

Florian Möslein

*Privatrechtliche Regelungsfragen 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 verpflichtet 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; *Rofsnagel*, 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 Vorstandsmitglieder 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 <https://www.fraunhofer.de/de/institute/kooperationen/leistungs->

zentren.html; näher *Hiermaier*, in: Neugebauer (Hrsg.), Ressourceneffizienz, 2017, S. 23, 24-26.

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 Entrepreneurship 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.

