

## **Die Macht des gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebers – zur Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) und ihren Grenzen**

Reinmar Wolff\*

### **A. Problemstellung**

Gestaltungsmacht und Gestaltungsgrenzen des gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebers sind lohnender Gegenstand rechtswissenschaftlicher Diskussion, insbesondere mit Blick auf die Grundrechte. Der Fragenkreis ist aktuell, wie die Maßnahmen der Bankenrettung und die Diskussion gesetzlicher Geschlechterquoten für Aufsichtsrat und Vorstand zeigen. Er ist wenig erörtert; in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spielt Art. 9 Abs. 1 GG nur eine Nebenrolle. Und er ist dogmatisch anspruchsvoll, ist doch die Bindung des Gesetzgebers an ein Grundrecht, dessen Schutzbereich der Gesetzgeber selbst ausgestaltet, alles andere als trivial. Schließlich hat die Fragestellung rechtsgebietsübergreifende Bedeutung, wobei der Meinungsstand im verfassungsrechtlichen Schrifttum den Zivilrechtler zuweilen ratlos lässt. Kein Wunder also, dass diese Fragen bei der 23. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V. im September 2012 Anlass lebhafter Diskussionen waren.

### **B. Notwendigkeit der Ausgestaltung**

Zunächst kurz zu den Grundlagen: Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, Vereine und Gesellschaften (zusammenfassend: Vereinigungen, s. Art. 9 Abs. 2 GG) zu bilden (positive Vereinigungsfreiheit) und davon Abstand zu nehmen (negative Vereinigungsfreiheit). Eine Vereinigung wird dabei in Anlehnung an die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 VereinsG ohne Rücksicht auf die Rechtsform stets angenommen, wenn sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat. Dafür reichen auch lose Zusammenschlüsse aus. Grundrechtsträger ist nicht nur das tatsächliche oder mögliche Mitglied der Vereinigung (individuelle Vereinigungsfreiheit), sondern nach herrschender Auffassung inhaltsgleich auch die Vereinigung selbst (kollektive Vereinigungsfreiheit).

Die Teilgewährleistungen der Vereinigungsfreiheit sind in unterschiedlichem Maße normgeprägt.<sup>1</sup> Die freie Entscheidung etwa, einer Vereinigung nicht beizutreten, wird verfassungsunmittelbar gewährleistet. Anders verhält es sich mit der hier im

\* Dr. Reinmar Wolff ist Rechtsanwalt und Habilitand an der Philipps-Universität Marburg. Der Beitrag greift die von Wolfram Prusko im Referat „Die gesellschaftsrechtliche Strukturhoheit – Machtverteilung in Gesellschaften als Gegenstand der Gesetzgebung“ bei der 23. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V. (5. bis 8.9.2012 in Berlin) aufgeworfenen Fragen auf.

1 M. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, Tübingen 2000, S. 176.

Mittelpunkt stehenden Freiheit, sich zu einer Vereinigung zusammenzuschließen. Zwar mag das auch ohne einfachgesetzliche Regeln möglich sein: Auf einer rein sozial-natürlichen Ebene wird man sich auch ohne rechtliche Verfassung zusammen tun können. Die Grenzen sind aber schnell erreicht: Sobald es darum geht, Eigentum zu halten oder Verbindlichkeiten einzugehen, bleiben ohne Inanspruchnahme gesellschaftsrechtlicher Rechtsformen nur unschöne Treuhand- oder umständliche Gesamtzuständigkeitslösungen. Die damit verbundenen Risiken persönlicher Haftung werden schnell abschreckende Wirkung entfalten. Kein vernünftiger Grundrechtsträger wird sich etwa einer Gewerkschaft (Art. 9 Abs. 3 GG) als besonderer Vereinigung<sup>2</sup> anschließen, wenn er deren volles Haftungsrisiko trägt.<sup>3</sup> Würde Art. 9 Abs. 1 GG bloß die Vereinigung im vorrechtlichen Sinne schützen,<sup>4</sup> könnte dies kein funktionierendes Vereinigungswesen sicherstellen. Die Vereinigungsfreiheit würde damit weitgehend entwertet und bliebe in ihrer Bedeutung erheblich hinter anderen Grundrechten zurück.<sup>5</sup>

Art. 9 Abs. 1 GG muss deshalb auch das Recht gewährleisten, Gesellschaftsrechtsformen samt ihrer erweiterten Ausstattungsmerkmale wie eigene Rechtspersönlichkeit und Haftungsbegrenzung in Anspruch zu nehmen. Solche Gesellschaftsrechtsformen können nur kraft einfachen Rechts bestehen, weil eine vom Grundrechtsträger aus gedachte Privatautonomie beispielsweise nicht auch die Errichtung juristischer Personen mit umfassen kann.<sup>6</sup> Der Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit ist deshalb insoweit normgeprägt.<sup>7</sup> Hier kommt auch das eingangs beschriebene Dilemma zum Tragen: Die grundrechtliche Gewährleistung, Gesellschaftsrechtsformen nach Maßgabe des einfachen Rechts in Anspruch nehmen zu können, ist gegenüber dem einfachen Gesetzgeber (Art. 1 Abs. 3 GG) kein sonderlich scharfes Schwert.

Die Normprägung des Schutzbereichs bedeutet freilich nicht, dass der Schutzzumfang der Vereinigungsfreiheit insoweit allein in der Hand des Gesetzgebers liegt. Denn in

2 W. Löwer, in: I. v. Münch/P. Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2012, Art. 9 Rn. 72; R. Scholz, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, 66. Aufl., München 2012, Art. 9 Rn. 1.

3 Plastisch bereits die Motive, S. 88 (bei B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, 1899, S. 400): „Ein Verein der fraglichen Art (scil. ein Idealverein), dem die Persönlichkeit versagt ist, geräth im Privatrechtsverkehre leicht in eine mißliche Lage, welche in der die Verhältnisse begleitenden Unsicherheit, in der Behinderung bei der Schließung von Rechtsgeschäften, in Schwierigkeiten bei der Prozeßführung zu Tage tritt. Um das privatrechtliche Dasein zu fristen, muß der Verein Zuflucht zu Mitteln nehmen, die häufig versagen, leicht zu Verwickelungen führen und vorgeschobenen Mitgliedern Opfer auferlegen.“

4 So wohl R. Herzog, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, in: W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach, Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin, New York 1987, S. 1415 (1417 f.).

5 M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Tübingen 2005, S. 424 f.

6 Offenbar anders Cornils, Ausgestaltung (Fn. 5), S. 429 ff.

7 BVerfGE 50, 290 (354); H. Bauer, in: H. Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 9 Rn. 52; H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., München 2012, Art. 9 Rn. 14; Löwer, in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Art. 9 Rn. 31; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, § 73 IV 3 b a. E. (S. 1299) und § 73 IV 3 d β (S. 1301).

jedem Fall muss es um „Vereine und Gesellschaften“ gehen und dieser Begriff ist rein verfassungsrechtlich zu bestimmen.<sup>8</sup> Die Einpersonen-GmbH beispielsweise ist zwar einfachrechtlich, nicht aber verfassungsrechtlich Gesellschaft.<sup>9</sup>

### C. Grenzen der Ausgestaltung

Wegen der Normprägung seines Schutzbereichs hängen Bedeutung und Reichweite des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 1 GG entscheidend von den Grenzen ab, denen der einfache Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit unterliegt. Diese Grenzen können sich nur aus dem Grundrecht selbst ergeben.

#### I. Keine Bindung an den überkommenen Normbestand

Es ist zu Recht anerkannt, dass der einfache Gesetzgeber nicht an den überkommenen Bestand gesellschaftsrechtlicher Vorschriften gebunden ist.<sup>10</sup> Jede andere Sicht würde zu einer Versteinierung des Gesellschaftsrechts führen. Eine historisch zufällige Ausgestaltung hätte Verfassungsrang; dem Gesetzgeber wäre die Anpassung des Gesellschaftsrechts an geänderte Anforderungen verwehrt. Für die Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit wäre das widersinnig. Eine andere Frage ist die nach den Voraussetzungen für die Veränderung bestehender Gesellschaftsrechtsformen; darauf wird noch zurückzukommen sein (unten IV).

#### II. Mindestmaß an Ausgestaltung

Der Gesetzgeber darf ein Mindestmaß an Ausgestaltung nicht unterschreiten, wobei die genaue Grenzziehung naturgemäß unscharf bleibt. Manche greifen auf das – seinerseits schwer fassbare – Untermaßverbot zurück; das Bundesverfassungsgericht fordert, „eine hinreichende Vielfalt von Rechtsformen zur Verfügung zu stellen, die den verschiedenen Typen von Vereinigungen angemessen und deren Wahl deshalb zumutbar ist“.<sup>11</sup> Entscheidend ist dabei, dass jeder geschützten Vereinigung die Wahl einer Gesellschaftsrechtsform zumutbar sein muss. Ob die Zumutbarkeit durch eine Vielzahl verschiedener Rechtsformen oder durch wenige, aber hinreichend flexible Rechtsformen erreicht wird, kann dagegen keinen Unterschied machen.

Das erforderliche Mindestmaß an Ausgestaltung gibt keine einzelnen Ausgestaltungselemente vor; weder sind bestimmte Rechtsformen noch einzelne unabänderbar

8 Cornils, Ausgestaltung (Fn. 5), S. 401.

9 W. Höfling, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2011, Art. 9 Rn. 10; M. Kemper, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München 2010, Art. 9 Rn. 13; Löwer, in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Art. 9 Rn. 36; Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 2), Art. 9 Rn. 61.

10 BVerfGE 50, 290 (355); BVerfG NJW 2001, 2617.

11 BVerfGE 50, 290 (355); BVerfG NJW 2001, 2617 f.; zur Handlungspflicht des Gesetzgebers sehr zurückhaltend Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 2), Art. 9 Rn. 31; zur Formel des BVerfG kritisch Bauer, in: Dreier (Fn. 7), Art. 9 Rn. 65 (sie bringe keinerlei praktisch umsetzbaren Erkenntniszuwachs, weil sie mehr verwirre als erkläre).

vorbestimmte Ausstattungsmerkmale bereitzustellen.<sup>12</sup> Der Gesetzgeber ist zwar bei der rechtstechnischen Gestaltung frei.<sup>13</sup> An die grundrechtlich vorgegebenen Ziele ist er aber gebunden, muss also den geschützten Vereinigungen die freie Assoziation ermöglichen.<sup>14</sup> Er braucht daher keine juristischen Personen bereitzustellen, wohl aber hat er die Möglichkeit einer irgendwie gearteten rechtlichen Existenz der Vereinigung einschließlich der Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr zu eröffnen.<sup>15</sup>

Die Verpflichtung des Gesetzgebers, einen Mindestbestand von Vereinigungsformen sicherzustellen, gilt insbesondere auch für Vereinigungen, in denen das personale Element im Vordergrund steht. Solche Vereinigungen liegen Art. 9 Abs. 1 GG nach Sinn und (geschichtlicher) Bedeutung besonders am Herzen.<sup>16</sup> Der einfache Gesetzgeber hat ihnen eine einfach zu handhabende Rechtsform mit niedrigem Gründungs- und Unterhaltungsaufwand bereitzustellen.<sup>17</sup>

Beispiele für die Unterschreitung des Mindestmaßes an gesellschaftsrechtlichem Bestand lassen sich angesichts eines entwickelten Gesellschaftsrechts rechtstatsächlich nicht leicht finden. Denkbar wäre dies für kleine Kooperationen wie etwa Zusammenschlüsse zum Betrieb von Dorfläden, wenn ihnen weder die – eigentlich passende – Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft wegen ihrer Rechtsformkosten<sup>18</sup> noch andere Rechtsformen zumutbar sind.<sup>19</sup>

### III. Bindung bei der Ausgestaltung

Die Verpflichtung, insgesamt zumutbare Rechtsformen bereitzustellen, sagt noch wenig darüber aus, welchen Bindungen der einfache Gesetzgeber unterliegt, wenn er gesellschaftsrechtliche Regelungen schafft. Räumt Art. 9 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber aber tatsächlich eine „grundrechtsdogmatisch nur noch schwer zu domestizierende Gestaltungsfreiheit“<sup>20</sup> ein?

#### 1. Meinungsstand

Der Meinungsstand zu den Ausgestaltungsgrenzen der Vereinigungsfreiheit jenseits des Mindestmaßgebots ist jedenfalls unübersichtlich.

12 BVerfGE 83, 341 (355) (zur religiösen Vereinigungsfreiheit).

13 Betont von *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 9), Art. 9 Rn. 10.

14 *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 2), Art. 9 Rn. 70.

15 BVerfGE 83, 341 (355) (zur religiösen Vereinigungsfreiheit).

16 BVerfGE 50, 290 (353 f.).

17 Soweit er solchen Vereinigungen nicht eine Existenz außerhalb des Systems von Gesellschaftsrechtsformen ermöglicht.

18 S. nur BReg, BT-Drucks. 17/10654, S. 1 („Kleine Genossenschaften werden hierdurch regelrecht totgeprüft.“).

19 Zu den Reformbestrebungen der Bundesregierung BT-Drucks. 17/10654, S. 1.

20 So *Bauer*, in: Dreier (Fn. 7), Art. 9 Rn. 52.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Leitentscheidung zum Mitbestimmungsgesetz aus dem Jahr 1979 ausgeführt, der ausgestaltende Gesetzgeber unterliege Bindungen, die sich am Schutzgut des Art. 9 Abs. 1 GG zu orientieren hätten.<sup>21</sup> Die Ausgestaltung müsse auf einen Ausgleich gerichtet sein, der geeignet sei, freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines geordneten Vereinslebens und der schutzbedürftigen sonstigen Belange zu ermöglichen und zu erhalten.<sup>22</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 zur Pflichtmitgliedschaft von Genossenschaften in Prüfungsverbänden hat das Bundesverfassungsgericht die Einhaltung dieser Bindungen anhand einer schulmäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Schritten der Feststellung des mit der Regelung verfolgten Zwecks, ihrer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit vorgenommen.<sup>23</sup> Näher begründet wurde die Anwendung dieses Maßstabs nicht.

Auch dem Schrifttum ist es bislang nur bedingt gelungen, Schneisen in das Dickicht zu schlagen, das den vorliegenden Fragenkreis umgibt.<sup>24</sup> Vereinzelt wird nur die natürliche Vereinigung für geschützt gehalten, so dass der Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit gar nicht vom einfachen Recht abhängt und der Gesetzgeber daher keinen Bindungen nach Art. 9 Abs. 1 GG unterliegt.<sup>25</sup> Aber auch auf Grundlage der im Schrifttum vorherrschenden Annahme eines normgeprägten Schutzbereichs gehen die Auffassungen über die anzuwendenden Schranken auseinander: Manche halten den Gesetzgeber für weitestgehend frei,<sup>26</sup> andere sehen ihn an Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Wesensgehaltsgarantie und andere Beschränkungen gebunden, die auch für die Rechtfertigung von Eingriffen gelten.<sup>27</sup> Zuweilen wird der Gesetzgeber nur bei der Entfaltung der Vereinigungsfreiheit, also bei Maßnahmen, die das Schutzgut fördern, für frei gehalten. Öffentliche Belange dagegen sollen, wenn überhaupt, nur unter den Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit geschützt werden können.<sup>28</sup> Schließlich werden zuweilen auch ausgestaltende Regelungen unmittelbar dem für die Rechtfertigung von Eingriffen geltenden Regime unterworfen.<sup>29</sup>

## 2. Verhältnismäßigkeit

Die bei weitem wichtigste Ausgestaltungsschranke, die erörtert wird, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

21 BVerfGE 50, 290 (355).

22 BVerfGE 50, 290 (355).

23 BVerfG NJW 2001, 2617 (2618 f.).

24 Wendung von *Herzog*, in: FS Zeidler (Fn. 4), S. 1415 (1416).

25 So *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 9), Art. 9 Rn. 10 f. (ausführlicher noch 4. Aufl., München 1999, Art. 9 Rn. 45 ff.); dazu oben B.

26 *Höfling*, in: Sachs (Fn. 9), Art. 9 Rn. 36.

27 Etwa *H. Baumann*, Die Vereinigungs- und Berufsfreiheit der juristischen Person, BB 1997, 2281 (2283); *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 2), Art. 9 Rn. 80.

28 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 7), Art. 9 Rn. 14.

29 *M. Cornils*, in: V. Epping/C. Hillgruber, Grundgesetz, Kommentar, München 2009, Art. 9 Rn. 20 ff.

### a) Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Angesichts der Allgegenwärtigkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im öffentlichen Recht überrascht es fast ein wenig, dass seine Geltung für die Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit so verbreitet in Zweifel gezogen wird. Tatsächlich trägt ein argumentativer Dreiklang – der sich allerdings noch zweier Einwände erwehren muss (unten b und c) – die umfassende Bindung des Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>30</sup>

Erstens überzeugt es in der Sache, nur verhältnismäßige Ausgestaltungen zuzulassen. Für die Verfolgung illegitimer Zwecke besteht im grundrechtssensitiven Raum ebenso wenig Bedarf wie für ungeeignete Regelungen, die ihr Ziel von vornherein nicht erreichen können, für nicht erforderliche Ausgestaltungen, die die Rechtsunterworfenen unnötig belasten, oder für unangemessene Vorschriften, bei denen die Belastung außer Verhältnis zum Zweck steht. Unverhältnismäßige Ausgestaltungen zuzulassen führt zu ganz merkwürdigen, einem Rechtsstaat nicht gut zu Gesicht stehenden Ergebnissen.

Zweitens gebietet es der Vergleich mit der Rechtfertigung von Eingriffen in den Schutzbereich, die Ausgestaltung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterwerfen.<sup>31</sup> Dass Eingriffe verhältnismäßig sein müssen, ist zu Recht anerkannt.<sup>32</sup> Nun sind Ausgestaltungen schon definitionsgemäß keine Eingriffe: Dort geht es um eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs, hier um seine Konturierung. Für die Nachdrücklichkeit des grundrechtlichen Schutzes ist das aber von untergeordneter Be-

30 So im Ergebnis auch *Baumann*, Vereinigungsfreiheit (Fn. 27), BB 1997, 2281 (2283); *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 2), Art. 9 Rn. 80 (für eine Teilfrage); wohl auch *Löwer*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Art. 9 Rn. 32 a. E.; andeutungsweise ebenfalls BVerfGE 50, 290 (355) und BVerfG NJW 2001, 2617: „Auf der anderen Seite darf der Gesetzgeber die Ausgestaltung nicht nach seinem Belieben vornehmen. Diese hat sich vielmehr an dem Schutzgut des Art. 9 Abs. 1 GG zu orientieren; sie muß auf einen Ausgleich gerichtet sein, der geeignet ist, freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines geordneten Vereinslebens und der schutzbedürftigen sonstigen Belange zu ermöglichen und zu erhalten.“ In der zweitgenannten Entscheidung schließt das Bundesverfassungsgericht eine ins Detail gehende Prüfung der einzelnen, jeweils angemessenen Ausgleichs“ zwischen dem in Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsinteresse und gegenläufigen Interessen überschritten seien. Unklar zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dagegen *M. Gehrlein*, Die Verfassungswidrigkeit des Anschlusszwangs an genossenschaftliche Prüfungsverbände, WM 1995, 1781 (1786 li. Sp.).

31 Zur schwierigen Abgrenzung bei Art. 9 Abs. 1 GG *Bauer*, in: *Dreier* (Fn. 7), Art. 9 Rn. 61; *Cornils*, in: *Epping/Hillgruber* (Fn. 29), Art. 9 Rn. 19; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Art. 9 Rn. 32; *J. Zieckow*, in: *D. Merten/H.-J. Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, § 107 Rn. 44 f.; kritisch zu den Folgen für die dogmatische Klarheit *M. Sachs*, Pflichtmitgliedschaft in genossenschaftlichen Prüfungsverbänden, JuS 2002, 79 (80).

32 Vgl. nur *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 7), Vorb. Rn. 145 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

deutung;<sup>33</sup> entscheidend ist, dass dem Gesetzgeber jeweils Grenzlinien im grundrechtssensiblen Bereich vorgegeben werden.<sup>34</sup> Andernfalls würde das Schutzgut weitgehend im Belieben des Gesetzgebers stehen<sup>35</sup> und die grundrechtliche Verbürgung insoweit leerlaufen.<sup>36</sup>

Drittens ist die Bindung des ausgestaltenden Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei anderen normgeprägten Grundrechten gang und gäbe,<sup>37</sup> ohne dass Gründe für eine abweichende Behandlung der Vereinigungsfreiheit ersichtlich wären. Insbesondere müssen Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums verhältnismäßig sein.<sup>38</sup> Das ist anerkannt, obwohl Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG den Gesetzgeber eigens zur Ausgestaltung ermächtigt. Die Vereinigungsfreiheit, die ihre Ausgestaltung nicht ausdrücklich in die Hand des Gesetzgebers legt, kann ihn deshalb nicht freier stellen.<sup>39</sup>

#### **b) Unvereinbarkeit mit der bloßen Mindestverpflichtung des Gesetzgebers?**

Der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch für die Ausgestaltung mag man ihren Charakter als Mindestverpflichtung entgegenhalten: Wenn der Gesetzgeber das Gesellschaftsrecht über dieses Mindestmaß hinaus ausgestaltet, also beispielsweise eine zusätzliche Gesellschaftsrechtsform schafft, liegt darin nicht selbst dann ein grundrechtsfreundlicheres Plus, wenn sie nicht verhältnismäßig ausgestaltet ist? Können solche freiwilligen und pflichtübererfüllenden Maßnahmen des ausgestaltenden Gesetzgebers tatsächlich denselben strengen Voraussetzungen wie Grundrechtseingriffe unterworfen werden?

Der Einwand überzeugt aus zwei Gründen nicht: Zum einen setzt das Argument voraus, dass sich das von Art. 9 Abs. 1 GG geforderte Mindestmaß an Ausgestaltung einigermaßen trennscharf von den darüber hinausgehenden Ausgestaltungen abgrenzen lässt. Das ist aber gerade nicht der Fall (oben II). Zum anderen sichert das Mindestmaß an Ausgestaltung eine ausreichende Rechtsformwahl, zielt aber nicht darauf ab, weitergehende Ausgestaltungen von jeder Bindung freizustellen. Das erforderliche Mindestmaß ist also keine abschließende Regelung, sondern lässt Raum für andere Bindungen. Nur dieses Verständnis wird dem Schutzgut der Vereinigungsfreiheit gerecht. Das belegt auch Art. 14 GG, wo die Pflicht zur verhältnismä-

33 Besonders deutlich ist dies, wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unmittelbar aus den Grundrechten selbst entwickelt wird (so etwa BVerfGE 76, 1 (50 f.)).

34 Zur vergleichbaren Wirkung von Ausgestaltung und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung eines Eingriffs H. D. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), 345 (368).

35 Was nach BVerfGE 50, 290 (355) gerade nicht der Fall ist.

36 In diese Richtung Jarass, Bausteine (Fn. 34), AöR 120 (1995), 345 (368), der in der Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zwar erhebliche Gefahren erblickt, diese Freiheit aber auch nur beschränkt Bindungen zu unterwerfen bereit ist (S. 369).

37 Zu Art. 14 GG s. etwa BVerfGE 52, 1 (29).

38 Vgl. nur BVerfGE 58, 137 (148).

39 R. Wolff, Der drittbestimmte Verein, Berlin 2006, S. 98 (auch zum Argument aus Art. 14 Abs. 2 GG).



ßigen Ausgestaltung und die Institutsgarantie unabhängig voneinander den einfachen Gesetzgeber binden.

### c) Kontrollfreiheit von Rechtsformvoraussetzungen?

In der Prüfungsverbandsentscheidung lehnt es das Bundesverfassungsgericht ab, Rechtsformvoraussetzungen an der kollektiven Vereinigungsfreiheit (und damit am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) zu messen: Bildeten der Zugang zur Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft und deren Mitgliedschaft im Prüfungsverband eine funktionale Einheit (Rechtsformvoraussetzung), so komme der eingetragenen Genossenschaft eine vom Prüfungsverband unabhängige Stellung nicht zu, so dass sie sich hinsichtlich dieser Mitgliedschaft nicht auf Art. 9 Abs. 1 GG berufen könne.<sup>40</sup>

Das kann nicht überzeugen,<sup>41</sup> und zwar ganz unabhängig davon, dass der Gesetzgeber praktisch jede Ausgestaltung zur Rechtsformvoraussetzung machen könnte und vom Schutz des Grundrechts damit nicht viel übrig bliebe. Denn die Überlegung, ihre Rechtsformvoraussetzungen seien der Genossenschaft vorgelagert und könnten ihre Vereinigungsfreiheit daher nicht berühren, lässt jedenfalls die individuelle Vereinigungsfreiheit der Mitglieder außen vor:<sup>42</sup> Die Mitglieder wählen die Vereinigungsrechtsform, ohne im Verdacht zu stehen, mit deren Rechtsformvoraussetzungen eine funktionale Einheit zu bilden. Jedenfalls mit Blick auf die individuelle Vereinigungsfreiheit ist der ausgestaltende Gesetzgeber also an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden.

Aber auch die kollektive Vereinigungsfreiheit wird durch Rechtsformvoraussetzungen berührt. Denn die Vereinigung ist zwar in ihrer Rechtsform verfasst, besteht aber grundsätzlich unabhängig von ihr. So entsteht auch die genossenschaftliche Vereinigung als Trägerin der kollektiven Vereinigungsfreiheit nicht erst mit der Eintragung ins Genossenschaftsregister (mit der Folge, dass es nie eine Vereinigung ohne Prüfungsverbandsmitgliedschaft gäbe), sondern bereits mit der Bildung des Zusammenschlusses (einfachrechtlich formuliert: mit dem Zusammenschluss der Mitglieder zur Vorgenossenschaft). Versteht man mit der herrschenden Auffassung die kollektive Vereinigungsfreiheit inhaltsgleich zur individuellen, kann die Wahl des geeigneten Rechtskleids nicht aus dem kollektiven Schutz der Vereinigungsfreiheit herausfallen.

40 BVerfG NJW 2001, 2617; ausführlicher V. *Beuthien*, Die Verfassungsmäßigkeit der Zuordnung jeder eingetragenen Genossenschaft zu einem genossenschaftlichen Prüfungsverband, WM 1995, 1788 (1790 f.).

41 Vgl. F. *Becker*, Verfassungsmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft von Genossenschaften in genossenschaftlichen Prüfungsverbänden, JA 2001, 542 (543).

42 Am Rande erwähnt bei *Beuthien*, Verfassungsmäßigkeit (Fn. 40), WM 1995, 1788 (1792).



#### d) Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Wegen der Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss jede ausgestaltende Regelung, die die freie Assoziation beschränkt, einen legitimen Zweck verfolgen und zu seiner Erreichung geeignet, notwendig und angemessen sein.<sup>43</sup>

Zu den legitimen Zwecken zählt gewiss der Schutz der verschiedenen Träger der Vereinigungsfreiheit, also der verschiedenen Mitglieder (einschließlich der Minderheitsmitglieder) und der Vereinigung selbst. Der Gesetzgeber kann anerkanntermaßen auch die Sicherheit des Rechtsverkehrs im Umgang mit den Vereinigungen schützen, und zwar sowohl für Gläubiger als auch für künftige Mitglieder der Vereinigung. Schließlich nimmt das Bundesverfassungsgericht an, dass auch schutzwürdige Belange Dritter, etwa von Arbeitnehmern der Vereinigung, und öffentliche Belange berücksichtigt werden können.<sup>44</sup> Gewiss gehen solche Interessen über die bei jeder gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung zu berücksichtigenden Interessen hinaus, so dass sie gewissermaßen von außen an das Grundrecht herangetragen werden. Deshalb lässt sich auch hören, sie als Eingriff statt als Ausgestaltung zu verstehen<sup>45</sup> und für ihre Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht nicht schon berechnete Interessen, sondern nur Verfassungsgüter als kollidierende Güter zuzulassen.<sup>46</sup> Andererseits berührt die Vereinigung stets auch öffentliche Interessen: Von den Gesellschaftsgläubigern zum Rechtsverkehr ist es ein ebenso kleiner Schritt wie von den Mitgliederinteressen zur Funktionsfähigkeit der Gesellschaft.

Für die Angemessenheit sind die beteiligten Interessen abzuwägen, wobei das Assoziationsinteresse umso schwerer wiegt, je zentraler die betroffene Funktion für die Vereinigungsfreiheit ist. Die Ausgestaltungsfreiheit nimmt deshalb mit Annäherung an den personalen Kern des Grundrechts ab.<sup>47</sup> Dem Gesetzgeber bleibt in jedem Fall aber eine gewisse Gestaltungsfreiheit.<sup>48</sup> Er ist in seiner politischen Zielsetzung, in der Auswahl und in der Ausgestaltung seiner Regelungsinstrumente weitgehend frei.<sup>49</sup> Die gesetzliche Regelung darf aber nicht schlechthin ungeeignet oder unverhältnismäßig sein, ihren Zweck zu erreichen.<sup>50</sup>

43 Speziell zur Ausgestaltung des Schutzbereichs der Vereinigungsfreiheit implizit BVerfG NJW 2001, 2617 (2618 f.); *Beuthien*, Verfassungsmäßigkeit (Fn. 40), WM 1995, 1788 (1792).

44 BVerfGE 50, 290 (354).

45 So *Cornils*, Ausgestaltung (Fn. 5), S. 407 ff.; s. auch *D. Merten*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 165 Rn. 74.

46 Dazu *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 7), Vorb. vor Art. 1 Rn. 49 m. w. N.

47 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 7), Art. 9 Rn. 14; s. auch BVerfGE 50, 290 (355 f.) (für große Kapitalgesellschaften).

48 *C. Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 9), Art. 1 Rn. 279 ff.

49 BVerfGE 50, 290 (332 f.); 57, 139 (159); 62, 1 (50); 90, 145 (173).

50 Zur Unverhältnismäßigkeit im Rahmen der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen BVerfGE 94, 268 (285); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 9), Art. 1 Rn. 279.

### 3. Weitere Ausgestaltungsschranken

Als weitere Schranken der Ausgestaltung kommen das Verbot des Einzelfallgesetzes entsprechend Art. 19 Abs. 1 GG, die Wesensgehaltsgarantie entsprechend Art. 19 Abs. 2 GG<sup>51</sup> und der Bestimmtheitsgrundsatz in Betracht. Sie spielen für den gesellschaftsrechtlichen Gesetzgeber aber nur selten eine Rolle.

### IV. Übergangsprobleme

Der gesellschaftsrechtliche Gesetzgeber schafft nur selten völlig neue Gesellschaftsrechtsformen. In aller Regel verändert er die bestehende Gesellschaftsrechtsordnung. Das wirft die Frage auf, ob für verändernde Ausgestaltungen weitergehende Regeln gelten als für neue Ausgestaltungen. Dass jedenfalls die Voraussetzungen für eine Ausgestaltung erfüllt sein müssen, liegt auf der Hand.

Im Ergebnis müssen solche Veränderungen des gesellschaftsrechtlichen Normenbestands grundsätzlich zulässig und von der Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gedeckt sein.<sup>52</sup> Denn andernfalls käme es doch wieder zu einer Versteinigung des vorhandenen Normbestands, die Art. 9 Abs. 1 GG nicht nur nicht gebietet, sondern die im Gegenteil dem Schutzauftrag des Grundrechts schadet (oben I). Dafür spricht auch, dass ohnehin jede Ausgestaltung verhältnismäßig sein und jeder Vereinigung eine zumutbare Gesellschaftsrechtsform bereitgestellt werden muss. Sind diese Voraussetzungen gewahrt, wird die Veränderung der Ausgestaltung in aller Regel auch für diejenigen akzeptabel sein, die von der bisherigen Ausgestaltung Gebrauch gemacht hatten.

Haben die Grundrechtsträger allerdings von den bisherigen Vereinigungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht und ausnahmsweise schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der Ausgestaltung erworben, ist diese Vertrauensposition im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und/oder der Feststellung, ob auch für diese Vereinigung eine zumutbare Wahl bleibt, einzubeziehen. Der Gesetzgeber kann Änderungen durch Entschädigungen und vor allem durch Übergangsregelungen abfedern und dem schutzwürdigen Vertrauen so Rechnung tragen.<sup>53</sup> In der Tat hat der Gesetzgeber großzügige Übergangsregelungen geschaffen, wenn er Gesellschaftsrechtsformen beseitigt und damit die vorhandene Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit zurückgenommen hat, etwa bei Abschaffung der Bergrechtlichen Gewerkschaft oder der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft der früheren DDR. Die geplante Abschaffung der Partenreederei soll bereits bestehende Gesellschaften sogar unberührt lassen. Da die Partenreederei mit dem sie betreffenden Schiff untergeht,

51 Dazu *Herzog*, in: FS Zeidler (Fn. 4), S. 1415 (1423 ff.) (mit Blick auf Art. 14 GG).

52 So auch *J. Ziekow*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Fn. 31), § 107 Rn. 45.

53 *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt 1994, S. 304 ff.; *Gellermann*, *Grundrechte* (Fn. 1), S. 403 ff.; zu Art. 14 GG BVerfGE 58, 300 (351).

zählt der Gesetzgeber auf die Endlichkeit dieser Gesellschaftsrechtsform.<sup>54</sup> Auch gesetzliche Geschlechterquoten für Aufsichtsrat und Vorstand kann der Gesetzgeber – sollten sie denn im Übrigen verfassungsgemäß sein – für bestehende Gesellschaften nicht von heute auf morgen einführen. Eine angemessene Übergangsfrist muss der Gesellschaft in der Regel erlauben, sich ohne Verletzung geschlossener Anstellungsverträge erst mit dem Ende laufender Wahlperioden von ihren bisherigen Organwaltern zu trennen.

#### **D. Ergebnis**

Die Vereinigungsfreiheit verbürgt das Recht, Vereinigungen nach Maßgabe des einfachen Rechts zu bilden. Das Grundrecht ist damit aber nicht dem Belieben des Gesetzgebers ausgesetzt. Aus Art. 9 Abs. 1 GG folgen vielmehr Ausgestaltungsschranken, die der Gesetzgeber zu beachten hat. Besonders wichtig sind zwei: Der Gesetzgeber muss jeder von Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Vereinigung die Wahl einer für sie zumutbaren Rechtsform ermöglichen (Gewährleistung eines Mindestbestands der Ausgestaltung). Und ganz unabhängig davon muss jede einzelne Regelung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Unter denselben Voraussetzungen kann der Gesetzgeber bestehende Ausgestaltungen auch zurücknehmen oder ändern. Berechtigtes Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Ausgestaltungen hat er dabei aber ausreichend zu berücksichtigen.

54 Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts, BT-Drucks. 17/10309, S. 43.