

A. Problemaufriss

Versicherungsunternehmen mit der aufsichtsrechtlichen Spartenzulassung „Kredit und Kautionsversicherung“ i.S.d. Nrn. 14 und 15 der Anlage 1 zum VAG i.V.m. Nr. 6 der Anlage 2 zum VAG (sog. „Kredit- und Kautionsversicherungsbranche“) vertreiben verschiedene (Ver-)Sicherungsprodukte, die man üblicherweise in drei Sparten einteilt:

- (1.) In der Sparte „Kredit“ i.S.d. Nr. 14 der Anlage 1 zum VAG bieten Versicherungsunternehmen sog. Kreditversicherungen (auch: Delkredereversicherungen) an. Durch Abschluss einer Kreditversicherung können sich Kreditgläubiger vor dem Risiko insolvenzbedingter Forderungsausfälle absichern. Gegenstand einer Kreditversicherung sind dabei aber meist nur Forderungen aus der Vergabe von Lieferantenkrediten. Insofern betreffen Kreditversicherungen also typischerweise den Fall, dass ein Unternehmen an andere Unternehmen Waren liefert oder (Dienst-)Leistungen an diese erbringt und ihnen zur Begleichung der diesbezüglichen Rechnungen ein Zahlungsziel einräumt. Eine Kreditversicherung schützt in solch einem Fall den kreditgebenden Lieferanten (= Versicherungsnehmer) vor dem Risiko, dass ein Kunde während der Laufzeit eines Lieferantenkredits zahlungsunfähig wird und somit seine offene Kreditverbindlichkeit nicht mehr begleichen kann.
- (2.) In der Sparte „Kautionsversicherung“ i.S.d. Nr. 15 der Anlage 1 zum VAG bieten Versicherungsunternehmen sog. Kautionsversicherungen an. Kautionsversicherungen bieten ebenfalls Schutz vor dem Risiko insolvenzbedingter Forderungsausfälle. Im Unterschied zu der Delkredereversicherung wird eine Kautionsversicherung aber nicht von dem (Kredit-) Gläubiger genommen/abgeschlossen, sondern von dem (Kredit-)Schuldner, der dadurch seinem (potenziellen) Gläubiger eine besonders werthaltige Sicherheit leisten will. Dies geschieht, indem der Schuldner der zu sichernden Hauptforderung einen Kautionsversicherungsvertrag mit dem Kautionsversicherer abschließt, auf dessen Grundlage er (der Hauptschuldner) sodann vom Kautionsversicherer die Ausstellung von Bürgschaften, Garantien oder anderen Avalen zugunsten der (potenziellen) Gläubiger des Hauptschuldners verlangen kann. Die daraufhin vom Kautionsversicherer ausgestellten Avale dienen den jeweiligen Gläubigern des Schuldners sodann als Sicherheit für den Fall, dass der Hauptschuldner die gesicherte Hauptschuld nicht vertragskonform begleicht. Auf diese Weise können alle möglichen Forderungsverhältnisse abgesichert werden. In der Praxis stellen Kautionsversicherer ihre Avale aber meist aus, um bspw. im Bauwesen eventuelle Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsansprüche eines Bauherrn gegenüber seinem Werkhersteller abzusichern oder um im Mietwesen eventuelle Forderungen eines Vermieters

gegenüber seinem Mieter aus dem zwischen ihnen bestehenden Mietverhältnis zu besichern. Damit weist die Kautionsversicherung bereits auf den ersten Blick ganz deutliche Parallelen zu dem Avalkreditgeschäft der Banken auf, die ebenfalls im Auftrag und auf Kosten ihrer (Bank-)Kunden Bürgschaften, Garantien und andere Avale zugunsten der Gläubiger der (Bank-)Kunden/Hauptschuldner in den besagten Geschäftsfeldern ausstellen.

- (3.) Schließlich bieten viele Kredit- und Kautionsversicherer auch noch sog. Vertrauensschadenversicherungen an. Durch Abschluss einer Vertrauensschadenversicherung können sich Unternehmen vor dem Risiko schützen, dass ihre Angestellten/Mitarbeiter dem Unternehmen evtl. vorsätzlich (ggfs. auch fahrlässig) einen rechtswidrigen Vermögensschaden zufügen. Dabei kann eine Vertrauensschadenversicherung grds. auf zwei Arten vertraglich konstruiert werden: Entweder wird die Vertrauensschadenversicherung – ähnlich wie bei der Kreditversicherung – direkt von dem Unternehmen genommen/abgeschlossen, das sich auf diese Weise selbst vor dem Risiko eventueller Vermögensschäden seitens seiner Angestellten schützen möchte; oder die Vertrauensschadenversicherung wird – ähnlich wie bei der Kautionsversicherung – durch den Angestellten abgeschlossen, damit der Versicherer sodann dem arbeitgebenden Unternehmen eine Sicherheit (Bürgschaft, Garantie oder anderes Aval) leistet für den Fall, dass der Angestellte dem Arbeitgeber einen rechtswidrigen Vermögensschaden zufügt.

Als gemeinsames Merkmal der Kredit-, Kautions- und Vertrauensschadenversicherungen wird in der Literatur meist darin gesehen, dass sie jeweils „Kredite“ (im weiteren Sinn) absichern würden: Die Delkredereversicherung soll in erster Linie Lieferantenkredite besichern; die Kautionsversicherung die zwischen dem Hauptschuldner/Versicherungsnehmer und seinen Gläubigern bestehende Kreditverhältnisse; und die Vertrauensschadenversicherung den „Vertrauskredit“, der darin zu erkennen sei, dass ein Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer regelmäßig Arbeitsmittel im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Arbeitserbringung überlässt. Daher werden die Kredit-, Kautions- und Vertrauensschadenversicherungen oftmals unter dem gemeinsamen Oberbegriff der „Kreditversicherung im weiteren Sinn“ zusammengefasst, wobei man die Delkredereversicherung dann als „Kreditversicherung im engeren Sinn“ bezeichnet.

Noch vor wenigen Jahren war man sich vor allem in der versicherungsrechtlichen Literatur weitestgehend einig darüber, dass es sich bei den Kredit- und Kautionsversicherungen (inkl. der Vertrauensschadenversicherung) nicht nur im Aufsichtsrecht um aufsichtspflichtige Versicherungsgeschäfte i.S.d. §§ 8 ff. VAG handele, sondern auch auf vertraglicher Ebene um „echte“ Versicherungsverträge i.S.d. § 1 VVG. So fasste man z.B. den Kreditversicherungsvertrag regelmäßig als gewöhnlichen (= „typischen“) Versicherungsvertrag auf,

durch dessen Abschluss sich ein kreditgebender Lieferant – als Versicherungsnehmer – vor dem Risiko insolvenzbedingter Forderungsausfälle selbst schützen könne (= Eigenversicherung). Den Kautionsversicherungsvertrag fasste man meist als Versicherungsvertrag für fremde Rechnung i.S.d. §§ 73–79 VVG (1908) bzw. §§ 43–49 VVG (2008) auf, weil der Kunde des Kautionsversicherers – als „Versicherungsnehmer“ – sich ja nicht selbst, sondern seine Gläubiger vor dem Risiko insolvenzbedingter Forderungsausfälle schützen wolle. Und auch die Vertrauensschadenversicherung betrachtete man regelmäßig als Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG, wobei man sich in der Literatur aber nicht ganz einig darüber war, ob es sich bei der Vertrauensschadenversicherung um einen Unterfall der Kredit- und Kautionsversicherungsverträge handelt oder doch nur um einen „gewöhnlichen“ Schadensversicherungsvertrag.

Neuerdings vertritt jedoch der für Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat des BGH eine anderweitige Meinung zur Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrags. So stellte der BGH mit Urteil vom 6.7.2006¹ recht apodiktisch fest, dass es sich bei dem Kautionsversicherungsvertrag um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB handele. Zur Begründung wies der BGH u.a. darauf hin, dass der Kautionsversicherungsvertrag seiner wirtschaftlichen Funktion nach vergleichbar sei mit dem Avalkreditvertrag von Banken, der als Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB zu qualifizieren sei. Konsequenterweise wandte der BGH auf den streitgegenständlichen Kautionsversicherungsvertrag nicht den im Insolvenzrecht für Versicherungsverträge üblicherweise als einschlägig erachteten § 103 InsO an, sondern die für Geschäftsbesorgungsverträge anwendbaren §§ 115, 116 InsO mit der Folge, dass der Kautionsversicherungsvertrag mit Insolvenzeröffnung *ipso iure* erlöschen soll, sodass der Kautionsversicherer ab diesem Zeitpunkt keine Versicherungsprämien mehr soll verdienen können, auch wenn er aus seinen Avalen auch nach dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch weiterhin haftet. Diese Rechtsansicht hat der IX. Zivilsenat zwischenzeitlich in mehreren Verfahren bestätigt und entspricht damit nun „gefestigter“ Rechtsprechung.²

Vorstehende Rechtsprechung des IX. Zivilsenats hat in der aktuellen versicherungsrechtlichen Literatur zum Teil sehr harsche Kritik erfahren und ein regelrechtes „Rätselraten“ über deren rechtliche Konsequenzen ausgelöst. Dabei betrifft dieser aktuelle Disput über die Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrags eine Fülle unterschiedlichster Fragestellungen, die weit über das Recht der Kautionsversicherungen hinausgehen:

- Vordergründig wirkt sich der Streit über die Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrags – natürlich – in erster Linie auf die Frage aus, welche gesetzlichen

¹ BGH, Urteil vom 6.7.2006 (IX ZR 121/05), BGHZ 168, 276–285.

² Vgl. z.B.: BGH, Urteil vom 18.1.2007 (IX ZR 202/05), VersR 2007, 1367–1368; BGH, Urteil vom 13.3.2008 (IX ZR 14/07), VersR 2008, 826–828; BGH, Urteil vom 24.6.2010 (IX ZR 199/09), ZIP 2010, 1453–1455.

Vorschriften auf den Kautionsversicherungsvertrag Anwendung finden. Das betrifft also vor allem die Frage, ob im Besonderen Vertragsrecht auf den Kautionsversicherungsvertrag die Vorschriften über Versicherungsverträge i.S.d. VVG anzuwenden sind oder die Vorschriften über Geschäftsbesorgungsverträge i.S.d. § 675 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 663, 665–670, 672–674 BGB; und ob im Insolvenzrecht auf den Kautionsversicherungsvertrag der üblicherweise für Versicherungsverträge für anwendbar erachtete § 103 InsO Anwendung findet oder doch eher – wie der IX. Zivilsenat meint – die für Geschäftsbesorgungsverträge einschlägigen §§ 115, 116 InsO.

- Darüber hinaus betrifft der dargestellte Disput indirekt auch die Rechtsnatur von Kreditversicherungen. Denn vor allem das versicherungsrechtliche Schrifttum betont ja regelmäßig die Parallelen zwischen den Kredit- und Kautionsversicherungen, weshalb die Kredit- und Kautionsversicherungen auch üblicherweise unter den gemeinsamen Oberbegriff der „Kreditversicherungen im weiteren Sinn“ zusammengefasst werden (s.o.). Sollte daher die These des IX. Zivilsenats richtig sein, dass es sich bei der Kautionsversicherung um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB handelt, stellt sich die Frage, ob das gleiche nicht auch für den Kreditversicherungsvertrag gelten muss oder ob es hier evtl. Unterschiede zwischen beiden Rechtsverhältnissen gibt, die eine verschiedenartige Qualifikation beider Vertragstypen rechtfertigen könnte.
- Daneben hat der vorbezeichnete Disput auch Auswirkungen auf die Vertrauensschadenversicherung. Denn sollte es tatsächlich richtig sein, dass die Vertrauensschadenversicherung zu den Kredit- und Kautionsversicherungen zählt, wie dies in der Literatur häufig – aber nicht ohne Widerrede – behauptet wird, müssten die vorbezeichneten Probleme und Rechtsfragen auch bei der Vertrauensschadenversicherung bestehen. Damit gewinnt vor allem der vorbezeichnete Disput darüber, ob die Vertrauensschadenversicherung zu den Kredit- und Kautionsversicherungen zählt oder (lediglich) zu den „gewöhnlichen“ Schadensversicherungen, ganz deutlich an rechtlicher Brisanz.
- Vor allem berührt die Frage nach der Rechtsnatur der Kredit- und Kautionsversicherungen auch absolute Grundlagenfragen des allgemeinen Versicherungsvertragsrechts. Denn der Frage nach der Rechtsnatur der Kredit- und Kautionsversicherungen vorgelagert ist die Frage nach den wesentlichen Merkmalen und der Rechtsnatur des Versicherungsvertrags im Allgemeinen. So kann nämlich eine Zuordnung der Kredit- und Kautionsversicherungen zu dem Recht der Versicherungsverträge i.S.d. VVG oder der Geschäftsbesorgungsverträge i.S.d. § 675 BGB nur dann gelingen, wenn zunächst einmal die präjudizielle Frage geklärt ist, welche Merkmale einen Versicherungsvertrag überhaupt als solchen konstituieren und in welchem

Verhältnis er zu den anderen gesetzlich geregelten Vertragstypen steht. Zu diesem Themenkomplex wird aber in der versicherungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ein äußerst heterogenes und in sich widersprüchliches Meinungsspektrum vertreten. Die Diskussion über das „Wesen“ und die Rechtsnatur des Versicherungsvertrags im Allgemeinen ist wohl der (!) „Klassiker“ des Versicherungsvertragsrechts schlechthin und trotz einer seit über 100 Jahren intensiv geführten Diskussion auch derzeit noch weitgehend ungelöst. Dabei gewinnt übrigens die vor einigen Jahren im versicherungsrechtlichen Schrifttum zum Teil vertretene These erneut an Aktualität, dass es sich bereits bei dem Versicherungsvertrag im Allgemeinen um einen Unterfall des Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 BGB handeln soll. Denn auf diese Weise könnte evtl. erklärt werden, wie der IX. Zivilsenat den Kautionsversicherungsvertrag als einen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB qualifizieren kann, während das versicherungsrechtliche Schrifttum den Kautionsversicherungsvertrag ganz überwiegend als einen Versicherungsvertrag i.S.d. VVG begreift.

- Damit aber nicht genug: Um zu den äußerst komplexen und umstrittenen Fragestellungen über die wesentlichen Merkmale und die Rechtsnatur des Versicherungsvertrags im Allgemeinen und der Kredit- und Kautionsversicherungsverträge im Besonderen überhaupt qualifiziert Stellung nehmen zu können, müssen auch einige rechtsdogmatische Grundlagen zur Rechtsnaturbestimmung von Vertragsverhältnissen im Allgemeinen präjudiziell geklärt werden. Hierbei handelt es sich um absolute Grundlagenfragen, die im Grunde das gesamte Vertragsrecht betreffen. So stellen sich in diesem Zusammenhang bspw. so grundlegende Fragen, wie sich die Merkmale von Vertragsverhältnissen generell erfassen lassen (Stichwort: begriffslogische/definitivische Rechtsmethodik vs. typologische Rechtsmethodik); und ob die Rechtsnatur eines Vertragsverhältnisses ausschließlich anhand von objektiven Vertragsmerkmalen zu bestimmen ist oder ob ein evtl. vorhandener (subjektiver) Qualifikationswille der Vertragsparteien hierbei mit zu berücksichtigen ist.

In diesem Zusammenhang wirft übrigens die Kautionsversicherung einige – aus rechtsdogmatischer Sicht – überaus interessante Sonderprobleme auf: So stellt sich hier bspw. die Frage, ob aus dem Umstand, dass die Kautionsversicherung in dem (durch EU-Recht weitestgehend harmonisierten) Aufsichtsrecht als eine aufsichtspflichtige Versicherungssparte in der Nr. 15 der Anlage 1 zum VAG aufgeführt ist, geschlossen werden kann, dass die Kautionsversicherung auch auf vertraglicher Ebene zu den Versicherungsverträgen i.S.d. VVG gezählt werden muss; oder ob – umgekehrt – aus dem Umstand, dass die Kautionsversicherung im hiesigen Steuerrecht durch § 2 Abs. 2 VersStG von der Versicherungssteuer ausgenommen ist, gefolgert werden kann, dass es

sich bei der Kautionsversicherung auch im materiellen Vertragsrecht nicht um einen Versicherungsvertrag i.S.d. VVG handelt; ferner, ob die Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrags im materiellen Vertragsrecht zwingend die gleiche Qualifikation im Insolvenzrecht zur Folge hat oder die Kautionsversicherung im Insolvenzrecht evtl. anders als im materiellen Vertragsrecht qualifiziert werden kann.

- Schließlich betreffen die vorstehenden Fragestellungen auch einige ökonomische Aspekte. So muss bspw. bei der Frage nach den wesentlichen Merkmalen des Versicherungsvertrags im Allgemeinen entschieden werden, ob der Versicherungsvertrag auch durch eine bestimmte „Versicherungstechnik“ (oftmals als das sog. „Gesetz der großen Zahl(en)“ bezeichnet) charakterisiert wird, was die Kenntnis voraussetzt, wie sich die „Versicherungstechnik“ in der Ökonomie überhaupt konkret darstellt. Und auf dieser Grundlage stellt sich mit spezifischem Bezug auf die Rechtsnatur der Kredit- und Kautionsversicherungen die weitere Frage, ob die Kredit- und Kautionsversicherungen das Merkmal einer versicherungstypischen „Technik“ erfüllen – oder eben nicht.

B. Zur Rechtsdogmatik bei einer Rechtsnaturbestimmung von Verträgen im Allgemeinen

Unser heutiges Vertragsrecht geht auf mehrere rechtshistorische Quellen zurück, von denen derzeit vor allem noch zwei sehr deutlich zu erkennen sind: Das eine ist das klassisch-römische Vertragsrecht, das früher nur einen begrenzten Kreis von rechtlich anerkannten Vertragsarten kannte. Von hier stammen die meisten unserer heute kodifizierten Vertragstypen, daneben aber auch viele unserer heutigen Rechtsinstitute und Regeln, bspw. die Lehre der *essentialia negotii* und das Rechtsinstitut des vertraglichen *Synallagmas*. Das andere ist das kanonische (= römisch-katholische) Vertragsrecht, aus dem das zentrale Strukturelement der „*pacta sunt servanda*“ übernommen wurde.

Aufgrund des – aus dem kanonischen Recht entlehnten – Prinzips der „*pacta sunt servanda*“ besteht in unserem heutigen Vertragsrecht eine weitgehende Vertrags(typen)freiheit, die es den Vertragsparteien erlaubt, den Inhalt ihrer vertraglichen Rechte und Pflichten grds. nach eigenem Belieben vereinbaren zu können, ohne hierbei auf ein abgeschlossenes System von formal und inhaltlich starren Vertragsformen festgelegt zu sein. Insofern können die Vertragsparteien in der Praxis ihr eigenes „*lex contractus*“ grds. frei gestalten, indem sie z.B. die gesetzlich normierten Vertragstypen inhaltlich abändern, kombinieren, mischen oder gar völlig neuartige

Vertragsformen „erfinden“. Daher entsprechen viele der heutzutage in der sozialen Realität geschlossenen Verträge überhaupt nicht (mehr) den gesetzlich ausgeformten Vertragstypen. Diesbezüglich unterscheidet man üblicherweise zwischen den sog. „typischen“ Verträgen, die den gesetzlich ausgeformten Vertragstypen (= Nominatverträgen) weitgehend entsprechen, und den „atypischen“ Verträgen (i.w.S.), die erhebliche Abweichungen von den gesetzlich ausgeformten Vertragstypen aufweisen, wobei man letztgenannte „atypische“ Verträge (i.w.S.) nach deren jeweilige Rechtsstruktur weiter unterteilt in: (1.) Vertragsverbindungen, (2.) gemischte Verträge und (3.) „atypische“ Verträge i.e.S. resp. Vertragsverhältnisse *sui generis*. Einige von diesen atypischen Verträgen (i.w.S.) haben sich in der Vertragspraxis zu eigenständigen Vertragstypen konturiert, ohne eine ausdrückliche gesetzliche Ausformung erhalten zu haben, allen voran die sog. „Modernen Vertragstypen“, die ihren Ursprung oftmals im anglo-amerikanischen Rechts- und Wirtschaftskreis haben, bspw. der Leasing-Vertrag, Franchise-Vertrag, Joint-Venture-Vertrag, Management-Vertrag etc. Nach richtiger Ansicht handelt es sich bei den meisten dieser „Modernen“ Vertragstypen um atypische Verträge i.e.S. resp. um Vertragsverhältnisse *sui generis*.

Durch eine Rechtsnaturbestimmung von Vertragsverhältnissen soll die rechtliche Stellung von Verträgen in dem System der gesetzlich normierten Vertragstypen bestimmt werden. Dadurch soll insbes. bei den in der sozialen Realität geschlossenen Verträgen bestimmt werden, welche Normen des Besonderen Vertragsrechts auf sie ggfs. Anwendung finden. Dabei bereiten in der Rechtsanwendung vor allem die gemischten Verträge und die atypischen Verträge (i.e.S.) erhebliche Schwierigkeiten, da bei ihnen oftmals nicht gesichert erscheint, welche vertragsrechtlichen Normen auf sie anzuwenden sind. Richtigerweise sollte bei diesen gemischten und atypischen Verträgen eine Anwendung von Vertragsrechtsnormen nur im Wege der Analogie stattfinden und im Übrigen evtl. vorhandene Rechtsfragen durch eine – grds. vorrangig anzuwendende – ergänzende Vertragsauslegung nach dem Willen der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) geklärt werden. Das gilt insbes. auch für die meisten sog. „Modernen Vertragstypen“.

Bei einer Rechtsnaturbestimmung von Vertragsverhältnissen gibt es – objektiv betrachtet – zwei grundlegend verschiedene Arbeitsmethoden: (1.) die (klassische) begrifflich/definitivische Arbeitsmethodik sowie (2.) die sog. (moderne) Typuskonzeption. Im Allgemeinen unterscheiden sich diese beiden Arbeitsmethoden darin, dass die (klassische) begrifflich/definitivische Arbeitsmethodik nach einer möglichst präzisen Erfassung der Dinge strebt durch die Bildung von eindeutigen/„starr“ Begriffsdefinitionen. Dabei werden Begriffsdefinitionen durch das Verfahren einer „isolierenden Abstraktion“ gebildet, indem immer nur die als begriffswesentlich/essentiell erachteten Eigenschaften einer Sache in eine Begriffsdefinition mit aufgenommen werden, während von allen anderen Merkmalen abgesehen (= abstrahiert) wird. Damit

fokussiert die begriffliche Rechtsmethodik im Grunde zwangsläufig auf die äußeren Wortgrenzen der jeweiligen Begriffsdefinitionen. Eine Zuordnung einer Sache zu einer Begriffsdefinition erfolgt daher durch die – in der Jurisprudenz bestens bekannte – Subsumtions-Methode, bei der es sich im Grunde um einen komplett wertungsfreien Vorgang handelt.

Demgegenüber berücksichtigt die (moderne) Typuskonzeption neben den begriffs-wesentlichen/essentiellen Eigenschaften einer Sache auch noch diejenigen Merkmale, die eine Sache üblicherweise, aber nicht notwendigerweise aufweist. In der aristotelischen Begriffslehre werden diese typischen Eigenschaften als *naturalia* bezeichnet, die – im Unterschied zu den begriffswesentlichen/essentiellen Eigenschaften (= *essentialia*) – eine gewisse Variabilität aufweisen. Damit verfolgt die typologische Rechtsmethodik ihr eigentliches Ziel: eine möglichst vollständige Erfassung der Merkmale einer Sache. Daher fokussiert die (moderne) Typuskonzeption auch auf den eigentlichen „Wesenskern“ einer Sache und nicht – wie die begriffliche Rechtsmethodik – auf die äußeren Wortgrenzen einer Begriffsdefinition. Und weil die (moderne) Typuskonzeption neben den begriffswesentlichen/„starren“ *essentialia* auch die „flexiblen“/„variablen“ *naturalia* einer Sache mit berücksichtigt, kann eine Zuordnung zu einem Typus nur mittels eines sog. „typologischen Gesamtbildvergleichs“ erfolgen, der regelmäßig eine wertende Entscheidung über den genauen Ähnlichkeits-Grad zwischen der untersuchten Sache und dem jeweiligen Typus beinhaltet.

Für das Besondere Vertragsrecht bedeutet das vorstehend Gesagte, dass die (klassische) begriffslogische/definitiorische Rechtsmethodik grds. nur die als essentiell/begriffs-wesentlich erachteten *essentialia negotii* berücksichtigt, also primär die vertraglich geschuldeten Hauptleistungen, die bei den Nominatverträgen aus den jeweiligen „Eingangsparagrafen“ entnommen werden können. Demgegenüber berücksichtigt die (moderne) Typuskonzeption auch noch die typischen *naturalia negotii*, die bei den Nominatverträgen aus den dispositiven Vertragsrechtsnormen der jeweiligen Vertragstypen entnommen werden können unter Berücksichtigung der faktischen Sachverhalte, auf die sie jeweils „zugeschnitten“ sind. Hierbei können auch wirtschaftliche Zusammenhänge oder Interessensstrukturen mit berücksichtigt werden, sofern sie ihren Anklang in den (dispositiven) Vertragsrechtsnormen gefunden haben.

Im Vertragsrecht kann die typologische Rechtsmethodik einige Vorteile gegenüber der begrifflichen/definitiorischen Rechtsmethodik für sich verbuchen, da sie die Verträge ganzheitlich als sog. Rechtsstrukturtypen auffasst. Dadurch können und sollen vor allem auch die sog. „typologischen Sinnzusammenhänge“ zwischen den Vertragsrechtsnormen „untereinander“ aufgedeckt werden wie auch mit Bezug auf die wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten, auf die sie jeweils „zugeschnitten“ sind. Ferner ist die typologische Rechtsmethodik auch dann noch

in der Lage, bei einer Vertragsqualifikation zu objektiv nachüberprüfbareren Ergebnissen zu gelangen, wo die begrifflich/definitiorische Rechtsmethodik ohnehin versagt, nämlich im Bereich juristischer Ungewissheit, also insbes. bei der Erfassung und Qualifikation von gemischten und atypischen Verträgen. Daher wird die typologische Rechtsmethodik auch ganz überwiegend von der zivilrechtlichen Literatur und Rechtsprechung mit Bezug auf die im BGB kodifizierten Vertragstypen angewendet. Trotzdem soll durch die typologische Rechtsmethodik aber nicht die begriffslogische/definitiorische Rechtsmethodik verdrängt werden, sofern es ihr gelingt, in einfach gelagerten Fällen einen Vertrag unter die „Eingangsparagraphen“ eines gesetzlich geregelten Vertragstyps zu subsumieren. Aber in allen anderen – atypischen (= komplizierten) – Fällen muss die typologische Rechtsmethodik Platz greifen, um so zu validen und objektiv überprüfbareren Ergebnissen zu gelangen.

Ein evtl. vorhandener (subjektiver) Qualifikationswille der Vertragsparteien, der seinen Ausdruck bspw. in der Vertragsbezeichnung, der Verwendung von vertragsspezifischen Fachtermini oder gar einer expliziten Qualifikationsklausel gefunden haben kann, ist nur in Ausnahmefällen rechtlich relevant. Dies setzt vor allem voraus, dass der faktisch-realer geschlossene Vertrag dem (subjektiv) gewählten Vertragstyp weitgehend entspricht, damit das per Qualifikationswillen ausgesuchte Recht überhaupt zu interessensgerechten Ergebnissen gelangen kann. Das wird oftmals nur in „Grenzfällen“ möglich sein oder bei atypischen oder gemischten Vertragsverhältnissen. Ferner dürfen einer subjektiven Vertragsqualifikation keine übergeordneten Ordnungsziele des Rechts entgegenstehen, bspw. in Form von zwingenden Vorschriften eines Vertragstyps oder Vorschriften zum Schutz einer Vertragspartei.

C. Zum „Wesen“ des Versicherungsvertrags i.S.d. § 1 VVG und zu dessen Rechtsnatur

Unter Zugrundelegung der typologischen Rechtsmethodik ergibt sich, dass der Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG durch insges. fünf vertragliche Merkmale charakterisiert wird: (1.) Eine dauerhafte Haftung/Gefahrtragung, durch die ein ungewisses Gefahrenereignis abgesichert wird, (2.) Selbständigkeit der Haftungsübernahme, (3.) Entgeltlichkeit, (4.) Schadensersatzfunktion (zumindest bei einer – als typisch erachteten – Schadensversicherung) und (5.) die Anwendung einer versicherungstypischen „Technik“ in Gestalt eines angestrebten sog. „Risikoausgleichs im Kollektiv“.

Wichtig zum Verständnis der vorbezeichneten Eigenschaften eines typischen Versicherungsvertrags ist, dass es sich hierbei nicht etwa um Tatbestandsmerkmale einer starren/subsumtionsfähigen Begriffsdefinition handelt, sondern um eine flexible/typologische Umschreibung dessen, was einen Versicherungsvertrag seinem Wesen nach – im „Kern“ – ausmacht. Daher können einige dieser Eigenschaften ggfs. auch Abweichungen – in gewissem Umfang – aufweisen. Dies betrifft aber nur die sog. *naturalia negotii* des Versicherungsvertrags, also die versicherungstypische Funktion und die versicherungstypische „Technik“. Insofern handelt es sich bei den drei erstgenannten Vertragsmerkmalen um *essentialia negotii*, die daher ein Vertrag notwendigerweise aufweisen muss, um als Versicherungsvertrag qualifiziert zu werden. Demgegenüber handelt es sich bei den beiden letztgenannten Merkmalen (versicherungstypische Funktion und versicherungstypische Technik) um *naturalia negotii*, die daher auch eine gewisse Varianz aufweisen können. Daher ist es bspw. bei der versicherungstypischen Funktion unschädlich, dass die sog. Summenversicherungen keine typische Schadensersatz-Funktion erfüllen, sondern nur einen abstrakten Bedarf decken. Und bei der versicherungstypischen Technik ist unerheblich, dass es auch Versicherungsverträge über individuelle Einzelrisiken gibt, die nicht auf Grundlage des sog. „Gesetzes der großen Zahl(en)“ kalkuliert sind, da es sich hierbei um eine atypische Versicherungsform handelt.

Auf Grundlage dieser Merkmale eines typischen Versicherungsvertrags i.S.d. § 1 VVG wird deutlich, dass der Versicherungsvertrag erhebliche Parallelen zu den Bürgschafts- bzw. Garantieverträgen aufweist. Denn ähnlich wie bei einer Bürgschaft i.S.d. § 765 BGB oder einer Garantie i.S.d. § 241 BGB besteht der eigentliche Leistungsinhalt eines Versicherungsvertrags (= Versicherungsleistung) in einer dauerhaften Haftung/„Gefahrtragung“ des Versicherers (= „Einfache“ Gefahrtragungstheorie). Daher kann der Versicherungsvertrag von den Bürgschafts- bzw. Garantieverträgen im Grunde nur durch das Merkmal einer versicherungstypischen „Technik“ voneinander abgegrenzt werden.

Auf dieser Basis wird vor allem auch ersichtlich, dass es sich bei dem Versicherungsvertrag um einen besonderen Unterfall des (allgemeinen) Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 BGB handelt, wie dies in der versicherungsrechtlichen Literatur bislang vor allem *Eichler, Koch, Schmidt* und *Werber/Winter* zutreffend erkannt haben. Denn indem ein Versicherer die Haftung/„Gefahrtragung“ für ein ungewisses Gefahrenereignis für einen Versicherungsnehmer/Versicherten übernimmt, besorgt er damit entgeltlich ein „Geschäft“ für den Versicherungsnehmer/Versicherten, da er ihn damit von der Obliegenheit einer eigenen Vorsorgetätigkeit für das betreffende Risiko befreit. Dabei zeigt ein typologischer Vergleich zwischen dem Versicherungsvertrag und dem Geschäftsbesorgungsvertrag insbes. den subordinationsrechtlichen Charakter des Versicherungsvertrags, der in den besonderen Treue- und Rücksichtnahmepflichten der Vertragsparteien eines Versicherungsvertrags offen zutage tritt oder auch in den

aufsichtsrechtlichen Vorschriften des VAG, durch die letztlich eine Art treuhandähnliche Vermögensverwaltung des Versicherers zugunsten seiner Versicherungsnehmer konstituiert wird. Unterstützt wird dieses Ergebnis durch einen Vergleich mit den Verträgen im Bankrecht, bei denen es sich oftmals ebenfalls um Geschäftsbesorgungsverträge i.S.d. § 675 BGB handelt und deren Abwicklung ebenfalls durch aufsichtsrechtliche Regelungen (des KWG) „überlagert“ wird.

Somit stehen der Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG und der Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB also gerade nicht – wie fast alle glauben – in einem *aliud*-, sondern in einem Spezialitätenverhältnis zueinander, wobei der Versicherungsvertrag das speziellere und der Geschäftsbesorgungsvertrag das allgemeinere Rechtsverhältnis darstellen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das VVG auf eine weitgehend abgeschlossene Regelung des Versicherungsvertrags angelegt ist, sodass eine (subsidiäre) Anwendung des allgemeinen Geschäftsbesorgungsrechts i.S.d. § 675 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 663, 665–670, 672–674 BGB wohl nur in selten gelagerten Ausnahmefällen möglich ist.

Die vorstehend erarbeiteten Merkmale eines – als Rechtsstrukturtypus erachteten – Versicherungsvertrags entsprechen weitestgehend der durchaus vergleichbaren Rechtsansicht in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. So ist es in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung im Grunde anerkannt, dass der Inhalt einer Versicherungsleistung in einer dauerhaften Haftung/Gefahrtragung des Versicherers besteht. Ferner hat die Rechtsprechung auch zutreffend erkannt, dass die Schadensversicherungen eine andere (versicherungstypische) Funktion erfüllen als die Summen- bzw. Personenversicherungen. Darüber hinaus ist es in der Rechtsprechung auch vollkommen unstrittig, dass der Versicherungsvertrag durch eine versicherungstypische „Technik“ – von den Gerichten meist etwas ungenau als „Gesetz der großen Zahl(en)“ bezeichnet – charakterisiert wird, sodass durch dieses Vertragsmerkmal der Versicherungsvertrag von anderen Vertragsverhältnissen abgegrenzt werden kann. Schließlich haben einige Gerichte sogar erkannt, dass der Versicherungsvertrag erhebliche Parallelen zu den „bürgerschafts- bzw. garantieähnlichen Risikogeschäften“ aufweist und – mit besonderem Bezug zur Kautionsversicherung und zur Kfz-Pflichtversicherung – auch zu dem Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB. Ob hieraus nun gefolgert werden kann, dass auch die Rechtsprechung den Versicherungsvertrag – so wie hier – typologisch – als Rechtsstrukturtypus – auffasst, kann nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden, erscheint aber mit Blick auf die durchaus vergleichbaren Ergebnisse und Argumentationsweisen als durchaus naheliegend und plausibel.

Demgegenüber unterscheidet sich die vorbezeichnete Charakterisierung eines typischen Versicherungsvertrags zum Teil ganz deutlich von den anderweitigen – sehr heterogenen – Definiti-

onsversuchen in der versicherungsrechtlichen Literatur, was letztlich nur eine logische Konsequenz aus der Anwendung von komplett verschiedenartigen Rechtsmethoden ist. Während nämlich vorstehend der Versicherungsvertrag typologisch – als Rechtsstrukturtypus – umschrieben wurde, verfährt praktisch das gesamte versicherungsrechtliche Schrifttum streng begriffslogisch, indem es nach einer „starren“/subsumtionsfähigen Begriffsdefinition für den Versicherungsvertrag sucht. Daher gelingt es der „h.M.“ im versicherungsrechtlichen Schrifttum auch nicht, die wahren Merkmale des Versicherungsvertrags aufzudecken. Und aus diesem Grund verstehen die allermeisten Autoren auch nicht, dass es sich bei dem Versicherungsvertrag um eine besondere Ausprägungsform des Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 BGB handelt.

Hieraus wird deutlich, dass das eigentliche Hauptproblem in der versicherungsrechtlichen Literatur in der Anwendung einer verfehlten Rechtsmethodik besteht. Denn seit Erlass des VVG im Jahr 1908 befinden sich die allermeisten Autoren auf der Suche nach einer subsumtionsfähigen Begriffsdefinition für den Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG. Dabei mag diese Zielsetzung zwar zu Zeiten der sog. Begriffsjurisprudenz (um 1900) sicherlich verständlich gewesen sein. Jedoch haben sich zwischenzeitlich die rechtsdogmatischen Grundlagen geändert, so dass es heutzutage – auf Grundlage der sog. Wertungsjurisprudenz – zumindest in der allgemein-zivilrechtlichen Literatur und Rechtsprechung weitestgehend anerkannt ist, dass Vertragsverhältnisse im Allgemeinen überhaupt nicht begriffslogisch in eine subsumtionsfähige Begriffsdefinitionen „gepresst“, sondern nur typologisch als sog. Rechtsstrukturtypen erfasst werden können. Diese Einsicht hat sich in der versicherungsrechtlichen Literatur aber bislang noch nicht durchgesetzt („herumgesprochen“). Daher wandelt die versicherungsrechtliche Literatur auch heute noch auf den rechtsdogmatischen Pfaden der überkommenen Begriffsjurisprudenz, indem sie versucht, eine sinnvolle Begriffsdefinition für den Versicherungsvertrag zu finden, ohne dies – natürlich – auch nur ansatzweise geschafft zu haben. Dadurch haben sich in der versicherungsrechtlichen Literatur nicht nur einige komplett widersinnige Rechtsansichten über das „Wesen“ und die Rechtsnatur des Versicherungsvertrags etabliert; vielmehr hat sich dadurch auch das versicherungsrechtliche Schrifttum rechtsdogmatisch ein gutes Stück von dem übrigen Zivilrecht entfernt.

Wenn man den Versicherungsvertrag jedoch – so wie hier – typologisch – als Rechtsstrukturtypus – auffasst, wird dadurch nicht nur ein rechtsmethodischer Gleichlauf mit dem Vertragsrecht des BGB und HGB hergestellt; vielmehr wird dadurch auch die inhaltliche „Verwandtschaft“ des Versicherungsvertrags mit den Rechtsprinzipien des BGB aufgedeckt, insbes. auch seine „Verwandtschaft“ mit den Bürgschafts- und Garantieverträgen und dem Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB.

D. Zur Rechtsnatur des Kreditversicherungsvertrags

Bei der Kreditversicherung handelt es sich – entgegen der „h.M.“ im versicherungsrechtlichen Schrifttum – überhaupt nicht um eine „einfache“ (= typische) Versicherung, sondern um ein hochkomplexes Sicherungsmittel, mit dem Lieferanten ihre Lieferantenkreditforderungen absichern lassen können. Daher umfasst die Vertragskonstruktion einer Kreditversicherung – zumindest in ihrer seit ca. 1994 üblichen Fassung – drei Vertragsverhältnisse: (1.) Einen Bonitätsprüfungsvertrag (= Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB), (2.) einen Inkasso-Vertrag (= Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB) sowie (3.) den „eigentlichen“ Kreditversicherungsvertrag (= Versicherungsvertrag i.S.d. VVG). Diese drei Vertragsverhältnisse (mit entsprechenden Leistungsinhalten) sind sowohl vertraglich als auch wirtschaftlich dermaßen eng miteinander verbunden, dass sie eine logische Einheit bilden. Ob ein Lieferant sämtliche Leistungen dieser „drei-gliedrigen“ Kreditversicherung jemals in Anspruch nehmen wird, hängt dabei hauptsächlich davon ab, ob bzw. inwieweit der Kreditschuldner die gesicherte Kreditschuld (freiwillig) begleicht. Insofern handelt es sich bei der Kreditversicherung also um ein Vertragsbündel mit „optionalem Leistungsinhalt“. Der Sinn und Zweck der Zusammenführung dieser drei Leistungs- bzw. Vertragselemente zu einem einzigen (Ver-)Sicherungsprodukt besteht darin, dass die Kreditversicherer auf diese Weise die hochkomplexen Aufgaben der Lieferanten im Rahmen von deren sog. Lieferantenkreditmanagement erfüllen bzw. für sie übernehmen können. Insofern versteht sich die Kreditversicherung als ein Angebot der Versicherungswirtschaft an die Lieferanten zum *Outsourcing* ihres Lieferantenkreditmanagements. Eine juristische Abgrenzung dieser hochkomplexen Kreditversicherung von einer „gewöhnlichen“ Bürgschaft i.S.d. § 765 BGB, wie sie vor allem in der versicherungsrechtlichen Literatur bislang *in extenso* problematisiert wurde, ist dermaßen offensichtlich, dass sich hier im Grunde jedes weitere Wort erübrigt. Trotzdem nochmals zur Sicherheit: Die Kreditversicherung ist ein hochkomplexes Vertragsbündel, das aus insgesamt drei (!) verschiedenen, aber eng miteinander verbundenen Vertrags- bzw. Leistungselementen besteht, während die Bürgschaft lediglich eine einzige (!) Leistung beinhaltet. Damit ist die Kreditversicherung sehr viel „mehr“ als eine einfache Bürgschaft. Denn: 3 (optionale) Leistungen \neq 1 Leistung!

E. Zur Rechtsnatur der Vertrauensschadenversicherung

Bei der Vertrauensschadenversicherung handelt es sich um ein typisches Versicherungsgeschäft, das auf Grundlage von typischen Versicherungsverträgen i.S.d. VVG betrieben wird. Dabei sind die sog. Personenkautionsversicherungsverträge als Versicherungsverträge für fremde Rechnung i.S.d. §§ 74–80 VVG (1908) bzw. §§ 43–48 VVG (2008) zu qualifizieren. Entgegen der „h.M.“ im versicherungsrechtlichen Schrifttum zählen die Vertrauensschadenversicherungen aber nicht zu den „Kreditversicherungen im weiteren Sinn“, da sie regelmäßig gar keine Kredite im Rechtssinn besichern. Insofern handelt es sich bei ihnen im Grunde (nur) um Versicherungen von „verschiedenen finanziellen Verlusten“ i.S.d. Nr. 16 lit. i) der Anlage A zum VAG, wie dies der Europäische Gesetzgeber – vollkommen zurecht (!) – angeordnet hat und auch von einigen Autoren im versicherungsrechtlichen Schrifttum in den letzten Jahren zutreffend erkannt wurde.

F. Zur Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrags

Die rechtliche Natur der Kautionsversicherung variiert über die verschiedenen Rechtsgebiete hinweg:

- In dem – durch EU-Recht weitgehend harmonisierten – Aufsichtsrecht stellt die Kautionsversicherung – unproblematisch – ein aufsichtspflichtiges Versicherungsgeschäft i.S.d. Nr. 15 der Anlage A zum VAG dar, sodass die Kautionsversicherer mit ihrem Geschäft grds. den einschlägigen aufsichtsrechtlichen Vorschriften unterliegen.
- Demgegenüber stellt die Kautionsversicherung im Steuerrecht gerade kein (!) der Versicherungssteuer unterliegendes Versicherungsgeschäft dar, weil § 2 Abs. 2 VersStG die Kautionsversicherungsverträge ausdrücklich von der Versicherungssteuer ausnimmt. Dabei handelt es sich bei § 2 Abs. 2 VersStG um eine gesetzliche Fiktion, die eine steuerliche Gleichbehandlung des Kautionsversicherungsgeschäfts mit dem – ebenfalls nicht der Versicherungssteuer unterliegenden – Avalkreditgeschäft der Banken bezweckt.
- Im materiellen Vertragsrecht muss man zwischen der „objektiven“ und der „subjektiven“ Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrags unterscheiden:

Objektiv betrachtet, handelt es sich bei dem Kautionsversicherungsvertrag lediglich um einen „gewöhnlichen“ Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB. Hierfür spricht nämlich, dass der Kautionsversicherungsvertrag sämtliche Merkmale eines Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 BGB erfüllt. Denn indem der Kautionsversicherer für seine Kunden (= „Versicherungsnehmer“) Bürgschaften bzw. Avale an deren jeweilige Gläubiger (= Dritte) ausstellt, besorgt er damit entgeltlich Geschäfte, für die ursprünglich die Kunden (= „Versicherungsnehmer“) selbst zuständig waren. Daneben zeigt vor allem auch ein typologischer Vergleich mit dem Avalkreditvertrag der Banken, dass der Kautionsversicherungsvertrag ein Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB darstellt. Denn bei dem Kautionsversicherungsvertrag handelt es sich im Grunde um dasselbe Rechtsverhältnis/Vertragsverhältnis wie der Avalkreditvertrag der Banken. Und weil der Avalkreditvertrag der Banken – unproblematisch – als Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB zu qualifizieren ist, muss das gleiche folglich auch für den insoweit vergleichbaren Kautionsversicherungsvertrag gelten.

Demgegenüber ist der Kautionsversicherungsvertrag – objektiv betrachtet – nicht als ein typischer Versicherungsvertrag i.S.d. VVG zu qualifizieren. Denn obgleich der Kautionsversicherungsvertrag die meisten Qualifikationsmerkmale eines typischen Versicherungsvertrags i.S.d. VVG erfüllt, scheidet er jedoch an dem Merkmal der versicherungstypischen „Technik“, da der Kautionsversicherungsvertrag – in den Worten des IX. Zivilsenats – „auf einen Regress gegenüber dem Versicherungsnehmer angelegt“ ist. Dieser Regress des Kautionsversicherers ist nämlich absolut untypisch für einen Versicherungsvertrag i.S.d. VVG, aber absolut typisch für die bankmäßig abgeschlossenen Kreditverträge, insbes. auch für die Avalkreditverträge der Banken, weshalb es sich letztlich nicht nur bei dem Avalkreditvertrag der Banken um einen „bloßen“ Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB handelt, sondern eben auch bei dem Kautionsversicherungsvertrag der Versicherer.

Trotzdem ist der Kautionsversicherungsvertrag im materiellen Vertragsrecht (zumindest) als ein „atypischer“ Versicherungsvertrag i.S.d. VVG zu qualifizieren. Hierfür streitet nämlich vor allem der subjektive Qualifikationswille der Vertragsparteien, da die Vertragsparteien den Kautionsversicherungsvertrag regelmäßig als „echten“ Versicherungsvertrag begreifen und daher die Anwendung der versicherungsrechtlichen Vorschriften des VVG auf ihn wünschen. Darüber hinaus hat auch der deutsche Gesetzgeber – gleich zwei Mal – (subjektiv) entschieden, dass der Kautionsversicherungsvertrag im materiellen Vertragsrecht als (atypischer) Versicherungsvertrag zu qualifizieren ist, nämlich zum einen in den einschlägigen Motiven zum BGB und zum anderen bei Erlass des § 187 VVG (1990) anlässlich der Umsetzung der sog. Zweiten Richtlinie Schaden in nationales

Recht. Insofern handelt es sich bei dem Kautionsversicherungsvertrag – auf Grundlage der im Rahmen dieser Arbeit verwendeten sog. „typologischen“ Rechtsmethodik – zwar nicht um einen „typischen“, aber zumindest um einen „atypischen“ Versicherungsvertrag i.S.d. VVG. Daher sind auf den Kautionsversicherungsvertrag grds. sämtliche Normen des VVG anzuwenden. Ausgenommen hiervon sind jedoch die §§ 43–48 VVG, da es sich bei der Kautionsversicherung nicht um eine Versicherung für fremde Rechnung i.S.d. §§ 43–48 VVG handelt, da die Haftungsleistung (= Versicherungsleistung) des Kautionsversicherers nicht direkt aus dem Kautionsversicherungsvertrag *per se* resultiert, sondern aus den rechtlich separat hiervon begebenen Bürgschaften bzw. anderweitigen Avalen. Insofern stellt die Kautionsversicherung also eine atypische Fremdversicherung *sui generis* dar.

Dass somit also der Kautionsversicherungsvertrag als ein atypischer Versicherungsvertrag i.S.d. VVG zu qualifizieren ist, während der Avalkreditvertrag der Banken als „bloßer“ Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB einzuordnen ist, mag auf den ersten Blick sicherlich überraschen, da es sich bei beiden Rechtsgeschäften letztlich um die gleichen Vertragsverhältnisse handelt. Jedoch lassen sich diese unterschiedlichen Qualifikationsergebnisse damit erklären, dass bereits der allgemeine Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG und der allgemeine Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB wesentlich näher „beieinander liegen“, als dies in der versicherungsrechtlichen Literatur bislang bekannt ist. Denn entgegen der „h.M.“ im versicherungsrechtlichen Schrifttum stehen der allgemeine Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG und der allgemeine Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB gerade nicht in einem *aliud*-, sondern in einem Spezialitätenverhältnis zueinander, wobei der Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB das allgemeinere und der Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG das speziellere Rechtsverhältnis darstellt. Daher ist es kein besonderes Spezifikum des Kautionsversicherungsvertrags, dass er erhebliche Parallelen zu dem Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB aufweist. Denn das gleiche gilt im Grunde auch für jeden anderen Versicherungsvertrag. Und aus eben diesem Grund stellt sich mit Blick auf die Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrags auch richtigerweise überhaupt nicht die Frage, ob es sich bei ihm *entweder* um einen Geschäftsbesorgungsvertrag *oder* um einen Versicherungsvertrag handelt. Vielmehr muss die Frage lauten, ob es sich bei dem Kautionsversicherungsvertrag *nur* um einen allgemeinen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB handelt oder *darüber hinaus auch* um einen „besonderen“ Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG als spezielle Ausprägungsform des Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 BGB. Und auf dieser Basis zeigt sich, dass der Kautionsversicherungsvertrag zwar – objektiv gesehen – erhebliche Unterschiede zu einem typischen Versicherungsvertrag aufweist, sodass er eigentlich (nur) den allgemeinen Geschäftsbesorgungsverträgen i.S.d. § 675 BGB zugerechnet

werden sollte, was vor allem auch die Parallele zu dem Avalkreditvertrag der Banken mehr als nahe legt. Dennoch streiten der subjektive Qualifikationswille der Vertragsparteien und der (subjektive) Wille des deutschen Gesetzgebers für eine Qualifikation als „atypischer“ Versicherungsvertrag. Dabei ist der subjektive Qualifikationswille der Vertragsparteien bei dem Kautionsversicherungsvertrag auch – höchst ausnahmsweise – rechtlich relevant; aber nur deshalb, weil bereits der allgemeine Versicherungsvertrag i.S.d. § 1 VVG und der allgemeine Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB nicht in einem *aliud*-, sondern in einem Spezialitätenverhältnis zueinander stehen; und weil der Kautionsversicherungsvertrag quasi im „Grenzbereich“ zwischen dem Versicherungs- und dem Bankrecht steht. Nur so lässt sich die „Zwitterstellung“ des Kautionsversicherungsvertrags im „Grenzbereich“ zwischen Versicherungs- und Bankrecht sinnvoll erklären.

- Im Insolvenzrecht ist der Kautionsversicherungsvertrag als ein „insolvenzrechtlicher“ Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. §§ 115, 116 InsO zu qualifizieren, aber nicht als ein „insolvenzrechtlicher“ Versicherungsvertrag i.S.d. § 103 InsO. Hierfür spricht, dass im Insolvenzrecht die speziell für Geschäftsbesorgungsverträge geltenden §§ 115, 116 InsO die allgemeine Regelung des § 103 InsO, die nach „h.M.“ auch auf Versicherungsverträge Anwendung findet, verdrängen (*lex specialis derogat legi generali*). Insofern besteht im Insolvenzrecht für Versicherungsverträge eine Art „umgekehrtes Spezialitätenverhältnis“ im Vergleich zum materiellen Vertragsrecht. Denn im materiellen Vertragsrecht gehen – zumindest nach richtiger Ansicht – die versicherungsvertraglichen Regelungen des VVG als *leges speciales* den allgemeinen Regelungen für Geschäftsbesorgungsverträge i.S.d. § 675 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 663, 665–670, 672–674 BGB vor, wohingegen im Insolvenzrecht – genau umgekehrt – die für Geschäftsbesorgungsverträge speziell geltenden §§ 115, 116 InsO der allgemeinen Regelung des § 103 InsO vorgehen. Und weil es sich bei dem Kautionsversicherungsvertrag nun mal tatsächlich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB handelt, muss er konsequenterweise im Insolvenzrecht den speziellen Regelungen der §§ 115, 116 InsO unterstehen, wodurch die allgemeine Regelung des § 103 InsO verdrängt wird. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass es sich – zumindest nach richtiger Ansicht – bei jedem Versicherungsvertrag um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB handelt, sodass im Grunde auf sämtliche Versicherungsverträge im Insolvenzrecht die speziell für Geschäftsbesorgungsverträge geltenden §§ 115, 116 InsO Anwendung finden müssten, auch wenn dies – zugegebenermaßen – zu wirtschaftlich überaus fragwürdigen Ergebnissen führt, da hierdurch ein Insolvenzverwalter nicht mehr sein Verwalterwahlrecht über evtl. wirtschaftlich sinnvolle Versicherungsverträge ausüben könnte. Im Übrigen sprechen auch gute Argumente für

die Annahme, dass der subjektiven Qualifikationshoheit der Vertragsparteien im Insolvenzrecht engere Grenzen gesteckt sind als im materiellen Vertragsrecht, sodass dem subjektiven Qualifikationswillen der Vertragsparteien eines Kautionsversicherungsvertrags, welcher im materiellen Vertragsrecht für eine Qualifikation des Kautionsversicherungsvertrags als ein (atypischer) Versicherungsvertrag i.S.d. VVG streitet, im Insolvenzrecht keine rechtliche Relevanz beigemessen werden darf. Darüber hinaus sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der deutsche Gesetzgeber den Kautionsversicherungsvertrag auch im Insolvenzrecht als einen (atypischen) Versicherungsvertrag begreift.

Für die insolvenzrechtliche Behandlung des Kautionsversicherungsvertrags bedeutet dies, dass der Kautionsversicherungsvertrag gem. §§ 115, 116 InsO zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Versicherungsnehmers *ipso iure* erlischt.

Insofern hat der IX. Zivilsenat im Grunde schon Recht, wenn er auf einen „schwebenden“ Kautionsversicherungsvertrag im Insolvenzrecht die für Geschäftsbesorgungsverträge geltenden §§ 115, 116 InsO anwendet mit der Konsequenz, dass der Kautionsversicherungsvertrag mit der Insolvenzeröffnung *ipso iure* erlischt. Trotzdem ist die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats zur insolvenzrechtlichen Behandlung von Kautionsversicherungsverträgen in vielen Fällen unrichtig; aber nur deshalb, weil der IX. Zivilsenat die synallagmatischen Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien eines Kautionsversicherungsvertrags oftmals falsch bestimmt und somit die Frage nach einem Anspruch des Kautionsversicherers auf Zahlung von „nach-insolvenzlichen“ Versicherungsprämien falsch entscheidet. Denn entgegen der Rechtsansicht des IX. Zivilsenats schuldet ein Versicherungsnehmer seine Versicherungsprämien bei Kautionsversicherungsverträgen mit einer vertraglich vereinbarten sog. Avalprämie gerade nicht dafür, dass ihm der Kautionsversicherer lediglich einen Avalrahmen im Valutaverhältnis einräumt, sondern dafür, dass ihm der Kautionsversicherer tatsächlich (!) einen Avalkredit im Valutaverhältnis gewährt, indem der Kautionsversicherer für den Versicherungsnehmer Bürgschaften bzw. Avale an die Dritten im Avalverhältnis ausstellt. Und weil der Kautionsversicherer diese vertraglich geschuldete Hauptleistung (in Form der Gewährung eines Avalkredits im Valutaverhältnis) regelmäßig auch nach dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch dauerhaft erbringt, weil er sich aus den per Bürgschaft bzw. Aval begründeten Haftungen im Avalverhältnis meist nicht befreien kann, muss er folglich einen Anspruch auf die entsprechende Gegenleistung in Form der Zahlung von „nach-insolvenzlichen“ Avalprämien haben. Die gegenteilige Rechtsprechung des IX. Zivilsenats, die dem Kautionsversicherer im Grunde sämtliche Prämienansprüche ab dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung „abschneidet“, verstößt nicht nur gegen den erklärten Willen der Vertragsparteien und damit letztlich auch gegen die verfassungsrechtlich gewährte Vertragsfreiheit der Parteien eines

Kautionsversicherungsvertrags, sondern vor allem auch gegen den Willen des deutschen Gesetzgebers. Denn aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber den Kautionsversicherungsvertrag im materiellen Vertragsrecht als einen (atypischen) Versicherungsvertrag begreift, kann gefolgert werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Versicherungsnehmer seine Versicherungsprämien für die eigentliche Versicherungsleistung des Kautionsversicherers im Avalverhältnis schuldet, was letztlich auf dasselbe Ergebnis hinausläuft wie eine Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmers für die tatsächliche Gewährung eines Avalkredits im Valutaverhältnis.

Dass die Kautionsversicherung in den verschiedenen Rechtsgebieten mitunter unterschiedlich qualifiziert wird, mag sicherlich überraschen. Jedoch lässt sich dies damit begründen, dass der Gesetzgeber in den verschiedenen Gesetzen zum Teil unterschiedliche gesetzgeberische Ziele verfolgt und hierbei dem Prinzip der Vertragsfreiheit, das gerade im materiellen Schuldrecht für eine Qualifikation des Kautionsversicherungsvertrags als Versicherungsvertrag streitet, unterschiedlich großes Gewicht beimisst. So kommt es, dass die Kautionsversicherung, die im „Grenzgebiet“ zwischen dem Bank- und dem Versicherungsrecht steht, in einigen Rechtsgebieten eher dem allgemeinen Recht der (bankmäßigen) Geschäftsbesorgungsverträge zugehört, während sie in anderen Rechtsgebieten dem besonderen Versicherungsrecht angehört.