, die besondere Leistungs- und Benutzungspflichten der Genossen zum Gegenstand haben, vorliegen, die unmittelbar auf der Satzung beruhen, mitgliedschaftlicher Natur sind und der Verwirklichung des Förderzwecks der Genossenschaft dienen (BGHZ 103, 219). Diese eher schuldrechtliche Komponente könnte vorliegend im Hinblick auf die streitgegenständliche Leistungs- und Konditionenvereinbarung vorliegen.

bb) Selbst wenn die Bereichsausnahme hier nicht eingreifen sollte, kommt eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1, 2; 308 ff. BGB deshalb nicht in Betracht, weil Allgemeine Geschäftsbedingungen im Streitfall nicht vorliegen, weil nämlich die hier maßgebliche Klausel zwischen den Parteien verhandelt worden ist. Liegt eine Individualvereinbarung vor, sind die §§ 305 ff. BGB unanwendbar (§ 305 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

Vorausgesetzt wird ein wirkliches Aushandeln, wobei die Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt werden und der Vertragspartner die reale Möglichkeit erhalten muss, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (BGH NJW 2013, 856; 2014, 1725). Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls (Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 305 Rn. 20).

Für die Verwendung von AGB spricht im Streitfall, dass die betreffende Vereinbarung im „Kleingedruckten“ des immer wieder verwendeten Formulars der Leistungs- und Konditionenvereinbarung enthalten ist. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass in Bezug hierauf tatsächlich erkennbar zwischen den Parteien verhandelt worden ist und der Kläger diese Klausel wiederholt hat streichen können. So hat er diese in der entsprechenden Vereinbarung vom 04.01.2010 (Anl. KE 4) gestrichen. Auch in der Folgezeit hat es wiederum Streichungen jedenfalls in den betreffenden „Besonderen Vereinbarungen“ gegeben, so bei der Vereinbarung vom 24.05.2011 (Anl. KE 5). Diese Umstände zeigen, dass hierüber tatsächlich verhandelt worden ist und die Klauseln im Rahmen der Verhandlungen disponibel waren. Ergänzend hat das Landgericht zudem plausibel ausgeführt, dass der Kläger in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt habe, dass er mit der Vereinbarung einverstanden gewesen sei, selbst wenn er diese rechtlich anders eingeordnet habe. Jedenfalls war eine Änderung insoweit wiederum verhandelbar, und es bestand entsprechendes Erklärungsbewusstsein der Parteien, wobei diese konkrete Klausel bei Streichung anderer Formularklauseln in der Vereinbarung vom 24.05.2011 dann nicht mehr gestrichen worden ist. Dass diese Klausel nicht zur Disposition stand und nicht auch wiederum gestrichen werden konnte ist vor dem Hintergrund vergangener Abänderungen vom Kläger zu verneinen. 58

c) Diese Klausel beinhaltet jedoch einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB und ist von daher nichtig. Ebenso erweist sie sich aus entsprechenden Gründen als satzungswidrig mit der Folge, dass die Beklagte sich hierauf nach Treu und Glauben, § 242 BGB, nicht berufen kann. 59

aa) § 134 BGB erklärt Rechtsgeschäfte für nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Das betreffende Gesetz muss den Inhalt oder die Vornahme eines Rechtsgeschäfts untersagen, d.h. das Rechtsgeschäft als solches missbilligen. Soweit ein Gesetz das Rechtsgeschäft nicht selbst ausdrücklich verbietet, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB darstellt (BGHZ 85, 39). Dabei ist vor allem auf den Sinn und Zweck des betreffenden Gesetzes abzustellen, wobei aus dem zwingenden Charakter eines Gesetzes nicht auch ohne Weiteres folgen muss, dass es ein solches Verbotsgesetz ist (Staudinger- Rolf Sack/Maximilian Seibl, BGB, 2011, § 134 Rn. 31). Auch soweit das Gesetz ein ausdrückliches Umgehungsverbot nicht enthält, ist bei der Umgehung eines Verbotsgesetzes § 134 BGB dann anwendbar, wenn durch andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes vereitelt wird (BGHZ 58, 60; 85, 39; BGH ZIP 1991, 110). 60

bb) Als zwingende gesetzliche Regelung, bei der es sich hier auch um ein Verbotsgesetz handelt, stellen sich in diesem Zusammenhang – wie im Senatstermin ausführlich erörtert worden ist - die §§ 65 ff., 68 GenG dar. 61

Es handelt sich hierbei um abschließende und zwingende Vorschriften über die Beendigung der Mitgliedschaft (Bauer, GenG, Stand 2013, § 65 Rn. 1). Danach hat die Genossenschaft kein Kündigungsrecht. Auch eine weitergehende Möglichkeit des Ausscheidens im Wege der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund besteht nicht (BGH NJW 1988, 1729). Kündigungsgründe, die von den §§ 65 ff. GenG abweichen, sind unzulässig 62

(Lang/Weidmüller-Günter Schulte, GenG, 37. Aufl. 2011, vor § 65 Rn. 1). Die Genossenschaft kann eine vorzeitige Beendigung der Mitgliedschaft nur mittels des Ausschlusses gemäß sich aus der Satzung ergebender Gründe herbeiführen. Andere Ausschlussstatbestände können weder durch die Satzung noch durch schuldrechtliche Vereinbarung herbeigeführt werden (h.M.: OLG Frankfurt ZfG 1992, 358; KGJ 11, 48; 34, 208; Bauer, a.a.O., § 65 Rn. 1 m.w.N.; Pöhlmann/Fandrich, GenG, 3. Aufl. 2007, § 65 Rn. 3; § 68 Rn. 3). Ebenso wenig kann die Satzung vorsehen, dass die Mitgliedschaft beim Wegfall bestimmter persönlicher Qualifikationen oder beim Eintritt bestimmter Umstände – wie etwa Nichtinanspruchnahme von Genossenschaftsleistungen über einen bestimmten Zeitraum – eo ipso erlischt (Müller, GenG, 2000, Vorbem. § 65 Rn. 2). Soweit demgegenüber von einer Mindermeinung teilweise vertreten wird, die Mitgliedschaft könne wie im Personengesellschaftsrecht und im Vereinsrecht jederzeit zum Ende des Geschäftsjahres auch durch Aufhebungsvertrag beendet werden, ohne dass die Satzung dies vorzusehen brauche (vgl. Beuthien, GenG, 15. Aufl. 2011, § 65 Rn. 1, 6; Lang/Weidmüller-Günter Schulte, a.a.O., vor § 65 Rn. 2), kann dem nicht gefolgt werden. Eine Öffnungsklausel für weitere Beendigungsgründe enthält das Gesetz nicht. Wenn die Genossenschaft ein Interesse an der Beendigung der Mitgliedschaft hat, muss sie dies gemäß § 68 GenG in der Satzung regeln und bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes den Weg des § 68 Abs. 2 GenG gehen. Sonstige Beendigungsgründe würden eine Umgehung der zwingenden Vorschrift des § 68 GenG darstellen (zutr. Bauer, a.a.O., § 65 Rn. 1). Es bedarf eines statutarischen Ausschlussgrundes, der Ausübung eines pflichtgemäßen Ermessens, der Gewährung rechtlichen Gehörs und der Rechtsbehelfe gegen den Ausschlussbeschluss.

Auch soweit das Gesetz nicht ausdrücklich ausspricht, dass eine Kündigung der Mitgliedschaft durch die Genossenschaft nicht zulässig ist, ergibt sich diese zwingende Rechtsfolge aus dem Gesamtzusammenhang der §§ 65, 68 GenG, wobei solche Kündigungen nach Sinn und Zweck der Regelung auch als verboten anzusehen sind i.S.v. § 134 BGB.

63

cc) Hiergegen wird durch die „Leistungs- und Konditionenvereinbarung“ vom 24.05.2011 verstoßen, mit der das Verbot einer Kündigung durch die Genossenschaft umgangen wird, zumal mit dieser Kündigungsfiktion auch nicht berücksichtigt wird, ob etwaige Ausschlussvoraussetzungen gemäß Satzung und § 68 GenG vorlägen und ob und wie lange ein Mitglied etwa zum Erfolg der Genossenschaft beigetragen hat. Ebenso wenig sieht die Satzung den Fall des Nichtbezugs von Waren als Ausschlussgrund vor. Ob sich eine Nichtvereinbarkeit des Verhaltens des Klägers mit den Belangen der Gesellschaft i.S.v. § 9 Abs. 1 a) hierunter fassen ließe, bedarf keiner Entscheidung. Jedenfalls ist auch das Ausschlussverfahren nicht eingehalten. Auch ist ein entsprechender Teilausschluss - wie hier hinsichtlich der weiteren Anteile - vorgesehen (zum Verbot des Teilausschlusses vgl. Lang/Weidmüller-Günther-Schulte, a.a.O., § 68 Rn. 1)

64

Von daher ist die –individualvertragliche – Vereinbarung in der „Leistungs- und Konditionenvereinbarung“ vom 24.05.2011 unwirksam und rechtfertigt nicht die Beendigung der Mitgliedschaft des Klägers. Eine Beendigung der Beteiligung mit den freiwilligen Anteilen ist so ebenfalls nicht erfolgt. Die Feststellungsklage ist auch insoweit begründet.

65

III.

66

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1; 708 Nr. 10, 711 ZPO.

67

Die Revision wird beschränkt zugelassen bezogen auf den Gegenstand der Kündigung hinsichtlich der freiwilligen Anteile und die Frage der Nichtigkeit der Kündigungsfiktion in der

68

„Leistungs- und Konditionenvereinbarung“ vom 24.05.2011 nach § 134 BGB i.V.m. §§ 65, 68 GenG gemäß obiger Ziff. II 3 c). Insoweit erscheint die Zulassung der Revision unter dem Aspekt der grundsätzlichen Bedeutung erforderlich. Eine weitergehende Zulassung ist nicht gerechtfertigt. Das Urteil stellt im Übrigen eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage anerkannter Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache hat diesbezüglich weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.
