

# ZUR RECHTSNATUR DES KAUTIONSVERSICHERUNGSVERTRAGES\*

*Kefalet Sigortası Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine*

**Orhan GÜRGEN\*\***

**L&JR**

Year: 17, Issue: 31  
January 2026  
pp.47-60

## **Article Information**

*Submitted* : 30.7.2025

*Revision  
Requested* :

*Last Version  
Received* :

*Accepted* : 13.01.2026

## **Article Type**

Research Article

## **Die Zusammenfassung**

Die Debatte über die Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrags kann nicht als abgeschlossen betrachtet werden. Im Rahmen dieser Studie wird der Leser über die Meinungen informiert, dass der Kautionsversicherungsvertrag ein gemischter Typenverschmelzungsvertrag zugunsten eines Dritten ist, der die Merkmale eines Sicherungsvertrages aufweist.

**Schlüsselbegriffe:** Der Kautionsversicherungsvertrag, Der Sicherheitsvertrag, Der gemischter Typenverschmelzungsvertrag, Der Versicherungsvertrag

## **Özet**

Kefalet sigortası sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar son bulmuş sayılamaz. Bu çalışma kapsamında, kefalet sigortası sözleşmesinin teminat sözleşmesi özelliği gösteren, tam üçüncü kişi lehine, bileşik tipli karma teminat sözleşmesi olduğu yönündeki görüşler okuyucunun bilgisine sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Kefalet Sigortası Sözleşmesi, Teminat Sözleşmesi, Bileşik Tipli Karma Sözleşme, Sigorta Sözleşmesi

\* There is no requirement of Ethics Committee Approval for this study.

\*\* LL. M. (Universität des Saarlandes); Versicherungs-Schiedsgutachter,  
E-Mail: orhangurgen.hakem@sigortatahkim.org.tr, Sigorta Tahkim Komisyonu Bünyesinde  
Tahkim Hakemi, Ankara/Türkiye, ORCID ID:0000-0002-2337-4748.

## I. Einleitung

Unter einem Kautionsversicherungsvertrag ist ein Vertrag zu verstehen, bei dem der Kautionsversicherer im Fall des Risikoeintritts die gesicherte Leistung an den Gläubiger erbringt und anschließend ein Regressrecht gegenüber der eigenen Klientel hat – in diesem Fall gegenüber dem Schuldner der gesicherten Verbindlichkeit.

Die Kautionsversicherung bietet in erster Linie dem Gläubiger eine Sicherheit gegen Risiken, die aus der Nichterfüllung einer geschuldeten Leistung resultieren. Das heißt, die Sicherungsfunktion des Vertrages steht im Vordergrund.

Darüber hinaus besteht eine weitere wirtschaftliche Funktion des Vertrages darin, dem Schuldner durch Kostenvorteile<sup>1</sup> beim Zugang zur Sicherheit die Möglichkeit zu geben, seine Kreditlinie bei Banken zu wahren und seine Eigenmittel nicht für Sicherheiten zu verbrauchen. Dadurch kann der Schuldner sowohl seine Kreditlinie als auch seine Eigenmittel entsprechend seinen unternehmerischen Zielen nutzen.<sup>2</sup>

Weitere Vorteile der Kautionsversicherung sind die Risikokontrolle durch eine breite Streuung des Risikos über Rückversicherer sowie die Möglichkeit zur branchenspezifischen Spezialisierung.<sup>3</sup>

## II. Vertragsstruktur

Die Kautionsversicherung bedeutet ihrem Wesen nach die Absicherung der Erfüllung der vom Schuldner übernommenen Leistung oder den Ersatz des Schadens, der aus der Nichterfüllung der Leistung entsteht, durch den Kautionsversicherer.

Zweck der Kautionsversicherung ist die Sicherung der Schuld ihres Auftraggebers. Dafür wird zwischen dem Schuldner und dem Kautionsversicherer ein Kautionsversicherungsvertrag geschlossen. Durch diesen Vertrag verpflichtet sich der Kautionsversicherer, dem Schuldner Sicherheiten im Rahmen vertraglich festgelegter Deckungssummen zu gewähren. Der Schuldner verpflichtet sich seinerseits, dem Kautionsversicherer die vereinbarte Prämie zu zahlen. Für den Fall, dass der Schuldner die Erfüllung der Schuld von Kautionsversicherer in Anspruch nimmt oder – nach anderer Auffassung im Schrifttum<sup>4</sup> – der Schuldner seine Leistungsfähigkeit verliert, übernimmt der Kautionsversicherer die Haftung für die Erfüllung der gesicherten Leistung gegenüber dem Gläubiger. Je nach

<sup>1</sup> Thönissen S. F., *Versicherung von Bonitätsrisiken*, Mohr Siebeck Verlag, 2018, 53.

<sup>2</sup> Kossen K., *Die Kautionsversicherung*, Peter Lang Verlag, 1996, 33.

<sup>3</sup> Bodendiek C., *Die Kautionsversicherung*, 29–30, in: Hirschmann S. und Romeike F., *Kreditversicherungen*, Bank-Verlag Medien GmbH, 2005, 27–30.

<sup>4</sup> Thomas S. und Dreher M., *Der Kautionsversicherungsvertrag im System des Privatversicherungsrechts*, 2007, VersR-Heft 16, 731-738, 732.

Vertragsinhalt kann der Kautionsversicherer persönlich für die Erfüllung der Leistung haften oder gegenüber dem Gläubiger im Rahmen einer Bürgschaft, Garantie oder sonstigen Haftung in Anspruch genommen werden.<sup>5</sup> Im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages behält sich der Kautionsversicherer das Rückgriffsrecht gegen den Schuldner vor.<sup>6</sup>

Wesentliche Bestandteile eines Kautionsversicherungsvertrages sind die Art und der Umfang der Deckung, zu der sich der Kautionsversicherer zugunsten des Gläubigers verpflichtet, sowie das rechtliche Ereignis, das die Haftung des Kautionsversicherers verursacht. Zu den zentralen Vertragsbestandteilen zählen ebenfalls die Höhe des Preises, den der Versicherungskunde bzw. die -kundin zu zahlen hat, und das Rückgriffsrecht des Kautionsversicherers gegen die ihn beauftragende Person.

### III. Gerichtsentscheidungen und Literatur zum Thema

Die Kautionsversicherung ist hinsichtlich ihrer Rechtsnatur ein umstrittener Vertragstyp. Insbesondere in der deutschen Rechtsehre<sup>7</sup> wird diskutiert, ob es sich bei einem solchen Kontrakt um einen Versicherungsvertrag handelt. Diese Frage war ebenfalls in der angloamerikanischen Doktrin disputabel<sup>8</sup>, doch hat die angloamerikanische Rechtsprechung<sup>9</sup> einen Konsens darüber erzielt, dass es sich nicht um einen Versicherungsvertrag handelt.

Hauptgrund für die Diskussionen über die Rechtsnatur des Vertrages in Lehre und Praxis ist das Rückgriffsrecht. Dieses beansprucht der Kautionsversicherer gegen die ihn beauftragende Person – nach Leistungserfüllung gegenüber dem Begünstigten im Fall der Risikoverwirklichung aus dem Kautionsversicherungsvertrag.

Von Relevanz ist, dass der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) in einer seiner Entscheidungen<sup>10</sup> zu diesem Thema festgestellt hat, dass der

<sup>5</sup> Kemper Ulf G., *Die Rechtliche Natur der privaten Kredit- und Kautionsversicherungsverträge*, Shaker Verlag, 2020, 232.

<sup>6</sup> Thomas S. und Dreher M., *VersR* 2007, 732.

<sup>7</sup> Bei dem Vertrag handelt es sich um einen Versicherungsvertrag: v. Ammon G., *Zur Rechtsnatur der Kautionsversicherung*, 1966, *ZVersWiss*, 401-424, 414 ff.; Schneider S., *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, C.H. Beck Verlag, 5. Aufl., 2022, § 29 Rn 8-9.; dass der Vertrag kein Versicherungsvertrag ist: Proske S., *Die Kautionsversicherung in der Insolvenz des Unternehmers*, 2006, *ZIP*, 1035-1041, 1036 ff.; Diskussionen sind zu finden unter Thönissen S.F., 210 ff.; Kossen, 65 ff.; Gärtner R., *Die Zivilrechtliche Behandlung der Kautionsversicherung*, 1967, *VersR*-Heft 5 (A), 118-121, S. 118 ff.; Kemper Ulf G., 777 ff.

<sup>8</sup> Morgan W.D., *The History and Economics of Suretyship*, *Cornell Law Review* (12-4), 1927, 496 ff.

<sup>9</sup> Weil J.G. and Fritzinger A.P., *Are Surety Agreements Insurance?*, 26.03.2024, Cozen.com, <[https://www.cozen.com/templates/media/files/weil\\_fritzinger\\_112713.pdf](https://www.cozen.com/templates/media/files/weil_fritzinger_112713.pdf)>.

<sup>10</sup> BGH 6.7.2006 – IX ZR 121/05, *VersR* 2006.

Kautionsversicherungsvertrag eine Art Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675 ff. BGB) im Rahmen des Insolvenzrechts ist. Andererseits qualifizieren einige Forschende Kautionsverträge als Versicherungsverträge.<sup>11</sup>

### A. Überprüfung im Rahmen des Versicherungsvertrages

Insbesondere in der deutschen Rechtslehre werden Kautionsversicherungsverträge in der Regel als Versicherungsverträge eingestuft.<sup>12</sup> Nach dieser Einordnung ist die Kautionsversicherung eine Schadenversicherung, die eintretende Sachschäden für den Fall einer Risikoverwirklichung versichert. Nach dieser Auffassung verpflichtet sich der Kautionsversicherer vertraglich, den spezifischen Geldbetrag zu zahlen, den der Versicherungsnehmer aufgrund seiner Zahlungsunfähigkeit seinem Geschäftspartner nicht bieten kann. Die Leistung aus der Kautionsversicherung anstelle der Zahlung des Versicherungsnehmers ist somit nicht die Erfüllung einer Hauptleistung. Vielmehr handelt es sich um eine monetäre Leistung, die auf den Grundlagen des Versicherungsvertragsrechts basiert.<sup>13</sup>

Nach der Auffassung, dass der Kautionsversicherungsvertrag ein Versicherungsvertrag *sui generis* ist, hat er zwei grundlegende Funktionen.<sup>14</sup> Die erste besteht darin, die Sicherheitsforderung des Versicherers durch Übernahme einer Sekurität zu erfüllen. Die zweite Funktion sieht vor, die versprochene Leistung im Fall des Risikoeintritts zu erbringen. In diesem Zusammenhang wird festgestellt, dass der Kautionsversicherungsvertrag das Ergebnis einer Kombination von Sicherheits- und Versicherungsverträgen ist.

Nach dieser Betrachtungsweise beinhaltet die Kautionsversicherung die Elemente, die ein Versicherungsvertrag enthalten sollte.<sup>15</sup> Im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages wird die Verpflichtung des Kautionsversicherers, die auf Bürgschaft gerichtet ist, nicht in eine Geschäftsbesorgung umgewandelt, sondern sie wirkt sich auf die Art der Leistung aus, die der Kautionsversicherer bei Eintritt des Risikos zu erbringen hat. Daher verleiht die Verpflichtung des Kautionsversicherers gegenüber der Bürgschaft dem Kautionsversicherungsvertrag den Charakter eines Geschäftsbesorgungsvertrages; der Vertrag sollte jedoch als Versicherungsvertrag eingestuft werden.<sup>16</sup> Demnach hat der Kautionsversicherer zwei Pflichten zu erfüllen: erstens die Hauptleistungspflicht des Versicherers zur

<sup>11</sup> Bodendiek C., 28; v. Ammon G., 433 ff.

<sup>12</sup> Muschner J., HK-VVG, VVG § 16, 5. Aufl., Nomos Verlag, 2025, Rn. 13; Thomas S. und Dreher M, VersR 2007, 731.

<sup>13</sup> Muschner J., HK-VVG, VVG § 16 Rn. 13.

<sup>14</sup> Thomas S. und Dreher M, VersR 2007, 734; ausführliche Informationen zu dieser Stellungnahme sind zu finden unter Kemper Ulf G., 435 ff.

<sup>15</sup> Thomas S. und Dreher M, VersR 2007, 734 ff.; Muschner J., HK-VVG, VVG § 16 Rn. 13.

<sup>16</sup> Thomas S. und Dreher M, VersR 2007, 738.; ausführliche Informationen zu dieser Stellungnahme sind zu finden unter Kemper Ulf G., 436–437.

statischen Risikotragung im Rahmen von Versicherungsverträgen; zweitens die Hauptleistungspflicht, die bei Eintritt des Risikos zu erfüllen ist. Diese beiden Hauptleistungspflichten verleihen dem Kautionsversicherungsvertrag den Charakter eines Versicherungsvertrages. Da der Kautionsversicherungsvertrag ebenfalls das Element der Sicherheitsleistung enthält, wird festgestellt, dass gleichzeitig Aspekte eines Geschäftsbesorgungsvertrages gelten.

Durch die Bewertung des Risikos nach dem Gesetz der großen Zahlen steht nach vorgenannter Anschauung das Recht des Kautionsversicherers auf Forderungsübergang nicht der Bestimmung des Versicherungsbeitrages entgegen. Hinzu kommt, dass sich das Risiko durch einen Verlust der Leistungsfähigkeit des Versicherten realisiert und der Kautionsversicherer somit seine Verpflichtung erfüllt. Infolgedessen besteht das Rückgriffsrecht des Versicherers häufig nur auf theoretischer Ebene.<sup>17</sup>

Befürwortende der gegenteiligen Auffassung argumentieren, dass die für den Kautionsversicherungsvertrag gezahlte Summe nicht den Zweck hat, den Versicherungsschutz zu sichern. Dies begründen sie damit, dass der Kautionsversicherer nach der Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem Kautionsversicherungsvertrag ein Rückgriffsrecht gegen seinen Kunden hat – im Gegensatz zur im Versicherungsvertrag erhobenen Prämie. Der Zweck der Prämie ist in erster Linie eine Zahlung für die Erbringung einer besonderen Dienstleistung.<sup>18</sup>

Im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages ist nach Leistungserfüllung das Rückgriffsrecht des Kautionsversicherers gegen seinen Kunden (Schuldner) dem Begriff der Versicherung fremd. Das Rückgriffsrecht des Kautionsversicherers gegen seinen Kunden und das Fehlen eines Risikotransfers im wirtschaftlichen Sinn<sup>19</sup> verhindern, dass der Kautionsversicherungsvertrag als Versicherungsvertrag qualifiziert werden kann.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Thomas S. und Dreher M, VersR 2007, 735.

<sup>18</sup> Proske S., ZIP 2006, 1036.

<sup>19</sup> Wirtschaftlich gesehen bedeutet das Fehlen eines Risikotransfers, dass der Versicherungsnehmer im Fall des Risikoeintritts weiterhin die finanzielle Last trägt. Bei klassischen Versicherungsverträgen überträgt der Versicherungsnehmer den bei Risikoeintritt entstehenden Schaden auf die Versicherungsgesellschaft – ein Risikotransfer findet statt. Das Risiko wird vom Versicherungsnehmer auf den Versicherer übertragen, und der Versicherer hat als Gegenleistung für die Übertragung dieses Risikos Anspruch auf eine Prämie. Im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages hat der Kautionsversicherer im Fall der Verwirklichung des Risikos ein Rückgriffsrecht gegen den Schuldner (der den Versicherer beauftragte) für die Aufwendungen, die für die Erfüllung der genannten Leistung nach Erfüllung der Leistung des Versicherers entstanden sind. Aufgrund dieses Rückgriffsrechts trägt der Schuldner im Fall des Risikoeintritts weiterhin die finanzielle Last. Von einem wirtschaftlichen Risikotransfer im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages kann daher nicht gesprochen werden.

<sup>20</sup> Gärtner R., VersR 1967, 121; Proske S., ZIP 2006, 1036.

Nach einer anderen Auffassung wird davon ausgegangen, dass das durch den Kautionsversicherungsvertrag gedeckte Risiko der Interessensverlust des Gläubigers ist. In dieser Hinsicht sollte der Vertrag als Versicherung zugunsten einer anderen Person betrachtet werden – damit wird versucht, das Rückgriffsrecht des Kautionsversicherers gegen seinen Kunden mit dem Versicherungsvertrag in Übereinstimmung zu bringen.<sup>21</sup> Der Kautionsversicherungsvertrag wird jedoch nicht als Versicherungsvertrag eingestuft, da das Rückgriffsrecht des Kautionsversicherers gegen den Versicherungsnehmer im Versicherungsvertrag nicht existent ist.<sup>22</sup>

## B. Überprüfung im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrags

Nach einer Minderheitsmeinung in der deutschen Rechtslehre<sup>23</sup> ist ein Kautionsversicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizieren. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag, wenn eine „*selbständige Tätigkeit wirtschaftlichen Charakters im Interesse eines anderen innerhalb einer fremden wirtschaftlichen Interessensphäre vorgenommen wird*“.<sup>24</sup> Im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages besteht keine Verpflichtung, die Leistung ergebnisorientiert zu erbringen. Es ist notwendig und ausreichend, bei der Ausführung der Leistung Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit walten zu lassen.<sup>25</sup>

Nach der Betrachtungsweise, die den Kautionsversicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag einstuft, ist die Leistung des Kautionsversicherers an den Gläubiger als Erbringung einer Leistung im Sinne eines Geschäftsbesorgungsvertrages anzusehen.<sup>26</sup>

Gegenstand der gegenüber dem Begünstigten im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages übernommenen Sicherheit ist nicht die Erbringung der Leistung des Auftraggebers, sondern die Erbringung der Leistung im Fall eines Risikoeintritts. Ebenso bestimmt sich die Art des Anspruchs des Begünstigten gegen den Kautionsversicherer nach der Art der vom Kautionsversicherer übernommenen Sekurität und dem Inhalt des gesicherten Schuldverhältnisses. Die übernommene Sicherheit kann der Art nach eine Bürgschaft sein, oder es

<sup>21</sup> Habicht H., *50 Jahre Hermes Kreditversicherungs-Aktiengesellschaft: ein Beitrag zur Geschichte der Kreditversicherung in Deutschland 1917-1967*, Privatdruck, 1967, 12. in Kemper, 438.

<sup>22</sup> Ausführliche Informationen zum gleichen Thema sind zu finden unter Kemper Ulf G., 926–927.

<sup>23</sup> Proske S., ZIP 2006, 1036 ff.

<sup>24</sup> Brox H. und Walker H.D., SchuldR BT/Brox/Walker, 48. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2024, § 29. Rn. 43.

<sup>25</sup> Mansel H.P., *BGB* § 675, 19. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2023 Rn. 9.

<sup>26</sup> Kemper Ulf G., 778.

kann sich um die Ausführung eines vom Schuldner übernommenen Werkes handeln. Im erstgenannten Fall stellt das Forderungsrecht des Begünstigten eine Geldforderung im Rahmen der übernommenen Bürgschaft dar, während im letzten Fall das Forderungsrecht in der Fertigstellung des Werkes gemäß einem Werkvertrag besteht. Daher kann die Art der vom Kautionsversicherer gegenüber dem Begünstigten übernommenen Sicherheit nicht als Erbringung einer Leistung im Sinne des Geschäftsbesorgungsvertrages angesehen werden.

Nach der Auffassung, die den Kautionsversicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag einstuft, sollte die Leistung des Kautionsversicherers an den Begünstigten als Handeln im Interesse des Schuldners betrachtet werden, da dem Gläubiger eine Sicherheit geleistet wird.<sup>27</sup>

Bei einem Kautionsversicherungsvertrag stellt der Kautionsversicherer dem Gläubiger eine Sicherheit zur Verfügung. Die Sicherheit dient in erster Linie dem Schutz der Interessen des Gläubigers, dessen Forderungen gefährdet sind. Im Hinblick auf den Schuldner, der durch die Erbringung der Leistung an den Gläubiger von seiner Verpflichtung befreit wird, kann gesagt werden, dass das Element des Interesses indirekt realisiert wird. Im Rahmen der Kautionsversicherung kann jedoch aufgrund des Rückgriffsrechts des Kautionsversicherers gegen seinen Kunden (Schuldner) als Rekompens für die geleistete Sicherheit nicht von einem mittelbaren Vorteil für den Schuldner gesprochen werden.

Nach der Anschauung, die den Kautionsversicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag betrachtet, ist der Kautionsversicherungsvertrag seiner Natur nach mit der Bankbürgschaft identisch. Da die Lehre<sup>28</sup> die Bankbürgschaft als Geschäftsbesorgungsvertrag einstuft, sollte auch der Kautionsversicherungsvertrag, der wirtschaftlich demselben Zweck dient, als Geschäftsbesorgungsvertrag klassifiziert werden.<sup>29</sup>

Da der Kautionsversicherungsvertrag jedoch nicht die Erbringung einer Leistung zugunsten des Auftraggebers umfasst, kann der Kautionsversicherungsvertrag nicht als Geschäftsbesorgungsvertrag bewertet werden.

### C. Gerichtsentscheidungen zum Thema

Gerichtsentscheidungen machen unterschiedliche Auffassungen zum Thema ‚Kautionsversicherungsvertrag‘ deutlich.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Kemper Ulf G., 778.

<sup>28</sup> Heermann P., *MüKoBGB, BGB § 675*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2023, Rn. 84.

<sup>29</sup> Kemper Ulf G., 275.

<sup>30</sup> BGH 6.7.2006 – IX ZR 121/05, VersR 2006 = ZIP 2006, 1781 = NZI 2006, 637; BGH 18.1.2007 – IX ZR 202/05, VersR 2007 = ZIP 2007, 543 = NZI 2007, 234; KG 4.6.2004 – 7 U 363/03, ZInsO 2004, 979 = KGR 2006, 871; BGH 25.4.1966 – II ZR 120/64, BGHZ 45, 223 (228 f.); BGH 8.4.2004 – III ZR 432/02, WM 2004, 2398 ff.; BGH 19.9.1985 – IX ZR 16/85, BGHZ 95, 375 (380 f.).





In einem seiner Urteile hat der BGH einen Kautionsversicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag eingestuft. In diesem Fall ging es um die Forderung eines Kautionsversicherers gegenüber der Insolvenzverwaltung für die nach dem Konkurs seines Kunden fälligen Prämien. Das Hauptproblem, mit dem sich der Gerichtshof befasste, war die Bestimmung der Rechtsnatur des Vertrages und der auf den Vertrag anwendbaren Rechtsnormen. Der Gerichtshof prüfte die Angelegenheit im Rahmen der Vorschriften des Insolvenzrechts.

In einem seiner Urteile<sup>31</sup> hat der BGH einen Kautionsversicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag eingestuft. In dem dem BGH vorliegenden Fall geht es um die Forderung eines Kautionsversicherers gegenüber der Insolvenzverwaltung für die nach dem Konkurs seines Kunden fälligen Prämien. Das Hauptproblem, mit dem sich der Gerichtshof befasst, ist die Bestimmung der Rechtsnatur des Vertrags und der auf den Vertrag anwendbaren Rechtsnormen. Der Gerichtshof prüfte die Angelegenheit im Rahmen der Vorschriften des Insolvenzrechts.

Festgestellt wurde, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Eröffnung des Konkursverfahrens endete. Der Kautionsversicherer hatte demnach keinen Anspruch auf die Prämien, die nach Eröffnung des Konkursverfahrens aufgrund der Beendigung des Vertrages fällig wurden.

Der Gerichtshof merkte an, dass bei der Stellung von Sicherheiten für die Schulden des Kautionsversicherungskunden im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages der Schutz der Sicherheitenlimits des Schuldners bei den Banken und die Ausrichtung der Banksicherheitenlimits auf die kommerziellen Aktivitäten des Schuldners gewährleistet sind. Auf diese Weise wird das Element des Nutzens verwirklicht. Darüber hinaus ist die wirtschaftliche Funktion des Kautionsversicherungsvertrages und des Bankbürgschaftsvertrages ähnlich, weshalb der Kautionsversicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag eingestuft werden sollte.

Aufgrund des Rückgriffsrechts des Kautionsversicherers gegen seinen Kunden wurde in der Gerichtsentscheidung festgestellt, dass der Kautionsversicherer nicht auf die Verpflichtung des Kautionsversicherers zur Übernahme des Risikos hingewiesen werden kann, sodass der Vertrag nicht als Versicherungsvertrag eingestuft werden kann.

## **IV. Beurteilung des Vertrages im Rahmen des Privatrechtssystems**

### **A. Einordnung als Sicherheitenvertrag**

Der Begriff der Sicherheit kann als ein absolutes oder persönliches Recht definiert werden, das sich aus dem Misstrauen des Gläubigers in die Zahlungsfähigkeit und den Erfüllungswillen des Schuldners ergibt und dem Gläubiger für den Fall

---

<sup>31</sup> BGH 6.7.2006 – IX ZR 121/05, VersR 2006.



zur Verfügung gestellt wird, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommt.

Unter einem Sicherheitenvertrag sind sämtliche Vereinbarungen zu verstehen, die eine Sicherungsfunktion darstellen. Bei einem Sicherheitenvertrag verpflichtet sich der Sicherheitengeber gegenüber dem Sicherheitennehmer zur Vornahme einer bestimmten Leistung oder zur Übertragung einer Sache.<sup>32</sup>

Bei der Kautionsversicherung handelt es sich um die Sicherung der sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ergebenden Schuld durch den Kautionsversicherer. In diesem Zusammenhang sollte der Kautionsversicherungsvertrag im Rahmen des Begriffs ‚Sicherheit‘ betrachtet werden.

Bei Sicherheitenverträgen wird der Vertrag im Wesentlichen zwischen dem Sicherheitengeber und dem Sicherheitennehmer geschlossen. Im Rahmen eines Kautionsversicherungsvertrages wird der Vertrag zwischen dem Kautionsversicherer und seinem Kunden (Schuldner) geschlossen. Der Gläubiger ist nicht Partei des Kautionsversicherungsvertrags. Das Element der Parteistellung, das dem Gläubiger ein Forderungsrecht im Sinne anderer Sicherheitenverträge einräumt, ist im Kautionsversicherungsvertrag nicht vorhanden. Das Recht des Gläubigers, den Kautionsversicherer in Anspruch zu nehmen, ergibt sich hingegen aus der Tatsache, dass der Kautionsversicherungsvertrag ein Vertrag zugunsten eines Dritten ist. Daher ist festzustellen, dass sich der Kautionsversicherungsvertrag in Bezug auf die Vertragsparteien von den klassischen Sicherheitenverträgen unterscheidet, das Recht des Schuldners auf Inanspruchnahme des Sicherheitengebers jedoch aufgrund der Tatsache, dass der Vertrag zugunsten eines Dritten geschlossen wird, erhalten bleibt.

## **B. Einstufung als vollständigen Vertrag zugunsten eines Dritten**

In der Regel hat das Schuldverhältnis einen relativen Charakter. Bei Verträgen zugunsten Dritter verliert das Schuldverhältnis jedoch seinen relativen Charakter und es entsteht ein Schuldverhältnis mit Wirkung gegenüber dem Dritten.<sup>33</sup> Hat die Person, zu deren Gunsten der Vertrag geschlossen wird, die Befugnis, die Erfüllung der versprochenen Leistung zu verlangen, handelt es sich um einen Vertrag zugunsten eines Dritten.<sup>34</sup>

Das zugunsten einer dritten Partei errichtete Rechtsgeschäft hat Vertragscharakter, und der betreffende Vertrag ist kein dispositives, sondern ein obligatorisches Rechtsgeschäft. Jeder Vertrag kann als Vertrag zugunsten eines Dritten aufgesetzt

<sup>32</sup> Lieder J., *MüKoBGB, BGB § 1191*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2023, Rn. 20.

<sup>33</sup> Gottwald P., *MüKoBGB, BGB § 328*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2022, Rn. 1.

<sup>34</sup> Stadler A., *BGB § 328*, 19. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2023, Rn. 12–13.

werden.<sup>35</sup> Bei einem solchen Vertrag hat der Begünstigte (Dritte) ein eigenständiges Forderungsrecht gegenüber dem Versprechenden.

Im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages wird die Verpflichtung des Schuldners abgesichert. Die Vertragsparteien – der Kautionsversicherer und sein Kunde – vereinbaren, dass der Kautionsversicherer die vertraglich vereinbarte Leistung an den Begünstigten im Fall der Verwirklichung des im Vertrag vereinbarten Rechtsfalles (Risikos) erbringt. Dabei ist der Begünstigte berechtigt, die Leistung unmittelbar zu verlangen.

Für ein besseres Verständnis dieser Angelegenheit ist es sinnvoll, sämtliche Parteien und die Beziehung zwischen ihnen aus dem gesicherten Schuldverhältnis zu identifizieren. Die Person, die in Bezug auf das gesicherte Schuldverhältnis den Titel des Gläubigers innehat, ist der Begünstigte in Bezug auf den Vertrag zugunsten eines vollwertigen Dritten und des Kautionsversicherungsvertrages. Die Person, die in Bezug auf das gesicherte Schuldverhältnis den Titel des Schuldners innehat, ist der Versprechensempfänger im Sinne des Vertrages zugunsten Dritter und Vertragspartei des Kautionsversicherungsvertrages. Die Person, die nicht Partei des gesicherten Schuldverhältnisses ist, doch den Titel des Versprechenden im Rahmen des Vertrages zugunsten eines Dritten hat, ist Vertragspartei im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages und trägt den Titel des Kautionsversicherers.

### C. Einstufung als Mischvertrag

Das Schuldrecht unterwirft Verträge weder dem Grundsatz der begrenzten Anzahl noch dem Typenzwang. Verträge können innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung beliebig geregelt werden.<sup>36</sup>

Dadurch können Vertragsgestaltungen entstehen, die in erheblichem Maß von gesetzlich geregelten Vertragstypen abweichen. Es gilt, zwischen atypischen und gemischten Verträgen zu differenzieren: Gemischte Verträge entstehen, wenn Vertragsparteien in ihrem Kontrakt Elemente verschiedener gesetzlich geregelter Verträge kombinieren, während atypische Verträge solche sind, die nicht einmal teilweise unter einen der gesetzlich geregelten Verträge subsumiert werden können.<sup>37</sup>

Eine spezielle Form stellen sogenannte Typenverschmelzungsverträge (gemischte Verträge) dar, bei denen die vertragliche Hauptleistung zugleich Eigenschaften mehrerer Vertragstypen aufweist.<sup>38</sup> Beim Typenverschmelzungsvertrag ist zu klären, ob eine Partei die entscheidende Leistung liefert, während die andere lediglich eine neutrale Geldleistung erbringt. Der Typenverschmelzungsvertrag

<sup>35</sup> Gottwald P., *MüKoBGB*, BGB § 328, Rn. 4.

<sup>36</sup> Gehrlein M., *BeckOK BGB*, BGB § 311, 73. Ed., C.H. Beck Verlag, 2025, Rn. 18.

<sup>37</sup> Emmerich V., *MüKoBGB*, BGB § 311, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2022, Rn. 25.

<sup>38</sup> Emmerich V., *MüKoBGB BGB* § 311, Rn. 31.

trifft häufig auf Dienstleistungen zu, wobei das Recht des Dienstleistungserbringers Anwendung findet.<sup>39</sup>

Wesentliche Bestandteile eines Kautionsversicherungsvertrages sind die Art und der Umfang der Deckung, zu der sich der Kautionsversicherer zugunsten des Gläubigers verpflichtet, das rechtliche Ereignis, das die Haftung des Kautionsversicherers verursacht, die Höhe des von seinem Kunden zu zahlenden Preises sowie das Rückgriffsrecht des Kautionsversicherers gegen seinen Kunden. Durch diesen Vertrag verpflichtet sich der Kautionsversicherer, dem Schuldner, der sein Kunde ist, im Rahmen der vertraglich festgelegten Deckungssummen Sicherheiten zu gewähren. Der Schuldner verpflichtet sich seinerseits, dem Kautionsversicherer die vereinbarte Prämie zu zahlen. Im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages behält sich der Kautionsversicherer das Rückgriffsrecht gegen den Schuldner, der Kunde des Kautionsversicherers ist, vor.<sup>40</sup>

Die juristische Einordnung von verschiedenen Formen gemischter Verträge bringt erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Besonders erwähnenswert sind die Absorptionsmethode, bei der das Recht des dominierenden Vertragstyps die Regelungen anderer potenziell relevanter Vertragstypen verdrängt, und die Kombinationsmethode, nach der für die einzelnen Vertragsbestandteile die jeweils einschlägigen Vorschriften gelten. Inzwischen herrscht jedoch Einigkeit darüber, dass keine dieser Methoden allein ausreicht, um die komplexen Fragen zu lösen, die durch gemischte Verträge entstehen. Vielmehr muss die Lösung fallbezogen erfolgen und sich am Sinn und Zweck des jeweiligen Vertrages orientieren.<sup>41</sup>

## V. Rechtsnatur des Kautionsversicherungsvertrages

Ein Kautionsversicherungsvertrag kann definiert werden als ein Vertrag, mit dem der Schuldner die Erfüllung der von ihm geschuldeten Leistung oder den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstehenden Schadens vertraglich sichert zugunsten der leistungsbeanspruchenden Person.

Damit ein Kautionsversicherungsvertrag zwischen den Parteien zustande kommt, müssen die Willenserklärungen über wesentliche Elemente miteinander vereinbar sein: über die Art der Deckung, zu der sich der Kautionsversicherer zugunsten des Gläubigers verpflichtet; über das Rechtsereignis, das die Haftung des Kautionsversicherers auslöst; über die Höhe des von seinem Kunden zu zahlenden Preises sowie über das Rückgriffsrecht des Kautionsversicherers gegen seinen Kunden.

<sup>39</sup> Martiny D., *MüKoBGB, Rom I-VO Art. 4*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2025, Rn. 15.

<sup>40</sup> Für die Ansichten, dass der Kautionsversicherungsvertrag ein gemischter Vertrag ist, der Elemente eines Geschäftsbesorgungsvertrages und eines Versicherungsvertrages enthält. Langheid T., Wandt M. und Looschelders D., *VVG § 1*, 3. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2022, Rn. 105.; Thomas S. und Dreher M., *VersR* 2007, 738.

<sup>41</sup> Emmerich V., *MüKoBGB BGB § 311*, Rn. 29.

Die Hauptleistungspflicht desjenigen, der für seine Schuld aus dem Kautionsversicherungsvertrag Sicherheit leisten will, ist die Verpflichtung, eine vereinbarte Summe zu zahlen. Diese Preiszahlungspflicht wird im Rahmen von Versicherungsverträgen als Prämienzahlungspflicht bezeichnet. Die Partei, die diese Pflicht übernimmt, wird als Versicherungsnehmer bezeichnet.

Als Gegenleistung für die Verpflichtung des Versicherungsnehmers, den vereinbarten Preis zu zahlen, ist die Hauptleistungspflicht des Kautionsversicherers, das Risiko zu tragen. Dieses Verhältnis kommt dem Wesen von Versicherungsverträgen gleich. Daher entspricht die Verpflichtung zur Zahlung der Gegenleistung aus dem Kautionsversicherungsvertrag der Hauptleistungspflicht zur Zahlung der Prämie aus dem Versicherungsvertrag, der ein gesetzlich geregelter Vertragstyp ist.

Im Gegenzug zur Verpflichtung des Versicherungsnehmers, den vereinbarten Preis zu zahlen, hat der Versicherer das Risiko zu tragen. Die primäre Leistungspflicht, das Risiko zu tragen, setzt voraus, dass als Dauerleistung der Versicherer in der Lage ist, die von ihm übernommene Deckung im Fall des Risikoeintritts zu erfüllen und seine Tätigkeit zu diesem Zweck sorgfältig auszuführen.<sup>42</sup> Die Verpflichtung des Kautionsversicherers zur Risikotragung aus dem Kautionsversicherungsvertrag entspricht der primären Leistungspflicht zur Risikotragung aus dem Versicherungsvertrag.

Das Bestehen des Rückgriffsrechts des Kautionsversicherers gegen seinen Kunden im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages bedeutet, dass es keinen Risikotransfer im wirtschaftlichen Sinn gibt. Das Fehlen des Risikotransfers ist der Hauptgrund dafür, dass der Kautionsversicherungsvertrag nicht als Versicherungsvertrag anerkannt wird.

Ein nicht vorhandener Risikotransfer bedeutet jedoch nicht, dass der Kautionsversicherer keiner primären Leistungspflicht zur Risikotragung unterliegt. Diese Pflicht bezieht sich im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages auf die Bereitschaft des Kautionsversicherers, die zugesagte Leistung bei Risikoeintritt und auf Antrag des Begünstigten zu erbringen. Das heißt: Obwohl im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages kein wirtschaftlicher Risikotransfer stattfindet, besteht eine Risikotragungspflicht des Kautionsversicherers.

Der Kautionsversicherer verpflichtet den Begünstigten bei Eintritt des im Kautionsversicherungsvertrag genannten Risikos – im Rahmen von Art und Umfang der vertraglich übernommenen Haftung und des Schuldverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner – zu einer Leistung. Als Risiko kann Zahlungsunfähigkeit oder der Konkurs des Versicherers und seine Unfähigkeit, die geschuldete Leistung überhaupt oder wie vorgeschrieben zu erbringen,

<sup>42</sup> Reichert-Facilides F., *Vertrag der Schule für Rechnungslegung des Versicherers*, S. 428, in Baumann H., Schirmer H. und Schmidt R., *Festschrift Für Karl Sieg*, 1976, S. 421–434, Verlag Versicherungswirtschaft E.V.

bezeichnet werden. Die Art der vom Kautionsversicherer übernommenen Leistung kann eine Sachleistung sein oder die Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrages im Rahmen des Kautionsvertrages, die Verpflichtung zur Erstellung eines Werkes im Rahmen des Werkvertrages oder die Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens, der durch Nichterfüllung einer Leistung entsteht.

In diesem Fall bestimmt sich die Hauptleistungspflicht des Kautionsversicherers für die von ihm im Rahmen des Kautionsversicherungsvertrages übernommene Sicherheit nach dem benannten oder unbenannten Vertrag zwischen dem Begünstigten und dem Verpflichteten – je nach Art der Sicherheit.

Verpflichtet sich der Kautionsversicherer anstelle des Verpflichteten, ein Werk zu schaffen, so entspricht die Hauptleistungspflicht des Kautionsversicherers der Hauptleistungspflicht, ein Werk im Rahmen des Werkvertrages zu erbringen. Verpflichtet sich der Kautionsversicherer in Form einer Bürgschaft zur Zahlung eines Geldbetrages, so entspricht die Hauptleistungspflicht des Versicherungsunternehmens der Haftung des Kautionsversicherers gegenüber dem Gläubiger aus dem Bürgschaftsvertrag.

Beim Typenverschmelzungsvertrag ist zu klären, ob eine Partei die entscheidende Leistung erbringt, während die andere lediglich eine neutrale Geldleistung liefert. Die primäre Leistungspflicht des Kautionsversicherers zur Übernahme des Risikos wird im Kautionsversicherungsvertrag bestimmt. Die primäre Leistungspflicht für die zugesagte Sekurität wird je nach Sicherheit vertraglich zwischen dem Begünstigten und dem Schuldner bestimmt. Die Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten Preises – in Versicherungsverträgen als Prämienzahlungsverpflichtung bezeichnet – ist hingegen die primäre Leistungspflicht der anderen Vertragspartei, des Kunden.

### **Fazit**

- 1- Das Fehlen eines Risikotransfers im wirtschaftlichen Sinn verhindern, dass der Kautionsversicherungsvertrag als Versicherungsvertrag qualifiziert werden kann.
- 2- Ein Kautionsversicherungsvertrag beinhaltet jedoch nicht die Erbringung einer Leistung zugunsten des Auftraggebers. Daher kann er nicht als Geschäftsbesorgungsvertrag bewertet werden.
- 3- Ein Kautionsversicherungsvertrag ist somit ein gemischter Typenverschmelzungsvertrag zugunsten eines Dritten, der die Merkmale eines Sicherungsvertrags aufweist, bei dem der Kautionsversicherer die primäre Leistungsverpflichtung übernimmt, das Risiko bis zu dessen Eintritt zu tragen, und im Fall eines solchen Eintritts die primäre Leistungsverpflichtung, die sich aus der Art der übernommenen Sicherheit ergibt, zu erfüllen. Gleichzeitig besteht bei Risikoeintritt ein Rückgriffsrecht gegen den Kunden, der die Verpflichtung zur Zahlung eines vereinbarten Preises eingeht.

## Literaturverzeichnis

- Bodendiek C., *Die Kautionsversicherung*, 29–30, in: Hirschmann S. und Romeike F., *Kreditversicherungen*, Bank-Verlag Medien GmbH, 2005
- Brox H. und Walker H.D., *SchuldR BT/Brox/Walker*, 48. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2024
- Emmerich V., *MüKoBGB, BGB § 311*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2022
- Gärtner R., *Die Zivilrechtliche Behandlung der Kautionsversicherung*, 1967, *VersR*-Heft 5 (A), 118-121
- Gehrlein M., *BeckOK BGB, BGB § 311*, 73. Ed., C.H. Beck Verlag, 2025
- Gottwald P., *MüKoBGB, BGB § 328*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2022
- Habicht H., *50 Jahre Hermes Kreditversicherungs-Aktiengesellschaft: ein Beitrag zur Geschichte der Kreditversicherung in Deutschland 1917-1967*, Privatdruck, 1967
- Heermann P., *MüKoBGB, BGB § 675*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2023
- Mansel H.P., *BGB § 675*, 19. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2023
- Stadler A., *BGB § 328*, 19. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2023
- Schneider S., *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, C.H. Beck Verlag, 5. Aufl., 2022
- Kemper Ulf G., *Die Rechtliche Natur der privaten Kredit- und Kautionsversicherungsverträge*, Shaker Verlag, 2020
- Kossen K., *Die Kautionsversicherung*, Peter Lang Verlag, 1996
- Langheid T., Wandt M. und Looschelders D., *VVG § 1*, 3. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2022
- Lieder J., *MüKoBGB, BGB § 1191*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2023
- Martiny D., *MüKoBGB, Rom I-VO Art. 4*, 9. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2025
- Morgan W.D., *The History and Economics of Suretyship*, 1927, *Cornell Law Review* (12-4), 487-499
- Muschner J., *HK-VVG, VVG § 16*, 5. Aufl., Nomos Verlag, 2025
- Proske S., *Die Kautionsversicherung in der Insolvenz des Unternehmers*, 2006, *ZIP*, 1035-1041
- Reichert-Facilides F., *Vertrag der Schule für Rechnungslegung des Versicherers*, in Baumann H., Schirmer H. und Schmidt R., *Festschrift Für Karl Sieg*, 1976, S. 421–434, Verlag Versicherungswirtschaft E.V.
- Thönissen S. F., *Versicherung von Bonitätsrisiken*, Mohr Siebeck Verlag, 2018
- Thomas S. und Dreher M., *Der Kautionsversicherungsvertrag im System des Privatversicherungsrechts*, 2007, *VersR*-Heft 16, 731-738
- v. Ammon G., *Zur Rechtsnatur der Kautionsversicherung*, 1966, *ZVersWiss*, 401-424
- Weil J.G. and Fritzinger A.P., *Are Surety Agreements Insurance?*, 26.03.2024, <Cozen.com>