

Hinterlegungserfordernisse im Kontrahierungszwang

Gleichzeitig eine hinterlegungsrechtliche Betrachtung der
Entscheidungen „Orange-Book-Standard“ des BGH und
„Huawei/ZTE“ des EuGH

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
am Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Lorenz Frey, LL.M. (Bond University)

Rechtsassessor in Berlin

2020

Erstgutachter: Prof. Dr. Maik Wolf

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juni 2022

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	XII
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Dogmatische Grundlagen des Hinterlegungsrechts	7
I. Hinterlegung als Erfüllungssurrogat	8
II. Hinterlegung als Sicherheitsleistung	11
III. Gegenüberstellung der Hinterlegungsarten	13
IV. Zusammenfassung	46
§ 3 Hinterlegungen in Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug	49
I. Erfüllungshinterlegung in künftigen Schuldverhältnissen	51
II. Erfüllungshinterlegung bei unbestimmten Leistungspflichten	94
III. Sicherheitshinterlegungen in Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug	114
IV. Zusammenfassung	116
§ 4 Hinterlegungen im Kontrahierungszwang	119
I. Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand	120
II. § 37 Nr. 2 VGG	181
III. Anwendung der Ergebnisse auf sonstige Immaterialgüter	199
IV. Zusammenfassung	210
§ 5 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	213
§ 6 Anhang	215
I. Vordruck Hinterlegungsantrag auf Geldhinterlegung	216
II. Vordruck Hinterlegungsantrag für eine Sicherheitsleistung	218
III. Vordruck Freigabeerklärung	220

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XII
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Dogmatische Grundlagen des Hinterlegungsrechts	7
I. Hinterlegung als Erfüllungssurrogat	8
1. Zweck der Erfüllungshinterlegung	8
2. Voraussetzungen der Erfüllungshinterlegung	10
3. Abgrenzung zur Hinterlegung als vereinbarte Schuldabwicklung	11
II. Hinterlegung als Sicherheitsleistung	11
1. Zweck der Sicherheitshinterlegung	11
2. Voraussetzungen der Sicherheitshinterlegung	13
III. Gegenüberstellung der Hinterlegungsarten	13
1. Gemeinsamkeiten	14
2. Unterschiede	16
a) Sinn und Zweck	16
b) Umfang der Hinterlegungsmasse	17
aa) Umfang bei der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat	17
bb) Umfang bei der Hinterlegung als Sicherheitsleistung	18
(1) Beispiel: § 775 Abs. 2 BGB	20
(2) Beispiel: § 1218 Abs. 1 BGB	20
(3) Exkurs: Prozessuale Sicherheitsleistung nach § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO	23
(a) § 709 S. 1 ZPO	24
(b) § 711 S. 1 ZPO	25
(4) Zwischenergebnis	26
c) Ablauf der Hinterlegung	26
aa) Ablauf einer Hinterlegung als Erfüllungssurrogat	27
(1) Hinterlegungsantrag	27
(2) Annahmeanordnung	28
(3) Vollziehung der Hinterlegung	29
(4) Herausgabeantrag und Herausgabeanordnung	29
(5) Vollziehung der Herausgabe	32
(6) Zusammenfassung	32

bb)	Ablauf einer Hinterlegung als Sicherheitsleistung	32
(1)	Hinterlegungsantrag	33
(2)	Annahmeanordnung	34
(3)	Vollziehung der Hinterlegung	34
(4)	Eintritt in Schwebezustand	35
(a)	Ausbleiben des Sicherungsfalls	35
(b)	Eintritt des Sicherungsfalls	36
(c)	Sonderfall: Prozessuale Sicherheitsleitung	37
(5)	Herausgabeanordnung und Vollziehung der Herausgabe	37
(6)	Gegebenenfalls: Verwertung der Hinterlegungsmasse	37
(7)	Zusammenfassung	38
cc)	Zwischenergebnis	38
3.	Konsequenzen für das Verhältnis	39
4.	Identifizierung der verschiedenen Hinterlegungsarten	41
a)	Gesetzlicher Wortlaut als Anhaltspunkt	41
b)	Differenzierung in Problemfällen	42
c)	Zwischenergebnis	43
5.	Umwandlung des Hinterlegungstyps	44
IV.	Zusammenfassung	46
§ 3	Hinterlegungen in Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug	49
I.	Erfüllungshinterlegung in künftigen Schuldverhältnissen	51
1.	Zulässigkeit von Vorausleistungen/antizipierten Leistungen	52
a)	Ausgangslage	53
b)	Grundsätzliche Zulässigkeit von antizipierten Leistungen	54
c)	Notwendigkeit eines Zuordnungsaktes	58
aa)	Erfüllungstheorien als Ausgangspunkt	59
(1)	Vertragstheorie	59
(2)	Theorie der finalen Leistungsbewirkung	60
(3)	Theorie der realen Leistungsbewirkung	60
bb)	Ansichten zur Erfüllungswirkung antizipierter Leistungen	61
cc)	Stellungnahme	62
(1)	Kein Erfordernis einer Anrechnungsabrede	62
(2)	Kein Erfordernis einer Tilgungsbestimmung	65
dd)	Zusammenfassung	67
d)	Diskrepanz zwischen antizipierter Leistung und späterer Leistungspflicht	67

aa)	Antizipierte Schuld entsteht nicht	67
bb)	Antizipierte Leistung unterschreitet die Schuld	69
cc)	Antizipierte Leistung übersteigt die Schuld	72
dd)	Zwischenergebnis	73
e)	Zusammenfassung	73
2.	Hinterlegungsspezifische Problemfelder	74
a)	Gläubigerverzug als Hinterlegungsgrund in künftigen Schuldverhältnissen.....	74
aa)	Unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 293 ff. BGB	75
bb)	Analoge Anwendbarkeit der §§ 293 ff. BGB.....	76
(1)	Interessenlage der § 293 ff. BGB.....	77
(2)	Grundsätzlich keine analoge Anwendung.....	78
(3)	Analoge Anwendung in Ausnahmesituationen.....	79
(a)	Vergleichbare Interessenlage.....	79
(b)	Planwidrigkeit der Regelungslücke.....	82
cc)	Zusammenfassung.....	84
b)	§ 373 BGB.....	84
aa)	Faktischer Zwang zur Knüpfung an eine Gegenleistung	85
bb)	Präziserungsprobleme bei Hinterlegungen in künftigen Schuldverhältnissen.....	86
cc)	Zusammenfassung.....	88
c)	Zeitpunkt der Erfüllungswirkung	89
d)	Abweichung von antizipierter Schuld.....	89
(1)	Antizipierte Schuld entsteht nicht	90
(2)	Hinterlegung unterschreitet die Schuld.....	92
(3)	Hinterlegung übersteigt die Schuld.....	94
II.	Erfüllungshinterlegung bei unbestimmten Leistungspflichten	94
1.	Zulässigkeit von Erfüllungshandlungen bei unbestimmten Leistungspflichten	95
a)	Ausgangslage	96
b)	Erfüllbarkeit von unbestimmten Leistungspflichten.....	96
aa)	Beispiel: Erbringung sämtlicher Leistungsalternativen	97
bb)	Beispiel: Unbestimmte Geldschulden.....	98
cc)	Vergleich: Nachträgliche Änderung der Tilgungsbestimmung	99
dd)	Vergleich: Möglichkeit von antizipierten Leistungen	102
ee)	Rückabwicklung nicht interessengerecht.....	103
ff)	Zwischenergebnis	104
c)	Abweichung der Leistung von der späteren Leistungsbestimmung.....	104
2.	Hinterlegungsspezifische Problemfelder	105

a)	Gläubigerverzug als Hinterlegungsgrund bei unbestimmten Leistungspflichten.....	105
aa)	Annahmeverzug durch unterlassene Annahme einer angebotenen Leistung	106
bb)	Annahmeverzug durch unterlassene Mitwirkungshandlung	107
cc)	Annahmeverzug bei unbilliger Leistungsbestimmung.....	108
dd)	Zwischenergebnis	109
b)	§ 373 BGB.....	110
c)	Vorbehalt einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB.....	110
d)	Diskrepanz von Hinterlegungsmasse und bestimmter Leistung	113
III.	Sicherheitshinterlegungen in Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug	114
IV.	Zusammenfassung.....	116
§ 4	Hinterlegungen im Kontrahierungszwang.....	119
I.	Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand	120
1.	Die Entscheidung „Orange-Book-Standard“ des Bundesgerichtshofs.....	120
a)	Ausführungen des BGH	122
aa)	Anerkennung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes.....	122
bb)	Besondere Voraussetzungen	123
(1)	Unbedingtes Angebot	123
(2)	Einhaltung der künftigen Verpflichtungen.....	124
b)	Rezeption.....	125
c)	Betrachtung des Hinterlegungsanfordernisses	126
aa)	Identifizierung der Hinterlegungsform	126
bb)	Hinterlegungsgrund des Gläubigerverzugs	128
(1)	Bestehende Schuldverhältnisse	129
(a)	Kein vertragliches Schuldverhältnis in Form eines Lizenzvertrags	129
(b)	Gesetzliches Schuldverhältnis aus Kontrahierungszwang.....	130
(c)	Künftiges vertragliches Schuldverhältnis	130
(d)	Zwischenergebnis	131
(2)	Gläubigerverzug im gesetzlichen Schuldverhältnis	131
(a)	Kontrahierungszwang verpflichtet nur zum Abschluss eines Vertrags	133
(b)	Kontrahierungszwang enthält (auch) bereits die künftigen Pflichten	135
(3)	Gläubigerverzug im künftigen Schuldverhältnis.....	137
(4)	Zusammenfassung.....	138
cc)	Höhe des Hinterlegungsbetrags	139
dd)	Knüpfung an eine Gegenleistung.....	141
ee)	Zusammenfassung.....	142

2. Die Entscheidung „Huawei/ZTE“ des Europäischen Gerichtshofs	142
a) Ausführungen des EuGH	145
b) Rezeption.....	146
c) Betrachtung des Hinterlegungsanfordernisses	147
aa) Identifizierung der Hinterlegungsform	147
bb) Zulässigkeit der Sicherheitshinterlegung	149
cc) Höhe der Sicherheitsleistung.....	149
(1) Ausgangspunkt für die Sicherheitshöhe	150
(a) Meinungsstand	151
(b) Stellungnahme.....	152
(aa) Huawei/ZTE als formales Verfahren mit dem Ziel der Rechtssicherheit.....	153
(bb) Gegenangebot des Lizenzsuchers als Ausgangspunkt.....	153
(c) Zwischenergebnis	156
(2) Abzudeckender Zeitraum	156
(3) Angebotsausgestaltung als Unwägbarkeit	157
(a) Typen von Lizenzangebot	158
(aa) Pauschallizenz	158
(bb) Variable Lizenzgebühr.....	159
(b) Nachschusspflicht für den Lizenzsucher.....	159
(c) § 234 Abs. 3 BGB als Ausgleich für Prognoserisiko	161
(d) Verdeutlichung an Beispiel.....	162
(e) Zwischenergebnis	163
(4) Zusammenfassung.....	163
dd) Praktische Hinweise	164
ee) Zusammenfassung.....	165
3. „Orange-Book-Standard“ vs. „Huawei/ZTE“	166
a) Erfüllungshinterlegung vs. Sicherheitsleistung.....	166
b) Welche Variante ist vorzugswürdig?	169
aa) Unterschiede für den Lizenzsucher	169
bb) Unterschiede für den Patentinhaber.....	172
cc) Ausgleich der widerstreitenden Interessen	173
(1) Beeinträchtigung des Patentinhabers.....	173
(2) Patentinhaber als Verursacher des Hinterlegungsanfordernisses	173
(3) Ungewissheit über die Lizenzhöhe.....	174
(4) Ungeeignetheit der Erfüllungshinterlegung für den gewünschten Zweck	175
dd) Zusammenfassung.....	177

c)	Umwandlungslösung als bessere Alternative.....	177
II.	§ 37 Nr. 2 VGG	181
1.	Voraussetzungen der Lizenzfiktion	183
2.	Betrachtung des Hinterlegungserfordernisses	184
a)	Identifizierung der Hinterlegungsform.....	184
b)	Vorliegen eines Hinterlegungsgrundes.....	187
c)	Höhe des erforderlichen Hinterlegungsbetrags.....	188
3.	Unterschiede zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand	189
a)	Maßstab für die Hinterlegungssumme	190
b)	Wirkungen der Hinterlegung.....	191
c)	Anerkennen einer Vergütungspflicht	191
d)	Beschränkungen der Sicherheitsleistung auf Hinterlegung.....	192
4.	Übertragung auf Fälle des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes?	193
a)	Problemgleichlauf.....	194
b)	Ungebührliche Benachteiligung des Nutzers	194
aa)	Kein Bestreiten der Vergütungspflicht	195
bb)	Verwertungsgesellschaft bestimmt Höhe der Hinterlegungsmasse	196
cc)	Möglichkeit zu anderen Sicherheitsleistungen	197
c)	Modifikation von § 37 VGG geboten	198
d)	Zusammenfassung	199
III.	Anwendung der Ergebnisse auf sonstige Immaterialgüter	199
1.	Allgemeiner Gedanke der Selbsthilfe.....	200
2.	Einzelfallbetrachtung.....	201
a)	§ 87 UrhG - die Entscheidung „Online-Videorecorder II“ des Bundesgerichtshofs ..	201
b)	§ 42a Abs. 1 UrhG.....	204
c)	§ 5 Abs. 3 UrhG	205
d)	§ 24 PatG - die Entscheidung „Raltegravir“ des Bundespatentgerichts.....	206
e)	Zwischenergebnis.....	208
3.	De lege ferenda	208

IV. Zusammenfassung.....	210
§ 5 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	213
§ 6 Anhang.....	215
I. Vordruck Hinterlegungsantrag auf Geldhinterlegung	216
II. Vordruck Hinterlegungsantrag für eine Sicherheitsleistung	218
III. Vordruck Freigabeerklärung.....	220

LITERATURVERZEICHNIS

Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, Stand: 15.07.2019, 25. Edition, München (zit.: BeckOK-UrhG).

Abrens, Hans-Jürgen/McGuire, Mary-Rose, Modellgesetz für Geistiges Eigentum - Normtext und Begründung, Köln 2012 (zit.: GEE).

Alff, Richard/Ballhaus, Werner/Weber, Reinhold (Hrsg.), Das Bürgerlich Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Bd. II, 1. Teil: §§ 241-413 BGB, 12. Auflage, Berlin/New York 1976 (zit.: RGRK-BGB).

Amtsgericht Berlin, Vordruck Antrag auf Geldhinterlegung, https://www.berlin.de/gerichte/_assets/was-moechten-sie-erledigen/antrag-auf-geldhinterlegung-online-ausfuellbar.pdf [zuletzt abgerufen: 3. August 2020] (zit.: Geldhinterlegung)

Amtsgericht Berlin, Vordruck Freigabeerklärung, https://www.berlin.de/gerichte/_assets/was-moechten-sie-erledigen/freigabeerklaerung-online-ausfuellbar.pdf [zuletzt abgerufen: 3. August 2020] (zit.: Freigabeerklärung)

- Amtsgericht Berlin*, Vordruck Hinterlegungsantrag Sicherheitsleistungen,
https://www.berlin.de/gerichte/_assets/was-moechten-sie-erledigen/hinterlegungsantrag-sicherheitsleistungen-online-ausfuellbar.pdf
 [zuletzt abgerufen: 3. August 2020] (zit.: Hinterlegungsantrag Sicherheitsleistungen)
- Amtsgericht München*, Pressemitteilung zur Jahrespressekonferenz vom 16. April 2015, https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/amtsgerichte/muenchen/presse/2015/pm19__150416.pdf [zuletzt abgerufen: 3. August 2020] (zit.: Pressemitteilung zur Jahrespressekonferenz)
- Augsburger, Matthias*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand, Baden-Baden 2017 (zit.: Zwangslizenzeinwand).
- Augustin, Georg/Kregel, Wilhelm* (Hrsg.), Das Bürgerlich Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Bd. III, 3. Teil: §§ 1204-1296 BGB, WEG, 12. Auflage, Berlin/New York 1996 (zit.: RGRK-BGB).
- Bamberger, Hans Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 01.08.2019, 51. Edition, München (zit.: BeckOK-BGB).
- Bartenbach, Kurt*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 6. Auflage, Köln 2007 (zit.: Patentlizenz).
- Barthelmeß, Stephan/Gauß, Nicolas*, Die Lizenzierung standardessentieller Patente im Kontext brachenweit vereinbarter Standards unter dem Aspekt des Art. 101 AEUV, WuW 2010, 626-636.
- Batistia, Pedro Henrique/Mazutti, Gustavo Cesar*, Comment on „Huawei Technologies“ (C-170/13): Standard Essential Patents and Competition Law - How Far Does the CJEU Decision Go?, IIC 2016, 244-253.

- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 1: Grundlagen, 4. Auflage, Köln 2019 (zit.: HB-Beweislast).
- Beckhaus, Gesa Kim*, Die Rechtsnatur der Erfüllung - Eine kritische Betrachtung der Erfüllungstheorien unter besonderer Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2013 (zit.: Rechtsnatur der Erfüllung).
- Beer, Georg*, Das antizipierte Besitzkonstitut, Greifswald 1915 (zit.: Besitzkonstitut).
- Beer, Ludwig*, Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten, Leipzig 1900 (zit.: Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung).
- Bertram, Friedrich*, Die rechtlichen Wirkungen der Hinterlegung der geschuldeten Sache durch den Schuldner nach gemeinem Civilrecht und nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs, Jena 1901 (zit.: Rechtliche Wirkungen der Hinterlegung).
- Besler, Dora von/Wüstefeld, Barbara*, Law dictionary: Fachwörterbuch der anglo-amerikanischen Rechtssprache einschließlich wirtschaftlicher und politischer Begriffe, 4. Auflage, Berlin 2017 (zit.: Fachwörterbuch).
- Beurskens, Michael*, Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen, Tübingen 2017 (zit.: Selbsthilfe).
- Beuthin, Volker*, Zuwendender und Leistender, JZ 1968, 323-327.
- Biedermann, Jakob*, Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Zürich 1944 (zit.: Hinterlegung als Erfüllungssurrogat).
- Bloch, Jonas*, Achtzehn Monate nach EuGH „Huawei/ZTE“, GRUR 2017, 121-127.
- Bloch, Jonas/Rätz, Benjamin*, Das Frand-Angebot - Versuch einer internationalen Definition, GRUR 2019, 797-801.

- Blumenthal, Hans*, Der Zwangsvertrag, Göttingen 1925 (zit.: Zwangsvertrag).
- Boemke, Burkhard*, (Un-)Verbindlichkeit unbilliger Arbeitgeberweisungen, NZA 2013, 6-11.
- Böbling, Otto*, Das antizipierte Besitzkonstitut, Göttingen 1928 (zit.: Besitzkonstitut).
- Bothe, Werner Ernst*, Wesen und rechtliche Grundlagen des Kontrahierungszwangs, Marburg 1934 (zit.: Kontrahierungszwang).
- Brandi-Dobrn, Anselm/Stöckel, Oliver*, Der dingliche Charakter von Lizenzen, CR 2011, 553-560.
- Brechtel, Micha*, Die Hinterlegung wegen Gläubigerunsicherheit (§ 372 S. 2 BGB), JuS 2017, 495-499.
- Brinkmann, Moritz*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, Tübingen 2011 (zit.: Kreditsicherheiten).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Auflage, München 2019 (zit.: BGB AT).
- Bülck, Hartwig*, Vom Kontrahierungszwang zur Abschlußpflicht, Kiel 1940 (zit.: Kontrahierungszwang).
- Bülow, Arthur/Schmidt, Jürgen* (Hrsg.), Hinterlegungsordnung, 4. Auflage, München 2005 (zit.: HintO).
- Bültzingslöwen, Siegfried Günther von*, Die rechtliche Natur der öffentlichen Hinterlegung, Dresden 1935 (zit.: Rechtliche Natur der Hinterlegung).
- Buntscheck, Martin*, Die Durchsetzung standardessentieller Patente als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, NZKart 2015, 521-525.
- Burck, Arthur*, Die Wirkungen der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat nach dem BGB, Leipzig 1908 (zit.: Wirkungen der Hinterlegung).

- Busche, Jan*, Der Einwand der Zwangslizenz im Patentverletzungsverfahren, CIPReport 2009, 104-107.
- Busche, Jan*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999 (zit.: Privatautonomie).
- Bydlinski, Franz*, Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ 1980, 378-385.
- Bydlinski, Franz*, Zu den dogmatischen Grundlagen des Kontrahierungszwangs, AcP 180 (1980), 1-46.
- Christiansen, Julian*, Bauvertrag - Vorleistung und vorzeitige Leistung unter Einbeziehung des Entwurfs zum Forderungssicherungsgesetz BR-Dr. 458/04, ZfBR 2004, 736-746.
- Cohn, Willy*, Verzinsung des Kaufgeldes bei Leistung einer Barsicherheit, DJZ 1903, 173-174.
- Conrad, Albrecht*, Verhandlungsblockaden und Vorläufige Regelungen nach der EuGH-Entscheidung Huawei/ZTE, CR 2016, 157-165.
- Cordes, Christoph/Gelhausen, Olaf*, Zwischen „Orange-Book-Standard“ und „Samsung“ - Was bringt die EuGH-Entscheidung „Huawei Technologies/ZTE u.a.“ (C-170/13) für Patentverletzungsprozesse, die auf standardessentielle Patente gestützt werden?, MittDtschPatAnw 2015, 426-433.
- Dambach, Philipp*, Das antizipierte Besitzkonstitut, Erlangen 1932 (zit.: Besitzkonstitut).
- de Bronett, Georg-Klaus*, Gemeinschaftsrechtliche Anmerkungen zum "Orange-Book-Standard"-Urteil des BGH, WuW 2009, 899-908.
- Dölling, Birger*, Die Vollstreckbarerklärung der Kostenentscheidung im Zivilurteil, NJW 2014, 2468-2473.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot*, Urheberrechtsgesetz, 6. Auflage, München 2018 (zit.: Schulze/Dreier).
- Dudenredaktion*, Deutsche Rechtschreibung, 27. Auflage, Berlin 2017 (zit.: Dt. Rechtschreibung).

- Ehmann, Horst*, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung: Ein Beitrag zur causa solvendi, JZ 1968, 549-556.
- Ehmann, Horst*, Ist die Erfüllung Realvertrag?, NJW 1969, 1833-1837.
- Ehmann, Horst*, Zur Causa-Lehre, JZ 2003, 702-714.
- Fest, Timo*, Die Hinterlegung zum Zweck der Sicherheitsleistung und der Erfüllung, JA 2009, 258-263.
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*, Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006 (zit.: SchuldR).
- Fischer, Günther*, Das antizipierte Besitzkonstitut, insbesondere bei der Sicherungsbereingung von Warenlagern, Rostock 1928 (zit.: Besitzkonstitut).
- Fröblich, Martin/Ehlen, Theresa*, Eintritt der aufschiebenden Bedingung durch Hinterlegung in M&A Transaktionen, GWR 2014, 251-253.
- Gernhuber, Joachim*, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 3: Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Auflage, Tübingen 1994 (zit.: Erfüllung).
- Gernhuber, Joachim*, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8: Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989 (zit.: Schuldverhältnis).
- Görmer, Gerald*, Die Sicherheitsleistung des Befreiungsschuldners, NJW 2012, 263-265.
- Grabinski, Klaus*, »Standard-Spundfass«, »Orange-Book-Standard« und die Folgen – zum kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand im Patentverletzungsverfahren, in: Bender, Achim/Schülke, Klaus/Winterfeldt, Volker (Hrsg.), 50 Jahre Bundespatentgericht, Köln 2011 (zit.: 50 Jahre Bundespatentgericht), S. 243-254.
- Grewenig, Claus*, Der Regierungsentwurf für ein Verwertungsgesellschaftengesetz aus Sicht des privaten Rundfunks, ZUM 2016, 98-102.

- Groß, Michael*, Der Lizenzvertrag, 11. Auflage, Frankfurt am Main 2015 (zit.: Lizenzvertrag).
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Gesamthrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, Abrufdatum: 30.10.2019, München 2019 (zit.: BeckOGK-BGB).
- Haertlein, Lutz*, Exekutionsintervention und Haftung: Haftung wegen unbegründeter Geltendmachung von Drittrechten in der Zwangsvollstreckung, Tübingen 2008 (zit.: Haftung).
- Hagenauer, Rudolf*, Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat nach bürgerlichem Gesetzbuch und Code civil, Jena 1901 (zit.: Hinterlegung als Erfüllungssurrogat).
- Hähnchen, Susanne*, Obliegenheiten und Nebenpflichten: Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte, Tübingen 2010 (zit.: Obliegenheiten und Nebenpflichten).
- Harke, Jan Dirk*, Allgemeines Schuldrecht, Berlin 2010 (zit.: Schuldrecht).
- Harke, Jan Dirk*, Dingliche Rechtsverschaffung und schuldrechtliche Überlassung, ZfPW 2015, 85-101.
- Hauck, Ronny/Kamlah, Dietrich*, Was ist „FRAND“? Inhaltliche Fragen zu kartellrechtlichen Zwangslizenzen nach Huawei/ZTE, GRUR Int. 2016, 420-426.
- Heidel, Thomas/Hüßtege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar, Bd. 1: Allgemeiner Teil, EGBGB, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (zit.: NK-BGB).
- Heinemann, Andreas*, Anmerkung zur Entscheidung des BGH, Urteil vom 06.05.2009 - KZR 39/06, GRUR 2009, 694 - „Orange-Book-Standard“, LMK 2009, 286659.
- Heinemann, Andreas*, Kartellrechtliche Zwangslizenzen im Patentrecht, ZWeR 2005, 198-206.

- Heinemann, Andreas*, Standardessenzielle Patente in Normenorganisationen - Kartellrechtliche Vorgaben für die Einlösung von Lizenzierungsversprechen, GRUR 2015, 855-859.
- Heker, Harald/Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Recht und Praxis der GEMA - Handbuch und Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2018 (zit.: Heker/Riesenhuber).
- Hellwig, Konrad*, Die Verträge auf Leistung an Dritte: Nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des HGB, Aalen 1899 (zit.: Leistung an Dritte).
- Henn, Günter*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag - Handbuch für die Praxis, 5. Auflage, Heidelberg 2003 (zit.: Lizenzvertrag).
- Henß, Olaf*, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main u.a. 1988 (zit.: Obliegenheiten und Pflicht).
- Heusch, Clemens-August*, Missbrauch marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV) durch Patentinhaber - „Orange-Book-Standard“ und was die Instanzgerichte daraus gemacht haben, GRUR 2014, 745-750.
- Heyder, Udo*, Gültigkeit und Nutzen der besonderen juristischen Schlussformen in der Rechtsfortbildung, Bonn 2010 (zit.: Juristische Schlussformen).
- Holtorf, Marc/Traumann, Julia*, Anforderungen an Lizenzangebot zu FRAND-Bedingungen - Anmerkung zu dem Hinweisbeschluss des OLG Düsseldorf vom 17.11.2016, I-15 U 66/15, GRUR-Prax 2017, 42.
- Holtorf, Marc/Traumann, Julia*, Kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand nach „Huawei Technologies/ZTE“, GRUR-Prax 2016, 83.
- Hötte, Daniel Antonius*, Anspruch auf Lizenzgewährung bei standardessenziellen Schutzrechten - UMTS-Standard, MMR 2011, 469-474.
- Hötte, Daniel Antonius*, Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht, Münster 2011 (zit.: Zwangslizenz).

- Jaacks, Jörg/Dörner, Thomas*, Der wettbewerbsrechtliche Anspruch auf Lizenzerteilung, die eigenmächtige Nutzung von Immaterialgüterrechten und die prozessualen Folgen, in: Boesche, Katharina Vera/Füller, Jens Thomas/Wolf, Maik (Hrsg.), Variationen im Recht, Berlin 2006 (zit.: FS Säcker), S. 97-115.
- Jauernig, Othmar* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar, 19. Auflage, München 2019 (zit.: Jauernig-BGB).
- Jestaedt, Dirk*, Der Lizenzerteilungsanspruch nach der BGH-Entscheidung „Orange-Book-Standard“, GRUR 2009, 801-805.
- Kamann, Hans-Georg/Ohlhoff, Stefan/Völcker, Sven/Adolphsen, Jens* (Hrsg.), Kartellverfahren und Kartellprozess - Handbuch, München 2017 (zit.: Kamann/Ohlhoff/Völcker).
- Kanzleiter, Rainer*, Formbedürftigkeit einer Vorauszahlungsvereinbarung, DNotZ 1986, 265-268.
- Keim, Christopher*, Falsch beurkundete Vorauszahlungs- und Verrechnungsabreden in Grundstückskaufverträgen, NJW 2012, 119-122.
- Kellenter, Wolfgang/Verbauwen, Axel*, Systematik und Anwendung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands nach „Huawei/ZTE“ und „Orange-Book“, GRUR 2018, 761-771.
- Klein, Peter*, Die Natur der causa solvendi, Bonn 1903 (zit.: Natur der causa solvendi).
- Klein, Raphael*, Schuldbefreiung durch Hinterlegung, MDR 2016, 1181-1186.
- Klingensfuß, Henning*, Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht, Frankfurt am Main 2004 (zit.: Kontrahierungszwang).
- Kobler, Josef*, Der Gläubigerverzug, ArchBürgR 13 (1897), 149-295.
- Kobler, Jürgen*, Die Fälle der Sicherheitsleistung im Bürgerlichen Gesetzbuch – Normgründe, Erfüllungszwang und einstweiliger Rechtsschutz, ZZP 102 (1989), 58-79.

- Körber, Torsten*, Die EuGH-Entscheidung Huawei/ZTE - Was bleibt von „Standard-Spundfass“ und „Orange-Book-Standard“?, http://www.grur.org/uploads/tx_meeting/2015-12-15_GRUR_Vortrag_Koerber_PPP.pdf [zuletzt abgerufen: 3. August 2020] (zit.: Huawei/ZTE)
- Körber, Torsten*, Kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand und standardessentielle Patente, NZKart 2013, 87-98.
- Körber, Torsten*, Orange-Book-Standard Revisited, WRP 2015, 1167-1172.
- Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU, 6. Auflage, München 2019 (zit.: Immenga/Mestmäcker).
- Kraft, Tim*, § 42a UrhG: Zwangslizenz im Spannungsfeld zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht, Frankfurt a.M. 2006 (zit.: Zwangslizenz).
- Krebs, Hans Karl Heinrich*, Gründe für die Hinterlegung und deren Rechtsfolgen nach BGB im Spiegel fremder Rechte, Leipzig 1932 (zit.: Gründe der Hinterlegung).
- Krelle, Willy*, Die Voraussetzungen der Hinterlegung zur Befreiung des Schuldners, Heidelberg 1911 (zit.: Voraussetzungen der Hinterlegung).
- Kühnen, Thomas*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand und seine Berücksichtigung im Patentverletzungsprozess, in: Keller, Erhard/Plassmann, Clemens/von Falck, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Windfried Tilmann, Köln/Berlin/Bonn/München 2003 (zit.: FS Tilmann), S. 513-525.
- Kühnen, Thomas*, Handbuch der Patentverletzung, 10. Auflage, Köln 2018 (zit.: HB-Patentverletzungen).
- Kurtz, Constantin/Straub, Wolfgang*, Die Bestimmung des FRAND-Lizenzsatzes für SEP, GRUR 2018, 136-144.

- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1995 (zit.: Methodenlehre).
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004 (zit.: BGB AT).
- Lichtenstein, Erich*, Der Lizenzvertrag im engeren Sinne, NJW 1965, 1839-1844.
- Litten, Fritz*, Die Wahlschuld im deutschen Bürgerlichen Rechte, Berlin 1903 (zit.: Wahlschuld).
- Litterscheidt, Franz*, Die Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung, Jena 1906 (zit.: Hinterlegung zur Schuldbefreiung).
- Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, München 2010 (zit.: Loewenheim).
- Lohse, Hermann*, Die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Greifswald 1913 (zit.: Sicherheitsleistung durch Hinterlegung).
- Looschelders, Dirk*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999 (zit.: Mitverantwortlichkeit).
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 17. Auflage, München 2019 (zit.: Schuldrecht AT).
- Looschelders, Dirk/Erm, Dominik*, Die Erfüllung - Dogmatische Grundlagen und aktuelle Probleme, JA 2014, 161-167.
- Looschelders, Dirk/Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Hrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR, Bd. Erfüllung: §§ 362-371 BGB, 01.09.2019. Auflage, München 2019 (zit.: BeckOGK-BGB).
- Looschelders, Dirk/Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Hrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR, Bd. Hinterlegung: §§ 372-386 BGB, 01.04.2019. Auflage, München 2019 (zit.: BeckOGK-BGB).

Lorenz, Werner, Das "Wahlrecht" des Putativschuldners bei irrtümlicher Zahlung fremder Schulden, in: Wahl, Eduard (Hrsg.), Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung: Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg 1967 (zit.: FS 50 Jahre Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht), S. 267-288.

Lorenz, Werner, Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsausgleich, AcP 168 (1968), 287-317.

Lubitz, Markus, Zwangslizenzierung bei standardessenziellen Patenten (SEP) im Lichte von Sisvel/Haier, NZKart 2017, 618-623.

Marg, Karl, Die Voraussetzungen der Hinterlegung zwecks Schuldbefreiung nach gemeinem Recht und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Greifswald 1906 (zit.: Voraussetzungen der Hinterlegung).

Matthes, Werner, Das antizipierte Besitzkonstitut und die neue Rechtsprechung, Köln 1926 (zit.: Besitzkonstitut).

Maume, Philipp, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess, Köln 2010 (zit.: Zwangslizenzeinwand).

Maume, Philipp/Tapia, Claudia, Der Zwangslizenzeinwand ein Jahr nach Orange Book Standard – mehr Fragen als Antworten, GRUR Int. 2010, 923-930.

McGuire, Mary-Rose, Die FRAND-Erklärung, GRUR 2018, 128-135.

Medicus, Dieter/Petersen, Jens, Bürgerliches Recht - Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 26. Auflage, München 2017 (zit.: Bürgerliches Recht).

Mertens, Werner, Über Kontrahierungszwang, Breslau 1929 (zit.: Kontrahierungszwang).

- Molitor, Erich*, Zur Theorie des Vertragszwangs, JherJb 73 (1923), 1-32.
- Mugdan, Benno*, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1: Allgemeiner Theil, Berlin/Leipzig 1899 (zit.: Motive I).
- Mugdan, Benno*, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin/Leipzig 1899 (zit.: Motive II).
- Mühsam, Paul*, Die gerichtliche Hinterlegung, insbesondere zum Zweck der Schuldbefreiung, nach gemeinem Recht und BGB, Berlin 1900 (zit.: Gerichtliche Hinterlegung).
- Müller, Paul*, Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem BGB, JherJb 41 (1900), 411-520.
- Müller, Tilman*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsverfahren - Drei Jahre nach der BGH-Entscheidung „Orange-Book-Standard“, GRUR 2012, 686-691.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang*, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz - Kommentar, 16. Auflage, München 2019 (zit.: Musielak/Voit).
- Neurauter, Sebastian*, Internetfernsehen und Co. – das Urheberrecht unter dem Druck des Medienwandels, GRUR 2011, 691-697.
- Niebler, Julia/Schuppert, Steffan*, Internet-Videorecorder II - Können sich Anbieter von Internet-Videorecordern gegenüber Sendeunternehmen auf den Zwangslizenzeinwand berufen?, CR 2013, 384-394.
- Nipperdey, Hans Carl*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920 (zit.: Kontrahierungszwang).
- Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Nordemann, Wilhelm* (Hrsg.), Urheberrecht: Kommentar zum Urhebergesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 10. Auflage, Köln 2008 (zit.: Fromm/Nordemann).

- Oetker, Hartmut*, Die Festsetzung der Sicherheitsleistung bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen, ZZZ 102 (1989), 449-468.
- Osterrieth, Christian*, Patentrecht, 5. Auflage, München 2015 (zit.: PatR).
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage, München 2019 (zit.: Palandt).
- Palzer, Christoph*, Patentrechtsdurchsetzung als Machtmissbrauch – der Zwangslizenz einwand aus unionsrechtlicher Sicht, EuZW 2015, 702-706.
- Palzer, Christoph*, Patentrechtsdurchsetzung als Marktmissbrauch, InTer 2015, 197-205.
- Pecher, Hans Peter*, Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung, Berlin 1967 (zit.: Schadensersatzansprüche).
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Schuldrecht - Gesetzliche Schuldverhältnisse, 6. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit.: Gesetzliche Schuldverhältnisse).
- Pfaff, Dieter/Osterrieth, Christian*, Lizenzverträge - Formulkommentar, 4. Auflage, München 2018 (zit.: Pfaff/Osterrieth).
- Picht, Peter*, Unwired Planet v. Huawei: A Seminal SEP/FRAND Decision from the UK, GRUR Int. 2017, 569-579.
- Poll, Günther*, Konkludente Einigung auf angemessene Vergütung – „Barmen Live“, GRUR-Prax 2012, 263.
- Preuß, Nicola*, Die notarielle Hinterlegung, Berlin 1995 (zit.: Notarielle Hinterlegung).
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd*, BGB Kommentar, 14. Auflage, Köln 2019 (zit.: PWW-BGB).

- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2: §§ 355-945b ZPO, 5. Auflage, München 2016 (zit.: MüKo-ZPO).
- Reber, Nikolaus*, Aktuelle Fragen zu Recht und Praxis der Verwertungsgesellschaften, GRUR 2000, 203-211.
- Regenfus, Thomas*, Die »doppelte Analogie« – Erscheinungsformen und Voraussetzungen, JA 2009, 579-584.
- Reimann, Thomas W./Hahn, Tobias*, Orange-Book - Ratgeber oder Buch mit sieben Siegeln?, in: Harmsen, Christian/Jüngst, Oliver Jan/Rödiger, Felix (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang von Meibom zum 65. Geburtstag, Köln 2010 (zit.: FS-Meibom), S. 373-394.
- Reinhardt, Rudolf*, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität Bonn (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957 (zit.: FS Schmidt-Rimpler), S. 115-138.
- Reuter, Dieter/Martinek, Michael*, Ungerechtfertigte Bereicherung, Bd. 2, 2. Auflage, Tübingen 2016 (zit.: Bereicherung).
- Rittner, Fritz*, Die Sicherheitsleistung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung, in: Jagenburg, Walter/Maier-Reimer, Gerog/Verhoeven, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag, München 1985 (zit.: FS Oppenhoff), S. 317-334.
- Rother, Werner*, Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP (169) 1969, 1-33.
- Rother, Werner*, Zur Zulässigkeit von Teilleistungen, NJW 1965, 1749-1751.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: §§ 241-432 BGB, 5. Auflage, München 2007 (zit.: MüKo-BGB, 5. Aufl.).

- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7: §§ 854-1296 BGB, WEG, ErbbauRG, 7. Auflage, München 2017 (zit.: MüKo-BGB).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240 BGB, ProHG, AGG), 8. Auflage, München 2018 (zit.: MüKo-BGB).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: §§ 241-310 BGB, Bd. 3: §§ 311-432 BGB, 8. Auflage, München 2019 (zit.: MüKo-BGB).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6: §§ 705-853 BGB, PartGG, ProdHaftG, 7. Auflage, München 2017 (zit.: MüKo-BGB).
- Saenger, Ingo* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München 2019 (zit.: NHK-ZPO).
- Schickedanz, Willi*, Die Ermittlung von Verletzungen normbildender Patente durch indirekte Schlüsse statt durch Merkmal-für-Merkmal-Subsumtion?, GRUR Int. 2011, 480-487.
- Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Bd. 1, 5. Auflage, München 2017 (zit.: Schimansky/Bunte/Lwowski).
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2. Teilband: §§ 305-432 BGB, Tübingen 2007 (zit.: HKK-BGB).
- Schockenhoff, Martin/Mann, Marius*, Die Hinterlegung im Aktienrecht am Beispiel des § 226 III 6 AktG, NZG 2014, 561-564.
- Schubert, Tobias*, Gesetzlicher Erwerb von Nutzungsrechten: Aktuelle Rechtsprechung zu § 37 VGG, GRUR-Prax 2018, 344-346.

- Schubmacher, Michael*, Die Hinterlegung von Quellcodes bei der Kreditbesicherung, WM 2016, 1013-1022.
- Schulte, Hans*, Keine Veröffentlichungspflicht von Wahlkampfanzeigen einer Wählerinitiative - Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Karlsruhe v. 31.3.1976 - 2 W 9/76 NJW 1976, 1209-1210.
- Schulze, Reiner*, Bürgerliches Gesetzbuch - Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit.: NHK-BGB).
- Serick, Rolf*, Die einfache Sicherungsübertragung - Erster Teil, Bd. 2, Heidelberg 1965 (zit.: Sicherungsübertragung).
- Siebert, Holger*, Hinterlegung von Nachlasswerten als (vor-)letzte Maßnahme, RPfleger 2018, 517-521.
- Singer, Reinhard*, Vorausleistung auf künftige Schuldverhältnisse, JR 1983, 356-363.
- Soergel, Hans Theodor* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2: Schuldrecht I (§§ 241-432 BGB), 12. Auflage, Stuttgart 1990 (zit.: Soergel-BGB, 12. Aufl.).
- Soergel, Hans Theodor* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2: Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240 BGB), 13. Auflage, Stuttgart 1999 (zit.: Soergel-BGB).
- Soergel, Hans Theodor* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 5/3: Schuldrecht 3/3 (§§ 328-432 BGB), 13. Auflage, Stuttgart 2010 (zit.: Soergel-BGB).
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 4b: §§ 139-163 BGB, Berlin 2015 (zit.: Staudinger-BGB).
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 5: §§ 164-240 BGB, Berlin 2014 (zit.: Staudinger-BGB).

- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Leistungsstörungenrecht 1: §§ 255-304 BGB, Berlin 2014 (zit.: Staudinger-BGB).
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Leistungsstörungenrecht 2: §§ 315-326 BGB, Berlin 2015 (zit.: Staudinger-BGB).
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung: §§ 362-396 BGB, Berlin 2016 (zit.: Staudinger-BGB).
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eigentum 2: §§ 925-984 BGB; Anhang zu §§ 929 ff. BGB; Sonderformen der Übereignung, Berlin 2017 (zit.: Staudinger-BGB).
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Pfandrecht: §§ 1204-1296 BGB, SchiffsRG, Berlin 2019 (zit.: Staudinger-BGB).
- Steinbrecher, Judith/Scheufele, Markus*, Der Regierungsentwurf für ein Verwertungsgesellschaftsgesetz und dessen Auswirkungen auf die digitale Wirtschaft, ZUM 2016, 91-98.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael*, Verwaltungsverfahrensgesetz - Kommentar, 9. Auflage, München 2018 (zit.: Stelkens/Bonk/Sachs).
- Stender, Solvei*, Marktmachtmissbrauch von Patentinhabern und kartellrechtlicher Zwangslizenz einwand, WuW 2015, 1188-1197.
- Sternel, Friedemann*, Neues Wohnraummietrecht (I), MDR 1983, 265-274.
- Thomale, Chris*, Leistung als Freiheit, Tübingen 2012 (zit.: Freiheit).

- Thur, Andreas von*, Zur Lehre von der Anweisung, JherJB 48 (1904), 1-62.
- Ullrich, Hanns*, Patents and Standards – A Comment on the German Federal Supreme Court Decision Orange Book Standard, IIC 2010, 337-351.
- von Caemmerer, Ernst*, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, in: von Caemmerer, Ernst (Hrsg.), Vom deutschen zum europäischen Recht: Deutsches Privat- und Zivilprozeßrecht, Rechtsvergleichung (Band 1), Tübingen 1963 (zit.: FS-Dölle), S. 136-168.
- von Merveldt, Moritz*, Der Ausschluss kartellrechtlicher Einwendungen im Patentverletzungsverfahren, WuW 2004, 19-25.
- Vykydal, Swen*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, Baden-Baden 1996 (zit.: Kontrahierungszwang).
- Walter, Tom*, Die Funktionen der actio depositi, Freiburg 2012 (zit.: actio depositi).
- Walz, Axel*, Patentverletzungsklagen im Lichte des Kartellrechts - In Sachen Europäische Kommission gegen Orange-Book, GRUR Int. 2013, 718-731.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Auflage, München 2019 (zit.: Wandtke/Bullinger).
- Weber, Andreas*, Der Bereicherungsausgleich nach irrtümlicher Eigenleistung auf fremde Schuld / Andreas Weber, Frankfurt am Main 1992 (zit.: Bereicherungsausgleich).
- Weber, Hubertus*, Die urheberrechtliche Zwangslizenz, Baden-Baden 2018 (zit.: Urheberrechtliche Zwangslizenz).
- Weber, Martin*, Bereicherungsansprüche wegen enttäuschter Erwartung? – Die *condictio ob rem*, JZ 1989, 25-30.

- Weise, Stefan/Krauß, Hans-Friedrich* (Hrsg.), Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Stand: 01.03.2019, 49. Edition, München 2019 (zit.: BeckOF-Vertrag).
- Weisser, Johannes*, Patentrechtliche und kartellrechtliche Zwangslizenz - Unterschiede und Gemeinsamkeiten - „Isentress“, GWR 2017, 134-136.
- Weller, Marc-Philippe*, Die Vertragstreue, Tübingen 2009 (zit.: Vertragstreue).
- Wendehorst, Christiane*, Der Rückgriff, JURA 2004, 505-513.
- Wenzel, Henning*, Rechtliche Zulässigkeit einer Hinterlegung gem § 372 BGB durch eine Behörde, Rpfleger 2003, 109-113.
- Werner, Olaf*, Die Quantitätsabweichung beim Handelskauf, BB 1984, 221-227.
- Westermann, Harm Peter/Bydlinski, Peter/Weber, Ralph*, BGB - Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Heidelberg 2014 (zit.: SchulR AT).
- Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: §§ 1-758 BGB, AGG, EGBGB, ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG, WEG, 15. Auflage, Köln 2017 (zit.: Erman-BGB).
- Westermann, Harm Peter/Gursky, Karl-Heinz/Eickmann, Dieter*, Sachenrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2011 (zit.: SachenR).
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf* (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze – Großkommentar, Bd. 2/2: §§ 78-127a ZPO, 4. Auflage, Berlin 2014 (zit.: Wieczorek/Schütze).
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf* (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze – Großkommentar, Bd. 8: §§ 592-723 ZPO, 4. Auflage, Berlin 2013 (zit.: Wieczorek/Schütze).
- Wiedemann, Rainer/Armbruster, Franziska* (Hrsg.), Bayerisches Hinterlegungsgesetz, München 2012 (zit.: BayHintG).

- Wiedemann, Rainer/Armbruster, Franziska*, Das neue Hinterlegungsrecht in Bayern, RPfleger 2012, 1-7.
- Wiesemeyer, Kurt*, Schuldhinterlegung und Sicherheitshinterlegung – ein Vergleich, Göttingen 1929 (zit.: Schuld- und Sicherheitshinterlegung).
- Winzer, Wolfgang*, Der Lizenzvertrag, München 2014 (zit.: Lizenzvertrag).
- Wirtz, Markus/Holzhäuser, Michael*, Die kartellrechtliche Zwangslizenz, WRP 2004, 683-694.
- Wirtz, Martin*, Die Kontrolle von Verwertungsgesellschaften: Eine rechtsvergleichende Studie des deutschen, britischen und europäischen Rechts, Frankfurt am Main 2002 (zit.: Kontrolle von Verwertungsgesellschaften).
- Wolf, Christina*, Dritteistung und Leistungsmittlung, Berlin 1995 (zit.: Dritteistung).
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, München 2012 (zit.: BGB AT).
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, München 2012 (zit.: Methodenlehre).

§ 1 EINLEITUNG

Die Hinterlegung fristet in der jüngeren juristischen Literatur ein Schattendasein. Abgesehen von der von *Walter* vorgelegten Dissertation zur *actio depositi*¹ – dem historischen Vorläufer der Hinterlegung – aus dem Jahr 2012 und der auf die notarielle Hinterlegung begrenzten Arbeit von *Preuß*² aus dem Jahr 1995 datieren die maßgeblichen monographischen Auseinandersetzungen mit der Materie auf die Phase zwischen der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches und dem Ende des Zweiten Weltkrieges³. Hinzu kommen vereinzelte – meist sehr themenspezifische – Aufsätze⁴ sowie die Kommentarliteratur, die jedoch regelmäßig nur sehr spezielle Teilaspekte der Hinterlegung beleuchten und tiefgehende Untersuchungen nur selten anstellen.

Bedauerlich ist diese geringe Präsenz der Hinterlegung im aktuellen juristischen Diskurs zunächst deshalb, weil eine enorme Praxisrelevanz der Hinterlegung weiterhin besteht. So verzeichnete etwa das Amtsgericht München

¹ *Walter*, *actio depositi*.

² *Preuß*, Notarielle Hinterlegung.

³ *Müller*, JherJb 41 (1900), 411; *Mühsam*, Gerichtliche Hinterlegung; *Beer*, Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung; *Bertram*, Rechtliche Wirkungen der Hinterlegung; *Hagenauer*, Hinterlegung als Erfüllungssurrogat; *Marg*, Voraussetzungen der Hinterlegung; *Litterscheidt*, Hinterlegung zur Schuldbefreiung; *Burck*, Wirkungen der Hinterlegung; *Krelle*, Voraussetzungen der Hinterlegung; *Lohse*, Sicherheitsleistung durch Hinterlegung; *Krebs*, Gründe der Hinterlegung; *Bültzingslöwen*, Rechtliche Natur der Hinterlegung; *Biedermann*, Hinterlegung als Erfüllungssurrogat.

⁴ Speziell zur schuldbefreienden Wirkung der Hinterlegung *Klein*, MDR 2016, 1181; zur Hinterlegung von Nachlasswerten *Siebert*, RPfleger 2018, 517; zur Quellcode-Hinterlegung *Schubmacher*, WM 2016, 1013; zur Hinterlegung im Aktienrecht *Schockenhoff/Mann*, NZG 2014, 561; zum M&A-Bereich *Fröblich/Ehlen*, GWR 2014, 251; zur Zulässigkeit von Hinterlegungen durch eine Behörde *Wenzel*, RPfleger 2003, 109; allgemeiner, aber eher der Ausbildungsliteratur zuzurechnen *Fest*, JA 2009, 258 und *Brechtel*, JuS 2017, 495.

im Jahr 2014 beinahe 1.300 Hinterlegungsanträge mit einem Hinterlegungsvolumen von ungefähr 90 Millionen Euro, wobei gleichzeitig knapp 10.000 Hinterlegungsverfahren anhängig waren⁵. Wird bedacht, dass das Amtsgericht München nur eine von zahlreichen Hinterlegungsstellen in Deutschland darstellt, wird die Präsenz der Hinterlegung im juristischen Alltag schnell deutlich. Daneben sind nicht bereits sämtliche Rechtsfragen der Hinterlegung seit Ende des Zweiten Weltkrieges und dem zeitgleichen Abebben monographischer Auseinandersetzungen geklärt. Lediglich einige in der Vorkriegsliteratur ausführlich diskutierte Themen – wie die Fragen nach der Rechtsnatur des Hinterlegungsverhältnisses⁶ oder der Gesetzgebungskompetenz für das formelle Hinterlegungsrecht⁷ – haben unterdessen durch legislativen Eingriff ihre Relevanz verloren.

Dies gilt jedoch nicht für einen Anwendungsbereich der Hinterlegung, der erst in der jüngeren Vergangenheit zur Entstehung gelangt ist und von der juristischen Literatur bisher weitestgehend unbeachtet blieb: die Hinterlegung als eine Art der Selbsthilfe im Rahmen des Kontrahierungszwangs. Damit sind Sachverhalte gemeint, in denen ein Rechteinhaber zum Abschluss eines Vertrages verpflichtet ist, dieser sich dem Vertragsschluss aber pflichtwidrig entzieht. Im Gegenzug für die Hinterlegung eines gewissen Betrages wird dem Rechtesucher dann gestattet, das ersuchte Recht ohne vorherigen Vertragsschluss zu nutzen.

Exemplarisch dafür stehen zwei Gerichtsentscheidungen, die den maßgeblichen Anstoß zu dieser Arbeit gegeben haben: die Entscheidung „Orange-Book-Standard“ des BGH aus dem Jahre 2009 sowie die Entscheidung „Huawei/ZTE“ des EuGH aus dem Jahre 2015⁸. In beiden Entscheidungen vertrat ein Lizenzsucher die Auffassung, ihm stünde aus kartellrechtlichen Gründen ein Anspruch auf Lizenzerteilung gegenüber einem Patentinhaber zu, weshalb der jeweils durch

⁵ *Amtsgericht München*, Pressemitteilung zur Jahrespressekonferenz, S. 10.

⁶ Instruktiv zu diesem Streit *Olzen*, in: Staudinger-BGB, Vor §§ 372 ff. Rn. 10 ff.

⁷ Eingehend dazu *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Einl. Rn. 13 ff.; zur Rechtslage bis 2007 siehe *Bülow/Schmidt*, HintO, Einl. Rn. 14 f.

⁸ Beide Entscheidungen werden an späterer Stelle eingehend dargestellt. Siehe für „Orange-Book-Standard“ unter § 4 I. 1. (S. 120) und für „Huawei/ZTE“ unter § 4 I. 2. (S. 143).

den Patentinhaber geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der Patentnutzung unbegründet sei. Sowohl BGH als auch EuGH billigten dem Lizenzsucher diesen sog. „kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand“ zu, knüpften ihn allerdings an gewisse Voraussetzungen. Eine dieser Voraussetzungen sei nach Auffassung beider Gerichte die *Hinterlegung* einer „angemessenen“ Lizenzgebühr. Anders als die kartellrechtlichen Aspekte der Entscheidung, ist dieses Hinterlegungserfordernis auch heute – also mehr als zehn Jahre nach der Entscheidung „Orange-Book-Standard“ – in der Literatur nicht eingehend untersucht worden, obwohl der Bedarf an einer ausführlichen Auseinandersetzung und der daraus resultierenden Rechtssicherheit angesichts der hohen Streitwerte in patentrechtlichen Auseinandersetzungen gegeben ist⁹.

Daneben hat der Gesetzgeber im Juni 2016 mit § 37 Nr. 2 VGG ein Gesetz geschaffen, das einem Rechtenutzer ein Hinterlegungsrecht einräumt, wenn sich eine Verwertungsgesellschaft ihrem Kontrahierungszwang nicht beugt und der Nutzer das Recht bereits vor Vertragsschluss nutzen möchte¹⁰. Ebenso wie beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand fehlt es bis heute an einer eingehenden rechtlichen Untersuchung der Hinterlegungskomponente von § 37 Nr. 2 VGG.

Vor diesem Hintergrund ist es das Hauptziel dieser Arbeit, die in den Entscheidungen „Orange-Book-Standard“ und „Huawei/ZTE“ aufgestellten Hinterlegungserfordernisse zu untersuchen, sie dogmatisch im Allgemeinen Teil und dem Recht der Schuldverhältnisse des BGB einzuordnen und die Entscheidungen mit Blick auf ihre hinterlegungsrechtlichen Aspekte miteinander zu vergleichen. Daneben soll auch § 37 Nr. 2 VGG einer rechtlichen Würdigung unterzogen und das darin aufgestellte Hinterlegungserfordernis den Hinterlegungserfordernissen beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand gegenübergestellt werden. Schließlich sollen durch diese Betrachtungen abstrakte Erkenntnisse dafür gewonnen werden, auf welche Weise die Hinterlegung vom

⁹ Zu der Rezeption der Entscheidung in der juristischen Literatur siehe unter § 4 I. 1. b) (S. 125).

¹⁰ Es muss darauf hingewiesen werden, dass die Vorschrift in ähnlicher Form bereits seit 1965 in § 11 Abs. 2 UrhWG a.F. niedergelegt war und das Hinterlegungserfordernis an dieser Stelle deshalb nicht „neu“ ist. Eine eingehende rechtliche Untersuchung hat das Hinterlegungserfordernis in § 11 Abs. 2 UrhWG a.F. jedoch auch nicht erfahren.

Gesetzgeber de lege ferenda eingesetzt werden könnte, um einem Rechtesucher bereits vor Vertragsschluss die Möglichkeit zur Rechtenutzung zu eröffnen, wenn ein Rechteinhaber sich dem Kontrahierungszwang widersetzt. Gleichzeitig sollen die Erkenntnisse aber auch dem Praktiker dienen, der mit den gegenständlichen hinterlegungsrechtlichen Fragestellungen – wie etwa der notwendigen Höhe der Hinterlegungssumme oder den erforderlichen Angaben im Hinterlegungsantrag – in Berührung kommt.

Als Vorarbeit dafür werden die dogmatischen Grundlagen des Hinterlegungsrechts herausgearbeitet, wobei dem Verhältnis der beiden Hinterlegungsarten – der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und der Hinterlegung als Sicherheitsleistung – besondere Beachtung gewidmet wird. Im Anschluss daran wird die generelle Möglichkeit einer Hinterlegung in Konstellationen betrachtet, in denen das der Hinterlegung zugrundeliegende Schuldverhältnis einen gewissen Zukunftsbezug aufweist. Die Betrachtung der Hinterlegung in diesen Situationen ist erforderlich, denn der Kontrahierungszwang ist häufig durch einen solchen Zukunftsbezug – etwa in Form eines noch nicht bestehenden rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses oder einer noch unbestimmten Leistungspflicht – gekennzeichnet. Darauf aufbauend werden als Hauptteil dieser Arbeit der kartellrechtliche Zwangslizenzinwand und § 37 Nr. 2 VGG aus hinterlegungsrechtlicher Perspektive untersucht.

Soweit in dieser Arbeit auf die Hinterlegungsordnungen der Länder Bezug genommen wird, so wurden grundsätzlich die Vorschriften des Bayerischen Hinterlegungsgesetzes als Beispiele herangezogen. Der Grund dafür liegt darin, dass das Bayerische Hinterlegungsgesetz als einziges Hinterlegungsgesetz über eine umfangreiche Kommentierung¹¹ verfügt, auf die in dieser Arbeit auch zahlreich zurückgegriffen wurde. Dem Leser soll es dadurch ermöglicht werden, unmittelbar in einer Kommentierung zu der in Bezug genommenen Vorschrift des Hinterlegungsgesetzes nachschlagen zu können. Liegen Besonderheiten vor, die eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Landesgesetzen erfordert, wird auf diese ausdrücklich hingewiesen.

¹¹ *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG.

§ 2 DOGMATISCHE GRUNDLAGEN DES HINTERLEGUNGSRECHTS

Den Ausgangspunkt der Betrachtungen stellen die dogmatischen Grundlagen des Hinterlegungsrechts dar. Dieses wird nach allgemeiner Ansicht in zwei zentrale Regelungskomplexe unterteilt: das *formelle* Hinterlegungsrecht und das *materielle* Hinterlegungsrecht.

Das formelle Hinterlegungsrecht regelt das Hinterlegungsverfahren und die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten¹². Es war ursprünglich als Bundesrecht in der Hinterlegungsordnung vom 10.03.1937¹³ und entsprechenden Durchführungsverordnungen vom 12.03.1937 und 24.11.1939 geregelt¹⁴. Nie abschließend geklärt wurde dabei die Frage, ob dem Bundesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich des formellen Hinterlegungsrechts überhaupt zustand¹⁵. Praktische Relevanz kommt dieser Frage allerdings seit dem 01.12.2010 nicht mehr zu, denn zu diesem Datum wurde die bundesrechtliche Hinterlegungsordnung sowie die sie flankierenden Durchführungsverordnungen zum Zwecke der Bereinigung des Bundesrechtes aufgehoben¹⁶. Der Bundesgesetzgeber hat damit den Ländern die Möglichkeit eröffnet, das Hinterlegungsverfahren selbstständig und länderintern zu regeln. Das formelle Hinterlegungsrecht ist daher heute unproblematisch Landesrecht. Mittlerweile haben sämtliche Bundesländer ein eigenes Hinterlegungsgesetz erlassen, wobei sich die einzelnen Gesetze hinsichtlich ihrer wesentlichen Kerngedanken kaum unterscheiden¹⁷.

¹² *Gernhuber*, Erfüllung, S. 339; *Fest*, JA 2009, 258 (258).

¹³ RGBl. I S. 285.

¹⁴ *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 372 Rn. 327 mit weiteren Nachweisen zu den Durchführungsverordnungen.

¹⁵ Dazu instruktiv *Bülow/Schmidt*, HintO, Vorbem. Rn. 14 f.

¹⁶ *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 372 Rn. 112.

¹⁷ Der wohl zentralste Unterschied liegt darin, dass die Hinterlegungsgesetze unterschiedliche Anforderungen an den Nachweis der Empfangsberechtigung aufstellen. Zu diesem Umstand siehe ausführlich unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

Das materielle Hinterlegungsrecht regelt demgegenüber als Bundesrecht die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen der Hinterlegung¹⁸. Es ist nicht einheitlich geregelt und unterteilt sich seinerseits in zwei unterschiedliche Normenkomplexe: die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat nach §§ 372 ff. BGB und die Hinterlegung als Sicherheitsleistung nach § 232 Abs. 1 Var. 1 BGB. Im Folgenden werden diese beide Typen der Hinterlegung gesondert dargestellt, wobei im Anschluss das – für diese Arbeit besonders wichtige – Verhältnis der beiden Hinterlegungsformen zueinander betrachtet wird.

I. Hinterlegung als Erfüllungssurrogat

Eine Hinterlegung kann zunächst zum Zwecke der Ersatzschuldabwicklung stattfinden bzw., präziser formuliert, um die ursprünglich geschuldete Art der Erfüllung durch die Hinterlegung beim Amtsgericht zu ersetzen. Geregelt ist diese Form der Hinterlegung in §§ 372 ff. BGB.

1. Zweck der Erfüllungshinterlegung

Einen Schuldner treffen – insbesondere bei Sachleistungen – gewisse Obhutspflichten bezüglich des Leistungsgegenstandes. Kommt er diesen nicht nach, droht er sich gem. § 280 BGB schadensersatzpflichtig zu machen. Insofern kann der Schuldner ein Interesse daran haben, möglichst zeitig – sobald die Erfüllbarkeit der Schuld gegeben ist – eine Erfüllung i.S.d. § 362 BGB herbeizuführen. Indessen können der Erfüllung durch den Schuldner gewisse Hindernisse aus der Sphäre des Gläubigers entgegenstehen. Verweigert dieser seine Mitwirkung und ist nicht bereit, die Leistung des Schuldners anzunehmen, würde ohne weitere gesetzliche Anordnung das Risiko einer Schadensersatzpflicht bei dem Schuldner verbleiben. Das Gesetz sieht verschiedene Möglichkeiten vor, den Schuldner aus dieser Lage zu befreien: Zunächst besteht für ihn – insbesondere im Rahmen von Kauf- und Werkverträgen gem. §§ 433 Abs. 2 BGB, 640 Abs. 1 BGB – die Möglichkeit, auf Abnahme der Sache zu klagen¹⁹. Diese Art der Rechtsdurchsetzung ist jedoch umständlich und zeitintensiv.

¹⁸ *Gernhuber*, Erfüllung, S. 339; *Fest*, JA 2009, 258 (258).

¹⁹ Dies schlägt auch *Müller*, JherJb 41 (1900), 411 (412) als Alternative zur Hinterlegung vor.

Um diesem Zustand abzuweichen, ordnet das Gesetz neben dieser Möglichkeit in § 293 BGB an, dass ein Gläubiger in Verzug gerät, wenn er eine angebotene Leistung nicht annimmt. Der Gläubigerverzug führt punktuell zu einer Entlastung des Schuldners und damit zu einem Ausgleich andernfalls entstehender Ungerechtigkeit: Gem. § 300 Abs. 1 BGB hat der Schuldner während des Gläubigerverzugs lediglich Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten und gem. § 300 Abs. 2 BGB wird er bei Gattungsschulden (§ 243 Abs. 1 BGB) von seinem Beschaffungsrisiko entlastet. Darüber hinaus muss er gem. § 302 BGB nur die wirklich gezogenen Nutzungen herausgeben, etwaige Geldschulden werden nicht verzinst (§ 301 BGB) und er kann gem. § 304 BGB durch das Angebot entstandene Mehraufwendungen sowie Aufbewahrungs- und Enthaltungskosten von dem Gläubiger herausverlangen²⁰.

Trotz dieser vereinzelt Aufwertungen seiner Rechtsposition durch den Gläubigerverzug kann der Schuldner ein berechtigtes Interesse daran haben, sich seiner Schuldverpflichtung restlos zu entledigen²¹. Gerade diesem Interesse tragen die §§ 372 ff. BGB – und insbesondere die in § 378 BGB geregelte Rechtsfolge der Erfüllungshinterlegung – Rechnung: Hinterlegt der Schuldner danach die Sache unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme bei der zuständigen öffentlichen Stelle, so tritt Erfüllungswirkung ein, die in ihren Rechtswirkungen identisch zu einer Erfüllung i.S.d. § 362 BGB ist.

Der gleiche Zweck wird verfolgt, wenn der Schuldner unter einer der Voraussetzungen des § 372 S. 2 BGB hinterlegt: Kann der Schuldner seine Verbindlichkeit deshalb nicht erfüllen, weil ein anderer in der Person des Gläubigers liegender Grund dies verhindert oder eine nicht auf Fahrlässigkeit beruhende

²⁰ Vgl. eingehend zu den Wirkungen des Gläubigerverzugs *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 732 ff.

²¹ *Müller*, JherJb 41 (1900), 411 (413) bildet das – möglicherweise nicht mehr ganz zeitgemäße – Beispiel, dass eine Person vor ihrem Umzug an einen anderen Ort sämtliche Schulden bereinigen will. Auch unabhängig von diesem Beispiel muss aber das individuelle Bedürfnis, seine Schulden begleichen zu wollen, rechtlich anerkannt werden, aus welchem Grund auch immer es resultiert. Siehe eingehend zu diesem Aspekt auch das aus dem Prinzip der Vertragstreue resultierende Recht auf Naturalerfüllung unter § 3 I. 2. a) bb) (3) (S. 79).

Ungewissheit über den richtigen Leistungsempfänger besteht, so ist er ebenso schutzwürdig, wie wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gerät. Es kann ihm in diesen Situationen nicht vorgeworfen werden, dass er Erfüllung nach § 362 BGB nicht herbeiführen kann. Der folgerichtige Interessenausgleich wird dadurch erreicht, dass die Erfüllungswirkung auch in diesen Konstellationen gem. § 378 BGB herbeigeführt werden kann, wenn der Schuldner unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt.

Der Zweck der §§ 372 ff. BGB liegt somit gerade darin, dem Interesse des Schuldners an der Leistungsbefreiung Rechnung zu tragen²²

2. Voraussetzungen der Erfüllungshinterlegung

Voraussetzung dafür, dass der Schuldner gem. § 372 S. 1 BGB Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen kann, ist jedoch, dass objektiv ein Hinterlegungsgrund besteht, der den Schuldner zur Erfüllungshinterlegung verpflichtet oder berechtigt²³. Gem. § 372 S. 1 BGB ist ein solcher gegeben, wenn der Gläubiger sich im Verzug der Annahme befindet oder wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grund (§ 372 S. 2 Alt. 1 BGB) oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers (§ 372 S. 2 Alt. 2 BGB) seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Verzichtet der Schuldner dabei gem. § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf sein Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache aus § 376 Abs. 1 BGB, so wird er gem. § 378 BGB durch die Hinterlegung in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte. Die Hinterlegung wird in dieser Modalität als *Erfüllungssurrogat* bezeichnet, weil ihr eine Ersatzfunktion für die Erfüllung der geschuldeten Leistung zukommt²⁴.

²² So auch *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 372 Rn. 33 ff. m.w.N.

²³ *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 372 Rn. 49.

²⁴ BGH NJW 2003, 1809 (1810); 2012, 1717 (1718); *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 372 Rn. 21 m.w.N.

3. Abgrenzung zur Hinterlegung als vereinbarte Schuldabwicklung

Zu beachten ist jedoch, dass die §§ 372 ff. BGB zur Disposition der Parteien stehen²⁵. Das bedeutet, dass eine Hinterlegung mit schuldbefreiender Wirkung nicht lediglich unter den Voraussetzungen der §§ 372 ff. BGB zulässig ist, sondern auch dann, wenn die Beteiligten sich darüber einigen, dass eine Hinterlegung zur Schuldabwicklung stattfinden soll. Die Hinterlegung ist in solchen Konstellationen als Erfüllungssurrogat zu bezeichnen, wäre allerdings verfehlt²⁶. Vielmehr wird die Hinterlegung durch die Parteivereinbarung zu einer Primärpflicht des Schuldverhältnisses. Es findet dann kein Ersatz der ursprünglich geschuldeten Leistung statt, sondern die Hinterlegung selbst bildet die geschuldete Leistung. Die Erfüllungswirkung tritt sodann im Zeitpunkt der Hinterlegung ein, jedoch unabhängig von § 378 BGB. Die Erfüllungswirkung resultiert in diesen Situationen bereits unmittelbar aus § 362 BGB.

II. Hinterlegung als Sicherheitsleistung

Neben der Hinterlegung zum Zwecke der Schuldabwicklung findet sich in §§ 232 ff. BGB die Hinterlegung als Instrument zur Sicherheitsleistung. Dabei handelt es sich um die praktisch bedeutsamste Variante der Hinterlegung²⁷, die in der Praxis insbesondere zum Zwecke der Ermöglichung und Abwendung der Zwangsvollstreckung Verwendung findet (vgl. § 709 ZPO).

1. Zweck der Sicherheitshinterlegung

Die Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung verfolgt einen gänzlich anderen Zweck als §§ 372 ff. BGB. Stand bei diesen noch die Überwindung von Hindernissen in der Gläubigersphäre – und damit die Interessen des

²⁵ BGH NJW 1993, 55.

²⁶ „Surrogat“ stammt vom lateinischen *surrogatus*, was „Ersatz“ bedeutet. Ist die Erfüllung bereits Primärpflicht, muss diese aber nicht „ersetzt“ werden. So auch *Gernhuber*, Erfüllung, S. 335.

²⁷ *Wenzel*, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 372 Fn. 4 behauptet ohne weitere Quellenangabe, dass mehr als 95% der Hinterlegungen auf eine solche zur Sicherheitsleistung entfallen und weniger als 5% der Hinterlegungen zum Zwecke der Erfüllung. Auch wenn es an einer Quelle für die Zahlen mangelt, so ist eine klare Tendenz doch zu erkennen.

Hinterlegenden – im Zentrum, dient die Hinterlegung zur Sicherheitsleistung in erster Linie dem Sicherungsnehmer. Sie soll dem Sicherungsnehmer „die Durchführung des Rechts dem Unvermögen des Verpflichteten und sonstigen tatsächlichen Hindernissen gegenüber gewährleisten“²⁸. Sie dient mithin dazu, den Sicherungsnehmer vor drohenden Rechtsnachteilen zu bewahren und Ansprüche, die erst in Zukunft zu erfüllen sind oder deren fällige Erfüllung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, zu sichern²⁹.

Daneben wohnt der Sicherheitsleistung jedoch auch eine Komponente inne, die dem Sicherungsgeber dient. So wird dem Sicherungsgeber vereinzelt das Recht eingeräumt, sich durch die Sicherheitsleistung vor Nachteilen zu schützen, die aus einer Rechtsausübung des Sicherheitsgläubigers folgen würde³⁰. Beispiele dafür sind etwa in § 273 Abs. 3 BGB oder § 720a Abs. 3 ZPO geregelt. Leistet der Schuldner in diesen Konstellationen eine Sicherheit, so wird ihm etwa die Möglichkeit gewährt, gem. § 273 Abs. 3 BGB ein Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers oder gem. § 720a Abs. 3 ZPO die Sicherheitsvollstreckung des Gläubigers abwenden. In diesen Fällen kann der Sicherungsnehmer darauf vertrauen, dass seine Rechtsposition im Fall der Insolvenz des Sicherheitsgebers nicht beeinträchtigt wird, denn er kann gegebenenfalls auf die insolvenzfesten Sicherheiten des § 232 Abs. 1 BGB zugreifen. Im Gegenzug dafür erschließt es sich, dass die Rechtsposition des Sicherungsnehmers eingeschränkt und die Rechtsposition des Sicherungsgebers durch die Sicherheitsleistung aufgewertet wird.

²⁸ *Mugdan*, Motive I, S. 387; *Rittner*, in: FS Oppenhoff, S. 317 (334).

²⁹ BVerwG NVwZ 2008, 1122 (Rn. 17); *Fahse*, in: Soergel-BGB, Vor § 232 Rn. 1; *Reppen*, in: Staudinger-BGB, Vorbem. zu §§ 232 ff. BGB Rn. 2.

³⁰ Vgl. *Reppen*, in: Staudinger-BGB, Vorbem. zu §§ 232 ff. Rn. 2 m.w.N. Nicht ganz schlüssig sind die Ausführungen von *Fahse*, in: Soergel-BGB, Vor § 232 BGB Rn. 2, dass die Sicherheitsleistung u.a. den Zweck verfolge, „dass der Schuldner die Möglichkeit erhält, einen ihm (durch Erfüllung der Verbindlichkeit) drohenden Nachteil abzuwenden“, denn im Falle der Sicherheitsleistung strebt der Hinterlegende grundsätzlich nicht die Erfüllung an, denn dafür existiert die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat. Auch wenn sich Hinterlegung als Sicherheitsleistung und Erfüllungssurrogat ineinander übergehen können – vgl. dazu unten § 2 III. 5. (S. 44 ff.) – wäre es verfehlt, die beiden Hinterlegungsarten zu vermischen und der Sicherheitsleistung den Charakter einer Erfüllung zuzuweisen.

2. Voraussetzungen der Sicherheitshinterlegung

§ 232 Abs. 1 Var. 1 BGB ordnet an, dass demjenigen, der „Sicherheit zu leisten hat“, die Möglichkeit zur Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren offensteht. Hinsichtlich der Frage, wann eine solche Sicherheit zu leisten ist, treffen die §§ 232 ff. BGB jedoch keine Aussage. Dies resultiert daraus, dass §§ 232 ff. BGB allein die Modalitäten der Sicherheitsleistung regeln sollen³¹. Der Grund und die Höhe der Sicherheitsleistung sind hingegen nicht ihr Gegenstand und ergeben sich aus einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung, kraft Gesetzes oder aufgrund einer richterlichen Anordnung³². Das bedeutet jedoch, dass bei jeder Sicherheitshinterlegung zumindest ein Recht oder eine Pflicht zur Sicherheitsleistung bestehen muss. Voraussetzung für die Anwendung der §§ 232 ff. BGB und damit auch für die Möglichkeit der Sicherheitshinterlegung ist daher, dass der Sicherheitsleistende eine Sicherheit erbringen *darf*. Stellt er hingegen beim zuständigen Amtsgericht einen Hinterlegungsantrag zur Sicherheitsleistung, ohne dass ein Recht oder eine Pflicht zur Sicherheitsleistung bestehen, so hat das Amtsgericht den Antrag im Rahmen der stets durchzuführenden Schlüssigkeitskontrolle als unzulässig zurückzuweisen³³. Ebenso wie die Vorschriften zu der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat sind die Vorschriften der §§ 232 ff. BGB im Rahmen der Vertragsfreiheit abdingbar³⁴.

III. Gegenüberstellung der Hinterlegungsarten

Von besonderer Bedeutung für die weiteren Ausführungen ist das Verhältnis der

³¹ Die §§ 232 ff. statuieren insofern das sog. Recht der materiellen Sicherheitsleistung. Das Recht der prozessualen Sicherheitsleistung ist demgegenüber in §§ 108 ff. ZPO geregelt, vgl. zu dieser Terminologie auch *Grotbe*, in: MüKo-BGB, § 232 Rn. 1 und *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 232 Rn. 2 f.

³² *Mugdán*, Motive I, S. 387; *Reppen*, in: Staudinger-BGB, Vorbem. zu §§ 232 ff. Rn. 4; *Fabse*, in: Soergel-BGB, Vor § 232 Rn. 7; eingehend beschäftigt sich *Kobler*, ZZP 102 (1989), 58 (59 ff.) mit den einzelnen Gründen zur Sicherheitsleistung im BGB.

³³ Näher zu der Schlüssigkeitsprüfung, die das Amtsgericht im Falle der Antragsstellung durchzuführen hat, siehe unter § 2 III. 2. c) bb) (2) (S. 34).

³⁴ *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 21 Rn. 82; *Grotbe*, in: MüKo-BGB, § 232 Rn. 1; *Fuchs*, in: NK-BGB, § 233 Rn. 8; *Deppenkemper*, in: PWW-BGB, § 232 Rn. 1; *Schmidt-Räntsch*, in: Erman-BGB, § 232 Rn. 9.

beiden Hinterlegungsarten zueinander, denn die an späterer Stelle in Bezug genommenen Sachverhalte in Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug – und vor allem im Kontrahierungszwang – bewegen sich genau an deren Schnittstelle. Im Folgenden werden daher zunächst die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Hinterlegungsalternativen herausgearbeitet. In diesem Rahmen wird aufgezeigt, dass die strikte Trennung zwischen Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und der Hinterlegung als Sicherheitsleistung zwingend ist und nicht vernachlässigt werden darf. Im Anschluss wird erläutert, wie identifiziert werden kann, welche Hinterlegungsart in einem konkreten Sachverhalt einschlägig ist und wie ausnahmsweise eine Sicherheitshinterlegung doch in einer Erfüllungshinterlegung aufgehen kann.

1. Gemeinsamkeiten

Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und die Hinterlegung als Sicherheitsleistung teilen nach Aussage der einschlägigen Literatur mehr als nur einen Teil ihrer Bezeichnung: Für beide soll ein einheitliches formelles Hinterlegungsrecht in Gestalt der Hinterlegungsgesetze der jeweiligen Länder gelten³⁵. Zutreffend ist an dieser Aussage, dass sich der Ablauf der verschiedenen Hinterlegungen grundsätzlich anhand des landesrechtlichen Hinterlegungsgesetzes bestimmt und als Resultat daraus *im Wesentlichen* deckt. Die Behauptung, dass damit ein einheitliches formelles Hinterlegungsrecht für die beiden Spielarten der Hinterlegung existiere, vereinfacht die Rechtswirklichkeit jedoch übermäßig. Allein aufgrund der Tatsache, dass die rechtlichen Anforderungen an das Verfahren aus demselben Gesetz erwachsen³⁶, folgt nicht, dass auch der Ablauf einer Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und einer Hinterlegung als Sicherheitsleistung identisch wären³⁷. So knüpft das formelle Hinterlegungsrecht bestimmte Vorgaben an die Hinterlegungen, die nur in einer bestimmten Modalität der Hinterlegung einen Sinn ergeben. Als Beispiel kann die Befugnis des Hinterlegenden genannt werden,

³⁵ Statt aller *Klein*, MDR 2016, 1181 (1182) m.w.N.

³⁶ Dies ist immer das Hinterlegungsgesetz des Landes, in dem sich die Hinterlegungsstelle befindet.

³⁷ Siehe eingehend zu den durchaus maßgeblichen Unterschieden im Verfahren unter § 2 III. 2. c) (S. 26).

den Empfang einer hinterlegten Sache in seinem Hinterlegungsantrag von der Bewirkung einer Gegenleistung abhängig zu machen³⁸, welche sich nur vor dem Hintergrund des § 373 BGB erklärt und damit autonom für die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat gelten muss. Als Resultat dieser Differenzierung des formellen Hinterlegungsrechts ist es nur konsequent, wenn die Anträge der Hinterlegungsstellen gesonderte Felder für die Hinterlegung zur Befreiung von einer Verbindlichkeit vorsehen³⁹.

Auch wenn das formelle Hinterlegungsrecht damit nicht pauschal zu den Gemeinsamkeiten der beiden Hinterlegungsarten gezählt werden kann, so gleichen sich die Hinterlegungsarten doch in gewissen Aspekten. So entäußert sich in jedem Fall der Hinterlegung eine Person zugunsten einer Hinterlegungsstelle einer Hinterlegungsmasse, die einer anderen Person entweder unmittelbar zufallen soll oder an der diese ein Befriedigungsrecht erhalten soll. Dementsprechend entsteht durch jede Hinterlegung ein mindestens dreiseitiges Rechtsverhältnis zwischen dem Hinterlegenden, dem Hinterlegungsempfänger⁴⁰ und der Hinterlegungsstelle⁴¹. Darüber hinaus existiert in jeder Hinterlegungsmodalität ein Grund dafür, dass der Gegenstand nicht unmittelbar dem Hinterlegungsempfänger zugewendet wird bzw. werden soll. Im Falle der Hinterlegung als Sicherleistung ist noch nicht abschließend geklärt, ob der hinterlegte Gegenstand dem Hinterlegungsempfänger überhaupt zufallen soll; dies hängt von dem Eintritt des (noch) nicht eingetretenen Sicherungsfalls ab. Bei der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat steht hingegen fest, dass der Hinterlegende den Gegenstand an einen Dritten übertragen will⁴². Jedoch muss der Hinterlegungsempfänger

³⁸ Siehe etwa Art. 11 Abs. 4 BayHintG oder § 8 Abs. 2 HintG NRW.

³⁹ Etwa bei dem unter § 6 I. (S. 218) angefügten Vordruck eines Antrag auf Geldhinterlegung des AG Tiergarten existiert etwa ein Feld, in dem die „Gegenleistung“ eingetragen werden soll. In Einklang mit § 9 Abs. 4 BerlHintG soll man dieses laut Vordruck „nicht ausfüllen, wenn die Hinterlegung einer Sicherheitsleistung beantragt wird“.

⁴⁰ Bestehen Unklarheiten über den Hinterlegungsempfänger, wie etwa in Fällen des § 372 S. 2 BGB, können in dieser Position auch mehrere Personen beteiligt sein.

⁴¹ *Wiesemeyer*, Schuld- und Sicherheitshinterlegung, S. 3.

⁴² Siehe zu den Auswirkungen dieses Unterschieds auf den Ablauf unter § 2 III. 2. c) (S. 26).

zunächst die Erbringung einer Gegenleistung nach § 373 BGB nachweisen oder es besteht eine Ungewissheit über die Person des Gläubigers (§ 372 S. 2 BGB).

Charakteristisch für sämtliche Hinterlegungsarten sind damit der äußere Prozess der Hinterlegung und die Funktion der einzelnen Hinterlegungsbeteiligten. Zum anderen existiert immer ein Motiv für die unterlassene Zuwendung des Gegenstandes an den Hinterlegungsgläubiger.

2. Unterschiede

Trotz dieser Gemeinsamkeiten vertritt die ganz herrschende Meinung den Standpunkt, dass die Hinterlegung zur Sicherheitsleistung und die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat strikt voneinander zu trennen sind und dementsprechend auch eine entsprechende Anwendung der Regelungen des jeweils anderen Normbereichs ausgeschlossen ist⁴³. Der – von der ganz herrschenden Meinung meistens unausgesprochene – Grund hierfür liegt in den substantziellen Unterschieden zwischen den beiden Hinterlegungstypen.

a) Sinn und Zweck

Der erste zentrale Unterschied zwischen den Hinterlegungsarten liegt in deren abweichenden Zwecken⁴⁴:

Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat hilft dem Schuldner bei seiner Leistungserbringung, wenn die Leistung aufgrund von Hindernissen in der Sphäre des Leistungsempfängers nicht ohne Weiteres erbracht werden kann. Sie führt unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme des Hinterlegungsgegenstandes gem. § 378 BGB zum Erlöschen der Schuld und ersetzt die gewöhnliche Erfüllung

⁴³ BVerfG, NJW-RR 2016, 1266 (1267); BGH NJW 2012, 1717 (1718); *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 233 Rn. 1, 4; *Fest*, JA 2009, 258 (258 f.) m.w.N.

⁴⁴ Siehe zu diesen Zwecken unter § 2 I. 1. (S. 8) für die Erfüllungshinterlegung und unter § 2 II. 1. (S. 11) für die Sicherheitshinterlegung. Der Unterschied in den Zweckrichtungen der beiden Hinterlegungsarten wird auch von BGH, NJW-RR 2005, 712 angesprochen: „Während die Hinterlegung nach § 372 BGB dem Interesse des leistungswilligen Schuldners Rechnung tragen soll, der sich bei der Erfüllung Hindernissen aus dem Risikobereich des Gläubigers gegenüber sieht [...], geht es im Fall des § 232 BGB darum, den Berechtigten vor drohenden Rechtsnachteilen zu sichern“.

i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB.

Die Hinterlegung als Sicherheitsleistung hingegen dient in erster Linie dem potenziellen Hinterlegungsempfänger und verhilft nur in Ausnahmesituationen dem Hinterlegenden zu einer verbesserten Rechtsposition. Sie sichert vor dem Eintritt des Sicherungsfalls, wobei es im Interesse der Parteien liegt, dass der hinterlegte Gegenstand niemals in den Besitz des potenziellen Hinterlegungsempfängers gelangt. Tritt der Sicherungsfall nicht ein und wird die durch die Hinterlegung gesicherte Leistung durch den Hinterleger störungsfrei erbracht, so entfällt jeder Grund für den letztlichen Austausch der Sicherheitsleistung zwischen den Parteien.

Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat ist damit im Idealfall auf Austausch des Hinterlegungsgegenstandes gerichtet, wohingegen die Hinterlegung als Sicherheitsleistung nur in Problemfällen zu einem abschließenden Gegenstandsaustausch im Hinterlegungsverfahren führen soll. Die Hinterlegung als Sicherheitsleistung ist insofern in geringerem Maße final.

b) Umfang der Hinterlegungsmasse

Einen weiteren Unterschied bildet der Umfang der Hinterlegungsmasse, die der Hinterlegende erbringen muss, um die Wirkung des Erfüllungssurrogats bzw. der Sicherheitsleistung herbeizuführen.

aa) Umfang bei der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat

Die §§ 372 ff. BGB bilden ein Erfüllungssurrogat und sollen mithin die Erfüllung ersetzen. Dementsprechend erschließt sich, dass der Maßstab der Hinterlegung die Schuld sein muss, die durch die Hinterlegung zum Erlöschen gebracht werden soll⁴⁵. Folglich zeitigt eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat nur Wirkungen im materiellen Recht, wenn sie dem Inhalt und den Modalitäten der gegenständlichen Schuld entspricht⁴⁶. Weicht der hinterlegte Gegenstand von der geschuldeten Leistung ab, so erlischt die Schuld – ebenso wie bei einer nicht

⁴⁵ *Gernhuber*, Erfüllung, S. 345.

⁴⁶ *Gernhuber*, Erfüllung, S. 345.

ordnungsgemäßen Erfüllung – grundsätzlich nicht⁴⁷.

Eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat ist außerdem nur hinsichtlich der Gegenstände möglich, die in § 372 S. 1 BGB genannt werden (Geld, Wertpapieren, sonstige Urkunden, Kostbarkeiten)⁴⁸. Deshalb ist etwa die Hinterlegung eines Werkes, um sich damit der Verpflichtung aus § 631 Abs. 1 Var. 1 BGB zu entledigen oder einer Sache, um sich einer Pflicht aus § 985 BGB zu befreien, ausgeschlossen, wenn es sich bei dem Werk bzw. der Sache nicht zugleich um einen der in § 372 S. 1 BGB genannten Gegenstände handelt.

Dass die Hinterlegung im Ergebnis eine Erfüllungswirkung entfaltet, obwohl der hinterlegte Gegenstand nicht zu der geschuldeten Leistung kongruent ist, bildet eine seltene Ausnahme. Dies ist nur der Fall, wenn der Gläubiger sich die Sache nachträglich herausgeben lässt, obwohl er weiß, dass der hinterlegte Gegenstand nicht mit dem ursprünglichen Schuldinhalt übereinstimmt. In diesen Konstellationen ist strittig, wie die Erfüllungswirkung rechtsdogmatisch herzuweisen ist, was jedoch hier nicht weiter ausgeführt werden soll⁴⁹.

bb) Umfang bei der Hinterlegung als Sicherheitsleistung

Anders stellt sich die Lage bei der Hinterlegung als Sicherheitsleistung dar. Ein fester Maßstab für den Umfang der notwendigen Hinterlegungsleistung ist bei

⁴⁷ *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 378 Rn. 24; zu den Rechtsfolgen einer Hinterlegung, die hinter der Schuld zurückbleibt oder diese übersteigt siehe unter § 3 I. 2. d) (2) (S. 92).

⁴⁸ Dazu auch OLG Frankfurt NJW-RR 1988 (443), wonach andere Gegenstände auch nicht mittelbar durch eine auf sie bezogene Urkunde hinterlegt werden können.

⁴⁹ *Gernhuber*, Erfüllung, S. 351 sieht in der Annahme etwa einen konkludenten Änderungsvertrag. Andere Stimmen – wie *Hellwig*, Leistung an Dritte, S. 449; *Müller*, JherJb 41 (1900), 411 (490); *Zeiss*, in: Soergel-BGB, 12. Aufl., § 378 Rn. 3; *Weber*, in: RGRK-BGB, § 378 Rn. 3 und das OLG Naumburg BeckRS 2008, 7269 (Rn. 57) – gehen hingegen von einer „Heilungswirkung“ der Annahme aus. Besonders naheliegend scheint es hingegen, in diesen Situationen ein Erlöschen des Schuldverhältnisses nach § 364 Abs. 1 BGB anzunehmen, denn der Hinterlegungsempfänger bringt durch seine Annahme zum Ausdruck, dass er sich mit der Hinterlegungsleistung zufriedengibt, die damit „an Erfüllung statt“ das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt.

dieser gesetzlich nicht fest geregelt⁵⁰. Ist die Sicherheitsleistung vertraglich vereinbart oder die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung aus einer richterlichen Anordnung entstanden, bestimmt sich die Höhe der Sicherheitsleistung regelmäßig anhand der vertraglichen Vereinbarung oder des Inhalts der Anordnung. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Höhe maßgebend ist, wenn es an einer rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Festsetzung fehlt. Der Gesetzgeber hat diese Unwägbarkeit nicht etwa übersehen, sondern war der Ansicht, dass eine ausdrückliche Regelung nicht erforderlich sei. Er strich daher den ursprünglich geplanten § 199 E I aus den Entwürfen des BGB, wonach der *Wert des zu sichernden Rechts* für die notwendige Höhe der Sicherheitsleistung entscheidend gewesen wäre⁵¹. Tatsächlich ergibt sich – im Einklang mit der Auffassung des historischen Gesetzgebers – der Wert des zu sichernden Rechts als Maßstab bereits aus einer Zweckbetrachtung: In seiner Funktion als Sicherheitsleistung soll der Sicherheitsnehmer vollumfänglich vor einer Verschlechterung seiner Rechtslage geschützt werden. Dies ist allerdings nur der Fall, wenn ihm die vollständige Realisierung des Wertes des gesicherten Rechts garantiert werden kann, bzw. – in den Worten des BGH – das „konkret zu bestimmende Sicherungsinteresse des Gläubigers“ befriedigt wird⁵². Der Begriff „Wert“ bzw. „Sicherungsinteresse“ ist in diesem Kontext jedoch nicht mit dem Begriff des „Schuldumfangs“ im Sinne der vorigen Ausführungen zur Hinterlegung als Erfüllungssurrogat oder mit der Höhe eines zu sichernden Zahlungsanspruchs gleichzusetzen. Der „Wert des zu sichernden Rechts“ ist deutlich variabler als der „Schuldumfang“ und umfasst sämtliche Schäden, die einem Sicherungsnehmer aus dem Eintritt des Sicherungsfalls entstehen können. Dementsprechend kann es im Einzelfall äußerst problematisch sein, den „Wert des zu sichernden Rechts“ zuverlässig zu

⁵⁰ In den §§ 232 ff. BGB ist vereinzelt angegeben, in welchem Umfang ein bestimmter Hinterlegungsgegenstand Sicherheit leisten kann. Dies ist etwa in § 234 Abs. 3 BGB oder §§ 236, 237 BGB der Fall. Dies trifft allerdings keine Aussage darüber, welchen Umfang die Sicherheitsleistung als solche haben muss, um als solche qualifiziert zu werden, sondern trifft allein darüber eine Aussage, in welchem Umfang bestimmte Hinterlegungsgegenstände Sicherheit leisten können.

⁵¹ Dazu auch *Repgen*, in: Staudinger-BGB, Vorb. zu § 232 Rn. 8 f.

⁵² BGH ZIP 1996, 705 (705 ff.) so zu der Höhe einer Sicherheitsleistung bei Dauerschuldverhältnissen im Rahmen des § 26 Abs. 1 S. 1 KapErhG (heute § 22 UmwG).

bestimmen. Es verwundert deshalb nicht, dass der Gesetzgeber im BGB den notwendigen Umfang einer Sicherheitsleistung nicht explizit in Form der Angabe einer Höhe regelte. Im Folgenden soll jedoch im Rahmen einiger Beispiele aufgezeigt werden, dass sich der „Wert des zu sichernden Rechts“ und damit der notwendige Umfang der Sicherheitsleistung regelmäßig anhand des Anlasses für die Sicherheitsleistung ermitteln lässt.

(1) Beispiel: § 775 Abs. 2 BGB

Als erstes Beispiel für eine besonders leicht zu bestimmende Sicherungshöhe soll § 775 Abs. 2 BGB dienen. § 775 Abs. 1 BGB verpflichtet einen Hauptschuldner dazu, seinen Bürgen unter gewissen Voraussetzungen von seiner Bürgschaft zu befreien. Ist die Hauptverbindlichkeit jedoch noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen gem. § 775 Abs. 2 BGB Sicherheit dafür leisten. Da der Bürge im Außenverhältnis gem. § 765 BGB gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger maximal auf die Verbindlichkeit des Hauptschuldners haftet, ist dies der maximale Schaden der ihm entstehen kann. Es entspricht daher den Interessen aller Beteiligten, dass die Sicherheitsleistung dem Umfang nach exakt der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entspricht, denn dies beschreibt den Wert des zu sichernden Rechts präzise⁵³.

(2) Beispiel: § 1218 Abs. 1 BGB

Die Höhe der Sicherheitsleistung kann indessen nicht in sämtlichen Fällen so unproblematisch bestimmt werden. Exemplarisch ist diesbezüglich die Regelung in § 1218 Abs. 1 BGB. Die Norm räumt dem Verpfänder das Recht ein, die Herausgabe einer verderblichen Pfandsache zu verlangen, soweit der Verderb der Sache zu besorgen ist und er im Gegenzug eine „anderweitige Sicherheitsleistung“ gegenüber dem Pfandgläubiger leistet.

Teile der Literatur verstehen die Norm dahingehend, dass der Verpfänder einen Ersatz leisten muss, der ihrem Umfang nach maximal die Höhe der Forderung umfasst. Übertrifft der Wert der Pfandsache die Forderung, müsse der Pfandgläubiger sich daher mit einem Ersatz in Höhe der Forderung

⁵³ So auch *Görmer*, NJW 2012, 263 (263 f.); *Madaus*, in: BeckOGK-BGB, § 775 Rn. 27.

zufriedengeben⁵⁴. Das tragende Argument wird von dieser Auffassung darin erblickt, dass dem Pfandgläubiger – soweit keine anderweitige Abrede besteht – kein Anspruch auf Überdeckung zustehe⁵⁵.

Die Gegenansicht hingegen hält unabhängig von der Höhe der Forderung den Wert der zurückzugebenen Sache als Sicherheitsbetrag für maßgeblich⁵⁶. Es wird angeführt, der Pfand decke auch eine etwaige Schadensersatzpflicht (§ 1210 BGB), woraus eine Schlechterstellung des Pfandgläubigers resultiere, wenn die Sicherheitsleistung auf die Höhe der Forderung begrenzt wäre⁵⁷.

Einigkeit besteht innerhalb dieser Ansichten lediglich dahingehend, dass die Sicherheitsleistung den Wert der Pfandsache – auch wenn die Forderung diesen übersteigt – nicht übertreffen muss⁵⁸.

Aus sicherungsrechtlicher Perspektive ergibt sich jedoch, dass beide Auffassungen nicht überzeugen können: Wie erläutert, ist für die Höhe der Sicherheitsleistung allein der Wert des zu sichernden Rechts maßgebend, wobei zwangsläufig die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden müssen. Entscheidend muss daher sein, welches Recht durch die Sicherheitsleistung i.S.d. § 1218 Abs. 1 BGB gesichert werden soll. Im Rahmen des § 1218 Abs. 1 BGB findet – anders als bei § 1219 BGB – gerade keine Surrogation der Pfandsache statt⁵⁹. Demnach entsteht an der neuen Sicherheitsleistung nicht etwa dadurch ein Pfandrecht, dass sie in die Stellung der ursprünglichen Pfandsache eintritt. Vielmehr haftet die neue Sicherheit im Wege einer eigenen – von dem ursprünglichen Pfandrecht unabhängigen – Sicherheitsleistung für die zuvor pfandgesicherte Forderung⁶⁰. Daraus folgt wiederum, dass allein die zuvor pfandrehtlich

⁵⁴ *Wiegand*, in: Staudinger-BGB, § 1218 Rn. 6; *Kregel*, in: RGRK-BGB, §1218 Rn. 3.

⁵⁵ *Wiegand*, in: Staudinger-BGB, § 1218 Rn. 6 m.w.N.

⁵⁶ *Damrau*, in: MüKo-BGB, § 1218 Rn. 3; *Fahse*, in: Soergel-BGB, Vor § 232 Rn. 9.

⁵⁷ *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR, § 128 Rn. 13; *Damrau*, in: MüKo-BGB, § 1218 Rn. 3.

⁵⁸ *Wiegand*, in: Staudinger-BGB, § 1218 Rn. 6; *Kregel*, in: RGRK-BGB, §1218 Rn. 3; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR, § 128 Rn. 13; *Damrau*, in: MüKo-BGB, § 1218 Rn. 3.

⁵⁹ Statt aller siehe *Damrau*, in: MüKo-BGB, § 1218 Rn. 3.

⁶⁰ *Haertlein*, Haftung, S. 167.

gesicherte Forderung den Sicherungsgegenstand bildet und damit auch allein deren Wert entscheidend für die Höhe der Sicherheitsleistung sein kann. Ein Vergleich zu der ursprünglichen Pfandsache ist nicht angezeigt und kann somit auch keine Aussage über die Höhe der Sicherheitsleistung treffen. Ist der Wert der Pfandsache somit höher als die gesicherte Forderung, muss gem. § 1218 Abs. 1 BGB lediglich Sicherheit in Höhe des Forderungsumfangs geleistet werden. Andererseits – und dies steht im Kontrast zur ganz herrschenden Ansicht – ist ebenso die Höhe der Forderung maßgeblich, wenn diese den Wert der Pfandsache übersteigt. Dies resultiert als Konsequenz daraus, dass die neue Sicherheitsleistung ein eigenes Sicherungsmittel für die Forderung darstellt.

Zweifel an diesem Ergebnis könnten allein daraus resultieren, dass dem Verpfänder durch eine solche Betrachtung eine Art Nachschusspflicht auferlegt wird, wenn der Verderb seiner Pfandsache besorgt wird und der Wert der Forderung den der Pfandsache übersteigt. Dies könnte aus pfandrechtlicher Perspektive eine unzulässige Benachteiligung des Verpfänders darstellen. Andererseits wird spiegelbildlich der Pfandgläubiger in eine missgünstigere Position versetzt, wenn der Wert der Forderung den Wert der Pfandsache übersteigt, so dass es sich allein um einen gerechten Ausgleich der Interessen handelt. Der Verpfänder wird also gerade nicht unsachgemäß benachteiligt.

Damit muss es bei dem Ergebnis bleiben, dass das Gesetz keine Indizien dafür liefert, die Ersatzsicherheitsleistung i.S.d. § 1218 Abs. 1 BGB mit der vorigen Situation des Pfandrechts zu vergleichen, obwohl sämtliche Literaturstimmen eine solche Betrachtung unterstellen. Einen etwaigen Ansatz dafür, dass ein solcher Vergleich notwendig ist, könnte allein der Wortlaut „anderweitige Sicherheit“ bieten⁶¹. Gewöhnlich beschränkt sich das Gesetz darauf, eine „Sicherheit“ zu verlangen und keine „anderweitige Sicherheit“. Diesen Umstand aufgreifend könnte argumentiert werden, die Sicherheitsleistung i.S.d. § 1218 Abs. 1 BGB sei eine Sicherheitsleistung eigener Art und somit auch in seiner Höhe nicht an die Regelungen der § 232 ff. BGB gebunden. Es scheint jedoch eher fernliegend, dem Wort „anderweitig“ – ohne weitere Anhaltspunkte im Gesetz oder der Gesetzesbegründung – eine solch umfangreiche Bedeutung beizumessen und daraus die

⁶¹ Darauf will gerade abstellen Förster, in: BeckOGK-BGB, § 1218 Rn. 1211.

Aussage des Gesetzgebers zu konstruieren, die Höhe der Sicherheitsleistung sei an der ursprünglichen Pfandsache zu orientieren und autonom von § 232 ff. BGB zu beurteilen. Dass die vorangegangene Verpfändung keinen Einfluss auf die Höhe der Sicherheitsleistung haben kann, wird ferner deutlich, wenn die Verpfändung hinweggedacht wird und unmittelbar von einer eigenen Sicherheitsleistung gem. § 232 BGB – auf die § 1218 Abs. 1 BGB nach ganz herrschender Meinung in weiten Teilen verweist⁶² – für die Forderung ausgegangen wird. Auch in diesen Konstellationen wäre unstrittig der Wert der Forderung für die Höhe der Sicherheitsleistung maßgebend. Erwägungen, welche auf den Wert der Pfandsache abstellen, erscheinen folglich sicherungsrechtlich inkonsequent und resultieren aus dem gesetzlich nicht angelegten Unbehagen, den Verpfänder auch zur Leistung einer umfangreicheren Sicherheitsleistung zu verpflichten.

Unter Zugrundelegung der sicherungsrechtlichen Grundwertungen ergibt sich damit, dass die Sicherheitsleistung im Rahmen des § 1218 Abs. 1 BGB ihrer Höhe nach allein von der Forderungshöhe abhängig gemacht werden muss.

(3) Exkurs: Prozessuale Sicherheitsleistung nach § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO

An anderer Stelle räumt der Gesetzgeber den Gerichten ausdrücklich die Möglichkeit ein, den notwendigen Umfang einer Sicherheitsleistung nach freiem Ermessen zu bestimmen. Ausdrücklich ist dies in § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO geregelt. Zwar stellt die prozessuale Sicherheitsleistung i.S.d. § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO strenggenommen eine eigene Art der Sicherheitsleistung dar, die von §§ 232 ff. BGB unabhängig ist⁶³. Jedoch verfolgt auch die prozessuale Sicherheitsleistung den Zweck, den Sicherungsnehmer vor einer drohenden Einbuße zu bewahren (und nicht etwa die Sicherung der Staatskasse auf Zahlung der Gerichtskosten⁶⁴), womit hinsichtlich der Methode zur Ermittlung einer angemessenen Höhe der Sicherheitsleistung eine Vergleichbarkeit zu §§ 232 ff. BGB besteht.

Dadurch, dass den Gerichten in § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO freies Ermessen hinsichtlich der Sicherheitshöhe zur Verfügung gestellt wird, existieren vorerst keine

⁶² *Schulte-Nölke*, in: NHK-BGB, § 1218 Rn. 1 m.w.N.

⁶³ *Grotbe*, in: MüKo-BGB, § 232 Rn. 1.

⁶⁴ Dies ausdrücklich klarstellend auch OLG Stuttgart MDR 1985, 1033.

Maßstäbe für deren Ermittlung. Nichtsdestotrotz muss die Bemessung der Sicherheit durch das Gericht pflichtgemäß geschehen⁶⁵. Die Höhe der Sicherheitsleistung muss sich daher auch im Rahmen des § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO an dem Zweck der Sicherheit, also dem Wert des gesicherten Rechts, orientieren⁶⁶. Da § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO lediglich die Richtschnur für das Ermessen der Richter anlegt und nicht bestimmt, in welchen Fällen Sicherheit konkret zu leisten ist, kommt es für den Zweck der Sicherheitsleistung auf ihre Rechtsgründe an. Exemplarisch hierfür sind die praktisch besonders bedeutsamen §§ 709 S. 1, 711 S. 1 ZPO, die für den Fall der Sicherheitsleistung die vorläufige Vollstreckung durch den Gläubiger beziehungsweise die entsprechende Abwendungsbefugnis des Vollstreckungsschuldners statuieren.

(a) § 709 S. 1 ZPO

§ 709 S. 1 ZPO bürdet dem Gläubiger im Rahmen der Zwangsvollstreckung eine vorherige Sicherleistung im Interesse des Vollstreckungsschuldner auf⁶⁷. Dieser soll durch die Vorschrift davor geschützt werden, dass er zwar die Vollstreckung dulden muss, eventuelle Ersatzansprüche gegen Vollstreckungsgläubiger jedoch – etwa aufgrund einer etwaigen Insolvenz – nicht realisieren kann, wenn sich der Vollstreckungszugriff im Nachgang als objektiv unrechtmäßig herausstellt⁶⁸. Die Sicherheitsleistung besitzt insofern eine Ausfallfunktion für die Ersatzsprüche, die dem Schuldner potenziell zustehen⁶⁹. Nach einhelliger Ansicht zählen zu diesen Ersatzansprüchen insbesondere § 717 Abs. 2 ZPO⁷⁰, aber auch der Erstattungsanspruch hinsichtlich der aus § 788 Abs. 1 ZPO beigetriebenen Zwangsvollstreckungskosten gem. § 788 Abs. 2 ZPO⁷¹. Um damit dem Sinn und Zweck des § 709 S. 1 ZPO nach lückenlosem Schutz des Vollstreckungsschuldners Rechnung zu tragen, sind sämtlich zu befürchtende Schadenposten in Betracht zu ziehen. Dazu zählen neben der titulierten Hauptforderung – die im

⁶⁵ KG NJW 1977, 2270 (2271); *Foerste*, in: Musielak/Voit, § 108 Rn. 2.

⁶⁶ *Wöstmann*, in: NHK-ZPO, § 108 Rn. 5.

⁶⁷ *Götz*, in: MüKo-ZPO, § 709 Rn. 2; *Dölling*, NJW 2014, 2468 (2469).

⁶⁸ *Lackmann*, in: Musielak/Voit, § 709 Rn. 3.

⁶⁹ *Oetker*, ZZP 102 (1989), 449 (449).

⁷⁰ Statt aller *Hess*, in: Wieczorek/Schütze, § 709 Rn. 6 m.w.N.

⁷¹ Zutreffend *Oetker*, ZZP 102 (1989), 449 (450) m.w.N.

Wege der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden soll – auch die Vollstreckungskosten, die bisher angefallenen Zinsen, diejenigen Zinsen, die bis zum Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung anfallen werden, weitere titulierte Nebenforderungen (etwa Kosten aus einem vorgelagerten Mahnverfahren) sowie Anwaltsgebühren⁷². Vereinfacht wird die Bestimmung der Sicherheitsleistung für die Gerichte durch § 709 S. 2 ZPO, der ihnen bei Geldforderungen ermöglicht, die Höhe der Sicherheitsleistung in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages anzugeben. Streng genommen entbindet dies die Gerichte zwar nicht zur Wahrnehmung ihres freien Ermessens im Einzelfall; in der Praxis wird jedoch regelmäßig ein Aufschlag von 10 % bis 20 % für zutreffend gehalten, um damit ungefähr den etwaigen Schaden des Vollstreckungsschuldners abzubilden und so die Prozessökonomie zu steigern⁷³.

(b) § 711 S. 1 ZPO

Ebenso einzelfallbezogen und unter Zugrundelegung des gesetzlichen Zwecks muss der Sicherheitsumfang im Falle des § 711 S. 1 ZPO berechnet werden. Die Vorschrift ermöglicht dem Vollstreckungsschuldner, die Zwangsvollstreckung abzuwenden, indem er seinerseits Sicherheit leistet. Die Sicherheitsleistung nach § 711 S. 1 ZPO trägt dem Interesse des Gläubigers Rechnung, dass ein Vollstreckungserfolg mit Eintritt der Rechtskraft eventuell nicht mehr realisiert werden kann⁷⁴. Dabei kann anders als im Falle des § 709 S. 1 ZPO nicht auf einen normativen Anknüpfungspunkt (§§ 717 Abs. 2, 788 Abs. 2 ZPO) abgestellt werden, denn ein solcher existiert im Rahmen des § 711 S. 1 ZPO nicht, womit ausschließlich abstrakte Kriterien herangezogen werden können⁷⁵. Entscheidend für die Höhe der Sicherheitsleistung ist daher der gesamte potenzielle Ausfallsschaden des Gläubigers⁷⁶. Dieser umfasst zum einen das Erfüllungsinteresse des Gläubigers, aber ebenso einen etwaigen Verzugsschaden, dem – wie etwa im Falle eines

⁷² Hess, in: Wieczorek/Schütze, § 709 Rn. 7; eingehend mit dem Umfang des Ersatzanspruchs nach § 717 Abs. 2 beschäftigt sich *Pecher*; Schadensersatzansprüche, S. 41 ff.

⁷³ Statt aller Hess, in: Wieczorek/Schütze, § 709 Rn. 8 m.w.N.

⁷⁴ BGH NJW 1967, 823; *Oetker*, ZZP 102 (1989), 449 (450) m.w.N.

⁷⁵ *Oetker*, ZZP 102 (1989), 449 (457).

⁷⁶ Hess, in: Wieczorek/Schütze, § 711 Rn. 4 m.w.N.

Räumungsanspruchs bezüglich einer Wohnung⁷⁷ – besonderes Gewicht zukommen kann⁷⁸. Eine variable Begutachtung des Einzelfalls ist damit erforderlich, um den Wert des zu sichernden Rechts zuverlässig bestimmen zu können.

(4) Zwischenergebnis

Die Untersuchungen von §§ 775 Abs. 2, 1218 Abs. 1 BGB sowie § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO haben gezeigt, dass Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten im Bezug auf die Ermittlung des Sicherheitsumfangs im Rahmen einer Sicherheitsleistung nach §§ 232 ff. BGB existieren. Im Unterschied zu einer Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, bei welcher ein fester Maßstab durch den Schuldinhalt gewährleistet ist, bedarf eine Hinterlegung als Sicherheitsleistung eines erhöhten Aufwands, um die notwendige Hinterlegungshöhe zutreffend zu bestimmen. Dies macht deutlich, dass auch die Höhe der erforderlichen Hinterlegungsmasse maßgeblich davon abhängt, ob einer Hinterlegung zu Sicherungszwecken oder als Erfüllungssurrogat stattfindet. Darin liegt mithin ein zentraler Unterschied zwischen den beiden Hinterlegungsarten.

c) Ablauf der Hinterlegung

Wie bereits erläutert, beruht der formelle Ablauf von einer Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und einer Hinterlegung als Sicherheitsleistung auf derselben gesetzlichen Grundlage: den Hinterlegungsgesetzen der Länder. Dementsprechend ist der Ablauf für beide Hinterlegungstypen teilweise identisch. Nichtsdestotrotz ergeben sich im Ablauf der beiden Hinterlegungsarten bedeutende Unterschiede, die sich insbesondere auf die notwendige Formulierung des Hinterlegungsantrags und die Herausgabe der hinterlegten Sache an den potenziellen Empfänger auswirken. Um diese Unterschiede zu illustrieren, wird im Folgenden der prototypische Ablauf einer Erfüllungs- und einer Sicherheitshinterlegung skizziert, wobei auf die jeweiligen Besonderheiten und Unterschiede der Hinterlegungsarten eingegangen wird.

⁷⁷ Ein solcher Sachverhalt lag BGH NJW 1967, 823 zugrunde.

⁷⁸ So schon RGZ 141, 191 (194); BGH NJW 1979, 417 (418), *Hess*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 711 Rn. 4 m.w.N.

aa) Ablauf einer Hinterlegung als Erfüllungssurrogat

Den Ausgangspunkt der Betrachtungen soll die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat gem. §§ 372 ff. BGB bilden. Notwendig ist für eine solche, dass die materiellen Voraussetzungen der Hinterlegung gegeben sind, also ein Schuldverhältnis besteht, es sich um einen zulässigen Hinterlegungsgegenstand handelt (Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden, Kostbarkeiten) sowie ein Hinterlegungsgrund i.S.d. § 372 BGB – beispielsweise der Annahmeverzug des Gläubigers – gegeben ist⁷⁹.

(1) Hinterlegungsantrag

Ist dies der Fall, füllt der Hinterlegende einen Hinterlegungsantrag entsprechend Art. 11 BayHintG aus: Der Antrag muss zum einen den Namen des Hinterlegenden samt Anschrift (Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 BayHintG) sowie eine präzise Beschreibung des Hinterlegungsgegenstandes (Art. 11 Abs. 2 Nr. 2-5 BayHintG) enthalten. Im Übrigen muss der Hinterlegungsantrag im Einklang mit § 374 Abs. 2 BGB die Information darüber enthalten, ob sich der Schuldner die Anzeige der Hinterlegung gegenüber dem Gläubiger vorbehält, Art. 11 Abs. 2 Nr. 6 BayHintG. Tut er dies nicht, gilt die Hinterlegungsstelle gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 BayHintG als ermächtigt, die Anzeige für den Hinterleger vorzunehmen.

Der Hinterlegende muss in dem Antrag außerdem die Tatsachen darlegen, welche die Hinterlegung rechtfertigen (Art. 11 Abs. 3 S. 1 BayHintG). Diese Anforderung ist erfüllt, wenn der Schuldner den gesetzlichen Hinterlegungsgrund aufzeigt⁸⁰. Er legt in seinem Antrag daher die tatsächlichen Umstände dafür dar, dass ein Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Hinterlegungsempfänger besteht, der Hinterlegungsgrund gegeben ist und – sollte dies zweifelhaft sein – der Hinterlegungsgegenstand hinterlegungsfähig ist. Des Weiteren wird der Schuldner die Gegenleistung angeben, von der er gem. § 373 BGB das Recht des Gläubigers zum Empfang der hinterlegten Sache abhängig machen kann, vgl. Art. 11 Abs. 4 BayHintG. Schließlich erklärt der Schuldner in seinem

⁷⁹ Siehe dazu schon unter § 2 I. 2. (S. 10).

⁸⁰ *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 11 Rn. 20.

Hinterlegungsantrag, dass er auf das Recht zur Rücknahme aus § 376 Abs. 1 BGB gem. § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB verzichtet, um damit der Hinterlegung gem. § 378 BGB ihr Gepräge als Erfüllungssurrogat zu verleihen.

Verzichtet der Schuldner hingegen nicht auf sein Recht zur Rücknahme aus § 376 Abs. 1 BGB, tritt die Erfüllungswirkung aus § 378 BGB zunächst nicht ein. Stattdessen greift § 379 BGB, wonach die Hinterlegung den Schuldner allein dazu berechtigt, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen. Schuldbefreiende Wirkung kommt einer solchen Hinterlegung nicht zu. Allerdings kann der Gläubiger im Falle einer solchen Hinterlegung gegenüber der Hinterlegungsstelle die Annahme erklären. Wenn dadurch gem. § 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB das Rücknahmerecht des Schuldners wiederum ausgeschlossen wird, tritt sodann die Erfüllungswirkung nach § 378 BGB ein.

(2) Annahmeanordnung

Nachdem der Schuldner seinen Hinterlegungsantrag der Hinterlegungsstelle übermittelt hat, liegt es gem. Art. 10 Abs. 2 Nr. 1 BayHintG an der Hinterlegungsstelle, die Annahme der Hinterlegung anzuordnen. Bevor sie dies tut, hat sie den Antrag des Schuldners einer Schlüssigkeitskontrolle zu unterziehen, wobei der Sachvortrag des Schuldners zugrunde zu legen ist⁸¹. Eine Überprüfung der tatsächlichen Sachlage findet indessen nicht statt⁸². Der Grund dafür liegt darin, dass der Amtsermittlungsgrundsatz aus § 24 Abs. 1 S. 1 BVwVfG lediglich für Sachverhalte im öffentlichen Interesse Anwendung findet⁸³, das Hinterlegungsverfahren jedoch im Interesse von Gläubiger und Schuldner – also von Privatpersonen – erfolgt⁸⁴. Kommt die Hinterlegungsstelle im Folgenden zu dem Schluss, dass auf Grundlage des Antrags Sachverhalts eine Hinterlegung rechtmäßig wäre, hat sie eine Annahmeanordnung zu erlassen und diese den Beteiligten mitzuteilen, Art. 10 Abs. 3 BayHintG. Die Annahmeanordnung stellt eine

⁸¹ BayObLG Rpfleger 1980, 186 (187); *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 11 Rn. 22.

⁸² *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 11 Rn. 22.

⁸³ *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 24 Rn. 1 ff.

⁸⁴ Vgl. auch *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 11 Fn. 24.

Verfügung dar⁸⁵ und bildet mithin einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 BVwVfG.

(3) Vollziehung der Hinterlegung

Gem. Art. 10 Abs. 1 BayHintG fehlt es in diesem Moment für das Zustandekommen des Hinterlegungsverhältnisses lediglich an der „Vollziehung“ der Hinterlegung. Die Vollziehung stellt als Realakt des Hinterlegenden das Spiegelbild zu der Annahmeanordnung der Hinterlegungsstelle dar und ist unverzichtbare Voraussetzung für eine formal wirksame Hinterlegung⁸⁶. Um eine rechtmäßige Vollziehung der Hinterlegung herbeizuführen, muss der Schuldner nach Maßgabe des Art. 12 BayHintG den zur Hinterlegung angenommenen Gegenstand – abhängig von seiner Art – einzahlen (Art. 12 Nr. 1 BayHintG), einbuchen (Art. 12 Nr. 2 BayHintG) oder an die Hinterlegungsstelle übergeben (Art. 12 Nr. 3 BayHintG). Hat er diese Anforderung erfüllt, wird ihm von der Hinterlegungsstelle ein Hinterlegungsschein ausgestellt⁸⁷ und die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 10 Abs. 1 BayHintG sind erfüllt: Es entsteht ein Hinterlegungsverhältnis. War es früher noch strittig, ob es sich dabei um eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Beziehung handelt, besteht heute Konsens dahingehend, dass es sich um ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur handelt⁸⁸.

(4) Herausgabeantrag und Herausgabeanordnung

Aus diesem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis wiederum erwächst für den Gläubiger ein öffentlich-rechtlicher Herausgabeanspruch gegen die Hinterlegungsstelle⁸⁹. Dementsprechend liegt es an ihm, einen Antrag auf eine Herausgabe gem. Art. 19 Abs. 1 BayHintG an die Hinterlegungsstelle zu richten,

⁸⁵ Eine ausdrückliche Regelung darüber fehlt im BayHintG, siehe aber § 7 S. 1 HintG NRW.

⁸⁶ *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 12 Rn. 1.

⁸⁷ Dies findet sich nicht ausdrücklich in den Hinterlegungsgesetzen, entspricht aber der ganz üblichen Praxis, vgl. *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 12 Rn. 9.

⁸⁸ Instruktiv zu dem Streit und seiner geschichtlichen Entwicklung *Olzen*, in: Staudinger-BGB, Vor §§ 372 ff. Rn. 10 ff.

⁸⁹ *Olzen*, in: Staudinger-BGB, Vor §§ 372 ff. Rn. 11.

der gem. Art. 19 Abs. 2 BayHintG seinen Namen, seine Anschrift und die Bezeichnung des hinterlegten Gegenstandes sowie eine Darlegung und den Nachweis der Umstände enthalten muss, aus denen sich seine Empfangsberechtigung ergibt.

Die Voraussetzungen für eine solche Empfangsberechtigung ergeben sich aus Art. 20 BayHintG. Im Falle der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat ist diese grundsätzlich gegeben, da die Herausgabebewilligung des Schuldners, die normalerweise gem. Art. 20 Abs. 1 Nr. 2 BayHintG erforderlich wäre, durch den Verzicht auf das Recht zur Rücknahme des hinterlegten Gegenstandes gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 BayHintG fingiert wird. Da der Schuldner jedoch von seinem Recht aus § 373 BGB Gebrauch gemacht und das Recht des Gläubigers zum Empfang der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig gemacht hat, greift die Fiktion gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 BayHintG nicht ein.

Für den Hinterlegungsempfänger bedeutet dies, dass sein Herausgabeantrag gem. Art. 19 Abs. 2 Nr. 3 BayHintG den „Nachweis“ der Umstände enthalten muss, aus denen sich seine Empfangsberechtigung – hier: die Erbringung der Gegenleistung – ergibt. Ein bloßes Glaubhaftmachen genügt nicht, sondern die vom Gläubiger beigebrachten Beweismittel müssen bei der Hinterlegungsstelle die – am Maßstab des streitigen Zivilprozesses aus § 286 ZPO orientierte – volle Überzeugung begründen, dass er seiner Gegenleistungspflicht nachgekommen ist⁹⁰.

An dieser Stelle treten bedeutende Unterschiede zwischen den Hinterlegungsgesetzen der Länder auf: Während das BayHintG in Art. 20 Abs. 1 BayHintG – zur Entlastung der Hinterlegungsstellen von der Prüfung materiellrechtlicher Fragen – einen abschließenden Katalog für Nachweismöglichkeiten eröffnet⁹¹, stellen andere Bundesgesetze, wie etwa § 22 Abs. 3 HintG NRW, nur

⁹⁰ So auch KG BeckRS 2019, 1310 (Rn. 16); *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 373 Rn. 20; zumindest mit den Hinweis darauf, dass ein Beweis erforderlich ist *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 373 Rn. 8.

⁹¹ Dazu *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 20 Rn. 23.

Beispiele für Nachweismöglichkeiten auf⁹². In Bayern bedarf der Hinterlegungsempfänger daher regelmäßig einer Freigabeerklärung nach Art. 20 Abs. 1 Nr. 2 BayHintG⁹³. In Bundesländern, in denen der Hinterlegungsempfänger nicht an bestimmte Beweismittel gebunden ist, kann er den Nachweis regelmäßig im Wege des Urkundenbeweises, etwa durch Vorlage einer Quittung nach § 368 BGB, erbringen.⁹⁴ Kann der Gläubiger den Nachweis nicht erbringen, kann er von Schuldner gem. § 380 BGB die Abgabe einer Erklärung verlangen, die seine Berechtigung anerkennt. Diese kann er wiederum der Hinterlegungsstelle als Nachweis vorlegen⁹⁵. Dadurch wird verhindert, dass dem Gläubiger durch das formelle Hinterlegungsrecht Hindernisse bei der Durchsetzung eines Anspruchs entstehen, dessen Voraussetzungen nach dem materiellen Recht erfüllt sind⁹⁶.

Nachdem der Gläubiger somit seine Gegenleistung erbracht hat und dies gegenüber der Hinterlegungsstelle – notfalls nach Durchsetzung seines Anspruchs aus § 380 BGB – nachgewiesen hat, trifft diese gem. Art. 18 Abs. 2 Nr. 1 BayHintG die Verpflichtung, die Herausgabe der hinterlegten Sache

⁹² Dafür, dass – mit Blick auf die § 13 der mittlerweile nicht mehr in Kraft befindlichen HintO – der Wortlaut „namentlich“ so interpretiert werden muss, dass die dort aufgezählten Nachweismöglichkeiten nicht abschließenden sind: KG, NJW-RR 2008, 1540.

⁹³ *Wiedemann/Armbuster*, RPFleger 2012, 1 (3).

⁹⁴ Darüber hinaus steht die ganz herrschende Meinung auf dem Standpunkt, dass im Hinterlegungsverfahren *ausschließlich* der Urkundenbeweis zulässig wäre, siehe etwa *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 380 Rn. 4; *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 372 Rn. 142.2; *Bülow/Schmidt*, HintO, § 13 Rn. 17 f. jeweils m.w.N. Dies folge aus der Natur des schriftlich geführten Hinterlegungsverfahrens sowie daraus, dass die Hinterlegungsgesetze der Länder – etwa Art. 20 Abs. 3 BayHintG – die (ggf. beglaubigte) Urkunde ausdrücklich als taugliches Nachweismittel zulassen.

⁹⁵ So ausdrücklich BGH, NJW-RR 2005, 712 (713 f.). Teilweise wird in der Literatur, etwa *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 380 Rn. 2, davon ausgegangen, dass der Gläubiger einen Anspruch auf Abgabe einer Freigabeerklärung aus § 380 BGB ableiten könne. Eine Freigabeerklärung bezeichnet indessen eine Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle und nicht die vom Wortlaut des § 380 BGB eindeutig vorgeschriebene Erklärung gegenüber dem Gläubiger. Ein Anspruch eine Freigabeerklärung besteht deshalb nicht.

⁹⁶ *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 380 Rn. 2.

– in Form der sog. Herausgabeeanordnung – anzuordnen.

(5) Vollziehung der Herausgabe

Nachdem eine Herausgabeeanordnung ergangen ist, steht der Beendigung des Hinterlegungsverhältnisses – und damit dem Abschluss des gesamten Hinterlegungsprozesses – gem. Art. 18 Abs. 1 BayHintG lediglich die Vollziehung der Herausgabe entgegen. Die maßgebliche Regelung dafür bildet Art. 23 BayHintG, nach der die Vollziehung der Herausgabe durch Auszahlung, Übertragung oder Übergabe stattfindet. Wenn die vorigen Schritte der Hinterlegung zu keinen Problemen geführt haben, wird auch dieser abschließende Hergang regelmäßig keine Komplikationen bereiten. Nach Abschluss der Vollziehung der Herausgabe ist die Hinterlegung beendet: Der Gläubiger hat die hinterlegte Sache in seinem Besitz und der Schuldner wurde von seiner Verbindlichkeit aus dem Schuldverhältnis befreit, § 378 BGB.

(6) Zusammenfassung

Überblicksartig lässt sich damit zusammenfassen, dass der Ablauf einer Hinterlegung als Erfüllungssurrogat im Wesentlichen sechs Schritte umfasst:

- (1) die Stellung eines Hinterlegungsantrags durch den Schuldner,
- (2) den Erlass einer Annahmeanordnung durch die Hinterlegungsstelle,
- (3) die Vollziehung der Hinterlegung,
- (4) die Stellung eines Herausgabeeantrags durch den Gläubiger,
- (5) den Erlass einer Herausgabeeanordnung durch die Hinterlegungsstelle, sowie
- (6) die abschließende Vollziehung der Herausgabe.

bb) Ablauf einer Hinterlegung als Sicherheitsleistung

Dieser prototypische Ablauf einer Hinterlegung als Erfüllungersatz mit seinen sechs Schritten lässt sich nicht auf die Sicherheitshinterlegung übertragen. Dort bildet es nach der Interessenlage der Parteien die Ausnahme, dass der Gegenstand am Ende des Hinterlegungsverfahrens an den Hinterlegungsempfänger herausgegeben wird. Dementsprechend muss bei der Sicherheitshinterlegung beachtet

werden, dass diese nicht über einen „gewöhnlichen“ Ablauf verfügt, sondern ab einem gewissen Zeitpunkt in dem Hinterlegungsprozess zwischen zwei Szenarien – dem Eintreten und dem Ausbleiben des Sicherungsfalls – unterschieden werden muss.

(1) Hinterlegungsantrag

Die einleitende Handlung des Hinterlegenden ist jedoch auch bei der Sicherheitshinterlegung der Hinterlegungsantrag. Auch hier muss der Sicherungsgeber einen solchen bei der Hinterlegungsstelle einreichen.

Dabei ergibt sich im Vergleich zu der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat der Unterschied, dass der Hinterlegende nicht auf sein Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache gem. § 376 Abs. 1 BGB verzichten wird. Sinn macht ein solcher Verzicht nur vor dem Hintergrund des § 378 BGB und der Funktion der Hinterlegung als Erfüllungsersatz. Da die Erzielung einer Erfüllungswirkung durch den Hinterlegenden jedoch nicht angestrebt wird, würde ein Verzicht auf das Recht zur Rücknahme ihn allein in seiner Rechtsposition schwächen und ihm keine Vorteile einbringen. Des Weiteren besteht für den Sicherungsgeber kein Anspruch auf eine Gegenleistung für die Hinterlegung, von der er die Herausgabe i.S.d. § 373 BGB abhängig machen könnte. Dementsprechend wird der Sicherungsgeber auch auf einen entsprechenden Hinweis in seinem Hinterlegungsantrag verzichten. Nichtsdestotrotz muss der Sicherungsgeber in seinem Hinterlegungsantrag den Sachverhalt, aufgrund dessen sich die Hinterlegung rechtfertigt, darlegen. Dies ergibt sich etwa aus Art. 11 Abs. 3 S. 1 BayHintG. Im Übrigen hat der BGH aufgrund der dinglichen Wirkung des § 233 BGB⁹⁷ bei der Hinterlegung zur Sicherheitsleistung höhere Anforderungen an die Benennung des Hinterlegungsempfängers gestellt als bei der Erfüllungshinterlegung⁹⁸. Der Hinterlegungsempfänger muss auf Grundlage des Antrags deshalb eindeutig identifizierbar sein, damit die Rechtsfolgen der Sicherheitshinterlegung eintreten können.

⁹⁷ Dazu sogleich unter § 2 III. 2. c) bb) (3) (S. 34).

⁹⁸ BGH, NJW-RR 2005, 712 (714); mittelbar bestätigt durch BVerfG, NJW-RR 2016, 1266 (1267).

Aufgrund der praktischen Relevanz der Hinterlegung zur Durchführung und Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen, enthalten die Vordrucke der Hinterlegungsstellen in der Regel bereits vorformulierte Felder zum Ankreuzen für diese Situationen⁹⁹.

(2) Annahmeanordnung

Im Anschluss an den Hinterlegungsantrag erlässt die Hinterlegungsstelle – ebenso wie bei einer Hinterlegung als Erfüllungssurrogat – nach der Durchführung einer Schlüssigkeitskontrolle eine Annahmeanordnung nach Art. 10 Abs. 2 Nr. 1 BayHintG. Diesbezüglich bestehen keine Unterschiede zu der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat. Ebenso wird die Annahmeanordnung gem. Art. 10 Abs. 3 BayHintG den Beteiligten bekannt gegeben.

(3) Vollziehung der Hinterlegung

Im Anschluss daran steht wiederum die Vollziehung der Hinterlegung bevor. Für diese findet auch hier Art. 12 BayHintG Anwendung, was bedeutet, dass der Hinterlegende eine Geldsumme einzahlen, entsprechendes Wertpapierguthaben einbuchen oder sonstige Gegenstände übergeben muss. Durch die Vollziehung der Hinterlegung und das gleichzeitige Entstehen des Hinterlegungsverhältnisses tritt im Falle der Sicherheitshinterlegung jedoch bereits eine Rechtswirkung ein, die der Erfüllungshinterlegung fremd ist. So ordnet § 233 BGB an, dass der Berechtigte „mit der Hinterlegung“ ein Pfandrecht an der Hinterlegungsmasse bzw. dem Rückerstattungsanspruch des Hinterlegers erwirbt. „Mit der Hinterlegung“ meint im Kontext des § 233 BGB gerade die Vollziehung der Hinterlegung, was zwar aus dem Wortlaut nicht eindeutig hervorgeht, sich jedoch zumindest daraus ergibt, dass erst mit dieser das Hinterlegungsverhältnis begründet wird. Sobald die Hinterlegung zur Sicherheitsleistung demnach vollzogen wurde, erlangt der Empfangsberechtigte bereits eine *dingliche Rechtsposition*. Daraus erklärt sich wiederum, dass der Berechtigte aus dem Hinterlegungsantrag eindeutig hervorgehen muss¹⁰⁰, um so eine zweifelsfreie Zuordnung dieses dinglichen Rechts zu

⁹⁹ Siehe dazu etwa das Beispiel im Anhang für eine Hinterlegung als Sicherheitsleistung unter § 6 II. (S. 220).

¹⁰⁰ Mit dieser Anforderung deshalb BGH, NJW-RR 2005, 712 (714).

ermöglichen.

(4) Eintritt in Schwebezustand

Mit der Vollziehung der Sicherheitshinterlegung tritt sodann ein Schwebezustand ein, in welchem sich klärt, ob die Sicherheit verwertet wird oder an den Hinterlegenden zurückgewährt werden muss¹⁰¹. Für die Dauer des Schwebezustandes verbleibt die Hinterlegungsmasse damit zunächst bei der Hinterlegungsstelle. Im weiteren Fortgang muss sodann danach unterschieden werden, ob der Sicherungsfall ausgeblieben oder eingetreten ist.

(a) Ausbleiben des Sicherungsfalls

Zunächst soll angenommen werden, dass der Sicherungsfall – wie von den Parteien regelmäßig angestrebt¹⁰² – nicht eintritt, der Hinterlegende also etwa ein Darlehen, für das er eine Sicherheit hinterlegt hatte, mittlerweile zurückgezahlt hat. Es ist ersichtlich, dass der hinterlegte Betrag oder Gegenstand nun an den Hinterlegenden zurückgewährt werden muss. Gem. Art. 18 Abs. 2 Nr. 1 BayHintG setzt die Anordnung der Herausgabe den Antrag eines „Beteiligten“ voraus. Wer Beteiligter in diesem Sinne ist, richtet sich nach Art. 5 Abs. 1 BayHintG und umfasst nicht nur den Hinterlegungsempfänger, sondern gem. Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 BayHintG auch den Hinterlegenden. In der Regel wird deshalb im Fall der Sicherheitshinterlegung der Hinterlegende den Antrag nach Art. 19 BayHintG auf Herausgabe der Hinterlegungsmasse an sich selbst stellen. Dabei muss er auch hier gem. Art. 19 Abs. 2 Nr. 3 BayHintG seine Empfangsberechtigung – durch die in Art. 20 Abs. 1 BayHintG genannten Beweismittel, bzw. in anderen Bundesländern in beliebiger Form¹⁰³ – *nachweisen*. Da sich die Empfangsberechtigung weder aus einem Recht ergibt, den hinterlegten Gegenstand zurückzunehmen (Art. 20 Abs. 1 Nr. 1 BayHintG) noch aus einer rechtskräftigen Entscheidung (Art. 20 Abs. 1 Nr. 3 BayHintG), bleibt dem Hinterlegenden nur die Herausgabebewilligung der übrigen Beteiligten bei der Hinterlegungsstelle nach Art. 20 Abs. 1 Nr. 2 BayHintG. Diese

¹⁰¹ *Smid/Hartmann*, in: Wieczorek/Schütze, § 109 Rn. 1.

¹⁰² Wie dargestellt, besteht bei den Parteien der Hinterlegung ganz regelmäßig ein Bedürfnis nach dem Ausbleiben des Sicherungsfalls, siehe dazu unter § 2 III. 2. a) (S. 16)

¹⁰³ Zu diesem Unterschied schon unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

Herausgabebewilligung wird üblicherweise als „Freigabeerklärung“ bezeichnet und wird auch in anderen Hinterlegungsordnungen als Beispiel für die bestehende Herausgabeberechtigung aufgeführt, etwa § 17 Abs. 3 Nr. 1 BerlHintG oder § 22 Abs. 3 Nr. 1 HintG NRW¹⁰⁴. Hat der Sicherheitsnehmer demnach seine Freigabeerklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle abgegeben, geht das Verfahren in die nächste Stufe über. Gleiches gilt, wenn das Landesrecht eine Freigabeerklärung für den Nachweis der Empfangsberechtigung nicht zwingend vorsieht und der Hinterlegende durch Vorlegen von Beweismitteln seine Freigabeberechtigung nachweisen kann.

Gibt der Sicherheitsnehmer hingegen freiwillig keine Freigabeerklärung ab, und sieht das Landesrecht eine Freigabeerklärung als Nachweis der Herausgabeberechtigung zwingend vor, muss der Hinterlegende die Freigabeerklärung gegebenenfalls gerichtlich einklagen. Ein entsprechender Anspruch auf Abgabe der Freigabeerklärung ergibt sich dabei durch Auslegung der *Sicherheitsabrede*, die zwischen den Parteien zum Zwecke der Sicherheitsleistung geschlossen wurde, bzw. aus der entsprechenden gesetzlichen Anordnung¹⁰⁵. Jedenfalls auf diese Weise gelingt es dem Hinterlegenden – wenn auch nur über den Umweg eines risikobehafteten Prozesses – seine Hinterlegungserechtigung nachzuweisen.

(b) Eintritt des Sicherungsfalls

Gänzlich anders stellt sich der Fortgang nach der Schwebephase dar, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist¹⁰⁶. In diesem Fall kann der Sicherheitsnehmer von seinem dinglichen Pfandrecht, das gem. § 233 BGB durch die Hinterlegung entstanden ist, Gebrauch machen. Trotzdem muss der Sicherungsnehmer zuvor in den Besitz der Hinterlegungsmasse gelangen, um diese verwerten zu können. Prozessual ergeben sich diesbezüglich kaum Unterschiede zu dem Fall, in dem der

¹⁰⁴ Ein Vordruck einer solchen Freigabeerklärung des Amtsgericht Tiergarten ist dem Anhang beigelegt, siehe § 6 III. (S. 220).

¹⁰⁵ Mit Verweis auf § 17 Nr. 8 VOB/B und § 109 ZPO und ohne konkretes Abstellen auf die Sicherheitsabrede: *Dennhart*, in: BeckOK-BGB, § 233 Rn. 5.

¹⁰⁶ Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Schuldner seine durch Hinterlegung abgesicherte Darlehensschuld im Fälligkeitszeitpunkt nicht begleicht.

Sicherungsgeber die Sicherheit herausverlangt. Der Herausgabeantrag wird jedoch in diesem Fall von dem Hinterlegungsempfänger stammen, weshalb dieser den Nachweis seiner Herausgabeberechtigung – soweit das Landesrecht dies zulässt – etwa durch Vorlage von Urkunden gegenüber der Hinterlegungsstelle nachweisen kann, oder auf Abgabe einer – gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzenden – Freigabeerklärung durch den Sicherheitsgeber angewiesen ist.

(c) Sonderfall: Prozessuale Sicherheitsleitung

Einem Sonderregime ist wiederum die prozessuale Sicherheitsleistung als Unterfall der gewöhnlichen Sicherheitsleistung unterstellt. Gem. § 109 Abs. 1 ZPO hat das Gericht nach Wegfall der Veranlassung für die Sicherheitsleistung auf Antrag eine Frist zu bestimmen, binnen der ihm die Partei, zu deren Gunsten die Sicherheit geleistet ist, die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit zu erklären oder die Erhebung der Klage wegen ihrer Ansprüche nachzuweisen hat. Kommt der Berechtigte weder der Aufforderung zur Einwilligung noch zur Klageerhebung innerhalb der Frist nach, ordnet das Gericht gem. § 109 Abs. 2 ZPO auf Antrag die Rückgabe der Sicherheit an. Demgegenüber ergibt sich eine weitere Erleichterung aus § 715 Abs. 1 ZPO, wenn die Sicherheitsleistung zum Zwecke der vorläufigen Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils erfolgte. In diesem Fall ordnet das Gericht die Rückgabe der Sicherheit bereits an, wenn ein Zeugnis über die Rechtskraft des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils vorgelegt wird. Diese gerichtliche Anordnung kann dann – etwa gem. Art. 20 Abs. 1 Nr. 3 BayHintG – zum Nachweis der Empfangsberechtigung gegenüber der Hinterlegungsstelle genutzt werden.

(5) Herausgabeanordnung und Vollziehung der Herausgabe

Abhängig von dem Ausgang des Schwebezustands erlässt die Hinterlegungsstelle sodann die Herausgabeanordnung zugunsten desjenigen, der seine Herausgabeberechtigung nachgewiesen hat, Art. 18 Abs. 2 Nr. 1 BayHintG, und vollzieht die Herausgabe, Art. 13, 23 BayHintG.

(6) Gegebenenfalls: Verwertung der Hinterlegungsmasse

Ist die Herausgabe an den Sicherheitsgeber erfolgt, ist das Hinterlegungsverfahren damit beendet. Dies gilt zwar strenggenommen auch, wenn die Herausgabe an

den Sicherheitsnehmer erfolgt, jedoch schließt sich in diesen Fällen zwangsläufig ein weiterer Schritt an: die Verwertung der Sicherheit. Handelte es sich bei dem hinterlegten Gegenstand – wie regelmäßig bei der Hinterlegung – um Geld, so kann der Sicherungsnehmer sich dieses nach herrschender Meinung schlicht aneignen¹⁰⁷. Andernfalls erfolgt die Verwertung des Pfandrechts bei einem Pfandrecht an einem hinterlegten Gegenstand durch Verkauf gem. §§ 1228, 1231 BGB bzw. bei einem Pfandrecht an einem Herausgabeanspruch gem. §§ 1282, 1288 BGB durch Einziehung¹⁰⁸.

(7) Zusammenfassung

Eine Sicherheitshinterlegung folgt damit in der Regel diesem Ablauf:

- (1) Hinterlegungsantrag durch den Sicherheitsgeber,
- (2) Erlass der Annahmeverfügung durch die Hinterlegungsstelle,
- (3) Vollziehung der Hinterlegung,
- (4) Eintritt eines Schwebezustandes, entweder
 - (a) Ausbleiben des Sicherungsfalls, oder
 - (b) Eintritt des Sicherungsfalls
- (5) Herausgabeantrag durch Sicherheitsgeber oder Sicherheitsnehmer,
- (6) Erlass einer Herausgabeanordnung durch die Hinterlegungsstelle,
- (7) Vollziehung der Herausgabe, und
- (8) bei Herausgabe an Sicherheitsnehmer: Verwertung der Sicherheit.

cc) Zwischenergebnis

Die Abläufe einer Erfüllungshinterlegung und einer Sicherheitshinterlegung unterscheiden sich damit maßgeblich. Die Sicherheitshinterlegung verfügt über eine Schwebephase, in der bereits ein dingliches Recht zugunsten des Hinterlegungsempfängers entsteht. Eine solche Schwebephase ist der Erfüllungshinterlegung

¹⁰⁷ Förster, in: BeckOGK-BGB, § 1228 Rn. 9 m.w.N.

¹⁰⁸ So auch Bach, in: BeckOGK-BGB, § 233 Rn. 19.

fremd. Im Übrigen existieren im Rahmen der Erfüllungshinterlegung bestimmte Sondervorschriften, wie etwa §§ 373, 378, 379, 380 BGB, die bei einer Sicherheits hinterlegung keine Anwendung finden.

3. Konsequenzen für das Verhältnis

Es wurde damit aufgezeigt, dass die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und die Hinterlegung als Sicherheitsleistung zwar einige Gemeinsamkeiten aufweisen, sie sich jedoch in drei zentralen Punkten unterscheiden: Sie divergieren bereits in der teleologischen Grundausrichtung sowie hinsichtlich des Umfangs der Hinterlegungsleistung. Ebenso hängt der prozessuale Ablauf der Hinterlegung maßgeblich von dem Charakter der jeweiligen Hinterlegung ab. Die Konsequenz aus diesen Unterschieden liegt darin, dass die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und die Hinterlegung als Sicherheitsleistung strikt voneinander zu trennen sind. Eine Vermischung der beiden Hinterlegungsformen im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens wäre rechtsfehlerhaft und eine Anwendung der jeweiligen Normenkomplexe aufeinander würde zu inkonsistenten Ergebnissen führen. Diesen Standpunkt teilt die ganz herrschende Meinung¹⁰⁹.

Eine davon abweichende Ansicht wird in der Literatur nur sporadisch vertreten: *Larenz/Wolf* stellen etwa fest, dass die Regelungen der §§ 372 ff. BGB auch im Rahmen der Hinterlegung zur Sicherheitsleistung Anwendung finden sollten¹¹⁰. Eine Begründung für dieses Vorgehen liefern sie indessen nicht. *Schreiber* führt aus, dass § 378 BGB „auf die prozessuale Hinterlegung einer Sicherheit“ angewendet werden und diese bei Rücknahmeverzicht als „Hinterlegung gemäß § 372 BGB“ betrachtet werden solle, was durchaus als Forderung nach einer analogen Anwendbarkeit der Regelungskomplexe aufeinander verstanden werden

¹⁰⁹ BVerfG NJW-RR 2016, 1266; BGH, NJW-RR 2005, 712 (714); *Klein*, MDR 2016, 1181 (1181 f.); *Buck-Heeb*, in: Erman-BGB, vor § 372 Rn. 2; *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 372 Rn. 2; *Grüneberg*, in: Palandt, Einf. § 372 Rn. 3; *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 372 Rn. 23; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, Vorb. § 372 Rn. 6; *Stürner*, in: Jauernig-BGB, Vorb. zu § 372 Rn. 2.

¹¹⁰ So heißt es bei *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 53 Rn. 12 im Rahmen der Sicherheitsleistung: „Im Übrigen gelten §§ 372 ff.“ In der Neuauflage bei *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 21 Rn. 82 ff. sind entsprechende Ausführungen nicht mehr vorhanden.

kann¹¹¹. Ebenso wird in der Rechtsprechung teilweise angenommen, dass die Regelungen der Erfüllungshinterlegung ohne Weiteres auf die Hinterlegung zur Sicherheitsleistung anwendbar seien. So bestätigte jüngst das OLG Naumburg – ebenfalls ohne Begründung – einen landgerichtliche Prozesskostenhilfebeschluss¹¹², in dem im Rahmen einer Sicherheitshinterlegung ein Verzicht auf das Recht zur Rücknahme nach § 376 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB angenommen wurde. Das Bundesverfassungsgericht hob den Beschluss auf eine Verfassungsbeschwerde hin auf¹¹³. Es verwies darauf, dass die Auffassung des OLG Naumburg „weder mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch der einhelligen Auffassung in der Literatur im Einklang“ stehe und stellte fest, dass Unterschiede im Ablauf der Hinterlegungen es rechtfertigten, gesonderte Normkomplexe für die beiden Hinterlegungsarten heranzuziehen¹¹⁴.

Unter Zugrundelegung der bisher gesammelten Erkenntnisse ist diese „einhellige Auffassung in der Literatur“ und die höchstrichterliche Rechtsprechung überzeugend und der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts können sogar noch einige Aspekte hinzugefügt werden: Wenn für die beiden Hinterlegungsarten solche unterschiedliche Grundbedingungen hinsichtlich des Zwecks, des Umfangs der Hinterlegungsmasse und schließlich des Ablaufs bestehen, würde ein Transfer der Regelungen über die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat in der Recht der Hinterlegung als Sicherheitsleistung mehr Unklarheiten schaffen, als es nutzen würde. Es wäre etwa unklar, welche Bedeutung den einzelnen Normen der §§ 372 ff. BGB im Kontext der Hinterlegung als Sicherheitsleistung beigemessen werden kann: Würde die Anwendung des § 373

¹¹¹ *Schreiber*, in: Soergel-BGB, § 378 Rn. 4. Dem muss allerdings zugutegehalten werden, dass der Autor wohl eigentlich die Umwandlung einer Sicherheitsleistung zu einer Erfüllungshinterlegung (siehe dazu unter § 2 III. 5. (S. 44)) meint, dies jedoch nicht so deutlich ausspricht und so den Eindruck erweckt, er will die Vorschriften über die Erfüllungshinterlegung unmittelbar auf die Sicherheitshinterlegung anwenden.

¹¹² Die Entscheidungen des OLG Naumburg, Beschl. v. 30. Juli 2015, 12 U 69/15 (PKH) – sowie die vorausgehende landgerichtliche Entscheidung – sind unveröffentlicht, werden jedoch im Rahmen der Entscheidung BVerfG, NJW-RR 2016, 1266 in Bezug genommen.

¹¹³ BVerfG, NJW-RR 2016, 1266.

¹¹⁴ BVerfG, NJW-RR 2016, 1266 (1267).

BGB im Rahmen einer Hinterlegung als Sicherheitsleistung dazu führen, dass der Sicherheitsgeber eine entsprechende „Gegenleistung“ des Sicherungsnehmers in seinem Antrag formulieren soll? Kann der Sicherungsgeber gem. § 378 BGB von einer etwaigen Verpflichtung befreit werden, wenn er auf sein Recht auf Rücknahme verzichtet? Diese abwegigen Fragestellungen unterstreichen, dass die beiden Regelungskomplexe letztlich nicht füreinander geschaffen wurden, sie untereinander inkompatibel sind und deshalb eine Kombination ihrer Anwendungsbereiche rechtsfehlerhaft wäre. Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und die Hinterlegung als Sicherheitsleistung sind deshalb – nach der zutreffenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung – scharf voneinander zu trennen. Beide Hinterlegungsarten unterliegen allein ihrem eigenen Regelungswerk.

4. Identifizierung der verschiedenen Hinterlegungsarten

Resultat dieser strikten Trennung ist somit auch, dass entweder die §§ 372 ff. BGB oder die §§ 232 ff. BGB auf eine Hinterlegung Anwendung finden können. Es ist damit erforderlich, im konkreten Einzelfall den jeweiligen Hinterlegungstyp identifizieren zu können.

a) Gesetzlicher Wortlaut als Anhaltspunkt

Der Gesetzgeber macht dabei den von ihm angeordneten Hinterlegungstyp in der Regel durch eine entsprechende Wortwahl deutlich: Verwendet er den Wortlaut „hinterlegen“ oder „Hinterlegung“, meint er damit in der Regel die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat¹¹⁵. Eine Differenzierung anhand des Wortlauts steht außerdem im Einklang mit der Kapitelüberschrift der §§ 372 ff. BGB, die „Hinterlegung“ lautet.

Verwendet das Gesetz hingegen den Ausdruck „Sicherheit leisten“, so ist davon gem. § 232 Abs. 1 BGB die Hinterlegung als Sicherheitsleistung umfasst. Der Gesetzgeber beschränkt die Form der Sicherheitsleistung üblicherweise nicht auf

¹¹⁵ Siehe dafür die Auflistung bei *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Einl. Rn. 7 f., wo zahlreiche Vorschriften aufgezählt werden, die den Wortlaut „hinterlegen“ oder „Hinterlegung“ verwenden und nach h.M. allesamt auf §§ 372 ff. BGB verweisen. Beispiele sind etwa § 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2, 1171 BGB oder § 373 Abs. 1 HGB.

die Hinterlegung. Vielmehr steht dem Sicherheitsgeber regelmäßig der gesamte Katalog des § 232 BGB als Sicherheitsmittel offen, soweit die Hinterlegung als Sicherheitsleistung nicht auf einem Rechtsgeschäft beruht und in diesem Kontext eine Beschränkung auf die Hinterlegung als Sicherungsmittel vereinbart wurde¹¹⁶.

b) Differenzierung in Problemfällen

Auch wenn der gesetzliche Wortlaut damit regelmäßig als Anhaltspunkt dafür dienen kann, welche Art der Hinterlegung vom Gesetzgeber angeordnet wurde, führt dies nicht dazu, dass eine durchgeführte Hinterlegung immer klar einem Hinterlegungstyp zugeordnet werden kann.

Dies zeigt ein Blick in § 711 S. 1 ZPO. Danach kann das Gericht einem Schuldner die Möglichkeit einräumen, eine Zwangsvollstreckung durch „Sicherheitsleistung oder Hinterlegung“ abzuwenden. Zunächst zeigt die Norm auf, dass Konstellationen existieren, in denen sowohl eine Hinterlegung als Sicherheitsleistung als auch eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat für den Hinterlegenden einen Sinn ergibt. Zwar würden die Hinterlegungen jeweils einen unterschiedlichen Zweck verfolgen, sinnhaft könnten allerdings beide Varianten sein.

Ähnliche Probleme tun sich auf, wenn ein Gericht in seinem Urteil anordnet, dass der Schuldner die Zwangsvollstreckung durch „Sicherheitsleistung oder Hinterlegung“ abwenden kann¹¹⁷. Es stellt sich dann die Frage, ob eine in Bezug auf dieses Urteil erfolgte Hinterlegung als Erfüllungs- oder Sicherheitshinterlegung zu interpretieren ist. Ganz ähnliche Probleme können sich ergeben, wenn nach einer rechtsgeschäftlichen Regelung ein Recht zu einer Sicherheitsleistung besteht, aber zeitgleich ein Hinterlegungsgrund i.S.d. § 372 BGB gegeben ist. Die Hinterlegung kann in dieser Situation sowohl Sicherheitsleistung als auch

¹¹⁶ So etwa bei BGH NJW 1986, 1038.

¹¹⁷ So etwa OLG Hamm NJW-RR 2001, 1663 (1663): „Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Hinterlegung oder Sicherheitsleistung abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Hinterlegung oder Sicherheitsleistung hat für den bis Februar 2001 rückständigen Unterhalt in Höhe von 1.500,00 DM zu erfolgen und für die Zeit ab März 2001 in Höhe von 34,00 DM für jeden Monat“.

Erfüllungssurrogat sein. Außerdem sind Konstellationen denkbar, in denen zwei Vertragsparteien sich vertraglich schlicht auf eine „Hinterlegung“ verständigen, in Wirklichkeit aber eine „Sicherheitsleistung in Form der Hinterlegung“ meinen¹¹⁸.

Das Differenzierungskriterien bildet in diesen Konstellationen der Anlass der Hinterlegung und die durch die Hinterlegung beabsichtigten Rechtsfolgen, also die Willensrichtung des Hinterlegenden¹¹⁹. Das bedeutet, dass für die Bewertung der materiell-rechtlichen Folgen der Hinterlegung eine umfassende Prüfung des Einzelfalls stattfinden muss, wenn sich Unklarheiten in Bezug auf die Art der Hinterlegung ergeben. Angesichts der Unterschiede, die sich hinsichtlich des notwendigen Umfangs des Hinterlegungsgegenstandes und des Hinterlegungsverfahrens ergeben, muss diese Differenzierung bereits in dem Moment stattfinden, in welchem die Annahmeanordnung erlassen wird. Als Auslegungshilfe steht der Hinterlegungsstelle zu diesem Zeitpunkt bereits der Hinterlegungsantrag zur Verfügung. Der Hinterlegungsantrag kann dabei Aufschluss darüber geben, welcher Wille der Hinterlegung tatsächlich zugrunde liegt¹²⁰. Dem Hinterlegenden kann diesbezüglich nur geraten werden, in diesem im Zweifel deutlich zu machen, welche Art der Hinterlegung er anstrebt.

c) Zwischenergebnis

Grundsätzlich bildet damit der gesetzliche Wortlaut den Ausgangspunkt für die Beurteilung der einschlägigen Hinterlegungsart. Wird der Wortlaut „hinterlegen“ verwendet, spricht dies für eine Erfüllungshinterlegung nach §§ 372 ff. BGB.

¹¹⁸ Ein solcher Sachverhalt lag bei OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 21434 vor: Die Parteien hatten vertraglich in einer Bürgschaft vereinbart, dass sich der Bürge „jederzeit durch Zahlung bzw. Hinterlegung des Bürgschaftsbetrages von allen Verpflichtungen aus dieser Bürgschaft [...] befreien“ könne. Das OLG Frankfurt a.M. wies zutreffend darauf hin, dass es sich „bei dieser Hinterlegung nicht um die jedem Schuldner nach dem Gesetz (§§ 372 BGB ff.) zugebilligte Hinterlegungsbefugnis, die rechtlich der Erfüllung gleichsteht, sondern um eine Hinterlegung als Sicherheitsleistung“ handelte. Wäre nur auf den Wortlaut „Hinterlegung“ abgestellt worden, wäre dies anders zu beurteilen gewesen.

¹¹⁹ *Fest*, JA 2009, 258 (259); *Gernhuber*, Erfüllung, S. 335.

¹²⁰ Ähnlich auch *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 11 Rn. 1.

Jedoch muss im Einzelfall die Willensrichtung des Hinterlegenden zu Beginn des Hinterlegungsverfahrens beachtet werden und gegebenenfalls durch Auslegung ermittelt werden, ob dieser eine Erfüllungshinterlegung oder eine Hinterlegung als Sicherheitsleistung anstrebt.

5. Umwandlung des Hinterlegungstyps

Gelegentlich stellt sich die Frage, ob der Typ der Hinterlegungsart im Laufe des Hinterlegungsverfahrens verändert werden kann. Nach der Rechtsprechung des Reichgerichts, die vom BGH fortgeführt wurde, besteht insofern für den Hinterlegenden die Möglichkeit, die Art der Hinterlegung nachträglich zu beeinflussen. Wendet dieser sich – nachdem eine Annahmeordnung erlassen und die Hinterlegung vollzogen wurde – an die Hinterlegungsstelle und teilt dieser mit, dass er auf sein Recht zur Rücknahme des hinterlegten Gegenstandes verzichtet, soll dieser Hinterlegung nachträglich Erfüllungswirkung i.S.d. § 378 BGB zukommen¹²¹. Die erfüllungsgleiche Wirkung des § 378 BGB soll in dem Moment des Rücknahmeverzichts nach § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB eintreten. Eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Hinterlegung – was etwa mit Blick auf etwaige Verzugszinsen relevant sein kann – zeitige sie nicht¹²².

Jedoch sprechen gewisse Gründe gegen die Ausführungen des BGH. So kann zunächst auf die Bedeutung des Hinterlegungsantrags verwiesen werden: Dem Hinterlegungsantrag kommt in seiner Eigenschaft als verfahrenseinleitender Handlung eine zentrale Bedeutung im Hinterlegungsverfahren zu. Er soll den Rahmen für das gesamte Hinterlegungsverfahren abstecken und die beteiligten Personen, den Hinterlegungsgegenstand aber insbesondere auch den Zweck der Hinterlegung festlegen¹²³. Dies spricht eher dagegen, einem einfachen Hinweis des Hinterlegenden – der im Widerspruch zu dem Hinterlegungsantrag steht – eine solch weitreichende Bedeutung zuzusprechen.

Andererseits müssen die Alternativen für den Hinterlegenden in Betracht gezogen werden. Würde ihm die Möglichkeit eines solchen Hinweises verwehrt

¹²¹ RG JW 1914, 466 (466 f.); BGH WM 1983, 1337 (1338); NJW 2012, 1717.

¹²² BGH NJW 2012, 1717 (1718); *Schreiber*, in: Soergel-BGB, Vor § 372 Rn. 1 m.w.N.

¹²³ *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 11 Rn. 1.

bleiben, müsste er die ursprüngliche Hinterlegung als Sicherheitsleistung rückgängig machen und anschließend eine neuerliche Hinterlegung – diesmal als Erfüllungssurrogat – in die Wege leiten. Ein solches Vorgehen wäre unter ökonomischen Gesichtspunkten nicht erstrebenswert: Sowohl dem Hinterlegenden als auch der Hinterlegungsstelle würde unnötiger Mehraufwand entstehen und der Hinterlegungsempfänger müsste länger auf die Vollziehung der Herausgabe warten. Dementsprechend erscheint es angemessen, eine nachträgliche Abweichung von dem Hinterlegungsantrag grundsätzlich zuzulassen.

Unzutreffend sind hingegen die Aussagen der älteren Rechtsprechung, dass der nachträgliche Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zur Folge habe, dass die Hinterlegung zur Sicherheitsleistung die Wirkungen des § 378 BGB herbeiführe¹²⁴. Vielmehr verliert die Hinterlegung als Sicherheitsleistung durch den Verzicht auf das Recht zur Rücknahme ihr gesamtes Gepräge als Sicherheitsleistung. Die Hinterlegung als Sicherheitsleistung erlischt und eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat erwächst. Es handelt sich mithin – und so formuliert es auch die neuere Rechtsprechung¹²⁵ – um eine Umwandlung einer Sicherheitshinterlegung in eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat.

Angesichts der notwendigen Trennung zwischen den Hinterlegungsarten bedeutet dies jedoch zugleich, dass für eine solche Umwandlung die Voraussetzungen der §§ 372 ff. BGB gegeben sein müssen. Dies sieht die Rechtsprechung anders, wenn sie im Rahmen einer prozessualen Sicherheitsleistung nach § 108 ZPO ohne Weiteres bei einem Rücknahmeverzicht die Erfüllungswirkung des § 378 BGB anerkennt¹²⁶. Sollte eine derartige Möglichkeit tatsächlich

¹²⁴ So aber RG JW 1914, 466 (466 f.) und vor allem BGH WM 1983, 1337 (1338): „Dadurch, daß der Kläger den Betrag von 30.000 DM auf die titulierten Forderungen angerechnet haben wollte, hat er zugunsten der Beklagten auf Rücknahme des ‚hinterlegten‘ Betrages verzichtet. Damit ist er in Höhe von 30.000 DM von titulierten Schulden befreit worden (§§ 109 ZPO, 378 BGB)“.

¹²⁵ BGH NJW 2012, 1717 (1718): „In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die *Umwandlung* der Hinterlegung einer prozessualen Sicherheit in ein Hinterlegungsverhältnis nach §§ 372 ff. BGB für möglich gehalten worden“ (Hervorhebung durch *Verfasser*).

¹²⁶ BGH WM 1983, 1337 (1338).

bestehen, würde die Hinterlegung nach §§ 372 ff. BGB ihre Eigenschaft als No-tabwicklung für den Schuldner verlieren und damit kein Erfüllungssurrogat mehr darstellen. Überdies wäre dem Gläubiger dadurch eine Art der Erfüllung aufgezwungen, welche sich nicht aus dem Schuldverhältnis ergibt und mit der er daher auch nicht zwangsläufig einverstanden sein muss. Wie gezeigt, liegt es dann nämlich an dem Hinterlegungsempfänger, den Antrag auf Herausgabe zu stellen, seine Empfangsberechtigung nachzuweisen und im Falle mangelnder Mitwirkung des Hinterlegenden eine Freigabeerklärung zu erstreiten¹²⁷.

Wenn ein materieller Hinterlegungsgrund für eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat nicht bestand, erscheint es daher nicht sachgerecht, dem Gläubiger diese hinterlegungstypischen Lasten aufzubürden. Demnach darf auf einen Hinterlegungsgrund aus § 372 BGB für eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat auch bei einer Umwandlung von einer Hinterlegung zur Sicherheitsleistung nicht verzichtet werden.

Zusammenfassend bedeutet dies, dass die Umwandlung einer Hinterlegung als Sicherheitsleistung in eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat möglich ist, soweit der Hinterlegende lediglich auf sein Recht zur Rücknahme verzichtet. Voraussetzung ist jedoch, dass ein entsprechender Hinterlegungsgrund für eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat gegeben ist. Der Gläubiger muss sich sonst von dem Schuldner für die Erfüllung nicht auf den hinterlegten Betrag verweisen lassen.

IV. Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, dass die Erfüllungs- und die Sicherheitshinterlegung nur eine überschaubare Anzahl von Gemeinsamkeiten aufweisen: Zunächst entsteht bei beiden Hinterlegungsarten ein mindestens dreiseitiges Rechtsverhältnis zwischen dem Hinterlegenden, dem Hinterlegungsempfänger und der Hinterlegungsstelle. Daneben ist bei beiden Arten der Hinterlegung ein Grund dafür gegeben, dass der Gegenstand nicht unmittelbar dem Hinterlegungsempfänger zugewendet wird.

Demgegenüber existieren bedeutende Unterschiede zwischen der

¹²⁷ Siehe zu diesem Ablauf unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

Erfüllungs- und der Sicherheitshinterlegung. Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat dient dem Schuldner und ist auf Austausch des Leistungsgegenstandes gerichtet, wohingegen die Hinterlegung als Sicherheitsleistung in erster Linie dem Sicherungsnehmer dient und nur in Problemfällen zu einem abschließenden Leistungsaustausch im Hinterlegungsverfahren führt. Daneben wird der Umfang der Hinterlegungsmasse maßgeblich durch den jeweils einschlägigen Hinterlegungstyp beeinflusst. Bei der Erfüllungshinterlegung fungiert der Schuldumfang als fixer Maßstab für die erforderliche Hinterlegungsmasse. Der Umfang einer Sicherheitshinterlegung muss hingegen anhand des „Werts des zu sichernden Rechts“ ermittelt werden. Schließlich unterscheiden sich die beiden Hinterlegungsvarianten in wesentlichen Punkten ihres Ablaufs. Insbesondere existiert bei der Sicherheitshinterlegung eine Schwebephase, in der bereits ein dingliches Recht zugunsten des Hinterlegungsempfängers entsteht, wohingegen eine solche Schwebephase und ein solches Pfandrecht der Erfüllungshinterlegung fremd sind.

Aufgrund dieser grundlegenden Unterschiede ist die ganz herrschende Meinung zutreffend, die die Erfüllungs- und die Sicherheitshinterlegungen strikt voneinander trennen will. Eine analoge Anwendung der Vorschriften aufeinander verbietet sich und eine Vermischung der jeweiligen Regelungskomplexe wäre rechtsfehlerhaft.

Trotz dieser notwendigen Trennung zwischen den Hinterlegungstypen ist im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Umwandlung einer Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung mit ex-nunc Wirkung zulässig. In einem solchen Fall wird jedoch die Sicherheitshinterlegung nicht mit der Erfüllungswirkung des § 378 BGB ausgestattet. Vielmehr wird die Sicherheitshinterlegung lediglich durch den Verzicht auf die Rücknahme vollständig in eine Erfüllungshinterlegung umgewandelt, womit § 378 BGB direkt angewendet werden kann. Entgegen der Rechtsprechung setzt eine solche Umwandlung aber einen Hinterlegungsgrund voraus. Andernfalls würde dem Hinterlegungsempfänger ohne sachlichen Grund die Last aufgebürdet, einen Antrag auf Herausgabe gegenüber der Hinterlegungsstelle zu substantiieren und die Vollziehung der Hinterlegung abzuwarten. Dies steht im Widerspruch zum Surrogatscharakter der Erfüllungshinterlegung.

§ 3 HINTERLEGUNGEN IN SCHULDVERHÄLTNISSEN MIT ZUKUNFTSBEZUG

Der Hinterlegung von Geld, Wertpapieren oder einem anderen hinterlegungsfähigen Gegenstand kommt üblicherweise erst Bedeutung zu, wenn zwischen den Parteien ein klar definiertes Rechtsverhältnis mit eindeutig bestimmten Rechten und Pflichten besteht. Aus diesem ergibt sich regelmäßig, welche konkrete Schuld der Hinterlegende durch seine Erfüllungshinterlegung erfüllt¹²⁸ oder für welchen Sicherungszweck und in welchem Umfang er eine Sicherheit zu hinterlegen hat.

Dass dies in Situationen des Kontrahierungszwangs meistens nicht der Fall ist, wurde durch die Entscheidung „Orange-Book-Standard“ des BGH aus dem Jahre 2009 besonders deutlich¹²⁹. In dieser entwickelte der BGH die Rahmenbedingungen des sog. *kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands*. Dieser berechtigt einen Patentnutzer dazu, sich gegen einen Verletzungsunterlassungsanspruch mit dem Einwand zu verteidigen, ihm stehe aus kartellrechtlichen Gründen ein Anspruch auf Lizenzerteilung zu. Voraussetzung sei jedoch unter anderem, dass der Lizenzsucher seiner Zahlungspflicht aus der – noch nicht zustande gekommenen – Lizenzvereinbarung bereits vor der Patentnutzung nachkomme oder einen entsprechenden Betrag zumindest hinterlege.

Bemerkenswert ist daran zunächst, dass der BGH dem Lizenzsucher damit ein Hinterlegungserfordernis auferlegte, obwohl ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten (noch) nicht entstanden war. Auch wenn in diesen Konstellationen ein gesetzliches Schuldverhältnis als Resultat des

¹²⁸ Siehe etwa *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 372 Rn. 46 ff, der ausdrücklich eine „erfüllbare Schuld“ zur Voraussetzung einer Erfüllungshinterlegung macht, den Mangel eines solchen aber in § 372 Rn. 7.2 im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands nicht problematisiert. Zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand siehe insofern die Ausführungen unter § 4 I. (S. 120).

¹²⁹ Eingehend zu dieser Entscheidung siehe unter § 4 I. 1. (S. 120).

kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs bereits besteht¹³⁰, schließt dies nicht aus, dass der BGH die Erfüllungshinterlegung gerade mit Wirkungen in der noch abzuschließenden Lizenzvereinbarung angeordnet hat¹³¹. Dies erscheint denkbar, weil die herrschende Meinung Erfüllungshandlungen mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen generell für möglich hält¹³². Mit Blick auf die Hinterlegung wirft dies jedoch die Frage auf, ob Hinterlegungen mit Wirkungen in solchen künftigen Schuldverhältnissen überhaupt möglich sind und welchen Rahmenbedingungen sie gegebenenfalls unterliegen.

Der Umstand, dass die Lizenzvereinbarung (noch) nicht abgeschlossen ist, bildet außerdem nicht den einzigen Zukunftsbezug, der dem Hinterlegungserfordernis des BGH innewohnt. So ist in den Konstellationen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes auch die Höhe des Lizenzentgelts noch nicht abschließend festgelegt, denn eine diesbezügliche Einigung zwischen den Parteien steht naturgemäß ebenfalls aus. Auch darin erblickte der BGH jedoch ausdrücklich kein Hindernis für eine Hinterlegung durch den Lizenzsucher. Vielmehr wies er darauf hin,

„dass es der Hinterlegung der Lizenzgebühr nicht entgegen [stehe], dass die Höhe des geschuldeten Betrages noch nicht feststeht, d.h. in diesem Fall von der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB abhängt“¹³³.

Aus hinterlegungsrechtlicher Perspektive wirft dies die Frage auf, wie sich die vom BGH konstruierte Hinterlegungsmöglichkeit zu der unbestimmten Leistungspflicht verhält. Dieses Problem ist dabei nicht auf den Sachverhalt von „Orange-Book-Standard“ beschränkt. Es kann vielmehr in sämtlichen Fällen des Kontrahierungszwangs auftreten, in denen dem Rechteinhaber ein

¹³⁰ Dazu, wie sich die vom BGH angeordnete Hinterlegung in „Orange-Book-Standard“ zu diesen gesetzlichen Schuldverhältnissen verhält, wird an späterer Stelle diskutiert. Siehe dazu unter § 4 I. 1. c) bb) (S. 129).

¹³¹ Der BGH trifft insofern keine deutliche Aussage dazu, in welchem konkreten Schuldverhältnis er eine Hinterlegung angeordnet hat.

¹³² Diese Frage und deren Rahmenbedingungen wird sogleich unter § 3 I. 1. (S. 52) diskutiert.

¹³³ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 40).

Leistungsbestimmungsrecht zusteht.

Das Anliegen dieses Abschnitts ist es deshalb, die abstrakte und grundsätzliche Möglichkeit einer Hinterlegung in solchen Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug zu untersuchen und deren rechtliche Rahmenbedingungen zu beleuchten. Im anschließenden Abschnitt¹³⁴ kann sodann die Hinterlegung in Konstellationen des Kontrahierungszwangs, etwa im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwands, konkret betrachtet werden.

In Anlehnung an die Entscheidung des BGH werden dabei Hinterlegungen in zwei Arten von Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug untersucht: Zum einen in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen, die noch nicht entstanden sind, sondern lediglich in Aussicht genommen wurden. Zum anderen in solchen Schuldverhältnissen, die zwar bereits entstanden sind, in denen eine Leistungspflicht jedoch (noch) unbestimmt ist und deren künftiger Inhalt deshalb von einem Leistungsbestimmungsrecht einer Vertragspartei abhängt.

I. Erfüllungshinterlegung in künftigen Schuldverhältnissen

In seiner Entscheidung „Orange-Book-Standard“ trifft der BGH keine Aussage darüber, in welchem Schuldverhältnis er von dem Lizenzsucher eine Hinterlegung verlangt. Neben dem gesetzlichen Schuldverhältnis aus Kontrahierungszwang¹³⁵ kommt insofern auch das künftige rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis in Form eines Lizenzvertrages in Betracht, zu dessen Abschluss der Patentinhaber durch den Kontrahierungszwang verpflichtet ist. Dieser Gedanke wirft jedoch die abstrakte Frage auf, ob eine Erfüllungshinterlegung grundsätzlich möglich ist, wenn das Schuldverhältnis, in dem die Hinterlegungen ihre Wirkungen entfalten soll, im Zeitpunkt der Hinterlegung (noch) nicht entstanden ist. Ausgehend von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen

¹³⁴ Siehe unten § 4 (S. 119).

¹³⁵ Die Frage, ob das vom BGH aufgestellte Hinterlegungserfordernis in dem künftigen rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis oder in dem – bereits entstandenen – gesetzlichen Schuldverhältnis aus Kontrahierungszwang angeordnet wurde, wird unter § 4 I. 1. c) bb) (S. 129) diskutiert.

solche (von der Literatur als Vorausleistungen bezeichnete¹³⁶) antizipierten Leistungen generell möglich sind, wird erläutert, unter welchen engen Voraussetzungen eine Erfüllungshinterlegung in solchen Konstellationen ausnahmsweise zulässig ist und welche hinterlegungsrechtlichen Besonderheiten dabei beachtet werden müssen.

1. Zulässigkeit von Vorausleistungen/antizipierten Leistungen

Die Hinterlegung gem. §§ 372 ff. BGB ist Erfüllungssurrogat¹³⁷. Sie ist bloßer Ersatz für die gewöhnliche Erfüllung nach §§ 362 ff. BGB, wenn eine solche durch Hindernisse aus der Gläubigersphäre behindert wird¹³⁸. Demnach kann eine Hinterlegung als Erfüllungssersatz nur zulässig sein, wenn auch eine Erfüllungshandlung schon erbracht werden könnte. Die Frage, inwiefern eine Erfüllungshandlung bereits vor der Entstehung des Schuldverhältnisses erbracht werden kann und welchen Anforderungen eine solche unterworfen ist, stellt damit eine Vorfrage hinsichtlich der Zulässigkeit von Erfüllungshinterlegungen mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen dar.

In der einschlägigen Literatur werden solche Erfüllungshandlungen in künftige Schuldverhältnisse regelmäßig als „Vorausleistungen“ bezeichnet¹³⁹. Diese Begriffswahl kann wohl darauf zurückgeführt werden, dass solche Leistungen prinzipiell „im Voraus“ auf die Entstehung einer entsprechenden Leistungspflicht geleistet werden. Jedoch birgt der Begriff ein gewisses Verwirrungspotenzial¹⁴⁰: So verwendet das Gesetz in §§ 320 ff. BGB die Formulierung „vorzuleisten“ und beschreibt damit das Verhältnis von zwei Leistungen in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander und damit etwas gänzlich anderes, als Leistungen, deren Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen

¹³⁶ Siehe zu dem Verwirrungspotenzial, die diesem Begriff innewohnt sogleich unter § 3 I. 1. (S. 52).

¹³⁷ BGH NJW 2003, 1809 (1810); 2012, 1717 (1718); *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 372 Rn. 21 m.w.N.

¹³⁸ Siehe dazu schon unter § 2 I. 1. (S. 8).

¹³⁹ Siehe exemplarisch *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 362 Rn. 24; *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 18.

¹⁴⁰ Mit Hinweis darauf, dass sich aus dieser Begriffswahl eine Unklarheit ergibt auch *Singer*, JR 1983, 356 (356 f.).

eintreten sollen. Daneben wird auch eine Leistung, die in einem bereits entstandenen Schuldverhältnis gem. § 271 Abs. 2 BGB vor Fälligkeit erbracht wird, gelegentlich als „Vorausleistung“ bezeichnet¹⁴¹. In diesem Sinne wird der Begriff auch im Gesetz von § 1614 Abs. 2 BGB verwendet¹⁴².

Dem Begriff der „Vorausleistung“ sind damit bereits mehrere Bedeutungen zugeordnet, selbst wenn Leistungen mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen noch nicht darunter gefasst werden. Um dieser verwirrenden Begriffswahl Einhalt zu gebieten, soll deshalb im Folgenden von der Bezeichnung als „Vorausleistung“ Abstand genommen werden und stattdessen der Begriff der *antizipierten Leistungen* verwendet werden¹⁴³. Diese Bezeichnung ist treffend, weil der Leistende seine Leistung in *Antizipation* des künftigen Schuldverhältnisses erbringt¹⁴⁴ und der Begriff überdies nicht mehrfach belegt ist.

a) Ausgangslage

Singer stellte schon im Jahr 1983 fest, dass antizipierte Leistungen von der Literatur ohne ausreichende Diskussion – „lapidar“ – anerkannt würden und die erfüllungsrechtliche Literatur eine trügerische Sicherheit hinsichtlich des Problemumfangs vermittele¹⁴⁵. Tatsächlich offenbart ein Blick in die einschlägige Kommentarliteratur auch heute noch, dass die Frage eher mit einem kurzen

¹⁴¹ So verwenden den Begriff etwa *Gernhuber*, Erfüllung, S. 54 ff.; *Christiansen*, ZfBR 2004, 736 (736) Nach der Ansicht von *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 18 ist die Differenzierung zwischen Leistungen auf bereits entstandene, aber noch nicht fällige Forderung und Leistungen auf künftige Schuldverhältnisse nicht nötig. Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht.

¹⁴² Dazu *Hamberger*, in: BeckOGK-BGB, § 1614 Rn. 110: „Vorausleistung ist Leistung auf eine noch nicht fällige Unterhaltsleistung“.

¹⁴³ Auch *Thomale*, Freiheit, S. 203, 212 bezeichnet solche Leistungen auf künftige Schuldverhältnisse teilweise als „antizipierte Leistungen“, ohne jedoch vom Begriff der „Vorausleistung“ abzurücken.

¹⁴⁴ Der Begriff „Antizipation“ bedeutet „Vorwegnahme“ oder „Vorgriff“ und beschreibt damit gerade das Verhalten des künftigen Schuldners, der seine Leistung in „Vorwegnahme“ oder „Vorgriff“ auf seine Leistungspflicht erbringt. Vgl. zur Bedeutung des Begriffs *Dudenredaktion*, Dt. Rechtschreibung, Schlagwort: „Antizipation“.

¹⁴⁵ *Singer*, JR 1983, 356 (356).

Hinweis auf die herrschende Meinung abgetan wird: Antizipierte Leistungen seien möglich, wobei die Erfüllungswirkung erst in dem Moment der Entstehung des Schuldverhältnisses eintrete, denn ein Schuldverhältnis das (noch) nicht existiert, könne auch nicht erfüllt werden¹⁴⁶. Wenn die Autoren sich tiefergehender mit antizipierten Leistungen auseinandersetzen, so hauptsächlich anhand der Fragestellung, ob sie einer Tilgungsbestimmung oder gar eine vertragliche Abrede bedürfen, um Erfüllungswirkung entfalten zu können¹⁴⁷.

b) Grundsätzliche Zulässigkeit von antizipierten Leistungen

Bevor jedoch die Frage nach den Anforderungen an eine antizipierte Leistung gestellt werden kann, muss untersucht werden, ob antizipierten Leistungen überhaupt Erfüllungswirkung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB zukommen kann.

Dem Wortlaut des Gesetzes kann eine entsprechende Aussage zunächst nicht entnommen werden: § 362 Abs. 1 BGB trifft keine Aussage darüber, ob bzw. mit welcher Rechtswirkung antizipierte Leistungen möglich sind. Die Norm setzt in dem Großteil ihrer Tatbestandsmerkmale („Schuldverhältnis“, „geschuldete Leistung“, „Gläubiger“) das Schuldverhältnis bereits voraus und erwähnt die Erfüllbarkeit von künftigen Verbindlichkeiten nicht.

Eine Aussage hinsichtlich der Erfüllbarkeit kann hingegen § 271 Abs. 2 BGB entnommen werden. Die Norm ordnet an, dass der Gläubiger die Leistung zwar nicht vor einer vereinbarten Leistungszeit verlangen kann, der Schuldner die Leistung jedoch sehr wohl zuvor erbringen darf. Angesprochen sind damit zwei Grundbegriffe des allgemeinen Schuldrechts, die als „Fälligkeit“ und „Erfüllbarkeit“ bezeichnet werden. Fälligkeit beschreibt den Zeitpunkt, ab welchem dem Gläubiger die Leistung fordern kann, wohingegen Erfüllbarkeit den Moment

¹⁴⁶ So *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 362 Rn. 24; *Schreiber*, in: Soergel-BGB, § 362 Rn. 2; etwas ausführlicher jedoch nur hinsichtlich eines etwaigen Zuordnungserfordernisses *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 18; *Looschelders*, in: BeckOGK-BGB, § 362 Rn. 73; ebenfalls ohne Problematisierung der Zulässigkeit antizipierter Leistungen *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 185 ff.

¹⁴⁷ Siehe dazu unter § 3 I. 1. c) (S. 58).

kennzeichnet, von dem an dem Schuldner die Leistungserbringung gestattet ist¹⁴⁸. § 271 Abs. 1 BGB enthält darüber hinaus eine Zweifelsregelung dahingehend, dass Fälligkeit als auch Erfüllbarkeit sofort eintreten, wenn von den Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen wurde. Liegt damit keine Abrede über die Leistungszeit vor, so werden sowohl Fälligkeit als auch Erfüllbarkeit im Lichte des § 271 Abs. 2 BGB durch das Schuldverhältnis erst determiniert.

Mit Blick auf die Fälligkeit bedeutet dies, dass dem Gläubiger vor dem Bestehen des Schuldverhältnisses keine Möglichkeit zukommt, eine Leistung von dem Schuldner zu fordern, denn die Fälligkeit setzt das in Aussicht genommene Schuldverhältnis erst voraus. Wird diese unstrittige These konsequent fortgedacht, so folgt das gleiche Ergebnis auch für die Erfüllbarkeit: Mangels Schuldverhältnisses ist der Zeitpunkt, zu welchem der Schuldner leisten darf, noch nicht bestimmt, womit auch die Erfüllbarkeit – also die Möglichkeit des Schuldners, die Leistung zu erbringen – ausgeschlossen wäre¹⁴⁹. Dies wird dadurch unterstrichen, dass § 271 BGB nach seinem gesamten Wortlaut und seiner systematischen Stellung auf ein Schuldverhältnis ausgerichtet ist¹⁵⁰.

An dieser Stelle scheint damit ein Widerspruch zu der Möglichkeit der antizipierten Leistung zu bestehen: Wie kann die herrschende Ansicht die Möglichkeit einer antizipierten Leistung zulassen und gleichzeitig die Erfüllbarkeit vor Entstehung des Schuldverhältnisses ablehnen, wenn doch Erfüllbarkeit – die erst mit Schuldentstehung eintritt – die Leistungsberechtigung des Schuldners erst eröffnet?

Erklärt werden kann dieser scheinbare Widerspruch jedoch, wenn antizipierte Leistungen rechtlich konkreter beschrieben. Eine antizipierte Leistung als solche zeitigt noch keine Rechtswirkungen; sie führt insbesondere kein vorzeitiges Erlöschen eines künftigen Schuldverhältnisses herbei, sondern bei ihr handelt

¹⁴⁸ *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 271 Rn. 2. Siehe zu der daneben uneinheitlichen Verwendung des Begriffs „Fälligkeit“ auch *Gernhuber*, Erfüllung, S. 52 f.

¹⁴⁹ So etwa *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 18.

¹⁵⁰ Wie bei § 362 BGB werden auch hier die Begriffe „Gläubiger“ und „Schuldner“ genannt und die Vorschrift befindet sich im Zweiten Buches des BGB, das als „Recht der Schuldverhältnisse“ überschrieben ist.

es sich bis zum Vertragsschluss schlicht um eine kondizierbare Leistung¹⁵¹. Es handelt sich damit um eine Rechtsgestaltung, die zwar im Moment der Leistungsvornahme initiiert wird, jedoch erst in der Zukunft ihre Wirkung entfalten soll.

Auf diesen Aspekt zielt die einschlägige Literatur ab, wenn sie ausführt, antizipierte Leistungen würden erst „bei Entstehung des Schuldverhältnisses“ ihre Wirkung entfalten¹⁵². Gleichwohl würde ein Erlöschen des künftigen Schuldverhältnisses mit dessen Entstehung im Widerspruch zu § 271 BGB stehen: Danach ist nicht der Entstehungszeitpunkt eines Schuldverhältnisses für die Möglichkeit zur Leistungserbringung entscheidend, sondern der Moment der Erfüllbarkeit, also der Zeitpunkt, in welchem der Schuldner seine Leistung erbringen kann bzw. darf¹⁵³. Daraus folgt, dass die Erfüllbarkeit den Maßstab für die spätere Wirksamkeit der antizipierten Leistungen setzen muss; erst wenn diese gegeben ist, entfaltet die antizipierte Leistung ihre Wirkung.

Wenn somit davon ausgegangen wird, dass antizipierte Leistungen ihre Wirkungen erst entfalten, sobald das künftige Schuldverhältnis erfüllbar geworden ist, sprechen zahlreiche Gründe dafür, diese grundsätzlich zuzulassen. Zunächst kann angeführt werden, dass die Rechtsordnung auch in anderen Gebieten des Zivilrechts antizipierte Rechtsgestaltungen ohne Weiteres gestattet¹⁵⁴.

Als Beispiel kann etwa die sog. Vorausabtretung diesen¹⁵⁵: Heutzutage ist von der Rechtsprechung und der Literatur einhellig anerkannt, dass auch künftige Forderungen abgetreten werden können, wenn sie spätestens im Moment ihrer *Entstehung* bestimmbar sind¹⁵⁶. Dies soll sogar in Situationen gelten, in denen die Entstehung des Anspruchs noch ungewiss ist oder die Person des Schuldners

¹⁵¹ § 814 BGB ist unter Umständen zu beachten. Zu diesem Problemkomplex siehe § 3 I. 1. d) (S. 67).

¹⁵² Siehe etwa *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 362 Rn. 26 m.w.N.

¹⁵³ Praktisch wird dieser Unterscheidung jedoch selten den Ausschlag geben, da Entstehungszeitpunkt und Erfüllbarkeit üblicherweise zusammenfallen.

¹⁵⁴ Siehe auch *Thomale*, Freiheit, S. 192 f.

¹⁵⁵ Auch *Thomale*, Freiheit, S. 193 spricht dieses Beispiele flüchtig an.

¹⁵⁶ Eingehend mit der geschichtlichen Entwicklung der Vorausabtretung setzt sich *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, S. 154 ff. auseinander.

noch nicht feststeht¹⁵⁷. Ein weiteres Beispiel bildet das sog. antizipierte Besitzkonstitut¹⁵⁸. Ein solches liegt vor, wenn ein zukünftiger Besitzer mit einem späteren mittelbaren Besitzer schon vor der Besitzerlangung ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart¹⁵⁹. Praktisch relevant ist dieses insbesondere bei der Sicherungsübereignung und der Veräußerung von noch nicht existenten Sachen. Sowohl von Rechtsprechung als auch der Kommentar- und Lehrbuchliteratur wird das antizipierte Besitzkonstitut inzwischen durchweg anerkannt¹⁶⁰, soweit gewisse Anforderungen an die Bestimmbarkeit erfüllt sind. So ist es erforderlich, dass die zu übereignenden Gegenstände derart umschrieben werden, dass im Zeitpunkt der *späteren Besitzerlangung* unzweifelhaft erkennbar ist, ob und welche Gegenstände von der Übereignung umfasst werden sollen¹⁶¹.

Für die Möglichkeit von antizipierten Leistungen streitet daneben eine Betrachtung der Regelungen der Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB. An diesen kann festgemacht werden, dass die Versagung der Möglichkeit antizipierter Leistungen die Rechtsausübung für den Leistenden ohne triftigen Grund erschwert: Angenommen A überweist B bereits vor Kaufvertragsschluss den Kaufpreis und teilt diesem mit, dass er ihn dadurch zum Abschluss des Vertrages motivieren möchte. B entschließt sich einige Zeit später, das Kaufvertragsangebot anzunehmen. Hätte die Leistung des A keine Erfüllungswirkung, so stünde ihm ein Herausgabeanspruch auf Grundlage von § 812 BGB zu¹⁶². Gleichzeitig hätte B einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 Abs. 2 BGB in gleicher Höhe. Es bestünden

¹⁵⁷ *Robe*, in: BeckOK-BGB, § 398 Rn. 32 m.w.N.

¹⁵⁸ Anders als zur Erfüllungswirkung antizipierter Leistungen findet sich zu dieser Rechtsfrage – insbesondere aus der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts – eine Fülle an monographischen Abhandlungen, siehe etwa *Dambach*, Besitzkonstitut; *Böbling*, Besitzkonstitut; *Fischer*, Besitzkonstitut; *Matthes*, Besitzkonstitut; sowie *Beer*, Besitzkonstitut.

¹⁵⁹ *Wiegand*, in: Staudinger-BGB, § 930 Rn. 30.

¹⁶⁰ Eingehend dazu mit einschlägigen Nachweisen *Klinck*, in: BeckOGK-BGB, § 930 Rn. 48 ff.

¹⁶¹ *Klinck*, in: BeckOGK-BGB, § 930 Rn. 88 ff.; *Wiegand*, in: Staudinger-BGB, § 930 Rn. 31 m.w.N.

¹⁶² Strittig ist in Konstellationen der antizipierten Leistung, welche Variante des § 812 BGB einschlägig ist. Siehe dazu die Ausführungen unter § 3 I. 1. d) aa) (S. 67).

mithin gegenseitige und gleichartige Forderungen, wobei die Forderung des B erfüllbar und die Forderung des A wirksam und fällig wäre. Dementsprechend wären die Voraussetzungen einer Aufrechnungslage i.S.d. § 387 BGB gegeben. Dieses Resultat war bereits absehbar, als A den Kaufpreis in Form einer antizipierten Leistung an B entrichtete. Da B bereits bei der Zahlung von A darüber informiert war, dass die Zahlung zur Tilgung der künftigen Schuld bestimmt sein sollte, wäre es unter Effektivitätsgesichtspunkten nur hinderlich, die Aufrechnungswirkung nun von einer konstitutiven Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) abhängig zu machen. Sinniger erscheint es daher, bereits der ursprünglichen Zahlung einen Erfüllungscharakter zuzusprechen, der im Moment der Erfüllbarkeit seine Wirkung entfaltet.

Schließlich wird die Möglichkeit antizipierter Leistungen durch einen Blick auf die zivilrechtlichen Heilungsvorschrift der §§ 311b Abs. 1 S. 2, 518 Abs. 2, 766 S. 3 BGB gestützt¹⁶³. Leistet der Schuldner auf einen formnichtigen Vertrag und wird dieser erst später aufgrund der Heilungsvorschriften bindend, so ähnelt die ursprüngliche Erfüllungshandlung des Schuldners stark einer antizipierten Leistung. Daraus folgt, dass antizipierte Rechtsgestaltungen vom BGB nicht nur in Bezug auf Teilgebiete des Sachenrechts für zulässig erachtet werden, sondern auch im Rahmen von Erfüllungshandlungen in Kauf genommen werden, um die Effizienz des Rechtsverkehrs zu steigern.

Im Einklang mit der herrschenden Meinung ist es deshalb überzeugend, die Möglichkeit antizipierter Leistungen grundsätzlich anzuerkennen, wobei beachtet werden muss, dass die Erfüllungswirkung der antizipierten Leistungen erst im Moment der Erfüllbarkeit des Schuldverhältnisses eintritt.

c) Notwendigkeit eines Zuordnungsaktes

Probleme können sich allerdings daraus ergeben, dass sich antizipierte Leistungen im Zeitpunkt der Leistungserbringung keinem eindeutigen Schuldverhältnis zuordnen lassen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das in Aussicht genommene Schuldverhältnis in diesem Zeitpunkt noch nicht existiert, was die Zuordnung zu einem Schuldverhältnis unmöglich macht. Die Auslegungsregeln der

¹⁶³ Dieses Argument sieht auch *Thomale*, Freiheit, S. 193.

§§ 366, 367 BGB helfen darüber nicht hinweg, da diese nur beim Vorliegen mehrerer Schuldverhältnisse sinnvoll angewendet werden können¹⁶⁴. Fraglich ist deshalb, ob eine antizipierte Leistung immer mit einem Zuordnungsakt verbunden sein muss, um das antizipierte Schuldverhältnis im Zeitpunkt der Erfüllbarkeit zum Erlöschen zu bringen.

aa) Erfüllungstheorien als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage muss die Situation im Rahmen von bereits entstandenen Schuldverhältnissen sein. Bereits diesbezüglich herrscht Streit darüber, ob die Erfüllung neben dem objektiven Bewirken der geschuldeten Leistung grundsätzlich eine vertragliche Vereinbarung oder ein sonstiges subjektives Element als Zuordnungsakt voraussetzt. Dieser Streit wird im Wesentlichen zwischen der Vertragstheorie sowie den Theorien der realen und der finalen Leistungsbewirkung ausgefochten¹⁶⁵.

(1) Vertragstheorie

Die *Vertragstheorie* setzt für die Erfüllungswirkung einer Leistung immer eine vertragliche Abrede darüber voraus, dass die Leistungshandlung das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen soll¹⁶⁶. Begründet wird dies von den nur noch wenigen Vertretern dieser Ansicht damit, dass die Erfüllung über einen rechtsgeschäftlichen Charakter verfüge oder die Erfüllung einen Realvertrag mit

¹⁶⁴ Darauf weist auch hin *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 186.

¹⁶⁵ Ziel dieser Arbeit soll es nicht sein, diesen in Literatur und Rechtsprechung bereits ausufernd geführten Streit durch weitere Argumente anzureichern. Vielmehr sollen die wesentlichen Argumente der Ansichten aufgezeigt werden, um im Anschluss auf Grundlage der herrschenden Ansicht tragfähige Rückschlüsse bezüglich der Anforderungen an die Erfüllung künftiger Schulden zu ziehen. Siehe ausführlich zu den hier überblicksartig dargestellten Ansichten *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 5 ff. m.w.N.

¹⁶⁶ *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 6 f.; *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, Rn. 313 ff.; *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 10.

Zweckvereinbarung darstelle¹⁶⁷. Dem wird von der ganz überwiegenden Auffassung insbesondere § 366 Abs. 1 BGB entgegengehalten, aus welchem gefolgert wird, dass zumindest eine einseitige Zweckbestimmung des Schuldners für die Herbeiführung der Erfüllungswirkung genügt¹⁶⁸.

Hinsichtlich antizipierter Leistungen würde die Vertragstheorie zu dem Ergebnis führen, dass die künftigen Vertragspartner bereits vor dem Abschluss des eigentlichen Vertrages eine vertragliche Abrede über die spätere Anrechnung der Leistung treffen müssten. Andernfalls könnte die antizipierte Leistung das künftige Schuldverhältnis bei Erfüllbarkeit nicht zum Erlöschen bringen.

(2) Theorie der finalen Leistungsbewirkung

Die subjektiv orientierte *Theorie der finalen Leistungsbewirkung* setzt für die Erfüllung hingegen immer ein subjektives, finales Element – die sog. Tilgungsbestimmung – voraus, durch welches die Zuordnung der Leistung zu einem Schuldverhältnis ermöglicht werden soll¹⁶⁹. Getragen wird diese Ansicht im Wesentlichen von dem Argument, dass andernfalls keine klare Zuordnung der Leistungshandlung zu dem Schuldverhältnis möglich sei¹⁷⁰.

Auf Grundlage dieser Ansicht müsste der antizipiert Leistende im Moment der Leistungserbringung zum Ausdruck bringen, welches künftige Schuldverhältnis er zum Erlöschen bringen will – andernfalls kann die Leistung keine Erfüllungswirkung entfalten. Gegebenenfalls könnte eine solche Leistungsbestimmung auch konkludent erfolgen.

(3) Theorie der realen Leistungsbewirkung

Die objektivierte und heute in Literatur und Rechtsprechung herrschende

¹⁶⁷ Mit Blick auf den rechtsgeschäftlichen Charakter heute etwa *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, Rn. 313 ff.; früher auch *Thur*, JherJB 48 (1904), 1 S. 5 ff.; *Klein*, Natur der causa solvendi, S. 2 ff.; Mit Verweis auf einen Realvertrag hingegen *Ehmann*, JZ 2003, 702 (771); *Ehmann*, NJW 1969, 1833 (1833 ff.); *Ehmann*, JZ 1968, 549 (550); *Rother*, AcP (169) 1969, 1 (26 ff.).

¹⁶⁸ *Looschelders/Erm*, JA 2014, 161 (162).

¹⁶⁹ *Repgen*, in: HKK-BGB, § 362 Rn. 61; *Beuthin*, JZ 1968, 323 (323 ff.); *Gernhuber*, Erfüllung, S. 110 f. m.w.N.

¹⁷⁰ Etwa *Gernhuber*, Erfüllung, S. 110.

Theorie der realen Leistungsbewirkung will hingegen auf subjektive Erfordernisse – soweit es möglich ist – verzichten und eine Zuordnung allein aufgrund der objektiven Umstände vornehmen¹⁷¹. Einen subjektiven Zuordnungsakt erfordert sie nur, wenn eine Zurechnung aufgrund objektiver Kriterien nicht möglich ist, wie es beispielsweise bei Drittleistungen i.S.d. § 267 BGB der Fall ist¹⁷².

Gewendet auf antizipierte Leistungen würde dies Folgendes bedeuten: Im Zeitpunkt der antizipierten Leistung besteht kein Schuldverhältnis, womit die Leistung des künftigen Schuldners in diesem Zeitpunkt auch keinem Schuldverhältnis zugeordnet werden kann¹⁷³. Wird also auf den Zeitpunkt der Leistungserbringung abgestellt, müsste der künftige Schuldner bei seiner Leistung deutlich machen, dass seine Leistung auf eine künftige Schuld gerichtet ist und so den Gegenstand der Erfüllung bestimmen. Bei einer solchen Betrachtung wäre eine Tilgungsbestimmung für antizipierte Leistungen erforderlich.

Erst wenn das Schuldverhältnis entstanden ist, kann die bereits zuvor erbrachte Leistung objektiv einem Schuldverhältnis zugeordnet werden. Nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung wäre somit nur dann keine Tilgungsbestimmung erforderlich, wenn der Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses für die Zuordnung entscheidend wäre.

bb) Ansichten zur Erfüllungswirkung antizipierter Leistungen

Die herrschende Literatur im Einklang mit der Rechtsprechung recurriert im Rahmen von antizipierten Leistung auf die sonst kaum noch vertretene Vertragstheorie. Sie fordern also nicht bloß eine einseitige Tilgungsbestimmung des antizipiert Leistenden, sondern darüber hinaus eine Anrechnungsabrede

¹⁷¹ Aus der Literatur: *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 10; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, Vor §§ 362 Rn. 14; *Schreiber*, in: Soergel-BGB, Vor § 362 Rn. 6; *Grünberg*, in: Palandt, § 362 Rn. 1; *Gernhuber*, Erfüllung, S. 107 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 52. Aus der Rechtsprechung: BGH NJW 1991, 1294 (1295); NJW 2007, 3488 (3489); NJW 2010, 3510 (Rn. 25); NJW 2014, 547 (Rn. 21) m.w.N.

¹⁷² *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 13; BGH NJW 2014, 547 (Rn. 21) m.w.N.

¹⁷³ So auch *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 188.

zwischen künftigen Schuldner und künftigen Gläubiger¹⁷⁴.

Ein weiterer Teil der Literatur nimmt hingegen – im Einklang mit der Theorie der finalen Leistungsbewirkung bzw. mit der Theorie der realen Leistungsbestimmung und einem Abstellen auf den Leistungszeitpunkt – an, dass antizipierten Leistungen nur Erfüllungswirkung zukommt, wenn eine entsprechende Tilgungsbestimmung gegeben sei¹⁷⁵. Die Argumentation weist dabei im Wesentlichen auf den oben ausgeführten Umstand hin, dass objektive Gesichtspunkte die subjektive Zuordnung der Leistung durch den Schuldner im Rahmen antizipierten Leistungen nicht ersetzen würden und eine objektive Zuordnung mangels Schuldverhältnisses nicht möglich sei¹⁷⁶.

Nur sehr vereinzelt wird im Rahmen antizipierter Leistungen die Theorie der realen Leistungsbewirkung vertreten und für die Zuordnung auf den Zeitpunkt der Schuldentstehung abgestellt¹⁷⁷.

cc) Stellungnahme

Gleichwohl ist es im Ergebnis überzeugend, grundsätzlich *keine Tilgungsbestimmung* für antizipierte Leistungen zu fordern. Dies basiert auf folgenden Erwägungen.

(1) Kein Erfordernis einer Anrechnungsabrede

Sowohl aus erfüllungsrechtlicher als auch aus rechtshistorischer Perspektive überzeugt zunächst die Voraussetzung einer Anrechnungsabrede nicht, die unter anderem von der herrschenden Rechtsprechung vertreten wird: Erstens steht sie in grundsätzlichem Widerspruch zu der – sonst von der Rechtsprechung bevorzugten – Theorie der realen Leistungsbewirkung und zweitens erscheint es

¹⁷⁴ BGH NJW 1983, 563 (564); 1986, 248 (248 f.); *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 362 Rn. 44.

¹⁷⁵ *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 188 f.; *Wolf*, Drittleistung, S. 31 vertritt hingegen die Meinung, dass eine vorweggenommene Tilgungsbestimmung nicht möglich sei.

¹⁷⁶ *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 188 f. m.w.N.

¹⁷⁷ *Singer*, JR 1983, 356 (357 ff.); in diese Richtung auch *Looschelders*, in: BeckOGK-BGB, § 362 Rn. 75.

anachronistisch, eine vertragliche Vereinbarung zur Voraussetzung einer Erfüllungshandlung zu machen, da ein solches Erfordernis bereits zu Zeiten des römischen Rechts als überholt galt¹⁷⁸. Drittens verbleibt der nicht aufzulösende Widerspruch zu § 366 BGB.

Diese Argumente waren sicherlich auch dem BGH nicht verschlossen, als er über die Voraussetzungen antizipierter Leistungen zu entscheiden hatte. Trotzdem entschied er sich, im Anschluss an das RG, eine vertragliche Anrechnungsabrede zur Voraussetzung für die Erfüllungswirkung einer antizipierten Leistung zu erheben¹⁷⁹. *Beckhaus* sucht die Erklärung dafür in der Rechtsprechungsentwicklung des RG¹⁸⁰. Sie merkt zutreffend an, dass früher ein verstärktes Interesse daran bestand, die antizipierte Leistung von einer bloßen Darlehensgewährung zu unterscheiden. Während die Abgrenzung heutzutage regelmäßig zugunsten einer antizipierten Leistung ausfällt, existierten solche Tendenzen in den Anfängen des BGB nicht. Auf diesem Umstand aufbauend entwickelt sie die These, dass möglicherweise diese Nähe zum Darlehensvertrag dazu führte, eine Anrechnungsabrede in Form eines „beiderseitigen Einverständnisses“ zu konstruieren¹⁸¹.

Jedoch lässt sich daneben eine überzeugendere Erklärung dafür finden, warum der BGH bei antizipierten Leistungen eine Anrechnungsabrede voraussetzt. Antizipierte Leistungen werden in der Praxis vor allem bei Grundstückskaufverträgen erbracht. Diese sind gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB formbedürftig. Erbringt der Geldschuldner vor dem beurkundeten Vertragsschluss seine Leistung, so leistet er in diesem Moment auf eine antizipierte Schuld. Nach den Anforderungen des BGH bedarf diese antizipierte Leistung nun einer Anrechnungsabrede, um

¹⁷⁸ *Harke*, Schuldrecht, Rn. 354 m.w.N; explizit für einen Fall der antizipierten Leistung auch *Singer*, JR 1983, 356 (357 f.).

¹⁷⁹ Mit Unverständnis dafür schon *Gernhuber*, Erfüllung, S. 112 f.

¹⁸⁰ *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 187.

¹⁸¹ *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 187: „Führt man sich nun vor Augen, dass es dem RG bei der Annahme einer Vorausleistung um eine Abgrenzung zum zweiseitigen Darlehensvertrag ging, könnte dies eine Erklärung dafür bieten, dass davon gesprochen wird, die Zahlungen seien »im beiderseitigen Einverständnis« als Vorschüsse aufgefasst worden“.

erfüllende Wirkung zu erlangen. Der BGH fordert auch für diese Anrechnungsabrede die Form des späteren Verpflichtungsgeschäfts¹⁸².

Unabhängig von der berechtigten Kritik daran, dass dadurch Elemente des Verfügungsgeschäfts in das Verpflichtungsgeschäft verlagert werden¹⁸³, kann dieses Ergebnis das Bedürfnis des BGH nach einer Anrechnungsabrede für die antizipierte Leistungen erklären: Wäre eine Anrechnungsabrede bereits nicht erforderlich, so würde kein Ansatzpunkt dafür existieren, die antizipierte Leistung dem Formzwang des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB zu unterwerfen. Dass dies unter dem Aspekt der Rechtssicherheit allerdings wünschenswert ist, zeigt sich, wenn der Grundstücksverkäufer im Nachgang an die Geschäftsabwicklung behauptet, der Kaufpreis sei zu niedrig beurkundet und die antizipierte Leistung würde ihm zusätzlich zu dem vereinbarten Kaufpreis zustehen¹⁸⁴. Ohne beurkundete Anrechnungsabrede wäre es in diesen Situationen schwierig für den Schuldner, das Gegenteil darzulegen.

Aus rechtspolitischer Perspektive kann der Argumentation außerdem hinzugefügt werden, dass durch das Beurkundungserfordernis für Anrechnungsabreden der Anreiz zu einer einverständlichen Unterverbriefung gemindert wird, da durch das Beurkundungserfordernis das Risiko einer Gesamtnichtigkeit i.S.d. § 139 BGB steigt. Es wird damit deutlich, dass die Rechtsprechung mit dem Erfordernis einer (zu beurkundenden) Anrechnungsabrede einen Weg gefunden hat, um der von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB geforderten Rechtssicherheit und einer Abschreckung vor Unterverbriefung zu entsprechen¹⁸⁵.

Nichtsdestotrotz verbleibt ein spürbarer Widerspruch zur vorherrschenden erfüllungsrechtlichen Dogmatik, der auch vor dem Hintergrund der Motive des

¹⁸² BGH NJW 2000, 2100 (2100 f.); NJW 1983, 563 (564).

¹⁸³ Kritisch dazu auch *Singer*, JR 1983, 356 (361); *Gernhuber*, Erfüllung, S. 112 f.; vor Kurzem auch *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 188 f.

Zu den Risiken und Rechtsfolgen von fehlerhaften Beurkundungen antizipierter Leistungen bei Grundstückskaufverträgen siehe *Keim*, NJW 2012, 119 (121 f.).

¹⁸⁵ Teilweise wird in der Literatur sogar behauptet, diese Rechtsprechung hätte alleine den Grund, der Unterverbriefung vorzubeugen, siehe etwa *Keim*, NJW 2012, 119 (121); *Kanzleiter*, DNotZ 1986, 265 (268). Dem ist allerdings nicht zuzustimmen, wird dadurch doch die gestiegene Rechtssicherheit gelehnet.

BGH nicht zufriedenstellend gelöst werden kann. Auch nachdem der BGH von Teilen der Literatur für das Erfordernis einer Anrechnungsabrede bei antizipierten Leistungen kritisiert wurde¹⁸⁶, zählte das Gericht lediglich Argumente auf, um damit das Beurkundungserfordernis für diese Anrechnungsabrede zu begründen¹⁸⁷. Auf die vorgelagerte Frage der grundsätzlichen Erforderlichkeit einer Anrechnungsabrede ging er nicht ein und vermochte somit den dogmatischen Widerspruch nicht aufzulösen. Selbst wenn in diesem Fall der Ansicht des BGH gefolgt würde, ginge es zu weit, aufgrund des Spezialfalls beurkundungspflichtiger Grundstücksverträge den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, antizipierten Leistungen ohne eine Anrechnungsabrede käme keine Erfüllungswirkung zu. Es muss insofern bedacht werden, dass aufgrund der Beurkundungspflicht viele – außerhalb der erfüllungsrechtlichen Dogmatik liegende – Belange in die Bewertung des konkreten Falls hineinwirken und das Ergebnis deshalb keine Allgemeingültigkeit hat. Dementsprechend ist es grundsätzlich nicht erforderlich, dass eine antizipierte Leistung mit einer Anrechnungsabrede verbunden wird.

(2) Kein Erfordernis einer Tilgungsbestimmung

Dennoch stellt sich die Frage, ob zumindest eine (einseitige) Tilgungsbestimmung erforderlich ist, damit einer antizipierten Leistung Erfüllungswirkung zukommen kann. Die Notwendigkeit einer Tilgungsbestimmung in Fällen der antizipierten Leistung wird darauf gestützt, dass andernfalls keine eindeutige Zuordnung zu einem Schuldverhältnis möglich sei – schließlich besteht ein solches zum Zeitpunkt der Leistungshandlung (noch) nicht¹⁸⁸. Anders ausgedrückt: Das Schuldverhältnis, in dem die antizipierte Leistung ihre Wirkungen entfalten soll,

¹⁸⁶ Insbesondere *Singer*, JR 1983, 356 (336 ff.).

¹⁸⁷ BGH NJW 1986, 248 verweist dabei erneut auf die Rechtssicherheit: „Die hiergegen im Schrifttum erhobenen Einwände geben dem Senat keine Veranlassung, von seiner – auch der Rechtssicherheit dienenden – Rechtsprechung abzurücken“. Dies kann als Argument dafür gewertet werden kann, dass die Rechtssicherheit ein Zentralmotiv der richterlichen Überlegungen darstellt, was wiederum die zuvor aufgestellte These stützt.

¹⁸⁸ *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 186; *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 18; *Dennhart*, in: BeckOK-BGB, § 362 Rn. 44.

ist zum Zeitpunkt der Leistungserbringung noch nicht hinreichend bestimmbar.

Werden allerdings erneut die zuvor angeführten Parallelen zu der antizipierten Abtretung und dem antizipierten Besitzkonstitut herangezogen¹⁸⁹, so überrascht das Argument der mangelnden Bestimmbarkeit. Bei der Vorausabtretung kommt es hinsichtlich der Bestimmbarkeit gerade nicht auf den Zeitpunkt der Abtretungshandlung an, sondern auf den Moment, in dem die Forderung *entsteht*¹⁹⁰. Bei dem antizipierten Besitzkonstitut wird nicht auf den Zeitpunkt der Vereinbarung abgestellt, sondern auf den Moment der *späteren Besitzerlangung*¹⁹¹. Entscheidend sind damit nicht die jeweiligen Begründungshandlungen, sondern die Momente, in denen diese Begründungshandlungen das erste Mal tatsächliche Rechtswirkungen entfalten.

Gewendet auf die antizipierte Leistung bedeutet dies, dass hinsichtlich der Bestimmbarkeit keineswegs der Moment der Leistungserbringung entscheidend sein muss, denn in diesem Moment soll und kann die Leistung noch kein Schuldverhältnis erfüllen. Entscheidend sollte vielmehr der Zeitpunkt der künftigen Schuldentstehung sein. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, dass von der herrschenden erfüllungsrechtlichen Literatur nicht auf den Zeitpunkt abgestellt wird, in dem die Erfüllungshandlung ihre Wirkungen entfalten soll, obwohl dies etwa bei Vorausabtretungen und antizipierten Besitzkonstituten anerkannt ist und ohne besondere Reibungen praktiziert wird. Der Grund für das Erfordernis der Tilgungsbestimmung liegt wohl in dem Bedürfnis, die Leistung bereits im Handlungszeitpunkt abschließend zuzuordnen. Da dieses Bedürfnis jedoch in BGB nicht zu einer zwingenden Voraussetzung gemacht wird, muss ihm auch nicht

¹⁸⁹ Dafür, dass die Zulässigkeit von antizipierten Abtretungen und antizipierten Besitzkonstituten ein Argument für die generelle Zulässigkeit von antizipierten Leistungen darstellt, siehe unter § 3 I. 1. b) (S. 54).

¹⁹⁰ Vgl. dazu *Serick*, Sicherungsübertragung, S. 279 f.

¹⁹¹ Nach einer Formel der Rechtsprechung in BGH NJW 1996, 2654 (2655); NJW 1986, 1985 (1986); NJW 1979, 976 (976); NJW 1956, 1315 (1315) muss „durch ein einfaches, nach außen erkennbares Geschehen *im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs* für jeden, der die Parteiabreden kennt, ohne weiteres erkennbar [sein], welche individuell bestimmten Gegenstände übereignet sind“ (Hervorhebung durch *Verfasser*). Siehe dazu außerdem *Kindl*, in: BeckOK-BGB, § 930 Rn. 8 m.w.N.

unbedingt nachgekommen werden. Strukturell gleichen sich damit die antizipierte Leistung und eine Leistung auf eine bereits bestehende Verbindlichkeit¹⁹². Dementsprechend kann auch von dem grundsätzlichen Erfordernis einer Tilgungsbestimmung bei antizipierten Leistungen Abstand genommen werden, um sie eindeutig einer Schuld zuordnen zu können¹⁹³. Erforderlich ist diese – wie auch bei sonstigen Erfüllungsleistungen nach der Theorie der finalen Leistungsbewirkung – lediglich, wenn in dem Zeitpunkt, in welchem die Schuld entsteht, eine Zuordnung nicht zweifelsfrei stattfinden kann. Dies ist etwa der Fall, wenn mehrere Verbindlichkeiten existieren, nicht jedoch, wenn die Schuld bloß in der Zukunft liegt.

dd) Zusammenfassung

Es ist somit vorzugswürdig, auch im Rahmen von antizipierten Leistungen an der Theorie der realen Leistungsbewirkung festzuhalten und die Zuordnung nach objektiven Kriterien in dem Zeitpunkt vorzunehmen, in dem das Schuldverhältnis entsteht. Hingegen ist es nicht überzeugend, eine vertragliche Abrede oder einer Tilgungsbestimmung zu fordern.

d) Diskrepanz zwischen antizipierter Leistung und späterer Leistungspflicht

Da antizipierte Leistungen erbracht werden, bevor ein Schuldverhältnis entsteht, liegt ein vergleichsweise hohes Risiko vor, dass die antizipierte Leistung von der später vereinbarten Leistungspflicht abweicht. Es lassen sich insofern drei Fallgruppen unterscheiden: Erstens ist denkbar, dass das angestrebte Schuldverhältnis niemals entsteht. Zweitens könnte der Schuldner eine Leistung erbracht haben, welche seine (dann entstandene) Leistungspflicht unterschreitet. Drittens ist es möglich, dass die entstandene Pflicht durch die antizipierte Leistung des Schuldners überschritten wurde, er also „zu viel“ geleistet hat.

aa) Antizipierte Schuld entsteht nicht

Hinsichtlich der Frage, auf welcher Grundlage dem Schuldner ein Anspruch auf

¹⁹² Ohne Begründung auch *Gernhuber*, Erfüllung, S. 112.

¹⁹³ So auch ohne eingehende Begründung *Singer*, JR 1983, 356 (337).

Rückgewähr seiner antizipierten Leistung zusteht, wenn das in Aussicht genommene Schuldverhältnis in der Zukunft nicht entsteht, herrscht Streit. Teilweise wird eine Rückforderungsmöglichkeit des Schuldners auf die Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB (*condictio indebiti*) gestützt¹⁹⁴, wohingegen eine andere Strömung eine Zweckverfehlungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB (*condictio ob rem*) für einschlägig hält¹⁹⁵.

Scheint diese Abgrenzung im ersten Moment nur dogmatischer Natur, eröffnet sich mit Blick auf § 814 BGB eine praktische Dimension. Danach kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Der antizipiert Leistende weiß jedoch regelmäßig, dass er im Leistungsmoment nicht zur Leistung verpflichtet gewesen ist. Bei wortlautgetreuer Anwendung des § 814 BGB bliebe ihm ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB damit verschlossen. Da § 814 BGB aufgrund seiner tatbestandlichen Fassung nur hinsichtlich der Leistungskonditionen Anwendung findet¹⁹⁶, wäre ein Anspruch aus Zweckverfehlungskondition hingegen nicht ausgeschlossen.

Dennoch kommen auch die Vertreter einer *condictio indebiti* zu einem Rückgewähranspruch des Schuldners, indem sie § 814 BGB teleologisch reduzieren: Die Norm sei Ausdruck des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) und dürfe daher keine Anwendung finden, wenn sich der Kondiktionsgläubiger – wie in Fällen antizipierter Leistungen – nicht widersprüchlich verhält¹⁹⁷.

Auch wenn damit im Ergebnis kein praktischer Unterschied zwischen den beiden Ansichten besteht, erscheint die Anwendung der Leistungskondition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB naheliegender, da sich antizipierte Leistungen und gewöhnliche Erfüllungshandlungen unter strukturellen Gesichtspunkten

¹⁹⁴ Beckhaus, Rechtsnatur der Erfüllung, Fn. 547; Gernhuber, Erfüllung, S. 112; Singer, JR 1983, 356 (358 ff.).

¹⁹⁵ BGH NJW 1952, 144; OLG Brandenburg BeckRS 2010, 12594; Schwab, in: MüKo-BGB, § 812 Rn. 475 m.w.N.

¹⁹⁶ OLG Stuttgart WM 2013, 1118; OLG Zweibrücken ZMR 2012, 716.

¹⁹⁷ Weber, JZ 1989, 25 (29).

gleichstehen¹⁹⁸. Es erscheint demnach sinnvoll, sie auch in der Rückabwicklung einem einheitlichen Kondiktionstypen zu unterstellen. Hätte der Schuldner insofern versucht, ein gewöhnliches Schuldverhältnis zu erfüllen und dabei über den Bestand des Schuldverhältnisses geirrt, so wäre unstrittig die Leistungskondiktion aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB einschlägig¹⁹⁹. Es überzeugt nicht, dass trotz dieser vergleichbaren Sachverhalte unterschiedliche Alternativen des § 812 BGB einschlägig sein sollen.

Darüber hinaus ist es folgerichtig, bei Anwendung der Leistungskondiktion § 814 BGB teleologisch zu reduzieren. Es ist anerkannt, dass diese Vorschrift grundsätzlich nur Anwendung findet, wenn dem Leistenden tatsächlich selbstwidersprüchliches Verhalten vorzuwerfen ist²⁰⁰. So findet die Norm insbesondere keine Anwendung, wenn eine Leistung auf ein anerkanntermaßen nichtiges Geschäft in Erwartung späterer Heilung erbracht wird²⁰¹. Dieser Sachverhalt ist mit Leistungen auf künftige Schuldverhältnisse, die später nicht entstehen, vergleichbar. Dem Schuldner des künftigen Schuldverhältnisses kann demnach nicht der Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens gemacht werden, solange er die Leistung in Erwartung des künftigen Schuldverhältnisses erbracht hat. Gerade die Unwägbarkeit über das Entstehen des Schuldverhältnisses bringt schließlich zum Ausdruck, dass seiner Leistung zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich Erfüllungswirkung zukommen könnte.

Der Leistende kann somit seinen rechtsgrundlos geleisteten Betrag, der Wirkungen in einem später nicht entstandenen Schuldverhältnis entfalten sollte, gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zurückverlangen.

bb) Antizipierte Leistung unterschreitet die Schuld

Ein anderes Szenario liegt vor, wenn die antizipierte Leistung hinter dem später

¹⁹⁸ Siehe schon unter § 3 I. 1. c) cc) (2) (S. 65).

¹⁹⁹ BGH NJW 2019, 1446 (1446); NJW 2017, 3516 (3518); NJW 2017, 2199 (2200); Peifer, Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 226; Wendehorst, in: BeckOK-BGB, § 814 Rn. 3.

²⁰⁰ Wendehorst, in: BeckOK-BGB, § 814 Rn. 10.

²⁰¹ BGH NJW 1999, 2892 (2893); OLG Hamm NJW-RR 2003, 971 (974); Wendehorst, in: BeckOK-BGB, § 814 Rn. 10.

vereinbarten Leistungsgegenstand zurückbleibt. In diesen Fällen führt die antizipierte Leistung zunächst nicht zu einem vollständigen Erlöschen der nunmehr entstandenen Schuld. Dies folgt schon daraus, dass die antizipierte Leistung den Schuldinhalt nicht vollständig abdeckt und damit die erforderliche Kongruenz zwischen Schuldinhalt und Leistungspflicht nicht gegeben ist. Vielmehr handelt es sich um eine sog. Teilleistung. Nach § 266 BGB ist der Schuldner zu einer Teilleistung nicht berechtigt, wobei eine Ausnahme von diesem Grundsatz nur dann angenommen wird, wenn er – etwa durch Gesetz oder Parteivereinbarung – zur Teilleistung ermächtigt wurde²⁰².

§ 266 BGB ist zunächst auch auf antizipierte Leistungen anwendbar, denn der Gläubiger hat bei diesen den Schutz der Vorschrift ebenso nötig wie ein Gläubiger bei Erfüllungshandlungen in bestehenden Schuldverhältnissen. Die Vorschrift soll den Gläubiger gerade vor den Belästigungen und dem erhöhten Arbeitsaufwand bei mehrfachen Leistungen schützen²⁰³. Dabei macht es für den Gläubiger insbesondere keinen Unterschied, ob diese Leistungen vor oder nach Vertragsschluss erbracht werden, denn erhöhter Arbeitsaufwand entsteht bei mehrfachen Leistungen unabhängig vom Leistungszeitpunkt.

Die Anwendung von § 266 BGB auf antizipierte Leistungen ist auch nicht anderen Gründen ausgeschlossen. Zwar wird von der Rechtsprechung vertreten, dass § 266 BGB nicht anzuwenden sei, wenn der Schuldner – bei strittiger Anspruchshöhe – der Ansicht seien durfte, er leiste alles, was er schulde²⁰⁴. Insofern bestehen gewisse Parallelen zu antizipierten Leistungen: Sowohl in der Fallgruppe der Rechtsprechung als auch bei antizipierten Leistungen ist die Anspruchshöhe ungewiss und der Schuldner kann nicht mit Sicherheit einschätzen, welchen konkreten Inhalt der Anspruch des Gläubigers hat bzw. haben wird. Jedoch ergibt sich die Ungewissheit über den Leistungsumfang jeweils aus unterschiedlichen Ursachen. Während sich in der Fallgruppe der Rechtsprechung die Ungewissheit aus Rechtsgründen - etwa der Auslegung der §§ 249 ff. BGB im

²⁰² Dazu *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 266 Rn. 10 ff.

²⁰³ *Schulze*, in: NHK-BGB, § 266 Rn. 1.

²⁰⁴ OLG Düsseldorf NJW 1965, 1763; OLG Hamm VersR 1967, 383; *Grüneberg*, in: Palandt, § 266 Rn. 8.

Rahmen eines Schadensersatzanspruchs – ergibt, begibt sich der antizipiert Leistende bewusst und grundsätzlich freiwillig in seine Lage. Aufgrund dieses freien Entschlusses bedarf der antizipiert Leistende eines entsprechenden Schutzes nicht. Andernfalls könnte er durch die Vornahme einer antizipierten Leistung außerdem frei über die Anwendbarkeit von § 266 BGB verfügen, was dem dort angeordneten Schutz des Gläubigers nicht gerecht würde. Die antizipierte Leistung des Schuldners kann darum im Moment der Erfüllbarkeit des Schuldverhältnisses grundsätzlich keine Erfüllungswirkung herbeiführen, wenn die Parteien sich nicht bereits bei der Leistungserbringung über die Wirksamkeit einer Teilleistung verständigt haben.

Es ist jedoch zu beachten, dass sich ein Gläubiger nicht immer auf § 266 BGB berufen kann. Die Vorschrift unterliegt vielmehr den Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB)²⁰⁵. Dementsprechend ist der Gläubiger nicht zu einer Ablehnung der Teilleistung berechtigt, wenn ihm die Annahme bei verständiger Würdigung der Lage des Schuldners und unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwürdigen Interessen zuzumuten ist²⁰⁶.

Eine anerkannte Fallgruppe stellen in diesem Kontext die sog. *Spitzenbeträge* dar. Fehlt hinsichtlich der vollständigen Leistungserbringung nur ein geringfügiger Spitzenbetrag, so kann § 266 BGB unter den Gesichtspunkten von Treu und Glauben eingeschränkt sein²⁰⁷. Für geringfügig wird in diesem Kontext eine Differenz von 10-20 % gehalten²⁰⁸. Es ist naheliegend, diese Ausnahme von § 266 BGB auch auf antizipierte Leistungen anzuwenden, denn die Interessenlagen eines Gläubigers in bestehenden und antizipierten Schuldverhältnissen unterscheiden sich diesbezüglich nicht. Erbringt der Schuldner danach eine antizipierte Leistung etwa in Form einer Geldzahlung und weicht diese nur marginal

²⁰⁵ *Krüger*, in: MüKo-BGB, § 266 Rn. 13 ff. m.w.N.

²⁰⁶ BGH VersR 1954, 297 (298); OLG Stuttgart VersR 1972, 448 (449); *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 266 Rn. 15; *Bittner*, in: Staudinger-BGB, § 266 Rn. 30 nennt § 242 BGB die „praktisch wichtigste Ausnahme“ des § 266 BGB.

²⁰⁷ *Krüger*, in: MüKo-BGB, § 266 Rn. 14; a.A. offenbar *Rother*, NJW 1965, 1749 (1751).

²⁰⁸ Für 10 % etwa *Krüger*, in: MüKo-BGB, § 266 Rn. 14; für 10-20 % *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 266 Rn. 15; für 15 % OLG Bremen FamRZ 1989, 876 (876 f).

von seiner sodann begründeten Leistungspflicht ab, so tritt im Umfang der antizipierten Leistung Erfüllungswirkung ein. Allerdings gilt diese Einschränkung von § 266 BGB bei Spitzenbeträgen nicht, wenn ein leistungsfähiger Schuldner vorsätzlich eine offensichtlich nicht ausreichende Leistung erbringt²⁰⁹. Hat der Schuldner seine antizipierte Leistung demnach bereits in der Absicht erbracht, dass diese die spätere Leistungspflicht unterschreitet, muss der antizipierten Leistung die Erfüllungswirkung versagt werden. „Antizipierte Anzahlungen“ können insofern nicht mit Erfüllungswirkung erbracht werden.

Unterschreitet die antizipierte Leistung demnach die spätere Schuld, tritt grundsätzlich keine Erfüllungswirkung ein. Die antizipierte Teilleistung ist demnach kondizierbare Leistung, die der Schuldner im Wege der Leistungskondition nach den zuvor dargestellten Grundsätzen zurückverlangen kann²¹⁰. Häufig wird es jedoch eher im Interesse der Parteien liegen, die Teilleistung im Wege der Aufrechnung nach §§ 387 ff. BGB auf die nunmehr entstandene Schuld anzurechnen.

cc) Antizipierte Leistung übersteigt die Schuld

Schließlich ist es denkbar, dass die antizipierte Leistung die entstandene Schuld übersteigt. Erfüllungswirkung kann der antizipierten Leistung in diesen Konstellationen nur im Bezug auf die entstandene Schuld zukommen, denn ein darüberhinausgehendes Schuldverhältnis besteht daneben nicht. Eine vergleichbare Regelung zu § 266 BGB existiert für Zuvielleistungen nicht. Daraus schließt die ganz herrschende Meinung zutreffend, dass ein Gläubiger eine solche – zumindest, wenn sie teilbar ist – nicht zurückweisen kann²¹¹. Der Umstand, dass die antizipierte Leistung die entstandene Schuld übersteigt, hat damit keine negativen Auswirkungen auf dessen Erfüllungswirkung. Die Schuld erlischt daher – wie auch sonst bei antizipierten Leistungen – im Zeitpunkt ihrer Erfüllbarkeit vollständig.

Fraglich ist jedoch, was mit der Differenz von Schuldinhalt und antizipierter

²⁰⁹ *Grüneberg*, in: Palandt, § 266 Rn. 8.

²¹⁰ Siehe dazu soeben unter § 3 I. 1. d) aa) (S. 67).

²¹¹ *Krüger*, in: MüKo-BGB, § 266 Rn. 22; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 266 Rn. 23; *Grüneberg*, in: Palandt, § 266 Rn. 10; *Werner*, BB 1984, 221 (222).

Leistung, also dem überschießenden Betrag, geschieht. Die antizipierte Leistung ist in der Aussicht erbracht worden, dass sie deckungsgleich mit der entstehenden Schuld sein würde. Im Bezug auf den darüberhinausgehenden Betrag ging der Leistende mithin von der Entstehung einer korrespondierenden Schuld aus, deren Entstehung jedoch ausblieb. Die Lage ist diesbezüglich mit dem Fall vergleichbar, in dem die antizipierte Schuld vollständig nicht entstanden ist. Dementsprechend können die dort gefundenen Ergebnisse auf den überschießenden Teil angewendet werden²¹². Der Schuldner hat demgemäß einen Anspruch aus Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB) auf den Teil seiner antizipierten Leistung, der die nunmehr entstandene Schuld übersteigt.

dd) Zwischenergebnis

Einem Schuldner steht demnach grundsätzlich ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB hinsichtlich seiner antizipierten Leistung zu, soweit diese keine Erfüllungswirkung herbeigeführt hat. Dies gilt unabhängig davon, ob die Schuld gar nicht entstanden ist oder seine Leistung die später entstandene Schuld über- oder unterschritten hat. Daneben führt eine antizipierte Leistung grundsätzlich keine Erfüllungswirkung herbei, wenn sie das künftige Schuldverhältnis nicht vollständig ausgefüllt hat. Aus § 266 BGB folgt, dass dieser Grundsatz auch für Teilleistungen gilt, bei denen regelmäßig keine Teilerfüllung eintritt.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist danach eine Leistung mit Erfüllungswirkung in einem künftigen Schuldverhältnis grundsätzlich möglich. Nach vorzugswürdiger Ansicht bedarf eine antizipierte Leistung weder einer Tilgungsbestimmung noch einer Anrechnungsabrede, um ihre Erfüllungswirkung herbeizuführen, soweit sie im Moment der Schuldentstehung einem Schuldverhältnis eindeutig zugeordnet werden kann²¹³. Kommt einer antizipierten Leistung im Einzelfall keine

²¹² Siehe zuvor unter § 3 I. 1. d) aa) (S. 67).

²¹³ Wenn hingegen im Einzelfall keine eindeutige Zuordnung zu einem Schuldverhältnis möglich ist, muss auf zusätzliche Umstände – etwa eine Tilgungsbestimmung oder eine Anrechnungsabrede – zurückgegriffen werden, um eine solche Zuordnung im Ergebnis zu ermöglichen.

Erfüllungswirkung zu, so kann der Schuldner diese in der Regel gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zurückverlangen.

2. Hinterlegungsspezifische Problemfelder

Da antizipierte Leistungen danach generell möglich sind, ist auch eine Erfüllungshinterlegung, die ihre Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen entfaltet, nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Es ergeben sich jedoch zusätzliche Probleme, wenn eine antizipierte Leistung in Form einer Erfüllungshinterlegung nach §§ 372 ff. BGB erbracht werden soll. Die folgenden Ausführungen greifen diese Problemfelder auf und erläutern, unter welchen engen Voraussetzungen eine Erfüllungshinterlegung mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen zulässig ist, welche konkreten Rechtswirkungen diese zeitigt und wie etwaige Rückabwicklungsprobleme zu behandeln sind.

a) Gläubigerverzug als Hinterlegungsgrund in künftigen Schuldverhältnissen

Eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat setzt einen Hinterlegungsgrund nach § 372 S. 1 BGB voraus. Ein solcher ist gegeben, wenn der Gläubiger sich in Annahmeverzug befindet (§ 372 S. 1 BGB) oder wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grund (§ 372 S. 2 Alt. 1 BGB) oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers (§ 372 S. 2 Alt. 2 BGB) seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. „Andere in Person des Gläubigers liegende Gründe“ i.S.d. § 372 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB sind dabei rechtliche und tatsächliche Leistungshindernisse aus dem Verantwortungsbereich des Gläubigers, die nicht unter einen der anderen Hinterlegungsgründe fallen²¹⁴. Im Rahmen künftiger Schuldverhältnisse wird diese Fallgruppe regelmäßig keine Rolle spielen, denn deren typische Fälle – etwa die Geschäftsunfähigkeit eines Gläubigers oder sein unbekannter Aufenthaltsort²¹⁵ – weisen keine Besonderheiten auf, wenn es um künftige Schuldverhältnisse geht. Gleiches gilt für die Ungewissheit über die

²¹⁴ Statt aller siehe OLG Hamm BeckRS 2016, 9547 (Rn. 14).

²¹⁵ Dazu und zu weiteren typischen „in der Person des Gläubigers liegende Leistungshindernissen“ siehe bei *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 372 Rn. 8.

Person des Gläubigers.

Einen denkbare Hinterlegungsgrund bei Erfüllungshinterlegungen mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen bildet deshalb allein der Annahmeverzug des künftigen Gläubigers²¹⁶. Voraussetzung für die Möglichkeit zur Erfüllungshinterlegung in künftigen Schuldverhältnissen nach § 372 S. 1 BGB ist demnach, dass der künftige Gläubiger überhaupt in Annahmeverzug i.S.d. §§ 293 ff. BGB geraten kann.

aa) Unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 293 ff. BGB

Bei einer wortlautgetreuen Anwendung der §§ 293 ff. BGB scheidet Gläubigerverzug im Rahmen von künftigen Schuldverhältnissen aus: § 293 BGB setzt ausdrücklich einen „Gläubiger“ und einen „Schuldner“ voraus. Antizipierte Schuldverhältnisse zeichnen sich indessen dadurch aus, dass ein vertragliches Schuldverhältnis gerade *noch nicht* besteht. Dementsprechend scheidet auch eine direkte Anwendung der §§ 293 ff. BGB in dem antizipierten Schuldverhältnis.

Einen Anknüpfungspunkt könnte alleine ein etwaiges vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien darstellen²¹⁷. Gem. § 311 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich ein Vertrag zwischen den Parteien erforderlich, um ein Schuldverhältnis zu begründen, soweit gesetzlich nichts anderes vorgeschrieben ist. Davon wird in § 311 Abs. 2 BGB eine Ausnahme angeordnet, als dass durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1), Vertragsanbahnungen, bei denen der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und

²¹⁶ Auf den Annahmeverzug hat auch der BGH in seiner Entscheidung „Orange-Book-Standard“ abgestellt. BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36): „Denn die Weigerung des Patentinhabers, den Lizenzvertrag abzuschließen, rechtfertigt die entsprechende Heranziehung der Vorschriften über den Gläubigerverzug, sei es, weil der Patentinhaber auch die angebotene Zahlung nicht anzunehmen bereit ist (§ 293 BGB), sei es, weil er zwar die Zahlung anzunehmen willens, jedoch nicht bereit ist, die Gegenleistung in Gestalt der Lizenzgewährung zu erbringen (§ 298 BGB)“.

²¹⁷ Hier sollen solche vorvertraglichen Schuldverhältnisse ausgenommen sein, die aufgrund von Kontrahierungszwang bestehen. Darauf ist im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes noch genauer einzugehen, siehe unter § 4 I. 1. c) bb) (1) (S. 129).

Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut (Nr. 2), oder ähnliche geschäftliche Kontakte (Nr. 3) bereits ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht. Wird ein typischer Fall eines antizipiertes Schuldverhältnis betrachtet, erscheint es durchaus naheliegend, dass zwischen dem künftigen Schuldner und dem künftigen Gläubiger bereits ein vorvertragliches Schuldverhältnis besteht: Will A den B dazu bringen, sein Vertragsangebot anzunehmen, indem er durch seine antizipierte Leistung etwaige Hemmschwellen im Bezug auf seine Zahlungswilligkeit abzubauen versucht, so ist es wahrscheinlich, dass bereits ein rechtsgeschäftlicher Kontakt in der von § 311 Abs. 2 BGB geforderten Intensität zwischen ihnen vorliegt.

Ungeachtet dessen ergibt sich aus vorvertraglichen Schuldverhältnis in der Regel kein Gläubigerverzug: Vorvertragliche Schuldverhältnisse aus § 311 Abs. 2 BGB beschränken sich ihrem Inhalt nach regelmäßig auf Verhaltenspflichten aus § 241 Abs. 2 BGB und begründen deshalb meistens keine primären und einklagbaren Leistungspflichten²¹⁸. Dies ergibt sich bereits aus einem Vergleich des Wortlauts von Abs. 1 und Abs. 2 von § 311 BGB, denn im Gegensatz zu Abs. 1 beschränkt Abs. 2 den Inhalt des Schuldverhältnisses ausdrücklich auf Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB. Ein Gläubigerverzug kann demnach in diesem vorvertraglichen Schuldverhältnis nicht entstehen, denn gem. § 293 BGB gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er die *angebotene Leistung* nicht annimmt. Existieren jedoch – zumindest in einer direkten Anwendung des § 293 BGB – keine Leistungspflichten, in deren Rahmen eine Leistung *angeboten* werden kann, so existiert auch keine Leistung, die der Schuldner anbieten könnte, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu versetzen.

Folglich scheidet in künftigen Schuldverhältnissen eine direkte Anwendung der §§ 293 ff. BGB aus. Auf dieser Grundlage kann somit auch keine Erfüllungshinterlegung in antizipierten Schuldverhältnissen stattfinden.

bb) Analoge Anwendbarkeit der §§ 293 ff. BGB

Möglicherweise kommt jedoch eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Gläubigerverzug in Betracht. Die analoge Anwendung einer Norm setzt

²¹⁸ So auch *Emmerich*, in: MüKo-BGB, § 311 Rn. 50 a.E. m.w.N.

zweierlei voraus: Zum einen muss die Rechtsordnung im Bezug auf den konkreten Fall eine unbewusste Regelungslücke enthalten und zum anderen muss die Interessensituation zu der Norm derart vergleichbar sein, dass es geboten erscheint, die vorgesehene Rechtsfolge der Norm auf den in Rede stehenden Sachverhalt zu erstrecken²¹⁹. Eine solche vergleichbare Interessensituation ist gegeben, wenn die wesentlichen Merkmale der Sachverhalte übereinstimmen, also in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten Einklang besteht²²⁰.

(1) Interessenlage der § 293 ff. BGB

Ausgangspunkt der Betrachtungen muss damit zunächst die Interessenlage der §§ 293 ff. BGB sein. Nimmt ein Gläubiger eine angebotene Leistung nicht an, gerät er gem. § 293 BGB in Annahmeverzug. Die Annahme der Leistung wird dadurch nicht zu einer Pflicht des Gläubigers, sondern bleibt sein Recht²²¹. Das bedeutet, dass der Gläubiger, der die Annahme unterlässt, keine Pflicht aus einem Schuldverhältnis, sondern eine Obliegenheit²²² verletzt²²³. Im Gegensatz dazu erfassen §§ 293-304 BGB gerade keine Leistungsstörungen, die auf einer Annahme- oder Mitwirkungspflicht des Gläubigers beruhen, denn die Rechtsfolgen für diese ergeben sich aus der jeweiligen Vertragsabrede, den vertragstypischen Sondervorschriften oder § 280 BGB²²⁴. Verweigert der Gläubiger die Annahme, kann er zusätzlich in Schuldnerverzug geraten, wenn ihn eine vertragliche Annahmepflicht trifft²²⁵. Der maßgebliche Sachverhalt, der dem Anwendungsbereich der §§ 293 ff. zugrunde liegt, ist damit derjenige, in dem ein Schuldverhältnis besteht und der Gläubiger die Leistung nicht annimmt, zur Annahme der Leistung

²¹⁹ *Regenfus*, JA 2009, 579 (579 f.) m.w.N.

²²⁰ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 202.

²²¹ *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 293 Rn. 1.

²²² Zum Begriff der Obliegenheit siehe ausführlich Fn. 227.

²²³ *Ernst*, in: MüKo-BGB, § 293 Rn. 1; so schon *Kobler*, ArchBürgR 13 (1897), 149 (149 ff.).

²²⁴ *Ernst*, in: MüKo-BGB, § 293 Rn. 1.

²²⁵ *Grüneberg*, in: Palandt, § 293 Rn. 6; *Feldmann*, in: Staudinger-BGB, Vor §§ 293 ff. Rn. 12.

allerdings auch nicht verpflichtet ist²²⁶.

(2) Grundsätzlich keine analoge Anwendung

Es ist fraglich, ob die Interessensituation in antizipierten Schuldverhältnissen und bereits entstandenen Schuldverhältnissen hinsichtlich dieses Umstandes vergleichbar ist.

Da der Annahmeverzug sich gerade dadurch auszeichnet, dass der Gläubiger eine Obliegenheit verletzt, liegt dies eher fern. Die Obliegenheit eines Gläubigers zur Annahme einer Sache resultiert gerade daraus, dass der Gläubiger sich in ein Schuldverhältnis mit dem Schuldner begeben hat und der Gläubiger deshalb auch die Interessen des Schuldners bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses entsprechend berücksichtigen muss²²⁷. Auch wenn Obliegenheiten grundsätzlich auch außerhalb von Schuldverhältnissen entstehen können²²⁸, so ist es im Rahmen des Gläubigerverzugs erst die Leistungspflicht des Schuldners, die es rechtfertigt, dem Gläubiger die Obliegenheit zur Annahme der Leistung aufzuerlegen. Ist der Schuldner damit noch nicht zur Leistung verpflichtet, darf die unterlassene Annahme durch den Gläubiger für diesen auch keine negativen Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Begibt sich der Gläubiger folglich (noch) nicht in die intensive Beziehung eines Schuldverhältnisses zu dem Schuldner, ist es auch nicht angebracht, ihm eine entsprechende Obliegenheit aufzuerlegen, denn nur, weil ein künftiger Schuldner das Bedürfnis verspürt, seiner antizipierten Leistungspflicht bereits vor Abschluss des Schuldverhältnisses nachzukommen, kann dies nicht dazu führen, dass für

²²⁶ *Feldmann*, in: Staudinger-BGB, Vor §§ 293 ff. Rn. 1.

²²⁷ Insofern besteht eine Ähnlichkeit zwischen Obliegenheiten und Nebenpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB, die auch nur unter den Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 BGB im Vorlauf auf Schuldverhältnisse entstehen können. Siehe zu dieser Ähnlichkeit von Obliegenheiten und Neben- und Verhaltenspflichten ausführlich *Hahnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 257 ff.; dazu außerdem *Henß*, Obliegenheiten und Pflicht, S. 44 ff.

²²⁸ Dazu mit eingehender Begründung *Loosbelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 221 ff., der ausführt, dass auch „sonstige Rechtsverhältnisse“ Obliegenheiten begründen können.

den Gläubiger eine korrespondierende Annahmepflicht entsteht.

Eine analoge Anwendung der §§ 293 ff. BGB in antizipierten Schuldverhältnissen scheidet aus diesem Grund aus.

(3) Analoge Anwendung in Ausnahmesituationen

Denkbar sind jedoch bestimmte Ausnahmesituationen, in denen eine analoge Anwendbarkeit der §§ 293 ff. BGB naheliegender erscheint.

(a) Vergleichbare Interessenlage

Angesprochen sind damit Situationen, in denen die (künftigen) Parteien bereits enger zusammengedrückt sind, als etwa bei bloßen Vertragsverhandlungen. Als Beispiel dafür soll ein fiktiver Sachverhalt dienen, der diesen Umstand illustriert:²²⁹

A ist Inhaber von mehreren Patenten für Baustützen. B interessiert sich für eine ausschließliche Lizenz an diesen Patenten, sodass es zu Verhandlungen zwischen A und B kommt. Die Parteien werden sich schnell über eine Lizenzgebühr einig, wollen den Lizenzvertrag jedoch nicht ohne Hilfe eines Patentanwalts finalisieren. Sie einigen sich deshalb in Form eines *Vorvertrags* darüber, dass – nachdem A einen Patentanwalt ausgesucht hat – an einem bereits im Vorvertrag bestimmten Datum ein entsprechender Lizenzvertrag mit der im Vorvertrag festgeschriebenen Lizenzgebühr geschlossen werden soll. Nach Abschluss dieses Vorvertrags meldet sich A nicht mehr und reagiert – auch nach Ablauf des im Vorvertrag festgeschriebenen Datums und nachdem B ihm mehrfach die vereinbarte Lizenzgebühr angeboten hat – nicht auf Nachfragen des B. Es könnte nun die Frage aufgeworfen werden, ob A in diesem Fall in Gläubigerverzug geraten ist. Sollte dies der Fall sein, könnte sich ein Recht des B zur Hinterlegung des

²²⁹ Der Sachverhalt ist an BGH GRUR 1958, 564 angelehnt, behandelt aber nicht die dort gegenständlichen Rechtsfragen. Im konkreten Fall ging es um die Frage, was die Voraussetzungen für die Annahme eines wirksamen Vorvertrags sind. Der Sachverhalt wird hier in den Streitfragen dahingehend abgeändert, dass dies unproblematisch der Fall ist, um den Fokus auf den potenziellen Anwendungsfall des Gläubigerverzugs zu lenken. Auch sonst wurde der Sachverhalt aus Gründen der Übersichtlichkeit reduziert.

Lizenzbetrags ergeben.

Zunächst müssen in diesem Fall zwei Schuldverhältnisse auseinandergelassen werden. Zum einen existiert das Schuldverhältnis, das sich aus dem Vorvertrag ergibt. Durch einen Vorvertrag wird die Verpflichtung begründet, einen anderen schuldrechtlichen Vertrag – den Hauptvertrag – abzuschließen²³⁰. Um im Folgenden unnötige Probleme der Vorvertragsdogmatik zu meiden, soll davon ausgegangen werden, dass die Parteien sich in dem obigen Beispiel in dem Vorvertrag bereits über die wesentlichen Punkte des späteren Lizenzvertrags geeinigt haben und ein eindeutiger Rechtsbindungswille der Parteien (mit Blick auf den Vorvertrag) gegeben war.

Neben diesem Vorvertrag existiert ein antizipiertes Schuldverhältnis in Form des noch abzuschließenden Lizenzvertrags. Dieses antizipierte Schuldverhältnis unterscheidet sich indessen von den bisherigen Beispielen, die in Augenschein genommen wurden: Will ein Verhandlungsbeteiligter den anderen durch eine antizipierte Leistung lediglich dazu bewegen, einen Vertrag abzuschließen, so ist ungewiss, ob dieses Schuldverhältnis jemals entstehen wird. Im Falle eines Vorvertrags besteht jedoch eine rechtliche Verpflichtung der Vertragsparteien, dem antizipierten Schuldverhältnis zur Entstehung zu verhelfen.

Fraglich ist insofern, ob der Abschluss des Vorvertrags Auswirkungen auf einen etwaigen Gläubigerverzug hat. Wird nur das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag betrachtet, so räumt der Gläubigerverzug dem B keine sinnvollen Rechte ein: Wenn B dem A ein Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrags macht, das dieser nicht annimmt, so gerät A in Schuldnerverzug, weil er seine vertragliche Verpflichtung nicht einhält. Er macht sich so gegebenenfalls gem. §§ 280 ff. BGB Schadensersatzpflichtig²³¹. Raum für Gläubigerverzug besteht daneben

²³⁰ BGH NJW 1988, 1261 (1261); NJW 1990, 1233 (1233); OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2015, 916 (Rn. 138); *Bork*, in: Staudinger-BGB, Vor § 145 Rn. 51; *Einsele*, in: MüKo-BGB, § 125 Rn. 13 m.w.N.

²³¹ BGH, NJW 1984, 479 (480) m.w.N.; OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2015, 916 (Rn. 171): „Gerät bei einem Vorvertrag der Schuldner mit der Erfüllung der Abschlusspflicht in Verzug oder verhält er sich sonst vertragswidrig, so kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen, wenn er sich selbst vertragstreu verhält“. Siehe auch *Bork*, in: Staudinger-BGB, Vor §§ 145 ff. Rn. 65.

nicht, da die Abgabe einer Willenserklärung durch B nicht von der Mitwirkung des A abhängt und insofern für ihn keine Möglichkeit besteht, die Leistung nicht anzunehmen²³².

Wie oben bereits vorgezeichnet, scheidet auch in dem antizipierten Schuldverhältnis der Gläubigerverzug in direkter Anwendung der §§ 293 ff. BGB bereits deshalb aus, da es an einem entstandenen Schuldverhältnis fehlt. In diesem Sachverhalt könnte indessen ein gesteigertes Bedürfnis an einer analogen Anwendung der Vorschriften bestehen. Hätte A seine Leistung tatsächlich erbracht und B eine Lizenz eingeräumt, so hätte dieser bereits seiner Verpflichtung aus dem späteren Lizenzvertrag nachkommen können, indem er seine Lizenzgebühr an A zahlt. Diese Möglichkeit bleibt ihm nur deshalb verwehrt, weil B dem antizipierten Schuldverhältnis nicht zur Entstehung verhilft. Diese Beziehung zwischen A und B ist damit bereits deutlich intensiver ausgestaltet als in einem gewöhnlichen Sachverhalt, der eine antizipierte Leistung zum Gegenstand hat.

Dementsprechend greift auch das Argument, mit dem zuvor die Möglichkeit einer analogen Anwendung der §§ 293 ff. BGB abgelehnt wurde, in diesem Umfang nicht durch. Der Schuldner kann gerade ein berechtigtes Interesse haben, seine Leistungspflicht vollumfänglich zu erfüllen, denn das Schuldverhältnis *muss* später entstehen. Hindert der Gläubiger ihn daran, muss dem Schuldner die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Hindernisse aus der Gläubigersphäre zu überwinden. Es kann dann nichts anderes gelten, als wenn der Gläubiger die Leistung des Schuldners nicht annimmt. Der Gläubiger verhindert nämlich gerade pflichtwidrig die Vertragsentstehung und verhindert damit mittelbar, dass der Schuldner seine Schuld, die dadurch entstünde, tilgen kann. Eine Vergleichbarkeit zu den gewöhnlichen Sachverhalten der §§ 293 ff. BGB ist darum

²³² Denkbar ist theoretisch nur, dass A sich dem Zugang der Willenserklärung des B verschließt. Dies ist jedoch kein Problem der Leistung des A, sondern ein Zugangsproblem der Willenserklärung, das nach herrschender Meinung über den Rechtsgedanken aus §§ 162, 242 BGB gelöst wird, vgl. BGH NJW 1977, 194 (195); BVerwG NVwZ 1991, 73 (75) m.w.N.

grundsätzlich nicht gegeben²³³.

Fraglich bleibt aber, ab welcher Intensitätsstufe die Beziehung zwischen künftigem Gläubiger und künftigem Schuldner so intensiv ausgestaltet ist, dass die Anwendung der §§ 293 ff. interessengerecht ist. Wie gezeigt, reichen bloße Vertragsverhandlungen gerade nicht aus, wohingegen ein geschlossener Vorvertrag den Paradefall bildet. Entscheidende Bedeutung muss insofern der Frage zukommen, ob bereits eine feste rechtliche Bindung für den Gläubiger besteht und dieser keine Möglichkeit mehr hat, die spätere Verpflichtung zu verhindern. Auf Grundlage dieser Annahme reicht beispielsweise ein „letter of intent“ bzw. eine Absichtserklärung zu einem Vertragsschluss nicht aus²³⁴, da der Charakter dieser Erklärungen darin zu erblicken ist, dass die erklärende Partei gerade *keine* verbindliche Verpflichtung eingehen will. Mithin scheidet auch die analoge Anwendung der Vorschriften über den Gläubigerverzug bezüglich der nachgeordneten Verpflichtung aus dem antizipierten Schuldverhältnis in diesen Konstellationen aus²³⁵.

Dementsprechend ist die Interessenlage der §§ 293 ff. BGB bei bereits entstandenen und antizipierten Schuldverhältnissen zumindest vergleichbar, wenn der Gläubiger die Entstehung des künftigen Schuldverhältnisses nicht einseitig verhindern kann.

(b) Planwidrigkeit der Regelungslücke

Neben der vergleichbaren Interessenlage setzt jede Analogie eine planwidrige Regelungslücke voraus²³⁶. Eine Regelungslücke ist vorliegend gegeben, weil der Gesetzgeber nicht angeordnet hat, ob der Gläubiger eines künftigen

²³³ *Reimann/Hahn*, in: FS-Meibom, S. 373 (379) halten die analoge Anwendung im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes deshalb für angebracht, weil der künftige Gläubiger den „Eintritt des Rechtsgrunds für die Zahlung“ verhindere. Dem liegt im Kern der gleiche Gedanke zugrunde.

²³⁴ Zur Abgrenzung von bloßen Absichtserklärungen zu bindenden Vorverträgen siehe *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 58 f.

²³⁵ Gleichwohl ist es hier denkbar, dass ein Schuldverhältnis aus anderen Gründen bereits vorliegt, siehe dazu unter § 4 I. 1. c) bb) (1) (S. 129)

²³⁶ Allgemeine Meinung. Siehe statt aller *Zippelius*, Methodenlehre, S. 52 f.

Schuldverhältnisses in Gläubigerverzug geraten kann. Allein mangels entsprechender Regelungen kann indessen nicht darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die Regelung eines solchen Falls planwidrig unterlassen hat. Schließlich ist ebenso denkbar, dass eine Regelung bewusst unterlassen wurde. Dafür spricht hier, dass – exemplarisch in Fällen eines Vorvertrags – dem Schuldner andere Möglichkeiten offenstehen, um der Abschlussweigerung des Gläubigers beizukommen. Er kann beispielsweise Schadensersatz von der anderen Partei des Vorvertrags verlangen, wenn diese dem Vertrag nicht zur Entstehung verhilft²³⁷. Dementsprechend könnte argumentiert werden, dass die Rechte des Schuldners des künftigen Schuldverhältnisses bereits ausreichend gewahrt sind, denn welches Bedürfnis sollte er daneben haben, den Gläubiger in Annahmeverzug setzen zu können?

Um diese Frage beantworten zu können, muss bedacht werden, dass der Gläubigerverzug die Voraussetzung für die Hinterlegung ist und die Hinterlegung in dieser Situation eine der wenigen Möglichkeiten für den Schuldner darstellt, seiner künftigen Leistungspflicht nachzukommen. Sollte die Möglichkeit zur Hinterlegung nicht offenstehen, wäre eine tatsächliche Erfüllung des künftigen Schuldverhältnisses nicht mehr möglich, womit allein eine Ersatzleistung in Form von Schadensersatz in Betracht käme.

Es steht jedoch im Widerspruch zum Gedanken der *Vertragstreue*, dass die Primärpflichten aus einem Schuldverhältnis durch Schadensersatzpflichten ersetzt werden, wenn eine Einhaltung des Vertrages noch möglich ist. *Weller* arbeitete diesbezüglich heraus, dass die Vertragstreue drei wesentliche Elemente umfasst²³⁸: Zum einen, dass Parteien sich nicht einseitig ohne Grund vom Vertrag lösen können (Vertragsbindung). Zum anderen, dass beide Parteien grundsätzlich bei der Vertragsrealisierung mitzuwirken haben (Leistungstreue). Drittens – und dies ist hier zentral – bedeutet Vertragstreue, dass der Grundsatz der Naturalerfüllung gilt: Dieser besagt, dass ein Vertrag vorrangig durch die in Natur zu erbringende Leistung zu erfüllen ist. Dem Schuldner steht deshalb in der Regel ein aus dem Vertrag resultierendes Naturalerfüllungsrecht zu, welches der

²³⁷ Siehe dazu schon die Nachweise in Fn. 231.

²³⁸ Die folgenden Ausführungen basieren auf *Weller*, Vertragstreue, S. 8 ff., 464 ff.

Forderung von Schadensersatz gerade vorrangig ist. Vorzugswürdig ist es deshalb, die auf Erfüllung gerichtete Hinterlegung einer etwaigen Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs vorzuziehen. Dagegen kann nicht das Argument vorgebracht werden, dass der künftige Vertrag eben nicht bestünde und damit auch der Grundsatz der Vertragstreue nicht eingreife²³⁹, denn durch den Vorvertrag liegt bereits eine ausreichende Verbindung zwischen den Parteien vor, die letztlich die Erstreckung auf das künftige Rechtsgeschäft rechtfertigt.

Infolgedessen ist von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke auszugehen. Eine analoge Anwendung der §§ 293 ff. BGB ist damit in den Situationen einer entsprechend intensiven Beziehung zwischen künftigen Gläubiger und künftigen Schuldner geboten.

cc) Zusammenfassung

Für den Gläubigerverzug bedeutet dies zusammengefasst, dass dieser nicht in jedem künftigen Schuldverhältnis entstehen kann. Es muss bereits eine besonders intensive Bindung zwischen den Parteien bestehen, um eine analoge Anwendung der §§ 293 ff. BGB zu rechtfertigen. Eine derartige Bindung ist insbesondere dann gegeben, wenn die Parteien einen bindenden Vorvertrag über den Abschluss des künftigen Vertrags geschlossen haben²⁴⁰ und die Hinterlegung sich auf dieses künftige Schuldverhältnis erstrecken soll. Im Übrigen ist dies der Fall, wenn der Gläubiger die Entstehung des künftigen Schuldverhältnisses nicht mehr einseitig verhindern kann.

b) § 373 BGB

Ein weiteres Problem ergibt sich im Rahmen von Hinterlegungen mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen aus § 373 BGB. Will der Schuldner mit seiner Hinterlegung die von § 378 BGB in Aussicht gestellte Erfüllungswirkung herbeiführen und dabei garantieren, dass die Sache nicht ohne Erbringung einer

²³⁹ Besteht hingegen keinerlei vertragliche Bindung oder lediglich eine Selbstbindung ohne Vertrag (etwa durch eine Form von Werbung), greift der Grundsatz nicht ein, vgl. *Weller*, Vertragstreue, S. 187 ff.

²⁴⁰ Wie an späterer Stelle noch erörtert wird, kommt eine vergleichbare Bindung auch aus sonstigen Schuldverhältnissen, wie etwa dem Zwangslizenzverhältnis, in Betracht. Siehe dazu unter § 4 I. 1. c) bb) (S. 129).

Gegenleistung an den Gläubiger ausgehändigt wird, muss er das Empfangsrecht des Gläubigers nach § 373 BGB an die Bewirkung einer Gegenleistung knüpfen. Im Rahmen antizipierter Schuldverhältnisse besteht insofern das Problem, dass eine Gegenleistung in diesem Sinne (noch) nicht existiert²⁴¹. Demgemäß ist unklar, an welche Gegenleistung der künftige Schuldner die Herausgabe des Gegenstandes knüpfen soll²⁴². Im Folgenden wird untersucht, ob und wie der künftige Schuldner bei Hinterlegungen in künftigen Schuldverhältnissen von § 373 BGB Gebrauch machen kann.

aa) Faktischer Zwang zur Knüpfung an eine Gegenleistung

Der Normzweck des § 373 BGB liegt gerade darin, den Schuldner bei der Hinterlegung nicht schlechter zu stellen als bei einer gewöhnlichen Erfüllung²⁴³. Bei einer solchen würde dem Gläubiger insofern ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen, soweit ihn keine Pflicht zur Vorleistung trifft. Macht der Schuldner von seinem Recht aus § 373 BGB keinen Gebrauch und verzichtet gleichzeitig bei der Hinterlegung der Sache gem. § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf das Recht zur Rücknahme, so hat der Gläubiger bereits in diesem Moment uneingeschränkten Zugriff auf die Hinterlegungsmasse²⁴⁴. Faktisch ist der Schuldner damit zur Verknüpfung mit einer Gegenleistung verpflichtet, wenn er nicht will, dass der Gläubiger – ohne dass dieser seine Pflichten erfüllt hätte – an den Hinterlegungsgegenstand gelangt. Auch im Rahmen von Hinterlegungen auf künftige Schuldverhältnisse ist der Hinterlegende damit regelmäßig dazu gezwungen, auf § 373 BGB zurückzugreifen, denn unabhängig von seiner Motivation zur

²⁴¹ Im Fall des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwands arbeitet dieses Problem auch heraus *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804).

²⁴² So mit Blick speziell auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand *Grabinski*, in: 50 Jahre Bundespatentgericht, S. 243 (252 f.); *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804).

²⁴³ *Mugdan*, Motive II, S. 96 f.; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 373 Rn. 1; *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 373 Rn. 1.

²⁴⁴ Die entsprechende Empfangsberechtigung wird für diese Fälle von den Landesgesetzen fingiert, siehe etwa Art. 20 Abs. 2 S. 1 BayHintG. Ausführlicher zu diesem Ablauf unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29). Aus dogmatischer Perspektive handelt es sich bei der Knüpfung an eine Gegenleistung um eine aufschiebende Bedingung der Herausgabeforderung des Gläubigers gegen die Hinterlegungsstelle i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB, vgl. *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 373 Rn. 6 m.w.N.

antizipierten Leistung wird er selten damit einverstanden sein, dass die Hinterlegungsmasse ohne Weiteres an den künftigen Gläubiger ausgekehrt wird.

bb) Präziserungsprobleme bei Hinterlegungen in künftigen Schuldverhältnissen

Für bereits entstandene Schuldverhältnissen ergibt sich damit, was der Schuldner in seinen Hinterlegungsantrag aufnehmen muss: Er teilt in diesem der Hinterlegungsstelle mit, welche Gegenleistung der Gläubiger im Rahmen des Schuldverhältnisses erbringen muss. Der Gläubiger muss dann gegenüber der Hinterlegungsstelle nachweisen, dass er die Gegenleistung erbracht hat, bevor die Vollziehung der Herausgabe stattfindet²⁴⁵. Der künftige Schuldner eines antizipierten Schuldverhältnisses weiß im Moment der Hinterlegung jedoch, in der Regel²⁴⁶, (noch) nicht, welche genaue Leistung die Gegenseite erbringen muss. Ihm stellt sich damit ein formales Problem, denn nach den Landesgesetzen muss er die Gegenleistung bereits im Hinterlegungsantrag angeben²⁴⁷.

Denkbar wäre zunächst, dass der künftige Schuldner nicht einfach eine Gegenleistung i.S.d. § 373 BGB in seinem Hinterlegungsantrag angibt, sondern den Sachverhalt umfassend beschreibt und der Hinterlegungsstelle genau vorgibt, unter welchen Voraussetzungen er eine Herausgabe gegenüber dem künftigen Gläubiger wünscht. Dies ist jedoch unzulässig. Aus einem Umkehrschluss zu § 373 BGB wird von der ganz herrschenden Meinung zutreffend gefolgert, dass andere Vorbehalte und Bedingungen als die Knüpfung an eine Gegenleistung nicht Gegenstand eines Hinterlegungsantrags sein können und dazu führen, dass die

²⁴⁵ Dazu siehe unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

²⁴⁶ Ausnahmen sind hier, wie etwa im Fall von Zwangslizenzen, denkbar. Siehe dazu die Ausführungen unter § 4 I. (S. 120 ff.).

²⁴⁷ Damit die Hinterlegung wirksam an eine Gegenleistung geknüpft wird, sehen die Landesgesetze vor, dass dies bei der Hinterlegung anzugeben ist, siehe etwa Art. 11 Abs. 4 BayHintG oder § 8 Abs. 2 S. 4 HintG NRW. Trotzdem ist anerkannt, dass – solange nicht auf das Recht zur Rücknahme der Leistung verzichtet wurde – auch nachträglich eine Verknüpfung stattfinden kann, da schutzwürdige Belange des Gläubigers bis zu diesem Zeitpunkt nicht betroffen sind. Statt aller siehe dazu *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 373 Rn. 5 m.w.N.

Hinterlegungsstelle die Hinterlegung als unzulässig zurückweisen muss²⁴⁸. Selbst wenn die Hinterlegungsstelle fälschlicherweise einen solchen Hinterlegungsantrag zulässt und eine entsprechende Annahmeanordnung erlässt, ist dem künftigen Schuldner dadurch nicht geholfen, denn nach allgemeiner Ansicht wird durch eine unzulässigerweise angenommene Hinterlegung die Rechtswirkung des § 378 BGB nicht ausgelöst²⁴⁹. Demnach würde auch keine Leistungsbefreiung bei Erfüllbarkeit des künftigen Schuldverhältnisses eintreten.

Für den Schuldner stellt sich damit die Frage, wie präzise die Gegenleistung im Rahmen des § 373 BGB bezeichnet sein muss, um die Annahme des Hinterlegungsantrags durch die Hinterlegungsstelle zu ermöglichen. Nach herrschender Ansicht muss die Gegenleistung gerade so konkret beschrieben werden, dass die Hinterlegungsstelle im Einzelfall ohne Probleme beurteilen kann, ob die Voraussetzungen zur Herausgabe gegeben sind²⁵⁰. *Ulrici* geht hingegen davon aus, dass die vom Gläubiger zu erbringende Leistung so konkret bezeichnen werden muss, „wie eine Gegenleistung im Falle der Zug-um-Zug Verurteilung tituliert werden müsste“²⁵¹. Diese erhöhten Anforderungen an die Bezeichnung der Gegenleistung überzeugen jedoch nicht, denn sie würden zu einer Überforderung des juristischen Laien führen. Da der Hinterlegungsantrag jedoch beim Amtsgericht und damit gem. § 78 Abs. 1 ZPO ohne Anwaltszwang zu stellen ist²⁵², müssen auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der Gegenleistung entsprechend gering ausgestaltet sein²⁵³. Es ist daher mit der herrschenden Meinung davon

²⁴⁸ *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 373 Rn. 1; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 373 Rn. 3 m.w.N.

²⁴⁹ Statt aller *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 373 Rn. 1 m.w.N.

²⁵⁰ *Wiedemann/Armbuster*, BayHintG, Art. 11 Rn. 37 m.w.N.

²⁵¹ *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 373 Rn. 16.

²⁵² In einigen Bundesländern kann der Hinterlegungsantrag auch zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden, etwa gem. § 8 HintG BaWü, womit gem. § 78 Abs. 3 ZPO auch vor den Landgerichten kein Anwaltszwang bestünde.

²⁵³ Es ist insofern überzeugend, dass keine höheren Anforderungen gelten dürfen, als bei der Erhebung einer Klage vor dem Amtsgericht (die ebenfalls gem. § 78 Abs. 1 ZPO erhoben werden kann) an die Bestimmtheit zu sind. Auch dort genügt es, wenn die Entscheidungsbefugnis des Gerichts klar umrissen wird und der Klageantrag abgesteckt wird, vgl. *Becker-Eberhard*, in: MüKo-ZPO, § 253 Rn. 88.

auszugehen, dass der Bestimmtheit der Gegenleistung dann genüge getan ist, wenn die Hinterlegungsstelle die Voraussetzungen der Herausgabe ohne Weiteres prüfen kann.

Gemessen an diesem Maßstab ist eine konkrete Bezeichnung der Gegenleistung auch bei Hinterlegungen mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen möglich. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Schuldner die konkreten Umrisse der künftigen Gegenleistung in seinen Antrag aufnimmt. Das bedeutet, er muss die Rahmenbedingungen darlegen, aus denen sich das künftige Schuldverhältnis ergibt und darüber hinaus die antizipierte Gegenleistung des Gläubigers möglichst konkret beschreiben. Werden diese Informationen der Hinterlegungsstelle im Antrag mitgeteilt, kann diese bei einem entsprechenden Herausgabeantrag des Gläubigers prüfen, ob die antizipierte Gegenleistung erbracht wurde.

Dabei obliegt die Prüfung darüber, ob die Anforderungen an die Bestimmtheit der Gegenleistung gegeben sind, der Hinterlegungsstelle bei Einreichung des Antrags. Geht die Hinterlegungsstelle davon aus, dass sie auf Grundlage des Hinterlegungsantrags in Zukunft nicht beurteilen kann, ob die antizipierte Gegenleistung erbracht wurde, muss sie den Antrag als unzulässig zurückweisen²⁵⁴. Gegen eine etwaige negative Entscheidung über den Hinterlegungsantrag wäre dann die Beschwerde der zulässige Rechtsbehelf und gegen die Beschwerdeentscheidung ein Antrag nach § 23 EGGVG²⁵⁵.

cc) Zusammenfassung

Es zeigt sich damit, dass im Rahmen einer antizipierten Hinterlegung auch auf die Regelung des § 373 BGB zurückgegriffen werden kann, solange gewisse Bestimmtheitsanforderungen in dem Hinterlegungsantrag gewahrt werden. Voraussetzung ist insofern, dass der künftige Schuldner die antizipierte Gegenleistung so konkret bezeichnet, dass zu einem späteren Zeitpunkt von dem

²⁵⁴ Der Antrag verstößt dann gegen die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften, wie etwa Art. 11 Abs. 4 BayHintG oder § 8 Abs. 2 S. 4 HintG NRW.

²⁵⁵ Siehe etwa Art. 8 Abs. 1 und Abs. 3 BayHintG oder § 5 Abs. 1 und Abs. 2 HintG NRW. Eine Auflistung über die Beschwerderechte in allen Bundesländern findet sich bei *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 372 Rn. 120.1.

Gläubiger gegenüber der Hinterlegungsstelle nachgewiesen werden kann, ob diese bereits erbracht wurde.

c) Zeitpunkt der Erfüllungswirkung

Bei einer Hinterlegung im Rahmen eines künftigen Schuldverhältnisses stellt sich außerdem die Frage, wann eine solche ihre Erfüllungswirkung i.S.d. § 378 BGB entfaltet. Nach dem Wortlaut der Norm erlischt danach das Schuldverhältnis „wie wenn [der Schuldner] zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte“. In dem Moment der Hinterlegung existiert jedoch noch kein Schuldverhältnis. Insofern besteht ein Problemgleichlauf zu § 362 BGB bei schlichten antizipierten Leistungen.

Im Rahmen antizipierter Leistungen wurde diesbezüglich ausgeführt, dass diese das antizipierte Schuldverhältnis in dem Zeitpunkt zum Erlöschen bringen, in dem dieses erfüllbar wird²⁵⁶. Es spricht nichts dagegen, diese Erkenntnisse auf die Hinterlegung zu übertragen. Da allerdings die Hinterlegung in der hier relevanten Modalität den Gläubigerverzug voraussetzt, ist keine Situation denkbar, in welcher die Schuld entstanden ist, aber die Erfüllbarkeit derselben nicht gegeben ist. Insofern fallen Erfüllbarkeit und Schuldentstehung zwangsläufig zusammen und es kann für den Erlöschenszeitpunkt auf den Moment der Schuldentstehung abgestellt werden. In entsprechender Anwendung des § 378 BGB tritt Erfüllungswirkung damit im Moment der Schuldentstehung ein; die Möglichkeit der antizipierten Hinterlegung wird dadurch nicht beeinträchtigt²⁵⁷.

d) Abweichung von antizipierter Schuld

Ein weiteres Problemfeld ergibt sich daraus, dass der Schuldner bei der Erfüllungshinterlegung exakt den Gegenstand zu hinterlegen hat, den er aus dem (späteren) Schuldverhältnis schuldet; allein Inhalt und Modalitäten dieser Schuld sind Maßstab für die Erfüllungswirkung der Hinterlegung²⁵⁸. Wie bei jeder

²⁵⁶ Siehe dazu unter § 3 I. 1. b) (S. 54).

²⁵⁷ A.A. offenbar *Cohn*, DJZ 1903, 173 (174), der ohne Begründung einen Zeitpunkt vor Schuldentstehung nicht als Erfüllungsmoment einer Hinterlegung anerkennen will. Dies steht jedoch schon im Kontrast zur heutigen Dogmatik bezüglich der generellen Zulässigkeit von antizipierten Leistungen.

²⁵⁸ So bezüglich bereits bestehender Schuldverhältnisse *Gernhuber*, Erfüllung, S. 345.

antizipierten Leistung besteht damit auch hier das Risiko, dass der hinterlegte Gegenstand von dem später vereinbarten Leistungsgegenstand abweicht. Wie bei sonstigen antizipierten Leistungen²⁵⁹ ist es insofern denkbar, dass das antizipierte Schuldverhältnis später nicht entsteht, die Hinterlegungsmasse hinter der vereinbarten Schuld zurückbleibt oder diese von der Hinterlegungsmasse überstiegen wird.

(1) Antizipierte Schuld entsteht nicht

Anders als bei sonstigen antizipierten Leistungen gelangt der Leistungsgegenstand bei der Erfüllungshinterlegung nicht an den Gläubiger, wenn das in Aussicht genommene Schuldverhältnis in der Zukunft nicht entstanden ist. Dies folgt daraus, dass der Hinterlegungsempfänger seine Empfangsberechtigung gegenüber der Hinterlegungsstelle nicht nachweisen kann, denn Teil dieses Nachweises ist insbesondere ein Beleg über die erbrachte Gegenleistung nach § 373 BGB. Da diese jedoch erst mit Entstehung des Schuldverhältnisses festgelegt wird, kann die Gegenleistung in der Regel auch erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses erbracht werden. Eine Herausgabeanordnung zugunsten des Gläubigers darf somit nicht ergehen und eine Herausgabe an ihn nicht stattfinden. Der Schuldner kann den Gläubiger folglich auch nicht auf Herausgabe der Hinterlegungsmasse in Anspruch nehmen.

Die Hinterlegungsmasse verbleibt vielmehr bei der Hinterlegungsstelle und es stellt sich die Frage, wie der Hinterlegende diese zurückerlangt. Obwohl der Gläubiger des in Aussicht genommenen Schuldverhältnis nicht die Hinterlegungsmasse „erlangt“ hat, gibt es trotzdem eine Rechtsposition, dessen Übertragung der Hinterlegungsschuldner vom Hinterlegungsgläubiger gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB verlangen kann. Das „erlangte Etwas“ liegt in der Sperrposition des Hinterlegungsgläubigers im Hinterlegungsverfahren, welche

²⁵⁹ Zu den Auswirkungen etwaiger Diskrepanzen bei antizipierten Leistungen siehe unter § 3 I. 1. d) (S. 67).

dieser auf den Schuldner „zurückübertragen“ muss²⁶⁰. Insofern ist anerkannt, dass sich die Rückabwicklung der Sperrstellung nach Bereicherungsrecht richtet, wenn die zu tilgende Forderung nicht bestand oder anderweitig erfüllt wurde²⁶¹. Da vor allem eine Hinterlegung auf eine nicht bestehende Forderung mit einer antizipierten Hinterlegung auf eine später nicht entstandene Forderung vergleichbar ist, erscheint es folgerichtig, auch hier einen Anspruch auf Übertragung der Sperrposition aus § 812 BGB anzunehmen.

In der Literatur ist jedoch umstritten, welche Variante des § 812 BGB einschlägig ist, wenn der Hinterlegende die Aufgabe der Sperrposition durch den Hinterlegungsgläubiger verlangt. Neben der Leistungskondiktion aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB²⁶² und der Zweckverfehlungskondiktion aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB²⁶³ wird hier außerdem die *condictio ob causam finitam* aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB vertreten²⁶⁴.

Es sprechen einige Gründe dafür, in diesen Fällen die Leistungskondiktion aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB anzuwenden²⁶⁵: Gegenüber dem Hinterlegungsgläubiger stellt sich die Hinterlegung nämlich schlicht wie eine auf eine Schuld erbrachte Leistung dar, die mangels Entstehung des Schuldverhältnisses rechtsgrundlos erfolgt ist²⁶⁶. Es liegt somit eine Leistung ohne Rechtsgrund vor, auf

²⁶⁰ So ausdrücklich BGH NJW-RR 2005, 1361 (1362) m.w.N.; *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 378 Rn. 9; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 378 Rn. 25 m.w.N.; a.A. *Gernhuber*, Erfüllung, S. 357 mit Verweis auf einen Anspruch aufgrund extensiver Auslegung aus dem Hinterlegungsverhältnis.

²⁶¹ Ohne dabei darauf einzugehen, welche Variante des § 812 BGB anzuwenden ist BGH NJW-RR 2005, 1361 (1362).

²⁶² So etwa *Wenzel*, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 378 Rn. 9.

²⁶³ Dies vertritt *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 378 Rn. 26.

²⁶⁴ *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 378 Rn. 9.

²⁶⁵ Insofern fände die Rückabwicklung antizipierter Leistungen nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB statt und zwar unabhängig davon, ob die Leistung im Wege der Hinterlegung oder gewöhnlich erbracht wurde. Siehe zu der Rückabwicklung antizipierter Leistungen, wenn die Schuld nicht entstanden ist unter § 3 I. 1. d) aa) (S. 67).

²⁶⁶ So für rechtsgrundlose Hinterlegungen auch *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 376 Rn. 63.

deren Rückabwicklung gerade die Leistungskondiktion aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB anzuwenden ist.

Der Hinterlegungsschuldner kann auf dieser Grundlage die Übertragung der Sperrposition des Hinterlegungsgläubigers aus Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB verlangen, wenn das in Aussicht genommene Schuldverhältnis nicht entstanden ist. Wie bei sonstigen antizipierte Leistungen steht dem bei wortlautgetreuer Anwendung § 814 BGB entgegen. Die Norm muss jedoch auch hier teleologisch reduziert werden, wenn selbstwidersprüchliches Verhalten nicht erkennbar ist. Dies ist bei Leistungen auf in Aussicht genommene Schuldverhältnisse regelmäßig der Fall²⁶⁷. Es ist damit im Ergebnis nicht entscheidend, welcher Variante des § 812 BGB Anwendung findet. Jedenfalls steht dem Hinterlegungsschuldner ein Anspruch auf Übertragung der Sperrposition zu. Diesen Anspruch muss der Hinterlegungsgläubiger dadurch erfüllen, dass er gegenüber der Hinterlegungsstelle eine Freigabeerklärung abgibt. Diese genügt in allen Bundesländern als Nachweis der Empfangsberechtigung²⁶⁸, sodass im Anschluss die Herausgabe angeordnet und vollzogen werden kann, wodurch der Hinterlegende wieder in den Besitz der Hinterlegungsmasse gelangt.

(2) Hinterlegung unterschreitet die Schuld

Hinterlegt der Schuldner einen geringeren Betrag als später vereinbart, handelt es sich dabei – wie auch bei sonstigen antizipierten Leistungen – um eine Teilleistung²⁶⁹. Fraglich ist insofern, ob § 266 BGB auch bei der Erfüllungshinterlegung Anwendung findet. Wäre dies der Fall, würde der Teilhinterlegung in der Regel keine Erfüllungswirkung zukommen.

Aus dem Sinn und Zweck des § 266 BGB folgt zunächst, dass die Vorschrift auch auf die Erfüllungshinterlegung anzuwenden ist²⁷⁰. Der Arbeitsaufwand

²⁶⁷ Dieses Ergebnis wird hier auch für sonstige antizipierte Leistungen vertreten, siehe dazu schon unter § 3 I. 1. d) aa) (S. 67).

²⁶⁸ Siehe zu diesem Erfordernis unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

²⁶⁹ Siehe diesbezüglich schon bei sonstigen antizipierten Leistungen unter § 3 I. 1. d) bb) (S. 69).

²⁷⁰ Ohne Verweis auf den Sinn und Zweck der Vorschrift auch BGH MDR 1962, 120 (120); siehe auch *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 376 Rn. 49.

eines Hinterlegungsempfängers wird signifikant erhöht, wenn er mehrere Leistungen bei der Hinterlegungsstelle abrufen muss. Dies gilt bei Hinterlegung sogar in noch größerem Maße als bei sonstigen Erfüllungshandlungen, denn die Vollziehung der Herausgabe an den Hinterlegungsgläubiger kann einige Zeit in Anspruch nehmen und erfordert seine Mitwirkung²⁷¹.

Nach einer Entscheidung des BGH kann jedoch auch bei Teilhinterlegungen die Berufung des Gläubigers auf § 266 BGB gegen Treu und Glauben verstoßen und damit – etwa in den Fallgruppen der Spitzenbeträge²⁷² – unzulässig sein²⁷³. Dem wurde in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Prozess mit folgender Argumentation entgegengetreten²⁷⁴: Die Erfüllungshinterlegung erfordere zur Herbeiführung der Erfüllungswirkung nach § 378 BGB lediglich eine Handlung des Schuldners. Mitwirkungshandlungen des Gläubigers seien zur Herbeiführung der Erfüllungswirkung gerade nicht erforderlich. Dementsprechend könne § 242 BGB den Gläubiger auch nicht verpflichten, besondere Rücksicht auf den Schuldner zu nehmen, denn er sei an der Schuldabwicklung insofern nicht beteiligt.

Dem hielt der BGH jedoch zutreffend entgegen, dass § 378 BGB den Schuldner in gleichem Maße von seiner Verpflichtung befreit wie die gewöhnliche Erfüllung nach § 362 BGB. Die Hinterlegung hat somit durchaus Auswirkungen auf den Gläubiger, weshalb es auch gerechtfertigt ist, ihn den Schranken von § 242 BGB zu unterwerfen²⁷⁵. Daneben kann der Argumentation des BGH noch ein weiterer Aspekt hinzugefügt werden: Die Möglichkeit zur Erfüllungshinterlegung folgt gerade daraus, dass sich in der Gläubigersphäre ein Erfüllungshindernis befindet²⁷⁶. Es wäre insofern befremdlich, wenn der

²⁷¹ Dies gilt insbesondere deshalb, weil der Hinterlegungsempfänger bei jeder einzelnen Hinterlegung seine Empfangsberechtigung gegenüber der Hinterlegungsstelle nachweisen muss. Siehe zu dieser Anforderung unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

²⁷² Siehe zu dieser Fallgruppe bei antizipierten Leistungen unter § 3 I. 1. d) bb) (S. 69).

²⁷³ BGH MDR 1962, 120 (120).

²⁷⁴ So lässt sich im Wesentlichen die Argumentation der Revision in BGH MDR 1962, 120 zusammenfassen.

²⁷⁵ BGH MDR 1962, 120 (120).

²⁷⁶ Zu diesem Zweck siehe unter § 2 I. 1. (S. 8).

Gläubiger sich von den Beschränkungen von Treu und Glauben bei § 266 BGB befreien könnte, indem er dieses Erfüllungshindernis geschaffen hat. Im Ergebnis findet darum § 266 BGB inklusiver seiner Einschränkungen aus Treu und Glauben im Rahmen der Erfüllungshinterlegung volle Anwendung²⁷⁷.

Für den Hinterlegenden bedeutet dies wiederum, dass ihm ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB auf Aufgabe der Sperrposition zusteht, wenn seiner antizipierten Hinterlegung wegen § 266 BGB keine Erfüllungswirkung zukommt.

(3) Hinterlegung übersteigt die Schuld

Schließlich ist der Fall denkbar, dass die nunmehr entstandene Schuld hinter der Hinterlegungsmasse zurückbleibt. Da sich auch hier die überschüssige Leistung gegenüber dem Gläubiger als rechtsgrundlose Leistung darstellt, ergibt sich auch diesbezüglich ein Anspruch auf Freigabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB²⁷⁸. Dieser Freigabeanspruch erstreckt sich jedoch nur auf den überschießenden Teil und nicht auf die gesamte Hinterlegungsmasse. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Hinterlegungsmasse im Umfang der entstandenen Schuld gem. § 378 BGB Erfüllungswirkung hatte, die im Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses eintrat. Der Hinterlegungsgläubiger darf sich diesen Teil nach Erbringung seiner Gegenleistung von der Hinterlegungsstelle auszahlen lassen. Praktisch bedeutet dies, dass er einen Antrag auf Herausgabe im Umfang des vereinbarten Schuldverhältnisses stellen und hinsichtlich des überschießenden Teils eine Freigabeerklärung abgeben muss. Gleichzeitig kann der Hinterlegungsschuldner hinsichtlich des überschießenden Teils einen Antrag auf Herausgabe stellen.

II. Erfüllungshinterlegung bei unbestimmten Leistungspflichten

Abzugrenzen von Erfüllungshinterlegungen mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen sind Erfüllungshinterlegungen auf unbestimmte Leistungspflichten. In diesen Situationen ist das Schuldverhältnis bereits entstanden, aber

²⁷⁷ So auch *Gernhuber*, Erfüllung, S. 345 f.

²⁷⁸ Siehe dazu schon soeben in Fällen, in denen die antizipierte Schuld nicht entsteht unter § 3 I. 1. d) aa) (S. 67).

einer Partei oder einem Dritten steht ein Leistungsbestimmungsrecht zu²⁷⁹. In seiner Entscheidung „Orange-Book-Standard“ stieß sich der BGH nicht daran, dass die Leistungspflicht des Lizenzsuchers von dem Patentinhaber noch in den Grenzen des § 315 BGB zu bestimmen war. Im Gegenteil wies er ausdrücklich darauf hin, dass dies der „Hinterlegung der Lizenzgebühr nicht entgegen“ stehe²⁸⁰. Er führte aus, dass dies „entsprechend der Regelung in § 11 Abs. 2 UrhWG“ (heute § 37 VGG) gelte. Eine eingehende Begründung dafür, ob und unter welchen Voraussetzungen einer Erfüllungshinterlegung in solchen Situationen überhaupt Erfüllungswirkung zukommen kann, lieferte er nicht.

Diese Frage greift der folgende Abschnitt auf und erläutert dabei, inwiefern generell Erfüllungshandlungen und insbesondere Hinterlegungen mit Erfüllungswirkung auf solche (noch) unbestimmte Leistungspflichten vorgenommen werden können. Im Übrigen werden ausgewählte Problemfelder erläutert, die eine Erfüllungshinterlegung auf unbestimmte Leistungspflichten mit sich bringt.

1. Zulässigkeit von Erfüllungshandlungen bei unbestimmten Leistungspflichten

Da die Erfüllungshinterlegung einen Ersatz für die Erfüllung nach § 362 BGB darstellt, muss ein Schuldverhältnis zumindest erfüllt werden können, damit der Anwendungsbereich der §§ 372 ff. BGB eröffnet ist. Andernfalls ist es von vornherein ausgeschlossen, dass eine Erfüllungshandlung erbracht werden kann und die Erfüllungswirkung des § 378 BGB eintritt. Wie bereits bei der Erfüllungshinterlegung in künftigen Schuldverhältnissen stellt sich daher die Vorfrage, ob Schuldverhältnisse mit unbestimmten Leistungspflichten grundsätzlich erfüllt werden können und wie sich etwaige Unterschiede zwischen späterer Leistungsbestimmung und geleistetem Gegenstand auf diese Erfüllung auswirken.

²⁷⁹ Dieses Leistungsbestimmungsrecht kann etwa den Vorschriften der §§ 315, 316 BGB (bei einem Leistungsbestimmungsrecht einer Partei) oder den §§ 317 ff. BGB (bei einem Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten) unterworfen sein.

²⁸⁰ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 40).

a) Ausgangslage

Aus dem – ungeschriebenen²⁸¹ – Bestimmtheitsgrundsatz des Schuldrechts folgt, dass Rechtsgeschäfte im Moment ihres Wirksamwerdens grundsätzlich bestimmt oder zumindest bestimmbar sein müssen²⁸². Wenn die Parteien gegen diesen Grundsatz verstoßen, führt dies in der Regel dazu, dass eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung unwirksam ist²⁸³. Allerdings kennt das Gesetz von diesem Grundsatz zahlreiche Ausnahmen, wie etwa die vertragsspezifischen Vorschriften in den §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2 BGB, die eine entsprechende Vergütung gesetzmäßig festlegen, wenn darüber zwischen den Parteien keine Einigung zustande kam. Neben diese gesetzlichen Bestimmungen des Leistungsinhalts – die letztlich zur Bestimmbarkeit der Leistungen führen – kennt das Gesetz jedoch auch Fälle, in denen der Leistungsinhalt auch bei Vertragsschluss noch unbestimmt bleibt. So folgt insbesondere aus §§ 315 ff. BGB, dass einer Vertragspartei oder einem Dritten ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt werden kann, welches erst nach Vertragsschluss ausübt werden muss. Fraglich ist indessen, ob eine solche unbestimmte Leistungspflicht auch bereits vor der Leistungsbestimmung – die gem. § 316 BGB im Zweifelsfall dem Gläubiger zusteht – erfüllt werden kann.

b) Erfüllbarkeit von unbestimmten Leistungspflichten

Gegen die Erfüllbarkeit einer unbestimmten Schuld wird von der herrschenden Meinung vor allem das Argument angeführt, dass die Leistungspflicht vor der Leistungsbestimmung mangels Konkretisierung nicht bestimmbar und deshalb „nicht real erfüllbar“ sei²⁸⁴. Der – selten ausgesprochene – Kern dieser Argumentation liegt wohl darin, dass jede Schuld einen konkreten Leistungsgegenstand

²⁸¹ Der später gestrichene § 352 im E I (Prot I 464) sah hingegen noch vor: „Ist die Leistung, welche den Gegenstand des Vertrags bilden soll, weder bestimmt bezeichnet noch nach den im Verträge enthaltenen Bestimmungen zu ermitteln, so ist er Vertrag nichtig“.

²⁸² Siehe etwa *Netzer*, in: BeckOGK-BGB, Rn. 3, 42.

²⁸³ Eingehend zu verschiedenen Problemen in diesem Kontext *Bachmann*, in: MüKo-BGB, § 241 Rn. 12.

²⁸⁴ So formuliert es *Rieble*, in: Staudinger-BGB, § 315 Rn. 475. Mit Verweis darauf und die mangelnde Erfüllbarkeit auch LG Mainz, BeckRS 2007, 12953.

umfassen müsse, um erfüllbar zu sein. Tue sie dies nicht, leiste der Schuldner einen Gegenstand, der nicht dem Schuldinhalt entspricht und mithin nicht zur Erfüllung geeignet sei; denn jede Leistung entspräche, unabhängig von ihrem Inhalt, nicht der (unbestimmten) Schuld. Dementsprechend stehe dem Schuldner nicht das Recht zu, die Leistung zu erbringen und Erfüllungswirkung könne nicht eintreten²⁸⁵.

Dieses Ergebnis macht insbesondere in solchen Situationen Sinn, in denen dem Gläubiger das Leistungsbestimmungsrecht deshalb zusteht, weil ihm eine Leistung durch den Schuldner vor Ausübung seines Leistungsbestimmungsrecht besondere Probleme bereiten würde. Denkbar sind in etwa Situationen, in denen der Gläubiger mit der Ausübung seines Bestimmungsrechts deshalb noch abwartet, weil er zuvor Platz in seinem Lager schaffen muss oder eine Sache ohne Zwischenlager an einen Dritten weitersenden will und dieser die Sache vorher nicht annehmen muss.

Dass jedoch gute Gründe für die Erfüllungbarkeit von unbestimmten Schulden sprechen, ergibt sich bei einer exemplarischen Betrachtung von Fällen, in denen sämtliche Leistungsalternativen erbracht wurden bzw. in denen unbestimmte Geldschulden Gegenstand der Leistungspflicht sind.

aa) Beispiel: Erbringung sämtlicher Leistungsalternativen

Ist der Gläubiger etwa dazu berechtigt, den Leistungsgegenstand im Sinne einer Wahlschuld nach § 262 BGB zu bestimmen und leistet der Schuldner *sämtliche* Wahlalternativen, so würde nach der herrschenden Ansicht keine Erfüllungswirkung gem. § 362 BGB eintreten. Die Folge wäre, dass der Gläubiger weiterhin seine Wahl ausüben muss und den sodann ausgewählten Gegenstand weiterhin vom Schuldner verlangen kann. Der Schuldner hingegen muss gem. § 264 Abs. 2 BGB dem Gläubiger eine Frist zur Wahlausübung gewähren und gegebenenfalls nach etwaigem Fristablauf die Wahl selbst treffen. Im Anschluss

²⁸⁵ Ähnlich *Rieble*, in: Staudinger-BGB, § 315 Rn. 411 ff.; In diese Richtung argumentiert für die Unerfüllbarkeit einer Wahlschuld vor Ausübung des Wahlrechts etwa *Litten*, Wahlschuld, S. 164 ff.; siehe dazu auch *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 195 ff.

muss er erneut leisten und führt so die Erfüllungswirkung des § 362 BGB herbei.

Dieses Ergebnis überrascht jedoch. Der Schuldner hat schließlich – unabhängig davon, wie die Wahl des Gläubigers letztlich ausfällt – den dann ausgewählten Leistungsgegenstand bereits geleistet und zwar unabhängig davon, wie diese Wahl ausfallen wird. Problematisch ist daran allein, dass im Moment der Leistungserbringung noch nicht konkret festgestellt werden kann, welche der vom Schuldner konkret erbrachte Leistung die Erfüllungswirkung herbeiführt. Dies kann indessen nicht maßgebend sein, denn mindestens auf eine der erbrachten Leistungen trifft dies zu. Wie der Schuldner später die geleisteten Alternativen zurückerlangt, für die sich der Gläubiger im Rahmen seines Wahlrechts nicht entschieden hat, ist hingegen eine Frage der Rückabwicklung, die jedoch hinsichtlich der Erfüllungswirkung zunächst keine Aussage treffen kann²⁸⁶.

bb) Beispiel: Unbestimmte Geldschulden

Ein weiteres Beispiel bilden unbestimmte Geldschulden, deren konkrete Bestimmung im Rahmen des § 315 Abs. 1 BGB in das billige Ermessen des Gläubigers gestellt ist. Auch in diesen Situationen kann der Gläubiger nicht einen beliebigen Geldbetrag wählen, sondern seine Leistungsbestimmung ist den Grenzen der Billigkeit unterworfen. Seine Leistungsbestimmung ist sonst unverbindlich²⁸⁷. Das bedeutet gleichzeitig, dass ein gewisser Rahmen existiert, in dem die Leistungsbestimmung stattfinden kann. Es ist nunmehr denkbar, dass der Schuldner bereits *vor* der Leistungsbestimmung des Gläubigers einen Geldbetrag an diesen leistet, der *jeden* denkbaren „billigen“ Betrag abdeckt. Auf Grundlage der herrschenden Meinung würde diese Leistung allerdings keine Erfüllungswirkung herbeiführen, denn die Schuld ist weiterhin unbestimmt und kann deshalb nicht erfüllt werden. Auch hier müsste der Schuldner die Leistungsbestimmung durch den Gläubiger

²⁸⁶ Dies hat zunächst nichts mit dem Verhältnis des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs zu der Erfüllungsleistung zu tun, siehe dazu *Thomale*, Freiheit, S. 163 ff. Hinsichtlich der Rückabwicklung bei fehlerhaften Leistungen auf unbestimmte Schulden siehe unter § 3 II. 2. d) (S. 113).

²⁸⁷ Dazu, was die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung für Rechtsfolgen hat und zu den Auswirkungen einer unbilligen Leistungsbestimmung auf die Erfüllbarkeit siehe unter § 3 II. 2. a) cc) (S. 109).

abwarten und nach erfolgter Leistungsbestimmung erneut leisten.

Wie bereits bei der Erbringung sämtlicher Leistungsalternativen kann ein solches Ergebnis nicht überzeugen. Wenn es außer Frage steht, dass der Schuldner einen Betrag geleistet hat, der jeden „billigen“ Betrag einschließt, den der Gläubiger bestimmen kann, dann ist kein Grund ersichtlich, wieso nicht bereits im Leistungszeitpunkt endgültige Erfüllung nach § 362 BGB eintreten sollte. Es insofern nur schwer zu vermitteln, dass trotz der Zahlung weiterhin ein (unbestimmter) Anspruch des Gläubigers bestehen soll. Dies dürfte sich überdies mit der Vorstellung eines juristischen Laien decken, der nach der Zahlung eines maximal denkbaren Betrags davon ausgehen wird, von seiner Schuld befreit worden zu sein.

In diese Kerbe schlug auch der BGH, als er in seiner Entscheidung „Orange-Book-Standard“ für den kartellrechtlichen Zwangseinwand entschied, dass es der Hinterlegung²⁸⁸ nicht entgegenstehe, dass die Höhe des zu hinterlegenden Betrags noch nicht feststehe, wenn ein „jedenfalls ausreichender Betrag“ hinterlegt wird²⁸⁹. Mit dem Verweis auf den „jedenfalls ausreichenden Betrag“ spricht der BGH gerade den Aspekt an, der zuvor ausgeführt wurde: Bestehen keine Zweifel daran, dass die erbrachte Leistung die Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts des Gläubigers deckt, wirkt auch die Ablehnung einer Erfüllungswirkung aus § 362 BGB unnötig kompliziert.

cc) Vergleich: Nachträgliche Änderung der Tilgungsbestimmung

Daneben kann ein Argument für die grundsätzliche Erfüllbarkeit von unbestimmten Leistungspflichten aus einem Vergleich zur nachträglichen Änderung von Tilgungsbestimmungen hergeleitet werden.

Die nachträgliche Änderung von Tilgungsbestimmungen wird vor allem in folgenden Fällen relevant: Ein Dritter erbringt irrtümlich eine Leistung auf eine

²⁸⁸ Wie noch erläutert wird, meint der BGH im Fall „Orange-Book-Standard“ gerade die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, siehe dazu unter § 4 I. 1. c) aa) (S. 127).

²⁸⁹ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 40). Der kartellrechtliche Zwangslizenzinwand und sein Hinterlegungsfordernis nach BGH und EuGH wird an späterer Stelle noch eingehender betrachtet, siehe unter § 4 I. (S. 120).

in Wirklichkeit nicht bestehende Schuld. Im Nachgang stellt sich jedoch heraus, dass der (vermeintliche) Gläubiger einen Anspruch gegen einen anderen Schuldner hat, der inhaltsgleich zu dem ursprünglich vermuteten Anspruch gegen den Dritten ist. Ohne die weitere Vornahme von Rechtshandlungen stünde dem Dritten nun ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB aus Leistungskondiktion gegen den vermeintlichen Gläubiger zu²⁹⁰. An dieser Stelle kommt die Änderung der Tilgungsbestimmung zum Tragen: Möglicherweise kann der Dritte nämlich seine ursprüngliche Tilgungsbestimmung dahingehend umwidmen, dass seine Leistung nicht als Leistung auf eine eigene Schuld, sondern als Drittleistung i.S.d. § 267 BGB auf die Schuld des Schuldners angesehen wird. Die Folge davon wäre, dass der Anspruch des Dritten aus Leistungskondiktion gegen den Gläubiger nicht bestünde, er durch seine Drittleistung jedoch den Schuldner befreit hätte, womit dem Dritten stattdessen ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB aus Rückgriffskondiktion gegen den Schuldner zustünde. Für den Dritten macht ein solches Vorgehen vor allem Sinn, wenn der Gläubiger in Insolvenz gerät, denn er könnte sich dadurch einen solventen Kondiktionsgegner in Form des Schuldners verschaffen²⁹¹.

Das Grundproblem dieses Sachverhalts ist identisch zu dem bei der Erfüllung unbestimmter Leistungen: Jemand erbringt eine Leistung, von der sich erst nach dem Leistungszeitpunkt herausstellt, dass sie die Schuld zum Erlöschen bringt. Bei der unbestimmten Leistungspflicht resultiert dies daraus, dass ein Vergleich von Leistung und Leistungspflicht (noch) nicht möglich ist, wohingegen bei der nachträglichen Änderung der Tilgungsbestimmung gerade die (noch) nicht stattgefundene Umwidmung dafür verantwortlich ist.

Bemerkenswert ist jedoch, dass die Rechtsprechung und Teile der Literatur die nachträgliche Umwidmung der Tilgungsbestimmung in den Grenzen des § 242 BGB nicht bloß für zulässig halten, sondern ihr überdies Rückwirkung auf

²⁹⁰ Siehe dazu, dass bei Leistungen auf irrtümlich angenommene Schulden die Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB gilt unter § 3 I. 1. d) aa) (S. 67).

²⁹¹ Zu weiteren Fällen in denen eine Änderung der Tilgungsbestimmung für den Leistenden Sinn macht siehe bei *Schwab*, in: MüKo-BGB, § 812 Rn. 255 ff.

den Zeitpunkt der Erfüllungshandlung zumessen²⁹². Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, dass einer Leistung auf eine noch unbestimmte Schuld keine Erfüllungswirkung haben kann, wenn sich bei der Leistungsbestimmung die Übereinstimmung von Leistung und Leistungsbestimmung herausstellen sollte. Vielmehr spricht dies dafür, dass in einem solchen Fall die Erfüllungswirkung gem. § 362 BGB mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Leistungserbringung eintritt.

Dies gilt umso mehr, weil sämtliche Argumente, die von der Literatur gegen die nachträgliche Änderungsmöglichkeit der Tilgungsbestimmung vorgebracht werden, bei der Erfüllung unbestimmten Leistungen nicht durchgreifen. Diese Einwände lauten wie folgt: Zunächst sei die Umwidmungsmöglichkeit einer Tilgungsbestimmung nicht mit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre vereinbar, denn die Tilgungsbestimmung stelle zumindest eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung dar, womit sie e contrario § 130 BGB nicht frei widerrufen werden könne²⁹³. Außerdem sei es denkbar, dass der Schuldner in der Zwischenzeit selbst eine Leistung erbracht hat, die er nun nach Bereicherungsrecht vom Gläubiger zurückverlangen müsse, womit er dessen Insolvenzrisiko trage. Für eine solche Verschiebung des Insolvenzrisiko von dem Dritten auf den Schuldner gäbe es keinen Anlass und Billigkeitsgesichtspunkte sprächen dagegen²⁹⁴. Überdies sei die Situation für den Gläubiger misslich, denn in dem Zeitraum von Leistung des Dritten bis zur Änderung seiner Tilgungsbestimmung könne er nicht einschätzen, ob er die Leistung des Dritten behalten kann oder weiterhin versuchen sollte, die Forderung gegenüber dem Schuldner einzutreiben. Diesen Argumenten kann zugestanden werden, dass sie in Situationen des § 267 BGB durchaus eine gewisse Überzeugungskraft haben.

²⁹² BGH NJW 1964, 1898 (1899); NJW 1983, 814; NJW 1986, 2700; ebenso von *Caemmerer*, in: FS-Dölle, S. 136 (147 ff.) m.w.N.; *Reuter/Martinek*, Bereicherung, S. 134 ff. m.w.N.; *Schwab*, in: MüKo-BGB, § 812 Rn. 261 m.w.N.

²⁹³ *Schwab*, in: MüKo-BGB, § 812 Rn. 263 a.E.; *Wendeborst*, JURA 2004, 505 (511).

²⁹⁴ Insbesondere *Lorenz*, in: FS 50 Jahre Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, S. 267 (267 ff.); *Lorenz*, AcP 168 (1968), 287 (308 ff.); *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 951; *Weber*, Bereicherungsausgleich, S. 133 ff.; *Schwab*, in: MüKo-BGB, § 812 Rn. 263 m.w.N.

Bei der Erfüllung einer unbestimmten Leistungspflicht existiert allerdings gerade kein Dreiecksverhältnis. Dementsprechend greifen auch die Einwände gegen die nachträgliche Umwidmung einer Tilgungsbestimmung bei der Erfüllung von unbestimmten Leistungspflichten nicht durch: Eine Verschiebung des Insolvenzrisikos ist in derartigen Situationen nicht denkbar, weil lediglich zwei Personen beteiligt sind. Gleichzeitig ist der Gläubiger nicht in Unkenntnis darüber, ob er die Leistung noch von einem Dritten verlangen kann, denn allein der Leistende kommt als potenzieller Schuldner in Betracht. Einzig das formale Argument mit Verweis auf § 130 BGB würde bestehen bleiben. Dieses kann allerdings nicht auf den Fall der Leistung auf unbestimmte Schulden übertragen werden, denn ein Widerruf einer rechtsgeschäftlichen Handlung findet in einer solchen Konstellation gerade nicht statt, sondern es stellt sich bloß nachträglich (nämlich bei Leistungsbestimmung) heraus, dass Leistung und Leistungspflicht identisch waren.

Wird demnach die herrschende Meinung hinsichtlich der Umwidmung von Tilgungsbestimmungen konsequent auf die Erfüllung von unbestimmten Leistungspflichten angewandt, folgt daraus, dass eine solche generell erfüllbar sein muss. Stellt sich somit nach der Leistung heraus, dass diese der (nunmehr bestimmten) Leistungsbestimmung entsprach (oder diese vom Umfang sogar überstieg²⁹⁵), so tritt demnach rückwirkend auf den Leistungszeitpunkt die Wirkung des § 362 BGB ein.

dd) Vergleich: Möglichkeit von antizipierten Leistungen

Ein weiteres Argument für die Möglichkeit der Erfüllung von unbestimmten Leistungen ergibt sich außerdem daraus, dass die ganz herrschende Meinung auch Leistungen auf künftige Schuldverhältnisse zulässt und diesen Erfüllungswirkung im Zeitpunkt der Schuldentstehung beimisst²⁹⁶. Ist jedoch das Schuldverhältnis noch nicht entstanden, ist auch die Leistungspflicht noch nicht bestimmbar. Es handelt sich bei antizipierten Leistungen insofern um einen

²⁹⁵ Zu den Auswirkungen einer Leistung, die der späteren Leistungsbestimmung nicht entspricht, siehe § 3 II. 1. c) (S. 104).

²⁹⁶ Eingehend dazu und warum es sinnvoller erscheint, die Erfüllungswirkung erst im Zeitpunkt der Erfüllbarkeit anzunehmen unter § 3 I. 1. (S. 52).

Spezialfall von einer Leistung auf eine (noch) unbestimmte Schuld. Danach wäre es widersprüchlich, Leistungen auf künftige Schuldverhältnisse mit Erfüllungswirkung zuzulassen, diese aber bei unbestimmten Leistungspflichten zu verweigern. Vorzugswürdig erscheint es deshalb, auch unbestimmte Leistungspflichten grundsätzlich für erfüllbar zu halten.

ee) Rückabwicklung nicht interessengerecht

Werden unbestimmte Leistungspflichten hingegen generell für unerfüllbar gehalten, ergibt sich außerdem hinsichtlich der Rückabwicklung ein sonderbares Ergebnis. Wenn die Leistungsbestimmung durch den Gläubiger stattgefunden hat und diese mit der vorangegangenen Leistung des Schuldners übereinstimmt, steht dem Schuldner trotzdem ein Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten zu. Dieser ergibt sich aus Bereicherungsrecht, denn ein Rechtsgrund für die Leistung fehlt auch dann, wenn zwischen den Parteien zwar ein Kausalverhältnis besteht, die erbrachte Leistung jedoch nicht zur Erfüllung geeignet war²⁹⁷. § 814 BGB steht dem zumindest solange nicht entgegen, wie der Schuldner im konkreten Fall versucht, sich durch seine Leistung einer Verbindlichkeit zu entledigen; ihm ist dann kein widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen²⁹⁸.

Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso eine Rückabwicklung stattfinden soll, obwohl die Leistung, die das Schuldverhältnis nunmehr vorsieht, bereits erbracht wurde. Auch wenn es den Parteien freisteht, eine Rückabwicklung durch Aufrechnung der nun gegeneinander bestehenden Forderungen abzuwenden, erscheint ein solches Vorgehen unnötig umständlich und setzt eine weitere Erklärung voraus (§ 388 BGB), die nicht notwendig ist. Vorzugswürdig ist es, diese Rückabwicklung dadurch zu verhindern, der Leistung auf die unbestimmte Schuld bereits Erfüllungswirkung zuzusprechen, wenn diese der späteren Leistungsbestimmung entspricht.

²⁹⁷ Schwab, in: MüKo-BGB, § 812 Rn. 414 ff. m.w.N.: „Vielmehr reicht für die Annahme, dass die Leistung ohne Rechtsgrund geflossen ist, bereits die Einsicht hin, dass Anspruch und Leistung in diesen Fällen nicht kongruent sind: Der Empfänger konnte jedenfalls *diese* Leistung nicht beanspruchen und darf sie daher auch nicht behalten“.

²⁹⁸ Siehe dazu schon unter § 3 I. 1. d) aa) (S. 67).

ff) Zwischenergebnis

Es lässt sich damit festhalten, dass die herrschende Meinung, die eine Erfüllbarkeit von unbestimmten Leistungspflichten generell ablehnt, nicht überzeugen kann. Eine unbestimmte Schuld erlischt zumindest dann unmittelbar im Zeitpunkt der Leistung, wenn sämtliche Leistungsalternativen erbracht werden oder wenn der Schuldner – etwa im Rahmen unbestimmter Geldschulden – jeden Betrag geleistet hat, den der Gläubiger durch seine Leistungsbestimmung „billigerweise“ auswählen kann. Jedoch tritt auch dann – rückwirkend – Erfüllungswirkung ein, wenn der Schuldner vor der Leistungsbestimmung eine Leistung erbracht hat und diese die später konkretisierte Pflicht zumindest ausfüllt.

c) Abweichung der Leistung von der späteren Leistungsbestimmung

Wird die Erfüllbarkeit von unbestimmten Leistungspflichten mit der hier vertretenen Ansicht angenommen, stellt sich die Frage, wie sich eine Abweichung der erbrachten Leistung von der Leistungsbestimmung auswirkt.

Erbringt der Schuldner eine Leistung, welche die nachträglich bestimmte Leistung übersteigt²⁹⁹, ergeben sich hinsichtlich der Erfüllungswirkung keine Probleme³⁰⁰. Der Schuldner kann den Teil seiner Leistung, der die Leistungsbestimmung übersteigt, gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zurückverlangen³⁰¹.

Hat er hingegen weniger geleistet, als die Leistungsbestimmung vorsieht, bleibt die Erfüllungswirkung im Einklang mit § 266 BGB aus, wenn der Gläubiger die Teilleistung nicht anerkennt. Der Schuldner kann dann seine gesamte Leistung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zurückfordern. Eine Ausnahme besteht auch hier nur, wenn die Abweichung marginal ist und der Gläubiger deshalb

²⁹⁹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schuldner sämtliche Leistungsalternativen, vgl. § 3 II. 1. b) aa) (S. 98), oder bei unbestimmten Geldschulden einen höheren als den „jedenfalls ausreichenden Betrag“, vgl. § 3 II. 1. b) bb) (S. 98), leistet.

³⁰⁰ Zuvielleistungen können nicht abgelehnt werden, weil eine zu § 266 BGB vergleichbare Regelung für sie nicht existiert. Siehe *Krüger*, in: MüKo-BGB, § 266 Rn. 22; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 266 Rn. 23; *Grüneberg*, in: Palandt, § 266 Rn. 10; *Werner*, BB 1984, 221 (222). Dazu auch schon unter § 3 I. 1. d) cc) (S. 72).

³⁰¹ Siehe zu dem vergleichbaren Fall der übersteigenden Leistung bei antizipierten Leistungen unter § 3 I. 1. d) cc) (S. 72).

aufgrund der Grenzen von Treu und Glauben zur Annahme der Teilleistung verpflichtet ist³⁰².

2. Hinterlegungsspezifische Problemfelder

Da die Erfüllung von unbestimmten Leistungspflichten gem. § 362 BGB nach der hier vertretenen Ansicht generell möglich ist, gilt dies im Grundsatz auch für die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat. Dementsprechend hielt auch der BGH die Hinterlegung in seiner Entscheidung „Orange-Book-Standard“ in dem Fall einer unbestimmter Leistungspflicht ohne weitere Begründung für möglich³⁰³. Es existieren jedoch einige hinterlegungsspezifische Problemfelder, die vom BGH nicht angesprochen wurden, die einer genaueren Betrachtung bedürfen.

a) Gläubigerverzug als Hinterlegungsgrund bei unbestimmten Leistungspflichten

So setzt eine Hinterlegung mit der Erfüllungswirkung des § 378 BGB zunächst einen Hinterlegungsgrund voraus. Gem. § 372 BGB muss daher Gläubigerverzug, ein anderer in der Person des Gläubigers liegender Grund oder eine nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers vorliegen. Der Fokus soll dabei auf dem Gläubigerverzug gerichtet werden, denn – wie bereits bei der Hinterlegung in künftigen Schuldverhältnissen – ergeben sich allein dort Besonderheiten daraus, dass eine Leistungspflicht noch unbestimmt ist. Fraglich ist insofern, ob und unter welchen Voraussetzungen Gläubigerverzug i.S.d. §§ 293 ff. BGB eintreten kann, wenn die Leistungspflicht des Schuldners

³⁰² Zu alldem siehe bereits die Ausführungen zu antizipierten Leistungen unter § 3 I. 1. d) bb) (S. 69).

³⁰³ Nach BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 40) stehe es „der Hinterlegung der Lizenzgebühr nicht entgegen, dass die Höhe des geschuldeten Betrags noch nicht feststeht, d.h. in diesem Fall von der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB abhängt“.

noch unbestimmt ist³⁰⁴.

aa) Annahmeverzug durch unterlassene Annahme einer angebotenen

Leistung

Nach § 293 BGB gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, „wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt“. Ein Anknüpfungspunkt für den Gläubigerverzug kann insofern das Leistungsangebot des Schuldners darstellen. Jedoch ist anerkannt, dass ein „Angebot“ i.S.d. § 293 BGB nur vorliegen kann, wenn die Leistungspflicht des Schuldners zumindest erfüllbar ist³⁰⁵.

Da die herrschende Meinung davon ausgeht, dass unbestimmte Leistungspflichten grundsätzlich nicht erfüllt werden können³⁰⁶, kann danach durch das Angebot einer Leistung – unabhängig davon, wie diese ausgestaltet ist – niemals Gläubigerverzug eintreten. Diesen Standpunkt vertritt *Rieble*. Er führt aus, dass es vor einer Leistungsbestimmung mangels „realer Erfüllbarkeit“ nicht möglich sei, einen Gläubigerverzug durch das Angebot einer Leistung herbeizuführen und ein „konkreter“, leistungsbezogener Annahmeverzug deshalb ausscheide³⁰⁷.

Es wurde jedoch aufgezeigt, dass dies zumindest dann nicht überzeugt, wenn der Schuldner mit seiner Leistung die (noch) unbestimmte Leistungspflicht unzweifelhaft ausfüllt³⁰⁸. Bietet der Schuldner dem Gläubiger sämtliche Leistungsalternativen oder einen Geldbetrag an, den dieser maximal billigerweise bestimmen darf, so kann der Gläubiger gem. § 293 BGB in Gläubigerverzug geraten, wenn er das Leistungsangebot ausschlägt. Daran ändert es auch nichts, dass

³⁰⁴ Praktische Relevanz erlangt die Frage von Gläubigerverzug bei unbestimmten Leistungspflichten insbesondere in arbeitsrechtlichen Sachverhalten vor dem Hintergrund des § 615 S. 1 BGB. In der Rechtsprechung geht es dabei häufig um partielle oder vollständige Leistungshinderung des Arbeitnehmers (etwa gesundheitliche Gründen) und einem Unterlassen des Arbeitgebers, ihm eine neue Tätigkeit zuweisen. So etwa bei BGH NJW 1987, 2837; NJW 2010, 3112.

³⁰⁵ Siehe statt aller *Westermann/Bydlinski/Weber*, SchuldR AT, Rn. 8/88; *Schulze*, in: NHK-BGB, § 293 Rn. 3.

³⁰⁶ Eingehend dazu unter § 3 II. 1. b) (S. 97).

³⁰⁷ *Rieble*, in: Staudinger-BGB, § 315 Rn. 435, 475.

³⁰⁸ Siehe dazu unter § 3 II. 1. (S. 95).

ein solches Leistungsangebot regelmäßig eine Zuvielleistung im Vergleich zur späteren Leistungsbestimmung darstellt, denn eine solche darf der Gläubiger grundsätzlich nicht ablehnen, ohne in Gläubigerverzug zu geraten³⁰⁹.

Bietet der Schuldner hingegen eine Leistung an, die nicht mit Sicherheit der späteren Leistungsbestimmung entspricht, von der sich aber später herausstellt, dass sie dies zufällig tat, tritt nach der hier vertretenen Auffassung die Erfüllbarkeit der Schuld – und damit auch der Gläubigerverzug – nur mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Leistungserbringung ein. Dies geschieht jedoch erst im Zeitpunkt der Leistungsbestimmung. Da die Hinterlegungsstelle die Voraussetzungen der Hinterlegung jedoch im Zeitpunkt der Antragstellung – und damit vor Leistungsbestimmung durch den Gläubiger – prüft³¹⁰, hat die Rückwirkung in diesem Zeitpunkt noch nicht ihre Wirkung entfaltet. Der Hinterlegungsantrag ist in diesen Fällen deshalb mangels Hinterlegungsgrund als unzulässig zurückzuweisen.

Ein Gläubigerverzug durch das Angebot der Leistung nach § 293 BGB kann daher bei unbestimmten Leistungspflichten nur dann entstehen, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung anbietet, die die später zu bestimmende Leistungspflicht zweifelsfrei ausfüllt.

bb) Annahmeverzug durch unterlassene Mitwirkungshandlung

Obwohl die herrschende Meinung die Erfüllbarkeit von unbestimmten Leistungen ablehnt, kommt sie trotzdem zu dem Ergebnis, dass Gläubigerverzug – und damit ein Hinterlegungsgrund i.S.d. § 372 BGB – bei unbestimmten Leistungen eintreten kann.

Den Ansatzpunkt dafür bildet § 295 S. 2 BGB. Nach § 295 S. 1 BGB genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners zur Herbeiführung des Annahmeverzugs,

³⁰⁹ Denkbar wäre insofern ein Verstoß gegen § 294 BGB, wonach die Leistung „so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten“ werden muss. Dies wird jedoch von der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt, vgl. schon RGZ 23, 126 (128); außerdem *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, § 294 Rn. 5 m.w.N.

³¹⁰ Sie führt in diesem Zeitpunkt eine sog. Schlüssigkeitskontrolle durch, siehe BayObLG Rpfleger 1980, 186 (187); *Wiedemann/Armbruster*, BayHintG, Art. 11 Rn. 22 ff. und unter § 2 III. 2. c) aa) (2) (S. 28).

wenn der Gläubiger erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist. Nach § 295 S. 2 BGB steht dem Angebot der Leistung jedoch die an den Gläubiger gerichtete Aufforderung gleich, die erforderliche Mitwirkungshandlung vorzunehmen. Fordert der Schuldner nun den Gläubiger auf, die Leistungsbestimmung vorzunehmen und kommt er diesem Ersuchen nicht nach, so handelt es sich nach der herrschenden Meinung um eine solche Mitwirkungshandlung, die der Gläubiger unterlässt³¹¹. Folglich gerät der Gläubiger durch Nichtvornahme der Leistungsbestimmung in Gläubigerverzug.

Etwas unrund wirkt diese Lösung deshalb, da § 295 S. 2 BGB die Aufforderung zur Leistungsbestimmung lediglich einem Angebot der Leistung gleichstellt. Ein „Angebot zur Leistung“ ist jedoch nach der herrschenden Ansicht mangels Erfüllbarkeit ausgeschlossen. Nichtsdestotrotz überzeugt sie im Ergebnis, da – erstens – auch unbestimmte Leistungspflichten erfüllbar sind³¹² und – zweitens – es den Schuldner übermäßig belasten würde, dem Gläubiger ein tatsächliches Angebot für sämtliche denkbaren Leistungsalternativen zuzumuten. Dementsprechend genügt es für das Hervorrufen von Annahmeverzug, den Gläubiger zur Vornahme der Leistungsbestimmung aufzufordern.

cc) Annahmeverzug bei unbilliger Leistungsbestimmung

Fraglich ist, wie es sich auf den Annahmeverzug auswirkt, wenn der Gläubiger von seinem Leistungsbestimmungsrecht in unbilliger Weise Gebrauch gemacht hat, obwohl er im Einklang mit § 315 Abs. 1 BGB zu einer „Bestimmung nach billigem Ermessen“ verpflichtet war. Teilweise wird davon ausgegangen, dass auch eine unbillige Bestimmung bis zu einer gerichtlichen Entscheidung über die

³¹¹ *Ernst*, in: MüKo-BGB, § 295 Rn. 8; *Grüneberg*, in: Palandt, § 295 Rn. 5; *Feldmann*, in: Staudinger-BGB, § 295 Rn. 13. So ausdrücklich für die unterlassene Ausübung eines vertraglichen eingeräumten Auswahlrechts nach Aufforderung auch BGH NJW 2002, 3541 (3542).

³¹² Siehe dazu eingehend unter § 3 II. 1. b) (S. 97).

Billigkeit nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB wirksam sei³¹³. Dafür streite vor allem, dass der Wortlaut des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB von „Unverbindlichkeit“ und nicht von „Nichtigkeit“ spreche und daher etwas anderes gelten müsse, als in Fällen der Nichtigkeit³¹⁴. Wäre diese Ansicht zutreffend, müsste der Schuldner bis zu einer gerichtlichen Entscheidung über die Billigkeit die vom Gläubiger konkretisierte Leistung anbieten, um ihn gem. §§ 293, 294 BGB in Annahmeverzug zu setzen.

Diese Ansicht kann jedoch nicht überzeugen³¹⁵. Der angeführte Verweis auf den Wortlaut ist nur schwer nachzuvollziehen: Dieser spricht ausdrücklich von „unverbindlich“. Nur weil dies nicht mit „nichtig“ übereinstimmt, kann der ausdrückliche Wortlaut nicht von „unverbindlich“ in „vorübergehend verbindlich“ umgedeutet werden³¹⁶. Dementsprechend muss die unbillige Leistungsbestimmung durch den Gläubiger zumindest für den Schuldner unverbindlich sein. Eine unbillige Leistungsbestimmung durch den Gläubiger hat demnach keine Auswirkungen auf die Möglichkeiten des Schuldners, den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen. Er kann Gläubigerverzug auch nach einer unbilligen Leistungsbestimmung dadurch hervorrufen, dass er den Gläubiger zur billigen Leistungsbestimmung auffordert.

dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann somit Gläubigerverzug auch hinsichtlich einer Leistungspflicht eintreten, die noch unbestimmt ist. Um dies zu erreichen, steht dem Schuldner die Möglichkeit offen, dem Gläubiger sämtliche Leistungsalternativen anzubieten und so gem. §§ 293, 294 BGB Annahmeverzug herbeizuführen. Die

³¹³ Frühere Rechtsprechung des BAG, siehe BAG NZA 2012, 858 (860); außerdem OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1999, 379 (Ls. 1); OLG Saarbrücken, BeckRS 2009, 25248; *Hager*, in: Erman-BGB, § 315 Rn. 22 bezeichnet diese Ansicht als herrschend, verweist jedoch dabei auf Fundstellen, die eher im Kontrast zu dieser Ansicht stehen.

³¹⁴ *Hager*, in: Erman-BGB, § 315 Rn. 22.

³¹⁵ So auch die wohl herrschende Meinung, etwa BAG NZA 2017, 1452 (Ls. 4, Rn. 58 ff.) m.w.N. unter Aufgabe von BAG NZA 2012, 858 und dem ausdrücklichen Hinweis, dass die bisherige Rechtsprechung des BAG „überwiegend deutliche Ablehnung“ erfahren habe; außerdem *Boemke*, NZA 2013, 6 (6 ff.); *Würdinger*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 45 f.

³¹⁶ Ähnlich *Würdinger*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 45.

regelmäßig bequemere Variante liegt jedoch darin, den Gläubiger gem. § 295 S. 2 BGB dazu aufzufordern, die Leistung zu konkretisieren. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, stellt sich ebenso Gläubigerverzug ein. Dies gilt ebenso, wenn der Gläubiger eine unbillige Leistungsbestimmung vorgenommen hat, auch bevor das Gericht darüber gem. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB befunden hat.

b) § 373 BGB

Anders als bei Erfüllungshinterlegungen in künftigen Schuldverhältnissen stellt sich für den Hinterlegenden bei einer Hinterlegung auf eine unbestimmte Schuld nicht das Problem, dass er die Gegenleistung i.S.d. § 373 BGB noch nicht konkret bezeichnen kann³¹⁷. Ist lediglich die Leistungspflicht des Hinterlegenden unbestimmt, kann er in seinem Hinterlegungsantrag die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Hinterlegungsempfängers als Gegenleistung i.S.d. § 373 BGB angeben. Erst nachdem diese Gegenleistung erbracht wurde und ein entsprechender Nachweis bei der Hinterlegungsstelle geführt wurde, ergeht eine Herausgabeanordnung zugunsten des Gläubigers³¹⁸.

c) Vorbehalt einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3

S. 2 Hs. 1 BGB

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass der Schuldner die Herausgabe der Hinterlegungsmasse an den Vorbehalt einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB knüpfen könne, wenn dem Gläubiger ein

³¹⁷ Zu diesem Problem bei der Erfüllungshinterlegung als antizipierte Leistung siehe unter § 3 I. 2. b) (S. 84).

³¹⁸ In Bayern muss hingegen eine die Gegenleistung bestätigende Freigabeerklärung eingereicht werden; siehe zu den Unterschieden in den Anforderungen an den Nachweis der Empfangsberechtigung in den unterschiedlichen Bundesländern unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

Leistungsbestimmungsrecht i.S.d. § 315 Abs. 1 BGB zusteht³¹⁹. Die Folge davon sei, dass nach einer gerichtlichen Entscheidung über die billige Höhe der Gegenleistung eben nur dieser billige Betrag an den Gläubiger auszukehren sei³²⁰. Für den Schuldner sei es deshalb ratsam, diesen Vorbehalt der Hinterlegungsstelle spätestens bei Ausübung des Bestimmungsrecht durch den Hinterlegungsgläubiger mitzuteilen³²¹. Rechtskonstruktiv wird dies – ohne tiefgehende Begründung – auf eine analoge Anwendung von § 373 BGB gestützt³²².

Im Ergebnis ist es jedoch abzulehnen, dem Schuldner das Recht einzuräumen, die Auskehr der Hinterlegungsmasse an eine gerichtliche Kontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB zu knüpfen³²³.

§ 373 BGB betrifft in direkter Anwendung zunächst die Fälle, in denen der Schuldner gegen eine irgendwie geartete *Leistung* des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist und der Schuldner mit Verweis auf diese Leistungspflicht seine Leistung verweigern könnte³²⁴. Die Leistungsbestimmung durch den Gläubiger stellt jedoch keine Leistung dar, die der Schuldner im Rahmen eines Leistungsverweigerungsrechts geltend machen könnte. Daneben liegt es fern, das Recht des Schuldners auf Auslösung einer Billigkeitsprüfung durch das Gericht als „Gegenleistung“ i.S.d. § 373 BGB zu interpretieren, denn dabei handelt es sich gerade um

³¹⁹ *Augsburger*, Zwangslizenzinwand, S. 187 f.; *Grabinski*, in: 50 Jahre Bundespatentgericht, S. 243 (253 f.); *Reimann/Hahn*, in: FS-Meibom, S. 373 (386 f.). Die Autoren setzen sich jedoch nicht mit der vorgelagerten Frage auseinander, ob eine Hinterlegung mit Erfüllungswirkung auf unbestimmte Schulden überhaupt möglich ist, sondern diskutieren dies nur für den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand.

³²⁰ So ausdrücklich *Augsburger*, Zwangslizenzinwand, S. 187; *Reimann/Hahn*, in: FS-Meibom, S. 373.

³²¹ *Grabinski*, in: 50 Jahre Bundespatentgericht, S. 243 (253 f.).

³²² *Augsburger*, Zwangslizenzinwand, S. 187.

³²³ Mit dem Befund, dass der Hinterlegungsgläubiger unmittelbaren Zugriff auf die Hinterlegungsmasse erlangt, sobald er die Erbringung der Gegenleistung nachweisen kann und für den Hinterlegungsschuldner keine Möglichkeit besteht, in einem Schuldverhältnis mit unbestimmter Leistungspflicht (konkret dem kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand) diesen Umstand zu verhindern auch *Heinemann*, LMK 2009, 286659; *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804).

³²⁴ *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 372 Rn. 2.

eine Handlung des Gerichts und nicht des Gläubigers.

Außerdem ist eine analoge Anwendung von § 373 BGB abzulehnen. Es handelt es sich dabei um eine Ausnahmenvorschrift, aus der von der ganz herrschenden Meinung zutreffend der Schluss gezogen wird, dass andere Vorbehalte im Hinterlegungsverfahren unzulässig sind³²⁵. Der Hinterlegende kann deshalb im Rahmen einer Hinterlegung die Auskehr *nur* an die Erbringung der Gegenleistung zu knüpfen³²⁶. Wenngleich die mittlerweile überholte Ansicht, dass Ausnahmenvorschriften der Analogiebildung nur begrenzt zugänglich seien, insofern kein weiteres Argument hinzufügt³²⁷, sprechen die besseren Gründe gegen eine Analogiebildung. Denn die Motivation für die analoge Anwendung besteht letztlich darin, den Schuldner für den Fall einer unbilligen Leistungsbestimmung zu sichern. Der Erfüllungshinterlegung wohnt eine solche Sicherungskomponente jedoch nicht inne³²⁸. Außerdem würde dem Hinterlegungsschuldner mit der Möglichkeit zu einem Vorbehalt einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB ein Mittel in die Hand gegeben, die Auskehr an den Gläubiger zu verhindern, bis *der Schuldner selbst* das Prüfungsverfahren eingeleitet hat. Der Gläubiger könnte ein solches Prüfungsverfahren nicht auf den Weg bringen³²⁹. Der Schuldner könnte demnach die Auskehr der Hinterlegungsmasse dadurch verhindern, dass er das Prüfungsverfahren nicht einleitet, wenn dieses zur konstitutiven Voraussetzung der Herausgabe erhoben wird. Hinzu tritt schließlich, dass

³²⁵ *Weber*, in: RGRK-BGB, § 373 Rn. 3; *Schreiber*, in: Soergel-BGB, § 373 Rn. 2; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 373 Rn. 3. Siehe schon unter § 3 I. 2. b) bb) (S. 86).

³²⁶ Mit dem Hinweis darauf, dass dies etwa in § 3 Abs. 1 S. 3 öVerwEinzG, dem österreichischen Äquivalent zu § 373 BGB, anders geregelt ist *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 373 Rn. 10. In der Vorschrift heißt es: „Der Erleger kann im Antrag Bedingungen für die Ausföhlung des Erlags festsetzen“.

³²⁷ So noch BGH NJW 1958, 303 (304); NJW 1989 227 (227); NJW 1989, 460; siehe dazu jedoch zusammenfassend *Heyder*, Juristische Schlussformen, S. 53 ff.

³²⁸ Siehe zu dem Zweck der Erfüllungshinterlegung unter § 2 I. 1. (S. 8). Zu dem entsprechenden Zweckverhältnis von Erföllungs- und Sicherheitshinterlegung beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand siehe außerdem unter § 4 I. 3. b) cc) (4) (S. 176).

³²⁹ Gegen eine unbillige Leistungsbestimmung kann sich allein der Betroffene wenden, denn andernfalls dürfte es an Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Klage fehlen, siehe etwa *Würdinger*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 48 ff.

auch die Landesgesetze keine Vorschriften darüber enthalten, wie das gerichtliche Prüfungsverfahren in das formelle Hinterlegungsrecht einzuordnen wäre. Es wäre insofern schon unklar, wie sich die so geschaffene „Gegenleistung“ auf den Ablauf der Hinterlegung konkret auswirken soll. Diese Unsicherheit nur aufgrund des – gesetzlich so nicht angelegten – Sicherungsinteresses des Schuldners in das formelle Hinterlegungsverfahren einzuführen, ist nicht angezeigt. Eine analoge Anwendung von § 373 BGB kann deshalb nicht überzeugen.

Der Hinterlegungsgläubiger bekommt deshalb grundsätzlich uneingeschränkten Zugriff auf die gesamte Hinterlegungsmasse, wenn er die Gegenleistung i.S.d. § 373 BGB erbracht hat und dies der Hinterlegungsstelle nachgewiesen wurde³³⁰. Er kann die Auskehr der Hinterlegungsmasse nicht an eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB knüpfen.

d) Diskrepanz von Hinterlegungsmasse und bestimmter Leistung

Ergibt sich aufgrund einer später erfolgten Leistungsbestimmung, dass die Leistungspflicht und die Hinterlegungsmasse nicht deckungsgleich sind, stellt sich auch im Rahmen von Erfüllungshinterlegungen die Frage, wie mit der entsprechenden Abweichung umzugehen ist. Insoweit können die Ausführungen zu Hinterlegungen bei künftigen Schuldverhältnissen entsprechend herangezogen werden³³¹. Das bedeutet, dass dem Schuldner ein Anspruch auf Freigabe gegenüber dem Gläubiger aus Leistungskondiktion hinsichtlich des überschießenden Teils zusteht, wenn die Hinterlegungsmasse die Leistungsbestimmung übersteigt. Der Erfüllungswirkung steht es demgegenüber nicht entgegen, dass die Hinterlegung die Leistungsbestimmung übersteigt; die Erfüllungswirkung tritt dann bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Annahmeanordnung ein³³².

³³⁰ In Ländern, in denen strengere Anforderungen an den Nachweis der Empfangsberechtigung bestehen, benötigt der Gläubiger hingegen zwingend eine Freigabeerklärung des Schuldners nach der Erbringung der Gegenleistung. Siehe dazu unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

³³¹ Siehe dazu unter § 3 I. 2. d) (S. 90).

³³² Entweder, weil bereits bei der Hinterlegung erkennbar war, dass sämtliche Leistungsalternativen erbracht wurden oder, weil entsprechend der Ausführungen unter § 3 II. 1. b) (S. 97) eine Rückwirkung nach der Leistungsbestimmung eingetreten ist.

Bleibt die Hinterlegungsmasse hingegen hinter der Leistungsbestimmung zurück, ist auch bei Hinterlegungen auf unbestimmte Leistungspflichten § 266 BGB zu beachten³³³. Die Wirkungen des § 378 BGB treten demnach in diesen Fällen nicht ein und der Hinterlegende kann vom Hinterlegungsgläubiger gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die Abgabe einer Freigabeerklärung verlangen.

III. Sicherheitshinterlegungen in Schuldverhältnissen mit

Zukunftsbezug

Nachdem bisher der Frage nachgegangen wurde, inwieweit Erfüllungshinterlegungen in Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug zulässig sind, stellt sich diese Frage nunmehr für die Sicherheitshinterlegung nach § 232 Abs. 1 BGB. Da die Sicherheitshinterlegung von der Erfüllungshinterlegung gesondert betrachtet werden muss³³⁴, können die gewonnenen Erkenntnisse zur Erfüllungshinterlegung nicht entsprechend herangezogen werden.

Jedoch geht bereits die Frage nach einer etwaigen Zulässigkeit von Sicherheitshinterlegungen in Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug oder mit Wirkungen in Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug an der Sache vorbei. Anders als die Erfüllungshinterlegung mit ihrer Erfüllungswirkung aus § 378 BGB übt die Sicherheitshinterlegung gerade keine unmittelbaren, rechtsgestaltenden Wirkungen auf ein Schuldverhältnis aus. Die Sicherheitshinterlegung ist deshalb auch nicht in einem solchen Maße von einem Schuldverhältnis als Bezugspunkt

³³³ Zur Anwendung von § 266 BGB auf die Erfüllungshinterlegung siehe unter § 3 I. 2. d) (2) (S. 92). Dieses Szenario kann bei Hinterlegungen auf unbestimmte Leistungspflichten nur eintreten, wenn der Gläubigerverzug durch die Aufforderung zur Leistungsbestimmung eingetreten ist, denn nach der hier vertretenen Auffassung ist das Angebot einer Teilleistung und gleichzeitig eingetretener Gläubigerverzug ausgeschlossen, siehe dazu unter § 3 II. 2. a) aa) (S. 106). Hat trotzdem in einer solchen Situation eine Hinterlegung stattgefunden, so lag eine Hinterlegung ohne bestehende Hinterlegungsgrund vor. Der Hinterlegende kann dann nach herrschender Meinung von dem Hinterlegungsgläubiger die Freigabe gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 verlangen, vgl. *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 376 Rn. 18, 37 und § 378 Rn. 26, 28; *Schreiber*, in: Soergel-BGB, § 378 Rn. 5; *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 378 Rn. 60.

³³⁴ Eingehend dazu unter § 2 III. (S. 13).

abhängig. Vielmehr resultieren ihre Rechtsfolgen allein aus § 233 BGB³³⁵. Auf Seiten des Hinterlegungsempfängers entsteht damit völlig unabhängig von etwaig zugrundeliegenden Schuldverhältnissen ein Pfandrecht an der Hinterlegungsmasse, das bei Eintritt des Sicherungsfalls verwertet werden kann³³⁶. Die Sicherheitshinterlegung nach § 232 Abs. 1 BGB setzt damit nicht zwingend ein Schuldverhältnis voraus.

Daraus folgt allerdings nicht, dass die Sicherheitshinterlegung völlig frei von Voraussetzungen wäre. Der Wortlaut des § 232 Abs. 1 BGB stellt insofern klar, dass „wer Sicherheit zu leisten hat“ dies etwa durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren tun kann. Daraus folgt, dass für eine Sicherheitsleistung nach §§ 232 ff. BGB zumindest ein Recht oder eine Pflicht zur Sicherheitsleistung bestehen muss³³⁷. Solche Rechte und Pflichten können sich etwa aus einer gesetzlichen Regelung oder einer richterlichen Anordnung ergeben³³⁸. Denkbar ist es daneben außerdem, dass das Recht oder die Pflicht zur Sicherheitsleistung unmittelbar aus einer vertraglichen Abrede resultiert³³⁹.

Es ergibt sich damit, dass die Möglichkeit einer Sicherheitshinterlegung unabhängig davon zu beurteilen ist, ob ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien besteht³⁴⁰. Die Sicherheitsleistung setzt demgegenüber ein Recht zur Sicherheitsleistung voraus, das unabhängig von etwaigen Schuldverhältnissen ist, die zwischen den Parteien bestehen. Im Einzelfall kann ein Recht zur Sicherheitsleistung jedoch aus einem Schuldverhältnis entstehen. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Schuldverhältnis noch nicht entstanden ist.

³³⁵ Bezüglich dieses Umstands und der Tatsache, dass das resultierende Pfandrecht einen zentralen Unterschied zur Erfüllungshinterlegung darstellt siehe unter § 2 III. 2. c) bb) (4) (S. 35).

³³⁶ Der Ablauf der Verwertung wird kurz erläutert unter § 2 III. 2. c) bb) (6) (S. 37).

³³⁷ Statt aller siehe *Bach*, in: BeckOGK-BGB, § 232 Rn. 6. Siehe schon unter § 2 II. 2. (S. 13).

³³⁸ Siehe auch hierzu schon mit Nachweisen unter § 2 II. 2. (S. 13).

³³⁹ *Grotbe*, in: MüKo-BGB, § 232 Rn. 1; *Bach*, in: BeckOGK-BGB, § 232 Rn. 6; BGH NJW 1961, 408 (409); 1986, 1038; BGH DNotZ 2017, 850.

³⁴⁰ Das bedeutet jedoch nicht, dass auf ein Schuldverhältnis verzichtet werden könnte, denn ein Pfandrecht setzt eine sicherbare Forderung gerade voraus.

IV. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass Erfüllungshinterlegungen nach §§ 372 ff. BGB grundsätzlich auch mit Wirkungen in künftigen Schuldverhältnissen vorgenommen werden können. Dies ist darauf zurückzuführen, dass auch gewöhnliche Erfüllungshandlungen mit Wirkungen in solchen künftigen Schuldverhältnissen zulässigerweise erbracht werden können. Der für die Hinterlegung erforderliche Hinterlegungsgrund des Gläubigerverzugs aus § 372 S. 1 BGB liegt jedoch im Falle künftiger Schuldverhältnissen nur unter sehr engen Voraussetzungen vor. Insofern ist für eine analoge Anwendung der §§ 293 ff. BGB erforderlich, dass der künftige Gläubiger aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Abrede oder von Gesetzes wegen zum Abschluss eines Vertrags verpflichtet ist und er die Entstehung dieses Vertrages nicht mehr einseitig verhindern kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Parteien einen bindenden Vorvertrag geschlossen haben. Ist diese Voraussetzung erfüllt und entzieht sich der Gläubiger dem Vertragsschluss, so gebietet es der Gedanke der Vertragstreue und das korrespondierende Naturalerfüllungsrecht des Schuldners, dass der Gläubiger des Vorvertrags auch bereits hinsichtlich des noch abzuschließenden Vertrags in Annahmeverzug gerät und damit gem. §§ 372 S. 1, 293 ff. BGB analog die Hinterlegung ermöglicht wird. Es ist bei einer solchen Erfüllungshinterlegung zulässig und geboten, die Auskehr der Hinterlegungsmasse gem. § 373 BGB an eine künftige Gegenleistung zu knüpfen. Diese muss jedoch zwingend so konkret beschrieben sein, dass die Hinterlegungsstelle zuverlässig prüfen kann, ob die Gegenleistung bereits erbracht wurde. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, tritt die Erfüllungswirkung aus § 378 BGB mit Entstehung des künftigen Schuldverhältnisses ein. Stellt sich nachträglich heraus, dass der Hinterlegung – gegebenenfalls teilweise – keine Erfüllungswirkung zukam, so steht dem Schuldner ein Anspruch gegen den Gläubiger auf Freigabe der Hinterlegungsmasse gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zu.

Ebenso ist eine Erfüllungshinterlegung nach §§ 372 ff. BGB grundsätzlich möglich, wenn die Leistungspflicht des Schuldners noch unbestimmt ist. Diesbezüglich kann zunächst die herrschende Meinung, die eine unbestimmte Leistungspflicht für grundsätzlich unerfüllbar hält, nicht überzeugen. Dies folgt vor allem daraus, dass auch die rechtlich vergleichbare Umwidmung einer

Tilgungsbestimmung grundsätzlich anerkannt wird und die in der Literatur dazu vorgebrachten Einwände bei der Erfüllbarkeit von unbestimmten Leistungspflichten nicht durchgreifen. Erbringt der Schuldner sämtliche Leistungsalternativen oder unzweifelhaft einen Betrag, den der Gläubiger nach Billigkeitsgesichtspunkten maximal bestimmen darf, so tritt die Erfüllungswirkung unmittelbar bei Leistungserbringung ein. Stellt sich erst im Nachhinein heraus, dass die Leistung der späteren Leistungsbestimmung entsprach oder überstieg, so tritt die Erfüllungswirkung – wie bei der Umwidmung einer Tilgungsbestimmung – *ex tunc* im Zeitpunkt der Leistungsvornahme ein.

Der Hinterlegungsgrund des Gläubigerverzugs kann bei unbestimmten Leistungspflichten insbesondere vorliegen, wenn der Schuldner den Gläubiger gem. § 295 S. 2 BGB zur Vornahme einer Leistungsbestimmung auffordert, dieser einer solchen Aufforderung aber nicht nachkommt. Der Schuldner kann bei einer entsprechenden Hinterlegung das Recht des Gläubigers zum Empfang der Hinterlegungsmasse zwar gem. § 373 BGB von einer Gegenleistung abhängig machen, nicht jedoch – wie in der Literatur teilweise behauptet – von einer späteren gerichtlichen Billigkeitskontrolle der Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB. Andernfalls würde der unbestrittene Ausnahmeharakter des § 373 BGB umgangen und es würde einem Sicherungszweck entsprochen, welcher der Erfüllungshinterlegung fremd ist. Weicht die Hinterlegungsmasse von der späteren Leistungsbestimmung ab, kann der Schuldner von dem Gläubiger die Freigabe nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB hinsichtlich des Teils verlangen, dem keine Erfüllungswirkung zukam.

Schließlich geht die Frage nach einer etwaigen Zulässigkeit von Sicherheitshinterlegungen bei Schuldverhältnissen mit Zukunftsbezug an der Sache vorbei. Die Sicherheitshinterlegung entfaltet ihre Wirkungen – anders als die Erfüllungshinterlegung – nicht in einem Schuldverhältnis zwischen den Parteien, sondern gem. § 233 BGB auf dinglicher Ebene³⁴¹. Unabhängig von einem etwaigen Schuldverhältnis setzt die Sicherheitshinterlegung dafür ein Recht oder eine Pflicht zur Sicherheitsleistung voraus.

³⁴¹ Allein eine sicherbare Forderung muss bestehen, damit für das entstehende Pfandrecht ein Bezugspunkt existiert.

§ 4 HINTERLEGUNGEN IM KONTRAHIERUNGSZWANG

Die bisherigen Ausführungen haben abstrakt untersucht, inwieweit Hinterlegungen zulässig sind, wenn das zugrundeliegende Schuldverhältnis noch in der Zukunft liegt oder zumindest die aus dem Schuldverhältnis resultierenden Leistungspflichten des Schuldners noch unbestimmt sind. Praktische Bedeutung kommt solchen Hinterlegungen insbesondere in Konstellationen des Kontrahierungszwangs zu. Aufbauend auf den bisherigen Erkenntnissen werden deshalb Konstellationen untersucht, in denen ein Rechteinhaber zum Abschluss eines Vertrages verpflichtet ist³⁴² und dem Rechtesucher im Gegenzug die Möglichkeit eingeräumt wird, das in Rede stehende Recht bereits zu nutzen, wenn er unter anderem einem Hinterlegungserfordernis nachkommt. Dabei handelt es sich zum einen um den sog. kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand, dessen

³⁴² Es ist umstritten, welche Pflichten der Kontrahierungszwang der daraus verpflichteten Partei konkret auferlegt. Siehe dazu unter § 4 I. 1. c) bb) (2) (S. 131). Daneben unterliegt auch die Frage nach der Rechtsnatur des Lizenzvertrags – auf dessen Abschluss der Kontrahierungszwang vorliegend gerichtet ist – einer langanhaltenden Diskussion. Nachdem das RG den Lizenzvertrag in RGZ 76, 235 (236); 90, 162 (165); 116, 78 (80); 122, 70 (73) noch ausschließlich als entweder Kauf-, Miet- oder Pachtvertrag eingeordnet hatte, versteht die heute herrschende Literatur und Rechtsprechung den Lizenzvertrag i.S.d. § 311 Abs. 1 BGB als Vertrag eigener Art. Dazu siehe: BGH NJW 1982, 2861 (2863); 1951, 705 (705 f.) sowie instruktiv und einführend in die Thematik jeweils mit weiteren Nachweisen *Groß*, Lizenzvertrag, S. 20 ff.; *Bartenbach*, Patentlizenzen, Rn. 41 ff. Daneben wird hinsichtlich der Lizenz seit jeher diskutiert, ob diese ein positives Benutzungs- oder ein negatives Verbotungsrecht enthält (siehe dazu mit historischer Darstellung zu diesem Streit *Henn*, Lizenzvertrag, Rn. 40 ff.; außerdem eingehend *Lichtenstein*, NJW 1965, 1839 (1839 ff.); ferner dazu BGH GRUR 1982, 411 (411 f.); GRUR 1963, 565; GRUR 1965, 591 (595)) und inwiefern der Lizenz dinglicher Charakter zukommt (dafür: BGH NJW-RR 2012, 1127 (Rn. 14 f.); NJW 2010, 2731 (Rn. 29); eingehend mit einem Überblick über die Diskussion und die etwas jüngere Rechtsprechung *Brandi-Dobrn/Stöckel*, CR 2011, 553 (553 ff.)). Diese Diskussionen sind für die vorliegende Arbeit jedoch von untergeordneter Bedeutung und werden deshalb nicht weiter vertieft.

Rahmenbedingungen der BGH in seiner Entscheidung „Orange-Book-Standard“ und der EuGH in seiner Entscheidung „Huawei/ZTE“ aufgestellt haben. Zum anderen handelt es sich um die gesetzliche Einräumung von Nutzungsrechten aus § 37 Nr. 2 VGG, wenn zwischen einer Verwertungsgesellschaft und einem Rechtenutzer Streit über die Vergütungshöhe besteht.

Im Anschluss werden die bei diesen Betrachtungen gewonnenen Erkenntnisse aufgegriffen und es wird ein genereller Vorschlag unterbreitet, wie der Gesetzgeber die Hinterlegung auch in sonstigen Konstellationen des Kontrahierungszwangs einsetzen könnte, um den Rechtsschutz des Rechtesuchers zu fördern.

I. Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand

Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand berechtigt einen Patentnutzer dazu, sich gegen einen Verletzungsunterlassungsanspruch mit dem Einwand zu verteidigen, ihm stehe aus kartellrechtlichen Gründen ein Anspruch auf Lizenzerteilung zu³⁴³. Diesbezüglich haben der BGH im Jahr 2009 („Orange-Book-Standard“) und der EuGH im Jahr 2015 („Huawei/ZTE“) konkrete Voraussetzungen entwickelt, unter denen die Verteidigung mittels dieses Zwangslizenzeinwands in einem Verletzungsprozess durchgreift. Bemerkenswert daran ist, dass nach Auffassung beider Gerichte die Hinterlegung eines gewissen Geldbetrages eine dieser Voraussetzungen darstellt³⁴⁴. Im Folgenden werden die Entscheidungen im Bezug auf ihr Hinterlegungserfordernis dargestellt und dogmatisch betrachtet sowie im Anschluss miteinander verglichen.

1. Die Entscheidung „Orange-Book-Standard“ des Bundesgerichtshofs

Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung erstmalig in der Entscheidung „Orange-Book-Standard“ im Jahr 2009 ausdrücklich anerkannt. Der Entscheidung lag dabei im Wesentlichen

³⁴³ Überblicksartig und einführend zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand *Osterrieth*, PatR, Rn. 965 ff.

³⁴⁴ Hinsichtlich der Entscheidung des EuGH ist die Bezeichnung als „Hinterlegungserfordernis“ etwas unpräzise, weil dieser neben der Hinterlegung auch andere Formen der Sicherheitsleistung für zulässig hielt, siehe dazu eingehend unter § 4 I. 2. a) (S. 145).

folgender Sachverhalt zugrunde³⁴⁵: Ein Tochterunternehmen des niederländischen Elektronikkonzerns Philips hielt ein europäisches Erzeugnispatent an optisch lesbaren Datenträgern, die aufgrund einer bestimmten Beschaffenheit einfach und mehrfach beschrieben werden konnten (sog. CD-R und CD-RW). Sie hatte dafür mit mehreren Unternehmen, die solche Datenträger herstellten, Lizenzverträge abgeschlossen. Auch die späteren Beklagten – die Unternehmen Master & More, SK Kassetten und Global Digital Disks – produzierten diese CD-R und CD-RW und vertrieben sie europaweit³⁴⁶. Zwar gehörten auch sie ursprünglich zu den Lizenznehmern der Patentinhaberin, jedoch wurden die Lizenzvereinbarungen nach einigen Jahren der Zusammenarbeit nicht verlängert. Der Grund dafür lag darin, dass die späteren Beklagten nicht dazu bereit waren, einen weiteren Lizenzvertrag mit den von der Patentinhaberin angebotenen Konditionen abzuschließen, denn diese bot ihnen nur einen Tarif an, den sie grundsätzlich allen Interessenten zur Verfügung stellte. Daneben gab es jedoch weitere Lizenznehmer, mit denen die Patentinhaberin Lizenzverträge zu vergünstigten Konditionen unterhielt. Die ehemaligen Lizenznehmer forderten ebenfalls diese vergünstigten Konditionen ein. Da die Patentinhaberin dies ablehnte, kam es zu keiner weiteren Lizenzvereinbarung. Ungeachtet dessen setzten die ehemaligen Lizenznehmer den Vertrieb der CD-R und CD-RW fort. Die Patentinhaberin nahm sie daraufhin gerichtlich unter anderem auf Unterlassung der Herstellung und des Vertriebs der CD-R und CD-RW in Anspruch³⁴⁷.

³⁴⁵ Die folgenden Darstellungen basieren auf den Ausführungen in BGH NJW-RR 2009, 1047 und OLG Karlsruhe GRUR-RR 2007, 177 (Berufungsinstanz) sowie LG Mannheim BeckRS 2009, 87787 (Erstinstanz) wobei die Sachverhaltsdarstellung auf das begrenzt ist, was für das Verständnis der wesentlichen Aspekte der Entscheidung notwendig ist. Es gibt einige Anhaltspunkte dafür, dass die Sachverhaltsdarstellungen der Gerichte unvollständig waren, vgl. dazu Fn. 422.

³⁴⁶ Die Unternehmen waren teilweise nur Vertreiber oder Zulieferer. Daneben waren auch ihre Geschäftsführer als persönlich haftende Gesellschafter in Anspruch genommen. Dies wird hier aus Darstellungsgründen vereinfacht und zusammengefasst.

³⁴⁷ Daneben richtete sich die Klage auch auf Herausgabe der bereits erstellten CD-R und CD-RW zum Zwecke der Vernichtung sowie auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung. Diese Aspekte können für diese Darstellung aber außer Acht gelassen werden.

Die ehemaligen Lizenznehmer versuchten jedoch, sich gegen diese Klage mit dem sog. kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand zu verteidigen. Ihre Argumentation lautete dabei wie folgt: Bei dem Klagepatent handele es sich um ein sog. „Schlüsselpatent“³⁴⁸. Aus diesem Grund handele es sich bei der Patentinhaberin um ein marktbeherrschendes Unternehmen, womit sie insbesondere Adressatin des Diskriminierungsverbots aus § 20 GWB und Art. 82 EG (heute Art. 102 AEUV) sei. Inhalt dieses Diskriminierungsverbots stelle unter anderem die Verpflichtung zum Abschluss von diskriminierungsfreien Lizenzverträgen dar, wogegen die Patentinhaberin verstoße, weil sie ohne sachlichen Grund Lizenzen zu unterschiedlichen Konditionen vergebe. Dementsprechend verletze die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs den Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB und eine entsprechende Klage dürfe nicht durchgreifen.

Unbeeindruckt von diesem Einwand untersagte das LG Mannheim den ehemaligen Lizenznehmern die CD-R und CD-RW unter Nutzung des Klagepatents herzustellen, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen. Die dagegen gerichtete Berufung vor dem OLG Karlsruhe blieb ohne nennenswerten Erfolg.

a) Ausführungen des BGH

Im Ergebnis blieb die anschließende Revision zum BGH ebenso erfolglos. Das Gericht beschäftigte sich indessen ausführlich mit dem Beklagteneinwand, dass der Unterlassungsanspruch aufgrund eines Verstoßes gegen § 242 BGB nicht geltend gemacht werden könne.

aa) Anerkennung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes

In seiner Entscheidung „Standard-Spundfass“ aus dem Jahre 2004 ließ der BGH noch offen, ob ein kartellrechtlicher Anspruch auf eine Lizenz am Klagepatent dem patentrechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 139 Abs. 1 PatG

³⁴⁸ Ein solches liegt vor, wenn dem Patent eine Schlüsselrolle für den nachgelagerten Markt zukommt und den übrigen Marktteilnehmern durch den Schutzzumfang des Patents deshalb nicht bloß der Zugang zu dem Patent selbst, sondern auch zu einem durch das Patent eröffneten Technologiemarkt verwehrt wird, vgl. *Müller*, GRUR 2012, 686 (687).

entgegengehalten werden könne³⁴⁹. Nachdem diese Frage in der Folgezeit von Literatur und Rechtsprechung der Instanzgerichte lebhaft diskutiert wurde³⁵⁰, bezog der BGH in „Orange-Book-Standard“ Stellung³⁵¹. Er führte aus, die Durchsetzung eines patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs stelle grundsätzlich einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung dar, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein an einer Lizenz interessiertes Unternehmen dadurch diskriminiert, dass es sich dem Abschluss eines Patentvertrags verschließt und den Lizenzsucher dadurch in seinem Geschäftsverkehr behindert. In einem solchen Fall sei die Weigerung des Vertragsabschlusses ebenso wie die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs ausgeschlossen. Andernfalls würde das staatliche Gericht ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten anordnen, was dem Gericht nicht erlaubt sei. Der BGH erkannte somit die grundsätzliche Möglichkeit an, den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand einem patentrechtlichen Unterlassungsanspruch entgegenzuhalten.

bb) Besondere Voraussetzungen

Er stellte jedoch zwei konkrete Voraussetzungen auf, ohne die ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch den Patentinhaber nicht gegeben sei. Nur wenn der Lizenzsucher diesen beiden Voraussetzungen entspreche, handele der Patentinhaber treuwidrig und der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand greife durch³⁵².

(1) Unbedingtes Angebot

Zunächst müsse der Lizenzsucher dem Patentinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages unterbreitet haben, das der Patentinhaber

³⁴⁹ BGH GRUR 2004, 966; mit der Entscheidung setzt sich ausführlich auseinander *Heinemann*, ZWeR 2005, 198.

³⁵⁰ Befürwortend etwa: LG Düsseldorf WUW/E DE-R 2120 (2121); *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (199 ff.); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (693 f.); *Kühnen*, in: FS Tilmann, S. 513 (523 f.); ablehnend hingegen: OLG Düsseldorf InstGE 2, 168 (175); OLG Dresden GRUR 2003, 601 (603); *von Merveldt*, WuW 2004, 19 (19 ff.); *Jaecks/Dörner*, in: FS Säcker, S. 97 (106 ff.).

³⁵¹ Dazu BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 26-28).

³⁵² Zum Folgenden BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 29-40).

nicht ablehnen kann, ohne den Lizenzsucher zu diskriminieren oder zu behindern. Der Lizenzsucher müsse sich darüber hinaus an dieses Angebot gebunden halten.

Zwar machte der BGH keine genaueren Angaben dazu, welche Bedingungen dieses Lizenzangebot im Einzelnen aufzuweisen habe, er eröffnete dem Lizenzsucher jedoch ausdrücklich die Möglichkeit, in seinem Angebot gegenüber dem Patentinhaber auf die Nennung einer konkreten Lizenzgebühr zu verzichten. Er legt dar, dass dem Lizenzsucher

„das Recht zuzubilligen [ist], das Angebot zum Abschluss eines Lizenzvertrages hinsichtlich des Entgelts nicht auf die Vereinbarung eines bestimmten Lizenzgebührensatzes, sondern auf eine vom Patentinhaber nach billigem Ermessen zu bestimmende Lizenzgebühr zu richten“³⁵³.

Der Lizenzsucher kann mithin bei seinem Angebot auf Abschluss des Lizenzvertrages die Höhe der Lizenzgebühr in das billige Ermessen des Patentinhabers i.S.d. § 315 BGB stellen. Diese Möglichkeit wird der Lizenzsucher regelmäßig in Anspruch nehmen, denn andernfalls drohen ihm zwei Szenarien, falls er die „billige“ Lizenzgebühr mit einem konkreten Angebot verfehlt: War die von ihm angebotene Lizenzhöhe zu niedrig bemessen, musste der Patentinhaber sein Angebot nicht annehmen und der Zwangslizenzeinwand geht fehl. Hat er die angebotene Lizenzgebühr hingegen höher als eine „billige“ Lizenzgebühr angesetzt, riskiert er die Annahme dieses überhöhten Lizenzangebots durch den Patentinhaber, an das er dann aufgrund der vertraglichen Bindungswirkung unwiderruflich gebunden ist³⁵⁴.

(2) Einhaltung der künftigen Verpflichtungen

Die zweite Voraussetzung sah der BGH darin, dass der Lizenzsucher, soweit er

³⁵³ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 39).

³⁵⁴ Diesen Umstand spricht auch der BGH in Rn. 39 der Entscheidung an: „Ein ‚sicherheitshalber‘ erhöhtes Angebot würde dem Patentinhaber indessen die Möglichkeit verschaffen, sich durch Annahme dieses Angebots gegebenenfalls auch eine überhöhte Lizenzgebühr zu sichern“.

den Gegenstand des Patents schon vor Abschluss eines Lizenzvertrags nutzt, bereits die Verpflichtungen einhalten müsse, die sich aus dem noch abzuschließenden Lizenzvertrag ergeben. Dies bedeute insbesondere, dass der Lizenzsucher

„die sich aus dem Vertrag ergebenden Lizenzgebühren zahlen oder die Zahlung sicherstellen muss“³⁵⁵.

Zur Begründung führt der BGH aus, dass der Lizenzsucher, der im Vorgriff auf den Lizenzvertrag die Benutzung des Klagepatents aufnimmt, auch seinen künftigen Verpflichtungen vorzugreifen habe.

Der BGH konkretisierte daneben, auf welche Art der Lizenzsucher seiner künftigen Zahlungsverpflichtung nachkommen müsse: Eine Zahlung sei nicht zwingend nötig. Es reiche vielmehr aus, wenn der Lizenzsucher den Betrag unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme *hinterlegt*. Der Hinterlegungsgrund aus § 372 S. 1 BGB sei gegeben, denn die Weigerung des Patentinhabers, den Lizenzvertrag abzuschließen, rechtfertige die analoge Anwendung der Vorschriften über den Gläubigerverzug in Form von § 293 BGB oder § 298 BGB. Eine solche Hinterlegung diene gegenüber einer direkten Zahlung dem Interesse des Lizenzsuchers, denn diesem falle gegebenenfalls ein Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der hinterlegten Lizenzgebühr zu, sollte das Gericht schon eine Verletzung des Klagepatents durch ihn nicht für gegeben erachten.

b) Rezeption

Im Anschluss an das Urteil setzte sich die Literatur umfassend mit einer rechtlichen Aufarbeitung der gerichtlichen Ausführungen auseinander. So wurde ausführlich diskutiert, ob die Anforderungen, die der BGH dem Lizenzsucher auferlegte, europarechtlich zu beanstanden seien³⁵⁶, welche kartellrechtlichen

³⁵⁵ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 29).

³⁵⁶ Vgl. etwa *de Bronett*, WuW 2009, 899; *Ullrich*, IIC 2010, 337 (340 ff.); *Barthelmeß/Gauß*, WuW 2010, 626 (627 ff.); *Körber*, NZKart 2013, 87 (Fn. 9)

Schwierigkeiten die aufgestellten Grundsätze nach sich zögen³⁵⁷ oder ob die Grundsätze, die damit für das Patentrecht entwickelt worden waren, auf andere Bereiche – etwa das Urheberrecht – übertragbar wären³⁵⁸.

Weniger Beachtung wurde hingegen dem Hinterlegungserfordernis entgegengebracht. Dieses wurde – zumindest im unmittelbaren Nachgang an das Urteil und vor der Entscheidung des EuGH in Sachen „Huawei/ZTE“³⁵⁹ – nur selten und meistens oberflächlich untersucht³⁶⁰. Dies mag auf den ersten Blick nicht überraschen, scheint doch der BGH durch seine Ausführungen die wesentlichen Rahmenbedingungen der Hinterlegung abgesteckt zu haben. Erst bei einem zweiten Blick ergeben sich sowohl aus dogmatischer als auch aus praktischer Perspektive einige Schwierigkeiten, die eine eingehende Betrachtung sinnvoll erscheinen lassen.

c) Betrachtung des Hinterlegungserfordernisses

Im Folgenden wird deshalb die bisher in der Literatur unterbliebene Betrachtung des vom BGH aufgestellte Hinterlegungserfordernis aus dogmatischer Perspektive nachgeholt und es werden die Problemfelder erläutert, die sich mit Blick auf die Hinterlegung aus praktischer Perspektive ergeben.

aa) Identifizierung der Hinterlegungsform

Da die Erfüllungshinterlegung und die Sicherheitshinterlegung voneinander getrennt werden müssen³⁶¹, stellt sich zunächst die Frage, welche Art der

³⁵⁷ *Heusch*, GRUR 2014, 745 (745 ff.); *Körber*, NZKart 2013, 87 (88 ff.); *Walz*, GRUR Int. 2013, 718 (724 ff.); *Müller*, GRUR 2012, 686 (687 ff.); *Schickedanz*, GRUR Int. 2011, 480 (486); *Busche*, CIPReport 2009, 104 (105 f.).

³⁵⁸ *Neurauter*, GRUR 2011, 691 (697); *Niebler/Schuppert*, CR 2013, 384.

³⁵⁹ EuGH GRUR 2015, 764; siehe zu dieser Entscheidung die späteren Ausführungen unter § 4 I. 2. (S. 143).

³⁶⁰ Nur wenige Autoren gingen auf das Hinterlegungserfordernis gesondert ein. Positiv sind insofern in zeitlicher Nähe zu der Entscheidung hervorzuheben *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923 (925 ff.) und *Reimann/Hahn*, in: FS-Meibom, S. 373 S. 386 f. In der monographischen Auseinandersetzung mit dem kartellrechtlichen Zwangslizenzverbot von *Hötte*, Zwangslizenz, S. 199 f. füllt das Hinterlegungserfordernis hingegen nur zwei Seiten.

³⁶¹ Siehe dazu unter § 2 III. (S. 13).

Hinterlegung der BGH mit seinem Hinterlegungserfordernis gegenüber dem Lizenzsucher angeordnet hat.

Zunächst deuten einige Aussagen des BGH darauf hin, dass es sich um ein Erfordernis zur Sicherheitshinterlegung nach § 232 Abs. 1 Var. 1 BGB handeln könnte. So führt das Gericht aus, die sich aus dem künftigen Lizenzvertrag ergebende Lizenzgebühr müsse gezahlt oder deren Zahlung *sichergestellt* werden³⁶². Außerdem weise die Hinterlegung gegenüber einer direkten Zahlung an den Patentinhaber den Vorteil auf, dass der Rückzahlungsanspruch des Lizenzinhabers für den Fall der Klageabweisung *gesichert* sei. Das Gericht meint somit, das von ihm angeordnete Hinterlegungserfordernis fördere einen Sicherungszweck. Diesen Sicherungszweck verfolgt nur die Sicherheitshinterlegung, weil die Erfüllungshinterlegung – insbesondere bei einem Verzicht auf das Recht zur Rücknahme – zwangsläufig auf Leistungsaustausch gerichtet ist³⁶³.

Jedoch ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung der gerichtlichen Ausführungen, dass der BGH vom Lizenzsucher trotzdem eine Erfüllungshinterlegung i.S.d. §§ 372 ff. BGB verlangt. Dies folgt zunächst daraus, dass das Gericht einen vergleichsweise hohen Begründungsaufwand dafür betreibt, um gerade eine Voraussetzung der Erfüllungshinterlegung herzuleiten. So erläutert das Gericht, dass Gläubigerverzug i.S.d. §§ 293 ff. BGB bei einer missbräuchlichen Verweigerung einer Lizenz zumindest analog vorliege und deshalb die Voraussetzung des § 372 S. 1 BGB erfüllt sei³⁶⁴. Diese Voraussetzung müsste indessen nur gegeben sein, wenn es sich um eine Erfüllungshinterlegung handelt. Für eine Hinterlegung zu Sicherheitszwecken wäre der Hinterlegungsgrund des Gläubigerverzugs irrelevant. Erforderlich wäre bei einer Sicherheitshinterlegung vielmehr, dass ein Recht oder eine Pflicht zur Sicherheitsleistung besteht³⁶⁵. Einen solchen Grund für eine Sicherheitshinterlegung spricht der Senat indessen nicht an.

Daneben geht der BGH ausdrücklich darauf ein, dass der Lizenzsucher bei

³⁶² So ausdrücklich BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 29).

³⁶³ Zu diesem Unterschied zwischen den beiden Hinterlegungsarten schon unter § 2 III. 2. a) (S. 16) und später unter § 4 I. 3. b) cc) (4) (S. 176).

³⁶⁴ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36).

³⁶⁵ Siehe dazu unter § 2 II. 2. (S. 13).

seiner Hinterlegung auf sein Recht zur Rücknahme verzichten müsse³⁶⁶. Auch wenn das Gericht die Normen nicht ausdrücklich nennt, nimmt es dadurch Bezug auf § 376 BGB und § 378 BGB. Diese Vorschriften sind gerade eine Besonderheit der Erfüllungshinterlegung, denn erst durch die mit dem Rücknahmeverzicht verbundene Erfüllungswirkung aus §§ 376 Abs. 2 Nr. 1, 378 BGB wird der Hinterlegung nach §§ 372 ff. BGB ihr Gepräge als Erfüllungssurrogat verliehen. Dadurch, dass der BGH diesen Rücknahmeverzicht vom Lizenzsucher zwingend erfordert, bringt er zum Ausdruck, dass er auch die verlangte Hinterlegung als Erfüllungsleistung betrachtet. Ein Verzicht auf das Recht zur Rücknahme führt bei der Sicherheitshinterlegung hingegen keinerlei Rechtswirkungen herbei. Dort würde das Pfandrecht an dem hinterlegten Betrag gem. § 233 BGB unabhängig von einem Rücknahmeverzicht entstehen³⁶⁷.

Schließlich spricht auch die systematische Gleichstellung der Hinterlegung mit der Zahlung an den Patentinhaber für eine Interpretation der angeordneten Hinterlegung als Erfüllungshinterlegung. Der Lizenzsucher kann nach der Entscheidung die Lizenzgebühr des künftigen Lizenzvertrages entweder direkt an den Patentinhaber zahlen oder zu seinen Gunsten unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegen. Die angeordnete Hinterlegung ist daher nach dem Verständnis des BGH eine Alternative zu der schlichten Erfüllung nach § 362 BGB. Dies ist gerade charakteristisch für die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat.

Im Ergebnis muss demnach davon ausgegangen werden, dass der BGH dem Lizenzsucher mit „Orange-Book-Standard“ ein Erfordernis zur Erfüllungshinterlegung nach §§ 372 ff. BGB auferlegt hat, wenn er sich auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand berufen will.

bb) Hinterlegungsgrund des Gläubigerverzugs

Eine wirksame Erfüllungshinterlegung setzt voraus, dass ein Hinterlegungsgrund vorliegt³⁶⁸. Dies gilt auch für die vom BGH angeordnete Erfüllungshinterlegung, weshalb der Senat konsequent ausführt, ein Hinterlegungsgrund i.S.d.

³⁶⁶ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36).

³⁶⁷ Dazu, dass ein Verzicht auf das Recht zur Rücknahme bei der Sicherheitshinterlegung keinen Sinn macht, siehe unter § 2 III. 2. c) bb) (1) (S. 33)

³⁶⁸ Siehe dazu unter § 2 I. 2. (S. 10).

§ 372 S. 1 BGB sei in Form des Gläubigerverzugs gegeben. Konkret meint er, die

„Weigerung des Patentinhabers, den Lizenzvertrag abzuschließen, rechtfertigt die entsprechende Heranziehung der Vorschriften über den Gläubigerverzug, sei es, weil der Patentinhaber auch die angebotene Zahlung nicht anzunehmen bereit ist (§ 293 BGB), sei es, weil er zwar die Zahlung anzunehmen willens, jedoch nicht bereit ist, die Gegenleistung in Gestalt der Lizenzgewährung zu erbringen (§ 298 BGB)“³⁶⁹.

Ob diese Ausführungen rechtlich überzeugen können, wurde jedoch in der Literatur bisher nur sehr oberflächlich erörtert³⁷⁰.

(1) Bestehende Schuldverhältnisse

Der BGH führt zunächst nicht weiter aus, in *welchem* konkreten Schuldverhältnis der Gläubigerverzug nach seiner Auffassung entstehen soll. Insofern kommen mehrere Schuldverhältnisse in Betracht, die zunächst herausgearbeitet werden müssen.

(a) Kein vertragliches Schuldverhältnis in Form eines Lizenzvertrags

Hinsichtlich eines vertraglichen Schuldverhältnisses in Form eines Lizenzvertrags (§ 311 Abs. 1 BGB) ist die Ausgangslage in dem vom BGH entschiedenen Fall eindeutig: Ein solches liegt nicht vor. Ein vertragliches Schuldverhältnis besteht aus inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen von mindestens zwei Personen³⁷¹. Der Lizenzsucher und der Patentinhaber hatten jedoch gerade widerstrebende Auffassungen über eine angemessene Lizenzgebühr und konnten sich dementsprechend auch nicht endgültig einigen. Ein vertragliches Schuldverhältnis in Form einer Lizenzvereinbarung ist deshalb nicht zustande gekommen.

Das vor dem Streit bestehende Lizenzverhältnis zwischen den Parteien wurde bereits vor der in Rede stehenden Nutzungshandlung des Lizenzsuchers wirksam

³⁶⁹ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 42).

³⁷⁰ Soweit ersichtlich wird dies nur von *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923 (925) wirklich problematisiert.

³⁷¹ *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 165.

beendet. Auch dieses kann damit keinen Anknüpfungspunkt für den Gläubiger-
verzug bieten.

(b) Gesetzliches Schuldverhältnis aus Kontrahierungszwang

Es liegt indessen ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien vor. Dies ergibt sich daraus, dass der Patentinhaber durch die rechtlichen Regelungen aus Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB dazu verpflichtet gewesen wäre, einen Vertrag mit dem Lizenzsucher abzuschließen. Bei dieser kartellrechtlichen Verpflichtung handelt es sich um einen klassischen Fall des Kontrahierungszwangs³⁷². Unabhängig davon, wie dieser Kontrahierungszwang im Einzelnen ausgestaltet ist³⁷³, begründet er zumindest einen Anspruch und damit nach herrschender Meinung auch ein gesetzliches Schuldverhältnis³⁷⁴. Dieses entsteht in dem Moment, in welchem der Patentinhaber seine marktbeherrschende Stellung ausnutzt. Das ist der Fall, sobald er das hinreichend konkretisierte Leistungsbegehren des Vertragsinteressenten ausschlägt³⁷⁵.

(c) Künftiges vertragliches Schuldverhältnis

Zwar existiert neben diesem gesetzlichen Schuldverhältnis kein vertragliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien. Es ist jedoch davon auszugehen, dass ein solches in Zukunft entstehen wird, weil der Kontrahierungszwang auf den Abschluss eines Lizenzvertrages gerichtet ist. Beugt sich der Patentinhaber dem Kontrahierungszwang und schließt den Lizenzvertrag mit dem Lizenzsucher, so entsteht in diesem Moment ein vertragliches Schuldverhältnis. Der Patentinhaber kann sich dem Vertragsschluss nicht widersetzen und gegebenenfalls zum

³⁷² *Hötte*, Zwangslizenz, S. 152 ff.

³⁷³ Zu der Frage nach dem Inhalt des Kontrahierungszwangs siehe sogleich unter § 4 I. 1. c) bb) (2) (S. 131).

³⁷⁴ Vgl. *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 12 m.w.N.; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 138 m.w.N.

³⁷⁵ *Bydlinski*, JZ 1980, 378 (378 f.); *Bork*, in: Staudinger-BGB, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 31; beim "gesetzlich ausdrücklich angeordneten besonderen Kontrahierungszwang" nimmt *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 12 die Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses bereits mit Geltendmachung des Anspruchs auf Vertragsschluss an.

Abschluss eines entsprechenden Vertrages gerichtlich verpflichtet werden³⁷⁶. Mit hin liegt ein *antizipiertes Schuldverhältnis* vor, welches zwar gerade kein Schuldverhältnis im üblichen Sinne darstellt, in dem allerdings gewisse Rechtshandlungen möglich sind, die ihre Wirkungen bei Entstehung des Schuldverhältnisses entfalten³⁷⁷.

(d) Zwischenergebnis

Für die anschließenden Betrachtungen ist es daher angezeigt, zwischen zwei unterschiedlichen Schuldverhältnissen zu unterscheiden: Zum einen dem gesetzlichen Schuldverhältnis, das sich aus der kartellrechtlichen Verpflichtung zur Erteilung einer Zwangslizenz – also aus Kontrahierungszwang – ergibt. Zum anderen dem antizipierten Lizenzvertrag, der zwar noch nicht besteht, aber in Zukunft entstehen dürfte.

(2) Gläubigerverzug im gesetzlichen Schuldverhältnis

Denkbar wäre es zunächst, dass der vom BGH angenommene Gläubigerverzug im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses entsteht, das unmittelbar aus dem Kontrahierungszwang folgt. Insofern wird das Vorliegen von Gläubigerverzug zumindest nicht daran gehindert, dass es sich um ein gesetzliches und kein vertragliches Schuldverhältnis handelt³⁷⁸. Die Vorschriften über den Gläubigerverzug befinden sich im Zweiten Buch des BGB und damit im „Recht der Schuldverhältnisse“. Zwar unterscheiden sich vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse hinsichtlich ihres Entstehungsgrundes, jedoch stellen beide „Schuldverhältnisse“ i.S.d. §§ 241 ff. BGB dar³⁷⁹. Gläubigerverzug kann deshalb

³⁷⁶ Bei OLG Karlsruhe BeckRS 2011, 6532 versuchte ein Lizenzsucher erfolglos den Patentinhaber gem. § 894 ZPO auf Abgabe einer Willenserklärung zum Lizenzvertrag in Anspruch zu nehmen, denn die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz sah das Gericht nicht als gegeben an.

³⁷⁷ Konkret gemeint sind damit Erfüllungshandlungen. Eingehend zu der generellen Möglichkeit von antizipierten Leistungen und Hinterlegungen in künftigen Schuldverhältnissen siehe unter § 3 I. (S. 51).

³⁷⁸ A.A. offenbar *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923 (925), die aus dem Mangel eines vertraglichen Schuldverhältnisses auf eine generelle Unanwendbarkeit der Vorschriften über den Gläubigerverzug zu schließen scheinen.

³⁷⁹ Vgl. etwa *Westermann*, in: Erman-BGB, Einl. § 241 Rn. 2.

sowohl in vertraglichen als auch im Rahmen gesetzlicher Schuldverhältnisse grundsätzlich entstehen³⁸⁰.

Probleme ergeben sich indessen daraus, dass der konkrete Inhalt des sich aus dem Kontrahierungszwang ergebenden Schuldverhältnisses umstritten ist³⁸¹. Die wohl herrschende Meinung im Einklang der überwiegenden Rechtsprechung gehen davon aus, dass der Kontrahierungszwang dem Verpflichteten lediglich die Annahme einer Willenserklärung des Berechtigten auferlegt, die auf den Vertragschluss gerichtet ist³⁸². Demgegenüber wird vertreten, dass der Verpflichtete mit dem Eintreten des Kontrahierungszwangs (zumindest auch) bereits zur Durchführung der letztlich gewünschten Leistung verpflichtet wird³⁸³. Anliegen dieser Arbeit ist es nicht, diesen Streit zu diskutieren und um weitere Argumente zu bereichern. Vielmehr soll aufgezeigt werden, dass Gläubigerverzug beim kartellrechtlichen Zwangslizenzverstoß unabhängig davon eintreten konnte,

³⁸⁰ So auch *Ernst*, in: MüKo-BGB, § 293 Rn. 4.

³⁸¹ Dieser Streit reicht in seinen Grundzügen bis in die Entstehungszeit des BGB zurück und ist bis heute nicht abschließend geklärt. Siehe mit eingehenden Auseinandersetzungen dazu *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 87; *Molitor*, JherJb 73 (1923), 1 (13); *Blumenthal*, Zwangsvertrag, S. 69; *Mertens*, Kontrahierungszwang, S. 6; *Bothe*, Kontrahierungszwang, S. 13, 41 ff.; *Bülck*, Kontrahierungszwang, S. 36; *Reinhardt*, in: FS Schmidt-Rimpler, S. 115 (123); *Schulte*, NJW 1976, 1209 (1210); *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (15); *Vykydal*, Kontrahierungszwang, S. 32; *Klingensfuß*, Kontrahierungszwang, S. 198; *Bork*, in: Staudinger-BGB, Vorb. zu §§ 145 ff. Rn. 20; mit dem Charakter eines Referenzwerks zu diesem Thema *Busche*, Privatautonomie, S. 247 ff. In der Rechtsprechung war die Frage ebenfalls immer wieder Gegenstand der Diskussion, siehe BGH NJW 2001, 1285 (1286); NJW 1985, 2820 (2821); (zumindest implizit) BGH GRUR 1973, 277 (280); OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2015, 916 (Rn. 199); OGHBrZ NJW 1950, 25 (25); OGHZ 1, 253 (255).

³⁸² So BGH NJW 2001, 1285 (1286); NJW 1985, 2820 (2821); OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2015, 916 (Rn. 199); *Busche*, Privatautonomie, S. 584 f. m.w.N.; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 87; *Blumenthal*, Zwangsvertrag, S. 69; *Bothe*, Kontrahierungszwang, S. 13, 41 ff.; *Klingensfuß*, Kontrahierungszwang, S. 198; *Armbrüster*, in: Erman-BGB, Vor § 145 Rn. 31; *Eckert*, in: BeckOK-BGB, § 145 Rn. 12.

³⁸³ Zumindest implizit BGH GRUR 1973, 277 (280); außerdem etwa *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (15 ff.); *Schulte*, NJW 1976, 1209 (1210); *Reinhardt*, in: FS Schmidt-Rimpler, S. 115 (123).

welche Ansicht im konkreten Fall für vorzugswürdig gehalten wird.

(a) Kontrahierungszwang verpflichtet nur zum Abschluss eines Vertrags

Auf der Linie der herrschenden Meinung ist der Patentinhaber lediglich dazu verpflichtet, das Vertragsangebot des Lizenzsuchers anzunehmen. Diese Pflicht stellt seine einzige Hauptpflicht aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis dar.

Vor diesem Hintergrund bereitet eine direkte Anwendung der von BGH herangezogenen §§ 293, 298 BGB jedoch Probleme. So würde § 293 BGB den einschlägigen Sachverhalt verfehlen, denn nach dieser Vorschrift gerät der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Wenn der Kontrahierungszwang allerdings allein zum Abschluss eines Lizenzvertrags verpflichtet, erwächst für den Lizenzsucher aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis schon keine Leistungspflicht, denn eine solche existiert in Form der Abschlussverpflichtung allein für den Patentinhaber³⁸⁴. Eine Pflicht des Lizenzsuchers zur Zahlung würde sich erst aus dem abzuschließenden Vertrag ergeben. Es existiert also keine „Leistung“, deren Annahme der Patentinhaber verweigern könnte. Ebenso wäre § 298 BGB nach seinem Anwendungsbereich nicht eröffnet, denn die Vorschrift setzt gerade voraus, dass der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist³⁸⁵. Wenn dem Schuldner jedoch schon keine Leistungspflicht obliegt, ist auch eine Anwendung von § 298 BGB ausgeschlossen. Bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung scheidet demnach eine direkte Anwendung der §§ 293 ff. BGB in dem gesetzlichen Schuldverhältnis aus.

Allenfalls kommt deshalb eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Gläubigerverzug in Betracht. Es stellt sich insofern die Frage, ob die hier einschlägige Interessenlage zu der Interessenlage bei §§ 293 ff. BGB vergleichbar ist. Ein gewisses Gleichnis besteht zunächst darin, dass sich in beiden Konstellationen der Gläubiger einer Mitwirkungshandlung verschließt: In gewöhnlichen Fällen des Gläubigerverzugs ist ein Gläubiger nicht bereit, eine Leistung anzunehmen

³⁸⁴ So allgemein für den Kontrahierungszwang *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 12 m.w.N.

³⁸⁵ Zu diesem Erfordernis von Zug-um-Zug zu erbringenden Leistungen als Anwendungsvoraussetzung von § 298 BGB siehe *Dötterl*, in: BeckOGK-BGB, § 298 Rn. 3 ff. m.w.N.

und im Fall „Orange-Book-Standard“ will der Patentinhaber (der gerade noch kein Gläubiger eines Lizenzvertrags ist) bereits keinen Lizenzvertrag abschließen, obwohl er aus kartellrechtlicher Perspektive dazu verpflichtet wäre. Dieses Gleichnis wird auch vom BGH angedeutet und zur Rechtfertigung der „entsprechenden Heranziehung der Vorschriften über den Gläubigerverzug“ genutzt³⁸⁶.

Jedoch ergeben sich – gerade mit Blick auf den Inhalt des Kontrahierungszwangs – ausgeprägte Unterschiede zwischen den Interessenlagen. Der Patentinhaber ist nach dem Verständnis der herrschenden Meinung zum Abschluss des Lizenzvertrages gerade in Form einer Hauptleistungspflicht verpflichtet. Bei der Verletzung von Hauptleistungspflichten aus einem Schuldverhältnis sind jedoch die §§ 293 ff. BGB nicht einschlägig³⁸⁷. Vielmehr liegt in diesen Fällen Schuldnerverzug i.S.d. § 286 BGB vor. Dies liegt hier ohnehin näher, denn der Patentinhaber ist nach dem Verständnis der herrschenden Meinung unter keinem Gesichtspunkt Gläubiger, sondern ausschließlich Schuldner. Der Schuldnerverzug würde im konkreten Fall sogar ohne Analogie auskommen, da der Patentinhaber schlicht seine gesetzliche Pflicht zum Abschluss des Lizenzvertrages verletzt. Die Rechtsfolge des Schuldnerverzugs kann zwar ein Anspruch auf Schadensersatz sein, die Möglichkeit zur Erfüllung seiner Schuld durch Hinterlegung vermag er allerdings nicht zu begründen³⁸⁸.

Dementsprechend erscheint es im Ergebnis fernliegend, im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses die Vorschriften der §§ 293 ff. BGB analog heranzuziehen, wenn dieses allein die Pflicht zum Abschluss eines Lizenzvertrags

³⁸⁶ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36): „Denn die Weigerung des Patentinhabers, den Lizenzvertrag abzuschließen, rechtfertigt die entsprechende Heranziehung der Vorschriften über den Gläubigerverzug, sei es, weil der Patentinhaber auch die angebotene Zahlung nicht anzunehmen bereit ist (§ 293 BGB), sei es, weil er zwar die Zahlung anzunehmen willens, jedoch nicht bereit ist, die Gegenleistung in Gestalt der Lizenzgewährung zu erbringen (§ 298 BGB)“.

³⁸⁷ Siehe dazu schon die Grundlagen zum Gläubigerverzug unter § 3 I. 2. a) bb) (1) (S. 77).

³⁸⁸ Wird außerdem allein das bestehende gesetzliche Schuldverhältnis betrachtet, erschließt sich darauf aufbauend schon die aus dem Gläubigerverzug resultierende Möglichkeit der Hinterlegung nicht, denn es existiert insofern keine Schuld, die der Lizenzsucher durch seine Hinterlegung erfüllen könnte.

enthält.

(b) Kontrahierungszwang enthält (auch) bereits die künftigen Pflichten

Zu einem anderen Ergebnis führt es, wenn der Kontrahierungszwang die Parteien bereits dazu verpflichtet, den sich aus dem noch abzuschließenden Vertragsverhältnis ergebenden Pflichten nachzukommen.

Der Inhalt der späteren Lizenzvereinbarung besteht darin, dass der Patentinhaber dem Lizenzsucher eine Lizenz zur Patentnutzung einräumen muss und der Lizenzsucher im Gegenzug zur Zahlung einer Lizenzgebühr an den Patentinhaber verpflichtet ist. Die Höhe der Vergütungspflicht hängt letztlich davon ab, welches Angebot der Lizenzsucher dem Patentinhaber unterbreitet hat. Sie wird jedoch in der Regel gem. § 315 BGB im billigen Ermessen des Patentinhabers stehen³⁸⁹. Es handelt sich bei der Pflicht zur Zahlung der Lizenzgebühr mithin um eine unbestimmte Leistungspflicht. Wie im vorausgehenden Teil erläutert, kann Gläubigerverzug als Hinterlegungsgrund auch beim Vorliegen unbestimmter Leistungspflichten entstehen³⁹⁰.

Um den Patentinhaber in Gläubigerverzug zu versetzen, kann der Lizenzsucher ihm zum einen den Betrag anbieten, den er im Rahmen der Vertragsverhandlungen gefordert hat. Gläubigerverzug tritt dann gem. §§ 293, 294 BGB ein, weil der Lizenzsucher dem Patentinhaber dadurch den Betrag anbietet, den dieser maximal billig bestimmen darf³⁹¹. Jede Leistungsbestimmung, die den ursprünglich geforderten Betrag übersteigt, dürfte insofern unbillig i.S.d. § 315 Abs. 3 S. 1 BGB und damit unverbindlich sein³⁹², weil darin ein Verstoß gegen Grundsatz des selbstwidersprüchlichen Verhaltens aus § 242 BGB durch den

³⁸⁹ Siehe zu dem Grund dafür unter § 4 I. 1. a) bb) (1) (S. 124).

³⁹⁰ Eingehend dazu siehe unter § 3 II. 2. a) (S. 105).

³⁹¹ Siehe zu der Fallgruppe des Gläubigerverzugs durch ein Angebot des Betrags, den der Gläubiger maximal bestimmen darf unter § 3 II. 2. a) aa) (S. 106).

³⁹² Zu den Auswirkungen einer unwirksamen Leistungsbestimmung auf den Annahmeverzug siehe unter § 3 II. 2. a) cc) (S. 109).

Patentinhaber liegen würde³⁹³.

Gleichwohl ist ein solches Vorgehen für den Lizenzsucher nicht zu empfehlen. Zwar tritt in dieser Konstellation der Gläubigerverzug ein, sobald der Patentinhaber das Angebot zur Zahlung ausschlägt. Jedoch besteht das Risiko, dass der Lizenzsucher die angebotene Zahlung annimmt. Der Lizenzsucher kann dann zwar weiterhin die Billigkeit einer entsprechenden Leistungsbestimmung gem. § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB gerichtlich überprüfen lassen, allerdings hat der Patentinhaber in der Zwischenzeit die volle Verfügungsgewalt über den gezahlten Betrag. Der Lizenzsucher würde damit dessen Insolvenzrisiko tragen. Die Vorteile, die durch die Möglichkeit zur Hinterlegung bei Ablehnung der Zahlung entstehen³⁹⁴, wären mithin bei einer – nicht unwahrscheinlichen – Annahme der Zahlung durch den Patentinhaber entwertet.

Der Lizenzsucher ist deswegen gehalten, den Gläubigerverzug *nicht* durch das Angebot des vom Patentinhaber geforderten Betrages herbeizuführen, sondern ihn stattdessen zur Konkretisierung der Leistungspflicht aufzufordern. Der Gläubigerverzug tritt dann gem. § 295 S. 2 BGB ein, wenn der Patentinhaber dieser Aufforderung nicht nachkommt, denn die Leistungsbestimmung ist eine Mitwirkungshandlung im Sinne dieser Vorschrift³⁹⁵. Ist die auf die Aufforderung

³⁹³ Eine solche Selbstbindung des billigen Ermessens ist vor allem im Arbeitsrecht häufig anzutreffen. Sie ist dort von der ständigen Rechtsprechung anerkannt und wird als Verstoß gegen das Verbot „venire contra factum proprium“ aus § 242 BGB angesehen, vgl. BAG NJW 2010, 3259 (Rn. 26); NZA 1998, 555 (557). Besonders deutlich BAG NJW 2012, 1830 (Rn. 38): „Der nach § 315 BGB Bestimmungsberechtigte kann das ihm zustehende Ermessen im Wege der Selbstbindung vorab einschränken. In diesem Fall verhielte er sich widersprüchlich und verstieße damit gegen die in § 242 BGB niedergelegten Gebote von Treu und Glauben, wenn er ohne das Hinzutreten besonderer Umstände von seiner ursprünglichen Entscheidung Abstand nähme“.

³⁹⁴ Diesen Vorteil will der BGH gerade durch die Annahme von Gläubigerverzug und die dadurch entstehende Hinterlegungsmöglichkeit eröffnen. Siehe BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36): „Der Sache nach wird damit dem Interesse des Lizenzsuchers Rechnung getragen, seinen Anspruch auf Rückzahlung gezahlter Lizenzgebühren für den Fall zu sichern, dass die Klage mangels Verletzung abgewiesen wird“.

³⁹⁵ Zu dem Eintritt von Gläubigerverzug durch die Aufforderung zur Leistungsbestimmung siehe eingehend unter § 3 II. 2. a) bb) (S. 108).

des Lizenzsuchers abgegebene Leistungsbestimmung durch den Patentinhaber unbillig i.S.d. § 315 Abs. 3 S. 1 BGB, steht dies einer unterlassenen Mitwirkungshandlung gleich, sodass Gläubigerverzug trotzdem eintritt³⁹⁶.

Somit kann Gläubigerverzug bei einem Anspruch auf eine kartellrechtliche Zwangslizenz entstehen, wenn das gesetzlichen Schuldverhältnis bereits die Pflichten aus der abzuschließenden Lizenzvereinbarung enthält. Über die vom BGH angesprochenen Fälle hinaus, in denen der Patentinhaber die Zahlung nicht annehmen will oder im Gegenzug für eine Zahlung die Lizenz verweigert³⁹⁷, tritt Gläubigerverzug auch gem. § 295 S. 2 BGB ein, wenn der Patentinhaber einer Aufforderung zur Leistungsbestimmung nicht oder in unbilliger Weise nachkommt. Ein solches Vorgehen ist dem Lizenzsucher zu empfehlen. Ein Hinterlegungsgrund i.S.d. § 372 S. 1 BGB liegt dann vor.

(3) Gläubigerverzug im künftigen Schuldverhältnis

Denkbar ist es außerdem, dass der BGH die Erfüllungshinterlegung im Rahmen der künftigen Lizenzvereinbarung zwischen Lizenzsucher und Patentinhaber angeordnet hat. Nach der hier vertretenen Auffassung kann Gläubigerverzug auch in einem Schuldverhältnis eintreten, das erst in Zukunft entstehen wird³⁹⁸. Dafür bedarf es jedoch einer analogen Anwendung der §§ 293 ff. BGB, die in künftigen Schuldverhältnissen nur ausnahmsweise angezeigt ist. Voraussetzung ist insofern, dass bereits eine solch intensive Bindung zwischen den Parteien besteht, dass der Gläubiger die endgültige Entstehung des künftigen Schuldverhältnisses nicht mehr einseitig verhindern kann. Es wurde herausgearbeitet, dass dies insbesondere der Fall ist, wenn zwischen den Parteien ein Vorvertrag besteht, der beide Seiten zum Abschluss des (noch) künftigen Schuldverhältnisses verpflichtet.

³⁹⁶ Siehe dazu unter § 3 II. 2. a) cc) (S. 109).

³⁹⁷ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36): „Denn die Weigerung des Patentinhabers, den Lizenzvertrag abzuschließen, rechtfertigt die entsprechende Heranziehung der Vorschriften über den Gläubigerverzug, sei es, weil der Patentinhaber auch die angebotene Zahlung nicht anzunehmen bereit ist (§ 293 BGB), sei es, weil er zwar die Zahlung anzunehmen willens, jedoch nicht bereit ist, die Gegenleistung in Gestalt der Lizenzgewährung zu erbringen (§ 298 BGB)“.

³⁹⁸ Siehe konkret dazu und zu dem Folgenden unter § 3 I. 2. a) bb) (3) (S. 79).

Gleiches muss deshalb in Konstellationen des gesetzlichen Kontrahierungszwangs gelten: Handelt derjenige, der aufgrund eines Kontrahierungszwangs zum Vertragsschluss verpflichtet ist, entgegen dieser Verpflichtung, verhindert er dadurch pflichtwidrig den Lizenzvertrag, der bei gesetzestreuem Verhalten entstanden wäre. Insofern weicht der Fall des Kontrahierungszwangs nicht von Konstellationen mit einem Vorvertrag ab³⁹⁹. Demnach kann der Patentinhaber in der noch nicht abgeschlossenen Lizenzvereinbarung bereits in Annahmeverzug geraten⁴⁰⁰.

Da der künftige Lizenzvertrag voraussichtlich eine unbestimmte Leistungspflicht enthält⁴⁰¹, tritt der Gläubigerverzug entweder durch ein Angebot der vom Patentinhaber geforderten Lizenzgebühr gem. §§ 293, 294 BGB analog oder durch eine Aufforderung zu einer Leistungsbestimmung gem. § 295 S. 2 BGB analog ein. Da die Pflichten aus dem künftigen Schuldverhältnis und dem gesetzlichen Schuldverhältnis aus Kontrahierungszwang deckungsgleich sind, wenn diesem bereits die künftigen Pflichten innewohnen, kann insofern auf die Ausführungen dort verwiesen werden⁴⁰².

(4) Zusammenfassung

Es ist damit nicht entscheidend, ob der Kontrahierungszwang mit der herrschenden Meinung lediglich ein gesetzliches Schuldverhältnis mit einer Pflicht zum Abschluss eines Lizenzvertrags entstehen lässt oder mit der Gegenmeinung bereits auf die künftigen Verpflichtungen aus dem Lizenzvertrag vorgegreift. Gläubigerverzug konnte in dem Fall „Orange-Book-Standard“ nämlich unabhängig von dieser Fragestellung entstehen. Entweder ist dies unmittelbar in dem vom Kontrahierungszwang begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis der Fall, oder aber in dem noch künftigen Schuldverhältnis zwischen Lizenzsucher und Patentinhaber.

³⁹⁹ Nicht umsonst wird ein Vorvertrag auch als „vertraglicher Kontrahierungszwang“ bezeichnet, siehe etwa *Eckert*, in: BeckOK-BGB, § 145 Rn. 19.

⁴⁰⁰ So auch *Reimann/Hahn*, in: FS-Meibom, S. 373 (379) ohne konkreten Bezug auf das künftige Schuldverhältnis: Die analoge Anwendung sei im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes geboten, denn der Rechteinhaber „verhindert den Eintritt des Rechtsgrunds für die Zahlung“.

⁴⁰¹ Zu dem Grund dafür siehe die Ausführungen unter § 4 I. 1. a) bb) (1) (S. 124).

⁴⁰² Siehe dazu unmittelbar zuvor unter § 4 I. 1. c) bb) (2) (b) (S. 135).

Voraussetzung ist jedoch, dass der Lizenzsucher dem Patentinhaber entweder den von ihm geforderten Betrag anbietet (§§ 293, 294 BGB) oder ihn – was zu empfehlen ist – zur Ausübung seines Leistungsbestimmungsrechts hinsichtlich der Lizenzhöhe auffordert (§ 295 S. 2 BGB). Der Hinterlegungsgrund aus § 372 S. 1 BGB liegt dann vor.

cc) Höhe des Hinterlegungsbetrags

Fraglich ist, welchen Umfang die Hinterlegung des Lizenzsuchers haben muss, damit er sich auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand berufen kann. Ausgehend davon, dass der BGH eine Erfüllungshinterlegung in einem künftigen Schuldverhältnis oder dem gesetzlichen Schuldverhältnis aus Kontrahierungszwang angeordnet hat, ergibt sich folgendes Bild: Die Leistungspflicht des Lizenzsuchers auf Erbringung der Lizenzgebühr ist in der Regel noch nicht abschließend bestimmt und hängt von der Bestimmung des Patentinhabers in den Grenzen des § 315 BGB ab⁴⁰³. Aufbauend auf den Erkenntnissen zur Erfüllungshinterlegung bei unbestimmten Leistungspflichten bedeutet dies, dass allein die Übereinstimmung von hinterlegtem Betrag und späterer Leistungsbestimmung für die Wirkungen der Hinterlegung entscheidend ist⁴⁰⁴. Die Erfüllungshinterlegung kann deshalb – gegebenenfalls rückwirkend – die Wirkungen des § 378 BGB nur herbeiführen, wenn der Lizenzsucher mit seinem Hinterlegungsbetrag mindestens den Betrag abgedeckt hat, der später – in den Grenzen der Billigkeit – von dem Patentinhaber bestimmt wurde.

Der Lizenzsucher kann deshalb dazu angehalten sein, einen höheren Betrag zu hinterlegen, als er selbst für angemessen hält. Teilweise wird diesbezüglich vorgeschlagen, der Lizenzsucher solle bei seiner Hinterlegung in Anlehnung an

⁴⁰³ Zu dem Grund dafür siehe die Ausführungen zu den Anforderungen an das Angebot des Lizenzsuchers unter § 4 I. 1. a) bb) (1) (S. 124).

⁴⁰⁴ So auch *Kühnen*, HB-Patentverletzungen, Kap. E Rn. 282. Bleibt der hinterlegte Betrag dahinter zurück, handelt es sich um eine Teilleistung nach § 266 BGB, die grundsätzlich die Wirkungen der Hinterlegung nicht herbeiführt. Siehe dazu generell für Teilleistungen auf unbestimmte Leistungspflichten unter § 3 II. 1. c) (S. 104) und speziell bei der Hinterlegung unter § 3 II. 2. d) (S. 113).

§ 711 ZPO einen „Sicherheitszuschlag“ in Höhe von 10 % einpreisen⁴⁰⁵. Ein solcher Sicherheitszuschlag würde jedoch nicht dazu führen, dass der hinterlegte Betrag immer ausreichend ist, denn die Abweichungen zwischen der angebotenen und der geforderten Lizenzgebühr kann einen solchen Sicherheitszuschlag von 10 % bei weitem übersteigen⁴⁰⁶.

Der Lizenzsucher trägt deshalb auch bei der Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlags das Risiko, mit seinem hinterlegten Betrag die nachgehende Leistungsbestimmung zu verfehlen⁴⁰⁷. Diese Unsicherheit kann er allein dadurch beseitigen, indem er den gesamten Betrag hinterlegt, den der Lizenzsucher von ihm gefordert hat. Dann liegt ein Fall vor, in dem bereits im Zeitpunkt der Hinterlegung unzweifelhaft feststeht, dass der Lizenzsucher den maximal billig zu bestimmenden Betrag geleistet hat⁴⁰⁸. Die Erfüllungswirkung tritt dann unmittelbar mit der Leistung ein. Hinsichtlich des Teilbetrags, den der Lizenzsucher über den später bestimmten Betrag hinaus hinterlegt hat, besteht ein Freigabeanspruch gegenüber dem Patentinhaber aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB⁴⁰⁹. Diesen kann er gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen, wobei im Rahmen eines solchen Prozesses auch die Billigkeit der vom Lizenzsucher festgesetzten Lizenzgebühr zu prüfen wäre⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923 (Fn. 27); *Maume*, Zwangslizenzinwand, S. 138

⁴⁰⁶ In der der Entscheidung des U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, Urt. v. 28.09.2012 - Microsoft v. Motorola, GRUR Int. 2012, 1149, war der Lizenzsucher bereit, etwa 1 Million US-Dollar pro Jahr zu zahlen, wohingegen der Patentinhaber ungefähr 4 Milliarden US-Dollar pro Jahr forderte. Diesen Fall spricht *Körber*, Huawei/ZTE, S. 3 als typisches Beispiel dafür an, dass in Fällen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes regelmäßig Streit über die Lizenzgebühr besteht und die Vorstellungen über eine angemessene Lizenzgebühr weit auseinander liegen können.

⁴⁰⁷ So auch *Osterrieth*, PatR, Rn. 973.

⁴⁰⁸ Dazu erneut eingehend unter § 3 II. (S. 95).

⁴⁰⁹ Siehe dazu die generelle Behandlung von Hinterlegungen auf unbestimmte Leistungspflichten, wenn die Hinterlegungssumme die spätere Schuld übersteigt unter § 3 II. 2. d) (S. 113).

⁴¹⁰ Aus prozessualer Sicht wäre der Hinterlegungsstelle insofern dazu zu raten, ein entsprechendes Urteil des Gerichts abzuwarten, bevor es eine Freigabeanordnung erteilt.

dd) Knüpfung an eine Gegenleistung

Entsprechend der generellen Ausführungen zur Hinterlegung in künftigen Schuldverhältnissen ist der Lizenzsucher gehalten, das Recht des Gläubigers zum Empfang des hinterlegten Betrages gem. § 373 BGB an die Bewirkung einer Gegenleistung zu knüpfen⁴¹¹. Nach dem hier zugrundegelegten Verständnis findet die Hinterlegung entweder in der künftigen Lizenzvereinbarung als solcher oder dem gesetzlichen Schuldverhältnis aus Kontrahierungszwang mit den Pflichten der künftigen Lizenzvereinbarung statt⁴¹². Die Gegenleistung des Patentinhabers für die Hinterlegungssumme liegt deshalb unmittelbar in der Erteilung der Lizenz und nicht bloß dem Abschluss eines Lizenzvertrags mit einer entsprechenden Verpflichtung⁴¹³. Eine Aufnahme der ersuchten Vertragsmodalitäten in den Hinterlegungsantrag – wie etwa die vom Patentinhaber gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen festzusetzende Lizenzgebühr – ist deshalb nicht angezeigt, dürfte jedoch unschädlich sein. Der Lizenzsucher muss die Gegenleistung jedenfalls so präzise bezeichnen, dass die Hinterlegungsstelle deren Erbringung ohne Weiteres prüfen kann⁴¹⁴. In einem Antragsformular auf Geldhinterlegung⁴¹⁵ könnte die Gegenleistung nach § 373 BGB im Falle des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes wie folgt formuliert werden⁴¹⁶:

„Die Lizenzerteilung für das Patent [Bezeichnung des Patents

⁴¹¹ Dazu, wieso der Lizenzsucher faktisch dazu gezwungen ist, von § 373 Gebrauch zu machen, siehe unter § 3 I. 2. b) (S. 84).

⁴¹² Siehe dazu unter § 4 I. 1. c) bb) (S. 129).

⁴¹³ Inwieweit bei Immaterialgüterrechten das Abstraktionsprinzip überhaupt seine Wirkungen entfaltet und zwischen der vertraglichen Verpflichtung und der Lizenzeinräumung selbst – die üblicherweise in demselben Vertragsdokument stattfinden – zu unterscheiden ist, ist strittig. Siehe dazu instruktiv *Harke*, ZfPW 2015, 85 (95 ff.) und auch bereits Fn. 381.

⁴¹⁴ Andernfalls droht eine Zurückweisung des Hinterlegungsantrags als unzulässig. Siehe dazu eingehend unter § 3 I. 2. b) bb) (S. 86).

⁴¹⁵ Ein solches Beispielformular des Amtsgerichts Tiergarten ist unter § 6 I. (S. 218) abgedruckt. Dort befindet sich ein Feld mit der „Gegenleistung gemäß § 9 Abs. 4 BerlHintG“, wo ein entsprechender Passus einzutragen wäre.

⁴¹⁶ Angelehnt an den Entwurf eines Lizenzvertrags für eine „nicht ausschließliche (einfache) Lizenz“ bei *Nack*, in: BeckOF-Vertrag, Nr. 12.2.3.

mit Nr. und ggf. Daten der Anmeldung, der Erteilung, der Offenlegung und des Geltungsbereiches] mit dem Recht, von der Lehre des Patents in folgendem Maße Gebrauch zu machen: [Bezeichnung der ersuchten Rechte]“.

Zugriff auf den hinterlegten Betrag erhält der Patentinhaber bei einem solchen Vorgehen erst, nachdem er der Hinterlegungsstelle nachgewiesen hat, dass er die Lizenz an den Lizenzsucher erteilt, bzw. wenn der Lizenzsucher eine Freigabeerklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle abgegeben hat⁴¹⁷. Der Lizenzsucher kann die Auskehr des Betrags hingegen nicht an eine gerichtliche Billigkeitskontrolle der vom Patentinhaber später konkretisierten Lizenzgebühr nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB knüpfen⁴¹⁸.

ee) Zusammenfassung

Der BGH hat mit seinem Hinterlegungserfordernis in „Orange-Book-Standard“ für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand ein Erfordernis zur Erfüllungshinterlegung nach §§ 372 ff. BGB geschaffen. Der dafür erforderliche Hinterlegungsgrund aus § 372 S. 1 BGB ist in Form des Gläubigerverzugs gegeben, sobald der Lizenzsucher dem Patentinhaber den von ihm geforderten Betrag angeboten hat (§§ 293, 294 BGB) oder ihn zur Ausübung seines Leistungsbestimmungsrechts hinsichtlich der Lizenzhöhe erfolglos aufgefordert hat (§ 295 S. 2 BGB). Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand greift jedoch nur durch, wenn die Hinterlegungssumme die später bestimmte Schuld zumindest abdeckt. Dem Lizenzsucher ist dabei anzuraten, in seinen Hinterlegungsantrag gem. § 373 BGB aufzunehmen, dass die Gegenleistung für die Hinterlegung der Lizenzgebühr die Gewährung einer Lizenz darstellt.

2. Die Entscheidung „Huawei/ZTE“ des Europäischen Gerichtshofs

Im Jahr 2015 erging eine weitere zentrale Entscheidung zum kartellrechtlichen

⁴¹⁷ Die Hinterlegungsgesetze der Länder stellen insofern unterschiedliche Anforderungen. Siehe dazu die Ausführungen zu den landesrechtlichen Unterschieden bei dem Nachweis der Empfangsberechtigung unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

⁴¹⁸ Siehe dazu eingehend unter § 3 II. 2. c) (S. 110), wo sich mit der entgegengesetzten Ansicht von *Augsburger*, Zwangslizenzeinwand, S. 187; *Reimann/Hahn*, in: FS-Meibom, S. 373 auseinandergesetzt wird.

Zwangslizenz einwand. Der EuGH hatte auf eine Vorlage des LG Düsseldorf in einem Fall zu entscheiden, dem eine Klage des Telekommunikationsausrüsters Huawei gegen seinen Konkurrenten ZTE zugrunde lag. Die Klage beruhte im Wesentlichen auf folgendem Sachverhalt⁴¹⁹.

Huawei ist Inhaber eines sog. standardessentiellen Patents (kurz: SEP), das für die Produktion von LTE-Basisstationen benötigt wird. Standardessentielle Patente zeichnen sich – vereinfacht – dadurch aus, dass ihre Nutzung Voraussetzung dafür ist, um einem industriellen Standard nachzukommen, der von einer Standardisierungsorganisation (kurz: SSO) festgesetzt wurde. Sie entstehen dadurch, dass ein Unternehmen mit einer maßgeblichen Erfindung an eine SSO herantritt und diese über die Erfindung informiert. Die SSO legt sodann fest, dass der Standard auf diesem Patent aufbaut. Im Gegenzug verpflichtet sich der Patentinhaber dazu, das Patent zu sog. FRAND-Bedingungen auszulizenzieren. FRAND steht für „fair, reasonable und non-discriminatory“ und soll garantieren, dass jedem Lizenzsucher die Nutzung des Patents unter fairen, vernünftigen und diskriminierungsfreien Bedingungen gestattet werden kann⁴²⁰.

Im Einklang damit hatte auch Huawei eine FRAND-Erklärung hinsichtlich des in Rede stehenden SEP abgegeben. Nachdem ZTE ein Interesse an der Nutzung des Patents deutlich machte, verhandelten die Parteien über die Lizenzbedingungen. Zu einer Einigung kam es jedoch nicht. Nichtsdestotrotz vertrieb ZTE im Folgenden eine LTE-Basisstation, die sich des SEP von Huawei bediente. Huawei nahm ZTE infolgedessen gerichtlich auf Unterlassung und Rückruf sowie auf Rechnungslegung und Schadensersatz in Anspruch. ZTE erhob im Rahmen dieses Prozesses den kartellrechtlichen Zwangslizenz einwand. Da ZTE jedoch zuvor kein unbedingtes Angebot abgegeben hatte, konnte sich das Unternehmen – aufbauend auf den Grundsätzen aus „Orange-Book-Standard“ – bereits deshalb nicht auf diesen Einwand berufen, um das

⁴¹⁹ Die folgenden Ausführungen fassen den Sachverhalt der Entscheidungen EuGH GRUR 2015, 764 (Entscheidung über die Vorlage) und LG Düsseldorf BeckRS 2013, 5894 (Aussetzungsbeschluss zur Vorlage an den EuGH) zusammen.

⁴²⁰ Instruktiv zu FRAND-Bedingungen *Block/Rätz*, GRUR 2019, 797 (797 ff.); *McGuire*, GRUR 2018, 128 (131 ff.).

Unterlassungsbegehren abzuwehren⁴²¹. Das LG Düsseldorf gab der Verletzungsklage jedoch nicht unmittelbar statt, denn es hatte einen Unterschied zu dem Sachverhalt von „Orange-Book-Standard“ erkannt: Handelte es sich bei „Orange-Book-Standard“ noch um einen faktischen Standard, stand in dem gegenständlichen Streit ein offizieller Standard in Rede, der von einer SSO festgelegt worden war⁴²². Da der BGH aber bereits in seiner Entscheidung „Standard-Spundfass“ zwischen faktischem und normiertem Standard unterschied⁴²³, warf das LG Düsseldorf die Frage auf, ob die Grundsätze, die in „Orange-Book-Standard“ für den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand entwickelt wurden, in SEP-Konstellationen überhaupt Anwendung finden können⁴²⁴.

Das LG Düsseldorf entschied sich deshalb dazu, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH einige Fragen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV vorzulegen: Zum einen erfragte es, ob der Inhaber eines SEP, der eine FRAND-Erklärung abgegeben hat, seine marktbeherrschende Stellung missbrauche, wenn er einen Unterlassungsanspruch gegenüber dem Patentverletzer gerichtlich geltend macht, obwohl dieser seine Verhandlungsbereitschaft signalisiert hat oder ob dafür ein unbedingtes Angebot des Patentverletzers inklusive antizipierter Erfüllung seiner Pflichten erforderlich wäre. Abhängig von der Antwort auf diese Frage erkundigte sich das LG, ob an die Verhandlungsbereitschaft bzw. das unbedingte Angebot aus Art. 102 AEUV besondere Anforderungen – in qualitativer und/oder zeitlicher Hinsicht – zu stellen seien.

⁴²¹ Siehe hinsichtlich des Erfordernisses eines unbedingten Angebots für die Geltendmachung des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwands nach „Orange-Book-Standard“ unter § 4 I. 1. a) bb) (1) (S. 124).

⁴²² Dies entsprach so zumindest den Feststellungen der Gerichte in „Orange-Book-Standard“. *Körber*, S. 6 Fn. 1 weist jedoch darauf hin, dass nach Aussage von einigen verfahrensbeteiligten Anwälten auch bei „Orange-Book-Standard“ ein SEP in Rede stand und eine FRAND-Erklärung vorlag. Trotzdem ging der BGH in der Entscheidung davon aus, dass ein faktischer Industriestandard vorlag und eine solche Erklärung fehlte. Laut *Körber* könnte dies darauf zurückzuführen sein, dass bereits die Sachverhaltsschilderung der Vorinstanz, auf deren Grundlage der BGH entschied, fehlerhaft war.

⁴²³ BGH GRUR 2004, 966 (968); siehe zu dieser Entscheidung bereits Fn. 349.

⁴²⁴ Diese Unterscheidung nimmt auch in den Fokus *Körber*, NZKart 2013, 87 (87 f.).

Mit der vierten Vorlagefrage bat das LG den EuGH um die für diese Arbeit relevanteste Stellungnahme:

„Sofern die Erfüllung von Pflichten aus der zu erteilenden Lizenz seitens des Patentverletzers Voraussetzung für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist: Stellt Art. 102 AEUV besondere Anforderungen bezüglich dieser Erfüllungshandlungen?“

Es ergänzte diese Vorlagefrage unter anderem um folgenden Zusatz:

„Kann eine Pflicht zur Zahlung der Lizenzgebühren gegebenenfalls auch mittels Leistung einer Sicherheit erfüllt werden?“

Mit Urteil vom 16. Juli 2015 bezog der EuGH zu diesen Fragen Position⁴²⁵.

a) Ausführungen des EuGH

Der EuGH stellte zunächst fest, dass die Beantwortung sämtlicher vorgelegter Fragen im Ausgangspunkt von einer Abwägung abhängt: Auf der einen Seite stehe das Schutzguts der Erhaltung eines freien Wettbewerbs und in diesem Rahmen das Primärrecht, insbesondere Art. 102 AEUV. Auf der anderen Seite seien die Rechte des geistigen Eigentums des Patentinhabers sowie dessen Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz aus Art. 17 Abs. 2 und Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in die Abwägung einzustellen.

Danach stehe dem Inhaber eines SEP zwar generell das Recht zu, Ansprüche auf Unterlassung gerichtlich geltend zu machen. Da er jedoch aus Art. 102 AEUV zur Lizenzerteilung nach FRAND-Bedingungen verpflichtet sei, müsse er zuvor bestimmte Voraussetzungen erfüllen, damit seine Unterlassungsklage nicht als missbräuchlich zu bewerten sei. Zunächst dürfe er insoweit keine Ansprüche auf Unterlassung gegen den (angeblichen) Verletzer gerichtlich geltend machen, ohne ihm dies anzukündigen und ihn zuvor anzuhören. Wenn der Verletzer in diesem Rahmen seine Bereitschaft zum Abschluss einer Lizenzvereinbarung signalisiert, müsse der Patentinhaber dem Lizenzsucher ein konkretes schriftliches Lizenzangebot im Sinne der FRAND-Bedingungen unterbreiten

⁴²⁵ Zu dem Folgenden EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 40-71).

und die Lizenzgebühr sowie die Art und Weise ihrer Berechnung angeben.

Dem angeblichen Verletzer obliege es sodann, auf das Angebot des Patentinhabers mit Sorgfalt zu reagieren und dabei die in dem jeweiligen Bereich anerkannten geschäftlichen Gepflogenheiten sowie Treu und Glauben zu beachten. Nimmt der angebliche Verletzer das Angebot nicht an, müsse er innerhalb einer kurzen Frist ein konkretes und schriftliches Gegenangebot im Einklang mit den FRAND-Bedingungen abgeben, um sich weiterhin auf den Zwangslizenz einwand berufen zu können. Sollte der Patentinhaber dieses Gegenangebot ablehnen, müsse der angebliche Verletzer ab diesem Zeitpunkt

„eine angemessene Sicherheit gemäß den in dem betreffenden Bereich anerkannten geschäftlichen Gepflogenheiten [leisten], z.B., indem er eine Bankgarantie beibringt oder die erforderlichen Beträge *hinterlegt*. Die Berechnung dieser Sicherheit muss u.a. die Zahl der vergangenen Benutzungshandlungen in Bezug auf das SEP umfassen, für die der angebliche Verletzer eine Abrechnung vorlegen können muss“⁴²⁶.

b) Rezeption

Die Entscheidung des EuGH wurde in der kartellrechtlichen Literatur hauptsächlich positiv aufgenommen⁴²⁷. Durch die Entscheidung des EuGH sei garantiert, dass die deutschen Instanzgerichte ihre Anwendung der „Orange-Book-Standard“-Grundsätze nun nicht mehr unreflektiert auf Sachverhalte erstrecken, in denen es um SEP geht⁴²⁸. Gerade im Hinblick darauf, dass der Lizenzsucher ohnehin keinen Zugriff auf einen stichhaltigen Maßstab hinsichtlich der FRAND-Bedingungen habe, sei die Entscheidung zu begrüßen⁴²⁹. Darüber hinaus wurde teilweise betont, dass die Entscheidung von seinem Anwendungsbereich grundsätzlich nur Sachverhalte betreffe, in denen SEP

⁴²⁶ EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 67), Hervorhebung durch *Verfasser*.

⁴²⁷ Mit dieser Tendenz *Körber*, WRP 2015, 1167; *Palzer*, EuZW 2015, 702; *Heinemann*, GRUR 2015, 855; *Stender*, WuW 2015, 1188; *Batistia/Mazutti*, IIC 2016, 244; *Conrad*, CR 2016, 157; *Block*, GRUR 2017, 121; *Kellenter/Verhauwen*, GRUR 2018, 761.

⁴²⁸ So etwa *Körber*, WRP 2015, 1167 (1168 f.).

⁴²⁹ *Körber*, WRP 2015, 1167 (1169).

Gegenstand der Streitigkeiten sind⁴³⁰. Inwiefern dies auch für „normale“ Patent-situationen gelte, sei vom EuGH nicht ausgeführt worden⁴³¹. Jedenfalls seien aber bei der Beurteilung solcher gewöhnlichen Patentfälle die kartellrechtlichen Grenzen aus Art. 102 AEUV zu beachten, die der EuGH durch seine Entscheidung konkretisiert habe⁴³².

Außerdem wurde positiv angemerkt, dass der Lizenzsucher nicht mehr – wie nach „Orange-Book-Standard“ – einen „jedenfalls ausreichenden“ Betrag hinterlegen müsse, sondern eine angemessene Sicherheit erforderlich sei, denn die Beschränkung der „Sicherheitsleistung“ auf die Hinterlegung sei ohnehin praxisfern gewesen und es bestehe nunmehr Klarheit, dass hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung eine erweiterte Flexibilität gegeben sei⁴³³.

c) Betrachtung des Hinterlegungserfordernisses

Im Folgenden wird das vom EuGH aufgestellte Erfordernis einer angemessenen Sicherheit – das nach dem EuGH ausdrücklich auch durch eine Hinterlegung erbracht werden kann – dogmatisch eingeordnet und insbesondere mit Blick auf die erforderliche Höhe der Sicherheitsleistung untersucht.

aa) Identifizierung der Hinterlegungsform

Der EuGH verlangt vom Lizenzsucher die Erbringung einer angemessenen Sicherheit gemäß der in dem betreffenden Bereich anerkannten geschäftlichen Gepflogenheiten, die nach den gerichtlichen Ausführungen etwa durch eine Bankgarantie oder die Hinterlegung der erforderlichen Beträge erfolgen kann⁴³⁴. Gewendet auf das deutsche Recht steht dem Lizenzsucher damit im Ausgangspunkt der gesamte Katalog der Sicherheitsleistungen aus § 232 BGB zuzüglich der Bankgarantie zur Verfügung. Eine Beschränkung gilt jedoch insoweit, als die Sicherheitsleistung den in dem jeweiligen Geschäftsbereich üblichen

⁴³⁰ *Palzer*, InTer 2015, 197 (203 f.); *Körber*, WRP 2015, 1167 (1171).

⁴³¹ *Körber*, WRP 2015, 1167 (1171).

⁴³² *Körber*, WRP 2015, 1167 (1171).

⁴³³ Vgl. *Körber*, WRP 2015, 1167 (1169 f.).

⁴³⁴ EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 67).

Gepflogenheiten entsprechen muss⁴³⁵. Praktisch kommen damit häufig die Hinterlegung sowie die Erbringung einer Bankgarantie in Betracht, die vom EuGH auch als Beispiel ausdrücklich angeführt wurden⁴³⁶. Daneben dürfte in der Regel auch eine Bankbürgschaft⁴³⁷ – die gem. § 232 Abs. 2 BGB zur Hinterlegung subsidiär wäre – den geschäftlichen Gepflogenheiten entsprechen⁴³⁸.

Anders als im Fall von „Orange-Book-Standard“ ist hinsichtlich des Hinterlegungserfordernisses jedenfalls sehr deutlich, welche Art der Hinterlegung von dem Gericht angeordnet wurde: Es handelt sich um eine *Sicherheits hinterlegung nach § 232 Abs. 1 Var. 1 BGB*. Dies folgt bereits daraus, dass der EuGH den Begriff der Sicherheitsleistung als Oberbegriff für die vom Lizenzsucher zu erbringende Handlung gewählt hat. Außerdem besteht zwischen der ebenfalls vom Gericht angeführten Bankgarantie und der Hinterlegung nur dann eine systematische Vergleichbarkeit, wenn es sich um eine Hinterlegung zu

⁴³⁵ Solche Beschränkungen und Erweiterungen hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung sind nicht unüblich und zulässig. So ist beispielsweise in § 273 Abs. 3 BGB die Sicherheitsleistung durch die Bestellung eines Bürgen ausdrücklich ausgeschlossen. Daneben ist anerkannt, dass auch durch eine Vertragsgestaltung eine bestimmte Form der Sicherheitsleistung angeordnet werden kann, vgl. OVG Münster, BeckRS 2014, 51379 (Ls. 5); LG Bremen BeckRS 2008, 20392. Zur Möglichkeit der vertraglichen Abdingbarkeit des Rechts zur Sicherheitsleistung siehe schon unter § 2 II. 2. (S. 13).

⁴³⁶ *Kellenter/Verbauwen*, GRUR 2018, 761 (770) scheinen „Huawei/ZTE“ so zu interpretieren, dass *nur* eine Sicherheitsleistung durch Hinterlegung oder Bankgarantie gestattet sei: „Die Sicherheit ist durch Bankgarantie oder Hinterlegung zu leisten“. Dies überzeugt jedoch nicht, weil der EuGH durch seine Wortwahl deutlich macht, dass er diese beiden Formen der Sicherheitsleistung nur als Beispiele aufgeführt hat.

⁴³⁷ Eingehend zu dem Unterschied zwischen einer Bankgarantie und einer Bankbürgschaft siehe *Nobbe*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 92 Rn. 9 ff.

⁴³⁸ Eine Bürgschaft wäre vom LG Düsseldorf BeckRS 2016, 4073 (Rn. 111) wohl akzeptiert worden, wenn sie nicht verspätet erbracht worden wäre. Der in der englischen Fassung des Urteils gewählte Begriff der „bank guarantee“ bietet ohnehin nicht die Trennschärfe wie hiesige Unterscheidung zwischen Garantie und Bürgschaft. So kann eine „bank guarantee“ durchaus auch als „Bankbürgschaft“ übersetzt werde, vgl. *Beseler/Wüstefeld*, Fachwörterbuch, Schlagwort: „Bankbürgschaft“. Gleichwohl ist die Entscheidung des EuGH in deutscher Sprache ergangen, sodass davon ausgegangen werden muss, dass mit der Bankgarantie auch eine solche gemeint ist.

Sicherungszwecken handelt.

bb) Zulässigkeit der Sicherheitshinterlegung

Eine zulässige Sicherheitshinterlegung setzt indessen voraus, dass ein irgendwie geartetes Recht oder eine Pflicht zur Sicherheitsleistung besteht⁴³⁹. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die in Fällen einer kartellrechtlichen Zwangslizenz ein Recht zur Sicherheitsleistung vermittelt, fehlt. Damit stellt sich bereits die Frage, ob der Lizenzsucher den gegenständlichen Betrag⁴⁴⁰ überhaupt hinterlegen *darf* und die Hinterlegungsstelle deshalb zur Annahme einer entsprechenden Hinterlegung verpflichtet ist⁴⁴¹.

Den Ausführungen des EuGH lässt sich indessen entnehmen, dass dem Lizenzsucher nicht bloß ein Recht zur Sicherheitsleistung zusteht, sondern eine Sicherheitsleistung sogar Voraussetzung für das rechtmäßige Handeln ist, soweit der Lizenzsucher das SEP benutzt, bevor ein Lizenzvertrag geschlossen wurde⁴⁴². Der Anknüpfungspunkt für die Sicherheitsleistung folgt damit aus der kartellrechtlichen Zwangslizenz als solcher und ist dementsprechend in Art. 102 AEUV verankert. Aus den gerichtlichen Ausführungen kann geschlossen werden, dass dieses Erfordernis zur Sicherheitsleistung in dem Moment entsteht, in dem der Patentinhaber das Gegenangebot des Lizenzsuchers abgelehnt hat⁴⁴³. Demnach ist dem Lizenzsucher eine Sicherheitsleistung – und damit auch einer Sicherheitshinterlegung – grundsätzlich eröffnet.

cc) Höhe der Sicherheitsleistung

Zentrale Bedeutung kommt im Rahmen der vom EuGH gewählten Lösung der Frage zu, welche Höhe die notwendige Sicherheitsleistung aufweisen muss, damit der Lizenzsucher sich erfolgreich auf den kartellrechtlichen Zwangseinwand

⁴³⁹ Dazu schon eingehend unter § 2 II. 2. (S. 13).

⁴⁴⁰ Dieser steht seiner Höhe nach nicht fest, siehe dazu sogleich § 4 I. 2. c) cc) (S. 150).

⁴⁴¹ Von der Hinterlegungsstelle wird vor dem Erlass der Annahmearordnung eine summarische Prüfung vorgenommen, in der das Bestehen eines Rechts zur Sicherheitshinterlegung geprüft wird, siehe unter § 2 III. 2. c) bb) (2) (S. 34).

⁴⁴² EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 67).

⁴⁴³ EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 67): „ab dem Zeitpunkt, zu dem sein Gegenangebot abgelehnt wurde“.

berufen kann. Aus praktischer Perspektive wurde das Gericht in diesem Kontext nicht konkret genug, indem es von dem Lizenzsucher nur eine „angemessene“ Sicherheit forderte und zur Erläuterung lediglich Folgendes ausführte:

„Die Berechnung dieser Sicherheit muss unter anderem die Zahl der vergangenen Benutzungshandlungen in Bezug auf das SEP umfassen, für die der angebliche Verletzer eine Abrechnung vorlegen können muss“⁴⁴⁴.

Im Folgenden wird deshalb untersucht, wann eine Sicherheitsleistung den vom EuGH aufgestellten Anforderungen an eine „angemessene“ Sicherheitsleistung gerecht wird⁴⁴⁵. Dabei sind zwei Problemkreise zu unterscheiden: Zum einen stellt sich die Frage, ob sich die Sicherheitsleistung der Höhe nach an dem ursprünglichen Angebot des Patentinhabers oder dem Gegenangebot des Lizenzsuchers zu orientieren muss. Daneben ist fraglich, ob die Sicherheitsleistung nur die vergangenen Benutzungshandlungen abdecken muss oder auch künftige Nutzungshandlungen bei ihrer Berechnung berücksichtigt werden müssen.

(1) Ausgangspunkt für die Sicherheitshöhe

Nach den Anforderungen des EuGH muss der Patentinhaber dem Lizenzsucher ein konkretes Lizenzangebot unterbreitet haben, bevor er ihn auf Unterlassung in Anspruch nehmen kann. Der Lizenzsucher muss seinerseits in Form eines konkreten Gegenangebotes darauf reagiert haben, wenn er das Angebot des Patentinhabers nicht annimmt, sich jedoch weiter auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand beruft. Dabei kann der Lizenzsucher kein unbestimmtes Angebot übermitteln, denn ein solches wäre nicht „konkret“ und würde deshalb

⁴⁴⁴ EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 67 a.E.).

⁴⁴⁵ Dabei soll indessen nicht der Frage nachgegangen werden, wie ein Lizenzsatz unter FRAND-Bestimmungen zu bestimmen ist, um „fair, reasonable und non-discriminatory“ zu sein. Dies stellt ein eigenständiges Problemfeld dar, das jedoch mit den sicherungsrechtlichen Aspekten zunächst in keinem Zusammenhang steht. Ausführlich mit der Methode zur Ermittlung eines FRAND-Lizenzsatzes beschäftigen sich *Kurtz/Straub*, GRUR 2018, 136 (136 ff.) m.w.N.

nicht den Anforderungen des Gerichts entsprechen⁴⁴⁶. Nach der Ablehnung dieses Gegenangebots muss der Lizenzsucher eine Sicherheit leisten⁴⁴⁷. Als Anknüpfungspunkt für die Höhe der Sicherheitsleistung kommen damit sowohl das ursprüngliche Angebot der Patentinhaber als auch das Gegenangebot des Lizenzsuchers in Betracht.

(a) Meinungsstand

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass die Höhe der Sicherheitsleistung sich immer an dem *ursprünglichen Angebot des Patentinhabers* zu orientieren habe⁴⁴⁸. Dies gelte selbst dann, wenn das ursprüngliche Angebot des Patentinhabers nach der Auffassung des Lizenzsuchers den FRAND-Kriterien nicht entspricht⁴⁴⁹. Dementsprechend wäre das Angebot des Lizenzsuchers für die erforderliche Höhe der Sicherheitsleistung irrelevant und es käme allein darauf an, welchen Betrag der Patentinhaber ursprünglich gefordert hat.

Demgegenüber vertritt die landgerichtliche Rechtsprechung, die im Nachgang an die EuGH-Rechtsprechung erging, dass die erforderliche Sicherheitshöhe von dem *Gegenangebot des Lizenzsuchers* abhängt. So formuliert das LG Düsseldorf, der Lizenzsucher müsse

„sich bereits [...] in Übereinstimmung mit seinem Lizenzvertragsgegenangebot verhalten und *entsprechend diesem Angebot* abrechnen und Sicherheit leisten“⁴⁵⁰.

Der Passus „entsprechend diesem Angebot“ macht dabei deutlich, dass die

⁴⁴⁶ Cordes/Gelhausen, MittDtschPatAnw 2015, 426 (432); Augsburger, Zwangslizenzinwand, S. 220. Im Übrigen ist nach EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 71) eine Leistungsbestimmung durch einen unabhängigen Dritten (entspricht §§ 317 bis 319 BGB im deutschen Recht) nur möglich, wenn die Parteien hinsichtlich dieses Umstands einig sind. Der Patentinhaber kann ein solches Angebot deshalb immer ablehnen, womit der Lizenzsucher seinen Zwangslizenzinwand verlieren würde.

⁴⁴⁷ Siehe zu Anforderungen, die vom EuGH aufgestellt werden wurden, unter § 4 I. 2. a) (S. 145).

⁴⁴⁸ Palzer, InTer 2015, 197 (204); Palzer, EuZW 2015, 702 (705).

⁴⁴⁹ Palzer, InTer 2015, 197 (204); Palzer, EuZW 2015, 702 (705).

⁴⁵⁰ LG Düsseldorf BeckRS 2015, 19564 (Rn. 95); Hervorhebung durch Verfasser. In diese Richtung auch LG Düsseldorf BeckRS 2016, 131580 (Rn. 246).

Berechnung der Sicherheitsleistung auf dem Gegenangebot des Lizenzsuchers beruhen müsse. In die gleiche Richtung stößt das LG Mannheim. Es führt aus:

„Maßstab der Sicherheitsleistung muss mindestens das ‚Gegenangebot‘ eines lizenzwilligen Patentverletzers sein“⁴⁵¹.

Teile der Literatur haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen⁴⁵². *Körber* lässt darüber hinaus offen, ob in Anlehnung an § 711 ZPO eine Erweiterung des Gegenangebots um einen Sicherheitszuschlag in Höhe von 10 % angezeigt sei⁴⁵³.

Schließlich scheint eine dritte Ansicht den Standpunkt zu vertreten, dass ein *eindeutiger Maßstab für die Berechnung der Sicherheitsleistung nicht existiere*. Leiste der Lizenzsucher einen Betrag zur Sicherheit, der sich anhand der Vorstellung des Patentinhabers bemesse, so laufe er jedenfalls keine Gefahr, dass ihm im Patentverletzungsprozess der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand entzogen wird⁴⁵⁴. Danach würde es gerade darauf ankommen, ob die Sicherheitsleistung bei einer nachträglichen Betrachtung den FRAND-Bedingungen gerecht wurde. Im Zeitpunkt der Sicherheitsleistung wäre es folglich nicht möglich, die notwendige Höhe der Sicherheitsleistung konkret zu bestimmen.

(b) Stellungnahme

Im Ergebnis ist die Ansicht der landgerichtlichen Rechtsprechung überzeugend, dass die Höhe der Sicherheitsleistung sich immer an dem Gegenangebot des Lizenzsuchers orientieren muss.

⁴⁵¹ LG Mannheim, BeckRS 2015, 20077 (Rn. 169). Das Gericht führt dabei nicht weiter aus, was es mit der Einschränkung „mindestens“ meint.

⁴⁵² *Körber*, WRP 2015, 1167 (1170); *Kühnen*, HB-Patentverletzungen, Kap E. Rn. 381.

⁴⁵³ *Körber*, WRP 2015, 1167 (1170). Mit einem solchen Vorschlag zu „Orange-Book-Standard“ schon *Maume/Tapia*, GRUR Int. 2010, 923 (Fn. 27). Siehe zu dazu im Rahmen von „Orange-Book-Standard“ bereits unter § 4 I. 1. c) cc) (S. 139).

⁴⁵⁴ *Stender*, WuW 2015, 1188 (1193); so auch *Kellenter/Verhauwen*, GRUR 2018, 761 (770).

(aa) Huawei/ZTE als formales Verfahren mit dem Ziel der Rechtssicherheit

Zunächst kann die Ansicht nicht überzeugen, die einen festen Maßstab für die Höhe der Sicherheitsleistung ablehnt und dem Lizenzsucher das Risiko auferlegen will, mit seiner Sicherheitsleistung hinter der erforderlichen Höhe zurückzubleiben. Zwar kann diese Ansicht sich auf den flexiblen Wortlaut des EuGH berufen, der eine „angemessene“ Sicherheit fordert und damit den Eindruck erweckt, dass die Höhe der Sicherheitsleistung weder an das Angebot des Patentinhabers noch an das Gegenangebot des Lizenzsuchers gebunden sein soll. Jedoch würde eine solche Betrachtung verkennen, dass der EuGH mit „Huawei/ZTE“ gerade ein sehr formales und starres Verfahren für die Anwendung des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes schaffen wollte⁴⁵⁵. Dies erkennt auch das LG Düsseldorf, wenn es ausführt, dass der EuGH mit der Abrechnung und der Sicherheitsleistung

„formale Voraussetzungen dafür benannt [hat], die der Lizenzsuchende erfüllen muss, um die Benutzung eines standardessentiellen Patents vor Abschluss einer Lizenzvereinbarung aufnehmen zu können“⁴⁵⁶.

Es ist vor diesem Hintergrund nicht überzeugend, dieses – von der Praxis gerade gelobte⁴⁵⁷ – rechtssicherheitsschaffende Verfahren dadurch zu entwerten, dass die Höhe der Sicherheitsleistung einer Unsicherheit unterstellt wird. Dementsprechend muss sich aus dem vorangehenden Verfahren von Angebot und Gegenangebot ein eindeutig zu bestimmender Betrag festlegen lassen, der zur Erbringung der erforderlichen Sicherheit genügt.

(bb) Gegenangebot des Lizenzsuchers als Ausgangspunkt

Bei einer Betrachtung des Wechselspiels von Angebot des Patentinhabers und anschließendem Gegenangebot des Lizenzsuchers ergibt sich ferner, dass allein das

⁴⁵⁵ In diese Richtung auch OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 1679 (Rn. 20); ausdrücklich *Holtorf/Traumann*, GRUR-Prax 2016, 83 (83).

⁴⁵⁶ LG Düsseldorf BeckRS 2015, 19564 (Rn. 95).

⁴⁵⁷ Etwa *Körber*, WRP 2015, 1167 (1170).

Gegenangebot des Lizenzsuchers den überzeugenden Anknüpfungspunkt für die Höhe der Sicherheitsleistung darstellen kann. Dies wird deutlich, wenn die verschiedenen Szenarien untersucht werden, die nach einem Angebotsaustausch zwischen den Parteien vorliegen können.

So ist es zunächst denkbar, dass das ursprüngliche Angebot des Patentinhabers bereits FRAND-Bedingungen entsprach. Dies schließt zwar nicht aus, dass das Gegenangebot des Lizenzsuchers ebenfalls FRAND-Bedingungen entspricht⁴⁵⁸, jedoch hilft dies dem Lizenzsucher nicht weiter. Er hätte das ursprüngliche Angebot des Patentinhabers annehmen müssen, hätte er das Patent nutzen wollen, denn das Angebot war „fair, reasonable und non-discriminatory“, womit ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV durch den Patentinhaber ausscheidet⁴⁵⁹. Unabhängig von der Höhe der erbrachten Sicherheitsleistung greift die Klage des Patentinhabers deshalb durch.

Daneben ist denkbar, dass das Gegenangebot des Lizenzsuchers den FRAND-Bedingungen nicht gerecht wurde. In diesem Fall ist ihm nach Auffassung des EuGH der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand ohnehin verstellt, denn er hat seine vorgelagerte Pflicht zur Erbringung eines FRAND-gerechten Gegenangebots verletzt. Der EuGH formuliert insofern:

„Nimmt der angebliche Verletzer das ihm unterbreitete Angebot nicht an, kann er sich auf den missbräuchlichen Charakter einer Unterlassungs- oder Rückrufklage nur berufen, wenn er

⁴⁵⁸ Ausdrücklich so auch England and Wales Court of Appeal, Urt. v. 23.10.2018 – [2018] EWCA Civ 2344, GRUR Int. 2019, 357 (Rn. 118 ff.) im Widerspruch zu der unterinstanzlichen Entscheidung des Patents Court, Urt. v. 5.4.2017 – [2017] EWHC 711. Mit Kritik an der Entscheidung des Patents Court außerdem *Picht*, GRUR Int. 2017, 569 (571 f.). Die Auffassung, dass sowohl das Angebot des Patentinhabers als auch des Lizenzsuchers FRAND-Bedingungen entsprechen können, stellt insoweit auch die herrschende Rechtsprechung in Deutschland dar, vgl. etwa LG Düsseldorf BeckRS 2016, 131580 (Rn. 198).

⁴⁵⁹ England and Wales Court of Appeal, Urt. v. 23.10.2018 – [2018] EWCA Civ 2344, GRUR Int. 2019, 357 (Rn. 125 ff.); so für diesen Fall auch *Kellenter/Verhauwen*, GRUR 2018, 761 (771) mit einer Übersicht über die einzelnen Szenarien nach Angebotsaustausch.

dem Inhaber des betreffenden SEP innerhalb einer kurzen Frist schriftlich *ein konkretes Gegenangebot macht, das den FRAND-Bedingungen entspricht*⁴⁶⁰.

Auf die Höhe der Sicherheitsleistung kommt es in diesem Fall nicht mehr an⁴⁶¹. Es „rettet“ den Lizenzsucher also nicht, wenn er dem Patentinhaber ein ungenügendes Gegenangebot anträgt, aber einen Betrag in Höhe des Angebots des Patentinhabers zur Sicherheit hinterlegt⁴⁶². Aus diesem Grund wäre es auch verfehlt, die Höhe der Sicherheitsleistung auf Grundlage des Gegenangebots des Lizenzsuchers unter Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlags von 10 % zu bestimmen⁴⁶³, denn der Sicherheitszuschlag würde keinen Vorteil für Lizenzsuchers bieten; der Zwangslizenzeinwand wäre ihm bei Verfehlung von FRAND-Bedingungen bereits deshalb abgeschnitten, weil sein Gegenangebot nicht FRAND-gerecht war.

Auf die Höhe der Sicherheitsleistung kommt es deshalb nur in den Fällen an, in denen das ursprüngliche Angebot des Patentinhabers FRAND-Bedingungen nicht gerecht wurde, das Gegenangebot des Lizenzsuchers hingegen schon⁴⁶⁴. In diesen Konstellationen kann der Lizenzsucher jedoch nicht verpflichtet sein, eine

⁴⁶⁰ EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 66), Hervorhebung durch *Verfasser*.

⁴⁶¹ So ähnlich auch LG Düsseldorf BeckRS 2016, 131580 (Rn. 246).

⁴⁶² So aber *Kellenter/Verhauwen*, GRUR 2018, 761 (770): „Der Patentverletzer ist auf der sicheren Seite, wenn er die Sicherheit in Höhe der von dem Kläger verlangten Lizenzgebühren leistet“.

⁴⁶³ Einen solchen Sicherheitszuschlag in Höhe von 10 % denkt *Körber*, WRP 2015, 1167 (1170) an, ohne sich jedoch festzulegen, ob ein solcher wirklich nötig ist.

⁴⁶⁴ Dafür, dass in solchen Fällen die Klage nicht per se abzuweisen ist LG Mannheim BeckRS 2016, 6527 (Rn. 55); LG Düsseldorf BeckRS 2015, 19564. Anders hingegen, wenn auch in diesen Fällen bereits das unzureichende Angebot des Patentinhabers als Verstoß gegen Art. 102 AEUV aufgefasst wird, der zu einer Abweisung der Klage führt. Diese Tendenz erblickt *Holtorf/Traumann*, GRUR-Prax 2017, 42 (42) in der obergerichtlichen Rechtsprechung. So ausdrücklich außerdem OLG Düsseldorf GRUR 2017, 1219 (Rn. 166). So jüngst auch BGH NZKart 2020, 441. Bei einer solchen Betrachtung würde die vom EuGH ausdrücklich angeordnete Sicherheitsleistung sowie die Pflicht zur Abgabe eines Gegenangebots jedoch nie zur Anwendung gelangen, was nicht im Sinne der Kammer des EuGH gewesen sein kann.

Sicherheit in Höhe des ursprünglichen Angebots des Patentinhabers zu leisten, denn dieses war gerade überhöht und verstieß damit gegen Art. 102 AEUV. Daraus kann insofern der Schluss gezogen werden, dass allein das Gegenangebot des Lizenzsuchers den Ausgangspunkt für die Höhe der Sicherheitsleistung bilden kann⁴⁶⁵.

(c) Zwischenergebnis

Im Einklang mit der vorherrschenden Rechtsprechung der Landgerichte muss demnach die Berechnung der Höhe der Sicherheitsleistung von dem Gegenangebot des Lizenzsuchers ausgehen, um den Anforderungen des EuGH in „Huawei/ZTE“ zu genügen.

(2) Abzudeckender Zeitraum

Fraglich ist jedoch, für welchen Zeitraum der Lizenzsucher eine Sicherheitsleistung erbringen muss. In der Literatur wird teilweise vertreten, die Sicherheitsleistung müsse allein die Lizenzgebühren für Benutzungshandlungen in der Vergangenheit abdecken, um den Anforderungen des EuGH gerecht zu werden⁴⁶⁶. Andere Stimmen meinen hingegen, die Sicherheitsleistung müsse auch die Lizenzgebühren für zukünftigen Benutzungshandlungen aus dem angetragenen Lizenzvertrag umfassen⁴⁶⁷.

Richtigerweise müssen sowohl die vergangenen als auch die künftigen Benutzungshandlungen von der Sicherheitsleistung umfasst sein. Nach den Äußerungen des EuGH muss

„[d]ie Berechnung dieser Sicherheit [...] *unter anderem* die Zahl der vergangenen Benutzungshandlungen in Bezug auf das SEP umfassen, für die der angebliche Verletzer eine Abrechnung

⁴⁶⁵ Zumindest solange nicht eine Umwandlung der Sicherheits- in eine Erfüllungshinterlegung in Erwägung gezogen wird.

⁴⁶⁶ So wohl *Kellenter/Verbauwen*, GRUR 2018, 761 (770, der in Fn. 124 auch OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 21067 (Rn. 21045) in diese Richtung interpretiert).

⁴⁶⁷ *Kühnen*, HB-Patentverletzungen, Kap E. Rn. 381; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 368.

vorlegen können muss⁴⁶⁸.

Das Gericht weist insofern darauf hin, dass *unter anderem* die vergangenen Benutzungshandlungen von der Sicherheitsleistung abgedeckt werden sollen. Gleichwohl kann aus dieser Formulierung geschlossen werden, dass eben nicht *nur* solche vergangenen Benutzungshandlungen Teil der Sicherheitsleistung sind, sondern diese nur einen Teil der gesamten Sicherheitsleistung ausmachen. Der übrige Teil der Sicherheitsleistung muss deshalb in den Lizenzbeträgen für künftige Nutzungshandlungen erblickt werden⁴⁶⁹.

Hinzu kommt, dass ein abweichendes Verständnis beträchtliche praktische Probleme nach sich ziehen würde. So müsste der Lizenzsucher mit jeder einzelnen Benutzungshandlung seine Sicherheitsleistung aufstocken, um den Zwangslizenz einwand nicht vollständig zu verlieren. Würde eine solche Pflicht zur Aufstockung hingegen abgelehnt, wäre der Sicherungszweck für den Patentinhaber hinfällig, denn er wäre nur für die Benutzungshandlungen vor der Sicherheitsleistung abgesichert. Da ein Patentverletzungsprozess sehr langwierig sein kann, würde dies den Sicherungszweck der Sicherheitsleistung weitestgehend entwerten.

Die Sicherheitsleistung muss demnach auf Grundlage des Gegenangebots des Lizenzsuchers sowohl die vergangenen als auch die (voraussichtlichen) künftigen Benutzungshandlungen umfassen.

(3) Angebotsausgestaltung als Unwägbarkeit

Wenn die Sicherheitsleistung damit die vergangenen und künftigen Benutzungshandlungen umfassen muss, ergibt sich allerdings ein Problem bezüglich der präzisen Berechnung der Sicherheitshöhe. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Lizenzverträge gerade im Hinblick auf die Art der Lizenzgebühr unterschiedlich ausgestaltet sein können.

⁴⁶⁸ EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 67), Hervorhebung durch *Verfasser*.

⁴⁶⁹ Es ist fraglich, welchen Zeitraum in der Zukunft diese Berechnung berücksichtigen muss. Siehe dazu unter § 4 I. 2. c) cc) (3) (a) (S. 158).

(a) Typen von Lizenzangebot

Denkbar ist beispielsweise, dass das Gegenangebot des Lizenzsuchers auf eine sog. Pauschallizenz gerichtet ist. Der Lizenznehmer bezahlt in diesem Fall eine feste Summe, die einer vorweggenommenen, vollumfänglichen Pauschalgebühr für die gesamte Vertragsdauer entspricht⁴⁷⁰. Andere prominente Lizenzvarianten sind die sog. Stücklizenz und Lizenzen mit einer Umsatzlizenzgebühr. Im Rahmen einer Stücklizenz zahlt der Lizenznehmer für jedes erzeugte, bzw. veräußerte Lizenzprodukt einen Festpreis⁴⁷¹. Bei einer Umsatzlizenzgebühr erhält der Lizenznehmer einen (meist prozentual) bezifferten Anteil des vom Lizenznehmer erzielten Umsatzes⁴⁷². Je nachdem, auf welches Vergütungsmodell das Gegenangebot des Lizenzsuchers abzielt, ergeben sich Unterschiede für die vertragsgemäße Lizenzgebühr über den Zeitraum der Vertragslaufzeit und damit auch hinsichtlich der notwendigen Sicherheitshöhe.

(aa) Pauschallizenz

Am wenigsten Probleme bereitet in diesem Kontext eine Pauschallizenz. Unterbreitet der Patentinhaber dem Lizenzsucher ein Angebot für eine Pauschallizenz und hält der Patentnutzer dieses nicht für FRAND-konform, so liegt es nahe, dass auch sein Gegenangebot konzeptionell als Pauschallizenz ausgestaltet ist. Bei einer Pauschallizenz kann die Lizenzgebühr für die gesamte Vertragslaufzeit und damit auch die Sicherheitshöhe leicht ermittelt werden: Sie umfasst genau den pauschalisierten Betrag, den der Lizenzsucher in seinem Gegenangebot angibt. Sämtliche Nutzungshandlungen sind durch diesen pauschalisierten Betrag abgegolten. Insofern muss beachtet werden, dass ein entsprechendes Lizenzangebot auf eine rückwirkende Lizenzvereinbarung gerichtet sein muss, das bereits den Zeitraum

⁴⁷⁰ So etwa in dem zugrundeliegenden Fall bei BGH GRUR 1956, 413 (414).

⁴⁷¹ Zu diesem Lizenztyp ausführlich *Osterrieth/Weinert*, in: Pfaff/Osterrieth, B. I. Rn. 114 ff. Gleichwohl meinen *Kurtz/Straub*, GRUR 2018, 136 (138 f.), dass Stücklizenzen in preislich stark segmentierten Märkten – wie etwa bei Mobiltelefonen – niemals FRAND-Bedingungen erfüllen können. LG Düsseldorf BeckRS 2016, 131580 (Rn. 196) arbeitet hingegen in einem Rechenbeispiel ausdrücklich mit einer Stücklizenz, um die FRAND-Bedingungen zu erläutern.

⁴⁷² Ausführlich dazu *Osterrieth/Weinert*, in: Pfaff/Osterrieth, B. I. Rn. 109 ff.

ab der erstmaligen Nutzung einschließt⁴⁷³. In einem solchen Fall entspricht genau die pauschale Lizenzgebühr der Höhe der erforderlichen Sicherheitsleistung, denn diese entspricht dem „Wert des zu sichernden Rechts“.

(bb) Variable Lizenzgebühr

Anders – und ungleich problematischer – verhält es sich bei den häufigeren Stücklizenzen und Lizenzvereinbarungen mit Umsatzlizenzgebühren. In einem solchen Fall muss der Lizenzsucher zunächst berechnen, welchen Betrag er auf Grundlage seines Vertragsangebots für die bereits erfolgten Nutzungen an den Patentinhaber hätte zahlen müssen. Dies bildet den ersten Teil seiner Sicherheitsleistung, der hinsichtlich des Berechnungsumfangs überschaubar ist und verlässlich durchgeführt werden kann.

Jedoch muss er außerdem eine Prognose über seine künftigen Absatzzahlen, bzw. seine in Zukunft zu erzielenden Umsätze erstellen. Dass diese Schätzung selten frei von Fehlern sein wird, ist evident: Sollte der Lizenzsucher mit einem Absatz von 1.000 Einheiten rechnen und verkauft er – entgegen seiner Planung – nur 500 Einheiten, so wäre dies kein Problem für seine Sicherheitsleistung, denn der in Zukunft entstehende Anspruch des Patentinhabers wäre weiterhin vollumfänglich gedeckt und damit restlos „gesichert“. Die Sicherheitsleistung wäre der Höhe nach ausreichend gewesen.

Sollte er hingegen mit 1.000 verkauften Exemplaren planen sowie entsprechende Sicherheit leisten und stellt sich im Nachgang heraus, dass er 1.200 Exemplare abgesetzt hat, so wäre die Sicherheitsleistung hinter der erforderlichen Höhe zurückgeblieben.

(b) Nachschusspflicht für den Lizenzsucher

Es stellt sich damit die Frage, wie sich dieses Prognoserisiko auf die erforderliche Höhe der Sicherheitsleistung auswirkt. Eine Sicherheitsleistung erfüllt in der Regel den Zweck, den Sicherheitsnehmer vor einer Verschlechterung seiner Rechtslage zu schützen⁴⁷⁴. Dabei muss das Risiko des Sicherheitsnehmers *im*

⁴⁷³ Eine solche Regelung ist auch abgesehen von den Fällen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinzwanges nicht unüblich, vgl. *Winzer, Lizenzvertrag*, S. 63.

⁴⁷⁴ Siehe oben unter § 2 II. 1. (S. 11).

Moment der Sicherheitsleistung entscheidend sein. Gem. § 240 BGB ist ein Sicherungsgeber jedoch verpflichtet, seine Sicherheitsleistung zu ergänzen oder anderweitige Sicherheit zu leisten, soweit die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Sicherungsnehmers nachträglich unzureichend wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich der zu sichernde Betrag erhöht⁴⁷⁵. Diese klare Wertung des § 240 BGB sollte auch im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes beachtet werden, denn andernfalls wird das Risiko einer unrichtigen Prognose vom Lizenzsucher auf den Patentinhaber verlagert. Das bedeutet, dass der Lizenzsucher seine Sicherheitsleistung erhöhen muss, sobald er absehen kann, dass seine ursprüngliche Sicherheit nicht genügt, um die aus dem Lizenzangebot erwachsende Lizenzgebühr zu bedienen. Kommt er seiner Nachschusspflicht entsprechend § 240 BGB daher nicht nach, verliert er seinen kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand.

Gleichwohl kann dieses Ergebnis nicht uneingeschränkt überzeugen. Es sind Situationen denkbar, in denen der Lizenzsucher nach objektiven Kriterien eine fehlerfreie Prognose abgegeben hat und auf dieser Grundlage eine zunächst angemessene Sicherheit geleistet hat. Steigert sich indessen im Anschluss der Absatz des Lizenzsuchers unerwartet, so wäre dem Lizenzsucher der Zwangslizenzinwand solange verschlossen, wie die Sicherheit nicht entsprechend angepasst wurde. Dies wäre bereits dann der Fall, wenn er sich bei der Prognose hinsichtlich der Absatzzahlen nur um ein verkauftes Exemplar verschätzt und seiner Ergänzungspflicht aus § 240 BGB noch nicht nachgekommen ist. Wird dabei beachtet, dass die Erhöhung der Sicherheitsleistung nicht augenblicklich erfolgen kann, weil etwa die Kooperation der Hinterlegungsstelle im Hinterlegungsverfahren ist oder die Verhandlung mit einer Bank als Garantiegeber erforderlich werden, so würde der Lizenzsucher während dieser Schwebephase ohne eigenes Verschulden das SEP rechtswidrig nutzen. Dies wiederum überzeugt vor dem Hintergrund nicht, dass der EuGH in „Huawei/ZTE“ gerade ein formelles und klares Verfahren schaffen wollte, um derartige Unsicherheiten und Schwebezustände

⁴⁷⁵ *Reppen*, in: Staudinger-BGB, § 240 Rn. 1; dies wird für die Mietkaution bestritten, vgl. etwa *Sternel*, MDR 1983, 265 (268).

weitestgehend zu verhindern⁴⁷⁶.

(c) § 234 Abs. 3 BGB als Ausgleich für Prognoserisiko

An dieser Stelle kann jedoch die rechtliche Wertung des § 234 Abs. 3 BGB herangezogen werden, um den Lizenzsucher in der Ausgangslage zu etwas mehr zu verpflichten, ihn dafür aber hinsichtlich seiner Nachschusspflicht zu entlasten und so die Rechtssicherheit zu steigern. § 234 Abs. 3 BGB beschäftigt sich mit der Sicherheitsleistung durch Wertpapiere. Wertpapiere zeichnen sich dadurch aus, dass sie Wertschwankungen unterliegen, obwohl durch ihre Hinterlegung gem. § 232 Abs. 1 Var. 2 BGB Sicherheit geleistet werden kann. Der Gesetzgeber reagierte auf diese Wertschwankungen, indem er in § 234 Abs. 3 BGB den Sicherheitswert von Wertpapieren auf drei Viertel ihres Kurswertes begrenzte.

Die Wertung dieser Vorschrift kann derweil auf die vorliegende Konstellation übertragen werden: Bei § 234 Abs. 3 BGB resultiert die Verpflichtung zu einer erhöhten Sicherheitsleistung auf den Wertschwankungen von Wertpapieren. In gleicher Weise besteht für den Lizenzsucher beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand das Problem, dass seine Schätzung über die Absatzzahlen eine bloße Prognose bildet, die – genau wie der Wert von Wertpapieren – einer Schwankung unterliegen kann. Es liegt daher nahe, die Wertung des § 234 Abs. 3 BGB im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands analog heranzuziehen, wenn das Gegenangebot des Lizenzsuchers – wie regelmäßig – bezüglich der Lizenzgebühr von künftigen Geschäftsentwicklungen (etwa den Absatzzahlen) abhängig ist. Der Lizenzsucher kommt dadurch plötzlichen Änderungen seiner Absatzzahlen zuvor, indem er bereits einen höheren Betrag zur Sicherheit leisten muss. Im Gegenzug profitiert er davon, dass er sich weiterhin auf den Zwangslizenzeinwand berufen kann, wenn seine Absatzprognose unzutreffend war.

Gleichwohl muss der Lizenzsucher weiterhin seiner Nachschusspflicht aus § 240 BGB nachkommen⁴⁷⁷. Insoweit ist es aber zutreffend, dass die

⁴⁷⁶ Dazu schon unter § 4 I. 2. c) cc) (1) (b) (aa) (S. 153).

⁴⁷⁷ In Fällen des § 234 Abs. 3 BGB ist die Nachschusspflicht nicht grundsätzlich ausgeschlossen, siehe nur *Reppen*, in: Staudinger-BGB, § 234 Rn. 4.

Ergänzungspflicht aus § 240 BGB in Fällen des § 234 Abs. 3 BGB erst dann wieder auflebt, wenn der Sicherheitszuschlag des § 234 Abs. 3 BGB *vollständig* aufgebraucht wurde⁴⁷⁸. Dies folgt zumindest daraus, dass § 234 Abs. 3 BGB zumindest auch den Zweck verfolgt, einem fortwährenden Anpassungsbedürfnis bezüglich der Sicherheitsleistung vorzubeugen, weshalb eine abweichende Betrachtung dem Zweck der Vorschrift zuwiderliefe⁴⁷⁹.

Sollten sich die erwarteten Verkäufe daher so positiv entwickeln, dass die ursprünglich geplante Lizenzgebühr um vier Drittel überschritten wird, muss der Lizenzsucher erst dann auf Basis seiner neuen Absatzprognose – erneut unter Beachtung des § 234 Abs. 3 BGB – seine Sicherheitsleistung erweitern.

Gleichzeitig sollte jedoch dem Lizenzsucher im Streitfall die Beweislast für die Richtigkeit seiner Absatzprognose und eine entsprechende Sicherheitshöhe auferlegt werden, denn schließlich ist er es, der sich im Prozess auf eine hinreichende Sicherheitsleistung als Anspruchsvoraussetzung für seinen kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand berufen will⁴⁸⁰. Es ist aus diesem Grund ratsam für den Lizenzsucher, seine Berechnungsgrundlage für die Höhe der Sicherheitsleistung zu dokumentieren, um gegebenenfalls nachweisen zu können, dass seine Absatzprognose nachvollziehbar und angemessen war.

(d) Verdeutlichung an Beispiel

Die Höhe der erforderlichen Sicherheitsleistung soll zur Illustration anhand eines Beispiels verdeutlicht werden, in dem das Gegenangebot des Lizenzsuchers eine Stücklizenzgebühr zum Gegenstand hat⁴⁸¹.

Rechnet der Lizenzsucher mit einem Absatz von 10.000 Produkten, so würde eine Sicherheitsleistung in Höhe der 10.000-fachen Stückgebühr nach dem Lizenzvertrag in analoger Anwendung des § 234 Abs. 3 BGB nur für eine

⁴⁷⁸ So auch *Bach*, in: BeckOGK-BGB, § 240 Rn. 4.

⁴⁷⁹ *Bach*, in: BeckOGK-BGB, § 240 Rn. 4.

⁴⁸⁰ Dies folgt schon aus der strikten Anwendung des Grundsatzes, dass jene Partei die Beweislast für Tatsachen trägt, die zu einem für sie günstigen Tatbestand gehören, vgl. dazu ausführlich *Laumen*, in: HB-Beweislast, Kap. 9 Rn. 1 ff.

⁴⁸¹ Eine Stücklizenzgebühr lag auch dem Gegenangebot in LG Düsseldorf BeckRS 2016, 131580 zugrunde.

Stückzahl von 7.500 Produkten Sicherheit gewähren. Er müsste bei der Berechnung seiner Sicherheitsleistung folglich davon ausgehen, dass er 13.334 Produkte absetzen wird. Da seine Nachschusspflicht aus § 240 BGB jedoch nicht ausgeschlossen wird, muss er seine Sicherheitsleistung spätestens anpassen, wenn sich seine Prognose ändert und er nunmehr von mehr als 13.334 abgesetzten Produkten ausgeht. Ergibt sich also etwa nach Abschluss eines bis dahin unerwarteten Absatzvertrags ein neues Absatzvolumen von 15.000 Produkten, muss der Lizenzsucher auf Grundlage dieser 15.000 Produkte unter Anwendung von § 234 Abs. 3 BGB die nunmehr erhöhte Sicherheitsleistung erbringen. Diese würde sich in diesem Fall auf die 20.000-fache Stückgebühr belaufen. Solange der Lizenzsucher dieser Ergänzungspflicht nachkommt, hat er ausreichende Sicherheit geleistet.

(e) Zwischenergebnis

Ist das Gegenangebot des Lizenzsuchers damit als Pauschallizenz ausgestaltet, genügt der in der Pauschallizenz angegebene Betrag als Maßstab für die Höhe der Sicherheitsleistung. Ist die spätere Lizenzgebühr hingegen von dem Produktabsatz des Lizenzsuchers in der Zukunft abhängig, muss er bei seiner Schätzung aus Gründen der Rechtssicherheit die Wertung des § 234 Abs. 3 BGB beachten. Darüber hinaus muss er seine Sicherheit im Einklang mit § 240 BGB aktuell halten, soweit abzusehen ist, dass der Sicherheitszuschlag des § 234 Abs. 3 BGB überschritten wird.

(4) Zusammenfassung

Hinsichtlich der Höhe der Sicherheitsleistung ergibt sich somit zusammenfassend, dass diese sich im Ausgangspunkt anhand des Gegenangebots des Lizenzsuchers berechnet und sowohl vergangene als auch künftige Benutzungshandlungen umfassen muss. Zielt das Gegenangebot auf eine Pauschallizenz ab, muss die Sicherheit genau der Höhe der pauschalisierten Lizenzgebühr für den gesamten Vertragszeitraum entsprechen. Handelt es sich hingegen – wie üblich – um ein Lizenzangebot, das sich an den künftigen Absatzzahlen orientiert, muss eine Prognose über diese Absatzzahlen aufgestellt und bei der Bestimmung der entsprechenden Lizenzgebühr der Rechtsgedanke des § 234 Abs. 3 BGB beachtet werden. Gleichzeitig muss der Lizenzsucher sein Angebot im Sinne des

§ 240 BGB aktuell halten, falls aktuellere Lizenzprognosen dies nahelegen. Ein genereller Sicherheitsaufschlag ist für die Sicherheitsleistung daneben nicht angezeigt.

dd) Praktische Hinweise

Für den Lizenzsucher ergeben sich neben der Höhe des notwendigen Hinterlegungsbetrags noch weitere praktische Aspekte, die er beachten sollte, wenn er sich der Sicherheitshinterlegung zur Nutzung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes nach den Grundsätzen von „Huawei/ZTE“ bedienen will.

Zunächst sollte er in seinem Hinterlegungsantrag deutlich machen, dass es sich um eine Hinterlegung zur Sicherheitsleistung handelt. Gleichwohl kann er nicht zwangsläufig die Vordrucke für Sicherheitshinterlegungen der Hinterlegungsstelle nutzen, denn diese sind häufig auf Fälle beschränkt, in denen die Sicherheitsleistung zur Durchführung, Abwendung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung erfolgt⁴⁸². Vielmehr dürfte es angezeigt sein, auf die Nutzung der Vordrucke vollständig zu verzichten, den – im Vergleich zu gewöhnlichen Hinterlegungen – umfangreichen Sachverhalt für die Hinterlegungsstelle verständlich aufzubereiten und dabei das Urteil des EuGH in Bezug zu nehmen⁴⁸³. Andernfalls besteht das Risiko, dass die Hinterlegungsstelle das Recht zur Erbringung der Sicherheitshinterlegung im Rahmen ihrer summarischen Prüfung verkennt und die Hinterlegung als unzulässig zurückweist⁴⁸⁴.

Die Angabe einer Gegenleistung i.S.d. § 373 BGB ist im Hinterlegungsantrag

⁴⁸² Siehe etwa den Vordruck des Amtsgericht Tiergarten unter § 6 II. (S. 220), der als „Hinterlegungsantrag Sicherheitsleistungen“ überschrieben ist, aber nur eine Auswahl aus diesen beschränkten Fällen anbietet.

⁴⁸³ Es sind keine Vorschriften ersichtlich, die eine zwingende Nutzung der zur Verfügung gestellten Vordrucke vorschreibt und die überwiegende Anzahl der Hinterlegungsstellen bieten schon keine Vordrucke an. Es dürfte damit der allgemeine Grundsatz gelten, dass die Vordrucke genutzt werden können, nicht aber genutzt werden müssen. Siehe dazu *Kallerhoff/Fellenberg*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 24 VwVfG Rn. 85 m.w.N.

⁴⁸⁴ Zur Notwendigkeit des Bestehens eines Rechts oder einer Pflicht für die Zulässigkeit einer Sicherheitshinterlegung siehe generell unter § 2 II. 2. (S. 13) und konkret im Fall „Huawei/ZTE“ unter § 4 I. 2. c) bb) (S. 149).

hingegen unzulässig, weil die Vorschrift nur bei der Erfüllungshinterlegung Anwendung findet⁴⁸⁵. Dies würde bei der Hinterlegungsstelle überdies nur den unzutreffenden Anschein erwecken, dass es sich um eine Erfüllungshinterlegung handelt und dadurch für Verwirrung sorgen. Für den Lizenzsucher ist der Verzicht auf die Nennung einer Gegenleistung außerdem vorteilhaft, weil der Patentinhaber nicht bereits durch einen bloßen Nachweis über die erbrachte Gegenleistung den Zugriff auf die Hinterlegungsmasse erhält⁴⁸⁶. Demgegenüber ist ganz regelmäßig die Freigabeerklärung durch den Lizenzsucher erforderlich, bevor der zur Sicherheit hinterlegte Betrag an den Patentinhaber ausgekehrt wird⁴⁸⁷. Dem Patentinhaber steht insofern nach Eintritt des Sicherheitsfalls ein Anspruch auf Freigabe gegenüber dem Lizenzsucher zu.

ee) Zusammenfassung

Der EuGH hat in seiner Entscheidung „Huawei/ZTE“ den Lizenzsucher dazu verpflichtet, nach der Ablehnung seines Gegenangebots eine Sicherheitsleistung zu erbringen, wenn er sich auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand berufen will. Soweit der Lizenzsucher sich zu einer Hinterlegung entschließt, um dieser Sicherheitsleistung nachzukommen, handelt es sich dabei um eine Sicherheitshinterlegung nach § 232 Abs. 1 Var. 1 BGB. Eine solche ist zulässig, weil das Recht zur Sicherheitshinterlegung aus der kartellrechtlichen Zwangslizenz und damit aus Art. 102 AEUV folgt. Der Höhe nach bestimmt sich die notwendige Hinterlegungssumme anhand des Gegenangebots des Lizenzsuchers und muss sowohl vergangene als auch künftige Benutzungshandlungen einschließen. Hängt das Gegenangebot des Lizenzsuchers von künftigen geschäftlichen Entwicklungen ab, findet der Rechtsgedanke des § 234 Abs. 3 BGB Anwendung und

⁴⁸⁵ Statt aller *Ulrizi*, in: BeckOGK-BGB, § 373 Rn. 7. Dazu außerdem die Ausführungen zur Ausgestaltung des Hinterlegungsantrags bei der Sicherheitshinterlegung unter § 2 III. 2. c) bb) (1) (S. 33).

⁴⁸⁶ Zu den Anforderungen an den Nachweis der Empfangsberechtigung bei Hinterlegungen, die von § 373 BGB Gebrauch machen und den diesbezüglichen Unterschieden zwischen den Landesgesetzen siehe unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

⁴⁸⁷ In seiner Freigabeerklärung kann der Lizenzsucher außerdem nur einen Teil der hinterlegten Summe freigeben. Für einen Vordruck einer solchen Freigabeerklärung des Amtsgerichts Tiergarten siehe unter § 6 III. (S. 220).

der Lizenzsucher muss seine Sicherheitsleistung entsprechend § 240 BGB aktuell halten.

3. „Orange-Book-Standard“ vs. „Huawei/ZTE“

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass sowohl die vom BGH angeordnete Erfüllungshinterlegung als auch die vom EuGH angeordnete Sicherheitshinterlegung (oder sonstige Sicherheitsleistung) in Fällen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes zulässige Optionen für den Lizenzsucher darstellen. Der Lizenzsucher *darf* sich grundsätzlich einer der beiden Möglichkeiten bedienen⁴⁸⁸. Ausgehend davon stellt sich jedoch die Frage, wie die Entscheidungen „Orange-Book-Standard“ und „Huawei/ZTE“ sich hinsichtlich der Hinterlegung zueinander verhalten.

a) Erfüllungshinterlegung vs. Sicherheitsleistung

Zu Beginn steht als eine der zentralen Erkenntnisse dieser Arbeit, dass sich die hinterlegungsrechtlichen Anforderungen von BGH und EuGH bereits im grundlegenden Bereich unterscheiden. Der BGH steht auf dem Standpunkt, dass der Lizenzsucher bereits seine künftigen Verpflichtungen erfüllen muss, bevor er das Patent nutzen darf. Er muss „seinen sich aus der Abrechnung ergebenden Zahlungspflichten nachkommen“⁴⁸⁹. Der EuGH hingegen verlangt von dem Lizenzsucher aus rechtsdogmatischer und praktischer Perspektive etwas völlig anderes, indem er von ihm eine Sicherheitsleistung für die Verpflichtungen aus dem angestrebten Lizenzvertrag verlangt. *Der BGH verlangt damit eine*

⁴⁸⁸ Dies gilt unabhängig davon, dass sich für den Lizenzsucher momentan in konkreten Fällen die Frage stellt, welche der beiden Erfordernisse er erfüllen muss, um sich auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand berufen zu können. Es muss diesbezüglich abgewartet werden, wie der BGH auf die Rechtsprechung des EuGH reagiert und ob er seinem Pflichtenkatalog nebst Erfüllungshinterlegung für den Lizenzsucher in Situationen ohne SEP festhält. Diese im Kern kartellrechtliche Frage soll jedoch an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden, denn der Fokus soll konkret auf die Hinterlegung gerichtet werden. Eingehend mit den möglichen Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die Grundsätze aus „Orange-Book-Standard“ setzt sich *Augsburger*, Zwangslizenzeinwand, S. 225 ff. auseinander.

⁴⁸⁹ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36).

*Erfüllung und der EuGH eine Sicherheitsleistung*⁴⁹⁰.

Diese strikte Trennung der Ansätze von BGH und EuGH wurden in der Rechtsprechung und der Literatur bisher nicht hinreichend herausgearbeitet, was zu einigen Missverständnissen bei Äußerungen im Zusammenhang mit der Entscheidung „Huawei/ZTE“ und der daran anschließenden Diskussion geführt hat. Dies beginnt bei den Vorlagefragen des LG Düsseldorf im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens, das die Entscheidung „Huawei/ZTE“ letztlich angestoßen hat. So fragte das Gericht:

„Kann eine Pflicht zur Zahlung der Lizenzgebühren gegebenenfalls auch mittels Leistung einer Sicherheit erfüllt werden?“⁴⁹¹.

Das LG Düsseldorf scheint demnach eine Erfüllung einer Schuld durch eine Sicherheitsleistung für möglich zu halten. Dies steht indessen in deutlichem Widerspruch dazu, dass sich die Sicherheitsleistung in den Wirkungen aus § 233 BGB erschöpft, soweit sie vertraglich nicht zur Hauptpflicht erhoben wurde⁴⁹². Eine vergleichbare Regelung zu § 378 BGB – wenn etwa unter Verzicht auf ein etwaiges Recht zur Rückforderung eine Sicherheit geleistet wird – existiert nicht⁴⁹³. Das LG Düsseldorf vermischt insofern Elemente der Sicherheitsleistung und der Erfüllung.

In gleicher Weise geht auch die gelegentlich in der Literatur angetroffene Aussage fehl, dass der BGH anders als der EuGH „praxisfern nur eine Hinterlegung und keine anderen Sicherheiten zugelassen“ habe und nun durch die EuGH-Entscheidung „hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung Flexibilität“ gewonnen sei⁴⁹⁴. Durch eine solche Formulierung wird unzutreffend der Eindruck vermittelt, dass der BGH vom Lizenzsucher mit „Orange-Book-Standard“

⁴⁹⁰ Mit Hinweis darauf, dass die Ausführungen des BGH die Möglichkeit einer Sicherheitsleistung gerade verschließt *Reimann/Hahn*, in: FS-Meibom, S. 373 (393); ähnlich auch *Ulrici*, in: BeckOGK-BGB, § 372 Rn. 7.2.

⁴⁹¹ LG Düsseldorf BeckRS 2013, 5894 (4. Vorlagefrage a.E.).

⁴⁹² Zu dem Ablauf einer solchen Sicherheitshinterlegung und den resultierenden Rechtsfolgen siehe unter § 2 III. 2. c) bb) (S. 32).

⁴⁹³ Siehe dazu schon unter § 4 I. 1. c) (S. 126).

⁴⁹⁴ So etwa *Körber*, WRP 2015, 1167 (1169).

die Sicherheitshinterlegung aus § 232 Abs. 1 Var. 1 BGB als einzig zulässige Form der Sicherheitsleistung verlangen würde, obwohl er eine Sicherheitsleistung tatsächlich nicht erfordert hat.

In gleicher Weise ist es missverständlich, wenn die vom EuGH vorgeschlagene „Hinterlegung nach § 372 BGB“ (sic) als „insolvenzfeste Sicherheit“ bezeichnet wird⁴⁹⁵, wenn festgestellt wird, dass der BGH nun „nicht mehr ausschließlich die Hinterlegung als zulässige Form der Sicherheitsleistung“ ansehen dürfe⁴⁹⁶ oder wenn behauptet wird, der EuGH hätte mit seiner Rechtsprechung keine maßgeblichen Änderungen bezüglich des „Hinterlegungserfordernisses“ getroffen⁴⁹⁷. Letzteres trifft schon nicht zu, weil „Huawei/ZTE“ den Lizenzsucher *erstmalig* zur Sicherheitsleistung verpflichtet.

Der Grund für diese missverständlichen Interpretationen des Hinterlegungserfordernisses muss jedoch wohl nicht in der Literatur oder dem LG Düsseldorf, sondern eher beim BGH gesucht werden. Dieser beschwor die Fehldeutungen von „Orange-Book-Standard“ selbst herauf, indem er der von ihm angeordneten Erfüllungshinterlegung den Zweck einer Sicherheitsleistung zusprach. Er formulierte insofern, dass die Hinterlegung dazu diene, den „Anspruch auf Rückzahlung gezahlter Lizenzgebühren für den Fall zu sichern, dass die Klage mangels Verletzung abgewiesen wird“. Dieses Sicherungselement ist in der Erfüllungshinterlegung jedoch nicht enthalten⁴⁹⁸.

Gleichwohl ist die Trennung der beiden Ansätze entscheidend, denn die Beantwortung fast aller praktischen Folgefragen – wie etwa die Höhe der zu erbringenden Leistung oder eine etwaige Rückabwicklung – baut auf dieser Unterscheidung auf⁴⁹⁹. Entgegen der unzutreffenden oder missverständlichen Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung muss deshalb ausdrücklich festgehalten werden, dass sich die Entscheidungen von BGH und EuGH sich im

⁴⁹⁵ So *Lubitz*, NZKart 2017, 618 (622).

⁴⁹⁶ Siehe so aber *Augsburger*, Zwangslizenz einwand, S. 228.

⁴⁹⁷ Etwa *Stender*, WuW 2015, 1188 (1194).

⁴⁹⁸ Siehe dazu noch eingehender unter § 4 I. 3. b) cc) (4) (S. 176).

⁴⁹⁹ Zu diesen zentralen Unterschieden zwischen den jeweiligen Hinterlegungstypen siehe unter § 2 III. 2. (S. 16).

Hinblick auf die Hinterlegung gerade *nicht* ergänzen. Im Gegenteil: Sie widersprechen sich.

b) Welche Variante ist vorzugswürdig?

Dieser Umstand wirft die Frage auf, ob einer der beiden Ansätze gegenüber dem anderen vorzugswürdig ist. Um diese Frage zu beantworten, wird im Folgenden erläutert, welche Unterschiede sich für den Lizenzsucher und den Patentinhaber nach den Ansätzen von BGH und EuGH im Bezug auf die Hinterlegung bzw. die Sicherheitsleistung konkret ergeben. Davon ausgehend wird dargestellt, welche der beiden Lösungen die Interessen der beiden Parteien im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes überzeugender abbildet und deshalb vorzugswürdig ist.

Dabei soll gerade keine Betrachtung aus kartellrechtlicher Perspektive stattfinden. Die Diskussion, in der kartellrechtliche Argumente zu den Vor- und Nachteilen und dem Verhältnis der Lösungsansätze ausgetauscht werden, ist bereits sehr umfangreich⁵⁰⁰. Vielmehr soll durch die isolierte Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile von Erfüllungshinterlegung und Sicherheitsleistung ein eher unüblicher Blickwinkel eingenommen werden. Die Hoffnung liegt darin, dass die Betrachtung der beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand oft vernachlässigten Aspekte von Erfüllungshinterlegung und Sicherheitsleistung auch die kartellrechtliche Diskussion mit einem erfrischenden Impuls bereichern kann.

aa) Unterschiede für den Lizenzsucher

Für den Lizenzsucher liegt der maßgebliche Unterschied zwischen den Lösungsansätzen darin, dass er nach der Vorgehensweise des BGH seinen Einfluss über die Lizenzgebühren in größerem Umfang verliert. Er soll seine Leistungspflicht bereits vollständig erfüllen und Erfüllung bedeutet, dass der Gläubiger die

⁵⁰⁰ Siehe zu dieser Diskussion etwa *Block/Rätz*, GRUR 2019, 797 (800 ff.); *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 359 ff.; *Kellenter/Verhauwen*, GRUR 2018, 761 (762 ff.); *Augsburger*, Zwangslizenz einwand, S. 225 ff.; *Batistia/Mazutti*, IIC 2016, 244 (247 ff.); *Raible*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 30 Rn. 19 ff.; *Hauck/Kamlab*, GRUR Int. 2016, 420 (422 ff.); *Buntscheck*, NZKart 2015, 521 (522 ff.); *Körber*, WRP 2015, 1167 (1711); *Palzer*, InTer 2015, 197 (202 ff.); *Cordes/Gelhausen*, MittDtschPatAnw 2015, 426 (426 ff.).

Leistung „endgültig“ erlangt. Der BGH verlangt insofern, dass der Lizenzsucher bei seiner Hinterlegung auf das Recht zur Rücknahme verzichtet, §§ 376 Abs. 2 Nr. 1, 378 BGB. Ob die Lizenzgebühr im Anschluss an die Hinterlegung an den Patentinhaber ausgekehrt wird, hängt damit allein davon ab, ob der Patentinhaber der Hinterlegungsstelle nachweisen kann, dass er einen Lizenzvertrag mit dem Hinterlegenden geschlossen hat⁵⁰¹. Der Patentinhaber gelangt also insbesondere an den hinterlegten Betrag, bevor eine abschließende Entscheidung über die Billigkeit einer von ihm bestimmten Lizenzgebühr getroffen wurde⁵⁰². Dem Einfluss des Lizenzsuchers ist die Sache mit der Hinterlegung daher weitestgehend entzogen. Stellt sich nachträglich heraus, dass der hinterlegte Betrag die „billige Lizenzgebühr“ überschritten hat und hat der Patentinhaber den hinterlegten Betrag noch nicht erhalten, steht dem Lizenzsucher ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB gegen den Patentinhaber auf Übertragung seiner Sperrposition zu⁵⁰³. Diesen muss er notfalls auf dem Klageweg durchsetzen. Unterschreitet die Hinterlegungssumme die später festgelegte Summe, greift § 266 BGB⁵⁰⁴. Da allein die Schuld den Maßstab für die Wirksamkeit der Erfüllungshandlung bildet, läuft der Lizenzsucher damit Gefahr, dass er sich nicht auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand berufen kann, wenn er bei der Kalkulation seines Angebots die „angemessene Lizenzgebühr“ verfehlt⁵⁰⁵.

Basierend auf dem Ansatz der EuGH verbleibt der Lizenzsucher hingegen in einer stärkeren Position: Der Patentinhaber kann nicht ohne Weiteres auf die Sicherheitsleistung zugreifen – auch nicht, wenn er den Abschluss eines Lizenzvertrags beweisen kann. Erst wenn der Sicherungsfall eintritt – er also die

⁵⁰¹ Denn nur an diesen Umstand darf der Lizenzsucher seine Hinterlegung nach § 373 BGB als „Gegenleistung“ knüpfen, vgl. dazu unter § 4 I. 1. c) dd) (S. 141). Hinsichtlich der landesrechtlichen Unterschiede bei dem Nachweiserfordernis gegenüber der Hinterlegungsstelle siehe unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

⁵⁰² Vor diesem Hintergrund stellt *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804) die These auf, dass der Lizenzsucher dann auch gleich unter dem Vorbehalt der Rückforderung für den Fall der unbilligen Leistungsbestimmung an den Patentinhaber zahlen könne, da dies als "einfacherer und kostengünstigerer" Weg anmute.

⁵⁰³ Konkret dazu siehe unter § 3 I. 2. d) (S. 90).

⁵⁰⁴ Siehe dazu unter § 3 I. 2. d) (2) (S. 92).

⁵⁰⁵ Zu diesem Aspekt siehe bereits unter § 4 I. 1. c) cc) (S. 139).

Lizenzgebühr von dem Lizenzsucher nicht erhält – ist die erste Voraussetzung dafür gegeben, dass der Betrag an ihn ausgekehrt werden kann. Zusätzlich benötigt der Patentinhaber von dem Lizenzsucher jedoch eine Freigabeerklärung, die er der Hinterlegungsstelle zum Nachweis seiner Empfangsberechtigung vorlegen muss. Auch in Ländern, die geringere Anforderungen an den Nachweis der Empfangsberechtigung stellen⁵⁰⁶, wird eine solche Freigabeerklärung regelmäßig erforderlich sein, denn – anders als ein Vertragsschluss als Gegenleistung i.S.d. § 373 BGB – kann der Eintritt des Sicherungsfalls wohl nicht ohne Weiteres im Wege des Urkundenbeweises nachgewiesen werden.

Gleichzeitig gelangt der Sicherheitsgeber nach dem EuGH leichter an seinen hinterlegten Betrag, wenn eine angemessene Lizenzgebühr bestimmt wurde und er seiner entsprechenden Zahlungsverpflichtung nachgekommen ist. Hat er den Sicherheitsfall endgültig abgewendet und kann dies der Hinterlegungsstelle nachweisen, wird ihm die Hinterlegungsmasse zurückgewährt⁵⁰⁷. Dies kann etwa durch die Vorlage einer Quittung über die Zahlung geschehen. Diese Möglichkeit besteht zumindest in Bundesländern ohne die strikte Kopplung der Empfangsberechtigung an die Freigabeerklärung. Dies stellt wiederum einen Vorteil für den Lizenzsucher dar, denn bei der Erfüllungsvariante müsste er zwangsläufig auf die Aufgabe der Sperrposition durch den Hinterlegungsempfänger pochen.

Andererseits muss der Lizenzsucher auf Grundlage des EuGH einen höheren Betrag hinterlegen als nach der Maßgabe des BGH: War nach dem BGH noch die Schuld der Maßstab, müssen auf Grundlage des EuGH die oben ausgeführten Wertungen zu § 234 Abs. 3 BGB beachtet werden⁵⁰⁸. Im Ergebnis kommt dem Lizenzsucher jedoch auch dieser Umstand entgegen: Zwar muss er einen erhöhten Betrag hinterlegen, allerdings fällt dafür das Risiko weg, dass der hinterlegte Betrag zu gering bemessen ist. Hält er die sicherheitsrechtlichen Anforderungen ein, insbesondere seine Nachschusspflicht aus § 240 BGB, kann er sich auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand berufen, solange sein Gegenangebot den

⁵⁰⁶ Bezüglich der landesrechtlichen Unterschiede siehe unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

⁵⁰⁷ Eingehend zu diesem Teil des Hinterlegungsverfahrens siehe unter § 2 III. 2. c) bb) (5) (S. 37).

⁵⁰⁸ Siehe dazu unter § 4 I. 2. c) cc) (3) (c) (S. 161).

Anforderungen an eine angemessene Lizenzgebühr gerecht wurde.

Beachtet werden muss jedoch, dass die Sicherheitsleistung nach dem EuGH nicht „auf die Lizenzschuld“ geleistet wird⁵⁰⁹. Das bedeutet, der Lizenzsucher muss die Sicherheitsleistung unter Umständen aufrechterhalten und trotzdem eine Lizenzgebühr zahlen. Dies kann zu Liquiditätsnachteilen führen, denn schließlich muss der Lizenzsucher „doppelt“ zahlen, wenngleich er die Sicherheitsleistung später zurückerhält. Dem Lizenzsucher steht indessen die Möglichkeit offen, dass er sich die Sicherheitsleistung sukzessive zurückzahlen lässt, wenn er einen entsprechenden Teil der Lizenzgebühren bereits an den Patentinhaber gezahlt hat.

bb) Unterschiede für den Patentinhaber

Spiegelbildlich zu der Position des Lizenzsuchers ist der Patentinhaber durch den Ansatz des BGH privilegiert, weil er lediglich mit der Hinterlegungsstelle kooperieren muss, um an den hinterlegten Betrag zu gelangen. Er muss dieser gegenüber nachweisen, dass er die Voraussetzung des § 373 BGB erfüllt hat, also ein Lizenzvertrag geschlossen wurde. Sodann muss die Hinterlegungsstelle die Hinterlegungsmasse an ihn auskehren. Auf die weitere Mitwirkung des Lizenzsuchers ist er in der Regel nicht angewiesen. Eine Besonderheit besteht für Länder mit strengeren Nachweiserfordernissen, wo wiederum eine Freigabeerklärung des Lizenzsuchers erforderlich wäre⁵¹⁰.

Der Ansatz des EuGH erschwert dem Patentinhaber hingegen den Zugriff auf die Hinterlegungsmasse, wenn der Lizenzsucher nach einem Vertragsschluss die vereinbarte Lizenzgebühr nicht zahlt. Er ist grundsätzlich auf die Kooperation des Lizenzsuchers angewiesen und benötigt dessen Freigabeerklärung. Ohne eine solche wird es schwierig für den Patentinhaber, den Sicherungsfall und damit seine Empfangsberechtigung gegenüber der Hinterlegungsstelle nachzuweisen.

Auch in zeitlicher Hinsicht ist der Ansatz des BGH für den Patentinhaber vorteilhaft. Er kann unmittelbar nach Vertragsschluss auf den hinterlegten Betrag

⁵⁰⁹ Zu dieser weniger intensiven Verknüpfung der Sicherheitshinterlegung mit einem Schuldverhältnis siehe bereits unter § 3 III. (S. 114).

⁵¹⁰ Siehe zu diesem Unterschied unter § 2 III. 2. c) aa) (4) (S. 29).

zugreifen. Nach dem EuGH ist er hingegen darauf verwiesen, seinen Anspruch aus dem Lizenzvertrag gegenüber dem Lizenzsucher geltend zu machen und erst wenn dessen Zahlung ausfällt, besteht ein Anspruch auf Erteilung einer Freigabeerklärung gegenüber dem Lizenzsucher.

cc) Ausgleich der widerstreitenden Interessen

Im Ergebnis gewährleisten damit beide Lösungsansätze, dass der Patentinhaber (gegebenenfalls nach Eintritt des Sicherungsfalls) an den Betrag gelangt, der ihm nach einer Leistungsbestimmung oder einer Einigung mit dem Lizenzsucher aus dem Lizenzvertrag zusteht. Da die unterschiedlichen Ansätze jeweils Vor- und Nachteile für die Beteiligten aufweisen, stellt sich jedoch die Frage, welcher Ansatz die Interessen der Parteien im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes aus der Perspektive des Hinterlegungsrechts am ehesten in einen gerechten Ausgleich bringt.

(1) Beeinträchtigung des Patentinhabers

Bemerkenswert ist zunächst, dass beide Ansätze den Patentinhaber stärker beeinträchtigen als dies ohne den Umweg über die Erfüllungshinterlegung bzw. Sicherheitshinterlegung der Fall wäre: Der Lizenzsucher darf die geschützte Lehre bereits nutzen, obwohl der Patentinhaber noch keinen Zugriff auf die Lizenzgebühr erhält. Ohne kartellrechtlichen Einschlag stünde dieses Recht dem Lizenzsucher vor Vertragsschluss nicht zu und nach §§ 273, 320 BGB könnte der Patentinhaber bis zur Zahlung die Lizenzerteilung verweigern.

Dementsprechend könnte für den Ansatz des BGH in „Orange-Book-Standard“ angeführt werden, dass der Patentinhaber durch die Möglichkeit zur Hinterlegung ohnehin bereits übermäßig beeinträchtigt wird. Bei einem solchen Verständnis läge es nahe, die Lösung des BGH als interessengerechter zu betrachten, denn diese gestattet dem Patentinhaber immerhin unmittelbaren Zugriff auf die hinterlegte Summe zu nehmen, sobald er das Vertragsangebot des Lizenzsuchers angenommen hat.

(2) Patentinhaber als Verursacher des Hinterlegungserfordernisses

Eine solches Argument kann jedoch nicht dazu führen, dass der Lizenzsucher die Nachteile der Erfüllungshinterlegung gegenüber der Sicherheitsleistung zu tragen

hat. Es muss beachtet werden, dass *allein der Patentinhaber dafür verantwortlich ist, dass ein Vertragsschluss zwischen den Parteien nicht zustande kam.*

Der BGH erfordert insofern zunächst ein unbedingtes Angebot des Lizenzsuchers, dass der Patentinhaber nicht ablehnen kann, ohne den Lizenzsucher zu diskriminieren⁵¹¹. Bereits in dem Moment, in dem der Patentinhaber dieses Angebot nicht annimmt, verhält er sich rechtsbrüchig und verdient es nicht, durch die rechtlichen Rahmenbedingungen der Erfüllungshinterlegung noch weiter geschützt zu werden. Sollte das unbedingte Angebot des Lizenzsuchers die notwendigen Voraussetzungen nicht erfüllen, geht der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand unabhängig von der Art der Hinterlegung ohnehin fehl. Dementsprechend sind auch die Vorteile, die eine Erfüllungshinterlegung dem Patentinhaber gegenüber einer Sicherheitsleistung zubilligt, unangebracht, denn er hätte durch die Annahme des Angebots das Hinterlegungserfordernis vollständig verhindern können, wozu er überdies rechtlich verpflichtet gewesen wäre.

Gleichzeitig ist es nicht ersichtlich, wieso der Lizenzsucher, dem von dem Patentinhaber ungerechtfertigterweise eine Lizenz vorenthalten wird, die entsprechenden Nachteile der Erfüllungshinterlegung tragen sollte: Er benötigt bei dieser ganz regelmäßig eine Freigabeerklärung des Patentinhabers, wenn er die Hinterlegungsmasse – oder einen Teil davon – zurückerlangen will. Andere Beweismittel zum Nachweis seiner Empfangsberechtigung stehen ihm nur selten zur Verfügung. Damit wird dem Lizenzsucher auch ein höheres Prozessrisiko auferlegt, was angesichts der vorliegenden Interessensituation nicht angebracht ist.

(3) Ungewissheit über die Lizenzhöhe

Hinzu tritt ein weiteres Problem der Erfüllungshinterlegung: Diese ist aufgrund ihrer Finalität nicht besonders geeignet dafür, den Anspruch auf Zahlung der Lizenzgebühr zum Erlöschen zu bringen. Zurückzuführen ist dies darauf, dass die Parteien zum Zeitpunkt der Hinterlegung eben noch keine Einigkeit über die Lizenzgebühr erzielt haben, sondern dem Lizenzsucher vom BGH sogar angeraten

⁵¹¹ Siehe dazu schon unter § 4 I. 1. a) bb) (1) (S. 124).

wird, die Höhe der Lizenzgebühr in das Ermessen des Patentinhabers zu stellen⁵¹². Es besteht damit das evidente Risiko, dass der Hinterlegende den später festgelegten Betrag mit seiner Erfüllungshinterlegung verfehlt. Damit schließen sich komplizierte Fragen der Rückabwicklung an, die erst durch die Einführung der Erfüllungshinterlegung in das Verfahren der Zwangslizenz kreiert werden. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass trotz mangelnder Einigkeit eine „angemessene Lizenzgebühr“ existiere. Dies ändert nämlich nichts daran, dass der Lizenzsucher diese „angemessene Lizenzgebühr“ im Zeitpunkt seiner Hinterlegung nicht mit völliger Sicherheit bestimmen kann und daher Abweichungen von dem „richtigen“ Betrag weiterhin möglich – bzw. sogar wahrscheinlich – sind. Dieses Problem wohnt der Sicherheitshinterlegung hingegen nicht inne, denn der hinterlegte Betrag als solcher ist schon nicht dafür gedacht, auf den Patentinhaber überzugehen und muss sich darum nur im Ausgangspunkt an der zu bestimmenden Lizenzgebühr orientieren, wird jedoch nicht endgültig durch diese determiniert.

(4) Ungeeignetheit der Erfüllungshinterlegung für den gewünschten

Zweck

Daneben wiegt besonders schwer, dass die Argumentation des BGH eine Ungenauigkeit enthält, die aufzeigt, warum der Ansatz des EuGH im Ergebnis überzeugender ist: Der BGH verweist in „Orange-Book-Standard“ ausdrücklich darauf, dass der Lizenzsucher nicht unmittelbar an den Patentinhaber zahlen müsse, sondern auch nach §§ 372 ff. BGB hinterlegen könne. Sinn und Zweck dieser Hinterlegungsmöglichkeit sieht er darin, dass dadurch

„dem Interesse des Lizenzsuchers Rechnung getragen [wird], seinen Anspruch auf Rückzahlung gezahlter Lizenzgebühren für den Fall zu sichern, dass die Klage mangels Verletzung

⁵¹² Anders ist dies nach der Lösung des EuGH, bei dem ein unbedingtes Angebot nicht zulässig ist, sondern nur ein „konkretes“ Angebot den Anforderungen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes gerecht wird. Siehe dazu schon unter § 4 I. 2. c) cc) (1) (S. 151).

abgewiesen wird“⁵¹³.

Der Erfüllungshinterlegung nach §§ 372 ff. BGB wohnt dieser Zweck jedoch nicht inne, denn die Erfüllungshinterlegung sichert den Hinterlegenden gerade nicht⁵¹⁴. Im Gegenteil ist es für den Hinterlegenden ähnlich schwierig den hinterlegten Betrag zurückzuerlangen, wie wenn er unmittelbar an den Hinterlegungsempfänger gezahlt hätte⁵¹⁵. Dies gilt zumindest dann, wenn er bei der Hinterlegung gem. § 378 BGB auf sein Recht zur Rücknahme verzichtete, was der BGH jedoch zur zwingenden Voraussetzung für die Erhebung des Zwangslizenzinwandes macht⁵¹⁶. Gleichzeitig beschreibt der BGH mit seiner Begründung genau den Zweck, den normalerweise eine Sicherheitsleistung zu Gunsten des Sicherungsgebers ausübt: Diese dient nicht bloß dazu, die Zugriffsmöglichkeit des Sicherungsnehmers für den Sicherungsfall zu garantieren. Vielmehr kann der Sicherheitsgeber durch eine Sicherheitsleistung auch seine eigene Rechtsposition verbessern⁵¹⁷. Genau eine solche verbesserte Rechtsposition wollte der BGH dem Lizenzsucher durch die Integration der Erfüllungshinterlegung in den Prozess des Leistungsaustauschs beim kartellrechtlichen Zwangslizenz verschaffen. Dies zeigt, dass der BGH mit der Wahl als Erfüllungshinterlegung ein Instrument gewählt hat, das nicht den Zweck fördert, den er dadurch anstreben wollte. Vielmehr wäre das zutreffende Mittel zur Förderung

⁵¹³ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36 a.E.).

⁵¹⁴ A.A. offenbar *Reimann/Hahn*, in: FS-Meibom, S. 373 (393), die meinen, das vom BGH aufgestellt Hinterlegungserfordernis „erfüllt diesen Sicherungszweck ohne Weiteres“, wobei sie jedoch auch eine Knüpfung der Hinterlegung an eine Billigkeitskontrolle für möglich halten. Siehe dazu, warum die Knüpfung an eine Billigkeitskontrolle jedoch ausgeschlossen ist unter § 3 II. 2. b) (S. 110).

⁵¹⁵ Mit einem Hinweis auf die ausbleibenden Vorteile der Hinterlegung gegenüber schlichter Erfüllung auch *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804).

⁵¹⁶ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36): „Dabei muss der Lizenzsucher allerdings nicht an den Patentinhaber zahlen, sondern kann nach § 372 S. 1 BGB die Lizenzgebühren *unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme* hinterlegen“ (Hervorhebung durch *Verfasser*). Siehe zu den Anforderungen an die Erfüllungshinterlegung beim kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand auch unter § 4 I. 1. a) bb) (2) (S. 125).

⁵¹⁷ Etwa um etwa Gegenrechte der anderen Seite abzuwehren, siehe dazu unter § 2 II. (S. 11).

dieses Zwecks die Sicherheitsleistung gewesen.

dd) Zusammenfassung

Aus hinterlegungsrechtlicher Perspektive ist es daher angebracht, der Lösung des EuGH beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand den Vortritt zu gewähren: Diese gewährleistet, dass der Sicherheitsgeber im Problemfall seine Leistung – mit eher moderatem Aufwand – zurückerhält und privilegiert den Patentinhaber nicht in unangemessener Weise dafür, dass er sich der Erteilung einer Zwangslizenz pflichtwidrig verschließt. Außerdem erfüllt die Erfüllungshinterlegung insbesondere nicht den Zweck, den der BGH ihr zugemessen hat, wohingegen eine Sicherheitsleistung diesen Zweck gefördert hätte.

c) Umwandlungslösung als bessere Alternative

Wie bereits angedeutet wurde, weist jedoch auch die Lösung des EuGH gewisse Schwächen auf. Gerade wenn eine Einigung über die Lizenzgebühr stattgefunden hat, offenbar sie den Nachteil, dass der Patentinhaber keinen unmittelbaren Zugriff auf die Sicherheitsleistung erhält, sondern zunächst auf eine vertragstreuere Leistung des Lizenzsuchers angewiesen ist. Er kann nur im Sicherungsfall auf die Sicherheitsleistung zugreifen, obwohl der hinterlegte Betrag in diesem Zeitpunkt geradezu prädestiniert dafür ist, um an den Patentinhaber ausgezahlt zu werden. Gleichzeitig muss der Sicherheitsleistende einen Betrag, der den Lizenzbetrag übersteigt, bei der Hinterlegungsstelle „parken“ *und* seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Patentinhaber nachkommen. Er kann den Patentinhaber nicht auf die Sicherheitsleistung verweisen. Dies kann – gerade für kleinere Unternehmen – eine ernstzunehmende finanzielle Belastung darstellen und im Einzelfall die Liquidität eines Unternehmens erheblich bedrohen. Zwar kann der Sicherheitsleistende diesem Umstand abhelfen, indem er eine Bankbürgschaft (§ 232 Abs. 2 BGB) anstelle einer Hinterlegung in Erwägung zieht, allerdings hat auch diese wirtschaftliche Folgen für die betroffenen Unternehmen⁵¹⁸ und setzt voraus, dass eine Bank bereit ist, eine Bürgschaft zu übernehmen.

Dass der Ansatz des EuGH Verbesserungspotenzial aufweist, wird besonders

⁵¹⁸ Dazu, dass eine Bankbürgschaft in ihren Kosten vergleichbar zu einem Kredit sein kann, siehe *Steinbrecher/Scheufele*, ZUM 2016, 91 (96).

deutlich, wenn der Prozess der Patenterteilung im Rahmen der kartellrechtlichen Zwangslizenz in zwei Zeiträume unterteilt wird: zum einen den Zeitraum vor dem Vertragsschluss und zum anderen den Zeitraum nach dem Vertragsschluss. In dem ersten Zeitabschnitt ist die Sicherheitsleistung das geeignetere Mittel⁵¹⁹. Nach dem Vertragsschluss ist die Sicherheitsleistung jedoch weiterhin bei der Hinterlegungsstelle hinterlegt und kann nicht zur Vertragsabwicklung genutzt werden. Das gilt, obwohl die Parteien in diesem zweiten Zeitabschnitt eigentlich nur an der Vertragsabwicklung interessiert sein dürften und eine Sicherheitsleistung nach eben dieser Vertragsabwicklung keinen Sinn mehr hätte. Dementsprechend wäre zu diesem Zeitpunkt eine Erfüllungshinterlegung geeigneter, um den Bedürfnissen der Parteien zu entsprechen.

Wie jedoch erläutert wurde, existiert eine Möglichkeit, die diese Interessenlage der Parteien befriedigen kann. Gemeint ist die Umwandlung des Hinterlegungstyps von der Sicherheitsleistung in ein Erfüllungssurrogat⁵²⁰. Auf diese Weise wird garantiert, dass der Patentinhaber sich bis zum Vertragsschluss und gegebenenfalls der Festlegung einer Lizenzgebühr darauf verlassen kann, dass der Lizenzsucher über die notwendigen Mittel verfügt, um die abzuschließende Lizenz zu finanzieren. Gleichzeitig fließt dem Patentinhaber unmittelbar das (ursprünglich zur Sicherheit) hinterlegte Geld zu, sobald der Hinterlegende die Umwandlung vorgenommen hat. Es ist dann nicht mehr notwendig, dass der Lizenzsucher von der Bedingungsmöglichkeit des § 373 Gebrauch macht, denn ein Vertrag – an dessen Abschluss eine Auskehr geknüpft wäre – besteht bereits. Daneben gerät der Lizenzsucher nicht in die unangenehme Lage, den Betrag doppelt – einmal für die Sicherheitsleistung und einmal für die Zahlung der Lizenzgebühr – aufwenden zu müssen.

Problematisch ist jedoch, dass nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich auch für die Umwandlung einer Sicherheitsleistung in eine Erfüllungshinterlegung die Voraussetzungen der §§ 372 ff. BGB vorliegen

⁵¹⁹ Dies ist die Quintessenz der vorherigen Betrachtungen. Siehe dazu unter § 4 I. 3. b) (S. 169).

⁵²⁰ Eingehend zu der Zulässigkeit einer solchen Umwandlung siehe unter § 2 III. 5. (S. 44).

müssen. Der Lizenzsucher könnte demnach eine Umwandlung der Sicherheitshinterlegung in die Erfüllungshinterlegung ohne die Mitwirkung des Patentinhabers nur vollziehen, wenn ein Hinterlegungsgrund vorliegt. Ein solcher wäre nach der hier vertretenen Auffassung gem. § 372 S. 1 BGB zumindest gegeben, wenn der Patentinhaber von einem vertraglich eingeräumten Leistungsbestimmungsrecht nicht oder in unbilliger Weise Gebrauch gemacht hat (§ 295 S. 2 BGB)⁵²¹. Jedoch hat der Lizenzsucher bei einer solchen Sachlage noch kein Interesse an einer Umwandlung in eine Erfüllungshinterlegung, denn er bedient sich der Sicherheitshinterlegung gerade deshalb, weil die Höhe der Lizenzgebühr noch nicht feststeht. Er könnte deshalb zuvor die Einholung einer gerichtlichen Entscheidung über die Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB in Erwägung ziehen. Das Problem liegt allerdings darin, dass durch die gerichtliche Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB die nicht erfolgte oder unbillige Leistungsbestimmung des Patentinhabers mit Gestaltungswirkung ersetzt wird⁵²². Das bedeutet, dass ab diesem Zeitpunkt auch keine Mitwirkungshandlung des Patentinhabers nach § 295 S. 2 BGB mehr erforderlich ist und dieser sich deshalb nicht mehr im Annahmeverzug befindet. Nach einer konkreten Festlegung einer angemessenen Lizenzgebühr durch ein Gericht oder einer Einigung der Parteien über die angemessene Höhe liegt deshalb nach der hier vertretenen Auffassung auch kein Hinterlegungsgrund mehr vor. Eine Umwandlung der Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung ist deshalb nicht ohne Weiteres möglich. Dieses Ergebnis muss gleichwohl rechtspolitisch kritisiert werden, weil dadurch die aufgezeigten Vorteile der Umwandlungslösung zunächst nicht nutzbar gemacht werden können. Ein abweichendes Ergebnis würde jedoch bei der derzeitigen Gesetzeslage dogmatisch nicht überzeugen.

Es muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass nach der hier abgelehnten höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Umwandlung einer Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung auch ohne konkreten

⁵²¹ Zu den Fällen, in denen beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand Gläubigerverzug entstehen kann, siehe unter § 4 I. 1. c) bb) (2) (S. 131).

⁵²² *Würdinger*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 49 m.w.N.; *Schulze*, in: Jauernig-BGB, § 315 Rn. 11.

Hinterlegungsgrund möglich ist⁵²³. Nach dieser Auffassung könnte der Lizenzsucher damit – gegebenenfalls nach Einholung einer richterlichen Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB – eine Umwandlung in Höhe der (nunmehr feststehenden) angemessenen Lizenzgebühr vollziehen.

Die Umwandlungslösung ist gleichwohl nach der hier vertretenen Auffassung nicht völlig ausgeschlossen. Eine Hinterlegungsmöglichkeit mit den Wirkungen der §§ 372 ff. BGB kann insofern auch aus einer Parteivereinbarung entstehen⁵²⁴. Hinterlegungsgrund ist dann nicht der Gläubigerverzug, sondern die privatautonome Abrede über die Schuldbefreiung durch eine Hinterlegung. Aus prozessökonomischer Perspektive wäre es für die Parteien insofern sinnvoll, wenn sie unmittelbar in dem Lizenzvertrag oder einer eindeutigen Nebenvereinbarung die Voraussetzungen einer Umwandlung der Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung mitregeln würden. Sie sollten festlegen, dass der Lizenzsucher *verpflichtet* wird, eine Umwandlung seiner (zu diesem Zeitpunkt bereits erfolgten) Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung zu vollziehen. Gegebenenfalls keine solche Abrede auch konkludent erfolgen.

Für den Lizenzsucher hat eine solche Regelung den Vorteil, dass er den Patentinhaber auf den hinterlegten Betrag verweisen kann. Gleichzeitig wird auch die Rechtsstellung des Patentinhabers verbessert, weil für ihn aufgrund der Umwandlungspflicht des Lizenzsuchers eine relativ unkomplizierte Klagemöglichkeit entsteht, um an das zur Sicherheit geleistete Geld zu gelangen. Er kann den Lizenzsucher insofern gerichtlich darauf in Anspruch nehmen, dieser Umwandlungsverpflichtung nachzukommen, womit er Zugriff auf den hinterlegten Betrag erhalten würde. In Rahmen dieses Prozesses könnte geklärt werden, welcher Betrag dem Patentinhaber für die Patentnutzung tatsächlich zusteht und „angemessen“ ist.

Wäre ein solches Vorgehen die Regel, könnte dies außerdem die Sicherheitshinterlegung im Vergleich zu anderen Sicherungsmitteln – wie etwa einer

⁵²³ Zu den Gründen, aus denen eine solche Möglichkeit hier abgelehnt wird, siehe unter § 2 III. 5. (S. 44).

⁵²⁴ Dazu, dass ein Hinterlegungsgrund auch durch Parteivereinbarung geschaffen werden kann, siehe mit Nachweisen unter § 2 I. 2. (S. 10).

Bankbürgschaft – attraktiver machen. Zwar vermittelt auch eine Bankbürgschaft dem Patentinhaber eine ausreichende und verlässliche Sicherheit. Jedoch wäre es bei der Hinterlegung einfacher für den Patentinhaber, an die Lizenzgebühr zu gelangen, denn diese liegt bereits bei der Hinterlegungsstelle, womit der Patentinhaber unmittelbar nach Umwandlung durch den Lizenzsucher entsprechenden Zugriff erhalten könnte.

Diese Ausführungen zeigen damit, dass eine sinnige Alternative zu den suboptimalen Ansätzen von EuGH und BGH besteht. Nichtsdestotrotz muss dem Lizenzsucher zumindest bis zum Vertragsschlusses geraten werden, sich hinsichtlich der Erfüllungshinterlegung und der Sicherheitsleistung an die strengen Voraussetzungen der Gerichte zu halten. Solange die Rechtsprechung die Flexibilität für die Leistungserbringung durch den Lizenzsucher nicht erhöht oder das hier aufgezeigte Verfahren zur Regel erklärt, droht ihm andernfalls der Verlust seines kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes. Nachdem es jedoch zu einem Vertragsschluss gekommen ist und der Streit über die kartellrechtliche Zwangslizenz beigelegt wurde, sind die Parteien nicht daran gehindert, eine Umwandlungspflicht des Lizenzsuchers zu vereinbaren.

II. § 37 Nr. 2 VGG

Nach § 34 Abs. 1 S. 1 VGG ist jede Verwertungsgesellschaften dazu verpflichtet, jedermann bei einem entsprechenden Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte an den von ihnen wahrgenommenen Rechten einzuräumen⁵²⁵. Diese Bedingungen müssen gem. § 34 Abs. 1 S. 2 VGG insbesondere objektiv und nichtdiskriminierend sein sowie eine angemessene Vergütung vorsehen. Es handelt sich bei § 34 VGG insofern um einen Fall des gesetzlichen Kontrahierungszwangs⁵²⁶, der notwendig ist, da die Verwertungsgesellschaften zwar nicht über ein gesetzliches Monopol verfügen, aus der Bündelung vieler gleichartiger

⁵²⁵ Eine Verwertungsgesellschaft ist dabei gem. § 2 VGG jede Organisation, die gesetzlich oder auf Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung berechtigt ist und deren ausschließlicher oder hauptsächlicher Zweck es ist, für Rechnung mehrerer Rechtsinhaber Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte zu deren kollektiven Nutzen wahrzunehmen.

⁵²⁶ Etwa LG Berlin ZUM 2018, 548 (549); *Freudenberg*, in: BeckOK-UrhG, § 37 Rn. 2.

Rechte jedoch eine faktische Monopolstellung resultiert⁵²⁷. In der Richtlinie 2014/26/EU⁵²⁸, auf der das aktuelle VGG basiert, ist der Kontrahierungszwang allerdings nicht vorgesehen.

Obwohl sowohl die Verwertungsgesellschaft als auch der Nutzer gem. § 36 Abs. 1 S. 1 VGG dazu angehalten sind, die Verhandlungen über diese Bedingungen unter Beachtung von Treu und Glauben zu führen, kommt es vor, dass eine Einigung über die Einräumung der Nutzungsrechte nicht zustande kommt. Scheitern die Verhandlungen – wie es regelmäßig der Fall sein wird – an unterschiedlichen Auffassungen über die „angemessene Vergütung“ für die Einräumung der Nutzungsrechte, so greift § 37 VGG⁵²⁹. Danach gelten die von der Verwertungsgesellschaft wahrgenommenen Nutzungsrechte in diesem Fall als eingeräumt, soweit bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Erforderlich ist danach, dass die Vergütung in Höhe des vom Nutzer anerkannten Betrages an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und in Höhe der darüberhinausgehenden Forderung der Verwertungsgesellschaft unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft *gezahlt* oder zu ihren Gunsten *hinterlegt* worden ist.

Ebenso wie der kartellrechtliche Zwangslizenzinwand stellt § 37 VGG damit ein Hinterlegungserfordernis im Rahmen des Kontrahierungszwangs auf. Es handelt sich bei der Vorschrift um die einzige ausdrückliche gesetzliche Regelung, die einem Rechtesucher das Recht einräumt, im Gegenzug für eine Hinterlegung ein Recht bereits vor dem Abschluss einer Lizenzvereinbarung zu nutzen. Im Folgenden wird die in der Vorschrift aufgestellte Voraussetzung der Hinterlegung untersucht und mit dem richterrechtlich geschaffenen Hinterlegungserfordernis bei kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand verglichen.

⁵²⁷ BT-Drucks. IV/271, 17; ausführlich außerdem *Wirtz*, Kontrolle von Verwertungsgesellschaften, S. 10 ff.

⁵²⁸ Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt Text von Bedeutung für den EWR.

⁵²⁹ Die Norm ist inhaltsgleich zu ihrer zum 01.06.2016 außer Kraft getretenen Vorfassung in § 11 Abs. 2 UrhWG.

1. Voraussetzungen der Lizenzfiktion

Damit der Nutzer sich auf die Lizenzfiktion des § 37 VGG berufen kann, muss er die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift erfüllen. Zunächst muss deshalb nach dem Wortlaut eine „Einigung über die *Höhe* der Vergütung für die Einräumung von Nutzungsrechten nicht zustande“ gekommen sein. Die Anwendung von § 37 VGG setzt deshalb nach herrschender Ansicht voraus, dass der Nutzer eine Vergütungspflicht gegenüber der Verwertungsgesellschaft dem Grunde nach anerkennt und die Uneinigkeit zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzer sich *nur* auf die Höhe der angemessenen Vergütung bezieht⁵³⁰. Der Nutzer kann sich deshalb nicht „vorsichtshalber“ auf die Lizenzfiktion aus § 37 VGG berufen und sich die Hintertür offenhalten, dass eine Vergütungspflicht schon nicht bestehe.

Bestreitet der Nutzer allerdings zunächst seine Zahlungspflicht und macht trotzdem von § 37 VGG Gebrauch, indem er dessen Anforderungen einhält, so sieht der BGH darin eine konkludente Erklärung des Nutzers, eine angemessene Vergütung nunmehr zahlen zu wollen⁵³¹. Eine solche Betrachtung korrespondiert zu dem Erfordernis aus § 37 Nr. 1 VGG, denn ein Nutzer, der eine Zahlung ohne Vorbehalt erbringt, kann nicht gleichzeitig vorbehaltlich einer bestehenden Leistungspflicht zahlen, denn ein solcher Vorbehalt wäre gem. § 116 S. 1 BGB unbeachtlich. Deshalb kann sich ein Nutzer, der sich einer Forderung einer Verwertungsgesellschaft gegenüber sieht, jedoch den Standpunkt vertritt, eine Vergütungspflicht bestehe schon nicht, im Ergebnis nie auf § 37 VGG berufen.

Ist eine solche Streitigkeit über die Höhe einer angemessenen Vergütung gegeben, sieht § 37 VGG einen zweiseitigen Pflichtenkatalog für den Nutzer vor, damit dieser sich auf die Lizenzfiktion berufen kann. Er muss gem.

⁵³⁰ BGH GRUR 2012, 711 (711 f.) noch zu § 11 Abs. 2 UrhWG: „Die Regelung des § 11 Abs. 2 UrhWahrnG greift nicht ein, wenn keine Einigung darüber zustande kommt, dass dem Grunde nach eine Vergütung für die Einräumung der Nutzungsrechte zu zahlen ist.“ So auch *Freudenberg*, in: BeckOK-UrhG, § 37 Rn. 3 f.; prägnant *Schulze*, in: Schulze/Dreier, § 37 Rn. 4: „Wer meint, nicht zahlen zu müssen, kann sich auf § 37 nicht berufen“.

⁵³¹ BGH GRUR 2012, 711 (711 f.) noch zu § 11 Abs. 2 UrhWG; kritisch dazu *Poll*, GRUR-Prax 2012, 263 (263).

§ 37 Nr. 1 VGG zunächst die Vergütung in Höhe des von ihm anerkannten Betrages (sog. „Sockelbetrag“) an die Verwertungsgesellschaft *zahlen*. Diese Zahlung hat dabei ohne einen Vorbehalt zu erfolgen⁵³², wie sich aus einem Umkehrschluss zu § 37 Nr. 2 VGG ergibt. Nach der zutreffenden herrschenden Meinung ist es allerdings unerheblich, in welcher Höhe der Nutzer den Anspruch der Verwertungsgesellschaft anerkennt⁵³³. Das bedeutet, der Nutzer hält die Anforderungen des § 37 Nr. 1 VGG auch dann ein, wenn er die Vergütungsforderung der Verwertungsgesellschaft nur hinsichtlich eines sehr geringen Teils anerkennt und in dieser Höhe vorbehaltlos zahlt; ein Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kann ihm angesichts des klaren gesetzlichen Wortlauts in der Regel nicht gemacht werden⁵³⁴.

Kumulativ zu der vorbehaltlosen Zahlung des Sockelbetrags muss der Nutzer denjenigen Betrag, den die Verwertungsgesellschaft über den Sockelbetrag hinaus fordert, unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft zahlen oder zu ihren Gunsten *hinterlegen*.

2. Betrachtung des Hinterlegungserfordernisses

Wie bereits beim kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand wird im Folgenden dieses von § 37 Nr. 2 VGG aufgestellte Hinterlegungserfordernis aus dogmatischer Perspektive betrachtet. Dadurch soll es ermöglicht werden, das dort aufgestellte Hinterlegungserfordernis im Anschluss dem vom BGH und EuGH aufgestellten Hinterlegungs- bzw. Sicherheitsleistungserfordernis gegenüberzustellen.

a) Identifizierung der Hinterlegungsform

Zunächst setzt die strikte Trennung von Sicherheits- und Erfüllungshinterlegung⁵³⁵ voraus, dass identifiziert wird, welche Hinterlegungsart der Gesetzgeber in § 37 Nr. 2 VGG konkret angeordnet hat. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass es sich bei § 37 Nr. 2 VGG um eine Hinterlegung i.S.d. §§ 372 ff. BGB

⁵³² *Schulze*, in: Schulze/Dreier, § 37 Rn. 5; *Gerlach*, in: Wandtke/Bullinger, § 37 Rn. 2.

⁵³³ LG Berlin ZUM 2018, 548 (550); *Schubert*, GRUR-Prax 2018, 344 (344 f.); *Schulze*, in: Schulze/Dreier, § 37 Rn. 5; *Freudenberg*, in: BeckOK-UrhG, § 37 Rn. 6.

⁵³⁴ So jüngst ausdrücklich LG Berlin ZUM 2018, 548 (550): „Die Antragsgegnerin verhält sich nicht missbräuchlich, wenn sie lediglich einen Betrag in Höhe von 0,50 € [anstatt geforderter 7,50 €] pro Jahr und Zimmer anerkennt“.

⁵³⁵ Eingehend siehe dazu unter § 2 III. (S. 13).

handelt⁵³⁶. Ein Verzicht auf das Recht zur Rücknahme gem. § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist nach dieser Ansicht nicht erforderlich⁵³⁷. Argumente führen die Vertreter dieser Ansicht in der Regel nicht an⁵³⁸. Indessen können durchaus Argumente gebildet werden, die ein solches Verständnis stützen:

Zunächst kann auf den Wortlaut der Vorschrift verwiesen werden. Dieser ordnet an, dass der streitige Teil der Vergütungshöhe zugunsten der Verwertungsgesellschaft „hinterlegt worden“ sein muss, damit § 37 VGG seine Fiktionswirkung entfaltet. Wie eingangs herausgearbeitet wurde, ist die Verwendung des Wortlauts „hinterlegt“ ganz regelmäßig ein Indiz dafür, dass der Gesetzgeber in der entsprechenden Vorschrift eine Erfüllungshinterlegung angeordnet hat⁵³⁹.

Eine solche Betrachtung wird scheinbar durch ein systematisches Argument gestützt: Der Nutzer kann sich auf die Lizenzfiktion des § 37 VGG berufen, wenn er den überschießenden Teilbetrag entweder *unter Vorbehalt gezahlt* oder zu Gunsten der Hinterlegungsstelle *hinterlegt* hat. Der Gesetzgeber hat damit die Zahlung und die Hinterlegung als Alternativen nebeneinandergestellt. Es könnte daher naheliegen, auch die Hinterlegung als Äquivalent zur Zahlung zu betrachten und die von § 37 Nr. 2 VGG geforderte Hinterlegung als Erfüllungshinterlegung zu begreifen.

Gegen die Qualifizierung als Erfüllungshinterlegung wendet sich jedoch *Ulrich*⁵⁴⁰. Er führt in einem Vergleich zum kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand

⁵³⁶ So etwa *Schubert*, GRUR-Prax 2018, 344 (344); *Riesenhuber*, in: Heker/Riesenhuber, Kap. 11 Rn. 54 und Fn. 115; *Gerlach*, in: Wandtke/Bullinger, § 37 Rn. 2; *Melichar*, in: Loewenheim, § 48 Rn. 17 mit Verweis darauf, dass „es sich nicht um eine bloße Sicherheitsleistung handelt, wie schon die Wortwahl in § 11 Abs. 2 WahrnG zeigt“.

⁵³⁷ Diese Aussage findet sich so ausdrücklich nur in der 10. Auflage bei *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 11 UrhWG Rn. 5. In der aktuellen 12. Auflage ist § 37 VGG nicht mehr kommentiert.

⁵³⁸ Allein *Melichar*, in: Loewenheim, § 48 Rn. 17 will die Anwendbarkeit der §§ 372 ff. BGB – ohne weitere Ausführungen – aus dem Wortlaut herleiten.

⁵³⁹ Zur Begründung dafür siehe unter § 2 III. 4. (S. 41).

⁵⁴⁰ *Ulrich*, in: BeckOGK-BGB, § 372 Rn. 7.2.

aus, dass eine Erfüllungshinterlegung gerade nicht dem Zweck dienen könne, etwaige Rückforderungsansprüche des Hinterlegenden zu sichern⁵⁴¹. Dementsprechend verweise § 37 Nr. 2 VGG auch nicht auf § 372 BGB, sondern auf die Sicherheitshinterlegung in §§ 232 ff. BGB.

Im Ergebnis ist es entgegen der ganz herrschenden Meinung und im Einklang mit *Ulrici* überzeugender, das Hinterlegungserfordernis aus § 37 Nr. 2 VGG als ein Erfordernis zur Sicherheitshinterlegung zu begreifen. Zunächst greift ein systematisches Argument, das auf die Äquivalenz von Zahlung und Hinterlegung verweist, zu kurz: § 37 Nr. 2 VGG stellt die Hinterlegung gerade nicht der Zahlung gleich, sondern der *Zahlung unter Vorbehalt*. Einer Zahlung unter Vorbehalt kommt jedoch grundsätzlich nur Erfüllungswirkung nach § 362 BGB zu, wenn sich der Leistenden allein die Möglichkeit offenhalten will, das Geleistete später zurückzufordern und die Vorbehaltserklärung allein den Zweck verfolgt, die Wirkung des § 814 BGB auszuschließen⁵⁴². Es handelt sich bei einer Vorbehaltzahlung hingegen nicht um eine erfüllungstaugliche Leistung, wenn der Schuldner mit seinem Vorbehalt zum Ausdruck bringt, dass er nur unter der Bedingung des Bestehens der Forderung leistet und damit dem Gläubiger weiterhin die Beweislast für das Bestehen der Forderung aufbürdet⁵⁴³. Herrscht jedoch zwischen der Verwertungsgesellschaft und dem Nutzer gerade Streit über die Höhe einer angemessenen Vergütung, so bringt der Nutzer durch seine Vorbehaltzahlung zum Ausdruck, dass er den von der Verwertungsgesellschaft geforderten Betrag für unangemessen hoch und daher mit Blick auf § 34 Abs. 1 S. 2 VGG für nicht geschuldet hält. Die Vorbehaltzahlung nach § 37 Nr. 2 VGG wäre mithin keine Erfüllungshandlung auf die noch nicht bestehende Lizenzvereinbarung, denn der Nutzer bestreitet das Bestehen eines Anspruchs in entsprechender Höhe gerade. Dementsprechend erscheint es überzeugender, auch die Hinterlegung in diesem Rahmen nicht als Surrogat für eine

⁵⁴¹ Siehe für diesen zutreffenden Gedanken bereits zum kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand unter § 4 I. 3. b) cc) (4) (S. 176).

⁵⁴² BGH NJW 1982, 1147 (1148); NJW 1983, 1111 (1111); NJW 2007, 1269 (1270); *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 8 m.w.N.

⁵⁴³ *Fetzer*, in: MüKo-BGB, § 362 Rn. 8 m.w.N.

(nicht erforderliche) Erfüllung zu verstehen⁵⁴⁴.

Im Ergebnis schlägt deshalb auch die von *Ulrici* vorgeschlagene Betrachtung von Sinn und Zweck des Hinterlegungsanfordernisses durch. Die Hinterlegung zu Erfüllungszwecken verfolgt allein den Zweck, die Schuldabwicklung herbeizuführen und erfüllt aus sich heraus keinen Sicherungszweck zugunsten des Hinterlegenden⁵⁴⁵. Mit dem Erfordernis einer Erfüllungshinterlegung wäre dem Nutzer damit nicht gedient, denn die Hinterlegung würde nach ihrer Konzeption nur eine Durchgangsstation zur Auskehr an die Verwertungsgesellschaft darstellen. Soll § 37 VGG jedoch den Nutzer schützen⁵⁴⁶, so muss eine Sicherheitshinterlegung angeordnet sein. § 37 Nr. 2 VGG ordnet deshalb entgegen der herrschenden Ansicht eine Sicherheitshinterlegung nach §§ 232 ff. BGB und keine Erfüllungshinterlegung nach §§ 372 ff. BGB an.

b) Vorliegen eines Hinterlegungsgrundes

Anders als im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes bedarf es im Rahmen von § 37 Nr. 2 VGG keines gesonderten Hinterlegungsgrundes. Unabhängig davon, ob man das darin aufgestellte Hinterlegungsanfordernis als Erfüllungs- oder Sicherheitshinterlegung versteht, ergibt sich das Recht zur Hinterlegung unmittelbar aus § 37 Nr. 2 VGG⁵⁴⁷.

Da eine Lizenzeinräumung gegen eine angemessene Vergütung mit der vorbehaltlosen Zahlung des Sockelbetrags und Hinterlegung der überdies geforderten Summe bereits fingiert wird⁵⁴⁸, stellt sich für die herrschende

⁵⁴⁴ Das eine vorweggenommenen Erfüllung gerade nicht Zweck des § 37 VGG ist, stellt auch LG Berlin ZUM 2018, 551 (553) klar: „Insoweit sieht § 37 VGG keine Einschränkungen vor, insbesondere besteht keine Verpflichtung zur Zahlung eines angemessenen Betrages“.

⁵⁴⁵ Siehe so schon unter § 2 I. 1. (S. 8) und mit entsprechender Kritik für den den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand unter § 4 I. 3. b) cc) (4) (S. 176).

⁵⁴⁶ LG Berlin ZUM 2018, 551 (553); BGH GRUR 2000, 872 (874).

⁵⁴⁷ Zur Notwendigkeit eines Hinterlegungsgrundes bei der Erfüllungshinterlegung siehe unter § 2 I. 2. (S. 10); bezüglich der Sicherheitshinterlegung siehe unter § 2 II. 1. (S. 11).

⁵⁴⁸ Siehe zu diesem Unterschied zur Hinterlegung beim kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand unter § 4 II. 3. b) (S. 192).

Meinung – nach der er sich um eine Erfüllungshinterlegung handelt – nicht die Frage, auf welches Schuldverhältnis die Hinterlegung erfolgt. Dies ist die fingierte Lizenzvereinbarung, wobei es für die Erfüllungshinterlegung unschädlich ist, dass die konkrete Gegenleistungspflicht zu diesem Zeitpunkt noch unbestimmt ist⁵⁴⁹. Verzichtet der Nutzer deshalb auf die Rücknahme der Sache (§ 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder erklärt die Verwertungsgesellschaft die Annahme der Hinterlegung (§ 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB), erlischt nach dieser Ansicht die Leistungspflicht aus diesem fingierten Schuldverhältnis gem. § 378 BGB. Wird hingegen mit der hier vertretenen Ansicht von einer Sicherheitshinterlegung ausgegangen, ist eine Zuordnung zu einem Schuldverhältnis ohnehin nicht nötig⁵⁵⁰.

c) Höhe des erforderlichen Hinterlegungsbetrags

Die Höhe einer erforderlichen Sicherheitsleistung bemisst sich im Allgemeinen anhand des „Wertes des zu sichernden Rechts“⁵⁵¹. Im Rahmen des § 37 VGG existiert jedoch eine spezialgesetzliche Sonderregelung, die eine aufwendige Ermittlung dieses Werts nicht erforderlich macht. So heißt es in § 37 VGG ausdrücklich, dass der Nutzer den von ihm anerkannten Betrag an die Verwertungsgesellschaft zahlen muss und *in Höhe der darüberhinausgehenden Forderung der Verwertungsgesellschaft* unter Vorbehalt zahlen oder hinterlegen müsse. Genau dieser Betrag bildet damit auch den Maßstab für die notwendige Höhe, die der Nutzer im Wege der Sicherheitshinterlegung erbringen muss, um die Lizenzfiktion des § 37 VGG auszulösen. Der Wortlaut von § 37 VGG ist insofern eindeutig. Erbringt der Nutzer hingegen keine Zahlung an die Verwertungsgesellschaft, sondern hinterlegt sowohl den von ihm anerkannten als auch den streiten Betrag, gelten die Nutzungsrechte nach § 37 VGG gerade nicht als eingeräumt⁵⁵². Dies ist bei einer strikten Anwendung des Wortlauts konsequent, denn § 37 Nr. 1 VGG sieht die vorbehaltlose Zahlung an die Verwertungsgesellschaft ausdrücklich vor. Es handelt sich dann jedoch nicht um

⁵⁴⁹ Zu der Frage, inwiefern eine Erfüllungshinterlegung möglich ist, wenn die Gegenleistungspflicht noch unbestimmt ist, siehe unter § 3 II. (S. 95).

⁵⁵⁰ Siehe dazu bereits unter § 3 III. (S. 114).

⁵⁵¹ Eingehend dazu unter § 2 III. 2. b) bb) (S. 18).

⁵⁵² BGH GRUR 2012, 711 (712); GRUR 1983, 565 (566); GRUR 1974, 35 (38).

eine Verfehlung des Nutzers hinsichtlich der notwendigen Höhe der Hinterlegungssumme, sondern schlicht um einen Verstoß gegen die ausdrückliche Anordnung aus § 37 Nr. 1 VGG.

Wird mit der herrschenden Meinung hingegen davon ausgegangen, dass § 37 Nr. 2 VGG eine Erfüllungshinterlegung vorschreibt, so muss die Norm hinsichtlich des Hinterlegungsumfangs als *lex specialis* zu den Vorschriften in §§ 372 ff. BGB verstanden werden. Entscheidend ist für die Wirkungen des § 37 VGG nämlich nicht die Höhe der später – gegebenenfalls von einer Schiedsstelle festgelegten – „angemessene Höhe“⁵⁵³, sondern allein der von der Verwertungsgesellschaft geforderte Betrag, der den Sockelbetrag überschreitet. Auch bei einem solchen Verständnis des Hinterlegungsanfordernisses ist es deshalb allein entscheidend, ob dieser Betrag vollständig hinterlegt wurde, denn sonst greift die Lizenzfiktion des § 37 VGG nicht ein⁵⁵⁴.

Die Erfüllungswirkung der entsprechenden Hinterlegung folgt hingegen nicht aus § 37 VGG, sondern aus §§ 376, 378 BGB. Da es sich bei der von der Verwertungsstelle geforderten Betrag um den höchsten denkbaren Betrag der Leistungsbestimmung handelt, gilt entsprechend der Ausführungen zur Erfüllungshinterlegung bei unbestimmten Leistungspflichten⁵⁵⁵, dass die (noch) unbestimmte Leistungspflicht des Nutzers mit der Hinterlegung – zumindest bei Rücknahmeverzicht (§ 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder der Annahme durch die Verwertungsstelle (§ 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB) – im Zeitpunkt der Hinterlegung bereits erlöschen.

3. Unterschiede zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand

Das in § 37 Nr. 2 VGG aufgestellte Hinterlegungsanfordernis unterscheidet sich

⁵⁵³ Der tatsächliche Schuldinhalt stellt bei der Erfüllungshinterlegung grundsätzlich den einzigen validen Maßstab dafür dar, ob diese ihre Wirkungen entfalten kann, siehe unter § 2 III. 2. b) aa) (S. 17).

⁵⁵⁴ So bei einem Verständnis als Erfüllungshinterlegung auch *Freudenberg*, in: BeckOK-UrhG, § 37 Rn. 8; *Gerlach*, in: Wandtke/Bullinger, § 37 Rn. 2; *Reber*, GRUR 2000, 203 (204 f.); außerdem zu § 11 Abs. 2 UrhWG so bereits BGH GRUR 2012, 711 (712); GRUR 1983, 565 (566); GRUR 1974, 35 (38).

⁵⁵⁵ Siehe dazu eingehend unter § 3 II. 1. b) (S. 97).

in einigen wesentliche Punkten von den Hinterlegungserfordernissen, die BGH und EuGH im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes aufgestellt haben.

a) Maßstab für die Hinterlegungssumme

Der erste zentrale Unterschied liegt in dem Maßstab, der für die Höhe des Hinterlegungsbetrages anzulegen ist. So muss der Nutzer im Rahmen von § 37 VGG „lediglich“ die Differenz zwischen der von ihm anerkannten und der von der Verwertungsgesellschaft geforderten Vergütung hinterlegen. Im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwandes ist hingegen entweder allein die Höhe der später entstandenen Schuld⁵⁵⁶ oder des Angebot des Lizenzsuchers⁵⁵⁷ der Maßstab für die Höhe des zu hinterlegenden Betrags. In den Fällen des § 37 VGG muss der Nutzer jedoch kumulativ zu seiner Hinterlegung den von ihm anerkannten Sockelbetrag bereits vorbehaltlos an die Verwertungsgesellschaft gezahlt haben. Dies ist beim kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand nicht notwendig. Die Lösung des § 37 VGG fordert von dem Nutzer damit häufig die Hinterlegung in geringerem Umfang, führt jedoch – wegen der zusätzlichen Notwendigkeit einer vorbehaltlosen Zahlung – immer zu einem höheren Liquiditätsabfluss auf seiner Seite. Gleichzeitig bestimmt bei § 37 VGG ausschließlich der Rechteinhaber, welcher Betrag letztlich zu hinterlegen ist: Während der hinterlegte Betrag im Rahmen von „Orange-Book-Standard“ und „Huawei/ZTE“ unabhängig von der Forderung des Rechteinhabers bemessen wird⁵⁵⁸, kann die Verwertungsgesellschaft durch die von ihr aufgestellte Forderung die notwendige Hinterlegungshöhe frei bestimmen. Nur wenn der Nutzer der Forderung durch eine entsprechende Hinterlegung *vollständig* nachkommt, entfaltet § 37 VGG

⁵⁵⁶ Im Rahmen der vom BGH gewählten Erfüllungshinterlegung im Fall „Orange-Book-Standard“ kann allein die Schuld Maßstab der §§ 376, 378 BGB sein, siehe dazu unter § 4 I. 1. c) cc) (S. 139).

⁵⁵⁷ Siehe eingehend zu der Höhe der Sicherheitsleistung nach dem EuGH in „Huawei/ZTE“ unter § 4 I. 2. c) cc) (S.150).

⁵⁵⁸ Entscheidend ist nach dem BGH allein die Höhe der später festgelegten Schuld und nach dem EuGH das „Gegenangebot“ des Lizenzsuchers, siehe zum BGH unter § 4 I. 1. c) cc) (S. 139) und zum EuGH unter § 4 I. 2. c) cc) (1) (b) (bb) (S. 154).

seine Wirkungen⁵⁵⁹.

b) Wirkungen der Hinterlegung

Ein weiterer Unterschied liegt in den Wirkungen, die eine erfolgte Hinterlegung nach sich zieht. Nach § 37 VGG wird eine Lizenzvereinbarung fingiert, sobald eine vorbehaltlose Zahlung und eine Hinterlegung stattgefunden haben. Inhalt der fingierten Lizenzvereinbarung ist insofern die Rechteinräumung von Seiten der Verwertungsgesellschaft und die Zahlung einer „angemessenen Vergütung“ von Seiten des Nutzers⁵⁶⁰.

In Fällen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes liegt dies anders. Zwar kann sich der Lizenzsucher dort im Rahmen eines Verletzungsprozesses damit verteidigen, dass er (nach dem BGH) seine künftigen Pflichten bereits erfüllt hat bzw. (nach dem EuGH) eine entsprechende Sicherheit für diese erbracht hat. Die erfolgte Hinterlegung führt allerdings den Vertragsschluss – zu dem der Patentinhaber aus kartellrechtlichen Gründen aber verpflichtet ist – noch nicht herbei. Dem Lizenzsucher steht insofern nur die Möglichkeit offen, den Patentinhaber im Wege einer Leistungsklage auf Abschluss eines Lizenzvertrags gem. § 894 ZPO in Anspruch zu nehmen⁵⁶¹.

c) Anerkennen einer Vergütungspflicht

§ 37 VGG und die Hinterlegung beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand unterscheiden sich außerdem darin, dass der Nutzer die Wirkungen des § 37 VGG nur hervorrufen kann, wenn er seine Vergütungsverpflichtung vom

⁵⁵⁹ *Freudenberg*, in: BeckOK-UrhG, § 37 Rn. 7.

⁵⁶⁰ Zur Vorgängerregelung in § 11 Abs. 2 UrhWG siehe BGH GRUR 2012, 711 (712): „Daher gelten nicht nur die begehrten Nutzungsrechte als eingeräumt; vielmehr ist zugleich die angemessene Vergütung vereinbart, wenn die Vergütung gem. § 11 Abs. 2 WahrnG in Höhe des vom Nutzer anerkannten Betrags an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und in Höhe der darüberhinausgehenden Forderung unter Vorbehalt an die Verwertungsgesellschaft gezahlt oder zu ihren Gunsten hinterlegt worden ist.“

⁵⁶¹ So eine Leistungsklage wurde etwa – erfolglos – geltend gemacht bei OLG Karlsruhe BeckRS 2011, 6532; siehe zu dem Erfordernis der Durchsetzung per Leistungsklage außerdem *Hötte*, MMR 2011, 469 (474).

Grundsatz her nicht bestreitet⁵⁶². Sowohl BGH als auch EuGH sind gleichwohl der Ansicht, dass der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand auch durchgreifen kann, wenn der Lizenzsucher den Standpunkt vertritt, eine Rechtenutzung durch ihn liege nicht vor. So formuliert der BGH:

„Der Sache nach wird [durch die Hinterlegung] dem Interesse des Lizenzsuchers Rechnung getragen, seinen Anspruch auf Rückzahlung gezahlter Lizenzgebühren für den Fall zu sichern, *dass die Klage mangels Verletzung abgewiesen wird.*⁵⁶³“

Der EuGH geht sogar noch einen Schritt weiter und verankert die Möglichkeit zum Bestreiten der Vergütungspflicht in Art. 47 der EU-Grundrechte-Charta, dem Recht auf effektiven Rechtsschutz:

„Schließlich kann dem angeblichen Verletzer [...] angesichts des durch Art. 47 der Charta gewährleisteten Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er neben den Verhandlungen über die Erteilung von Lizenzen die Rechtsbeständigkeit dieser Patente und/oder ihren essenziellen Charakter für den Standard, zu dem sie gehören und/oder ihre tatsächliche Benutzung anfecht oder sich die Möglichkeit vorbehält, dies später zu tun.⁵⁶⁴“

§ 37 VGG kann im Gegensatz dazu nur eingreifen, wenn sich die Streitigkeit auf die Höhe einer – zwischen den Parteien unstrittig notwendigen – Vergütung bezieht.

d) Beschränkungen der Sicherheitsleistung auf Hinterlegung

Wird mit der hier vertretenen Auffassung schließlich davon ausgegangen, dass es sich bei § 37 VGG um einen Fall der Sicherheitshinterlegung i.S.d. § 232 Abs. 1 Var. 1 BGB handelt, liegt ein weiterer Unterschied in den zulässigen Sicherungsmitteln, die dem Nutzer gegenüber der Verwertungsgesellschaft offenstehen. Nach dem EuGH kann ein Lizenzsucher „Sicherheit gemäß den in dem

⁵⁶² Siehe dazu bereits unter § 4 II. 1. (S. 183).

⁵⁶³ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 36) (Hervorhebung durch *Verfasser*).

⁵⁶⁴ EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 69).

betreffenden Bereich anerkannten geschäftlichen Gepflogenheiten“ leisten⁵⁶⁵. Die Hinterlegung kann dort etwa durch die Erbringung einer Bankbürgschaft ersetzt werden. Diese Möglichkeit steht einem Nutzer gegenüber der Verwertungsgesellschaft nicht offen. Er muss die Sicherheit im Rahmen des § 37 VGG immer durch eine Sicherheitshinterlegung erbringen, denn andernfalls bleibt die Lizenzfiktion als Rechtsfolge der Vorschrift aus.

4. Übertragung auf Fälle des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes?

Diese Unterschiede werfen die Frage auf, ob die vom Gesetzgeber in § 37 VGG gewählte Form des Hinterlegungserfordernisses nicht auch auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand übertragen werden sollte. Der BGH hat sich zunächst bewusst dafür entschieden, § 37 VGG (damals § 11 Abs. 2 UrhWG) nicht auf den Sachverhalt von „Orange-Book-Standard“ anzuwenden. In vollem Bewusstsein über dessen Regelungsinhalt entschied er sich insofern dazu, die Vorschriften der §§ 372 ff. BGB und den Gläubigerverzug für den Hinterlegungsgrund analog heranzuziehen und § 37 VGG nur als Begründung dafür zu nutzen, dass die Unbestimmtheit der Lizenzgebühr einer Hinterlegung nicht entgegensteht⁵⁶⁶. Es wäre durchaus möglich gewesen, § 37 VGG analog anzuwenden und dadurch den dogmatischen Begründungsaufwand zu reduzieren, der durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Gläubigerverzug notwendig

⁵⁶⁵ EuGH GRUR 2015, 764 (Rn. 67), siehe außerdem unter § 4 I. 2. a) (S. 145).

⁵⁶⁶ BGH NJW-RR 2009, 1047 (Rn. 40): „Entsprechend der Regelung in § 11 II UrhWG steht es der Hinterlegung der Lizenzgebühr nicht entgegen, dass die Höhe des geschuldeten Betrags noch nicht feststeht, d.h. in diesem Fall von der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB abhängt. Ist ein jedenfalls ausreichender Betrag hinterlegt, kann sich das Verletzungsgericht, wenn auch die übrigen Voraussetzungen des „Zwangslizenzeinwands“ vorliegen, mit der Feststellung begnügen, dass der Patentinhaber zur Annahme des Lizenzvertragsangebots und zur Bestimmung der Lizenzgebühr nach billigem Ermessen verpflichtet ist“. Siehe dazu und zu der Werthaltigkeit dieses Arguments bereits unter § 3 II. 1. b) bb) (S. 98).

wurde⁵⁶⁷. Im Folgenden wird herausgearbeitet, dass es jedoch folgerichtig vom BGH war, § 37 VGG nicht analog heranzuziehen und es im Gegenteil sogar vorzugswürdig wäre, wenn die Vorschrift in Anlehnung an die Entscheidungen „Orange-Book-Standard“ und „Huawei/ZTE“ gewisse Änderungen erfahren würde.

a) Problemgleichlauf

Die Hinterlegungserfordernisse in § 37 VGG und beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand versuchen im Prinzip, das gleiche Problem zu lösen und dieses einem gerechten Interessenausgleich zuzuführen. In beiden Situationen gewährt die Hinterlegung dem Nutzer bzw. dem Lizenzsucher die Gelegenheit zur Selbsthilfe, wenn die Inanspruchnahme staatlicher Stellen zur Durchsetzung ihres Anspruchs auf eine Zwangslizenz zu zeit- und kostenintensiv und für den Rechtsucher deshalb unattraktiv wäre⁵⁶⁸. Im Gegenzug für seine Hinterlegung darf er das ersuchte Recht – obwohl noch keine Einigung über die Lizenzbedingungen zustande kam – bereits nutzen. Dass diese Möglichkeit zu Selbsthilfe besteht, ist letztlich auch darauf zurückzuführen, dass es sich bei dem Leistungsgegenstand in beiden Fällen um ein Immaterialgut handelt, dessen Verwendung der Rechteinhaber bzw. die Verwertungsgesellschaft nicht effektiv verhindern kann, ohne gerichtlich gegen Rechtenutzer vorzugehen. Es liegt insofern ein Problemgleichlauf zwischen § 37 VGG und den Fällen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes vor, der es naheliegend erscheinen lässt, eine einheitliche Lösung für beide Fallgruppen zu entwickeln.

b) Ungebührliche Benachteiligung des Nutzers

Jedoch führt die gesetzliche Regelung in § 37 VGG nicht zu dem von ihr

⁵⁶⁷ Dies ändert gleichwohl nichts daran, dass die Begründung des BGH nach der hier vertretenen Auffassung auch möglich war, siehe dazu eingehend unter § 4 I. 1. c) (S. 126).

⁵⁶⁸ Ein anderer Ansatz wäre es hier, dem Rechtenutzer die Möglichkeit für einstweiligen Rechtsschutz einzuräumen. Dies wird bei anderen Immaterialgüterrechten durchaus so gehandhabt, vgl. dazu die Ausführungen zu § 42a Abs. 1 UrhG unter § 4 III. 2. b) (S. 205) Zu dem Gedanken der Selbsthilfe im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes siehe insbesondere *Beurskens*, Selbsthilfe, S. 131.

angestrebten Interessenausgleich. Vielmehr wird dem Nutzer durch die Regelung nur unzureichend die Möglichkeit verschafft, die von der Verwertungsgesellschaft verwalteten Rechte zu nutzen, wenn diese sich ihrem Kontrahierungszwang aus § 34 VGG entzieht.

aa) Kein Bestreiten der Vergütungspflicht

Die erste unangebrachte Benachteiligung des Nutzers folgt daraus, dass § 37 VGG die Einräumung einer Lizenz bereits fingiert und der Nutzer deshalb bereits vor Nutzung des ersuchten Rechts den Sockelbetrag an die Verwertungsgesellschaft zahlen muss⁵⁶⁹. Sowohl BGH als auch EuGH ermöglichen es dem Lizenzsucher hingegen den gesamten Betrag zu hinterlegen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass ein „vom Nutzer anerkannter Betrag“, wie er in § 37 VGG vorgesehen ist, in Fällen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes nicht zwangsläufig vorliegen muss, denn beide Gerichte sprechen dem Lizenzsucher den Zwangslizenzeinwand auch dann zu, wenn die grundsätzliche Pflicht zur Vergütung bestritten wird⁵⁷⁰.

Es ist indessen kein Grund ersichtlich, warum § 37 VGG eine Anerkennung der Vergütungspflicht zwingend voraussetzt und dem Nutzer dadurch die Möglichkeit verschließt, die Vergütungspflicht dem Grunde nach in Abrede zu stellen. Der Nutzer wird dadurch faktisch dazu gezwungen, eine Vergütungspflicht in Kauf zu nehmen, um in den Genuss der Lizenzfiktion zu kommen. Es ist ohne Weiteres denkbar, dass bestimmte Nutzer deshalb im Einzelfall eine Vergütungspflicht anerkennen, die eigentlich nicht besteht, um von der gesteigerten Rechtssicherheit des § 37 VGG zu profitieren. Dies kann jedoch nicht Inhalt einer Vorschrift sein, die es gerade verhindern soll, dass die Verwertungsgesellschaft einen erhöhten Druck auf den Nutzer ausübt, indem sie die Einräumung der gewünschten Rechte bis zur gerichtlichen Entscheidung des Streites hinauszögert⁵⁷¹.

Überzeugender wäre es deshalb, wenn § 37 VGG auch eingreifen würde,

⁵⁶⁹ Siehe bereits unter § 4 II. 3. b) (S. 192).

⁵⁷⁰ Zu den richterlichen Ausführungen dazu siehe unter § 4 II. 3. c) (S. 192).

⁵⁷¹ Zu diesem Zweck: BT-Drucks. IV/271, 17.

wenn der Nutzer seine Nutzereigenschaft oder eine Vergütungspflicht bestreitet⁵⁷². Dem wird entgegengehalten, dass eine grundsätzliche Zahlungsbereitschaft des Nutzers für § 37 VGG deshalb erforderlich sei, weil es dem urheberrechtlichen Grundsatz der Beteiligung des Urhebers widerspreche, wenn eine Verwertungsgesellschaft Nutzungsrechte ohne Zahlung einer Vergütung einräume⁵⁷³. Eine solche Argumentation liegt jedoch neben dem Problem. Es geht in diesen Fällen schließlich gerade nicht darum, dass der Nutzer wissentlich ein geschütztes Recht verwendet und der Meinung wäre, dessen Nutzung sei vergütungsfrei. Vielmehr will der Nutzer schon die Nutzung des fraglichen Rechts in Abrede stellen⁵⁷⁴. Für dieses nachvollziehbare Bedürfnis des Nutzers bietet § 37 VGG und die darin aufgestellte Hinterlegungsmöglichkeit unverständlicherweise keinen Schutz. Dies ist insbesondere problematisch, weil der EuGH für den kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand festgestellt hat, dass das Recht zum Bestreiten der Vergütungspflicht in Art. 47 der EU-Grundrechte-Charta verankert liegt. Die vom BGH und EuGH aufgestellten Grundsätze zum kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand gewährleisten deshalb einen effektiveren und interessengerechteren Schutz des Lizenzsuchers als ihn § 37 VGG vorsieht.

bb) Verwertungsgesellschaft bestimmt Höhe der Hinterlegungsmasse

Ebenso ist es nicht interessengerecht, dass sich die Höhe des zu hinterlegenden Betrags nach § 37 Nr. 2 VGG allein an der Summe ausrichtet, die von der Verwertungsgesellschaft gefordert wird. Dadurch entsteht eine weitere Möglichkeit für die Verwertungsgesellschaften, die Nutzer – entgegen des ausdrücklichen Zwecks von § 37 VGG – unter erheblichen Druck zu setzen, denn durch überhöhte Forderungen können sie einen massiven Liquiditätsabfluss auf Seiten des Nutzers provozieren⁵⁷⁵. Dieses Problem ist auch nicht bloß theoretischer Natur, denn es

⁵⁷² Dies fordern etwa *Steinbrecher/Scheufele*, ZUM 2016, 91 (94) als Vertreter für den Industrieverband Bitkom e.V., dem Branchenverband der deutschen Informations- und Telekommunikationsbranche.

⁵⁷³ So aber *Freudenberg*, in: BeckOK-UrhG, § 37 Rn. 6.

⁵⁷⁴ Denkbar ist etwa ein Fall, in dem ein Nutzer der Meinung ist, seine Musikstück sei eine freie Bearbeitung i.S.d. § 24 UrhG, wohingegen die GEMA als Verwertungsgesellschaft für urheberrechtlich geschützte Musik diese Ansicht nicht teilt.

⁵⁷⁵ Gleichlautende Kritik äußert auch *Grewenig*, ZUM 2016, 98 (100 f.).

ist nicht unüblich, dass Forderungen der Verwertungsgesellschaft im Nachgang in einem Verfahren vor der Schlichtungsstelle um mehr als 90 % abgesenkt wurden⁵⁷⁶.

Insbesondere wenn § 37 VGG nach dem BGH gerade *nicht* den Zweck verfolgen soll, die Verwertungsgesellschaft vor einer Insolvenz des Nutzers zu schützen⁵⁷⁷, ist nicht ersichtlich, wieso die Hinterlegung des Nutzers die gesamte Forderung der Verwertungsgesellschaft abdecken muss. Vor diesem Hintergrund wäre im Einklang mit dem EuGH in „Huawei/ZTE“ deutlich nachvollziehbarer, dem Nutzer das Risiko einer unrichtigen Bestimmung einer angemessenen Vergütung aufzuerlegen und ihn diesen Betrag hinterlegen zu lassen.

cc) Möglichkeit zu anderen Sicherheitsleistungen

Schließlich ist kein Grund ersichtlich, warum im Rahmen des § 37 VGG allein eine Sicherheitshinterlegung als Sicherungsmittel zulässig sein soll⁵⁷⁸. Sämtliche Sicherheitsleistungen die von § 232 Abs. 1 BGB ermöglicht werden, sind gleichermaßen insolvenzfest⁵⁷⁹. Es erscheint deshalb eher fernliegend, die Sicherheitsleistung auf die Hinterlegung zu beschränken. Für den Nutzer kann die Hinterlegung im Einzelfall im Vergleich zu anderen Sicherungsmöglichkeiten

⁵⁷⁶ So etwa beim Einigungsvorschlag der Schiedsstelle des DPMA v. 5.5.2010, Sch-Urh 57/08, ZUM 2010, 916 (920 ff.). Mit Verweis auf diesen Einigungsvorschlag auch *Grewenig*, ZUM 2016, 98 (100 f.).

⁵⁷⁷ So ausdrücklich BGH GRUR 2000, 872 (874) zu § 11 Abs. 2 UrhWG: „Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 UrhWG soll nicht eine Vermögensposition der Verwertungsgesellschaften begründen und sie - anders als andere Inhaber urheber- und leistungsschutzrechtlicher Befugnisse - gegen die Gefahr sichern, Ansprüche wegen Rechtsverletzungen nach Erwirkung eines Schadensersatztitels nicht mehr vollstrecken zu können“.

⁵⁷⁸ Dieses Problem stellt sich in dieser Form nicht, wenn man mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, dass § 37 Nr. 2 BGB einen Fall der Erfüllungshinterlegung darstellt. Dafür, dass auch andere Sicherungsformen – wie dies in Österreich der Fall ist – zugelassen werden sollten, siehe auch *Steinbrecher/Scheufele*, ZUM 2016, 91 (94); in diese Richtung auch *Conrad*, CR 2016, 157 (163).

⁵⁷⁹ BVerwG NVwZ 2008, 1122 (Rn. 18); *Grotbe*, in: MüKo-BGB, § 232 Rn. 2; für die Hinterlegung gilt das zumindest wegen § 233 BGB, siehe *Bach*, in: BeckOGK-BGB, § 232 Rn. 20.

eine deutlich höhere Belastung bedeuten. Zu nennen ist in diesem Rahmen vor allem die Bankbürgschaft i.S.d. § 232 Abs. 2 BGB, die den Nutzer davor bewahren könnte, den gesamten Hinterlegungsbetrag aus seinem Vermögen aufbringen zu müssen. Das österreichische Bundesgesetz über Verwertungsgesellschaften hat diesen Gedanken aufgegriffen und formuliert in § 36 Abs. 3:

„Verweigert die Verwertungsgesellschaft die Nutzungsbewilligung nur deshalb, weil keine Einigung über die Bemessung des Entgelts erzielt werden kann, dann gilt die Bewilligung als erteilt, wenn der Nutzer den nicht strittigen Teil des Entgelts an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und *eine Sicherheit in der Höhe des strittigen Teils des Entgelts durch gerichtliche Hinterlegung oder Stellung einer Bankgarantie geleistet hat*“⁵⁸⁰.

Dort wird von dem Nutzer nicht bloß ausdrücklich eine Sicherheitsleistung gefordert, wenn er sich einer entsprechenden Lizenzfiktion bedienen will, sondern diese ist auch nicht auf die Hinterlegung beschränkt. Eine Bankgarantie – vergleichbar zur Bürgschaft aus § 232 Abs. 2 BGB – genügt ebenfalls. Dies liegt zugleich auf einer Linie mit der Entscheidung „Huawei/ZTE“ des EuGH und ist vor allem deshalb überzeugend, weil der Verwertungsgesellschaft dadurch keine weiteren Nachteile entstehen.

c) Modifikation von § 37 VGG geboten

Aus den vorigen Ausführungen folgt, dass § 37 VGG nicht nur für die Fälle des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes nicht angewendet werden sollte, sondern dass die Lösung des EuGH in „Huawei/ZTE“ auch für den Anwendungsbereich von § 37 VGG selbst den überzeugenderen Ansatz darstellt. Es wäre insofern interessengerechter, einem Nutzer – zumindest zusätzlich zur Möglichkeit der Lizenzfiktion – die Gelegenheit einer Sicherheitsleistung unter gleichzeitigem Bestreiten der Vergütungspflicht einzuräumen. Im Gegenzug für die Sicherheitshinterlegung oder eine andere – den Gepflogenheiten des jeweiligen Gebiets entsprechende – Sicherheitsleistung sollte dem Nutzer die Möglichkeit eingeräumt werden, die umstrittenen Rechte bereits zu nutzen.

⁵⁸⁰ Hervorhebung durch *Verfasser*.

Im Einklang mit den Ausführungen zum kartellrechtlichen Zwangslizenz einwand wäre es überdies erstrebenswert, dass dem Nutzer die Pflicht auferlegt wird, seine Sicherheitshinterlegung – soweit er diese als Sicherungsmittel gewählt hat – nach einer Einigung über die Lizenzbedingungen in eine Erfüllungshinterlegung umzuwandeln⁵⁸¹. Dadurch könnte auch hier dem Umstand Rechnung werden, dass so nach der Einräumung der Nutzungsrechte die hinterlegte Summe leichter an die Verwertungsgesellschaft ausgeschüttet werden kann und die Schuld entsprechend §§ 376, 378 BGB bereits dadurch erlischt.

d) Zusammenfassung

§ 37 VGG weist damit mehrere Aspekte auf, die dagegen sprechen, die Norm auch für den kartellrechtlichen Zwangslizenz einwand heranzuziehen. Zum einen drängt sie den Rechtesucher ungebührlich in eine Lizenzfiktion, auch wenn möglicherweise ein Bestreiten der Vergütungspflicht näherliegt und rechtlich geboten wäre. Darüber hinaus legt sie die Höhe der zu hinterlegenden Summe ungerechtfertigter Weise vollständig in die Hände des Rechteinhabers, was erhebliches Missbrauchspotenzial eröffnet. Schließlich ist nicht ersichtlich, wieso die Sicherungsform in § 37 Nr. 2 VGG auf die Hinterlegung beschränkt bleibt. Naheliegender wäre es auch hier, wie im Rahmen von „Huawei/ZTE“, die Sicherheiten aus dem Katalog des § 232 BGB zu eröffnen, die den geschäftlichen Gepflogenheiten entsprechen. Dies gilt insbesondere für eine Bankbürgschaft.

Aus diesen Gründen und auch mit Blick auf Art. 47 EU-Grundrechte-Charta wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen in § 37 VGG näher an die vom EuGH in „Huawei/ZTE“ aufgestellten Grundsätze zur Sicherheitsleistung beim kartellrechtlichen Zwangslizenz einwand heranrückt und außerdem eine Umwandlung der Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung nach einer Feststellung einer angemessenen Vergütung verpflichtend vorschreibt.

III. Anwendung der Ergebnisse auf sonstige Immaterialgüter

Anhand des kartellrechtlichen Zwangslizenz einwandes und § 37 VGG wurde

⁵⁸¹ Zu den Vorteilen eines solchen Vorgehens beim kartellrechtlichen Zwangslizenz einwandes siehe eingehend unter § 4 I. 3. c) (S. 178).

herausgearbeitet, dass die von den Gerichten und dem Gesetzgeber angebotenen Lösungen für die Selbsthilfe eines Rechtenutzers, dem eine Zwangslizenz trotz einer entsprechenden Pflicht dazu nicht eingeräumt wird, suboptimal ausgestaltet sind⁵⁸². Die überzeugendste Lösung bot dabei der EuGH in seiner Entscheidung „Huawei/ZTE“, der die Interessen von Lizenzsucher und Patentinhaber zumindest bis zum Zeitpunkt einer Lizenzvereinbarung in einen angemessenen Ausgleich bringt. Es wurde jedoch dargestellt, dass nach einer entsprechenden Sicherheitshinterlegung die verpflichtende Umwandlung in eine Erfüllungshinterlegung angezeigt ist, um im Anschluss an die Lizenzvereinbarung auch dessen Abwicklung zu fördern⁵⁸³. Dies wirft wiederum die Frage auf, ob die hier entwickelte Lösung aus Sicherheitsleistung und (soweit möglich) anschließender Umwandlung in eine Erfüllungshinterlegung auch zu anderen Fällen kompatibel ist, in denen ein Rechteinhaber zur Einräumung einer Zwangslizenz verpflichtet ist.

1. Allgemeiner Gedanke der Selbsthilfe

Die Hinterlegungsmöglichkeiten im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes und von § 37 VGG sind in ihrem Grundwesen letztlich in § 229 BGB verankert. Darin ist der Grundsatz festgelegt, dass derjenige zur Selbsthilfe berechtigt ist, für den obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist⁵⁸⁴. Zutreffend führt *Beurskens* mit Blick auf das Hinterlegungsmodell des BGH im Fall „Orange-Book-Standard“ aus, dass die darin aufgestellten Grundwertungen auch zu der von § 231 BGB angeordnete Risikoverteilung bei der Selbsthilfe kompatibel sind, denn das Risiko eines unzureichenden Hinterlegungsbetrags liegt beim Lizenzsucher und damit bei demjenigen, der in ein fremdes Recht eingreift⁵⁸⁵. Dies gilt in

⁵⁸² Siehe für „Orange-Book-Standard“ und „Huawei/ZTE“ § 4 I. 3. c) (S. 178). Bezüglich § 37 Nr. 2 VGG siehe unter § 4 II. 4. (S. 194).

⁵⁸³ Vgl. dazu unter § 4 I. 3. c) (S. 178).

⁵⁸⁴ Für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand so auch *Beurskens*, Selbsthilfe, S. 132 f., der jedoch – im Widerspruch zu den unter § 4 I. 3. b) cc) (4) (S. 176) gefundenen Ergebnissen – davon ausgeht, dass durch die Hinterlegung auch eine „Sicherheitsleistung wie in § 709 ZPO“ eintrete. Siehe zur notwendigen Höhe des Hinterlegungsbetrags im Fall „Orange-Book-Standard“ unter § 4 I. 1. c) cc) (S. 139).

⁵⁸⁵ *Beurskens*, Selbsthilfe, S. 133.

gleicher Weise für die Lösung des EuGH in „Huawei/ZTE“, denn auch dort trifft den Lizenzsucher im Ergebnis das Risiko, sein Gegenangebot zu niedrig zu bemessen und deshalb mit seiner (Sicherheits-)Hinterlegung hinter dem erforderlichen Betrag zurückzubleiben⁵⁸⁶. Dieses Risiko sowie der mit der Hinterlegung zwangsläufig einhergehende Liquiditätsabfluss bieten eine hinreichende Abschreckung dafür, das Patent voreilig zu nutzen⁵⁸⁷. Aus diesem Grund erscheint die Übertragbarkeit auf sämtliche Konstellationen, in denen der Rechteinhaber eine Lizenzerteilung trotz einer Pflicht dazu verweigert, zunächst naheliegen.

2. Einzelfallbetrachtung

Jedoch existieren zwischen den verschiedenen Arten von Zwangslizenzen gewisse Unterschiede. Deshalb wird im Folgenden anhand ausgewählter Fälle dargestellt, in welchen Bereichen die hier entwickelte Lösung, also die Sicherheitsleistung und anschließende Umwandlung in eine Erfüllungshinterlegung, angewendet werden kann und in welchen dies gerade nicht der Fall ist.

a) § 87 UrhG - die Entscheidung „Online-Videorecorder II“ des Bundesgerichtshofs

Der BGH hat im Nachgang an seine Entscheidung „Orange-Book-Standard“ die Grundideen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes und somit auch das darin entwickelten Hinterlegungserfordernis bereits auf das Urheberrecht – genauer auf das Senderecht aus § 87 UrhG – übertragen. In seiner Entscheidung „Online-Videorecorder II“ hatte er insofern über eine Klage des Fernsehsender RTL gegen den Betreiber der Online-Videorecorderplattform Shift.TV zu entscheiden⁵⁸⁸. Die Plattform Shift.TV⁵⁸⁹ ermöglichte es ihren Nutzern, die von RTL im frei zu empfangenden Fernsehen ausgestrahlten TV-Programme

⁵⁸⁶ Zur notwendigen Höhe der Sicherheitshinterlegung im Fall „Huawei/ZTE“ siehe unter § 4 I. 2. c) cc) (S. 150).

⁵⁸⁷ *Beurskens*, Selbsthilfe, S. 133.

⁵⁸⁸ BGH NJW-RR 2014, 112. Der Sachverhalt sowie die Entscheidung werden im Folgenden verkürzt wiedergegeben.

⁵⁸⁹ Die Plattform firmiert heute (Stand: 3. August 2020) unter YOUTV und kann unter <http://youtv.de/> abgerufen werden.

abzuspeichern, unbegrenzt häufig abzuspielen und herunterzuladen. RTL sah sich dadurch in seinem Senderecht aus § 87 UrhG verletzt und nahm Shift.TV unter anderem auf Unterlassung in Anspruch. Shift.TV wiederum berief sich unter anderem darauf, dass eine Verletzung des Senderechts bereits deshalb ausscheide, weil RTL gem. § 87 Abs. 5 UrhG dazu verpflichtet gewesen wäre, ihr eine Zwangslizenz zu angemessenen Bedingungen einzuräumen.

Der BGH stellte zunächst fest, dass Shift.TV durch sein Angebot des Online-Videorecorders in das Recht zur Weitersendung aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 UrhG eingegriffen habe. Jedoch sei es zumindest denkbar, dass sich der Betreiber der Plattform auf den Zwangslizenzeinwand berufen könne, wenn RTL gem. § 87 Abs. 5 UrhG zur Einräumung einer Zwangslizenz verpflichtet gewesen wäre. In der Sache entschied der BGH indessen nicht, denn er war der Auffassung, dass entsprechend der Regelungen in §§ 92 Abs.2, 128 Abs. 1 VGG in einem Schiedsverfahren vor dem DPMA zu klären gewesen wäre, ob Shift.TV tatsächlich eine Zwangslizenz aus § 87 Abs. 5 UrhG zustand (zum Zeitpunkt der Entscheidung war noch der UrhWG als Vorgänger des VGG in Kraft. Die Regelungen aus §§ 92 Abs.2, 128 Abs. 1 VGG sind insofern inhaltsgleich zu den der Entscheidung zugrundeliegenden §§ 14 Abs. 1 Nr. 2 und 16 Abs. 1 UrhWG). Das Berufungsgericht hätte insofern das gerichtliche Verfahren bis zu einer Entscheidung der Schiedsstelle gem. § 128 Abs. 2 S. 2 VGG⁵⁹⁰ aussetzen müssen. Es spiele diesbezüglich keine Rolle, ob der Lizenzsucher seinen Anspruch auf Einräumung einer Zwangslizenz in einem eigenständigen Verfahren geltend mache oder sich nur zu Verteidigungszwecken auf den Zwangslizenzeinwand berufe, um eine Unterlassungsklage abzuwehren. Der BGH verwies den Rechtsstreit deshalb an die Berufungsinstanz zurück.

Der BGH machte indessen Ausführungen dazu, welche Anforderungen der Betreiber der Online-Videorecorderplattform erfüllen müsse, wenn ihm ein Anspruch aus § 87 Abs. 5 UrhG zustünde. Er griff seine in „Orange-Book-Standard“ entwickelten Kriterien auf und erläuterte, dass der Betreiber bereits diejenigen Verpflichtungen einhalten müsse, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die

⁵⁹⁰ Zum Entscheidungszeitpunkt war die Regelung noch in § 16 Abs. 2 S. 2 VGG verortet.

Benutzung des lizenzierten Gegenstands knüpft, da er den Gegenstand des Schutzrechts bereits benutzt, bevor der Rechtsinhaber sein Angebot angenommen hat. Dies bedeute insbesondere,

„dass [der Betreiber] die sich aus dem Vertrag ergebenden Lizenzgebühren an den Rechtsinhaber zahlen oder die Zahlung dadurch sicherstellen muss, dass sie die Lizenzgebühren nach § 372 S. 1 BGB unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt“⁵⁹¹.

Die Entscheidung des BGH zeigt insofern auf, dass das Hinterlegungserfordernis als Mittel zur Selbsthilfe nicht auf Situationen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes beschränkt ist. Vielmehr wird deutlich, dass die erläuterte Problemlage in vergleichbarer Gestalt in anderen Fällen auftreten kann, in denen eine Zwangslizenz vorenthalten wird. Indem der BGH die Anforderungen aus „Orange-Book-Standard“ vollumfänglich auf das Senderecht aus § 87 Abs. 5 UrhG übertrug, hat er dadurch jedoch auch die Probleme aus der Entscheidung „Orange-Book-Standard“ mitübertragen. Insbesondere ist daran zu kritisieren, dass die angeordnete Erfüllungshinterlegung⁵⁹² dem Sicherheitsbedürfnis des Lizenzsuchers nicht hinreichend Rechnung trägt, wenn eine Verletzung des Senderechts im Ergebnis abzulehnen ist. Die Erfüllungshinterlegung ist für diesen Zweck ungeeignet⁵⁹³. Ebenso wie bei „Orange-Book-Standard“ wäre es im Rahmen von § 87 Abs. 5 UrhG deshalb angezeigt, anstatt der Erfüllungshinterlegung eine Sicherheitsleistung – gegebenenfalls in Form einer Hinterlegung – zu fordern und diese erst nach Abschluss der Lizenzvereinbarung in eine Erfüllungshinterlegung umzuwandeln. Im Übrigen spricht nichts dagegen, das entwickelte Modell im Rahmen von § 87 UrhG fruchtbar zu machen.

⁵⁹¹ BGH NJW-RR 2014, 112 (Rn. 54 a.E.).

⁵⁹² Es wird deutlich, dass der BGH auch hier den Gläubigerverzug in analoger Anwendung als Hinterlegungsgrund annimmt, weil er ausdrücklich auf § 372 S. 1 BGB verweist. Satz 1 der Vorschrift enthält als Hinterlegungsgrund allein den Gläubigerverzug.

⁵⁹³ Eingehend dazu im Falle von „Orange-Book-Standard“ unter § 4 I. 3. b) cc) (4) (S. 176).

b) § 42a Abs. 1 UrhG

Ein weiterer potenzieller Anwendungsfall für die Sicherheitsleistung und anschließender Nutzung liegt in § 42a UrhG⁵⁹⁴. Nach § 42a Abs. 1 S. 1 UrhG ist ein Urheber – unter gewissen zusätzlichen Voraussetzungen – dazu verpflichtet, jedem Hersteller von Tonträgern ein Nutzungsrecht einzuräumen, wenn er bereits einem anderen Hersteller von Tonträgern ein Nutzungsrecht an einem Werk der Musik eingeräumt hat. Insofern ist ein Fall denkbar, in dem sich der Urheber diesem Kontrahierungszwang entzieht. Bei momentaner Rechtslage müsste der Hersteller der Tonträger zunächst – unter nach § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG erleichterten Voraussetzungen – eine einstweilige Verfügung gegen den Urheber erwirken. Vor Erlass einer solchen einstweiligen Verfügung besteht für den Hersteller von Tonträgern keine Möglichkeit, das Werk zu nutzen⁵⁹⁵. Eine Regelung, die zu § 37 VGG vergleichbar ist, existiert nicht. Das Verfahren einer einstweiligen Verfügung ist für den Lizenzsucher hingegen deutlich umständlicher und zeitintensiver und kann deshalb in besonders dringenden Einzelfällen die vollständige Verhinderung seines Rechts herbeiführen⁵⁹⁶. Die Einführung des hier vorgeschlagenen Sicherheitsleistungsmodells würde insofern die Rechtsposition des Lizenzsuchers deutlich verbessern und ihm unmittelbar mit der Sicherheitsleistung die Möglichkeit zur Rechtenutzung ermöglichen⁵⁹⁷. Gleichzeitig wäre die Einschränkung auf Seiten des Urhebers nur von geringer Intensität, denn im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens muss der Lizenzsucher ohnehin

⁵⁹⁴ Sehr ausführlich setzt sich *Kraft*, Zwangslizenz, S. 25 ff. mit § 42a UrhG auseinander.

⁵⁹⁵ BGH GRUR 1998, 376 (378 f.).

⁵⁹⁶ Dafür, dass die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung auch im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes die „Selbsthilfe“ nicht ausschließt auch *Beurskens*, Selbsthilfe, S. 133.

⁵⁹⁷ Für die Einführung einer Hinterlegungsmöglichkeit im Rahmen des § 42a UrhG zur Selbsthilfe spricht sich auch *Weber*, Urheberrechtliche Zwangslizenz, S. 540 f. aus, wobei seine Lösung sich eher an „Orange-Book-Standard“ orientiert als an „Hua-wei/ZTE“.

gem. §§ 936, 921 Abs. 2 S. 2 ZPO eine Sicherheit leisten⁵⁹⁸. Auf diese wäre der Urheber auch verwiesen, wenn der Lizenzsucher nach dem Erlass einer einstweiligen Verfügung in Insolvenz gerät. Die Lösung einer Sicherheitshinterlegung (oder einer sonstigen Sicherheitsleistung) mit einer Umwandlung in eine Erfüllungshinterlegung nach Abschluss der Lizenzvereinbarung würde insofern auch dem Rechteinhaber zugutekommen, denn die Auskehr des nunmehr hinterlegten Betrags wäre für ihn unkomplizierter als der Zugriff auf die Sicherheitsleistung nach §§ 936, 921 Abs. 2 S. 2 ZPO⁵⁹⁹.

c) § 5 Abs. 3 UrhG

Die gleichen Erwägungen können für den Fall der Zwangslizenz an privaten Normwerken aus § 5 Abs. 3 UrhG angestellt werden. Danach besteht – anders als an amtlichen Normwerken nach Abs. 1 – an privaten Normwerken auch dann ein urheberrechtlicher Schutz, wenn amtliche Normwerke auf diese verweisen⁶⁰⁰. Jedoch ist der Urheber gem. § 5 Abs. 3 S. 2 UrhG dazu verpflichtet, jedem Verleger zu angemessenen Bedingungen ein Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung – eine Zwangslizenz – einzuräumen. Gleiches gilt gem. § 5 Abs. 3 S. 3 UrhG für einen Dritten, der Inhaber des ausschließlichen Rechts zur Vervielfältigung und Verbreitung des privaten Normwerks ist. Der Gesetzgeber hat die Regelung in § 5 Abs. 3 UrhG dabei bewusst an § 42a UrhG orientiert⁶⁰¹. Der Lizenzsucher ist deshalb auch hier grundsätzlich darauf verwiesen, den Rechteinhaber im Wege der Leistungsklage auf Erteilung der Zwangslizenz

⁵⁹⁸ Ob dies der Fall ist, liegt letztlich im Ermessen des Gerichts. *Schulze*, in: Schulze/Dreier, § 42a Rn. 21 merkt an, dass im Rahmen des § 42a UrhG eine einstweilige Verfügung nur dann unbedenklich sei, wenn eine Sicherheitsleistung erbracht wird, denn eine Absicherung wie in § 37 VGG bestehe nicht. Dem ist zuzustimmen.

⁵⁹⁹ Siehe dazu, dass der Zugriff auf einen zur Erfüllung hinterlegten Betrag für den Hinterlegungsempfänger unkomplizierter ist als der Zugriff auf einen zur Sicherheit hinterlegten Betrag unter § 4 I. 3. b) bb) (S. 173).

⁶⁰⁰ Ein prominentes Beispiel für solche privaten Normwerke können etwa Normen des Deutschen Institut für Normung e.V. – sog. DIN-Normen – sein, soweit sie den Anforderungen des § 2 Abs. 2 UrhG genügen, siehe dazu etwa OLG Hamburg BeckRS 2017, 121111.

⁶⁰¹ BT-Drs. 15/837, S. 33.

(§ 894 ZPO) in Anspruch zu nehmen; gegebenenfalls kann er eine einstweilige Verfügung erwirken. Analog § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG gilt in diesem Fall die Erleichterung, dass ein Verfügungsgrund nicht nachgewiesen werden muss⁶⁰². Nichtsdestotrotz würden die bereits zu § 42a UrhG genannten Vorteile entstehen, wenn dem Lizenzsucher anstatt der vergleichsweise umständlichen Durchsetzung im Wege der einstweiligen Verfügung auch die Möglichkeit zur Sicherheitsleistung mit anschließender Nutzung – auf eigene Gefahr – eingeräumt würde. Gründe, die diesen Fall von den bisher betrachteten Fällen unterscheiden, sind nicht ersichtlich.

d) § 24 PatG - die Entscheidung „Raltegravir“ des Bundespatentgerichts

Nach den bisherigen Betrachtungen liegt die Vermutung nahe, dass das zuvor entwickelte Modell der Sicherheitshinterlegung mit anschließenden Umwandlungspflicht auch bei der sog. patentrechtliche Zwangslizenz aus § 24 PatG zu angemessenen Ergebnissen führen kann. Danach wird eine Zwangslizenz an einem Patent vom Patentgericht erteilt, wenn der Lizenzsucher sich innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolglos bemüht hat, vom Patentinhaber die Zustimmung zu erhalten, die Erfindung zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen zu benutzen (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG) und das öffentliche Interesse die Erteilung einer Zwangslizenz gebietet (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 PatG).

Jedoch weist § 24 PatG einen entscheidenden Unterschied zu den Fällen des kartellrechtliche Zwangslizenzinwandes sowie den gesetzlichen Regelungen in § 37 VGG und §§ 87 Abs. 5, 42a Abs. 1 und 6 Abs. 3 UrhG auf, den das Bundespatentgericht in seiner Entscheidung „Raltegravir“ herausgearbeitet hat⁶⁰³. Die patentrechtliche Zwangslizenz (oder der Anspruch darauf) aus § 24 Abs. 1 PatG entsteht nämlich nicht bereits durch Zugang eines Lizenzangebots zu bestimmten Bedingungen beim Patentinhaber. Vielmehr wird sie erst durch einen staatlichen

⁶⁰² *Weber*, Urheberrechtliche Zwangslizenz, S. 462 m.w.N.

⁶⁰³ Zu dem Folgenden siehe BPatG GRUR 2017, 373 (Rn. 54), bestätigt durch BGH GRUR 2017, 1017. Die Entscheidung wird teilweise auch als „Isentress“-Entscheidung bezeichnet.

Hoheitsakt – die gerichtliche Entscheidung des Patentgerichts – erteilt. Dieses gerichtliche Verfahren dient gerade dazu, die gegenseitigen Interessen an der Erteilung der Zwangslizenz abzuwägen und so eine verbindliche Entscheidung über die Einräumung der Zwangslizenz und gem. § 24 Abs. 6 S. 4 PatG auch über die entsprechende Vergütung zu treffen. Dadurch scheidet es allerdings aus, die Grundsätze der Entscheidung „Huawei/ZTE“ auf § 24 PatG zu übertragen, denn ein Angebot zum Abschluss eines Lizenzvertrags *muss* der Patentinhaber nie annehmen⁶⁰⁴. Erst die gerichtliche Entscheidung führt die Zwangslizenz herbei. Es wäre deshalb nicht nachvollziehbar, wenn der Lizenzsucher sich des Patents im Gegenzug für eine Sicherheitsleistung bereits bedienen könnte, obwohl der Patentinhaber zur Erteilung einer Zwangslizenz in dem Moment der Sicherheitsleistung noch nicht verpflichtet ist.

Aufgrund der hohen Hürden des § 24 PatG muss außerdem davon ausgegangen werden, dass der in der Vorschrift angeordnete Ablauf für die Erteilung der patentrechtlichen Zwangslizenz abschließend ist⁶⁰⁵. Es ist deshalb nicht angebracht, daneben eine Alternative zum starren Verfahren des § 24 PatG als Selbsthilfe zuzulassen.

Folglich führt die hier vorgeschlagene Lösung von Sicherheitshinterlegung und anschließender Umwandlung in eine Erfüllungshinterlegung keine interessengerechte Lösung herbei, wenn die jeweilige Zwangslizenz ausschließlich eine aufgrund staatlichen Hoheitsakts verliehene Befugnis darstellt⁶⁰⁶. Nur wenn unmittelbar aus dem Gesetz ein Anspruch gegenüber dem Rechteinhaber auf die Erteilung einer Zwangslizenz besteht, ist diese Lösung sinnvoll. Eine Hinterlegungsmöglichkeit ist dem Rechtesucher in diesen Fällen deshalb nicht einzuräumen.

⁶⁰⁴ Ausdrücklich für eine Ablehnung des „starrten Angebot-Annahme-Systems“ auf § 24 PatG: BPatG GRUR 2017, 373 (Rn. 58); *Weisser*, GWR 2017, 134 (135 f.).

⁶⁰⁵ Zu dem abschließenden Charakter des § 24 PatG für das öffentliche Interesse siehe auch LG Düsseldorf GRUR-RS 2017, 104657 (Rn. 135 ff.).

⁶⁰⁶ Dies gilt somit auch für § 20 GebrMG, der § 24 PatG für Gebrauchsmuster für anwendbar erklärt.

e) **Zwischenergebnis**

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die hier vorgeschlagene Lösung einer Sicherheitshinterlegung (oder einer anderen Sicherheit) mit einer anschließenden Umwandlung in eine Erfüllungshinterlegung grundsätzlich helfen kann, dem Rechtesucher zu einer effektiven Durchsetzung seines Anspruchs auf eine Zwangslizenz zu verhelfen, wenn sich der Rechteinhaber dem gesetzlichen Kontrahierungszwang entziehen will. Der Rechteinhaber würde durch die Einfügung eines solchen Selbsthilferechts nicht wesentlich in seiner Rechtsposition beeinträchtigt, könnte sich jedoch gleichzeitig nur deutlich schwerer seiner Pflicht zur Erteilung einer Zwangslizenz entziehen. Die Möglichkeit zur Umwandlung einer Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung würde außerdem die anschließende Abwicklung des entstandenen Lizenzvertrags für beiden Seiten positiv beeinflussen.

Die Einführung einer Sicherheitsleistung im Gegenzug für eine gleichzeitige Nutzung überzeugt jedoch nicht, wenn das Gesetz – wie im Fall des § 24 PatG – den Anspruch auf die Zwangslizenz nicht an die Aufnahme von Vertragsgesprächen koppelt, sondern für das Entstehen des Zwangslizenzanspruchs eine gerichtliche Entscheidung voraussetzt.

3. De lege ferenda

Es wurde damit aufgezeigt, dass die Lösung, die hier für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand vorgeschlagen wurde, auch auf § 37 VGG und unter gewissen Voraussetzungen auch auf sonstige Fälle von Zwangslizenzen an Immaterialgütern übertragen werden kann. Sie führt zu einem interessengerechten Ergebnis und bietet sowohl dem Rechtesucher als auch dem Rechteinhaber Vorteile gegenüber der derzeitigen Rechtslage. Insbesondere die Umwandlungsmöglichkeit von einer Sicherheitshinterlegung zu einer Erfüllungshinterlegung verspricht dabei einen bedeutenden Effizienzgewinn. Sollte deshalb der Gesetzgeber eine Vereinheitlichung der bisher auf verschiedene Gesetze zerstreuten

Immaterialgüterrechte anstreben⁶⁰⁷ und darin ein Selbsthilferecht des Lizenzsuchers festschreiben wollen, wenn ihm eine Zwangslizenz verweigert wird, so böte sich in dem Allgemeinen Teil eines solchen Gesetzes eine Regelung an, in der die folgenden Kernelemente enthalten sind:

- Wenn der Rechteinhaber eines Immaterialguts zur Erteilung einer Zwangslizenz zu angemessenen Bedingungen verpflichtet ist, er dieser Verpflichtung auf Aufforderung des Lizenzsuchers jedoch nicht nachkommt, so darf der Rechtesucher das Immaterialgut bereits nutzen, wenn er eine Sicherheit leistet, die den anerkannten geschäftlichen Gepflogenheiten in dem betreffenden Bereich entspricht. Dies dürften in der Regel die Sicherheitshinterlegung (§ 232 Abs. 1 Var. 1 BGB) und die Erbringung einer Bankbürgschaft (§ 232 Abs. 2 BGB) oder einer Bankgarantie sein.
- Dabei ist für die Höhe der Sicherheitsleistung § 234 Abs. 3 BGB heranzuziehen, wenn die Berechnungsgrundlage für die Sicherheitsleistung nicht frei von Schätzungen ist, insbesondere wenn es sich um eine Stücklizenz oder Lizenz mit Umsatzlizenzengebühren handelt. Verändert sich die Schätzungsgrundlage dahingehend, dass der Aufschlag aus § 234 Abs. 3 BGB überschritten wird, muss der Rechtesucher entsprechend § 240 BGB seine Sicherheitsleistung aufstocken.
- Hat der Rechtesucher seine Sicherheit in Form der Sicherheitshinterlegung geleistet, so muss er im Anschluss an das Zustandekommen einer Lizenzvereinbarung seine Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung nach § 372 BGB umwandeln und auf das Recht zur Rücknahme nach § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB verzichten. Dies gilt jedoch nur für den Teil der Sicherheitshinterlegung, den er auf Grundlage der Einigung oder einer gerichtlichen Bestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB an den

⁶⁰⁷ Ein Vorschlag für ein solches Gesetz wurde etwa 2012 als Modellgesetz, das auch einen Abschnitt über Zwangslizenzen enthalten sollten, vorgelegt von *Abrens/McGuire*, GEE, S. 331 ff.

Rechteinhaber zu zahlen hat.

Ein weiterer Vorteil einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung würde darin liegen, dass im Rahmen des Hinterlegungsantrags auf diese Regelung Bezug genommen werden könnte. Gerade in den Fällen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands, in denen die Hinterlegungsmöglichkeit erst aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgeleitet wird, bedarf es bei derzeitiger Rechtslage einer gewissen Überzeugungsarbeit, bis die Hinterlegungsstelle sich zum Erlass einer Annahmeanordnung bereit erklärt⁶⁰⁸.

IV. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben zunächst gezeigt, dass sich im Rahmen des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes sowohl das Hinterlegungsmodell des BGH in „Orange-Book-Standard“ als auch das Sicherheitsleistungsmodell des EuGH in „Huawei/ZTE“ dogmatisch überzeugend herleiten lassen. Der Hinterlegungsgrund des Gläubigerverzugs aus § 372 S. 1 BGB ist nach der Lösung des BGH zumindest deshalb gegeben, weil der Patentinhaber die Einräumung der Zwangslizenz nicht einseitig verhindern kann. Das Recht zur Sicherheitshinterlegung nach „Huawei/ZTE“ folgt hingegen unmittelbar aus dem Anspruch auf die Erteilung der Zwangslizenz aus Art. 102 AEUV.

Der zentrale Unterschied zwischen den Hinterlegungserfordernissen der beiden Gerichte liegt darin, dass der BGH eine Erfüllungshinterlegung i.S.d. §§ 372 ff. BGB angeordnet hat, wohingegen der EuGH vom Lizenzsucher eine Sicherheitsleistung (§§ 232 ff. BGB) verlangt, die unter anderem in Form einer Sicherheitshinterlegung erbracht werden kann. Dies hat insbesondere Auswirkungen auf die Höhe des erforderlichen Hinterlegungsbetrags. Nach dem BGH muss der Lizenzsucher mit seiner Hinterlegung mindestens den Betrag abdecken, der sich im Anschluss als „billige Lizenzgebühr“ herausstellt, denn andernfalls verliert er seinen Zwangslizenzeinwand. Nach dem EuGH lässt sich

⁶⁰⁸ Zu diesem Problem mit Blick auf die Entscheidung „Orange-Book-Standard“ des BGH auch *Heusch*, GRUR 2014, 745 (748). Zu dem Erfordernis einer Annahmeanordnung im Hinterlegungsverfahren siehe unter § 2 III. 2. c) aa) (2) (S. 28) für die Erfüllungshinterlegung und unter § 2 III. 2. c) bb) (2) (S. 34) für die Sicherheitshinterlegung.

der zu hinterlegende Betrag hingegen anhand des (notwendigerweise) konkreten Lizenzangebot des Lizenzsuchers – gegebenenfalls unter Beachtung von § 234 Abs. 3 BGB – eindeutig bestimmen.

Im Ergebnis ist das vom EuGH gewählte Erfordernis einer Sicherheitsleistung interessengerechter. Die vom BGH geforderte Erfüllungshinterlegung verfehlt das vom Gericht ausdrücklich ausgesprochene Ziel, den Lizenzsucher „für den Fall zu sichern, dass die Klage des Patentinhabers mangels Verletzung abgewiesen wird“. Eine Erfüllungshinterlegung bezweckt nämlich immer den Leistungsaustausch und nicht die Sicherung. Eine Sicherheitsleistung in der Modalität als Hinterlegung wird diesem Bedürfnis hingegen gerecht, denn sie erleichtert dem Lizenzsucher gegebenenfalls die Rückabwicklung der Hinterlegung. Auch die Lösung des EuGH wäre jedoch überzeugender, wenn sie den Lizenzsucher nach Abschluss einer Lizenzvereinbarung dazu verpflichten würde, seine Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung umzuwandeln, um so die – dann im Fokus stehende – Abwicklung des Rechtsgeschäfts zu fördern und Streitigkeiten um die Freigabe der Hinterlegungsmasse zu minimieren.

Entgegen der herrschenden Meinung ist deshalb auch das in § 37 Nr. 2 VGG angeordnete Hinterlegungserfordernis nicht als Erfüllungshinterlegung i.S.d. §§ 372 ff. BGB, sondern als Sicherheitshinterlegung nach § 232 Abs. 1 Var. 1 BGB zu verstehen. Würde es sich um eine Erfüllungshinterlegung handeln, wäre dem Sicherungsbedürfnis des Nutzers nicht gedient. Außerdem spricht die systematische Gleichstellung zu einer Zahlung unter Vorbehalt für ein Verständnis als Sicherheitsleistung, denn eine Zahlung unter Vorbehalt soll gerade keine Erfüllungswirkung herbeiführen. Gleichwohl benachteiligt § 37 Nr. 2 VGG den Nutzer ungebührlich, weil sie ihm das Recht verweigert, das grundsätzliche Bestehen der Vergütungspflicht zu bestreiten, und weil die Verwertungsgesellschaft die Höhe der erforderlichen Sicherheitsleistung frei bestimmen kann. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH in „Hua-wei/ZTE“ wäre es deshalb interessengerechter, dem Nutzer auch hier die Möglichkeit zu eröffnen, die Vergütungspflicht zu bestreiten und das ersuchte Recht bei entsprechender Sicherheitsleistung bereits zu nutzen. Auch hier würde sich eine spätere Umwandlungspflicht der Sicherheitshinterlegung in eine Erfüllungshinterlegung aus Effizienzgründen anbieten.

Daneben folgt aus einer exemplarischen Betrachtung von weiteren Vorschriften, dass die für den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand und § 37 Nr. 2 VGG vorgeschlagene Lösung aus Sicherheitshinterlegung und anschließender Umwandlung in eine Erfüllungshinterlegung auch bei sonstigen Immaterialgütern einen angemessenen Interessenausgleich herbeiführen kann, wenn ein Rechteinhaber sich der Erteilung einer Zwangslizenz verweigert. Sollte der Gesetzgeber deshalb in einem künftigen Gesetz über geistiges Eigentum ein allgemeines Recht verankern wollen, nach dem ein Rechtesucher ein Immaterialgut bereits nutzen darf, wenn ihm ein Rechteinhaber entgegen eines Kontrahierungszwangs eine Lizenz verweigert, so würde eine Sicherheitshinterlegung mit anschließender Umwandlungspflicht in eine Erfüllungshinterlegung dafür ein geeignetes Mittel darstellen.

§ 5 ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE

Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat aus §§ 372 ff. BGB und die Hinterlegung als Sicherheitsleistung aus § 232 Abs. 1 Var. 1 BGB sind strikt voneinander zu trennen. Andernfalls folgen unauflösbare Widersprüche hinsichtlich des Zwecks der Hinterlegung, des Umfangs der Hinterlegungsmasse sowie des Ablaufs des Hinterlegungsverfahrens.

Mit Blick auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand haben der BGH und der EuGH gerade diese beiden unterschiedlichen Typen der Hinterlegung angeordnet: Nach „Orange-Book-Standard“ gehört eine Erfüllungshinterlegung zum Pflichtenkatalog des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands, wohingegen nach „Huawei/ZTE“ eine Sicherheitshinterlegung oder eine sonstige Sicherheitsleistung erforderlich ist. Wenngleich beide Hinterlegungsformen beim kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes dogmatisch überzeugend hergeleitet werden können, ist die Lösung des EuGH in „Huawei/ZTE“ interessengerechter und deshalb vorzuziehen. Nur die dort angeordnete Sicherheitsleistung erfüllt hinreichend den – auch vom BGH ausdrücklich angestrebten – Zweck der Sicherung des Lizenzsuchers. Die auf Schuldabwicklung gerichtete Erfüllungshinterlegung nach §§ 372 ff. BGB fördert diesen Zweck nur scheinbar.

Entgegen der herrschenden Meinung ist auch das gesetzliche Hinterlegungserfordernis in § 37 Nr. 2 VGG als Erfordernis zur Sicherheitshinterlegung zu verstehen, denn nur diese kann einer Sicherung des Nutzers dienen. Um einer ungebührlichen Benachteiligung des Nutzers vorzubeugen, wäre es überdies erstrebenswert, wenn § 37 Nr. 2 VGG näher an die vom EuGH in „Huawei/ZTE“ aufgestellten Rahmenbedingungen herangerückt würde und insbesondere auch bei einem generellen Bestreiten der Vergütungspflicht Anwendung finden würde.

Schließlich wäre es sowohl im Rahmen von „Huawei/ZTE“ als auch bei § 37 Nr. 2 VGG aus praktischer Perspektive nachvollziehbar, wenn die Sicherheitshinterlegung nach einer abschließenden Klärung der Lizenzmodalitäten

durch den Rechtesucher in eine Erfüllungshinterlegung umgewandelt werden müsste, um so eine abschließende Abwicklung des Schuldverhältnisses voranzutreiben.

De lege ferenda könnte eine Regelung geschaffen werden, die dem Rechtesucher eine solche Sicherheitshinterlegung mit anschließender Umwandlungspflicht in eine Erfüllungshinterlegung generell zur Verfügung stellt, wenn ein Rechteinhaber seiner Pflicht zur Erteilung einer Zwangslizenz nicht nachkommt.

§ 6 ANHANG

Auf den folgenden Seiten ist der Anhang zu dieser Arbeit abgedruckt.

I. Vordruck Hinterlegungsantrag auf Geldhinterlegung

Der folgende Vordruck entstammt der Website des Amtsgerichts Berlin und wird dort als „Antrag auf Geldhinterlegung“ überschrieben.⁶⁰⁹

**Amtsgericht Tiergarten
-Hinterlegungsstelle-
Turmstraße 91
10559 Berlin**

Aktenzeichen
87 HL _____

Antrag auf Annahme von Geldhinterlegung

1. Hinterlegerin / Hinterleger
(Name, Vorname bzw. Firma, Anschrift, ggf. Geburtsdatum bzw. Registernummer, Telefonnummer, Aktenzeichen)

Vertreterin / Vertreter
(Name, Vorname bzw. Firma, Anschrift, ggf. Telefonnummer, Aktenzeichen)

2. Betrag

01_Antrag_auf_Geldhinterlegung_003.10)

⁶⁰⁹ *Amtsgericht Berlin, Geldhinterlegung.*

3. Hinterlegungsgrund

(Angabe des Sachverhalts, der die Hinterlegung begründet; entsprechende Unterlagen sind zu benennen und in Kopie beizufügen, z.B. gerichtliche Entscheidungen, Schriftverkehr)

4. Empfangsberechtigte, die für den zu hinterlegenden Betrag in Betracht kommen

(Name, Vorname bzw. Firma, Anschrift, ggf. Geburtsdatum bzw. Registernummer)

5. Rücknahmeverzicht (nicht ausfüllen, wenn die Hinterlegung einer Sicherheitsleistung beantragt wird)

(Erklärung zur Befreiung der Hinterlegerin / des Hinterlegers (Nr. 1) von der Verbindlichkeit)

Auf das Recht zur Rücknahme wird verzichtet.

ja

nein

(keine schuldbefreiende Hinterlegung)

Gegenleistung gemäß § 9 Abs. 4 BerlHintG (nicht ausfüllen, wenn die Hinterlegung einer Sicherheitsleistung beantragt wird)

(Gegenleistung von der das Recht der / des Empfangsberechtigten (Nr.4) zum Empfang des hinterlegten Betrages abhängig gemacht wird)

(Ort, Datum)

(Unterschrift/en, Name/n in Druckbuchstaben, ggf. Firmenstempel)

II. Vordruck Hinterlegungsantrag für eine Sicherheitsleistung

Der folgende Vordruck entstammt der Website des Amtsgerichts Berlin und wird dort als „Hinterlegungsantrag Sicherheitsleistungen“ überschrieben⁶¹⁰.

**Amtsgericht Tiergarten
-Hinterlegungsstelle-
Turmstraße 91
10559 Berlin**

Aktenzeichen:
87 HL _____

Antrag auf Annahme von Geldhinterlegung

1. Hinterlegerin / Hinterleger
(Name, Vorname bzw. Firma, Anschrift, ggf. Geburtsdatum bzw. Registernummer, Telefonnummer, Aktenzeichen)

Vertreterin / Vertreter
(Name, Vorname bzw. Firma, Anschrift, ggf. Telefonnummer, Aktenzeichen)

2. Betrag

Stc_Hinterlegungsantrag_Sicherheitsleistungen_U05 14)

⁶¹⁰ *Amtsgericht Berlin, Hinterlegungsantrag Sicherheitsleistungen.*

3. Hinterlegungsgrund

(Angabe des Sachverhalts, der die Hinterlegung begründet; entsprechende Unterlagen sind zu benennen und in Kopie beizufügen, z.B. gerichtliche Entscheidungen, Schriftverkehr)

Sicherheitsleistung zur

Durchführung
 Abwendung
 Einstellung

der Zwangsvollstreckung
gemäß

Urteil
 Beschluss

des _____ vom _____,

Aktenzeichen: _____

Anlage:
Kopie der gerichtlichen Entscheidung

4. Empfangsberechtigte, die für den zu hinterlegenden Betrag in Betracht kommen

(Name, Vorname bzw. Firma, Anschrift, ggf. Geburtsdatum bzw. Registernummer)

a) Hinterleger / Hinterlegerin wie Nr. 1.

b) Gegenseite:
(namentlich benennen)

(Ort, Datum)

(Unterschrift/en, Name/n in Druckbuchstaben, ggf. Firmenstempel)

III. Vordruck Freigabeerklärung

Der folgende Vordruck entstammt der Website des Amtsgerichts Berlin und wird dort als „Freigabeerklärung“ überschrieben⁶¹¹.

**Amtsgericht Tiergarten
- Hinterlegungsstelle -
Turmstraße 91
10559 Berlin**

Aktenzeichen:

87 HL _____ / _____

Freigabeerklärung

Hiermit gebe ich / geben wir, _____,
(Name, Vorname bzw. Firma, Anschrift)

einen Betrag in Höhe von _____, EUR

zugunsten der / des _____,
(Name, Vorname bzw. Firma, Anschrift)

frei.

(Ort, Datum)

(Unterschriften, Name/n in Druckbuchstaben, ggf. Firmenstempel)

Hinweise:

- Fügen Sie jeweils eine Kopie des Personaldokuments bei.
- Weisen Sie gegebenenfalls die Vertretungsberechtigung durch Vollmacht/en im Original bzw. Handelsregisterauszüge nach.

05_Freigabeerklärung_(03.16)

⁶¹¹ *Amtsgericht Berlin, Freigabeerklärung.*

Selbstständigkeitserklärung

Hiermit versichere ich an Eides statt, dass die vorliegende Arbeit von mir selbstständig und ohne unerlaubte Hilfe Dritter verfasst wurde und ich keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet sowie wörtliche und sinngemäße Zitate als solche kenntlich gemacht habe. Diese Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde bisher nicht veröffentlicht.

Berlin, 19. Dezember 2022

Lorenz Frey