

Bernhard Ulrici

Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden*

ÜBERSICHT

I. Einführung und Grundlegung

1. Beteiligte und Zusammenwirken
2. Recht auf Anerkennung
3. Eigentumsgleiches Recht

II. Abstimmungsbedarf

1. Ausgangspunkt
2. Gegenständlicher Umfang
3. Personeller Umfang
4. Strukturierung

III. Verbundebene

1. Interessenlage und Auflösung von Interessenkollisionen
2. Vertrag als Gestaltungsmittel
3. Gesetzliche Regelung

IV. Beschäftigungsebene

1. Interessenlage und Auflösung von Interessenkollisionen
2. Gestaltungsmittel
3. Eigenständiges Arbeitnehmererfinderrecht?

V. Forscherebene

1. Sog. Foreground
2. Sog. Background

VI. Ergebnisse

I. Einführung und Grundlegung

1. Beteiligte und Zusammenwirken

Zweck eines Forschungsverbands¹ ist die im Zusammenwirken mehrerer Beteiligter erfolgende Suche nach Erkenntnis.² Seine Förderung erfordert nicht, dass die Beteiligten selbst unmittelbar forschen. Vielmehr kann die Suche nach Erkenntnis auch anderweitig unterstützt

werden (z.B. organisatorischer oder finanzieller Beitrag). Mitglieder eines Forschungsverbands sind im Regelfall dann auch nicht einzelne Forscher, sondern Institutionen (Hochschulen und sonstige [außeruniversitäre] Forschungseinrichtungen) und Unternehmen.³ Sie schließen sich zusammen, um ein Forschungsvorhaben durch Organisation und Ausstattung zu ermöglichen. Die eigentliche (Forschungs-)Tätigkeit als notwendig menschliche Leistung⁴ wird dagegen nicht unmittelbar von ihnen, sondern im Kern von Angestellten (Arbeitnehmer, Beamte)⁵ erbracht.

2. Recht auf Anerkennung

Sind Forscher erfolgreich, haben sie automatisch jeder für sich ein Recht auf Anerkennung ihrer Leistung und dürfen sich im zutreffenden Ausmaß als Mutter/Vater einer Erkenntnis bezeichnen. Dies ist Ausfluss des durch Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG⁶ umfassend geschützten Persönlichkeitsrechts, in dessen Schutzbereich eingegriffen wird, wenn durch unzutreffende Leugnung einer individuellen Leistung⁷ die Person verfälscht oder entstellt wird.⁸ Abgesehen hiervon findet es in Ausschnitten eine Grundlage in Art. 5 Abs. 3 GG, weil die Anerkennung eines Forschungsbeitrags Teil der wissenschaftlichen Kommunikation ist.⁹ Schließlich gründet es ggf. in Art. 12, 14 GG, weil und soweit die Nichtanerkennung eines Leistungsbeitrags die diesem zu Grunde liegende Tätigkeit bzw. das Ergebnis oder eine eingerichtete und ausgeübte Geschäftstätigkeit entwertet. Vereinzelt (z.B. für den Schöpfer, vgl. § 13 S. 1 UrhG) hat dieses Recht auf der Ebene des einfachen Rechts eine besondere Ausgestaltung erfahren (z.B. § 13 S. 2 UrhG; vgl. auch § 24 HRG, § 70 Abs. 3 S. 2, 3 HG

* Erweiterte Fassung des im Rahmen des Symposiums „Forschungsk Kooperationen: Plädoyer für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform“ (05./06.10.2017) in Berlin gehaltenen Vortrags.

1 Verstanden als kooperative Form gemeinsamer Forschung, vgl. *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, Eine Kooperationsform für die Wissenschaft, OdW 2017, 1.
2 *Heide*, Patentschutz und Patentlizenzen in Forschungsk Kooperationen, InTeR 2013, 2 (2 f., 9); *Wündisch* in BeckOF Vertrag, 42. Ed. 1.9.2017, Kooperationsvertrag Anm. 2.
3 Vgl. *Eberbach/Hommelhoff/Lappe* OdW 2017, 1; *Stallberg*, Anwendungsfragen von § 42 Nr. 4 ArbNErFG bei F&E-Verträgen im Hochschulbereich, GRUR 2007, 1035; TUM, Forschungs- und Wirtschaftskooperationen (https://www.tum.de/fileadmin/w00bfo/www/Wirtschaft/Broschueren_Kooperationen/130318_TUM_

CCC_Forsch-Wirt_Brosch-dt.pdf), 2 (20.11.2017).

4 *Pahlow* in Gärditz/Pahlow, Hochschulerfinderrecht, 2011, 129 Rn. 45.

5 Daneben sind tätig vor allem auch nicht angestellte (externe)

Studenten, Doktoranden und Habilitanden.
6 *Specht* in BeckOGK Zivilrecht, 1.8.2017, BGB § 823 Rn. 1074.

7 Eine Leugnung kann auch in der unzutreffenden Anmaßung oder Behauptung der Maßgeblichkeit der Leistung einer anderen Person liegen.

8 Vgl. allg. *Specht* (o. Fn. 6) BGB § 823 Rn. 1122.

9 Vgl. *Maunz/Dürig/Scholz*, 80. EL Juni 2017, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 83 f.

NRW, § 47 S. 4 SächsHSFG). Im Umfang seiner grundrechtlichen Verankerung besteht es – nicht notwendig mit demselben Inhalt – auch unabhängig von einer einfachrechtlichen Ausformung.¹⁰ Ein Recht auf Anerkennung – ihres jeweiligen Beitrags – steht automatisch aber auch einem Forschungsverbund sowie seinen Mitgliedern zu. Denn nach Maßgabe von Art. 19 Abs. 3 GG können auch diese vom persönlichen Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts,¹¹ der Wissenschafts-,¹² Berufs- und/oder Eigentumsfreiheit erfasst werden.

3. Eigentumsgleiches Recht

Im Unterschied zum Recht auf Anerkennung nicht durchgängig und auch nicht notwendig automatisch, sondern nur bei Erfüllung besonderer Voraussetzungen (z.B. Neuheit bzw. Eigentümlichkeit, Erfindungs- bzw. Schöpfungshöhe)¹³ und teilweise erst nach gesonderter Anerkennung (z.B. nach Veröffentlichung)¹⁴ sind die Ergebnisse forschender Tätigkeit zu Gunsten eines Forschers, eines Forschungsverbunds und/oder seiner Mitglieder auch Gegenstand eines Schutzrechts (z.B. Patent, Gebrauchsmuster, Urheberrecht), d.h. vergleichbar dem Eigentum einem Inhaber zugewiesen, für diesen in ihrer (wirtschaftlichen) Anwendung monopolisiert (vgl. § 903 BGB, Ausschließungs- und Nutzungsfunktion) und gegen Beeinträchtigungen geschützt.¹⁵ Entsprechende Schutzrechte gewährt die Rechtsordnung nur aufgrund umfassender Interessenabwägung. Der Gesetzgeber berücksichtigt vor allem, wie sich die Gewährung eines Schutzrechts auf den gesellschaftlichen (insbes. technischen oder kulturellen) Fortschritt (z.B. Förderung von Investitionen in geistige Leistungen, Behinderung von Weiterentwicklungen¹⁶) und den Markt (z.B. Abschot-

tung eines Marktes und monopolbedingte Preisüberbretungen) auswirkt und wägt mögliche nachteilige Auswirkungen¹⁷ sorgfältig mit dem Gewicht der erbrachten Leistung ab.¹⁸ Soweit für das Ergebnis einer geistigen Leistung kein Schutzrecht gewährt wird, ist es nicht vergleichbar dem Eigentum geschützt, sondern kann grds. frei und grds. auch unentgeltlich¹⁹ benutzt und ausgewertet werden.²⁰ Verhindern lässt sich dies nur mittels von den Beteiligten insbes. durch Vertragsschluss zu begründenden Geheimhaltungspflichten²¹ sowie Tätigkeits- und Konkurrenzverboten.²²

II. Abstimmungsbedarf

1. Ausgangspunkt

Aus der Gemengelage, dass mehrere Verbundmitglieder zusammenwirken und die forschende Tätigkeit nicht von diesen, sondern von für den Forschungsverbund tätigen und regelmäßig arbeitsteilig handelnden Personen erbracht wird, ergibt sich umfangreicher Abstimmungsbedarf in Bezug auf die Ergebnisse geistiger Leistungen und die zu diesen erteilten Schutzrechte.²³

2. Gegenständlicher Umfang

Zunächst besteht Abstimmungsbedarf vor allem in Bezug auf den sog. Foreground, d.h. die von einem Forschungsverbund im Rahmen der Verwirklichung seines Zwecks gewonnenen Ergebnisse:²⁴

- Es muss die Wahrnehmung des Rechts auf Anerkennung eines Leistungsbeitrags in Form eines (öffentlichen) Hinweises koordiniert werden. Denn es steht zwar jedem Beteiligten ein eigenes Recht auf Anerkennung seines individuellen Beitrags zu, dessen Wahrnehmung

10 Vgl. für Erfindungen BGH 20.06.1978 - X ZR 49/75 = GRUR 1978, 583 (585); LG Nürnberg-Fürth 25.10.1967 - 3 O 3/67 = GRUR 1968, 252 (254). – Vgl. auch BGH 08.06.1989 - I ZR 135/87 = GRUR 1995, 668 (670): Allgemeines Persönlichkeitsrecht kann verletzt werden durch Zuschreiben fremder Werke; *Kroitzsch/Götting* in BeckOK UrhR, 17. Ed. 1.8.2017, UrhG § 13 Rn. 9: Allgemeines Persönlichkeitsrecht kann verletzt sein durch Bestreiten der Urheberschaft an nicht schutzfähigen Werken.

11 Vgl. allg. *Specht* (o. Fn. 6) BGB § 823 Rn. 1109, 1112.

12 Grundrechtsträger sind nach Maßgabe von Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen einschließlich (privater sowie öffentlich-rechtlicher) Hochschulen und Forschungseinrichtungen (vgl. BVerfGE 75, 192 (196); *Wündisch/Hering*, Rücklizenzen bei FuE-Aufträgen: Das Nutzungsrecht für Forschung und Lehre, GRUR Int 2009, 106 (108); unentschieden BVerfGE 15, 256 (264)) sowie in der Folge auch Zusammenschlüssen selbiger.

13 Vgl. § 1 PatG, § 2 UrhG.

14 Vgl. §§ 9, 58 Abs. 1 S. 2, 3 PatG.

15 Vgl. *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 1.

16 Vgl. *Kraßer/Schricker*, Patent- und Urheberrecht an Hochschulen, 1988, 15, *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 10.

17 Vgl. auch *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 8.

18 Vgl. für Erfindungen *Fitzner* in BeckOK Patentrecht, 6. Edition

(26.09.2017), PatG Vor §§ 1–25 Rn. 5 ff.; *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 41.

19 Vgl. aber z.B. die Ausnahme in § 20 ArbNErfG.

20 Vgl. BGH 28.10.2004 - I ZR 326/01 = GRUR 2005, 166 (167, 169); BGH 06.05.1999 - I ZR 199/96 = NJW 1999, 2898 (2901); BGH 14.12.1995 - I ZR 240/93 = GRUR 1996, 210 (211); BGH 21.03.1961 - I ZR 133/59 = NJW 1961, 1251 (1251 f.); vgl. auch *Ulrici*, Vermögensrechtliche Grundfragen des Arbeitnehmerurheberrechts, 2008, 62 f., 345.

21 Vgl. auch die losgelöst von einem Vertragsschluss geltende Regelung in § 17 UWG.

22 Vgl. *Kraßer/Schricker* (o. Fn. 16), 16; *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 1.

23 Vgl. auch *Gärditz/Pahlow* in *Gärditz/Pahlow*, Hochschülerfinderrecht, 2011, 3 Rn. 4; IHKs NRW/AG IHK Hessen, Forschungs- und Entwicklungsverträge zwischen Unternehmen und Hochschulen, 1. Aufl. 2005, 9.

24 *Brandi-Dohrn* in *Röhrich/Graf* von Westfalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 1; *Wündisch* (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 12, Kooperationsvertrag Anm. 6; *Wündisch*, Vergiftetes Geld? Ergebnis- und verwertungsbezogene Auflagen in öffentlich geförderten FuE-Verbundprojekten, BB 2009, 679 (681); *Groß* in *Gärditz/Pahlow*, Hochschülerfinderrecht, 2011, 321 Rn. 72.

die entsprechenden Rechte der übrigen Beteiligten nicht tangiert. Indes lässt sich durch eine koordinierte Ausübung dieser Rechte eine deutlich höhere Sichtbarkeit erzeugen. Eine (jedenfalls auch) gemeinsame (d.h. „laute“) Verlautbarung erzielt vielfach eine höhere Aufmerksamkeit als (lediglich) viele kleine (d.h. „leise“). Bedeutsam ist dies insbes. für Beteiligte, welche einen untergeordneten Beitrag leisten, sich aber im Glanze des (gesamten) Erfolgs sonnen wollen.²⁵

- Einer Abstimmung bedürfen vor allem aber die für die Ergebnisse einer geistigen Leistung gewährten Schutzrechte und/oder ihre eine (wirtschaftliche) Auswertung ermöglichende Geheimhaltung. Im Kern ergibt sich dies daraus, dass Forschungsergebnisse nicht als solche, sondern erst ihre praktische Anwendung tatsächlich zum gesellschaftlichen Nutzen beiträgt.²⁶ Die praktische Umsetzung erfordert im Regelfall, dass weitergehende Investitionen (z.B. in neue Produktionsmittel/-methoden) getätigt, d.h. weitere unternehmerische Risiken eingegangen werden. Die Bereitschaft hierzu besteht typischerweise nur, wenn durch Monopolisierung einer geistigen Leistung eine gesicherte Amortisation gewährleistet ist.²⁷

Darüber hinaus bedarf es regelmäßig einer Verständigung über die Beschaffung des für die Durchführung eines Forschungsvorhabens und die Auswertung der gewonnenen Ergebnisse nützlichen vorbekannten Wissens und der zu diesem bestehenden Schutzrechte (sog. Background).²⁸ Wissenschaftlicher Fortschritt baut regelmäßig auf bekanntem Wissen auf und entwickelt dieses weiter. Das vorbekannte Wissen kann rechtlich oder tatsächlich monopolisiert sein und (nur) einem Berechtigten zustehen. Hierdurch können seine Ausnutzung für die Erkenntnistätigkeit ebenso wie seine mittelbare Ausnutzung durch Verwertung der von einem Forschungsverbund gewonnenen Erkenntnisse behindert werden:

- Das den sog. Background bildende Wissen muss, wenn über dieses nur einzelne Beteiligte verfügen, den anderen Mitgliedern eines Forschungsverbands sowie

den für sie und den Forschungsverbund tätigen Personen zugänglich gemacht werden. Ist es Gegenstand eines Schutzrechts, muss ggf. bereits für die forschende Tätigkeit selbst, darüber hinaus aber auch für eine rechtssichere Verwertung der auf ihm aufbauend gewonnenen neuen Erkenntnisse (sog. Foreground) eine Berechtigung zu seiner Auswertung eingeholt werden.

3. Personeller Umfang

Der beschriebene Abstimmungsbedarf besteht auf drei Ebenen:²⁹

- Aufgrund des Zusammenwirkens mehrerer Mitglieder besteht er horizontal auf der Ebene des Forschungsverbands, d.h. zwischen dessen Mitgliedern sowie zwischen diesen und einem mit Rechtssubjektivität ausgestatteten Forschungsverbund (sog. Verbundebene, vgl. III.). Abgestimmt werden muss nicht nur, wer welchen finanziellen und personellen Beitrag einbringt. Vielmehr muss eine Verständigung auch darüber erfolgen, wer welchen sog. Background zur Verfügung stellt. Vor allem aber bedarf es einer Einigung über die Aufteilung des sog. Foreground.

- Außerdem besteht aufgrund des Einschaltens von Forschern ein vertikaler Abstimmungsbedarf im Verhältnis des Verbands und seiner Mitglieder einerseits zu den unmittelbar geistig tätigen Personen andererseits (sog. Beschäftigungsebene, vgl. IV.).³⁰ Hintergrund ist, dass die Rechtsordnung für die Frage der originären,³¹ d.h. mit Vollendung einer geistigen Leistung erfolgenden rechtlichen Zuordnung der Ergebnisse (anders als das Sachenrecht, vgl. § 950 BGB) grds. nicht an die organisatorische Steuerung des Erkenntnisprozesses (Herstellungsvorgang), sondern an die erfinderische (schöpferische) Leistung und die diese erbringenden Personen anknüpft (sog. Erfinder- oder Schöpferprinzip, vgl. § 7 UrhG, § 6 PatG).³² In der Folge stehen die Ergebnisse geistiger Leistungen originär den Forschern und nicht dem Forschungsverbund oder seinen Mitgliedern zu.

25 Vgl. BMWi, MuStvereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, 3. Aufl. 2017, 47 (Ziff. 18); TUM (o. Fn. 3), 47 (ANNEX V § 8 Abs. 4).

26 Vgl. auch TUM (o. Fn. 3), 2: Universität soll „der industriellen Welt den zündenden Funken der Wissenschaft bringen“; vgl. weiter Godt, Equitable Licensing & Global Access, 2. Aufl. 2017, 5; Slopek/Pausewang/Beye, Auswirkungen der Novellierung des § 42 ArbEG auf den Umgang der nordrhein-westfälischen Hochschulen mit ihrem geistigen Eigentum, WissR 44 (2011), 50.

27 Vgl. auch Eberle/Handzik in Gärditz/Pahlow, Hochschülerfinderrecht, 2011, 297 Rn. 22; Enk in Asche/Bauhus/Kaddatz/Seel, Modernes Patentbewusstsein in Hochschulen, 2004, 19 (24); Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (106 f.).

28 Brandi-Dohrn (o. Fn. 24) Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 1; Heide InTeR 2013, 2 (4); Wündisch (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 11, Kooperationsvertrag Anm. 5;

Wündisch BB 2009, 679 (680); Groß (o. Fn. 24) Rn. 72.

29 Vgl. zu den ersten beiden Ebenen auch Brandi-Dohrn (o. Fn. 24) Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 56.

30 Ausgeblendet soll bleiben der Gestaltungsbedarf (ggü. außenstehenden Dritten) im Zusammenhang mit der Sicherung notwendiger Vorerkenntnisse, soweit diese nicht einem der Beteiligten der Forschungs Kooperation zustehen. Zugleich wird ausgeblendet die Frage, inwieweit Forschungstätigkeit unter Rückgriff auf bereits vorhandene Erkenntnisse überhaupt der Zustimmung durch Schutzrechtsinhaber bedarf.

31 Ähnlich einem „Freud’schen Versprecher“ im dortigen Kontext von mir (o. Fn. 20), 49 unter Austauschgedanke als „obligatorischer“ Rechtserwerb bezeichnet.

32 Ulrici, Das Recht am und auf das Arbeitsergebnis, WissR 48 (2015), 318 (319 f.); ders. (o. Fn. 20), 42 ff., 64 ff.

- Schließlich besteht aufgrund des arbeitsteiligen Zusammenwirkens der Forscher bei der Erkenntnisgewinnung ein wiederum horizontaler Abstimmungsbedarf zwischen diesen (sog. Forscherebene, dazu V.). Denn die Rechtsordnung weist die Ergebnisse einer gemeinsamen Leistung und die hierzu erteilten Schutzrechte denjenigen, die einen eigenen geistigen, nicht notwendig selbst schutzfähigen Beitrag geleistet haben, in Rechtsgemeinschaft zu (zur gesamten Hand, vgl. § 8 UrhG, zu Bruchteilen, vgl. § 6 S. 2 PatG).

Zwar lassen sich die Ebenen wie beschrieben voneinander unterscheiden. Sie stehen aber nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind miteinander verschränkt:

- Nur soweit der Forschungsverbund oder seine Mitglieder über Rechte verfügen, können sie diese auf Verbundebene rechtssicher entsprechend ihrer Verständigung verteilen. Auch wird ein Mitglied eines Forschungsverbunds ggü. anderen Mitgliedern (oder ggü. dem Verbund) vernünftigerweise nur in dem Maße Bindungen in Bezug auf das Handeln der eigenen Forscher eingehen, wie es zuverlässig auf diese einwirken kann.³³

- Vorstehendes erfordert insbes., dass die infolge Geltung von Erfinder-, Schöpferprinzip originär den Forschern zugewiesenen Güter und Rechte entsprechend den auf der Beschäftigungsebene geltenden Regeln durch den Forschungsverbund oder seine Mitglieder gehoben werden können, um sie auf Verbundebene zu verteilen.³⁴ Dabei können dem Schutz von abhängig tätigen Personen dienende und zwingend geltende Vorschriften (z.B. ArbNErfG) bewirken, dass die ggü. Forschern bestehenden Rechte und Einwirkungsmöglichkeiten hinter denen zurückbleiben, welche zur Ausgestaltung auf Verbundebene erforderlich wären.

- Schließlich kann die Anwendung der auf Beschäftigungsebene geltenden Regeln, d.h. bereits das Heben von Gütern und Rechten, mittelbar aber auch die Abstimmung auf der Verbundebene eine Abstimmung auf der Forscherebene erfordern. Denn einzelnen mitwirkenden Forschern kann rechtlich eine Sonderstellung zukommen, aufgrund der die für die Beschäftigungsebene geltenden Regeln für sie kein Heben der gewonnenen Ergebnisse auf Verbundebene ermögli-

chen oder aufgrund der Unteilbarkeit der ihnen zukommenden Sonderrechte ggf. sogar in Bezug auf alle Forscher das Heben der Ergebnisse ausschließen.

4. Strukturierung

Die gedankliche Trennung der Ebenen verhindert, dass auf eine von ihnen bezogene Wertungen unreflektiert auf die anderen übertragen werden. Daher werden Verbundebene, Beschäftigungs- und schließlich Forscherebene nachfolgend gesondert betrachtet. Dabei in dieser Reihenfolge zu verfahren, mag überraschen, weil die jeweils „höhere“ Ebene etwaige Vorgaben der untergeordneten Ebenen beachten muss. Hierfür spricht aber, dass der Beschäftigungs- im Verhältnis zur Verbundebene eine dienende Funktion zukommt. Es sind die Mitglieder eines Forschungsverbunds, welche auf Verbundebene die Ziele bestimmen. Der Einsatz der Forscher soll das Erreichen dieser Ziele gewährleisten, d.h. dem Zweck des Verbunds dienen. Auch spricht für das gewählte Vorgehen, dass sich leichter erkennen lässt, inwieweit die auf Forscher- oder Beschäftigungsebene bestehenden, ggf. zwingend geltenden Regeln (vgl. § 22 ArbNErfG) es ermöglichen, die auf Verbundebene bestehenden Interessen umzusetzen oder hiermit kollidieren und ggf. ihre Modifizierung durch den Gesetzgeber zu erwägen ist.

Sachlich nehmen die Ausführungen nur schutzfähige Erfindungen (technische Neuerungen) in den Blick und blenden sonstige geistige Leistungen (z.B. schöpferische Werke) aus.³⁵ Dies dient der Begrenzung der Ausführungen³⁶ und trägt dem Umstand Rechnung, dass vor allem Forschungsergebnisse auf technischem Gebiet sich auf der Grundlage eines Schutzrechts wirtschaftlich verwerten lassen und für an einem Forschungsverbund beteiligte Unternehmen interessant sind.³⁷ Hinzu kommt schließlich, dass für diesen Bereich die Beschäftigungsebene eine detaillierte und weithin zwingend geltende gesetzliche Ausgestaltung erfahren hat, was die Beteiligten für eine hiervon abweichende Koordinierung ihrer Interessen vor besondere Herausforderungen stellt. Können diese gemeistert werden, wird dies für andere Schutzrechte erst recht gelingen. Dabei können die vom Gesetzgeber für Erfindungen vorgesehenen Regelungen und die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen unter

33 Vgl. auch TUM (o. Fn. 3), 6: Vereinbarkeit mit gesetzlichen Vorgaben; Kretzer, Die Novellierung des „Hochschullehrerprivilegs“ (§ 42 ArbNErfG), 2007, 70.

34 Vgl. Heide InTeR 2013, 2 (5); Kraßer/Schricker (o. Fn. 16), 47.

35 Darüber hinaus werden grenzüberschreitende Kooperationen ausgeblendet, vgl. zu diesen Heide InTeR 2013, 2 (5).

36 Breiter angelegte Ausführungen zur Rechtslage im Verhältnis von Forschungseinrichtungen und -verbänden (Dienstgeber) zu den tätigen Forschern (Arbeitnehmer, Beamte) bei Ulrici WissR 48

(2015), 318 (320 ff.); ders., Das Recht am Arbeitsergebnis, RdA 2009, 92; ders. (o. Fn. 20), 31 ff., 205 f.

37 Vgl. Weyand/Haase, Der Innovationstransfer an Hochschulen nach Novellierung des Hochschulerfindungsrechts - eine Zwischenbilanz in rechtspolitischer Absicht, GRUR 2007, 28: Schlüsselrolle. - Daneben sind von beachtlicher Bedeutung dem Urheberrechtsschutz zugängliche (vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a ff. UrhG) Computerprogramme (vgl. dazu § 69b UrhG).

Beachtung ihrer Aussagekraft Orientierung für andere Bereiche geben.³⁸

III. Verbundebene

1. Interessenlage und Auflösung von Interessenkollisionen

a) Ausgangspunkt

Die von den Mitgliedern eines Forschungsverbands verfolgten Einzelinteressen werden wie ihr angemessener³⁹ Ausgleich stark durch den gemeinsam verfolgten Zweck sowie auch i.Ü. den Einzelfall geprägt. Typisch erscheint aber, dass der Zweck eines Forschungsverbands auf die Gewinnung von Forschungsergebnissen beschränkt wird, ihre Verwertung dagegen durch die Mitglieder jeweils einzeln entsprechend der erfolgten Verständigung über ihre Aufteilung und nicht gemeinschaftlich erfolgen soll.⁴⁰ Anderenfalls bestünde die Notwendigkeit, den Verbund für die Dauer der Verwertung (als Unternehmen) fortbestehen zu lassen⁴¹ und auch vorab für diese Phase in intensiven Abstimmungsgesprächen Abreden über dessen Ausgestaltung und Ausstattung sowie die Risiko- und Chancenverteilung zu treffen. Für diese als typisch identifizierte Zwecksetzung wird nachfolgend skizziert, welche Interessen von den Verbundmitgliedern typischerweise verfolgt werden (b) und mittels welcher Gestaltungen die verfolgten Interessen typischerweise möglichst umfassend umgesetzt, zumindest aber einem schonenden und sachgerechten Ausgleich zugeführt werden können (c).

b) Typische Interessenlage

aa) Sog. Foreground

Hochschulen beteiligten sich an einem Forschungsverbund regelmäßig mit dem Ziel, ihr wissenschaftliches Renommee zu steigern,⁴² die mit Forschungen verbundenen Lasten (Kosten) aufzuteilen (abzuwälzen),⁴³ ggf.

zusätzliche Einnahmen (zur Unterstützung von Forschung und Lehre) zu generieren⁴⁴ und sich für zukünftige Forschungsprojekte dadurch zu qualifizieren, dass sie für diese nützliches Wissen und Schutzrechte (zukünftiger sog. Background) gewinnen.⁴⁵ Nicht interessiert sind Hochschulen typischerweise daran, gewonnene Erkenntnisse selbst wirtschaftlich dadurch zu verwerten, dass sie Waren oder Dienstleistungen (herstellen und) anbieten. Ist am Forschungsverbund ein Unternehmen beteiligt, besteht regelmäßig auch kein Interesse, die gewonnenen Ergebnisse (außerhalb des Kreises der Mitglieder des Forschungsverbands) entgeltlich zu lizenzieren. Im Einzelnen sind auf Seiten von Hochschulen folgende Interessenschwerpunkte auszumachen:

- Die hervorgebrachten Erkenntnisse sollen durch die beteiligten Forscher veröffentlicht werden.⁴⁶ Als sichtbarer Ausdruck ihrer erfolgreichen Forschung wollen Hochschulen als Anmelder/Inhaber eines Schutzrechts benannt werden.⁴⁷

- Eine weitere Forschung unter Ausnutzung der gewonnenen Ergebnisse soll (auch in Kooperation mit anderen Partnern) ungehindert möglich sein.⁴⁸ An weitergehenden Befugnissen betreffend die Auswertung von Schutzrechten besteht dagegen regelmäßig kein Interesse.⁴⁹ Ebenso wenig besteht ein gesteigertes Interesse an einer Ausschließungsbefugnis, jedenfalls soweit diese mit Aufwand und Kosten (z.B. Patentgebühren) verbunden ist.⁵⁰

- Für eigenen Aufwand (z.B. Vorhalten von Untersuchungsmitteln, Zurverfügungstellen von Personal einschließlich des Tragens von Pflichten nach dem ArbNErfG) soll erfolgsunabhängig eine Kompensation erfolgen, sei es durch Fördermittel oder Beiträge weiterer Beteiligter (insbes. Unternehmen).⁵¹

- An der Auswertung gewonnener Ergebnisse durch andere Beteiligte soll eine angemessene Beteiligung erfolgen. Dies bedeutet insbes., dass für die Übertragung/Lizenzierung von Schutzrechten an andere Beteiligte der Kooperation (insbes. Unternehmen) ein gesondertes

38 Vgl. zur begrenzten Übertragbarkeit der für eine Sondervergütung sprechenden Wertungen *Ulrici* (o. Fn. 20), 400 ff.

39 Auch in Ansehung von Nr. 28 lit. c, d Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (2014/C 198/01).

40 AA *Heide* InTeR 2013, 2 (9); im Regelfall gemeinsame Verwertung.

41 Vgl. *Brandt-Dohm* (o. Fn. 24) Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 62.

42 Vgl. *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (39).

43 TUM (o. Fn. 3), 2, 4; *Kretzer* (o. Fn. 33), 68.

44 TUM (o. Fn. 3), 4; *Kretzer* (o. Fn. 33), 68; *Sievers* in *Asche/Bauhaus/Kaddatz/Seel*, *Modernes Patentbewusstsein in Hochschulen*, 2004, 37; *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28.

45 Vgl. *BMW* (o. Fn. 25), 4; *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 47; *Kretzer* (o. Fn. 33), 68; *Wündisch* (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsver-

trag Anm. 11: wichtiges Akquisitionsinstrument.

46 *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 53; *Godt* (o. Fn. 26), 8; *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 5; TUM (o. Fn. 3), 8, 9, 10.

47 Vgl. auch *BMW* (o. Fn. 25), 4; *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 5, 48, 55; *Slopek*, *Geistiges Eigentum in FuE-Verträgen zwischen Unternehmen und Hochschulen*, *Mitt.* 2013, 26 (29); TUM (o. Fn. 3), 6, 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 1).

48 *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 5, 47; *Slopek* *Mitt.* 2013, 26 (29); TUM (o. Fn. 3), 5, 11.

49 Vgl. *Sievers* (o. Fn. 44), 37 (38).

50 Vgl. nur die (einseitige) Kostenabwälzung bei TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 5, Abs. 2 S. 4).

51 TUM (o. Fn. 3), 2, 4: Minimalanforderung an eine unternehmerische Universität.

Entgelt gezahlt wird,⁵² weil das Schaffen von Schutzrechten nicht geschuldet sei und die Rechtsordnung die Schutzrechte unmittelbar den Forschern und damit mittelbar der anstellenden Hochschule zuweist.⁵³ Nicht zuletzt wird die Forderung nach einer gesonderten Vergütung jedenfalls für die Übertragung/Lizenzierung von Schutzrechten auch davon getragen, dass eine solche Vergütung die Grundlage für die Berechnung der den Forschern zustehenden Erfindervergütung sei und die Hochschulen mithin im Interesse ihrer Forscher eine (angemessene) Vergütung einfordern müssten (auch unten III. 1. c. dd.).⁵⁴

Die von sonstigen Forschungseinrichtungen regelmäßig verfolgten Ziele entsprechen im Ausgangspunkt denjenigen von Hochschulen. Eine nicht nur unbedeutende Akzentverschiebung ggü. Hochschulen liegt allerdings darin, dass sonstige Forschungseinrichtungen sich deutlich stärker über die von ihnen gewonnenen Forschungsergebnisse finanzieren (durch Lizenzierung und/oder Weiterentwicklung im Rahmen weiterer Forschungsprojekte). Hieraus ist auf Seiten sonstiger Forschungseinrichtungen im Einzelnen folgende Modifizierung abzuleiten:

- Es besteht ein größeres Interesse daran, gewonnene Forschungsergebnisse nicht nur für weitere Forschungen (unter Beteiligung anderer Partner) auszunutzen, sondern selbst bei Beteiligung von Unternehmen am Forschungsverbund durch eine Lizenzierung auch außerhalb des Kreises der Verbundmitglieder weitere Einnahmen zu generieren. Im Hinblick hierauf besteht ein im Vergleich zu Hochschulen erheblich gesteigertes Interesse an einer Ausschließungsbefugnis und zwar auch, soweit deren Erlangung und Unterhaltung mit Aufwand und Kosten verbunden ist.

Unternehmen bringen sich ihrerseits in Forschungsverbünde regelmäßig ein, um Zugriff auf die erzielten geistigen Leistungen zu erlangen und diese wirtschaftlich auswerten zu können.⁵⁵ Wichtig ist ihnen dabei regelmäßig, dass eine wirtschaftliche Verwertung nur durch sie und vor allem nicht durch Wettbewerber erfolgen darf,⁵⁶ weil die Auswer-

tung erzielter Erkenntnisse regelmäßig weitere Investitionen erfordert (oben II. 2.).⁵⁷ Daneben sind Unternehmen zwar auch daran interessiert, ihr Renommee zu steigern, weil sich auch hierdurch Marktvorteile erzielen lassen.⁵⁸ Wesentlich ist hierfür aber weniger durch Publikation wissenschaftlichen Ruhm für sich zu reklamieren, als vielmehr die Einzigartigkeit und Überlegenheit der auf der Grundlage eines Forschungsergebnisses zur Marktreife entwickelten und angebotenen Waren und Dienstleistungen sowie die Stellung als Anmelder/Inhaber eines Schutzrechts. Auf Seiten von Unternehmen ist hieraus abzuleiten:

- Die unmittelbare oder mittelbare Nutzung erzielter Forschungsergebnisse durch Konkurrenten soll umfassend verhindert werden. Fruchtbar gemacht werden soll die Ausschließungsfunktion von Schutzrechten, weshalb die Erteilung von Schutzrechten durch Offenbarung von Erkenntnissen nicht beeinträchtigt werden darf. Hilfsweise sollen die gewonnenen Forschungsergebnisse durch Geheimhaltung Konkurrenten vorenthalten werden.⁵⁹

- Erzielte Forschungsergebnisse müssen dem Unternehmen durch den Forschungsverbund bzw. einen der anderen Beteiligten vermittelt werden. An schutzfähigen Ergebnissen ist die Stellung als Anmelder/Inhaber einzuräumen, in jedem Fall aber eine rechtssichere Grundlage für ihre umfassende wirtschaftliche Auswertung zu schaffen.⁶⁰

- Ein besonderes Entgelt soll im Falle erfolgreicher Forschung weder für die Verschaffung der gewonnenen Erkenntnisse noch für die Übertragung/Lizenzierung von erteilten Schutzrechten gezahlt werden, weil diese aufgrund des regulären Beitrags zum Forschungsverbund als Kehrseite des damit eingegangenen Risikos beansprucht werden könnten.⁶¹

bb) Sog. Background

Soweit für die Forschung oder für die Nutzung der aus ihr hervorgegangenen Ergebnisse bereits vorhandene Erkenntnisse nützlich sind, kommen weitere Interessen hinzu:

- Seitens aller Beteiligten besteht ein Interesse daran, dass alle Mitglieder sowie der Forschungsverbund im erforderlichen Maß auf die bei einzelnen von ihnen bereits

52 Vgl. TUM (o. Fn. 3), 2, 8: 15%iger IA-Aufschlag. – Vgl. weiter die Differenzierung bei TUM (o. Fn. 3), 26 (ANNEX III § 5 Abs. 1), 27 (ANNEX III § 7a Abs. 1), 28 (ANNEX III § 6b Abs. 2); IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 17 f.; IHK NRW, Technologietransfer und Forschungskooperation Unternehmen – wissenschaftliche Einrichtungen, 2. Aufl. 2011, 12.

53 BMWi (o. Fn. 25), 4; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 62; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5; Slopek Mitt. 2013, 26 (28).

54 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 4; Wündisch (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 9.

55 IHK NRW (o. Fn. 52), 14; Bartenbach/Volz, Arbeitnehmererfindungsgesetz, 5. Aufl. 2013, § 42 nF Rn. 195; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 1, 48, 77; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5; Sievers (o. Fn. 44), 37.

56 Vgl. IHK NRW (o. Fn. 52), 14; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 1, 16;

Sievers (o. Fn. 44), 37 (38); Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (107).

57 Vgl. Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 22.

58 Vgl. allg. zum Urheberrecht BGH 13.03.1981 - I ZR 65/79, NJW 1982, 581 (583); LG München I 18.09.2008 - 7 O 8506/07, GRUR-RR 2009, 92 (94).

59 Vgl. dazu Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 53; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5; Wündisch (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag § 5 mit Anm. 7.

60 Vgl. dazu BMWi (o. Fn. 25), 4; IHK NRW (o. Fn. 52), 14; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 22, 57; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5; Kraßer/Schricker (o. Fn. 16), 47; Kretzer (o. Fn. 33), 69; Slopek Mitt. 2013, 26 (29); Wündisch (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag § 4 mit Anm. 6; Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (106 f.).

61 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 4; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 59 f., 62, 65; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5, 72; Sievers (o. Fn. 44), 37 (42).

vorhandenen Erkenntnisse und Schutzrechte zugreifen können, um auf diesen aufzubauen.⁶²

- Überdies besteht im Umfang des jeweiligen Interesses an einer Nutzung der gewonnenen Ergebnisse (zur weiteren Forschung oder zur wirtschaftlichen Auswertung) ein Interesse an der rechtssicheren Nutzung vorgefundener Schutzrechte, soweit dies für die Nutzung des hierauf aufbauenden sog. Foreground erforderlich ist.⁶³

- In dem Maße wie dies zur Verfolgung der übrigen Interessen notwendig ist, besteht auch betreffend vorgefundener Erkenntnisse und Schutzrechte ein Interesse an deren weiterer Vorenthaltung und/oder Geheimhaltung ggü. Außenstehenden (insbes. Konkurrenten).⁶⁴

c) Möglichkeiten eines Interessenausgleichs

aa) Publikation von Forschungsergebnissen

Das Publikationsinteresse von Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen konkurriert regelmäßig nicht mit einem vergleichbaren Interesse von Unternehmen, weshalb insoweit ein Ausgleich nicht erzielt werden muss. Denkbar ist allerdings, dass das Publikationsinteresse einer beteiligten Hochschulen oder sonstigen Forschungseinrichtung mit dem entsprechenden Interesse einer anderen beteiligten Hochschule oder sonstigen Forschungseinrichtung konkurriert (auch II. 2.). Ein Ausgleich ist insbes. dadurch möglich, dass eine gemeinsame Veröffentlichung erfolgt oder ein Zeitplan für Einzelveröffentlichungen (von Teilergebnissen) verabredet wird.

In Widerstreit können Publikationsinteressen allerdings mit Geheimhaltungsinteressen anderer Mitglieder eines Forschungsverbands, insbes. denen beteiligter Unternehmen treten.⁶⁵

- Dies ist nicht der Fall, soweit der konkrete Inhalt einer Publikation unschädlich für die mittels Geheimhaltung zu schützenden Unternehmensinteressen ist. Dies festzustellen kann im Einzelfall mit Unsicherheiten verbunden sein. Diese ebenso wie die Risiken einer unbedachten Publikation können aber durch Etablierung eines Abstimmungsverfahrens gemindert werden. Es kann

z.B. vorgesehen werden, dass vor einer Publikation das für diese bestimmte Manuskript einem anderen Beteiligten (Unternehmen) vorgelegt werden kann/muss und erst nach Ablauf einer angemessenen Prüf- und Beanstandungsfrist veröffentlicht wird; bleibt eine (substanzierte) Beanstandung aus, darf veröffentlicht werden.⁶⁶

- Kollidieren beide Interessen dagegen, kann ein Ausgleich dadurch erfolgen, dass dem Geheimhaltungsinteresse (nur) zeitlich begrenzt Rechnung getragen und das Publikationsinteresse (nur) zeitlich begrenzt zurückgestellt wird.⁶⁷ In Betracht kommt insbes. eine Geheimhaltung (nur) für die Zeit, die erforderlich ist, um ein Schutzrecht oder einen angemessenen Wettbewerbsvorsprung zu erlangen (z.B. § 47 S. 3 SächsHSFG; vgl. zum Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch § 24 Abs. 1, 2 ArbNErFG).⁶⁸ Keines der beteiligten Interessen muss dann gänzlich zurücktreten. Zugleich wird rechtlichen Vorgaben zur Veröffentlichung von Forschungsergebnissen (z.B. §§ 24, 25 Abs. 2 Hs. 2 HRG, §§ 35 Abs. 3 S. 1, 70 Abs. 3 S. 1 HG NRW, § 47 S. 2 SächsHSFG) Rechnung getragen.⁶⁹ Auch wird bei entsprechender Ausgestaltung ein Konflikt mit § 42 Nr. 1 ArbNErFG vermieden (auch IV. 1. b. bb.).

bb) Inhaberschaft an Schutzrechten

Auf den ersten Blick tritt das Interesse eines jeden Mitglieds, möglichst Anmelder/Inhaber eines Schutzrechts zu sein, in Widerstreit mit den in den unterschiedlichsten Gründen wurzelnden entsprechenden Interessen der übrigen Mitglieder.

Bei Betrachtung der hinter den Interessen stehenden Gründe (wahre Interessen) lässt sich ein Interessenausgleich allerdings dadurch erzielen, dass allen (mit hinreichendem Gewicht) Beteiligten die Stellung als (Mit-)Anmelder/(Mit-)Inhaber eingeräumt wird.⁷⁰ Denn allein die Begründung einer Mitberechtigung präjudiziert nicht die sich hieraus für die einzelnen Mitglieder ergebenden Rechte und Pflichten.⁷¹ Vielmehr verweisen §§ 744, 745 Abs. 1, 2 BGB darauf, dass die Mitberechtigten die Verwaltung und Benutzung eines gemeinschaftlichen Rechts insbes. durch hierüber getroffene Abreden

62 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 36 (Ziff. 5), 50 (Anlage 3 Ziff. 1.); IHK NRW (o. Fn. 52), 14; TUM (o. Fn. 3), 11.

63 BMWi (o. Fn. 25), 36 (Ziff. 5).

64 IHK NRW (o. Fn. 52), 13; Kretzer (o. Fn. 33), 69.

65 Kretzer (o. Fn. 33), 69.

66 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 62; IHK NRW (o. Fn. 52), 13 f.; TUM (o. Fn. 3), 38 (ANNEX IV § 7 Abs. 2).

67 Weitergehende Einschränkungen des Publikationsinteresses können dadurch geboten sein, dass aus einer Veröffentlichung Rückschlüsse auf geheim zu haltendes Wissen, welches von einem Beteiligten in die Kooperation eingebracht wurde, gezogen werden können, vgl. Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 55 f.; TUM (o. Fn. 3), 47 (ANNEX V § 8 Abs. 5 ANNEX).

68 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 39 (Ziff. 7.2); Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 20, 54; Leuze in Reimer/Schade/Schippel, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen und deren Vergütungsrichtlinien, 8. Aufl. 2007, § 42 nF Rn. 46. – Zum Verhältnis Dienstgeber zu Forscher vgl. Kelp in Gärditz/Pahlow, Hochschulerfinderrecht, 2011, 223 Rn. 53.

69 Vgl. Gärditz in Gärditz/Pahlow, Hochschulerfinderrecht, 2011, 35 Rn. 34; vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 62; TUM (o. Fn. 3), 39 (ANNEX IV § 7 Abs. 3).

70 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 37, 42 (Ziff. 6.1, Ziff. 9); TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 2).

71 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 60.

detailliert ausgestalten können. Deshalb kann in Ergänzung zur Einräumung einer Mitberechtigung z.B. vorgeesehen werden, dass die einer Hochschule oder sonstigen Forschungseinrichtung zukommende Berechtigung in erster Linie eine repräsentative ist und nur die einem (am Forschungsverbund beteiligten) Unternehmen eingeräumte Berechtigung zur wirtschaftlichen Verwertung berechtigt (im Einzelnen III. 1. c. cc.).⁷²

Eine ebenfalls denkbare (dauerhafte) Zuweisung der Stellung als (Allein-)Anmelder/(Allein-)Inhaber zum Forschungsverbund entspricht dagegen typischerweise nicht den Interessen der Beteiligten. Denn auf diesem Weg lässt sich weder das eigene Renommee der hinter dem Verbund stehenden Mitglieder steigern noch allein die Ausgangsposition einzelner Mitglieder für zukünftige Kooperationen verbessern oder die wirtschaftliche Verwertung durch die Mitglieder (anstatt durch den Forschungsverbund) absichern. Auch müsste der Bestand des Forschungsverbunds ggf. dessen eigentlichen (beschränkten) Zweck überdauern.

cc) Nutzungs- und Ausschließungsbefugnisse

Die Nutzung der gewonnenen Forschungsergebnisse durch einzelne Mitglieder konkurriert im Grundsatz nicht mit Nutzungsinteressen anderer Mitglieder, weil Forschungsergebnisse als immaterielle Güter ubiquitär sind und gleichzeitig von jedem Mitglied eines Forschungsverbunds genutzt werden können. In Widerstreit treten können allerdings Ausschließungsinteressen einzelner Mitglieder mit Nutzungsinteressen anderer Mitglieder.

Auf den ersten Blick ist das Verhältnis von Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen einerseits und Unternehmen andererseits hiervon nicht betroffen. Denn die Nutzung von Forschungsergebnissen zur Steigerung des wissenschaftlichen Renommees oder zur Ermöglichung weiterführender Forschungen hindert im Grundsatz noch nicht einmal mittelbar die wirtschaftliche Auswertung des sog. Foreground durch Herstellung und Vertrieb von Waren oder das Angebot von Dienstleistungen.⁷³ Bei näherer Betrachtung besteht allerdings auch in diesem Verhältnis Konfliktpotential:

- Dies betrifft zunächst das Interesse von insbes. sonstigen Forschungseinrichtungen, Forschungsergebnisse durch Lizenzierung umfassend auszuwerten, im Verhältnis zum Interesse von beteiligten Unternehmen, Konkurrenten nicht zu fördern. Beide kollidieren zwar

nicht, soweit Forschungsergebnisse wirtschaftlich auf Gebieten ausgewertet werden sollen, auf denen ein am Forschungsverbund beteiligtes Unternehmen nicht tätig ist und absehbar auch nicht tätig zu werden beabsichtigt. Die Auswertung außerhalb einer mehr als nur theoretischen Interessenkollision kann Forschungseinrichtungen überlassen werden, ohne hierdurch Ausschließungsinteressen eines beteiligten Unternehmens zu tangieren. Die hierfür geltenden Grenzen sollten von den Beteiligten sorgfältig und konkret abgesteckt werden. In Widerstreit treten Nutzungs- (der Forschungseinrichtung) und Ausschließungsinteressen (eines beteiligten Unternehmens) aber, soweit die Lizenzierung auf angestammten oder in Aussicht genommenen Geschäftsfeldern eines beteiligten Unternehmens erfolgen soll. Dieser lässt sich dann zwar nicht unmittelbar, wohl aber auf wirtschaftlicher Ebene auflösen. Denn die von Forschungseinrichtungen angestrebte Nutzung zur Lizenzierung dient regelmäßig (nur) der Einnahmenerzielung und das Interesse hieran kann auch ohne eine Lizenzierung an Externe befriedigt werden. In Betracht kommt, dass die Forschungseinrichtung es im Verhandlungswege in die Aufteilung der wirtschaftlichen Lasten und Vorteile einbringt (z.B. durch Einfordern eines höheren Finanzierungsbeitrags des Unternehmens, dazu auch unten III. 1. c. dd.).

- In Widerstreit tritt zudem häufig das Interesse von Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen, unter Rückgriff auf Forschungsergebnisse zukünftig weitere Forschungsk Kooperationen einzugehen, mit dem Interesse beteiligter Unternehmen an einer durch eine Monopolstellung geschützten Verwertung der Forschungsergebnisse.⁷⁴ Dies ist zwar nicht der Fall, wenn an einer nachfolgenden Kooperation dieselben Partner beteiligt sind. Auch ist dies nicht der Fall, soweit die Anschlussforschung Gebiete betrifft, auf denen das am (vorherigen) Forschungsverbund beteiligte Unternehmen nicht tätig ist und auch absehbar nicht tätig zu werden beabsichtigt.⁷⁵ Anders ist dies aber, wenn an einem nachfolgenden Forschungsprojekt ein konkurrierendes Unternehmen beteiligt ist und dieses die Ergebnisse einer nachfolgenden Forschung wirtschaftlich auswerten kann. Hierdurch können massiv die Interessen des am (ersten) Forschungsverbund beteiligten Unternehmens beeinträchtigt werden. Denn letztlich förderten die Ergebnisse der eigenen Mitwirkung später auch die möglicherweise besseren Ergebnisse, die unter Mitwirkung eines Konkurrenten an einem nachfolgenden For-

72 Vgl. auch *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 22; TUM (o. Fn. 3), 29 (ANNEX III § 7b Abs. 2).

73 Vgl. auch *Pahlow/Gärditz*, Konzeptionelle Anforderungen an ein modernes Recht der Hochschulerfindungen, *WissR* 39 (2006), 48 (59).

74 Vgl. *Heide InTeR* 2013, 2 (8); vgl. in Bezug auf § 42 Nr. 2 ArbNErFG auch *Kretzer* (o. Fn. 33), 70.

75 Vgl. TUM (o. Fn. 3), 29 (ANNEX III § 7b Abs. 3); vgl. auch *Sievers* (o. Fn. 44), 37 (44).

schungsverbund gewonnen werden, und damit den Konkurrenten selbst.⁷⁶ Die betroffenen Interessen lassen sich in diesem Fall ein Stück weit dadurch versöhnen, dass dem beteiligten Unternehmen ein Vorzugsrecht auf Beteiligung an einem nachfolgenden Forschungsverbund eingeräumt und ergänzend vorgesehen wird, dass die Nutzung der Forschungsergebnisse durch die Hochschule⁷⁷ oder sonstige Forschungseinrichtung in einem nachfolgenden Forschungsverbund, jedenfalls aber ihre (unmittelbare oder mittelbare) Nutzung bei wirtschaftlicher Auswertung der dadurch gewonnenen Erkenntnisse nur gegen eine hinreichend hohe Entschädigung erfolgt.⁷⁸ Dagegen ist ein Ausgleich der kollidierenden Interessen sachgerecht nicht dadurch möglich, dass die Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen für die Preisgabe ihrer Interessen monetär entschädigt werden (Abkauf des Interesses an weiterer Forschung), weil ihr Interesse nicht vollständig, noch nicht einmal überwiegend wirtschaftlicher, sondern im Kern ideeller Natur ist.

Kollidieren können zudem die Interessen beteiligter Hochschulen und sonstiger Forschungseinrichtung, Forschungsergebnisse für weitere Forschungen zu nutzen. Denn im Widerstreit zwischen Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen um Forschungsprojekte, Förder- und Drittmittel kann derjenige, der exklusiv bereits vorhandene Forschungsergebnisse einbringen kann, seine Ausgangsposition verbessern. Zur Auflösung dieses Interessenwiderstreits bietet sich an, jedem verbundangehörigen „Konkurrenten“ dieselben Nutzungs- und im Verhältnis zueinander keine Ausschließungsbefugnisse einzuräumen.⁷⁹ In der Folge können sie alle mit der gleichen, immerhin ggü. verbundfremden Konkurrenten besseren Ausgangsposition am Wettbewerb um Forschungsprojekte teilnehmen.

dd) Wirtschaftliche Lasten und Vorteile

In Widerstreit treten die Interessen der Mitglieder eines Forschungsverbands in Bezug auf die mit der Zusammenarbeit verbundenen wirtschaftlichen Lasten und Vorteile. Dies betrifft weniger die Frage, welcher finanzielle Beitrag durch diejenigen Mitglieder (insbes. Unternehmen) zu leisten ist, die den Forschungsverbund nicht oder nur in geringerem Maße durch Bereitstellung von (forschendem) Per-

sonal, sog. Background und Sachmitteln unterstützen. Allerdings besteht ein grundlegender Widerstreit betreffend die Beteiligung an den aus einer wirtschaftlichen Verwertung der Forschungsergebnisse (durch Unternehmen) gezogenen Vorteilen.⁸⁰

Aus der geltenden Rechtsordnung lässt sich für die Auflösung dieses Interessenwiderstreits als Leitbild einer Kooperation (in Abgrenzung insbes. zur Auftragsforschung) gewinnen, dass jedem Beteiligten ein seinem Anteil am Forschungsverbund entsprechender Anteil der Vorteile gebührt (Gleichbehandlung der Mitglieder). Zum Ausdruck kommt dies z.B. in § 29 Abs. 3 GmbHG ebenso wie in § 743 Abs. 1 BGB.⁸¹ Soweit § 121 Abs. 3 HGB und § 722 BGB auf eine Aufteilung nach Köpfen verweisen, steht dies hierzu nicht in Widerspruch, weil beide Regelungen auf der Annahme eines unter Berücksichtigung vor allem der persönlichen Mitarbeit gleichen Anteils aller Gesellschafter beruhen.⁸² Als Vorteile des Forschungsverbands aufzuteilen sind aber nur die erzielten Forschungsergebnisse und die zu diesen ggf. erteilten Schutzrechte, nicht dagegen der aus ihrer Verwertung (insbes. durch ein Unternehmen) gezogene Gewinn. Denn die Forschungsergebnisse sowie die zu ihnen erteilten Schutzrechte begründen für ihre Inhaber zwar Verwertungschancen. Deren Realisierung obliegt aber jedem Mitglied selbst,⁸³ weil und soweit eben nur die Erzielung von Forschungsergebnissen, nicht aber deren Verwertung gemeinschaftlich erfolgt (oben III. 1. a.). Die aus der Verwertung von Forschungsergebnissen und den zu ihnen erteilten Schutzrechten von einem Unternehmen erzielten Gewinne sind nicht allein Ausdruck der Forschungsergebnisse, sondern vor allem auch der Übernahme weiterer wirtschaftlicher Risiken allein durch das verwertende Unternehmen (z.B. Aufbau und Unterhalt von Produktion und Vertrieb, Gewährleistung, alleinige Tragung von Gebühren von Schutzrechten usw.).⁸⁴ In die gleichmäßige Verteilung der Vorteile einzustellen sind mithin nicht die von einem Unternehmen tatsächlich erzielten Gewinne, sondern die diesen zu Grunde liegenden Verwertungschancen. Ebenso sind aber einzustellen die von den Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen wahrgenommenen Verwertungschancen (z.B. zur Steigerung des eigenen Renommees, Grundlegung für weitere For-

76 Vgl. Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 60; Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (107).

77 Das Benutzungsrecht eines Hochschulerfinders nach § 42 Nr. 3 ArbNErfG schließt nicht aus, dass sich die Hochschule ggü. einem Dritten Beschränkungen betreffend weiterer Forschungs-kooperationen unterwirft.

78 Zu zugunsten des Unternehmens günstigeren Vereinbarungen vgl. Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (107 f.), dort auch zu den zu beachtenden kartellrechtlichen Aspekten sowie dem Einfluss staatlicher Forschungsförderung. – Unberührt von der Koordination auf Ebene des Forschungsverbands bleibt die Befugnis eines Erfinders nach § 42 Nr. 3 ArbNErfG.

79 Vgl. auch Pahlow/Gärditz WissR 39 (2006), 48 (58) zur noch weitergehenden Entschärfung der Blockierstellung.

80 Vgl. Slopek Mitt. 2013, 26 (30).

81 Eine entsprechende Aufteilung hat auch Nr. 28 lit. c, d Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (2014/C 198/01) vor Augen.

82 Vgl. Klimke in BeckOK HGB, 18. Ed. 15.10.2017, HGB § 121 Rn. 2; Priester in MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, HGB § 121 Rn. 15.

83 Vgl. dazu allg. BGH 16.5.2017 – X ZR 85/14, GRUR 2017, 890 mit Anm. Ulrici GRUR-Prax 2017, 401.

84 Vgl. Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 62.

schung und Gewinnung von Förder- und Drittmitteln, ggf. auch eigene Lizenzierung an Dritte). Die Summe der auf die gewonnenen Forschungsergebnisse und die zu ihnen erteilten Schutzrechte zurückgehenden Verwertungsmöglichkeiten ist anschließend entsprechend den Anteilen am Forschungsverbund zu verteilen. Nur soweit die erfolgte Verteilung der Verwertungschancen ungleich ist, rechtfertigt die Gleichbehandlung der Mitglieder einen (finanziellen) Ausgleich. Dabei erschweren Bewertungsunsicherheiten den Interessenausgleich. Da sich die von Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen gehobenen Vorteile überwiegend nur schwer in Geld bemessen lassen, wird ihnen keine Beachtung geschenkt. Aus dem gleichen Grund werden auf Seiten der Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen die von verwertenden Unternehmen eingegangenen Risiken nicht bedacht, wenn auf die von Unternehmen erzielten Gewinne verwiesen wird. Nur wenn man allerdings im konkreten Einzelfall auch diese Aspekte berücksichtigt, lässt sich ein angemessener Ausgleich erzielen.

Demgegenüber kommt dem Umstand, dass zu dem Ergebnis einer geistigen Leistung ein Schutzrecht erteilt wird und wem dieses von der Rechtsordnung zunächst unmittelbar oder mittelbar zugewiesen wird (z.B. § 7 Abs. 2 GeschmMG, § 2 Abs. 2 HalblSchG, § 69b UrhG, ArbNErfG)⁸⁵, entgegen der bei Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen vorherrschenden Annahme⁸⁶ keine Aussagekraft für die Verteilung der wirtschaftlichen Vorteile zu.

- Erstens beruht die Gewährung eines Schutzrechts dem Grunde nach auf einem Ausgleich der Interessen des Erfinders (Schöpfers) mit den Interessen insbes. der Allgemeinheit sowie von Konkurrenten und zielt nicht auf einen Ausgleich der Interessen gerade der Beteiligten eines Forschungsverbunds.⁸⁷ Ihr lässt sich daher auch keine Wertung für die Ausgestaltung des Binnenverhältnisses entnehmen.

- Zweitens lässt sich der Gesetzgeber für die originäre Zuweisung eines Schutzrechts zum Erfinder (Schöpfer) von der Eigenart des jeweiligen Schöpfungsvorgangs leiten.⁸⁸ Für das Verhältnis der Beteiligten eines Forschungsverbunds erweist sich dieser Umstand als bloß technischer, nicht als inhaltlich-ver-

teilender Natur.⁸⁹ Es gilt nichts anderes als für die Verteilung des Eigentums an durch für einen Forschungsverbund abhängig tätigen Personen neu hergestellten Sachen. So wie § 950 BGB nur den Interessenwiderstreit zwischen Stofflieferant und Hersteller, nicht aber zwischen Arbeit und Kapital oder Hersteller und seinen Abnehmern ausgestaltet, enthält auch die originäre Zuweisung von Schutzrechten zu geistigen Leistungen keine verteilende Aussage zum Verhältnis von Arbeit und Kapital oder zum Verhältnis des Berechtigten zu Geschäftspartnern.⁹⁰ In der Folge lässt sich auch der auf eine originäre Zuweisung aufbauenden Vermittlung des Arbeitsergebnisses zu einem Arbeitgeber keine Wertung für das Verhältnis der Verbundmitglieder zueinander gewinnen (auch oben II. 4.).

- Drittens ist auch ohne Aussagekraft für die Verbundebene, dass sich eine an Hochschulerfinder zu zahlende Erfindervergütung auf der Grundlage des für die Übertragung/Lizenzierung von Schutzrechten vorgesehenen Entgelts bemisst (auch oben II. 4.). Denn das Gesetz belastet den jeweiligen Arbeitgeber (Dienstherrn) und nicht dessen Partner mit dieser Vergütungspflicht. Auch darf nicht übersehen werden, dass Bemessungsgrundlage nach § 42 Nr. 4 ArbNErfG gerade nicht nur ein für die Rechtsübertragung/-lizenzierung gesondert ausgewiesenes Entgelt ist.⁹¹ Vielmehr sind alle kausal auf der Verwertung einer Dienstleistung beruhenden Einnahmen zu beachten.⁹² Zu diesen gehört aber auch dasjenige, was andere Kooperationspartner als Teil eines Risikogeschäfts für die Aussicht, im Erfolgsfall bestimmte Rechte zu erhalten, zusagen.

Nicht vollständig durchschlagend ist auf der anderen Seite aber auch der von Unternehmen bemühte Verweis, dass ihnen die Forschungsergebnisse einschließlich Schutzrechten ohne jegliche gesonderte Vergütung zwecks wirtschaftlicher Auswertung bereits aufgrund ihrer in den Beiträgen zur Forschungs-kooperation zum Ausdruck kommenden Risikoübernahme vollständig zufallen müssten. Denn Gerechtigkeitskriterium für die Aufteilung der durch einen Forschungsverbund hervorgebrachten Ergebnisse ist die anteilsentsprechende Beteiligung, weil alle Beteiligten entsprechend ihrem Anteil am Forschungsverbund Risi-

85 Dazu ausf. *Ulrici* (o. Fn. 20), 58 ff.; *ders.* RdA 2009, 92.

86 Inzident bei der Ausdifferenzierung der Forschungsergebnisse so aber auch *BMW* (o. Fn. 25), 60; *Wündisch* (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag § 4 Abs. 2, 3 mit Anm. 6.

87 Vgl. *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (321).

88 *Ulrici* (o. Fn. 20), 64 ff.

89 Vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 20), 86 f.

90 Zum Verhältnis von Arbeit und Kapital vgl. *Ulrici* (o. Fn. 20),

47f., 414; *ders.* RdA 2009, 92 (98).

91 Vgl. BGH 05.02.2013 – X ZR 59/12 = NZA 2013, 509 Rn. 17 ff. (zum Aufwand für Begründung und Aufrechterhaltung eines Schutzrechts); DPMA SchSt. 26.01.2015 - Arb.Erf. 13/13 = BeckRS 2016, 05363 Rn. 26 ff. (zu Betrag für Forschungszwecke).

92 BGH 05.02.2013 – X ZR 59/12 = NZA 2013, 509 Rn. 17 ff.; *Heerma/Maierhöfer*, Drei Fragen zur Vergütung des Hochschulerfinders, GRUR 2010, 682 (686).

ken eingehen. Entsprechend zu verteilen sind dabei zwar nicht die erzielten Gewinne, wohl aber die insgesamt bestehenden Verwertungsmöglichkeiten. Sind die von Unternehmen typischerweise beanspruchten wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten wertvoller als die Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen zugestandenen (ideellen) Verwertungsmöglichkeiten, gebietet die anteilmäßige Beteiligung einen finanziellen Ausgleich.

ee) Altrechte

In weiten Teilen gleichgerichtete Interessen bestehen insoweit, als bei den Mitgliedern eines Forschungsverbands bereits vorhandenes Wissen und vorhandene Schutzrechte im Interesse des Forschungsprojekts wechselseitig zugänglich und nutzbar gemacht werden sollen. Denn hierdurch wird das der Verteilung des sog. Foreground, welche von Interessengegensätzen gekennzeichnet ist, vorgelagerte gemeinsame Interesse an der Erzielung wertvoller Erkenntnisse, d.h. an der Schaffung des sog. Foreground gefördert.⁹³ In Widerstreit kann das Interesse an Zugang zu bei einem Mitglied bereits vorhandenem Wissen und vorhandenen Schutzrechten aber mit dessen Geheimhaltungs- (oben III. 1. c. aa.)⁹⁴ und Ausschließungsinteressen (oben III. 1. c. cc.) treten.⁹⁵ In Einklang bringen oder ausgleichen lassen sich diese Interessen in Anlehnung an die zur Verteilung des sog. Foreground aufgezeigten Wege.⁹⁶

2. Vertrag als Gestaltungsmittel

a) Ausgehandelter Vertrag

Da die Beteiligung an einem Forschungsverbund freiwillig eingegangen wird, ist naturgegebenes Gestaltungsmittel für den Ausgleich der Interessen der Beteiligten der (Grundlagen-)Vertrag.⁹⁷ Seinem Zustandekommen ist von den Parteien hinreichende Aufmerksamkeit zu widmen, sollen die Interessen optimal verwirklicht werden.⁹⁸ Der hiermit verbundene Aufwand (und Zeitverlust) ist geeignet, die eigentliche Forschung zu behindern.⁹⁹ Deshalb besteht eine gewisse Neigung, die konfliktbehaftete Aufteilung des

noch ungewissen sog. Foreground auf die Zeit nach seiner Entstehung zu verschieben.¹⁰⁰ Hiervor ist für alle Formen von Forschungsk Kooperationen nachdrücklich zu warnen,¹⁰¹ wenn nicht zumindest ein inhaltlich wie verfahrensmäßig sachgerechter Auflösungsmechanismus für den Fall vereinbart wird, dass eine nachgelagerte Einigung nicht (zeitgerecht) zustande kommt (z.B. Drittbestimmung, Anwendung von §§ 741 ff. BGB¹⁰²). Dies ergibt sich aus Folgendem:

- Erstens ist daran zu denken, dass die Beteiligung an einem Forschungsverbund Züge eines Risikogeschäfts aufweist, weil zu Beginn noch nicht absehbar ist, ob, in welchem Umfang und mit welcher Qualität verwertbare Erkenntnisse erzielt werden.¹⁰³ Die Ungewissheit in diesem Punkt entfällt in dem Moment, in welchem der sog. Foreground geschaffen wurde. Dies wiederum kann Auswirkungen auf die Verhandlungspositionen der Beteiligten erlangen und bewirken, dass einzelne Beteiligte trotz durchgängiger Risikotragung nicht den im Hinblick hierauf in ihre Kalkulation eingestellten Risikoab- oder -zuschlag heben können.

- Zweitens wird der sog. Foreground im Moment seines Entstehens von der Rechtsordnung originär zugewiesen. Dadurch erlangen ggf. nur einzelne Beteiligte Zugriff auf diesen. Es kann sich auswirken, dass die originäre Zuweisung im Regelfall zu den einzelnen Forschern erfolgt und nicht jeder Beteiligte in gleicher Weise eigene Forscher in den Forschungsverbund einbringt (oben II. 3. und unten IV. 1. b. bb.). In der Folge verschiebt sich in einer vom gemeinsam verfolgten Zweck nicht gebotenen Weise (auch III. 1. c. cc.) die Verhandlungsstärke der Beteiligten, weil und soweit der Forschungsverbund oder einzelne Beteiligte bei Scheitern einer Einigung mit leeren Händen dastehen und andere Beteiligte frei über den sog. Foreground verfügen können, ohne dass die übrigen Beteiligten den von ihnen geleisteten Beitrag zurückfordern oder noch zurückhalten können.

- Drittens ist zu bedenken, dass bis zur Verständigung über seine Verteilung ggf. keine angemessene wirtschaftliche Verwertung des sog. Foreground erfolgt. In diesem Fall werden nicht selten Geschäftschancen ver-

93 Vgl. auch *Wündisch* BB 2009, 679 (680 f.): übliche Regelung in Kooperationsvereinbarungen.

94 *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 47.

95 Vgl. *Heide* InTeR 2013, 2 (7 f.); *Wündisch/Hering* GRUR Int 2009, 106 (107).

96 Vgl. auch TUM (o. Fn. 3), 26 (ANNEX III § 4 Abs. 2-4), 36 f. (ANNEX IV § 4 Abs. 2-4).

97 Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1992, § 33 6. a., d., S. 609, 611 f.

98 Vgl. auch IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 8.

99 Vgl. auch *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 11.

100 Vgl. z.B. BMWi (o. Fn. 25), 4 (zur Vergütung); TUM (o. Fn. 3), 10, 37 (ANNEX IV § 5 Abs. 2).

101 Vgl. auch *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 80; *Godt* (o. Fn. 26), 4; *Sievers* (o. Fn. 44), 37 (42, 43).

102 Vgl. dazu *Wündisch* (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag § 4 Abs. 3 mit Anm. 6.

103 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 53.

passt, ohne dass die ausgebliebene Nutzung nachgeholt werden kann. Besonders deutlich ist dies bei der Auswertung von Schutzrechten, welche wie ein Patent oder Gebrauchsmuster nur für eng begrenzte Zeit geschützt sind (§ 16 PatG, § 23 Abs. 1 GebrMG).

b) Rückgriff auf Musterverträge

Da die Interessenlage ebenso wie der sich ergebende Gestaltungsbedarf jedenfalls auf einer abstrakten Ebene in zahlreichen Fällen gleich oder ähnlich ist, haben sich für verschiedene Kooperationsformen Vertragsmuster etabliert.¹⁰⁴ Zu nennen sind z.B. die sog. Berliner Vertragsbausteine, die hierauf aufbauend vom BMWi herausgegebenen Mustervereinbarungen,¹⁰⁵ die von einzelnen, stark in Forschungskoooperationen mitwirkenden Hochschulen selbst erarbeiteten Muster (z.B. TUM¹⁰⁶) und der von IHKs¹⁰⁷ herausgegebene Leitfaden. Hierdurch werden individuelle Vertragsverhandlungen (in Teilen) ersetzt.¹⁰⁸ Der Rückgriff auf etablierte und deshalb mit dem Anschein von Sachgerechtigkeit versehene Vertragsmuster tritt an die Stelle von eigenen Überlegungen und Abwägungen. Gänzlich entbehrlich werden individuelle Vertragsverhandlungen gleichwohl nicht.¹⁰⁹ Denn in jedem Fall muss eine Einigung über den konkreten Gegenstand eines Forschungsverbands getroffen werden. Und erst/nur in Abhängigkeit hiervon lassen sich die notwendigen Voraussetzungen (sog. Background) sowie die abstrakten Interessen betreffend die angestrebten Forschungsergebnisse (sog. Foreground) für den Einzelfall vollständig konkretisieren.

c) Vertragsgerechtigkeit

aa) Ausgangspunkt

Seiner Grundidee nach gewährleistet der Vertrag, dass alle Mitglieder ihre Interessen optimal zur Geltung bringen.¹¹⁰ Die Freiheit, einen Vertrag nicht zu schließen, sichert, dass nur Verträge geschlossen werden, in denen alle Parteien ihre Interessen hinreichend zu Geltung gebracht haben. Zu ausgewogenen Vertragsinhalten führt diese Freiheit aber nur, wenn alle Parteien im Vertragsschluss vollständig frei sind und über die gleiche Verhandlungsstärke verfügen. Dies ist nicht durchgängig

der Fall. Vielmehr wirken verschiedene Umstände auf die Vertragsschlussfreiheit und die Verhandlungsstärke ein. Einzelne Parteien können z.B. über überlegenes Wissen verfügen, stärker als andere auf einen Vertragsschluss angewiesen sein oder (faktisch) einen geringeren Einfluss auf die Ausformulierung eines Vertrags besitzen. Für die Praxis ist im Zusammenhang mit Forschungsverbänden darauf zu verweisen, dass insbes. große Unternehmen und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen vielfach über personalstarke Patent- und Rechtsabteilungen verfügen, während (kleinere) Hochschulen häufig nur einen „Einzekämpfer“ vorhalten,¹¹¹ der die Verhandlungen über das Eingehen einer Forschungskoooperation unterstützt. Weiter ist darauf zu verweisen, dass Hochschulen durch ihre Träger zu Kooperationen „motiviert“ werden und nicht selten auf solche angewiesen sind, um Wissenschaftler zu gewinnen, zu halten und ihren Betrieb mitzufinanzieren.¹¹² Hieraus können sich Verschiebungen der Verhandlungsstärke mit der Folge ergeben, dass namentlich Hochschulen möglicherweise aus einer unterlegenen Verhandlungsposition heraus tätig werden. Vergleichbare Wirkungen können von den vor allem an den Interessen von Unternehmen ausgerichteten Vertragsmustern von IHKs, aber auch des BMWi ausgehen.

bb) Bestehende Rechtslage

Derzeit interveniert die Rechtsordnung für die hier angesprochenen Vertragsinhalte nicht in besonderer Weise zu Gunsten der Vertragsgerechtigkeit. Selbstverständlich dürfen Verträge über Forschungsverbände nicht sittenwidrig sein (§ 138 BGB). Allerdings schützt § 138 BGB die Vertragsgerechtigkeit nur gegen krasse Beeinträchtigungen. In stärkerem Maße schützen könnten zwar die Regelungen in §§ 305-310 BGB, weil sie sich bereits gegen bloß „unangemessene“ Vertragsinhalte richten. Sie kommen im vorliegenden Zusammenhang aber weitgehend nicht zum Tragen. Denn sie finden nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB keine Anwendung auf Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts und gelten mithin nicht für den zur Gründung eines Forschungsverbands geschlossenen Grundlagenvertrag (Satzung), soweit – wie bei der Zurverfügungstellung von vorhan-

104 Vgl. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 194; *Beyerlein*, Berliner Vertragsbausteine & Co. – Eine Übersicht über Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, Mitt. 2008, 498.

105 BMWi (o. Fn. 25).

106 TUM (o. Fn. 3).

107 IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23); IHK NRW (o. Fn. 52).

108 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 3, 33; *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 194.

109 Vgl. auch *Gärditz/Pahlow* (o. Fn. 23), 3 Rn. 6; *Slopek* Mitt. 2013, 26 (28).

110 Vgl. *Flume* (o. Fn. 97), § 33 2, S. 601 f.

111 Vgl. auch *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 12; *Slopek* Mitt. 2013, 26 (27).

112 Vgl. die Kritik bei *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 4 f.; vgl. weiter *Slopek* Mitt. 2013, 26 (27).

denen Schutzrechten (Beitragspflicht) und der ideellen und wirtschaftlichen Aufteilung erzielter Ergebnisse (Gewinnverteilung) – originär verbandsbezogene Regelungen betroffen sind.¹¹³ Abgesehen hiervon sind gerade diese Vertragsregelungen im Kern aber auch nach § 307 Abs. 3 BGB von der Kontrolle ihrer inhaltlichen Angemessenheit ausgenommen, weil sie die sog. Leistungsbeschreibung enthalten und damit die vom Gesetzgeber nicht konkretisierte Äquivalenz bestimmen.¹¹⁴

cc) Korrekturbedürfnis?

Im Rahmen der Kodifikation einer wissenschaftsadaquaten Rechtsform könnte die beschriebene Rechtslage geändert, könnten insbes. die Anwendungsbeschränkungen in § 310 Abs. 4 S. 1 BGB und § 307 Abs. 3 BGB (punktuell, sachgebietsbezogen) aufgehoben werden. Indes empfiehlt sich derartiges aufgrund nachfolgender Erwägungen nicht:

- Erstens erweist sich die Störung des Verhandlungsgleichgewichts nicht als ausreichend typisch¹¹⁵ für eine Normierung. Denn Forschungsk Kooperationen werden von Universitäten nicht nur mit großen Unternehmen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen mit personalstarker Patent- und Rechtsabteilung, sondern auch mit kleinen und mittelständischen Unternehmen eingegangen, welche im Vergleich zu einer (größeren) Hochschule ihrerseits über eine „unterlegene“ Sachkompetenz verfügen können. Es ist mithin denkbar, dass im Einzelfall die Vertragsgerechtigkeit auch zu Gunsten eines beteiligten Unternehmens schutzbedürftig erscheint.¹¹⁶ Zugleich bietet aber das im Ansatz für eine typisierende Betrachtung herangezogene Merkmal „Größe“ nur einen unzuverlässigen, kaum Rechtssicherheit bietenden Anknüpfungspunkt für das Eingreifen von Schutzvorschriften.

- Zweitens führt ein spezifischer Schutz (nur) für Hochschulen zu Wertungswidersprüchen mit § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Denn zentrale Regelungen des AGB-Rechts finden gleichermaßen keine Anwendung, wenn AGB ggü. einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Ausweislich dessen erachtet der Gesetzgeber juristische Personen des öffentlichen Rechts, zu denen regelmäßig auch Hochschulen zählen, offenbar nicht

stärker schutzbedürftig als Unternehmen. Ein besonderer Schutz von Hochschulen vor Unternehmen oder sonstigen Forschungseinrichtungen ist hiermit kaum zu vereinbaren. Gegen eine solche spricht nicht zuletzt, dass sich eine Unterlegenheit auch dadurch ausräumen ließe, dass Hochschulen ihre Kompetenzen in den Bereichen Erfindungen und Recht durch zusätzliches Personal stärken oder ihre Kompetenzen in diesem Bereich bündeln.

- Drittens ließ sich aus (nicht repräsentativen) Gesprächen mit in Hochschulverwaltungen tätigen Mitarbeitern der Eindruck gewinnen, dass Hochschulen sich selbst nicht in einem Maße überlegenen Kooperationspartnern ausgeliefert sehen, welches einen besonderen gesetzlichen Schutz rechtfertigt.¹¹⁷ Vielmehr scheinen Hochschulverwaltungen nach einigen Anlaufschwierigkeiten im Anschluss an die Rechtsänderungen des Jahres 2002¹¹⁸ inzwischen durchaus in der Lage, ihre Interessen mit Nachdruck zu vertreten und jedenfalls in zentralen Punkten auch zu wahren. Dies belegt nicht zuletzt der Umstand, dass z.B. die TU München hinreichend selbstbewusst und durchsetzungsstark ist, ihrerseits eigene Vertragsmuster vorzuziehen.¹¹⁹

- Viertens gehen auch Unternehmen und sonstige Forschungseinrichtungen in die Verhandlungen über Forschungsk Kooperationen regelmäßig mit realistischen und angemessenen Vorstellungen und sind nicht darauf aus, eine Hochschule über den Tisch zu ziehen.¹²⁰ Denn sie sind daran interessiert, wiederholt Forschungsk Kooperationen mit Hochschulen einzugehen und können es sich nicht erlauben, ihren Ruf dadurch zu beschädigen, dass sie Partner übervorteilen.

- Fünftens wirkt der Umstand, dass die Beschäftigungsebene durch die im Ausgangspunkt zwingend geltenden Regelungen des ArbNERfG vorgeprägt ist, mäßigend auf überzogene Forderungen auf Verbundebene ein. Denn im Widerspruch zu den Vorgaben des ArbNERfG lässt sich die Verbundebene nicht sinnvoll gestalten und hierauf können Hochschulen im Rahmen von Vertragsverhandlungen nachdrücklich hinweisen. Gleichermäßen wirken die zwingend geltenden Ausstrahlungen des EU-Beihilfenrechts inhaltlich mäßigend auf die Ausgestaltung der Verbundebene ein.¹²¹ Nach diesen darf einem Unternehmen durch die Zusammenarbeit mit einer öffentlich geförderten Forschungseinrichtung keine (mittelbare) Beihilfe zufließen. Inhaltlich folgen hieraus, wie Nr. 28 lit. c, d Unionsrahmen für staatli-

113 Vgl. *Richters* in BeckOGK Zivilrecht, 1.7.2017, BGB § 310 Rn. 185, 189. – AA wohl *Wündisch* (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag Anm. 2.

114 Vgl. allg. für die Aufteilung geistigen Eigentums durch Vertrag BGH 31.05.2012 – I ZR 73/10 = GRUR 2012, 1031 Rn. 18; BGH 18.02.1982 – I ZR 81/80 = GRUR 1984, 45 (48); *Hoeren* in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 35. EL April 2014, Kreativverträge Rn. 4 ff.

115 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 2 f.

116 Vgl. IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 9 f.

117 Anders die Erfahrungen von *Slopek* Mitt. 2013, 26 (27).

118 Vgl. *Slopek/Pausewang/Beye* WissR 44 (2011), 50 (59).

119 Vgl. TUM (o. Fn. 3).

120 *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 17.

121 Vgl. auch *Heide* InTeR 2013, 2 (4 f.).

che Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (2014/C 198/01) verdeutlicht, bestimmte Mindestanforderungen an die Aufteilung der durch geistige Leistungen gewonnenen Ergebnisse und Schutzrechte bzw. ihres Wertes.

3. Gesetzliche Regelung

Als Gestaltungsmittel, um die Interessen der Mitglieder in Ausgleich zu bringen, steht dem Staat das Gesetz zur Verfügung. Dies gilt nicht nur außerhalb der essentialia negotii eines Grundlagenvertrags, sondern in einem abstrakten Sinne¹²² durchaus auch für diese. Die Kodifikation einer wissenschaftsadäquaten Rechtsform (z.B. „Gesetz über Forschungsverbände“) kann nicht nur deren Entstehung regeln und Vorgaben zur Governance und zum Haftungsregime machen, sondern auch Regelungen zum Interessenausgleich der Mitglieder betreffend das sog. geistige Eigentum vorsehen.

In Betracht kommt, dass Regelungen über die Koordinierung der Interessen betreffend die vorausgesetzten bzw. hervorgebrachten geistigen Leistungen zum Pflichtinhalt des zur Begründung einer Kooperation abzuschließenden Grundlagenvertrags (Satzung) erklärt werden. Der Sache nach ginge es um die Schaffung einer entsprechend erweiterten Parallelregelung zu § 3 Abs. 1 GmbHG, § 23 Abs. 3 AktG. Rechtfertigen ließe sich eine solche Ausweitung im Vergleich zu GmbH und AktG durch die spezifische Zweckausrichtung eines Forschungsverbands. Der Vorteil einer solchen Regelung bestünde darin, dass die Mitglieder auf den bestehenden Gestaltungsbedarf aufmerksam gemacht werden und für sie je nach Detailliertheit der gesetzlichen Regelung ein Katalog von Merkposten geschaffen würde, mit welchen sich die Beteiligten befassen müssen. Hierdurch ließe sich losgelöst von Vorgaben in Förderbescheiden unbeabsichtigten Regelungslücken vorbeugen. Weiter ließe sich vermeiden, dass eine Abstimmung der Mitglieder erst zu spät und erst nach sachwidriger Verschiebung der Grundlagen der Verhandlungen erfolgt. Schließlich würde gesichert, dass unmittelbar nach Gewinnung von Forschungsergebnissen mit ihrer Verwertung begonnen werden darf und diese nicht für die Dauer langwieriger Abstimmungen zurückgestellt werden muss. Die Erwartungen an diese Vorteile dürfen aber nicht zu hoch angesetzt werden. Denn es besteht bereits derzeit kaum Mangel an Problembewusstsein. Vielmehr belegen die vorzufindenden Musterverträge, dass sich die Beteiligten der Interessenlage und dem Erfordernis ihrer sorgfältigen und rechtzeitigen Ausgestaltung weitgehend bewusst sind.

In Betracht kommt weiter, dass als Teil von Regelungen über die „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter“ (vgl. §§ 13-34 GmbHG, §§ 53a-75 AktG; vgl. auch §§ 109-122 HGB) (Rahmen-)Vorschriften über die Koordinierung der Interessen betreffend die vom Forschungsverbund vorausgesetzten bzw. hervorgebrachten geistigen Leistungen aufgenommen werden. Hiermit wäre der große Vorteil verbunden, dass nicht nur Merkposten benannt werden, sondern unmittelbar eine inhaltliche Ausgestaltung erfolgte, über welche der Gesetzgeber seine Gerechtigkeitsvorstellungen zum Ausdruck bringt, welche dann Maßstab und nicht Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle sein können. Das Ausmaß dieses Vorteils wird ganz wesentlich dadurch bestimmt, inwieweit es gelingt, die (typischerweise) angemessene und sachgerechte Auflösung von Interessenwiderstreiten zu konkretisieren. Denkbare Ansätze dazu wurden oben (III. 2. c.) skizziert, bedürfen aber noch einer intensiven Diskussion unter Einbeziehung der betroffenen Kreise. Auch können mögliche Vorteile einer entsprechenden gesetzlichen Ausgestaltung dadurch gemindert werden, dass im Einzelfall selbst von nur dispositiven Regelungen (unbeabsichtigt) Anreize ausgehen, die kreative abweichende Lösungen und den Forschergeist behindern.

IV. Beschäftigungsebene

1. Interessenlage und Auflösung von Interessenskollisionen

a) Typische Interessenlage

Im Verhältnis des Forschungsverbands und seiner Mitglieder zu den Forschenden, d.h. den unmittelbar eine geistige Leistung erbringenden Personen wird seitens des Forschungsverbands und seiner Mitglieder erwartet, dass die Tätigkeit der Forscher die Erreichung der auf Verbundebene verfolgten Ziele fördert und nicht behindert. Als Ausfluss dessen wird erwartet, dass sich die Forscher den bei dem Forschungsverbund oder einzelnen Mitgliedern bestehenden Geheimhaltungsinteressen unterordnen bzw. bereits aufgrund ihrer Anstellung unterzuordnen haben. Vor allem aber wird erwartet, dass dem Forschungsverbund bzw. seinen Mitgliedern die durch die Forscher geschaffenen Forschungsergebnisse einschließlich Schutzrechte zwecks Auswertung zufallen, über diese frei verfügt werden kann und den Forschern keine Rechenschaft abgelegt werden muss. Diese Erwartungen gründen zunächst darin, dass urei-

122 Vgl. nur für den Kauf § 433 BGB: Eigentums- und Besitzverschaffung, Kaufpreiszahlung, Abnahme.

gener Zweck des Verbunds ist, dass Forschungsergebnisse gewonnen werden und die Mitglieder über diese verfügen können. Gebührten die Ergebnisse oder zu diesen erteilte Schutzrechte nicht dem Verbund, würde ein solcher regelmäßig gar nicht gegründet.¹²³ Abgesehen davon bietet die Zuweisung der Forschungsergebnisse zum Verbund und seinen Mitgliedern eine höhere Gewähr dafür, dass die Erkenntnisse den gesellschaftlichen Wohlstand mehren. Denn das Erlangen von Schutzrechten und die wirtschaftliche Umsetzung von Forschungsergebnissen erfordern im Regelfall Anstrengungen, welche die Möglichkeiten einzelner Forscher übersteigen.¹²⁴ Darüber hinaus fußt die beschriebene Erwartung darauf, dass es der Verbund und seine Mitglieder sind, welche die Forschung organisieren und ausstatten. Dass ihnen die Forschungsergebnisse einschließlich erteilter Schutzrechte zufallen, wird als Kehrseite dessen betrachtet, dass die Forscher als Beamte oder Arbeitnehmer wirtschaftlich abgesichert werden oder ihnen jedenfalls ermöglicht wird, als Student, Doktorand oder Habilitand einen Abschluss zu erlangen. Jenseits von Geheimhaltungsinteressen wird von Forschungsverbänden und ihren Mitgliedern dagegen regelmäßig nicht erwartet, dass die Forscher ihren wissenschaftlichen Ruhm preisgeben. Vielmehr wird anerkannt, dass primär die Forscher wissenschaftliche Lorbeeren für sich beanspruchen können.

Seitens der Forscher wird typischerweise nicht erwartet, dass ihnen die Forschungsergebnisse, welche sie für den Verbund hervorgebracht haben, als solche gebühren, weil deren Verwertung mit einem Aufwand verbunden ist, der ihre Möglichkeiten typischerweise übersteigt, jedenfalls aber gescheut wird.¹²⁵ Erwartet wird allerdings, dass die hervorgebrachten Ergebnisse zum eigenen wissenschaftlichen Vorteil ausgewertet (z.B. Publikation, Grundlage weiterer Forschungen) werden können. Auch darüber hinaus erwarten Forscher, nicht in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit eingeschränkt zu werden (z.B. keine Offenbarungspflicht entgegen wissenschaftlicher Überzeugung, keine Beschränkung ihrer Publikationsmöglichkeiten). Darüber hinaus wird auf Seiten der Forscher aber auch erwartet, an den tatsächlich erzielten Vorteilen einer durch den Verbund oder seine Mitglieder erfolgenden wirtschaftlichen Verwertung der eigenen Erkenntnisse beteiligt zu werden. Die

ihnen durch ihren Dienstgeber zugeordnete Absicherung bzw. die Erlangung eines Abschlusses wird – jedenfalls bei ertragsstarken Forschungsergebnissen – im Vergleich zu den insbes. durch beteiligte Unternehmen erzielbaren Erträgen als völlig unzureichend wahrgenommen. Die Erwartung einer Sondervergütung wird zusätzlich durch den Umstand genährt, dass die Rechtsordnung zu den Ergebnissen geistiger Leistungen gewährte Schutzrechte originär dem unmittelbar geistig Tätigen, d.h. dem Forscher zuweist, welcher diese anschließend kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts an den Verbund oder eines der Mitglieder verliert. Für diesen „Verlust“ wird ein Ausgleich erwartet,¹²⁶ zumal der Gesetzgeber im ArbNErfG¹²⁷ Entsprechendes vorgesehen hat.

Soweit vorhandene Erkenntnisse für die Forschung selbst oder jedenfalls die Nutzung der aus ihr hervorgegangenen Ergebnisse nützlich sind, kommen weitere Interessen hinzu:

- Der Forschungsverbund und seine Mitglieder erwarten, dass Forscher bei ihnen vorhandene Erkenntnisse sowie ihnen zustehende Schutzrechtspositionen zur Verfügung stellen, ohne hierfür ein gesondertes Entgelt zu erlangen.¹²⁸ Die vorhandenen Erkenntnisse einschließlich Schutzrechtspositionen werden als Teil der Fähigkeit eines Forschers gesehen, um derentwillen er beschäftigt und eingesetzt wird.

- Soweit sich der sog. Foreground wirtschaftlich nur verwerten lässt unter Ausnutzung von Forschern bereits zuvor zustehenden Schutzrechten, erwarten beteiligte Unternehmen, dass die Forscher ihnen diese übertragen oder lizenzieren. Diese Erwartung beruht darauf, dass anderenfalls aus Sicht der beteiligten Unternehmen eine monopolartige Verwertung der gewonnenen Ergebnisse nicht hinreichend abgesichert ist. Teilweise geht die Erwartungshaltung von Unternehmen sogar dahin, dass Forscher die vorhandenen Schutzrechte ohne Gegenleistung verschaffen,¹²⁹ weil sich das Unternehmen schon finanziell in den Verbund einbringt und hierdurch auch die Tätigkeit des Forschers unterstützt.

b) Möglichkeiten eines Interessenausgleichs

aa) Ausgangspunkt

Dem Ausgleich der Interessen von Dienstgebern (Forschungsverbund und seine Mitglieder) und ihren

123 Vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 20), 37 ff.

124 Vgl. *Enk* (o. Fn. 27), 19 (24).

125 Die Notwendigkeit, dass der Unternehmensinhaber das Arbeitsergebnis erlangt und frei hierüber verfügen kann, hat z. B. auch schon *Karl Marx*, *Das Kapital*, 2. Auflage 1872 (Nachdruck Leipzig 2007), Erstes Buch, 5. Kapitel, S. 164 ff. anerkannt.

126 Vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 20), 85 ff.

127 Vgl. *Kelp* (o. Fn. 68) Rn. 27; *Himmelmann* in Reimer/Schade/Schippel, *Das Recht der Arbeitnehmererfindung*, 8. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 26.

128 BMWi, *MuStervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen*, 2. Aufl. 2010, 42 (Ziff. 5.3.1 iVm. mit der Stellung des Hochschullehrers als Vertragspartei).

129 Vgl. zur Auftragsforschung BMWi (o. Fn. 25), 31 (Anlage 3 Ziff. 1).

Dienstnehmern (Arbeitnehmer und Beamte; nicht dagegen externe Forscher, vgl. ee)), hat sich der Gesetzgeber für einen wesentlichen Bereich in den weithin zwingend geltenden Regelungen des ArbNERfG angenommen. Von diesen erfasst wird der Interessenwiderstreit betreffend den sog. Foreground (bb)) allerdings nur für den Bereich der technischen Neuerungen (Erfindungen). Dagegen fehlen vergleichbare Vorgaben für sonstige Arbeitsergebnisse, insbes. schöpferische Werke.¹³⁰ Auch zielen die Regelungen des ArbNERfG nicht auf eine Koordinierung der Interessen betreffend den sog. Background (cc.). Vom ArbNERfG in den Blick genommen wird auch jeweils nur der regelungstechnische Normalfall eines für den ihn anstellenden Dienstgeber tätig werdenden Forschers. An anderer Stelle findet sich allerdings eine Regelung, welche einen sachgerechten Interessenausgleich auch in Fällen zulässt, in denen Mitglieder eines mit Rechtssubjektivität ausgestatteten Forschungsverbands diesem Personal zur Verfügung stellen (dd.).

bb) Sog. Foreground

Mit Bedeutung für den sog. Foreground enthält das ArbNERfG zunächst allgemeine Regelungen zur Auflösung der widerstreitenden (wirtschaftlichen) Interessen von Dienstgebern und -nehmern in Ansehung der im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses hervorgebrachten Erfindungen (§§ 5-17 ArbNERfG). Diese gelten im Grundsatz auch im Bereich des öffentlichen Dienstes (§ 40 ArbNERfG)¹³¹ sowie im Verhältnis zu Beamten (§ 41 ArbNERfG).¹³² Darüber hinaus beste-

hen Spezialregelungen für die kollidierenden Interessen von Hochschulmitarbeitern einerseits und ihren öffentlichen¹³³ Hochschulen (bzw. deren Rechtsträgern)¹³⁴ andererseits (§ 42 ArbNERfG).¹³⁵ Nicht von diesen Regelungen erfasst und aufgelöst wird der vergleichbare Interessenwiderstreit zwischen Forschungsverbänden bzw. ihren Mitgliedern einerseits und nicht in einem Dienstverhältnis (Arbeits- oder Beamtenverhältnis) zu diesen stehenden Forschern (insbes. Studenten und externe Doktoranden, Habilitanden).¹³⁶

In ihrem Geltungsbereich sehen die Regelungen vor, dass sog. Arbeitnehmererfinder von ihnen während des bestehenden Dienstverhältnisses gemachte Erfindungen ihrem Dienstgeber melden (§ 5 ArbNERfG) oder mitteilen (§ 18 ArbNERfG).¹³⁷ Soweit es sich um Dienstserfindungen (Auftrags- oder Erfahrungserfindungen, vgl. § 4 Abs. 2 ArbNERfG) handelt,¹³⁸ kann der Dienstgeber (auch unten IV. 1. b. dd.) sie in Anspruch nehmen, d.h. durch einseitige Erklärung auf sich überleiten und muss sie in der Folge grds. zum Schutzrecht anmelden (§§ 6, 7, 13 ArbNERfG).¹³⁹ Als Ausgleich für den erlittenen Rechtsverlust steht Arbeitnehmererfindern neben dem für ihre Tätigkeit gewährten Entgelt bzw. der regulären Alimentation eine Sondervergütung zu (§§ 9 ff. ArbNERfG).¹⁴⁰ Der Gesetzgeber trägt damit dem Interesse von Dienstgebern an der Inhaberschaft und der Benutzung von technischen Schutzrechten Rechnung. Zugleich erkennt er – im Interesse der Förderung des Fortschritts auf technischem Gebiet¹⁴¹ – das Interesse der Erfinder an einer Beteiligung an den hervorgebrachten Werten an.¹⁴²

130 Dazu *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (324 ff.).

131 Einzelheiten dazu bei *Boemke/Sachadae* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 40 Rn. 33 ff.

132 Einzelheiten dazu bei *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 41 Rn. 18 ff.

133 *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 37; *Krausnick* in *Gärditz/Pahlow*, Hochschulerfinderrecht, 2011, 117 Rn. 15 ff.; *Pahlow/Gärditz* WissR 39 (2006), 48 (63 f.). – AA (auch staatlich anerkannte Hochschulen) *Bartenbach/Volz*, Erfindungen an Hochschulen - Zur Neufassung des § 42 ArbEG, GRUR 2002, 743 (745); *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 6.

134 Dazu *Kraßer/Ann*, Patentrecht, 7. Aufl. 2016, § 21 Rn. 134.

135 Ausf. dazu *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 38 ff.

136 Vgl. *Bartenbach/Hellebrand* Mitt. 2002, 165 (169); *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 35; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 133; *Keukenschrijver* in *Busse, PatG*, 8. Aufl. 2016, § 42 ArbEG Rn. 6.

137 *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 136, 150. – Ausf. dazu *Kursawe/Nebel* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 5 Rn. 8 ff. sowie *Ulrici* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 18 Rn. 9 ff.

138 Dazu auch *Pahlow/Gärditz* WissR 39 (2006), 48 (50 ff.); *Raif* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015,

§ 4 Rn. 69, 97; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 135; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 42 ArbEG Rn. 8. – Aus der Rechtsprechung: BGH 18.09.2007 - X ZR 167/05 = GRUR 2008, 150; OLG Braunschweig 10.11.2005 - 2 U 19/05 = NZA-RR 2006, 313; LG Düsseldorf 26.06.1990 - 4 O 218/89 = GRUR 1994, 53.

139 *Kursawe* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 6 Rn. 7 ff., § 7 Rn. 5 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 138, 141.

140 *Engemann* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 9 Rn. 1 ff.

141 Vgl. *Ulrici* (o. Fn. 20), 401 f.

142 Im Bereich des öffentlichen Dienstes, nicht jedoch betreffend Hochschulerfinder (vgl. § 42 Nr. 5 ArbNERfG), besteht nach § 40 Nr. 1 ArbNERfG alternativ die Möglichkeit, aufgrund einer – auch im Voraus möglichen – Vereinbarung eine lediglich wirtschaftliche Beteiligung an der Erfindung geltend zu machen, d.h. von einer Inanspruchnahme abzusehen und die Verwertung dem Arbeitnehmererfinder zu überlassen. Durch eine solche Vereinbarung gibt der Dienstgeber sein Interesse an der Nutzung einer Dienstserfindung preis, was nicht den typischen Interessen der Mitglieder eines Forschungsverbands entspricht. Von einer weiteren Erörterung kann daher abgesehen werden. Zu § 40 Nr. 1 ArbNERfG ausf. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 40 Rn. 38 ff.

Für den Bereich der Hochschularbeitnehmererfinder, nicht dagegen darüber hinaus,¹⁴³ enthält § 42 ArbNErfG Sonderregelungen. Diese tragen dem besonderen, in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG fallenden¹⁴⁴ Interesse von Forschern Rechnung, in ihrer Forschung frei zu sein, deren Ergebnisse nicht gegen ihren Willen offenlegen zu müssen,¹⁴⁵ durch Geheimhaltungspflichten¹⁴⁶ oder die Erteilung von Schutzrechten¹⁴⁷ jedenfalls nicht dauerhaft in ihrer weiteren Lehr- und Forschungstätigkeit beschränkt zu werden (§ 42 Nr. 1-3 ArbNErfG). Außerdem steht ihnen nach § 42 Nr. 4 ArbNErfG eine Sondervergütung i.H.v. 30% der durch die Verwertung durch den Dienstgeber erzielten Einnahmen zu.¹⁴⁸ Hiernach erlangen Hochschulerfinder im Durchschnitt eine deutlich höhere Vergütung als sonstige Arbeitnehmererfinder.¹⁴⁹ Sie sollen besonders zu einer erfinderischen Tätigkeit sowie der Meldung von gemachten Erfindungen motiviert werden, weil hiervon letztlich wiederum auch die Hochschulen (bzw. ihre Rechtsträger) profitieren.¹⁵⁰

cc) Sog. Background

Nicht Gegenstand eigenständiger Regelungen ist der Zugriff auf das einem Forscher bereits im Vorfeld zustehende, für den Forschungsverbund und die durch und mit ihm verfolgten Ziele nützliche Wissen einschließlich erteilter Schutzrechte.

- Eine Pflicht, Wissen zu offenbaren, ergibt sich für Forscher allerdings aus der sie ggü. ihren Dienstgebern treffenden Dienstpflicht (vgl. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB, § 61 Abs. 1 S. 1 BBG, § 34 S. 1 BeamStG), soweit die Offenbarung oder Vermittlung von Wissen Teil der geschuldeten Dienste ist. Z.B. muss ein Hochschullehrer sein Wissen an Studenten vermitteln, weil und soweit er gerade zu

diesem Zweck berufen wurde. Diese Pflicht besteht aber eben nur, soweit der Dienstverpflichtete die von ihm geschuldeten Dienste nicht ohne Rückgriff auf sein Wissen erbringen kann. Deshalb muss ein Hochschullehrer z.B. nicht Wissen offenbaren, welches außerhalb der ihm übertragenen Lehr- und Forschungsgebiete liegt. Losgelöst von der Auffüllung der Dienstpflicht verpflichten weder Arbeits- noch Beamtenverhältnis zur Offenbarung/Vermittlung von Wissen. Denn Gegenstand des Dienstverhältnisses ist die Erbringung von Diensten, im Grundsatz aber nicht die Verschaffung von Gegenständen, Wissen oder Rechten. Dienstnehmer, auch Beamte (vgl. § 61 Abs. 1 S. 1 BBG, § 34 S. 1 BeamStG: „persönlicher“, nicht sachlicher Einsatz), trifft keine allgemeine (Unternehmens-)Förderpflicht.¹⁵¹

- Im Hinblick auf das Fehlen einer allgemeinen Förderpflicht ergibt sich aus dem Dienstverhältnis im Grundsatz auch keine Pflicht zur Übertragung von Schutzrechten.¹⁵² Denn ihre Dienste können Forscher regelmäßig jeweils losgelöst hiervon erbringen. Zwar kann nach Maßgabe von § 19 ArbNErfG die Pflicht bestehen, dem Dienstgeber ein einfaches Nutzungsrecht an sog. (geborenen) freien Erfindungen zu angemessenen Bedingungen anzubieten, wenn die Erfindung in den zumindest vorbereiteten Arbeitsbereich des Dienstgebers fällt.¹⁵³ Dies gilt entgegen h.A. auch für Erfindungen, die ein Arbeitnehmererfinder bereits vor Beginn seines gegenwärtigen Dienstverhältnisses gemacht hat.¹⁵⁴ Gleichwohl deckt diese Verpflichtung nicht die vom Forschungsverbund bzw. seinen Mitgliedern in Ansehung des sog. Backgrounds verfolgten Interessen ab.¹⁵⁵ Denn erstens besteht die Pflicht nur, wenn sich der Arbeitnehmererfinder für eine anderweitige Verwertung der ihm zustehenden Erfindung entscheidet.¹⁵⁶ Sieht er hiervon

143 Vgl. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 35; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 133; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 42 ArbEG Rn. 6.

144 Der zwingende Charakter der Sonderregelungen lässt sich aus Art. 5 Abs. 3 GG nicht ableiten, weil Dispositionen Teil der Grundrechtsausübung sind.

145 Vgl. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 12 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 151 ff.; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 42 ArbEG Rn. 14.

146 Vgl. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 9 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 140, 148; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 42 ArbEG Rn. 10.

147 Vgl. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 16 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 141.

148 Dazu *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 131 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 143 ff.

149 *Bartenbach/Hellebrand*, Zur Abschaffung des Hochschullehrerprivilegs (§ 42 ArbEG) – Auswirkungen auf den Abschluss von Forschungsaufträgen, Mitt. 2002, 165 (167 f.); *Godt* (o. Fn. 26), 4, 6; vgl. auch BGH 06.03.2012 - X ZR 104/09 = GRUR 2012, 605 Rn. 48; *Heerma/Maierhöfer* GRUR 2010, 682 (683).

150 Vgl. BT-Drs. 14/5975, 5 f.; DPMA SchSt. 26.01.2015 - Arb.Erf. 13/13 = BeckRS 2016, 05363 Rn. 22.

151 Vgl. *Boemke* AR-Blattei SD 1228 Rn. 114 (Feb. 2002); *Buchner*, Tendenzförderung als arbeitsrechtliche Pflicht – Zur Bindung des Arbeitnehmers an die Unternehmenszielsetzung, ZfA 1979, 335 (335 f., 355 f.); *Reichold* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 49 Rn. 2. – AA *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196: Beamter handelt treuwidrig, wenn er Hochschule nicht unterstützt.

152 Vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 20), 183 f.

153 Gegen Anwendung von § 19 ArbNErfG auf Hochschulerfinder aber z.B. *Soudry*, Die Rechtsstellung des Hochschulerfinders nach der Neufassung von § 42 ArbNErfG, 2011, 142 ff., der – zu Unrecht – als vollständig ausgeschlossen ansieht, dass Hochschulen im Wettbewerb stehen.

154 *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 15 f. – AA *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 19 Rn. 7; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 19 Rn. 6 i.V.m. Vor § 18 Rn. 1.

155 Vgl. auch *Kraßer/Schricker* (o. Fn. 16), 48.

156 *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 17 ff.

ab, wozu er ohne Rücksicht auf einen sachlichen Grund berechtigt ist, wird seinem Dienstgeber kein Zugriff auf die Erfindung ermöglicht.¹⁵⁷ Und zweitens ist ein Arbeitnehmererfinder allenfalls zur Anbietung eines einfachen und zudem nicht notwendig zur Einräumung eines übertragbaren Nutzungsrechts verpflichtet.¹⁵⁸ Seine Bindung bleibt danach weit hinter den Interessen des Forschungsverbands bzw. seiner Mitglieder an einer ggf. für die Auswertung des sog. Foregrounds erforderlichen „Aufteilung“ des sog. Backgrounds zurück.

Für einen angemessenen Interessenausgleich betreffend den sog. Background lässt sich aus § 19 ArbNErfG der Gedanke ableiten, dass abhängig tätige Forscher ihnen zustehendes Wissen und Schutzrechte, soweit sie zu deren Vermittlung nicht bereits aufgrund ihrer Dienstpflicht verpflichtet sind, allenfalls zu angemessenen Bedingungen, d.h. insbes. gegen marktübliches Entgelt verschaffen.¹⁵⁹ Es besteht kein Anlass, dass sie ihr geistiges Eigentum einem Forschungsverbund oder dessen Mitgliedern zu Vorzugskonditionen überlassen.¹⁶⁰ Erst Recht besteht entgegen einzelnen Mustervereinbarungen keinerlei Rechtfertigung dafür, dass Forscher den ihnen zustehenden sog. Background unentgeltlich zur Verfügung stellen. Abweichendes folgt auch nicht daraus, dass sich Unternehmen an einem Forschungsverbund beteiligen und sich in diesem Rahmen zum Vorteil von Hochschulen oder sonstigen Forschungseinrichtungen und damit mittelbar auch zum Vorteil der dort angestellten Forscher finanziell engagieren.

Ebenfalls nicht Gegenstand der Regelungen des ArbNErfG ist das durch den jeweiligen Dienstgeber aufgrund entsprechender Verpflichtung ggü. anderen Mitgliedern des Forschungsverbands vermittelte Interesse an der Geheimhaltung von durch andere Mitglieder offenbartem Wissen, welches mit Publikations- und Lehrinteressen von Forschern kollidieren kann. Allerdings sind Arbeitnehmer nach §§ 611a, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Dies umfasst vorbehaltlich vorrangiger Interessen auch die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen (vgl. auch § 17 UWG).¹⁶¹ Zu diesen gehört auch das vom jeweiligen Dienstgeber oder in dessen Interesse durch

Dritte für die Erfüllung übertragener Aufgaben zweckgebunden zugänglich gemachte Wissen, soweit an diesem ein Geheimhaltungsinteresse besteht.¹⁶² Vorrangige Interessen der Forscher stehen dem selbst dann nicht entgegen, wenn die Pflicht zur Geheimhaltung des sog. Backgrounds sie in der Publikation oder der Lehre des gewonnenen sog. Foregrounds beschränkt.¹⁶³ Denn sie konnten den sog. Foreground nur unter Rückgriff auf den ihnen zuvor unbekanntem sog. Background hervorbringen, d.h. der sog. Foreground ist vom sog. Background abhängig, und bei Aufnahme der Forschung stand ihnen kein Anrecht auf den sog. Background zu, sondern es war ihnen bewusst, dass sie Zugang zum sog. Background nur unter der Bedingung der Geheimhaltung erlangen würden. Unter diesen Voraussetzungen müssen die in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG fallenden Interessen der Forscher hinter die durch Art. 5 Abs. 3, 12, 14 GG geschützten Geheimhaltungsinteressen des Verbands und seiner Mitglieder zurücktreten.¹⁶⁴ Für Beamte besteht nach § 67 BBG, § 37 BeamStG keine geringere Pflicht zur Geheimhaltung.

dd) Sonderproblem: Personalgestaltung

Der skizzierte rechtliche Rahmen nimmt als Arbeitgeber bzw. Dienstherr zunächst nur denjenigen in den Blick, mit dem der Arbeitnehmer bzw. Beamte originär durch ein aktives Dauerrechtsverhältnis verbunden ist (e contrario § 11 Abs. 7 AÜG).¹⁶⁵ Dies ist der Forschungsverbund selbst, wenn er über Rechtssubjektivität verfügt und die Anstellung beim diesem erfolgt. Dagegen ist dies das Mitglied und nicht der Forschungsverbund, soweit die Anstellung nicht beim Verbund, sondern einem der Mitglieder erfolgt.¹⁶⁶ Dann knüpfen insbes. die Rechte und Pflichten nach dem ArbNErfG nicht beim Verbund, sondern bei einem einzelnen seiner Mitglieder an.

Eine Modifikation erfährt dieser Ausgangspunkt, soweit ein Mitglied eines mit Rechtssubjektivität ausgestatteten Forschungsverbands diesem einen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlässt.¹⁶⁷ Denn in dem Maße, in welchem dem Forschungsverbund die Dienstberechtigung zur Auswertung überlassen wird, entsteht zwischen diesem und dem Forscher ein wesensgleiches Minus zum zwischen Forscher und ihn anstellenden Mit-

157 *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 19.

158 *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 32. – Abw. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 19 Rn. 16.

159 Vgl. BAG 20.01.2004 – 9 AZR 393/03, AP BetrVG 1972 § 87 Vorschlagswesen Nr. 3 unter B. I. 3. der Gründe; vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 35 ff.

160 Vgl. *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 39.

161 Vgl. *Preis* in *ErfK*, 18. Aufl. 2018, BGB § 611a Rn. 710 (auf § 242 BGB abstellend).

162 Vgl. *Preis* (o. Fn. 161) BGB § 611a Rn. 711 f.

163 Vgl. (zur Berechtigung an einer Erfindung) auch *Kraßer/Schricker* (o. Fn. 16), 49.

164 AA tendenziell *Godt* (o. Fn. 26), 9.

165 Vgl. *Boemke* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 1 Rn. 97; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 1 ArbEG Rn. 10; *Schwab*, HK-Arbeitnehmererfindungsrecht, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 3.

166 Vgl. zu § 42 Nr. 4 ArbNErfG *Gärditz* (o. Fn. 69) Rn. 10.

167 Selbstverständlich gilt § 11 Abs. 7 AÜG auch bei Überlassung durch einen Verbundfremden.

glied des Forschungsverbands bestehenden Arbeitsverhältnis.¹⁶⁸ Dies wiederum bewirkt zunächst, dass der Forscher ggf. auch ggü. dem Forschungsverbund zur Wissensvermittlung und zur Geheimhaltung (oben IV. 1. b. cc.) verpflichtet ist. Überdies ordnet § 11 Abs. 7 AÜG an, dass (auch) derjenige, dem der Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt wird, um für diesen in dessen Interesse tätig zu werden, Arbeitgeber i.S.d. ArbNERfG ist.¹⁶⁹ In der Folge sind die auf Erfindungen¹⁷⁰ bezogenen Rechte und Pflichten selbst dann jedenfalls auch beim Forschungsverbund angebunden, wenn die mitwirkenden Arbeitnehmer nicht bei diesem, sondern bei einem Verbundmitglied angestellt sind und dem Verbund zur Förderung des Verbundzwecks unter Delegation des Weisungsrechts gestellt werden. Vorbehaltlich einer abweichenden gesetzlichen Ausgestaltung ist der hier hinter stehende Rechtsgedanke auf eine Gestellung von Beamten übertragbar.¹⁷¹

Soweit im Einzelfall nicht (nach § 11 Abs. 7 AÜG) gewährleistet ist, dass die auf das geistige Eigentum bezogenen Rechte und Pflichten zumindest beim Forschungsverbund angebunden sind (Forschungsverbund ohne Rechtssubjektivität, Zusammenwirken im Rahmen eines gemeinsamen Betriebs),¹⁷² bestehen sie entsprechend dem Ausgangspunkt nur zu einem der Verbundmitglieder.¹⁷³ Hieraus folgt zwar keinerlei verteilende Aussage für die auf der Ebene des Forschungsverbands sachgerechte Interessenkoordinierung, weil namentlich der Geltungsbereich von § 11 Abs. 7 AÜG durch die Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter bestimmt wird. Widerstreitende Interessen mehrerer von der Dienstleistung Profitierender haben dagegen keine Berücksichtigung gefunden. Allerdings rückt stärker in den Fokus, dass auf der Ebene des Forschungsverbands den Interessen seiner Mitglieder entsprechende Gestaltungen erforderlich sind, welche klar festlegen, wie und inwieweit diese Rechte und Pflichten von dem jeweils mit einem Arbeitnehmer bzw. Beamten verbundenen Mitglied eines Forschungsverbands (treuhänderisch) in dessen Interesse bzw. im Interesse seiner Mitglieder wahrzunehmen sind.¹⁷⁴

ee) Sonderproblem: Externe Forscher

Im Verhältnis zu Forschern, auf welche das ArbNERfG keine Anwendung findet (oben IV. 1. b. bb.), besteht ein

sachgerechter Interessenausgleich in Ansehung des sog. Foreground darin, dass diese ihre erworbenen Rechte dem Forschungsverbund bzw. dessen Mitgliedern übertragen, im Gegenzug ein angemessenes Entgelt erhalten und unterstützend ihre Offenbarungsinteressen (Publikation) vergleichbar zu Arbeitnehmern vorübergehend zurückstellen. Das ihnen zuzugestehende Entgelt sollte sich vergleichbar zu § 9 ArbNERfG am Wert der Erfindung und dem Beitrag der Forscher im Verhältnis zum Beitrag der Hochschule sowie dem Anteil des externen Forschers an der Erfindung orientieren. Dabei ist nicht gerechtfertigt, das Erlangen eines Abschlusses oder akademischen Grades als Beitrag der Hochschule zu Lasten des externen Forschers zu berücksichtigen. Denn insbes. die Erteilung eines akademischen Grades ist im Grundsatz eine ideelle Gegenleistung der Wissenschaftsgemeinschaft für die ideelle Leistung in Form einer ihr ggü. erfolgten Offenbarung, nicht dagegen für die Übertragung von wirtschaftlichen Verwertungsbefugnissen. Hochschulen sind von Gesetzes wegen ohne Rücksicht auf eine Gegenleistung zur Ermöglichung eines Abschlusses oder Verleihung eines akademischen Grades verpflichtet. Dieses Hoheitsrecht dürfen sie nicht „verkaufen“ (vgl. § 56 Abs. 2 VwVfG). In Ansatz können sie aber z.B. bringen, inwieweit die Forschung durch Zurverfügungstellung von Wissen und Sachmitteln (z.B. Probenmaterial, Instrumente) sowie durch Personal unterstützt wurde.

Hinsichtlich des externen Forschern zustehenden sog. Backgrounds bietet sich für einen angemessenen Interessenausgleich an, sich an den Vorschlägen für Arbeitnehmererfinder zu orientieren. Denn in Ansehung des sog. Backgrounds wirkt sich die Einbindung eines Forschers in ein Arbeits- oder Beamtenverhältnis im Kern nicht aus, d.h. angestellte Forscher stehen insoweit in keinem anderen Verhältnis zum Forschungsverbund und seinen Mitgliedern als Externe. Auch als Arbeitnehmer oder Beamte angestellte Forscher sind ohne gesonderte Vereinbarung nicht verpflichtet, den ihnen zustehenden sog. Background zur Verfügung zu stellen. Es bestand für sie auch kein Grund, ihnen zustehende Rechte zu Vorzugskonditionen zur Verfügung zu stellen. Vielmehr treten sie in Bezug auf den sog. Background ihrem Dienstgeber wie ein externer Dritter ggü.

168 Ulrici, HK-AÜG, 2017, § 14 Rn. 21, Schwerpunktbeitrag B Rn. 3.

169 Boemke (o. Fn. 165) § 1 Rn. 102 f.; Ulrici (o. Fn. 168) § 11 Rn.

126. – Für ausschließliche Arbeitgeberstellung des Entleihers: Schwab (o. Fn. 165) § 1 Rn. 27 ff.

170 Zur Rechtslage bei anderen Schutzrechten vgl. Ulrici WissR 48 (2015), 318 (331 f.).

171 Ulrici WissR 48 (2015), 318 (331).

172 Vgl. dazu Ulrici (o. Fn. 168) § 1 Rn. 54.

173 Vgl. zur fehlenden Übertragung des Weisungsrechts Boemke (o. Fn. 165) § 1 Rn. 104.

174 Vgl. TUM (o. Fn. 3), 29 (ANNEX III § 7b Abs. 2).

2. Gestaltungsmittel

a) Allgemeines

aa) Vertrag

Die auf Seiten des Forschungsverbunds und seiner Mitglieder bestehenden Interessen lassen sich mit denen der Forscher privatautonom durch Vertrag koordinieren. Dies gilt in Bezug auf als Arbeitnehmer auf privatrechtlicher Grundlage tätige Forscher (vgl. § 105 S. 1 GewO, § 311 Abs. 1 BGB) ebenso wie nach §§ 54 ff. VwVfG im Grundsatz auch für die verbeamteten Forscher. Nicht minder gilt dies im Verhältnis zu den auf privat- oder öffentlich-rechtlicher Grundlage tätigen externen Forschern. Zustande kommt ein Vertrag aufgrund privatautonomem Entschlusse seiner Parteien. Ein Zwang zum Vertragsschluss besteht im Grundsatz nicht. Insbes. ergibt sich aus einem bestehenden Arbeits- oder Beamtenverhältnis¹⁷⁵ keine Verpflichtung, einen Vertrag über die Koordinierung von das sog. geistige Eigentum betreffenden Interessen zu schließen.

bb) Erforderlichkeit

Erforderlich ist der Abschluss eines koordinierenden Vertrags nur, soweit nicht bereits losgelöst hiervon durch normativ wirkende Gestaltungsfaktoren (insbes. Gesetz) ein sachgerechter Interessenausgleich gewährleistet ist. Ausgeschlossen ist der Abschluss eines koordinierenden Vertrags, soweit ihm von der Rechtsordnung die Anerkennung versagt wird, insbes. aufgrund eines Widerspruchs zu zwingendem Recht. Ausgehend von diesen beiden Gesichtspunkt macht das ArbNErfG in weitem Ausmaß koordinierende Verträge entbehrlich und schließt sie zudem nach Maßgabe von § 22 ArbNErfG aus. Im Voraus können privatautonome Abweichungen von den Regelungen des ArbNErfG zu Lasten des Arbeitnehmers nicht vereinbart werden (halbseitig zwingende Regelungen). Dies betrifft auch belastende Abweichungen von den für Hochschulerfinder geltenden Sonderregelungen, wie sich aus § 42 Nr. 5 ArbNErfG rückschließen lässt. Hierdurch kann die Verwirklichung der auf Verbundebene bestehenden Interessen nicht unerheblich erschwert werden. Erforderlich und möglich ist der Abschluss koordinierender Verträge dagegen in den vom ArbNErfG persönlich, zeitlich oder sachlich nicht (zwingend) ausgestalteten Bereichen (insbes. sog. Background, externe Forscher).

175 Vgl. allg. auch VG Regensburg 18.03.2016 - RN 10A DB 15.776 = BeckRS 2016, 46075.

176 Zur Anwendung auf öffentlich-rechtliche Verträge vgl. *Lehmann-Richter* in BeckOGK Zivilrecht, 01.09.2017, BGB § 305 Rn. 21.

cc) Schutz durch Angemessenheitskontrolle

Soweit die betroffenen Interessen einer rechtsgeschäftlichen Koordinierung zugänglich sind, gewährleistet in einem formalen Sinne der Vertragsschlussmechanismus als solcher die Angemessenheit. Materiell wird die Vertragsgerechtigkeit im Verhältnis des Verbunds und seiner Mitglieder zu den tätigen Forschern allerdings dadurch gefährdet, dass das forschende Personal in einem Abhängigkeitsverhältnis steht (Arbeits- oder Beamtenverhältnis, laufendes Prüfungs-, Promotions- oder Habilitationsverfahren). Rechnung tragen lässt sich dem allgemein durch § 138 BGB. Danach dürfen Abreden zwischen dem Verbund bzw. seinen Mitgliedern und einem Forscher nicht sittenwidrig sein. Hierdurch wird die Vertragsgerechtigkeit aber nur in einem Mindestmaß gesichert.

Daneben wird ihr durch das nicht unerheblich weiter reichende Schutzregime in §§ 305-310 BGB (i.V.m. § 62 S. 2 VwVfG)¹⁷⁶ Rechnung getragen, nach welchem erfasste Abreden insbes. nicht unangemessen sein dürfen (vgl. § 307 Abs. 1 BGB).

- Vereinbarungen zwischen dem Verbund bzw. seinen Mitgliedern einerseits und den tätigen Forschern andererseits über die Koordinierung der das sog. geistige Eigentum betreffenden Interessen unterfallen praktisch ausnahmslos diesem Schutzregime. Denn bei entsprechenden Vereinbarungen handelt es sich in aller Regel um Verbraucherverträge i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB, auf welche bereits bei nur einmaliger Verwendung die Kernregelungen des AGB-Rechts Anwendung finden, weil und soweit der Forscher aufgrund einer Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

- Auch sind entsprechende Abreden nicht nach § 307 Abs. 3 BGB von einer Inhaltskontrolle freigestellt. Zwar unterliegen Abreden über das Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung regelmäßig keiner Angemessenheitskontrolle;¹⁷⁷ dies betrifft insbes. auch Abreden über Immaterialgüterrechte.¹⁷⁸ Grundlage hierfür ist aber, dass es insoweit an gesetzlichen Regelungen fehlt, denen sich eine Gerechtigkeitswertung entnehmen lässt.¹⁷⁹ Dies ist zunächst aber insoweit nicht der Fall, als sich dem ArbNErfG Gerechtigkeitswertungen entnehmen lassen (z.B. dass Arbeitnehmer bzw. Beamte als Erfinder an dem Erfolg ihrer Leistungen zu beteiligen sind entweder durch eine Sonder-

177 *Eckelt* in BeckOGK Zivilrecht, 1.10.2017, BGB § 307 Rn. 174 f.

178 BGH 31.05.2012 - I ZR 73/10 = GRUR 2012, 1031 Rn. 18; BGH 18.02.1982 - I ZR 81/80 = GRUR 1984, 45 (48).

179 *Eckelt* (o. Fn. 177) BGB § 307 Rn. 174 f.

vergütung oder durch Eröffnung der Chance, ihre Erfindung selbst zu verwerten). Darüber hinaus und vor allem ist aber zu beachten, dass entsprechende Abreden in untrennbarem Zusammenhang zu dem Rechtsverhältnis stehen, aufgrund dessen der Forscher tätig wird (Arbeits- oder Beamtenverhältnis, Studium usw.), und nur in Ansehung jenes getroffen werden. Sie zielen mithin auf eine Ergänzung dieses Rechtsverhältnisses und sind schon deshalb nicht als bloße Leistungsbeschreibung kontrollfrei.¹⁸⁰

dd) Zeitpunkt der Vereinbarung

Wie bei der Gestaltung auf Verbundebene ist darauf zu achten, dass ein erforderlicher Vertrag in dem Sinne rechtzeitig geschlossen wird, dass die sich aus der originären Zuweisung von geistigen Leistungen und Schutzrechten ergebenden Verschiebungen in den Verhandlungspositionen bedacht werden. Soweit – wie im Regelfall – geistige Leistungen und Schutzrechte originär und im Widerspruch zur bestehenden Interessenlage dem unmittelbar geistig Tätigen zugewiesen werden, auch soweit er im Abhängigkeitsverhältnis steht, erlangt dieser mit Erfolg seiner Tätigkeit eine starke Verhandlungsposition. Der Dienstgeber kann mangels Rechtsgrundlage im Regelfall nicht entgegenstellen, dass er die Herbeiführung des Erfolgs organisatorisch, sachlich und finanziell gefördert hat. Vielmehr muss er sie dem Forscher im Rahmen von Verhandlungen „abkaufen“, soweit dieser nicht bereits rechtlich zur Herausgabe der Forschungsergebnisse verpflichtet ist. Solange der Forscher dagegen noch keine wertvollen Forschungsergebnisse hervorgebracht hat, ist die Verhandlungsposition des Dienstgebers stärker. Denn er kann zur Geltung bringen, dass er im Falle der Nichteinigung seine organisatorische, sachliche und finanzielle Förderung nicht zur Verfügung stellt, soweit er zu dieser nicht ohnehin verpflichtet ist, oder er im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten auf einen anderen Forscher zurückgreifen wird mit der Folge, dass ein auf die Interessen des Dienstgebers nicht eingehender Forscher voraussichtlich gar keine Ergebnisse erzielt.

- Das ArbNERfG berücksichtigt diesen Zusammenhang, indem es in § 22 ArbNERfG anordnet, dass im Voraus keine zum Nachteil des Arbeitnehmers vom Gesetz abweichenden Vereinbarungen getroffen werden können.

Dies gewährleistet, dass Arbeitnehmer über die ihnen vom ArbNERfG als Ergebnis eines sachgerechten Interessenausgleichs zugedachte Rechtsstellung aus einer starken Verhandlungsposition heraus disponieren können.

- Außerhalb des Geltungsbereichs des ArbNERfG leitet sich aus vorstehenden Zusammenhängen die Empfehlung ab, notwendige Vereinbarungen im Voraus zu treffen, weil nur bis zur originären Zuweisung von Ergebnissen geistiger Leistungen eine wechselseitige Abhängigkeit der Parteien besteht, welche auf beiden Seiten Verhandlungsmacht eröffnet.

b) Gesonderte vertragliche Bindung mit weiteren Kooperationsmitgliedern

aa) Gegenwärtige Vertragspraxis

Als eine besondere Form der Ergänzung der gesetzlichen Rechtslage ist in der Praxis vorzufinden, dass die Rechtsbeziehung zwischen dem Mitglied einer Forschungskooperation und seinem Forscher um eine gesonderte vertragliche Abrede zwischen diesem und weiteren Mitgliedern einer Forschungskooperation ergänzt wird. Einzelne Kooperationspartner schließen nicht lediglich koordinierende Abreden mit anderen Kooperationspartnern (horizontal auf Verbundebene), sondern machen zur Bedingung ihrer Beteiligung an einer Kooperation, dass sich auch die unmittelbar geistig tätigen, bei einem anderen Kooperationspartner angestellten Forscher entweder am Abschluss eines dreiseitigen Vertrags (zwischen z.B. Unternehmen und Hochschule sowie Forscher)¹⁸¹ beteiligen oder neben dem zwischen den Kooperationspartnern (horizontal auf Verbundebene) geschlossenen Vertrag in gesonderter Urkunde einen eigenen (vertikal die Beschäftigungsebene betreffenden) Vertrag¹⁸² mit einem anderen Kooperationspartner schließen.¹⁸³ Solche vertraglichen Bindungen werden insbes. von Unternehmen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Kooperationen mit Hochschulen im Verhältnis zu Hochschülerfindern eingefordert. Inhaltlich wird dabei vor allem vorgesehen, dass Forscher

- sich auch ggü. den sie nicht anstellenden Kooperationspartnern verpflichten, Erfindungen zu melden bzw. mitzuteilen.¹⁸⁴ Hierdurch sollen die – unter Beachtung

180 Vgl. allg. BGH 18.04.2002 - III ZR 199/01 = NJW 2002, 2386; BGH 30.11.1993 - XI ZR 80/93 = BGHZ 124, 254 (256); *Ulrici* (o. Fn. 20), 221.

181 Vgl. IHK NRW (o. Fn. 52), 10, 11, 14. – So auch noch BMWi (o. Fn. 128), 38.

182 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 57; TUM (o. Fn. 3), 33 (ANNEX III Anlage 1).

183 Dafür auch *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195; *Brandi-Dohrn* (o. Fn. 24) Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 110; *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 57; *Gärditz* (o. Fn. 69) Rn. 38; IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 12, 14; *Kretzer* (o. Fn. 33), 67, 72 f.; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45.

184 BMWi (o. Fn. 25), 50 (Anlage 3 Ziff. 4); *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195; *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 57.

von § 11 Abs. 7 AÜG – nur ggü. dem jeweiligen Dienstgeber, nicht einem (finanzierenden) Partner¹⁸⁵ bestehenden Pflichten nach §§ 5, 18 ArbNErfG auch zu Gunsten des nicht anstellenden Partners gelten. Dies sichert die mit der Eingehung einer Forschungs Kooperation verbundenen Erwartungen, verwertbare Forschungsergebnisse und Schutzrechte zu erlangen.

- sich ggü. dem sie nicht anstellenden Kooperationspartner verpflichten, freie (insbes. frei gewordene) Erfindungen unentgeltlich zu übertragen.¹⁸⁶ Hierdurch soll ein umfassender Zugriff des nicht anstellenden Kooperationspartners auf die im Rahmen einer Forschungs Kooperation geschaffenen Erfindungen gewährleistet werden. Es soll insbes. für den Fall vorgesorgt werden, dass der mit dem Forscher nach den Regelungen des ArbNErfG verbundene Dienstgeber eine Dienstleistung freigibt, in der Folge nicht erlangt und daher auch nicht auf andere Kooperationspartner übertragen kann. Hier wollen dann die anderen Kooperationspartner unmittelbar beim Forscher zugreifen können.

- sich verpflichten, ihnen nach § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG zustehende Rechte nicht auszuüben.¹⁸⁷ Hierdurch soll ebenfalls gewährleistet werden, dass weitere Kooperationspartner umfassend, ungeschmälert und sicher auf die von den im Rahmen einer Forschungs Kooperation tätigen Forschern gemachten Erfindungen zugreifen können.¹⁸⁸ Die diesen Zugriff gefährdenden Sonderrechte für Hochschülerfinder, welche im Verhältnis zur Hochschule unabdingbar sind (vgl. § 22 ArbNErfG),¹⁸⁹ sollen ausgeschaltet werden.

bb) Hintergründe

Entsprechende Forderungen gründen zunächst darin, dass Forschungs Kooperationen bis zur Abschaffung des sog. Hochschullehrerprivilegs (Reform von § 42

ArbNErfG zum 7.2.2002)¹⁹⁰ insbes. zwischen Hochschullehrern und Unternehmen vereinbart werden konnten und wurden.¹⁹¹ Seit allerdings Hochschulen die Rechte an den von ihren Mitarbeitern geschaffenen Erfindungen erlangen, passte sich die Praxis im geringstmöglichen Ausmaß an diese Rechtsänderung an, indem die zuvor zwischen Unternehmen und Hochschullehrer geschlossenen Vereinbarungen nunmehr unter Beteiligung auch der Hochschule geschlossen werden.¹⁹² Hierbei wird verkannt, dass die Zuweisung der Erfindungen zur Hochschule richtigerweise dahin weist, dass – wie im Wirtschaftsverkehr üblich – der Vertrag nur mit der Hochschule und nicht auch mit den bei dieser abhängig Beschäftigten zu schließen ist.¹⁹³ Weitergehende Begehren insbes. von beteiligten Unternehmen sind somit Ausdruck eines Verharrens im Gewohnten.

Abgesehen davon geht die Forderung nach einer eigenständigen Bindung der Forscher aber auch darauf zurück, dass Forschungs Kooperationen nach Wahrnehmung der Beteiligten bislang nicht (horizontal) zwischen Hochschulen, sonstigen Forschungseinrichtungen und Unternehmen als gleichberechtigte Partner eingegangen werden, welche anschließend in ihrer Verbundenheit, in welcher jedes Kooperationsmitglied intern Einfluss nehmen kann, einheitlich und abgestimmt (vertikal) den Forschern (Arbeitnehmern und Beamten) gegenübertritt. Vielmehr treten insbes. beteiligte Unternehmer nach ihrer Wahrnehmung bislang eher einer Einheit aus Hochschule bzw. Forschungseinrichtung und den dort tätigen Forschern ggü., ohne Einfluss auf die in dieser Beziehung erfolgenden Rechtshandlungen nehmen zu können.¹⁹⁴

Vor allem wurzelt die Forderung nach eigenständiger rechtlicher Bindung der Forscher auch ggü. den diese nicht anstellenden Kooperationsmitgliedern aber darin,

185 Gärditz (o. Fn. 69) Rn. 37; Leuze, Kritische Anmerkungen zu § 42 ArbErfG, GRUR 2005, 27 (32).

186 BMWi (o. Fn. 25), 50 (Anlage 3 Ziff. 2); vgl. auch BMWi (o. Fn. 128), 42 (Ziff. 5.3.1). – Vgl. (ohne Bedenken) auch Wündisch (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 13; für eine entgeltliche Übertragungspflicht IHK NRW (o. Fn. 52), 14.

187 BMWi (o. Fn. 25), 50 (Anlage 3 Ziff. 5, 6); BMWi (o. Fn. 128), 43 (Ziff. 7.1); IHK NRW (o. Fn. 52), 14; TUM (o. Fn. 3), 27 (AN-NEX III Anlage 1); Rosenberger, Verträge über Forschung und Entwicklung, 2. Aufl. 2010, Kap. 15 II. (§ 2), S. 672. – Vgl. (ohne Bedenken) auch Bartenbach/Volz (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196; Wündisch (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 13; Kretzer (o. Fn. 33), 55 f.; Leuze (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45; Schwab (o. Fn. 165) § 42 Rn. 18, 20 f.; Stallberg GRUR 2007, 1035; Weyand/Haase GRUR 2007, 28 (38); v. Falck/Schmalz, Hochschul erfindungen: Zuordnung und Vergütung in Deutschland, den Niederlanden, Frankreich, Großbritannien, den USA und Japan, GRUR 2004, 469 (472); Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (112).

188 Vgl. Kretzer (o. Fn. 33), 70.

189 Vgl. Bartenbach/Volz (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196; Kraßer/Ann (o. Fn. 134) § 21 Rn. 132; Kretzer (o. Fn. 33), 52, 71; Leuze (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45.

190 Dazu Kraßer/Ann (o. Fn. 134) § 21 Rn. 128 ff.

191 Vgl. Fleuchaus/Braitmayer, Hochschullehrerprivileg ade?, GRUR 2002, 653 (654); Hoeren in Asche/Bauhus/Kaddatz/Seel, Modernes Patentbewusstsein in Hochschulen, 2004, 33 (35); Slopek Mitt. 2013, 26 (27); IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 11 f.; Kretzer (o. Fn. 33), 66 f.

192 Deutlich IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 11 f.; Leuze (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45; vgl. auch Beyerlein Mitt. 2008, 498; Slopek Mitt. 2013, 26 (27).

193 Vgl. auch Kretzer (o. Fn. 33), 67; Weyand/Haase GRUR 2007, 28 (38); primäre Verhandlungs- und Vertragspartner. – Vgl. auch Bartenbach/Hellebrand Mitt. 2002, 165 (168); Bartenbach/Volz (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 194.

194 Vgl. auch Kretzer (o. Fn. 33), 67.

dass letztere ein Risikogeschäft eingehen und die vom Gesetzgeber vorgegebene Rechtslage im Hinblick hierauf als nicht geeignet angesehen wird.¹⁹⁵ Der Zusammenschluss zu einem Forschungsverbund ist für jedes Mitglied ein Risikogeschäft, weil die Gewinnung von werthaltigen (verwertbaren) Erkenntnissen noch ungewiss ist. Übernommen werden die betreffenden Risiken in der Aussicht auf die sich im Erfolgsfalle eröffnenden Chancen. Das jeder Forschungskoooperation ohnehin eigene Risiko wird namentlich durch § 42 Nr. 2 ArbNErfG erhöht.¹⁹⁶ Denn kann ein Hochschülerfinder von der Offenbarung einer gemachten Erfindung absehen, tragen die Mitglieder einer Forschungskoooperation nicht nur das Risiko, ob verwertbare Forschungsergebnisse erzielt werden, sondern zusätzlich das sich aus der negativen Publikationsfreiheit ergebende Risiko. Zudem werden die durch Eingehung einer Forschungskoooperation im Erfolgsfalle eröffneten Chancen durch § 42 Nr. 1, 3 ArbNErfG gemindert, weil die Erteilung eines Schutzrechts gefährdet werden oder eine gemachte Erfindung mittelbar auch Dritten dienen kann.¹⁹⁷ Den aus öffentlichen Mitteln finanzierten Hochschulen hat der Gesetzgeber diese Risikohöherung ebenso wie die Chancenminderungen bewusst zugewiesen. Durch die Beteiligung einer Hochschule an einem Forschungsverbund werden die in deren Verhältnis zu den Hochschülerfindern wurzelnden Lasten auf die anderen Mitglieder der Forschungskoooperation erstreckt, weil die Hochschule in die Verbundebene nicht mehr einbringen kann, als ihr aufgrund der Ausgestaltung der Beschäftigungsebene zusteht. Aus Sicht der nicht im gleichen Maße wie Hochschulen durch staatliche Gelder abgesicherten Kooperationspartner erweisen sich diese Lasten als höchst unerwünscht.¹⁹⁸ Für sie ist bei Eingehung einer Forschungskoooperation notwendig, dass sie im Erfolgsfalle auf die sich ergebenden Forschungsergebnisse zugreifen und diese (vorzugsweise unter dem Schutz eines Monopolsrechts) auswerten können.

cc) Bewertung

Auf den ersten Blick mögen die erweiterten vertraglichen Bindungen (insbes. dreiseitige Abreden) unter Berücksichtigung ihrer Hintergründe ganz unschuldig als Ausdruck berechtigter Erwartungen von Unternehmen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen erscheinen.¹⁹⁹ Dies mag ein Grund sein, warum sich derartige Abreden in von Hochschulen selbst entworfenen Vertragsmustern (z.B. auch Berliner Vertragsbausteine) ebenso wie in den vom BMWi herausgegebenen Vertragsmustern finden. Daneben ist hierfür ursächlich aber offensichtlich auch der Umstand, dass die Vertragsmuster unter Beteiligung von Vertretern der Hochschulen, sonstiger Forschungseinrichtungen und von Unternehmen, aber in Abwesenheit von Vertretern der Arbeitnehmer und Beamten abgestimmt wurden.²⁰⁰ Zum Nachteil Unbeteiligter lässt sich leicht eine Verständigung erzielen. Bei genauerer Betrachtung erweisen sich diese Abreden unter Beachtung des geltenden Rechts aber keineswegs als unschuldig. Vielmehr zielen sie in Teilen auf eine Aushöhlung zwingender Arbeitnehmerschutzvorschriften und erweisen sich i.Ü. als unangemessen. In der Folge sind sie unwirksam.²⁰¹ Sie verschaffen den sie einfordernden Mitgliedern einer Forschungskoooperation (insbes. Unternehmen) nicht, was diese sich von ihnen versprechen.²⁰²

Unwirksam ist zunächst die gesonderte vertragliche Übernahme einer Pflicht zur Meldung bzw. Mitteilung einer Erfindung ggü. weiteren Mitgliedern einer Forschungskoooperation, gleichviel ob die Meldung bzw. Mitteilung bei diesem oder dem anstellenden Dienstgeber erfolgen soll.

- Die Unwirksamkeit folgt zunächst aus § 22 S. 1 ArbNErfG. Denn durch entsprechende Abreden werden Melde- bzw. Mitteilungspflicht jedenfalls i.d.S. ausgeweitet, dass sie dem Schutz weiterer Beteiligter dienen und sich spiegelbildlich ein mögliches Haftungsrisiko (zuun-

195 Vgl. auch die Kritik bei *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196.

196 Vgl. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45.

197 Vgl. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195.

198 Dahinstehen mag, inwieweit von den Sonderrechten für Hochschülerfinder tatsächlich eine praktisch relevante Gefahr ausgeht. Die Befürchtungen als gerechtfertigt erachtend z.B. *Stallberg GRUR* 2007, 1035; *Weyand/Haase GRUR* 2007, 28 (33).

199 Deutlich BMWi (o. Fn. 25), 57: nachvollziehbares Anliegen der Industriepartner; ebenso *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195: interessengerecht; *Gärditz* (o. Fn. 69) Rn. 38.

200 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 5; *Kretzer* (o. Fn. 33), 73; *Beyerlein Mitt.* 2008, 498 (500).

201 Vgl. auch *Bergmann*, Erfindungen von Hochschulbeschäftigten nach der Reform von § 42 ArbNErfG, 2006, Rn. 729 ff. (Umgehungsgeschäft); *Beyerlein*, Umgehungsgeschäft beim Gesetz über Arbeitnehmererfindungen (ArbEG) durch Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Dritten unter besonderer Berücksichtigung der Hochschulkoooperationsverträge, *Mitt.* 2005, 152 (155); *Heide InTeR* 2013, 2 (5 in Fn. 28). – AA *Kretzer* (o. Fn. 33), 71; *IHKs NRW/AG IHK Hessen* (o. Fn. 23), 12; *Schwab* (o. Fn. 165) § 42 Rn. 18.

202 *Ulrici WissR* 48 (2015), 318 (322 f.). – Vorsichtig jetzt auch BMWi (o. Fn. 25), 57, 62. – Abgesehen davon liegt in der Mitwirkung von Dienstherren am Zustandekommen solcher Abreden ein Verstoß gegen die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht (§ 78 BBG, § 45 BeamStG).

gunsten des Forschers) ausweitet. Entgegen h.A. entgegen solche Verschärfungen der Unwirksamkeit nicht aus dem Grund, dass sich § 22 S. 1 ArbNErfG nur gegen Abreden zwischen Arbeitgeber (Dienstherr) und Arbeitnehmer (Beamter), nicht aber gegen Abreden mit Dritten richtet.²⁰³ Selbst wenn man dies zu Grunde legt,²⁰⁴ darf der persönliche Wirkbereich von § 22 S. 1 ArbNErfG nicht formal, sondern muss teleologisch bestimmt werden. Dann aber ist offenbar, dass auch Abreden mit einem an einer Forschungskooperation beteiligten Unternehmen und zwar selbst dann erfasst werden, wenn sie nicht Teil eines dreiseitigen Vertrags sind, sondern in einer gesonderten Urkunde niedergelegt werden.²⁰⁵ Denn diese Abreden sind untrennbar mit dem Arbeits- bzw. Beamtenverhältnis verbunden.²⁰⁶ Sie zielen ihrem Zweck nach unmittelbar darauf, dass (auch) der Arbeitgeber (Dienstherr) Kenntnis von einer Erfindung erlangt und diese in Anspruch nehmen kann.²⁰⁷ Denn ohne Inanspruchnahme könnte weder der Arbeitgeber (Dienstherr) noch das beteiligte Unternehmen die Erfindung zum Schutzrecht anmelden, ohne einem Anspruch aus § 8 PatG ausgesetzt zu sein. Abgesehen hiervon übernehmen Arbeitnehmer (Beamte) derartige Pflichten aber auch nur im Interesse ihres Arbeitgebers (Dienstherrn), um diesem die Eingehung einer Forschungskooperation zu ermöglichen, sowie im Hinblick auf ihr bestehendes Arbeitsverhältnis (Beamtenverhältnis),²⁰⁸ aufgrund dessen sie zur Forschung verpflichtet sind (z.B. § 35 Abs. 3 S. 1 HG NRW, § 67 Abs. 1 SächsHSFG).²⁰⁹ Die ggü. anderen Kooperationspartnern übernommene Pflicht, auf einen Vertragsschluss durch die eigenen Mitarbeiter hinzuwirken,²¹⁰ belegt dies eindrucksvoll. Wodurch wenn nicht unter Ausnutzung des jeweiligen Abhängigkeitsverhältnisses²¹¹ soll auf einen Vertragsschluss der Forscher hingewirkt werden?

• Abgesehen hiervon erweisen sich entsprechende Abreden regelmäßig (oben IV. 2. a. cc.) zumindest

nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB als unwirksam, weil sie den Forscher einseitig belasten, ohne dass diese Belastung durch hinreichende Interessen des Unternehmens gerechtfertigt oder anderweitig ausgeglichen wird (z.B. durch eine nennenswerte Ertragsbeteiligung). Denn den Interessen weiterer Kooperationspartner wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass ihnen Rechte ggü. dem anstellenden Kooperationspartner bzw. dem Forschungsverbund zustehen. Im Wirtschaftsverkehr wird im Allgemeinen nicht als erforderlich angesehen, neben dem eigentlichen Geschäftspartner auch die für diesen tätigen Gehilfen rechtlich zu binden.

Unwirksam sind ebenso Abreden, nach denen sich ein Forscher ggü. einem ihn nicht anstellenden Kooperationsmitglied dazu verpflichtet, zukünftige frei gewordene Erfindungen (vgl. §§ 8, 16 ArbNErfG) unentgeltlich (oder zu Vorzugskonditionen) zu übertragen. Die Unwirksamkeit folgt wiederum aus § 22 S. 1 ArbNErfG. Denn nach dem ArbNErfG soll der Arbeitgeber (Dienstherr) entscheiden dürfen, ob er eine Diensterfindung für sich in Anspruch nimmt und im Gegenzug an den Arbeitnehmer (Beamten) eine gesonderte Vergütung zahlt oder die Diensterfindung frei gibt mit der Folge, dass der Arbeitnehmer (Beamte) den wirtschaftlichen Wert vollständig selbst heben kann. Dem läuft die Verpflichtung zur unentgeltlichen (oder zu Vorzugskonditionen erfolgenden) Übertragung frei gewordener Erfindungen diametral entgegen. Denn der Arbeitgeber (Dienstherr) könnte eine Diensterfindung freigeben mit der Folge, dass der Arbeitnehmer (Beamte) keine gesonderte Erfindervergütung erlangt, zugleich den Wert der Erfindung aber nicht vollständig selbst heben kann, weil er diese an einen Partner seines Arbeitgebers (Dienstherrn) verliert. Abgesehen hiervon erweisen sich entsprechende Abreden regelmäßig (oben IV. 2. a. cc.) wiederum zumindest nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB als unwirksam. Denn die Übertragung eines Rechts ohne (ausreichende) Gegenleistung ist im Regelfall unangemessen.²¹²

203 AA *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196; *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 57; *Kretzer* (o. Fn. 33), 56, 71; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45; *Rosenberger* (o. Fn. 187), Kap. 8 Rn. 95 ff.; IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 12; IHK NRW (o. Fn. 52), 14; vgl. auch *Bartenbach/Volz* GRUR 2002, 743 (758); v. *Falck/Schmalz* GRUR 2004, 469 (471, 472).

204 Vgl. allg. auch *Schwab* (o. Fn. 165) § 22 Rn. 1: Arbeitsvertragsparteien. – Weitergehend *Kürsawe* (o. Fn. 139) § 22 Rn. 34.

205 AA *Kretzer* (o. Fn. 33), 75: getrennte Urkunden schützen vor Unwirksamkeit; in diese Richtung auch *Rosenberger* (o. Fn. 187), Kap. 8 Rn. 102 ff.: (Unwissenheit schützt).

206 Vgl. nur TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 2), 28 (ANNEX III § 6b Abs. 1 S. 4 f.).

207 Vgl. IHK NRW (o. Fn. 52), 14: Hochschule informiert daraufhin das Unternehmen; *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 58. – AA *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196 mit dem bloß formalen

Hinweis, es sei kein Vertrag iSv § 328 BGB.

208 Vgl. nur TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 3), 28 (ANNEX III § 6b Abs. 1 S. 5).

209 Zur Verpflichtung zur Forschung vgl. allg. VG Regensburg 18.03.2016 - RN 10A DB 15.776 = BeckRS 2016, 46075.

210 Vgl. IHK NRW (o. Fn. 52), 15: „Die Vertragsparteien tragen dafür Sorge, ...“; TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 2 f.); vgl. auch *BMWi* (o. Fn. 25), 38 (Ziff. 6.5); *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 57.

211 Vgl. auch *Bergmann* (o. Fn. 201) Rn. 743 f. – Verkannt dagegen von *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196; *Kretzer* (o. Fn. 33), 71 f.

212 Vgl. BAG 06.09.2007 - 2 AZR 722/06 = NZA 2008, 219 Rn. 37; BAG 21.06.2011 - 9 AZR 203/10 = NZA 2011, 1338 Rn. 47 ff.; BAG 25.09.2014 - 2 AZR 788/13 = NJW 2015, 1038 Rn. 24.

Gleichermaßen unwirksam sind entsprechende Abreden, wenn sie sich auf zukünftige geborene freie Erfindungen (§ 4 Abs. 3 ArbNErfG) beziehen. Ihre Unwirksamkeit folgt wiederum aus § 22 S. 1 ArbNErfG. Denn diese Erfindungen müssen nach § 19 ArbNErfG nur entgeltlich und zudem nur angeboten werden, wenn der Arbeitnehmererfinder eine anderweitige Verwertung beabsichtigt (oben IV. 1. b. cc.). Eine losgelöst von einer Verwertungsabsicht des Erfinders und überdies ohne Gegenleistung vorgesehene Pflicht zur Übertragung (Lizenzierung) geht hierüber hinaus. Aus den bereits dargelegten Gründen folgt Abweichendes nicht daraus, dass Begünstigter nicht der Arbeitgeber (Dienstherr), sondern ein Dritter (insbes. beteiligtes Unternehmen) ist (s.o.). Darüber hinaus sind entsprechende Abreden regelmäßig (oben IV. 1. b. cc.) wiederum jedenfalls nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

Soweit sich entsprechende Abreden auf bereits gemachte (und mitgeteilte) geborene freie oder frei gewordene Erfindungen einschließlich solcher, die bereits vor Beginn des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses gemacht wurden, beziehen, sind sie ebenfalls unwirksam. Dies folgt allerdings nicht aus § 22 S. 1 ArbNErfG, weil das ArbNErfG nur ggü. „im Voraus“ getroffenen Abreden zwingend gilt.²¹³ Allerdings sind entsprechende Klauseln regelmäßig (oben IV. 1. b. cc.) nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Sie erweisen sich aufgrund ihrer einseitig belastenden Wirkungen als unangemessen, weil die Belastung des Arbeitnehmers (Beamten) weder durch hinreichende Interessen der Mitglieder einer Kooperation gerechtfertigt ist noch kompensiert wird.

Schließlich sind Abreden unwirksam, welche einen Arbeitnehmer (Beamten) davon abhalten sollen, seine Rechte nach § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG geltend zu machen.²¹⁴ Dies folgt aus § 22 S. 1 ArbNErfG, weil solche Abreden nicht isoliert gleichsam der Abrede eines Hochschularbeitnehmererfinders mit einem beliebigen Dritten, sondern aus den bereits dargelegten Gründen wie eine entsprechende Abrede zwischen dem Arbeitnehmer (Beamten) und seinem Arbeitgeber (Dienstherrn) betrachtet werden müssen, weil sie letztlich (auch) im Interesse der Hochschule liegen (s.o.).²¹⁵ Unabhängig hiervon ergibt sich die Unwirksamkeit regelmäßig (oben IV. 1. b. cc.) aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

c) Ausblick: Besondere Rechtsform für Forschungsverbände

Das Projekt, eine wissenschaftsadäquate Rechtsform für Forschungs Kooperationen zu schaffen, zielt originär

zwar auf die Ebene des Forschungsverbands, d.h. die Rechtsbeziehungen zwischen den Kooperationspartnern. Es hat, insbes. wenn der Forschungs Kooperation Rechtssubjektivität zuerkannt wird, aber auch vorteilhafte Auswirkungen auf die Ordnung der Rechtsbeziehungen zu den Forschern.

Erstens erscheint der Wunsch nach einer eigenständigen rechtlichen Bindung von Forschern auch ggü. den sie nicht anstellenden Verbundmitgliedern teilweise als Ausdruck des Fehlens einer geeigneten Rechtsform. Dies ist der Fall, soweit er darin gründet, dass nicht die durch gleichberechtigte Kooperationspartner (horizontal) gebildete Verbundebene (vertikal) als Gegenspieler der Forscher, sondern die Gemeinschaft aus Forscher und Dienstgeber als Gegenspieler aller nicht anstellenden Mitglieder der Kooperation wahrgenommen wird. Weiter ist dies der Fall, soweit die nicht anstellenden Kooperationsmitglieder von einem unzureichenden Einfluss auf die zu den Forschern bestehenden Rechtsbeziehungen ausgehen. Erfolgen Forschungs Kooperationen zukünftig in geeigneter Rechtsform auf der Grundlage eines (verselbstständigten) Verbands mit klarer Governance, verringert sich das Absicherungsbedürfnis einzelner Mitglieder der Kooperation. Denn es würde zunächst deutlicher sichtbar, dass der Verbund einschließlich aller seiner Mitglieder Gegenspieler der Forscher ist. Weiter kommt hinzu, dass ein rechtlich verselbstständigter Verbund eigenes Zurechnungs subjekt sein kann. Ihm ggü. sind die Arbeitnehmer (Beamten) selbst im Falle der Anstellung bei einem Kooperationspartner mit nachfolgender Überlassung bereits aufgrund ihres Arbeits- oder Beamtenverhältnisses (§ 11 Abs. 7 AÜG), d.h. losgelöst von einer weiteren Vereinbarung verpflichtet. Jedes Mitglied des Forschungsverbands kann ohne Weiteres entsprechend den verbandsinternen Regelungen Einfluss darauf nehmen, dass eine Dienst erfindung nicht freigegeben wird. Hierdurch reduziert sich das Bedürfnis, gesondert eine eigene Rechtsmacht ggü. den bei einem anderen Kooperationsmitglied angestellten Arbeitnehmern (Beamten) zu begründen.

Zweitens vermindert eine wissenschaftsadäquate Rechtsform das darin wurzelnde Bedürfnis für eine gesonderte vertragliche Bindung der Forscher, dass die in § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG vorgesehenen Sonderrechte als störend angesehen werden. Denn eine wissenschaftsadäquate Rechtsform mit eigener Rechtssubjektivität erleichterte, dass das forschende Personal unmittelbar bei einem Verbund und nicht bei einem der Mitglieder angestellt wird. Dann aber findet § 42 Nr. 1-3

213 *Kursawe/Nebel* (o. Fn. 137) § 22 Rn. 47 f.

214 Vgl. bereits *Ulrici* *WissR* 48 (2015), 318 (322 f.).

215 Vgl. *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 58; *Weyand/Haase* *GRUR* 2007, 28 (38): gemeinsames Interesse.

ArbNErfG auf diese Forscher keine Anwendung.²¹⁶ Denn die nach ganz h.A. rein formal auszulegende Regelung in § 42 ArbNErfG findet nur auf Erfinder an einer Hochschule i.S.v. § 1 HRG Anwendung.²¹⁷ Es werden damit zwar auch die an Hochschulen angestellten und einer Forschungskoope- ration gestellten Personen erfasst, weil eine Hochschule der Kooperation nicht weitergehende Rechte überlassen kann, als ihr selbst zukommen.²¹⁸ Nicht erfasst werden aber die bei sonstigen Forschungseinrichtungen und damit auch die unmittelbar bei einem Forschungsverbund angestellten Erfinder.²¹⁹

Drittens fördert eine geeignete Rechtsform durchgängig die im Beziehungsgeflecht aus den einzelnen Kooperationspartnern und den mitwirkenden Forschern insbes. aufgrund strukturell grundverschiedener Verhandlungsmacht gebotene Trennung der Gestaltungsebenen. Während die anfänglich auch vom BMWi empfohlenen dreiseitigen Vereinbarungen alle Vertragsparteien entgegen der ihnen materiell zukommenden Stellung formal auf die gleiche Stufe stellen und damit die Koordinierung auf der Ebene des Forschungsverbunds (horizontale Ebene) mit der Koordinierung im Verhältnis zu den Forschern (vertikale Ebene) vermischen, fördert eine besondere Rechtsform eine sichtbare Trennung. Denn wenn zur Gründung eines Forschungsverbunds ein Grundlagenvertrag (Satzung) durch die sich zusammenschließenden Kooperationspartner zu schließen ist, sensibilisiert dies dafür, eine bewusste und sichtbare Entscheidung darüber zu treffen, wer als gleichberechtigter Kooperationspartner auf horizontaler Ebene Mitglied des Verbunds sein soll. Nur diese Personen, d.h. regelmäßig die Hochschulen,²²⁰ sonstigen Forschungseinrichtungen und beteiligten Unternehmen, nicht aber das forschende Personal werden dann auch formell am Grundlagenvertrag mitwirken und ihre Rechtskreise koordinieren.

3. Eigenständiges Arbeitnehmererfinderrecht?

Mittels einer wissenschaftsadäquaten (und mit Rechts- subjektivität ausgestatteten) Rechtsform für Forschungs- kooperationen lässt sich zwar der Wunsch nach einer gesonderten rechtlichen Bindung der angestellten Forscher ggü. einzelnen Verbundmitgliedern verringern. Allerdings werden hierdurch die hinter diesem Wunsch stehenden Interessen nicht umfassend befriedigt. Denn

sie lassen im Regelfall das Bestehen der als problematisch angesehenen Sonderrechte nach § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG unberührt. Zwar konnte aufgezeigt werden, dass diese Rechte nicht bestehen, soweit das forschende Personal nicht bei einer beteiligten Hochschule, sondern beim Forschungsverbund selbst angestellt ist. Allerdings wird eine solche Gestaltung voraussichtlich die Ausnahme bleiben. Denn Hochschulen sind als Forschungspartner vor allem aus dem Grund interessant, dass sie über qualifiziertes Personal verfügen.²²¹ An diesem Pfund wollen sie naturgemäß festhalten.²²² Auch wollen sie die bei ihnen angestellten Forscher noch nicht einmal vorübergehend einer Forschungskoope- ration vollständig zur Verfügung stellen, weil diese insbes. auch in die Lehre eingebunden sind.

Deshalb ist der Frage nachzugehen, ob im Zusammen- hang mit der Kodifikation einer besonderen Rechts- form für Forschungsverbünde vorgesehen wird, dass die Sonderrechte nach § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG keine Anwen- dung finden, soweit Hochschulbeschäftigte für einen Forschungsverbund, an dem die Hochschule beteiligt ist, tätig werden. Für entsprechende punktuelle Änderun- gen spricht, dass sich hierdurch voraussichtlich For- schungsverbünde (unter Beteiligung von Hochschulen) fördern ließen. Auch würde verhindert, dass die auf Hochschulen und ihre Beziehung zu Forschern zuge- schnittenen Regelungen sich zu Lasten weiterer Mitglie- der eines Forschungsverbunds auswirken. Gegen eine solche punktuelle Regelung spricht aber, dass ihre Erforderlichkeit aus der geltenden Ausgestaltung des (Hoch- schul-)Arbeitnehmererfinderrechts resultiert. Eine Kor- rektur bedeutete daher einen Eingriff in das geltende (Hochschul-)Arbeitnehmererfinderrecht mit dem Er- gebnis, dass einzelne Hochschulerfinder anders als ande- re behandelt würden. Eine Rechtfertigung hierfür ist un- ter Berücksichtigung der die in § 42 ArbNErfG enthalte- nen Sonderregelungen tragenden Wertungen nicht er- sichtlich. Dies gilt in besonderem Maße, solange der Gesetzgeber die Beteiligung von Hochschulen an einem Forschungsverbund nicht inhaltlich steuert und daher nicht verhindert, dass Hochschulen durch (willkürliche) Eingehung einer Forschungskoope- ration ihre besondere Gebundenheit nach § 42 ArbNErfG abstreifen. Erforderlich erscheint daher eine generelle Revision des Hoch- schulerfinderrechts (z.B. Rücknahme des zwingenden

216 Zur verfassungsrechtlichen Frage vgl. *Weyand/Haase GRUR 2007, 28 (34)*.

217 *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 25 ff.; *Kelp* (o. Fn. 68) Rn. 41; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 6 f.

218 *Ulrici* *WissR 48 (2015)*, 318 (331).

219 *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 27; *Kelp* (o. Fn. 68) Rn. 41; *Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (108)*. – Vgl. auch *Weyand/*

Haase GRUR 2007, 28 (31 f.).

220 Vgl. *Weyand/Haase GRUR 2007, 28 (38)*: primäre Verhandlungs- und Vertragspartner.

221 *Weyand/Haase GRUR 2007, 28*.

222 Auch werden die bei einer Hochschule angestellten Forscher an ihrer dortigen Anstellung durchgängig festhalten wollen, vgl. *Pahlow/Gärditz WissR 39 (2006)*, 48 (67).

Charakters), welche allerdings weit über die Schaffung einer wissenschaftsadäquaten Rechtsform hinausreichende Überlegungen erforderte.

Unabhängig hiervon ist zu erwägen, dem in den eine gesonderte rechtliche Bindung auch der Forscher vorsehenden Musterverträgen artikulierten Interesse am Zugriff auf frei gewordene und geborene freie Erfindungen dadurch zu entsprechen, dass die für einen Forschungsverbund tätigen Personen zur (un-)entgeltlichen Rechtseinräumung verpflichtet werden. Auch für eine solche punktuelle Änderung spricht, dass sich hierdurch voraussichtlich Forschungsverbände fördern ließen. Gleichwohl ist von entsprechenden Änderungen Abstand zu nehmen. Sie würden zu Lasten der zur Förderung des Zwecks eines Forschungsverbunds tätigen Forscher erfolgen. Da ein entsprechendes Interesse von Dienstgebern aber generell keine Anerkennung gefunden hat, ist es auch für Forschungsverbände und seine Mitglieder nicht anzuerkennen. Denn das Interesse eines Forschungsverbunds oder seiner Mitglieder am Zugriff auf sog. Background unterscheidet sich nicht von dem generellen Interesse, im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung auf solchen zuzugreifen.

V. Forscherebene

1. Sog. Foreground

a) Ausgangspunkt

Soweit an einer Erfindung mehrere Erfinder beteiligt sind, bilden diese originär eine Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 ff. BGB).²²³ Die auf der Beschäftigungsebene (insbes. nach dem ArbNErfG) bestehenden Zugriffsrechte beziehen sich in diesem Fall jeweils auf die Bruchteile unabhängig davon, ob der Beitrag eines Forschers selbst schutzfähig ist, weil und soweit der Forscher nach patentrechtlichen (nicht das Arbeitsverhältnis, sondern die Beziehung zur Allgemeinheit in den Blick nehmenden) Grundsätzen Miterfinder ist und er seinen Bruchteil an der Erfindung aus den in § 4 Abs. 2 ArbNErfG benannten Gründen durch Förderung seitens des Arbeitgebers (Dienstherrn) erlangt hat. Der Arbeitgeber (Dienstherr) kann die einzelnen Bruchteil in Anspruch nehmen und im besten Falle alle bei sich vereinen.²²⁴ Hat aber z.B. neben Arbeitnehmern (und Beamten) auch ein Dritter (z.B. externer Doktorand)²²⁵ an der Erfindung mitgewirkt, kann der Arbeitgeber (Dienstherr) als solcher nur die durch seine Arbeitnehmer (Beamten) geschaffenen

Bruchteile an sich ziehen und steht anschließend selbst in einer Bruchteilsgemeinschaft mit dem Dritten.²²⁶ Bedeutung erlangen dann die mit dem externen Dritten (im Voraus) getroffenen Abreden (oben IV. 1. b. ee.).

Die Rechte der Miterfinder zur Verwaltung und Nutzung der Erfindung bestimmen sich im Verhältnis zueinander nach §§ 743 Abs. 2, 744, 745 BGB.²²⁷ Für den dort zu erzielenden Interessenausgleich sieht das Gesetz vor, dass jedem Miterfinder ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Früchte gebührt. Unabhängig hiervon ist jeder Miterfinder zum Gebrauch der Erfindung insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Miterfinder beeinträchtigt wird. Die Verwaltung obliegt den Miterfindern gemeinschaftlich. Jeder Miterfinder ist aber berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Miterfinder zu treffen; er kann verlangen, dass diese ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im Voraus erteilen. Durch Stimmenmehrheit kann eine der Beschaffenheit der Erfindung entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Jeder Miterfinder kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen. Eine wesentliche Veränderung des Gegenstands kann aber nicht beschlossen oder verlangt werden. Auch kann das Recht des einzelnen Miterfinders auf einen seinem Anteil entsprechenden Bruchteil der Nutzungen nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden.

b) Regelungstechnischer Normalfall

Im Grundsatz ist eine eigenständige horizontale Interessenabstimmung auf Forscherebene entbehrlich und erlangt keine praktische Bedeutung. Soweit die im Interesse eines Forschungsverbunds tätigen Personen ggü. dem Forschungsverbund oder einem seiner Mitglieder zur Übertragung ihres Bruchteils an der gemachten Erfindung verpflichtet sind oder in Bezug auf den jeweiligen Erfindungsanteil sogar ein Inanspruchnahmerecht nach dem ArbNErfG ausgeübt wird, bestehen im Verhältnis der Forscher zueinander kaum koordinierungsbedürftige Interessen. Die beteiligten Forscher bringen ihre Interessen vielmehr auf der Beschäftigungsebene zur Geltung. I.Ü. werden entweder die Erfindungsbruchteile in der Hand des Forschungsverbunds oder eines seiner Mitglieder vereint und eine horizontale Abstimmung

223 BGH 22.03.2005 - X ZR 152/03 = GRUR 2005, 663; Heide InTeR 2013, 2 (6); Raif (o. Fn. 138) § 4 Rn. 105; Weyand/Haase GRUR 2007, 28 (34).

224 Raif (o. Fn. 138) § 4 Rn. 109 ff.

225 Vgl. Kraßer/Schricker (o. Fn. 16), 27.

226 Vgl. Bergmann (o. Fn. 201) Rn. 698.

227 Vgl. dazu BGH 22.03.2005 - X ZR 152/03 = GRUR 2005, 663 (663 f.); Weyand/Haase GRUR 2007, 28 (34).

mung zwischen den Bruchteilen ist entbehrlich oder die Erfindungsbruchteile stehen jedenfalls insgesamt den Mitgliedern eines Forschungsverbunds zu und es bedarf dann einer Koordination nur unter diesen, für welche mit den auf der Verbundebene geltenden Regeln bereits ein Regime existiert.

c) Sonderfall: Beteiligung von Hochschulerfindern

Einer Abstimmung auf Forscherebene bedarf es allerdings, soweit nicht alle Miterfinder im gleichen Maße auf der Beschäftigungsebene rechtlich gebunden sind. Dies betrifft vor allem die Fälle, in denen zumindest einer von ihnen Hochschulerfinder ist. Denn diesem stehen nach § 42 ArbNErfG Sonderrechte in Bezug auf die von ihm (mit-)gemachte Erfindung und nicht nur betreffend seinen Erfindungsanteil zu. Deren Wahrnehmung kann die den übrigen Miterfindern (Hochschul- oder normale Arbeitnehmererfinder) auf Beschäftigungsebene zustehenden Rechte beeinträchtigen:

- Das nach § 42 Nr. 1 ArbNErfG bestehende Recht, eine (Dienst-)Erfindung im Rahmen der Lehr- und Forschungstätigkeit zu offenbaren, betrifft notwendig die gesamte Erfindung und nicht nur den einem Hochschulerfinder zustehenden Bruchteil. Seine Ausübung kann die Neuheit der Erfindung ausräumen und damit die Erteilung eines Schutzrechts ausschließen. Es besteht als Ausfluss einer Beschränkung des Inanspruchnahme-rechts nach § 6 ArbNErfG mit Konsequenzen für die diesem dienende Geheimhaltungspflicht (§ 24 Abs. 2 ArbNErfG) allerdings nur ggü. dem Arbeitgeber (Dienstherrn) und dessen Rechtsnachfolger, nicht dagegen ggü. Miterfindern.²²⁸ Im Verhältnis der Miterfinder (oder ihrer Rechtsnachfolger) zueinander kann die positive Publikationsfreiheit nur nach Maßgabe von § 743 Abs. 2 BGB, d.h. vor einer prioritätsbegründenden Anmeldung zum Schutzrecht nur nach interner, die betroffenen Grundrechtspositionen beachtender Abstimmung im Rahmen gemeinschaftlicher Verwaltung (§§ 744 Abs. 1, 745 BGB) wahrgenommen werden.²²⁹

- Die Befugnis, sich nach § 42 Nr. 2 ArbNErfG gegen das Offenbaren einer Dienst-erfindung zu entscheiden, betrifft nach Sinn und Zweck notwendig die gesamte Erfindung und wird ihrerseits dadurch entwertet, dass andere Miterfinder die Erfindung offenbaren. An einer eigenen Offenbarung sind andere Miterfinder gleichwohl nicht nach § 42 Nr. 2 ArbNErfG gehindert, weil sich die-

se Regelung nicht an Miterfinder richtet.²³⁰ Allerdings sind andere Miterfinder nur nach Maßgabe von § 744 BGB, d.h. im Rahmen gemeinschaftlicher Verwaltung zur Offenbarung berechtigt.²³¹ Entsprechend beschränkt bestehen auch nur ihre Verpflichtungen zur Meldung (§ 5 ArbNErfG) oder Mitteilung (§ 18 ArbNErfG) ggü. ihrem jeweiligen Arbeitgeber (Dienstherrn).²³²

- Das nach § 42 Nr. 3 ArbNErfG bestehende Recht, eine gemachte Erfindung auch nach einer Inanspruchnahme durch die Hochschule im Rahmen der eigenen Lehre und Forschung zu nutzen, betrifft nach Sinn und Zweck die gesamte Erfindung und nicht lediglich den Erfindungsbeitrag des Hochschulerfinders. Es wurzelt als Ausfluss einer Beschränkung des Inanspruchnahme-rechts nach § 6 ArbNErfG im dem Hochschulerfinder originär zustehenden Bruchteil an der Erfindung. Deshalb kann es im Verhältnis zu den anderen Miterfindern nur unter Beachtung von § 743 Abs. 2 BGB sowie i.Ü. nach Maßgabe von §§ 744 Abs. 1, 745 BGB wahrgenommen werden.

2. Sog. Background

In Bezug auf den sog. Background verfolgen die angestellten Forscher als solche keine eigenen, sondern nur abgeleitete Interessen. Denn ihnen kommt nur eine dem Zweck des Forschungsverbunds dienende Funktion zu. Die den sog. Background betreffende Interessenkoordination erfolgt durch den Forschungsverbund und seine Mitglieder horizontal untereinander oder vertikal mit einzelnen Forschern, nicht aber horizontal auf der Forscherebene. Vermittelt durch die Beschäftigungsebene wirkt die durch den Forschungsverbund oder seine Mitglieder diesbezüglich erfolgte Interessenkoordination auch für und gegen die abhängig beschäftigten Forscher. In dem Maße wie der Forschungsverbund oder seine Mitglieder zur Nutzung des sog. Background berechtigt sind, können sie diese Befugnisse durch für sie abhängig tätige Forscher ausüben lassen; zu Geheimhaltungspflichten der Forscher vgl. IV. 1. b. cc.

VI. Ergebnisse

1. Aus dem Zusammenschluss von Hochschulen, sonstigen Forschungseinrichtungen und/oder Unternehmen zu einem Forschungsverbund ergibt sich im Zusammenhang mit geistigen Leistungen erheblicher Koordinie-

228 Vgl. *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (34).

229 Vgl. auch *Bartenbach/Hellebrand* Mitt. 2002, 165 (168); *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (34); *Reetz*, Erfindungen an Hochschulen, 2007, 295 ff.; *Soudry* (o. Fn. 153), 122 ff. – *Abw. Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 29; *ders.* GRUR 2005, 27 (33).

230 *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (323); vgl. auch *Boemke/Sachadae* (o.

Fn. 131) § 42 Rn. 100 ff.

231 *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (323 f.); vgl. auch *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 103 *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (34). – *Abw. Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 33.

232 *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (324).

rungsbedarf. Dieser betrifft die hervorgebrachten Forschungsergebnisse und zu ihnen erteilte Schutzrechte (sog. Foreground), daneben aber auch bereits bestehendes, zur Erreichung des von einem Forschungsverbund verfolgten Zwecks nützliches Wissen und zu diesem erteilte Schutzrechte (sog. Background).

2. Eine Koordinierung muss auf drei voneinander zu unterscheidenden Ebenen erfolgen. Die Mitglieder eines Forschungsverbands müssen ihre kollidierenden Interessen am Zugriff und Schutz sowie der Verwertung geistiger Leistungen in Ausgleich bringen (horizontale Verbundebene). Darüber hinaus müssen die gegenläufigen Interessen der unmittelbar geistige Leistungen erbringenden Forscher einerseits und des Forschungsverbands sowie seiner Mitglieder andererseits ausgeglichen werden (vertikale Beschäftigungsebene). Schließlich kann Abstimmungsbedarf bestehen zwischen den Interessen einzelner Forscher und den Interessen anderer Forscher (horizontale Forscherebene). Die Schaffung einer eigenen Rechtsform für Forschungsverbände fördert die gebotene Trennung der Ebenen. Das Erfordernis, einen Grundlagenvvertrag (Satzung) abzuschließen, schärft insbes. das Bewusstsein für die Trennung der Verbund- von der Beschäftigungsebene. Außerdem kann die Schaffung einer eigenen Rechtsform das Bedürfnis nach einer gesonderten vertraglichen Bindung der Forscher ggü. weiteren Mitgliedern eines Forschungsverbands verringern.

3. Derzeit empfiehlt sich nicht, die auf der Verbundebene erforderliche Interessenkoordinierung durch gesetzliche Regelungen vorzunehmen. Zwar konnten Vorschläge für typischerweise sachgerechte Lösungen grob

skizziert werden. Allerdings bedürfen diese noch einer breiten und intensiven Diskussion. Auch ohne diese könnte im Zusammenhang mit der Schaffung einer besonderen Rechtsform zwar vorgegeben werden, welche zentralen Fragen in Bezug auf und im Zusammenhang mit sog. geistigem Eigentum zwingend einer Regelung in der Satzung bedürfen. Die hiermit verbundenen praktischen Vorteile dürften aber überschaubar bleiben. Nicht geboten erscheint derzeit, durch besondere gesetzliche Regelungen die auf der Verbundebene gebotene Vertragsgerechtigkeit zu sichern. Es lässt sich gegenwärtig nicht hinreichend typisieren, inwieweit die Vertragsgerechtigkeit im Zusammenhang mit der Begründung von Forschungsverbänden gefährdet ist.

4. Auf der Beschäftigungsebene hat der notwendige Interessenausgleich betreffend den sog. Foreground eine detaillierte Ausgestaltung durch das ArbNErfG erfahren. Allerdings werden einzelne im ArbNErfG für Hochschulerfinder vorgesehene Sondervorschriften aus Sicht der Praxis der Natur einer Forschungskoope-ration als Risikogeschäft nicht gerecht. Eine von der Praxis befürwortete gesonderte vertragliche Bindung der beteiligten Forscher (insbes. Abschluss dreiseitiger Abreden) schafft insoweit keine Abhilfe. Erforderlich wäre eine Überarbeitung des ArbNErfG. Beschränkt auf die Mitwirkung von Hochschulerfindern an einer Forschungskoope-ration ist eine solche nicht zu empfehlen.

Bernhard Ulrici ist Rechtsanwalt in Leipzig.

