

Stefan J. Geibel

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

ÜBERSICHT

I. Einführung

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

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

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

IV. Überblick über die Zurechnungsprobleme für die Kooperationspartner

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

V. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

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

VI. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

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

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

1. Teilweise unüberwindliche Schwierigkeiten für die Rechtsgestaltung

2. Schlussfolgerungen für mögliche Zielformate *de lege ferenda*

I. Einführung

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

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

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

1. Forschungs- und Entwicklungsverträge

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

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

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

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

2. Öffentlich-rechtliche Verträge

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

3. Treuhandstiftungen

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

4. Bewusst gewählte Verbandsformen

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

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

5. Andere Rechtsformen

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

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

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

4 Siehe näher unter III.

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

6 Als Beispiel kann die nichtrechtsfähige Stiftung öffentlichen Rechts

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

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

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

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

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

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

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

6. Folgerungen für die Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung

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

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

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

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

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

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

¹² Siehe dazu näher unter IV. und V.

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

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

IV. Überblick über die Zurechnungsprobleme für die Kooperationspartner

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

1. Grenzen der Beteiligung öffentlich-rechtlicher Kooperationspartner

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

2. Grenzen durch das Beihilfeverbot für öffentlich finanzierte Kooperationspartner

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Grenzen durch das Kartellverbot für in Wettbewerb stehende Kooperationspartner

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Grenzen für den Steuervergünstigungsstatus der Kooperationspartner

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Umsatzsteuerrechtliche Folgen einer Rechtsfähigkeit der Kooperationspartner

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

V. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

1. Etwaige Arbeitgeberbereitschaft der Kooperation und etwaige Arbeitnehmerüberlassung an sie

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

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

2. Zuordnung von geistigen Eigentumsrechten

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

3. Möglichkeit zu Organverfassung und zu Kooperationen unter gemeinsamer Leitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Steuerrechtliche Zuordnungsprobleme auf der Kooperationsebene

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

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

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

1. Teilweise unüberwindliche Schwierigkeiten für die Rechtsgestaltung

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

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

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

2. Schlussfolgerungen für mögliche Zielformate *de lege ferenda*

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

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

41 Siehe oben IV.5.

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

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

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

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

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

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

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

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

