

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Wolfram Eberbach/Peter Hommelhoff (Hrsg.):

Forschungskooperationen

Plädoyer für eine

wissenschaftsadäquate Rechtsform

Ein Berliner Symposium

OdW, Heft 2/2018

ISSN 2197-9197

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 2 / 2018

Aufsätze

- Peter Hommelhoff* Für eine wissenschaftsadäquate Kooperationsform – eine Heranführung – **47-50**
- Wolfram Eberbach* Eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen – Ausgangspunkte und Grundlagen – **51-68**
- Christian Harringa* Zwischen Völkerrecht und Frascati: Praktische Aspekte der Ausgestaltung internationaler Kooperationen am Deutschen Elektronen-Synchrotron (DESY) **69-74**
- Florian Schulz* Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Christian Harringa **75-76**
- Max-Emanuel Geis* Forschungsk Kooperationen: Öffentliches oder Zivilrecht? – Positionsbestimmungen und Regelungszuständigkeiten – **77-84**
- Johannes Lappe* Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Herrn Prof. Geis **85-86**
- Stefan J. Geibel* Rechtsform und Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung der Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen **87-96**
- Johannes Lappe* Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Herrn Prof. Geibel **97-98**
- Florian Möslein* Privatrechtliche Regelsetzungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform: Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht **99-112**

Aufsätze

- Pius O. Dolzer* Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Prof. Dr. Florian Möslein **113-114**
- Christoph Kumpan* Die Governance einer Forschungskooperationsgesellschaft – Struktur, Kompetenzen und Verfahren **115-124**
- Lennart Göbel* Diskussionsbericht zum Vortrag von Prof. Dr. Christoph Kumpan **125-128**
- Bernhard Ulrici* Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden **129-158**
- Lennart Göbel* Diskussionsbericht zum Vortrag von Dr. Bernhard Ulrici **159-160**
- Angela Kalous* Vernetztes Arbeiten und Personalzuordnung **161-168**
- Pius O. Dolzer/Johannes Lappe* Podiumsdiskussion zum Thema: „Wissenschaftliche Kooperationsform: Ein Gesetzgebungsprojekt?“ **169-172**

Peter Hommelhoff

*Für eine wissenschaftsadäquate Kooperationsform –
eine Heranführung*

I.

Moderne Forschung führt auf den meisten Gebieten erst auf dem Weg über Kooperationen und Forscherverbände, seien diese intra- oder interdisziplinär oder translateral zwischen Grund- und anwendungsbezogener Forschung, zu wesentlichen Ergebnissen oder gar wissenschaftlichen Durchbrüchen. Die Zeiten eines *Theodor Mommsen*, *Robert Bunsen* oder *Gustav Kirchhoff* sind weithin vorbei. Namentlich in den vergangenen Jahren und vorzüglich im Zuge der letzten beiden Phasen der Exzellenzinitiative hat sich das deutsche Wissenschaftssystem insofern weiterentwickelt, als eine verstärkte Zusammenarbeit von Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen der als „Versäulung“ bekannten Problematik entgegen wirken soll und dies auch tatsächlich tut.

Aber trotz der Bedeutung solcher Forschungsk Kooperationen, auch und nicht zuletzt in ihren finanziellen Ausmaßen, fehlt für sie im gesetzten Recht eine wissenschaftsadäquate Organisationsform. Die von den Gesetzgebern bereitgestellten Rechtsformen sind entweder teilweise, wenn nicht gar völlig ungeeignet oder bloße „black boxes“, die der Ausfüllung bedürfen. In der Wissenschaftspraxis sind daher die Administrationen aufgerufen, ein maßgeschneidertes Organisationsstatut für den Einzelfall mühsam und zeitaufwändig zu schaffen und ggf. durchzuverhandeln oder die Kooperation (insbesondere bei translateraler Forschung ausnehmend gefährlich) ohne autonome Rechtsregeln zu lassen; in jedem Fall eine für die an der Kooperation beteiligten Wissenschaftsinstitutionen nicht minder missliche Situation als für die zur Kooperation entschlossenen Forscher, die für administrative Verzögerungen mit Recht nur wenig Verständnis aufbringen.

Vor diesem Hintergrund ist klar: Die Wissenschaft benötigt eine gesetzlich niederlegte und ausgestaltete Rechtsform, die den spezifischen Anforderungen wissenschaftlicher Kooperationen in vollem Umfang und durchgehend gerecht wird. Das ist bereits vorgetragen worden (OdW 2017, 1) und wird in diesem Heft im Beitrag *Eberbach* unter Aufschluss einer Fülle rechtstatsächlichen Materials weiter vertieft. Daher ist die wissenschaftsadäquate Rechtsform als rechtspolitisches Projekt voranzubringen. Das erfordert Aktivitäten in mehreren Richtungen:

Zum ersten sind die verantwortlichen Administratoren in den Wissenschaftsinstitutionen über dies Gesetz-

gebungsprojekt in Kenntnis zu setzen, um sie anzuregen, in dies Projekt ihre Anforderungen, Vorstellungen und Erfahrungen einzubringen – die Kanzler der Universitäten und Hochschulen, die Kaufmännischen Vorstände der außeruniversitären Forschungseinrichtungen und die der Universitätsklinik. Die in der Allianz verbundenen Spitzenstellen der deutschen Wissenschaft sind bereits informiert. Darüber hinaus wird geboten sein, die zur Wissenschaft hin geöffnete Wirtschaft in den rechtspolitischen Diskurs mit einzubeziehen.

Zum zweiten müssen die für die Wissenschaft verantwortlichen Parlamentarier im Bund und auf der Ebene der Länder für das Projekt einer wissenschaftsadäquaten Rechtsform gewonnen werden. Das gilt in gleicher Weise für die zuständigen Ministerialverwaltungen.

Und zum dritten schließlich sind die Rechts- und Organisationswissenschaften für die wissenschaftsadäquate Rechtsform unter zwei Aspekten zu interessieren: auf der einen Seite mit dem Ziel, diese Form in das regulatorische Umfeld des Privat- und des öffentlichen Rechts einzubetten, aber möglichst auch in das der Organisationswissenschaften. Auf der anderen Seite sollten Rechts- und Organisationswissenschaftler dafür gewonnen werden, dem (oder den) Gesetzgeber(n) Vorschläge für die nähere Ausgestaltung der neuen Rechtsform zu unterbreiten. Hierzu möge es in einer späteren Entwicklungsphase zu fruchtbarem Zusammenwirken zwischen Ministerialbürokratie und Wissenschaft kommen.

Diese auf den rechtspolitischen Prozess hin ausgerichteten Aktivitäten auf den Weg zu bringen, war das Ziel des nachfolgend dokumentierten Berliner Symposiums „Plädoyer für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform“. An ihm nahmen vor allem Administrations-Repräsentanten aus Universitäten, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen teil; sie diskutierten mit den aus Wissenschaft und Praxis stammenden Referenten über deren Erkenntnisse und Ideen. Ziel dieses Austausches war es auch zu überprüfen, ob die o.g. Präsentation (OdW 2017, 1) wirklich alle für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform relevanten Gesichtspunkte von Gewicht in den Blick genommen hatte. Aus der Wissenschaftspolitik nahm der Obmann der CDU im Bundestagsausschuss für Bildung und Forschung am Symposium teil, während die anderen Parteien vor der Konstituierung des neuen Bundestages noch keine Personen benennen konnten. Ebensowenig war die Ministerialverwaltung für Wissenschaft und Forschung vertreten. Welche Unternehmen und Verbände der Wirtschaft

zur Arbeit am Projekt „Wissenschaftsadäquate Rechtsform“ eingeladen werden sollen, bedarf noch der Klärung.

Die nachfolgend abgedruckten Beiträge sind darauf ausgerichtet, das rechtspolitische Desiderat einer eigenständigen Rechtsform für wissenschaftliche Kooperationen noch stärker zu fundamentieren: einerseits aus dem Blickwinkel der Wissenschaftsadministrationen und der in ihnen angesammelten Erfahrungen, um den Wunsch nach einer neuen wissenschaftsadäquaten Rechtsform in seiner Dringlichkeit seriös zu belegen, und andererseits unter Beteiligung zunächst allein der Rechtswissenschaften in dem Bestreben, das Projekt mit Blick auf die betroffenen Rechtsbereiche in seinen grundlegenden Aspekten erheblich zu vertiefen und abzusichern.

II.

Aus dem Erfahrungsschatz von Wissenschaftsadministrationen und Forschungseinrichtungen hat vor allem *Wolfram Eberbach* mit seinem Beitrag „Eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen – Ausgangspunkte und Grundlagen“ (unten S. 51 ff.) geschöpft. In ihm werden zum einen die Kooperationen anhand von Beispielen aus der Wissenschaftspraxis vorgeführt, nach denen sie als kurz-, mittel- oder langfristige erscheinen, zugleich aber die finanziellen Dimensionen, innerhalb derer solche Kooperationen wirken. Zum anderen leuchtet dieser Beitrag die Herausforderungen aus, die schon mit der Auswahl der für die konkrete Kooperation bestgeeigneten Rechtsform auf dem Boden des geltenden Rechts verbunden sind, erst recht aber mit der Aufgabe, die vielfältigen Fragen, die eine solche Kooperation im Wissenschaftsbereich aufwirft, im Einzelnen gestaltend zu regeln. Einbezogen in diesen Praxisbericht sind ebenfalls die Hilfsmittel, welche Ministerialbürokratien in Form von Leitfäden oder Vertragsmustern bereitstellen; aber auch sie erleichtern die rechtliche Fundamentierung von Wissenschaftskooperationen nicht wirklich – von der verbliebenen Rechtsunsicherheit ganz zu schweigen. Den Preis, der für all' diese Unvollkommenheiten zu entrichten ist, listet *Eberbach* (S. 62) bedrückend eindrucksvoll auf. In trittfesteres Gelände führen dann aber seine vier Grundfragen, anhand derer das Regelwerk für eine Wissenschaftskooperation konzipiert und gestaltet werden sollte. Dies Regelwerk stellt er unter die zutreffende Leitmaxime: Das Recht darf die Wissenschaft nicht behindern, es soll sie fördern.

Zur Notwendigkeit, der Wissenschaft für ihre Kooperationen eine adäquate Rechtsform zur Verfügung zu stellen, äußert sich *Angela Kalous* unter dem besonderen Aspekt des in einer solchen Zusammenarbeit eingesetzten Personals in ihrem Beitrag „Vernetztes Arbeiten und

Personalzuordnung“ und macht damit die Erfahrungen fruchtbar, welche die Autorin in der Ministerialbürokratie gesammelt hat und als Kanzlerin einer großen Universität. Im Rahmen der vielfältigen Kooperationen besteht nach ihrer Beobachtung das Bedürfnis, ja nicht selten die Notwendigkeit, dass Forscherinnen und Forscher einrichtungsübergreifend zusammenarbeiten. Keines der dafür praktizierten Modelle könne als optimal qualifiziert werden. Nach ihrer Erfahrung seien es rechtspraktisch vor allem die Universitäten, deren Interessen dabei unter die Räder gerieten. Deshalb sei wahrhaft die Zeit gekommen, nach einer neuen Kooperationsform Ausschau zu halten, in der die Partner auf Augenhöhe interagieren könnten.

Wissenschaftskooperationen enden nicht an den Landesgrenzen der Bundesrepublik Deutschland, sondern überschreiten in einer Vielzahl von Fällen die Binnengrenzen innerhalb der Europäischen Union, aber auch deren Außengrenzen. Verbünde zwischen Wissenschaftseinrichtungen in Deutschland, den Niederlanden, Frankreich und den USA oder in vergleichbaren Konstellationen finden sich in großer Zahl. Für das Projekt einer wissenschaftsadäquaten Kooperationsform im deutschen Recht ist es deshalb angezeigt, die internationale Perspektive nicht aus den Augen zu verlieren, damit die Arbeiten von Anbeginn gegenüber grenzüberschreitenden Kooperationen ungeachtet des Umstands geöffnet bleiben, dass der (oder die) deutsche(n) Gesetzgeber nicht berufen sind, die Anliegen ausländischer Kooperationspartner mit zu regeln. Trotzdem muss, wer an einem solchen Gesetzgebungsprojekt in Deutschland mitarbeitet, gewisse Vorstellungen von der rechtlichen Fundamentierung grenzüberschreitender Kooperationen haben. Erste hierfür notwendige Informationen liefert der Beitrag „Zwischen Völkerrecht und Frascati“, mit dem *Christian Haringa* beispielhaft über Kooperationen des Deutschen Elektronen-Synchrotrons (DESY) (unten S. 69 ff.) berichtet; in diesem Zusammenhang zugleich über die Charakteristika, die das European Strategy Forum on Research Infrastructures (ESFRI) der Bewertung von Kooperationsformen zugrunde legt. Zu den relevanten Erfolgsfaktoren für die Rechtskonstruktion internationaler Forschungsk Kooperationen zählt der Autor u.a. die Berücksichtigung steuer- und abgabenrechtlicher Regelungen neben den gesellschaftsrechtlichen sowie die für eine angemessene Reputationszurechnung bei den Kooperationspartnern. Denn bei der Reputation gehe es nicht primär um wissenschaftliche Eitelkeit, sondern um Wahrnehmbarkeit, politische Wertschätzung und die öffentliche Förderung in der Zukunft – sämtlich Gegenstand handfester Interessen auch in der Wissenschaft.

III.

Ihren Ausgang müssen alle rechtspolitischen Überlegungen zu einer neuen wissenschaftsadäquaten Rechtsform bei der Frage derer grundlegenden Ausrichtung nehmen: Sollte diese Rechtsform als eine solche des Privatrechts konzipiert werden oder als öffentlichrechtliche Organisation? Und falls als privatrechtliche, also als Gesellschaft, wäre sie als Personen- oder als Kapitalgesellschaft zu strukturieren? Der dritte Ausrichtungsentscheid für ein solches Gesetzgebungsprojekt muss sich mit der Frage befassen, in welchem Ausmaß der Gesetzgeber für Wissenschaftskooperationen in Gesetzesform Hilfeleistung leisten und in welchem Umfang er auf eigene Regeln der an der Kooperation Beteiligten setzen sollte.

„Öffentliches oder Zivilrecht“ ist Gegenstand des Beitrags, den *Max-Emanuel Geis* (S. 77 ff.) zum Kurs beisteuert, den Forschungsk Kooperationen für ihre Normierung einschlagen sollten. Er rät nach eingehender Analyse der angebotenen Vorlagen von der gängigen Praxis bilateraler Kooperationsverträge wegen derer inhärenten Risiken im Rechtsverkehr ab und plädiert im Ergebnis dafür, die Figur der gemeinnützigen GmbH wissenschaftsadäquat in Richtung auf den Typus einer wissenschaftlichen GmbH fortzuentwickeln. Nach Einschätzung des Autors wäre eine solche Rechtsform in der Lage, die eigentümliche Mischung aus öffentlichrechtlichen Bindungen und Freiheiten wissenschaftsadäquat abzubilden. Dagegen hält *Geis* die Fortschreibung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung für ebensowenig zielführend wie die Kreation öffentlichrechtlicher Modelle; von diesen rät er sogar dringend ab.

Mit den Strukturvarianten „personen- oder kapitalgesellschaftsrechtlich“ befasst sich ebenfalls *Stefan Geibel* (S. 87 ff.) in seinem Beitrag „Rechtsform und Zurechnung zwischen Transparenz und Abschirmung“; in ihm zeigt der Autor auf, wie sich das personengesellschaftsrechtliche Transparenzprinzip und das Abschirmungsprinzip des Kapitalgesellschaftsrechts jeweils im Steuer-, Beihilfe-, Wettbewerbs-, Arbeitnehmerüberlassungs- und IP-Recht für die Wissenschaftskooperationen auswirken (können). Sein Vorschlag für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform läuft auf eine „durchleuchtete Plattform-GmbH“ hinaus, die sich in Tätigkeit und Zweck (ähnlich einer bloßen Innengesellschaft) auf ein forum internum ihrer Kooperationspartner beschränken würde und durch die hindurch die sämtlichen Ergebnisse der Forschungsanwendung zu den Kooperationspartnern geleitet werden könnten.

Vor dem Hintergrund eines konzisen Überblicks über die Regelungsinstrumente im Privatrecht und ihre vielfältigen Ausformungen präsentiert *Florian Möslein* (S. 99 ff.) in seinem Beitrag „Privatrechtliche Regelungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform: Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht?“ drei Eigenheiten,

die Wissenschaftskooperationen ausmachen und die daher sowohl für die Art und Weise der Regelsetzung als auch für die Auswahl der Regelungsinstrumente bedeutsam sind: die Heterogenität der Kooperationsformen, ihre wissenschaftsspezifische Ungewissheit und ihre Zweckrichtung. Hieraus destilliert *Möslein* zur Regelungsstrategie für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform Leitlinien und Leitideen: zur Typizität dieser Form, zu ihrer Flexibilität sowie zu ihrer Transparenz mit Blick auf unterschiedliche Kooperationsziele und die Schwierigkeiten ihrer kontrollierenden Überprüfung.

IV.

Im Zentrum einer normierten Rechtsform für Wissenschaftskooperationen steht deren Organisationsverfassung; mit ihr befasst sich *Christoph Kumpan* (S. 115 ff.) in seinem Beitrag „Die Governance einer Forschungskooperationsgesellschaft-Struktur, Kompetenzen und Verfahren“ näher. Ausgerichtet auf die Prinzipien Forschungsadäquanz, Flexibilität, sachgerechte Verwaltung großer Geldbeträge und langfristig-stabile Zusammenarbeit führt der Autor eine Fülle von Gesichtspunkten zur Leitung wissenschaftlicher Kooperationen, zu ihrer wissenschaftlichen und finanziell-wirtschaftlichen Begleitung und Überwachung, zu den Grundlagenentscheiden in der Kooperationsform sowie zur Beteiligung jener Forscher an, die nicht an der Leitung der Kooperation beteiligt sind. Dem Gesetzgeber werden mit den Gesichtspunkten eine Vielzahl von Anregungen zur Normierung unterbreitet, aber auch zur Abstandnahme von ihr.

V.

Der Wunsch nach einer wissenschaftsadäquaten Kooperationsform wurde von Anbeginn begleitet von dem Verlangen nach Erleichterungen im Steuerrecht, vorzüglich im Bereich der Mehrwertsteuer. Den Gedanken einer „enabling legislation“ treibt *Christian Haringa* ganz nachdrücklich mit seiner Forderung nach einem holistischen Normierungsansatz voran, der neben dem Gesellschaftsrecht auch die Bereiche Steuern und Abgaben abschließend und sonderrechtlich umfasst (S. 73 f.). Dazu zeigt *Stefan Geibel* die Schwierigkeiten auf, denen eine Fortschreibung des Steuerrechts gezielt für Wissenschaftskooperationen begegnen wird (S. 92); nicht weniger herausfordernd, so sein Befund, das durch und durch europäische Beihilfen- und Wettbewerbsrecht (S. 90 ff.) sowie die Arbeitnehmerüberlassung nach deutschem Recht (S. 93).

Wissenschaftskooperationen sind in erster Linie auf Erkenntnisgewinn ausgerichtet, auf Finanzgewinn allenfalls nachgeordnet. Daher kommt dem geistigen Eigen-

tum in Forschungsverbänden, mit dem sich *Bernhard Ulrici* (S. 129 ff.) eingehend befasst, besondere Bedeutung zu. Für die geistigen Leistungen konstatiert er einen erheblichen Koordinierungsbedarf auf drei Ebenen, die über eine eigene Rechtsform für die Kooperation deutlicher sichtbar zwischen Verbund- und Beschäftigungsebene getrennt werden könnten. Nach intensiven Erwägungen gelangt der Autor zum Ergebnis, auf der Verbundebene der Kooperationspartner brauchten deren Interessen nicht gesetzlich koordiniert zu werden. Dagegen erfordert es der Interessenausgleich auf der Beschäftigungsebene nach der Einschätzung *Ulricis*, das Arbeitnehmerfindungsgesetz zu überarbeiten.

VI.

Ziel des nachfolgend dokumentierten Symposions ist ganz vorrangig, den Deutschen Bundestag in dessen anstehender Legislaturperiode für eine rechtspolitische Initiative zu gewinnen. Auf sie konzentriert sich die zum Abschluss referierte Podiumsdiskussion mit dem Bundestagsabgeordneten *Dr. Stefan Kaufmann*. In dieser Diskussion kamen unter anderem die Notwendigkeit einer eigenständigen

Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zur Sprache, die Sichtbarkeit wissenschaftlicher Erfolge und ihre Zuordnung, die Risiko- und Haftungsbeschränkung der Kooperationspartner sowie die (verfehlte) Linie der Europäischen Kommission, Wissenschaftspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik zu begreifen.

Im Verlaufe der Diskussion sagte *Dr. Kaufmann* – wie zuvor auch der für den Bereich Wissenschaft zuständige Bundestagsabgeordnete *Tankred Schipanski* – die Aufnahme eines Prüfauftrags („must have oder nice to have“) in das CDU/CSU Positionspapier für die anstehenden Koalitionsverhandlungen zu. Dieser Auftrag findet sich nun auch im Koalitionsvertrag (S. 131): „Wir prüfen, ob zur Erleichterung von Forschungsk Kooperationen eine neue Rechtsform für diese Art der Zusammenarbeit eingeführt werden sollte.“

Peter Hommelhoff war Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht der Universität Heidelberg und ihr Rektor, in der Hochschulrektorenkonferenz war er Sprecher der Universitäten.

Wolfram Eberbach

Eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen

–Ausgangspunkte und Grundlagen –

ÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Befund

1. Finanzausstattung für Wissenschaft und Forschung

2. Wissenschaftskooperationen

a) Kurzfristige und mittelfristige Kooperationen

b) Langfristige und unbefristete Kooperationen

c) Gesundheitsforschungszentren – Finanzierung und Rechtsform

d) Fazit zu 2.

3. Rechtsformen im Angebot

a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

c) Eingetragener Verein

d) Stiftung, Partnerschaftsgesellschaft mbH, öffentl.-rechtl. Zweckverband

4. Hilfsmittel zur Rechtsformfindung

a) Leitfaden

b) Merkblatt

c) Mustervereinbarung

5. Recht der EU

6. Fazit zu 3. bis 5.

III. Vorüberlegungen zu einer eigenen Rechtsform

1. Das Bömmel-Prinzip

2. Das Dyson-Prinzip

IV. Back to the roots – Die vier Grundfragen der Wissenschaftskooperation

1. Wer

2. Was

3. Wie

4. Wozu

V. Zur Rechtsform

1. Kongruenz von Forschung und Recht

2. Detailansicht – Der Regelungs-Baukasten

a) Übersetzung von Forschungsschritten in Regelungskreise

b) Regelungsbausteine im Angebot

VI. Fazit und Ausblick

I. Einleitung

Allenthalben Interesse und Zustimmung begegnet die Idee, eine eigene Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zu entwickeln: „Ich arbeite viel mit wissenschaftlichen Konsortien, Netzwerken und Clustern, und immer taucht die Frage nach einer geeigneten Rechtsform für die Zusammenschlüsse auf... Insofern ist Ihre Arbeit an einer neuen und besser geeigneten Rechtsform auch für meinen Alltag sehr wichtig und hilfreich“¹ – so lautet ein typischer Zuspruch. Für die Forschung gilt sicherlich der Satz „Wer aufhört, besser werden zu wollen, hört auf, gut zu sein“.² Dies gilt jedoch nicht nur für die Forschung. Es gilt vielmehr genauso für den rechtlichen Rahmen, in welchem diese Forschung stattfindet.

In der Praxis wird der heute zur Verfügung stehende rechtliche Rahmen immer häufiger als nicht passend empfunden: Er behindert Wissenschaft und Forschung, heißt es, anstatt sie zu fördern. Dieser Befund war Ausgangspunkt eines Symposiums des Deutschen Krebsforschungszentrums (DKFZ) in Heidelberg am 12./13. November 2015 unter dem Titel: „Kooperationen in der Wissenschaft als Rechtsproblem“. Governance, Kartell-, Beihilfe-, Steuer- und Vergaberecht waren Themen der Vorträge ebenso wie etwa Arbeitnehmerüberlassung, Arbeitnehmererfindungen und Datenschutz. Allein dies zeigt schon die hohe Komplexität der Materie.

Die allgemeine Meinung der Teilnehmer dieses Symposiums war: Der jetzige Rechtszustand genügt nicht für die immer häufigeren Wissenschaftskooperationen – es muss Abhilfe geschaffen werden. Eine daraufhin in Heidelberg gebildeten *Arbeitsgruppe „Rechtsformalternative de lege ferenda“*³ hat sich zum Ziel gesetzt, eine neue Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zu schaffen – ganz im Sinne des auch für das Recht geltenden zitierten Satzes, dass aufhört gut zu sein, wer sich nicht ständig bemüht, besser zu werden. Förderung statt Behinderung der Wissenschaft ist damit das oberste Ziel.

1 Zitat aus dem Schreiben einer Mitarbeiterin eines Leibniz-Instituts.

2 Der Satz wird Marie von Ebner-Eschenbach (1830-1916) zugeschrieben – seltsamerweise jedoch auch Oliver Cromwell (1599-

1658). Zumindest ergibt sich hieraus seine bleibende Gültigkeit.

3 Ihr gehören an, neben den beiden „Altvorderen“ Prof. Hommelhoff und dem Verfasser: S. Geibel, J. Lappe, P. Dolzer, H. Beuche, M. Grzeganeck, J. Hoppenau, A. Kalous, S. Deimel.

II. Befund

Wie in jedem Bereich geht der „Therapie“, der Verbesserung, die Erhebung des Befundes voraus. Bei der rechtlichen Regulierung von Wissenschaft sind dafür zwei Bereiche zu prüfen, getreu dem Satz:

„Eine Beziehung braucht für ihr gutes Gelingen zwei Dinge: genug Geld und gute Regelungen.“

Dies gilt auch für jede Art Kooperation in der Wissenschaft.

1. Finanzausstattung für Wissenschaft und Forschung

Nach mehr Finanzmitteln zu rufen gehört zum Tagesgeschäft jeder Institution – denn auch hier gilt der Satz von der ständigen Verbesserung. Tatsächlich scheint die finanzielle Ausstattung der Wissenschaft in Deutschland jedoch auskömmlich. Insgesamt handelt es sich um einen Milliardenmarkt. Folgende Hinweise mögen dies anschaulich machen:

- 1,9 Mrd. Euro Exzellenzinitiative I, 2005-2011⁴
- 2,7 Mrd. Euro Exzellenzinitiative II, 2012-2017⁵
- 5,43 Mrd. Euro Projektförderung für Forschung und Innovation⁶
- 533 Mio. Euro jährlich von Bund und Ländern für das Exzellenzprogramm für Exzellenzuniversitäten und Exzellenzcluster⁷
- 600 Mio. Euro für 15 Spitzencluster (je bis 40 Mio. Euro)⁸
- 50 Mio. Euro pro Antrag (Geisteswissenschaften 20 Mio.) für die Teilnahme am Wettbewerb „Nationale Roadmap für Forschungsinfrastrukturen“, Ausschreibung August 2015⁹
- 10 Mio. Euro für fünf Verbundprojekte in Mecklenburg-Vorpommern, für die Exzellenzforschung in einem „Masterplan Gesundheitswirtschaft“¹⁰
- Gründung von insgesamt sechs Gesundheitsforschungszentren.¹¹

4 Pressemitteilung des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF): „Die Exzellenzinitiative stärkt die universitäre Spitzenforschung“ (aufgerufen am 03.12.2017).

5 Pressemitteilung des BMBF v. 11.9.2014: „15,3 Milliarden für Bildung und Forschung“; vgl. auch BMBF- Pressemitteilung „Die Exzellenzinitiative stärkt die universitäre Spitzenforschung“, wie Fn. 4.

6 BMBF- Pressemitteilung v. 11.9.2011.

7 BMBF- Pressemitteilung v. 22.4.2016: „Neues Exzellenzprogramm stärkt universitäre Spitzenforschung“.

8 BMBF- Pressemitteilung – ohne Datum: „Der Spitzencluster-Wettbewerb“.

9 BMBF- Pressemitteilung v. 31.8.2015: „Neue Infrastruktur für die Spitzenforschung“.

10 Meldung aerzteblatt.de v. 7.7.2017: „Gesundheitswirtschaft: Zehn Millionen Euro für die Forschung in Mecklenburg-Vorpommern“.

11 BMBF- Pressemitteilung: „Deutsche Zentren für Gesundheitsfor-

Dazu kommen Mittel der EU, etwa:

- 77 Mrd. Euro von 2014-2020 für das EU-Programm „Horizon 2020“¹²
- 1,86 Mrd. Euro bewilligt der Europäische Forschungsrat (ERC) aus dem Etat von „Horizon 2020“ für das Jahr 2018.¹³

Die Länder sind an diesen Programmen in der Regel mit einer gewissen Ko-Finanzierung beteiligt. Jenseits dessen stellen sie für Wissenschaft und Forschung auch eigene nicht unbeträchtliche Mittel zur Verfügung.

2. Wissenschaftskooperationen

Die genannten Mittel werden heute in aller Regel – schon gemäß den Ausschreibungen – vergeben unter der Bedingung, dass die sich bewerbenden Hochschulen, Forschungsinstitute, Universitätsklinik etc. in Kooperationen zusammenfinden. So betont etwa die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) in ihrer Veröffentlichung zu den Sonderforschungsbereichen – dies sind grundsätzlich Forschungseinrichtungen der Hochschulen: „Kooperationen mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen sind ausdrücklich erwünscht.“¹⁴ Die Arbeitsgruppe „Wertschöpfungskette“ des Forums Gesundheitsforschung zum Beispiel fordert in ihrer Stellungnahme „Strategie zur Überwindung von Hürden der Wertschöpfungskette in der Gesundheitsforschung“ ein Translationsprogramm aufzulegen „in dem akademische und industrielle Partner früher und systematischer zusammenarbeiten.“¹⁵ Die Arbeitsgruppe „Infrastrukturen in den Lebenswissenschaften“, ebenfalls angesiedelt beim Forum Gesundheitsforschung, schlägt vor, für die „Next-Generation-Sequencing-Technologien“ in Deutschland ein Infrastrukturnetzwerk in Form eines gemeinnützigen Vereins zu etablieren – dessen einzelne Zentren könnten dann auch mit Partnern u.a. aus der Industrie Kooperationen schließen.¹⁶

schung“ (aufgerufen am 03.12.2017); vgl. auch Ärzte Zeitung v. 9.6.2011: „Schavan stellt Gesundheitsforschungszentren vor“.

12 Siehe aerzteblatt.de v. 28.1.2014: „Europa startet neue Forschungsförderung“.

13 Aerzteblatt.de v. 11.8.2017: „Europäischer Forschungsrat verteilt 1,86 Milliarden Euro“.

14 Vgl. DFG – Sonderforschungsbereiche, S. 1 – <http://www.dfg.forderung/programme/koordinierte.programme/sfb/> (aufgerufen am 15.12.2017).

15 Vgl. S. 3 und 4 des genannten Papiers. Es wurde dem BMBF am 09.05.2017 übergeben. Der zugleich vorgeschlagene Translationsfonds solle jährlich über ein Budget von 60 Mio. Euro verfügen. Fundstelle: <http://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/de/6587.php>.

16 Siehe S. 2 der Empfehlung. Das Papier wurde dem BMBF am 16.11.2016 übergeben. Fundstelle: <http://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/de/6613.php>.

Die Zeiten des eigenbrödlerisch-genialen Forschers, der allein „im stillen Kämmerlein“, mag dies auch in einem Patentamt liegen¹⁷ – oder in einem hochtechnischen Labor – die Welträtsel erforscht, gehören nach Überzeugung der *scientific community* der Vergangenheit an. Heute ist die Strategie: Bündelung von Fähigkeiten und Kenntnissen, Kombination verschiedener Spezialisierungen zu einer neuen, stärkeren Einheit, Erzielung von wissenschaftlichem Mehrwert durch den Austausch in der Kooperation – von Modeworten wie „Disruption“¹⁸ und „Agilität“¹⁹ ganz zu schweigen. Sie sind die Motivation von Regierungen und anderen Förderern, in nicht unerheblichem Umfang in Wissenschaft und Forschung zu investieren.

Jedoch auch ohne diesen ministeriellen oder administrativen „Schubs“ in Richtung Zusammenarbeit, findet heute Forschung regelmäßig statt auf der Grundlage von zwischen zwei oder mehr Partnern vereinbarten Kooperationen.²⁰

a) Kurzfristige und mittelfristige Kooperationen

Eine Definition von „kurzfristig“ ist bezüglich Wissenschaftskooperationen schwierig. Denn es ist die Frage, was das „Maß der Dinge“ ist. Abstrakt gibt es sicher kurz-, mittel- und langfristige Projekte. Man muss sich jedoch von der Vorstellung lösen, dass „kurzfristig“ etwa den Zeitraum von ein paar Wochen meint. Vielmehr ist in Wissenschaft und Forschung ein anderes Grundmaß anzulegen. Forschungsergebnisse zu erzielen ist in der Regel ein längerer Prozess, mitunter auch von nicht vorhersagbarer Dauer.

Diese Einschränkung vorausgeschickt, ist die *Anzahl* kurzfristiger Wissenschaftskooperationen nicht benennbar. Sie finden zum Beispiel vor Ort statt, zwischen einer Hochschule und einem außeruniversitären Forschungsinstitut, oder zwischen zwei oder mehreren Instituten, die sich für ein begrenztes Projekt zusammenfinden. Auch die Kooperation einer Universitätsklinik mit ei-

nem Unternehmen der forschenden Arzneimittelhersteller kann man eventuell im Einzelfall hierzu zählen, weil zumindest die einzelne Arzneimittelprüfung zeitlich limitiert ist. Dagegen fallen Rahmenverträge über wiederholte Arzneimittelprüfungen zumindest nicht unter die Rubrik „kurzfristig“.

Schon in diesem Bereich kurzfristiger oder auch mittelfristiger Kooperationen können sich sehr unterschiedliche rechtliche Fragestellungen ergeben – von der jeweils angemessenen und zweckmäßigen Governance bis zum Auftritt gegenüber Dritten und Haftungsfragen.

aa) So gibt es etwa Verträge, bei denen es nicht um einen gemeinsamen Auftritt gegenüber Dritten geht – hier wird also keine gesellschaftsähnliche neue, gemeinsame Struktur von zwei oder mehreren Trägern geschaffen. Vielmehr handelt es sich um gegenseitige Vereinbarungen etwa über eine Auftragsforschung, ein F&E-Projekt. Hier steht der *gegenseitige Leistungsaustausch* im Vordergrund – in der Regel eine Forschungsarbeit, bei der der Auftraggeber die Forschung finanziert oder das Endprodukt gegen Bezahlung abnimmt.

Regelungsbedürftig können jedoch auch schon bei kürzeren Kooperationen etwa sein:

- Definition, was ein „Arbeitsergebnis“ ist;
- Zuordnung von schutzfähigen und nichtschutzfähigen sowie von urheberrechtlich geschützten und nicht geschützten Arbeitsergebnissen, inklusive Nutzungsrechten der jeweiligen Gegenseite;
- Option des Auftraggebers, jene Rechte exklusiv zu übernehmen (Lizensierung), die nicht auf die Forschungsarbeit von Mitarbeitern seines Auftragnehmers zurückgehen... u.ä.

Weiterhin können erforderlich sein Abreden über die gegenseitige Mitwirkung, über Vertraulichkeit sowie über Haftungsfragen.

17 In seiner Zeit am Eidgenössischen Patentamt in Bern entstand *Albert Einsteins* spezielle Relativitätstheorie. Siehe z.B. *Jürgen Neffe*: Einstein – eine Biographie, 6. Aufl., 2005, S. 141 ff.

18 Disruption meint eine Innovation, die z.B. eine bestehende Technologie, ein bestehendes Produkt oder eine bestehende Dienstleistung vollständig verdrängt - siehe nur Horx, *Der Mythos Disruption*, <http://www.zukunftsinstitut.de/artikel/innovation-und-neugier/mythos-disruption/> (aufgerufen am 29.12.2017).

19 Agilität wird z.T. als „höchste Form der Anpassungsfähigkeit“ bezeichnet. Agilität als Management-Methode wurde zwar zunächst in der Wirtschaft propagiert, ist jedoch auch in der Wissenschaft anwendbar. Sie bedeutet die Fähigkeit, in einer kompetitiven, durch ständigen Wechsel gekennzeichneten Umgebung schnell reagieren zu können. Die ständigen weltweiten Neuerungen in Wissenschaft und Forschung erfordern insoweit von jedem Forschungsinstitut etc. „agil“ darauf zu reagieren. Der neue

Begriff bezeichnet also in etwa das, was man früher mit „Innovationsfreude und Anpassungsfähigkeit“ bezeichnete. Zur Agilität siehe z.B. *Fischer*, Direktor am Institut für Personalforschung, Hochschule Pforzheim: http://www.haufe.de/personal/hr-management/agilitaet/definition-agilitaet-als-hoechste-form-der-anpassungsfahigkeit_80_378520.html; (abgerufen 31.12.2017); vgl. ferner Wikipedia: [http://wikipedia.org/wiki/Agilität_\(Management\)](http://wikipedia.org/wiki/Agilität_(Management)) (aufgerufen 31.12.2017).

20 Den nachfolgend beschriebenen Kooperationsvereinbarungen liegen – anonymisierte – Verträge zugrunde, die dem Verfasser von verschiedenen Forschungseinrichtungen und forschenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wurden. Ihnen sei an dieser Stelle ausdrücklich gedankt für die darin liegende Unterstützung des Projekts „Eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen“.

Solche auf Leistungsaustausch gerichteten Verträge können Einzelverträge für ein bestimmtes Projekt sein. Ein Beispiel hierfür ist wohl die Kooperation des Pharma-Unternehmens *Sanofi* mit dem Fraunhofer-Institut für Bioressourcen in *Gießen* zur Antibiotika-Forschung.²¹

Eine andere Variante ist in erster Linie auf die *Weiterleitung von Fördergeldern* an einzelne Beteiligte gerichtet, sowie darauf, deren Arbeiten zu koordinieren und am Ende „einzusammeln.“

Ein weiterer Fall ist der Vertrag über ein einzelnes Vorhaben, jedoch innerhalb eines *Rahmenvertrages*, der darauf gerichtet ist, wiederholt solche Zusammenarbeiten zu ermöglichen. Als Beispiel hierfür kommen etwa Rahmenverträge von Pharma-Unternehmen mit medizinischen Hochschuleinrichtungen in Betracht über Projekte der klinischen Forschung – die Komplexität solcher Verträge, die zudem den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes gerecht werden müssen, ist besonders hoch. Sie können außer den zentralen Regelungen noch mehrere Anlagen umfassen, etwa besondere Vereinbarungen über die Vertraulichkeit sowie die Überleitung von Rechten am Arbeitsergebnis von Hochschulangehörigen, die nicht dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmererfindungsgesetzes unterfallen. Ferner können sie diesem Rahmenvertrag zugeordnete Einzelverträge umfassen über die Durchführung einer konkreten Klinischen Prüfung.

bb) Kurz- und mittelfristige Kooperationen können statt auf gegenseitigen Austausch - auch auf *Zusammenwirkung* gerichtet sein. Typisch hierfür ist etwa ein Kooperationsvertrag im Rahmen eines vom BMBF und/oder anderer Seite geförderten Verbundprojekts. Ein solches Verbundprojekt einer mittelfristigen Kooperation ist zum Beispiel die gemeinsame Erforschung von Resistenzen beim Pankreaskarzinom durch die Universitätsklinikum Bochum, Frankfurt/a.M., Göttingen, Ulm und Würzburg.²² Bei solchen Verbundprojekten sind z.B.

- Arbeitsprogramme aufeinander abzustimmen,
- Teilaufgaben zuzuordnen,
- der Informationsaustausch zu regeln, um optimal gemeinsam arbeiten zu können,
- der Umgang mit Dritten festzulegen,
- Verantwortlichkeiten abzugrenzen für Durchführung und Abrechnung der jeweils übernommenen Teilaufgaben,

- ein Projektkoordinator zu bestimmen,
- Schadensvorsorge zu treffen für den Fall, dass bei einem oder mehreren Partnern Schwierigkeiten auftauchen... etc.

Auch hier sind zudem Regelungen bezüglich der Arbeitsergebnisse sowie von Finanzierungs- und Haftungsfragen zu finden.

Von den sonst üblichen gesellschaftsrechtlich geprägten Zusammenschlüssen unterscheiden sich solche Kooperationen jedoch durch die in der Regel jeweils starken Eigeninteressen der einzelnen Beteiligten. Die „Gemeinsamkeit“ ist damit sehr eingeschränkt. Diese Dominanz und Unabhängigkeit der Mitglieder gegenüber der gemeinsamen Kooperation ist erst recht groß, wenn ein Mitglied parallel mehrere Kooperationen mit verschiedenen Projektpartnern betreibt.

Schon diese wenigen Beispiele verdeutlichen, dass „kleine“ (und erst recht mittlere) Kooperationen zumindest was den Regelungsbedarf betrifft meistens nicht tatsächlich klein sind.

b) Langfristige und unbefristete Kooperationen

Langfristige und unbefristete Kooperationen gibt es in verschiedenen Formen.

aa) Von großem Gewicht sind die Sonderforschungsbereiche. Sie werden von der DFG selbst als „langfristig, auf die Dauer von bis zu zwölf Jahren angelegt“ bezeichnet.²³ Ein Beispiel ist etwa der Sonderbereich zu Immunreaktionen nach Stammzelltransplantationen.²⁴ An ihm beteiligt sind die Universitäten Regensburg, Erlangen-Nürnberg und Würzburg; sie erhalten von 2018 bis 2021 insgesamt 14 Millionen Euro.²⁵

Auch Verbundprojekte zählen hierzu – sie sind in der Regel schon thematisch auf längere Dauer ausgerichtet. Ein Beispiel ist der von der DFG geförderte Verbund der Universitäten des Saarlandes und der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen „Mechanism of Cardiovascular Complications in Chronic Kidney Disease“ – ein Verbund mit 19 Teilprojekten, dem bis 2021 etwa acht Millionen Euro zur Verfügung stehen.²⁶

bb) Als besonders gewichtige Beispiele für *unbefristete* Kooperationen sind die Deutschen Gesund-

transplantation“.

21 Siehe den Bericht der FAZ v. 26.08.2017, S. 22: Der Kampf gegen die Keime.

22 Siehe aerzteblatt.de v. 13.09.2017: Neues Verbundprojekt will Resistenzen bei Pankreaskarzinom erforschen.

23 Siehe DFG, wie Fn. 14.

24 Der Titel dieses Sonderforschungsbereichs lautet „Modulation der Transplantat-gegen-Wirt- und Transplantat-gegen-Leukämie-Immunreaktionen nach allogener hämatopoetischer Stammzell-

25 Vgl. aerzteblatt.de v. 14.12.2017: „Neuer Sonderforschungsbereich zu Immunreaktionen nach Stammzelltransplantation“.

26 Siehe aerzteblatt.de v. 18.12.2017: „Forschungsverbund befasst sich mit Nieren- und Herz-Kreislauf-Erkrankungen“.

27 Pressemitteilung der Johannes Gutenberg-Universität Mainz v. 01.03.2017.

heitsforschungszentren (hierzu näher unten c)), einschließlich dem Deutschen Konsortium für translationale Krebsforschung (DKTK), zu nennen.

Eine weitere zeitlich nicht begrenzte Forschungs-kooperation ist etwa das Nationale Centrum für Tumorerkrankungen (NCT). In ihm arbeiten das Deutsche Krebsforschungszentrum (Heidelberg), das Universitätsklinikum Heidelberg, die Medizinische Fakultät der Universität Heidelberg sowie die Stiftung Deutsche Krebshilfe zusammen. Einen Hinweis auf die Rechtsform dieser Kooperation ist den Angaben im Internet nicht zu entnehmen.

Ein anderes Beispiel ist das Helmholtz-Institut HI-TRON. Es erforscht in Kooperation mit dem DKFZ und dem Forschungsinstitut für Translationale Onkologie an der Universitätsmedizin Mainz Möglichkeiten der personalisierten Immuntherapie bei Krebs. Für diese Kooperation wurde als Rechtsform die gemeinnützige GmbH (gGmbH) gewählt.²⁷

c) Gesundheitsforschungszentren – Finanzierung und Rechtsform

Die Gesundheitsforschungszentren umfassen die Bereiche Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Infektionen, Lungenerkrankungen, Diabetes, Neurodegenerative Erkrankungen sowie Krebs. Einbezogen sind bei den Zentren für Herz-Kreislauf, Krebs, Infektionen und Lunge ca. 100 Beteiligte an insgesamt rund 80 Standorten. Hinzukommen etwa weitere 20 Beteiligte an 14 Standorten bei Neurodegenerativen Erkrankungen und Diabetes.

aa) Eine Besonderheit der Gesundheitsforschungszentren resultiert aus ihrer Finanzierung: Die gewünschte Finanzbeteiligung von 90 % durch Bund und Länder ist bisher nur für die Grundfinanzierung von Helmholtz-Zentren vorgesehen. Es musste daher ein Weg gefunden werden, der es erlaubte, diese besondere Finanzierung auf Gesundheitsforschungszentren zu übertragen. Die Lösung war: dass an jedem Gesundheitsforschungszentrum mindestens ein Helmholtz-Institut beteiligt ist – es ist der zentrale, förderrechtlich zulässige Geldempfänger und damit zugleich die „Geldverteilungsmaschine“ zur Weiterleitung anteiliger Beträge an die anderen Beteiligten des Gesamtzentrums.

Durch diese förderungsrechtlich bedingte Konstruktion ergaben sich jedoch gerade rechtlich erhebliche Probleme bezüglich der Rechtsform dieser Forschungs-Konglomera-

te. Die Beteiligten fürchteten zudem, das das „Geldzentrum Helmholtz“ auch zum Machtzentrum werden würde – und die anderen Beteiligten gleichsam zu dessen „Hintersassen“. Es mussten daher für eine gedeihliche Zusammenarbeit für zwei Bereiche angemessene Regelungen gefunden werden:

- Der Geldfluss war so festzulegen, dass „Machtgelüste“ im Zaum gehalten und damit Abhängigkeitsängste beseitigt wurden.
- Die rechtliche Verfassung, die Governance, sollte geeignet sein, eine Zusammenarbeit aller Beteiligten „auf Augenhöhe“ zu gewährleisten.

Bezüglich der finanziellen Regelungen gab es für die Beteiligten wenige Vorgaben. Die wesentliche Hürde war durch die Einschaltung der Helmholtz-Zentren genommen worden, alles andere konnte man weitestgehend „unter sich“ vereinbaren.

bb) Auch als Beispiel für die Regelungsschwierigkeiten nach geltendem Recht stehen hier die sechs Deutschen Gesundheitsforschungszentren.²⁸ Schnell stieß man an die Grenzen des „*numerus clausus*“ gesellschaftsrechtlicher Regelungen. Die Beteiligten konnten sich nicht einfach ein rechtliches Gewand schneiden, das optimal passte. Vielmehr mussten sie – wie in einer Kleiderkammer – vorlieb nehmen „mit dem, was da ist“. Allenfalls konnte man sich bemühen, was nicht passt passend zu machen – so gut es halt geht. Hier zeigte sich ganz grundsätzlich, dass das geltende Recht den modernen Anforderungen von Kooperationen in Wissenschaft und Forschung nicht genügt.

Die rechtliche Verfassung wurde für die Krebsforschung schließlich wie folgt konstruiert: Das „DKTK“ (Stiftung Deutsches Konsortium für translationale Krebsforschung) ist eine nicht-rechtsfähige Stiftung öffentlichen Rechts in der Verwaltung der rechtsfähigen Stiftung öffentlichen Rechts „Deutsches Krebsforschungszentrum“, Heidelberg.²⁹ Dieses Gesundheitsforschungszentrum hat acht Standorte: außer Heidelberg noch Berlin, Essen, Frankfurt/Main, München, Dresden, Freiburg und Tübingen. Die in dem Regelwerk enthaltenen Bestimmungen umfassen drei Regelungsebenen: Satzung, Ausführungsvereinbarungen und Vereinbarungen zu Standort-Spezifika.

28 Zur Rechtsform und Organisationsstruktur siehe Wissenschaftsrat: Empfehlungen zur Weiterentwicklung der Deutschen Zentren für Gesundheitsforschung, 14.7.2017, S. 17 ff.

29 Wissenschaftsrat, wie Fn. 28, S. 27. Der zugrundeliegende Vertrag datiert vom 30.4.2012.

30 Wissenschaftsrat, wie Fn. 28, S. 17 f. Die Gründungsverträge sind

datiert mit 14.11.2011 (Lunge), 12.12.2011 (Herz-Kreislauf) und 27.6.2012 (Infektion).

31 Wissenschaftsrat, wie Fn. 28, S. 18.

32 Wissenschaftsrat, wie Fn. 28, S. 19.

33 Siehe die Angaben unter <http://www.akademieunion.de/>

Die anderen Deutschen Forschungszentren sind entweder als Verein verfasst, so bei den Zentren für Infektionsforschung, Lungenforschung und Herz-Kreislauf-Forschung.³⁰ Oder sie folgen dem sog. Außenstellenmodell.³¹ Bei ihm ist ein Helmholtz-Zentrum das Kernzentrum, es gründet an jedem beteiligten Standort eine Außenstelle, die mit den lokalen Partnern kooperiert. Dieses Modell wählte das Gesundheitsforschungszentrum für Diabetes – nachdem es zunächst als Verein gegründet worden war; genau genommen ist es jedoch eine *Mischung* von Vereins- und Außenstellenmodell.³²

Diese langfristigen oder unbefristeten großen Forschungseinheiten zeichnen sich außer durch ihre unterschiedliche, nicht feststehende Rechtsform vor allem auch aus durch die große Zahl ihrer Einzelvereinbarungen. Auf den genannten *drei Regelungsebenen* (Satzung, generelle Vereinbarungen, Standortspezifika) wurden insgesamt über 20 Einzelvereinbarungen getroffen, etwa: Aufgabenzuweisung an Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung; Geschäftsordnung für den Vorstand sowie für den Geschäftsführer/Administrativen Leiter; Vereinbarung zum Sprecher; Organisationsvereinbarung; Beitragsvereinbarung; Kommission der Zuwendungsgeber; Wissenschaftlicher Beirat – aber auch Leitlinien für die strategische Planung von Forschungsaktivitäten; Vereinbarung über eingebrachte Gegenstände und über die Nutzung der Infrastruktur durch Mitarbeiter und andere Partner; Vereinbarung über die Harmonisierung der IT-Struktur; und schließlich Vereinbarungen zu geistigem Eigentum, Erfindungen und Schutzrechten.

Es ist notwendig, sich diese Komplexität vor Augen zu führen – sie verdeutlicht, welche Pirouetten zu drehen dem Recht hier abverlangt wird.

d) Fazit zu 2.

Die Liste der Beispiele ließe sich nahezu beliebig verlängern. Sie belegen indes alle: Dass heute erfolgreiche Wissenschaft und Forschung fast nur noch in Kooperationen erfolgt und möglich ist. Ebenso zeigen sie, dass die Übergänge von kurz- bis mittel- bis langfristig fließend sind – kurzfristige Kooperationen dürften die seltene Ausnahme sein. Dies gilt zu allererst in allen *Naturwissenschaften*. Es gilt jedoch oft auch für *geisteswissenschaftliche Forschung*, etwa der Jahre dauernden Edition an verschiedenen Orten

gelagerter Schriften eines großen Philosophen oder Schriftstellers, wie sie von der *Union der deutschen Akademien der Wissenschaften* koordiniert und gefördert wird. Das Akademieprogramm umfasst derzeit 144 Projekte mit einem Fördervolumen von insgesamt 64,8 Mio. Euro.³³

3. Rechtsformen im Angebot

Die Vorgaben insbesondere des BMBF zur Governance sind in der Regel minimal. So heißt es etwa im „Leitfaden zur Konzepterstellung für die Nationale Roadmap für Forschungsinfrastrukturen“ unter *Ziff. 5.2.3 Governance* lediglich, es müsse eine „aufgabenadäquate und übergreifende Governance“ vorhanden sein.³⁴ Dazu wird in einem kurzen Absatz ausgeführt: „Dazu gehört die Darstellung der grundsätzlichen Unternehmensführung und Lenkungsform.“ Die Art und Arbeitsweise der vorgesehenen Lenkungsgremien wie z.B. wissenschaftliche Beiräte, Aufsichtsräte, die Gestaltung des Direktoriums und der Geschäftsführung seien wesentliche Bestandteile der Governance. Der Interpretation des Anwenders überlassen bleibt das weitere Erfordernis, bei der Verteilung auf mehrere Standorte gelte zusätzlich, „dass der Mehrwert einer funktional integrierten und damit als Einheit zu bewertenden Forschungsinfrastruktur mit gemeinsamen Standards (hinsichtlich Daten und Methoden) gegeben sein muss“.

In einer Veröffentlichung zur Bewertung der Roadmap-Anträge heißt es ergänzend: „Zu den grundlegenden Gestaltungselementen eines Governance-Konzepts gehören u.a. die Festlegung der Trägerschaft der Forschungsinfrastruktur, die damit verbundenen Standortentscheidungen sowie auch die Gestaltung der Zugangsmodalitäten der Nutzung der Forschungsinfrastruktur.“³⁵

Vorgaben zur rechtlichen Konstruktion gibt es demnach nicht. Dies lässt den Antragstellern zum Roadmap-Prozess einerseits – positiv - freie Hand. Es überlässt sie andererseits der „Qual der Wahl“, sich bezüglich der Rechtsform aus dem Angebot des geltenden Rechts zu bedienen.

Als Folge herrschen hier, wie auch sonst bei der Gründung von Wissenschaftskooperationen, in der rechtlichen Realität Formenvielfalt und Uneinheitlichkeit: Die Kooperationen nehmen sich, was zu passen scheint – und sich dann meistens doch als nicht passend erweist.³⁶

34 BMBF, „Leitfaden zur Konzepterstellung für die nationale Roadmap für Forschungsinfrastrukturen“, Bonn, August 2017, S. 15.

35 BMBF, „Der Nationale Roadmap-Prozess für Forschungsinfrastrukturen – Investitionen für die Forschung von morgen“, Bonn, Januar 2016, S. 9.

36 Siehe hierzu auch *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, Eine Kooperationsform für die Wissenschaft, *OdW* 2017, 1, insbes. 4 ff.

a) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

Die Beteiligten können erwägen, eine *Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* (GbR, BGB-Gesellschaft) zu gründen, §§ 705 ff. BGB. Sie kommt allerdings nicht in Betracht, wenn es um den Austausch von Leistungen geht,³⁷ also etwa bei Auftragsforschung. Vielmehr setzt sie als wichtigstes Merkmal, wie zum Beispiel Verbundprojekte, die Verfolgung eines *gemeinsamen Zwecks* voraus.³⁸ Für die GbR spricht dann allerdings zweierlei: In der Festlegung, welchen Zweck sie verfolgen wollen, sind die Beteiligten grundsätzlich frei - gemeinsam Wissenschaft und Forschung zu betreiben kann ein solcher Zweck sein. Zudem sind viele ihrer Regelungen abdingbar.³⁹ Ferner können die Beteiligten frei regeln, wer welche Beiträge leistet und in welcher Form.⁴⁰ Nach der gesetzlichen Konzeption der GbR tritt der einzelne Gesellschafter nach außen im eigenen Namen auf, das bedeutet: Schließt er einen Vertrag, ist allein er, nicht die GbR der Schuldner. Die Haftungsrealität weicht hiervon jedoch inzwischen ab:

- Kooperationen sind oft verbunden mit *gemeinsamen* Anschaffungen – dies können etwa teure Geräte sein zur gemeinsamen Nutzung, bis hin zu Kauf oder Errichtung von Gebäuden. In aller Regel soll und will nicht nur der handelnde Gesellschafter die Rechte aus dem Vertrag erwerben. Insoweit ist es positiv, dass die Rechtsprechung anerkennt, die GbR könne selbst Träger von Rechten und Pflichten sein.⁴¹

- Allerdings ergibt sich daraus nicht, dass *nur* die Gesellschaft mit ihrem Vermögen haftet. Durch die Rechtsprechung wurde die GbR vielmehr dahingehend verändert, dass sie zur „Außen-GbR“ wird:⁴² Es haften alle Gesellschafter auch uneingeschränkt persönlich. Dies liegt jedoch keineswegs im Interesse der einzelnen Gesellschafter, sie wollen nicht einstehen müssen für Probleme und Fehler, die bei einem ihrer Mitgesellschafter auftreten – wer den Bremszylinder entwickelt, will nicht für womöglich große Schäden einstehen müssen, die eine unausgereifte Elektronik verursacht; ein Pharma-Unternehmen möchte nicht Entschädigungen zahlen an Teilnehmer einer Arzneimittelprüfung, wenn die Schäden durch im Krankenhaus verursachte Verunreinigungen

entstanden sind. Genau dies wäre jedoch nach der Rechtsprechung bei der GbR der Fall. Um dieser missliebigen Haftung zu entgehen, genügt allerdings nicht die Klausel im Gesellschaftsvertrag „Wir sind keine BGB-Gesellschaft“.⁴³ Durch eine solche „Rechtsverweigerungsklausel“ ist das Recht nicht zu beeindrucken.

Es gibt also gute Gründe für Wissenschaftskooperationen, die GbR als Rechtsform zu meiden.

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Suchen Kooperationswillige eine Rechtsform ohne persönliche Haftung, könnten sie an die *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) denken. Ihr Vorteil liegt darin, dass nach § 13 Abs. 2 GmbHG den Gläubigern nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Als eigene Rechtsperson kann die Gesellschaft Rechte erwerben, § 13 Abs. 1 GmbHG – als Wissenschaftskooperation also etwa an technischen Ausstattungen und an Gebäuden, die dann im Eigentum der Gesellschaft stehen. Ihrer vielfältigen Einsetzbarkeit wegen wird die GmbH plastisch als „Allzweckmöbel“ bezeichnet.⁴⁴ Tatsächlich ist auch bei ihr, wie bei der GbR, die Zwecksetzung weitestgehend frei⁴⁵ – in § 3 GmbHG sind nur wenige Inhalte für den Vertrag zwingend vorgeschrieben – insofern ist diese Gesellschaftsform für wissenschaftliche Kooperationen grundsätzlich geeignet.

Indessen ist die GmbH, obwohl sie grundsätzlich auch für wissenschaftliche Zwecke gewählt werden kann,⁴⁶ trotzdem nur selten für eine Wissenschaftskooperation eine gute Wahl. Ihre Gründung ist aufwendig (erforderliches Grundkapital, notarielle Beglaubigung des Vertrages, Eintragung ins Handelsregister etc.), zudem passen viele Vorschriften des GmbH-Gesetzes nicht. So sieht z.B. § 15 Abs. 1 GmbHG die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen vor – die Anteile sind veräußerlich und vererblich. Es passt jedoch schon von der Idee her grundsätzlich nicht zu einer wissenschaftlichen Kooperation, dass einer der Beteiligten seinen Anteil an der Gesellschaft veräußert. Zwar sieht § 15 Abs. 5 GmbHG vor, dass im Gesellschaftsvertrag Bedingungen aufgestellt werden können für eine Veräußerung, ebenso, dass die Veräu-

37 *Ostermaier/Vogt/Vogt*, Gesellschaftsrecht – die richtige Unternehmensform finden, 2017, S. 17.

38 *Sprau*, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 705, Rn. 1 und 20.

39 Zu den abdingbaren Vorschriften siehe *Sprau*, wie Fn. 38, Rn. 2.

40 Vgl. nur *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2015, Rn. 41 f.

41 *Ostermaier/Vogt/Vogt*, wie Fn. 37, S. 26.

42 BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; BGH NJW 2014, 1007; siehe hierzu *Westermann*, in: Erman, BGB, Bnd I, 14. Aufl., 2017, vor § 705, Rn. 17; ferner *Sprau*, wie Fn. 38, Rn. 24.; vgl. im Kontext von Wissenschaftskooperationen *Lappe*, Kooperationen

wissenschaftlicher Einrichtungen, im Erscheinen, passim, S. 167 ff.

43 Eine solche Klausel ist dem Verfasser bei den ihm vorliegenden Verträgen sinngemäß begegnet. Siehe auch *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, wie Fn. 36, OdW 2017, 1, 2 mit Fn. 6.

44 *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 19. Aufl., 2016, Einl. Rn. 6.

45 *Fleischer*, in: MünchKomm-GmbHG; 2. Aufl., 2015, § 1 Rn. 17.

46 Vgl. *Schäfer*, in: Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2016, § 1 GmbHG, Rn. 9 ff., 17.

ßerung an die Genehmigung der Mitgesellschafter gebunden werden kann.

So mag (mit einiger Mühe) theoretisch vorstellbar sein, dass diese Genehmigung erteilt würde, wenn das ausscheidende Institut, die Hochschule oder das Unternehmen einen adäquaten Ersatzgesellschafter beibrächte. Der Genehmigungsvorbehalt kann jedoch nicht beliebig „scharf“ sein, denn er ist begrenzt durch die Eigentumsgarantie nach Artikel 14 Grundgesetz: Ein Gesellschaftsanteil stellt einen Vermögenswert dar, Veräußerungsbedingungen, die *de facto* zu einem „Veräußerungsverbot“ führten, wären daher nicht zulässig. Es würde sonst bedeuten, dass der betroffene Gesellschafter letztlich gezwungen wäre, in der Gesellschaft zu bleiben. Zumindest müsste ihm das Recht auf Austritt aus der Gesellschaft zugestanden⁴⁷ und eine Regelung getroffen werden bezüglich des Wertes seines Anteils, der dann von der Gesellschaft erworben würde. Da der Anteil bei Wissenschaftskooperationen auch etwa Veröffentlichungsrechte, Anteile Lizenzen etc. umfassen kann, dürfte den Wert dieses abzugelenden Anteils zu bestimmen schnell im Konflikt enden.

Hält man sich die Vorschriften des GmbH-Gesetzes insgesamt vor Augen, wird deutlich: Sie sind weit überwiegend Finanzfragen gewidmet: Sie reichen von der Bewertung von Sacheinlagen, der Regelung von Ersatzansprüchen, der Übertragung von Anteilen, bis zu Verzugszinsen, der Versteigerung von Geschäftsanteilen, Nachschusspflichten etc. Gerade auch das Rechtsinstitut der Haftungsbeschränkung zeigt, dass die GmbH grundsätzlich für die Teilnahme im *Wirtschaftsverkehr* konzipiert ist.⁴⁸ Jenseits der eigentlich offenen Zwecksetzung, ist die Tätigkeit der GmbH grundsätzlich auf *finanziellen Gewinn* gerichtet⁴⁹ – die der Wissenschaftskooperation dagegen auf *Wissensgewinn*.

Dementsprechend findet die GmbH ihre rechtliche Grundlage in Artikel 2 Abs. 1 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit. Wissenschaftskooperationen sind dagegen in Artikel 5 Abs. 3 GG, der besonderen Garantie für Wissenschaft und Forschung fundiert.⁵⁰

Eine Änderung des GmbH-Gesetzes wäre demnach im Rahmen von Artikel 2 Abs.1 GG grundsätzlich möglich – die das GmbH-Gesetz tragende Handlungsfreiheit, ebenso die in Artikel 12 Abs. 1 GG begründete, hier ebenfalls berührte Berufsfreiheit, unterliegen dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Die gleiche Gesetzesände-

rung könnte jedoch im gegebenen Fall für eine Wissenschaftskooperation, die die Form einer GmbH gewählt hat, womöglich in deren durch Artikel 5 Abs. 3 GG geschützten Bereich eingreifen, indem etwa ihre Forschung erschwert oder unmöglich würde.

Solche Konstellationen – sie mögen nicht der Normalfall sein – zeigen auf, dass die Notwendigkeit für Wissenschaftskooperationen, sich aus dem vorhandenen Arsenal von Rechtsformen zu bedienen, ganz grundsätzlich unerwartete Probleme generieren kann. Dies spricht klar dafür, Wissenschaft und Forschung eine eigene Rechtsform zur Verfügung zu stellen – eine Rechtsform, die sie unabhängig macht von Regelungen anderer Zielrichtung und die ihren speziellen Bedürfnissen Rechnung trägt.

Jenseits dessen gibt es weitere Gründe, warum die GmbH in der Wissenschaft eher selten zum Zug kommt. Der wohl wichtigste ist: Die GmbH ist eine eigene Rechtsperson, sie verfolgt ihre eigenen Zwecke. Sie löst sich damit notwendig tendenziell von anderweitigen Interessen der Gesellschafter wie eventueller Träger. Schon die – vom Gesetz vorgeschriebene⁵¹ – Notwendigkeit, einen *eigenen Namen* zu wählen, bringt sie in Distanz zu ihren „Urhebern“. Damit stehen die Ergebnisse der GmbH – im Fall der Wissenschaftskooperation: vor allem Forschungsergebnisse – nicht automatisch den einzelnen Gesellschaftern, sondern der GmbH selbst zu. Gerade die Gesellschafter – etwa eine Universität, eine Klinik, ein Forschungsinstitut – wollen jedoch diese Ergebnisse nutzen. Es bedarf daher wieder ausgeklügelter Regelungen, wie dies zu gewährleisten ist. Und selbst dadurch wird das „Problem der Eitelkeit“ nicht gelöst: dass die Träger ungern hinter ihrer GmbH verschwinden. Sie wollen selbst als die „relevanten Akteure“ erkennbar sein.⁵²

c) Eingetragener Verein

Der *eingetragene Verein* („e.V.“), §§ 55 ff. BGB, hat wie die GmbH den Vorteil, eine eigene Rechtspersönlichkeit zu sein.⁵³ Er kann daher Eigentum erwerben, Verpflichtungen eingehen etc. Zugunsten des Vereins als Rechtsform für Wissenschaftskooperationen spricht – außer der auf das Vereinsvermögen beschränkten Haftung – seine Struktur: Der Verein hat einen Vorstand, der ihn gerichtlich und außergerichtlich vertritt, § 26 Abs. 1 BGB. Daneben besteht als oberstes Beschlussorgan die

47 Löbke, in: Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl., 2013/14, § 15, Rn. 4; Saenger, wie Fn. 40, Rn. 759.

48 Grzinotz, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bnd 3, GmbH, 4. Aufl., 2012, Rn. 36.

49 Michalski, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, Systematische Darstellung, 1 Überblick über das GmbH-Recht, Rn. 193.

50 Eberbach, Gesucht: Rechtsform für Wissenschaftskooperationen, NJW 2016, S. 17.

51 Siehe § 3 Abs.1 Nr. 1 GmbHG.

52 Siehe hierzu ausführlicher Eberbach/Hommelhoff/Lappe, wie Fn. 36, OdW 2017, 1, 4f.

53 Saenger, wie Fn. 40, Rn. 442.

Mitgliederversammlung, § 32 BGB. Insoweit ist bereits, ebenfalls wie bei der GmbH,⁵⁴ in Grundzügen eine Governance-Struktur vorhanden. Wie oben dargestellt,⁵⁵ haben einige der Gesundheitsforschungszentren diese Rechtsform gewählt.

Dennoch können solche Zusammenschlüsse allenfalls als – untechnisch formuliert – „sehr untypische Vereine“ bezeichnet werden. Der Verein ist von seiner Idee her unabhängig vom Wechsel seiner Mitglieder.⁵⁶ Solange die Mitgliedschaft besteht, ist sie (u.a.) nicht übertragbar, § 38 BGB. Im Gegensatz zu der grundsätzlichen Mitgliederunabhängigkeit des Vereins, ist bei Wissenschaftskooperationen gerade das einzelne Mitglied – das konkrete Institut, die konkrete Universitätsklinik etc. – von überragender Bedeutung. Die Mitglieder tun sich zusammen ausschließlich aus dem Grund, weil sie in ihren speziellen Forschungsvorhaben zueinander passen, sich sinnvoll ergänzen. Umgekehrt als es dem Idealbild des Vereins entspräche, ist hier kein Mitglied beliebig austauschbar.

Dies wird gerade bei den Gesundheitsforschungszentren schon deutlich an der – meist in § 2 der Vereinsatzung – enthaltenen Aufzählung der Aufgaben des Vereins. Rund zehn Punkte werden hier aufgelistet, von der Steuerung und Koordinierung gemeinsam finanzierter Forschungsaktivitäten über den Auf- und Ausbau von Forschungseinrichtungen sowie der Entwicklung von Konzepten der Nachwuchsförderung, bis hin zum Aufbau einer gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit des Vereins, von strategischen Allianzen. Ein anderes passfähiges Mitglied als die Gründungsmitglieder zu finden ist hier eine „anspruchsvolle“ Aufgabe.

Dennoch können laut der zitierten Satzung grundsätzlich weitere Mitglieder aufgenommen werden. Als Mitglieder kommen im genannten Beispiel in Betracht: juristische Personen des Zivil- und des öffentlichen Rechts, ebenso rechtsfähige Organisationen des Völkerrechts, in bestimmten Fällen auch natürliche Personen. Voraussetzung jeder Mitgliedschaft ist jedoch die Beteiligung an gemeinsam finanzierten Forschungsaktivitäten an einem der beteiligten Standorte. Damit sind Einschränkungen benannt, die wohl nur sehr wenigen die Möglichkeit lassen, Mitglied des als Verein verfassten Gesundheitsforschungszentrums zu werden.

Dass zudem nicht der Verein im Vordergrund stehen soll, sondern tatsächlich die dahinterstehenden Träger – die als Mitglieder fungieren – zeigt in der genannten Sat-

zung deutlich die Aufgabenstellung der Mitgliederversammlung (MV): Nach der üblichen Einleitung, die MV stelle die Richtlinien für die Arbeit des Vereins auf und entscheide über Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, werden diese grundsätzlich bedeutsamen Fragen ausbuchstabiert mit einer (nicht abschließenden!) Aufzählung von 15 Unterpunkten.

Dem Vorstand wird hiermit ein Korsett verpasst, das ihm wenig Luft zum Atmen lässt. Dem korrespondiert, dass die Aufgaben, die dem Vorstand zugeschrieben werden, im Wesentlichen nur vorsehen, Vorschläge der MV *ausführen* und seinerseits *Vorschläge unterbreiten* zu dürfen. Eine starke, weil mitgliederunabhängige Vereinsführung, die den Verein prägen könnte – man denke an große Sportvereine oder als Verein organisierte Verbände der Wirtschaft – ist nicht vorgesehen. Prägendes Organ ist vielmehr bis ins Detail die Mitgliederversammlung.

Auf der Suche nach einer für Wissenschaftskooperationen passenden Rechtsform wird der Verein damit passend gemacht, wo er eigentlich nicht passt. Dieses Vorgehen ist jedes Mal erneut nicht nur mit enormem Arbeitsaufwand verbunden. Es führt außerdem zuerst zum Frust der Wissenschaftsverwaltungen, die solche Konstruktionen ersinnen müssen, und dann zum Frust der Wissenschaftler, die damit leben müssen. Eine Lösung des Rechtsformproblems ist dies nicht.

d) Stiftung, Partnerschaftsgesellschaft mbH, öffentl.-rechtl. Zweckverband

Weitere Rechtsformen seien hier, weil nur am Rande in Betracht zu ziehen, kürzer abgehandelt.

aa) Die *Stiftung* kommt nur in seltenen Fällen in Frage.⁵⁷ Dies liegt zum einen darin begründet, dass sie – anders als Wissenschaftskooperationen – gekennzeichnet ist durch das „Fehlen jeden mitgliedschaftlichen Elements“.⁵⁸ Die Stiftung steht grundsätzlich unter sog. „Ewigkeitsgarantie“: Nach § 87 Abs. 1 BGB ist sie im Wesentlichen nur auflösbar, wenn der Stiftungszweck nicht mehr erreicht werden kann.⁵⁹ Wie dargestellt, ist dagegen die weit überwiegende Zahl der Wissenschaftskooperationen zeitlich, wenn auch evtl. auf etliche Jahre, begrenzt. Zudem ist das „Stiftungsgeschäft“, die Gründung der Stiftung (§ 81 BGB), formal umständlich: Es muss ein zur dauerhaften Zweckerfüllung bestimmtes Vermögen bereitgestellt werden, und die Stiftung muss *nach Landesrecht* von der jeweils zuständigen Behörde anerkannt werden.⁶⁰ Erfahrungsgemäß nimmt dies viel

54 Vgl. Eberbach/Hommelhoff/Lappe, wie Fn. 36, OdW 2017, 1, 4.

55 Siehe oben II.3.b).

56 Ellenberger, in: Palandt, BGB, 75. Aufl., 2016, Einf. v. § 21, Rn. 14.

57 Oben II.2.c) wurde hierfür als Beispiel das DKTK genannt.

58 v. Campenhausen/Stumpf, in: v. Campenhausen/Richter, Stif-

tungsrechtshandbuch, 4. Aufl., 2014, § 1, Rn. 5.

59 Saenger, wie Fn. 40, Rn. 477.

60 „Das Nebeneinander von Bundes- und Landesrecht ist kennzeichnend für das Stiftungsrecht“, v. Campenhausen/Stumpf, wie Fn. 58, Rn. 8.

Zeit in Anspruch. Bei einer länderübergreifenden Stiftung bedarf es zudem zunächst der Einigung, welches Landesrecht überhaupt zur Anwendung kommen soll. Schließlich kann die Stiftungsaufsicht, der die Stiftung unterliegt, auch wenn sie eine reine Rechtsaufsicht ist, zu Problemen und Umständlichkeiten führen. Die Stiftung kommt damit als Lösung des hier behandelten Rechtsformproblems in aller Regel nicht in Betracht.

bb) Die Partnerschaftsgesellschaft, zumal in ihrer Form als *Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung*,⁶¹ enthält Regelungen, die hier interessieren könnten. Dies betrifft insbesondere den neuen Absatz 4 zu § 8 PartGG. Danach wird die Haftung der Partnerschaft bei fehlerhafter Berufsausübung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Voraussetzung ist, dass eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen wurde.⁶² Eine ähnliche Haftungserleichterung wäre auch im Rahmen einer eigenen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen denkbar.

Die Partnerschaftsgesellschaft ist jedoch nach § 1 Abs. 1 PartGG nur zugänglich den Angehörigen Freier Berufe. Hierzu zählen zwar laut § 1 Abs. 2 PartGG u.a. auch Wissenschaftler – jedoch nur, wenn sie „Dienstleistungen höherer Art“ erbringen „im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit“. Auf Wissenschaftler trifft dies typischerweise zu etwa bei der Erstellung von Gutachten o.ä. Der Weg in die Partnerschaftsgesellschaft mbH ist der Wissenschaftskooperation daher schon aus Rechtsgründen versperrt.

cc) Zu denken ist auch an den *öffentlich-rechtlichen* Zweckverband.⁶³ Schon die Bezeichnung enthält jedoch die Limitierung: Ein Zweckverband käme a priori nur infrage, wenn alle beteiligten Forschungseinrichtungen ihrerseits dem öffentlichen Recht unterliegen. Dies mag etwa bei einer Kooperation unter Hochschulen grundsätzlich der Fall sein. Aber schon hier gibt es Ausnahmen, wenn etwa eine als Stiftung konzipierte Hochschule beteiligt werden soll. Ebenso käme der Zweckverband sofort an seine Grenzen, wenn nach einiger Zeit zum Beispiel auch eine außeruniversitäre Forschungseinrichtung aufgenommen werden sollte. Der *öffentlich-rechtliche* Vertrag steht für die ganze außeruniversitäre Forschung nicht zur Verfügung.

Selbst wenn alle Beteiligten öffentlich-rechtlich organisiert sind, ergeben sich weitere Erschwernisse, wenn nicht sogar Hinderungsgründe, aus den Restriktionen des öffentlichen Haushaltsrechts, das hier anwendbar wäre. Sie führen etwa beim Zweckverband durch eine Nachschusspflicht (in Form an den Verband zu leistender Umlagen) de facto zu einer unbegrenzten Haftung. Aus all diesen Gründen ergibt sich damit aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag keine allgemeine Problemlösung für Wissenschaftskooperationen.

Für die alternativ vorstellbare *Anstalt des öffentlichen Rechts* (AöR) bedarf es zur Errichtung eines Gesetzes. Das öffentliche Recht erweist sich damit insgesamt nicht als geeignet für Kooperationen.⁶⁴

4. Hilfsmittel zur Rechtsformfindung

Wer Unterstützung sucht, um für seine Kooperation die richtige Rechtsform zu finden, dem werden verschiedene Handreichungen geboten.

a) Leitfaden

Die Antragsteller für die Ausschreibung der „Nationalen Roadmap für Forschungsinfrastrukturen“ zum Beispiel können den „Leitfaden zur Konzepterstellung“⁶⁵ zur Hand nehmen. Dort sind jedoch unter der einschlägigen Empfehlung „5.2.3 Governance“ nur wenige allgemeine Angaben enthalten. Das Thema „Rechtsform“ wird nicht erwähnt.

b) Merkblatt

Eine andere Fundstelle ist der Vordruck 0110, „Merkblatt für Antragsteller/ Zuwendungsempfänger zur Zusammenarbeit der Partner von Verbundprojekten“. Es ist zu finden im sog. BMBF-Formularschrank⁶⁶ und wortgleich etwa im BMWi-Formularschrank.⁶⁷ Das Merkblatt umfasst etwas über drei Seiten. Es beschreibt unter anderem, was ein Verbundprojekt ist und welche Informationen für eine Förderentscheidung vorliegen müssen – Angaben zur Rechtsform zählen nicht dazu. Sodann heißt es ausdrücklich: „Einzelheiten der Zusammenarbeit regeln die Partner durch eine schriftliche Kooperationsvereinbarung, für die kein Vertragsmuster vorgegeben und die dem BMBF oder dem von ihm

61 Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, v. 15.7.2013, BGBl. I, S. 2386.

62 Die Mindestversicherungssumme beträgt nach dem neu eingefügten § 51a Abs.2 der ebenfalls geänderten Bundesrechtsanwaltsordnung mindestens 2,5 Millionen Euro für jeden Versicherungsfall.

63 Siehe zum Zweckverband etwa *Dittmann*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bnd II, 2. Aufl.,

2000, § 18, Rn. 41 ff.

64 Zum Ganzen siehe genauer *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, wie Fn. 36, OdW 2017, 1,3 – auch zum Folgenden.

65 BMBF, Leitfaden..., wie Fn. 34.

66 Fundort: Formularschrank BMBF, Rubrik Allgemeine Vordrucke und Vorlagen für Berichte, Vordruck 0110 (aufgerufen am 29.12.2017).

67 Formularschrank BMWi, Rubrik Allgemeine Vordrucke und Vorlagen für Berichte, Vordruck 0110 (aufgerufen am 29.12.2017).

beauftragten Projektträger (PT) nur auf ausdrücklichen Wunsch vorzulegen ist“.

Als allgemeine Hinweise sind zu finden: „Aus der Kooperationsvereinbarung muss ersichtlich sein, dass kein Leistungsaustausch im Sinne eines Auftragsverhältnisses vorliegt.“ Die Vereinbarung solle eine ausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen im Hinblick auf die Benutzung und Verwertung von Wissen und Ergebnissen unter den Verbundpartnern. Hierfür werden Maßgaben und Vorschläge, insbesondere auch zu Schutzrechten, aufgelistet. Empfehlungen zur Rechtsform für die Vereinbarung enthält das Merkblatt nicht.

c) Mustervereinbarung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat eine „Mustervereinbarung für Forschungs- und Entwicklungskooperationen“ vorgelegt.⁶⁸ Im Vorwort wird hervorgehoben, bei der rechtlichen Ausgestaltung der Auftragsforschung und von Forschungskooperationen bestehe „oftmals insbesondere bei kleineren und mittleren Unternehmen ebenso bei kleineren Hochschulen erheblicher Abstimmungsbedarf.“ Das hohe Maß an Diversität auf Seiten der Forschungseinrichtungen und ebenso der Unternehmen führe zu einer „Vielfalt an Vertragsgestaltungen für Kooperationen mit der Industrie, die häufig bei jeder Verhandlung neue Varianten erfährt.“⁶⁹ Diesen Feststellungen ist zuzustimmen.

Die Mustervereinbarung umfasst insgesamt rund 70 Seiten, dabei werden drei Vertragstypen exemplarisch dargestellt, oft mit Varianten und Anmerkungen. Den Schluss bilden rund 15 Seiten „Vorbemerkung und Fibel“, sie enthalten wichtige Hinweise etwa zu EU-Regelungen sowie zu vielen Einzelfragen. Umfang, Aufbau und Komplexität der Mustervereinbarung, die dem Interessierten viele Anregungen bringen, stehen jedoch einer einfachen Handhabung – sie war das Ziel ihrer Autoren⁷⁰ – entgegen. Zudem bleibt das Problem letztlich fehlender Rechtssicherheit – wie auch bei anderen Mustern etc.⁷¹ – bestehen.

5. Recht der EU

Beim Rundumblick über das Panorama vorhandener Rechtsformen ist auch das Recht der EU nicht zu verges-

sen. Grenzüberschreitende Kooperationen sind alltäglich. Die Gründung einer „Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)“ etwa käme nach dem Recht der EU⁷² zur Durchführung gemeinsamer Forschungsvorhaben grundsätzlich in Betracht. Tatsächlich empfiehlt sich eine solche Rechtsform jedoch nicht, da die Gesellschafter nach Artikel 24 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 unbeschränkt als Gesamtschuldner haften. Zudem besteht gemäß Artikel 21, Abs. 2 der Verordnung eine Nachschusspflicht der Gesellschafter, wenn die EWIV Verluste macht.⁷³

Der „Europäische Verbund für territoriale Zusammenarbeit (EVTZ)“⁷⁴ bringt zwar den Vorteil, eine eigene Rechtspersönlichkeit zu besitzen. Er hat jedoch ganz vorrangig die Erleichterung der *territorialen* Zusammenarbeit im Blick. Mitglieder des EVTZ können demgemäß etwa Gebietskörperschaften der verschiedenen Ebenen sein und öffentliche Unternehmen, ferner „Einrichtungen, die der Vergabeordnung unterliegen (hierzu gehören auch Universitäten)“.⁷⁵ Ein allgemein den Wissenschaftskooperationen zur Verfügung stehendes Vertragsmodell ist der EVTZ daher nicht.

Eine weitere Rechtsform der Zusammenarbeit auf europäischer Ebene hat die europäische Kommission – unterstützt durch das 2002 gegründete „Europäische Strategieforum für Forschungsinfrastrukturen (ESFRI)“ – geschaffen: Eine Rechtsform für Forschungsinfrastrukturen: „ERIC – European Research Infrastructure Consortium“. Mit dieser Rechtsform soll der ESFRI Roadmap-Prozess unterstützt werden. Die dahinter stehende Idee ist, dass auch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union jeweils Fahrpläne für Forschungsinfrastrukturen entwickeln für Forschungsbereiche, die für die Europäische Union als besonders bedeutsam angesehen werden.⁷⁶ Die neue spezifische Rechtsform kommt damit nur bei der Teilnahme am Infrastrukturprozess zwischen den Mitgliedstaaten zur Anwendung.

Es gibt damit, soweit ersichtlich, auf europäischer Ebene bisher keine allgemeine Rechtsform, die generell für Wissenschaftskooperationen geeignet ist. Auch unter

68 Dieser „Leitfaden für die Zusammenarbeit zwischen Wissenschaft und Wirtschaft“ ist inzwischen im Juli 2017 in Berlin in 3. Auflage erschienen.

69 BMWi, Mustervereinbarung für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, Berlin, 3. Aufl., 2017, Vorwort, S. 1 und 3.

70 Vgl. BMWi, Mustervereinbarung wie Fn. 69, Vorwort, S. 3.

71 Siehe zu weiteren Mustern, Leitfäden usw. Eberbach/Hommelhoff/Lappe, wie Fn. 36, OdW 2017, 1 mit Fn. 3.

72 Sie ist geregelt in der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985, ABl. Nr. L 199/1 v. 31.07.1985. Siehe hierzu das EWIV-Ausführungsgesetz v. 14.04.1988, BGBl. I, S. 514, zuletzt geändert durch Artikel 16 des Gesetzes v. 23.10.2008 (BGBl. I, S. 2006).

73 Ostermaier/Vogt/Vogt, wie Fn. 37, S. 77 ff.

74 Vgl. VO (EG) 1083/2006, v. 11.07.2006, ABl. Nr. L 210/79, v. 31.07.2006; geändert durch VO (EU) 1302/2013, v. 17.12.2013, ABl. Nr. L 347/303 v. 20.12.2013.

75 Zum Ganzen vgl. Blaurock/Henninghausen, Der Verbund territorialer Zusammenarbeit (EVTZ) als Rahmen universitärer Kooperationen, OdW 2016, 73, insbes. 74, m.w.N.

76 Siehe zu dieser Rechtsform und ihrem Hintergrund: Europäische Kommission - Forschung und Innovation – Forschungsinfrastrukturen: http://ec.europa.eu/research/infrastructures/index_en.cfm?pg=eric; ferner: ESFRI – Europäisches Strategieforum für Forschungsinfrastrukturen: <http://www.euburo.de/infra-esfri.htm>; siehe auch: http://ec.europa.eu/research/infrastructures/index_en.cfm?pg=esfri-national-roadmaps (aufgerufen alle am 06.12.2017).

diesem Aspekt erscheint es sinnvoll, zunächst im nationalen Recht eine solche Rechtsform zu schaffen. Ein weiterer Schritt könnte dann sein, dieses Modell adäquat im Recht der EU abzubilden.

6. Fazit zu 3. bis 5.

Keine Rechtsform „aus dem Bestand“ passt für die Vielfalt der Wissenschaftskooperationen. Leitfäden und Merkblätter sind teils zu umfangreich und kompliziert, teils zu unspezifisch. In der Praxis wird daher bei den Rechtsformen was nicht passt, passend gemacht. Der Preis dafür:

- Eine „Maßanfertigung“ für jeden Vertrag ist nötig.
- Die Haftungsbegrenzung ist schwierig.
- Die Rechtssicherheit ist meist fraglich.
- Die Sichtbarkeit der Kooperationsträger ist oft nicht erreichbar.
- Das Vertrauen wird strapaziert, bevor die Kooperation begonnen hat.

Viele Verträge unterschiedlicher Kooperationen, von unbefristeten bis zu Vereinbarungen für einzelne Vorhaben, die der Verfasser ausgewertet hat, bestätigen: Die Verträge sind kompliziert, sie sind aufwendig und sie enthalten „Angstklauseln“ für die verschiedensten Eventualitäten. Dieser Befund wird bestätigt durch Gespräche mit Leitenden Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen etwa von Kliniken, Forschungsinstituten, Hochschulen und Unternehmen – beklagt werden insbesondere der Zeitaufwand, die dennoch verbleibende rechtliche Unsicherheit und die durch die Vertragentwicklung verursachte Frustration der Beteiligten.

III. Vorüberlegungen zu einer eigenen Rechtsform

Der Suche nach einer neuen Rechtsform kann man verschiedene Leitsprüche voranstellen. Etwa: „Um klar zu sehen, genügt oft ein Wechsel der Blickrichtung“⁷⁷ – das stimmt, jedoch nur „oft“, es kann ebenso die Blickwendung von Nacht in Nebel bedeuten. Einen anderen Ansatz bringt die in vielen Wirtschafts- aber auch Wissenschaftsbereichen hochgelobte sog. *Disruption*, sehr allgemein formuliert: die Verdrängung des Vorhande-

nen durch ganz Neues.⁷⁸ Das Recht verträgt jedoch keine Brüche, es ist nach *Zippelius* „weitgehend durch die natürlichen und sozialen Verhältnisse bestimmt..., die es ordnet oder an die seine Ordnung anknüpft... Es wird unrichtig, wenn es sich zu den Tatsachen in Widerspruch setzt“.⁷⁹

Will man diesen Widerspruch zwischen Tatsachen und Recht vermeiden, ist es probat, das Projekt in zwei Schritten anzugehen, zunächst unter Anwendung des „*Bömmel-Prinzips*“, und sodann des „*Dyson-Prinzips*“. Dies bedeutet:

- Aus der Forschung ihre *einfachsten Wirkmechanismen* zu destillieren (*Bömmel-Prinzip*).
- Eine neue Rechtsform zu finden, die zu jeder Art Wissenschaftskooperation passt (*Dyson-Prinzip*).

1. Das Bömmel-Prinzip

Das „*Bömmel-Prinzip*“ bezieht sich auf das Buch „Die Feuerzangenbowle“ von *Heinrich Spoerl*.⁸⁰ Der dort auftretende niederrheinische Lehrer Bömmel, der seinen Schülern erklären soll, was eine Dampfmaschine ist, geht die Darstellung gleichsam „fundamental“ an. Er beginnt dafür mit der legendär gewordenen Formulierung „Also wat is en Dampfmaschin? Da stelle mer uns janz dumm.“ Dieses „Sich-dumm-stellen“⁸¹ bedeutet nichts anderes, als vorurteilsfrei einen Gegenstand oder ebenso soziale, politische, wirtschaftliche usw. Verhältnisse, und so auch die Forschung, unter die Lupe zu nehmen.

Im Vordergrund steht daher zunächst die *Erkundung der Fakten*. In diesem ersten Schritt ist die Realität, sind die *sozialen Verhältnisse der Forschung* von ihren Grundlagen her zu betrachten. Denn sie müssen von der gesuchten neuen Rechtsform berücksichtigt und gefördert werden. Das „*Bömmel-Prinzip*“ bedeutet dabei, sich nicht von der Komplexität irritieren zu lassen, sondern zunächst die Einzelheiten in den Blick zu nehmen. Aus ihnen ergeben sich ihr Zusammenwirken und damit die Bedingungen ihres Funktionierens.

2. Das Dyson-Prinzip

Im zweiten Schritt ist das Konzept zu entwickeln, wie das Recht – im Sinne von *Zippelius* – die zuvor analysierten sozialen Verhältnisse optimal ordnen kann. Hier kommt

77 Das Zitat wird dem Schriftsteller *Antoine de Saint-Exupery* zugeschrieben – im Internet findet man die verschiedensten Unternehmen etc., die das Zitat zu ihrem Leitspruch gewählt haben, z.B. die Ratingagentur ASSEKURATA, Jens Jannasch Business Coaching, die Seite „Gutzitiert“ etc.

78 Siehe nur den Zukunftsforscher *Matthias Horx*: Der Mythos Disruption; siehe auch oben Fn. 18. <http://www.zukunftsinstitut.de/artikel/innovation-und-neugier/der-mythos-disruption/>

79 *Zippelius*, Das Wesen des Rechts, München, 2. Aufl., 1969, S. 53 und 60. Ähnlich *Grzinotz*, wie Fn. 48, Rn. 1.

80 *Heinrich Spoerl*, Die Feuerzangenbowle, 1933, Ausgabe Piper, 5. Aufl., 2016, S. 35.

81 Die angelsächsische Variante des Bömmel-Prinzips lautet „KISS – Keep it simple, stupid“ – sie hat jedoch bei weitem nicht den Charme des alten Vorbildes; zudem ist es unhöflich, den Gesprächspartner als „stupid“ zu bezeichnen.

das „Dyson-Prinzip“ zum Zug: Der Engländer *James Dyson*⁸² hatte sich vorgenommen, den Staubsauger neu zu erfinden: ohne die unhygienischen Staubbeutel, die mit zunehmender Füllung zu einer immer geringeren Saugleistung führen. Dafür legte er gleichsam alle bekannten Lösungen beiseite – er fing ganz von vorn an, um zur Erreichung eines bestimmten Zwecks etwas Neues zu schaffen. Dies gelang.

Entsprechend soll hier nicht im Vordergrund stehen, wie man Vorhandenes (bestehende Rechtsformen) vielleicht „zurechtbiegen“ könnte. Vielmehr ist das Ziel, ohne Nebenblick auf's Vorhandene eine neue Rechtsform zu entwickeln, deren Maß allein Wissenschaft und Forschung sind. Wenn dabei am Ende der eine oder andere Aspekt bestehenden Rechtsformen ähnlich ist oder gleicht, wäre dies ein guter Beleg, dass diese Regelung nun tatsächlich für Forschung erforderlich ist. Nicht anders war es beim Dyson-Staubsauger, der schlussendlich eine revolutionäre Technik bot, jedoch trotzdem wie andere Geräte Bürsten für den Boden benötigt und einen Griff, um ihn zu halten. Auf dem Weg dorthin gab es jedoch keine Vorfestlegungen, in seiner dann gefundenen Gestalt war er optimal für die Erfüllung seiner Aufgabe. Eine entsprechend optimale Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zu finden, stellt wohl kein geringeres Ziel dar.

IV. Back to the roots – Die vier Grundfragen der Wissenschaftskooperation

In Anwendung des *Bömmel-Prinzips* ist es sinnvoll, sich auf die vier praktischen Grundfragen zu besinnen, die sich jede geplante Kooperation in der Wissenschaft stellen und beantworten muss:

wer – was – wie – wozu (das Ziel).

Diese vier Fragen erzwingen, die vielfältige, ja zum Teil wildwüchsige Forschungsrealität auf ihren Kern zu reduzieren. Dieser Kern ist es, der die Forschungswelt zusammenhält. Analog hierzu muss eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen gestaltet werden:

- Sie muss die vier Grundfragen ins Recht übersetzen.
- Sie muss dafür einen Regelungskern definieren aus nur wenigen rechtlichen „Bauteilen“, die bei *allen* Kooperationen unerlässlich sind.
- Sie muss zusätzlich in ihrem „Regelungs-Baukasten“ jedoch *dispositive* Vorschriften enthalten für die vielfältigen Zusatzvereinbarungen.

Jeder der vier Schritte „wer-was-wie-wozu“ verweist jeweils schon auf den nächsten Schritt, ist untrennbar mit ihm verbunden – und jeder dieser Schritte ist fehleranfällig.

1. Wer

Der Ausgangspunkt jeder Forschungsk Kooperation ist die *Benennung der Beteiligten*. Später können, wenn dies gewollt ist, weitere Beteiligte dazukommen oder vorhandene ausscheiden. Die „Gründer“ der Kooperation müssen jedoch eindeutig feststehen.

Die erste Frage, *Wer* – wer sich an einer Forschungsk Kooperation beteiligt – verweist allerdings notwendig sogleich auf die Frage nach dem *Was*: Welche Forschung, in welchem Gebiet, soll in Angriff genommen werden. Die oben zitierten Kooperationen haben stets ein bestimmtes Forschungsfeld im Blick, seien es etwa Lungenerkrankungen, Infektionen o.ä. Aus diesem gemeinsamen Interesse folgt die Vorstellung, welcher Partner einen ergänzen, zu einem passen könnte.

Wie wichtig schon diese erste Grundüberlegung nach den richtigen Forschungspartnern ist, zeigt sich etwa an sog. Beutegemeinschaften: Außer der Vorstellung, gemeinsam größere Chancen zu haben, um etwa Fördermittel „abgreifen“ zu können, fehlt ein valides Forschungsvorhaben. Damit besteht wenig Aussicht auf Bestand oder gar bedeutsame Forschungsergebnisse. Den falschen Partner auszuwählen kann auch zum Beispiel dazu führen, dass die Verwertung einer Erfindung blockiert wird: So hat etwa ein am Weltmarkt führendes Unternehmen womöglich kein akutes Interesse, eine revolutionäre technische Fortentwicklung seines Produkts herauszubringen, weil das Unternehmen mit der bisherigen Version noch große Umsätze macht – eine Neueinführung jedoch mit hohem Aufwand verbunden ist. Die Wahl falscher Partner ist daher der erste Stolperstein für eine gelingende Kooperation.

2. Was

Für jede Wissenschaftskooperation ist die genaue *Beschreibung des Vorhabens* unerlässlich. Eine unklare Beschreibung, *was* gemacht werden, in welche Richtung sich die Forschung bewegen soll, ist konfliktbehaftet. Daher gehört es zum Kernbereich der Kooperation, dieses „Was“ gemeinsam und übereinstimmend zu definieren.

Was sich nach einer Selbstverständlichkeit anhört, wird in der Realität oft genug außer Acht gelassen. Bei Start-ups⁸³ etwa ist mitunter der Drang nach vorn grö-

82 Nicht Maßstab sein sollen hier natürlich die 5.127 Versuche, die Dyson für seine Erfindung benötigte – vgl. den Bericht in FAZ v. 12.03.2012, Beruf und Chance: Der König der Fehlschläge.

ßer als der Plan, wohin – sie vertrauen darauf, das „learning by doing“ werde schon für Klarheit sorgen. Bis dahin kann jedoch viel Geld verbrannt oder das ganze Projekt gescheitert sein.

Die Frage, *was* die Partner gemeinsam machen wollen, verbindet sich alsbald mit der Frage: „Und *wie?*“. Tatsächlich ist eine der größten Gefahren bei einzelnen Kooperations-Partnern sowie bei der Kooperation insgesamt, sich zu verzetteln, vom „Was“ keine kohärente Vorstellung zu haben – und so das Ziel, das am Ende der Fragen stehende „Wozu“, aus den Augen zu verlieren.

3. Wie

Eine Kooperation, die sich auf einen Forschungsinhalt festgelegt hat, muss notwendig auch festlegen, *wie* sie die *Aufgaben angehen* will. Dazu mag gehören zu vereinbaren, welcher Partner für welche Teilbereiche des Projekts zuständig ist – also die Aufgabenteilung. Auch andere organisatorische Festlegungen sind zu treffen, etwa Abstimmungswege sowie Berichts- und Informationspflichten.

Das „Wie“ ist letztlich ausschlaggebend für den Erfolg der Kooperation. Unzulängliche Organisation, unklare Zuständigkeiten, mangelnde Kommunikation – es liegen viele Fußangeln auf dem Weg. Ein wesentlicher, vielleicht der wichtigste „Kalenderspruch“ lautet deshalb hier: „*Wichtig ist für Was und Wie – eine gute Strategie!*“⁸⁴

Wie man eine Aufgabe in Angriff nimmt, hängt wiederum ganz wesentlich ab vom „Wozu“ – vom schlussendlichen Ziel der Kooperation. Die „gute Strategie“ ist dabei der Leitfaden zum Ziel.

4. Wozu

Im „Wozu“ liegt das definierte Ziel. Das übergeordnete und erstrangige Ziel jeder Forschung ist der *Wissensgewinn*. Neues Wissen gewinnen zu wollen, ist der grundlegende Unterschied zu den primär auf wirtschaftlichen Gewinn gerichteten Gesellschaftsformen.

Das Ziel „verwirklicht“ sich, es „materialisiert“ sich in Erfindungen, Patenten, Entdeckungen etc. Der Wissensgewinn kann damit (und soll meist) sekundär auch „geldwert“ sein.

Wenn

- die richtigen Partner (wer)
- das richtige Projekt (was)
- auf die richtige Weise (wie)

83 Der Verfasser konnte beruflich jahrelang in der bm-t beteiligungsmanagement thüringen gmbh entsprechende Erfahrungen sammeln bei Auswahl - und ggfls. Begleitung der Umsetzung - hoffnungsfroher Ideen für neue Produkte und Dienstleistungen, die sich aufmachten, den Markt zu erobern.

84 Wie sehr eine gute Strategie fehlen kann, wie unbedingt erforderlich sie jedoch ist, kann der Verfasser aus eigenem Miterleben bestätigen. Dies gilt gleichermaßen für ein derzeit begleitetes Start-up im Medi-

verfolgen, ist dies die beste Gewähr, das Ziel (wozu) zu erreichen.

In der Praxis werden jedoch zu oft diese Grundvoraussetzungen – aus Eile, mangelnder Sorgfalt, Zeitdruck, aus Stress etc. – vernachlässigt. Damit werden Geld, Zeit und Initiative nutzlos vernichtet.

V. Zur Rechtsform

Sind die Grundbedingungen der Forschung analysiert, kann ein „rechtliches Gewand“, eine Rechtsform gesucht werden, die dem Befund entspricht. Als oberste Maxime ist dafür festzuschreiben:

Das Recht darf die Forschung nicht behindern, es soll sie fördern.

1. Kongruenz von Forschung und Recht

Für die Formulierung rechtlicher Regelungen gilt der Grundsatz: „Nur wer genau weiß, was er vermitteln will, kann sich kurz und verständlich ausdrücken.“⁸⁵ Wie wichtig es daher ist, zunächst die Grundbedingungen der Forschung festzustellen, erhellen die sich unmittelbar aus dem elementaren „Wer-was-wie-wozu“ ergebenden Folgerungen für das Recht: Der Kern der Regelungen ist genauso zwingend wie diese vier Fragen. Und diese Regelungen müssen genauso einfach sein - und einfach formuliert sein - wie sie. Diese Regelungen sind gleichsam das Grund-Gesetz aller Wissenschaftskooperationen.

Mit steigender Komplexität der Kooperation steigen auch Komplexität und Umfang des Regelungsbedarfs – das zeigen die einschlägigen Verträge. Für die *juristische Sprache* dieser Regelungen darf dies jedoch nicht gelten. Ihre Kennzeichen müssen stattdessen sein Einfachheit, Prägnanz, Gliederung und Ordnung auf allen drei Ebenen: Wortwahl, Satzbau und Textaufbau.⁸⁶

Nicht jede Kooperation benötigt jedoch jede Regelung. Das Rechtskonstrukt, das es zu bilden gilt, gleicht damit dem Bau eines Multifunktionshauses: Jede Partei will darin leben, sie hat daher einen unverzichtbaren Grundbedarf, wie Wohnfläche, Wände, Decke, Licht, Sanitäreinrichtung u.ä.; jedoch hat jede Partei darüber hinaus unterschiedliche Anforderungen, ein Atelier der Künstler, mehr Zimmer die Großfamilie, einen Fahrradkeller der Gesundheitsbewusste etc.

enbereich wie im Bereich der etablierten Forschung.

85 So das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 3. Aufl., Teil B, 1, 1.1 Juristische Fachsprache. Fundstelle: http://hdr.bmj.de/page_b.1.html (aufgerufen 04.11.2017).

86 Handbuch der Rechtsförmlichkeit, wie Fn. 85, Teil B, Rdnr. 53.

Um im Sinne des „Dyson-Prinzips“⁸⁷ im Bild zu bleiben: Ein „rechtlicher Neubau“ ist einer „Altbau-Sanierung“, um das Gebäude für Kooperationen bewohnbar zu machen, in jedem Fall vorzuziehen. Denn ein altes Haus ist nicht beliebig änderbar: Tragende Mauern sind zu beachten, gewünschte Raumgrößen sind daher oft nicht möglich, die Fassadengliederung setzt Grenzen, der Keller ist feucht... Selbst eine Grundsanierung, obwohl sie mit hohen Kosten verbunden ist, erzwingt allenthalben Kompromisse. Im Recht – und hier endet der Vergleich mit einem Bauwerk – gibt es keinen Grund, solche Kompromisse hinzunehmen etwa wegen der schönen Barockfassade.

Das Maß für das Recht ergibt sich allein aus dem zu regelnden Problem,⁸⁸ ihm muss es „an-gemessen“ sein.⁸⁹

Das neue rechtliche Gebäude, das *Gesamtregelwerk* für Wissenschaftskooperationen, muss dementsprechend

- die vier Grundfragen der Forschung (wenn auch nicht wörtlich) *ins Recht übersetzen*,
- eine „*rechtliche Grundversorgung*“ zwingenden Rechts vorsehen,
- darüber hinaus *rechtliche* Optionen anbieten, die je nach Kooperation benötigt werden – oder nicht.

Als Lösung folgt hieraus konsequent ein „*Baukastenprinzip*“ für kleine bis zu großen, von kurzfristigen bis zu unbefristeten Kooperationen.

Es könnte indessen infrage gestellt werden, ob eine so variable Baukasten-Rechtsform „für Klein bis Groß“ überhaupt möglich sei. Es ist jedoch durchaus vorstellbar, und es gibt Referenz-Projekte in anderen Bereichen. Dem rechtlichen Baukasten-System liegt dasselbe Prinzip zugrunde, wie man es zum Beispiel in der Technik findet: So kann etwa ein Kolben-Motor als Hilfsmotor mit nur einem kleinen Kolben ein Fahrrad antreiben - und als riesige Maschine mit vielen Kolben einen Öltanker. Ähnlich verhält es sich mit der neuen „eAchse“ von *Bosch*: Dieser in seiner Bauweise stets gleiche kompakte elektrische Antrieb ist skalierbar für Fahrzeuge verschiedenster Größe, vom Kleinwagen über den Transporter bis zum Sportauto.⁹⁰ Es spricht nichts dagegen, dieses Grundprinzip, ein solches Baukasten-System, auch im Recht zu verwenden.

87 Oben III.2.

88 „Das Problem sucht sich seine Lösung“ wäre eine andere Formulierung für das Dyson-Prinzip.

89 Dem steht nicht entgegen, dass über die Frage, ob eine neue rechtliche Regelung das neue - oder neu vermessene - Problem adäquat löst, trefflich gestritten werden kann. Auch kann dieses neue Recht nach einer Anzahl von Jahren „alt aussehen“ – wie der Verfasser es erlebt hat bei den seinerzeit ohne Vorbild neuen Gesetzesvorhaben Embryonenschutzgesetz, Gentechnikrecht,

2. Detailansicht – Der Regelungs-Baukasten

Die Kernaussage, das Recht dürfe die Forschung nicht behindern, ist die *Maxime* – das vorrangige Ziel des Wissensgewinns die Präambel der Kooperationsregelung.

So könnte die Präambel in einem „Gesetz zur Regelung von Wissenschaftskooperationen“ zum Beispiel lauten:

„§1 *Präambel*: Das vorrangige Ziel jeder Wissenschaftskooperation ist der Wissensgewinn. Alle Vereinbarungen, Regelungen und Maßnahmen der Kooperationspartner sind auf dieses Ziel auszurichten. Dies schließt die Vereinbarung weiterer Ziele nicht aus.“

Stets unter Beachtung dieses Vorspruchs müssten sodann die konkreten Gesetzesregelungen folgen und die einzelnen Schritte der Forschung mit dem Recht in Deckung bringen.

a) Übersetzung der Forschungsschritte in Regelungskreise

Aus den vier Grund-Schritten der Forschung ergibt sich für deren Regelung ebenfalls eine Reduktion aufs Wesentliche, auf den Kern dessen, „was Recht sein soll“. Die Kongruenz zwischen Recht und Forschung bedeutet jedoch nicht, dass in einem „Gesetz zur Regelung von Wissenschaftskooperationen“ den vier Forschungsschritten einfach analog vier Regelungen gegenüberstünden. Wesentlich ist vielmehr, dass diese vier Schritte im Recht angemessen und zutreffend *abgebildet* sind. Ein Gesetz, dass die Realität der Forschung ignoriert, hätte kaum Aussicht, befolgt zu werden.⁹¹ Andererseits kann es auch nicht lediglich „die Wirklichkeit abschreiben“. Ein Gesetz muss vielmehr zusätzlich allgemeinen rechtlichen Kategorien gerecht werden. So ist beispielsweise *Haftung* keine grundlegende Kategorie der Forschung, sehr wohl aber ein ganz wesentliches Element des Lebens in einer Gesellschaft, die die Unverletzlichkeit von Rechtsgütern schützen muss.

Bei dieser „Übersetzung“ ins Recht finden sich die Forschungsschritte inkorporiert *in drei Regelungskreise*. Diese drei Bereiche sind:

ähnlich beim SED-Unrechtsbereinigungsrecht.

90 Bosch Mobility Solutions: Auf der Überholspur: Bosch verhilft der Elektromobilität zum schnellen Durchbruch <http://www.bosch-mobility-solutions.de/de/highlights/antriebssysteme-und-elektrifizierte-mobilität/elektromobilität/> (aufgerufen am 29.12.2017); siehe auch Preuß, FAZ v. 23/08/2017: Bosch rollt die Autobrache mit neuem Elektroantrieb auf; WELT N24 – PS WELT v. 31.08.2017: Bosch E-Achse.

91 Siehe *Zippelius*, wie Fn. 79, S. 60.

- *Wissensgewinn* (hier sind „wer“ und „wozu“ zu finden, die Teilnehmer und ihr Ziel)
- *gute wissenschaftliche Governance* (ihr zentraler Inhalt ist das „Was“ und „Wie“; hierher zählen Forschungsbereich, Aufteilung der Beiträge und Zusammenarbeit)
- *Schutz Dritter, Transparenz* (dies betrifft die oben angesprochenen Fragen der Haftung).

b) Regelungsbausteine im Angebot

Für alle drei Bereiche sind, je nach Umfang und Bedarf der Kooperation, im „Baukasten“ weitere *rechtlich vorformulierte Regelungen* vorrätig zu halten, etwa:

- *Wissensgewinn*: 1) eigene Rechtspersönlichkeit, d.h. Rechtsfähigkeit; 2) Eigentum an Vermögen und Finanzmitteln; 3) Zuordnung von Ergebnissen der Forschung; 4) Nutzung der Ergebnisse durch die Kooperation und ihre Träger; 5) Arbeitgeber- und Dienstherreneigenschaft; 6) Augenhöhe mit den Trägereinrichtungen; ... etc.
- *Gute wissenschaftliche Governance*:⁹² 1) Leitung der Kooperation durch Wissenschaftler (dies dokumentiert das vorrangige Ziel des Wissensgewinns); 2) Leitung zugleich Repräsentanten der Trägereinrichtungen; 3) Kaufmännischer Vorstand; 4) Trägerversammlung für Grundentscheidungen und Entgegennahme Jahresbericht (vergleichbar einer Mitgliederversammlung); 5) Wissenschaftlicher Beirat, keine Entscheidungskompetenz; 6) Forscherversammlung zum Schutz ihrer Rechte gem. Artikel 5 Abs. 3 GG; ...etc.⁹³
- *Schutz Dritter, Transparenz*: 1) Haftung beschränkt, wie Partnerschaftsgesellschaft mbH; 2) Haftpflichtversicherung zur Absicherung Dritter; 3) Freistellung der Forscher von persönlicher Haftung (unmittelbar oder entspr. § 839 BGB/Artikel 34 GG); ...etc.

In einem weiteren „Baukasten-Segment“ sind etwa dispositive Regelungen vorzusehen für:

- Organisationsvereinbarung
- Vereinbarung zum Sprecher der Kooperation
- Beitragsvereinbarung
- Publikationsvereinbarung
- Vereinbarung zur Vereinheitlichung der IT-Struktur

92 Zu den Grundtatbeständen der Governance vgl. v. Werder, in: Hommelhoff/Hobt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 3 ff.

93 Zu einzelnen Fragen der Governance-Strukturen bei Wissenschaftskooperationen – Leitung, Trägerversammlung, Überwachung und Begleitung, Forscherversammlung und Ablauforga-

- Verteilung eingeworbener Drittmittel
- ... etc.

Es bleibt den Teilnehmern der Kooperation unbenommen, sich statt der im Gesetz enthaltenen dispositiven Regelungen zu bedienen, eigene Vereinbarungen zu entwerfen. Stets wird jedoch gegenüber der gesetzlich vorgeschlagenen Regelung abzuwägen sein, ob es sich lohnt, für das eigene Konstrukt Zeit und Geld aufzuwenden und die dafür stets fehlende Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen.

Alles in Allem: Regelungen, die ihren Sinn nur „mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“ erschließen,⁹⁴ können Forschung und Recht nicht zusammenführen. Der Anspruch ist stattdessen, die gesetzlichen Vorschriften sprachlich richtig und möglichst für jeden verständlich zu fassen.⁹⁵

VI. Fazit und Ausblick

Wissenschaftskooperationen bewegen sich heute, je nach Blickwinkel, im rechtsfreien oder im rechtlich überfüllten Raum: rechtsfrei, weil das vorhandene Recht keine spezifische Regelung für solche Kooperationen vorsieht; überfüllt, weil die Kooperationen herumirren zwischen vielerlei Gestaltungsmöglichkeiten, von denen jedoch keine zu ihrem spezifischen Inhalt passt.

Das hier – in Ansätzen – beschriebene Projekt einer „eigenen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen“ will Abhilfe schaffen. Es legt die elementaren Schritte, wie Wissenschaft und Forschung vorgehen, zugrunde. Denn das Recht muss seinem Gegenstand angemessen, an dessen Maß gemessen und ausgerichtet sein.

Die oberste Maxime der Regelung von Wissenschaftskooperationen ist: Das Recht darf die Wissenschaft nicht behindern, es soll sie fördern. *Zwingendes* Recht kommt daher nur dort in Betracht, wo es die sachnotwendig zwingenden vier Schritte „wer-was-wie-wozu“ nachvollzieht, die jede Wissenschaft und Forschung gehen muss.

Darüber hinaus ist *zwingendes* Recht nur dort notwendig, wo es der Schutz Dritter erfordert, insbesondere bei der Frage der *Haftung*. Denn die Freiheit von Wissenschaft und Forschung, findet ihre Grenze an den fundamentalen Rechtsgütern anderer, wie Leben, Gesundheit und Eigentum.

nisation – siehe Eberbach/Hommelhoff/Lappe, wie Fn. 36, OdW 2017, 1, 5 ff.

94 Österreichisches Verfassungsgericht, zitiert vom Bundesfinanzhof im Vorlagebeschluss vom 06.09.2006 – XI R 26/04, vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, wie Fn. 85, Rn. 54 (mit Fn. 20).

95 Handbuch der Rechtsförmlichkeit, wie Fn. 85, Rn. 54.

Jenseits dieser Grundlagen ist das die Wissenschaftsfreiheit am besten fördernde Rechtsmodell ein „Regelungs-Baukasten“. Er enthält neben den wenigen zwingenden Vorschriften Rechts-Bausteine zur freibleibenden Verwendung durch die Kooperationen.

Diese Rechtsform für Wissenschaftskooperationen erfüllt drei wesentliche Bedingungen:

- Sie dient der Forschung, indem sie den *Wissensgewinn* fördert.
- Das Baukasten-System ermöglicht eine *einfache Handhabung*.
- Sie bietet durch ein eigenes Gesetz *Rechtssicherheit*.

Die Arbeitsgruppe „*Rechtsformalternativen de lege ferenda*“⁹⁶ wirbt bisher für dieses Projekt mit Fachgesprächen, der Vorstellung bei den großen Wissenschaftsorganisationen, Veröffentlichungen, Gesprächen mit Abgeordneten des Deutschen Bundestages sowie dem Symposium vom

5./6. Oktober 2017 in Berlin. Weitere Aktivitäten werden folgen. Das Ziel ist, den Gesetzgeber für das Projekt einer eigenen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zu gewinnen. Gemäß dem Auftrag aus Artikel 5 Abs. 3 GG fördert die Politik Wissenschaft und Forschung. Fördermittel für die mühsame Konstruktion von Kooperationsverträge zu verschwenden, passt dazu nicht. Die bessere Alternative ist die vorgeschlagene eigene Rechtsform für Wissenschaftskooperationen.

Wolfram Eberbach, Ministerialdirigent a.D., war Honorarprofessor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Abt.-Leiter in Thüringen in den Ministerien für Justiz, für Finanzen und zuletzt für die Bereiche Hochschulen, Wissenschaft und Forschung im Thüringer Kultusministerium sowie Kuratoriumsvorsitzender von drei Forschungseinrichtungen.

96 Siehe oben Fn. 3.

Christian Harringa

*Zwischen Völkerrecht und Frascati: Praktische Aspekte der Ausgestaltung internationaler Kooperationen am Deutschen Elektronen-Synchrotron (DESY)**

ÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Das DESY und seine Kooperationen am Beispiel von HERA, European XFEL und CTA

1. HERA

2. European XFEL

3. Cherenkov Telescope Array (CTA)

III. Bewertung von Kooperationsformen am Beispiel der von der ESFRI ausgewählten Charakteristika

IV. Thesen zu den Erfolgsfaktoren bei der Organisation internationaler Forschungseinrichtungen

I. Einleitung

Der weit überwiegende Teil aktueller Forschungsvorhaben ist international. Forschungsergebnisse werden international veröffentlicht und bewertet, Forschungsteams sind multinational und jedenfalls in Europa werden auch Ressourcen für größere Projekte in immer stärkerem Maße international vergeben. Die Frage, wie diese internationale Zusammenarbeit von Forschern in geeignete Organisationsformen gegossen werden kann, nimmt damit ebenfalls eine wachsende Bedeutung ein.

Dabei ist die einhergehende Verrechtlichung des Themas den agierenden Wissenschaftlern und zum Teil auch den sie beschäftigenden Institutionen vielfach nicht bewusst. Dort wo sie es ist, werden Regelungsansprüche aus den beteiligten Rechtssystemen vielfach als ein lästiges Beiwerk empfunden, welches Zeit kostet, die für die eigentliche Forschung fehlt und Anforderungen manifestiert, denen sich die Forschung glaubte entziehen zu können. Früher waren Forschungsvorhaben durch Absprachen hochintelligenter und einander gut bekannter Akteure geföhrt um ein vielfaches einfacher. Heutige Konstrukte aus den verschiedensten nationalen und internationalen Rechtsgebieten, die für eine moderne Forschungskoopeation wie etwa den im September dieses

Jahres eingeweihten europäischen Röntgenlaser European XFEL nötig sind, werden dagegen als äußerst komplex empfunden.

Der unlängst unternommene Anlauf,¹ aufbauend auf den Instituten des deutschen Gesellschaftsrechts eine für wissenschaftliche Kooperationen besonders geeignete Kooperationsform zu entwickeln, kann hier sehr hilfreiche Dienste leisten. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Initiative von der Möglichkeit Gebrauch macht, eine umfassende Lösung unter Einschluss nicht nur von gesellschafts-, sondern auch von haftungs- und insbesondere steuerrechtlichen Fragestellungen zu entwickeln. In welcher Form diese Kooperationen künftig normiert und standardisiert werden können, bzw. welcher Katalog erprobter Rechtskonstrukte hierfür sinnvoll wäre, wird in den weiteren Beiträgen dieses Heftes beleuchtet.

Im Zentrum des hier verschriftlichten Symposiumsbeitrags geht es darum, einige Beispiele aus der erprobten Kooperationspraxis einer seit mehreren Jahrzehnten international agierenden Forschungseinrichtung aufzuzeigen. Im Anschluss werden diese Beispiele gemäß den vom European Strategy Forum on Research Infrastructures (ESFRI) der EU gewählten Charakteristika² eingeordnet. Die vom ESFRI gewählten Charakteristika werden dabei um jene ergänzt, die sich in der Praxis des DESY als besonders wesentlich für die Erfolgsaussichten einer Kooperation erwiesen haben. Schließlich werden dann, gestützt auf die praktische Erfahrung am DESY, Thesen zu erfolgskritischen Organisationscharakteristika von Forschungskoopeationen entwickelt, die bei der vorgesehenen rechtlichen Abbildung künftiger wissenschaftlicher Kooperationsformen Orientierung bieten können.

II. Das DESY und seine Kooperationen am Beispiel von HERA, European XFEL und CTA

Das DESY baut und betreibt seit 1959 in Hamburg als Stiftung des Bürgerlichen Rechts Teilchenbeschleuniger,

* Schriftliche Version eines Vortrags gehalten anlässlich des Symposiums „Forschungskoopeationen Plädoyer für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform“ am 6. Oktober 2017 in Berlin. Die in diesem Aufsatz geäußerten Ansichten sind die des Autors und geben nicht notwendigerweise die offizielle Meinung des DESY wieder.

1 Vgl. Wolfram Eberbach, Peter Hommelhoff, Johannes Lappe: Eine Kooperationsform für die Wissenschaft, Ordnung der Wissenschaft 1/2017, S. 1ff.

2 Report of the Workshop on the Legal forms of research infrastructures of pan-European interests, Brussels 23 March 2006.

die der Erforschung der Materie in maximaler zeitlicher und räumlicher Auflösung dienen. Seit 1992 hat DESY einen zweiten Standort in Zeuthen bei Berlin, der sich vor allem der Astroteilchenphysik widmet. Mit heute mehr als 2.300 Beschäftigten und einem Jahresetat von mehr als 350 Mio. € zählt das DESY zu den größten Beschleunigerzentren weltweit. Mehr als 3.000 Gastforscher arbeiten jährlich für einige Zeit am DESY, mehr als 1.000 Kooperationen wurden zwischen dem DESY und Forschungspartnern im In- und Ausland geschlossen.³ DESY ist Gründungsmitglied der Helmholtz-Gemeinschaft.

Für die Zwecke dieser Darstellung werden drei wesentliche Kooperationsprojekte gewählt, die DESY in den vergangenen Jahrzehnten geprägt haben bzw. im Fall von CTA künftig tun werden. Allen drei Projekten ist gemein, dass es sich um internationale Kooperationen mit einer größeren Zahl von Teilnehmern und einem Budget im drei- bis vierstelligen Millionen-Euro-Bereich handelt. Die Projekte, die hier in ihrer physikalisch-naturwissenschaftlichen Konzeption nur im Ansatz beschrieben werden können, dienen als Beispiele für verschiedene organisatorische Herausforderungen, an denen sich Vorschläge für die rechtliche Verfasstheit von Forschungsk Kooperationen messen lassen müssen. Ihre Darstellung beschränkt sich daher an dieser Stelle im Wesentlichen auf organisatorische Rahmendaten.

1. HERA

Die der Untersuchung der inneren Proton-Struktur gewidmete *Hadron-Elektron-Ring-Anlage* HERA ist mit einem Umfang von 6.336 Metern die größte Beschleunigeranlage, die DESY je errichtet hat. In dieser Anlage werden Teilchen beschleunigt und an vorbestimmten Punkten zur Kollision gebracht. Aus den zerberstenden sub-atomaren Teilchen lassen sich dann durch aufwendige Detektoren unter Einsatz riesiger Rechenkapazitäten Rückschlüsse auf die Teilchenstruktur ziehen. Der Bau der unterirdischen Anlage begann 1984. Die ersten Experimente konnten 1992 ihren Messbetrieb beginnen. Herausragender wissenschaftlicher Erfolg der Anlage war die Entdeckung des Gluons. HERA war bis Ende Juni 2007 in Betrieb.

Zwölf Länder mit mehr als 40 Forschungsinstituten waren am Bau der mehr als 1 Milliarde Mark teuren Anlage beteiligt, rund 77 % der Kosten wurden von Deutschland getragen. Interessant ist das seither insbesondere im Bereich der damals federführenden Teilchenphysik im-

mer wieder höchgelobte sog. „HERA-Modell“.⁴ Dieses Modell beschreibt die Organisation von Planung, Bau und Betrieb einer Forschungsinfrastruktur von hoher Komplexität und enormem Ressourcenbedarf im Rahmen einer Gemeinschaft interessierter Forschungseinrichtungen, die sich ohne eine eigene ausdrückliche rechtliche Organisation rund um einen zentralen „Organisator“ – in diesem Falle DESY – aufstellt. Konkret bestand die Kollaboration im Wesentlichen aus Sachbeiträgen in Form von Komponenten der Gesamtanlage, über deren Notwendigkeit man sich in Form eines rechtlich nicht bindenden Konzepts zwischen DESY und den übrigen Beteiligten verständigt hatte. Zur Lieferung dieser In-Kind-Beiträge in der erforderlichen Spezifikation hatten sich die Beteiligten bilateral gegenüber DESY verpflichtet. Auf diese Weise war die Beschaffung signifikanter Ressourcen einschließlich deren Umwandlung in entsprechend bepreiste Sachbeiträge den internationalen Partnern überlassen. Finanzielle Direktbeiträge wurden weitgehend vermieden.

Im Betrieb der Anlage lagen die Verantwortung für den Beschleuniger und die gesamte Administration bei DESY. Die Verantwortung für die Experimente einschließlich der zugehörigen Detektorkomponenten wurde vom jeweiligen Partnerinstitut bzw. der für die einzelnen Experimente vereinbarten Kooperation mehrerer Institute übernommen. Die erforderlichen Abstimmungen erfolgten im Rahmen der regelmäßig stattfindenden Treffen der beitragenden Länder, in der auch die Finanzplanung für die kommenden Jahre vorgenommen wurde. Hilfreich für diese Kooperation war die Tatsache, dass sie sich innerhalb der Community der Teilchenphysiker konstituierte, die langjährige Erfahrungen mit ähnlichen, wenn auch im Umfang kleineren Projekten hatte.

In der Rückschau wird das nunmehr seit mehr als zehn Jahren nicht mehr betriebene Modell, dessen Datenauswertung gleichwohl noch immer andauert, von Seiten aller Beteiligten als ein großer Erfolg gewertet. Dies gilt insbesondere für die scheinbar kaum wahrnehmbare Natur der Organisation im Sinne einer insbesondere in der Teilchenphysik erprobten Kooperation zahlreicher Akteure, die sich primär um ein wissenschaftliches Konzept für eine zentrale Anlage organisieren.

2. European XFEL

Der Linearbeschleuniger European X-Ray Free Electron Laser XFEL ist die hellste Lichtquelle der Welt. In Betrieb seit September 2017, dient die Anlage u. a. dazu, molekulare Prozesse mit bis zu 27.000 Bildern pro Sekunde zu

3 Vgl. Ehrich Lohman und Paul Söding, Von schnellen Teilchen und hellem Licht, 50 Jahre Deutsches Elektronen Synchrotron,

Weinheim 2009.

4 Lohman und Söding a.a.O. S. 124 ff.

analysieren. Damit sind dreidimensionale Aufnahmen chemischer und biologischer Prozesse möglich, die völlig neue wissenschaftliche Potentiale in vielen Gebieten erschließen.

DESY hat mit dem Projekt FLASH die technologischen Voraussetzungen für die Elektronenlasertechnologie geschaffen und ist für die ursprüngliche Konzeption des Gesamtprojekts sowie als Konsortialführer für Bau und Betrieb des Beschleunigers, der auf dem DESY-Gelände in Hamburg-Bahrenfeld seinen Anfang nimmt, verantwortlich.

Rechtliche Grundlage des Projekts ist eine völkerrechtliche Übereinkunft,⁵ auf deren Basis eine von 11 Gesellschaftern gehaltene deutsche GmbH – die European XFEL GmbH – gegründet wurde. Größter Gesellschafter ist mit rund 58 % die Bundesrepublik Deutschland, für die DESY die Gesellschafterrolle innehat, zweitgrößter Gesellschafter die Russische Föderation mit rund 27 % der Anteile. Die mit den russischen Anteilen verknüpfte Finanzierungszusage in Höhe von mehr als 250 Mio. € wurde als wichtiger Durchbruch für den Beginn der Realisierung gesehen.⁶ Derzeit neun weitere europäische Partner folgen mit Anteilen von 3 % und weniger.

Die European XFEL GmbH ist verantwortlich für den Betrieb der Experimente, welche rund drei Kilometer von DESY entfernt im schleswig-holsteinischen Schenefeld stattfinden. Die GmbH ist zudem Vertragspartner für die mit den Partnern einschließlich Deutschland vereinbarten In-Kind-Beiträge. Die Baukosten betragen mehr als 1,5 Mrd. €.

Die strategische Leitung der European XFEL GmbH erfolgt durch den sog. XFEL-Council, in dem die Gesellschafter zusammenkommen. Im Übrigen liegt die Leitung bei der Geschäftsführung der GmbH.

Administrative und rechtliche Herausforderungen des Projekts ergeben sich immer wieder aus der als sog. „Cömpany-Lösung“ benannten rechtlichen Selbstständigkeit. Während diese Selbstständigkeit im Sinne einer transparenten und von DESY als Hauptgesellschafter unabhängigen Organisationsform geschätzt wird, ergeben sich gleichzeitig eine Reihe von Schwierigkeiten gegenüber dem zuvor geschilderten HERA-Modell. Beispiele sind etwa Umsatzsteuertatbestände für die von DESY erbrachten Leistungen. Hier ist derzeit zu klären, inwieweit das zwischen den zuständigen Steuerverwaltungen und den einzelnen Zentren der Helmholtz-Gemein-

schaft vereinbarte sog. Frascati-Modell⁷ auch auf die European XFEL GmbH Anwendung findet. Weitere Herausforderungen ergeben sich etwa bei der Personalüberlassung zwischen DESY und der GmbH und nicht zuletzt bei der Zurechnung der erwarteten wissenschaftlichen Erfolge und der daraus resultierenden Reputation.

3. Cherenkov Telescope Array (CTA)

Bei CTA handelt es sich um ein Projekt, das am DESY-Standort in Zeuthen im Bereich der Astroteilchenphysik betrieben wird. Hier geht es um die Errichtung und den Betrieb zweier Observatorien für die Detektion hochenergetischer Gammastrahlen in Chile und auf der Kanareninsel La Palma. Das Projekt befindet sich mit seinen 11 Partnern derzeit noch in der Vorbereitungsphase. Zusagen für das insgesamt rund 400 Mio. € teure Vorhaben liegen aus mehreren europäischen Ländern vor, darunter Deutschland mit rund 19 %. Momentan existiert ein Interim-Rechtsträger in Form einer in Heidelberg beheimateten gGmbH. Der Umzug zum neuen Hauptquartier nach Bologna einerseits und zum Science Data Management Center bei DESY in Zeuthen ist zwischen den Akteuren vereinbart. Mittelfristig wird der Übergang in die noch relativ junge europarechtliche Rechtsform des ERIC⁸ geplant.

Ähnlich der European XFEL GmbH soll der künftige CTA-ERIC eine völker- bzw. gemeinschaftsrechtliche Gründungskonvention erhalten und dann Vertragspartner von In-Kind-Verträgen über zu erbringende Komponenten wie etwa einzelne Teleskope werden. Auch hier ist geplant, dass die deutsche Mitgliedschaft im CTA-ERIC maßgeblich von DESY wahrgenommen wird.

Das CTA-Projekt stößt derzeit auf ähnliche rechtlich-organisatorische Herausforderungen wie die European XFEL GmbH, auch hier gilt es insbesondere steuer- und arbeitsrechtliche Fragen zu klären, die durch den vorgesehenen Umzug von Heidelberg nach Bologna noch einmal komplexer sind. Die Frage der Reputationszurechnung hat eine Rolle gespielt bei der Entscheidung, Hauptquartier und Science Data Management Center an zwei unterschiedlichen Orten unterzubringen, wird der CTA-ERIC unter Einschluss der geplanten Observatorien am Ende an insgesamt vier Standorten innerhalb und außerhalb von Europa beheimatet sein.

5 Convention concerning the Construction and Operation of a European X-Ray Free-Electron Laser Facility, Hamburg 2009.

6 Olof Hallonsten, *The Politics of European Collaboration in Big Science*, in Mayer et al. *The Global Politics of Science and Technology*, Berlin 2014.

7 Hierbei geht es um den Umfang der Vorsteuerabzugsfähigkeit,

der auf der Grundlage der Klassifizierungen wissenschaftlicher Tätigkeit nach dem sog. Frascati-Manual der OECD geregelt wird.

8 Verordnung (EG) Nr. 723/2009 des Rates vom 25. Juni 2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC).

III. Bewertung von Kooperationsformen am Beispiel der von der ESFRI ausgewählten Charakteristika

Die vorangegangenen Beispiele schildern allesamt Forschungsk Kooperationen, die unter maßgeblicher deutscher Beteiligung gemeinsam mit europäischen Partnern betrieben werden. Auch künftig ist davon auszugehen, dass Vorhaben, bei denen eine wissenschaftlich-inhaltliche Kooperation zwischen mehreren europäischen Ländern und ein Finanzbudget im höheren Millionenbereich erforderlich ist, auf der Ebene der EU organisiert werden. Die EU selbst hat diesem Umstand nicht nur 2009 mit der Schaffung des forschungsspezifischen Rechtsträgers ERIC Rechnung getragen, sondern hat aus diesem Grund bereits im Jahr 2002 das European Strategy Forum on Research Infrastructures begründet. Es dient mit seinen Delegierten aus den Mitgliedstaaten der EU als wichtiges Koordinationsinstrument und spielt eine Schlüsselrolle bei der Artikulation von Anforderungen an aktuelle und künftige Forschungsk Kooperationen. In dieser Funktion hat das ESFRI 2006 einen Workshop über rechtliche Formen von Forschungsinfrastrukturen im gesamteuropäischen Interesse, darunter auch European XFEL, vorgenommen.⁹

Angesichts der Bedeutung des europäischen Rechtsraums und nicht zuletzt dem Primat des EU-Rechts für die künftige Rechtsgestaltung von Forschungsk Kooperationen auch in Deutschland macht es Sinn, die Einschätzungen des ESFRI in die Diskussion mit einzubeziehen. Dies gilt umso mehr, als nicht alle der im ESFRI-Report getroffenen Wertungen mit den praktischen Erfahrungen des Jahres 2017 am DESY übereinstimmen.

Das ESFRI nimmt zunächst eine Klassifizierung möglicher Formen der Forschungsk Kooperation nach ihrer Rechtsform, namentlich Völkerrecht, EU-Recht und nationales Recht, vor.

Forschungsk Kooperationen auf der Basis einer völkerrechtlichen Vereinbarung wie etwa beim Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire CERN oder dem European Molecular Biology Laboratory EMBL führen regelmäßig¹⁰ zur Gründung einer mit Völkerrechtspersönlichkeit ausgestatteten Rechtsperson. Bei der Begründung einer solchen Kooperation entstehen umfassende Gründungsdokumente hinsichtlich Mission, Funktion und Struktur der Kooperation, hierzu zählt auch eine klare Governance. Mit der Völkerrechtspersönlichkeit sind in der Regel Privilegien im Abgabebereich und zum Teil auch in der Anwendung nationaler aufsichtsrechtlicher Regelungen verknüpft, was

wiederum zu einer umfassenden spezifischen Regelung etwa über ein Finanzstatut führt. Nicht zuletzt werden durch die Gehaltsregelungen nach internationalem Standard einschließlich steuerlicher Befreiungen sehr attraktive Vergütungsregelungen für das international zu rekrutierende Personal ermöglicht.

Diesen vom ESFRI anerkannten Vorteilen steht ein aufwändiger Gründungsprozess einschließlich parlamentarischer Ratifizierungserfordernisse in den Mitgliedstaaten gegenüber,¹¹ gepaart mit einer nur noch teilweise zu beeinflussenden Finanzierungspflicht durch die Mitglieder.

DESY selbst hat als wichtiger deutscher Kooperationspartner bzw. wissenschaftlicher Nutzer des CERN sowie als Standort einer Outstation des in Heidelberg beheimateten EMBL Erfahrungen mit Forschungsk Kooperationen mit Völkerrechtspersönlichkeit gemacht. Dabei lässt sich feststellen, dass ein umfassender und spezifischer Regelungskatalog durchaus vorteilhaft sein kann. Insbesondere klare Regelungen hinsichtlich der Anwendung nationaler Umsatzsteuer- und Zollregelungen sind angesichts einer zunehmenden und politisch gewünschten Durchdringung von klassisch wissenschaftlichen Themen einerseits und Industriekooperationen andererseits von einem nicht zu unterschätzenden Vorteil. Als Gastgeber einer völkerrechtlich verfassten Einrichtung wie dem EMBL hat DESY allerdings auch Erfahrungen gesammelt, die sich aus der Diskussion von Fragen des Völkerrechtsstatus und daraus ggf. resultierender Befreiungen von nationalen Vorschriften ergeben können.

Für das Modell einer europarechtlich fundierten Forschungsk Kooperation bezog sich das ESFR noch vor Einrichtung des ERIC im Jahre 2009 auf das Gemeinsame Unternehmen i.S.v. Art. 187 AEUV (ehem. Art. 171 EGV). Hier werden als Vorteile u. a. klare und transparente spezifische Managementregeln und eine gute Anwendbarkeit für Industriekooperationen benannt.¹²

Am DESY selbst liegen bislang noch keine intensiven Erfahrungen mit europarechtlich begründeten Forschungsk Kooperationen vor, obwohl etwa mit der als ERIC organisierten Europäischen Spallationsquelle ESS in Lund eine wissenschaftliche Zusammenarbeit besteht, die unlängst auch um einen administrativen Austausch ergänzt wurde. Aktuell stellen sich für das ERIC noch Fragen nach der Reichweite einer Umsatzsteuerprivilegierung, namentlich inwieweit diese auch für die Erstellung von In-Kind-Leistungen der Kooperationspartner Anwendung finden kann.

9 ESFRI Report of the Workshop on the Legal forms of research infrastructures of pan-European interests, 23 March 2006, Brussels QUELLE.

10 Mischformen sind gleichwohl denkbar, wenn wie beim European XFEL sich die Mitgliedstaaten auf der Basis einer völkerrechtli-

chen Konvention zur Gründung einer GmbH nach deutschem Recht verpflichten.

11 ESFRI Report, a.a.O., S. 15.

12 SFRI-Report a.a.O. S. 10.

Hinsichtlich der klassischen Rechtsformwahl unter nationalem Recht bezieht sich das ESFRI neben einem vollhaftenden Unternehmen wie der European Synchrotron Radiation Facility ESRF in Form der französischen Société Civile u. a. auch auf die beim European XFEL gewählte Form der GmbH sowie auf die Rechtsform einer Stiftung nach niederländischem Recht, die für die Stiftung Deutsch Niederländische Windkanäle DNW gewählt wurde. Diesen national verfassten Kooperationen attestiert das ESFRI¹³ neben klaren Management- und Buchführungsregeln mit Ausnahme der Stiftung eine gute Anschlussfähigkeit für die Industrie sowie eine im Vergleich zu völkerrechtlichen Lösungen deutlich günstigere Kostenstruktur.

Als deutscher Gesellschafter des European XFEL hat DESY, wie bereits unter II. 2 beschrieben, einen längeren Erfahrungsschatz sowohl als Kooperationspartner wie auch als Anteilseigner sammeln können. Dabei hat sich gezeigt, dass die auf den ersten Blick klare gesellschaftsrechtliche Lösung vielfach überlagert wird von der gelebten Praxis in der international zusammengesetzten Gesellschafterversammlung, dem XFEL-Council. Der Verzicht auf eine umfassende und abschließende (völker-)rechtliche Lösung, auch hinsichtlich von Steuern und Abgaben, stellt die Verwaltung des wissenschaftlich überaus erfolgreichen Projektes immer wieder vor große Herausforderungen. Diese mögen zum Teil aus der Hybrid-Struktur einer auf einer völkerrechtlichen Konvention begründeten Gründung einer deutschen GmbH liegen. Allerdings kann als fraglich gelten, ob eine internationale Kooperation ohne eine solche Konvention einschließlich der geübten Praxis eines Quasi-Erfordernisses einstimmiger Entscheidungen überhaupt denkbar ist.

IV. Thesen zu den Erfolgsfaktoren bei der rechtlichen Organisation internationaler Forschungs-kooperationen

In der Gesamtschau lässt sich aus der Perspektive DESYs konstatieren, dass die Erfolgsaussichten der unterschiedlichen Rechtsformen internationaler Forschungseinrichtungen nicht immer leicht vorherzusehen sind. Das scheinbar regelungsfreie „HERA-Mödel“ findet noch immer großen Anklang unter den beteiligten Wissenschaftlern, dagegen erweisen sich deutlich aufwändigere Rechtskonstrukte wie der European XFEL in der konkreten Anwendung als durchaus anspruchsvoll.

Aus der naturgemäß subjektiven, allerdings über eine Vielzahl von Jahren und Projekten gewachsenen Erfahrung DESYs als Partner bzw. Initiator lassen sich einige

Thesen über relevante Erfolgsfaktoren bei der rechtlichen Konstruktion internationaler Forschungs Kooperationen ableiten:

- Völker- bzw. unionsrechtliche Lösungen sind manchmal nur auf den ersten Blick unangemessen aufwändig.

Die mehr als 60-jährige erfolgreiche Arbeit des CERN ebenso wie die des deutlich jüngeren EMBL zeigen, dass sich individuelle völkerrechtliche Lösungen mit ihren umfassenden Befreiungen in Bereichen aktuell wachsender Komplexität wie Zoll oder Steuern als durchaus praktisch erweisen können und komplexe Gründungsprozesse sich längerfristig als durchaus lohnend erweisen. Dies gilt voraussichtlich auch für das europarechtliche Rechtskonstrukt ERIC, auch wenn hierzu noch keine längeren Praxis existiert und bereits Zweifel an der angemessenen Reichweite der Steuerbefreiung erhoben werden. Wesentlicher Grund hierfür ist der diesen Rechtspersonen immanente und im nächsten Punkt erläuterte holistische Ansatz.

- Rechtsinstitute mit holistischem Ansatz schützen vor aktuellen und künftigen Herausforderungen.

Bei der Wahl eines bestehenden bzw. der Konzeption eines neuen Rechtsrahmens für wissenschaftliche Kooperationen erweisen sich solche Rechtsinstitute als anwendungsfreundlich, die einen Regelungsansatz verfolgen, der neben Aspekten des Gesellschaftsrechts auch die Bereiche Steuern und Abgaben abschließend und sonderrechtlich regeln. Diese Privilegierung ist zwar rechtsdogmatisch unschön und auch nicht sonderlich fantasievoll, gleichwohl sollte bei einem Regelungsgegenstand wie der Forschung, die sich einer stetig wachsenden auch politischen Wertschätzung erfreut, nicht vorschnell darauf verzichtet werden. Wer über die Konzeption von Spezialrechtsformen, maßgeschneidert für die Belange von Forschungs Kooperationen, nachdenkt, findet sich mit einer dezidierten Privilegierung durchaus in guter Gesellschaft. So zeigt sich dieser Grundgedanke doch deutlich etwa in Rechtsgebieten wie dem Europäischen Beihilferecht oder auch der leider z. T. der Vergangenheit angehörenden forschungsfreundlichen Handhabung des Umsatzsteuerrechts.

- „Rechtsfreie“ Konstrukte sind möglich

Komplexe und langjährige Kooperationsprojekte sind, wie im „HERA-Modell“, im Einzelfall auf der Basis einer technischen Verständigung ohne rechtliche Verbindlichkeit möglich. Hinzukommen müssen neben der technisch-inhaltlichen Verständigung eine Reihe von bilateralen Verträgen zwischen einem zentralen Organisator

13 ESFRI-Report a.a.O. S. 7.

und den beitragenden Partnern. Eine solche Kooperation kann nur entstehen, wenn hinreichende wissenschaftspolitische Bereitschaft besteht, sich einem zentralen Organisator mit großem Mitteleinsatz und über einen längeren Zeitraum anzuschließen. Das Fehlen einer rechtlichen Verselbstständigung der Kooperation löst dabei – unter der Voraussetzung einer gedeihlichen Zusammenarbeit der Partner – auch das Problem, dass die eine Kooperation tragenden Partner ggf. in der Wahrnehmung hinter die Kooperation zurücktreten.

■ Kritischer Faktor Reputationszurechnung

Mit Ausnahme des „HERA-Modells“ sind die geschilderten Ansätze allesamt anfällig für den in der Wissenschaft durchaus kritischen Faktor der Reputationszurechnung. Auch bei einer effizienten und hinreichend abschließenden rechtli-

chen Regelung stellt sich doch in vielen Fällen die Frage, ob aus Sicht der beitragenden Partner eine angemessene Zurechnung der zu erwartenden wissenschaftlichen Reputation über die in der Regel längere Dauer der Kooperation sichergestellt ist. Da es hier nicht primär um wissenschaftliche Eitelkeit, sondern um handfeste Interessen an Wahrnehmbarkeit, politischer Wertschätzung und einhergehender Sicherung künftiger öffentlicher Förderung geht, ist dieser Punkt nicht zu vernachlässigen. Dieser Sorge Rechnung zu tragen, erscheint dabei als eine der größten Herausforderungen im Umgang mit aktuellen und künftigen Forschungsk Kooperationen.

Christian Harringa ist Administrativer Direktor am DESY.

Florian Schulz

*Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an
den Vortrag von Christian Harringa, Administrati-
ver Direktor am Deutschen Elektronen-Synchrotron
(DESY)*

Diese Diskussionsrunde hatte das Referat mit dem Titel „Zwischen Völkerrecht und Frascati – Praktische Aspekte der rechtlichen Ausgestaltung internationaler Kooperationen am DESY“ von *Christian Harringa*, Administrativer Direktor am Deutschen Elektronen-Synchrotron (DESY), zum Gegenstand.

Zu Beginn der Diskussion erfolgte der Hinweis, dass bei der Organisation wissenschaftlicher Kooperationen die Komplexität durch den internationalen Faktor noch zusätzlich gesteigert werde. Jedoch amortisiere sich der gesteigerte Gründungsaufwand, je länger das Vorhaben dauere. Am Beispiel HERA dagegen zeige sich, dass die Rechtsdogmatik es nicht in jedem Fall vermag, sich in der Praxis zu bewähren. Denn das Vorgehen bei diesem Großprojekt mit dem Baubeginn 1984, ohne schriftlichen Gründungsvertrag, schlicht unter Vereinbarung der Einhaltung der Regeln „guter wissenschaftlicher Praxis“, bestehe zwar durch seine simple Gründung, enthalte jedoch nur schwer kalkulierbare (Haftungs-)Risiken für den Forschungsbetrieb. Dennoch habe es tadellos funktioniert. Auf die Frage, woran es denn liege, dass heutige Großprojekte in der Forschung im Gegensatz zu HERA deutlich regelungsbedürftiger geworden seien, wurde geantwortet, dass es bei HERA einen Hauptfinanzier gegeben habe. Nach dessen Zusage sei die (finanzielle) Durchführbarkeit des Vorhabens gesichert gewesen, sodass alsbald mit dem Bau begonnen werden konnte. Heutige Großprojekte dagegen würden sich insbesondere durch eine hohe Anzahl an internationalen Kooperationspartnern und einen deutlich gesteigerten finanziellen Aufwand auszeichnen. Hier gelte es, die oftmals divergierenden Interessen der internationalen Partner zunächst in einen Ausgleich zu bringen. Dabei biete sich oftmals ein zweigeteiltes Vorgehen an: In einem ersten Schritt erfolgt eine völkerrechtliche Vorvereinbarung als Vorgründungsvertrag, in dem die politischen Interessen einfließen können und eine Strategie für das Vorhaben festgelegt werden kann. Sodann erfolgt die eigentliche Gründung, wie etwa beim X-Ray Free-Electron Laser Facility (XFEL), als GmbH-Gründung. Nach der Ansicht der Diskutanten ist ein solcher völkerrechtlicher Vorgründungsvertrag geeignet, die eigentliche Gesellschaftsgründung zu vereinfachen und der zu

gründenden Gesellschaft wertvolle Hinweise für den weiteren Verlauf des Gesellschaftslebens zu geben.

Ebenfalls Eingang in die Diskussion fand die steuerrechtliche Komponente. Es wurde die Frage aufgeworfen, wann es sich lohne, durch eine transparente, durchlässige Gestaltung der Kooperation die Umsatzsteuerpflichtigkeit zu vermeiden. Hierbei erfolgte der Hinweis, dass die Beurteilung der Umsatzsteuerpflichtigkeit für die Verantwortlichen in einer Forschungsk Kooperation oftmals problematisch sei. Zwar könne als Maßstab das von der OECF veröffentlichte Frascati-Handbuch herangezogen werden, doch entfalte dies keinerlei Bindungswirkung hinsichtlich einer finanzgerichtlichen Betrachtung. Hinzu komme unter Umständen eine abweichende Beurteilung durch wechselnde Zuständigkeit des Finanzamts infolge eines Umzugs des Vorhabens.

Im Bewusstsein dessen wurde erörtert, ob für internationale Forschungsk Kooperationen die Verwendung einer originär europäischen Rechtsform einen Ausweg aus dieser und anderen Problemlagen bieten könnte. In concreto wurde das europäische Konsortium für eine Forschungsinfrastruktur (ERIC) genannt. Diese Rechtsform wurde durch eine Verordnung am 25. Juni 2009 verabschiedet und trat am 28. August 2009 in Kraft. Kernstück der ERIC ist die Einstufung als internationale Einrichtung im Sinne des Artikel 143 Buchstabe g) und 151 Absatz 1 Buchstabe b) der Mehrwertsteuerrichtlinie, was eine Befreiung von der Mehrwert- bzw. Umsatzsteuer zur Folge hätte. Diese Rechtsform wurde jedoch mit der Anmerkung versehen, dass derzeit ihr gegenüber gerade von behördlicher Seite noch ein gewisses Misstrauen herrsche. Darüber hinaus zeichne sich die ERIC durch ein aufwendiges Gründungsverfahren aus. Ferner gebe es Schwierigkeiten im Funktionsablauf.

Sodann wurde die Diskussion mit der Frage weitergeführt, ob es denn nötig sei, eine neue Rechtsform für kleinere und kleinste Kooperationen zu schaffen, oder ob es vielmehr eine Rechtsform speziell für größere, institutionalisierte Kooperationen geben müsse. Verbunden wurde dies mit dem Hinweis, dass im laufenden Forschungsbetrieb – gerade bei den außeruniversitären Forschungseinrichtungen – vermutlich täglich Kooperationen gegründet werden, ohne dass dies ins Bewusstsein

der Teilnehmer rückt, was unter Umständen – man denke an die (unbewusste) Gründung einer GbR mit der damit verbundenen persönlichen Haftung gemäß § 128 HGB analog – erhebliche Risiken für die beteiligten Forscher mit sich bringen könne. Gerade unter diesem Aspekt sei es sachdienlich, eine Rechtsform zu etablieren, die von Beginn an mit der Kooperation „wachsen“ könne. Hierauf wurde zunächst die große Bedeutung kleinerer Kooperationen betont, die diese schon allein aufgrund ihrer bloßen Anzahl besitzen. Daher sei es angebracht, Organisationsprozesse zu etablieren, die zu einem strukturierteren Ablauf solcher Kooperationen beitragen, etwa durch die Zurverfügungstellung eines

Musterdokuments, das sich mit den grundlegenden Fragen wie der Haftung beschäftigt. Nicht beinhalten solle ein solches Musterdokument dagegen Fragen bezüglich der Governance-Struktur. Entscheidend für eine verbesserte Forschungspraxis sei letztlich das Vorhandensein möglichst leicht handhabbarer Instrumente von Seiten des Gesetzgebers.

Florian Schulz promoviert im Bereich des Gesellschaftsrechts am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Max-Emanuel Geis

Forschungskooperationen: Öffentliches oder Zivilrecht? – Positionsbestimmungen und Regelungszuständigkeiten –¹

ÜBERSICHT

- I. Notwendigkeit einer neuen Rechtsform?
- II. Öffentlich-rechtliche Anknüpfungen
- III. Zivilrechtliche Anknüpfungen
 1. Kooperationsverträge
 2. Gesellschaftsverträge
 3. Modell Partnerschaftsgesellschaftsgesetz?
- IV. Fazit

I. Notwendigkeit einer neuen Rechtsform?

Forschungskooperationen haben derzeit hohe Konjunktur. Dafür gibt es endogene und exogene, jedenfalls aber heterogene Gründe. Dabei ist das „Urmodell“, die Kooperation als schlichter Mehrwert einer Kumulation von Forschungsinteressen, nur noch eine unter verschiedenen Beweggründen. Hochschulpolitische Gründe sind mittlerweile ein wesentlicher Faktor geworden. Mehr oder weniger erzwungen ist die Kooperation zwischen Medizinischen Fakultäten und Universitätsklinik in den Bundesländern, in denen letztere nach 2006 zu eigenständigen Rechtsträgern (meist Anstalten des öffentlichen Rechts) ausgegliedert wurden (sog. „Kooperationsmodell“ bzw. „Trennungsmo-²“). Dagegen verspricht die Einbeziehung außeruniversitärer Forschungseinrichtungen im Rahmen der Exzellenzinitiative der Universitäten als Faktoren eines „starken“ Standorts Wettbewerbsvorteile. In deren dritten Auflage werden zudem Exzellenzcluster in Gestalt von Forschungsverbänden dezidiert begünstigt. Kooperationsdruck entsteht aber im Gegenzug auch für die außeruniversitären Forschungsorgani-

sationen durch die Entscheidungskriterien der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz für die Aufnahme in die gemeinsame Bund-Länder-Förderung nach Art. 91 b GG sowie verschiedene Empfehlungen des Wissenschaftsrats. So entstanden die Deutschen Zentren für Gesundheitspflege (DZG)³, bei denen die Helmholtz-Gemeinschaft (HHG) eine gewisse Präponderanz ausübt, während die Leibniz-Gemeinschaft (WGL) vor allem auf die Errichtung sog. Wissenschaftscampi zusammen mit örtlichen oder benachbarten Partneruniversitäten setzt.⁴ Damit soll auch der viel kritisierten „Versäulung“ des Wissenschaftssystems begegnet werden.

Freilich sind Forschungskooperationen keine neue Erscheinung: Schon § 2 Abs. 6 HRG verpflichtete die Hochschulen zur Kooperation untereinander sowie mit staatlichen bzw. staatlich geförderten Einrichtungen. Im Bereich der Forschung (die Lehre soll hier einmal ausgeblendet werden) betrifft dies in erster Linie die - bereits erwähnten - außeruniversitären Forschungsinstitute der großen Wissenschaftsorganisationen⁵, jedoch auch die sog. Ressortforschungseinrichtungen des Bundes und der Länder.⁶ Weit verbreitet ist natürlich eine Kooperation von Hochschulen mit privaten Einrichtungen, für die als Paradigma das privatrechtlich verfasste An-Institut stehen mag. Last but not least ist die Zusammenarbeit mit eigenen Forschungsabteilungen großer Industriefirmen zu nennen.⁷ Gerade Kooperationen zwischen Hochschulen und der Industrie spielen seit langer Zeit eine große Rolle, die durch die Implementation des Wettbewerbsprinzips und des Neuen Steuerungsmodells im Hochschulbereich⁸ durch den Zwang zur Drittmittelgenerierung, aber auch die gesetzliche Verpflichtung

1 Vortrag auf dem Symposium „Forschungskooperationen“ am 5./6. 10. 2017 in Berlin. Die Vortragsfassung wurde (bei einigen Ergänzungen) weitgehend beibehalten. Für wertvolle Hilfe bei der Materialsammlung danke ich Frau Anja Nestler, wiss. Mit., sehr herzlich.

2 Übersicht bei Sandberger, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 3, Hochschulmedizin und Universitätsklinik, Rdn. 262. Vgl. auch Wissenschaftsrat, Allgemeine Empfehlungen zur Universitätsmedizin, 2007, Anlage, S. 47 f.

3 Vgl. dazu Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Weiterentwicklung der Deutschen Zentren der Gesundheitsforschung, 2017, S. 17.

4 Übersicht bei: <https://www.leibniz-gemeinschaft.de/forschung/leibniz-wissenschaftscampi/>.

5 Vgl. Epping, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 1, § 2 HRG, Rdn. 48 mwN Meusel, Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 1999, § 2 Rdn. 13 ff.

6 Informativ Barlösius, Ressortforschungseinrichtungen – Forschung im staatlichen Auftrag, in: Simon/Knie/Hornboßel/Zimmermann (Hrsg.), Handbuch Wissenschaftspolitik, 2. Aufl. 2016, S. 570 ff.

7 Namentlich im Elektro-, Chemie- und Automobilkonzern. Als Beispiel unter vielen sei das Center of Knowledge Interchange (CKI), genannt, das von der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU) und der Siemens AG getragen wird.

8 Vgl. Geis/Bumke, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), S. 364 ff., 407 ff.

zum Wissens- und Technologietransfer (vgl. § 2 Abs. 7 HRG) noch forciert worden sind. Auch ist nach langen Jahren der bereits genannten „Versäulung“, also der Auseinanderbewegung der universitären und außeruniversitären Forschung, die (begünstigt durch die im Rahmen der Föderalismusreform 2006 verunglückte – mittlerweile „sanierte“⁹ - Fassung des Art. 91b GG) durch das Wissenschaftsfreiheitsgesetz vom 2.12.2012¹⁰ noch verstärkt worden ist, ein Pendelumschlag hin zur forcierten Zusammenarbeit festzustellen. Allerdings bringt dies wiederum – etwa im Kontext der aktuellen Bedingungen der Exzellenzstrategie – „strategische Vernunftfehen“ (man kann auch sagen: Beutegemeinschaften) mit sich, die im „Konvoi-Modell“ die Hürde der dann erforderlichen drei Exzellenz-Cluster¹¹ zu überwinden trachten (ob dabei immer ein intrinsisches Kooperationsinteresse dahintersteht, sei hier dahingestellt).

Eine kleine Typologie mag die Vielfalt unterschiedlicher Kooperationen verdeutlichen:

- staatliche Hochschulen + private Unternehmen der Industrie und des Gewerbes
- staatliche Universitäten + Universitätskliniken als Anstalten des öffentlichen Rechts (sog. „Trennungsmo-
dell“)¹²
- staatliche Hochschulen + außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform (Beispiel: FÖV Speyer, Freiherr-vom Stein-Institut Münster)
- staatliche Hochschulen + außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft, aber privater Rechtsform (meist als GmbH, z.B. Forschungszentrum Jülich/JARA, oder als gGmbH, z.B. ILS Dortmund)
- staatliche Hochschulen + außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in privater Trägerschaft, die aber staatlich finanziert werden (MPG, HHG, WGL, Fraunhofer)
- staatliche Hochschulen + Ressortforschungseinrichtungen (Beispiel: Robert-Koch-Institut, DWD, BAM, BBSR)

Diese Typen können sich auch überlappen und vermischen, zudem sind alle Varianten unter Einbeziehung privater Hochschulen vorstellbar. Die jeweilige Konstellation hat freilich nicht unerhebliche Auswirkungen auf die rechtlichen Rahmenbedingungen: So unterliegen Kooperationen öffentlich-rechtlicher Partner fraglos auch den öffentlich-rechtlichen Bindungen, namentlich dem Haushaltsrecht und dem Personalrecht, den grundrechtlichen Vorgaben und der Rechtsaufsicht. Auch bei Verwendung privater Rechtsformen entfallen nicht alle öffentlich-rechtlichen Pflichten („keine Flucht ins Privatrecht“¹³). In abgeschwächter Form gilt dies auch für privatrechtliche Kooperationspartner, die überwiegend oder laufend aus staatlichen Mitteln finanziert werden (also alle Fälle der gemeinsamen Bund-Länder-Förderung nach Art. 91b GG), insb. hinsichtlich der Haushaltsverantwortlichkeit, vergaberechtlicher Bindungen etc. Im Gegenzug unterliegen Ressortforschungseinrichtungen grundsätzlich einer strikten Ministerialkontrolle, die rein rechtlich nicht eingeschränkt ist und nur durch eine freiwillige ministerielle Zurückhaltung inhaltlich Freiräume gestattet. Rein dogmatisch unterfallen die Ressortforschungsinstitute als Teil des Staates ja nicht dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG; gleichwohl soll ihnen nach den Empfehlungen des Wissenschaftsrates ein gewisser faktischer Autonomiebereich zustehen (die sog. „Vorlauftforschung“), um den Anschluss an den „state of the art“ halten zu können („Autonomiedilemma“)¹⁴, was freilich je nach Sichtweise und Tradition des zuständigen Ressorts sehr unterschiedlich gehandhabt wird. Insofern kann ein koalitionsbedingter Neuzuschnitt eines Ressortwechsels für ein nachgeordnetes Ressortforschungsinstitut üble Folgen haben, wie es 2013 beim BBSR zu beobachten war. Bei Industriekooperationen tritt hingegen das Problem der Gleichzeitigkeit paralleler und gegenläufiger Interessen auf¹⁵, vor allem hinsichtlich der Publikations- (LOM, Impactfaktor!) und Verwertungsrechte, und der Einbindung der beteiligten hauptamtlichen Forscher (negative Publikationsfreiheit, Altschutzrechte).

9 Neufassung des Art. 91b durch das 60. G. zur Änderung des GG v. 23.12.2014 (BGBl. I, 2438); dazu *Seckelmann*, „Föderalismusreform III im Wissenschaftsbereich? – Zur Ermöglichung weiterer föderaler Kooperation“, NVwZ 2015, 248 (249).

10 BGBl. I, 2457; zul. geändert 31.8.2015 (BGBl. I, 1417, 1495)

11 Vgl. dazu § 4 Abs. 1 Satz 6 der Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern gemäß Artikel 91b Absatz 1 des Grundgesetzes zur Förderung von Spitzenforschung an Universitäten – „Exzellenzstrategie“ – v. 19.10.2016.

12 Im sog. „Bochumer Modell“ fungieren kirchliche oder kommunale Kliniken als Universitätsklinikum (Bochum, Mannheim, Oldenburg). Der bisher einzige Fall eines UK in rein privater Trägerschaft ist der des UK Gießen/Marburg.

13 So etwa BGH NVwZ 2010, 531, 533 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 3 Rdn. 26 ff.

14 Vgl. *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Rolle und künftigen Entwicklung der Bundeseinrichtungen mit FuE-Aufgaben, 2007; Empfehlungen zur Profilierung der Einrichtungen mit Ressortforschungsaufgaben des Bundes (Drs. 10295-10), 2010.

15 Eine ausgewogene Lösung versuchen u.a. die „Berliner Vertragsbausteine“ von 2002/2003 oder der aktuelle Musterkooperationsvertrag des BMWi (vgl. Fn. 23).). Als Standardwerk in der Literatur für FuR-Verträge hat sich *Rosenberger/Wündisch* (Hrsg.), Verträge über Forschung und Entwicklung, 3. Aufl. 2017, etabliert. Aus Managementsicht *Hanebuth et. al.* (Hrsg.), Forschungsk Kooperationen zwischen Wissenschaft und Praxis, 2015.

Gerade aus letzterem wird allerdings auch deutlich, dass das Funktionieren einer Kooperation eines sicheren rechtlichen Fundaments bedarf, das die gegenseitigen Rechte und Pflichten hinreichend genau definiert, das eine gemeinsame Willensbildung und dafür erforderliche Organe und deren Kreation vorsieht, das Leistungsstörungen und Haftung¹⁶ im Blick hat u.v.a. So wird schon die Frage, ob und wenn ja welche Pflichten in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen, nicht so einfach zu fixieren sein.

So vielfältig die Kooperationsmodelle indes sind, so uneinheitlich ist auch ihr rechtliches Gewand. Es reicht von „einfachen“, zweiseitigen Kooperationsabkommen bis hin zu komplizierten Schachtelkonstruktionen mit Mantelverträgen und Spezialabreden, von einfachen Vereinsmodellen bis zu (allerdings eher seltenen) hoch ausdifferenzierten Gesellschaftsverträgen.¹⁷ Es überwiegen gleichwohl die ad hoc oder anhand von einfachen Musterverträgen zusammengebastelten Typen. Die dabei verfolgten Kooperationsmodelle werden jedoch den Anforderungen, die das legendäre Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Niedersächsischen Vorschaltgesetz aufgestellt hatte¹⁸ (und seitdem immer wieder bekräftigt wurden) kaum gerecht; namentlich die maßgebliche Beteiligung der Hochschullehrer an Fragen, die unmittelbar die Forschung betreffen, wird in der Vertragsgestaltung (Festlegung von Forschungszielen als Vertragszweck und –inhalte in welchem Verfahren und durch wen?) selten berücksichtigt. Da in vielen der aufgelisteten Kooperationsformen die öffentlich-rechtlichen Partner dominieren, ist zunächst zu klären, ob sich eher öffentlich-rechtliche oder eher privatrechtliche Rechtsformen anbieten; *Eberbach/Hommelhoff/Lappe* haben dies in dieser Zeitschrift bereits vor einem Jahr thematisiert¹⁹ und einen Mindestkatalog von Kriterien aufgestellt, den die Governance einer Kooperation heutzutage erfüllen sollte: Dazu zählt der Primat der wissenschaftlichen Leitung (vor einer kaufmännischen) in Forschungsfragen, weiter eine Aufteilung der Leitung auf Organe der Kooperationspartner (etwa einer Trägerversammlung) und der beteiligten Wissenschaftler/Wissenschaftlerinnen („Forscherversammlung“) sowie die Existenz eines Wissenschaftlichen Beirats. Insgesamt

muss die Vertragsstruktur die Rechte und Vorgaben, die aus Art. 5 Abs. 3 GG folgen, wahren und – entsprechend der Judikatur Bundesverfassungsgerichts zur Organstruktur – eine „strukturelle Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit verhindern.²⁰

II. Öffentlich-rechtliche Rechtsformen

Der Einsatz öffentlich-rechtlicher Rechtsformen sind dabei deutlich limitiert. Zunächst ist zu unterscheiden, ob sich die Kooperation auf eine Vereinbarung zwischen den Rechtssubjekten besteht, oder ob eine neue juristische Person als eigener Rechtsträger geschaffen werden soll. Handelt es sich im ersteren Fall um öffentlich-rechtliche Vertragspartner, wäre theoretisch ein (koordinationsrechtlicher) öffentlich-rechtlicher Vertrag denkbar.²¹ Dieser bietet allerdings gegenüber einem zivilrechtlichen Vertrag konkret keinerlei Vorteile, zumal bezüglich der inhaltlichen Abwicklung § 62 Abs. 2 VwVfG ohnehin weitgehend auf das BGB verweist.

Beabsichtigt man dagegen – etwa aus Gründen der Rechtsklarheit im Rechtsverkehr – die Schaffung eines neuen Rechtsträgers, kommen im Prinzip nur die Formen des Zweckverbands oder des Kooperationsunternehmens (regelmäßig als Anstalt des öffentlichen Rechts) in Frage. Diese können allerdings nicht ohne weiteres gegründet werden, da sie als Hoheitsträger einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Bislang existieren entsprechende Vorschriften nur im Kommunalrecht²²; eine Analogie ist nicht möglich. Auch eine grundsätzlich denkbare Stiftung des öffentlichen Rechts bedarf einer (landes-) gesetzlichen Grundlage.

Auch inhaltlich ist von öffentlich-rechtlichen Formen abzuraten. So sind die Mitglieder eines Zweckverbands zwar nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkt, so dass an der Kooperation auch private Dritte teilnehmen könnten. Zweckverbände unterliegen aber allen öffentlichen Bindungen wie dem Haushaltsrecht, dem Vergaberecht und der Staatsaufsicht (die gesetzlich immerhin ganz oder teilweise auf Rechtsaufsicht beschränkt werden könnte). Größtes Hindernis ist allerdings, dass die Verbandsmitglieder eine unbegrenzte Umlagepflicht trifft (Gewährleistungst

16 Hier tun sich noch weite Forschungsfelder auf, zumal in diesem Bereich so gut wie keine Judikatur vorliegt; *Rosenberger/Wündisch* (Fn. 14), widmen etwa der Gewährleistung gerade eine Seite.

17 Vgl. den DFG-Musterkooperationsvertrag (Nr. 41.026) einerseits, die mehrhundertseitige Konsortialverträge im Fall des privaten UK Gießen-Marburg andererseits, vgl. dazu ausf. Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Entwicklung der universitätsmedizinischen Standorte Gießen und Marburg nach Fusion und Privatisierung der Universitätsklinik, 2010, S. 13.

18 BVerfGE 35, 79 (132 f.).

19 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, Eine Kooperationsform für die Wissenschaft, *OdW* 2017 (Heft 1), S. 1 ff.; Kurzfassung in: *Forschung und Lehre*, 2017, 126 f.

20 BVerfGE 136, 338 sub II (Rdn. 62).

21 Dazu *Reimer*, Mehrseitige Verwaltungsverträge, *Verwaltungsarchiv* 94 (2003), 543 ff.

22 Vgl. *Geis*, *Kommunalrecht*, 4. Aufl. 2016, § 12 Rdn. 70, § 21 Rdn. 26 ff.

rägerhaftung).²³ Außerdem sind Zweckverbände wegen der föderalen Verwaltungshoheit immer auf ein bestimmtes Landesverwaltungsrecht bezogen, was länderübergreifende Kooperationen deutlich erschwert. Sie müssten sich auf ein Sitzland und das entsprechende Landesrecht²⁴ festlegen, die dann – föderalistisch gebotene – Einbindung anderer Trägerländer führt zu komplizierten und vielleicht sogar inkompatiblen Governancestrukturen. Sind dann z.B. andere Länder oder ihnen nachgeordnete juristische Personen Verbandsmitglieder, unterfielen sie der Staatsaufsicht des Sitzlandes, was zu föderalistischen Unwuchten führen kann, was wiederum einen Verstoß gegen den aus der Bundestreue abgeleiteten Grundsatz länderfreundlichen Verhaltens verstieße.²⁵ Das wohl größte Manko wäre allerdings, dass eine direkte Einbindung von Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen als den maßgeblichen Repräsentanten der Forschung in Entscheidungsorgane eines Zweckverbands nicht möglich ist, da diese gesetzlich limitiert sind; hier ließe sich lediglich ein beratendes Gremium („Beirat“) konstruieren, was mit dem objektiven Schutz der Wissenschaftsfreiheit gemäß den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts kaum vereinbar wäre.²⁶

Auch bei einer Anstalts- oder Stiftungslösung tauchen diese Probleme vice versa auf. Damit sind öffentliche Rechtsformen für eine Kooperation eher untauglich,²⁷ zumal – wie erwähnt – die gesetzlichen Grundlagen hierfür noch geschaffen werden müssten und wegen der föderalen Verwaltungshoheit für jedes Bundesland gesondert.

III. Zivilrechtliche Rechtsformen

Damit verlagert sich das Augenmerk auf zivilrechtliche Konstruktionen. Auch hier ist zu unterscheiden, ob die Art der beabsichtigten Zusammenarbeit in einem Kooperationsvertrag abgebildet werden kann, oder ob die Kreation eines neuen Rechtsträgers vorzuziehen ist.

1. Kooperationsverträge

Auf den ersten Blick scheint ein klassischer Austauschvertrag die einfachste Lösung zu sein. Dabei wird es sich

regelmäßig um einen untypischen gemischten Vertrag handeln (ohne die einzelnen Pflichten jetzt in die Vertragstypen des BGB einordnen zu wollen). In der Realität existieren viele solche Verträge, die meist durchaus knapp, im Sinne wohlklingender Absichtserklärungen, aber nur beschränkt ausdifferenzierender Vertragskonvolute formuliert sind.²⁸ So liegen auch den sog. „Leibniz-Wissenschaftscampi“ letztlich zwei- oder mehrseitige Kooperationsverträge zugrunde, da eine eigene Rechtspersönlichkeit nicht beabsichtigt ist. Zwar ist diese Konstruktion nicht als solche problematisch, sie kann aber doch deutliche Probleme nach sich ziehen. Zum einen werden Gewährleistungs- und Haftungsfragen entweder durchweg ausgeblendet oder nur rudimentär geregelt²⁹; insoweit wäre dann – durchaus kompliziert – zu entscheiden, welche zivilrechtlichen Normen im Falle eines Falles zur Anwendung kommen – die Frage des Synallagmas wurde bereits erwähnt. Zum zweiten bietet das klassische Zivilrecht typischerweise „bipolare“ Verträge an, die dann zwischen Hochschule und außeruniversitärer Einrichtung geschlossen werden. Die Einbindung der einzelnen Wissenschaftler in das Vertragsverhältnis kann dabei durchaus Probleme aufwerfen, kann dieser doch infolge seines Grundrechts auf (negative) Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) nicht einfach zu einer konkreten Kooperation verpflichtet werden, weder im Hauptamt noch als Nebenamt. Im Gegenzug kann er auch nicht dienstrechtlich gezwungen werden, „Altschutzrechte“ (d.h. ihm zustehende Patente, die vor der Änderung des § 42 ArbErfG entstanden sind), einzubringen, sei es mit, sei es ohne Vergütung. Auch stellt sich die Frage, ob es dogmatisch sachgerecht ist, den Forscher, der ein Forschungsprojekt in der Sache eigenverantwortlich trägt, gleichwohl als Erfüllungsgelhilfen des Vertragspartners Hochschule i.S. § 278 BGB zu qualifizieren. Einen (seinerzeit) innovativen Versuch, die Forscher in den Vertragskomplex „auf Augenhöhe“ einzubeziehen, und dabei die „negative Forschungsfreiheit“ konsensual zu entschärfen, waren die 2002/2003 für den Bereich von Industriekooperationen entwickelten „Berliner Vertragsbausteine“, die im Kern einen trilateralen Vertrag zwischen Hochschule, Forscher und Kooperationspartner vorsehen.³⁰ Diese regeln zwar die Primär- und Sekundärpflichten relativ ausführlich, enthalten aber

23 Geis (Fn. 20), § 21 Rdn. 34.

24 Ähnliche Beispiele sind der Akkreditierungsrat und die Stiftung für Hochschulzulassung, jeweils als öffentlich-rechtliche Stiftung nach dem Landesrecht Nordrhein-Westfalen.

25 Vgl. zu dieser Problematik Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 524 ff., 553.

26 BVerfGE 35, 79 (132 f.); St.Rspr., zuletzt BVerfGE 141, 143 = NVwZ 2016, 675 – Akkreditierung.

27 Ebenso Eberbach/Hommelhoff/Lappe, OdW 2017, 1 (3 f.)

28 Z.B. der Muster-Kooperationsvertrag der DFG (Nr. 41.026).

29 So regelt zwar der Muster-Kooperationsvertrag der DFG (Nr.

41.026) einen gegenseitigen Haftungsverzicht, nicht jedoch das Problem der Außenhaftung, Regressforderungen an den Partner sind auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt (§ 8).

30 Die Erfahrungen hieraus sind eingeflossen in: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, 3. Aufl. 2017: download unter: http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/mustervereinbarung-f-und-e-kooperationen.pdf?__blob=publicationFile&v=12, zul. abgerufen am 2.1.2018.

weder Bestimmungen zu Leistungsstörungen und Haftung, die in einem tri- oder auch multilateralen Vertragsverhältnis höchst diffizil zu bestimmen sind.³¹ Bis heute klafft hier ein nur unzureichend behandeltes dogmatisches Loch.³²

Ein verstecktes, aber höchst kniffliges Problem könnte sich zudem aus der praktischen Durchführung der Forschungsk Kooperation ergeben. Forschungseinrichtungen neigen nicht zu vertiefter juristischer Analyse. So ist es denkbar, dass juristisch zwar ein bi- oder trilateraler Kooperationsvertrag vorliegt, im Rechtsverkehr nach außen aber der Anschein einer handlungsfähigen Einheit vermittelt wird – etwa durch die Verwendung einer „Quasi-Firma“ oder eines für die Kooperation geschaffenen Logos, durch Bestimmungen über gemeinsame Organe, etwa einer Forscherversammlung beider Kooperationspartner, oder durch ein gemeinsames, von nicht näher bestimmbareren Gremien entwickeltes Forschungskonzept (sog. Identitätsausstattung). So wäre es beispielsweise keinesfalls abwegig, hinter einem „Wissenschaftscampus“ eine selbstständige, rechtsfähige Einheit zu vermuten. Mit anderen Worten: Für den Rechtsverkehr entsteht der Rechtsschein der Existenz einer Trägerperson. In diesem Fall kann das grundsätzlich als Internum gedachte zwei- oder mehrseitige Kooperationsverhältnis in eine (unerkannte) Außen-GbR (Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB), „umschlagen“³³ – mit gravierenden Folgen für die Kooperationspartner: Diese haften dann unbeschränkt auch für Verbindlichkeiten des Kooperationspartners (akzessorische Gesellschafterhaftung) nach § 128 HGB analog. Gleichzeitig führt sie dies in ein rechtliches Dilemma: Nach den Vorschriften des Haushaltsrechts (exemplarisch § 65 Abs. 1 Zf. 2, 3 i.V.m. § 105 Abs. 1 BHO, LHO NRW) dürfen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts aber nur dann an zivilrechtlichen Gesellschaften beteiligen, wenn der (auch konkludente) Gesellschaftsvertrag eine Haftungsbeschränkung auf das gemeinsame Vermögen vorsieht; auch müssen sie sich angemessene Einwirkungsrechte auf die Gesellschaft, etwa durch Entsendung von Repräsentanten in Geschäftsführungen oder Aufsichtsräten, vorbehalten.³⁴ Beide Erfordernisse würden in einer Außen-GbR unterlaufen.

Damit scheiden rein vertragliche Lösungen jedenfalls dann aus, wenn die Forschungsk Kooperation als Einheit

nach außen, namentlich im Rechtsverkehr, auftreten soll oder zumindest diesen Eindruck erwecken könnte (insb. durch eine institutionalisierte Beteiligung der Forscher, die sich aus allen Kooperationspartner rekrutieren).

2. Gesellschaftsformen

Da mithin reine Kooperationsverträge mit erheblichen Unwägbarkeiten behaftet sind, sind Gesellschaftsformen in den Blick zu nehmen. Dabei scheiden Personengesellschaften wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nach dem Vorstehenden grundsätzlich aus, da sie keine Haftungsbeschränkung ermöglichen. Auch die Rechtsformen der oHG und der KG kommen abgesehen von der Haftungsfrage schon deswegen nicht in Betracht, weil Forschungsk Kooperationen nicht dem Handel dienen und daher keine Handelsgesellschaften sind. Etwas anders ist es indes bei der GmbH & Co. KG, da diese Konstruktion immerhin eine Haftungsbeschränkung im haushaltsrechtlichen Sinne ermöglicht. Denkbar wäre dabei sogar die Errichtung einer sog. Einheitsgesellschaft, bei der die Kooperationspartner zunächst eine GmbH gründen, und ihre jeweiligen GmbH-Anteile als Kommanditeinlage einbringen; die GmbH kann dann als reine Haftungsgesellschaft ohne eigenes Geschäftsbaren auftreten, während die Hochschule und des Kooperationspartner als Kommanditisten das Handlungsmoment behalten. Dies kann auch steuerliche Vorteile haben, da die KG nicht der Körperschaftsteuerpflicht unterworfen ist (allerdings der Gewerbesteuerpflicht). Insofern kommt es darauf an, ob die Forschungsk Kooperation auch auf eine Gewinnerzielung ausgerichtet ist (insb. bei Transferkooperationen mit Industriepartnern). Freilich dürfte das Auftreten einer GmbH&Co KG in der akademischen Welt bislang als mindestens merkwürdig angesehen werden und nur von bedingter Vertrauenswürdigkeit sein. Insbesondere für eine Hochschule dürfte die Rolle einer Kommanditistin ungewohnt sein, zumal sie durch dann zur kaufmännischen Buchführung und zur Erstellung von Abschlüssen verpflichtet ist. Auch die sachgerechte Bestimmung der Kompetenzen der GmbH-Geschäftsführer ist kompliziert. Gleichwohl könnte es sich lohnen, diesen Weg weiter zu verfolgen.

Letztlich dürfte es allerdings bei Forschungsk Kooperationen doch auf eine Kapitalgesellschaft hinauslaufen; dabei scheidet die Form der Aktiengesellschaft schon deswegen

31 Vgl. dazu grdl. Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag. Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen, 2013, insb. S. 255 ff., u. passim.

32 Ansätze bislang (nur) bei Reimer (Fn. 21), 543 ff., und Zwanzger (Fn. 31), passim.

33 Vgl. dazu die Grundsatzentscheidung BGH, U.v. 29.11.2001, II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341ff.; aus der Lit. ausführlich Schäfer,

in Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 7. Aufl. 2017, § 705, Rdn. 303ff.

34 Zur parallelen Rechtslage im Kommunalbereich v. Mutius, Kommunalrecht, 1995, Rdn. 505; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rdn. 758; Geis, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2016, § 12 Rdn. 71.

aus, weil aufgrund der Formenstrenge neben der Hauptversammlung der Kooperationspartner kein zusätzliches beschließendes Organ der Wissenschaftler möglich wäre.

Als Königsweg bietet sich daher – wenig überraschend – die GmbH an. Sie bietet den Vorteil weitgehender inhaltlicher Gestaltungsfreiheit, insb. hins. der Konstruktion der Organe. So ist eine Beteiligung der Forscher in einem kollektiven Organ neben Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung (Trägerversammlung) im Rahmen des Gesellschaftsvertrags konstruktiv denkbar.³⁵ Auch kann die (wissenschaftliche) Geschäftsführung durch einen Wissenschaftler erfolgen. Die Ergänzung durch einen kaufmännischen Geschäftsführer wird in diesem Fall allerdings dringend empfohlen, nicht nur wegen der Vermarktung möglicher Forschungsergebnisse, sondern auch wegen des Umfangs der zu erwartenden Verwaltungsaufgaben; ein beamteter Wissenschaftler könnte im Hauptamt insoweit überfordert sein, alternativ aber auch an nebensätigkeitensrechtliche Grenzen stoßen.³⁶

Ein zusätzlicher Vorteil ist, dass Forschungsk Kooperationen zugleich nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 AO die Voraussetzungen einer gemeinnützigen GmbH („gGmbH“)³⁷ erfüllt, was zum Entfall der Körperschafts-, Gewerbe- und gegebenenfalls auch der Umsatzsteuer führt³⁸ und zur Ausstellung von Zuwendungsbestätigungen für Spenden berechtigt.³⁹ Freilich setzt die GmbH im Interesse des Gläubigerschutzes eine (ohnehin geringe) Mindesteinlage von 25.000 € voraus, die allerdings in Ansehung der Kooperationspartner kein zentrales Problem sein dürfte.

Eine Haftungsbeschränkung auf ein Vermögen ohne Mindestkapital (wie etwa bei der britischen limited) hat im deutschen Recht keine Tradition und wäre insoweit auch ein gewisser Systembruch. Allerdings hat die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV, zuvor Art. 43, 48 EGV) nach der Rechtsprechung des EuGH zur Folge, dass kapitallose „limiteds“ mit Sitz in GB (insbesondere auch Briefkastenfirmen) im EU-Ausland als rechts- und parteifähig handeln können und Zweigniederlassungen gründen zu können, ohne den dort geltenden Mindestkapital-, Publizitäts- und Offenlegungspflichten unterworfen zu sein.⁴⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat darauf mit der Schaffung der „Unternehmergesellschaft haf-

tungsbeschränkt“ – UG reagiert (§ 5a GmbHG), die ein anfängliches Minimalkapital mit einer Haftungsbeschränkung verbindet, allerdings Entnahmen untersagt, solange ein Mindestkapital von 25.000 € nicht erreicht ist. Tatsächlich wird die Rechtsform der UG gelegentlich für Spin-off-Ausgründungen von Hochschulen verwendet. Für „echte“ Forschungsk Kooperationen eignen sich ltd. und UG aber nur sehr bedingt: Bei der ltd. entsteht ein nicht unerheblicher Gründungsaufwand, sowie eine Buchführungspflicht sowohl im Sitzland als auch im Aufnahmeland, die personell zu gewährleisten ist. Doch auch die UG passt schon vom Erscheinungsbild nicht so recht auf Kooperationen mit staatlichen Partnern: Wäre es nicht merkwürdig, wenn eine Hochschule mit einem regelmäßig mehrstelligen Millionenhaushalt ihrer Kooperationspflicht „vollblütig“ mit einer einstelligen Mindesteinlage nachkommt und so ihr „großes“ Engagement dokumentiert?

3. Modell Partnerschaftsgesellschaftsgesetz?

Der bereits zitierte Aufsatz von *Eberbach/Hommelhoff/Lappe* in dieser Zeitschrift plädiert indes für eine andere Lösung: Zwar erkennen auch sie das zwingende Erfordernis der Haftungsbeschränkung an. Gleichwohl sollte die Forschungsk Kooperation eher personengesellschaftsrechtliche Züge aufweisen, um die Zurechnung individueller Forschungsleistungen an die jeweiligen Träger zu ermöglichen, statt sie bei einer für die Außenwirkung eher kryptischen GmbH anzusiedeln (dies ist vor allem für die Reputation der Einrichtungen, die Zurechnung der Drittmittelquote, die Berechnung leistungsorientierter Mittelzuteilung etc. von Bedeutung). Auch sei die Einbindung der kooperierenden Forscher in die Aufbau- und Ablauforganisation bei einem personengesellschaftlichen Modell besser möglich.

Seit 2013 gibt es im Zivilrecht eine weitere gesetzliche Regelung, die eine personenrechtliche Vereinigung mit einer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen erlaubt: das Modell der haftungsbeschränkten Partnerschaftsgesellschaft, das insbesondere im Bereich von Rechtsanwalts-GbRs vorkommt. Nach der Intention des Gesetzgebers sollen personenrechtliche Vereinigungen möglich sein, bei denen eine Haftung jeden Gesellschafters wegen deren unterschiedlicher Spezialisierung rechtlich

35 Das dürfte auch ein maßgeblicher Vorteil gegenüber einem Idealverein, der eine konstitutive Beteiligung von Wissenschaftlern nur als Vereinsmitglieder zuließe.

36 Insbesondere im Hinblick auf die sog. „modifizierte Fünftelvermutung“; dazu *Geis*, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, 3. Kap., Teil III, Rdn. 443.

37 § 4 S. 2 GmbHG; durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts vom 21.3.2013 (BGBl. I, 556) eingeführt.

38 § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG; § 2 Abs. 6 GewStG; § 4 Nr. 22 UStG (z.B. Tagungsbeiträge).

39 § 10b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EStG, § 50 EStDV; dazu BMF-Schreiben vom 6.2.2017 – Az. IV C 4-S 2223/07/0012, 21016/1033014.

40 EuGH, Urt. v. 9. 3. 1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros; EuGH, Urt. v. 5. 11. 2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseering; EuGH, Urt. v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 – Inspire Art.

unangemessen sei, weil die Partner die jeweils anderen Geschäftsbereich nicht überblicken und überwachen könnten.⁴¹ Allerdings ist auch in diesen Fällen der Gläubigerschutz gewahrt, da die Partnerschaftsgesellschaft nur in Berufsfeldern gegründet werden darf, in denen ohnehin eine Berufshaftpflichtversicherung vorgeschrieben ist (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer). Um diese Rechtsform de lege ferenda auf Forschungsk Kooperationen übertragen zu können, müsste eine gesetzliche Pflicht der Forscher eingeführt werden, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen. Dies erscheint allerdings eher unrealistisch: Zwar sind bestimmte Forschungsdisziplinen durchaus „gefährlich“ (Naturwissenschaften, Technikwissenschaften), andere aber deutlich weniger (Geisteswissenschaften, Sozialwissenschaften). In den letzteren Fällen wäre eine obligatorische Berufshaftpflichtversicherung als Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) wohl kaum gerechtfertigt. Die Partnerschaftsgesellschaft ist daher nur sehr bedingt als Modell tauglich. Zwar entfällt gegenüber der Standard-GmbH die Gewerbesteuerpflicht (bei der gGmbH allerdings auch); außerdem besteht keine Beitragspflicht bei der IHK und keine handelsrechtliche Buchführungspflicht.⁴² Doch wird dies durch die öffentlich-rechtliche Rechenschaftspflicht und die damit verbundene Buchführungspflicht weitgehend sublimiert. Der Wegfall der Gewerbesteuer wird im Übrigen auch durch die Rechtsform der gGmbH erreicht. Schließlich ist auch die Integration von Organen, die die Forschungsautonomie repräsentieren, bei einer Rechtsform à la Partnerschaftsgesellschaft kaum vorstellbar.

Eine Verbindung von personengesellschaftsrechtlichen Elementen mit einer Haftungsbeschränkung nach dem Beispiel des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes lässt sich daher auf Forschungsk Kooperationen nicht wirklich übertragen. Namentlich das Erfordernis einer Berufshaft-

plichtversicherung stellt hier ein (Verhältnismäßigkeits-) Problem dar, ganz abgesehen davon, dass die Suche nach einem willigen Versicherer wegen der sehr überschaubaren Klientel schwierig sein dürfte, und selbst dann die Kosten für die Prämien einer Berufshaftpflichtversicherung mangels einer ausreichend großen Versichertenrisikogruppe mutmaßlich gigantisch wären.

IV. Fazit

Die rechtliche Regelung von Forschungsk Kooperationen ist mit den Mitteln des geltenden Rechts nur schwer abzubilden. Die gängige Praxis von bilateralen Kooperationsverträgen birgt erhebliche Risiken im Rechtsverkehr. Von (ohnehin nur de lege ferenda realisierbaren) öffentlich-rechtlichen Modellen ist ebenfalls dringend abzuraten. Aber auch das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz erscheint als Modell nicht wirklich tauglich. Zielführender scheint es zu sein, die Figur der gemeinnützigen GmbH wissenschaftsadäquat fortzuentwickeln, und dabei den Typus einer wissenschaftlichen GmbH zu entwickeln, die die eigentümliche Melange aus öffentlich-rechtlichen Bindungen und Freiheiten wissenschaftsadäquat abzubilden vermag.

Max-Emanuel Geis ist Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg.

41 BT-Drs.17/10487, S. 1. Dazu auch *Römermann*, Die PartG mbB – eine attraktive Rechtsform für Freiberufler, NJW 2013, 2305; *Grunewald*, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, GWR 2013, 393; *Hennsler/Trottmann*, Berufsrechtliche Besonderheiten bei der interprofessionellen Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, NZG 2017, 314.

42 *Grunewald*, GWR 2013, 393.

Johannes Lappe

*Berichterstattung zur Diskussion zum Vortrag von
Herrn Prof. Dr. Geis: Forschungsk Kooperationen: Öff-
entliches oder Zivilrecht? – Positionsbestimmungen
und Regelungszuständigkeiten –*

Im Anschluss an den Vortrag von *Geis* wandte sich die Diskussion zunächst den Problemen einer etwaigen Gemeinnützigkeit eines Kooperationsvehikels zu (I.). Sodann wurden Fragen der Zurechnung eingeworbener Mittel und durch gemeinsame Publikationen erzielter Impactfaktoren erörtert (II.), bevor abschließend die grundsätzliche Frage nach Bedarf und Gestaltungsmöglichkeiten für eine neue Rechtsform für Wissenschaftskooperationen aufgegriffen wurde (III.).

I.

Angemerkt wurde zunächst, dass mit Blick auf den Grundsatz der Selbstversicherung des öffentlichen Rechts es wohl schwierig sei, eine Haftungsbeschränkung für wissenschaftliche Kooperationen kraft Haftpflichtversicherung zu etablieren. Interessant als Ausgangsbasis für wissenschaftliche Kooperationen sei daher auch der Verein. *Geis* entgegnete hierauf, dass der Verein zwar grundsätzlich ein taugliches Vehikel für eine Wissenschaftskooperation sein könne. Er habe aber Bedenken in Bezug auf die angestrebte Gemeinnützigkeit eines solchen Vereins, jedenfalls dann, wenn IP durch den Verein selbst verwertet werden solle. Dies würde er ad hoc als nicht möglich ansehen. In einem solchen Fall bedürfe es daher einer zusätzlichen Verwertungsgesellschaft. Eingewandt wurde sodann, dass ein Verein als Kooperationsvehikel auch nur in Betracht komme, wenn man diesen rechtsgestalterisch anpasse. Dann aber bestehe das gleiche Problem wie zum Beispiel bei einer GmbH: der Gestaltungsaufwand sei sehr hoch und die Gründung daher langwierig und schwierig. Ein Diskutant merkte an, dass die meisten Großforschungszentren als Vereine organisiert seien. Für Projekte eines solchen Formats sei der Verein durchaus eine denkbare Alternative. Weiter die (g)GmbH als Kooperationsvehikel betrachtend kam zur Sprache, dass eine Gewinnausschüttung aus der (g)GmbH sehr problematisch sei, sollten an der GmbH auch Industriepartner oder andere nicht gemeinnützige Partner beteiligt sein. *Geis* griff die-

sen Punkt auf und bestätigte, dass es, sobald Gewinne anfielen, die ausgeschüttet werden sollten, im Bereich der Gemeinnützigkeit problematisch würde. Hier bedürfe es auch einer Verwertungsgesellschaft. Eingeworfen wurde daraufhin, dass die vorgenannte Problematik den eingetragenen Verein als Kooperationsvehikel genauso treffe und auch zu „lösen“ sei.

II.

Sodann wandte sich die Diskussion dem Thema Mittelzurechnung zu, in concreto im Falle einer GmbH als Kooperationsvehikel. Es wurde gefragt, ob und wie sich die Träger einer GmbH die durch die GmbH eingeworbenen (Dritt-) Mittel zu statistischen Zwecken auch zurechnen lassen könnten. *Geis* führte daraufhin aus, dass eine Zurechnung der (Dritt-) Mittel zu den Trägern der Gesellschaft nur schwerlich möglich sei. Für das Problem der Mittelzurechnung gebe es keine Patentlösung. Im Grundsatz könnten Mittel nur einmal zugerechnet werden, sodass man sich entscheiden müsse, ob man die Mittel der Kooperation selbst oder einem Kooperationspartner zurechne. Faktisch sei dies aber ein Graubereich. Nichtsdestoweniger seine eine „doppelte Zurechnung“ nicht „sauber“ möglich.

Nicht nur im Rahmen der bereits angesprochenen Mittelzurechnung, so wurde ergänzt, würden Zurechnungen doppelt vorgenommen. Aus der Praxis sei auch bekannt, dass die Impactfaktoren gemeinsamen Publikationen sich faktisch jeder Kooperationspartner zurechnete. Auch hier gelte, so führte *Geis* aus, dass sich grundsätzlich jeder Professor entscheiden müsse, wo er sich Impactfaktoren gemeinsamer Publikationen anrechnen lasse. Angeregt wurde, dass mit einem etwaigen gesetzgeberischen Einschreiten die Zurechnungsproblematiken ebenfalls gelöst werden sollten. Dieser Vorschlag stieß auf Widerstand. Es erscheine sinnvoller, solche Fragen den jeweiligen Beteiligten im Einzelfall zu überlassen. Dann aber, so wurde wiederrum eingewandt, bestehe die Gefahr der taktischen Zurechnung von Mitteln

und Impactfaktoren aus „Rankingzwecken“. Dies sei indes auch nicht wünschenswert.

III.

Zum Schluss der Diskussion wurde die Grundsatzfrage nochmals aufgegriffen, ob es wirklich einer neuen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen bedürfe. Aus der Praxis, so wurde berichtet, stoße dies auf Zustimmung, da es derzeit gestalterisch nicht möglich sei, immer eine passende Rechtsform „zu stricken“. *Geis* stimmte dem zu. Auch mit den derzeitigen Möglichkeiten des GmbH-Gesetzes sei eine passgenaue Lösung nicht immer zu erreichen. Jedenfalls eine Ergänzung des GmbH-Gesetzes für Wissenschaftskooperationen sei daher erstrebenswert. Die Forderung nach einer neuen Rechtsform sah sich allgemein bestätigt. Teilweise wurde jedoch betont, dass der auch zur Debatte gestellte Ansatz, eine neue Rechtsform auf personengesellschaftsrechtlicher Basis zu entwickeln, ebenfalls auf Gesprächen mit

und Erfahrungen aus der Praxis beruhte. Eingeworfen wurde daraufhin, dass auch das öffentliche Landesrecht mitunter, so z.B. in § 13a LHG BW, die Möglichkeit eines Zweckverbandes vorsehe. Zu fragen sei daher, ob ein solcher öffentlich-rechtlicher Zweckverband nicht auch als Rechtsform für Wissenschaftskooperationen dienen könne. *Geis* sah den hochschulrechtlichen Zweckverband nicht als praxismgerechte Lösung an. Dies folge insbesondere daraus, dass die notwendige öffentliche Aufsicht nahezu eine autonome Entwicklung des Verbands per se verhindere. Überdies bestehe das politische Problem bei etwaigen Kooperationen über Ländergrenzen hinweg, dass sich Universitäten wohl ungern „fremdem“ Landesrecht unterwerfen würden oder aber für jeden Einzelfall ein Staatsvertrag notwendig wäre, was ebenso wenig praxismgerecht sei.

Johannes Lappe ist wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

Stefan J. Geibel

Rechtsform und Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung am Beispiel der Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen¹

ÜBERSICHT

I. Einführung

II. Die herkömmliche rechtliche Qualifizierung von Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen

1. Forschungs- und Entwicklungsverträge
2. Öffentlich-rechtliche Verträge
3. Treuhandstiftungen
4. Bewusst gewählte Verbandsformen
5. Andere Rechtsformen
6. Folgerungen für die Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung

III. Die Gefahr einer „versteckten“ (Um-)Qualifizierung als Außen-GbR

IV. Überblick über die Zurechnungsprobleme für die Kooperationspartner

1. Grenzen der Beteiligung öffentlich-rechtlicher Kooperationspartner
2. Grenzen durch das Beihilfeverbot für öffentlich finanzierte Kooperationspartner
3. Grenzen durch das Kartellverbot für in Wettbewerb stehende Kooperationspartner
4. Umsatzsteuerrechtliche Folgen einer Rechtsfähigkeit der Kooperationspartner

V. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

1. Etwaige Arbeitgeberbereitschaft der Kooperation und etwaige Arbeitnehmerüberlassung an sie
2. Zuordnung von geistigen Eigentumsrechten
3. Möglichkeit zu Organverfassung und zu Kooperationen unter gemeinsamer Leitung
4. Grenzen für den Steuervergünstigungsstatus der Kooperationspartner

VI. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

1. Etwaige Arbeitgeberbereitschaft der Kooperation und etwaige Arbeitnehmerüberlassung an sie
2. Zuordnung von geistigen Eigentumsrechten
3. Möglichkeit zu Organverfassung und zu Kooperationen unter gemeinsamer Leitung
4. Steuerliche Zuordnungsprobleme auf der Kooperationsebene

VII. Die schwierige Aufgabe der Rechtsgestaltung und mögliche Zielformate *de lege ferenda*

1. Teilweise unüberwindliche Schwierigkeiten für die Rechtsgestaltung

2. Schlussfolgerungen für mögliche Zielformate *de lege ferenda*

I. Einführung

Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen scheinen angesichts der Vielfalt der verschiedenen sondergesetzlichen Zurechnungen aus der Rechtsform gefallen. Wer sich die Frage vorlegt, ob es einer *de lege ferenda* eigenständigen Rechtsform bedarf und wie diese zugeschnitten sein müsste, muss zunächst untersuchen, wie derartige Kooperationen herkömmlich qualifiziert werden (II.). Wer untersucht, inwiefern diesen Kooperationen Rechtsfähigkeit zukommt, wird überrascht: die meisten dieser Kooperationen sind – häufig wider Willen – rechtsfähige Außengesellschaften bürgerlichen Rechts (III.). Das Hinzutreten eines neuen Rechts- und Pflichtenträgers in Gestalt der Kooperation selbst wirkt für die Zurechnung von Handlungen und Verhaltensweisen, Vermögensgütern, Einkünften, Arbeitgeberbereitschaften und anderem zahlreiche Fragen auf, deren praktischen Lösungen sich die Beteiligten häufig nicht widmen können, weil sich der gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung nicht bewusst sind. Sind sich die Kooperationspartner dessen bewusst, stellen sich eine Reihe von – insbesondere beihilfenrechtlichen, kartellrechtlichen und steuerrechtlichen – Zurechnungsfragen auf der Ebene der jeweiligen Partner (IV.) und auf der Ebene der Kooperation selbst (V.). Dies mündet in die Frage nach den Aufgaben für die Rechtsgestaltung und etwaigen Zielformaten *de lege ferenda* (VI.).

II. Die herkömmliche rechtliche Qualifizierung von Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen

Im Ausgangspunkt steht der Befund, dass die bislang verwendeten Rechtskleider für Wissenschafts Kooperationen häufig als unpassend empfunden oder dem tatsächlichen Gestaltungsbedarf der Kooperationspartner nicht vollständig gerecht werden.

1. Forschungs- und Entwicklungsverträge

Die am häufigsten gewählten Rechtsformen verschiedenartig gestalteter Forschungs- und Entwicklungsver-

1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag im Rahmen des Symposiums „Forschungs Kooperationen: Plädoyer für eine wissenschafts-

adäquate Rechtsform“ am 5./6.10.2017 in Berlin. Die Manuskriptfassung ist weitgehend beibehalten.

träge („FuE-Verträge“), erschöpfen sich in aller Regel nicht in einem rein schuldrechtlichen Austauschverhältnis zwischen den Kooperationspartnern untereinander, wie es an sich der vordergründige Dienst- oder Werkvertragscharakter verlangen würde.² Die Vertragspartner stehen vielmehr vor der praktischen Notwendigkeit, die Kooperationsebene organisationsrechtlich selbstständig zu verstehen und zu regeln und ihr in gewisser Hinsicht ein eigenständiges Auftreten im Rechtsverkehr zu ermöglichen. So erst können im Innenverhältnis verschiedene Wissenschaftskulturen und Akteure für einen Kooperationszweck eingebunden und integriert werden (insbesondere durch die Regelung gemeinsamer oder gestufter Leitungsstrukturen). Nur so kann im Außenverhältnis die Forschungsanwendung als „verlängerte Werkbank“ einer transnationalen Forschung³ in den Rechtsverkehr und an den Markt treten. Mit der Ausgestaltung als Organisationseinheit wird allerdings die Grenze eines rein schuldrechtlichen „FuE-Vertrages“ häufig überschritten.⁴

2. Öffentlich-rechtliche Verträge

Mit öffentlich-rechtlichen Verträgen können Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts geregelt werden, die insbesondere einer Regelung durch Verwaltungsakt zugänglich sind. Sogar wenn nur öffentlich-rechtlich organisierte Partner kooperieren, wird sich eine Kooperation nur selten und allenfalls punktuell auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse beschränken. Die „Vereinbarungen“, zu deren Abschluss die Hochschulen landesgesetzlich angehalten werden,⁵ scheinen hauptsächlich auf privatrechtliche Vereinbarungen gemünzt zu sein.

3. Treuhandstiftungen

Treuhandstiftungen sind bildlich gesprochen „Sondervermögensschubladen“ auf der Ebene eines Kooperationspartners, können aber nicht ihrerseits Kooperationen tragen.⁶

4. Bewusst gewählte Verbandsformen

Unter den Verbandsformen wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) vor allem wegen ihrer ungünstigen Haf-

tungsverfassung für Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen selten bewusst gewählt, noch am häufigsten für kleinere Ausgründungen aus universitären Instituten und dann nur für einen Übergangszeitraum bis zur Gründung einer anderen Verbandsform. Die Rechtsform der GmbH – auch in der steuerrechtlichen „Untervariante“ der gGmbH – findet sich erstaunlicherweise nur vereinzelt für Kooperationen größerer Forschungseinrichtungen, noch am ehesten bei Kooperationen unter Beteiligung von Industrieunternehmen.⁷ Obwohl im Rahmen mancher Forschungsverbände bestimmte Kooperationen in der Rechtsform des eingetragenen Vereins (e.V.) betrieben werden, ist diese Rechtsform in aller Regel unpassend, gewährt sie doch den Mitgliedern der Kooperation den freien Ein- und Austritt und erlaubt ihnen nicht die Entnahme von Gewinnen oder Rechten (etwa sog. *Joint Foreground IP*). Von der vom baden-württembergischen Landesgesetzgeber in § 6 Abs. 5 LHG vorgesehenen Möglichkeit eines hochschulrechtlichen Zweckverbandes ist im Bereich der Wissenschaftskooperation soweit ersichtlich noch kein Gebrauch gemacht worden, und es ist kaum zu erwarten, dass von ihr zukünftig reger Gebrauch gemacht wird. Denn die Errichtung eines solchen Zweckverbandes und die Aufhebung sowie jede Änderung der Verwaltungsvereinbarung bedarf der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums; eine Satzungsautonomie wird durch § 6 Abs. 5 S. 7 LHG nur in dem engen, von der Verwaltungsvereinbarung abgesteckten Rahmen erlaubt.⁸

5. Andere Rechtsformen

Andere Rechtsformen wissenschaftlicher Kooperationen – wie im Fall des Karlsruher Instituts für Technologie (KIT) eine gesetzliche⁹ oder im Fall des EMBL eine völkervertragliche Grundlage¹⁰ – lassen sich kaum verallgemeinern. Die Verordnung (EG) Nr. 723/2009 des Rates vom 25. Juni 2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC)¹¹ bietet zwar eine supranationale Rechtsform mit eigener Rechtspersönlichkeit. Schon ein Blick auf das Antragsverfahren bei der Kommission und auf die zulässige Mitgliedschaft in einem

2 Vgl. zur Abgrenzung zwischen der dienstvertraglichen und der werkvertraglichen Einordnung von Forschungs- und Entwicklungsleistungen BGH, Urt. v. 16. 7. 2002, Az. X ZR 27/01, NJW 2002, 3323. Zu Fragen der Risikoverteilung von „FuE-Verträgen“ siehe z. B. *Nicklisch*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik*, 2003, 5 ff., zu Fragen der Gestaltung siehe z. B. *Sandberger*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik*, 2003, 17 ff.

3 Diese häufig verwendete Terminologie ist angelehnt an die im medizinischen Bereich geläufige Wendung „from bench to bedside“, vgl. z. B. *Perkhofer*, in: *Ritschl/Weigl/Stamm* (Hrsg.), *Wissenschaftliches Arbeiten und Schreiben*, 2016, S. 5 f.

4 Siehe näher unter III.

5 Siehe z. B. § 6 Abs. 1 LHG Baden-Württemberg.

6 Als Beispiel kann die nichtrechtsfähige Stiftung öffentlichen Rechts

„Deutsches Konsortium Translationale Krebsforschung – DKTK“ genannt werden. Zu der rechtlichen Qualifizierung und rechtlichen Gestaltung einer nichtrechtsfähigen Stiftung als Treuhandstiftung siehe ausführlich *BeckOGK/Geibel* BGB § 80 Rn. 668 ff.

7 Zur zweifelhaften Eignung der GmbH für Wissenschaftskooperationen siehe bereits ausführlicher *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, 1 (4 f.).

8 Siehe näher den Beitrag von *Geis* in diesem Heft.

9 Sog. KIT-Gesetz vom 14.7.2009, GBl. Baden-Württemberg 2009, 317.

10 Genfer Vertrag über die Einrichtung des European Molecular Biology Laboratory (EMBL) vom 10.5.1973, abrufbar unter https://www.embl.de/aboutus/general_information/organisation/ho/stsite_agreement/un_agreement.pdf (zuletzt abgerufen am 23.11.2017).

11 ABl. EG 2009, L 206, 1; geändert durch VO (EU) Nr. 1261/2013 des Rates vom 2. 12. 2013, ABl. EU 2013, L 326, 1.

ERIC – neben den Mitgliedstaaten nur assoziierte Länder, Drittländer und zwischenstaatliche Organisationen – zeigt, dass ein ERIC nur für ausgewählte internationale Großprojekte in Betracht kommt.

6. Folgerungen für die Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung

Die Tendenzen in der rechtlichen Gestaltung von Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen scheinen insgesamt in die Richtung einer gesteigerten rechtlichen Selbstständigkeit der Kooperationsebene im Innen- und Außenverhältnis zu führen. Die Bedürfnisse der Wissenschafts- und Forschungspraxis sind allerdings ambivalent: Einerseits wollen die Kooperationspartner durch die Rechtsform der Kooperationsebene abgeschirmt werden, vor allem in haftungsrechtlicher Hinsicht. Andererseits – beispielsweise in arbeitnehmerüberlassungsrechtlicher oder steuerrechtlicher Hinsicht – wird nach einer möglichst durchsichtigen, „transparenten“ Rechtsform gerufen, welche den Blick des rechtlich Zurechnenden auf die einzelnen Kooperationspartner möglichst unversperrt lässt und jede Gefahr einer zu großen Emanzipation der Kooperationsebene bannt.¹² Den Balanceakt zwischen der Abschirmwirkung einer Rechtsform auf der einen Seite und ihrer Transparenz auf der anderen Seite müssen die Partner einer Wissenschafts- oder Forschungsk Kooperation tagtäglich vollführen. Er steht auch im Zentrum der Diskussion um eine passgenaue Rechtsform für Wissenschafts- oder Forschungsk Kooperationen *de lege ferenda*. Um ihn zu bewältigen, müssen die verschiedenen Zurechnungsprobleme sichtbar und bewusst gemacht werden.

III. Die Gefahr einer „versteckten“ (Um-)Qualifizierung als Außen-GbR

Geht man von der am häufigsten vorkommenden rechtlichen Einfassung von Wissenschaftsk Kooperationen in Gestalt eines „FuE-Vertrages“ aus, sind die Zurechnungsfragen häufig unbewusst und unsichtbar. Die Kooperationspartner tun auf dem Papier so, als würden sie sich auf rein schuldrechtliche Beziehungen beschränken und sämtliche Zurechnungen auf sich selbst lenken können. In der gelebten Wirklichkeit werden allerdings unterschiedliche Beiträge nicht in einem Austauschverhältnis erbracht, sondern zu einem gemeinsamen Zweck; es werden gemeinsame Steuerungsmechanismen eingerichtet und die For-

schungsergebnisse der Kooperation (sog. *Joint Foreground IP*) werden nach bestimmten Zeitabständen oder am Ende der Kooperation auseinandergesetzt. Die Kooperation wird als Organisationseinheit begriffen und eingerichtet; sie wird mit einer eigenständigen Willensbildung ausgestattet und tritt häufig als solche im Rechtsverkehr mit Dritten auf, sei es gegenüber Arbeitnehmern, Sponsoren, Patienten oder Kunden. In vielen Fällen verlangen es die ökonomischen oder wissenschaftlichen Bedürfnisse, wie die einer transnationalen Forschung, die Bezeichnung des Zentrums oder der Forschungsstelle sogar bewusst einzusetzen.

Nimmt die Kooperation in dieser Weise als solche am Rechtsverkehr teil, verwandelt sie sich nach der Rechtsprechung des BGH automatisch in eine rechtsfähige Außen-GbR, und zwar „unmerklich“, ohne dass die Kooperationspartner diese Rechtsform gewählt hätten und sich darauf einstellen können.¹³ Sie können diese zwingende Qualifizierung des Kooperationsvertrages als eine rechtsfähige Außen-GbR auch nicht im Vorhinein durch eine zweiseitige Vereinbarung verhindern, weil das Verhältnis zu Dritten betroffen ist.

Die Auswirkungen dieser „unbemerkten“ Qualifizierung als Außen-GbR sind grundstürzend. Insbesondere wird die Kooperation selbst grundsätzlich zu einem Zuordnungssubjekt für alle künftig abzuschließenden Verträge und für entstehende Rechte geistigen Eigentums. Sollen dennoch nur einzelne der Kooperationspartner berechtigt oder verpflichtet werden, wäre der Begründungs- und Beratungsaufwand hoch, um dies rechtssicher zu gestalten. Weiterhin folgt aus der unbemerkten Qualifizierung als Außen-GbR eine akzessorische Haftung der Kooperationspartner analog § 128 HGB für alle Verbindlichkeiten der Kooperation. Der forschende Kooperationspartner haftet daher zum Beispiel für vertragliche Pflichtverletzungen in der Anwendung der Forschungsergebnisse auf der Ebene der Kooperation, nach der überwiegenden Auffassung sogar für unerlaubtes Handeln wie etwa medizinische Behandlungen ohne hinreichende Aufklärung und Einwilligung des Patienten. Immerhin ist eine rechtsfähige Außen-GbR keine Rechtsperson, sondern lebt von den Persönlichkeiten ihrer Gesellschafter, und durch sie, und ist von diesen abhängig. Hieran knüpft beispielsweise das Einkommensteuerrecht eine sog. „transparente“ Behandlung, wenn die Voraussetzungen einer Mitunternehmerschaft gemäß § 15 Abs. 1 EStG erfüllt sind.

¹² Siehe dazu näher unter IV. und V.

¹³ Vgl. grundlegend BGH, Urt. v. 29.1.2001, Az. II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 („ARGE Weißes Ross“); zur Anwendung auf Wissen-

schaftsk Kooperationen siehe bereits *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, 1 (2) und insbesondere die dort in Fn. 4 zitierten Autoren.

IV. Überblick über die Zurechnungsprobleme für die Kooperationspartner

In der gebotenen Überblickskürze seien zentrale Zurechnungsprobleme zunächst hinsichtlich der Ebene der Kooperationspartner angesprochen, bevor unter V. die Ebene der Kooperation selbst untersucht wird.

1. Grenzen der Beteiligung öffentlich-rechtlicher Kooperationspartner

Sind die Kooperationspartner öffentlich-rechtlich organisiert, sei es als Gebiets- oder sonstige Körperschaft, als Anstalt oder als Stiftung des öffentlichen Rechts, so müssen eingegangene Kooperationen, erst recht wenn sie als rechtsfähig zu qualifizieren sind, mit dem jeweiligen öffentlichen Zweck der involvierten juristischen Person vereinbar sein. Weitere Besonderheiten gelten, wenn die Kooperation als privatrechtlich verfasstes Unternehmen zu werten ist.¹⁴ Sind bestimmte öffentliche Zwecke verfassungsrechtlich besonders geschützt wie vor allem die Freiheit von Forschung und Lehre, dürfen die diese tragenden Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Universitäten, nur insoweit kooperieren, als sie dadurch in der Erfüllung dieser Zwecke nicht beeinträchtigt werden. Wenn die Kooperation Haftungsrisiken birgt – also auch in den Fällen einer automatischen Umqualifizierung in eine Außen-GbR – so gebietet in erster Linie die Verpflichtung auf den öffentlichen Zweck und in zweiter Linie das Haushaltsrecht,¹⁵ dass diese Haftungsrisiken für die juristische Person des öffentlichen Rechts möglichst ausgeschlossen oder zumindest in einem geringen und angemessenen Maße gehalten werden.¹⁶ Zu Konflikten kann es auch mit der Dienstherrenfähigkeit kommen, die bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts verbleibt und nicht an eine privatrechtlich organisierte Kooperationsebene wandern kann.

2. Grenzen durch das Beihilfeverbot für öffentlich finanzierte Kooperationspartner

Soweit die Kooperationspartner staatlich finanziert sind, greift das unionsrechtliche Beihilfeverbot gemäß Art. 107

Abs. 1 AEUV zum Schutz des Binnenmarktes und des Wettbewerbs. Das Beihilfeverbot gilt unabhängig von der Rechtsform grundsätzlich auch im Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsbereich, soweit nicht unter bestimmten Voraussetzungen eine Freistellung nach der VO (EU) Nr. 651/2014 (AGVO)¹⁷, insbesondere nach deren Art. 25 greift. Kooperationen im Bereich der Forschungsanwendung oder translationalen Forschung werden häufig nicht unter die Freistellung nach Art. 25 AGVO fallen, weil sie nicht einer der Forschungs- und Entwicklungskategorien des Art. 25 Nr. 2 AGVO zugeordnet werden können.¹⁸ Sind aus diesem oder aus anderen Gründen die Voraussetzungen für eine Freistellung nicht gegeben oder sind die Anmeldeschwellen des Art. 4 Nr. 1 lit. i) AGVO überschritten, wird der von der Europäischen Kommission im Jahr 2014 veröffentlichte neue Unionsrahmen („FuEuI-Unionsrahmen“) relevant, der die Verwaltungspraxis bindet und sich insoweit auf das Verhältnis zu den Rechtsunterworfenen wenigstens mittelbar auswirkt.¹⁹ Aus Sicht einer Wissenschafts- und Forschungskoooperation erlangt der FuEuI-Unionsrahmen große Bedeutung, wenn über das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen nach der AGVO auch nur Unsicherheit besteht oder die AGVO gar im Lichte des FuEuI-Unionsrahmens interpretiert wird.

Kooperiert eine öffentlich finanzierte Forschungseinrichtung mit einem Unternehmen und lässt sie dieses Unternehmen dadurch an den durch die öffentliche Finanzierung vergünstigten Bedingungen teilhaben, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass der Wettbewerb zu Lasten anderer Unternehmen verzerrt werden könnte. Der Unternehmensbegriff des Beihilfenrechts wird weit verstanden und schließt ausdrücklich juristische Personen des öffentlichen Rechts ein, sofern sie an einem Markt Produkte oder Dienstleistungen anbieten wie etwa Universitätsklinik. Gehen öffentlich finanzierte Forschungseinrichtungen (wie zum Beispiel Universitäten) mit Unternehmen (etwa auch Universitätsklinik) eine Kooperation ein, so handelt es sich nur unter den in Rn. 28 des FuEuI-Unionsrahmens bestimmten Voraussetzungen nicht um *mittelbare staatliche Beihilfen*. Ent-

14 Siehe z. B. die engen Voraussetzungen für die Errichtung privatrechtlicher Unternehmen durch Hochschulen nach § 13a Abs. 2 LHG Baden-Württemberg.

15 Siehe die engen haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen gemäß § 65 BHO und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften wie etwa § 65 LHO Baden-Württemberg.

16 Dies lässt sich indirekt auch der Verpflichtung gemäß § 65 Abs. 3 S. 1 BHO oder § 65 Abs. 5 S. 1 LHO entnehmen, dass im Fall der Beteiligung an einer eG die Mitgliederhaftung im Vorhinein „auf eine bestimmte Summe beschränkt“ sein muss.

17 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarung bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und

108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU 2014, L 187, 1.

18 Die Kategorien lauten: Grundlagenforschung, industrielle Forschung, experimentelle Entwicklung, Durchführbarkeitsstudien. Die öffentlich finanzierten Teile des Vorhabens müssen vollständig einer dieser Kategorien zuzuordnen sein (Art. 25 Nr. 2 AGVO).

19 Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. EU 2014, C 198, 1; dieser folgt dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. EU 2006, C 323, 1; zur Bindungswirkung des Unionsrahmens näher *Hoenig*, *Universitätsforschung im Beihilfenrecht der Europäischen Union*, 2016, S. 35 ff.

weder müssen sämtliche Kosten der Kooperation von den Unternehmen und nicht von der Forschungseinrichtung getragen werden *oder* die Rechte geistigen Eigentums, die aus den Tätigkeiten der Forschungseinrichtungen resultieren müssen klar bei diesen Einrichtungen zugeordnet sein *oder* die IP-Rechte müssen den Kooperationspartnern in einer mit Rücksicht auf deren Arbeit, Beiträge und Interessen angemessenen Weise zugewiesen werden *oder* die IP-Rechte, die sich aus der Tätigkeit der Forschungseinrichtungen ergeben, werden zu einem marktüblichen Entgelt übertragen.²⁰ Soweit jeweils festgestellt werden muss, welches Recht des geistigen Eigentums auf der Tätigkeit welcher involvierten Forschungseinrichtung beruht, ist dies – soweit diese Feststellung überhaupt tatsächlich möglich ist – rechtlich leichter zu bewerkstelligen, wenn die Kooperation nicht selbst in einem mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Rechtskleid Eigentümerin dieser Rechte wird. Das scheint einer der Gründe zu sein, weshalb die Beteiligten unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten meist eine möglichst „transparente“ Rechtsform auf Kooperationsebene anstreben.

Soweit in manchen Kooperationen Tätigkeitselemente der Auftragsforschung hinzutreten, müssen sie separiert und es muss sichergestellt werden, dass sie zum Marktpreis erbracht werden.²¹ Die Overhead-Systeme werden schon seit geraumer Zeit nicht mehr nach einem Zusatzkostenmodell, sondern auf der Grundlage eines Vollkostenmodells berechnet, um die Forschungseinrichtung einem Unternehmen, das die Leistungen am Markt anbietet, gleichzustellen.²²

Durch die Beteiligung an einer Kooperation mit einem oder mehreren Unternehmen gerät eine Forschungseinrichtung ferner in die Gefahr, selbst zum „Unternehmen“ zu werden. Dann würde die öffentliche Finanzierung, die sie erhält, zu einer *direkten Beihilfe*. Insbesondere ist dies der Fall, wenn eine Forschungseinrichtung, um dem Beihilfeverbot wegen mittelbarer Beihilfe zu entgehen, ein marktübliches Entgelt für die Übertragung der Rechte geistigen Eigentums an den Kooperationspartner erhält. Darüber hinaus besteht vor allem in allen Fällen eines Technologietransfers – in den Fällen einer drittmittelfinanzierten Tätigkeit nur dann, wenn keine öffentlichen Aufgaben erfüllt werden – das Risiko, dass die Forschungseinrichtung selbst als „Unternehmen“ im Sinne des Beihilfenrechts qualifiziert wird.

Damit die staatliche Finanzierung der Forschungseinrichtung in diesen Fällen keine direkte Beihilfe ist, muss sichergestellt sein, dass diese Finanzierung nicht Kosten deckt, die mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Einrichtung verknüpft sind.²³ Die Tätigkeiten der Forschungseinrichtung in einer Kooperation müssen nach dem Unionsrahmen strikt, auch bilanziell in wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche getrennt werden können; zudem muss auch hier auf Vollkostenbasis gerechnet werden.²⁴

Gestaltete man die Kooperation als eigenständige juristische Person, zum Beispiel als GmbH, bestünde die Gefahr, dass ihre anwendungsorientierten, an einem Markt für Produkte oder Dienstleistungen erbrachten Tätigkeiten die Kooperation selbst zu einem Unternehmen machen. Dann wären die Tätigkeiten der Forschungseinrichtung als Partnerin dieser Kooperation Forschungsdienstleistungen oder Auftragsforschung für die Kooperations-GmbH. Diese Forschungsdienstleistungen oder Auftragsforschung müssten mit einem dem Fremdvergleichsgrundsatz standhaltenden Marktpreis vergütet werden, um nicht als mittelbare Beihilfe qualifiziert zu werden.²⁵ Das dürfte einer der Hauptgründe sein, weshalb viele Forschungsk Kooperationen die Rechtsform einer eigenständigen juristischen Person scheuen. In Randnummer 27 des FuEuI-Unionsrahmens sollte eine Klarstellung aufgenommen werden, dass das gemeinsame Kooperationsvorhaben von Forschungseinrichtungen und Unternehmen nicht selbst als Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts aufzufassen ist. Dies könnte, um einen eigenständigen Unternehmenszweck der Kooperationsebene auszuschließen, an die Voraussetzung geknüpft werden, dass eine Thesaurierung des Ergebnisses auf der Kooperationsebene ausgeschlossen ist und sämtliche entstehenden Rechte geistigen Eigentums der Kooperation nach einem kurzen Zeitraum nach ihrer Entstehung und spätestens in der Auseinandersetzung der Kooperationsebene an die Kooperationspartner durchgeleitet werden.

3. Grenzen durch das Kartellverbot für in Wettbewerb stehende Kooperationspartner

Das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV adressiert sich an Unternehmen und deren Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Wettbewerb

20 Rn. 28 unter Ziffer 2.2.2 FuEuI-Unionsrahmen, ABL. EU 2014, C 198, 1; siehe *Hoening*, *Universitätsforschung im Beihilfenrecht der Europäischen Union*, 2016, S. 88 ff., 99 ff.

21 Rn. 25, 26 unter Ziffer 2.2.1 FuEuI-Unionsrahmen, ABL. EU 2014, C 198, 1.

22 Vgl. näher *Hoening*, *Universitätsforschung im Beihilfenrecht der Europäischen Union*, 2016, S. 81 ff., 84 f., 96 ff.

23 Rn. 20 unter Ziffer 2.1.1 FuEuI-Unionsrahmen, ABL. EU 2014, C 198, 1.

24 Rn. 18 unter Ziffer 2.1.1 FuEuI-Unionsrahmen, ABL. EU 2014, C 198, 1.

25 Krit. *Hoening*, *Universitätsforschung im Beihilfenrecht der Europäischen Union*, 2016, S. 97 f.

auf einem relevanten Markt beschränken. Der Unternehmensbegriff erfasst rechtsformunabhängig solche Einheiten, die Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten. Das können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sein.²⁶ Teilweise wird sogar eine bloße Nachfragetätigkeit für ausreichend gehalten.²⁷ Von dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV stellt zwar Art. 2 der Gruppenfreistellungsverordnung von 2010 („FuE-GVO“) nach dem seit 2003 eingeführten System der Legalausnahmen die „FuE-Vereinbarungen“ zwischen Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen frei.²⁸ Doch deckt der in der FuE-GVO näher definierte Begriff der Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung nur die gemeinsame Forschung und Entwicklung (von Vertragsprodukten oder -technologien) und/oder die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse dieser gemeinsamen Forschung und Entwicklung sowie ferner die Auftragsforschung. Manche Formen insbesondere der translationalen Verknüpfung der Forschung mit der Anwendung der Forschungsergebnisse (das ist nicht gleichbedeutend mit deren bloßen „Verwertung“) werden hiervon nicht ausdrücklich erfasst. Eine klarstellende Änderung der GVO, die auch die translationale Forschung ausdrücklich erfasst, wäre überlegenswert. Greift die FuE-GVO nicht – und das kann darauf beruhen, dass ein Kooperationspartner hinsichtlich des Zugangs zu den Ergebnissen der gemeinsamen FuE unverhältnismäßig benachteiligt wird –, kommt es darauf an, ob und inwieweit sich die Wissenschaftskooperation auf die jeweils relevanten Märkte auswirkt. Die Kommission unterscheidet nicht nur Produkt- und Technologiemarkte, sondern bezieht auch die Innovations- oder Forschungsmärkte ein. Die FuE-Vereinbarungen bergen insoweit die Gefahr, dass sich der Entdeckergeist von vornherein auf einen Lösungsweg festlegt und andere Wege unbeschränkt bleiben oder dass andere Forschungseinrichtungen von eigenen

Kooperationstätigkeiten abgehalten und so die Zutrittsmöglichkeiten zu einem Innovationsmarkt erschwert werden, oder dass es zu einer Marktabstottung kommt. Wenn man erst einmal von einem relevanten Innovations- oder Forschungsmarkt ausgeht, sind die Möglichkeiten denkbarer Wettbewerbsbeschränkungen ungezählt. Wie allerdings relevante Innovations- oder Forschungsmärkte zu identifizieren und abzugrenzen sind, ist bisher kaum geklärt.

4. Grenzen für den Steuervergünstigungsstatus der Kooperationspartner

Die Kooperationspartner bringen in die Wissenschaftskooperation häufig den Status der Steuerfreiheit mit, weil sie juristische Personen des öffentlichen Rechts sind oder steuerbegünstigte Zwecke im Sinne der §§ 51 ff. AO verfolgen. Ist die Kooperationsebene als GmbH organisiert, befänden sich die gemeinnützigen Kooperationspartner mit ihrem Geschäftsanteil an dieser GmbH an sich in der Sphäre steuerfreier Vermögensverwaltung. Die Rechtspraxis macht hiervon allerdings eine Ausnahme, wenn ein aktiver Einfluss des Gesellschafters auf die laufende Geschäftsführung ausgeübt wird und die GmbH nicht ausschließlich Vermögen verwaltet: Dann übe der gemeinnützige Gesellschafter durch seine GmbH-Beteiligung einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aus, der partiell zu versteuern sei.²⁹ Wird die Kooperation in der Form einer Personengesellschaft geführt, besteht die Gefahr, dass die Beteiligung eines gemeinnützigen Kooperationspartners zu einem partiell zu versteuernden wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb führt.³⁰ Die hiervon für den Fall gemachte Ausnahme, dass die Beteiligungsgesellschaft selbst nur vermögensverwaltend tätig ist,³¹ wird bei Wissenschaftskooperationen nicht einschlägig sein. Der Gemeinnützigkeitsstatus der Kooperationspartner wird durch das Eingehen einer Kooperation dagegen praktisch selten in Rede stehen.³²

26 Vgl. z. B. EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Slg. 2007 I 10925 Tz. 38 ff. („ETI“); EuGH, Urt. v. 1.7.2008, Slg. 2008 I 4892 Rn. 25 ff. („MOTOE“).

27 So z. B. für die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1 (EU), Teil 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 18.

28 Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. EU 2010, L 335, 36.

29 Vgl. insbes. BFH, Urt. v. 25.8.2010, Az. I R 97/09, BFH/NV 2011, 312; zuvor bereits z. B. BFH, Urt. v. 30.6.1971, Az. I R 57/70, BStBl. II 1971, 753.

30 Die Finanzverwaltung geht nach R 6 Abs. 2 S. 2 Körperschaftsteuer-Richtlinien davon aus, dass die Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts an einer GbR stets einen partiell zu versteuernden Betrieb gewerblicher Art („BgA“) darstellt. Mit einem „BgA“ unterliegt auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts aus Gründen der

Wettbewerbsgleichheit der Körperschaftsteuer. Vgl. zu den „BgA“ im Hochschulbereich z. B. *Brömer/Schroller*, in: Feßtschrift Siegel, 2005, S. 479 ff.

31 Vgl. für Beteiligungen an einer „gewerblich geprägten“ Personengesellschaft BFH, Urt. v. 25.5.2011, Az. I R 60/10, DStR 2011, 1460 (1461) = BStBl. II 2011, 858; zum Ganzen näher *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 6.126–6.129; *Lorenz*, in: *Winheller/Geibel/Jachmann-Michel*, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, § 14 AO Rn. 108 ff.; *Geibel*, in: *Winheller/Geibel/Jachmann-Michel*, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, Anhang zu § 51 AO, Rn. 406.

32 Zu der in Rechtsprechung und Finanzverwaltungspraxis mittlerweile einhellig anerkannten Linie, von einer Art „Geprägetheorie“ Abstand zu nehmen, vgl. z. B. für einen Fall der überwiegenden Finanzierung aus Auftragsforschung BFH, Urt. v. 4.4.2007, Az. I R 76/05, BFHE 217, 1 = BStBl. II 2007, 631; ferner allgemein zu Geschichte und Kritik der „Geprägetheorie“ *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 4.90–4.102; zu einer etwaigen Ausnahme nach § 56 AO siehe Nr. 1 AEAO zu § 56 AO.

5. Umsatzsteuerrechtliche Folgen einer Rechtsfähigkeit der Kooperationspartner

Umsatzsteuerrechtlich kann die Organisation einer Kooperation in der Form einer rechtsfähigen Gesellschaft einerseits Vorteile bringen, als Bareinlagen der Kooperationspartner unabhängig von der Rechtsform der Kooperation grundsätzlich einen entgeltlichen Leistungsaustausch weder im Verhältnis zur Gesellschaft noch (jedenfalls mangels unmittelbaren Zusammenhangs) im Verhältnis zu den Kooperationspartnern darstellen.³³ Andererseits unterlägen darüber hinausgehende Leistungen zwischen den Kooperationspartnern untereinander und mit der Kooperationsgesellschaft grundsätzlich der Umsatzsteuer. In der rechtspraktischen Gestaltung wird deshalb darauf geachtet, diesen Leistungsaustausch transparent zu gestalten und auf eine separate Rechtsgrundlage zu stellen. Zudem wird versucht, die Kooperationsgesellschaft aus den umsatzsteuerlich relevanten Leistungen und Leistungsempfängern herauszuhalten, etwa indem möglichst alle Leistungen im Verhältnis zu Dritten von den Kooperationspartnern oder einem von ihnen erbracht werden.³⁴ Hingegen hilft die Neuregelung des § 2b UStG den Kooperationspartnern, die juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, nur eingeschränkt weiter.³⁵ Sie knüpft die Privilegierung juristischer Personen des öffentlichen Rechts nicht mehr an das Vorliegen eines Betriebs gewerblicher Art, sondern beschränkt die Privilegierung auf die Tätigkeiten, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen. Dadurch wird Art. 13 Mehrwertsteuersystem-Richtlinie³⁶ nunmehr wortgetreu umgesetzt.

V. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

1. Etwaige Arbeitgeberbereitschaft der Kooperation und etwaige Arbeitnehmerüberlassung an sie

Blickt man auf die zahlreichen Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation, so muss hier notwendigerweise eine kleine Auswahl getroffen werden. Die Arbeitgeberbereitschaft wird bei reinen „FuE-Verträgen“ bei der jeweiligen Anstellungskörperschaft belassen, die Kooperationspartner ist. Wird die Kooperationsebene hingegen zu einer rechtsfähigen Gesellschaft, so ist prak-

tisch meist erforderlich, dass die Arbeitnehmer der Kooperationspartner in die Arbeitsorganisation der Kooperationsgesellschaft eingegliedert und den Weisungen der Gesellschaftsorgane unterstellt werden. Überlassen die Kooperationspartner die bei ihnen Angestellten in solcher Weise der Kooperationsgesellschaft im Rahmen einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“, so wäre dies eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 AÜG.³⁷ Vor allem Tätigkeiten der Forschungsanwendung werden von dem weit auszulegenden Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ abgedeckt.³⁸ Hierfür eine Bereichsausnahme im AÜG vorzusehen, dürfte kaum mit dem bloßen Hinweis auf eine Kooperationsrechtsform gerechtfertigt werden können. Gefordert ist hier die Rechtsgestaltung, indem beispielsweise die Arbeitsorganisation der Kooperationsebene schlank gehalten und hierfür eine Erlaubnis eingeholt wird, im Übrigen aber die Arbeitnehmer der Kooperationspartner aus der Arbeitsorganisation der Kooperationsebene herausgehalten werden und nur eine Zusammenarbeit unter den Arbeitnehmern am Ort der Kooperation ermöglicht wird.

2. Zuordnung von geistigen Eigentumsrechten

Eine je eigenständige Zuordnung kennen die verschiedenen Regelungen über geistige Eigentumsrechte. Beispielsweise können patent- oder gebrauchsmusterfähige Dienstleistungen vom Arbeitgeber in Anspruch genommen werden. Mit der rechtsfähigen Kooperationsgesellschaft tritt ein weiterer möglicher Rechtsinhaber hinzu. Die vielfältigen Zuordnungsschwierigkeiten können hier nicht untersucht werden.³⁹ Auf einem anderen Blatt steht die bereits angesprochene Frage, wie die auf der Kooperationsebene entstandenen geistigen Eigentumsrechte den einzelnen Kooperationspartnern zugewiesen werden müssen, um insbesondere den beihilfenrechtlichen Anforderungen zu genügen.

3. Möglichkeit zu Organverfassung und zu Kooperationen unter gemeinsamer Leitung

Die beiden Bereiche, in denen eine rechtsfähige Kooperationsgesellschaft klare Verbesserungen verspricht, sind einerseits die mögliche Organverfassung und Governance der Kooperation selbst und andererseits die Möglichkeit einer Konzernstruktur. Die Möglichkeiten, bei

33 Vgl. näher zur Unterscheidung zwischen Gesellschafterbeiträgen und Leistungen gegen Sonderentgelt insbes. BFH, Urt. v. 6.6.2002, Az. V R 43/01, BFH DStR 2002, 1346 (1347 f.).

34 Vgl. z. B. für Innengesellschaften BFH, Urt. v. 27.5.1982, Az. V R 110-111/81, BFHE 136, 315 = BStBl. II 1982, 678.

35 Vgl. z. B. *Küffner/Rust* DStR 2016, 1633 ff.

36 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über

das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. EG 2006, L 347, 1.

37 Zu den Rechtsfolgen für die Arbeitnehmererfindungen gemäß § 11 Abs. 7 AÜG vgl. z. B. *Ulrici*, WissR 2015, 318 (331 f.).

38 Vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 26.07.2012 - 15 Sa 1452/11, BeckRS 2012, 71608; näher *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, (im Erscheinen), § 4 C.I., S. 48.

39 Siehe näher den Beitrag von *Ulrici* in diesem Heft.

schuldrechtlichen Verträgen Organe nachzuahmen (etwa über einen Vertrag zugunsten Dritter), sind äußerst begrenzt.⁴⁰ Unter den Gesellschaftsformen sind die personengesellschaftsrechtlichen Formen durch das Prinzip der Selbstorganschaft etwas weniger geeignet für die Bedürfnisse einer Kooperation als die GmbH.

4. Steuerrechtliche Zuordnungsprobleme auf der Kooperationsebene

Steuerrechtlich stellen sich auf der Ebene der Kooperation im Wesentlichen zwei Zuordnungsprobleme, die aus der Wahl einer rechtsfähigen Gesellschaftsform für die Kooperation resultieren: das umsatzsteuerrechtliche und das gemeinnützigkeitsrechtliche. Beide können hier nur angedeutet werden. Umsatzsteuerrechtlich tritt mit der Kooperation – wenn sie als rechtsfähige Kooperationsgesellschaft ausgestaltet ist – ein weiterer Unternehmer hinzu. Wie bereits erwähnt,⁴¹ bringt § 2b UStG kaum eine Privilegierung, da jedenfalls Forschungsanwendungen selten oder nie dem Bereich der öffentlichen Gewalt unterfallen dürften.

Gemeinnützigkeitsfähig wäre nur eine Kooperationsgesellschaft in der Rechtsform der GmbH. Nach der derzeitigen Gesetzeslage können die Personengesellschaftsformen grundsätzlich nicht selbst den Gemeinnützigkeitsstatus erlangen, weil sie keine Körperschaftsteuersubjekte sind.⁴² Insbesondere wenn auf der Kooperationsebene ein Zweckbetrieb existiert, zum Beispiel ein Krankenhaus betrieben wird, wäre *de lege ferenda* überlegenswert, einer Personengesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen den Gemeinnützigkeitsstatus nicht mehr vorzuenthalten.⁴³

VI. Die schwierige Aufgabe der Rechtsgestaltung und mögliche Zielformate *de lege ferenda*

1. Teilweise unüberwindliche Schwierigkeiten für die Rechtsgestaltung

Wendet man sich den möglichen Zielformaten für Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen zu, so ist zunächst festzustellen, dass mit den Lösungen der Rechtsgestaltung hergebrachter Rechtsformen vieles erreicht werden kann. Dies setzt allerdings voraus, dass die Gestaltungsspielräume bewusst und sichtbar sind. Ist eine Wissenschafts- und Forschungsk Kooperation erst einmal in einer – wenngleich vordergründig auf Basis eines „FuE-Vertrages“ geführten – *faktischen Außen-GbR* gefangen, birgt die Rechtsgestaltung zusätzliche, teilweise unüberwindliche

Schwierigkeiten. Die dann geltende zwingende Haftung der Kooperationspartner für die Verbindlichkeiten der Kooperation ist bereits betont worden. Um dem zu entgehen, müssten bei einer Überführung in eine GmbH oder eine Rückführung auf eine rein schuldvertragliche Basis Vermögensrechte und -pflichten im Einzelnen übertragen werden, was die Praxis wiederum vor unüberwindliche Schwierigkeiten stellen würde.

Entscheiden sich die Kooperationspartner dafür, ihrer Kooperation das Rechtskleid der GmbH zu geben, grenzt die Rechtsgestaltung der Kooperations-GmbH an die Quadratur des Kreises: Einerseits soll sie als Organisationseinheit nicht bloß intern moderieren, sondern Aufgaben der Forschungsanwendung und der Verwertung von Forschungsergebnissen eigenständig übernehmen. Andererseits soll sie aus mehrererlei Gründen möglichst „unsichtbar“ sein, insbesondere um umsatzsteuer- und arbeitnehmerüberlassungsrechtlichen Hindernissen aus dem Weg zu gehen. Aus beihilfenrechtlichen Gründen darf sie möglichst nicht als „Unternehmen“ zu qualifizieren sein. Ein eigenständiges Auftreten an einem Markt sowie ein eigenständiger Unternehmenszweck müssen daher nach Möglichkeit ausgeschlossen werden. Demgegenüber würde ein Gemeinnützigkeitsstatus der Kooperations-GmbH einen eigenständigen steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zweck gerade fordern, für den ihre Mittel zeitnah zu verwenden sind. An die Kooperationspartner dürften zudem keine Gewinnanteile ausgeschüttet werden.

2. Schlussfolgerungen für mögliche Zielformate *de lege ferenda*

Um der Quadratur des Kreises zu entgehen, bieten sich zwar punktuelle Änderungen der Zurechnung in den jeweiligen Sonderrechtsbereichen an. Korrekturen allein für Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen werden sich allerdings im unionsrechtlichen Kartell- und Beihilfenrecht oder im Umsatzsteuerrecht kaum durchsetzen lassen, weil sie einen generellen Charakter annehmen müssten. Durchaus überlegenswert wäre, ob bestimmte Korrekturen leichter legitimiert werden könnten, wenn sie an eine bestimmte Kooperationsrechtsform für Wissenschaft und Forschung geknüpft würden. Eine solche Rechtsform *de lege ferenda* einzuführen, hätte gewiss den Vorteil einer rechtssicheren Gestaltungsmöglichkeit für sich.

40 Vgl. zu einem verwandten Problem bei der nichtrechtsfähigen Stiftung in Gestalt der Auflagenschenkung BeckOGK/Geibel BGB § 80 Rn. 661.3.

41 Siehe oben IV.5.

42 Zu möglichen Ausnahmen näher Geibel, in: Winheller/Geibel/

Jachmann-Michel, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, Anhang zu § 51 AO, Rn. 394 ff., speziell zu Kooperationen aaO. Rn. 402 ff.

43 Siehe bereits Geibel, in: Winheller/Geibel/Jachmann-Michel, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, Anhang zu § 51 AO, Rn. 404; vgl. dort zu weiteren Vorschlägen *de lege ferenda* auch Rn. 401, 402 ff.

Lässt man sich auf diese gesetzgeberische Perspektive ein, stellt sich die Frage, ob eine solche neue Rechtsform mehr an eine Personengesellschaft oder mehr an eine Kapitalgesellschaft angelehnt werden sollte. Für eine – freilich kaum bruchlos durchzuführende – *Einfügung in das System des Rechts der Personengesellschaften* spräche zwar deren grundsätzliche „Transparenz“. Wegen des nichtgewerblichen Charakters und wegen der schon bestehenden Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung böte sich möglicherweise eine ähnliche Rechtsform wie der Partnerschaftsgesellschaft an. Um allerdings eine Haftungsbeschränkung ähnlich wie in § 8 Abs. 4 PartGG für Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen einzuführen, bedürfte es einer Versicherungslösung. Eine solche existiert aber gerade in dem äußerst relevanten Bereich der Medizinforschungsanwendung nicht, weil berufliche Fehler häufig zugleich einen (deliktsrechtlichen) Schadensersatzanspruch gegen den (forschungsanwendenden) Arzt persönlich auslösen und dieser nicht von dem Versicherungsschutz erfasst wäre. Zudem scheinen „Forschungsrisiken“ schwer kalkulierbar und damit versicherbar.

Möglicherweise näher läge es, den schwierigen sondergesetzlichen Zurechnungsfragen einen Bezugspunkt in Gestalt einer Rechtsform mit Rechtspersönlichkeit zu geben. Denn die juristische Person ist selbst „Abbréviation für komplizierte Zuordnungsverhältnisse“.⁴⁴ Vorstellbar wäre eine Art „durchleuchtete Plattform-GmbH“ als Rechtsformvariante der GmbH, die sich in Tätigkeit und Zweck ähnlich einer Innengesellschaft auf ein *forum internum* mit ihren Kooperationspartnern beschränken würde und durch die sämtliche Ergebnisse der For-

schungsanwendung zu den Kooperationspartnern hindurchgeleitet werden könnten. Sollte es über § 164 Abs. 1 S. 2 BGB oder über einen Rechtsschein oder über die Zurechnung unerlaubter Handlungen doch einmal zu einer Haftung der Kooperationsgesellschaft kommen, wären die Kooperationspartner haftungsrechtlich abgesichert. Damit wäre zugleich dem jeweiligen öffentlichen Zweck der öffentlich-rechtlich verfassten Kooperationspartner Genüge getan. Die Einführung einer solchen Rechtsformvariante der GmbH ließe sich flankieren durch verschiedene Auslegungsregeln in den Sonderrechtsbereichen, etwa im Beihilfenrecht durch die Regel, dass der Leistungsaustausch zwischen einer solchen Kooperations-GmbH und ihren Kooperationspartnern im Zweifel keine Tätigkeit an einem Markt darstellt. Den Vertrieb der Forschungsergebnisse und deren Anwendung im Verhältnis zu Dritten müsste an sich der jeweilige Kooperationspartner selbst übernehmen, dem die Rechte an den Forschungsergebnissen (vor allem in Gestalt des *Joint Foreground IP*) zugewiesen sind oder werden. Überlegenswert wäre freilich, auch eine mittelbare Stellvertretung der Kooperations-GmbH für ihre Gesellschafter dergestalt zuzulassen, dass sie den Vertrieb der Forschungsergebnisse und deren Anwendung strikt und stets nur für Rechnung ihrer Gesellschaft durchführen darf.

Stefan J. Geibel ist Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und dort Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht.

44 Hans Julius Wolff, *Organschaft und juristische Person*, Bd. 1: *Juristische Person und Staatsperson*, 1933, S. 229.

Johannes Lappe

Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Prof. Geibel: Rechtsfähigkeit und Zurechnung

Allgemein kam man überein, dass das Thema Rechtsfähigkeit und Zurechnung große Herausforderungen aufwerfe, insbesondere im wettbewerbsrechtlichen Kontext (I.). Sodann wurde das Für und Wider einer Kooperationsform erörtert, welche sich an der GmbH orientiert (II.), bevor sich die Diskussion dem Thema GbR als (ungewollte) Kooperationsrechtsform zuwandte (III.).

I.

Zunächst kam das Auditorium überein, dass das Thema Rechtsfähigkeit und Zurechnung eine sehr große Herausforderung darstelle. Problem und Begrifflichkeiten seien durch den Vortrag treffend präzisiert worden. Man müsse feststellen, dass die diffizilen rechtliche Vorgaben diverser, durch Forschungsk Kooperationen tangierter Rechtsgebiete das geltende Recht gewissermaßen faktisch innovationsfeindlich machten. Als „ideal“ wurde sodann eine Gesellschaftsform beschrieben, die „alles darf und nicht haftet“, wohl betonend, dass dieser Wunsch wohl nicht systemkonform in das geltende Recht einzupassen sei. Eingeworfen wurde, dass insbesondere das Kartellrecht Schwierigkeiten bereite, da das Bundesministerium für Bildung und Forschung immer „Kooperationen“ ausschreibe. Aus Sicht der Praxis sei in diesem Zusammenhang nicht immer hinreichend klar, ob mit der Ausschreibung als Kooperation damit von vornherein kartellrechtliche Bedenken ausgeräumt seien.

II.

Sodann wendeten sich die Diskutanten einzelnen angesprochenen Rechtsformen zu. Gegen eine Lösung nach dem Vorbild GmbH wurde vorgebracht, dass dies nicht praxisgerecht sei. Es würde schlicht den Betrieb ersticken, müsste ein formalisierter Gründungsprozess eingehalten werden. Das Petition der Praxis sei daher eine Kooperationsform, die jedenfalls privatschriftlich gegründet werden könnte. Dem wurde entgegnet, dass eine angestrebte Haftungsbegrenzung nur mit Prüfung und Einzahlung eines Stammkapital oder einer Versicherung möglich sei und daher einen formalisierten Gründungsprozess erfordere. Eine Versicherungslösung nach § 8 Abs.4 PartGG sei zudem *de lege lata* für Ärzte

ausgeschlossen. Wenn man eine GmbH-Variante als Kooperationsform schaffen würde, bedürfe es notwendig sämtlicher Voraussetzungen der GmbH. Beurkundung und Registrierung seien dann als notwendige Erfordernisse hinzunehmen. Nicht jede Kooperation muss dann in dieser Rechtsform organisiert werden. Es stehe den Kooperationspartnern frei, das entsprechende GmbH-Äquivalent zu wählen, wenn sie es für notwendig hielten. Für die Aspekte Haftung und Datenschutz ließe sich damit sinnvoll eine klare Regelung finden. Zusätzlich müsste man aber erwägen, falls eine „WissGmbH“ rechtspolitisch tauglich und durchsetzbar ist, ein UG-Äquivalent zu schaffen, was aber möglicherweise dann einen flankierenden Versicherungsschutz erforderlich mache. Aus der Gruppe der in der Praxis tätigen Konferenzteilnehmer wurde hierauf nochmals betont, dass eine GmbH-Lösung nicht praktikabel sei. Dies schon deshalb, weil die Gründung oft einen Genehmigungsprozess von mindesten sechs Monaten erfordere und damit die Dynamik des Kooperationsprozesses entscheidend hemme. Insoweit bestand Einigkeit, dass ein so langer Gründungsprozess jedenfalls zu vermeiden sei. Es müssten mit Blick auf Governance und Vertragsstrukturen Muster verfügbar sein, die eine schnelle Gründung ermöglichen und insbesondere bei deren Verwendung Genehmigungsprozesse abkürzten. Trotzdem werde, soweit bestand Einigkeit, Rechtsgestaltung im Einzelfall weiter erforderlich sein. „In zwei Wochen in die perfekte Kooperation“, das sei illusorisch.

III.

Aus dem Kreise der Teilnehmer wurde zur GbR aufgegriffen, dass das „Umschlagen“ eines Kooperationsvertrags in eine GbR Teilen der Praxis nicht so klar sei. Insbesondere, wenn der Kooperationsvertrag gegen öffentliches Haushaltsrecht verstieße, sei der Vertrag nach § 134 BGB nichtig und von der Rechtsaufsicht aufzuheben. Seitens des Vortragenden wurde dies nochmals bestätigt und festgehalten, dass es sich hier durchaus um ein „grundstürzendes“ Problem handle. Es reiche der Bleistiftkauf im Namen der Kooperation, um eine rechtsfähige GbR entstehen zu lassen, deren Gesellschafter akzessorisch hafteten. Zwar irre der BGH insoweit und unter Doktoranden des Vortragenden gebe es Bestrebungen, der Auffas-

sung des BGH entgegenzutreten. Für die Praxis aber sei dies ein Datum, und diese sei angehalten, den sichersten Weg zu wählen, der eben nicht in eine GbR führe. Das Problem der „plötzlichen Außen-GbR“ sei aber auch nicht auf den Wissenschaftsbereich beschränkt. Es bestehe auch im kommunalen Bereich ein echtes Problem ähnlich wie für Limiteds nach englischem Recht, wenn sich ein Brexit realisieren sollte. Während sich die Beteiligten dieser beiden zuletzt genannten Problemkreise aber noch auf die Problematik einstellen können, können dies wissenschaftliche Kooperationen nicht. Denn diese entstehen oft unerkannt und auch das Auftreten nach außen als solches geschehe oft „unbewusst“. Dem wurde insoweit zugestimmt, als dass es klare Abgrenzungskriterien geben müsse, wann ein FuE-Vertrag in eine BGB-Gesellschaft umschlage. Hierzu müsse der Ertrag dieser Konferenz etwas beitragen. Es gehe darum, dort zu helfen, wo „das Schuldrecht endet.“ Organisationsstrukturen müssten dabei klar abgebildet werden können. Das Kernproblem sei doch, wie es zur heutigen „Außen-GbR“ gekommen sei, nämlich dass man Werner

Flume folgend die Gesamthand vor die Gesamthänder gestellt habe. Diesen Weg müsse man wieder zurückgehen. In der Rechtsperson Forschungsk Kooperation müssen die Forschungsträger sichtbar bleiben. Als Stichworte seien dazu „Transparenz des Rechtsträgers“ sowie für die GmbH-Variante eine „durchleuchtete (d.h. transparente) GmbH“ festzuhalten. Dies sollte dem Gesetzgeber gelingen. Die Lösung könne durchaus eine GmbH mit personengesellschaftlichen Zügen sein. Dies fand Zustimmung. Man müsse dem Automatismus des Wegs in die GbR entgegentreten und eine Lösung finden, die an grundlegender, gesellschaftsrechtlicher Dogmatik anknüpft. Für einzelne insbesondere wettbewerbsrechtliche Probleme bestünde zudem die Möglichkeit, im jeweiligen Wettbewerbsrecht entsprechende Anpassungen vorzunehmen.

Johannes Lappe ist wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

Florian Möslein

*Privatrechtliche Regelsetzungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform:
Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes
Recht?*

Mit wissenschaftlicher Kooperation verhält es sich ähnlich wie mit rechtswissenschaftlichen Methoden, von denen man bekanntlich sagt: „Über Methoden spricht man nicht – Methoden wendet man an“.¹ Wissenschaftliche Kooperation wird tagtäglich von Wissenschaftlern aller Disziplinen betrieben, aber vergleichsweise selten selbst zum Gegenstand wissenschaftlicher Forschung gemacht.² Speziell in den Rechtswissenschaften mag Forschungskoope- ration zwar eine geringere Rolle spielen als namentlich in den Naturwissenschaften.³ So sind beispielsweise Beiträge von Einzelautoren ungleich häufiger als Ko-Autorenschaften, jedenfalls im Bereich der traditionellen, dogmatisch orientierten rechtswissenschaftlichen Forschung.⁴ Selbst in diesem Bereich gibt es aber seit jeher auch Mehr-Autorenwerke, etwa Gesetzeskommentare und Sammelwerke; die Anwaltspraxis ist selbstverständlich ebenfalls von kooperativem Zusammenwirken geprägt.⁵ Zudem fördern die Wissenschaftsorganisationen Netzwerkbildung und Verbundvorhaben,⁶ so dass Wissenschaftskooperation auch in den Rechtswissenschaften an Bedeutung gewinnt.

Bemerkenswerter ist umgekehrt, dass der Rechtsrahmen von Wissenschaftskooperation, egal in welcher Disziplin, bislang nur vereinzelt zu einem spezifischen Gegenstand vertiefter rechtswissenschaftlicher Forschung gemacht wurde.⁷ Über wissenschaftliche Kooperation

forscht man in den Rechtswissenschaften offenbar nicht (oder nur wenig, ähnlich wie über Methoden) – obwohl ebendiese Kooperation als wichtige Triebfeder von Innovation und wirtschaftlicher Entwicklung gilt. So hieß es bereits vor zehn Jahren in einem gemeinsamen Positionspapier des Wissenschaftsrates: „Effektive Forschungskoope- rationen zwischen wissenschaftlichen Institutionen und Wirtschaftsunternehmen bilden eine entscheidende Grundlage für die Sicherung und Steigerung der Innovationsleistung und damit für die Wettbewerbsfähigkeit der zunehmend wissenschaftsbasierten deutschen Volkswirtschaft“.⁸ Umso begrüßenswerter ist eine Initiative, die eine Kooperationsform für die Wissenschaft endlich nicht nur vorantreiben, sondern rechtswissenschaftlich fundiert vorbereiten will.⁹

Im Rahmen eines solchen Vorhabens stellen sich unzählige inhaltliche Fragen, etwa nach der Ausgestaltung der Governance in einer solchen Kooperationsform, nach Regeln zu Transparenz und Verantwortlichkeit, oder auch nach der Zuordnung geistigen Eigentums.¹⁰ Zusätzlich stellen sich, wie immer bei neuen Regelungsvorhaben, jedoch auch grundlegende Gestaltungsfragen. Sie betreffen die Art und Weise der Regelsetzung, insbesondere die Auswahl geeigneter Regelungsinstrumente, und sie dienen der Entwicklung zielführender Regelungsstrategien:¹¹ „How to make rules work?“, so lautet

1 Näher etwa *Funk*, in: Brix/Magerl (Hrsg.), *Weltbilder in den Wissenschaften*, 2005, S. 81, 82 f.
2 Vgl. jedoch Nachw. unten, Fn. 27.
3 Für empirische Belege, allerdings beschränkt auf die US-amerikanische Rechtswissenschaft, vgl. *George/Guthrie*, *Joining Forces: The Role of Collaboration in the Development of Legal Thought*, *J. Legal Educ.* 52 (2002), 559.
4 Dazu, wiederum aus US-amerikanischer Perspektive: *Edelman/George*, *Six Degrees of Cass Sunstein: Collaboration Networks in Legal Scholarship*, *Green Bag 2d*, 11 (2007), 19; *Ginsburg/Miles*, *Empiricism and the Rising Incidence of Coauthorship in Law*, *Univ. Ill. L. Rev.* (2011), 1785.
5 S. nur *Hensler/Deckenbrock*, *DB 2007*, 447 („Das Rätsel Anwaltskooperation“).
6 So beispielsweise die Förderlinie „Wissenschaftliche Netzwerke“ der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG): http://www.dfg.de/foerderung/programme/einzelfoerderung/wissenschaftliche_netzwerke/; für einen konkreten Ertrag im Bereich des Privatrechts s. *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016.
7 Vgl. jedoch *Trute*, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher*

Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 693-717 (mit forschungspolitischem Fokus); aus wettbewerbsrechtlicher – stärker unternehmensorientierter – Perspektive außerdem: *Axster*, *GRUR* 1980, 343; *Blaurock*, *Festschrift v. Caemmerer*, 1978, S. 477; *Fuchs*, *Kartellrechtliche Grenzen der Forschungskoope- ration*, 1989; *Ulrich*, *Kooperative Forschung und Kartellrecht*, 1988.
8 Wissenschaftsrat (Hrsg.), *Innovation durch Kooperation – Maßnahmen für eine effektive Nutzung des Forschungspotentials von Wissenschaft und Wirtschaft*, *Gemeinsames Positionspapier von Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Deutsche Forschungsgemeinschaft u.a.*, 2007, abrufbar unter: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Allianz-Positionspapier-12-11-07.pdf>.
9 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 1 (2017), 1; vgl. außerdem die Beiträge in diesem Heft.
10 Vgl. hierzu die Beiträge von *Kumpan*, *Geibel* und *Ulrich* in diesem Heft.
11 Ausführlicher *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht*, 2012, bes. S. 42-48.

also die Kernfrage.¹² Bei der Suche nach einer Antwort kann sich der vorliegende Beitrag auf den Bereich des Privatrechts beschränken, gleichsam in arbeitsteiliger wissenschaftlicher Kooperation mit dem Beitrag von *Max-Emanuel Geis*.¹³ Insoweit fragt sich beispielsweise, ob entsprechende Regeln von den Beteiligten oder vom Gesetzgeber zu statuieren, und ob sie zwingender oder dispositiver Natur sind. Es fragt sich weiter, ob diese Regeln generalklauselartig oder konkret zu formulieren sind, und ob sie inhaltliche Vorgaben machen oder lediglich zur Offenlegung verpflichten sollen. Die Fragestellung im Untertitel des Beitrags („Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht?“) steht insofern nur als ein Beispiel für zahlreiche weitere Fragen der Regelungsetzung. Solche Fragen sind typischerweise übergreifender Natur: Sie stellen sich nämlich für jeden inhaltlichen Einzelbereich, lassen sich jedoch keineswegs einheitlich beantworten, sondern hängen vom jeweiligen Regelungszusammenhang ab. So mögen bestimmte Governancefragen sinnvoller dispositiv geregelt werden, während sich für Transparenzfragen oder die Zuordnung geistigen Eigentums möglicherweise eher Regeln zwingender Natur empfehlen. Angesichts dieses übergreifenden Charakters lassen sich in einem Überblicksbeitrag keine konkreten Antworten geben, immerhin aber allgemeine Leitlinien für eine sinnvolle Regelungsstrategie entwickeln. Diese Leitlinien mögen ein methodisches Grundgerüst liefern, das sich bei der Diskussion einzelner Sachfragen mit Inhalt und Gestaltungsvarianten füllen lässt, und das sich als Struktur für die Entwicklung einer wissenschaftlichen Kooperationsform nutzen lässt.

I. Wissenschaftskooperation und Privatrecht

Die Rechtsgestaltung von Wissenschaftskooperation birgt erhebliche Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeiten bringt ein Zitat auf den Punkt, dass sich im Vorwort

eines deutschen Standardwerks zu Forschungs- und Entwicklungsverträgen findet und dort einem kalifornischen Anwalt zugeschrieben wird: „An agreement for the joint development of new technology is probably the most difficult type of agreement for business-people and lawyers to negotiate, draft and administer“.¹⁴ Wenn nicht nur unternehmerische Akteure, sondern im Fall der Wissenschaftskooperation auch (oder nur) Universitäten und andere Forschungsinstitutionen beteiligt sind, wird diese Aufgabe gewiss nicht leichter.

Kooperation als solche ist dem Privatrecht freilich keineswegs fremd, ganz im Gegenteil. Vielmehr bezeichnet man dieses Rechtsgebiet als Ordnungsrahmen oder auch als Infrastruktur für die Kooperation Privater,¹⁵ und sieht den elementaren Zweck insbesondere des Vertragsrechts darin, „die intensive Kooperation von Rechtssubjekten durch Sicherung der Durchsetzbarkeit privater Versprechen [...] zu ermöglichen“.¹⁶ Die Ermöglichung von Kooperation zählt demnach zu den Kernaufgaben des Privatrechts. Eine einheitliche Rechtsform der Kooperation gibt es allerdings nicht. Es ist nicht einmal klar, welchem Rechtsgebiet Kooperation zuzuordnen ist, dem Vertrags- oder dem Gesellschaftsrecht: Erfolgt die Kooperation durch Transaktion auf Märkten, zählt sie zum Vertragsrecht, erfolgt sie im Rahmen unternehmerischer Organisationen, gehört sie dagegen zum Gesellschaftsrecht.¹⁷ Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist bekanntlich die Frage, ob ein gemeinsamer Zweck vorliegt oder nicht.¹⁸ Bei Kooperation scheint ein solcher gemeinsamer Zweck nahe zu liegen, ist aber keineswegs zwingend. So beinhaltet beispielsweise Franchising intensive Kooperation, ist aber vertraglicher Natur.¹⁹ Vertrag oder Gesellschaft, so lautet also gewissermaßen die Gretchenfrage privater Kooperationsbeziehungen.²⁰

Innovation erfolgt ebenfalls häufig in (wissenschaftlicher) Kooperation.²¹ Wirkmächtige Innovationen werden zwar oft einzelnen Erfindern zugeschrieben, von *Johannes Gutenberg* über *Thomas Edison* bis hin zu *Steve*

12 *Black*, Rules and Regulators, 1997, S. 5.

13 *Geis*, in diesem Heft.

14 *Winzer*, Forschungs- und Entwicklungsverträge – Ein Vertrags- handbuch, 2. Aufl. 2011 (einleitend im Auszug aus dem Vorwort zur 1. Auflage).

15 So etwa *Bachmann*, Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelungsetzung, 2006, S. 20 f.; vgl. außerdem *Riesenhuber/Möslein*, ERCL 3 (2009), 248, 269; *Windbichler*, AcP 198 (1998), 261, 271; mit Blick auf das Gesellschaftsrecht *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 707.

16 *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 223.

17 Zu „Kooperationen im Grenzbereich von Vertrags- und Gesellschaftsrecht“ zuletzt monographisch *Thouvenin*, Der Kooperationsvertrag, 2017; ferner *ders.*, FS von der Crone, 2017, S. 785 (jeweils zum Schweizer Recht); s. außerdem *Oetker*, Das Dauer-

schuldverhältnis und seine Beendigung, S. 232 f.; *Wiedemann/Schultz*, ZIP 1999, 1.

18 Allgemein zu diesem Merkmal *Lenz*, Personenverbände – Verbandspersonen – Kartellverträge, 1987, bes. S. 51-70; vgl. ferner *Fleischer/Hahn*, NZG 2017, 1, 3; *Wiedemann/Schultz*, ZIP 1999, 1, 2f; *MüKoBGB/Schäfer*, § 705, Rn. 142 (eines der beiden „konstitutiven Merkmale des Gesellschaftsvertrags“).

19 Dazu ausführlich: *Martinek*, in: *ders./Semler/Flohr* (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, Rn. 15-26.

20 Eher apodiktisch hingegen: *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, Rn. 1 („Gesellschaftsrecht ist privatrechtliches Kooperationsrecht“).

21 Vgl. zum Folgenden, etwas ausführlicher: *Grundmann/Möslein*, ZfPW 2015, 435, 440-442.

Jobs, und individuelle Kreativität bildet zweifelsohne die Keimzelle für die Entstehung neuer Ideen.²² Entsprechend hat sich beispielsweise im Patentrecht seit langem das Erfinderprinzip durchgesetzt.²³ Neue Ideen entstehen indessen keineswegs ausschließlich im „stillen Kämmerlein“. In modernen, arbeitsteiligen Informationsgesellschaften ist Innovation ohne gegenseitiges Zusammenwirken kaum mehr denkbar. Technologische Erfindungen entstehen zumeist in Forschungs- und Entwicklungsabteilungen, in denen Teams hochspezialisierter Experten zusammenarbeiten.²⁴ Ein eindrucksvolles Beispiel liefert etwa der Nobelpreis für Physik, der am 3. Oktober 2017 verkündet wurde: Die Aufsatzveröffentlichung, die als Durchbruch der Messung von Gravitationswellen gilt, stammt aus der Feder einer vierstelligen Anzahl von Autoren.²⁵ Die größte Schwierigkeit für die Jury bestand offenbar darin, dass ein Nobelpreis laut Statuten an nicht mehr als drei Wissenschaftler verliehen werden darf.²⁶ Auch Rainer Weiss, einer der drei Preisträger, konzidierte, er betrachte die Verleihung „mehr als eine Sache, die die Arbeit von eintausend Menschen anerkennt“.²⁷ Angesichts dieser zunehmenden Bedeutung wissenschaftlicher Kooperation haben Ökonomen die Entstehung von Wissenschaftskooperationen inzwischen zu einem eigenen For-

schungsgegenstand gemacht und unter anderem untersucht, auf welche Weise Such- und Transaktionskosten prohibitive Wirkung haben können, etwa auf die Stellung von Forschungsanträgen.²⁸

Wenn der elementare Zweck des Privatrechts darin besteht, Kooperation zu erleichtern, so scheint dieses Rechtsgebiet geradezu berufen, solche Hürden zu überwinden, indem es insbesondere die Fragen der Eigentums-, Informations- und Risikoallokation beantwortet, die kooperative Innovation aufwirft. Privatrecht würde dadurch auch der Wissenschaftskooperation als ermöglichende Infrastruktur dienen.²⁹ Bislang spielt die Förderung von Innovation in der vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Diskussion allerdings kaum eine nennenswerte Rolle.³⁰ Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung wird stattdessen vor allem aus der Perspektive des öffentlichen Rechts betrieben,³¹ ergänzt um Beiträge aus dem Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts.³² Neue Impulse liefert immerhin die Rechtsökonomik, nachdem Robert Cooter, einer ihrer großen Exponenten, kürzlich die Frage aufgeworfen hat, ob Innovation nicht sogar wichtiger sei als Effizienz, immerhin das Kernparadigma der Ökonomik.³³

22 Zu entsprechenden rechtlichen Schutzmechanismen allgemein: Peifer, Individualität im Zivilrecht, 2009.

23 Grundlegend O. Schanze, Der rechtliche Schutz der Erfinderehre, GRUR 7 (1902), 62; ders., Die Erfinderehre und ihr rechtlicher Schutz, 1906; monographisch zur historischen Entwicklung: A. Schmidt, Erfinderprinzip und Erfinderpersönlichkeitsrecht im deutschen Patentrecht von 1877 bis 1936, 2009.

24 Ähnlich Lüthje, Der Prozess der Innovation - Das Zusammenwirken von technischen und ökonomischen Akteuren, 2009.

25 Abbott u.a., Physical Review Letters 116 (2016), 061102.

26 S. die Mitteilung „Physik-Nobelpreis geht an Gravitationswellen-Forscher“, Spiegel Online v. 3. Oktober 2017, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/physik-nobelpreis-2017-geht-an-rainer-weiss-kip-thorne-barry-barish-a-1170996.html>.

27 Zitiert nach der Mitteilung „Preis für Entdecker der Gravitationswellen“, BR Wissen v. 3. Oktober 2017, abrufbar unter <http://www.br.de/themen/wissen/nobelpreis-2017-physik-physiknobelpreis-100.html>.

28 Boudreau u.a., A Field Experiment on Search Costs and the Formation of Scientific Collaborations, Review of Economics and Statistics 99 (2017), 565; vgl. ferner, auch aus dem sozialwissenschaftlichen Schrifttum: Barabási et al., Evolution of the social network of scientific collaborations, Physica A 311 (2002), 590; Ding, Scientific collaboration and endorsement: Network analysis of coauthorship and citation networks, Journal of Informetrics 5 (2011), 187; Franceschet/Costantini, The effect of scholar collaboration on impact and quality of academic papers, Journal of Informetrics 4 (2010), 540; Lee/Bozeman, The Impact of Research Collaboration on Scientific Productivity, Social Studies of Science 35 (2005), 673.

29 In ähnliche Richtung Eberbach/Hommelhoff/Lappe, OdW 1 (2017), 1, 4 f.; allgemein: Grundmann/Möslein, ZfPW 2015, 435 („Vertragsrecht als Infrastruktur für Innovation“).

30 Für das Vertragsrecht demnächst jedoch die Beiträge von Grigolet, Riehm, Schweitzer, Engert, Kuntz, Reidt/Dauner-Lieb, Martinek und Schroeter in: Grundmann/Möslein (Hrsg.), Vertragsrecht und Innovation, in Vorbereitung für 2018.

31 Vgl. vor allem Hoffmann-Riem/Schneider (Hg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung. Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche, Baden-Baden 1998; Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), Innovation und rechtliche Regulierung. Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, Baden-Baden 2002; diess., Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008; diess., Innovationsfördernde Regulierung, Berlin 2009; diess., Innovationsverantwortung, Berlin 2009; diess., Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation, Berlin 2011; Hoffmann-Riem, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht. Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, AöR 131 (2006), 255; ders., Die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, München 2011; ders., Innovation und Recht, 2016; ferner Errass, Innovationsfördernde Regulierung als Aufgabe des öffentlichen Rechts?, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 111 (2010), 203; Kahl, Die Innovationsfunktion des Rechts, ZRph 2004 (Heft 1), 1; Roßnagel, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: Hof/Wengenroth (Hg.): Innovationsforschung – Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven, Hamburg 2007, 9.

32 Mit diesem Fokus bspw. Hilty/Jaeger/Lamping (Hrsg.), Herausforderung Innovation – Eine interdisziplinäre Debatte, 2012; ähnlich bereits Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, 1994.

33 Cooter, The Falcon's Gyre: Legal Foundations of Economic Innovation and Growth, 2014 (abrufbar unter <http://www.law.berkeley.edu/library/resources/cooter.pdf>), S. IX (Preface): „Maybe efficiency is wrong and innovation is right“.

Kurzum: Die Förderung wissenschaftlicher Kooperation verspricht, zu einer Zukunftsaufgabe des Privatrechts zu werden, weil Innovation zunehmend in Kooperationsbeziehungen erfolgt, und weil Kooperationsermöglichung zu den elementaren Zwecken des Privatrechts zählt. Um nun auszuloten, welche Beiträge das Privatrecht zur Förderung von Wissenschaftskooperation im Einzelnen leisten kann, geht dieser Beitrag nachfolgend in drei Schritten vor. Er gibt zunächst einen Überblick über die privatrechtlichen Regelungsinstrumente und stellt damit sozusagen den verfügbaren Werkzeug- und Instrumentenkasten vor (unter II.), bevor er sodann spezifische Regelungsprobleme der Wissenschaftskooperation anspricht (unter III.), um schließlich am Ende mit Hilfe dieser Instrumente erste Leitlinien für Strategien zur Bewältigung jener Regelungsprobleme zu entwerfen (unter IV.), freilich vorerst nur grob und skizzenhaft.

II. Regelungsinstrumente

Was die Regelungsinstrumente angeht, liefert die privatrechtliche Regelungslehre wertvolle Denkanstöße. Dieses Forschungsfeld, das sich mit Methoden effektiver Regelsetzung beschäftigt, hat sich neuerdings als Teilbereich der Privatrechtswissenschaft etabliert und kraftvoll entwickelt.³⁴ Einen Ausgangspunkt lieferte *Julia Black*, die bereits 1997 in ihrem Buch „Rules and Regulators“ die Losung ausgab: „Towards a Theory of Rule Making“.³⁵ In Deutschland hat vor allem *Holger Fleischer* diesen Gedanken aufgegriffen, besonders in einem Aufsatz aus dem Jahr 2004 mit dem treffenden Untertitel „Prolegomena zu einer Theorie gesellschaftsrechtlicher Regelsetzung“.³⁶ Seitdem sind mehr als ein Dutzend einschlägige

Monographien entstanden, die sich allesamt mit Regelungsfragen befassen, etwa mit zwingendem und dispositivem Recht, mit hybriden Regulierungsinstrumenten, gesetzlichen Mustern und Fragen der Normkonkretisierung – insgesamt über fünftausend Seiten, entstanden im Wesentlichen innerhalb der letzten fünf Jahre.³⁷ Der gemeinsame Nenner besteht in einem modalen Forschungsansatz, der nicht primär den Inhalt von Regeln, sondern die Art und Weise der Regelsetzung in den Blick nimmt und damit eben eine Art Werkzeug- oder Instrumentenkasten liefert – vergleichbar mit der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebungslehre, aber mit privatrechtlichem Fokus und unter Einbeziehung der Eigendynamiken privatautonomer Selbstbestimmung.³⁸

1. Regelungsebene

Entsprechend finden im Hinblick auf die Regelungsebene neben staatlichen besonders auch private Regelsetzer Berücksichtigung. Auf der einen Seite kann der staatliche Gesetzgeber Regeln vollständig selbst erzeugen; er kann die Regelerzeugung aber auch ganz oder teilweise auf andere Regelgeber delegieren.³⁹ Im modernen Staat setzen Legislative, Exekutive und Judikative gleichermaßen Recht, allerdings auf unterschiedliche Art und Weise.⁴⁰ Was das vom Gesetzgeber selbst erlassene Recht auszeichnet, ist vor allem sein allgemeiner, nicht auf konkrete Sachverhalte bezogener Inhalt, sein weit reichender Zukunftsbezug und sein inhaltlich offener, nur durch Verfassungsvorgaben begrenzter Regelungsspielraum.⁴¹ Eine Alternative zu legislativer Rechtsetzung besteht darin, den Gerichten die Regelerzeugung zu überlassen. Kennzeichen dieser judikativen Normerzeugung, die besonders dort eine Rolle spielt, wo es primär auf die Bewertung des individuellen Einzelfalls

34 Übergreifend demnächst die Beiträge in: *Möslein* (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, in Vorbereitung für 2018.

35 *Black* (Fn. 12), bes. S. 246-250; s. dazu auch die Rezension von *Lessig*, *Modern Law Review* 62 (1999), 803, 804 („analysis of the mechanics of rules“).

36 *Fleischer*, *ZHR* 168 (2004), 673; vgl. außerdem *Eidenmüller*, *JZ* 2007, 487, 490 („Analyse von Regulierungsstrategien“).

37 S. vor allem (in chronologischer Reihenfolge): *Bechtold*, *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts*, 2010; *Cziupka*, *Dispositives Vertragsrecht*, 2010; *Maultzsch*, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, 2010; *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht*, 2010; *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011; *Weiss*, *Hybride Regulierungsinstrumente*, 2011; *Binder* (Fn. 11); *Kähler*, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, 2012; *Kahnert*, *Rechtsetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2012; *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012; *Fornasier*, *Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht*, 2013; *Podszun*, *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte*, 2014; *Damler*, *Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht*, 2015; *Franck*, *Marktordnung durch Haftung*, 2016; *Kuntz*, *Gestaltung von Kapitalgesellschaften*

zwischen Freiheit und Zwang, 2016; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016; aus Perspektive des öffentlichen Rechts ferner *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft*, 2003; *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung – Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, 2011.

38 Vgl. zum Folgenden auch *Möslein*, *Regelsetzung und Ordnungsökonomik*, in: *Zweynert/Kolev/Goldschmidt* (Hrsg.), *Neue Ordnungsökonomik*, 2016, S. 19, 28-33.

39 Näher, auch zu unterschiedlichen Rollenverteilungen: *Augsberg* (Fn. 37), S. 79-97; *Bachmann* (Fn. 14), S. 361-392.

40 *Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, bes. S. 94-134 sowie andeutungsweise bereits *Reinhardt*, in: *FS Schmidt-Rimpler*, 1957, S. 115, 134-137. Insbesondere zur exekutiven Rechtsetzung v. *Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, bes. S. 55-106; zur judikativen Rechtsetzung *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, 2005, bes. S. 95-98; *Maultzsch* (Fn. 37), bes. S. 23-26; *Röthel*, *Normkonkretisierung durch Privatrecht*, 2004, bes. S. 56-60; *Podszun* (Fn. 37), bes. S. 132-158.

41 *Möllers* (Vorn.), S. 105-111 („verallgemeinernd, zukunftsbezogen, offen“).

ankommt,⁴² sind vor allem die höhere Individualisierung (Geltung für einen konkreten Sachverhalt), ihr deshalb stärkerer Vergangenheitsbezug und schließlich die ungleich größere rechtliche Determination des materiellen Gehalts.⁴³ Die andere, ebenfalls staatliche Alternative zu legislativer Rechtsetzung besteht in exekutiver Regelerzeugung. Typologisch steht diese Form zwischen den beiden anderen Erzeugungsmodi, da sie einerseits konkreter, vergangenheitsbezogener und stärker verrechtlicht ist als legislative Rechtserzeugung, andererseits jedoch allgemeiner, zukunftsorientierter und gestaltungsoffener als Rechtserzeugung durch die Judikative.⁴⁴

Andererseits kann der Staat die Ausgestaltung des Rechts jedoch auch privaten Akteuren überlassen. Man spricht dann oft bündig von Selbstregulierung, auch wenn deren Abgrenzung von hoheitlicher (Fremd-)Regulierung bei genauerem Hinsehen erstaunlich schwer fällt.⁴⁵ Private Regelerzeugung kann nämlich institutionell ganz unterschiedlich mit der staatlichen Rechtssetzung vernetzt und verschränkt sein.⁴⁶ Der Gesetzgeber kann beispielsweise private Verkehrssitten kodifizieren, so dass staatlich normiertes, seinem Inhalt nach aber privates Recht entsteht.⁴⁷ Private Regeln können von staatlichen Rechtsnormen jedoch auch durch offene, dynamische Verweisung in Bezug genommen werden. Ein Beispiel ist der gesetzliche Bezug auf Handelsbräuche in der Vorschrift des § 346 HGB.⁴⁸ Als dritte Möglichkeit kann der Staat die Regelerzeugung insgesamt an Einrichtungen delegieren, die auf Grund ihrer Verfassung, Or-

ganisationsstruktur oder Besetzung mehr oder weniger privater Natur sind.⁴⁹ Beispielsweise ist die Regierungskommission Corporate Governance ausschließlich mit privaten Experten besetzt, kann aber dennoch Kodexregeln statuieren, die gesetzesähnliche Wirkung entfalten: Sie sind von den Regeladressaten zu befolgen, solange diese nicht die Abweichung erklären (sog. *comply or explain*).⁵⁰ Eine vierte Möglichkeit besteht schließlich darin, die Regelerzeugung privaten Akteuren ohne eine solche gesetzgeberische Anknüpfung zu überlassen.⁵¹ Entsprechenden Regeln fehlt zwar der staatliche Rechtsanwendungsbefehl, so dass sie die rechtsnormtypische heteronome Geltung nicht für sich beanspruchen können. Sie haben aber immerhin eine privatautonome Selbstbindung der Beteiligten zur Folge.⁵² Selbst bei zweiseitigen Verträgen ist deshalb bisweilen von der „*lex contractus*“ die Rede.⁵³ Das französische Vertragsrecht macht die Parallelen noch deutlicher, indem es stautiert: „*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*“⁵⁴ Erst recht entfalten Gesellschaftsverträge und besonders körperschaftliche Satzungen breitflächigere Regelungswirkung.⁵⁵ Entsprechend bezeichnete *von Gierke* sie einst als objektives Lebensgesetz des Verbandes⁵⁶ der Bundesgerichtshof schreibt ihnen ein „*rechtliches Eigenleben*“ zu.⁵⁷ Gesetz und Vertrag weisen demnach – bei aller Unterschiedlichkeit – durchaus auch funktionale Gemeinsamkeiten auf. Entsprechend bezeichnet *Holger Fleischer* diese beiden Regelungsinstrumente als „*alternative Problemlösungsmodelle*“.⁵⁸ Hin-

42 Vgl. etwa, mit Blick auf das Vertragsrecht, *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 134 f. (wegen des Bedarfs an „*Augenmaß, Phantasie und Sachkenntnis* [...] benötigt das Vertragsrecht den Richter noch dringender als den Gesetzgeber“); vgl. ferner die differenzierte ökonomische Analyse bei *Ackermann*, in: *Furrer* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, 2006, S. 417, 426–429.

43 S. nochmals *Möllers* (Fn. 40), S. 95–105; ferner *Vofskuhle/Sydow*, JZ 2002, 57.

44 Treffend heißt es deshalb, dass exekutive Rechtsetzung „das Spektrum an Regelungsreichweite, Zeitorientierung und Verrechtlichung ausfüllt, das zwischen den Polen legislativer und judikativer Rechtserzeugung entsteht“, so *Möllers* (Fn. 40), S. 112.

45 Zu möglichen Differenzierungskriterien *Möslein*, *Genuine Self-regulation in Germany: Drawing the Line*, in: *Baums/Bälz/Dernaier* (Hrsg.), *Self-regulation in Private Law in Japan and Germany*, in Vorbereitung für 2018, Arbeitspapier abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=3119247>.

46 Näher etwa *Franzius*, *Gewährleistung im Recht*, 2009, S. 646–650. Allgemein zur Klassifikation privater Regelsetzungsverfahren, mit jeweils unterschiedlichen Ansätzen: *Augsberg* (Fn. 37), S. 124–126; *Bachmann* (Fn. 14), S. 39–41; *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 479–506; *Schwarzc*, *Nw. U. L. Rev.* 97 (2002), 319, 324–329.

47 *Jansen/Michaels*, *RabelsZ* 71 (2007), 345, 348.

48 Dazu etwa *Möslein* (Fn. 37), S. 413.

49 Ausführlich zur entsprechenden Formenvielfalt: *Augsberg* (Fn.

37), S. 127–173; *Schneider*, *Gesetzgebung – Ein Lehr- und Handbuch*, 3. Aufl. 2002, S. 190–204 (= § 10); speziell zu Standesordnungen: *Taupitz*, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 549–791.

50 S. etwa *Lutter*, *ZHR* 166 (2002), 523, 525 f.; *Möslein* (Fn. 45), unter III.2.c); vgl. ferner *Schüppen*, *ZIP* 2002, 1269, sowie allgemeiner *Leyens*, *ZEuP* 2016, 388. Zur Bindungsintensität und rechtlichen Qualifikation s. ferner die zahlreichen Nachweise bei *Möslein* (Fn. 37), S. 414 (in Fn. 430).

51 Näher *Augsberg* (Fn. 37), S. 227–277; *Bachmann* (Fn. 14), S. 259–329; *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung*, 1987, S. 181–485.

52 Vgl. dazu *Möslein* (Fn. 37), S. 57–69; ferner ders., *Vertragsbindung in der Krise?*, in: *Binder/Psaroudakis* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht in der Krise*, in Vorbereitung für 2018, unter I.1.

53 In diesem Sinne bereits *Manigk*, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, 1935, S. 18, 45; ähnlich *Adomeit*, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, S. 19–21 (kein normlogischer Unterschied, da jeweils Sollenssätze).

54 Art. 1134 Code civil.

55 In diese Richtung auch *Fleischer*, *ZHR* 168 (2004), 673, 684 („*Gesellschaftsverträge als dritte Spur zwischen Gesetz und Vertrag?*“).

56 v. *Gierke*, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, 1895, S. 150f, 486.

57 Vgl. *BGHZ* 47, 172, 179 f.; 106, 67, 71; allgemein zur Diskussion um Vertrags- und Normentheorie etwa *MüKoBGB/Reuter*, § 25, Rn. 16–20.

sichtlich ihrer Wirkung steht private Regelerzeugung, ähnlich wie exekutive Normsetzung, zwischen den beiden äußeren Polen: Während der Grad ihrer Verrechtlichung variiert, verbindet sie den Vorteil eines vergleichsweise allgemeinen, wenngleich auf bestimmte Branchen oder Adressaten begrenzten Regelungsansatzes mit der Möglichkeit, sich relativ schnell an veränderte, spezifische Umstände anpassen zu können, ohne ausschließlich vergangenheitsbezogen zu sein.⁵⁹

2. Regelungsintensität

Alternativen im Sinne eines gegenseitigen Ausschlussverhältnisses sind Gesetz und Vertrag allerdings nicht.⁶⁰ Vielmehr erfolgt auch private Regelsetzung, die auf privatautonomer Selbstbindung basiert, in Wahrheit nicht im rechtsfreien Raum, sondern auf der Grundlage einer rechtlichen Infrastruktur, die jene Regelsetzung erst ermöglicht, zugleich aber auch ihren Spielraum begrenzt.⁶¹ Im Hinblick auf diese Rahmenordnung unterscheidet man je nach Regelungsintensität grundlegend zwischen zwingenden und dispositiven Regeln, auch wenn sich zahlreiche Mischformen finden.⁶² Zwingendes Recht herrscht beispielsweise im deutschen Aktienrecht vor, wo § 23 Abs. 5 AktG bekanntlich den Grundsatz der Satzungsstrenge statuiert und deshalb nur wenig Raum für privatautonome Rechtsgestaltung lässt.⁶³

Dispositive Regeln eröffnen privaten Akteuren demgegenüber die Möglichkeit, abweichende Vereinbarungen zu treffen. Sie beanspruchen nur dann Geltung, wenn privatautonom nichts anderes vereinbart ist. Die Erzeugung der jeweils anwendbaren, rechtlich verbindli-

chen Regeln ist insofern zwischen staatlichen und privaten Regelgebern aufgeteilt. Diese Regelungstechnik ist für das Privat- und Wirtschaftsrecht keineswegs unüblich, sondern geradezu typisch.⁶⁴ Im Personengesellschaftsrecht eröffnet sie beispielsweise die Möglichkeit, bei der OHG abweichend von der gesetzlichen Regelung in §§ 114 f. HGB vom Grundsatz der Einzelgeschäftsführung abzugehen und beispielsweise Gesamtgeschäftsführung vorzusehen.⁶⁵ Eine äußere Grenze findet diese Gestaltungsfreiheit jedoch unter anderem im Grundsatz der Selbstorganschaft, der besagt, dass die Gesellschafter die Geschäfte grundsätzlich selbst zu führen haben, und der zwingend gilt.⁶⁶ Eine Übertragung der Geschäftsführung ausschließlich an Nichtgesellschafter ist deshalb nicht möglich. In anderen Rechtsgebieten ist die Abdingbarkeit noch stärker eingeschränkt, weil nur noch in eine Richtung, etwa nur zu Gunsten von Verbrauchern, abgewichen werden darf: Entsprechende Regeln gelten nicht mehr vollumfänglich dispositiv, sondern halb-zwingend.⁶⁷ Weitere Abstufungen zwischen zwingend und dispositiv können sich daraus ergeben, dass dispositive Regeln von inhaltlichen oder prozeduralen Kautelen abhängig gemacht werden, beispielsweise von der Information des Vertragspartners oder von der Einhaltung bestimmter Formvorschriften. Zusätzlich zur isolierten Disposition über einzelne Rechtsätze bekommen Regeladressaten häufig auch die Wahl zwischen verschiedenen Regelungsmodellen eingeräumt, etwa zwischen verschiedenen Rechtsformen, zwischen unterschiedlichen Vertragstypen oder auch zwischen den Regelungsangeboten verschiedener Regelgeber.⁶⁸ Insgesamt ermögli-

58 *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673.

59 *Möslein* (Fn. 38), S. 30. Ausführlicher zu den Vorteilen privater Regelsetzung: *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 220–240; *Damrau*, Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, 2003, S. 75–83; im Hinblick auf normersetzende Absprachen: *Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, S. 203–228.

60 *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 684 f. („Mittelschicht zwischen Gesetz und Vertrag“); vgl. außerdem *Bachmann* (Fn. 14), S. 9, 13–16.

61 *Möslein* (Fn. 37), S. 17 f.; *ders.*, Privatrechtliche Regelsetzung, Governance und Verhaltensökonomik, *Austrian Law Journal* 1 (2014), 135, 138 f.; *ders.* (Fn. 45), unter I.2.

62 Zu diesem Facettenreichtum ausführlich *Möslein* (Fn. 37), S. 162–264.

63 Dazu allgemein *Hirte*, in: Lutter (Hg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 61 ff.; *Hopt*, in: Lutter (Hg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 123 ff.; *H. Mertens*, ZGR 1994, 426 ff.; *Spindler*, AG 1998, 53 ff.; ferner bereits *Gefßler*, FS M. Luther 1976, 69; *Luther*, FG Hengeler 1972, 167.

64 Sie gilt gar als dessen „geniale Eigenschaft“, vgl. *Zöllner*, NZA 2006, 99; ferner *K. Schmidt*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), Globalisierung und Recht, 2007, S. 153, 168 f. („Alles Recht – jedenfalls alles Privatrecht – speißt sich aus zwei Quellen:

aus dem rechtspolitischen Willen des mit Normsetzungsbefugnis ausgestatteten Gesetzgebers und aus dem Rechtgeltungswillen der Rechtsgemeinschaft“).

65 Näher zu Gestaltungsspielraum und -grenzen: *Oetker/Lieder*, § 114 HGB, Rn. 64; *MüKoHGB/Rawert*, § 114, Rn. 19–31; *Baumbach/Hopt/Roth*, § 114 HGB, Rn. 20–28.

66 BGHZ 146, 341, 360; 51, 198, 200; 41, 367, 369; 36, 292, 295; 33, 105, 108; 26, 330, 332; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 13 f.; *Reuter*, FS Steindorff, 1990, 229, 232f.; *K. Schmidt*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 307, 310 f.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 14 II 2a; *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 176; *Wiedemann*, FS Schilling, 1973, S. 105, 110; monographisch *Werra*, Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft, 1991; *Heidemann*, Der zwingende oder dispositive Charakter des Prinzips der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften, 1999.

67 Vgl. etwa, besonders prominent, die Vorschrift des § 475 Abs. 1 S. 1 BGB; zum Ganzen näher *Möllers*, JZ 2001, 121, 131; *Schürnbrand*, JZ 2009, 133, 134 f.; *v. Vogel*, Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, 2006, S. 129 f.; monographisch *Nobbe*, Das Günstigkeitsprinzip im Verbrauchervertragsrecht, 2007.

68 Umfassend zu allen diesen Abschattierungen *Möslein* (Fn. 37), S. 161–264.

69 Vgl. *Ayres/Gertner*, Yale Law Journal 99 (1989), 87, 125; auch

chen dispositive Regeln jedenfalls eine differenzierte Aufteilung der Regelerzeugung zwischen Staat und Privaten.⁶⁹ Letztlich ermöglichen sie Wettbewerb zwischen der gesetzlich vorgesehenen Lösung und privaten Alternativregeln⁷⁰ – was manchmal auch dazu führt, dass der Gesetzgeber selbst solche Alternativregeln übernimmt. Ein Beispiel ist § 131 HGB, der früher einmal (in Abs. 1 Nr. 4 a.F.) die dispositive Regelung vorsah, dass der Tod eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft führt, heute aber (in Abs. 3 S. 1 Nr. 1) genau das Gegenteil besagt, und zwar deshalb, weil die frühere Vorschrift aus naheliegenden Gründen massenhaft abbedungen wurde.⁷¹

Während bei dispositivem Recht die Regelerzeugung demnach aufgeteilt ist, sind noch stärkere Abstriche bei der Regelungsintensität denkbar. Gesetzliche Muster beispielsweise finden nicht „automatisch“ – vorbehaltlich einer Abbedingung – Anwendung, sondern nur dann, wenn die Regelungsadressaten sie explizit übernehmen; neudeutsch gesprochen also ein Regelungsmodell des Opting-In, nicht des Opting-Out.⁷² Die Adressaten dürfen sich allerdings gewisse Vorteile erwarten, wenn sie das Muster übernehmen, etwa weil ihnen der Gang zum Notar oder aber Unwirksamkeitsrisiken erspart bleiben. Prominente Beispiele liefern die Muster für die Widerrufsinformation bei (Immobilien-)Verbraucherdarlehensverträgen, die sich in Ergänzung zu § 492 BGB in den Anlagen 7 und 8 zum EGBGB finden.⁷³ Noch geringere Regelungsintensität haben Regelungsaufträge, bei denen das Gesetz sich jeglicher inhaltlicher Vorgabe enthält und stattdessen nur vorschreibt, dass bestimmte Fragen privatautonom zu regeln seien, beispielsweise Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand und Höhe des Garantiekapitals in kapitalgesellschaftlichen Satzungen.⁷⁴ Abermals geringer ist die Regelungsintensität schließlich bei Anregungsnormen, bei de-

nen der Gesetzgeber lediglich auf die Möglichkeit einer Regelung hinweist, etwa auf die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats oder fakultativer Aufsichtsratsausschüsse.⁷⁵

3. Regelungszuschnitt

Ein drittes Differenzierungskriterium, das hier nur noch kurz skizziert werden kann, betrifft schließlich den Regelungszuschnitt, insbesondere die Dichte, Komplexität und Präzision einer Regelung.⁷⁶ Rechtsvorschriften können detailliert und abschließend formuliert sein; sie können aber auch offen und konkretisierungsbedürftig gefasst sein.⁷⁷ Im zweiten Fall spricht man von unbestimmten Rechtsbegriffen oder Generalklauseln; ein Paradebeispiel ist der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben. Zwischen beiden Polen sind wiederum zahlreiche Abschattierungen möglich.

Den Regelungszuschnitt betreffen auch Typisierungsfragen, also die Überlegung, wie spezifisch oder übergreifend – und anhand welcher Kriterien – beispielsweise Vertragstypen oder Rechtsformen zugeschnitten werden.⁷⁸ Zudem kann man in zeitlicher Hinsicht unterscheiden, ob Regelungsinstrumente *ex ante* oder *ex post* ansetzen, oder ob sie nur für einen bestimmten Zeitraum befristet gelten (sog. „sunset legislation“).⁷⁹ Der Regelungszuschnitt hat schließlich auch eine gewisse inhaltliche Dimension, nämlich hinsichtlich der Frage, ob Regeln bestimmte Inhalte – etwa Vertragsinhalte oder auch Verhaltenspflichten – selbst vorschreiben, oder ob sie den Privaten insoweit Gestaltungsspielraum belassen und lediglich dazu verpflichten, die solchermaßen festgelegten Inhalte offen zu legen. Die zweitgenannte, stärker prozedural operierende Alternative erfreut sich vor allem auf Europäischer Ebene so großer Beliebtheit, dass von einem geradezu paradigmatischen „Informationsmodell“ des Europäischen Privatrechts die Rede ist.⁸⁰

McDonnell, SMU L.R. 60 (2007), 383, 385: „Altering rules can be arrayed on a spectrum from not at all sticky (Teflon rules) to quite sticky”.

70 Zu diesem Gedanken näher Möslein, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, 2013, S. 147.
71 Näher zum Ganzen, besonders zur Kautelarpraxis: *Lamprecht*, ZIP 1997, 919; *Sethe*, JZ 1997, 989; MüKoHGB/K. Schmidt, § 131, Rn. 62; *Oetker/Kamanabrou*, § 131 HGB, Rn. 2.
72 Zu diesen Begriffen vgl. *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 695 f.; näher zum Regelungsansatz selbst vor allem *Schürnbrand*, JZ 2015, 974; demnächst auch ders., in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, in Vorbereitung für 2018.
73 Hierzu statt aller *Masuch*, NJW 2008, 1700; ders., NJW 2002, 2931; *Schmidt-Kessel/Gläser*, WM 2014, 965; MüKoBGB/Schürnbrand, § 492, Rn. 29.
74 Hierzu monographisch *Baier*, *Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht*, 2002; vgl. ferner *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 696 f.; *Hommelhoff*, in: Lutter/Wiedemann

(Hrsg.), *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, 1998, S. 36, 58.
75 *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 697; *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, 249, 250; ferner auch *Baier* (Vorn.), S. 81-84.
76 So *Binder* (Fn. 11), S. 45 f.
77 Näher für das Privatrecht vor allem *Auer* (Fn. 40); *Röthel* (Fn. 40); zur Entwicklung von Kriterien aus rechtsökonomischer Sicht *Morell*, AcP 217 (2017), 61, 65-70.
78 Vgl. *Westermann*, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, 1970, S. 96 f.; überblicksweise und m.w.N. zum „typologischen Denken“ in der Rechtswissenschaft *Auer* (Fn. 4), S. 159-162; besonders zum Zusammenspiel mit dispositivem Recht *Möslein* (Fn. 37), S. 49-52.
79 Dazu allgemein, mit zahlreichen Beispielen aus dem US-amerikanischen Gesellschaftsrecht *McDonnell*, SMU L.R. 60 (2007), 383, 410-413; vgl. ferner *Steinhaus*, *Gesetze mit Verfallsdatum – ein Instrument des Bürokratieabbaus?*, 2008; *Veit/Jantz*, in: *Alemanno/den Butter/Nijssen/Torriti* (Hrsg.), *Better Business Regulation in a Risk Society*, 2013, 267.

Der Regelungszuschnitt beeinflusst wiederum die Effektivität des Regelungsinstrumentes. Der Effektivitätsvergleich von präzisen „rules“ und offeneren „standards“ bildet denn auch einen Schwerpunkt in der anglo-amerikanischen Regulierungsdiskussion.⁸¹ Eine zentrale Überlegung lautet, dass der Regelungszuschnitt die Zuständigkeit des Regelgebers beeinflusst: Je offener der Gesetzgeber Regeln formuliert, desto stärker bedürfen diese der nachträglichen Auslegung durch den Richter. Die Gerichte haben insofern viel stärkeren Einfluss auf die Regelsetzung als im Falle detaillierterer Regeln. Im Hinblick auf den Regelzuschnitt greifen deshalb ähnliche Effektivitätsüberlegungen, wie sie im Hinblick auf die Regelgeber bereits angesprochen wurden.⁸² Dass die Effektivität zusätzlich von verhaltensökonomischen Erwägungen abhängt, zeigt sich vor allem bei der Wahl zwischen Inhalts- und Informationsregeln. Besonders intensiv diskutiert werden entsprechende Effekte derzeit im Gesellschaftsrecht, und zwar mit Blick auf die Offenlegung nichtfinanzieller Informationen, die neuerdings aufgrund einer europäischen Richtlinie für bestimmte Unternehmen verpflichtend vorgesehen ist.⁸³ Jene Offenlegungspflicht gilt als eine Art Revolution durch die Hintertür,⁸⁴ weil man befürchtet, dass solche Informationsregeln verhaltenssteuernde Wirkung auf Vorstandsglieder entfalten und dadurch deren Pflichtbindung beeinflussen könnten.⁸⁵

III. Regelungsprobleme

Wenn alle diese vielgestaltigen Regelungsinstrumente Problemlösungsmechanismen darstellen,⁸⁶ so fragt sich, welche spezifischen Probleme diese Instrumenten zu lösen haben, wenn es um die Regelung wissenschaftlicher Kooperation geht. Die regelungsbedürftigen Sachfragen sind vielfältig und zahlreich; so mag es beispiels-

weise darum gehen, wer die Patente an den Erfindungen eingeräumt bekommt, die aus dieser Kooperation entstehen, welche Partner welchen Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten unterliegen, oder wer die Haftung für jeweils spezifische Innovationsrisiken übernimmt.⁸⁷ Überdies müssen institutionelle Fragen der Governance solcher Kooperationen geklärt werden. Solche Fragen stellen sich grundsätzlich in jeder Forschungsgruppe (und allgemeiner bei jeder Form kooperativer Innovation);⁸⁸ sie wiegen aber umso schwerer und werden umso komplexer, je größer und institutionalisierter eine solche Gruppe ist. Auch wenn die skizzierten Fragestellungen den jeweiligen Einzelbeiträgen überlassen bleiben sollen und müssen, lassen sich auf einer abstrakteren Ebene (mindestens) dreierlei Eigenheiten ausmachen, die Wissenschaftskooperation ausmachen, und die für die Art und Weise der Regelsetzung und für die Auswahl der Regelungsinstrumente Bedeutung haben – die Heterogenität der tatsächlichen Kooperationsformen, die wissenschafts- und innovationspezifische Ungewissheit sowie schließlich die Zweckrichtung der wissenschaftlichen Kooperation.

1. Heterogenität

Ein erstes Merkmal, das wissenschaftliche Kooperation kennzeichnet, betrifft die Formenvielfalt realer Gestaltungsvarianten. Hier empfiehlt sich, zunächst einige Beispiele Revue passieren zu lassen, die sich allesamt als Wissenschaftskooperationen begreifen lassen. Ein erstes Beispiel betrifft das gemeinsame Stellen eines Forschungsantrags, etwa für ein Drittmittelprojekt, der im Erfolgsfall in die gemeinsame Projektdurchführung mündet. Zu denken ist hier etwa an eine DFG-Forschungsgruppe mehrerer in- oder auch ausländischer Wissenschaftler, oder an ein BMBF-Verbundprojekt als arbeitsteilige Kooperationen von mehreren Industrie- und/

80 S. etwa *Grundmann*, DStR 2004, 232; ders., JZ 2000, 1133, 1142f.; ders., FS Lutter, 2000, S. 61; ders./Kerber/Weatherill (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001; monographisch: *Grohmann*, Das Informationsmodell im europäischen Gesellschaftsrecht, 2006; vgl. ferner *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001. Zu den Grenzen vor allem *Schön*, FS Canaris I, 2007, S. 1191 sowie jüngst *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität: Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen, 2017, bes. S. 395-435.

81 Vgl. etwa *Dworkin*, U. Chi. L. Rev. 35 (1967), 14, 22-29; *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, S. 126-131; *Kelman*, A Guide to Critical Legal Studies, 1987, S. 15-63.

82 Dazu aus ökonomischer Sicht *Kerber*, FS Schäfer, 2009, S. 489.

83 Vgl. Art. 19a der Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfi-

nanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. EU 2014/L 330, S. 1.

84 In diesem Sinne *Hommelhoff*, FS Kübler, 2015, S. 291 (2015); vgl. auch ders., NZG 2015, 1329, 1330; ders., FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 137, 140.

85 Zu solchen Effekten demnächst ausführlich: *Möslein/Sørensen*, Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability?, Columbia Journal of European Law 24 (2018), Heft 2, besonders unter 2.2.; vgl. außerdem *Schön*, ZHR 180 (2016), 279, 281 (2016).

86 Vgl. Nachw. oben, Fn. 58.

87 Zum letzten Punkt näher *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 1 (2017), 1, 9 f.

88 Dazu näher *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 1 (2017), 1, 5-8; allgemein: *Grundmann/Möslein*, ZfPW 2015, 435, 442-445.

oder Forschungspartnern.⁸⁹ Ein zweites Beispiel sind universitäre Zentren für unternehmerische Start-Ups, die den Anspruch haben, nicht nur bei der Unternehmensgründung zu helfen, sondern dadurch auch Innovationen marktfähig zu machen, die im universitären Umfeld entstehen. Zu denken ist insoweit an entsprechende Zentren etwa der Stanford University, die als Keimzelle des Silicon Valley gelten,⁹⁰ oder auch an deutsche Pendanten kleineren Umfangs, etwa an die UnternehmerTUM in München oder an MAFEX, das Marburger Förderzentrum für Existenzgründer.⁹¹ Ein drittes Beispiel sind schließlich die Leistungszentren, die auf einer Initiative der Fraunhofer-Gesellschaft beruhen und den Anspruch haben, „den Schulterschluss der universitären und außeruniversitären Forschung mit der Wirtschaft“ zu organisieren und „sich durch verbindliche, durchgängige Roadmaps der beteiligten Partner in den Leistungsdimensionen Forschung und Lehre, Nachwuchsförderung, Infrastruktur, Innovation und Transfer auszeichnen“.⁹²

Diese eher beliebig ausgewählten Beispiele illustrieren die Spannweite und Vielfalt, kurz: die Heterogenität von Wissenschaftskooperationen.⁹³ Wissenschaftskooperationen unterscheiden sich erstens hinsichtlich ihrer Permanenz: Lediglich projektbezogen beim einzelnen Forschungsvorhaben, dauerhaft im Fall der Gründungs- und Leistungszentren, dort allerdings teils auch eher rahmenhaft, weil die jeweiligen Partner, etwa die betreuten Start-Up-Unternehmen, häufiger wechseln und nur der institutionelle Rahmen permanent fortbesteht. Die Kooperationen unterscheiden sich zweitens hinsichtlich der beteiligten Partner und ihrer privat- bzw. öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur: Teils kooperieren einzelne Wissenschaftler, teils Universitäten und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen, teils (zusätzlich) auch Industrieunternehmen. Unterschiedlich sind

schließlich auch die Positionen der Wissenschaftskooperationen innerhalb der Innovationskette: Während DFG-Projekte typischerweise eher der Grundlagenforschung dienen, mögen Verbundprojekte und auch Leistungszentren häufig einen eher anwendungsorientierten Charakter haben. Eindeutig steht bei den Unternehmensgründungen ein solcher Anwendungsbezug im Vordergrund, ohne dass allerdings der wissenschaftliche Innovationscharakter dort zwangsläufig fehlen würde.

2. Ungewissheit

Eine zweite Eigenheit betrifft den Grad an Ungewissheit, der Wissenschaftskooperation typischerweise inneohnt. Innovationsprozesse, die den Gegenstand solcher Kooperation bilden, sind zwangsläufig völlig ergebnisoffen: Wäre das Ergebnis einer Innovation von vornherein bekannt oder auch nur absehbar, so hätte man es nämlich in Wahrheit gerade nicht mit einer Innovation zu tun.⁹⁴ Risikoreich oder auch unvorhersehbar sind andere Formen der Kooperation zwar auch. Treffend schrieb einst *Karl Popper*: „Was wir in der Zukunft wissen werden, können wir nicht wissen, denn sonst wüssten wir es ja“.⁹⁵ Künftige Entwicklungen sind naturgemäß unvorhersehbar, so dass Langzeit- und Gesellschaftsverträge allgemein Mechanismen vorsehen müssen, um mit dieser Unvorhersehbarkeit umzugehen.⁹⁶ Dass sich Geschäftsergebnisse nicht antizipieren lassen, macht gerade den unternehmerischen Charakter von Kooperation aus. Unternehmerisches Handeln birgt immer auch Risiken, selbst eines Totalverlusts, aber umgekehrt auch Chancen.⁹⁷ Wissenschaftskooperation ist demgegenüber allerdings noch unbestimmter, weil sich ex ante oft nicht einmal die Richtung vorhersehen lässt, in die sich ein Innovationsprozess entwickelt. Die Ungewissheit ist mithin größer als bei anderen Kooperationsformen.⁹⁸

Der spezifische Grad an Ungewissheit bei Wissen-

89 Vgl. http://www.dfg.de/foerderung/programme/koordinierte_programme/forschergruppen/ bzw. <http://www.forschungsrahmenprogramm.de/verbundprojekte.htm>; allgemein zur programmformigen Forschungsförderung: *Pilniok*, Governance im europäischen Forschungsförderverbund, 2011, S. 55-59.

90 Nähere Informationen unter <https://www.gsb.stanford.edu/stanford-community/entrepreneurship>; ausführlich zum „Silicon Valley-Ökosystem“ beispielsweise *Rappold*, Silicon Valley Investing, 2015, S. 16-32; aus (auch) rechtlicher Perspektive *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, 2016, S. 203-216.

91 S. <https://www.unternehmertum.de/>; bzw. <https://www.uni-marburg.de/fb02/mafex>; dazu monographisch *Haus*, Förderung von Unternehmertum und Unternehmensgründungen an deutschen Hochschulen, 2006.

92 [zentren.html; näher *Hiermaier*, in: Neugebauer \(Hrsg.\), Ressourceneffizienz, 2017, S. 23, 24-26.](https://www.fraunhofer.de/de/institute/kooperationen/leistungs-</p>
</div>
<div data-bbox=)

93 Zur tatsächlichen Heterogenität selbst einer spezifischen Kooperationsform vgl. *Unger*, Heterogenität und Performance von Forschernachwuchsgruppen, 2010.

94 In diese Richtung namentlich v. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 1971, S. 51.

95 *Popper*, Das Elend des Historizismus, 1969, S. 109.

96 Vgl. *Möslein/Riesenhuber*, ERCL 2009, 248, 281 f.; zu sog. relationalen Verträgen näher *Easterbrook/Fischel*, Economic Structure of Corporate Law, 1996, S. 93; *Behrens*, FS Drobniig, 1998, 491, 493; *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikums-gesellschaft, 2000, S. 162.

97 In diesem Sinne zuletzt etwa: *Dauner-Lieb*, in: Schwenker/Dauner-Lieb (Hrsg.), Gute Strategie – Der Ungewissheit offensiv begegnen, 2017, S. 125, 131-134.

schaftskooperationen unterscheidet sich sodann nochmals nach Art der jeweiligen Forschung: Die Ungewissheit ist höher bei der Grundlagenforschung und niedriger bei anwendungsorientierter Forschung – aber selbst dort tendenziell höher als bei sonstiger, d.h. innovationsfernerer, unternehmerischer Kooperation.⁹⁹ Entsprechend unterscheidet sich das Ausmaß der Ungewissheit in Abhängigkeit der Position der Wissenschaftskooperation in der Innovationskette.¹⁰⁰ Die Ungewissheit unterscheidet sich zudem je nach Zuschnitt der Forschungskooperation: Während das einzelne Forschungsvorhaben schon aufgrund des Antragsanfordernisses inhaltlich vergleichsweise genau konturiert ist, haben Leistungszentren, gleichsam am anderen Ende der Skala, generisch formulierte Schwerpunktthemen und Forschungsziele („Entwicklung von Technologien und Lösungen für mehr Nachhaltigkeit“; „Schneller Know-how-Transfer durch neue Kooperationsmodelle mit professionellen und interdisziplinären Teams in der Forschung“).¹⁰¹ Gründungszentren ähneln hinsichtlich der einzelnen Ausgründung bzw. des einzelnen Startups in ihrem Ungewissheitsgrad sonstigen Wirtschaftsunternehmen in der Gründungsphase, genießen aber gesamthaft betrachtet den Vorzug der Risikodiversifikation.

3. Zielsetzung

Ein drittes Spezifikum hängt mit den Zielen wissenschaftlicher Kooperationen zusammen. Während unternehmerische Kooperationen und Organisationen ganz unterschiedliche Gegenstände haben und unterschiedlichen Zwecken dienen können (etwa „Herstellung und der Vertrieb von Motoren und allen damit ausgestatteten Fahrzeugen, deren Zubehör sowie aller Erzeugnisse der Maschinen-, Metall und Holzindustrie“),¹⁰² dienen sie doch typischerweise der Gewinnerzielung, oder zumindest der Erhaltung und Rentabilität.¹⁰³ Solchen Zielen

kann durchaus auch Wissenschaftskooperation dienen, etwa im Fall der Gründungszentren, die junge Unternehmen erfolgreich auf den Markt bringen wollen.

Wissenschaftskooperation dient allerdings typischerweise primär anderen Zielen. Wissenschaft dient zuvörderst dem Erkenntnisfortschritt;¹⁰⁴ entsprechend geht es auch bei Wissenschaftskooperation in erster Linie um die Generierung neues Wissens, die von entsprechendem Forscherdrang angetrieben wird.¹⁰⁵ Teils mag Wissenschaftskooperation auch der Steigerung der Reputation der beteiligten Wissenschaftler dienen, wenn diese beispielsweise den Nobel- oder auch den Gottfried Wilhelm Leibniz-Preis anstreben.¹⁰⁶ Schließlich kann Wissenschaftskooperation jedoch auch Gemeinwohlzielen dienen, etwa der Strukturförderung oder auch der Innovationspolitik. Auf der Webseite der Fraunhofer-Leistungszentren heißt es beispielsweise ganz explizit, diese Zentren seien ein „Angebot an die Politik, wissenschaftliche Exzellenz mit gesellschaftlichem Nutzen prioritär zu entwickeln“.¹⁰⁷

IV. Regelungsstrategien

Auf dieser Grundlage lässt sich nunmehr überlegen, welche Bedeutung diese spezifischen Eigenheiten für die Regelsetzung haben. Die Erarbeitung detaillierter Regelungsstrategien ist freilich ein längerer analytischer Prozess, der nur unter intensiver Berücksichtigung der einzelnen materiell-rechtlichen Sachfragen erfolgen kann. Vorerst kann man immerhin auf eher gesamthafter Ebene einige grobe Leitlinien und Leitideen für solche künftigen Regelungsstrategien entwickeln.

1. Typizität

Erstens ist der Formenreichtum der Wissenschaftskooperation beim Regelungszuschnitt zu bedenken.¹⁰⁸

98 Zur Bedeutung von Ungewissheit für Vertragsbeziehungen vgl. auch *Gilson/Sabel/Scott*, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), *Contract Governance*, 2015, S. 155.

99 Gleichsinnig betont die modernen Innovationsforschung, wenn sie unterschiedliche Innovationsformen unterscheidet, vor allem die Unvorhersehbarkeit als Merkmal radikaler Innovationen, vgl. etwa *Bullinger*, *Innovation and Ontologies*, 2008, S. 21.

100 Vgl. hierzu soeben unter III.1.

101 S. Fraunhofer-Gesellschaft (Hrsg.), *Foliensatz Leistungszentren*, 2016, abrufbar unter: <https://www.fraunhofer.de/de/institute/kooperationen/leistungszentren.html>.

102 So beispielsweise gem. § 2 Abs. 1 der Satzung der Unternehmensgegenstand der Bayerische Motorenwerke AG, Stand: 25. November 2015, abrufbar unter https://www.bmwgroup.com/content/dam/bmw-group-websites/bmwgroup_com/company/downloads/de/2015/Satzung_DE_20151125.pdf.

103 Aus der äußerst umfangreichen Literatur vgl. nur zur Aktiengesellschaft: *Duden*, FS Kunze, 1969, 127; *Großmann*, Unternehmensziele im Aktienrecht, 1980; *Jürgenmeyer*, Das Unterneh-

mensinteresse, 1984; *Junge*, FS Caemmerer, 1978, 547; *Kuhner*, ZGR 2004, 244; *Mülbart*, FS Röhrich, 2005, S. 421; ders., ZGR 1997, 129; *Th. Raiser*, FS Reimer Schmidt, 1976, 101; *Raisch*, FS Hefermehl, 1976, 347; *Wiedemann*, FS Barz, 1974, 561.104 Näher etwa *Radnitzky/Andersson*, in: diess. (Hrsg.), *Fortschritt und Rationalität der Wissenschaft*, 1980, S. 1; vgl. ferner die Beiträge in: *Zelewski/Akca* (Hrsg.), *Fortschritt in den Wissenschaften*, 2006.

105 Hierzu mit Blick auf die Exzellenzinitiative (selbst kritisch): *Münch*, in: Blanke (Hrsg.), *Bildung und Wissenschaft als Standortfaktoren*, 2007, S. 111.

106 Ähnlich *Kuhlmann/Holland*, *Erfolgsfaktoren der wirtschaftsnahen Forschung*, 1995, S. 75 f. Näher zu den einzelnen Kriterien wissenschaftlicher Reputationsbildung *Hornborstel*, *Wissenschaftsindikatoren*, 1997, S. 141-144.

107 S. <https://www.fraunhofer.de/de/institute/kooperationen/leistungszentren.html>.

Diese Vielfalt erschwert nämlich die Typenbildung.¹⁰⁹ Daher sind Kriterien zu entwickeln, um Wissenschaftskooperation zielführend von anderen, entweder un- oder anderweitig geregelten Kooperationsformen abzugrenzen. Je präziser diese Abgrenzungskriterien, umso passgenauer lässt sich anschließend das Regelungsregime zuschneiden. Allerdings sind die Grenzen fließend, weil anwendungsorientierte Forschung beispielsweise durchaus bereits unternehmerischen Charakter haben kann, und weil umgekehrt auch sonstige „nicht-wissenschaftliche“ Unternehmen innovativ und forschend tätig sind, beispielsweise auch Forschungs- und Entwicklungsabteilungen betreiben und zu Forschungszwecken kooperieren.¹¹⁰

Bei der Typenbildung ist deshalb zu allererst überlegen, ob die Abgrenzung dem Inhalt nach erfolgen sollte, indem sie darauf abstellt, ob eine Kooperation der wissenschaftlichen Forschung dient. Ein entsprechendes Kriterium lässt allerdings Abgrenzungsschwierigkeiten befürchten, eben weil viele Unternehmenskooperationen im Forschungs- und Entwicklungsbereich ganz ähnlichen Zwecken dienen, etwa wenn solche Kooperationen die Entwicklung neuer Elektromotoren im Automobilbereich bezwecken. Es drohen mithin Zuordnungsprobleme, möglicherweise aber auch Umgehungsgefahren oder gar ein Missbrauch der Rechtsform.

Umgekehrt lässt sich erwägen, statt auf den Inhalt jeweils auf die Personen abzustellen, die an der Kooperation beteiligt sind, indem man die wissenschaftliche Kooperationsform beispielsweise von der Beteiligung einer Universität abhängig macht. Angesichts der skizzierten Formenvielfalt würden dann aber viele Spielarten wissenschaftlicher Kooperation ausgeschlossen sein, etwa Drittmittelprojekte mehrerer Hochschullehrer.¹¹¹ Letztlich werden die inhaltlichen Kriterien der Typusbildung von der (auch rechtspolitischen) Frage abhängen, welchen Zielen ein entsprechendes Regelungsinstrument dienen soll – etwa primär der Innovationsförderung oder aber der Privilegierung bestimmter Forschungsorganisationen. In jedem Fall muss ein Kompromiss zwischen der Breite des Anwendungsbereichs und der Pass-

genauigkeit des Regelungsangebots erreicht werden, was angesichts der Heterogenität der Wissenschaftskooperation eine große Herausforderung darstellt. Je heterogener die Regelungsmaterie, desto offener und konkretisierungsbedürftiger werden tendenziell jedoch die einzelnen Regeln ihrem Zuschnitt nach ausfallen.¹¹²

Überlegenswert erscheint schließlich – drittens – der Ansatz, auf die (nicht ausschließlich gewinnorientierte) Zielsetzung der Wissenschaftskooperation abzustellen. Die skizzierte Zielpluralität findet sich zwar zunehmend auch bei anderen Kooperationsformen, die Gewinnerzielung mit Gemeinwohlbelangen zu verbinden suchen. Diese sog. „social enterprises“ sind weltweit auf dem Vormarsch¹¹³ und keineswegs auf den sozialen Sektoren begrenzt, sondern beispielsweise auch im ökologischen oder kulturellen Bereich tätig.¹¹⁴ Zahlreiche Rechtsordnungen stellen insoweit bereits eine eigenständige Rechtsform zur Verfügung, etwa die US-amerikanische benefit corporation.¹¹⁵ Bei genauem Hinsehen „social enterprises“ ähnliche Governance- und Offenlegungsfragen auf wie die Wissenschaftskooperation.¹¹⁶ Zum Teil verfolgen sie sogar gleichsinnige Zielsetzungen, was beim Fraunhofer-Leistungszentrum Nachhaltigkeit besonders deutlich wird.¹¹⁷ Ein Regelungsansatz, der Sozialunternehmen und Wissenschaftskooperation als einen Typus zusammenfasst, wäre im Ergebnis zwar ungleich breiter als die Abgrenzung nach inhaltlichen oder personellen Kriterien. Er könnte sich aber dennoch als hinreichend passgenau erweisen, wenn die regelungsbedürftigen Gemeinsamkeiten von Wissenschaftskooperation und Sozialunternehmen insgesamt überwiegen.

2. Flexibilität

Aus der Formenvielfalt, aber auch aus dem hohen Grad an Unsicherheit lassen sich überdies Folgerungen für die Regelungsintensität ziehen: Beide Faktoren sprechen für ein Regelungsregime, das sich durch ein hohes Maß an Flexibilität auszeichnet. Flexibilität ermöglicht nämlich einerseits die Anpassung an den jeweiligen Einzelfall, der sich bei der Wissenschaftskooperation vielfach unterscheidet. Andererseits erlaubt Flexibilität jedoch

108 Zu dieser Vielfalt s. auch *Lux*, Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, 2002, S. 93-98.

109 Vgl. Nachw. Fn. 78.

110 Zur Rechtsgestaltung dieser Kooperationsformen ausführlich *Rosenberger*, Verträge über Forschung und Entwicklung: F&E-Kooperationen in rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht, 2010; *Winzer* (Fn. 14).

111 Hierzu im Einzelnen: *Misera*, Drittmittelforschung: Chancen, Risiken und Praxisprobleme, 2010.

112 S. oben, II.3.

113 Dazu näher der rechtsvergleichende Beitrag von *Defourny/Nyssens*, Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepre-

neurship in Europe and the United States: Convergences and Divergences, *Journal of Social Entrepreneurship* 1 (2010) 32.

114 Vgl. etwa *Mair/Mayer/Lutz*, *Organization Studies* 36 (2015), 713; *Stephan/Patterson/Kelly/Mair*, *Journal of Management* 42 (2016), 1250, 1259 f.

115 Ausführlich *Möslein/Mittwoch*, *RabelZ* 80 (2016), 399.

116 *Ebrahim/Battilana/Mair*, *Research in Organizational Behavior* 34 (2014), 81; allgemein zu Regelungsfragen – und Reformperspektiven –, namentlich im deutschen Recht s. *Möslein*, *ZRP* 2017, 175.

117 S. im Einzelnen die Informationen unter <http://www.leistungszentrum-nachhaltigkeit.de/>.

auch dezentrale Experimentier- und Lernprozesse,¹¹⁸ die sich vor allem in Situationen der Unsicherheit empfehlen, wie sie im Falle von Wissenschaftskooperation typisch sind.

Insgesamt spricht deshalb viel für Regelungsinstrumente von geringer Regelungsintensität. Bloße Anregungsnormen oder Regelungsaufträge, deren Vorzug zwar in ihrer „großen Geschmeidigkeit“ liegt,¹¹⁹ würden jedoch das Ziel verfehlen, Wissenschaftskooperation zu ermöglichen und zu erleichtern. Sie würden den Kooperationspartnern nämlich nicht die Aufgabe der Regelformulierung abnehmen und diesen daher keinerlei Transaktionskosten einsparen. Deshalb spricht viel für ein überwiegend dispositives Regelungsregime. Denkbar wäre freilich auch ein gesetzliches Muster – oder, sofern der Gesetzgeber nicht selbst aktiv wird, vielleicht auch ein privates Modellstatut. Diese letztgenannten Varianten könnten sich jedenfalls dann als zielführend erweisen, wenn hinreichende Anreize geschaffen würden, auf entsprechende Muster zurückzugreifen – etwa in Form von Erleichterungen bei der Prüfung und Zulassung von Wissenschaftskooperation, beispielsweise durch Universitätsverwaltungen und Aufsichtsbehörden.

Im Hinblick auf den Regelungszuschnitt sprechen Formenvielfalt und hoher Grad an Unsicherheit schließlich ebenfalls für ein hohes Maß an Flexibilität, das sich dadurch gewährleisten lässt, dass die Einzelregeln nicht detailliert und abschließend formuliert, sondern möglichst offen und konkretisierungsbedürftig gefasst sind. Dieser Ansatz erhöht nämlich wiederum die Anpassungsfähigkeit der fraglichen Norm, wenngleich nicht durch die Parteien, sondern – ex post – durch die Gerichte. Auf diese Weise lässt sich ein langfristiger Lernprozess und ein „Entdeckungsverfahren“ anstoßen: Erweisen sich einzelne Regelungen in der Rechtsprechungsentwicklung als stärker konkretisierungsfähig, kann der Gesetz- oder Regelgeber diese Regeln zu einem späteren Zeitpunkt detaillierter ausgestalten.¹²⁰

3. Transparenz

Was ergibt sich schließlich aus der kooperationspezifischen, pluralen Zielsetzungen? Hier lassen sich wiederum regelungstechnische Parallelen ziehen zu jenen sozialen Unternehmen, die ebenfalls nicht ausschließlich

gewinnorientiert agieren. Während viele ausländische Rechte für solche Unternehmen bereits eine eigene Rechtsform (die sog. Benefit Corporation) zur Verfügung stellen,¹²¹ greift die Unternehmenspraxis im Inland auf Konzernstrukturen zurück, die nicht-wirtschaftliche und wirtschaftliche Gesellschaftsformen kombinieren.¹²² Nicht zufällig entwickeln sich ganz ähnliche Strukturen bei der Wissenschaftskooperation, wenn etwa erste Leistungszentren aus einem eingetragenen Verein an der Spitze und darunter hängenden GmbHs zusammengefügt werden.¹²³ Jedenfalls haben wir es sowohl im unternehmerischen als auch im wissenschaftlichen Bereich mit dem bereits skizzierten Phänomen zu tun, dass Kooperationen teils gewinnorientierte, teils auch nichtfinanzielle Ziele haben kann, etwa den Schutz der Umwelt und natürlichen Ressourcen.

Die regelungstechnische Herausforderung besteht in beiden Fällen darin, anreizkompatible Governance-Strukturen zu entwerfen, obwohl im Gegensatz zu gewinnorientierten Unternehmen eine einfache Messziffer fehlt, an der sich die Leistung etwa des Vorstands oder der Koordinatoren messen ließen. Rechenschaft und objektive Überprüfung von Entscheidungen sind deshalb sowohl bei Sozialunternehmen als auch bei der Wissenschaftskooperation viel schwieriger zu regeln als im erwerbswirtschaftlichen Bereich. Die Erfahrung mit nicht ausschließlich gewinnorientierten Unternehmen zeigt, dass vor allem Offenlegungs- und Begründungspflichten helfen können, mögliche Agenturkonflikte durch größtmögliche Transparenz zu entschärfen.¹²⁴ Insoweit kann die Reformdiskussion im Bereich der wissenschaftlichen Kooperationsform auf die Erfahrungen im Bereich sozialen Unternehmertums aufbauen. Es gilt jeweils, auch für den nichtwirtschaftlichen Sektor passgenaue Transparenz- und Offenlegungsregeln zu entwickeln, und die fraglichen Informationen durch zielführende Prüfungsmechanismen glaubwürdig zu machen.

V. Zusammenfassung

Wissenschaftskooperation bildet eine entscheidende Grundlage der Wettbewerbsfähigkeit. Solche Kooperation verdient deshalb wissenschaftliches, auch rechtswissenschaftliches Interesse, besonders hinsichtlich ihres

118 Zu dieser Dynamik näher: *Möslein*, FS Hopt, 2010, S. 2861; vgl. auch ders. (Fn. 37), S. 120-150; ähnlich mit Blick auf die Rechtsprechung *Podszun* (Fn. 37), S. 107-171.

119 *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 698.

120 Zur Rechtsprechung als Entdeckungsverfahren vgl. nochmals *Podszun* (Fn. 37), S. 132-158.

121 Vgl. *soeben*, Fn. 115.

122 Monographisch *Leuschner*, Konzernrecht des Vereins, 2011, mit illustrativen Beispielen auf S. 6-11.

123 S. etwa zur Gründung des Leistungszentrums Elektroniksysteme e.V. die Pressemitteilung Fraunhofer IIS (Hrsg.), Leistungszentrum Elektroniksystem – Fraunhofer, FAU und Industrie rücken noch enger zusammen, 21.7.2017, abrufbar unter https://www.iis.fraunhofer.de/content/dam/iis/de/doc/PR/pm_2017/20170721_LZE_Verein_web.pdf.

124 Näher bspw. *Möslein/Mittwoch*, RabelZ 80 (2016), 399, 419-424.

rechtlichen Rahmens. Im Mittelpunkt dieses Beitrags stand dabei die übergreifende Frage, auf welche Art und Weise Regeln für eine wissenschaftliche Kooperationsform zu setzen seien. Weil wissenschaftliche Innovation häufig in Kooperationsbeziehungen erfolgt, und weil Kooperationsermöglichung zu den zentralen Zwecken des Privatrechts gehört, hat sich gezeigt, dass vor allem dieses Rechtsgebiet berufen ist, Regeln zur Förderung wissenschaftlicher Kooperation zu statuieren. Für diese Zukunftsaufgabe kann vor allem die privatrechtliche Regelsetzungslehre wertvolle Hilfestellung leisten, die nicht primär den Inhalt von Regeln untersucht, sondern insbesondere nach Regelungsebene, -intensität und -zuschnitt differenziert. Das Tableau an Regelungsinstrumenten, das sich auf dieser Grundlage entfalten lässt, ist mit einigen grundsätzlichen Regelungsproblemen abzustimmen, die wissenschaftliche Kooperation aufwirft: Erstens die Heterogenität der wissenschaftlichen Koope-

rationsformen, zweitens der im Vergleich zu unternehmerischer Innovation größere Grad an immanenter Ungewissheit, und drittens die pluralen, aber typischerweise nicht-wirtschaftlichen Zielsetzungen wissenschaftlicher Kooperation. Die Leitgedanken, die sich aus diesen spezifischen Charakteristika für den Entwurf einer Regelungsstrategie entwickeln lassen, betreffen vor allem die Typenbildung (die angesichts des Formenreichtums eine besondere Herausforderung darstellt), die Flexibilität (die sich auf Grund ebenjener Vielfalt, aber auch auf Grund der Ungewissheit empfiehlt), und die Transparenzanforderungen (die sich an anderen Kooperationsformen orientieren können, die wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Zwecke verbinden).

Florian Möslein ist Universitätsprofessor an der Philipps-Universität Marburg und dort Direktor des Instituts für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht.

Pius O. Dolzer

Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Prof. Dr. Florian Möslein, LL.M. (London): Privatrechtliche Regelungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform: Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht?

Die Diskussion im Anschluss an das Referat von Möslein drehte sich um

I. die rechtliche Einfügung einer Wissenschaftskooperation in bestehende Regelwerke und damit verbundene rechtstechnische Vor- und Nachteile;

II. die notwendige Anerkennung durch die Behörden für ein reibungsloses Gründungsverfahren;

III. die Zielgenauigkeit des Regelungsregimes für Kooperationen unter Forschern und Institutionen,

IV. einer ggf optionalen Rechtssubjektivität der Kooperationsform de lege ferenda;

V. die Gestaltungsvarianten eines privaten bzw. staatlichen Musters und (dispositiven) Gesetzesrechts, die jeweiligen Vor- und Nachteile sowie die notwendige Unabhängigkeit und Verlässlichkeit der Ersteller eines etwaigen Musters;

VI. schließlich um die Frage, ob Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften eine bessere Basis für eine wissenschaftliche Kooperationsform darstellen würden.

I.

Zunächst ging es um die Frage, ob eine zu schaffende Rechtsform für Wissenschaftskooperationen in bestehende Rechtsformen eingefügt werden könnte und wie eine solche Einfügung generell zu bewerten sei. Der Referent merkte hierbei an, dass ein Einfügen zur Voraussetzung habe, dass ein dafür geeigneter Rechtsrahmen vorhanden sei. Sei dies der Fall, handele es sich vor allem um ein Ausgestaltungproblem. Um die Frage zu konkretisieren nannte der Referent die Möglichkeit, die zu schaffende Rechtsform als Unterform der GmbH zu konzipieren. Vorteil eines solchen Vorgehens sei, dass man auf Bestehendes und Bekanntes, Gewohntes und Bewährtes aufbauen und davon profitieren könnte. Umgekehrt seien aber auch die Nachteile zu bedenken. Denn es würde gerade nichts Neues geschaffen, eine denkbare Innovation schon im Keim erstickt und etwaige Nachteile würden gleichsam übernommen werden. Die konkrete Bewertung und Abwägung der Pro und

Contra-Punkte hänge von der konkreten Ausgestaltung des bestehenden Rechtsrahmens ab, insbesondere ob es sich dabei um zwingendes oder dispositives Recht handeln würde.

II.

Dass es eine gesetzliche Vorgabe geben könnte, wurde durch einen weiteren Teilnehmer positiv bewertet, soweit diese den erforderlichen Gestaltungsspielraum aufweise. Die praktische Erfahrung zeige, dass primär solche Kooperationsformen zustande kämen, von denen die Forscher wüssten, dass sie zugleich geeignet und rechtssicher seien, bei denen aber vor allem klar sei, dass etwaige Muster und Anträge von den zuständigen Behörden schnell genehmigt würden. Insofern müsste man auch für eine neue Rechtsform darauf vertrauen können, dass sich die Behörden dieser nicht verweigern oder sonst blockierend agieren.

III.

Angesprochen wurde sodann die Zielgenauigkeit des Regelungsregimes. Die Frage, für wen welche Kooperationsform geschaffen werden sollte, müsse genau beantwortet werden. Zu unterscheiden seien Kooperationen unter natürlichen Personen und solche unter Institutionen. Die bisherige Diskussion habe sich vor allem mit letzterer Konstellation befasst, doch solle auch die Kooperation unter Forschern selbst mitbedacht und aufgegriffen werden.

IV.

Für das Zögern des Referenten auf die Frage nach einer optionalen Rechtssubjektivität brachte ein weiterer Teilnehmer Verständnis auf, sei eine solche Möglichkeit doch bisher unbekannt. Der Teilnehmer verwies jedoch zugleich auf die Diskussionen des 71. DJT in Essen 2017.

Hier sei mit der optionalen, aber mit Rechtssubjektivität verbundenen Registrierung der GbR eine ganz ähnliche Konstruktion angesprochen worden.

V.

Der Teilnehmer fuhr wie folgt fort: Faszinieren würde ihn zudem die durch den Referenten geschlagene Brücke in der Abgrenzung von der privaten Regelsetzung über das dispositive zum zwingenden Gesetzesrecht. Wie aber könne ein staatlich bereitgestellter Mustervertrag von dispositivem Recht abgegrenzt werden, worin lägen die Unterschiede? Mit Blick auf Musterverträge sei zudem anzumerken: Angesichts der bestehenden Fülle des Materials sei viel Zeit darauf zu verwenden, die Regelungen zu finden und ggf anzupassen, um sie für alle Beteiligten akzeptabel und interessengerecht zu gestalten. Aktuell seien vielerlei Regelungen von einseitigen Interessen geprägt. Die Berliner Bausteine etwa seien deutlich durch wirtschaftliche Erwägungen motiviert. Vor allem für von einem privaten Regelgeber konzipierte Muster sei zu überdenken, wer die Interessen der Beteiligten und deren angemessene Berücksichtigung überprüfen und akkreditieren sollte. Der Teilnehmer äußerte an diesem Punkt seine Zweifel. Es sei nach seiner Auffassung mindestens auf ein staatliches Muster, besser auf (dispositives) Recht zurückzugreifen.

Darin stimmte der Referent ein. Auch er sehe für private Muster Schwierigkeiten. Funktionieren könne dies nur, wenn keinerlei Zweifel an der Neutralität der Musterersteller bestünden. Deren Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit müsse sichergestellt sein. Insofern spreche viel für eine gesetzgeberische Lösung. Eine genaue Abgrenzung staatlicher Muster von dispositivem Recht sei gleichwohl schwierig und von der spezifischen Ausgestaltung abhängig. Jedenfalls könne diese nur gradueller Natur sein. Bei staatlichen Muster könnte man zudem in eine Spannungslage zur *lex lata* geraten. So seien beispielsweise im Recht der Kapitalanlage gesetzliche Muster bekannt, die mit dem geltenden Recht nicht exakt deckungsgleich seien. Deshalb seien auch staatliche Muster nur *second best* und eine Gesetzesregelung zu präferieren.

Ein weiterer Teilnehmer bemerkte ebenfalls den Widerstreit des an einer Stelle anbietenden, an anderer Stelle verwerfenden Gesetzgebers. Diese Problematik knüpfte auch an die Frage der Einfügung in bestehende Regelungssysteme an, insbesondere, wenn man das Unions-

recht in den Blick nehme. Für die dennoch im Raum stehende Möglichkeit eines Musters und der darin vorkommenden unbestimmten Rechtsbegriffe könnte aber an Auslegungsregelungen gedacht werden. Dabei stelle sich gleichwohl die Frage, wo diese zu situieren seien und ob sie sich tatsächlich als nutzbar erweisen würden.

Der Referent ordnete Auslegungsregelungen als einen Unterfall des dispositiven Rechts ein. Diese könnten seiner Ansicht nach an Stellen in Betracht kommen, an denen die Vertragsparteien keine eindeutigen, auslegungsbedürftigen Regelungen geschaffen hätten. In welchem Umfang derartige Auslegungsregelungen auch für Wissenschaftskooperationen in Betracht zu ziehen seien, käme darauf an, ob die Regelungen zwischen Experten entworfen oder einen laienhaften Charakter zeigten würden. Während im ersten Fall weitgehend auf solche Regelungen verzichtet werden könne, böten sie sich im letzteren Falle an.

VI.

Abschließend diskutierte man, ob unter Rückgriff auf Personengesellschaften oder auf Kapitalgesellschaften möglichst alle denkbaren Kooperationen abgedeckt werden könnten. Der Referent arbeitete heraus, dass hierzu keine eindeutige Antwort möglich sei. Mit Blick auf das Spannungsfeld zwischen Gewinnerzielung und Gemeinwohlverfolgung könne angesichts der gGmbH der Rückgriff auf Kapitalgesellschaften nicht schon per se abgelehnt werden. Gleiches gelte mit Blick auf die Gestaltungsfreiheit. Auch hier wäre ein pauschaler Vorrang der Personengesellschaften durch die Gestaltungsfreiheit der GmbH zu relativieren. Zudem sei die Haftungsfrage ein klarer Pluspunkt der Kapitalgesellschaften. Allgemein würden viele Unternehmen die beiden Aspekte *profit* und *purpose* immer enger miteinander verknüpfen. Diese Tendenz könne an zahlreichen Beispielen exemplarisch festgemacht werden. Insoweit sei ein großer Bedarf an Mischformen vorhanden, so dass die traditionelle Trennlinie zwischen gewinn- und gemeinwohlorientierten Gesellschaften auch allgemein zunehmend zu Schwierigkeiten führen würde.

Pius O. Dolzer ist wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und promoviert im Bereich des Gesellschaftsrechts.

Christoph Kumpan

Die Governance einer Forschungskooperationsgesellschaft – Struktur, Kompetenzen und Verfahren¹

Wissenschaft und Forschung sind Triebfedern für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung. Ihnen wird daher große Bedeutung für den wirtschaftlichen Wohlstand, die politische Stabilität und die Stellung Deutschlands im internationalen Wettbewerb zugemessen.² Dementsprechend investieren der Staat, aber auch die Wirtschaft, große Summen in die Forschung.³ Um Spitzenforschung zu ermöglichen sind aber nicht nur finanzielle Investitionen erforderlich, es muss auch sichergestellt werden, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen stimmen. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit von Forschern bzw. Forschungsinstitutionen. Denn Forschung wird heute vornehmlich im Rahmen großer Forschungsverbände bzw. Kooperationen betrieben.⁴ Solche Kooperationen zu erleichtern und dafür angemessene rechtliche Rahmenbedingungen zu setzen, ist daher von wesentlicher Bedeutung.

Es geht hierbei um eine „enabling legislation“, eine Eröffnung von rechtlichen Handlungsmöglichkeiten und Handlungsspielräumen für Kooperationen, nicht um deren Begrenzung und Determinierung. Gegenwärtig müssen immer wieder neue, jeweils maßgeschneiderte Kooperationsverträgen aufgesetzt werden, was viel Zeit und Geld kostet, jedenfalls für Institutionen, die solche Verträge nicht regelmäßig schließen. Entwickelt jede Institution ihre eigenen Regeln, bedeutet dies zudem, dass – jedenfalls zu einem großen Teil – immer wieder dieselben Fragen gelöst werden und damit das Rad immer wieder neu erfunden wird. Die dafür aufgewendeten Gelder gehen der Forschung verloren. Das ist unnötig. Dispositive gesetzliche Vorgaben hätten als „Default-Regelungen“ eine Vorbildfunktion und könnten helfen, unnötige „Neuerfindungen“ von bereits an anderer Stelle entwickelten Vorgaben zu vermeiden. Damit würden gesetzliche Regelungen dazu beitragen, die Transakti-

onskosten für das Aufsetzen von Forschungskooperationen zu verringern.⁵

Daher ist zu überlegen, welche besonderen Anforderungen Forschungskooperationen stellen und ob die vorhandenen Regelungen diesen gerecht werden. Da es um die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks geht, bietet sich eine gesellschaftsrechtliche Lösung für Forschungskooperationen an. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Forschungskooperationen, anders als wirtschaftliche Vereinigungen, nicht auf Gewinnerzielung, sondern auf den Erkenntnisgewinn ausgerichtet sind.

Im Folgenden soll der Fokus auf die Governance der Kooperationsform gelegt werden,⁶ d.h. das System, nach dem eine Kooperationsgesellschaft geführt und kontrolliert wird.⁷ Denn die internen Strukturen und Verfahren, die das Handeln der Akteure in der Kooperationsform koordinieren, haben unmittelbar Auswirkungen auf die gedeihliche Zusammenarbeit der zusammengeschlossenen Forscher und Institutionen und damit auch auf die Kooperationsgesellschaft.

II. Zweck und Leitbild der Kooperationsform

Ausgehen müssen die Überlegungen zur Strukturierung der Gesellschaft von dem Zweck und dem Leitbild, die die Gesellschaftsform prägen sollen. Hieran richtet sich insbesondere das festzulegende Pflichtenprogramm aus. Primärer Zweck der Kooperationsgesellschaft ist die Forschung, genauer die Erleichterung der gemeinsamen Forschung bzw. die adäquate Ermöglichung einer Forschungskooperation. Ggf. kann darüber nachgedacht werden, die Vereinbarung sekundärer Zwecke, wie z.B. die Gewinnerzielung, zuzulassen. Dabei ist jedoch große Vorsicht walten zu lassen. Solche sekundären Zwecke müssen immer dem primären Zweck „Forschung“ nachgestellt sein und dürfen diesen

1 Dem Beitrag liegt der Vortrag des Verfassers zugrunde, den dieser am 5.10.2017 beim Symposium „Forschungskooperationen - Plädoyer für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform“ in Berlin gehalten hat. Der Verfasser dankt Herrn *Gregor Nebel* für die Unterstützung bei der Beschaffung des Materials.

2 BMBF, Chancen 2021, Eckpunkte einer Forschungs- und Innovationsstrategie für ein starkes und lebenswertes Deutschland, Kurzzusammenfassung, Juli 2017, S. 2, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/files/Kurzzusammenfassung.pdf> (abgerufen am 23.11.2017).

3 Laut dem BMBF sollten sich die Ausgaben des Bundes für Forschung und Entwicklung im Jahr 2016 auf 15,8 Mrd. Euro belaufen. Siehe BMBF, Bundesbericht Forschung und Innovation

2016, S. 12, abrufbar unter http://www.bundesbericht-forschung-innovation.de/files/bmbf_bufi_2016_hauptband_barrierefrei.pdf (abgerufen am 23.11.2017). Insgesamt haben Staat und Wirtschaft 2014 rund 2,9 Prozent des Bruttoinlandsproduktes für Forschung und Entwicklung ausgegeben. Siehe OECD, Science Technology and Innovation Outlook 2016, Country Profile Germany 8.12.2016, abrufbar unter <http://www.oecd.org/science/oecd-science-technology-and-innovation-outlook-25186167.htm> (abgerufen am 23.11.2017).

4 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1.

5 Zu Transaktionskosten grundlegend *Coase*, *Economica* 4 (1937), 386; außerdem zB *Williamson*, 87, *AJS*, 548 (1981).

nicht überragen und in den Schatten stellen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Forschungsadäquanz unter die Räder gerät und ggf. die Wissenschaftler nur noch auf Gewinnmaximierung eingeschworen werden. Hier muss die in Art. 5 Abs. 3 GG verankerte Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit zur Maxime der an der Kooperation Beteiligten gemacht werden.

Das „Unternehmensinteresse“, das die Kooperationsgesellschaft prägen soll, ist ebenfalls auf die Forschung gerichtet.⁸ Damit können diffuse Verhaltensanreize gering gehalten werden, wie sie im Fall der Aktiengesellschaft mit ihren zahlreichen Bezugsgruppen auftreten, die im Rahmen des sog. stakeholder-Modells eine Rolle spielen.⁹ Bezugsgruppen der Kooperationsform sind insbesondere die forschenden Wissenschaftler, die Trägerinstitutionen und ggf. die weiteren Geldgeber, die Angestellten und die Gläubiger, sofern die Kooperationsform Geschäfte mit Dritten abschließt. Für die Kooperationsform unmittelbar prägend sind die ersten beiden, wobei angesichts von Art. 5 Abs. 3 GG der Forschung ein größeres Gewicht eingeräumt werden muss. Demzufolge hat sich das „Unternehmens-“ bzw. „Kooperationsforminteresse“ an der Sicherung und Erleichterung der Forschung und der Forschungsk Kooperation auszurichten. Dieses muss auf dem Boden des Grundgesetzes und damit des Rechts erfolgen, was nicht nur legales, sondern auch wissenschaftsethisches Verhalten der Beteiligten erfordert. Der Deutsche Corporate Governance Kodex für börsennotierte Gesellschaften orientiert sich an dem Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns.¹⁰ Auch wenn der „Ehrbare Forscher“ nicht unbedingt gesetzlich verankert werden muss, sollten jedenfalls die Pflichten, die die Beteiligten treffen, von diesem Ansatz geprägt sein. Illegale und unethische Forschung sollten von den Beteiligten selbst gemieden und ggf. verhindert werden können.

III. Grundlegende Anforderungen an eine Gesellschaftsform für Forschungsk Kooperationen

Vor dem Hintergrund des vorgehend erörterten Zwecks von Forschungsk Kooperationen sind die Anforderungen zu ermitteln, die an eine Gesellschaftsform für Forschungsk Kooperationen und an deren Governance zu stellen sind.

1. Wissenschaftsadäquanz

Da die Forschung und die Erleichterung bzw. Ermöglichung ihrer gemeinsamen Durchführung wesentlicher Zweck der Kooperationsform ist, ist die Wissenschaftsadäquanz dieser Gesellschaftsform von ganz wesentlicher Bedeutung.¹¹ Die Gesellschaftsform muss darauf angelegt sein, wissenschaftliche Forschung und Forschungsk Kooperationen zu erleichtern bzw. zu ermöglichen. Dementsprechend muss bei der gesetzlichen Ausformung der Kooperationsgesellschaft der Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG besondere Beachtung geschenkt werden.¹² Das bedeutet unter anderem, dass die Forscher in die Organisation und Leitung der Gesellschaft eingebunden sein müssen, ohne dass sie mit organisatorischen und Verwaltungsaufgaben überlastet werden.

2. Flexibilität

Weiterhin muss die Kooperationsgesellschaft flexibel sein. Sie soll für eine Vielzahl verschiedener Forschungsk Kooperationen genutzt werden können, bei denen ganz unterschiedliche Bedürfnisse und Anforderungen bestehen. Manche Kooperationsformen werden mit einem Grundgerüst an strukturellen Vorgaben auskommen. Andere müssen eine Vielzahl von Interessen berücksichtigen und benötigen eine sehr viel komplexere Struktur. Hier bietet sich eine Orientierung an der GmbH an. Eine Regelung wie § 23 Abs. 5 AktG, wonach ein Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben nur dann zulässig ist, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht, stünde dem Petitum einer ausreichenden Flexibilität entgegen. Um den Kooperierenden einerseits Regelungen an die Hand zu geben, ihnen andererseits aber auch größtmögliche Flexibilität zu gewähren, bietet es sich an, verschiedene optional wählbare Regelungsblöcke zu schaffen, von denen die Beteiligten diejenigen Blöcke auswählen können, die sie benötigen. Darüber hinaus sollte es ihnen im Sinne der Flexibilität auch möglich sein, die Regelungen ihren Wünschen entsprechend anzupassen.

6 Zur Governance der Kooperationsform bereits *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (5 ff.).

7 Vgl. Europäische Kommission, Grünbuch Europäische Corporate Governance-Rahmen, 5.4.2011, KOM(2011) 164 endg., S. 2; Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (Cadbury-Report), 1.12.1992, Rn. 2.5, S. 15 (abrufbar unter <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>, abgerufen am 23.11.2017).

8 Zum Unternehmensinteresse bei Wirtschaftsunternehmen Ziff. 4.1.1 DCGK; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, 4. Aufl. 2014, § 76

Rn. 63 ff.; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 17 ff. m.w.N.

9 Siehe dazu etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 76 Rn. 28 ff.; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, 4. Aufl. 2014, § 76 Rn. 64; *Hopt*, ZGR 1993, 534 (535 ff.).

10 Präambel des Deutschen Corporate Governance Kodex (S. 1); zum Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns im Deutschen Corporate Governance Kodex etwa *Hauschka*, CCZ 2017, 97; außerdem *Fuchs/Erkens*, NJW-Spezial 2017, 207.

11 *Eberbach/Hommelhoff*, Forschung & Lehre 2/17, S. 126.

3. Sachgerechte Verwaltung großer Geldbeträge

Im Rahmen der Grundstrukturen der Kooperationsgesellschaft muss Vorsorge dafür getroffen werden, dass in der Kooperationsform große Geldbeträge sachgerecht verwaltet werden können und deren Verwaltung angemessen kontrolliert werden kann. Denn Wissenschaftskooperationen werden häufig in solchen Fällen eingegangen, in denen finanzielle Mittel gebündelt werden sollen, um größere Forschungsprojekte zu finanzieren. Hier können schnell größere Millionensummen zusammenkommen. Daher sind Regelungsstrukturen für eine adäquate Kontrolle und Prüfung des Finanzgebarens vorzusehen.

4. Langfristige Zusammenarbeit

Außerdem sollte die Kooperationsform eine langfristige und stabile Zusammenarbeit ermöglichen. Auch wenn die forschenden Wissenschaftler für eine Kooperation von ganz wesentlicher Bedeutung sind, darf die Kooperationsform nicht derart auf sie zugeschnitten sein, dass sie mit ihnen stehen und fallen würde. Vielmehr muss die Kooperationsgesellschaft grundsätzlich darauf angelegt sein, unabhängig von den einzelnen beteiligten Wissenschaftlern fortzubestehen. Auf diese Weise können stabile, längerfristige Kooperationen eingegangen werden. Sollte ein Wissenschaftler zwischenzeitlich an eine andere Institution wechseln oder weitere Wissenschaftler hinzutreten, darf das die Kooperation als solche nicht berühren. Anderes gilt im Hinblick auf die Trägerinstitutionen. Da es um eine Kooperation verschiedener Träger geht, die die Kooperation möglichst eng an sich binden wollen (um von dem Ruhm aufgrund der künftigen Forschungsergebnisse zu profitieren), sollten diese bei ihrem Ausscheiden die Kooperationsform beenden können. Allerdings sollte – im Sinne der Flexibilität – auch diesbezüglich den Beteiligten eine abweichende Regelung möglich sein.

5. Wissenschaftliche Kontrolle

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass sich wissenschaftliche Forschung häufig nicht monetär messen lässt. Es geht damit nicht primär um wirtschaftliche Effizienz, auch wenn diese nicht gänzlich aus dem Blick geraten darf. Eine Prüfung der Verwendung der Gelder wird

somit nötig sein. Wichtig ist aber auch, dass sich alle Beteiligten immer wieder vergewissern, dass sie noch den Zweck der Kooperation verfolgen und auch wissenschaftliche Standards einhalten. Überlegenswert ist insofern, eine regelmäßige Evaluation der Kooperationsgesellschaft und ihrer Projekte vorzusehen.

IV. Governance der Kooperationsgesellschaft

Aufbauend auf diesen grundlegenden Anforderungen ist zu überlegen, welche strukturellen Vorgaben und Verfahrensregelungen für die Kooperationsform sachgerecht sind. Wesentlich sind hierbei die Funktionen der Leitung und der Überwachung. Erstere soll vor allem von den bzw. einigen Forschern übernommen werden. Letztere kann von einer Trägerversammlung oder ggf. auch einem Aufsichtsrat durchgeführt werden. Hinzu kommen ggf. weitere Gremien, wie ein wissenschaftlicher Beirat bzw. ein Scientific Advisory Board oder eine Forscherversammlung. Auch hier sollte der Flexibilität ganz wesentliche Bedeutung zukommen. Bei kleineren Kooperationen können ein Leitungsgremium und die Trägerversammlung ausreichen. Bei komplexeren Kooperationen kann das Bedürfnis nach umfanglicheren Strukturen bestehen.

1. Leitung

Die Leitungsfunktion kann durch ein Direktorium, eine Geschäftsleitung oder einen Vorstand ausgeübt werden.¹³ Diesem Gremium obliegt die Leitung der Kooperationsgesellschaft und die Geschäftsführung.¹⁴ Angesichts der erforderlichen Wissenschaftsadäquanz der Kooperationsgesellschaft ist hierbei sowohl eine wissenschaftliche als auch eine wirtschaftliche Leitung vorzusehen.

a) Wissenschaftliche Leitung

In der wissenschaftlichen Leitung manifestiert sich das Grundrecht der Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG. Sie beinhaltet vor allem die Aufgabe, die Kooperation auf die Förderung der wissenschaftlichen Aufgaben auszurichten, die strategische Positionierung vorzunehmen und generell die wesentlichen Leitungsentscheidungen für die Forschungskooperation zu treffen. Sie hat somit ein Initiativrecht bzgl. aller Entscheidungen der Kooperation. Das beinhaltet somit

12 Zum verfassungsrechtlichen Begriff von Forschung und Wissenschaft z.B. *Scholz* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017, Art. 5 Rn. 85 ff., insb. Rn. 101.

13 Dazu bereits *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

14 Zu Leitung und Geschäftsführung z.B. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 76 Rn. 8 f.

auch die Entscheidungsbefugnis über die zu betreibenden wissenschaftlichen Projekte, die zu verwendenden Forschungsmethoden und die Mittelverwendung.

Die wissenschaftliche Leitung hat durch die Forscher der Trägerinstitutionen zu erfolgen, die im Rahmen der Kooperation gemeinsam forschen wollen.¹⁵ Im Fall einer größeren Zahl von mitwirkenden Forschern sollte die Anzahl der Mitglieder des Leitungsorgans im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, wobei darauf geachtet werden muss, dass im Sinne der Effizienz der Entscheidungsfindung die Zahl nicht übermäßig groß sein sollte. Wer im einzelnen Mitglied des Leitungsgremiums wird, sollte von den Trägerinstitutionen bestimmt werden. In der Regel werden dies diejenigen sein, die die Hauptverantwortung für die gemeinsamen wissenschaftlichen Projekte tragen.

b) Wirtschaftliche Leitung

Die wirtschaftliche Leitung¹⁶ hat im Sinne der Wissenschaftsadäquanz, d.h. einer möglichst geringen Belastung der Wissenschaftler mit Verwaltungsaufgaben, die Aufgabe, die Forscher hinsichtlich der organisatorischen und Verwaltungsaufgaben zu entlasten. Dementsprechend ist die wirtschaftliche Leitung für das wirtschaftliche „Tagesgeschäft“, wie das Aushandeln von Verträgen mit Dienstleistern, den Abschluss von Verträgen mit den Beschäftigten, die Sicherung der IT und andere Verwaltungsaufgaben zuständig.¹⁷ Die wirtschaftliche Leitung hat daher durch einen kaufmännischen Vorstand oder Generalsekretär zu erfolgen, d.h. einen Nicht-Wissenschaftler. Dieser sollte möglichst nicht aus einer der kooperierenden Institutionen stammen.¹⁸ Bestellt werden sollte er vom Aufsichtsrat bzw. wenn es einen solchen nicht gibt, von der Trägerversammlung.

Darüber hinaus kommt der wirtschaftlichen Leitung die wichtige Aufgabe zu, die Forschungsprojekte organisatorisch zu begleiten, u.a. die praktische Abwicklung der Finanzierung vorzunehmen, und generell die Finanzströme innerhalb der Kooperationsgesellschaft aber auch im Außenverhältnis zu koordinieren und zu lenken. Dementsprechend hat sie sich u.a. um die Buchhaltung und die Erstellung der Jahresabschlüsse zu kümmern. Da es bei Kooperationen häufig um nicht unwe-

sentliche Beträge geht, muss es auch eine Pflicht zur Bilanzierung und Rechnungslegung geben, wobei hier auch die wissenschaftliche Leitung einbezogen werden muss. Dies sollte in der Form geschehen, dass die wissenschaftliche Leitung die Jahresabschlüsse genehmigen muss und damit für diese mitverantwortlich ist.

c) Zusammenwirken von wissenschaftlicher und wirtschaftlicher Leitung

Auch ansonsten ist darauf zu achten, dass wissenschaftliche und wirtschaftliche Leitung eng zusammenarbeiten. Fraglich ist, ob der wirtschaftliche Leiter bzw. kaufmännische Geschäftsführer den wissenschaftlichen Leitern gleichgestellt oder nachgeordnet werden sollte.¹⁹ Für letzteres mag die Wertung der Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG, sprechen. Dann wäre sichergestellt, dass kein Nicht-Wissenschaftler auf die wissenschaftlichen Projekte Einfluss nehmen kann.²⁰ Andererseits ist berücksichtigen, dass nicht alle Wissenschaftler immer auch den Blick für die finanziellen und rechtlichen Implikationen ihrer Forschungen haben. Eine frühe Einbindung des wirtschaftlichen und rechtlichen Sachverstands des wirtschaftlichen Leiters ist daher für die Realisierung vieler Projekte wichtig. Erfolgt eine solche Einbindung zu spät, müssen Projekte möglicherweise zeit- und kostenintensiv neu aufgesetzt werden. Als Kompromiss könnte sich ein Modell anbieten, wie es im DESY gewählt worden ist. Dort gehören dem Direktorium neben einem wissenschaftlichen Vorsitzenden und drei weiteren Wissenschaftlern auch ein kaufmännischer Direktor an.²¹ Auf diese Weise ist der Vorrang der Wissenschaft gewahrt, gleichzeitig aber sichergestellt, dass kaufmännische Gesichtspunkte auch im Leitungsgremium von Anfang an im Blick gehalten werden.

Die wirtschaftliche Leitung vertritt die Kooperationsgesellschaft gegenüber Dritten, soweit es um das „tägliche“ Geschäft geht. Bei für die Kooperation finanziell bedeutenden Geschäften liegt die Zuständigkeit hingegen bei der Gesamtleitung. In nicht grundrechtsrelevanten Bereichen kann zudem im Gesellschaftsvertrag ein Vetorecht des Aufsichtsrats bzw. – wenn dieser nicht eingerichtet wird – der Trägerversammlung vorgesehen werden.

15 Für Überlegungen hinsichtlich der rechtstechnischen Umsetzung (entsendende Körperschaft erhalte Organstellung) *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6 Fn. 33).

16 Dazu bereits Ausführungen bei *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

17 Das darf aber nicht über den Bereich der „laufenden“ Geschäfte hinausreichen, andernfalls muss die wissenschaftliche Leitung einbezogen werden.

18 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

19 Eher für ersteres und nur in Ausnahmen für letzteres *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

20 Vgl. etwa zur Nachordnung des Generalsekretärs und der Generalverwaltung gegenüber dem Verwaltungsrat bzw. dem Präsidenten in der Max-Planck-Gesellschaft *Schön*, Grundlagenwissenschaft in geordneter Verantwortung, 2015, S. 38.

21 Siehe den Beitrag von *Harringa* in diesem Heft.

d) Pflichten der Kooperationsleiter

Wie auch bei anderen Gesellschaftsformen sind die Mitglieder des Leitungsgremiums „ihrer“ Kooperationsgesellschaft zur Loyalität bzw. Treue verpflichtet.²² Das heißt sie müssen sich zum einen für die Interessen der Gesellschaft loyal einsetzen und diese fördern, zum anderen müssen sie alles unterlassen, was diesen Interessen zuwiderläuft.²³ Dementsprechend dürfen die Leiter bzw. Wissenschaftler z.B. keine Finanzmittel für außerhalb der Kooperation verfolgte Projekte abzuweigen oder gar für private Geschäfte verwenden. Wissenschaftliche Erkenntnisse, die im Rahmen der Forschungskooperation gewonnen wurden, müssen dieser zugeordnet werden können; bei einer Veröffentlichung müssen die Forscher daher auf die Kooperation hinweisen. Ein Wettbewerbsverbot, wie es z.B. § 88 AktG vorsieht, als besondere, verdichtete Form der Loyalitätspflicht²⁴ dürfte nur in Grenzbereichen sinnvoll sein, wenn die Forschung nicht zu sehr eingeschränkt werden soll. Überlegenswert könnte etwa ein begrenztes Verbot sein, bei anderen Kooperationen oder einer sonstigen Zusammenarbeit, insbesondere mit Partnern aus der Industrie, mitzuwirken, sofern diese identische Fragestellungen oder Projekte verfolgen. Dieses Wettbewerbsverbot sollte für alle Forscher einer Kooperation gelten, nicht lediglich für die Leiter. Allgemein muss sichergestellt werden, dass die Kooperationsleiter aber auch die anderen Forscher frei von Interessenkonflikten sind.²⁵ Ausnahmen vom Wettbewerbsverbot oder den Interessenkonfliktregelungen können aber dann zugelassen werden, wenn alle Leiter und alle Trägergesellschaften (nicht nur die Mehrheit in der Trägerversammlung) zustimmen. Dann wird den Interessen der anderen Forscher und der Trägergesellschaften angesichts der Besonderheit der Forschungssituation angemessen Rechnung getragen.²⁶

Ebenfalls von Bedeutung sind Geheimhaltungs-

pflichten, vergleichbar § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG,²⁷ insbesondere soweit die Forschungsinteressen der Beteiligten betroffen sind. Das gilt vor allem im Hinblick auf die laufenden Forschungsprojekte, die innerhalb der Kooperationsgesellschaft betrieben werden. Eine Ausnahme ist allerdings für den Fall vorzusehen, dass die an einem Projekt Beteiligten eine wissenschaftliche Veröffentlichung für sachgerecht halten. Eine solche Veröffentlichung muss ihnen möglich sein, nicht zuletzt weil der wissenschaftliche Output ein wesentliches Ziel der Kooperationsgesellschaft ist. Insofern ergibt sich diese Beschränkung der Geheimhaltungspflicht aus dem Zweck der Kooperation.

Außerdem unterliegen auch die Leiter einer Kooperationsgesellschaft einer Sorgfaltspflicht, insbesondere soweit es um finanzierungsrelevante Entscheidungen oder die Einhaltung wissenschaftlicher und wissenschaftsethischer Standards geht. Dementsprechend dürfen die Kooperationsleiter etwa keine (Forschungs-)Gelder verschwenden. Die Grenzen, wann eine Verschwendung anzunehmen ist, müssen allerdings im Hinblick auf grundrechtsrelevante Entscheidungen, z.B. teure Projekte zu verfolgen, ganz weit gezogen werden.²⁸ Entscheidungen, die in den grundrechtsrelevanten Bereich fallen, sollten von den Trägergesellschaften inhaltlich auch nicht in Frage gestellt werden dürfen, jedenfalls sofern sie von dem (ganz weit verstandenen) gemeinsam vereinbarten Zweck der Forschungskooperation gedeckt sind. Hier schafft Art. 5 Abs. 3 GG einen Freiraum, der es den Forschern erlaubt, nach eigenem Belieben – innerhalb der oben erwähnten Grenzen legalen und wissenschaftsethisches Handelns – zu entscheiden, welche Forschungsprojekte sie im Rahmen der Kooperationsgesellschaft betreiben.

Im Hinblick auf Entscheidungen des wirtschaftlichen Tagesgeschäfts können die Grenzen hingegen so gesetzt werden wie beim Vorstand der Aktiengesellschaft. Dann

22 Zur Treuepflicht stv. *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 26 f., 269, 421 ff.; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 114 ff. m.w.N. Für den Vorstand der AG etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 84 Rdnr. 10 f. Für den Geschäftsführer der GmbH: statt aller *Schneider*, in: Scholz/Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 43 Rdnr. 151 ff.; *Gantenberg*, Interessenkonflikte von GmbH-Geschäftsführern nach italienischem und deutschem Recht, 2009, S. 158 ff.; *Fleischer*, WM 2003, 1045.

23 *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 117 f., 122 ff. m.w.N.; *Polley*, Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre, 1993, S. 88; *Weisser*, Corporate Opportunities, 1991, S. 132; *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 15.

24 Z.B. *Kort*, in: Großkomm-AktG, 5. Aufl. 2015, § 88 Rn. 3; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 88 Rdnr. 1; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, 4. Aufl. 2014, § 88 Rdnr. 1; *Fleischer*, in:

Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 88 Rdnr. 2; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 235, 357 ff. m.w.N.; *Hopt*, ZGR 2004, 1 (11).

25 Zu Interessenkonflikten *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014.

26 Auch hierfür bieten sich Regelungen an, wie sie in § 112 HGB oder § 88 AktG zu finden sind.

27 Zu Geheimhaltungspflichten stv. *Wißmann*, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 85 Rn. 31 m.w.N.; *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 14 Rn. 9 ff.

28 Zum Verschwendungsverbot bei Wirtschaftsunternehmen stv. *Fleischer*, MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 102; *Hölters*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 160; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 90 f.; *Bachmann*, NZG 2013, 1121.

sollte den Betroffenen auch bei diesen Entscheidungen eine Business Judgement Rule wie § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zur Seite stehen.

Verletzen die Kooperationsleiter ihre Pflichten sollten sie als ultima ratio abberufen werden können.²⁹ Das muss aber auf extreme Fälle, wie Rechtsbrüche, Veruntreuungen und Ähnliches begrenzt bleiben, um die Wissenschafts- und Forschungsfreiheit nicht zu gefährden, indem etwa Forscher unter Druck gesetzt werden, weil sie z.B. bestimmte Forschungsprojekte ablehnen.

2. Überwachungsfunktion

Die Leitung bedarf der Überwachung. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Verwendung der Finanzmittel und wirtschaftlicher Entscheidungen. Denn Geldgeber – in der Regel die Trägerinstitutionen – und die Geldverwender – die Forscher – sind bei Forschungsk Kooperationen regelmäßig nicht identisch. Ein Prinzipal-Agent-Konflikt ist daher nicht gänzlich auszuschließen,³⁰ wenn er auch angesichts des gemeinsamen Ziels einer möglichst erfolgreichen Forschung und deren Kommunikation nach außen, eher gering sein sollte.

a) Trägerversammlung

In kleineren Kooperationen kann es ausreichen, wenn die Träger selbst die Überwachung übernehmen. Dies erfolgt sinnvollerweise im Rahmen einer gemeinsamen Trägerversammlung,³¹ in der ggf. auch noch andere Geldgeber sitzen können. Diese Versammlung bildet das „Basisorgan“ der Kooperationsgesellschaft.³² Mit einer Trägerversammlung wird sichergestellt, dass alle Träger dieselben Informationen erhalten, und sie erleichtert die Abstimmung unter den Trägern bzw. Geldgebern.

Wird kein Aufsichtsrat eingerichtet, sollten sich die Aufgaben und Befugnisse der Trägerversammlung an der Gesellschafterversammlung der GmbH orientieren,³³ soweit sich dies mit der besonderen wissenschaftsbezogenen Situation der Kooperationsgesellschaft vereinbaren lässt. Wird hingegen ein Aufsichtsrat eingerichtet, wird eine jährliche Unterrichtung die Trägerversammlung ausreichen und könnte wie bei der AG dem

Aufsichtsrat die engere Überwachung überlassen werden. Eine detaillierte gesetzliche Ausgestaltung wie in den §§ 118 ff. AktG für die Hauptversammlung der AG wird allerdings nicht nötig sein.³⁴ Anders als später hinzutretende (Klein-)Aktionäre können die Trägerinstitutionen auf die Ausgestaltung ihrer Information im Rahmen des Gesellschaftsvertrages Einfluss nehmen und so ihre Interessen ausreichend selbst schützen. Dementsprechend reichen grundlegende Regelungen zur Information; umfangreiche Vorgaben, wie etwa zu Einberufungsfrist, Mitteilungen an und Anträge von Mitgliedern³⁵ etc., erscheinen nicht nötig.

Die Trägerversammlung trifft die Grundlagenentscheidungen in der Kooperationsgesellschaft, wie etwa die Entscheidung über die Änderung des Zwecks oder des Forschungsziels der Kooperation.³⁶ Außerdem entscheidet sie über die finanzielle Ausstattung der Kooperationsgesellschaft, inklusive deren Erhöhung etc. Über die Verwendung der Gelder entscheidet sodann das Leitungsorgan.³⁷ Einer vorbeugenden Kontrolle durch die Trägerversammlung hinsichtlich der Ausgaben z.B. bei außergewöhnlichen Anschaffungen bedarf es nicht, Die Trägerversammlung hat bereits durch den Einfluss auf die Finanzmittel und die damit einhergehenden Auskunftspflichten der Kooperationsleiter ausreichende Kontrollmöglichkeiten. Sollte sich eine Maßnahme im Extremfall als Mittelverschwendung herausstellen, greifen die allgemeinen Regelungen wie bei anderen Gesellschaftsformen.³⁸

Da die Träger die Finanzmittel stellen, haben sie das Recht, darüber informiert zu werden, wie die von ihnen gestellten Mittel verwendet werden. Sie können daher Rechenschaft, insbesondere die Vorlage des Jahresberichts, und Auskunft verlangen. Dies bezieht sich vor allem auf die wirtschaftlichen aber auch auf wissenschaftliche Aspekte der Kooperation, wie z.B. welche Projekte betrieben werden.³⁹

Werden neue Träger aufgenommen, nehmen auch diese danach an der Trägerversammlung teil. Über die Aufnahme hat die Trägerversammlung zu entscheiden.⁴⁰ Aufgrund der vergleichsweise geringen Anzahl an Trägern ist

29 Vgl. für Aktiengesellschaften § 84 Abs. 3 AktG.

30 Zur Agency-Theorie siehe etwa *Arrow*, in: Pratt/Zeckhauser, *Principals and Agents*, 1985, S. 37; *Cooter/Freedman*, 66 N.Y.U. L. Rev. 1045 ff. (1991); *Grossman/Hart*, 51 *Econometrica* 7 (1983); *Fama/Jensen*, 26 J. L. & Econ. 301 (1983); *Ross*, 63 *Am. Econ. Rev.* 134 (1973).

31 Dazu schon *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, Heft 1, 1 (6).

32 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, Heft 1, 1 (6).

33 Zur Gesellschafterversammlung der GmbH etwa *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 46 Rn. 1 ff., § 48 Rn. 1 ff.; *Liebscher*, in: *MünchKomm-GmbHG*, 2. Aufl. 2016, § 46

Rn. 1 ff., § 48 Rn. 1 ff.

34 Zur Hauptversammlung der AG siehe etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, *AktG*, 12. Aufl. 2016, § 118 Rn. 1 ff., § 119 Rn. 1 ff.; *Kubis*, in *MünchKomm-AktG*, 4. Aufl. 2018, § 118 Rn. 1 ff., § 119 Rn. 1 ff.

35 Siehe etwa §§ 121 ff. AktG.

36 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, Heft 1, 1 (6).

37 A.A. hinsichtlich außergewöhnlicher Maßnahmen bzw. Anschaffungen *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, Heft 1, 1 (7) (durch Trägerversammlung).

38 Zur Mittelverschwendung s. Fn. 28.

die Situation in diesem Fall eher vergleichbar mit Personengesellschaften. Um ein gedeihliches Miteinanders in der Kooperationsform zu gewährleisten, sollte sichergestellt werden, dass die Träger beeinflussen können, mit wem sie und „ihre“ Forscher im Rahmen der Kooperationsgesellschaft gemeinsame Projekte durchführen.

Soweit die Trägerversammlung Entscheidungen trifft, erfolgt dies durch Beschluss. Hier ist zu überlegen, ob jede Trägerinstitution eine Stimme haben soll oder der Anteil an der der Kooperation gewährten Finanzausstattung darüber bestimmen soll, wie viele Stimmen eine Trägerinstitution erhalten soll. Die Ausrichtung auf eine Kooperation, von der alle Träger gleichermaßen profitieren werden, spricht für eine Stimme pro Träger. Erhebliche Unterschiede bei der Finanzierung können allerdings für eine unterschiedliche Stimmenzahl sprechen. Beides sollten die Träger selbständig regeln können, als Ausgangsregelung bietet sich aber die Regelung „eine Stimme pro Träger“ an.

Die Trägerversammlung sollte – anders als die Gesellschafterversammlung der GmbH⁴¹ – kein Weisungsrecht gegenüber den Kooperationsleitern haben – dass muss jedenfalls für den grundrechtsrelevanten Bereich gelten.⁴² Insbesondere darf sie keine Vorgaben hinsichtlich der wissenschaftlichen Projekte und der angewandten Methoden machen. Das ist Aufgabe der wissenschaftlichen Leitung.

Da die Trägerinstitutionen aber über die Stellung der finanziellen Mittel bestimmen, haben sie die Möglichkeit, in dem Fall, dass weitere finanzielle Mittel gestellt werden müssen, diese zu verweigern. Eine Rückforderung von Mitteln sollte ihnen hingegen nur im Fall eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens der Forscher möglich sein. In diesen und anderen gravierenden Fällen sollten sie die Kooperation aus wichtigem Grund verlassen können. Ist die Kooperation auf unbestimmte Zeit eingegangen worden, muss den beteiligten Trägerinstitutionen eine Kündigung möglich sein, wobei diese aber nicht zur Unzeit erfolgen darf,⁴³ d.h. angesichts des allgemeinen Gesellschaftszwecks der Forschungsförderung nicht vor Ende des gemeinsam betriebenen Projekts, wenn die Kündigung zu dessen Abbruch führen würde.

39 Siehe auch schon *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

40 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

41 Zum Weisungsrecht der GmbH z.B. *Sephan/Tieves*, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 37 Rn. 115 ff.; *Konzen*, NJW 1989, 2977 ff.

42 Ein Weisungsrecht eher bejahend *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7).

43 Zur Kündigung zur Unzeit im Gesellschaftsrecht z.B. *Roth*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 132 Rn. 5; *Schäfer*, MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 723 Rn. 53; *Kamanabrou*, in: *Oetker*, HGB, 37. Aufl. 2017, § 132 Rn. 12.

b) Aufsichtsrat

Da eine Trägerversammlung nicht in allen Fällen in der Lage sein wird, eine kontinuierliche Überwachung der Leitung zu gewährleisten, erscheint es sinnvoll, jedenfalls bei größeren Kooperationen ein besonderes Überwachungsgremium, etwa einen Aufsichtsrat, einzurichten. Die Einrichtung eines Aufsichtsrats sollte aber, im Sinne der Flexibilität, optional sein. Die Träger sollten entscheiden können, wie eng sie die Kontrolle der Leitung ausgestalten möchten.

Wird ein Aufsichtsrat eingerichtet, was bei einer GmbH im Rahmen der Satzungsautonomie möglich ist,⁴⁴ übernimmt dieser die Überwachung der Leitung.⁴⁵ Er kann daher Bücher und Abschlüsse prüfen sowie Auskünfte verlangen. Auch eine beratende Funktion erscheint sinnvoll.⁴⁶ Insgesamt bietet sich hinsichtlich seiner Aufgaben und Befugnisse eine Orientierung an § 111 Abs. 1 – 4 AktG an.

Generell bietet sich bei der Ausformung des Aufsichtsrats an, sich an §§ 95 ff. AktG zu orientieren, soweit sich dies mit der Wissenschaftsadäquanz vereinbaren lässt. Bei der Zusammensetzung und den einzelnen Rechten und Befugnissen kann aber z.T. auch ein eigenständiger Weg beschritten werden. Beispielsweise sollten im Aufsichtsrat Vertreter jeder Trägerinstitution sitzen sowie Vertreter anderer Geldgeber, sofern solche vorhanden sind.⁴⁷ Jede Trägerinstitution sollte das Recht haben, mindestens einen Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden, jedenfalls sofern es nicht eine große (d.h. zweistellige) Anzahl von Trägerinstitutionen gibt. Je nach Anzahl anderer Geldgeber sollte im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, ob auch diese ein Entsendungsrecht erhalten sollen oder ob diese gemeinsam ein oder ggf. auch mehrere Aufsichtsratsmitglieder wählen, das bzw. die das Interesse dieser Geldgeber an einer Überwachung gebündelt wahrnehmen.

Wird ein Aufsichtsrat eingerichtet, sollte dieser bei einem groben Pflichtverstoß eines Kooperationsleiters der Trägerversammlung die Abberufung dieser Leiter empfehlen können.⁴⁸ Insofern erscheint eine Abweichung von der aktienrechtlichen Regelung in § 84 Abs. 3

44 Im Fall von § 52 Abs. 2 GmbHG ist dies sogar erforderlich.

45 Zur Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats stv. *Habersack*, in: *MünchKomm-AktG*, 4. Aufl. 2014, § 111 Rn. 18 ff.; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111 Rn. 6 ff.; v. *Werder*, in: *Kremer/u.a.*, *Deutscher Corporate Governance Kodex*, 6. Aufl. 2016, Rn. 122; *Wicke*, *GmbHG*, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 6.

46 Zur Beratungsfunktion des Aufsichtsrats etwa *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111 Rn. 10 f.; v. *Werder*, in: *Kremer/u.a.*, *Deutscher Corporate Governance Kodex*, 6. Aufl. 2016, Rn. 123.

47 Siehe dazu *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7).

48 Anders bei der AG, siehe § 84 Abs. 3 AktG (Abberufung durch den Aufsichtsrat).

AktG angeraten. Zum einen besteht eine enge Verbundenheit zwischen den Kooperationsleitern und „ihren“ Trägerinstitutionen, die sich auch darin äußert, dass die Kooperationsleiter durch die Träger und nicht durch den Aufsichtsrat bestellt werden sollten. Zum anderen kann eine Abberufung, die mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führt, dass der Leiter die Kooperation verlässt, gravierende Auswirkungen auf die Kooperation und die gemeinsam betriebenen Projekte haben – diese dürften wegen der persönlichen Verbundenheit der Beteiligten schwerwiegender sein als bei einer Kapitalgesellschaft.⁴⁹

c) Wissenschaftlicher Beirat bzw. Scientific Advisory Board

Während das Wirtschafts- und Finanzgebaren einer wirtschaftlichen Beratung und Überwachung durch den Aufsichtsrat unterliegt, sollte einem wissenschaftlichen Beirat bzw. Scientific Advisory Board die Aufgabe zukommen, die wissenschaftliche Seite der Kooperation beratend zu begleiten.⁵⁰ Der Aufsichtsrat eignet sich dafür nicht, weil Forschung und Forschungsergebnisse anders zu diskutieren und einzuschätzen sind als wirtschaftliche Entscheidungen und Bilanzen.⁵¹ Sollte auch die wissenschaftliche Begleitung vom Aufsichtsrat übernommen werden, eine mögliche Ausgestaltung, die der Entscheidung der Beteiligten überlassen bleiben sollte, besteht die Gefahr, dass der Aufsichtsrat übermäßig groß wird.⁵²

Auch eine Kontrollfunktion des Beirats erscheint sinnvoll, etwa im Hinblick auf die Einhaltung wissenschaftsethischer Standards oder die fortbestehende Orientierung an dem der Kooperationsform zugrunde liegenden Forschungszweck. Hierfür würde das Scientific Advisory Board die Kooperation in regelmäßigen Abständen – etwa alle fünf Jahre – evaluieren. Der wissenschaftliche Beirat sollte allerdings keine Sanktionsgewalt haben, sondern lediglich der Trägerversammlung seine Erkenntnisse zuleiten und Handlungsempfehlungen geben.

Besetzt sein sollte das Board mit national und international anerkannten Wissenschaftlern, die mit der Kooperation in keiner anderen Verbindung stehen. Andernfalls könnte es zu Interessenkonflikten kommen, insbesondere

wenn es um kontrollierende Aufgaben geht. Zur näheren Ausformung der Unabhängigkeit kann auf die Diskussion zu Aufsichtsratsmitgliedern (Kommissionsempfehlung⁵³, Deutscher Corporate Governance Kodex⁵⁴) zurückgegriffen werden.

Beiräte können in verschiedenen Gesellschaftsformen eingerichtet werden.⁵⁵ Bei der GmbH lässt sich dies aus §§ 52, 45 Abs. 1 GmbHG ableiten. Daraus ergibt sich, dass abweichende Kompetenzverteilungen möglich sind und es den Gesellschaftern überlassen bleibt, wie sie diese innerhalb der Grenzen des geltenden Rechts in ihrer Gesellschaft ausgestalten.⁵⁶ Ein solcher Beirat kann unproblematisch eine beratende Funktion ausüben.⁵⁷ Problematischer ist es – jedenfalls im gegenwärtigen GmbH-Recht –, einem solchen aus Nichtgesellschaftern bestehenden Beirat, Mitsprache- und Kontrollrechte einzuräumen.⁵⁸ Das gilt allerdings nur, wenn diese die Rechte der Gesellschafter verdrängen und auch dann nur, wenn es sich um Grundlagenentscheidungen handelt, die das Gesetz zwingend einem bestimmten Organ zuordnet.⁵⁹

3. Forscherversammlung

Ggf. kann außerdem eine Forscherversammlung eingerichtet werden.⁶⁰ Dies bietet sich aber nur für große Forschungsk Kooperationen an, die eine Vielzahl von Wissenschaftlern beschäftigen. Die Forscherversammlung setzt sich aus allen Wissenschaftlern zusammen, die nicht bereits im Leitungsorgan vertreten sind. Sie hätte eine Informationsfunktion und eine Beratungsfunktion. Hier würden z.B. die Kooperationsleiter die übrigen Wissenschaftler über die Entwicklung der Kooperation und ihrer laufenden Projekte, neue und geplante Projekte und den finanziellen Spielraum für bestehende und für künftige Projekte informieren. Eine weitere Kontrollfunktion neben dem Aufsichtsrat und dem Scientific Advisory Board, scheint dagegen entbehrlich. Wichtiger wäre es, ein Whistle-blower-System bzgl. wissenschaftlichen Fehlverhaltens einzurichten, das den einzelnen Forschern ermöglicht, das Scientific Advisory Board über Verstöße zu unterrichten.⁶¹ Auch ein Initiativ- oder

49 Die Situation ist insofern anders als etwa bei einer Aktiengesellschaft, wo wegen der Fremddorganschaft eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern die Gesellschaft nicht in ihrem Kern berührt.

50 Zu Beiräten allgemein etwa *Erker*, DStR 2014, 105; *Sanders*, NZG 2017, 961; siehe auch *Sigle*, NZG 1998, 619.

51 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7).

52 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7).

53 Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs- und Aufsichtsrats, ABl. EU Nr. L 52 v. 25.2.2005, S. 51.

54 Deutscher Corporate Governance Kodex idF 7.2.2017, abrufbar unter <http://www.dcgk.de/de/kodex.html> (abgerufen am 27.11.2017).

55 Dazu *Sanders*, NZG 2017, 961 (962) mwN.

56 *Sanders*, NZG 2017, 961 (962); *Lange*, GmbHHR 2006, 897 (898); *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2980).

57 *Sanders*, NZG 2017, 961 (963).

58 *Sanders*, NZG 2017, 961 (963).

59 *Spindler*, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 741, 744; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 52 Rn. 75; *Sanders*, NZG 2017, 961 (963).

60 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7 f.).

Vetorecht sollte der Forscherversammlung nicht zustehen. Überlegenswert wäre allenfalls, der Forscherversammlung die Möglichkeit zu geben, neue Projekte oder weitere Kooperationsmöglichkeiten vorzuschlagen. Auf diese Weise könnten sich auch die übrigen Wissenschaftler in die Kooperation einbringen.

Wieweit der Begriff des Forschers gefasst wird, ob also auch forschende Mitarbeiter, Assistenten, ggf. auch technische Assistenten einbezogen werden, sollte den Kooperationen selbst überlassen bleiben.

4. Externe Prüfung

Bei großen Kooperationsgesellschaften ist schließlich noch die Regelung einer externen Prüfung des Jahresabschlusses zu erwägen. Dies würde die Kontrolle erhöhen und könnte zugleich als Signal nach außen verstanden werden und die Einwerbung neuer Mittel erleichtern. Eine Pflichtprüfung sollte aber nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden. Als eine Orientierung bietet sich der finanzielle Umfang bzw. die Bilanzsumme der Kooperationsgesellschaft an. Jedenfalls für Kooperationen, die in dieser Hinsicht großen Kapitalgesellschaften im Sinne von § 267 Abs. 3 HGB vergleichbar sind, sollte eine Pflichtprüfung vorgeschrieben werden.⁶²

V. Schlussbetrachtung

Die vorangegangenen Überlegungen zur Governance von Forschungskooperationen haben gezeigt, dass viele Regelungen und Elemente im deutschen Gesellschaftsrecht bereits vorhanden sind und von anderen Gesellschaftsformen übernommen werden könnten. Allerdings bedürfen sie einer gewissen Anpassung, um den Besonderheiten von Forschungskooperationen gerecht zu werden. Denn diese müssen einerseits als juristische Person ausgeformt sein, weil § 65 Abs. 1 LHO dem jeweiligen Land und seinen Institutionen verbietet, sich an privatrechtlichen Unternehmen zu beteiligen, wenn die Einzahlungsverpflichtung nicht auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist. Eine solche Begrenzung gibt es bei Personengesellschaften nicht, weil hier eine unbegrenzte persönliche Haftung besteht. Andererseits weist die Kooperationsform aufgrund der engen Beziehungen der

Beteiligten zueinander aber personengesellschaftliche Züge auf.

Den herausgearbeiteten Anforderungen am nächsten kommt die GmbH, die zudem bei der Gestaltung der Governance erhebliche Flexibilität aufweist.⁶³ Dementsprechend hat z.B. die Mehrheit der Technologietransfergesellschaften im Hochschulbereich die Rechtsform der GmbH gewählt.⁶⁴ Mit der Einführung der gemeinnützigen GmbH sind bereits sachgerechte steuerrechtliche Weichen gestellt, die für die Kooperationsgesellschaft genutzt werden können.⁶⁵ Sofern nicht eine eigenständige Gesellschaftsform geschaffen wird, um die Bedürfnisse von Forschungskooperationen zu befriedigen, ist zumindest überlegenswert, die Governance-Regelungen der GmbH weiter auszubauen und den Forschungskooperationen Regelungsblöcke zur Verfügung zu stellen, die sie für eine zügige Aufsetzung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen nutzen können.

Um eine sachgerechte Governance der Kooperationsform zu gewährleisten, müssen die eingangs erwähnten Prinzipien Forschungsadäquanz, Flexibilität, sachgerechte Verwaltung großer Geldbeträge und Ermöglichung langfristiger, stabiler Zusammenarbeit vom Gesetzgeber im Blick gehalten werden. Außerdem ist eine sachgerechte Balance zwischen verschiedenen Gegensätzen zu finden: Einerseits muss die Kooperationsform transparent sein, insbesondere für die Träger, aber auch die Öffentlichkeit, um eine angemessene Überwachung zu ermöglichen. Andererseits ist gerade bei der Forschung Vertraulichkeit von herausragender Bedeutung (Stichwort: Innovationen). Einerseits muss in der Kooperationsgesellschaft die Wissenschaftsfreiheit der Forscher geachtet und umgesetzt werden. Andererseits muss die Verantwortung der Forschungsgesellschaft gegenüber den Trägerinstitutionen, der Wissenschaft als Ganzes und der Öffentlichkeit berücksichtigt werden (Stichwort: u.a. ethisches Verhalten).

Insgesamt sollte sich der Gesetzgeber im Hinblick auf Forschungskooperationen von dem Ansatz einer enabling legislation leiten lassen und den Forschern und Trägerinstitutionen Regelungen an die Hand geben, die ihnen eine zügige und sachgerechte Aufsetzung von Kooperationen ermöglichen. Das spart Zeit und Kosten

61 Zum Whistle-blowing Buchert, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 42 Rn. 1 ff.; Eufinger, NJ 2016, 458; Fleischer/Schmolke, NZG 2012, 361; Rudkowski, CCZ 2013, 204.

62 Vgl. dazu § 316 Abs. 1 Satz 1 HGB iVm. § 267 HGB.

63 Auch die Rechtsform des Vereins wird von wissenschaftlichen Institutionen genutzt, wie z.B. von der Fraunhofer Gesellschaft oder der Max-Planck-Gesellschaft. Der Verein ist allerdings auf

eine wechselnde Mitgliedschaft ausgerichtet und erfordert für den Fall der Eintragung mindestens sieben Mitglieder, § 56 BGB. Dementsprechend erscheint er für eine Forschungskooperation weniger geeignet als die GmbH.

64 Z.B. Bagdasarov, Wissens- und Technologietransfer an Universitäten, Wiesbaden 2012, S. 10.

65 Zur gemeinnützigen GmbH z.B. Weidmann/Kohlhepp, Die gemeinnützige GmbH, 3. Aufl. 2014.

und ermöglicht eine schnelle Hinwendung zur gemeinsamen Forschung. Das wiederum ist ganz im Sinne der der Förderung von Forschungs- und Wissenschaft und dient damit der Stärkung des Forschungs- und Wissenschaftsstandorts Deutschland.

Christoph Kumpan ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung und Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Attorney-at-Law (New York).

Lennart Göbel
*Diskussionsbericht zum Vortrag von
Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M.
(Univ. of Chicago): Governance in der
Kooperationsform*

Kumpan hat sich in seinem Referat der im forschungs-kooperativen Kontext entscheidenden Frage nach wissenschaftsadäquaten Governance-Strukturen¹ angenommen und grundlegende Parameter für eine vertiefende Behandlung dieses Themenkomplexes definiert. Er benannte zentrale Prinzipien – Forschungsadäquanz, Flexibilität, hinreichende Finanzadministration, Stabilität der Zusammenarbeit –, welche die konkrete Ausgestaltung der Governance im Einzelfall leiten sollten, sprach sich im Übrigen jedoch gegen zu starre Vorgaben aus, um der Realstruktur jeder Forschungskoope-ration gerecht werden zu können. Hiermit entsprach er der von *Eberbach* im Eröffnungsreferat erhobenen Forderung nach einem „Baukastensystem“ *de lege feranda*, welches den individuellen Bedürfnissen im Innenverhältnis der Kooperationspartner Rechnung trägt, ohne eine latente Rechtsunsicherheit zu provozieren.

Die sich anschließende Diskussion unter der Leitung *Eberbachs* konzentrierte sich im Wesentlichen auf drei Komplexe: Zu Beginn beschäftigte sie die governance-spezifischen Gestaltungsgrenzen *de lege lata* (dazu I.). Dem schlossen sich vertiefte Überlegungen zu Funktionen und Kompetenzen eines Wissenschaftlichen Beirats als forschungsadäquatem Gesellschaftsorgan an (dazu II.). Zuletzt wurde sich ausführlich dem Verhältnis von wissenschaftlicher zu wirtschaftlich-administrativer Leitungsfunktion gewidmet (dazu III.).

I.

Eberbach eröffnete die Diskussion, indem er die Wichtigkeit einer adäquaten Regelung der gesellschaftsinter-nen Governance-Strukturen unterstrich. Die Einrichtung gemeinsamer Gremien zur Entscheidungsfindung und die Sicherstellung einer kontrollierten Mittelver-wendung sei unabhängig vom Umfang eines konkreten Forschungsprojekts bei jeder Kooperation, die sich nicht

in Auftragsforschung erschöpfe, ganz zu Beginn des Ins-titutionalisierungsprozesses vorzunehmen.

Ein erster Diskussionsteilnehmer zielte mit seiner Frage auf das Grundproblem, dessen Untersuchung sich das Symposium zur Aufgabe gemacht hatte, nämlich die Feststellung, ob Forschungskoope-rationen eine eigene Rechtsform zur Verfügung gestellt werden sollte. Gemünzt auf die Governance der etwaig zu schaffenden Kooperationsform beehrte er Auskunft darüber, welche der im Vortrag formulierten Anforderungen unter gel-tendem Recht nicht erfüllt werden könnten.

Die Erwiderung *Kumpans* fiel differenziert aus. Er stellte zunächst fest, dass die wesentlichen *de lege lata* für Forschungskoope-rationen als Organisationsvehikel in Betracht kommenden Privatrechtsformen (GmbH, e.V., GbR) weitgehende Flexibilität in der Ausgestaltung des Innenverhältnisses böten und es insofern durchaus mög-lich sei, eine Struktur zu schaffen, die sämtliche Eleme-n-te der als idealtypisch vorgestellten Governance im Ge-sellschaftsverhältnis etabliere. Gleichwohl gab er zu be-denken, dass das „Zusammenstricken“ einer solchen Struktur mit ihrer Vielzahl von Einzelelementen und fein auszutarierenden Mechanismen in der Praxis einen ganz erheblichen Aufwand erfordere, dessen Ergebnis regelmäßig dennoch von Rechtsunsicherheiten geprägt sei. Insofern stelle sich vor dem Hintergrund der *de lege lata* festgestellten Gestaltbarkeit vielmehr die Frage, was *de lege feranda* noch besser gemacht bzw. vereinfacht werden könne.

II.

Die folgende Wortmeldung fasste Teile des vorgestellten Governance-Konzepts zusammen und unterstützte die Forderung nach flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten. Gleichwohl seien mit Blick auf die vorgeschlagenen fakultativen Gremien „kleinere Unwuchten“ deutlich

1 Die Verwendung des Governance-Begriffs variiert. Er wurzelt im Griechischen *kybernetes* für *Steuermann*. Dem gleichen Wortstamm entspringt auch das lateinische *gubernare* und das französische *gouverner* für „steuern, verwalten, leiten, erziehen“. Die ursprüngliche Definition des Cadbury Committees für Corporate Governance versteht diese weit als „the system by which

companies are run.“ Dem Referat *Kumpans* dürfte ein Governance-Verständnis zugrunde liegen, welches sich auf die Aufbau- und Ablauforganisation der Forschungskoope-ration konzentriert und (entsprechend dem Subtitel des Referats) „Struktur, Kompetenzen und Verfahren“ im Innenverhältnis adressiert.

geworden. Der Diskussionsteilnehmer wollte sich hierbei auf die vorgeschlagene institutionelle und kompetenzielle Ausgestaltung des Wissenschaftlichen Beirats (im Folgenden auch SAB für *scientific advisory board*) konzentrieren.

Es stehe außer Frage, dass die Leitung einer jeden Forschungskoooperation – jedenfalls bei Erreichen einer bestimmten Größe – der Unterstützung durch einen Wissenschaftlichen Beirat bedürfe. Nach dem in der Praxis vorherrschenden Verständnis der Funktion eines SAB müsse dieses wissenschaftliche Überwachungs- und Beratungsaufgaben erfüllen. Im Zusammenhang mit den Aufsichtsfunktionen dürften aber auch die Grundsätze wissenschaftlicher Ethik nicht außer Acht gelassen werden. Nicht selten werde zu diesem Zweck eine Ethikkommission eingerichtet. Dem Diskussionsteilnehmer ging es nun um die genaue Einbindung einer solchen Ethikkommission, bildlich gesprochen um ihre Positionierung im strukturellen Verhältnis der Gesellschaftsorgane. Nach seinem Dafürhalten sei es misslich, die Ethikkommission als Ausschuss des Wissenschaftlichen Beirats auszugestalten. Vielmehr erfordere die immense Bedeutung der Einhaltung ethischer Standards im Forschungsverbund ein Gremium der ethischen Überwachung, welches sich „ohne Umwege“ an die Leitung der Kooperation wenden und dieser berichten können müsse, um auf diese Weise in etwa auch Personalentscheidungen anstoßen zu können, und zwar ohne hierbei auf die Mitwirkung eines anderen (mehrheitsdominierten) Kollegialorgans angewiesen zu sein.

Der Diskutant sprach sich deswegen für eine Trennung von Ethikkommission und Wissenschaftlichem Beirat aus. Zur Begründung wies er neben dem Vorstehenden auf die Gefahr der rein praktischen Überforderung des SAB hin, welches aus tatsächlichen Gründen in der Regel nur ein bis zweimal im (Geschäfts-) Jahr tagen könne. Im Übrigen bestünden zwischen beiden Gremien auch funktionale Unterschiede, sei der Wissenschaftliche Beirat doch (zumindest auch) beratendes Organ, während es sich bei der Ethikkommission um ein reines Instrument der Innenrevision handele.

Kumpan griff in seiner Erwiderung den zuletzt angesprochenen Aspekt der Funktionsdivergenz auf und wies auf das von *Eberbach* propagierte „Out of the Box-Denken“ hin. Dem folgend sollten auch gegenwärtig bekannte Ansätze kritisch hinterfragt und Verbesserungen erwogen werden. Wie im Fall des Aufsichtsrats bei wirtschaftlichen Fragen die Beratungs- und Kontrollfunktion von einem Organ wahrgenommen würden, könnte in gleicher Weise auch bei wissenschaftlichen Fragen über eine Bündelung beider Funktionen in einer Hand nachgedacht werden. Unüberwindliche Unterschiede, die

dies verhindern würden, bestünden zwischen den beiden Bereichen nicht.

Die Rolle des Wissenschaftlichen Beirats griff auch der nächste Diskutant auf. Er befand, das *scientific advisory board* müsse im forschungs kooperativen Kontext – mehr als ein Gremium der *wirtschaftlichen* Überwachung – als Spiegelbild des Aufsichtsrates in der aktienrechtlichen Organisationsverfassung begriffen werden. Insofern rücke der Wissenschaftliche Beirat bei der Diskussion um die Etablierung wissenschaftsadäquater Überwachungsstrukturen im Forschungsverbund klar in den Vordergrund. Die Überwachung des Finanzgebarens der Kooperation könne man sich hingegen als Aufgabe eines dem aktienrechtlichen Prüfungsausschuss vergleichbaren Gremiums vorstellen. Hierfür könne dann auch die Trägerversammlung verantwortlich zeichnen. Zusammenfassend wollte der Diskussionsteilnehmer festgestellt wissen, dass die Nutzung eines „Aufsichtsrats“ (als *wirtschaftlichem* Aufsichtsorgan) in der wissenschaftlichen Kooperative unter höherem Rechtfertigungsdruck stehe, als die Nutzung eines SAB. Dieses letztere wurde seitens des Referenten knapp, aber ausdrücklich zustimmend aufgenommen.

III.

Schließlich widmete sich die Diskussion der kompetenziellen Einbindung einer wirtschaftlichen Leitung neben der wissenschaftlichen Leitung. Diesbezüglich war seitens des Referenten mit Blick auf Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG eine „Nachordnung“ zur wissenschaftlichen Leitung im Sinne eines Generalsekretärs wie bei der MPG oder eines dem Vorstand nachgeordneten kaufmännischen Leiters vorgeschlagen worden. Ohne dies detailliert ausleuchten zu wollen, schlug ein Diskutant ein „Finanzministermodell“ vor. Der wissenschaftlichen Leitung sollte hiernach ein Finanzdirektor angehören, der in wirtschaftlichen Angelegenheiten mit einem Veto-recht ausgestattet werden müsse. Damit sprach sich der Diskussionsteilnehmer implizit gegen eine wie auch immer geartete Nachordnung der Finanzadministration der Kooperative aus, zwingt ein Vetorecht innerhalb seines inhaltlichen Geltungsbereichs doch zur gleichberechtigten, konsensualen Entscheidungsfindung.

Zudem bat der Diskussionsteilnehmer um eine Einschätzung des Referenten hinsichtlich der Möglichkeit, die notwendige (externe) Finanzaufsicht seitens der Trägerorganisationen und sonstigen Mittelgebern in die interne Organisationsstruktur der Kooperative einzubinden. Gemeint war *in concreto* wohl die Besetzung des (Finanz-) Aufsichtsgremiums mit Repräsentanten der Mittelgeber. Hierdurch ließe sich unter Umständen doch

eine lähmende Doppelprüfung vermeiden oder jedenfalls ein Teil des Aufwands reduzieren.

Kumpan verwies bezüglich der im Referat angedeuteten Nachordnung der wirtschaftlichen Leitungsbefugnisse gegenüber den wissenschaftlichen wiederholend auf den organisationsrechtlichen Gewährleistungsgehalt der Wissenschaftsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG, mit welchem sich eine abweichende Verteilung der Leitungskompetenzen unter Umständen in Konflikt begeben. Zwar sei eine strukturelle Stärkung der wissenschaftlichen Leitung schon durch Einbindung dieser in die Aufstellung des Jahresabschlusses bzw. die Rechnungslegung zu erreichen, doch sprach sich der Referent gleichwohl gegen eine gleichberechtigte Ausgestaltung der beiden Leitungsfunktionen durch Vetorechte aus.

Den Vorschlag der Integration der finanziellen Aufsicht in die kooperationsinterne Organisationsstruktur schätzte der Referent als durchaus erwägenswert ein; soweit es dabei allerdings um eine Auslagerung der Kontrolle auf Dritte ginge, rechne er jedoch – ohne, dass er eine vertiefte Auseinandersetzung dahingehend vorgenommen habe – mit nicht zu vernachlässigenden Schwierigkeiten. Den Grund für seine Skepsis illustrierte er anhand jüngerer Erfahrungen mit der Einbindung von Ratingagenturen in die Finanzmarktregulierung, die, wie sich in der Finanzkrise gezeigt habe, gravierende Auswirkungen gehabt hätten, weil Interessenkonflikte auf der Mikroebene der in die Aufsicht eingebundenen Ratingagenturen zu erheblichen Beeinträchtigungen der Aufsicht über den Gesamtmarkt auf der Makroebene geführt hätten.

Auch die folgende Wortmeldung nahm den Aspekt einer möglichen bzw. nötigen Nachordnung der wirtschaftlichen Leitungskompetenzen in den Blick. Vorgeschlagen wurde das – laut Diskussionsteilnehmer in der Praxis bewährte – Konzept einer „Doppelspitze“. Darunter wollte der Diskutant insbesondere eine gemeinschaftliche Verantwortung der Organmitglieder verstanden wissen, bei gleichzeitiger klarer Aufgabenwahrnehmung nach abgegrenzten Geschäftsbereichen. Der Frage, warum ein entsprechendes Konzept nicht präferiert

würde, wurde seitens des Referenten erneut die fehlende Wissenschaftsadäquanz eines ungeschichteten Nebeneinanders beider Leitungsfunktionen entgegengehalten, welche als grundlegendes Prinzip die Governance-Gestaltung prägen müsse.

Angesichts dieser Erwiderung sah sich der Diskussionsteilnehmer zu einer Klarstellung veranlasst: bei dem von ihm in den Blick genommenen Modell der Doppelspitze gehe es nicht um eine durch Vetorechte erreichte Verschränkung von Geschäftsbereichen, sondern vielmehr um die nachgelagerte gemeinschaftliche Verantwortungsübernahme, womit wohl die Möglichkeit der internen Haftbarmachung des Kollegialorgans gemeint war.

Mit dem Hinweis, dass Veto- respektive Mitentscheidungsrechte sehr flexibel im Hinblick auf ihre inhaltliche Reichweite und Intensität ausgestaltet werden können, ergriff ein letzter Diskussionsteilnehmer das Wort. Damit spielte er auf die bislang nicht bewiesene Annahme an, strukturelle Wissenschaftsadäquanz bedürfe hierarchischer Kompetenzordnungen. Seine praktischen Erfahrungen bei der juristischen Gestaltung und Begleitung von Forschungsk Kooperationen veranlassten ihn außerdem dazu, eine Lanze für heterogen besetzte Kollegialorgane zu brechen; hiermit seien ausgesprochen gute Erfahrungen gemacht worden. Er schloss mit einer Forderung zur weitestgehenden Flexibilität des avisierten Organigramms: Nicht nur die grundsätzliche Organisationsstruktur – Gesellschaftsorgane und ihr kompetenzielles Machtverhältnis – sollte flexibel und anpassbar sein, auch innerhalb der als notwendig erachteten Gremien sollten den Verantwortlichen Gestaltungsoptionen verbleiben.

Lennart Göbel ist Doktorand am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg. Sein Dissertationsprojekt wird betreut von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff.

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 Wirtschaftsk Kooperationen (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 Preisüberbietungen) 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 auswertet 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 Grundrechtssträger 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“). Bedeutend 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*, Hochschulfinderrecht, 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 Forschungs Kooperation 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 Einnahmierzweck 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 zugestanden (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 Dienstfindungen (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*, Hochschülerfinderrecht, 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 Hochschülerfinder (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 Dienstfindung 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 BeamtStG 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 ArbErg, 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 Forschungsoperationen zu schaffen, zielt originär

zwar auf die Ebene des Forschungsverbands, d.h. die Rechtsbeziehungen zwischen den Kooperationspartnern. Es hat, insbes. wenn der Forschungskoperation 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 Forschungskoperationen 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 Zurechnungssubjekt 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 Dienstleistung 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 Forschungskoooperation 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 Forschungskoooperation ist eine solche nicht zu empfehlen.

Bernhard Ulrici ist Rechtsanwalt in Leipzig.

Lennart Göbel

*Diskussionsbericht zum Vortrag von Dr. Bernhard
Ulrici: Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden*

Ulrici gab in seinem Referat einen straffen Überblick hinsichtlich der im Forschungsverbund regelmäßig abstimmungsbedürftigen Fragen der Zuweisung vorhandener und entstehender Schutzrechte (sog. *background IP* und *foreground IP*) und wies auf die *de lege lata* diesbezüglich bestehenden Gestaltungsschwierigkeiten hin. Eine besondere Herausforderung stelle die Koordination von Verbund- und Beschäftigungsebene unter Beachtung der zwingenden Vorgaben dar (vgl. § 22 ArbNErfG). Die bei der Gestaltung des Kooperationsvertrags *in praxi* häufig vorgenommene gesonderte vertragliche Bindung des Forschers gegenüber den ihn nicht anstellenden Verbundpartnern sei regelmäßig kein geeigneter Lösungsansatz. Die Schaffung einer wissenschafts-adäquaten Rechtsform könne zur Lösung jedenfalls eines Teils der von der Praxis ausgemachten Probleme beitragen.

Die sich dem Referat anschließende Erörterung behandelte zunächst praktische Schwierigkeiten und das Für und Wider einer eingangs zu treffenden Regelung zum Umgang mit *foreground IP* (dazu I.). Einen weiteren Schwerpunkt bildete die Position des Forschers im Kooperationsverhältnis (dazu II.).

Eberbach leitete die Diskussion mit der Feststellung ein, den Zeitraum der Forschungsarbeit präge die Fokussierung auf gemeinschaftlichen Wissensgewinn. Es schließe sich jedoch unmittelbar die Frage nach dem Umgang mit den gewonnenen Erkenntnissen, insbesondere ihrer Verteilung und Verwertung, an. Insoweit bedürfe es einer Ergänzung der bislang vordergründig behandelten Phase der gemeinsamen Schaffung von Wissen um eine Grundausrichtung zum Aspekt der Ergebnisverwendung.

I.

Der erste Diskussionsteilnehmer griff die im Referat angeklungene Vorstellung auf, der Umgang mit *foreground IP* (also den im Rahmen des Kooperationsprojekts entstehenden IP-Rechten) müsse – als „Merkposten“ – bei der Verhandlung des Kooperationsvertrags Berücksichtigung finden. Er fragte, welche konkreten inhaltlichen Regelungen damit gemeint seien. In der Praxis sei man bei Eingang der Kooperation nämlich regelmäßig bestrebt, die Regelungen

zur *foreground IP* möglichst allgemein zu halten und ihre genaue Klärung auf einen späteren Zeitpunkt zu verlagern. Hierfür würden tatsächliche wie rechtliche Erwägungen sprechen.

Zum einen könnten die Forschenden naturgemäß nicht absehen, über die Verwertung welcher Ergebnisse man sich zu einigen habe. Weiter seien die Forscher selbst zwar primäre Treiber der Kooperationsleistungen, ihr Interesse an den Ergebnissen sei jedoch in erster Linie publikationsbezogen. Verteilung und Verwertung derselben stehe bei Aufnahme der Kooperationsfähigkeit mithin nicht im Vordergrund. Die Finanzabteilungen außeruniversitärer Forschungseinrichtungen würden zum zweiten regelmäßig darauf drängen, Verwertungsregeln vom Kooperationsvertrag zu trennen und gesondert zu verhandeln. Drittens würde eine Regelung betreffend die Verwertung entstehender IP-Rechte im Kooperationsvertrag – jedenfalls bei Kooperationen mit gewissem Institutionalierungsgrad – eine Qualifizierung als Außen-GbR geradezu provozieren.

Ulrici rekurrierte in seiner Gegenrede auf das Idealbild einer Forschungskooperation, welches von der Vorstellung gekennzeichnet sei, dass die Forschungsarbeit gemeinsam geleistet werde, während die Verwertung der gewonnenen Ergebnisse getrennt erfolge. Dementsprechend sei sein im Referat erhobener Aufruf zur Regelung der IP-Rechte im Kooperationsvertrag nicht hinsichtlich ihrer Verwertung, sondern (nur) hinsichtlich ihrer Verteilung auf Verbundebene zu verstehen gewesen.

Für eine im Vorhinein getroffene Verteilungsregel spreche entscheidend die Gerechtigkeit der Chancen- und Risikoverteilung. Die Eingehung einer Forschungskooperation sei für alle Beteiligten risikobehaftet. Die durch die Erbringung der (gesellschafts-) vertraglich definierten Beiträge übernommenen Risiken gewährten jedem Kooperationspartner Anspruch auf Partizipation. Würden nun aber gleiche Risiken übernommen, so stünden den Partnern dem Grunde nach auch gleiche Partizipations- bzw. Fruchtziehungsrechte zu. Der insofern gebotene wirtschaftliche Ausgleich durch Verteilungsregeln könne sinnvollerweise nur im Vorhinein erfolgen, da sich die Verhandlungsstärke eines Kooperationspartners anderenfalls im Laufe der Zusammenarbeit zu Lasten des oder der anderen Verbundmitglieder verschieben könnte. Würde beispielsweise von

einem Kooperationspartner (sei es der Hochschulpartner oder eine außeruniversitäre Forschungseinrichtung) der Großteil des wissenschaftlichen Personals gestellt, so würde die von Gesetzes wegen (ArbNErfG) bestehende Rechtealokation bei diesem (Anstellungs-) Kooperationspartner zwangsläufig zu einer Verzerrung der Machtverhältnisse bei anschließenden Verteilungsverhandlungen auf Verbundebene führen und sich so auf die Sachgerechtigkeit und Fairness der zu treffenden Regelungen auswirken.

II.

Die folgende Wortmeldung lenkte die Diskussion auf die (gesellschaftsvertragliche) Stellung des Forschers in der wissenschaftlichen Kooperative. Interessant sei hier zum einen die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft des Forschenden und ob das Beschäftigungsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlich einzuordnen sei. Gerade im beamtenrechtlichen Beschäftigungsverhältnis sei eine privatautonome Zuordnung entstehender Rechte schwer zu erreichen.

Weiterhin meinte der Teilnehmer, die Rolle des Forschenden im Kooperationsvertrag müsse noch genauer erörtert werden. Dieser sei *in persona* in den Vertrag einzubeziehen, um im Laufe der Zusammenarbeit auftretende (Sach-) Probleme besser adressieren zu können, sowohl was die Rechte des Forschers gegenüber der Kooperation als auch das umgekehrte Verhältnis angehe. Beispielhaft wurde die gewissenseleitete Verweigerung eines Wissenschaftlers zur Fortführung der Forschungsarbeit genannt.

Die Antwort *Ulrici* konzentrierte sich auf den zuerst angesprochenen Aspekt. Auch er habe das Problem der gesetzlich determinierten Rechtezuordnung auf der Beschäftigungsebene erkannt. In der Praxis versuche man der insbesondere für Forschungsk Kooperationen als we-

nig sachgerecht empfundenen Regelung des § 42 ArbNErfG durch dreiseitige Vertragswerke beizukommen. Mittel der Wahl sei eine gesonderte vertragliche Bindung des Forschenden gegenüber den am Beschäftigungsverhältnis nicht beteiligten Verbundpartnern. Entsprechende Regelungen müssten – nach seinem Dafürhalten – jedoch regelmäßig nichtig sein, da sie darauf zielten, die Folgen des § 42 ArbNErfG abzumildern, wenn nicht gar abzubedingen. Dies ließe sich gestalterisch schlichtweg nicht erreichen, da die spezielle Regelung im ArbNErfG mit ihren (unliebsamen) Folgen gesetzgeberisch intendiert und zwingend sei.¹ Angesichts dessen müsse der Gesetzgeber davon überzeugt werden, jedenfalls (unter Beteiligung von Unternehmen) aus dem Anwendungsbereich des § 42 ArbNErfG zu nehmen. Dies wiederum sei potenziellen Wählern nur schwer vermittelbar und damit eine wenig erfolgversprechende politische Aufgabe, würde eine entsprechende gesetzgeberische Intervention konträr den § 42 ArbNErfG zugrundeliegenden Wertungen doch augenfällig den Interessen der Industriepartner dienen.

Letztlich bliebe somit nur der Weg über eine „Gesamtreform“ – also die bereits in anderem Kontext angesprochene Möglichkeit der umfänglichen Einpassung von Forschungsk Kooperationen in die vorgefundene Gesetzeslage (in Abgrenzung zu einem nur punktuellen Eingriff des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts) – oder aber derartige Friktionen seien als Ausdruck divergierender Wertungen hinzunehmen.

Lennart Göbel ist Doktorand am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg. Sein Dissertationsprojekt wird betreut von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff.

¹ vgl. dazu bereits *Ulrici*, *WissR* 48 (2015), 318, 322 hinsichtlich der teleologisch gebotenen Anwendung des § 22 ArbNErfG im Verhältnis des Erfinders zu mit dem Anstellungspartner kooperierenden Dritten.

Angela Kalous

*Vernetztes Arbeiten und Personalzuordnung**

Einführung

Der Erfolg von Universitäten im nationalen und internationalen Wettbewerb hängt in zunehmendem Maße auch vom Grad ihrer Vernetzung und der Qualität ihrer Zusammenarbeit mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen ab. Das Aufbrechen der als „Versäulung“ bezeichneten Spezialität des deutschen Wissenschaftssystems, der institutionellen Trennung von universitärer und außeruniversitärer Forschung, gehört daher zu den wichtigen wissenschaftspolitischen Zielen in Bund und Ländern. Dieses Ziel wird insbesondere mit dem Exzellenzwettbewerb verfolgt¹ und findet seinen Niederschlag als Verpflichtung der Universitäten zur Kooperation in den Hochschulgesetzen der Länder.² Auch für die Mitglieder von Hochschulleitungen sind die damit verbundenen Fragestellungen gerade in jüngster Zeit wieder von hoher Aktualität und Relevanz.³

Die unterschiedlichen Dimensionen der Vernetzungen im Wissenschaftssystem kann man je nach Blickwinkel kategorisieren in forschungsthemenbezogene Kooperationen, regionalbezogene Kooperationen und personenbezogene Kooperationen, wobei sich die Dimensionen in der Praxis regelmäßig überschneiden.⁴ Die Forschungsthematik steht z.B. bei den Helmholtz-Allianzen im Vordergrund, die als Verbünde Helmholtz-Zentren, Universitäten und außerhochschulische Einrichtungen zusammenführen. Als regionalbezogene Kooperationen kann man die Nationalen Leistungszentren der Fraunhofer-Gesellschaft betrachten, an denen Universitäten, außerhochschulische Forschungseinrichtungen und die Wirtschaft beteiligt sind. Entsprechendes gilt für Helmholtz-Institute auf dem Campus von Universitäten oder das Helmholtz-Exzellenznetzwerk, das sich Helmholtz als ein neues Förderinstrument für Cluster im Bereich der Exzellenzstrategie ausgedacht hat und das aus dem Impuls- und Vernetzungsfonds des Präsidenten gefördert wird.⁵ Bei der personenbezogenen Kooperation steht die enge personelle Verflechtung von Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen im Vorder-

grund, in der Regel auf der Ebene der wissenschaftlichen Führungskräfte wie der Professorinnen und Professoren. Im Vordergrund dieses Beitrags steht die personenbezogene Kooperation mit ihren spezifischen Herausforderungen insbesondere für die Universitäten.

Vernetztes Forschen am Beispiel der Universität Heidelberg

Die wichtigsten außeruniversitären Forschungseinrichtungen, mit denen die Universität Heidelberg längerfristige Partnerschaften unterhält, sind

- das Deutsche Krebsforschungszentrum in Heidelberg,
- das European Molecular Laboratory in Heidelberg (EMBL),
- die Gesellschaft für Schwerionenforschung in Darmstadt, ein Helmholtz-Institut,
- das Institut für Deutsche Sprache der Leibniz-Gemeinschaft in Mannheim,
- das Heidelberger Institut für Theoretische StudiengmbH,
- das Max-Planck-Institut für Astronomie in Heidelberg
- das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht auf dem Campus der Universität Heidelberg,
- das Max-Planck-Institut für Kernphysik in Heidelberg,
- das Max-Planck-Institut für Medizinische Forschung, ebenfalls auf dem Campus der Universität Heidelberg,
- das Zentralinstitut für Seelische Gesundheit in Mannheim und
- das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung der Leibniz-Gemeinschaft ebenfalls in Mannheim.⁶

* Wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Praxisberichts leisteten *Cornelia Stöcklein* und *Heike Dollmann*, Universität Heidelberg, denen an dieser Stelle herzlich gedankt sei.

1 Vgl. Positionspapier der DFG zur Zukunft des Wissenschaftssystems, Juli 2013, S. 3, http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/2013/130704_dfg-positionspapier_zukunft_wissenschaftssystem.pdf.

2 Z.B. § 6 Abs. 1 bwLHG.

3 Siehe z.B. Jahrestagung der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands mit dem Titel „Kooperation und Konkur-

renz: Universitäten und ihre Partner unter verschärften Wettbewerbsbedingungen?“ am 21. und 22. September 2017 in Potsdam.

4 Ebenso Pakt für Forschung und Innovation, Bericht der Helmholtz-Gemeinschaft 2017, S. 23 ff.

5 Fördervoraussetzung ist die Mitgliedschaft mindestens eines Helmholtz-Vertreters im Leitungsgremium des Clusters, was der Helmholtz-Gemeinschaft Einfluss auf dieses Fördersegment sichert.

6 Siehe auch http://www.uni-heidelberg.de/einrichtungen/ausser_uni.html

Alle Kooperationen haben eine ausführliche vertragliche Grundlage. Hierfür sind auf beiden Seiten professionelle, erfahrene Juristen und Vertragsmanager erforderlich.

Eine besondere Form der Zusammenarbeit stellt die Allianz zwischen dem Zentrum für Molekulare Biologie der Universität Heidelberg und dem Forschungsschwerpunkt „Zell- und Tumorbologie“ des Deutschen Krebsforschungszentrums dar. Über 400 Wissenschaftler aus Universität und Deutschem Krebsforschungszentrum arbeiten, unterstützt mit Mitteln aus der Exzellenzinitiative, eng zusammen. Im Fokus steht das Verständnis molekularer Prozesse und grundlegender Zellfunktionen. Mit gemeinsamen Forschungs- und Förderprogrammen, Leitungsgremien und Berufungen sowie der gemeinschaftlichen Nutzung der wissenschaftlichen Infrastruktur sollen Ressourcen besser genutzt und Plattformtechnologien optimal ausgelastet werden.

Die Kooperationen mit den außeruniversitären Forschungseinrichtungen unterstützen vor allem die vier Forschungsschwerpunkte der Universität Heidelberg, die sich in der Exzellenzinitiative als Teil des Zukunftskonzepts der Universität seit 2007 herausgebildet haben.⁷ Sie sind integraler Bestandteil der Forschungsstrategie der Universität: Das Field of Focus 1 „Molekular- und zellbiologische Grundlagen des Lebens“ stützt sich beispielsweise auf die Kooperationen mit dem Deutschen Krebsforschungszentrum, dem European Molecular Biology Laboratory und dem Max-Planck-Institut für Medizinische Forschung. Im Field of Focus 2 „Struktur und Musterbildung in der materiellen Welt“ kooperiert die Universität mit den Max Planck-Instituten für Astrophysik und für Kernphysik, dem Karlsruher Institut für Technologie und dem Helmholtzzentrum für Schwerionenforschung. Entsprechendes gilt für Field of Focus 3 „Kulturelle Dynamik in globalisierten Welten“ und Field of Focus 4 „Selbstregulation und Regulation: Individuen und Organisationen“.

Instrumente der personenbezogenen Kooperation

Die wesentlichen Instrumente der personenbezogenen Kooperation sind

- die gemeinsame Berufung,
- die Brückenprofessur,

- die außerplanmäßige oder Honorarprofessur,
- die Max Planck Fellowship sowie
- sonstige (z. B. Zuweisung bzw. Abordnung von Mitarbeitern des wissenschaftlichen Dienstes).

Der Begriff „Gemeinsame Berufung“ wird gebraucht, um die wichtigste Form der personenbezogenen Kooperation zu beschreiben: Ein Forscher bzw. eine Forscherin übernimmt eine Professur an einer Universität und gleichzeitig Forschungs- und Führungsaufgaben an einer außeruniversitären Einrichtung. Es geht also um eine gemeinsame Berufung in Leitungspositionen; nicht immer wird wirklich eine gemeinsame Berufung auf die Professur durch Einrichtung einer gemeinsamen Berufungskommission oder zweier gemeinsam tagender Berufungskommissionen durchgeführt.⁸ Manchmal finden die Auswahlverfahren nacheinander und nicht immer findet das eigentliche Auswahlverfahren zuerst an der Universität statt. Solche Berufungen können zu problematischen Diskussionen im Senat der Universität führen, wenn die Person quasi als „gesetzt“ gilt, was eben nicht bedeutet, dass die Universität die grundgesetzlichen und hochschulrechtlichen Vorgaben zur Bestenauslese außer Acht lassen kann.

Die Brückenprofessur ist eine besondere Form der personenbezogenen Kooperation, bei der der Forscher bzw. die Forscherin auf Dauer angelegte Aufgaben an der Universität und gleichzeitig an der Partnereinrichtung wahrnimmt, i.d.R. auch nach einer gemeinsamen Berufung.⁹

Außerplanmäßige¹⁰ oder Honorarprofessuren¹¹ sind meist die Form der personellen Zusammenarbeit mit den Max-Planck-Instituten. Hier gibt es kein dienstrechtliches, sondern nur ein hochschulrechtliches Band, das die Titelführung ermöglicht und zu zwei Semesterwochenstunden nicht vergüteter Lehre verpflichtet.

Darüber hinaus fördert die Max-Planck-Gesellschaft personenbezogene Kooperationen durch das Fellowship-Programm, mit dem herausragende Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen für die Dauer von fünf Jahren die Leitung einer Arbeitsgruppe an einem Max-Planck-Institut – neben der Wahrnehmung ihrer Professur – ermöglicht wird oder mit dem Hochschulprofessoren und -professorinnen nach ihrer Pensionierung an der Universität für die Dauer von drei Jahren ihre For-

7 Siehe <http://www.uni-heidelberg.de/studium/journal/2013/01/zukunft.html>.

8 So aber die Modellbeschreibung in „Gemeinsame Berufungen von leitenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern durch Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen“, Gemeinsame Wissenschaftskonferenz, Heft 37, Bonn 2014, S. 6.

9 An der Universität Heidelberg wird der Begriff teilweise auch zur Bezeichnung von Professuren gebraucht, die inneruniversitär Fakultäts- oder Einrichtungsgrenzen überwinden.

10 § 39 Abs. 4 bwLHG.

11 § 55 Abs. 1 bwLHG.

schungstätigkeit an einem Max-Planck-Institut fortsetzen können.

Als sonstige Instrumente der personenbezogenen Kooperation sind noch die Abordnung und die Zuweisung zu nennen. Eine Abordnung ist der vorübergehende Einsatz – ganz oder teilweise – eines Beamten oder Beschäftigten zu einer anderen Dienststelle desselben oder eines anderen Dienstherrn, wobei das Dienstverhältnis zur bisherigen Dienststelle und die Planstelle aufrechterhalten bleiben. Die Zuweisung ist im deutschen Recht der dauernde oder vorübergehende Einsatz eines Beamten oder eines Tarifbeschäftigten des öffentlichen Dienstes bei einem Arbeitgeber des privaten Rechts.

Für die personenbezogene Kooperation in Form der gemeinsamen Berufung existieren in der derzeitigen Praxis verschiedene Modelle:

- Beurlaubung (Jülicher Modell): Es erfolgt eine Berufung auf eine Professur an der Universität und gleichzeitig eine Beurlaubung im dienstlichen Interesse unter Fortfall der Bezüge. Die Forschungseinrichtung schließt einen privatrechtlichen Anstellungsvertrag, die Vergütung orientiert sich an der W-Besoldung; es wird eine meist nur geringe Lehr- und Prüfungsverpflichtung vereinbart.
- Erstattung (Berliner Modell): Der Forscher bzw. die Forscherin wird auf eine Professur an der Universität berufen und anschließend der außeruniversitären Forschungseinrichtung zugewiesen. Der Professor bzw. die Professorin hat alle akademischen Rechte und Pflichten. Die Forschungseinrichtung erstattet die Bezüge.
- Nebentätigkeit (Karlsruher Modell): Der Forscher bzw. die Forscherin wird auf eine Professur an die Hochschule berufen und nimmt eine Nebentätigkeit an der Forschungseinrichtung wahr. Die Vergütung der Nebentätigkeit erfolgt separat.
- Mitgliedschaftliche Stellung (Thüringer Modell): Der Forscher bzw. die Forscherin wird an der außeruniversitären Forschungseinrichtung angestellt und von der kooperierenden Universität gem. § 78 Abs. 8 ThürHG in die mitgliedschaftliche Stellung eines Hochschullehrers berufen. Damit verbunden ist das Recht, die Berufsbezeichnung „Universitätsprofessor“ zu führen. Im Unterschied zu allen ande-

ren Modellen erfolgt hier also keine Verbeamtung mit den damit verbunden Vorteilen. Dieses Modell steht auch in Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen zur Verfügung, nicht aber in den anderen Bundesländern.

Welches Modell angewendet wird, hängt vom Einzelfall und den Bedürfnissen der jeweiligen Kooperationspartner ab. An der Universität Heidelberg wird z.B. in der Kooperation mit dem Heidelberger Institut für Theoretische Studien das Berliner und das Karlsruher Modell genutzt, in der Kooperation mit dem Deutschen Krebsforschungszentrum das Jülicher und das Karlsruher Modell und in der Kooperation mit dem Zentralinstitut für Seelische Gesundheit, der Gesellschaft für Schwerionenforschung und dem Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung nur das Jülicher Modell.

Die Vereinbarung zwischen Bund und dem Land Baden-Württemberg aus dem Jahre 1983, die unter anderem die Berufung von Professoren an baden-württembergischen Landesuniversitäten gemeinsam mit dem Deutschen Krebsforschungszentrum regelt¹² – damals berief ja noch der Wissenschaftsminister die Professoren und das Ministerium führte die Gehaltsverhandlungen –, sieht übrigens das Jülicher Modell auch für Beamte der A-Besoldung vor (also Akademische Räte, d.h. Angehörige des sog. Mittelbaus).¹³ Von einer solchen Option, die ja an allen baden-württembergischen Universitätsstandorten möglich ist, wird, soweit erkennbar, kein Gebrauch gemacht. Daran sieht man: Die Gewinnung guter wissenschaftlicher Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen ist für die außeruniversitären Forschungseinrichtungen kein Problem. Was sie aber nicht können, ist, den Professorentitel verleihen, verbunden mit dem Recht, wissenschaftlichen Nachwuchs zu graduieren, also zu promovieren. Das ist also das wichtige Gut, das Universitäten in eine solche Kooperation hineingeben.

Bundesweit ist die Anzahl der gemeinsamen Berufungen in den letzten Jahren massiv angestiegen. Aus den Erhebungen der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz ergibt sich, dass sich die Zahl der Personen, die per gemeinsamer Berufung in einer entsprechenden Leitungsposition tätig sind, zwischen 2005 und 2015 nahezu verdoppelt hat.¹⁴ Im Jahr 2015 waren insgesamt 1.173 Professuren durch gemeinsame Berufungen mit einer Einrichtung der Forschungsorganisationen besetzt, das ent-

12 Vereinbarung zu § 5 der „Verwaltungsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Baden-Württemberg zur Förderung der Stiftung Deutsches Krebsforschungszentrum (DKFZ), Heidelberg, vom 28. September 1976“, März 1983.

13 Ebd. § 11.

14 Gemeinsame Wissenschaftskonferenz, Heft 47, Pakt für Forschung und Innovation, Monitoring Bericht, Bonn 2016, S. 43, Abb. 17.

spricht 3 % aller Professuren in Deutschland. Die Helmholtz-Gemeinschaft hat die meisten gemeinsamen Berufungen, 2015 insgesamt 609. Auch an der Universität Heidelberg gibt es einen enormen Zuwachs in den letzten Jahren, insbesondere in der Zusammenarbeit mit dem Deutschen Krebsforschungszentrum, und der Trend ist weiter steigend.

Herausforderungen

Jedes Modell der personenbezogenen Kooperation ist mit Herausforderungen und Problemen verbunden, die sich meist nachteilig für die Universitäten bzw. die Berufenen auswirken und bei letzteren häufig zu Unsicherheiten führen.

So wird z.B. im Jülicher Modell bei der Ernennung zum Professor oder zur Professorin für eine logische Sekunde ein Beamtenverhältnis begründet, das dann durch die Beurlaubung - im Normalfall bis zur Pensionierung - ruht. Zwischen Universität und Professor besteht in der aktiven Phase damit nur ein schmales rechtliches Band. Die außeruniversitäre Einrichtung führt mit dem Neuberufenen die Ausstattungs- und Gehaltsverhandlungen, wobei in der Praxis die rechtliche Konstruktion des Jülicher Modells häufig nicht ausreichend transparent gemacht wird. Die Betroffenen verstehen dann nicht, warum z.B. auch eine Berufsvereinbarung mit der Universität, z.B. zur Pension oder zu einem eventuellen Rückfall an die Universität, erforderlich ist.¹⁵ Geht der Professor in Pension, lebt für eine logische Sekunde das Beamtenverhältnis mit Ablauf der Beurlaubungsphase wieder auf. Dieses Konstrukt führt in der Praxis zu einer Reihe von Schwierigkeiten:

- Was das Risiko des Rückfalls des Professors an die Universität angeht, so besteht dieses in der Realität meist nicht von Anfang an. Mit zunehmender Dauer der Beurlaubung können jedoch Ereignisse eintreten, die zu Beginn der Kooperation noch nicht absehbar waren, z.B. eine Änderung der Strategie der Forschungseinrichtung oder persönliche Gründe auf Seiten der Forschungseinrichtung oder des Professors. Endet die Beschäftigung an der außeruniversitären Forschungseinrichtung vor der Pensionierung, dann lebt das Beamtenverhältnis an der Universität auf. Die Universität erhält in diesem Fall einen Professor „zurück“, ohne Stelle, ohne Ausstat-

tung und ohne Bedarf. Und selbst wenn die Kooperationsvereinbarung zwischen der Universität und der außeruniversitären Forschungseinrichtung eine Rückfallregelung enthält, so wahrt diese meist nicht die Interessen der Universität. Z.B. ist in der Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Baden-Württemberg aus dem Jahr 1983¹⁶ geregelt: „Wird die Beurlaubung oder die Zuweisung zur Dienstleistung aufgehoben, so stellt das DKFZ dem Professor auf Verlangen der Universität Arbeitsmöglichkeiten zur Verfügung, soweit und solange die Universität Heidelberg dazu nicht in der Lage ist. Die Universität wird das Erforderliche veranlassen, um die Wiedereingliederung und Rückgliederung in angemessener Frist zu erreichen.“ Eine solche Regelung bedeutet, dass sich die außeruniversitäre Forschungseinrichtung im Falle des vorzeitigen Endes einer solchen personenbezogenen Kooperation im Zweifel allen Verpflichtungen entziehen kann, obwohl die gemeinsame Berufung in erster Linie im Interesse der Forschungseinrichtung erfolgt und die Ereignisse, die zum Rückfall führen können, i.d.R. aus ihrer Risiko- und Verantwortungssphäre stammen.

Die Universität Heidelberg begegnet dieser Problematik durch eine zweigeteilte Berufsvereinbarung. Der erste Teil der Vereinbarung regelt nur die Beurlaubungsphase und enthält u.a. Bestimmungen zu Gehaltsfragen, wie z.B. Dynamisierung, Ruhegehaltfähigkeit, Zulagen, Befristung etc. Die insoweit zwischen dem Berufenen und der außeruniversitären Forschungseinrichtung ausgehandelten Konditionen werden der Universität zur Aufnahme in die Berufsvereinbarung mitgeteilt. Die Lehr- und Prüfungsverpflichtungen des Berufenen ergeben sich i.d.R. aus der Kooperationsvereinbarung von Universität und Forschungseinrichtung und werden ebenfalls in den ersten Teil der Berufsvereinbarung aufgenommen.

Der zweite Teil der Berufsvereinbarung regelt die Möglichkeit des Rückfalls: Vereinbart wird i.d.R. ein W₃-Grundgehalt, da das Hauptinteresse an der Berufung bei der außeruniversitären Forschungseinrichtung liegt und daher der Rückfall so unattraktiv wie möglich gestaltet werden soll. Das zuständige baden-württembergische Wissenschaftsministerium hatte diese Vorgehensweise zunächst beamtenrechtlich in Frage gestellt. 2014 hat

15 Kanzler bekommen dann ab und an lange Briefe mit vielen Fragen, zumal auch die Beratung durch den einschlägigen Berufsverband häufig zur weiteren Verunsicherung beiträgt.

16 Siehe oben Fn. 12.

17 Siehe oben Fn. 8, S. 23.

die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz im Rahmen ihrer Empfehlungen zu gemeinsamen Berufungen die Heidelberger Praxis jedoch bestätigt.¹⁷ Nicht geregelt wird die Ausstattung der Professur im Fall des Rückfalls. Hier gilt das verfassungsrechtliche Gebot einer Mindestausstattung, die dann im Fall des Rückfalls zu bestimmen ist.

- Weitere Probleme entstehen, wenn sich die außeruniversitäre Forschungseinrichtung bei der Gehaltsbemessung am Bundesrecht und nicht am Landesrecht orientiert. Die W₃-Grundgehaltssätze nach Bundesrecht und nach Landesrecht differieren: Im Bund gibt es drei Stufen, wobei Stufe 1 derzeit rd. 370 € niedriger und Stufe 3 rd. 400 € höher als das baden-württembergische W₃- Grundgehalt ist, das keine Stufen kennt. Da aber der von der außeruniversitären Forschungseinrichtung zu entrichtende Versorgungszuschlag und die spätere Pension des Berufenen sich (natürlich) nach Landesrecht richten, führt dies im Falle des höheren Gehaltssatzes nach Bundesrecht dazu, dass nur der niedrigere Grundgehaltssatz des Landes pensionswirksam wird. Dies wirkt sich zum Nachteil der Berufenen aus, die das häufig nicht wissen bzw. erst spät bemerken. Das Problem kann auch nicht dadurch gelöst werden, dass einfach die Leistungsbezüge zum Ausgleich des Differenzbetrages erhöht werden. Denn Leistungsbezüge können nur aufgrund besonderer Leistungen und nicht wegen differierender Besoldungsstrukturen gewährt werden. Im umgekehrten Fall zahlt die außeruniversitäre Forschungseinrichtung einen zu hohen Versorgungszuschlag an das Land.¹⁸
- Die unterschiedliche Dynamisierung der Gehälter nach Bundes- oder Landesrecht stellt eine weitere Hürde in diesem Problemkreis dar. Gleiches gilt für das Auseinanderfallen der Regelaltersgrenze im Bundes- bzw. Landesrecht. So gibt es in der Praxis die Situation, dass ein Professor die Altersgrenze nach Bundesrecht erreicht, nach Landesrecht aber noch nicht und dann für den verbleibenden Zeitraum an die Universität zurückfällt, mit all den damit verbundenen Problemen.
- Gemäß § 49 Abs. 3 bWLHG beträgt die Beurlaubungszeit in Baden-Württemberg max. 12 Jahre. Nach Ablauf der 12 Jahre kann die Beurlaubung zwar verlängert werden, aber die Universitäten sind

von der Beantragung durch den betroffenen Professor abhängig.

- Ein weiteres Problem ist der mangelnde Informationsfluss zwischen der Forschungseinrichtung bzw. dem beurlaubten Professor und der Universität während der Beurlaubungsphase. Die Universitäten benötigen Informationen von der außeruniversitären Forschungseinrichtung, falls es relevante Änderungen im Rahmen des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses mit dem gemeinsam berufenen Professor gibt. Dies wird jedoch häufig vergessen. So wird in der Praxis eine Kündigung bzw. der Antritt einer neuen Stelle durch den beurlaubten Professor oftmals nicht mitgeteilt. Sofern der Betroffene nicht anderswo in den öffentlichen Dienst eintritt,¹⁹ sondern z.B. in die Privatwirtschaft oder an eine ausländische Universität wechselt, läuft das baden-württembergische Beamtenverhältnis einfach weiter, ohne dass der ursprüngliche Beurlaubungsgrund weiterhin vorliegt.
- Auch die Informationen über Änderungen der Leistungszulagen, z.B. im Rahmen von Bleibeverhandlungen oder bei besonderen Leistungen gelangen häufig nicht zur Universität. Der Universität ist oft nicht bekannt, ob Bleibeverhandlungen oder andere Verhandlungen in der außeruniversitären Einrichtung stattfinden. Dies ist deshalb sehr problematisch, weil sich Zulagen normalerweise auf die Pension auswirken und der gemeinsam Berufene davon auch ausgeht. Eine Ruhegehaltsfähigkeit solcher von der außeruniversitären Forschungseinrichtung gewährten Gehaltserhöhungen setzt aber voraus, dass die Forschungseinrichtung auch den zusätzlichen Versorgungszuschlag an das Landesamt für Besoldung bezahlt. Und dieser wird nur dann in der richtigen Höhe gezahlt, wenn die Universität von der Gehaltserhöhung weiß und das Landesamt für Besoldung entsprechend informiert.

Auch das Berliner Modell, bei dem der Berufene der außeruniversitären Forschungseinrichtung zur Wahrnehmung von Forschungs- und Leitungsaufgaben zugewiesen wird, ist mit verschiedenen Problemen verbunden.

- Der gemeinsam berufene Professor hat die gleichen Lehr- und Prüfungsverpflichtungen und ist zur

¹⁸ Der Versorgungszuschlag ist für den Professor ein einkommensteuerpflichtiger Arbeitslohn. In gleicher Höhe handelt es sich allerdings auch um Werbungskosten.

¹⁹ In diesem Fall erlischt das Beamtenverhältnis zum Land Baden-Württemberg gem. § 22 BeamStG kraft Gesetzes.

Übernahme von Aufgaben in der akademischen Selbstverwaltung verpflichtet, womit neben den Aufgaben an der Forschungseinrichtung eine hohe zeitliche Belastung einhergeht.

- Werden auch an der Universität Forschungsaufgaben wahrgenommen, entstehen schwierige Fragen der Drittmittelzuordnung.
- Auch die Affiliation bei Publikationen bereitet in der Praxis stets Schwierigkeiten. Die Erfolge der deutschen Universitäten in internationalen Rankings stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Nennung der Universität bei Publikationen ihrer Wissenschaftler. Obwohl Berufene nach dem Berliner Modell der Universität angehören, wird in der Praxis die Nennung der Universität bei Publikationen häufig „vergessen“ - zum Schaden der Universität.
- Auch wenn es um Patente, Nutzungs- und Verwertungsrechte geht, können im Berliner Modell schwierige Konstellationen entstehen.
- Simple Beschaffungen führen in der Praxis ebenfalls zu Problemen, wenn nämlich die Frage auftaucht, welche Budgets zuerst eingesetzt werden, aus welchen Budgets die Anschaffungsmittel stammen, welcher Institution die beschafften Geräte gehören, welche Institution für die Betriebskosten aufkommt usw.²⁰
- Sogar der Zugang der universitären Arbeitsgruppe zur Forschungseinrichtung und zum dort vorhandenen Intranet bereitet in der praktischen Umsetzung solcher Kooperationen Schwierigkeiten.²¹
- Nach wie vor unklar ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Personalkostenerstattung im Berliner Modell eine Umsatzsteuerpflicht auslöst.

Schließlich ist auch das Karlsruher Modell, bei dem die Forschungs- und Leitungsaufgabe an der außeruniversitären Einrichtung im Wege der Nebentätigkeit wahrgenommen wird, mit diversen Fallstricken verbunden.

- Das Nebentätigkeitsrecht fordert eine strikte Trennung von Dienstaufgaben und Nebentätigkeit im Hinblick auf die Arbeitszeit, den Ort und die eingesetzten Ressourcen. Bei Licht besehen ist dies das Gegenteil dessen, was Forscher benötigen und was mit der Kooperation eigentlich erreicht werden soll.
- Für die Inanspruchnahme von Ressourcen im Rah-

men der Nebentätigkeit sind vom Professor Nutzungsentgelte zu entrichten.

- Der zulässige Umfang der Nebentätigkeit ist auf ein Fünftel der in der Arbeitszeit- und Urlaubsverordnung vorgeschriebenen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit begrenzt.
- Bezüglich der Rechte am geistigen Eigentum können wie beim Berliner Modell Probleme entstehen.

Im Ergebnis ist keines der Modelle optimal. Zwar gibt es beispielsweise an der Universität Heidelberg jeweils Kooperationsvereinbarungen zu gemeinsamen Berufungen bzw. Brückenprofessuren mit Regelungen insbesondere zum Berufungsmodell, zur Abwicklung eines möglichen Rückfalls, zu den Beiträgen beider Institutionen, zum gemeinsamen Außenauftritt, zu Publikationen und Affiliation, zur Einwerbung bzw. Verwaltung von Drittmitteln einschließlich der Verteilung von Overheads und zum geistigen Eigentum. Die Vertragsverhandlungen sind aber i.d.R. sehr zeitintensiv und die Rechtsabteilung der außeruniversitären Forschungseinrichtungen meist besser ausgestattet als die der Universitäten. Ein weiteres Problem: Papier ist geduldig. Die Kooperationsvereinbarungen sind häufig als Rahmenverträge ausgestaltet, die nach Abschluss in den Akten verschwinden. Im Einzelfall wird dann doch wieder anders verfahren. Zum Beispiel: Im Eckpunktepapier, das zwischen der Universität Heidelberg und dem DKFZ konsentiert wurde, werden das Berliner Modell und das Karlsruher Modell als Regelfälle benannt – gelebt wird aber hauptsächlich das Jülicher Modell und vereinzelt das Karlsruher Modell, auf das Berliner Modell wird in dieser Kooperation gar nicht zurückgegriffen.

Forderungen

Die beschriebenen Herausforderungen und ungelösten Fragen konterkarieren die politischen Ziele, die Bund und Länder zur Zusammenarbeit von Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen verfolgen. Komplizierte Bedienungsanleitungen, wie die der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz zu gemeinsamen Berufungen,²² die 37 eng bedruckte Seiten umfasst und eine gewisse Lust an der Bürokratisierung vermuten lässt, sind keine Lösung. Gesetzgeber, die Kooperationen rechtlich verordnen, aber kein geeignetes „rechtliches Kleid“ hierfür anbieten, haben ihre Hausaufgaben nicht gemacht. Die Rahmen-

20 Wissenschaftler beklagen: Inhaltlich sollen wir zusammenarbeiten, organisatorisch sollen wir jedoch alles getrennt halten.

21 Mitglieder von international besetzten Advisory Boards schütteln

hierüber den Kopf.

22 Siehe oben Fn. 8.

23 Siehe oben Fn. 1.

bedingungen für Kooperationen müssen geklärt und vereinfacht werden.

Eine HRK-EntschlieÙung aus dem Jahre 2013 bezeichnet die Hochschulen als die Organisationszentren des Wissenschaftssystems.²³ Viele Akteure in der Wissenschaft und im Wissenschaftsmanagement sind jedoch der Ansicht, dass der Wettbewerb zwischen Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen nicht gut für die Universitäten ausgeht. Unter anderem sei die Strategiefähigkeit der außeruniversitären Forschungseinrichtungen sehr viel besser als die der Universitäten. Richtig daran ist, dass z.B. bei allen Modellen der gemeinsamen Berufung das Interesse der außeruniversitären Forschungseinrichtung im Vordergrund steht. Die Besten bekommt man eben nur, wenn man den Professoren-Titel und das Recht vergeben kann, wissenschaftlichen Nachwuchs zu graduieren. Es kann aber keine Universitätsstrategie sein, die Besten an die außeruniversitären Forschungseinrichtungen zu schicken.

Neue Rahmenbedingungen für die Zusammenarbeit müssen daher einen angemessenen Interessenausgleich gewährleisten. Die Kooperation muss im Interesse der Uni-

versität so gestaltet werden, dass alles was in der Zusammenarbeit geschieht, zumindest auch auf die Marke der Universität einzahlt.²⁴ Und: Zu einem guten Ehevertrag, der einen angemessenen Interessenausgleich gewährleistet, gehört auch eine angemessene Scheidungsfolgenvereinbarung. Schließlich müssen die Herausforderungen wissenschaftsadäquat bewältigt werden. Wissenschaftler in Kooperationen dürfen keine Nachteile haben, sonst gewinnt man nicht die Besten. Wissenschaftler sind in der derzeitigen Situation aber nicht nur der Auffassung, dass das Recht die Wissenschaft behindert, sondern auch, dass die Universitätsverwaltung die Wissenschaft behindert. Wie aber schafft man bei einem Regelungswirrwarr und übermäßiger Bürokratie Vertrauen?

Angela Kalous ist Kanzlerin der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und war Leitende Ministerialrätin im Wissenschafts- und im Staatsministerium Baden-Württemberg.

24 „Die Universität darf nicht zum McDrive werden, wo man zur Berufung mal eben schnell vorbeifährt“, wie es der Kanzler eine großen deutschen Universität bei der Tagung der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands vom 21. und 22. September 2017 in Potsdam sehr treffend formuliert hat.

Pius O. Dolzer/Johannes Lappe

Podiumsdiskussion zum Thema: „Wissenschaftliche Kooperationsform: Ein Gesetzgebungsprojekt?“

Teilnehmer:

- Herr Prof. Dr. Wolfram Eberbach¹
- Frau Merit Grzeganeck²
- Herr Dr. Stefan Kaufmann³
- Herr Christian Zens⁴

Moderation durch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff.⁵

Gemeinsam mit den aufgeführten Teilnehmer diskutierte *Hommelhoff* über die Notwendigkeit einer Rechtsform für Wissenschaftskooperationen und ob eine dazu maßgeschneiderte Rechtsform dem Gesetzgeber als Projekt naheulegen sei.

Die Podiumsdiskussion wurde mit der grundlegenden Frage eröffnet, ob es einer neuen Rechtsform überhaupt bedürfe. Um dies zu beantworten lenkte *Zens* den Blick auf die Vielzahl der Fragen etwa im Urheberrecht, dem Arbeitsrecht und vielen weiteren Rechtsgebieten. Zwar könnten diese schon heute weitgehend beantwortet werden, ob es sich aber bei den heutigen Lösungen um die jeweils beste handeln würde, sei nicht gesagt. Vor allem im Umsatzsteuerrecht seien dahingehende Zweifel und deshalb Verbesserung angebracht.

Grzeganeck merkte vor dem Hintergrund ihrer praktischen Erfahrungen und der beinahe täglichen Auseinandersetzung mit Kooperationsverträgen an, ein Mustervertrag oder Baukasten hätte für einen schnellen und reibungslosen Ablauf seinen Reiz. Doch zeigte sie sich zugleich davon überzeugt, dass jedenfalls für kleinere Kooperationen von bis zu zehn, in Ausnahmefällen auch bis zu 15 Personen, eine eigene Rechtsform nicht notwendig sei. Für diese sei der zu erwartende Gründungsaufwand abschreckend. Forscher wollten sich keinesfalls mit rechtlichen Fragen beschäftigen, sondern ihre eigentliche Forschungsarbeit vorantreiben und würden dies zur Not auf Basis mündlicher Verträge tun. Anderes gelte aber für große Kooperationen. Bei diesen mache eine neue Rechtsform Sinn. Auch seien Musterverträge und Baukastensysteme sehr hilfreich, würden sich doch oftmals dieselben Fragen stellen.

Hommelhoff lenkte die Diskussion sodann auf die Perspektive der Forscher selbst und interessierte sich für deren Reaktionen auf ein etwaiges Gesetzgebungsprojekt für Wissenschaftskooperationen. Dazu schilderte *Eberbach* seinen Eindruck, den er aus zahlreichen Gesprächen mit Vertretern sowohl der Industrie, als auch verschiedener Hochschulen gewonnen habe. Demnach sei die Idee umfassend auf Interesse gestoßen. Nach seiner Auffassung sei insbesondere der aktuell hohe Zeitverlust für Gründungsverfahren, Vertragsverhandlung und -gestaltung sowie zur rechtlichen Klärung schwieriger Abgrenzungsfragen (Außen- / Innen-GbR) für die Beteiligten nervenzehrend. Angesichts der langen Prozesse und des hohen Personal- und Kostenaufwands würden viele Forscher „Lust und Laune“ verlieren. Dass es insbesondere rechtliche Probleme gebe, zeige aber vor allem eine Auswertung mehrerer Kooperationsverträge. Diese seien zu kompliziert in der Gestaltung und in Teilen mit erheblichen Rechtsunsicherheiten und Haftungsrisiken belastet.

Mit der Frage, ob es seiner Erfahrung nach auch auf europäischer Ebene insbesondere Ländergrenzen überschreitende Kooperationen geben würde, wandte sich *Hommelhoff* an *Kaufmann*, doch musste dieser die Frage mit Blick auf seine eigenen, einige Zeit zurückliegenden Erfahrungen auf europäischer Ebene verneinen.

Hommelhoff setzte sodann zur Erörterung an, ob die Praxis zwischen den Bereichen, in denen sie durch schuldvertragliche Gestaltung gut zurecht käme und jenen, bei der man die Hilfe des Gesellschaftsrechts benötige, trennen könne. *Zens* ließ hierfür seine Erfahrungen als Kanzler zweier unterschiedlicher Universitäten Revue passieren. Während eine große Universität für gewöhnlich einen entsprechenden Apparat zur Verfügung hätte, um sich mit derartigen Fragen zu beschäftigen, wäre dies bei kleineren Universitäten seltener der Fall. Gleichwohl zweifelten auch große Universitäten, ob sämtliche Wissenschaftler und Forscher überhaupt den Weg über die jeweiligen Rechtsabteilungen wählen würden (Problematik der Binnenkommunikation). Es sei

1 Ministerialdirigent a.D., Rechtsanwalt in Erfurt und Berlin, Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

2 Corporate Counsel, Technology Transfer & Legal Affairs, Helmholtz Zentrum Dresden-Rossendorf e.V.

3 MdB, Mitglied der CDU im Bundestagsausschuss für Bildung und

Forschung.

4 Kanzler der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

5 Em. Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung; ehem. Rektor der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

häufig zu beobachten, dass eine Idee, die unter den Forschern am abendlichen Stammtisch geboren und mit einem lockeren „Das machen wir!“ beschlossen wurde, am nächsten Tag nicht den unmittelbaren Weg zur Universitätsverwaltung finden würde. Hier wäre eine Blaupause einer Kooperation hilfreich, die man erfolgreicher kommunizieren könne. *Grzegonek* stimmte zu. Die Kommunikation zwischen den Forschern und der Verwaltung müsse gestärkt werden. Dies gelte insbesondere für Verbundprojekte. Denn es müssten die mit einem bereits im Vertragsentwurf stehenden Projektnamen verbundenen rechtlichen Folgen und Risiken für alle Beteiligten klar sein. Der Außenauftritt sei häufig eine große Herausforderung. Zwar könne dies gerade bei außeruniversitären Forschungseinrichtungen den einzelnen Zentren zugeordnet werden. Dies dauere aber bei internationalen Kooperationen zu lange.

Das Stichwort der Zuordnung aufgreifend ging *Hommelhoff* zu der brisanten Fragestellung über, wie das Interesse der Träger an der Beteiligung der Kooperation selbst zu gewichten sei, insbesondere wie wichtig diesen ihre eigene Sichtbarkeit als Träger der Kooperation im Verhältnis zu Dritten sei. *Zens* maß dem Aspekt der Sichtbarkeit große Bedeutung zu. Dies gelte schon allein mit Blick auf allgegenwärtige Rankings. Diese kämen nicht von ungefähr zustande, eine wissenschaftlich herausragende Leistung genüge oftmals nicht, das „Trommeln und Werben“ gehöre gleichermaßen zum Handwerk dazu. *Grzegonek* betonte die Bedeutung der Sichtbarkeit auch für die Forscher selbst. Sie berichtete von durchaus enttäuschenden und ärgerlichen Erlebnissen, etwa wenn ein Radiobericht über das Forschungsprojekt berichte und dabei allein einen der Träger erwähne, die Forscher selbst als die eigentlichen Macher aber unerwähnt blieben. *Eberbach* brachte hierfür Verständnis auf, wollte sich aber weniger auf Eitelkeiten, als vielmehr auf mit der Frage der Sichtbarkeit eng verbundene finanzielle Folgen zu sprechen kommen. Die Sichtbarkeit der Träger und eine genaue Zuschreibung seien unerlässlich, da (auch durch Rankingerfolge) eingeworbene Mittel nur so an der richtigen Stelle ankommen könnten.

Die Finanzfrage nahm *Hommelhoff* für eine Rückfrage an *Kaufmann* zum Anlass. So wäre interessant zu erfahren, wie die Politik das häufig zu beobachtende Ungleichgewicht finanzieller Ausstattung, etwa im Vergleich zwischen außeruniversitären Forschungseinrichtungen und den Universitäten, wahrnehme. Inwieweit sei die Sichtbarkeit der Träger und ihrer Erfolge auch für die Einwerbung finanzieller Mittel zwischen den Ressorts von Bedeutung? Sichtbarkeit, so *Kaufmann*, sei

freilich immer sehr wichtig. Nur sichtbare Projekte könnten erfolgsversprechend Mittel generieren. Man habe allerdings den Etat für Forschung in Form von finanziellen Mittel verdoppelt. Auch legte er Wert darauf zu sagen, dass institutionelle Forschungsförderung stark ausgebaut werde. Fraunhofer, DKFZ, Helmholtz, KIT, Max-Planck und weitere seien für die Politik ein wichtiges Thema. Kooperationen seien anzustreben, insbesondere um die Universitäten bei der Forschungsförderung mitzunehmen. Zu diesen Fragen habe es auch schon eine Fachtagung gegeben.

Mit Blick auf eine zu schaffende Rechtsform warf *Kaufmann* die grundlegende Frage nach dem Handlungsbedarf auf. Es müsse geklärt werden, ob eine kooperationspezifische Rechtsform als „must have“ oder nur als „nice to have“ zu bewerten sei. Um diese Frage zu klären, sagte er aber zu, es solle im Positionspapier der CDU/CSU für die anstehenden Koalitionsverhandlungen ein entsprechender Prüfauftrag aufgenommen werden. Die Thematik käme damit in die anstehenden Koalitionsverhandlungen. Hier würde man sicher auch auf die Erfahrungen dieses Symposiums und seiner Beteiligten zurückgreifen wollen. Als studierter Gesellschaftsrechtler könne er das Anliegen nach einer neuen Rechtsform gut nachvollziehen. Es mache durchaus Sinn über ein Baukastenmodell nachzudenken, insbesondere wenn man sich vor Augen führe, dass die bestehenden Gesellschaftsformen nur beschränkt passgenau, jedenfalls aber nicht optimal seien.

Hommelhoff hakte daran anschließend und mit Blick auf die Förderung der Universitäten über die Länder nach, wollte wissen, wie künftig besser geprüft und gegebenenfalls nachgesteuert werden könnte, um sicherzugehen, dass Mittel, die zur Förderung der Universitäten bestimmt seien, tatsächlich auch bei den Universitäten an- und nicht auf anderen Wegen abhanden kommen. *Kaufmann* ging auf die Problematik der Umfinanzierung des BAföG nunmehr durch den Bund ein. Hier hätten sich die Länder zu einer weitergehenden Finanzierung nicht in der Lage gesehen, während dies e durch den Bund anders beurteilt und schließlich übernommen wurde. Dann aber wäre es in der Umsetzung zu Problemen gekommen. Man habe schlicht verpasst, harte Kriterien für die Mittelverwendung zu formulieren, sodass die Länder ihr nun freigewordenes Geld eben nicht für die Universitäten zu verwenden hätten. Der Bund müsse hieraus lernen. Allerdings sei im Grundsatz zu beachten, dass das föderale System eingehalten werde. Bildung sei Sache der Länder und mithin seien primär diese in der Pflicht, seien aber auch in der Nutzung ihrer jeweiligen Haushalte frei.

Hommelhoff griff das Stichwort Haushalt auf. Haushaltsrechtlich, dies habe das Symposium gezeigt, sei eine Haftungsbeschränkung für Kooperationsgesellschaften zwingend. Auf die Rechtsform runtergebrochen stelle sich damit eine grundsätzliche Frage: sollte eine Kooperationsrechtsform ausgehend von einer Personengesellschaft oder von einer Kapitalgesellschaft, insbesondere einer GmbH, konstruiert werden? *Eberbach* betonte, dass dies eine schwierige Frage sei, weil man sich mit der Festlegung auf einen dogmatischen Ausgangspunkt wohlmöglich über Gebühr festlege. Entscheidend sei, dass es eine rechtssichere Möglichkeit zur Haftungsbegrenzung gebe. Denn Haftung bedrohe Initiative und Innovation. Es sei während des Symposiums auch über eine „Versicherungslösung“ zur Haftungsbeschränkung gleich der Partnerschaftsgesellschaft gesprochen worden. Diese sei durchaus denkbar. Im Ergebnis sei aber irrelevant, wie nun genau eine Haftungsbeschränkung konstruiert sei. Sie müsse jedenfalls möglichst bald zur Verfügung gestellt werden. *Zens* pflichtete dem bei. Man dürfe bei der Haftungsdebatte jedoch die handelnden Personen nicht aus dem Blick verlieren, die schließlich auch mit Haftung bedroht seien. Für die öffentliche Hand sei der Abschluss von D&O-Versicherungen schwierig. *Hommelhoff's* Anmerkung zum Haftungsschutz für Handelnde erfuhr Zustimmung. *Grzeganeck* merkte an, verfolge man eine Versicherungslösung, müsse man auch sicherstellen, dass es eine solche Versicherung finanzierbar auf dem Markt gebe. Ihr scheine daher eine Haftungsbegrenzung aufgrund öffentlicher Deckungszusage, wie man es beispielsweise im Strahlenschutzrecht kenne, praktikabler zu sein.

Mit Blick auf die handelnden Personen stünde auch die Haftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG im Raum, ergänzte *Hommelhoff*. Doch bleibe unbesehen der Frage nach der Haftung der Handelnden die Frage zu beantworten, ob man sich einer neuen Rechtsform eher von Seiten der GmbH oder von personengesellschaftsrechtlicher Grundlage nähern wolle. Ihm scheine, anknüpfend an den Vortrag von *Geibel*, eine „durchleuchtete Plattform-GmbH“ mit geringerem Aufwand verbunden zu sein. Mit der GmbH hätte man eine breit genutzte und beherrschbare Grundlage, die um ein schmales Additiv für die Zwecke der Wissenschaft ergänzt werden könne. Dies entspreche dem Vorgehen des Gesetzgebers bei der UG.

An *Kaufmann* gewandt, leitete *Hommelhoff* über, man habe im Rahmen des Symposiums auch einen inte-

ressanten Beitrag zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen gehört und diskutiert. Im Zuge dessen habe sich der aus der Praxis gewonnene Eindruck bestätigt, dass sich gerade das europäische Wettbewerbsrecht in Gestalt des Kartell- und Beihilferechts als Hemmschuh für Grundlagen- und anwendungsbezogene Forschung erweise. Müsse es daher, so *Hommelhoff*, nicht auch politisches Ziel sein, diese Hemmnisse abzubauen, indem man den Blick weg von der Regulierung wissenschaftlicher Zusammenarbeit durch Regeln des wirtschaftlichen Wettbewerbs hin zu struktureller Wissenschaftsförderung lenke? *Kaufmann* entgegnete darauf, dass er über hemmend wirkende Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts im Einzelnen ad hoc keine Aussage treffen könne. Er kenne aber gerade im Zusammenhang mit dem europäischen Forschungsförderungsprogramm horizon2020 genug Anträge aus dem Bundestag, die größten Wert darauf gelegt hätten, dass die Förderung im Rahmen dieses Programms auch mit anderen Rechtsbereichen abgestimmt werde. In seiner eigenen Arbeit zu horizon2020 sei zudem darauf gedrängt worden, Verbundprojekte und Exzellenzförderung vom Gedanken wirtschaftlichen Wettbewerbs zu lösen. Gleichwohl tendiere die Kommission dazu, Wissenschaftspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik zu begreifen. Hiergegen habe er und auch Deutschland als EU-Mitglied sich im Verbund mit anderen europäischen Partnern immer gewehrt. Einer dieser Partner sei das Vereinigte Königreich gewesen, welches in dieser unterstützenden Rolle womöglich mit dem Brexit verloren gehe.

Anschließend an die so geführte Diskussion wurde dem Publikum die Möglichkeit für Beiträge und Anmerkungen gegeben. Dabei wurde zuerst nachgefragt, ob eine neue Rechtsform wirklich notwendig sei oder ob man nicht einfacher im jeweiligen anwendbaren Sachrecht prüfen könne, ob dieses wissenschaftsadäquat ausgestaltet sei und, sollte dies nicht der Fall sein, eben dort entsprechende Änderungen vorgenommen werden sollten.

Kaufmann betonte, dass dieses Vorgehen natürlich eine Alternative darstelle. Es müsse dann aber geprüft werden, wer für die jeweiligen Änderungen zuständig sei, was den Reformprozess verkomplizieren könne. Auch mache es den Prüfauftrag deutlich umfangreicher. Trotzdem könne eine solche Vorgehensweise im Prüfauftrag Berücksichtigung finden.

Darauf wurde eingeworfen, die Politik müsse hier doch motiviert sein, Forschung sei doch politisch sehr gewollt. *Kaufmann* stimmte dem zu.

Ein weiterer Zuhörer interessierte sich sodann für die genaue Ausgestaltung eines Prüfauftrags, was dieser genau bedeute und welche Konsequenzen mit ihm verbunden seien.

Kaufmann antwortete hierauf, dass ein Prüfauftrag kein starr vorgegebenes Verfahren auslöse. Vielmehr würde im Koalitionsvertrag festgelegt, dass der Frage, ob es einer eigenen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen bedürfe, im Rahmen der Regierungstätigkeit nachgegangen werden solle. Üblicherweise würden dem sodann die zuständigen Ausschüsse oder Ministerien nachgehen. Es fänden zudem Fachgespräche mit den beteiligten Kreisen statt, zu denen sicherlich auch Teilnehmer dieses Symposiums eingeladen werden könnten, um schon vorhandene, wissenschaftliche Expertise hinzuzuziehen. Am Ende stünde dann die Frage, welches Ressort federführend für die Erarbeitung eines Gesetzentwurfs sein soll, sollte man die Notwendigkeit einer eigenen Rechtsform bejahen. Insgesamt können man aber sicher

sein, dass die im und rund um das Symposium geleistete Arbeit im Rahmen etwa eines Fachgesprächs Berücksichtigung finden würde.

Hommelhoff ergänzte, dass eine Begleitung durch die Wissenschaft geboten sei. Schließlich gehe es um diese. Hierfür wäre auch ein entsprechender Etat seitens der Politik wünschenswert.

Kaufmann zeigte sich gegenüber diesem Wunsch nach einem Etat für die weitere Begleitung des Projekts durch die Wissenschaft aufgeschlossen, mahnte aber mit Blick auf die anlaufenden Koalitionsverhandlungen breite Überzeugungsarbeit an.

Pius O. Dolzer ist wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und promoviert im Bereich des Gesellschaftsrechts.

Johannes Lappe ist wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.