

# Innovation durch Vertragsforschung Zur Entwicklung eines Rechtsgebiets

Dr. Markus Zirkel

## 1 Einleitung

Der Jubilar steht nunmehr fast zwei Jahrzehnte dem Vorstandsbereich Personal und Recht der Fraunhofer-Gesellschaft vor. Diese 1949 als gemeinnütziger Verein auf Initiative des Bayerischen Wirtschaftsministeriums und der Industrie gegründete Einrichtung ist heute Europas führende Trägerorganisation für angewandte Forschung.

Der Weg der Fraunhofer-Gesellschaft hierhin verlief nicht geradlinig<sup>1</sup>. In ihren Anfängen vermittelte sie zunächst Fördermittel für Einzelprojekte der angewandten Forschung<sup>2</sup>. Erst Mitte der 50er Jahre entstanden die ersten Institute in Baden-Württemberg und Bayern. Entscheidend für die Entwicklung der Fraunhofer-Gesellschaft war, dass aufgrund einer Empfehlung des Wissenschaftsrats im Jahre 1965 die Fraunhofer-Gesellschaft ab 1968 in die institutionelle Förderung durch das Bundesforschungsministerium aufgenommen wurde, um so die Lücke zwischen der zweckfreien Grundlagenforschung und der häufig zu stark produktbezogenen Forschung der Industrie zu schließen<sup>3</sup>. Diese institutionelle Förderung (Grundfinanzierung) ermöglichte es der Gesellschaft, die Vertragsforschung durch strategische Eigenforschung zu ergänzen<sup>4</sup>. Der Ausbau der Fraunhofer-Gesellschaft zur Trägerorganisation für die angewandte Forschung in Deutschland erfolgte nach einer Umstrukturierung Anfang der 70er Jahre mit der Einführung des so genannten »Fraunhofer-Modells«, das die staatliche Grundfinanzierung vom Umfang der eingeworbenen Industrieaufträge abhängig machte.

Neben zukunftsrelevanten Forschungsprojekten, die im Auftrag und mit der Förderung durch Ministerien und Behörden des Bundes und der Länder durchgeführt werden, stammt etwa ein Drittel des Forschungsbudgets der Fraunhofer-Gesellschaft aus der so genannten Auftragsforschung. Damit ist die Fraunhofer-Gesellschaft wesentlicher Akteur im Bereich der Auftragsforschung und der damit in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen, die

1 Zur Geschichte der Fraunhofer-Gesellschaft vgl. etwa Trischler/von Bruch, *Forschung für den Markt – Geschichte der Fraunhofer-Gesellschaft*.

2 Polter in: *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Auflage, S. 1301.

3 Meusel, *Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht*, 2. Auflage, S. 86 f.

4 Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, S. 438 f.

lange Zeit trotz der wirtschaftlichen Bedeutung<sup>5</sup> in Rechtsprechung und der juristischen Literatur ein Schattendasein geführt haben. Erst mit der Entscheidung des BGH vom 16.7.2002<sup>6</sup> ist der Forschungs- und Entwicklungsvertrag als besonderer Vertragstypus ins Bewusstsein der Fachwelt gerückt<sup>7</sup>. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend zunächst der Frage nachgegangen werden, worin der Vorteil der angewandten Forschung zu sehen ist und woraus sich die staatliche Förderung rechtfertigt, was exemplarisch am Beispiel der Fraunhofer-Gesellschaft dargestellt werden soll. Daran anschließend soll die Frage behandelt werden, wie die Vertragsforschung rechtlich zu bewerten ist.

5 Im Jahr 2001 lag das deutsche Forschungsbudget bei 54,2 Mrd Euro, vgl. Bundesbericht Forschung 2004.

6 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01, MDR 2003,144 f. = BB 2002, 2039 f. = ITBR 2003, 24 = NJW 2002, 3323 ff. = JZ 2003, 369 mit Anm. Roth. Zuvor nur LG Hannover v. 13.7.1998 – 20 O 200/97, NJW-RR 1999, 1655 f.

7 Vgl. nunmehr Beaumart in Forschungs- und Entwicklungsverträge in: Wissenschaft und Technik, S. 39 ff.; Schmeißer/Zirkel MDR 2003, 849 ff.; Roth JZ 2003, 371 f.; Nicklisch in Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, S. 5 ff.; Rosenberger, Verträge über Forschung und Entwicklung, insb. S. 219 ff.; Aus der Kommentarliteratur: Bamberger/Roth – Voit, § 631 Rn. 16; Erman – S. Edenfeld, 11. Aufl., § 611 Rn. 51; MüKomm-Busche, 4. Aufl., § 631 Rz. 260; Palandt-Sprau, 66. Aufl. Einf. v. § 631 BGB Rz. 23. Vorher insbesondere Ullrich in: FS für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, S. 298 ff.; für das schweizer Recht: Störi, Forschungs- und Entwicklungsverträge, S 106 ff.

## 2 Zweck der angewandten Forschung und ihrer staatlichen Förderung

Forschung und Entwicklung ist mit großen Unwägbarkeiten verbunden. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich die Irrwege und Fehlschläge beispielsweise in der medizinischen Forschung im Bereich HIV vor Augen führt. Überspitzt wird formuliert, dass »in der Forschung immer mindestens die Hälfte des Geldes zum Fenster hinausgeworfen werde, man zu Beginn nur nie wisse welche«<sup>8</sup>. Gerade kleinere und mittlere Unternehmen scheuen daher oft das mit Forschungs- und Entwicklungsprojekten verbundene finanzielle Risiko. Dieses ist gerade bei innovativen Vorhaben sehr groß.

Allerdings werden allgemein Innovationen als zentrale Triebfeder für die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft begriffen, die mittelbar zu einer höheren Beschäftigung führen<sup>9</sup>. Daher gewinnt in einer globalisierten Welt die Entwicklung innovativer Produkte und Dienstleistungen immer stärker an Bedeutung. Die Ausgaben einer Volkswirtschaft für Forschung und Entwicklung sind ein wichtiger Indikator für den Innovationswillen und das Innovationsvermögen eines Landes. Gerade die Erfahrung zeigt, dass Länder, die sich stark im Bereich Bildung, Forschung und Entwicklung engagieren auch ein höheres Wirtschaftswachstum erreichen. Forschung verspricht erst technischen und vor allem ökonomischen Nutzen durch eine gewerbliche, soziale oder politische Anwendung der Forschungsergebnisse<sup>10</sup>. Ohne Bildung fehlen die Fachkräfte, ohne Forschung die Ideen

8 Schmeißer/Zirkel, MDR 2003, 849, 850; vgl. auch Kaiser in: Schneider/v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, S. 961.

9 BT-Drucks. 15/3300 – Bundesforschungsbericht 2004, S. VIII, abrufbar unter: <http://dip.bundestag.de/btd/15/033/1503300.pdf> (Stand Juli 2006).; Störi, Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 2 f.; Rüttgers in: Bullinger, Dienstleistungen – Innovation für Wachstum und Beschäftigung, S. 3, 4 ff.; vgl. Ch. Leitl in: H. W. Schneider, Steuerliche Begünstigung von Forschung und Entwicklung, S. V; vgl. Ullrich, Mehr Initiative, mehr Innovation, Mitteilung der deutschen Patentanwälte 1997, 80, 83; kritisch Stille/Bitzer in: Beschäftigung, S. 15 ff. insbesondere S. 56, da eine empirische Bestätigung der positiven Beschäftigungswirkung bisher nur eingeschränkt vorliege, die aber trotzdem Innovationsaktivitäten für erforderlich halten, um die Beschäftigungsmöglichkeiten zu sicher. Richtig hieran ist, dass die Beschäftigungswirkung von Innovationen nicht nur von der Entwicklung neuer Technologien abhängt, sondern vielmehr auch für die Entwicklung neuer Märkte maßgeblich ist, wie sich am Beispiel von Telekommunikation und Multimedia zeigen lässt (vgl. Lehner/Baethge/Kühl/Stille in: Bullinger, Dienstleistungen – Innovation für Wachstum und Beschäftigung, S. 463, 485 ff.).

10 Trischler/von Bruch, Forschung für den Markt – Geschichte der Fraunhofer-Gesellschaft, S. 316 f.

für die Innovationen und damit für die Produkte von morgen. Erst in diesem Fall wird aus der Erfindung Innovation. Diese wiederum bildet die Grundlage für zukünftige Arbeitsplätze und damit die Grundlage für nachhaltigen Wohlstand und sozialen Frieden<sup>11</sup>.

Daher gehörte es zu den wesentlichen Instrumenten der wirtschaftspolitischen Strategie, die Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Volkswirtschaft, Forschung und Entwicklung privater Unternehmen wie auch staatlicher Institutionen zu fördern. Forschungsförderung ist damit eine zentrale Aufgabe des Staates. Die Forschungsförderung findet auf verschiedenen Grundlagen und auf sehr unterschiedliche Art und Weise statt. Zu den Instrumenten der Forschungsförderung gehören zunächst finanzielle Anreize, wie indirekte und direkte Forschungsförderung; des Weiteren das Vorhalten einer innovationsorientierten Infrastruktur (Ermöglichung des Technologietransfers) wie Erfinderberatung oder Schaffung von Forschungs- und Entwicklungsnetzwerken, als auch die institutionelle Förderung, beispielsweise der außeruniversitären Forschungseinrichtungen<sup>12</sup>. Hier hat sich gezeigt, dass es wichtig ist, neben der zweckfreien Grundlagenforschung die anwendungsorientierte Forschung zu fördern, die anders als die industrielle Forschung nicht ausschließlich produktbezogen ist, da das wirtschaftliche Wachstum vor allem auf der Innovationskraft der wissenschafts- und technikintensiven Wirtschaftszweige beruht<sup>13</sup>.

Allerdings genügt es nicht allein lediglich die Forschungsdienstleistung anzubieten und darauf zu vertrauen, dass die betreffende Institution sich von selbst tragen würde. Vielmehr ist eine institutionelle Förderung notwendig, wie dies insbesondere auch das Beispiel der Fraunhofer-Gesellschaft zeigt<sup>14</sup>, die gemäß Art. 91b GG eine Grundfinanzierung erhält. Erst durch die institutionelle Förderung wird es den Instituten der Fraunhofer-Gesellschaft ermöglicht, eine vorbereitende und unabhängige Grundlagenforschung

11 BT-Drucks. 15/3300 – Bundesforschungsbericht 2004, S. VIII, abrufbar unter: <http://dip.bundestag.de/btd/15/033/1503300.pdf> (Stand Februar 2007); vgl. auch Warnecke, in: Kunststück Innovation – Praxisbeispiele aus der Fraunhofer-Gesellschaft, S. 1.

12 H. W. Schneider, Steuerliche Begünstigung von Forschung und Entwicklung, S. 5.

13 Trischler/von Bruch, Forschung für den Markt – Geschichte der Fraunhofer-Gesellschaft, S. 256.

14 Vgl. Polter in: Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Auflage, S. 1301 f.

15 Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 438 f.; BT-Drucks. 15/3300 – Bundesforschungsbericht 2004, Teil I, S. 80, abrufbar unter: <http://dip.bundestag.de/btd/15/033/1503300.pdf> (Stand Februar 2007).

sowie eine am Markt orientierte Vorlaufsforschung durchzuführen<sup>15</sup>. Dabei dynamisiert das »Fraunhofer-Modell«<sup>16</sup> die institutionelle Förderung des Staates, indem es die Höhe dieser Förderung an die der eingeworbenen Drittmittel anknüpft. So kommt es zu einer Drittelfinanzierung aus Grundfinanzierung, öffentlicher Projektförderung und eingeworbenen Forschungsaufträgen aus der Wirtschaft. Die erfolgsabhängige Grundfinanzierung führt zu einer an den volkswirtschaftlichen Bedürfnissen ausgerichteten Forschungsarbeit der Institute und zu einem effizienten Technologietransfer in die Wirtschaft. Gleichzeitig sichert sie eine gewisse Unabhängigkeit gegenüber dem Staat und auch der Wirtschaft<sup>17</sup>.

Vor diesem Hintergrund betreibt die Fraunhofer-Gesellschaft – jedoch nicht nur diese<sup>18</sup> – anwendungsorientierte Forschung zum unmittelbaren Nutzen für Unternehmen und zum Vorteil der Gesellschaft, indem sie die Erkenntnisse der Grundlagenforschung mit den Bedürfnissen der Wirtschaft nach neuen Verfahren und Produkten verbindet und so zur Wettbewerbsfähigkeit der Region, Deutschlands und Europas beiträgt. Dabei zielen die Fraunhofer-Institute an über 40 Standorten in ganz Deutschland auf eine wirtschaftlich erfolgreiche, sozial gerechte und umweltverträgliche Entwicklung der Gesellschaft ab<sup>19</sup>. Sie deckt somit auch den Bedarf an Forschungsleistung aus der Wirtschaft, insbesondere von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), die oftmals über keine speziellen Forschungskapazitäten verfügen können. Diese sind daher darauf angewiesen ihren Bedarf durch den Zukauf externer Forschungsdienstleistung zu decken. Gerade bei größeren Forschungseinrichtungen, die ein breites Spektrum an Forschungsleistung anbieten, erhält der Auftraggeber die Möglichkeit, auf eine Vielzahl von Experten zugreifen zu können. Gerade im Zugang zu diesem hochqualifiziertem Personal und dessen zeitlich begrenztem Einsatz für ein bestimmtes zeitlich begrenztes Projekt liegt auch der volkswirtschaftliche Vorteil der Vertrags-

16 Zur Entstehung des Modells vgl. Hohn/Schimank, Konflikte und Gleichgewichte im Forschungssystem der Bundesrepublik Deutschland, S. 223 ff.

17 Trischler/von Bruch, Forschung für den Markt – Geschichte der Fraunhofer-Gesellschaft, S. 398 f.; Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 439.

18 Auch bei den Hochschulen bildet die Vertragsforschung mehr und mehr den Schwerpunkt der vertraglichen Zusammenarbeit zwischen Hochschule und Wirtschaft, vgl. Sandberger in Nicklisch, Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, S. 17, 19.

19 Das Fraunhofer-Haus – Wissenschaft und Öffentlichkeit, S. 11; Trischler/von Bruch, Forschung für den Markt – Geschichte der Fraunhofer-Gesellschaft, S. 319.

forschung. Kleinen und mittleren Unternehmen ist es nicht möglich, die für ihre Forschungs- und Entwicklungsprojekte erforderlichen Wissenschaftler zu rekrutieren oder gar einen Pool von Wissenschaftlern auszuhalten, die darüber hinaus eventuell auch nur für ein einziges spezifisches Problem im Projekt benötigt werden<sup>20</sup>. Welcher Spezialist ließe sich schon auf einen auf zwei Monate begrenzten Arbeitsvertrag ein, ohne dass ihm die Perspektive einer dauerhaften Anstellung in Aussicht gestellt würde? Der Vorteil für den Auftraggeber liegt somit – gerade bei großen wissenschaftlichen Einrichtungen – darin, dass Wissenschaftler aller möglichen Fachrichtungen für das beauftragte Projekt hinzugezogen werden können und sich somit aus Sicht des Auftraggebers die Chancen für das Erreichen des mit dem Projekt angestrebten Erfolgs erhöhen<sup>21</sup>.

Gestützt auf die institutionelle Finanzierung durch Bund und Länder wurde es der Fraunhofer-Gesellschaft ermöglicht, sich zu einem der wesentlichen Akteure der bundesdeutschen Vertragsforschung zu entwickeln. Diese Entwicklung, die ihren Anfang in den 60er Jahren nahm, hat die Fraunhofer-Gesellschaft bis heute zu Europas größter Trägerorganisation für die angewandte Forschung – und damit der Vertragsforschung – gemacht. Dieser Umstand macht es für die Fraunhofer-Gesellschaft notwendig, sich seit den 70er Jahren mit den zivilrechtlichen Fragen der Vertragsforschung auseinanderzusetzen. Den diesbezüglichen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

20 Vgl. Störi, Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 1 f.

21 Trischler/von Bruch, Forschung für den Markt – Geschichte der Fraunhofer-Gesellschaft, S. 258.

### **3 Der BGH und der Forschungs- und Entwicklungsvertrag – Die Entwicklung vor der Schuldrechtsreform**

Die seit Anfang der 70er Jahre von der Fraunhofer-Gesellschaft durchgeführte Vertragsforschung findet auf der Grundlage von so genannten Forschungs- und Entwicklungsverträgen (im folgenden: »FuE-Verträge«) statt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass auch die konkrete Projektförderung zum Teil auf der Grundlage von so genannten FuE-Verträgen<sup>22</sup> stattfinden kann. Dieser Typus des FuE-Vertrags soll jedoch bei der weiteren Betrachtung außer Acht bleiben, da es sich um Zuwendungsverträge handelt, die nicht unmittelbar auf Leistung und Gegenleistung abzielen, wie dies für die Vertragsforschung wesentlich ist. Da der Begriff des FuE-Vertrags keine festen Konturen hat und im Einzelfall sehr unterschiedliche Fallgestaltungen bezeichnet<sup>23</sup>, soll zunächst eine Begriffsbestimmung des FuE-Vertrags vorgenommen werden, der die Grundlage für die weiteren Ausführungen bildet.

#### **3.1 Was ist ein FuE-Vertrag – Versuch einer Definition**

Um nicht in einen unproduktiven Disput über Begrifflichkeiten zu geraten, erscheint mir folgende Erkenntnis wichtig: Für die jeweils vorgenommene Begriffsbestimmung ist die Funktion maßgeblich, die der Begriff in dem konkreten Kontext erfüllen soll. Damit ist es durchaus möglich, dass die vorgeschlagene Definition des Begriffs in einem Zusammenhang sinnvoll sein kann, in einem anderen Zusammenhang jedoch nicht.

Vorliegend ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung der FuE-Vertrag und insbesondere die Frage nach seiner vertragstypologischen Einordnung, da hierdurch maßgeblich die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bestimmt werden.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu Störi, Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 23 ff.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu beispielsweise Rosenberger, Verträge über Forschung und Entwicklung, Kap. 1 Rn. 15; f.; Meusel, Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht, 2. Aufl., Rn. 541; Sandberger in: Nicklisch, Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, S. 17, 19 f.

In diesem Zusammenhang wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, dass es maßgeblich darauf ankomme, ob Gegenstand des Vertrags eine Forschungs- oder eine Entwicklungsleistung sei<sup>24</sup>. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass diese Definition nicht sinnvoll erscheint, da beide Begriffe sich nicht trennscharf voneinander abgrenzen lassen<sup>25</sup>.

Andere wiederum meinen, dass der FuE-Vertrag nur Leistungen auf naturwissenschaftlichem oder technischem Gebiet umfassen könne<sup>26</sup>. Auch diese Beschränkung scheint für die vorliegende Fragestellung zu weitgehend. Innovation und die ihr vorausgehende Forschung und Entwicklung ist nicht auf den Bereich der Technik und Naturwissenschaft beschränkt. Innovation findet auch durch neue Dienstleistungsangebote oder beispielsweise durch neue Strukturen und Abläufe in den Unternehmen statt<sup>27</sup>, ist also nicht auf das Technische oder Naturwissenschaftliche beschränkt.

Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, in einer ersten Annäherung, den FuE-Vertrag als einen Vertrag zu beschreiben, durch den der Auftragnehmer sich zur Durchführung des vertragsgegenständlichen Forschungs- und Entwicklungsprojekts im primären Interesse des Auftraggebers verpflichtet und der Auftraggeber an den Projektergebnissen ein irgendwie geartetes Nutzungsrecht erhält<sup>28</sup>.

Folglich enthält ein FuE-Vertrag Regelungen zum Vertragsgegenstand, die zumeist in einer Aufgabenbeschreibung niedergegangen sind. In dieser Aufgabenbeschreibung wird üblicherweise die Aufgabenstellung im Hinblick auf den konkreten Anwendungszweck, den Inhalt und Umfang der durchzuführenden Arbeiten, der Bearbeitungszeitraum sowie allgemein das angestrebte Forschungs- und Entwicklungsziel beschrieben. Diese Beschreibung enthält oftmals auch einen kurzen Abriss des derzeitigen Stands der Technik beziehungsweise des betreffenden Fachgebiets<sup>29</sup>. Des weiteren wird die Frage behandelt, wer in welchen Umfang die Projektergebnisse nutzen darf

24 Sandberger in: Nicklich, Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, S. 17, 19; sowie Möffert, Münchner Vertragshandbuch, Band 2, 5. Aufl., VIII. 1, S. 907.

25 Rosenberger, Verträge über Forschung und Entwicklung, Kap. 1 Rn. 5.

26 Rosenberger, Verträge über Forschung und Entwicklung, Kap. 1 Rn. 15.

27 Wanecke in: Warnecke/Bullinger, Kunststück Innovation, S. 1.

28 So Störi, Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 38; vgl. auch Groß, Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2. Aufl., S. 15 ff.

29 Vgl. Groß, Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2. Aufl., S. 5 sowie S.17; Rosenberger, Verträge über Forschung und Entwicklung, Kap. 7, Rn. 39 ff.

und inwieweit der Auftraggeber Zugriff auf bereits bestehende Schutzrechte oder Know-how des Auftragnehmers erhält. Auch werden Regelungen über die Geheimhaltung ausgetauschter Informationen sowie der Veröffentlichung und der Werbung mit den Projektergebnissen oder dem Projekt an sich getroffen. Einen weiteren Punkt stellen die Vergütung und die Ausgestaltung der Zusammenarbeit der Vertragsparteien dar sowie insbesondere die gegenseitigen Informationspflichten. Je nach Konstellation werden noch weitere Regelungen getroffen<sup>30</sup>. Für die Vertragsgestaltung entscheidend ist die Frage nach der vertragstypologischen Einordnung des FuE-Vertrags, da insoweit vom BGB die Rechte und Pflichten in erheblichem Umfang vorgegeben werden<sup>31</sup> und diese wiederum Maßstab für die rechtliche Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellen, § 307 Abs. 2 BGB<sup>32</sup>.

### 3.2 Die Rechtsnatur des FuE-Vertrags

Entgegen einer zum Teil in der Literatur vertretenen Ansicht<sup>33</sup> ergibt sich aus der Definition des FuE-Vertrags nicht schon das Vorliegen eines bestimmten Vertragstypus. Es gibt daher keine allgemeine Regel nach der ein Forschungsvertrag als Dienstvertrag und der Entwicklungsvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Mit dem BGH<sup>34</sup> ist vielmehr davon auszugehen, dass es für die vertragstypologische Einordnung des FuE-Vertrags, insbesondere für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag, allein auf den im Vertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien ankommt. Es ist also zu prüfen, ob auf Vertragsgrundlage eine Dienstleistung als solche oder ein Arbeitsergebnis und dessen Erfolg geschuldet sein soll.

Soweit eine ausdrückliche Festlegung fehlt oder den Vertragsparteien eine ausdrückliche Regelung nicht gelungen ist, sind bei der tatrichterlichen Feststellung, was den Vertragsgegenstand des jeweiligen FuE-Vertrags bildet, die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Diese Grundsätze

30 Zum Ganzen vergleiche etwa Groß, Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2. Aufl.; Rosenberger, Verträge über Forschung und Entwicklung, Kap. 7

31 Zu den Unterschieden zwischen Werk- und Dienstvertrag vgl. Ortker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 366.

32 Ullrich in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, S. 298, 299 f.; vgl. PWW – KP Berger, 2. Aufl., § 307 BGB Rn. 21; Schmeißer/Zirkel, MDR 2003, 849, 853.

33 So Sandberger in: Nicklisch, Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, S. 17, 19; Möffert, Münchner Vertragshandbuch, Band 2, 5. Aufl., VIII, 1, S. 907.

34 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3323.

gelten auch für Verträge, in denen sich der Auftragnehmer zur Erbringung von Forschungs- oder Entwicklungsleistungen verpflichtet. Beide Arten von Leistungen können sowohl Gegenstand eines Dienstvertrags als auch eines Werkvertrags sein. Im ersteren Fall schuldet der Auftragnehmer lediglich ein den Regeln der Wissenschaft und Technik entsprechendes Vorgehen, im letzteren Fall die Herbeiführung eines Erfolgs. Dieser Erfolg kann in einem bestimmten Arbeitsergebnis oder auch nur in der ordnungsgemäßen Durchführung von Untersuchungen und der Anfertigung von Berichten bestehen.

Interessant ist, dass sich die Rechtswissenschaft mit der Frage des Leistungserfolgs und der entsprechenden Risikoverteilung in zielgerichteten Forschungs- und Entwicklungsvorhaben lange Zeit nicht beschäftigt hat und zunächst die schweizerische rechtswissenschaftliche Lehre sich mit Problemen des FuE-Vertrags auseinandergesetzt hat<sup>35</sup>. In Deutschland kommt hier insbesondere Ullrich<sup>36</sup> eine Vorreiterrolle zu, der zu Recht bemängelte, dass der Lehre der FuE-Vertrag trotz seiner erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung lange Zeit ganz überwiegend fremd geblieben ist<sup>37</sup>.

Auch die Rechtsprechung hatte bis in die 90er Jahre, soweit ersichtlich, nicht die Gelegenheit, sich mit der Fragestellung der Vertragsforschung auseinanderzusetzen. Zwar finden sich Entscheidungen des Reichsgerichts, die sich im Dunstkreis der Rechtsprobleme von zielgerichteten Forschungs- und Entwicklungsleistungen verorten lassen, jedoch betreffen diese alle die Frage der Zuordnung der geistigen Forschungs- und Entwicklungsleistung und nicht die Frage der Leistungs- und Vergütungspflicht im Fall des Scheiterns des Forschungs- und Entwicklungsprojekts<sup>38</sup>. Die ersten Entscheidungen des BGH, die Forschungs- und Entwicklungsleistungen betreffen, datieren aus dem Jahr 1992<sup>39</sup>. Der Grund für die lange Zurückhaltung mag darin liegen, dass den an der Vertragsforschung beteiligten Parteien bewusst

35 Nebel, *Les contrats de recherche scientifique et technique* (1973); Störi, *Forschungs- und Entwicklungsverträge* (1979).

36 Ullrich, *Privatrechtsfragen in der Bundesrepublik Deutschland* (1984); derselbe in: FS für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, S. 298 ff. Daneben noch Plander/Schiek, RdA 1990, 219 ff.; Ulsenheimer, *Die zwischenbetriebliche Forschungs- und Entwicklungskooperation* (2001).

37 Ullrich in: FS für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, S. 298, 307.

38 RG v. 30.11.1932, RGZ 139, 52 ff.; RG v. 10.7.1920, RGZ 100, 35 ff.; vgl. Ullrich in: FS für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, S. 298, 301 f.

39 BGH v. 5.5.1992, CR 1993, 85 = NJW-RR 1992, 1141 sowie BGH v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335 f.

war, dass Forschung und Entwicklung ein Wagnis darstellt und das Risiko des Scheiterns vom Auftraggeber zu tragen ist. So weisen die Allgemeinen Bedingungen für die Entwicklung von Datenverarbeitungsprogrammen in der Fraunhofer-Gesellschaft aus dem Jahr 1984 ausdrücklich darauf hin, dass das in der Aufgabenbeschreibung enthaltene Entwicklungsziel lediglich »angestrebt« wird und nur für die »Anwendung wissenschaftlicher Sorgfalt und die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik« eingestanden werden soll. Die Allgemeinen Bedingungen für Forschungs- und Entwicklungsleistungen aus dem Jahr 1987 sind in diesem Punkt noch deutlicher, da hier explizit formuliert ist, dass keine Gewähr für das »tatsächliche Erreichen des angestrebten Forschungsziels« übernommen wird. Allerdings schwand dieses Einverständnis in den 90er Jahren unter der Vorstellung des »shareholder value« und des stärker werdenden globalen Wettbewerbs, der die finanziellen Handlungsspielräume oftmals kleiner und mittlerer Unternehmen zusehends einschränkte. Dementsprechend verminderte sich auch die Neigung der Auftraggeber von zielgerichteten Forschungs- und Entwicklungsleistung, das Risiko des Scheiterns eines Projekts oder gar nur die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Entwicklungsergebnisses eines erfolgreichen Projekts zu übernehmen und dieses stattdessen dem Vertragspartner zu übertragen.

Vor diesem Hintergrund hatte sich die Rechtsprechung mit der Frage auseinandersetzen, ob bei einem FuE-Vertrag der Erfolg geschuldet wird. Allerdings ist an anderer Stelle bereits nachgewiesen worden, dass durch die »Erfolgsbezogenheit« des Werkvertrags sich dieser nicht befriedigend vom Dienstvertrag begrenzen lässt, da jegliche menschliche Tätigkeit, insbesondere die forschende und die entwickelnde, final ausgerichtet sind<sup>40</sup>. Daher bedarf es eines anderen Kriteriums, um die aufgeworfenen Fragen beantworten zu können. Um sich dieser Mühe nicht unterwerfen zu müssen, wurde vorgeschlagen, den FuE-Vertrag im Zweifel als Vertrag »sui generis« mit unterschiedlichen schuldrechtlichen Elementen aufzufassen und sich den vom BGB vorgesehenen Vertragsformen nach Art eines Baukastens zu bedienen<sup>41</sup>. So reizvoll der Ansatz insbesondere dem Dogmatiker erscheinen mag, löst er doch die mit den Vertragstypen des BGB erreichte Rechtssicher-

40 Ganten in: FS für Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, S. 21, 22 ff.

41 Konkret für den FuE-Vertrag hat dies Meusel, Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht, S. 489 f. erwogen. In diese Richtung auch LG Hannover, Urt. v. 17.7.1998 – 20 O 200/97, NJW-RR 1999, 1655, 1656. Vgl. allgemein auch Thode, NZBau 2002, 360 f.

heit für die Praxis auf<sup>42</sup>. Dementsprechend konnte sich diese Sichtweise nicht durchsetzen, so dass man sich mit dem Gedanken abfinden muss, dass ein Vertrag regelmäßig nur ganz oder gar nicht einem bestimmten Vertragstyp des BGB unterworfen sein kann<sup>43</sup>. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend in groben Zügen die Entwicklung der Rechtsprechung zum FuE-Vertrag nachgezeichnet und die zur Abgrenzung verwendeten Kriterien und Indizien herausgearbeitet werden.

### **3.2.1 BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91<sup>44</sup>**

In der Sache hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, inwieweit ein Wissenschaftler, der sich gegenüber dem Auftraggeber zur Beratung in allen »betrieblichen Belangen technischer und technisch-wissenschaftliche Art, die mit der Entwicklung und Produktion chemischer Baustoffe verbunden sind, insbesondere die Entwicklung neuer und die Optimierung bestehender Punkte«, verpflichtet hat, seine Haftung durch allgemeine Geschäftsbedingungen auf grobe Fahrlässigkeit beschränken kann.

Diese Frage stellte sich, da der BGH mit den Vorinstanzen den abgeschlossenen Beratungsvertrag als Dienstvertrag einstufte<sup>45</sup>. Aus dem Wortlaut des Vertrags und auch sonst habe im Vertrag das vom Kläger vorgebrachte Interesse, den Beklagten zu einer »erfolgsbezogenen Mitarbeit zu verpflichten« keinen Niederschlag gefunden. Auch wenn sich dieses Interesse daraus begründet, dass ein »kleines Familienunternehmen es sich nicht leisten könne, einen derart qualifizierten Mitarbeiter lediglich mit Forschungsaufgaben« ohne Erfolgsbezug zu betreuen, müsse dieses wenigstens andeutungsweise im Vertrag berücksichtigt werden. Die bloße Kenntnis der Interessenlage des Vertragspartners genüge nicht<sup>46</sup>.

42 Hierauf weist Ganten in: Festschrift für Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, S. 21, 24 zu Recht hin.

43 Für den Dienstvertrag BGH v. 11.5.2006 – IX ZR 63/05, DB 2006, 1422 f.; vgl. hierzu BGH EiWR 2007, 103 (Naujok/Rode); Ganten in: FS für Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, S. 21, 23 f. für den Werkvertrag.

44 Veröffentlicht in NJW 1993, 335 f.

45 BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335 unter Punkt II, 1.

46 BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335 unter Punkt II, 1.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verwehrt der BGH dem Wissenschaftler jedoch, sich auf die in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Haftungsbeschränkung zu berufen, da der mit dem Vertrag verfolgte Zweck, seinen wissenschaftlichen und technischen Sachverstand für die Herstellung von Produkten zu nutzen, unterlaufen würde, wenn der Beklagte hierbei die gebotene Sorgfalt bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit sanktionslos vernachlässigen könnte<sup>47</sup>.

Damit stellt der BGH in dieser Entscheidung maßgeblich darauf ab, ob in dem zwischen den Parteien geschlossenen FuE-Vertrag das Risiko des Scheiterns der Forschungs- und Entwicklungsleistung dem Auftraggeber oder dem Auftragnehmer zugewiesen wurde. Dabei mag den BGH bei seiner Entscheidung geleitet haben, dass durch die Versagung des AGB-mäßigen Haftungsausschlusses die vertraglichen Interessen wieder ins Lot gebracht würden<sup>48</sup>.

Bevor wir uns der Leitentscheidung des BGH zum FuE-Vertrag zuwenden, sollen noch kurz drei weitere Entscheidungen von Instanzgerichten betrachtet werden.

### **3.2.2 LG Hannover, Urт. v. 06.04.1999 – 6 S 71/98<sup>49</sup>**

Das LG Hannover musste im Jahr 1998 über die Zahlungsklage entscheiden, der ein FuE-Vertrag im Rahmen eines öffentlich geförderten Projekts zugrunde lag, der unter anderem die Regeln der VOL/B miteinbezog. Der Auftraggeber erhielt also einen Teil der vom Auftragnehmer abgerechneten Kosten vom Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Technologie (im folgenden: BMBF)<sup>50</sup> erstattet. Das Landgericht Hannover stellte zunächst fest, dass der FuE-Vertrag keinem gesetzlich geregelten Vertragstypus zuzuordnen sei. Da sich weder aus dem Vertrag noch aus den einbezogenen Regelungen der VOL/B eine ausdrückliche Festlegung ergebe, müssten die anwendbaren gesetzlichen Regelungen jeweils aus der Natur der Vertragspflichten entnommen werden<sup>51</sup>. Hinsichtlich der Forschungsleistung

47 BGH, Urт. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335, 336.

48 So Ullrich in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, S. 298, 302 Fn. 8.

49 LG Hannover, Urт. v. 17.7.1998 – 20 O 200/97, NJW-RR 1999, 1655 f.

50 Zur öffentlichen Förderung von Forschungs- und Entwicklungsprojekten siehe Kaiser in:

Schneider/v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, S. 961 ff.

51 LG Hannover, Urт. v. 17.7.1998 – 20 O 200/97, NJW-RR 1999, 1655, 1656.

kam das LG Hannover zu dem Ergebnis, dass ein Dienstvertrag vorliege. In der Verpflichtung zur Vorlage eines Schlussberichts handelte es sich nach der Vorstellung des LG Hannover um einen Werkvertrag<sup>52</sup>.

Entgegen der Ansicht des BGH<sup>53</sup>, der Verträge regelmäßig nur ganz oder gar nicht einem bestimmten Vertragstyp des BGB unterwirft, geht das LG Hannover von einem Vertrag »sui generis« aus. Hinsichtlich der FuE-Leistung unterstellt es Dienstvertragsrecht, wobei sich das Gericht unausgesprochen von dem im Forschungsprojekt enthaltenen Risiko leiten lässt und wohl auch berücksichtigt, dass ein Teil des vom Auftraggeber übernommenen Forschungsrisikos durch die Förderung des BMBF von der Allgemeinheit mitgetragen wird.

### **3.2.3 OLG München, Urt. v. 24.11.1998 – 25 U 2169/98**

Deutlicher wird das OLG München in seiner unveröffentlichten Entscheidung aus dem Jahr 1998, die einen Vertrag über die Entwicklung eines neuartigen Oxyvenierungsgeräts (Prototyp) zum Gegenstand hatte und die Frage behandelte, ob der Auftragnehmer wegen verspäteter Fertigstellung des Entwicklungsergebnisses aus Verzug haftet. Das OLG München wies darauf hin, dass unabhängig von den vertraglichen Festlegungen schon aus Sinn und Zweck eines Forschungs- und Entwicklungsvorhabens folge, dass »einem solchen Vorhaben immanent sei, dass nicht sichergestellt werden kann, dass am Ende der Forschung tatsächlich ein verwendbares Ergebnis steht.«<sup>54</sup>. Vor diesem Hintergrund gelangt das OLG folgerichtig zur Annahme eines Dienstvertrags.

Wie beim LG Hannover ist für die Entscheidung des OLG München das mit dem Projekt verbundene Forschungs- und Entwicklungsrisiko maßgeblich, d. h., das Risiko des Scheiterns, von dem das OLG München meint, dieses redlicherweise nicht dem Auftragnehmer aufbürden zu können.

52 LG Hannover, Urt. v. 17.7.1998 – 20 O 200/97, NJW-RR 1999, 1655, 1656.

53 Für den Dienstvertrag BGH v. 11.5.2006 – IX ZR 63/05, DB 2006, 1422 f.; vgl. hierzu BGH EWiR 2007, 103 (Naujok/Rode); Ganten in: FS für Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, S. 21, 23 f. für den Werkvertrag.

54 OLG München Urt. v. 24.11.1998 – 25 U 2169/98, S. 6 f.

### 3.2.4 LG München, Urt. 21.12.1999 – 28 O 13967/99

Mit einer in diesem Zusammenhang stehenden weiteren Differenzierung hatte sich das LG München ein Jahr später zu beschäftigen. Es stellte sich die Frage, ob eine dem eigentlichen Entwicklungsauftrag vorausgehende Machbarkeitsstudie, die vertragliche Risikoverteilung des FuE-Vertrags nicht dahingehend verschiebt, dass der Auftraggeber nunmehr für den Erfolg der Entwicklung einstehen müsse. In dieser Pauschalität folgte das LG München<sup>55</sup> nicht dem Vortrag des Auftraggebers, der mit der Klage die Rückzahlung bereits geleisteter Abschlusszahlungen verlangte. Denn entscheidend war für das LG München, dass in der Machbarkeitsstudie der Auftraggeber darauf hingewiesen wurde, dass weiterhin Entwicklungsrisiken bestünden, die durch die bisherigen Untersuchungen nicht ausgeschlossen werden könnten. Da der Auftragnehmer gemäß den vertraglichen Regelungen des FuE-Vertrags das Risiko nicht übernehmen wollte, war der Vertrag weiterhin als Dienstvertrag einzustufen<sup>56</sup>.

### 3.2.5 BGH, Urt. v. 16.07.2002 – X ZR 27/01<sup>57</sup>

Die Leitentscheidung zum zielgerichteten Forschungs- und Entwicklungsvertrag stammt vom 10. Senat des BGH und stellt den Wendepunkt für den FuE-Vertrag dar, da er in der Folge als eigenständiges Problemfeld von der rechtswissenschaftlichen Literatur wahrgenommen wurde<sup>58</sup>. Gegenstand des Verfahrens war ein FuE-Vertrag, durch den sich ein Universitätsinstitut zur Entwicklung eines Diagnoseverfahrens zum Nachweis von PBC-Antikörpern verpflichtete und für die der Auftraggeber vom BMBF eine Förderung erhielt. Das Projekt untergliederte sich in sechs Meilensteine, für die jeweils ein Termin vereinbart worden war, und korrespondierende FuE-Aufträge. Nachdem in der Vertragslaufzeit die entsprechenden Arbeiten nicht abgeschlossen werden konnten und vom Auftragnehmer eine kostenneutrale Verlängerung

55 LG München, Urt. v. 21.12.1999 – 28 O 13967/99, S. 6.

56 LG München, Urt. v. 21.12.1999 – 28 O 13967/99, S. 6.

57 Veröffentlicht in NJW 2002, 3323 = MDR 2003, 144 = ITBR 2003, 23 = JZ 2003, 369, mit Anmerkung Roth, S. 371.

58 Nunmehr beschäftigen sich mit Fragenstellungen des FuE-Vertrags, Beaumart in: Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, S. 39 ff. (2004); Schmeißer/Zirkel MDR 2003, 849 ff.; Roth JZ 2003, 371 f.; Nicklich in: Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, S. 5 ff. (2004); PWW- Lingemann, § 611 BGB Rn. 15 (2006); Rosenberger, Verträge über Forschung und Entwicklung (2006); vorwiegend kartellrechtlich, Winzer, Forschungs- und Entwicklungsverträge (2006).

des Projekts abgelehnt wurde, forderte der Auftraggeber nach Kündigung des FuE-Vertrags die entrichtete Vergütung zurück.

Der BGH<sup>59</sup> stellte zunächst fest, dass Forschungs- und Entwicklungsleistungen Gegenstand eines Dienstvertrags wie auch eines Werkvertrags sein können und behandelt, anders als beispielsweise das LG Hannover<sup>60</sup>, nicht jede der einzelnen Leistungen gesondert. Wie bereits in der Entscheidung aus dem Jahr 1993 ist im Hinblick auf die Vertragsautonomie zunächst die ausdrückliche vertragliche Regelung maßgeblich<sup>61</sup>.

Sofern der Vertrag keine ausdrückliche Regelung enthält, kann für dessen Auslegung eine Vielzahl von Umständen von Bedeutung sein. Für das Vorliegen eines Werkvertrags kann nach Ansicht des BGH sprechen, dass die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbeiten konkret festlegen oder eine erfolgsabhängige Vergütung vereinbaren<sup>62</sup>. Maßgeblich stellt der BGH für die Abgrenzung auf die Risikobereitschaft der Vertragsparteien ab. Denn nach Ansicht des BGH ist für die Frage, ob der Auftragnehmer für den Eintritt eines Erfolgs einstehen will, maßgeblich, mit welcher Wahrscheinlichkeit nach der Vorstellung der Parteien mit dem Eintritt eines Erfolgs gerechnet werden kann<sup>63</sup>. Die Zuordnung eines konkreten Vertrags ist nur unter Berücksichtigung und Abwägung aller insoweit bedeutsamen Gesichtspunkte des Einzelfalls möglich<sup>64</sup>. Hier spielen Indizien wie die Vergütung, die eine »Risikoprämie« enthalten kann oder die rechtliche Stellung des Auftragnehmers eine Rolle. Da es an den entsprechenden Feststellungen fehlte, wurde die Sache zurückverwiesen<sup>65</sup>.

Aufgrund der Ausführung des BGH wird vielfach angenommen, dass der FuE-Vertrag dem Regime des Werkvertragsrechts unterfällt, soweit die Leistungen konkret beschrieben werden<sup>66</sup>. Allerdings wird übersehen, dass der BGH ein wenig später bei der konkreten Anwendung der von ihm zuvor

59 BGH, NJW 2002, 3323.

60 LG Hannover, Urt. v. 17.7.1998 – 20 O 200/97, NJW-RR 1999, 1655, 1656.

61 BGH, Urt. v. 16.7.2002 – ZR X 27/01, NJW 2002, 3323, 3324, I. Spalte.

62 BGH, Urt. v. 16.7.2002 – ZR X 27/01, NJW 2002, 3323, 3324, I. Spalte.

63 BGH, Urt. v. 16.7.2002 – ZR X 27/01, NJW 2002, 3323, 3324, I. Spalte.

64 BGH, Urt. v. 16.7.2002 – ZR X 27/01, NJW 2002, 3323, 3324.

65 BGH, Urt. v. 16.7.2002 – ZR X 27/01, NJW 2002, 3323, 3325 f.

66 Bartenbach/Volz, in: FS 50 Jahre VPP, S. 225, 231; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Rn. 1131.

aufgestellten Prämisse unter Ziffer II. 3b dann feststellt, dass die konkrete Beschreibung des Entwicklungsziels bzw. die Festlegung von Meilensteinen »allein kein hinreichendes Indiz für die Annahme eines Werkvertrags« sei. Nach Ansicht des BGH sei vielmehr »im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu ermitteln, welche Bedeutung einer im Vertrag enthaltenen Aufgabenbeschreibung zukommt<sup>67</sup>.« Ein zwingendes Bekenntnis zum Werkvertrag im Falle einer konkreten Aufgabenbeschreibung ist diesen Ausführungen mithin nicht zu entnehmen<sup>68</sup>. Die Gegenansicht übersieht weiter, dass es im Hinblick auf die Reproduzierbarkeit des FuE-Ergebnisses auch bei einem Dienstvertrag erforderlich sein kann, genau festzulegen, wie und mit welchen konkreten Schritten das Projekt bzw. die Dienstleistung durchgeführt werden soll und welche Arbeiten im einzelnen hierfür erforderlich sind<sup>69</sup>. Und selbst wenn man beim Vorliegen einer konkreten Aufgabenbeschreibung ein, wenn auch ein schwaches, Indiz für die Übernahme einer Gewähr für den Erfolgseintritt sehen will, ist damit noch nichts über den Umfang der übernommenen Erfolgsgewährleistung ausgesagt.

Der »Erfolg« im Rechtssinn kann nach Ansicht der Rechtsprechung und Literatur auch in der ordnungsgemäßen Durchführung der beschriebenen Untersuchung und der Anfertigung eines Berichts bestehen<sup>70</sup>. Eine derartige werkvertragliche Leistung unterscheidet sich von der dienstvertraglichen Leistungspflicht lediglich insoweit, als dass der Verlust der Vergütung beim Werkvertrag in diesem Fall dann droht, soweit die Durchführung der beschriebenen Untersuchung **nicht** ordnungsgemäß erfolgte und somit der geschuldete Erfolg nicht eingetreten ist. Im Fall des Dienstvertrags verliert der Auftragnehmer seinen Vergütungsanspruch nur dann, wenn ihm hinsichtlich der fehlerhaften Durchführung der geschuldeten Arbeiten **Verschulden** zu Last fällt und der Vergütungsanspruch als Schadensposition im Rahmen von § 280 Abs. 1 BGB vom Auftraggeber geltend gemacht werden kann. Der Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag dessen Erfolg auf die

67 BGH, NJW 2002, 3323, 3325, r. Spalte.

68 Roth, JZ 2003, 371, 372; vgl. Ganten, in: FS für Thode, 21, 27 f.; a.A Ullrich, in: Festschrift für Fikentscher, S. 298, 205; Plander/Schliek, RdA 1990, 219, 223.

69 BGH NJW 2003, 3323, 3325 r. Sp.; Schmeißer/Zirkel MDR 2003, 849, 851; Roth JZ 2003, 371, 372; im Ergebnis ebenso S. Edenfeld in Erman, 11. Aufl., § 611 Rn. 51. Zu Recht weist Ganten in: Festschrift für Thode, S. 21, 25 darauf hin, dass sämtliche im Rechtsleben geforderte menschliche Tätigkeit final orientiert sei.

70 LG Berlin vom 12.05.2005 – 5 O 299/04, S. 5.; BGH NJW 3323, 3324; Bartenbach/Volz in FS 50 Jahre VPP, S. 225, 231.

ordnungsgemäß durchgeführte Leistung gerichtet ist, liegt also in der verschuldensunabhängigen bzw. verschuldensabhängigen »Preisgefahr«: Während im Dienstvertragsrecht der Auftragnehmer seinen Vergütungsanspruch lediglich im Falle verschuldeter Schlechtleistung verliert, ist im Fall des Werkvertragsrechts die Haftung des Auftragnehmers auch bei unverschuldeter Schlechtleistung gegeben.

Allerdings wird damit die in der Praxis weit verbreitete Vorstellung enttäuscht, dass mit der Anwendung des Werkvertragsrechts zwangsläufig die Übernahme des Risikos für den gewünschten Forschungs- und Entwicklungserfolg durch den Auftragnehmer verbunden sei. Diese Einschätzung liegt dann nahe, wenn in der Erfolgsgewährleistung der eigentliche volkswirtschaftlich Vorteil der Auftragsforschung gesehen wird<sup>71</sup>.

Indes wird bei dieser Sicht der Dinge vernachlässigt, dass der volkswirtschaftliche Vorteil des Auftraggebers insbesondere im Zugang zu hoch qualifiziertem Personal und dessen zeitlich begrenztem Einsatz für ein bestimmtes zeitlich begrenztes Projekt liegt. Bereits oben<sup>72</sup> wurde darauf hingewiesen, dass es insbesondere so genannten KMU nicht möglich ist, die für ihre Forschungs- und Entwicklungsprojekte erforderlichen Wissenschaftler zu rekrutieren oder gar einen Pool von Wissenschaftlern auszuhalten, die darüber hinaus eventuell auch nur für ein einziges spezifisches Problem im Projekt benötigt werden<sup>73</sup>. Der Vorteil für den Auftraggeber liegt somit – gerade bei großen wissenschaftlichen Einrichtungen – darin, dass Wissenschaftler aller möglichen Fachrichtungen für das beauftragte Projekt hinzugezogen werden können und sich somit aus Sicht des Auftraggebers die Chancen für das Erreichen des mit dem Projekt angestrebten Erfolges erhöhen.

Mit anderen Worten ergibt sich hieraus, dass der Auftraggeber, wie im Fall der Durchführung eines FuE-Projekts durch eigene Mitarbeiter auch, grundsätzlich das Mißerfolgsrisiko trägt. Mit einem solchen Ergebnis ist deshalb auch kein volkswirtschaftlicher Nachteil verbunden, zumal die Übernahme einer Gewähr für den Erfolg durch Universitäten und andere öffentlich geförderte Forschungseinrichtungen zu einem Abwälzen des Erfolgsrisikos auf die

71 So Ullrich in: FS für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, S. 298, 310.

72 Siehe oben unter Ziffer 2.

73 Vgl. Störi, Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 1 f.

Allgemeinheit führen würde, was nicht zuletzt auch unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten jedenfalls der näheren Begründung bedürfte<sup>74</sup>.

Mit dieser Entscheidung des BGH hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass für die typologische Einordnung des FuE-Vertrags die jeweilige Risikobereitschaft der Vertragsparteien entscheidend ist<sup>75</sup>, die insbesondere auch durch das mit dem Projekt verbundenen Risiko des Scheiterns bestimmt wird. Für den Bereich der Forschung und Entwicklung lässt sich dieses Risiko durch den jeweiligen Stand der Technik bzw. des betreffenden Fachgebiets beschreiben<sup>76</sup>. Jenseits dieses Standes der Technik ist die Leistung für den Auftragnehmer nicht mehr beherrschbar und damit auch das Ergebnis nicht mehr vorhersehbar. Der Auftraggeber der Forschungs- und Entwicklungsleistung kann grundsätzlich ohne ausdrückliche Regelung im FuE-Vertrag redlicherweise nicht davon ausgehen, dass der Auftragnehmer dieses Risiko für ihn trägt. Der Aufgabenbeschreibung kommt dem gegenüber, entgegen einer weit verbreiteten Ansicht, erheblich geringere Bedeutung zu.

### 3.2.6 LG Berlin, Urt. v. 12.05.2005 – 5 O 299/04

Gegenstand des Verfahrens war eine vom Beklagten gelieferte Versuchsanordnung zum Backen von Fertig-Pizzen. Im Rahmen der Projektdurchführung entstand der Klägerin ein Schaden in Höhe von 227 151,- Euro, den sie mit der Klage geltend machte. Das LG Berlin wies zunächst darauf hin,

74 Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass viele Musterregelungen Zuwendungsgeber für Unteraufträge vorsehen, (z. B. § 11 und § 12 der BEBF-ZE 98 abrufbar unter <http://www.kp.dlr.de/profi/easy/bmbf/pdf/0370b.pdf> – Stand Februar 2007), sodass der Auftragnehmer evtl. entstehende Erfindungen dem Auftraggeber zu übertragen hat und somit der wirtschaftliche Nutzen im Fall des Erfolgs allein dem Auftraggeber zufließt. Vor diesem Hintergrund geht das LG Hannover bei öffentlich geförderten Projekten zu Recht von einer dienstvertraglichen Leistung des Auftragnehmers aus (NJW-RR 1999, 1655 f.). Zudem handelt es sich bei derartigen Regelungen auch um AGB, die somit der Kontrolle gemäß § 307 BGB unterliegen (vgl. LG Rottweil v. 18.11.2004 – 3 O 307/03, S. 9).

75 Ebenso Ganten in: Festschrift für Thode, S. 21, 25 sowie 28; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 398 f.; Over, Zivilrechtliche Haftung für Fehlleistungen in der Forschung, S. 83.

76 Ausführlich hierzu Schmeißer/Zirkel, MDR 2003, 849, 851f.

dass es keine allgemeine Regel gebe, dass der Forschungsvertrag als Dienstvertrag und der Entwicklungsvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sei<sup>77</sup>. Ausgehend von der Rechtsprechung des BGH<sup>78</sup> stellte das LG Berlin zunächst fest, dass der Forschungs- und Entwicklungsvertrag sowohl Dienst- als auch Werkvertrag sein könne. Da es an einer ausdrücklichen Regelung fehlte, seien sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, um zu ermitteln, wer das Erfolgsrisiko tragen soll und kam im vorliegenden Fall zur Annahme eines Dienstvertrags, da lediglich eine Versuchsanordnung und die gemeinsame Durchführung von Versuchen geschuldet gewesen sei. Dem Versuch sei aber die Möglichkeit des Scheiterns immanent, so dass der Auftraggeber von vornherein mit erheblichen Schäden hatte rechnen müssen.

Für die Beratungspraxis bedeutsam sind die weiteren Indizien, die das LG Berlin für die dienstvertragliche Natur des Vertrags anführt. Hier nennt das LG Berlin insbesondere den Umstand, dass Gegenstand des Auftrags eine Einzelanfertigung gewesen sei<sup>79</sup>, ein geringer Preis vereinbart war und lediglich 7 Prozent USt<sup>80</sup> in Rechnung gestellt wurden. Darüber hinaus stellte das LG Berlin auch auf das Vorgehen der Klägerin im Rahmen der Schadensbehebung ab. Diese hatte das Versuchsmodell nach dem Schadensverdacht selbst abgebaut und untersucht, anstatt lediglich die Mängel zu rügen und Mängelbeseitigung unter Fristsetzung zu verlangen<sup>81</sup>. Das Verhalten legte damit den Schluss nahe, dass der Kläger selbst davon ausging, dass der Auftragnehmer das Erfolgsrisiko nicht übernommen hatte.

Im Ergebnis kommt das LG Berlin im vorliegenden Fall daher zu Recht zur Annahme eines Dienstvertrags und steht insoweit auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH. Will der Auftraggeber in den ähnlich gelagerten Fällen die Übernahme der Erfolgsgewährleistung durch seinen Auftragnehmer sicherstellen, so ist ihm zuzumuten, dass er dieses Risiko dem Auftragnehmer ausdrücklich auferlegt und wohl auch gesondert vergütet.

77 LG Berlin v. 12.05.2005 – 5 O 299/04, S. 6; MüKom – Busche, 4. Aufl., § 631 BGB Rn. 260; Bartenbach/Volz in: FS 50 Jahre VPP, S. 225, 230; a.A. wohl Sandberger in: Nicklisch, Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, S. 17, 19; Möffert, Münchner Vertragshandbuch, Band 2, 5. Aufl., VIII. 1, S. 907, ohne auf die abweichende BGH-Rechtsprechung hinzuweisen!

78 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01 = MDR 2003,144 f. = NJW 2002, 3323, 3324.

79 LG Berlin, v. 12.05.2005 – 5 O 299/04, Seite 7.

80 Kritisch zur Bemessung der Vergütung Bamberger/Roth – Voit, § 631 Rn. 6.

81 LG Berlin vom 12.05.2005 – 5 O 299/04, Seite 8.

#### 4 Der Einfluss des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

Die Entscheidung des BGH erging noch zum alten Recht und hatte daher die zum 1.1.2002 in Kraft getretenen Änderungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nicht zu beachten. Als erstes Gericht hatte das LG Berlin<sup>82</sup> hier die Möglichkeit zu dieser Frage Stellung zu nehmen, was es aber nicht tat.

Wie bereits oben beschrieben, war Gegenstand des Verfahrens eine vom Beklagten gelieferte Versuchsanordnung zum Backen von Fertig-Pizzen. Im Rahmen der Projektdurchführung entstand der Klägerin ein Schaden in Höhe von 227 151,- Euro, den sie mit der Klage geltend machte. Ausgehend von der Rechtsprechung des BGH<sup>83</sup> stellt das LG Berlin zunächst fest, dass der Forschungs- und Entwicklungsvertrag sowohl Dienst- als auch Werkvertrag sein könne und kam im vorliegenden Fall zur Annahme eines **Dienstvertrags**, da lediglich eine Versuchsanordnung und die gemeinsame Durchführung von Versuchen geschuldet gewesen sei. Dem Versuch sei aber gerade die Möglichkeit des Scheiterns immanent, so dass der Auftraggeber von vorn herein mit erheblichen Schäden hatte rechnen müssen.

Da die Rechtslage des Falls allerdings nach Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung am 01.01.2002 zu entscheiden war, hätte das LG Berlin § 651 BGB n.F. berücksichtigen müssen, der Artikel 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterrichtlinie (1999/44/EG) umsetzt<sup>84</sup>. Danach kann im Fall der Erfolgsgewährleistung<sup>85</sup> durch den Auftragnehmer auch Kaufrecht auf den FuE-Vertrag Anwendung finden soweit (auch) die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen geschuldet ist. Für den FuE-Vertrag könnte daher Kaufvertragsrecht Anwendung finden, wenn das Ergebnis bzw. die zu erledigende Aufgabe sich beispielsweise in einem Prototyp oder einer Versuchsanordnung, d. h. in einer beweglichen Sache verkörpert. Die Abgrenzung zwischen Werk- und Kaufvertrag ist trotz der Annäherung des Kaufrechts an das Werkvertragsrecht nach wie vor von Bedeutung, da beispielsweise dem Besteller gemäß § 637 BGB das Recht zur Selbstvornahme

82 LG Berlin vom 12.05.2005 – 5 O 299/04.

BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01 = MDR 2003,144 f. = NJW 2002, 3323, 3324.

83 Mankowski MDR 2003, 854, 855; Zirkel, NZBau 2006, 412, 414.

84 Vgl. PWW – Leupertz, 2. Aufl., § 651 Rn. 4.

85 Im Einzelnen vgl. hierzu PWW – Leupertz, 2. Aufl., § 651 BGB Rn. 2.

gegen Kostenerstattung zusteht. Im Gewährleistungsrecht beträgt dieses Recht gemäß §§ 651, 437, 438 Abs. 2 BGB zwei Jahre ab Übergabe und nicht wie nach §§ 634a Abs. 1 Nr. 3, 199 BGB drei Jahre ab dem Schluss des Jahres in dem der Mangel dem Besteller bekannt wird<sup>86</sup>.

Zum Teil wird davon ausgegangen, dass bei Serienprodukten grundsätzlich die §§ 433 ff. BGB zur Anwendung gelangen und ein Werkvertrag dann vorliegt, wenn die vertragsgegenständliche Sache speziell für den Abnehmer hergestellt wurde<sup>87</sup>. Diese Ansicht differenziert daher in Anlehnung an das alte Recht danach, ob es sich um eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache (vgl. § 91 BGB) handelt. Sie übersieht dabei jedoch, dass die dem § 651 BGB zugrundeliegende Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gar nicht zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen unterscheidet<sup>88</sup>.

Andere wollen daher Werkvertragsrecht lediglich in den Fällen anwenden, in denen der wirtschaftliche Schwerpunkt der versprochenen Leistung auf der Werkleistung und nicht auf der Verschaffung der Sache liegt<sup>89</sup>, da beispielsweise in Fällen der Erstellung von Individualsoftware das Augemerkt des Auftraggebers nicht auf die Sache, die CD-ROM, auf der das Programm verkörpert ist liegt, sondern allein auf der geistigen Leistung<sup>90</sup>. Für diese Auslegung könnte die erhebliche Parallelität der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mit dem UN-Kaufrecht (CISG)<sup>91</sup> sprechen. Das CISG stellt ebenfalls auf die Lieferung der Ware ab. In Art. 3 Abs. 2 CISG nimmt dieses allerdings Verträge von der Anwendung aus, in denen das Tätigkeitsmoment im Vordergrund steht. Diese Ausnahmen hat Art. 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht nachvollzogen und kann daher auch nicht der Auslegung des § 651 BGB zugrunde gelegt werden<sup>92</sup>.

86 Im Einzelnen vgl. hierzu PWW – Leupertz, 2. Aufl., § 651 BGB Rn. 2.

87 Vgl. OLG Hamm, 10.3.2006 – 12 U 58/05 = MDR 2007, 22 – RA Micro; B. Grunewald, Kaufrecht, § 3 Rn. 18. und 21.

88 Makowski, MDR 2003, 854, 855; vgl. Miklitz, EuZW 1999, 485 f.; vgl. Thewalt, CR 2002, 1, 2.

89 Palandt – Sprau, 66. Aufl., § 651 Rn. 4; PWW – Wirth, § 651 Rn. 9; Leupertz, BauR 2006, 1648, 1650; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 414; B. Grunewald, Kaufrecht, § 3 Rn. 18. und 21; Thewalt, CR 2002, 1, 4 f.

90 Thewalt, CR 2002, 1, 4; PWW – Leupertz, 2. Aufl. § 651 BGB Rn. 10.

91 Staudenmayer NJW 1999, 2393, 2394.

92 Mankowski, MDR 2003, 854, 855 und 857; vgl. auch Staudenmayer in: Europäische Kaufgewährleistungsrecht, S. 27, 31 f.

Demgegenüber wollen daher andere in jedem Fall § 651 BGB anwenden, soweit sich das Entwicklungsergebnis in körperlicher Weise manifestiert<sup>93</sup>. Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass Art. 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und somit § 651 BGB n.F. für die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag allein auf den Tauschvorgang abstellt, d. h., die Lieferung des verkörperten Guts, die damit auch werkvertragliche Leistungen erfasst<sup>94</sup>. § 651 BGB dehnt diese Wertung auch auf den Bereich außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs aus<sup>95</sup>. Dahinter steht die Erwägung, dass es unter sozio-ökonomischen Gesichtspunkten für den Erwerber keine Rolle spielt, ob das Gut, das Gegenstand dieses Tauschvorganges ist, vom Vertragspartner selbst hergestellt oder von dritter Seite erworben wurde<sup>96</sup>. Allerdings bedarf dieser Ansatz noch einer einschränkenden Konkretisierung, da nach der amtlichen Gesetzesbegründung geistige Leistungen, wie beispielsweise Planungsleistungen oder Gutachten, die sich zu ihrer Perpetuierung in Sachen verkörpern nicht von § 651 BGB erfasst werden sollten<sup>97</sup>. Demgemäß wird das Werkvertragsrecht gegenüber dem Kaufrecht zurückgedrängt und kommt in diesen Fällen lediglich dann noch uneingeschränkt zur Anwendung, wenn eine geistige Leistung den Schwerpunkt des jeweiligen FuE-Auftrags bildet. Die Leistung muss also so im Vordergrund stehen, dass die weiteren Leistungsteile von der zu erbringenden geistigen Leistung vollkommen überlagert werden. Die Verkörperung der geistigen Leistung dient damit allein ihrer Perpetuierung und hat nicht den Zweck, sie zum Gegenstand eines (massenhaften) Umsatzgeschäfts zu machen<sup>98</sup>. Es ist aber daran zu erinnern, dass § 651 nur insoweit eingreift, als der Auftragnehmer vertraglich für den Erfolg einsteht. Andernfalls wäre Dienstvertragsrecht einschlägig.

93 So insb. Mankowski MDR 2003, 854, 855; Brandi-Dohrn in Ergänzungsheft N 10 EuE-Verträge zu Röhricht/Westphalen, HGB-Kommentar; Schweinoch/Roas, CR 2004, 327; Haas in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 6. Kapitel Rn. 70.

94 Grundmann/Bianca-Serrano, EU-Kaufrechts-RL, 1. Aufl. 2002, Art. 1 Rz. 16; MüKom – Busche, 4. Aufl. 2005, § 651 BGB Rn. 2; Roth, in: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, 67 f.

95 Mankowski MDR 2003, 854, 855; AnwK-BGB/Raab, 1. Aufl., 2005, § 651 Rn. 3; Thewalt, CR 2002, 1.

96 Vgl. Mankowski, MDR 2003, 854, 855; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, D Rz. 1328 f.; Grundmann/Bianca-Serrano, EU-Kaufrechts-RL, 1. Aufl. 2002, Art. 1 Rz. 16, der auch darauf hinweist, dass dies der italienischen Dogmatik entspricht.

97 Vgl. amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 268; Ott, MDR 2002, 361, 362; vgl. Mankowski, MDR 2003, 854, 856; für das Gutachten eines Sachverständigen (Werkvertrag) nun BGH, Urt. v. 4.4.2006 – X ZR 122/05, MDR 2007, 75.

98 Vgl. Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 61; AnwK-BGB/Raab, § 651 Rn. 10; MüKom-Busche, 4. Aufl., §. 651 Rn. 12; Zirkel NZBau 2006, 412, 414 (insb. Fn. 37); a.A. wohl Mankowski MDR 2003, 854, 857.

## 5 Resümee

Der FuE-Vertrag lässt sich als Vertragstypus zu beschreiben, durch den sich der Auftragnehmer zur Durchführung des vertragsgegenständlichen Forschungs- und Entwicklungsprojekts im primären Interesse des Auftraggebers verpflichtet und der Auftraggeber an den Projektergebnissen ein irgendwie geartetes Nutzungsrecht erhält<sup>99</sup>. Hierin und im Zugang zu hoch qualifiziertem Personal und dessen zeitlich begrenztem Einsatz für ein bestimmtes zeitlich begrenztes Projekt liegt der volkswirtschaftliche Nutzen der Vertragsforschung und nicht in der Übernahme sämtlicher Vertragsrisiken durch den Auftragnehmer. Hieraus rechtfertigt sich auch die institutionelle Förderung der anwendungsorientierten Forschung neben der zweckfreien Grundlagenforschung, die anders als die industrielle Forschung, nicht ausschließlich produktbezogen ist und es so beispielsweise der Fraunhofer-Gesellschaft ermöglicht, eine vorbereitende und unabhängige Grundlagenforschung sowie eine am Markt orientierte Vorlaufsforschung durchzuführen. Durch das in den 70er Jahren hierzu entwickelte »Fraunhofer-Modell« erlangt die Fraunhofer-Gesellschaft die notwendige Unabhängigkeit, einerseits von der Wirtschaft und andererseits vom Staat und konnte sich so zu einer der führenden Trägerorganisationen für Vertragsforschung entwickeln.

Zivilrechtlich wird die Vertragsforschung über den FuE-Vertrag abgewickelt. Bei zivilrechtlicher Erfassung des FuE-Vertrags stellt die Rechtsprechung maßgeblich auf den Umstand ab, wie nach Auffassung der Parteien in dem konkreten FuE-Vertrag die Risikoverteilung hinsichtlich des Scheiterns des Projekts verteilt wird, wobei die gewünschte Risikoverteilung wenigstens andeutungsweise seinen Niederschlag in den vertraglichen Unterlagen gefunden haben muss. Die maßgeblichen Kriterien wurden vom BGH im Jahr 2002 vorgegeben und für den FuE-Vertrag dahingehend konkretisiert, dass sich das Risiko des Scheiterns durch den jeweiligen Stand der Technik bezüglich des betreffenden Fachgebiets beschreiben lässt<sup>100</sup>. Jenseits dieses Stands der Technik ist die Leistung für den Auftragnehmer nicht mehr beherrschbar und damit auch das Ergebnis nicht mehr vorhersehbar. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz im Jahr 2002 hat sich zusätzlich das Problem ergeben, wie der Werkvertrag vom Kaufvertrag abzugrenzen ist, da § 651 BGB

99 So Störi, Forschungs- und Entwicklungsverträge, S. 38; vgl. auch Groß, Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2. Aufl., S. 15 ff.

100 Ausführlich hierzu Schmeißer/Zirkel, MDR 2003, 849, 851f.

nunmehr auch Werkverträge erfasst. Diese Frage stellt sich allerdings nur, wenn der Auftragnehmer vertraglich für den Erfolg einsteht. Hierzu hat sich die Rechtsprechung für den FuE-Vertrag noch nicht geäußert. Man darf daher auf die weitere Entwicklung gespannt sein.