

Vera Angela Karoline Rödel (geb. Glatzel)  
*Rechtsfolgen beihilfegewährender gegen  
das Durchführungsverbot verstößender  
privatrechtlicher Verträge*

**Anwendbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf mittelbare Beihilfen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH am Beispiel von F & E-Verträgen  
Konkretisierung des Ergebnisses anhand von Klauseln für die Praxis**

Die Dissertation betrachtet am Beispiel von F & E-Verträgen zwischen Universitäten und Industrieunternehmen die Rechtsfolgen beihilfegewährender, gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstößender Verträge und untersucht die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf mittelbare Beihilfen am Beispiel von F & E-Verträgen. Darauf aufbauend werden Klauseln für die vertragliche Gestaltung von F & E-Verträgen in der Praxis vorgestellt. Diese Vertragsklauseln ermöglichen keine Umgehung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots, vielmehr schaffen sie bereits bei Vertragsschluss Rechts- und Planungssicherheit unter Wahrung beihilferechtlicher Vorschriften und beseitigen das regelmäßig über F & E-Verträgen lastende Damoklesschwert der (Gesamt-) Nichtigkeit.

**A. Themeneinführung**

Obwohl das Problem der Rechtsfolgen unionsrechtswidriger Beihilfen in Rechtsprechung und Literatur seit Jahren diskutiert wird, sind viele Details aber noch ungewiss. Nach dem BGH ist ein Vertrag, durch den eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährt wird, nichtig, weil Sinn und Zweck des Durchführungsverbots, Wettbewerbsvorteile zu verhindern, nicht anders als durch die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags zu erreichen sind.<sup>1</sup>

Mit Urteil vom 5.12.2012<sup>2</sup> wendete sich der BGH nunmehr, wie auch von der Verfasserin in ihrer Arbeit gefordert, von der bisher postulierten Gesamtnichtigkeit als Folge eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot

ab und stellte klar, dass weder aus unionsrechtlichen Gründen noch auf Grundlage des deutschen Rechts die Gesamtnichtigkeit erforderlich ist. Nach dem BGH kann ein Vertrag, welcher Beihilfeelemente enthält, durch die Vereinbarung einer Ersetzungs- und Erhaltungsklausel mit beihilferechtskonformem Inhalt aufrechterhalten werden, falls konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, worauf sich die Parteien des Vertrags bei Nichtigkeit der Preisvereinbarung geeinigt hätten.

**B. Beihilfegewährende F & E-Verträge**

Wenn Universitäten wirtschaftlich tätig werden, kommen sie unter verschiedenen Aspekten mit dem Beihilferecht in Berührung: Auf der einen Seite empfangen die Universitäten staatliche Mittel für Forschung und Lehre und sind auf diese Weise Beihilfeempfänger. Sie handeln aber auf der anderen Seite auch selbst als Erbringer der Leistung, indem sie F & E-Verträge mit Unternehmen schließen und mit ihren unter Marktpreis erbrachten Leistungen die empfangenen staatlichen Zahlungen an die Unternehmen weiterreichen. So haben die Universitäten eine Position inne, in der sie sowohl Unternehmen im Sinne des Beihilferechts als auch staatlich finanzierte Einrichtungen sein können.<sup>3</sup> Zu dieser „Zwitterstellung“ der Universitäten wird in der Arbeit ausführlich Bezug genommen.

Die Universität kann als staatlich finanzierte Einrichtung ein Unternehmen gegenüber einem anderen begünstigen. Diese Konstellation birgt die Gefahr einer mittelbaren Beihilfe an das begünstigte Unternehmen, mit dem die Universität den Vertrag schließt. Die eine Nichtigkeit des Vertrags zwischen Universität und Unternehmen und damit die infolge der Nichtigkeit ausgelöste Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses und hat den Verlust der durch den Vertrag generierten Schutzrechte zur Folge.

1 BGH, EuZW 2003, 444-448; BGH, EuZW 2004, 254-256; BGH, EuZW 2004, 252-254; BGH, BGHZ 173, 129-145; BGH, BGHZ 173, 103-116; BGH, BGHZ 188, 326-351; BGH, WuW 2012, 1065-1073.

2 BGH, EuZW 2013, 753-759, in seinen Urteilsgründen erst am

25.6.2013 veröffentlicht; der BGH nahm hier erstmals zur Frage der Teilnichtigkeit beihilfegewährender gegen das Durchführungsverbot verstößender Verträge Stellung.

3 Dazu ausführlich: *Huber/Prikoszovits*, EuZW 2008, 171 (172, 173).

## I. Rechtsfolgen beihilfegewährender F & E-Verträge<sup>4</sup>

### 1. Nichtigkeit bipolarer beihilfegewährender Verträge

Nach dem BGH ist ein Vertrag nichtig, durch welchen eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot gewährt wird, weil Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB darstellt, dessen Verletzung zur Nichtigkeit des beihilfegewährenden Vertrags führt.<sup>5</sup> Grundsätzlich richtet sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten, nicht jedoch an die Empfänger staatlicher Beihilfen. Dies steht der Anwendung des § 134 BGB aber nicht entgegen, da die Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn es sich zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots handelt, der Zweck des Gesetzes aber nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung.

Um die verhältnismäßige Rechtsfolge des gegen das Durchführungsverbot verstoßenden beihilfegewährenden Vertrags zu bestimmen, ist zu beachten, dass sich die Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Beihilfegewährung zwar nach nationalem Recht richten, dessen Anwendung jedoch Tragweite und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen darf und ohne Diskriminierung erfolgen muss.<sup>6</sup>

Da der Zweck des Durchführungsverbots nicht anders als durch die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags zu erreichen ist, führt dieser Verstoß zur Nichtigkeit der Verträge. Das Durchführungsverbot will gerade Wettbewerbsvorteile verhindern, die der Beihilfempfänger aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen kann. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche Vertrag, durch den die Beihilfe gewährt wird, als nichtig angesehen wird, damit der Beihilfegeber oder ein Wettbewerber des Beihilfempfängers in die Lage versetzt wird, zur Vermeidung einer weiteren Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen.<sup>7</sup>

Insbesondere ist nach Meinung der Verfasserin die von Teilen der Literatur favorisierte schwebende Unwirksamkeit<sup>8</sup> als Rechtsfolge nicht ausreichend, weil so die Wettbewerbsvorteile der vorzeitigen Auszahlung gerade nicht verhindert und damit der Telos des Durchführungsverbots nicht gewahrt würden.

Die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit ist folglich grundsätzlich die verhältnismäßige Rechtsfolge eines gegen das Durchführungsverbot verstoßenden Vertrags, wenngleich der Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV weder nach Unionsrecht noch nach deutschem Recht in jedem Fall zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führt. Nur so wird die Wettbewerbslage vor Beihilfegewährung geschaffen und der Mitbewerber in die Lage versetzt, zu denselben Konditionen wie der Beihilfempfänger agieren zu können. Die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit des Beihilfelements aber ließe diese fehlerhafte Auswahlentscheidung gerade bestehen und die Wettbewerbsverzerrung verfestigte sich damit.

Dennoch kommt die Teilnichtigkeit bei Vorliegen einer Ersetzungs- und Erhaltungsklausel in Betracht, so bei einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung; wenn Beihilfeelement ein zu geringer Preis ist. Dann reicht es zur Beseitigung der beihilferechtlich bedeutsamen Begünstigung aus, wenn vom Beihilfempfänger die Zahlung des Differenzbetrags zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird. In einem solchen Fall müssen sich aber stets in der Vereinbarung und damit im rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien konkrete Anhaltspunkte finden lassen, worauf sich die Parteien des Vertrages bei etwaiger Nichtigkeit der Preisvereinbarung geeinigt hätten.<sup>9</sup>

### 2. Nichtigkeit multipolarer beihilfegewährender Verträge

#### a) Grundlegendes

Die Teilnichtigkeit des Vertrages mit der Möglichkeit der Aufrechterhaltung mit beihilferechtskonformem Inhalt

4 Dazu: Rödel, PharmR 2014, 141 ff.; ausführlich: dies., Beihilfegewährende Forschungs- und Entwicklungsverträge (2014).

5 BGH, EuZW 2003, 444-448; BGH, EuZW 2004, 252-254; BGH, EuZW 2004, 254-256; BGH, BGHZ 173, 103-116; BGH, BGHZ 173, 129-145; BGH, BGHZ 188, 326-351; BGH, WuW 2012, 1065-1073.

6 So auch: Striemi/Werner, JuS 2006, 106, 108.

7 So auch in der Literatur: Münch-Komm-BGB/Armbrüster, 6. Aufl. (2012), § 134, Rn. 104; Bacon, 2. Aufl. (2013), European community law of state aid, 20.12; Koenig, EuZW 2003, 417, 417; Kühling, ZWR 2003, 498 (502 f.); Martin-Ehlers, WM 2003, 1598, 1603; Pechstein, EuZW 1998, 495, 497; ders., Anm. z. BGH, Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 314/02, EuZW 2003, 447, 447, 448; Staudinger-

BGB/Sack/Seibl, 15. Aufl. (2011), § 134, Rn. 313; zum Meinungsstreit „Schwebende Unwirksamkeit oder Nichtigkeit“: Pütz, NJW 2004, 2199, 2199; Schmidt-Räntsch, NJW 2005, 106, 108; Steindorff, ZHR 152 (1988), 474, 488; ders., EuZW 1997, 7, 9 ff.

8 Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 73, 110 ff.; Nomos Kommentar-Europäisches Beihilfenrecht/Bungenberg/Motzkus, (2013) Kapitel 5, S. 1302 f.; Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2009, 323, 326; Heidenhain, EuZW 2005, 135, 135; Hopt/Meßmacker, WM 1996, 801, 806; Pütz, NJW 2004, 2199, 2200.

9 BGH, EuZW 2013, 753, 753 (Leitsatz).

durch Vereinbarung einer Erhaltens- und Ersetzungs-klausel ist die verhältnismäßige Rechtsfolge für komplexe multipolare Vertragsverhältnisse und mittelbare Beihilfen wie F & E-Verträge, da sie ausreichend ist, um Sinn und Zweck des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu wahren.

Dem möglicherweise beihilfeempfangenden Unternehmen ist daher zu empfehlen, sich vor Vertragsschluss durch Verhandeln salvatorischer Klauseln abzusichern und zu untersuchen, ob die unionsrechtlichen Regeln befolgt werden, da nur auf diese Weise eine nachträglich festgestellte Gesamtnichtigkeit des geschlossenen Vertrags verhindert und die Aufrechterhaltung des Vertrages mit beihilfekonformem Inhalt erreicht werden kann.

#### b) Mittelbare Beihilfen

Die mittelbare Beihilfe als indirekte Vorteilsgewährung zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige fällt auch unter den Beihilfetatbestand des Art. 107 AEUV<sup>10</sup> und damit grundsätzlich unter die Rechtsprechung des BGH zur Nichtigkeit beihilfegewährender Verträge. Durch die Einbeziehung mittelbarer Begünstigungen in den Beihilfetatbestand werden Sinn und Zweck der sachgerechten Registrierung wettbewerbsverfälschender Fördermaßnahmen erfüllt.

#### c) F & E-Verträge als mittelbar beihilfegewährende Verträge

Der F & E-Vertrag birgt eine mittelbare Beihilfe, wenn die Universität ihre Leistung dem Unternehmen gegenüber unterhalb des Marktpreises oder zu einem nicht angemessenen Preis erbringt und dieses damit gegenüber anderen Mitbewerbern begünstigt wird.

Der Unionsrahmen für staatliche F & E & I-Beihilfen der Kommission beinhaltet die für die beihilferechtliche Frage der Vereinbarkeit von F & E & I-Beihilfen mit dem Binnenmarkt relevanten Aspekte und Voraussetzungen unter 2.2. (Indirect state aid to undertakings through public funded research and knowledge dissemination organisations and research infrastructures).<sup>11</sup> Der letzte Gemeinschaftsrahmen trat am 01.01.2007 in Kraft und war ursprünglich bis zum 31.12.2013 anwendbar, erfuhr aber

eine technische Verlängerung bis zum 30.06.2014.<sup>12</sup> Am 01.07.2014 trat der neue Unionsrahmen in Kraft, mit dem die Gewährung von Beihilfemaßnahmen zur Förderung von Maßnahmen im Bereich Forschung, Entwicklung und Innovation erleichtert werden soll.

Der Unionsrahmen führt aus, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen im Falle einer Auftragsforschung durch Forschungseinrichtungen oder einer Zusammenarbeit mit diesen eine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts erhalten. Dargestellt wird sowohl die Konstellation, in der die Forschungseinrichtung ein Vorhaben im Auftrag eines Unternehmens ausführt (Auftragsforschung oder Forschungsdienstleistungen) als auch, wenn mindestens zwei Partner an der Konzeption des Vorhabens mitwirken, zu seiner Durchführung beitragen und seine Risiken und Ergebnisse teilen (Zusammenarbeit von Unternehmen und Forschungseinrichtungen).

Bei einer Forschung im Auftrag von Unternehmen erhält das Unternehmen von der Forschungseinrichtung in der Regel keine staatliche Beihilfe und ist nicht begünstigt im Sinne des Beihilferechts, wenn die Forschungseinrichtung ihre Dienstleistung zum Marktpreis oder, sofern es keinen Marktpreis gibt, zu einem Preis erbringt, der sowohl sämtliche Kosten als auch eine angemessene Gewinnspanne enthält. Bei gemeinsamen Kooperationsprojekten von Unternehmen und Forschungseinrichtungen erhält das Unternehmen von der Forschungseinrichtung in der Regel keine mittelbare staatliche Beihilfe, wenn das Unternehmen sämtliche Kosten des Vorhabens trägt oder die Ergebnisse, für die keine Rechte des geistigen Eigentums begründet werden, weit verbreitet werden können oder die Forschungseinrichtungen von den beteiligten Unternehmen für die Rechte des geistigen Eigentums, die sich aus den von der Forschungseinrichtung im Rahmen des Vorhabens ausgeführten Forschungsarbeiten ergeben und auf die beteiligten Unternehmen übertragen werden, ein marktübliches Entgelt erhalten.

Zu untersuchen ist damit, ob die Leistung der Forschungseinrichtung zu einem angemessenen Preis oder

10 Dies wird in der Arbeit anhand einer Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Beihilfe dargestellt. Zur mittelbaren Beihilfe: EuGH, Urt. v. 19.9.2000 – C-156/98; EuGH, Urt. v. 13. 6. 2002 – C-382/99; EuG, Urt. v. 4.3.2009 – T-424/05; zu der Sache T-424/05: López, ESTAL 2010, 219-228; EuG, Urt. v. 15.6.2010 – T-177/07; Kommission, Entscheidung v. 24.1.2007 – 2007/374/EG über die staatliche Beihilfe C 52/2005, die die Italienische Republik mit ihrem Zuschuss zur Anschaffung von Digitaldecodern gewährt hat; MünchKomm-Beihilfen- und Vergaberecht/Arhold (2011), Art. 107 AEUV, Rn. 135; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. (2005), 63; Koenig/Sander, EuR 2000, 743, 747; López, ESTAL 2010, 219, 223 f.; Nomos Kommentar-Europäisches

Beihilfenrecht/Penner (2013), Kapitel 1, 386 f.; Quigley/Collins, EC State Aid Law and Policy (2003), 22 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union/von Wallenberg/Schütte, 50. Ergänzungslieferung (2013), Art. 107 AEUV, Rn. 48; kritisch: Bartosch, EU-Beihilfenrecht – Kommentar (2009), Art. 87 Abs. 1 EGV, Rn. 82; gegen eine Einbeziehung mittelbarer Beihilfen: Ehle/Meier, EWG-Warenverkehr (1971), 244.

11 [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/modernisation/rdi\\_framework\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/rdi_framework_en.pdf).

12 Der neue Unionsrahmen ist zu finden unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2014:198:TOC> (Stand: Juli 2013).

zum Marktpreis entrichtet wurde, die Rechte des geistigen Eigentums zu einem marktüblichen Entgelt übertragen wurden und so eine beihilferelevante Begünstigung des Unternehmens ausgeschlossen werden kann.

Trotz dieser Voraussetzungen des Unionsrahmens stehen die Vertragsparteien bei der Ermittlung des vom Unionsrahmen postulierten Marktpreises Problemen gegenüber. Die Bestimmung desselben ist oft nur unter gewichtigen Anstrengungen möglich. Kritisch ist dabei, dass für wissenschaftliche Dienstleistungen einer Universität regelmäßig kein Marktpreis ermittelt werden kann, weil durch die kleine Anbieterzahl für die im Vertrag vereinbarte Leistung kein Markt besteht. Daher gibt es weder Berechnungsmöglichkeiten noch Orientierungsmaßstäbe für eine angemessene Vergütung. An dieser Stelle untersucht die Verfasserin Optionen, welche eine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts messbar und damit erkennbar für die Parteien machen kann. Der Vorschlag der Kommission, nach dem der Preis nach im Vergabeverfahren bestehenden Auswahlkriterien zu bestimmen und so die Gegenleistung marktgerecht zu gestalten ist, um auf diese Weise die Voraussetzung für den Ausschluss einer beihilferechtlichen Begünstigung zu erfüllen, stellt keine akzeptable Lösung dar.<sup>13</sup> Das Bietverfahren ist nämlich im Rahmen von F & E-Verträgen zur Bestimmung des Marktpreises ungeeignet und wird sowohl vom Industrieunternehmen als auch von der Universität abgelehnt werden. Bei Wahrung der Voraussetzungen eines offenen, transparenten und bedingungslosen Ausschreibungswettbewerbs mit Vergabe an den Meistbietenden kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Motiv der Forschungskooperation oder der Auftragsforschung an die Öffentlichkeit kommt. Der Ausschreibungswettbewerb konterkariert das Interesse des Unternehmens, weil auf diesem Weg geheimes Knowhow offengelegt werden könnte. Zudem möchte das Industrieunternehmen verhindern, dass Mitbewerber von der strategischen Forschungsausrichtung oder den zukünftig anvisierten Betätigungsfeldern Kenntnis erlangen. Dies würde aber gerade durch das Interesse an bestimmten Projekten erkennbar. Die Durchführung eines Bietverfahrens widerspricht auch dem Interesse der Forschungseinrichtung. Bei der Suche nach einem neuen Wirkstoff und der Entwicklung einer Substanz, an der mit Hilfe eines Unternehmens weiter geforscht werden

soll, kann und will die Forschungseinrichtung nicht alle Tatsachen offenlegen, weil manche Informationen nicht öffentlich sind und damit noch dem Patentschutz zugänglich sein könnten. Im Fall der Offenlegung solcher Details ist die geleistete Forschung wertlos und nicht mehr schutzfähig, weil die Erfindungen nicht mehr neu wären, sondern zum Stand der Technik gehörten.

Nicht nur die Bestimmung des Marktpreises, sondern auch die des Preises, der sowohl sämtliche Kosten als auch eine angemessene Gewinnspanne enthält, gestaltet sich als äußerst schwierig. Dieser Preis ist nach dem Unionsrahmen maßgebend, wenn kein Marktpreis ermittelt werden kann. Das zu wählende System der Kostenberechnung, um diesen Preis zu bestimmen, muss alle direkten und indirekten Kosten für die im Vertrag vereinbarte Forschungsleistung erfassen.

## II. Rechts- und Planungssicherheit durch den Entwurf von Vertragsklauseln

Um Rechts- und Planungssicherheit bereits bei Vertragsschluss für beide Vertragsparteien zu erreichen, ist nach Meinung der Verfasserin der Entwurf von Vertragsklauseln unabdingbar. F & E-Verträge sind durch die Bestimmung und das dokumentierte Aushandeln einer Vergütung im Sinne des Unionsrahmens und der Ergänzung des F & E-Vertrages um die folgenden Klauseln so zu gestalten, dass keine Beihilfe an das Industrieunternehmen besteht und auch bei Unklarheit hinsichtlich der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zumindest keine Rückabwicklung des geschlossenen Vertrags wegen Nichtigkeit gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB droht.<sup>14</sup>

Die in der Dissertation entwickelten Klauseln wurden anhand der Beispiele aus den Mustervereinbarungen für F & E-Kooperationen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie<sup>15</sup> entworfen. Diese umgehen nicht das Durchführungsverbot, sondern schaffen vielmehr Rechts- und Planungssicherheit unter Wahrung der beihilferechtlichen Vorschriften.

Schon die Präambel sollte den Vertragszweck darstellen, um die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung nachzuweisen sowie die verschiedenen Arbeitspakete im Hinblick auf Beiträge, Aufwand und Interesse umreißen. Weiterhin soll das Interesse des Unterneh-

13 XXIX. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsbericht 1999, Rn. 233, 235.

14 Dazu ausführlich: Rödel, Beihilfegewährende Forschungs- und Entwicklungsverträge (2014).

15 Bezugsmöglichkeiten der BMWi Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen unter: <http://www.patentserver.de/Patentserver/Navigation/Patentpolitik/kooperation->

wissenschaft-wirtschaft (Juli 2014). Es werden die Klauseln des Vertrags über Auftragsforschung in der Variante der Übertragung der Schutzrechte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMW, Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, 12 ff.) herangezogen.

mens am Zugang zu den Ergebnissen und deren Nutzung, das der Forschungseinrichtung am Entgelt und der Möglichkeit der späteren Publikation der Ergebnisse, dokumentiert werden.

Auch muss die Klausel im Hinblick auf die Altrechte sorgsam verfasst werden. Um den erörterten Ansprüchen im Vertragstext zu genügen, ist die Klausel aus dem Mustervertrag des Bundesministeriums über die Altrechte zu ergänzen:

„Die Parteien stimmen überein, dass der Wert der Altrechte, die dem Industriepartner zugeordnet werden, bereits von der Vollkostenrechnung erfasst und Teil der Gesamtvergütung ist.“

Eine solche Ergänzung der Klausel ist notwendig, um die Nichtigkeit nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB auszuschließen, weil die Altrechte mit der Vergütungsregelung abgegolten sein müssen. Durch die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung für Nutzung und Verwertung der Altrechte wird ein Marktpreis oder ein angemessener Preis für die Altrechte bestimmt, welcher das Vorliegen einer Begünstigung seitens des Industrieunternehmens ausschließt.

Auch die Klausel über die Vergütung der Forschungsarbeiten ist wie folgt abzuändern:

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass die vorgenannte Vergütung der Arbeiten Gegenstand einer detaillierten Kalkulation ist, die alle Kosten erfasst, die bei Erbringung der Leistung anfallen und i.S.d. Vollkostenrechnung einen angemessenen Preis für die Leistung, das Projekt und die Übertragung von Neu- und Altrechten nach Anlage [X] darstellt und die einen gegenwärtigen und nachvollziehbaren Betrag für die Durchführung des Vertrags und die Übertragung der Rechte nach Ziffer [X] und [Y] dieses Vertrags zur Grundlage hat.“

Die Erfassung von Alt- und Neurechten ist im Rahmen der Vollkostenrechnung erforderlich, um einen Marktpreis oder einen angemessenen Preis für die Übertragung der Neurechte und die Nutzung der Altrechte zu bestimmen. Dieser kann so das Vorliegen einer Beihilfe zu Gunsten des Industrieunternehmens nach dem Unionsrahmen ausschließen und die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung dokumentieren.

Die Klausel dokumentiert, dass die Parteien bei Vertragsschluss einen angemessenen und damit beihilferechtmaßige Preis aushandeln und vereinbaren wollten. So wird das Interesse der Parteien deutlich artikuliert, auch bei etwaiger Nichtigkeit der Preisklausel am Vertrag festzuhalten zu wollen. Dieser Fortführungswil-

le ist wie oben dargestellt Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Vertrages bei Nichtigkeit der Vergütungsklausel durch Ersetzung dieser Klausel oder ergänzende Vertragsauslegung.

Zuletzt sollte auch die salvatorische Klausel des Mustervertrags des Bundesministeriums ergänzt werden, da die Gesamtnichtigkeit des Vertrags nur auf diese Weise verhindert und der Vertrag durch eine beihilferechtmäßige Klausel auch bei Unwirksamkeit der Preisklausel aufrechterhalten werden kann:

„Sollte eine der Bestimmungen oder ein wesentlicher Teil dieser Vereinbarung unwirksam oder nichtig sein oder werden, wird nach dem Willen der Parteien die Vereinbarung im Übrigen hiervon nicht berührt.“

„Derartige Bestimmungen werden die Vertragspartner durch eine neue, gültige und zumutbare Bestimmung ersetzen, die ihren ursprünglichen Absichten im wirtschaftlichen Ergebnis soweit wie möglich und dem Vertragszweck entspricht, sofern dadurch keine wesentliche Änderung des Vertragsinhalts herbeigeführt wird. Insbesondere im Fall der Unangemessenheit der Vergütung betreffend die Regelung zu Neu- und Altrechten werden die Vertragspartner diese Klausel durch eine neue gültige Bestimmung ersetzen, die der Billigkeit entspricht.“

„Wird ein entsprechender Vorschlag eines Vertragspartners abgelehnt oder von diesem innerhalb eines Monats nach Zugang nicht angenommen, kann jeder Partner beantragen, dass ein fachkundiger Schiedsgutachter die Ersetzung der Klausel nach dessen Ermessen verbindlich festlegt.“

Die salvatorische Erhaltungsklausel sollte nicht standardmäßig und allgemeingültig eingearbeitet werden, sondern hat unter Abwägung der möglichen Folgen ausgearbeitet zu werden.

Um den Willen der Parteien, den Vertrag auch dann zur Wirksamkeit gelangen zu lassen, wenn ein wesentlicher Teil desselben nichtig ist, hinreichend deutlich werden zu lassen, ist der Zusatz „oder ein wesentlicher Teil“ der Vereinbarung vonnöten. Daher muss der Wille der Parteien, bei Nichtigkeit einer Klausel, insbesondere der Preisklausel, am Vertrag festhalten zu wollen und zu einem angemessenen und folglich beihilferechtmäßigen Preis abzuändern, bereits in die Klausel einfließen. Diese Formulierung der Erhaltungsklausel hat in Verbindung mit der Ersetzungsklausel zu erfolgen. Denn erst durch das Einfügen der Ersetzungsklausel kann der durch die Nichtigkeit entstandene „wesentliche Teil“ als Lücke ge-

füllt werden. Der Zusatz einer Klausel, die Sinn und Zweck des Vertragsinhalts aufzeigt, ist dementsprechend anzuraten, da damit eine Präzisierung der Klausel und Dokumentation des Parteiwillens erzielt wird.

Insbesondere im Rahmen der Suche eines angemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung oder konkreter Vergütungsmodalitäten gibt es verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Ausschließlich mithilfe der Ersetzungsklausel ist es möglich, ein interessengerechtes Ergebnis zu erzielen, sodass die Vereinbarung erforderlich ist, weil eine „Lückenfüllung“ durch den Richter versagen würde. Vor allem bei Nichtigkeit der Preisklausel kann der Vertrag wegen Nichtigkeit von *essentialia negotii* gesamtlich sein. Daher kann allein durch eine solche, vom Parteiwillen ausdrücklich gewünschte, Ersetzungsklausel die Gesamtnichtigkeit verhindert werden, während eine Ersetzung der Preisklausel durch den Richter gerade nicht zulässig wäre.

Die zu entwerfende Ersetzungsklausel hat die Voraussetzungen von Bestimmbarkeit und Durchführbarkeit zu erfüllen und den Grad der Ersetzungswirkung sowie die Ersetzungsmaßstäbe festzulegen, wobei sie ausdrücklich vom Parteiwillen gedeckt sein muss und festzuschreiben hat, von wem und in welcher Weise sie zu ersetzen ist. Ansonsten drohen Auslegungsschwierigkeiten. Die entworfenen Ersetzungsklausel kann die dispositive Regelung des § 139 BGB wirksam abbedingen. Damit tritt die Gesamtnichtigkeit lediglich ein, wenn die Erhaltung des Vertrags trotz salvatorischer Klausel im Einzelfall durch den durch Vertragsauslegung zu ermittelnden Parteiwillen nicht mehr umfasst wird, was aber bei ausreichender Dokumentation und Festschreiben des Parteiwillens nicht der Fall sein sollte.

Folglich ist die Preisersetzungsklausel so auszugestalten, dass die Interessen beider Vertragsparteien hinreichend gewahrt werden. Ein Bestimmungsrecht beider Parteien sollte implementiert werden, da die Parteien wegen ihrer Sachnähe fachkundiger sind betreffend die Bestimmung von Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung für die dem Vertrag zugrunde liegenden Arbeitspakete und Leistungen als ein externer Dritter. Um Interessengerechtigkeit zu gewährleisten, ist der Zusatz der Zumutbarkeit anzuraten, um unzumutbare Härten der Klausel zu vermeiden.

Es beschleunigt den Vorgang der Ersetzung und treibt ihn an, wenn ein Schiedsgutachter die Ersetzung nach seinem Ermessen verbindlich festlegt für den Fall, dass die Parteien sich nicht einigen können. Diese Klausel steigert des Weiteren den Einigungsdruck auf die Parteien, sodass deren Verhandlungen nicht endlos fort-dauern können. Durch die Drittbestimmungsbefugnis des Schiedsgutachters, dessen Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Objektivität kommt dem Ersetzungsverfahren ein Mehr an Rechtssicherheit zu; es werden sowohl die Interessen beider Parteien hinreichend berücksichtigt als auch das Verfahren beschleunigt.

Die vorgeschlagenen Vertragsmodifikationen in Gestalt der Klauseln schaffen bereits bei Vertragsschluss Rechtssicherheit unter Wahrung beihilferechtlicher Vorschriften und beseitigen auf diese Weise das über dem F & E-Vertrag lastende Damoklesschwert der Nichtigkeit.

Die Autorin ist Syndikusanwältin bei der Merck KGaA als Head of Consumer Health Germany.