



© Nico Bekasinski/stock.adobe.com

# Dabeibleiben ist in manchen Fällen die bessere Lösung

Bei der Inanspruchnahme von Gesellschafter-Geschäftsführern aus Bürgschaften für Rückcourtagverbindlichkeiten der Maklergesellschaft müssen Versicherer ein neues Risiko beachten: den Widerruf.

Im vor dem Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main verhandelten Streitfall war ein Versicherer mit Rückcourtagforderungen wegen notleidender Krankenversicherungen in Höhe von 157.000 Euro gegen eine Versicherungsmakler-GmbH ausgefallen. Die Inanspruchnahme von deren Gesellschafter-Geschäftsführern war in erster Instanz erfolglos. Dass es dem Versicherer in der zweiten Instanz gelang, immerhin einen der Bürgen haftbar zu machen, lag daran, dass dieser sich im Berufungsverfahren nicht mehr vertreten ließ und ein Versäumnisurteil gegen ihn ergangen ist.

Das Oberlandesgericht begründete die Zurückweisung der Berufung gegen den einen Bürgen mit folgenden Erwägungen. Schriftlich erteilt im Sinn des § 766 Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) sei eine Bürgschaftserklärung nicht bereits mit der Unterzeichnung des sie enthal-

tenden Schriftstücks. Vielmehr verlange der Begriff des Erteilens eine Entäußerung gegenüber dem Gläubiger, indem ihm die schriftliche Erklärung zur Verfügung gestellt werde.

## Wann der Widerruf einer Vertragserklärung wirksam ist

Dabei gelte für Bürgschaftserklärungen die allgemeine Regelung des § 130 Abs. 1 BGB. Danach wird eine Willenserklärung nicht wirksam, wenn dem Erklärungsgegner vorher oder gleichzeitig der Widerruf zugeht. Der Widerruf sei auch dann wirksam, wenn er gleichzeitig mit der Willenserklärung dem Empfänger zugehe, dieser aber von der Willenserklärung früher Kenntnis nehme. So sei der Widerruf einer Vertragserklärung des Bürgen nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB möglich, wenn dem Gläubiger der Widerruf entweder vor der Bürgschaftsurkunde oder aber zeitgleich mit ihr zu-

gehe. Erhalte also der Versicherer die Bürgschaftsurkunde zugleich mit einem Begleitschreiben der Gesellschafter-Geschäftsführer der Maklergesellschaft, das einen Widerruf im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Inhalt habe, fehle es an der gebotenen schriftlichen Erteilung

## Kompakt

- Bürgschaften für Rückprovisionsforderungen können in einem Begleitschreiben widerrufen werden.
- Ein Widerruf liegt vor, wenn der Bürge die Bürgschaftskonditionen im Begleitschreiben ändert, indem er sie im Höchstbetrag beschränkt.
- Nimmt der Versicherer das geänderte Angebot nicht an, kommt eine Bürgschaft nicht wirksam zustande.

der Bürgschaftserklärung im Sinne des § 766 BGB. Daraus folgt, dass der Versicherer keine Rechte aus der Bürgschaft herleiten kann.

Im Streitfall hatten die beiden Geschäftsführer der Maklergesellschaft gleichlautende Bürgschaftserklärungen unterzeichnet. Mit diesen hat jeder von ihnen eine selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft gegenüber dem Versicherer unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit gemäß den §§ 770, 771 BGB übernommen. Die Bürgschaft erstreckte sich auf sämtliche Ansprüche, die dem Versicherer aus der Courtagevereinbarung gegenüber der Maklergesellschaft zustehen. Unter diesen Umständen, so das OLG weiter, kann das Begleitschreiben einen Widerruf der Bürgschaftserklärung enthalten. Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn es darin heißt: „Bitte beachten Sie, dass diese als selbstschuldnerische Bürgschaft für jeden Geschäftsführer zu werten sind.“

### Begleitschreiben mit Widerruf der Erklärung

Demnach stehen dem Versicherer zwei Bürgschaften zur Verfügung über jeweils 50.000 Euro, in Summe 100.000 Euro, die der Absicherung einer durch den Versicherer abzuschließenden Versicherung – über maximal 100.000 Euro – dienen. Mit diesem Begleitschreiben wird der Bürgschaft nicht nur dahingehend entgegengetreten, als der Versicherer sie der Höhe nach unbeschränkt ausgestaltet hat. Vielmehr unterbreiten die Gesellschafter-Geschäftsführer damit ein neues Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB. Dieses muss der Versicherer innerhalb der Frist des § 147 Abs. 2 BGB annehmen, damit es verbindlich werden könne. Das war im Streitfall nicht geschehen, so dass es insgesamt an einer Bürgschaft fehlte.

Zwar hatte der Versicherer im Berufungsverfahren behauptet, die Erklärungen in dem Begleitschreiben seien nicht von den Bürgen, sondern von der Maklergesellschaft als Hauptschuldnerin ab-

gegeben worden. Hierbei handelte es sich nach Ansicht des OLG jedoch um ein neues Parteivorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO). Diesen Vortrag hat das OLG im Falle des einen Gesellschafters als unzulässig zurückgewiesen, nachdem dieser Gesellschafter der Behauptung entgegen getreten war. Maßgeblich hierfür war der Umstand, dass jede Partei schon im ersten Rechtszug die Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen hat, deren Relevanz für den Rechtsstreit ihr bekannt sind oder bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt hätte bekannt sein müssen und zu deren Geltendmachung sie dort imstande ist.

### Erlas eines Versäumnisurteils beantragt

Im Falle des anderen Gesellschafters ließ das OLG den Vortrag dagegen gelten, da es das zulässige tatsächliche Vorbringen des Versicherers als zugestanden hat werten müssen, nachdem dieser Gesellschafter im Berufungsverfahren nicht aufgetreten war und der Versicherer gegen ihn den Erlass eines Versäumnisurteils beantragt hatte. Denn dass das zulässige tatsächliche Vorbringen des Versicherers als zugestanden zu werten war, war antragsgemäß zu erkennen. Umstände, die für die Unrichtigkeit des Vorbringens des Versicherers sprechen könnten, waren nicht zu berücksichtigen, nachdem das zulässige tatsächliche Vorbringen zugestanden war. Deshalb musste das Gericht von dem neuen tatsächlichen Vorbringen des Versicherers ausgehen, die Erklärungen seien nicht von den Bürgen, sondern der Maklergesellschaft abgegeben worden.

Bei einem neuen Vortrag, der als zugestanden zu werten ist, gilt nicht der Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug, und zwar auch für den Fall, dass sie im ersten Rechtszug aus Nachlässigkeit nicht geltend gemacht worden sind. Daher hat das Gericht im Falle des zweiten Gesellschafter-Geschäftsführers in tatsächlicher Hinsicht zugrunde legen müs-

### Mehr Infos

Tipps und Informationen rund ums Thema Vertriebsrecht finden Sie unter [www.evers-vertriebsrecht.de](http://www.evers-vertriebsrecht.de), der Website der Kanzlei Evers, Bremen, oder bei Rechtsanwalt Jürgen Evers, Telefon: 0421/69 67 70.

sen, dass die Erklärungen in dem Begleitschreiben nicht von ihm, sondern der Hauptschuldnerin abgegeben worden sind, so dass eine wirksame Bürgschaftserklärung dieses Gesellschafter-Geschäftsführers anzunehmen war. Wäre der andere Gesellschafter im Berufungsverfahren dabeigebieben und hätte sich dem Vortrag seines mitbeklagten Gesellschafters angeschlossen, statt säumig zu werden, wäre er nicht verurteilt worden.

Für Gesellschafter-Geschäftsführer eröffnet diese Entscheidung Chancen, durch eine Veränderung der Bürgschaftskonditionen zu ihren Gunsten im Begleitschreiben zu erreichen, dass sie unter Umständen gar nicht als Bürgen in Anspruch genommen werden können. Versicherer mahnt die Entscheidung zur Vorsicht, die Begleitschreiben der Gesellschafter-Geschäftsführer, mit denen diese die Bürgschaftserklärungen übersenden, genauestens darauf zu prüfen, ob sie einen Widerruf enthalten und gegebenenfalls darauf hinzuwirken, dass die Bürgschaftserklärung ohne Abweichungen angenommen werden. ■



**Autor:** Jürgen Evers ist als Rechtsanwalt der Kanzlei Evers, Bremen, spezialisiert auf Vertriebsrecht, vor allem Handels-, Versicherungsvertreter- und Versicherungsmaklerrecht.