

# Max-Emanuel Geis

## *Forschungskooperationen: Öffentliches oder Zivilrecht? – Positionsbestimmungen und Regelungszuständigkeiten –<sup>1</sup>*

### 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. „Trennungmodell“).<sup>2</sup> 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)<sup>3</sup>, 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.<sup>4</sup> 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 Wissenschaftsorganisationen<sup>5</sup>, jedoch auch die sog. Ressortforschungseinrichtungen des Bundes und der Länder.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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 Hochschulbereich<sup>8</sup> 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“<sup>9</sup> - Fassung des Art. 91b GG) durch das Wissenschaftsfreiheitsgesetz vom 2.12.2012<sup>10</sup> 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-Cluster<sup>11</sup> 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. „Trennungsmodell“)<sup>12</sup>
- 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“<sup>13</sup>). 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“)<sup>14</sup>, 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 auf<sup>15</sup>, 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 Haftung<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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 hatte<sup>18</sup> (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 thematisiert<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

## 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.<sup>21</sup> 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 Kommunalrecht<sup>22</sup>; 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).<sup>23</sup> 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 Landesrecht<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

Auch bei einer Anstalts- oder Stiftungslösung tauchen diese Probleme vice versa auf. Damit sind öffentliche Rechtsformen für eine Kooperation eher untauglich,<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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 geregelt<sup>29</sup>; 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.<sup>30</sup> 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](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.<sup>31</sup> Bis heute klafft hier ein nur unzureichend behandeltes dogmatisches Loch.<sup>32</sup>

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“<sup>33</sup> – 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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

Ein zusätzlicher Vorteil ist, dass Forschungsk Kooperationen zugleich nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 AO die Voraussetzungen einer gemeinnützigen GmbH („gGmbH“)<sup>37</sup> erfüllt, was zum Entfall der Körperschafts-, Gewerbe- und gegebenenfalls auch der Umsatzsteuer führt<sup>38</sup> und zur Ausstellung von Zuwendungsbestätigungen für Spenden berechtigt.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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 Berufshaftpflicht versichern. Dies erscheint allerdings eher unrealistisch: Zwar sind bestimmte Forschungsdisziplinen durchaus „gefahr geneigt“ (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.<sup>42</sup> 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-

p flichtversicherung 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. Ziel führender 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.

