

**Umstrukturierung von Stiftungen im Gesundheitswesen  
Rechtsfragen bei der Ausgliederung  
von Krankenhaus- und Pflegeheimbetrieben**

von Rechtsanwältin Katrin Witte

Prof. Dr. Hans-Gert Vogel

ARBEITSPAPIER DER IUBH DUALES STUDIUM

Katrin Witte, Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft, Berlin  
Prof. Dr. Hans-Gert Vogel

**Umstrukturierung von Stiftungen im Gesundheitswesen –  
Rechtsfragen bei der Ausgliederung von Krankenhaus- und  
Pflegeheimbetrieben**

**IUBH Duales Studium**

Arbeitspapier Nr. 4

12/2010

## **Umstrukturierung von Stiftungen im Gesundheitswesen – Rechtsfragen bei der Ausgliederung von Krankenhaus- und Pflegeheimbetrieben**

### I. Einleitung

Gemeinnützige, im Gesundheitswesen tätige Körperschaften sehen sich vermehrt mit der Notwendigkeit betriebswirtschaftlicher Effizienzsteigerung konfrontiert. Krankenhäuser und Pflegeheime werden vielfach traditionell von (kirchlichen) Stiftungen betrieben. Veränderungen im Gesundheitswesen erfordern jedoch die Fortentwicklung der bestehenden Strukturen dieser Stiftungen hin zu einer marktgerechteren Organisation der Leistungserbringung. Damit stellt sich automatisch die Frage nach der Auslagerung der operativen Krankenhaus- und/oder Pflegeheimbetriebe aus der Stiftung und der Übertragung dieser Betriebe auf eine oder mehrere rechtlich selbstständige Einheit/en in einer hierfür geeigneten Rechtsform. Ein Instrument zur Optimierung der Organisationsstruktur einer (gemeinnützigen) rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts ist die Ausgliederung des von ihr betriebenen Krankenhauses und/oder Pflegeheimes oder von Teilen hiervon aus dem Vermögen der Stiftung auf eine (gemeinnützige) Handelsgesellschaft gemäß den §§ 161 ff. des Umwandlungsgesetzes (UmwG). Die §§ 161 ff. UmwG sollen unternehmenstragenden Stiftungen die Möglichkeit eröffnen, von ihnen geführte Betriebe in einer dem modernen Wirtschaftsleben angepassten Rechtsform einer Handelsgesellschaft zu führen.<sup>1</sup> Von diesem rechtlichen Instrumentarium wird zunehmend Gebrauch gemacht. Hinderlich wirkt sich dabei allerdings verschiedentlich aus, dass nicht alle praktischen Fragen in diesem Zusammenhang hinreichend geklärt sind. Genannt seien etwa das Erfordernis der – vielfach fehlenden – Eintragung der Stiftung im Handelsregister als Voraussetzung der Ausgliederung oder spezifisch stiftungsrechtliche Grenzen aus dem Prinzip der dauerhaften Vermögensbindung.

In der Literatur zum UmwG wird die Ausgliederung aus dem Vermögen rechtsfähiger Stiftungen bislang kaum behandelt. Einer der führenden Kommentare zum UmwG spart die einschlägigen Vorschriften sogar komplett aus.<sup>2</sup> Dies wird der aktuellen Relevanz der §§ 161 ff. UmwG nicht gerecht. In diesem Beitrag werden deshalb zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausgliederung aus dem Vermögen rechtsfähiger Stiftungen dargestellt (II.). Anschließend werden praxisrelevante Einzelfragen bei der Ausgliederung

---

<sup>1</sup> So die Regierungsbegründung zum UmwG 1994, abgedruckt bei *Ganske*, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2000, S. 167. Vgl. auch *Rieger*, in: Widmann/Mayer (Hrsg.), Umwandlungsrecht, Loseblatt, Stand: Juni 2010, § 161 UmwG, Rz. 17. Nach dem Gesetzeswortlaut ist der Anwendungsbereich der §§ 161 ff. UmwG beschränkt auf die sog. Unternehmensträgerstiftung. Dazu *Rawert*, in: Lutter/Winter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2009, § 161, Rz. 1 und 23; *Stengel*, in: Semler/Stengel (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2007, § 161, Rz. 2 und 6. Kritisch *Raupach/Böckstiegel*, "Umwandlungen" bei der Rechtsformwahl gemeinnütziger Organisationen, in: Festschrift für Widmann, 2000, S. 459 (485 f.).

<sup>2</sup> Kallmeyer (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2010.

eines Krankenhaus- und/oder Pflegeheimbetriebs aus dem Vermögen einer gemeinnützigen (oftmals kirchlichen) Stiftung erörtert (III.).

## II. Umwandlungsrechtliche Rahmenbedingungen

### 1. Ausgliederungsarten

§ 161 UmwG ermöglicht einer rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts, von ihr betriebene Unternehmen ganz oder teilweise im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge<sup>3</sup> auf eine oder mehrere bestehende Personenhandels- oder Kapitalgesellschaften (sog. Ausgliederung zur Aufnahme) oder auf eine oder mehrere von ihr dadurch neu gegründete Kapitalgesellschaften (sog. Ausgliederung zur Neugründung) zu übertragen. Als Gegenleistung erhält die Stiftung bei der Ausgliederung zur Neugründung sämtliche Anteile oder Mitgliedschaften des neu errichteten Rechtsträgers und bei der Ausgliederung zur Aufnahme Anteile oder Mitgliedschaften des aufnehmenden Rechtsträgers entsprechend dem Wert der von ihr auf diesen übertragenen Vermögensgegenstände. In beiden Fällen werden die jeweiligen Aufgaben nicht mehr von der Stiftung selbst fortgeführt, sondern von dem übernehmenden Tochter- oder Beteiligungsunternehmen. Die Einflussnahme der ausgliedernden Stiftung auf die künftige Aufgabenwahrnehmung bleibt bei der Ausgliederung zur Neugründung grundsätzlich unverändert. Dies gilt jedenfalls vorbehaltlich der für den übernehmenden Rechtsträger geltenden Regeln, etwa dem Grundsatz der Weisungsfreiheit des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (§ 76 Abs. 1 AktG). Bei der Ausgliederung zur Aufnahme hängt sie dagegen davon ab, ob an dem übernehmenden Rechtsträger neben der Stiftung weitere Gesellschafter beteiligt sind. In diesem Fall kommt es zu einer Konfliktlage mit dem Grundsatz der dauerhaften Vermögensbindung. Im Einzelfall kann die Beteiligungshöhe der Stiftung ausschlaggebend sein.

### 2. Ausgliederung als Unterfall der Spaltung

Die Ausgliederung ist gemäß § 123 Abs. 3 UmwG ein Unterfall der Spaltung. Auf die Ausgliederung finden daher grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften über die Spaltung (§§ 123 bis 137 UmwG) Anwendung, wobei § 125 S. 1 UmwG mit den dort vorgesehenen Ausnahmen wiederum auf die Vorschriften über die Verschmelzung (§§ 2 bis 122 UmwG) verweist. Handelt es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger um eine GmbH oder Aktiengesellschaft, sind zusätzlich die Regelungen der §§ 138 bis 140 UmwG bzw. der §§ 141 bis 146 UmwG anzuwenden.

Im Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften für die Spaltung beinhalten die §§ 161 ff. UmwG jedoch eine Einschränkung insofern, als für rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts von den drei in § 123 Abs. 1 bis 3 UmwG genannten Arten der Spal-

---

<sup>3</sup> Vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG.

tung, nämlich Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung, nur die letzte in Betracht kommt.<sup>4</sup> Die Aufspaltung und die Abspaltung scheiden aus, weil Stiftungen keine Anteilsinhaber haben, denen Anteile oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger gewährt werden könnten (§ 123 Abs. 1 und 2 UmwG). Insofern ist die Beschränkung der Stiftung auf die Ausgliederung eine notwendige Folge ihrer Mitgliederlosigkeit.<sup>5</sup> Überdies würde die Aufspaltung zur Auflösung der Stiftung als übertragendem Rechtsträger führen (§ 123 Abs. 1 UmwG). Hierzu bedarf es einer besonderen Grundlage in der Stiftungssatzung, die regelmäßig fehlt.

Beschränkt ist bei der Ausgliederung von Stiftungsvermögen auch der mögliche Ausgliederungsgegenstand. Ausgliedert werden kann nicht jeder beliebige Vermögensteil, sondern nur ein Unternehmen oder ein Teil eines Unternehmens.

Beschränkt ist schließlich - im Vergleich zu § 124 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 UmwG - der Kreis der möglichen Zielrechtsträger.

### 3. Einzelübertragung als Alternative?

Die vorstehend skizzierten Formen der Umstrukturierung rechtsfähiger Stiftungen des bürgerlichen Rechts nach dem UmwG sind abschließend und einer Analogie nicht zugänglich. Allerdings besteht keine Verpflichtung zur Ausgliederung nach dem UmwG. Unberührt bleibt die Ausgliederung im Wege der Einzelrechtsnachfolge, d. h. die Übertragung einzelner Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten der Stiftung nach den hierfür jeweils bestehenden Regelungen.<sup>6</sup> Dabei werden die Vermögensgegenstände im Wege der Sachgründung, Sachkapitalerhöhung oder unter Erhöhung der Rücklagen in eine bestehende oder eigens zu diesem Zweck gegründete Gesellschaft eingebracht. Die Ausgliederung im Wege der Einzelrechtsnachfolge kann vorteilhaft sein, wenn lediglich kleinere Sachgesamtheiten ausgegliedert werden sollen. In diesen Fällen kann die formalisierte umwandlungsrechtliche Ausgliederung zu aufwendig sein. Zudem haften bei letzterer für die Verbindlichkeiten der übertragenden Stiftung, die vor dem Wirksamwerden der Ausgliederung begründet worden sind, die an der Ausgliederung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner (§ 133 Abs. 1 S. 1 UmwG). Die Ausgliederung nach dem UmwG hat dagegen zwei Vorteile: Zum einen gehen bei ihr alle Vermögensgegenstände des auszugliedernden Unternehmens oder Unternehmensteiles zu ein und demselben Zeitpunkt auf den übernehmenden Rechtsträger über. Zum anderen müssen die Vertragspartner der Stiftung dem Übergang ihrer auf den übernehmenden Rechtsträger übertragenen Vertragsverhältnisse nicht nach § 415 BGB zustimmen. Diese beiden Gesichtspunkte geben – jedenfalls bei der Übertragung von Unternehmen im Ganzen – regelmäßig den Ausschlag. Bei umfangreichen und komplexen

---

<sup>4</sup> Vgl. § 124 Abs. 1 UmwG.

<sup>5</sup> *Rawert* (Fn. 1), § 161, Rz. 5.

<sup>6</sup> *Rawert* (Fn. 1), § 161, Rz. 56; *Stengel* (Fn. 1), § 161, Rz. 40, m.w.N.

Transaktionen wie der Ausgliederung eines Krankenhaus- und/oder Pflegeheimbetriebes wird die Alternative der Einzelübertragung daher stets nur die "zweitbeste Lösung" sein.

### III. Einzelfragen

#### 1. Übertragender Rechtsträger

##### 1.1 Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts

An einer Ausgliederung nach dem UmwG kann als übertragender Rechtsträger nur eine rechtsfähige Stiftung i.S.d. § 80 BGB beteiligt sein. Diese wird weder im BGB noch in den Landesstiftungsgesetzen näher definiert. Herkömmlicherweise versteht man unter einer rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete aber nicht verbandsmäßig strukturierte Organisation, die bestimmte, durch ein Stiftungsgeschäft festgelegte Zwecke mit Hilfe eines Vermögens verfolgt, das diesen Zwecken dauerhaft gewidmet ist.<sup>7</sup> Da eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts zu ihrem Entstehen seit Inkrafttreten des BGB, d.h. seit 110 Jahren, der staatlichen Genehmigung bzw. seit dem 1. September 2002<sup>8</sup> der Anerkennung bedarf, besteht hierüber regelmäßig Klarheit: Stiftung i.S.d. § 80 BGB ist im Zweifel jede Institution, die über die Genehmigung bzw. Anerkennung nach dieser Vorschrift verfügt. Anders verhält es sich bei einer sog. Altstiftung, d.h. einer Stiftung, die bereits vor Inkrafttreten des BGB errichtet wurde.

##### 1.2 Unselbstständige Stiftung

Eine unselbstständige Stiftung kann daher an einer Ausgliederung nach dem UmwG als übertragender Rechtsträger nicht beteiligt sein. Unter einer unselbstständigen Stiftung versteht man die Zuwendung von Vermögenswerten des Stifters an eine bereits bestehende natürliche oder juristische Person mit der Maßgabe, die übertragenen Vermögenswerte dauerhaft zur Verfolgung eines vom Stifter bestimmten Zwecks einzusetzen.<sup>9</sup> Trotz stiftungstypischer nichtverbandsmäßiger Struktur und dauerhafter Vermögensbindung fehlt ihr die für eine Stiftung nach § 80 BGB maßgebliche eigene Rechtssubjektivität. Sie bedarf jeweils eines Rechtsträgers als Treuhänders, der die mit der Vermögenswidmung des Stifters verbundenen Rechte und Pflichten wahrnimmt. Soll das zweckgebundene Stiftungsvermögen ganz oder teilweise ausgegliedert werden, so kann dies nicht auf Grundlage der

---

<sup>7</sup> Vgl. *Rawert*, in: Staudinger, BGB, 13. Auflage, 1995, Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 4; *Schwarz/Backert*, in: Bamberger/Roth, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage 2007, § 80, Rz. 3. Aus der Rechtsprechung grundlegend BVerwG v. 12.2.1998 – 3 C 55.96, BVerwGE 106, 177.

<sup>8</sup> Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002, BGBl. I, 2634.

<sup>9</sup> Deswegen ist für die unselbstständige Stiftung auch der Begriff "fiduziarische" oder "treuhänderische Stiftung" gebräuchlich. Vgl. *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2009, § 36, Rz. 1; *Rawert* (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 151; *Schwarz/Backert* (Fn. 7), § 80, Rz. 22.

§§ 161 ff. UmwG erfolgen, sondern nur nach den für den jeweiligen Stiftungsträger geltenden Vorschriften oder im Wege der Einzelrechtsübertragung.

### 1.3 Altstiftung

Nach dem Wortlaut des § 161 UmwG kann auch aus einer Stiftung, die bei Inkrafttreten des BGB, d.h. am 1. Januar 1900, bereits bestand und der es demgemäß an einer staatlichen Genehmigung oder Anerkennung i.S.d. § 80 BGB fehlt, nicht ausgegliedert werden. Derartige Altstiftungen sind im Gesundheitswesen keine Seltenheit. Auf sie finden gemäß Art. 163 EGBGB die Regelungen der §§ 85 bis 89 BGB entsprechende Anwendung (intertemporales Stiftungsrecht). Damit wird eine Altstiftung allerdings nicht zu einer rechtsfähigen Stiftung i.S.d. § 161 UmwG. Denn die Rechtsfähigkeit einer Stiftung knüpft an die staatliche Genehmigung bzw. Anerkennung gemäß § 80 BGB an. Auf diese Bestimmung erstreckt sich der Verweis in Art. 163 EGBGB jedoch gerade nicht. Eine auf die Frage der Umwandlungsfähigkeit beschränkte und damit spezielle Übergangsvorschrift enthält allerdings § 317 UmwG. Danach können juristische Personen i.S.d. Art. 163 EGBGB nach den für wirtschaftliche Vereine geltenden Regeln des UmwG umgewandelt werden. Hat eine solche juristische Person jedoch keine Mitglieder, so finden gemäß § 317 S. 2 UmwG die §§ 161 ff. UmwG Anwendung. Damit ist einer altrechtlichen juristischen Person, wenn sie mitgliederlos und in ihrer Struktur einer Stiftung vergleichbar ist, grundsätzlich die Ausgliederung nach §§ 161 ff. UmwG eröffnet. Wie bei einer rechtsfähigen Stiftung nach § 80 BGB dürfte jedoch weiter Voraussetzung sein, dass sie unter ihrer historischen Rechtsform ein Unternehmen betreibt und im Handelsregister eingetragen ist.<sup>10</sup> Damit ist im Grundsatz auch einer im Gesundheitswesen unternehmerisch tätigen Altstiftung die Ausgliederung ihres Unternehmens im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge eröffnet. Allerdings kann ihre Ausgliederungsfähigkeit nicht pauschal angenommen werden. Sie kann insbesondere nicht nach dem einfach handhabbaren, da formalen, Kriterium der staatlichen Genehmigung oder Anerkennung bestimmt werden. Maßgeblich ist vielmehr eine Einzelfallprüfung nach überwiegend materiellen Kriterien: Es muss sich um eine vor dem 1. Januar 1900 auf landesrechtlicher Grundlage errichtete juristische Person handeln, die nach ihrer Verfassung den Charakter einer Stiftung aufweist. Wesentlich ist das Fehlen körperschaftlicher Strukturen, d.h. insbesondere das Fehlen von Mitgliedern. Sie muss unter ihrer historischen Rechtsform ein Unternehmen betreiben ("Unternehmensträgerstiftung") und im Handelsregister eingetragen sein.

Für rechtsfähige Stiftungen mit Sitz im Gebiet der ehemaligen DDR bestimmt Art. 231 § 3 EGBGB deren Fortbestehen nach dem Beitritt zur Bundesrepublik am 3. Oktober 1990. §§ 80 bis 88 BGB sind anwendbar. Dies gilt auch für Altstiftungen mit Sitz im Gebiet der

---

<sup>10</sup> *Rawert/Hüttemann*, in: Lutter/Winter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2009, § 317, Rz. 6. Ein Anwendungsfall war die Ausgliederung der unter den Firmen *Carl Zeiss* und *Schott Glas* von der 1889 errichteten *Carl-Zeiss-Stiftung* betriebenen Unternehmen auf zwei Aktiengesellschaften im Jahr 2004.

ehemaligen DDR, die zu diesem Zeitpunkt bestanden. Zwar hatte das seit 1975 geltende ZGB der DDR die bei dessen Inkrafttreten bestehenden Stiftungen dem "vordem geltenden Recht" überantwortet, d.h. dem BGB.<sup>11</sup> Allerdings wurden die Rechtsverhältnisse der Stiftungen im Beitrittsgebiet noch kurz vor dem Beitritt in §§ 29 und 30 des Stiftungsgesetzes der DDR<sup>12</sup> entsprechend geregelt.<sup>13</sup> Danach mussten die am 24. September 1990 im Beitrittsgebiet bestehenden Stiftungen binnen Jahresfrist um die behördliche Genehmigung ihrer Satzung nachsuchen. Diese Genehmigung gilt folglich als Genehmigung i.S.d. § 80 BGB.

#### 1.4 Kirchliche Stiftung

Krankenhäuser und Pflegeheime werden traditionell von kirchlichen Stiftungen betrieben. Aus dem Vermögen einer kirchlichen Stiftung kann gemäß §§ 161 ff. UmwG ausgegliedert werden, wenn sie als rechtlich selbstständige Stiftung des BGB organisiert ist. Dies ist der Fall bei der sog. kirchlichen Stiftung des weltlichen Rechts. Hierzu zählen insbesondere Wohlfahrtszwecken dienende Stiftungen, die im Gesundheitswesen tätig sind. Sie sind kirchliche Stiftungen, weil der Stifter ihre Verwaltung oder Beaufsichtigung kirchlichen Organen anvertraut hat.<sup>14</sup> Zwar ist für ihre Rechtsverhältnisse dann primär das autonome Kirchenrecht maßgebend.<sup>15</sup> Jedoch enthält das Kirchenrecht keine Regelungen, die denjenigen der §§ 161 ff. UmwG entsprechen oder diese ausschließen.<sup>16</sup> Anders verhält es sich dagegen bei den sog. kirchlichen Stiftungen kanonischen Rechts.<sup>17</sup> Auch wenn diesen Rechtsfähigkeit zukommt, sind sie auf den innerkirchlichen Rechtskreis beschränkt und genügen nicht den in § 161 UmwG unter Bezug genommenen Anforderungen des § 80 BGB. Gleiches gilt erst recht für als Stiftungen des öffentlichen Rechts organisierte kirchliche Stiftungen, die ausschließlich Aufgaben der öffentlichen Kirchenverwaltung wahrnehmen.<sup>18</sup>

#### 1.5 Kaufmännische Stiftung

##### 1.5.1 Erfordernis der Eintragung im Handelsregister

Praktische Probleme bereitet vielfach die von der h.A. im Schrifttum als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 161 UmwG vorausgesetzte Eintragung der ausgliedernden

---

<sup>11</sup> § 9 Abs. 1 EGZGB vom 19.6.1975, GBl. DDR I, 517.

<sup>12</sup> GBl. DDR I, 1483. In Kraft seit dem 24.9.1990.

<sup>13</sup> Vgl. *Rauscher*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2003, Art. 231 § 3 EGBGB, Rz. 7.

<sup>14</sup> *V. Campenhausen*, in: Seifart/v. Campenhausen (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2009, § 23, Rz. 32.

<sup>15</sup> *Rawert* (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 140.

<sup>16</sup> *Rawert* (Fn. 1), § 161, Rz. 14.

<sup>17</sup> *Schwarz/Backert* (Fn. 7), § 80, Rz. 12; BVerfG v. 11.10.1977 – 2 BvR209/76, BVerfGE 46, 73, 84.

<sup>18</sup> Zur Abgrenzung insgesamt v. *Campenhausen*, (Fn. 14), § 23, und *Rawert* (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 137 ff.; *Schwarz/Backert* (Fn. 7), § 80, Rz. 12.



Stiftung im Handelsregister gemäß § 33 Abs. 1 HGB.<sup>19</sup> Denn die wenigsten Unternehmens-trägerstiftungen sind – trotz grundsätzlicher handelsrechtlicher Eintragungspflicht<sup>20</sup> – tatsächlich im Handelsregister eingetragen, so dass den meisten Stiftungen danach die Ausgliederungsfähigkeit fehlen würde. Dem Gesetzeswortlaut lässt sich das Erfordernis der Voreintragung der Stiftung im Handelsregister als Ausgliederungsvoraussetzung nicht entnehmen. Auch die Gesetzesmaterialien zu §§ 161 ff. UmwG enthalten keinen Hinweis auf ein Eintragungserfordernis. Eine Klärung durch die Rechtsprechung steht bislang aus. Im Unterschied zu § 152 UmwG schreibt § 161 UmwG die Eintragung nicht ausdrücklich vor obwohl die §§ 161 ff. UmwG den Regeln der Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns ansonsten nachgebildet sind. Im letzteren Fall ist die Eintragung des übertragenden Rechtsträgers im Handelsregister in der Tat unerlässlich, da nur durch sie eine verlässliche Abgrenzung zur Privatperson erfolgt. Beim Einzelkaufmann ist nicht das materielle Kriterium des Betreibens eines Handelsgewerbes ausschlaggebend, sondern die formale Eintragung im Handelsregister. Es genügt im Übrigen die Eintragung als sog. Fiktivkaufmann nach § 5 HGB.<sup>21</sup> Entsprechendes gilt für die GmbH und die AG, die nach § 13 Abs. 3 GmbHG bzw. § 36 Abs. 1 AktG auch dann als Kaufmann im Handelsregister einzutragen ist, wenn sie kein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 Abs. 1 HGB betreibt. Bei der rechtsfähigen Stiftung könnte demgemäß auch an die formale Voraussetzung der staatlichen Genehmigung oder Anerkennung angeknüpft werden, so dass die Eintragung einer Stiftung im Handelsregister als Ausgliederungsvoraussetzung, d.h. die Anwendungsbeschränkung der §§ 161 ff. UmwG auf kaufmännische Stiftungen, zumindest nicht zwingend erscheint. Andererseits ist sowohl bei der AG als auch bei der GmbH der Betrieb eines Handelsgewerbes die Regel, bei der Stiftung dagegen nicht.

Für die h.A. im Schrifttum spricht dagegen die Gesetzessystematik: Zum einen gelten wegen Fehlens spezieller Vorschriften in den §§ 161 ff. UmwG die allgemeinen Regeln (§§ 130 ff. UmwG). Die Ausgliederung ist nach §§ 130 Abs. 1, 131 Abs. 1 UmwG (Spaltung zur Aufnahme) bzw. § 137 Abs. 2 UmwG (Spaltung zur Neugründung) zur Eintragung "*in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers*" anzumelden. Zum anderen hat nach § 164 Abs. 2 UmwG "*das Gericht des Sitzes der Stiftung*" die Eintragung der Ausgliederung abzulehnen, wenn diese keiner staatlichen Genehmigung nach Maßgabe des einschlägigen Stiftungsrechts bedarf und die Stiftung offensichtlich überschuldet ist. Da es kein bundeseinheitliches gerichtliches Stiftungsregister gibt, kann nur das Handelsregister gemeint sein.<sup>22</sup>

Dass der Gesetzgeber nur unternehmerisch tätigen Stiftungen die Ausgliederung im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge ermöglichen wollte, legen auch die §§ 125, 17 Abs. 2

---

<sup>19</sup> Rawert (Fn. 1), § 161, Rz. 15 ff.; Stengel (Fn. 1), § 161, Rz. 21 f.

<sup>20</sup> So etwa jedenfalls Rawert (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 116.

<sup>21</sup> Rieger (Fn. 1), § 161 UmwG, Rz. 36.; Stengel (Fn. 1), § 161, Rz. 21.

<sup>22</sup> Rawert (Fn. 1), § 161, Rz. 17.

UmwG nahe. Danach ist der Anmeldung zum Register des ausgliedernden Rechtsträgers dessen Bilanz beizufügen. Auch hier sehen die §§ 161 ff. UmwG für die Stiftung keine Ausnahme vor. Buchführungs- und bilanzierungspflichtig sind nach § 238 HGB jedoch nur Kaufleute. Dagegen mag eingewandt werden, dass die §§ 161 ff. UmwG andererseits keine dem § 155 HGB entsprechende Regelung über das Erlöschen der von dem ausgliedernden Rechtsträger geführten Firma bei Ausgliederung des gesamten Unternehmens enthalten. Hierin liegt allerdings kein sonderlich starkes Argument, da sich die Rechtsfolge des Erlöschens der Firma bei Beendigung des von der Stiftung geführten Unternehmens bereits aus den allgemeinen firmenrechtlichen Grundsätzen ergibt.<sup>23</sup>

Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe für das Erfordernis der Eintragung der ausgliedernden Stiftung in das Handelsregister als ungeschriebene Voraussetzung des § 161 UmwG. Auch wenn diese Auslegung nicht zwingend ist, sollte – bis zur endgültigen Klärung durch die Rechtsprechung – vorsorglich die ausgliederungswillige Stiftung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Die Eintragung der ausgliedernden Stiftung im Handelsregister kann bis zur oder auch zeitgleich mit der Eintragung der Ausgliederung selbst erfolgen.<sup>24</sup> Ungeachtet des hiermit verbundenen Aufwands reduziert sich damit die rechtliche Problematik auf die Frage der Eintragungsvoraussetzungen bei der ausgliedernden Stiftung.

#### 1.5.2 Eintragungsvoraussetzungen

Bei fehlender Eintragung der ausgliederungswilligen Stiftung im Handelsregister ist also zunächst ihre Eintragungsfähigkeit zu prüfen und ggf. herzustellen. Voraussetzung ist, dass sie eine rechtsfähige Stiftung i.S.d. § 80 BGB ist. Hierfür maßgeblich ist die staatliche Genehmigung oder Anerkennung. Bei Altstiftungen kommt es auf das Fehlen eines gesonderten Rechtsträgers als Treuhänder in einer anderen als der Stiftungsrechtsform sowie auf das Vorliegen der sonstigen stiftungstypischen Strukturmerkmale an. Voraussetzung ist ferner der Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB. Unterhält die Stiftung einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, so gelten für sie die allgemeinen handelsrechtlichen Regeln. Sie ist in Abteilung A des Handelsregisters einzutragen, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt. Dies gilt auch, wenn das Gewerbe nur als Nebenbetrieb geführt wird.<sup>25</sup> Für die Einzelheiten der Anmeldung gilt § 33 HGB. Insbesondere sind der Anmeldung die Stiftungssatzung sowie Urkunden über die Bestellung des Vorstands beizufügen. Anzugeben sind Firma und Sitz der Stiftung, ihr Unternehmensgegenstand sowie die Vorstandsmitglieder und deren Vertretungsmacht (§ 33 Abs. 2 HGB).

---

<sup>23</sup> Rawert (Fn. 1), § 161, Rz. 20 und 42.

<sup>24</sup> Rawert (Fn. 1), § 161, Rz. 15, m.w.N. aus dem älteren Schrifttum; Stengel (Fn. 1), § 161, Rz. 21, m.w.N.

<sup>25</sup> Rawert (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 116; Schwarz/Backert (Fn. 7), § 80, Rz. 19.

## 2. Ausgliederungsgegenstand

Nach § 161 UmwG können Gegenstand der Ausgliederung nur ein Unternehmen als Ganzes oder Teile hiervon sein. Hierin liegt eine Besonderheit gegenüber der allgemeinen Regel des § 123 Abs. 3 UmwG, wonach der übertragende Rechtsträger einen oder mehrere Teile aus seinem "Vermögen" ausgliedern kann. Die Beschränkung auf Unternehmen oder Unternehmensteile erklärt sich daraus, dass das Vermögen einer Stiftung nicht zwingend Unternehmensvermögen ist. Dies unterscheidet die Stiftung – wie den Einzelkaufmann (§§ 152 ff. UmwG) und die Gebietskörperschaft (§§ 168 ff. UmwG) – von den übrigen ausgliederungsfähigen Rechtsträgern nach den §§ 124, 3 UmwG. Anders als bei den Handelsgesellschaften ist der Betrieb eines Unternehmens durch eine Stiftung konzeptionell die Ausnahme. Gleiches gilt für die Gebietskörperschaft,<sup>26</sup> während der Einzelkaufmann zwar begriffsnotwendig ein Unternehmen ("Handelsgeschäft" i.S.d. § 22 HGB<sup>27</sup>) betreibt, das "Unternehmensvermögen" rechtlich jedoch nicht von seinem Privatvermögen getrennt ist. Da die §§ 161 ff. UmwG wie die allgemeinen Vorschriften über die Spaltung auf den Vermögensbegriff im Allgemeinen abstellen, könnte jede Stiftung, auch wenn sie nicht unternehmerisch tätig ist, beliebige Teile ihres Vermögens ausgliedern. Dies würde jedoch der gesetzlichen Konzeption des UmwG widersprechen, das die Ausgliederung unternehmerischen, nicht aber privaten Vermögens ermöglichen will.<sup>28</sup>

Aus dieser gesetzlichen Beschränkung des Ausgliederungsgegenstandes folgt mittelbar eine weitere Einschränkung des Kreises der ausgliederungsfähigen Stiftungen: Übertragender Rechtsträger kann immer nur eine (unmittelbare) Unternehmensträgerstiftung<sup>29</sup> sein, d.h. eine Stiftung, die selbst ein Unternehmen (Krankenhaus, Pflegeheim) betreibt, nicht hingegen eine Stiftungsholding, die lediglich die Anteile an einem entsprechenden Unternehmen hält ohne selbst operativ tätig zu sein. Gegen die unmittelbare Unternehmensträgerstiftung werden verschiedentlich Bedenken geäußert. Zum einen habe der Gesetzgeber die Rechtsform der Stiftung nicht als Träger von Unternehmen konzipiert. Zum anderen fehlten im Stiftungsrecht im Gegensatz zum Kapitalgesellschaftsrecht gläubigerschützende Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln.<sup>30</sup> Nicht zuletzt wegen fehlender Einbindung der Stiftung in das System handels- und gesellschaftsrechtlicher Normativbestimmungen ist die Stiftung im UmwG auch nicht als übernehmender Rechtsträger zugelassen. Folgt man der teilweise im

---

<sup>26</sup> Hierzu umfassend *Lepper*, Die Ausgliederung kommunaler Unternehmen in der notariellen Praxis, RNotZ 2006, S. 313 (317 ff.).

<sup>27</sup> Eine Legaldefinition des Begriffs "Unternehmen" existiert nicht. Allerdings ist anerkannt, dass ein Handelsgeschäft i.S.d. § 22 HGB stets auch Unternehmen i.S.d. UmwG ist. Vgl. statt aller *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 34. Aufl. 2010, Einl. vor § 1 HGB, Rz. 33.

<sup>28</sup> *Rawert* (Fn. 1), § 161, Rz. 21. A. A. *Raupach/Böckstiegel* (Fn. 1), S. 485 f.

<sup>29</sup> Zur Terminologie bei unternehmensverbundenen Stiftungen vgl. *MüKo-Reuter*, BGB, 5. Aufl. 2006, §§ 80, 81, Rz. 88; *Schwarz/Backert* (Fn. 7), § 80, Rz. 16.

<sup>30</sup> Vgl. *Schwarz/Backert* (Fn. 7), § 80, Rz. 18.

Schrifttum vertretenen Auffassung, wonach auf Unternehmensträgerstiftungen § 22 BGB entsprechend anzuwenden sei<sup>31</sup>, nicht, resultiert hieraus sogar das rechtspolitische Postulat ihrer "Umwandlung" in Beteiligungsträgerstiftungen, d.h. die Ausgliederung des operativen Unternehmens auf eine Kapitalgesellschaft.

### 3. Grundsatz der dauerhaften Vermögensbindung

#### 3.1 Zweckgebundenes Grundstockvermögen

Aus den stiftungsrechtlichen Besonderheiten folgt nicht nur eine Beschränkung der umwandlungsrechtlichen Spaltungsarten auf die Ausgliederung. Auch der Ausgliederung selbst sind weitere – spezifisch stiftungsrechtliche – Grenzen gesetzt. Sie ergeben sich aus dem besonderen Verhältnis des Stiftungsvermögens zum Stiftungszweck. Die Stiftung ist als eigentümerloses Rechtssubjekt eine reine Verwaltungsorganisation.<sup>32</sup> Sie verfolgt den ihr vorgegebenen und grundsätzlich unabänderlichen Zweck mit einem diesem dauerhaft gewidmeten Vermögen.<sup>33</sup> Anders als bei mitgliedschaftlich strukturierten Körperschaften steht die zweckgebundene Vermögensausstattung im Vordergrund.<sup>34</sup> Mithin kann die Ausgliederung erheblicher Vermögensteile eine Änderung der Stiftungsstruktur bewirken. Sie berührt die vom Stifter gewollte Vermögensausstattung und Organisation, im Einzelfall sogar die Zwecksetzung der Stiftung.<sup>35</sup> Denn der Stiftungszweck kann in einer Weise ausgestaltet sein, dass er ausschließlich durch den Einsatz eines ganz bestimmten Vermögensgegenstandes zu erfüllen ist. Besteht dieser Vermögensgegenstand in einem Unternehmen, wirft dessen Ausgliederung insofern Probleme auf. Namentlich ein mit der Ausgliederung verbundener Tausch – Unternehmen oder Teile hiervon gegen Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger – berührt die von dem Stifter vorgegebene Vermögen-Zweck-Beziehung. Diese Beziehung wird möglicherweise in einer mit dem Stifterwillen nicht zu vereinbarenden Weise aufgehoben.

Wichtigster Bestandteil des Stiftungsvermögens ist das Stiftungskapital oder Grundstockvermögen, das der Stifter der Stiftung bei ihrer Errichtung zugewendet hat und das nicht zum Verbrauch bestimmt, sondern in seinem Bestand zu erhalten ist.<sup>36</sup> Es muss der Stiftung auf Dauer gewidmet sein.<sup>37</sup> Bei Unternehmensträgerstiftungen im Gesundheitswesen setzt sich das Grundstockvermögen regelmäßig gerade aus dem oder den Krankenhaus- oder Pflegeheimbetrieben zusammen. Hinzu kommt das spezifisch stiftungsrechtliche Verhältnis

---

<sup>31</sup> MüKo-Reuter (Fn. 29), §§ 80, 81, Rz. 90; Rawert (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 94 ff.

<sup>32</sup> Vgl. BGH v. 22.1.1987 – III ZR 26/85, BGHZ 99, 344, 350.

<sup>33</sup> Rawert (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 4.

<sup>34</sup> Rawert (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 15, m.w.N.

<sup>35</sup> Schwintek, Die Ausgliederung aus Stiftungsvermögen, Stiftung&Sponsoring 2002, S. 19.

<sup>36</sup> Rawert (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 16; Schwarz/Backert (Fn. 7), § 80, Rz. 7, m.w.N.

<sup>37</sup> Rawert (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 19.

zwischen Grundstockvermögen und Stiftungszweck: Handelt es sich um eine sog. Anstaltsstiftung, die den Stiftungszweck nicht lediglich mit Hilfe der aus dem Grundstockvermögen erwirtschafteten Erträge finanziert (sog. Kapital- oder Hauptgeldstiftung)<sup>38</sup>, sondern unmittelbar durch den Einsatz des Stiftungsvermögens, d.h. hier unmittelbar durch den Betrieb des Krankenhauses oder Pflegeheimes, so würde dessen Ausgliederung auf einen anderen Rechtsträger die in der Stiftungssatzung angelegte unmittelbare Zweckbindung des Grundstockvermögens in Frage stellen.

### 3.2 Dotationsquelle oder Zweckverwirklichungsbetrieb?

Hieraus resultiert ein erster Zwischenbefund: Für die Bestimmung der stiftungsrechtlichen Grenzen einer Ausgliederung kommt es regelmäßig auf die Funktion an, die das Stiftungsunternehmen als Stiftungsvermögen im Verhältnis zum Stiftungszweck einnimmt. Wird das Unternehmen von der Stiftung nur zum Zweck der Gewinnerzielung eingesetzt, die sie zur Erfüllung ihres vom konkreten Unternehmen unabhängigen Zwecks benötigt, hat es lediglich die Funktion einer Dotationsquelle nach Art einer beliebigen Vermögensanlage.<sup>39</sup> Eine unmittelbare Beziehung zwischen dem konkreten Unternehmenszweck und dem Stiftungszweck besteht in diesem Fall nicht, so dass den umwandlungsrechtlichen Möglichkeiten der Ausgliederung grundsätzlich keine stiftungsrechtlichen Grenzen gesetzt sind, sofern die unternehmerische Betätigung weiterhin nur Mittel zum Zweck bleibt.<sup>40</sup>

Bei im Gesundheitswesen tätigen, gemeinnützigen Stiftungen geht es jedoch regelmäßig darum, dass das konkrete Unternehmen selbst, d.h. der Krankenhaus- oder Pflegeheimbetrieb, durch seine operative Tätigkeit der Verwirklichung des Stiftungszwecks dient. Hier steht das Unternehmen in einer derart engen Beziehung zum Stiftungszweck, dass dieser sich ohne den Betrieb des konkreten Unternehmens nicht verwirklichen lässt. Der Stiftungszweck entscheidet damit auch über die Führung des Unternehmens. Typisch für einen derartigen Zweckverwirklichungs- oder Stiftungszweckbetrieb ist gerade das einer Stiftung gewidmete Krankenhaus oder Pflegeheim, das mit eigenen sachlichen Mitteln den Stiftungszweck der Kranken- oder Altenpflege erfüllt.<sup>41</sup> Unabhängig von der gewählten Ausgliederungsvariante (zur Aufnahme oder zur Neugründung) kann der Stiftungszweckbetrieb nach seiner Auslagerung nicht mehr unmittelbar durch die Organe der Stiftung bewirtschaftet und genutzt werden. Damit findet in jedem Fall formal eine Veränderung der stifftergewollten Bindung der Unternehmensführung an die wirtschaftliche Zwecksetzung des Stiftungsvermögens statt. An die Stelle der Verpflichtung der Stiftungsorgane zur unmittelbaren Führung

---

<sup>38</sup> Zur Terminologie siehe *Rawert* (Fn. 7), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rz. 21.

<sup>39</sup> Nach der h.A. im Schrifttum sind Beteiligungen einer Stiftung an einem solchen Unternehmen uneingeschränkt zulässig. Vgl. *Rawert*, Stiftung und Unternehmen, in: *Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz/Asche* (Hrsg.), *Non Profit Yearbook 2003*, S. 1 ff.; *Schwarz/Backert* (Fn. 7), § 80, Rz. 9.

<sup>40</sup> *Rawert* (Fn. 1), § 161, Rz. 53 f.

<sup>41</sup> Vgl. *Rawert* (Fn. 1), § 161, Rz. 45.

des Unternehmens i.S.d. Stifterwillens tritt die Pflicht zur Wahrnehmung einer Gesellschafterfunktion.<sup>42</sup> Legt man den Grundsatz der stiftungsrechtlichen Vermögensbindung nicht lediglich als bloßes Gebot der Nominalwert- oder Ertragskraftherhaltung aus, sondern mit der h.A. im Schrifttum als Gebot zur Sicherung der vom Stifter übertragenen Mittelausstattung durch eine Bindung der Stiftungsorgane an die wirtschaftliche Bestimmung der Stiftungsorgane<sup>43</sup>, so erschöpft sich der Widmungsakt des Stifters nicht in der Regelung, dass bestimmte Gegenstände oder der darin verkörperte Veräußerungswert zu erhalten sind. Denn der Stifter verbindet mit der Widmung seines Vermögens bestimmte Vorstellungen, in welcher Weise dieses von der Stiftung zu nutzen ist. Für die Frage der stiftungsrechtlichen Zulässigkeit kommt es damit entscheidend auf den Stifterwillen an, d.h. die Auslegung von Stiftungsgeschäft und -satzung. In der Praxis entstehen Probleme vor allem in den Fällen, in denen die Stiftungssatzung mehr oder weniger deutlich vorschreibt, dass das Unternehmen von der Stiftung selbst zu betreiben ist, dass Stiftungszweck "der Betrieb" des Krankenhauses oder Pflegeheimes ist.

#### 4. Stiftungsgeschäft und Stiftungssatzung

Vorstehendes führt gerade bei vor vielen Jahren gegründeten Stiftungen zu der auch rechtspolitisch fragwürdigen Situation, dass ein vor Jahrzehnten oder noch längerer Zeit formulierter "historischer" Stifterwille, der von anderen wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen ausgegangen ist, heute betriebswirtschaftlich sinnvolle, wenn nicht gar notwendige Fortentwicklungen der Stiftung blockiert. Die Thematik der zeitgemäßen, teleologischen Auslegung von Regeln ist jedem Juristen hinlänglich bekannt. Bei der Stiftungssatzung, die den Stifterwillen grundsätzlich "für die Ewigkeit" konservieren will, ist sie naturgemäß besonders heikel. Die Stiftungsaufsichtsbehörden verfahren in diesem Zusammenhang vielfach über Gebühr restriktiv und unflexibel.

##### 4.1 Ausdrückliche Satzungsermächtigung

Keine Schwierigkeiten bestehen in diesem Zusammenhang, wenn der Stifter den Fall einer möglichen Ausgliederung des von der Stiftung betriebenen Unternehmens oder Teilen hiervon selbst bedacht und hierfür eine der "Konzernklausel" in Gesellschaftsverträgen vergleichbare Regelung getroffen hat. Denn der objektivierte, in Stiftungsgeschäft und -satzung niedergelegte Stifterwille hat als von dem Stiftungsrecht des BGB und den Landesstiftungsgesetzen anerkannter Kern der Stiftungsverfassung (§ 85 BGB) grundsätzlich

---

<sup>42</sup> Vgl. *Hüttemann*, Der Grundsatz der Vermögenserhaltung im Stiftungsrecht, in: Festschrift für Flume, 1998, 59, 77; *Schwintek* (Fn. 35), S. 22.

<sup>43</sup> Grundlegend *Hüttemann* (Fn. 42), S. 68 ff.

Vorrang und ist sowohl von den Stiftungsorganen als auch von den Aufsichtsbehörden gleichermaßen zu respektieren.<sup>44</sup>

## 4.2 Fehlen einer Satzungsermächtigung

In der Praxis, namentlich bei den vielfach seit langem bestehenden Krankenhaus- und/oder Pflegeheimträgerstiftungen, sind derartige Ermächtigungen jedoch die Ausnahme. Mitunter schreibt die Stiftungssatzung ausdrücklich vor, dass das Unternehmen von der Stiftung selbst zu betreiben ist. Dies erfolgt üblicherweise dergestalt, dass als Stiftungszweck "der Betrieb" des Krankenhauses oder Pflegeheimes genannt ist.

### 4.2.1 Nachträgliche Anpassung der Satzung

Der nachträglichen Schaffung einer Satzungsermächtigung zur Ausgliederung sind bei der Stiftung naturgemäß enge Grenzen gesetzt.<sup>45</sup> Denn – unbeschadet anzuerkennender Gestaltungsspielräume im Einzelfall – ist der ursprüngliche Stifterwille der freien Disposition der Stiftungsorgane auf Dauer entzogen. Die Grenzen zulässiger Auslegung sind dann erreicht, wenn diese zu einer Änderung des Stiftungszwecks führen würde. Hier ist die Wertung des § 87 BGB zu beachten, wonach eine Änderung des Stiftungszwecks durch die Aufsichtsbehörde (nur) dann zulässig ist, wenn dessen Erfüllung unmöglich geworden ist oder das Gemeinwohl gefährdet. Enthält die Satzung selbst keine Regelung zur nachträglichen Anpassung an veränderte Verhältnisse<sup>46</sup>, ist eine Anpassung der Satzung *ex post* (nur) dann zulässig, wenn eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse so erheblich ist, dass der Stiftungszweck unter den satzungsmäßigen Vorgaben nicht mehr dauernd und nachhaltig erfüllt werden kann.<sup>47</sup> Voraussetzung ist mit anderen Worten, dass eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes unmittelbar durch die Stiftung dem mutmaßlichen Stifterwillen nicht mehr entspricht. Angenommen werden kann dies dann, wenn der von dem Stifterwillen getragene stiftungsunmittelbare Betrieb des Unternehmens bzw. der Anstalt infolge einer wesentlichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse auch aus der Perspektive des Stifters undurchführbar, sinnlos oder anpassungsbedürftig geworden ist.<sup>48</sup> In diesem Fall ist die Satzungsfortbildung nicht nur zulässig, sondern sogar nach dem Stifterwillen geboten. Voraussetzung ist dann allerdings weiter die Geeignetheit der Satzungsänderung, d.h. hier letztendlich der Ausgliederung des operativen Krankenhaus- oder Pflegeheimbetriebes zur dauerhaften betriebswirtschaftlichen Sicherstellung der Zweckerfüllung. Dies ist eine Frage des Einzelfalls.

---

<sup>44</sup> Schwintek (Fn. 35), S. 19.

<sup>45</sup> Vgl. zu den Anforderungen an Änderungen der Stiftungssatzung etwa Hof (Fn. 9), § 6, Rz. 197 ff.

<sup>46</sup> Zu den Anforderungen an diese vgl. Werner, in Werner/Saenger (Hrsg.), Die Stiftung - Recht, Steuern, Wirtschaft, 2008, Rz. 370.

<sup>47</sup> So etwa MüKo-Reuter (Fn. 29), § 85, Rz. 9.

<sup>48</sup> Schwintek (Fn. 35), S. 23.

#### 4.2.2 Vorrang der Satzungsauslegung

In der Mehrzahl der Fälle wird es also zunächst darauf ankommen, ob und inwieweit Stiftungsgeschäft oder -satzung im Wege der Auslegung eine Aussage über die Zulässigkeit der beabsichtigten Ausgliederung entnommen werden kann.<sup>49</sup> *Prima facie* scheint die Rechtslage in denjenigen Fällen klar, in denen der Stiftungszweck das "Betreiben" des Krankenhauses oder Pflegeheimes ist: Eine Ausgliederung des operativen Betriebs auf einen anderen Rechtsträger ist grundsätzlich ausgeschlossen. Bekanntlich bildet der Wortlaut einer Regelung die Grenze ihrer Auslegung. Die Grenzen zulässiger Auslegung sind ferner dann erreicht, wenn diese zu einer Änderung des Stiftungszwecks führen würde.

Die nach § 85 BGB durch das Stiftungsgeschäft zu bestimmende Stiftungssatzung hat Normativcharakter. Für ihre Auslegung wird daher teilweise auf die von der Rechtsprechung für Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen von Kapitalgesellschaften aufgestellten Grundsätze rekurriert.<sup>50</sup> Teilweise werden die Grundsätze zur Auslegung staatlicher Gesetze herangezogen.<sup>51</sup> Maßgeblich muss aber in jedem Fall der objektivierte Stifterwille sein. Namentlich bei alten Stiftungen sind Stiftungsorgane und -behörden nicht an das historische Verständnis des Satzungstextes gebunden, sondern an dasjenige Verständnis, das sich im Lichte des Zwecks aus heutiger Sicht ergibt.<sup>52</sup>

Hieraus folgt, dass die Anforderungen des Wortlauts gerade bei alten Stiftungen, bei denen der historische Stifterwille die Möglichkeit der Ausgliederung des operativen Betriebes mangels entsprechender Regelungen noch gar nicht berücksichtigen konnte, nicht überspannt werden dürfen. Immerhin besteht die Möglichkeit zur Ausgliederung nach §§ 161 ff. UmwG erst seit 1994. Vor diesem Hintergrund ist der Schluss, mit dem "Betrieb" eines Krankenhauses oder Pflegeheimes als Stiftungszweck könne nur der Betrieb in unmittelbarer eigener Trägerschaft gemeint sein, zumindest bei "älteren" Stiftungen nicht zwingend. Die Ausgliederung des operativen Betriebes auf eine GmbH oder AG war vor 100 oder 150 Jahren eine völlig unbekannte Gestaltungsoption. Insofern ist jeweils zu fragen, was dem hypothetischen Stifterwillen in heutiger Situation entsprochen hätte. Gerade bei älteren Stiftungen kann eine Anpassung an moderne Strukturen notwendig sein, um die Stiftung überhaupt am Leben zu erhalten. Es wäre rechtspolitisch verfehlt – dies zeigen Praxisfälle –

---

<sup>49</sup> So zutreffend *Schwintek* (Fn. 35), S. 19.

<sup>50</sup> So von *Rawert* (Fn. 7), § 85, Rz. 3, unter Bezugnahme auf BGH v. 22.04.1953 – II ZR 72/53, BGHZ 9, 279, 281.

<sup>51</sup> So von *MüKo-Reuter* (Fn. 29), § 85, Rz. 9. Nach BVerfG v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, NJW 1973, 1221, 1225 (zur Gesetzesauslegung) stehe die Stiftungssatzung "ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauung, auf die sie wirken soll". Ihr Inhalt könne und müsse sich unter Umständen mit ihnen wandeln.

<sup>52</sup> So zutreffend *MüKo-Reuter* (Fn. 29), § 85, Rz. 9.



wenn Stiftungsrecht und historisches Stiftungsgeschäft dies verhinderten. Etwas anderes gilt freilich bei reinen Zweckmäßigkeitserwägungen von untergeordneter Bedeutung.

Strengere Anforderungen mögen an die Auslegung von Stiftungsgeschäft und -satzung "jüngerer" Stiftungen zu stellen sein. Aber auch hier ist nicht allein auf den Wortlaut abzustellen, sondern nach dem (hypothetischen) Stifterwillen zu fragen. Zu denken ist dabei etwa an Fälle einer im Vergleich zum Errichtungszeitpunkt ganz erheblichen Ausweitung der Geschäftstätigkeit der Stiftung, die zwar zulässig aber für den Stifter in dieser Form nicht absehbar war.<sup>53</sup> Erst wenn die Auslegung zu dem Ergebnis führt, dass die enge Formulierung des Stiftungszwecks bewusst erfolgt ist, um eine Auslagerung des operativen Betriebs in eine selbstständige rechtliche Einheit auszuschließen, bleibt nur der steinige Weg der Satzungsänderung.

## 5. Übernehmender Rechtsträger

Mindestvoraussetzung der Satzungsauslegung und damit der Zulässigkeit einer Ausgliederung muss aber in allen Fällen das Bestehen eines beherrschenden Einflusses der Stiftung auf die Unternehmensführung des übernehmenden Rechtsträgers sein, um letzterer die dauerhafte Erfüllung des von ihr mittels des Unternehmens verfolgten Zweckes auch weiterhin zu ermöglichen. Denn die Ausgliederung des operativen Betriebes auf einen anderen Rechtsträger rückt in die Nähe einer in jedem Fall unzulässigen Veräußerung des Grundstockvermögens, wenn der beherrschende Einfluss der Stiftung auf das Unternehmen aufgehoben wird. Des Weiteren wäre eine Aufgabe des beherrschenden Einflusses auf die operative Unternehmensführung nur in den seltensten Fällen mit dem hypothetischen Stifterwillen vereinbar.

Je nach Ausgliederungstatbestand bestehen unterschiedliche Anforderungen:

### 5.1 Ausgliederung zur Neugründung von Kapitalgesellschaften

Bei der Ausgliederung zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft, etwa einer (gemeinnützigen) GmbH, lässt sich der beherrschende Einfluss der Stiftung grundsätzlich einfach sicherstellen. Denn hier wird die ausgliedernde Stiftung stets Alleingesellschafter und kann damit die an dem Stiftungszweck orientierte Unternehmensführung weiterhin gewährleisten. Bei der GmbH kann der Stiftungsvorstand als Vertreter des Alleingeschafters der Geschäftsführung des ausgelagerten Stiftungsunternehmens direkte Weisungen erteilen. Dagegen erfolgt bei der AG die Ausübung des beherrschenden Einflusses über die Bestellung des Aufsichtsrates, der wiederum den Vorstand wählt. Hier ist folgende Gestaltung zweckmäßig: Der Stiftungsvorstand, der das Stimmrecht aus der Beteiligung ausübt, wählt

---

<sup>53</sup> Schwintek (Fn. 35), S. 23.

die Mitglieder eines bestehenden oder einzurichtenden Kuratoriums in den Aufsichtsrat. Dieser wiederum bestellt alsdann den Stiftungsvorstand (auch) zum Vorstand der AG.<sup>54</sup>

## 5.2 Ausgliederung zur Aufnahme durch bestehende Personenhandels- oder Kapitalgesellschaften

Die Ausgliederung des Stiftungszweckbetriebes auf eine bestehende Personenhandels- oder Kapitalgesellschaft kann sich ungleich schwieriger gestalten. Sie stellt zwar keine vollständige Aufgabe des Vermögens dar, wie es bei einer Veräußerung etwa des Krankenhausbetriebes an einen Dritten der Fall wäre. Gleichwohl kann die wirtschaftliche Bestimmung des Stiftungsvermögens in Frage gestellt werden. Dies gilt umso mehr, je niedriger die Beteiligungsquote der ausgliedernden Stiftung an dem übernehmenden Rechtsträger ist. Denn umso schwieriger gerät dann die Durchsetzung eines beherrschenden Einflusses auf den übernehmenden Rechtsträger. Unabhängig von der Beteiligungsquote der Stiftung an dem übernehmenden Rechtsträger führt das Hinzutreten von Interessen Dritter, d.h. der Altgesellschafter des Zielrechtsträgers, stets zu einer möglichen Verwässerung der Herrschafts- und Kontrollbefugnisse des Stiftungsvorstands.

Bei der Ausgliederung des Unternehmens auf eine bestehende Personenhandelsgesellschaft lässt sich ein beherrschender Einfluss der Stiftung zwar herstellen, indem der Stiftungsvorstand die Position des alleinigen geschäftsführenden oHG-Gesellschafters oder eines Komplementärs einnimmt. Gleichwohl wird die Nutzungsbefugnis jedenfalls durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern beschränkt. Bei auftretenden Konflikten zwischen Stiftungs- und Gesellschaftsinteresse ist der Stiftungsvorstand ggf. gezwungen, gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zu verstoßen oder umgekehrt. Das Spannungsverhältnis zwischen Stiftungszweck und gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht wird sich rechtlich nicht vollständig auflösen lassen. Selbst bei einem „stiftungszweckloyalen“ Gesellschafterkreis im Übrigen lässt sich allenfalls faktisch ausschließen, dass ein Mitgesellschafter der Stiftung die Gesellschaft kündigt, eine Auflösungsklage nach § 133 HGB erhebt oder nach § 140 HGB den Ausschluss der Stiftung aus der Gesellschaft betreibt.<sup>55</sup>

Bei der Ausgliederung des Unternehmens auf eine bestehende Kapitalgesellschaft gilt Ähnliches. Zwar kann die Stiftung, die im Zuge der Ausgliederung Aktien der bestehenden AG übernimmt, ihren beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen dauerhaft sichern, wenn sie über eine entsprechende Aktienmehrheit in der Hauptversammlung einen Aufsichtsrat bestellen kann, der wiederum einen das Unternehmen i.S.d. Stiftungszwecks

---

<sup>54</sup> Vgl. *Rawert* (Fn. 1), § 161, Rz. 50. Wohl a. A. aber im Ergebnis unklar *Schwintek* (Fn. 35), S. 22. Zu Gestaltungsfragen bei Beteiligungsträgerstiftungen siehe *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, 2001, S. 86 ff.

<sup>55</sup> *Rawert*, Die Genehmigungsfähigkeit der unternehmensverbundenen Stiftung, 1990, S. 30.

führenden Vorstand wählt. In der GmbH lässt sich wegen der weitgehenden Dispositivität GmbH-rechtlicher Vorschriften auf kautelarischem Wege der gleiche Effekt sogar schon bei einer Minderheitsbeteiligung erreichen. Gleichwohl bilden auch bei den Kapitalgesellschaften Treuepflichten, das Schädigungsverbot des § 117 AktG und die Regeln des Konzernrechts eine nicht vollständig zu überwindende Hürde für die Sicherstellung der Dominanz des Stiftungszwecks. Auch hier kann letztlich nur ein „stiftungszweckloyaler“ Gesellschafterkreis sicherstellen, dass die ausgliederungsbedingten Veränderungen in der Vermögensstruktur der Stiftung die Beziehung zwischen Unternehmen und Stiftungszweck nicht entgegen dem Stifterwillen aufheben.<sup>56</sup> Ein "stiftungszweckloyaler" Gesellschafterkreis lässt sich jedoch nicht auf Dauer rechtlich garantieren.

### 5.3 Praktische Konsequenzen

Festzuhalten bleibt, dass der stiftungsrechtliche Grundsatz der dauerhaften Vermögensbindung der Ausgliederung zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft nicht entgegensteht. Durch weitgehende Personalunion in Stiftungs- und Gesellschaftsorganen lässt sich die zweckgebundene Verwaltung des Stiftungsbetriebs auch in der neu errichteten Kapitalgesellschaft sicherstellen. Die Ausgliederung zur Aufnahme durch eine bestehende Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft begründet dagegen bei Vorhandensein weiterer Gesellschafter die latente Gefahr von Konflikten zwischen Stiftungszweck und gesellschaftsrechtlichen Bindungen, namentlich durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Vor diesem Hintergrund wird im Rahmen der Erteilung einer nach § 164 Abs. 1 UmwG ggf. erforderlichen staatlichen Genehmigung der Ausgliederung oder bei Ausübung der allgemeinen Stiftungsaufsicht genau zu prüfen sein, ob der Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafterstruktur des übernehmenden Rechtsträgers eine dauerhafte Gewähr für eine Unternehmensführung i.S.d. Stiftungszwecks bieten. Verliert die Stiftung nachträglich ihren beherrschenden Einfluss auf den ausgegliederten Zweckverwirklichungsbetrieb, ist ggf. eine Auflösung nach § 87 BGB wegen Unmöglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks zu prüfen. Vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit ist die Ausgliederung zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft damit vorzugswürdig. Damit entfällt freilich die Möglichkeit zur Vergrößerung der Kapitalbasis durch die Ausgliederung. Sollen zu diesem Zweck später weitere Gesellschafter aufgenommen werden, stellen sich die gleichen Probleme wie bei der Ausgliederung zur Aufnahme durch eine bestehende Handelsgesellschaft. Alternativ könnte die Begründung typischer stiller Beteiligungen an dem ausgegliederten Stiftungsunternehmen erwogen werden.

## 6. Ausgliederungsbericht

Abweichend von der Regel des § 127 UmwG (Spaltungsbericht) ist bei der Ausgliederung aus dem Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung nach § 162 Abs. 1 UmwG ein Ausgliederungsbericht nur dann erforderlich, wenn die Ausgliederung nach § 164 Abs. 1 UmwG der

---

<sup>56</sup> Rawert (Fn. 1), § 161, Rz. 50.

staatlichen Genehmigung bedarf oder wenn sie bei Lebzeiten des Stifters von dessen Zustimmung abhängig ist.

## 6.1 Staatliche Genehmigung der Ausgliederung

Nach § 164 Abs. 1 UmwG bedarf die Ausgliederung der staatlichen Genehmigung, sofern das „Stiftungsrecht“ dies vorsieht. Hiermit verweist § 164 Abs. 1 UmwG auf das jeweilige landesrechtliche Stiftungsgesetz.<sup>57</sup> Derzeit schreibt nur das Thüringer Stiftungsgesetz ausdrücklich vor, dass die Ausgliederung nach § 161 UmwG der Genehmigung bedarf.<sup>58</sup> Nur in Thüringen ist somit stets ein Ausgliederungsbericht zu erstatten. In den übrigen Bundesländern ist ein solcher grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn die Ausgliederung bei Lebzeiten des Stifters von dessen Zustimmung abhängig ist. Nach Ansicht der Literatur soll die Erstattung eines Ausgliederungsberichtes jedoch auch dann erforderlich sein, wenn die Ausgliederung eine genehmigungspflichtige Satzungsänderung erfordert oder Rechtsgeschäfte mit umfasst oder ihnen gleichzusetzen ist, die ihrerseits nach Landesrecht einer staatlichen Genehmigung bedürfen.<sup>59</sup> Satzungsänderungen bedürfen stets der Genehmigung der Stiftungsaufsicht. Dabei ist es unerheblich, ob die Satzungsänderung aufgrund gesetzlicher Vorschrift oder auf satzungsmäßiger Grundlage beschlossen wird.<sup>60</sup> Kataloge genehmigungs- oder anzeigepflichtiger Rechtsgeschäfte enthalten die Stiftungsgesetze von Baden-Württemberg, Bayern und Schleswig-Holstein.<sup>61</sup> Genehmigungs- oder anzeigepflichtig sind danach etwa Verfügungen über Grundstücke oder Vermögensumschichtungen, die die Stiftung in ihrer Leistungsfähigkeit beschränken können. Ob der Ausgliederungsvertrag oder -plan hiervon erfasst wird, ist in jedem Einzelfall zu prüfen. Im Zweifel oder wenn die Ausgliederung eine genehmigungspflichtige Satzungsänderung erfordert, sollte vorsorglich ein Ausgliederungsbericht erstattet werden.

## 6.2 Erforderlichkeit der Zustimmung des Stifters

Bei Stiftungen außerhalb Thüringens, bei denen die Ausgliederung keine genehmigungsbedürftige Satzungsänderung erfordert und bei denen die Ausgliederung nicht nach dem Landesstiftungsgesetz genehmigungs- oder anzeigepflichtig ist, ist somit gemäß § 162 Abs. 1 2. Alt. UmwG ein Ausgliederungsbericht nur zu erstatten, wenn die Ausgliederung bei Lebzeiten des Stifters vorgenommen wird und von seiner Zustimmung abhängig ist. Lebt der Stifter bei Ausgliederung nicht mehr, was bei den im Gesundheitswesen tätigen Stiftungen

---

<sup>57</sup> Leuring, in: Kölner Kommentar zum UmwG, 2009, § 164, Rz. 2.

<sup>58</sup> § 9 Abs. 3 ThürStiftG: "... Ausgliederungen im Sinne des § 161 des Umwandlungsgesetzes bedürfen der schriftlichen Genehmigung durch die Stiftungsanerkennungsbehörde."

<sup>59</sup> Stengel (Fn. 1), § 162, Rz. 7; Rawert/Hüttemann (Fn. 10), § 164, Rz. 2, 3 ff., 10 ff., 15; Rieger (Fn. 1), § 164, Rz. 11.

<sup>60</sup> Rawert/Hüttemann (Fn. 10), § 164, Rz. 3.

<sup>61</sup> § 13 StiftG BW, Art. 27 BayStG, § 7 Abs. 2 StiftG NRW, § 9 StiftG SH.

regelmäßig der Fall ist, ist ein Ausgliederungsbericht entbehrlich. Andernfalls kann ein Zustimmungserfordernis des Stifters in zwei Fällen bestehen: Zum Einen kann es in der Satzung vorgeschrieben sein.<sup>62</sup> Dabei wird § 162 Abs. 1 2. Alt UmwG entsprechend angewandt, wenn die Satzung die zusätzliche Beteiligung anderer Organe als den Stifter vorsieht und diese mit einem Kontrollrecht ausstattet.<sup>63</sup> Zum Anderen kann es auf einer landesrechtlichen Vorschrift beruhen, wenn die Ausgliederung mit der Notwendigkeit einer Satzungsänderung verbunden ist.<sup>64</sup> Denn einige Landesstiftungsgesetze schreiben für den Fall der Satzungsänderung nicht nur die Genehmigung der zuständigen Stiftungsbehörde, sondern auch die Zustimmung des Stifters vor. Dies gilt für die Stiftungsgesetze von Baden-Württemberg<sup>65</sup>, Bremen<sup>66</sup>, Niedersachsen<sup>67</sup>, Saarland<sup>68</sup>, Sachsen<sup>69</sup>, Sachsen-Anhalt<sup>70</sup> und Schleswig-Holstein.<sup>71</sup> Entbehrlich wird die Zustimmung des Stifters oder Kontrollorgans hingegen, wenn sie an dem Ausgliederungsbeschluss unmittelbar beteiligt sind und diesem zustimmen.<sup>72</sup> Einer Zustimmung bedarf es auch dann nicht, wenn der Zustimmungsberechtigte gemäß § 127 S. 2 UmwG i.V.m. § 8 Abs. 3 UmwG wirksam hierauf verzichtet hat.

### 6.3 Inhalt und Aufstellung des Ausgliederungsberichts

Ist die Erstattung eines Ausgliederungsberichtes erforderlich, so ergeben sich in Ermangelung spezieller Vorschriften in den §§ 161 ff. UmwG die Anforderungen an diesen aus §§ 161 Abs. 1, 135 Abs. 1, 127, 8 Abs. 1 S. 2 bis 4, Abs. 2 UmwG. Gemäß § 127 UmwG ist das Vertretungsorgan der Stiftung zur Erstellung des Ausgliederungsberichtes verpflichtet. Dies ist, vorbehaltlich einer anderen Regelung in der Satzung, der Stiftungsvorstand. Der notwendige Inhalt des Ausgliederungsberichtes richtet sich nach §§ 127, 8 Abs. 1 S. 2 bis 4, Abs. 2 UmwG. Angaben zum Umtauschverhältnis sind in Abweichung von § 127 UmwG nicht erforderlich bei der Ausgliederung zur Neugründung oder bei ausschließlicher Beteiligung der Stiftung an dem aufnehmenden Rechtsträger. Denn es findet in diesen Fällen kein Anteilsaustausch auf Gesellschafterebene statt.<sup>73</sup> Andernfalls sind jedoch Stiftung und

---

<sup>62</sup> *Stengel* (Fn. 1), § 162, Rz. 8.

<sup>63</sup> *Leuring* (Fn. 57), § 162, Rz. 5.

<sup>64</sup> *Rawert/Hüttemann* (Fn. 10), § 162, Rz. 4.

<sup>65</sup> § 6 Abs. 2 2. Hs. StiftG BW.

<sup>66</sup> § 8 Abs. 1 S. 3 BremStiftG.

<sup>67</sup> § 7 Abs. 2 S. 2 NStiftG.

<sup>68</sup> § 7 Abs. 2 S. 2 SaarlStiftG, sofern sich der Stifter in der Satzung das Recht vorbehält, die Satzungsänderung von seiner Zustimmung abhängig zu machen.

<sup>69</sup> Nur unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 SächsStiftG, im Übrigen lediglich Äußerungsrecht des Stifters.

<sup>70</sup> § 21 Abs. 2 S. 1 StiftG LSA.

<sup>71</sup> § 5 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StiftG SH.

<sup>72</sup> *Leuring* (Fn. 57), § 162, Rz. 6.

<sup>73</sup> *Leuring* (Fn. 57), § 162, Rz. 8.

aufnehmender Rechtsträger in der Festlegung der bei der Ausgliederung zur Aufnahme nach § 126 Abs. 1 Nr. 2 UmwG zu gewährenden Mitgliedschaftsrechte oder Anteile an das Gebot der Vermögenserhaltung gebunden. Hieraus folgt, dass die erworbene Beteiligung zwingend dem Wert des übertragenen Vermögens entsprechen muss.<sup>74</sup> Dieser Beteiligungswert sowie die diesem zugrundeliegende Berechnung ausgehend von dem Wert des übertragenen Unternehmens sind dann jeweils in dem Ausgliederungsbericht darzulegen.<sup>75</sup> Nach § 162 Abs. 2 UmwG ist der Ausgliederungsbericht der zuständigen Behörde und dem Stifter zu übermitteln. Sofern die Satzung zusätzlich zustimmungsberechtigte Personen bzw. Stiftungsorgane bestimmt, ist in entsprechender Anwendung des § 162 Abs. 2 UmwG zu verfahren.<sup>76</sup> Die Pflicht zur Übermittlung trifft dabei dasjenige Organ der Stiftung, das auch für die Erstellung und Unterzeichnung des Berichts verantwortlich ist.<sup>77</sup> Der Zeitpunkt der Übermittlung ist frei bestimmbar und damit unabhängig vom Zeitpunkt des Ausgliederungsbeschlusses nach § 163 UmwG, der erst mit der Genehmigung oder Zustimmung wirksam wird.<sup>78</sup>

#### 6.4 Ablehnung der Eintragung der Ausgliederung bei Überschuldung

Bedarf die Ausgliederung keiner staatlichen Genehmigung nach § 164 Abs. 1 UmwG, so ist das für die Stiftung zuständige Registergericht gemäß § 164 Abs. 2 UmwG verpflichtet, neben den allgemeinen formellen und materiellen Eintragungsvoraussetzungen zu prüfen, ob die Stiftung überschuldet ist.<sup>79</sup> Gelangt das Registergericht zu dem Ergebnis, dass die Verbindlichkeiten der Stiftung ihr Vermögen offensichtlich überschreiten, hat es die Eintragung der Ausgliederung in das Handelsregister abzulehnen.

#### V. Zusammenfassung

Rechtsfähige Stiftungen i.S.d. § 80 BGB können ihre operativen Krankenhaus- oder Pflegeheimbetriebe nach dem UmwG auf eine Handelsgesellschaft ausgliedern. Das gilt auch für kirchliche Stiftungen, sofern sie nach weltlichem Recht organisiert sind. Grundsätzlich ausgliederungsfähig sind nach § 317 UmwG aber auch – die gerade im Gesundheitswesen nicht seltenen – Altstiftungen. Aus Wortlaut und Wertung des UmwG folgt jedoch eine Beschränkung der Ausgliederungsfähigkeit auf Unternehmensträgerstiftungen, d.h. solche, die das Krankenhaus oder Pflegeheim unmittelbar selbst betreiben.

---

<sup>74</sup> *Rawert/Hüttemann* (Fn. 10), § 162, Rz. 6.

<sup>75</sup> *Stengel* (Fn. 1), § 162, Rz. 4.

<sup>76</sup> *Leuering* (Fn. 57), § 162, Rz. 10.

<sup>77</sup> *Rawert/Hüttemann* (Fn. 10), § 162, Rz. 8.

<sup>78</sup> *Stengel* (Fn. 1), § 162, Rz. 10.

<sup>79</sup> *Stengel* (Fn. 1), § 164, Rz. 5.

Formelle Ausgliederungsvoraussetzung ist die Eintragung der Stiftung im Handelsregister, an der es in der Praxis häufig fehlt. Bei Vorliegen der materiellen Eintragungsvoraussetzungen kann diese jedoch unmittelbar vor oder gar gleichzeitig mit der Eintragung der Ausgliederung im Handelsregister erfolgen. In der Praxis hinderlich wirken sich – gerade bei älteren Stiftungen – der stiftungsrechtliche Grundsatz der dauerhaften Vermögensbindung und die in diesem Zusammenhang oft restriktive Genehmigungspraxis der Stiftungsaufsichtsbehörden aus. Das ausgliedernde Unternehmen gehört regelmäßig zum Grundstockvermögen der Stiftung, dessen konkrete Verwendung von einem grundsätzlich unabänderlichen Stiftungszweck vorgegeben ist. Die Anforderungen an den Wortlaut von Stiftungsgeschäft und Stiftungssatzung dürfen jedoch gerade bei Altstiftungen nicht überspannt werden. Denn maßgeblich ist der objektivierte und nicht der historische Stifterwille. Gerade bei Altstiftungen kann eine Anpassung an moderne und dem historischen Stifter noch unbekanntere Strukturen notwendig sein, um die Stiftung überhaupt zu erhalten. Materielle Ausgliederungsvoraussetzung ist regelmäßig das unveränderte Fortbestehen des herrschenden Einflusses der Stiftung auf das operative Unternehmen auch nach Durchführung der Transaktion. Dies ist unproblematisch bei der Ausgliederung zur Neugründung. Bei der Ausgliederung zur Aufnahme müssen Gesellschaftsvertrag und Gesellschafterstruktur des übernehmenden Rechtsträgers eine dauerhafte Gewähr für die dem Stiftungszweck entsprechende Unternehmensführung bieten.

Ein Ausgliederungsbericht ist in Thüringen stets zu erstatten, in den übrigen Bundesländern nur ausnahmsweise, wenn die Ausgliederung bei Lebzeiten des Stifters vorgenommen wird und von seiner Zustimmung abhängig ist, die Ausgliederung eine genehmigungspflichtige Satzungsänderung erfordert oder Rechtsgeschäfte beinhaltet oder ihnen entspricht, die ihrerseits der staatlichen Genehmigung bedürfen. Bedarf die Ausgliederung keiner staatlichen Genehmigung, so wird das Registergericht die Eintragung der Ausgliederung im Handelsregister gleichwohl bei Überschuldung der Stiftung ablehnen.

## Arbeitspapiere der IUBH Duales Studium

- Nr. 1 Prof. Dr. Jörg Herold/Kerstin Polzin:  
Betriebswirtschaftliche Auswirkungen der Kulturförderabgabe am  
Beispiel der Stadt Weimar/Thüringen
- Nr. 2 Prof. Dr. Jörg Herold/Prof. Dr. Hans-Gert Vogel:  
Kulturförderabgabe für Übernachtungen? – Eine kurze rechtliche  
Bewertung der „Bettensteuer“
- Nr. 3 Prof. Dr. Hans-Gert Vogel:  
Anleihen als Finanzierungsinstrument mittelständischer Unternehmen  
– Verbesserter gesetzlicher Rahmen und offene Fragen  
(teilweise publ. in: „Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft“ – ZBB  
3/2010, S. 211 ff., und teilweise zur Veröffentlichung vorgesehen in:  
„Berliner Kommentar zum Schuldverschreibungsgesetz“, Erscheinen  
voraussichtlich Februar 2011)
- Nr. 4 Katrin Witte/Prof. Dr. Hans-Gert Vogel:  
Umstrukturierung von Stiftungen im Gesundheitswesen – Rechtsfragen  
bei der Ausgliederung von Krankenhaus- und Pflegeheimbetrieben  
(zur Veröffentlichung vorgesehen in: „Gesundheitsrecht“ – GesR, März  
2011)
- Nr. 5 Prof. Dr. Jörg Herold/Kerstin Polzin:  
Reversibilität und Irreversibilität – Mathematische Untersuchungen zum  
Zeitverhalten des Produktlebenszyklus
- Nr. 6 Prof. Dr. Jörg Herold/Dipl.-Kfm. Lutz Völker, LL. B.:  
Zufall und Notwendigkeit – Mathematische Untersuchungen zur  
Modellierung der Diffusion von Innovationen
- Nr. 7 Prof. Dr. Jörg Herold/Kerstin Polzin:  
Zeitvarianz und Zeitinvarianz – Mathematische Untersuchungen zum  
Zeitverhalten des Produktlebenszyklus
- Nr. 8 Prof. Dr. Herold/Dipl.-Kfm. Lutz Völker, LL. B.:  
Tarifeinheit oder Tarifpluralität – quo vadis Tarifrecht?
- Nr. 9 Prof. Dr. Herold  
Systemsimulation einer Steuerkanzlei – Optimierung der  
Kommunikationspolitik in der Start-up-Phase