

*Dr. Ulf-Gerson Kemper, LL.M.*

# **DER VERSICHERUNGSVERTRAG**

*Eine rechtsdogmatische Analyse der  
Diskussion über das „Wesen“ und die  
Rechtsnatur des Versicherungsvertrags*



**VERSICHERUNG**

Berichte aus der Rechtswissenschaft

**Ulf-Gerson Kemper**

**Der Versicherungsvertrag**

Eine rechtsdogmatische Analyse der Diskussion  
über das „Wesen“ und die Rechtsnatur des  
Versicherungsvertrags

Shaker Verlag  
Düren 2021

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Copyright Shaker Verlag 2021

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8440-8053-7

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Am Langen Graben 15a • 52353 Düren

Telefon: 02421 / 99 0 11 - 0 • Telefax: 02421 / 99 0 11 - 9

Internet: [www.shaker.de](http://www.shaker.de) • E-Mail: [info@shaker.de](mailto:info@shaker.de)

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Vorliegendes Buch ist ein Auszug aus der Dissertation des Autors mit dem Titel: „Die rechtliche Natur der privaten Kredit- und Kautionsversicherungsverträge“ (dort die Kapitel D.I. und D.II.). Das Gesamt-Werk wurde im Oktober 2020 in dem Shaker-Verlag unter der ISBN 978-3-8440-7624-0 veröffentlicht. Vordergründig geht es in dem Gesamt-Werk um die Frage nach der rechtlichen Natur der privaten Kredit- und Kautionsversicherungsverträge, insbes. auch um die rechtliche Beziehung des Kautionsversicherungsvertrags zu dem Avalkreditvertrag der Banken. Und in diesem Zusammenhang hat der Autor nachgewiesen, dass für die Beantwortung der vorbezeichneten Fragen zunächst einmal präjudiziell geklärt werden muss, wie überhaupt eine Rechtsnaturbestimmung von Vertragsverhältnissen rechtsmethodisch durchgeführt werden sollte und was einen Versicherungsvertrag als solchen konstituiert und in welchem rechtlichen Verhältnis er zu den anderen gesetzlich ausgeformten Vertragstypen steht. Daher liegt auch ein Schwerpunkt des Gesamt-Werks auf eben diesen präjudiziellen Themenbereichen, auf deren Grundlage der Autor sodann die vordergründige Frage nach der rechtlichen Natur der privaten Kredit- und Kautionsversicherungen diskutiert.

In dem vorliegenden Buch hat der Autor nochmals die vorbezeichneten präjudiziellen Themenbereiche ausgesondert und separat veröffentlicht, also (1.) die Frage nach der „richtigen“ Rechtsdogmatik bei der Rechtsnaturbestimmung von Vertragsverhältnissen im Allgemeinen und (2.) die Frage nach dem „Wesen“ und der Rechtsnatur des Versicherungsvertrags i.S.d. § 1 VVG. Dies geschah aus der Erkenntnis heraus, dass diese allgemeinen Themenbereiche sicherlich für einen größeren Leserkreis von Interesse sein werden als die „Spezialfrage“ nach der rechtlichen Natur der privaten Kredit- und Kautionsversicherungen. Daher richtet sich dieses Buch auch an alle Rechtsinteressierte, die sich mit der Frage nach der „richtigen“ Rechtsdogmatik bei der Rechtsnaturbestimmung von Vertragsverhältnissen im Allgemeinen beschäftigen; daneben aber auch an alle, die wissen wollen, was ein Versicherungsvertrag überhaupt ist und in welchem rechtlichen Verhältnis er zu den anderen gesetzlich ausgeformten Vertragstypen steht.

Mannheim im Oktober 2021

*Dr. Ulf-Gerson Kemper, LL.M. (Auckland)*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. PROBLEMAUFRISS UND GANG DER UNTERSUCHUNG .....</b>	<b>1</b>
I. DER BISLANG UNGELÖSTE STREIT ÜBER DAS „WESEN“ UND DIE RECHTSNATUR DES VERSICHERUNGSVERTRAGS .....	1
II. GANG DER UNTERSUCHUNG.....	3
<b>B. DIE RECHTSMETHODISCHEN GRUNDLAGEN BEI EINER RECHTSNATURBESTIMMUNG VON VERTRAGSVERHÄLTNISSEN IM ALLGEMEINEN .....</b>	<b>4</b>
I. ZU DEN FUNKTIONEN EINER VERTRAGSQUALIFIKATION UND DEN HIERBEI BESTEHENDEN RECHTSDOGMATISCHEN PROBLEMEN .....	4
II. DIE HISTORISCHEN WURZELN UNSERES GESETZLICHEN VERTRAGSTYPENSYSTEMS .....	8
III. SINN UND ZWECK UNSERES HEUTIGEN VERTRAGSTYPENSYSTEMS VOR DEM HINTERGRUND DER ALLGEMEINEN VERTRAGS(TYPEN)FREIHEIT .....	23
IV. DIE ÜBERLAGERUNG DES TRADITIONELLEN VERTRAGSTYPENSYSTEMS DURCH SOG. „ATYPISCHE“/„VERKEHRSTYPISCHE“ VERTRÄGE (= INNOMINATVERTRÄGE).....	34
V. DIE VERSCHIEDENEN METHODEN ZUR BESTIMMUNG DER RECHTSNATUR VON VERTRAGSVERHÄLTNISSEN IM ALLGEMEINEN .....	44
1.) Die begriffslogische vs. typologische Rechtsmethodik.....	45
a) Die Anwendung der (klassischen) begriffslogischen/definitiven Rechtsmethodik im Vertragsrecht .....	46
b) Die Anwendung der (modernen) sog. typologischen Rechtsmethodik im Vertragsrecht .....	57
c) Abschließende Stellungnahme .....	73
2.) Zur rechtlichen Relevanz eines (subjektiven) Qualifikationswillens der Vertragsparteien bei einer Rechtsnaturbestimmung .....	76
VI. SCHLUSSFOLGERUNGEN FÜR DIE WEITEREN ANALYSEN.....	85



<b>C. ZU DEN MERKMALEN DES VERSICHERUNGSVERTRAGS .....</b>	<b>87</b>
I. DAS AUSGANGSPROBLEM: KEINE DEFINITION DES VERSICHERUNGSVERTRAGS IN § 1 VVG (1908) BZW. § 1 VVG (2008).....	87
II. DIE MERKMALE EINES TYPISCHEN VERSICHERUNGSVERTRAGS I.S.D. VVG.....	91
1.) Absicherung eines bestimmten Risikos des Versicherungsnehmers oder eines Dritten durch eine vom Versicherer im Versicherungsfall zu erbringende Leistung .....	91
a) Bisherige Ansichten über den Inhalt der Versicherungsleistung i.S.d. § 1 VVG .....	92
aa) Die sog. Geldleistungstheorie (= „h.M.“ im versicherungsrechtlichen Schrifttum) .....	92
bb) Die sog. „Klassische“ Gefahrtragungstheorie.....	106
cc) Die sog. „Modifizierte“ Gefahrtragungstheorie.....	113
dd) Die Rechtsansicht von <i>Haymann</i> und <i>de la Motte</i> .....	117
ee) Die (hier sog.) „Einfache“ Gefahrtragungstheorie.....	120
b) Diskussion und Entscheidung .....	137
aa) Auslegung des § 241 BGB.....	139
bb) Auslegung des § 1 VVG (1908) und des § 1 VVG (2008).....	145
cc) Weitere Erwägungen.....	146
2.) Selbständigkeit der Haftungsübernahme .....	154
3.) Entgeltlichkeit.....	155
4.) Versicherungstypische Funktion .....	155
a) Bisherige Ansichten .....	156
aa) Die Schadensersatz-Theorie.....	156
bb) Die Bedarfsdeckungstheorie .....	159
cc) Die Vermögensgestaltungs- bzw. Plansicherungstheorie.....	160

b)	Diskussion und Entscheidung .....	164
5.)	Versicherungstypische „Technik“ .....	167
a)	Bisherige Ansichten .....	167
aa)	Befürworter der „Versicherungstechnik“ als prägendes Merkmal eines Versicherungsvertrags .....	168
bb)	Ablehnende Stimmen gegenüber der „Versicherungstechnik“ als prägendes Merkmal eines Versicherungsvertrags .....	177
b)	Diskussion und Entscheidung .....	181
aa)	Die ökonomischen Grundlagen der versicherungstypischen „Technik“ .....	181
bb)	Die rechtliche Relevanz der „Versicherungstechnik“ im materiellen Versicherungsvertragsrecht.....	189
6.)	Zwischenergebnis und Kritik an den bisherigen Definitionsversuchen in der versicherungsrechtlichen Literatur .....	198
<b>D.</b>	<b>ZUR RECHTSNATUR DES VERSICHERUNGSVERTRAGS.....</b>	<b>205</b>
I.	DER BIS DATO UNGELÖSTE STREIT ÜBER DIE RECHTSNATUR DES VERSICHERUNGSVERTRAGS .....	205
II.	DER BISHERIGE MEINUNGSSTAND.....	207
1.)	Qualifikation als (Finanz-)Dienstleistung und als Versicherungsprodukt in der Betriebswirtschaftslehre .....	208
2.)	Qualifikation als Dienstleistung(svertrag) im EU-Recht, Aufsichtsrecht und IPR .....	209
3.)	Qualifikation als Geschäftsbesorgung(svertrag) i.S.v. <i>Eichler, Koch, Schmidt und Werber/Winter</i> .....	211
4.)	Qualifikation als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Treuhandcharakter i.S.v. <i>Schünemann, Lehmann, Rückle, OLG Nürnberg, Meyer und Basedow</i> .....	217
5.)	Qualifikation als „gemischtes“ Vertragsverhältnis <i>sui generis</i> mit Elementen eines „Hedge-ähnlichen“ Risikogeschäfts und einer Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 BGB ( <i>Schwintowski</i> ) .....	229

6.) Qualifikation als bürgschafts- bzw. garantieähnliches „Risikogeschäft“ .....	231
7.) Qualifikation des Kautionsversicherungsvertrags als Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB .....	233
8.) Qualifikation als eigenständiger (Austausch-)Vertrag <i>sui generis</i> resp. als „Rechtsprodukt“ (= „h.M.“ im versicherungsrechtlichen Schrifttum) .....	235
<b>III. EIGENE RECHTSANSICHT</b> .....	244
1.) Stellungnahme zu den bisherigen Rechtsansichten .....	244
2.) Arbeitsthese: Der Versicherungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB i.S.v. <i>Eichler, Koch, Schmidt</i> und <i>Werber/Winter</i> .....	248
a) Zum umstrittenen Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 BGB .....	249
b) (Typologischer) Vergleich des Versicherungsvertrags mit den Qualifikationsmerkmalen des Geschäftsbesorgungsvertrags i.S.d. § 675 BGB .....	264
aa) Vorliegen eines Dienst- oder Werkvertrags i.S.d. §§ 611 ff. BGB bzw. §§ 631 ff. BGB .....	264
bb) Vorliegen einer „Geschäftsbesorgung“ i.S.d. § 675 Abs. 1 BGB .....	270
cc) Weitere Erwägungen .....	285
3.) Ergebnis: Bestätigung der Arbeitsthese; Rechtliche Konsequenzen dieses Qualifikationsergebnisses .....	293
<b>E. ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERGEBNISSE UND AUSBLICK</b> .....	299
<b>F. ANLAGEN</b> .....	308
SPD-GESETZENTWURF BT-DRS. 13/8163 VOM 2.7.1997 .....	308
<b>G. LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	319