

# Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet, P. Breitschmid, A. Büchler,  
H.C. von der Crone, A. Heinemann, H. Heiss, R.M. Hilty, C. Huguenin, D. Jakob,  
P. Nobel, W. Portmann, A.K. Schnyder, R. Sethe, H.U. Vogt, R.H. Weber

Sotirios Kotronis

## Die Sicherheitsleistung im Privatrecht

Eine rechtsdogmatische und  
rechtsvergleichende Untersuchung zum  
deutschen und schweizerischen Privatrecht

Schulthess § 2016

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	XLIX
<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
I. Gegenstand der Untersuchung	1
II. Zielsetzung und Eingrenzung der Arbeit	3
III. Gang der Darstellung	5
<b>Erster Teil: Grundlagen der Sicherheitsleistung</b>	<b>7</b>
<b>§ 1 Was unter Sicherheitsleistung zu verstehen ist</b>	<b>7</b>
I. Grundlegende Begriffsbestimmung der Sicherheitsleistung	7
1. Die Sicherheitsleistung im Gesetz und im Privatrechtsverkehr	7
1.1. Gesetzliche Ausgangslage: Rechtsbegriff der Sicherheitsleistung	7
1.2. Sicherheitsleistungen im Privatrechtsverkehr	10
1.3. Erkenntnisse für die Begriffsbestimmung der Sicherheitsleistung	10
a) Schwierigkeit der begrifflichen Erfassung als Ansatzpunkt	10
b) Erscheinungsformen als Anknüpfungspunkte für die Begriffsbestimmung	12
1.4. Würdigung	13
2. Begriffsverständnis im Schrifttum	14
2.1. Vorbemerkung	14
2.2. Verständnis der Sicherheitsleistung aus den Regelungszwecken ihrer Erscheinungsformen	15
2.3. Zweckbezogene Definitionen	17
a) Allgemeinsprachliche Herleitung als Ansatzpunkt zur Definition?	18
b) Ausklammerung von Merkmalen	18
2.4. Eigene Definition	19
II. Terminologische Abgrenzung	21
1. Ausgangspunkt	21
2. Begriffsverwendung im deutschen und schweizerischen Privatrecht	21
2.1. Deutsches Recht	21
a) Begriff der Sicherheitsleistung	21
b) Begriff der Sicherstellung	24
2.2. Schweizerisches Recht	26

3. Verwandte Ausdrücke: Kaution und Sicherung	29
3.1. Kaution	29
a) Überblick über die sprachliche und dogmatische Herleitung	29
b) Begriffsverwendung in der Privatrechtspraxis und im Gesetz	31
c) Begriffsverständnis im juristischen Sprachgebrauch und im Schrifttum	32
3.2. Sicherung	34
a) Grundlegendes zum Begriff	34
b) Sicherung als Bezeichnung für Sicherheitsleistung?	36
4. Ambivalenz des Begriffs der Sicherheitsleistung im Schrifttum	37
III. Zusammenfassung	39
<b>§ 2 Eigenschaften der Sicherheitsleistung</b>	<b>43</b>
I. Rechtsgrundlagen	43
1. Vorbemerkung	43
2. Materiellrechtliche Sicherheitsleistungen	44
2.1. Einleitung	44
2.2. Gesetzliche Sicherheitsleistungen	44
a) Grundlagen	44
b) Rechtsgründe gesetzlicher Sicherheitsleistungen	46
2.3. Vertragliche Sicherheitsleistungen	48
a) Grundlagen	48
b) Konstellationen vertraglicher Sicherheitsleistungen	50
c) Vertragliche Sicherstellungspflichten und Sicherstellungsrechte	51
d) Anwendungsbeispiele	52
e) Schranken vertraglicher Sicherheitsleistungen	53
3. Prozessuale Sicherheitsleistungen	56
3.1. Grundlagen	56
3.2. Abgrenzung zu den materiellrechtlichen Sicherheitsleistungen	57
3.3. Deutsches Recht	58
3.4. Schweizerisches Recht	60
II. Normgruppen der Sicherheitsleistungen nach ihrem materiellen Regelungszweck	62
1. Einleitung	62
2. Sicherstellungspflichten	65
2.1. Grundgedanke	65
2.2. Grundstruktur	66
2.3. Die Interessenlage	69
a) Vorbemerkung	69
b) Parteien in den Sicherstellungspflichten	69
c) Die Interessen des Sicherungsnehmers	70
d) Die Interessen des Sicherungsgebers	71
2.4. Anwendungsfälle der Sicherstellungspflichten	73
a) Schutz des Sicherungsnehmers vor Gefahren aus der Innehabung eines seiner Rechte durch den Sicherungsgeber	74

b)	Schutz der Lebensgrundlage des Sicherungsnehmers	77
c)	Sicherung der schutzbedürftigen Vertragspartei	80
3.	Sicherstellungsrechte	82
3.1.	Dogmatische Grundlagen	82
a)	Das Schutzanliegen der Sicherstellungsrechte	82
b)	Gestaltungscharakter der Sicherstellungsrechte	85
3.2.	Die Interessen der Parteien	91
a)	Vorbemerkung	91
b)	Die Interessen des Sicherungsgebers	91
c)	Die Interessen des Sicherungsnehmers	92
3.3.	Abgrenzung zu den Sicherstellungspflichten	96
3.4.	Erscheinungsformen der Sicherstellungsrechte	98
a)	Sicherstellungsrechte als Mittel der Rechtsausübung	98
aa)	Grundgedanke und Grundstruktur	98
bb)	Anwendungsfälle	100
b)	Sicherstellungsrechte als Mittel der Rechtsabschwächung	105
aa)	Grundgedanke und Grundstruktur	105
bb)	Anwendungsfälle	106
4.	Zusammenfassende Bemerkungen zur Gruppeneinteilung	110
<b>§ 3</b>	<b>Wesen und Funktion der Sicherheitsleistung</b>	112
I.	Dogmatische Einordnung der Sicherheitsleistung	112
1.	Erforderlichkeit der dogmatischen Einordnung	112
2.	Dogmatisches Grundverständnis der Sicherheitsleistung	113
2.1.	Die Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes	113
2.2.	Die Sicherheitsleistung als Sicherungsinstitut des vorläufigen materiellen Rechtsschutzes	114
3.	Abgrenzung zum Rechtsschutz in der Hauptsache	115
4.	Sicherheitsleistung und einstweiliger Rechtsschutz	116
4.1.	Die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes	116
4.2.	Gemeinsame Ausgangslage von Sicherheitsleistung und einstweiligem Rechtsschutz	117
4.3.	Abgrenzung der Sicherheitsleistung zum einstweiligen Rechtsschutz	118
a)	In zeitlicher Hinsicht	118
b)	In normativer und funktioneller Hinsicht	119
c)	Zusammentreffen von Sicherheitsleistung und einstweiligem Rechtsschutz	122
II.	Teleologie der Sicherheitsleistung	124
1.	Einleitung	124
2.	Sicherungsgegenstand	125
2.1.	Grundlagen	125
2.2.	Materielle Ansprüche als Sicherungsgegenstand	126
2.3.	Die erfassten Ansprüche	128
2.4.	Ergebnis	130
3.	Sicherungszweck	130
3.1.	Hinweise aus der historischen Entwicklung der Sicherheitsleistung	130

a)	Vorbemerkung	130
b)	Römisches Recht und Corpus Juris Civilis	130
c)	Neuzeit und Privatrechtskodifikationen des 18. und 19. Jh.	133
d)	Folgerungen für den Sicherungszweck der Sicherheitsleistung	134
3.2.	Die Gefährdung materieller Ansprüche als Ausgangspunkt	135
a)	Einleitung	135
b)	Abstrakte Gefährdung	136
c)	Konkrete Gefährdung	137
3.3.	Die Ratio der Sicherheitsleistung	141
3.4.	Gleichartigkeit der Motive bei Sicherstellungspflichten und Sicherstellungsrechten	144
3.5.	Fehlverständnis über die Teleologie der Sicherheitsleistung	145
a)	Durchsetzung von Ansprüchen des Sicherungsnehmers?	145
b)	Schadensvermeidung für den Sicherungsnehmer?	148
c)	Sanktionsfunktion?	148
3.6.	Ergebnis	149
4.	Die Sicherheitsleistung als Schuldanerkennung im Verjährungsrecht	149
4.1.	Grundlagen	149
4.2.	Die Schuldanerkennung als Grund der Verjährungsunterbrechung	151
a)	Begriffsmerkmale	151
b)	Gegenstand der Schuldanerkennung und Verjährungsbeginn	152
4.3.	Die Sicherheitsleistung als Handlung mit Anerkennungswirkung	153
4.4.	Ergebnis	155
III.	Abgrenzung zu anderen Sicherungsinstituten des materiellen und prozessualen Rechts	156
1.	Ausgangslage	156
2.	Abgrenzung zum wertungsverwandten Institut der Kreditsicherung	156
3.	Abgrenzung zu teleologisch vergleichbaren Sicherungsinstituten	159
3.1.	Lohnrückbehalt	159
3.2.	Vertragsstrafe	161
a)	Begriff und Funktion	161
b)	Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur vertraglichen Sicherstellungspflicht	162
3.3.	Schuldneranweisung nach Art. 132 Abs. 1 und Art. 291 ZGB	165
a)	Verhältnis zur Sicherheitsleistung	165
b)	Exkurs: Schuldneranweisung für den Entschädigungsanspruch nach Art. 124 ZGB?	166
IV.	Bedeutung der Sicherheitsleistung im Privatrecht	169
1.	Dogmatische Bedeutung	169
2.	Bedeutung in der Privatrechtspraxis	172
3.	Gründe der geringen praktischen Bedeutung der Sicherheitsleistung	174
3.1.	Geringe praktische Reichweite der zu sichernden Ansprüche	174
3.2.	Konkurrenz der Sicherheitsleistung mit anderen Sicherungsinstituten	175

3.3. Ineffizienzen und Unsicherheiten der Sicherheitsleistung	178
V. Zusammenfassung in Thesen zum Wesen und zur Funktion der Sicherheitsleistung	182
<b>Zweiter Teil: Grundfragen der Sicherheitsleistung im deutschen und schweizerischen Privatrecht</b>	<b>185</b>
<b>§ 4 Art der Sicherheitsleistung</b>	<b>186</b>
I. Einleitung	186
II. Grundlagen	187
1. Dogmatische Entwicklung der Frage nach der Rangordnung der Sicherungsmittel	187
2. Rechtsgrundlagen	189
2.1. Deutsches Recht	189
a) Die Grundregelung der §§ 232–240 BGB	189
b) Sondervorschriften	192
2.2. Schweizerisches Recht	194
a) Gesetzliche Ausgangslage	194
b) Grundsätze	196
III. Würdigung des deutschen Systems	200
1. Vorbemerkung	200
2. Stärken des deutschen Systems	200
2.1. Eigenart der §§ 232–240 BGB	201
2.2. §§ 232–240 BGB als sedes materiae für alle Sicherheitsleistungen	202
2.3. Das deutsche System als Modell gelungener Regelungstechnik	202
3. Schwächen des deutschen Systems	205
3.1. Ausgangslage	205
3.2. Streng formales Korsett der §§ 232–240 BGB	205
3.3. Einschränkung auf nationale Sicherheiten	208
4. Rechtspolitische Vorschläge	210
5. Ist eine Abweichung von den §§ 232–240 BGB de lege lata möglich?	211
5.1. Problemstellung	211
5.2. Untechnisches Begriffsverständnis der Sicherheitsleistung in § 73 Abs. 2 Satz 2 GmbHG	212
a) Fragestellung und Meinungsstand	212
b) Stellungnahme	213
5.3. Keine Leistung einer neuen, dem § 232 Abs. 1 BGB entsprechenden Sicherheit bei bereits bestehender Sicherheit in § 225 Abs. 1 AktG	216
a) Fragestellung und Meinungsstand	216
b) Stellungnahme	218
5.4. Gesamtwürdigung	220
IV. Würdigung des schweizerischen Systems	221
1. Grundlegendes	221

2. Ausgewählte Einzelfragen	223
2.1. Inwieweit steht die Wahl über die Art der Sicherheitsleistung dem Sicherungsgeber zu?	223
2.2. Einfache Bürgschaft zur Abwendung des Bauhandwerkerpfandrechts	226
a) Problemstellung und Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre	226
b) Begründung für die Forderung nach Solidarbürgschaft	229
c) Begründung für das Ausreichen einer einfachen Bürgschaft	230
d) <i>Stellungnahme</i>	231
aa) Einfache Bürgschaft als Art der Sicherheitsleistung im schweizerischen Privatrecht	231
bb) Einfache Bürgschaft als «hinreichende Sicherheit» im Sinne des Art. 839 Abs. 3 ZGB	234
i. Einfache Bürgschaft als qualitativ hinreichende Sicherheit	234
ii. Art. 277 Satz 2 SchKG ist auf Art. 839 Abs. 3 ZGB nicht analog anwendbar	236
iii. Zulässigkeit der einfachen Bürgschaft entsprechend dem Art. 839 Abs. 4 ZGB	240
e) Ergebnis	240
V. Zusammenfassung	241
<b>§ 5 Umfang der Sicherheitsleistung</b>	243
I. Einleitung	243
II. Grundlagen	243
1. Der materielle Sicherungszweck der Sicherheitsleistung als <i>Grundsatz</i>	243
2. Die Bestimmung des Umfangs bei den Sicherstellungspflichten und Sicherstellungsrechten	245
3. Sondervorschriften	247
4. Gerichtliches oder behördliches Ermessen	249
III. Ausgewählte Einzelfragen	252
1. Die Höhe der Sicherheitsleistung bei konkreter Gefährdung von Ansprüchen	252
1.1. Vorbemerkung	252
1.2. Problemstellung und Meinungsstand am Beispiel des Art. 25 FusG	253
1.3. <i>Stellungnahme</i>	256
a) Der Wortsinn der Regelung	256
b) Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung	257
c) Konkretisierung des Grads der Gefährdung	258
d) Ergebnis	260
2. Der Umfang der Sicherheitsleistung bei Dauerschuldverhältnissen	260
2.1. Problemstellung	260
2.2. Meinungsstand am Beispiel des § 303 Abs. 1 AktG	261
2.3. <i>Stellungnahme</i>	264

IV. Zusammenfassung	265
<b>Zusammenstellung der Ergebnisse</b>	<b>267</b>
I. Grundlagen der Sicherheitsleistung	267
II. Grundfragen der Sicherheitsleistung im deutschen und schweizerischen Privatrecht	271
Gesetzesregister	273