

# Klausur: Die gewerbetreibende Wirtschaftsprüferin und der Datenschutz\*

Von Wiss. Mitarbeiter **David Meurers**, Jena\*\*

*Bei der Klausur handelt es sich um eine Grundrechtsklausur zu Art. 12 GG mit mittlerem Schwierigkeitsgrad. Ungewöhnlich ist die Einbettung von Grundrechten Dritter in der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ferner ist es anspruchsvoll, bei der vielstufigen Rechtfertigungsprüfung den Überblick nicht zu verlieren. Rechtlich werden zumeist Standardprobleme abgeprüft. Die alltagsfremde Einbettung verlangt es, sich unter Zeitdruck in einen neuen Kontext einzudenken und sich mit unbekanntenen Normen auseinanderzusetzen.*

## Sachverhalt

Die Deutsche Kim Welden (W) ist führende Wirtschaftsprüferin einer renommierten Kanzlei im Erfurter Andreasviertel. Zum 1.1.2015 wird ihr die Übernahme des Postens einer dritten Geschäftsführerin der Muttergesellschaft eines großen Frankfurter Mischkonzerns, der Nexact GmbH (N), angeboten. Schon im Vorfeld schlägt dies hohe Wellen. Insbesondere die Erfurter Süßwaren AG (E), ihres Zeichens Hauptkonkurrentin der N im Süßwarensegment und im Jahr zuvor einer feindlichen Übernahme nur knapp entgangen, ist wenig begeistert. Als Kapitalgesellschaft treffe sie, E, die gesetzliche Pflicht, Jahresabschlüsse zu veröffentlichen und diese zuvor von einem Wirtschaftsprüfer auf ihre Richtigkeit überprüfen zu lassen, wobei sie zwangsläufig alle, auch sensible Daten zugänglich machen müsse. In der Vergangenheit habe sie stets die W damit beauftragt. Wegen deren angekündigten Engagements bei der Konkurrenz fürchtet E nun vor allem die Weitergabe ihrer Daten. Zwar sei W gesetzlich zum Schweigen verpflichtet, aber wer könne die Einhaltung dieser Pflicht schon garantieren? Der Staat müsse jetzt aktiv werden und für ihre Grundrechte eintreten. Freiwillig hätte sie der W schließlich nie ihre Daten anvertraut.

Unter dem Drängen der E fordert die Aufsichtsbehörde die W schriftlich zum Verzicht auf den Posten auf, widrigenfalls werde sie die Tätigkeit untersagen und ggf. Buß- bzw. Ordnungsgelder verhängen. § 43a Abs. 3 WiPrO verbiete allen Berufsangehörigen weitgehend, sich gewerblich zu betätigen. Wirtschaftsprüfer übten im gesamtgesellschaftlichen Interesse wesentliche Kontrollfunktionen aus. Ihre Prüfvermerke garantierten die Richtigkeit der geprüften Unternehmensdaten. Dies schaffe Vertrauen, was für den Wirtschaftsverkehr elementar sei. Als Berufsaufsicht wolle sie das gesetzgeberische Ziel verwirklichen, die Integrität des Beru-

fes „Wirtschaftsprüfer“ zu wahren und schon jeden Anschein von Parteilichkeit zu vermeiden.

W ist außer sich. Nicht sie, sondern die Behörde sei parteilich und verweigere ihr ohne Not ein lukratives Engagement. Die Gefahr der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen der E bestehe nicht. Ihre Funktion bei der N betreffe gemäß interner Absprache nur deren Haushaltswarenssegment und sei rein beratend-repräsentativ. Offiziell besitze sie eine uneingeschränkte Geschäftsführerstellung, dies diene aber einzig der Außendarstellung. Tatsächlich werde das komplette Tagesgeschäft von ihren beiden hauptamtlichen Geschäftsführerkollegen abgewickelt. Überhaupt wisse sie, dass Indiskretion letztlich vor allem ihr selbst und ihrem Ruf als seriöse Wirtschaftsprüferin schaden würde und daran habe sie kein Interesse. Insgesamt sei das Verbot nach seinem Sinn und Zweck einschränkend auszulegen. Falls dies nicht möglich sei, garantiere das Grundgesetz eine freiheitliche Wirtschaftsordnung, so dass wegen seiner tatbestandlichen Weite schon das Verbotsgesetz verfassungswidrig sein müsse.

Aufgrund der Warnung tritt W den Posten vorsorglich nicht an, beschreitet aber den Rechtsweg. Dies bleibt ohne Erfolg. Am heutigen Tage wurde ihr das letztinstanzliche abweisende Urteil zugestellt.

## Aufgabe

Welches gerichtliche Verfahren kann W jetzt noch zu ihrem Recht verhelfen? Prüfen Sie dessen Erfolgsaussichten!

## Bearbeitervermerk

1. Gehen Sie dabei auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – ein.
2. Das tatsächliche Vorbringen der E, der W und der Behörde ist als wahr zu unterstellen.
3. Von der formellen Rechtmäßigkeit der WiPrO ist auszugehen.
4. Art. 33 GG ist nicht zu prüfen.

## Auszug aus dem Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung, WiPrO)<sup>1</sup>

§ 1 WiPrO Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften

(1) Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüferinnen (Berufsangehörige) sind Personen, die als solche öffentlich bestellt sind. Die Bestellung setzt den Nachweis der persönlichen und fachlichen Eignung im Zulassungs- und staatlichen Prüfungsverfahren voraus.

(2) Der Wirtschaftsprüfer übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe. [...]

\* Die Klausur basiert auf BVerwG, Urt. v. 20.1.2016 – 10 C 24/14, NVwZ-RR 2016, 538. Die Klausur wurde im Sommersemester 2016 an der Uni Jena als Abschlussklausur der Veranstaltung „Grundkurs II“ (Grundrechte) gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. 309 Teilnehmer erzielten durchschnittlich 5,93 Punkte.

\*\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Öffentliches Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur. an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

<sup>1</sup> Ausfertigungsdatum: 24.7.1961; inhaltlich im Wesentlichen unverändert seit 1.1.1995.

*§ 2 WiPrO Inhalt der Tätigkeit*

(1) Wirtschaftsprüfer haben die berufliche Aufgabe, betriebswirtschaftliche Prüfungen, insbesondere solche von Jahresabschlüssen wirtschaftlicher Unternehmen, durchzuführen und Bestätigungsvermerke über die Vornahme und das Ergebnis solcher Prüfungen zu erteilen. [...]

*§ 17 WiPrO Berufsurkunde und Berufseid*

(1) Bewerber haben vor Aushändigung der Urkunde den Berufseid vor der Wirtschaftsprüferkammer oder einer von ihr im Einzelfall beauftragten Stelle zu leisten. Die Eidesformel lautet:

„Ich schwöre, daß ich die Pflichten eines Wirtschaftsprüfers verantwortungsbewußt und sorgfältig erfüllen [...] werde [...]“.

*§ 43 WiPrO Allgemeine Berufspflichten*

(1) Berufsangehörige haben ihren Beruf unabhängig, gewissenhaft, verschwiegen und eigenverantwortlich auszuüben. Sie haben sich insbesondere bei der Erstattung von Prüfungsberichten und Gutachten unparteiisch zu verhalten.

(2) Berufsangehörige haben sich jeder Tätigkeit zu enthalten, die mit ihrem Beruf oder mit dem Ansehen des Berufs unvereinbar ist. Sie haben sich der besonderen Berufspflichten bewusst zu sein, die ihnen aus der Befugnis erwachsen, gesetzlich vorgeschriebene Bestätigungsvermerke zu erteilen. [...]

*§ 43a WiPrO Regeln der Berufsausübung*

(3) Berufsangehörige dürfen keine der folgenden Tätigkeiten ausüben:

1. gewerbliche Tätigkeiten [...].

Auf Antrag kann die Wirtschaftsprüferkammer Berufsangehörigen genehmigen, eine Tätigkeit nach Satz 1 auszuüben, wenn [...] durch die Tätigkeit das Vertrauen in die Einhaltung der Berufspflichten nicht gefährdet werden kann. [...]

*§ 48 WiPrO Siegel*

(1) Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sind verpflichtet, ein Siegel zu benutzen, wenn sie Erklärungen abgeben, die den Berufsangehörigen gesetzlich vorbehalten sind. [...]

*§ 67 WiPrO Ahndung einer Pflichtverletzung*

(1) Gegen einen Wirtschaftsprüfer, der seine Pflichten schuldhaft verletzt, wird eine berufsaufsichtliche Maßnahme verhängt. [...]

**Lösungsvorschlag**

W hat die Möglichkeit, Verfassungsbeschwerde zu erheben. Eine solche hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sind.

**I. Zuständigkeit des BVerfG**

Das Bundesverfassungsgericht ist für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden zuständig gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

**II. Beteiligtenfähigkeit/Beschwerdeberechtigung<sup>2</sup>**

W müsste beteiligtenfähig sein. Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 S. 1 BVerfGG<sup>3</sup> ist „jedermann“ befugt, eine Verfassungsbeschwerde zu erheben. Darunter fallen in jedem Fall natürliche Personen wie W.

**III. Postulationsfähigkeit<sup>4</sup>**

Nach § 22 Abs. 1 S. 1 BVerfGG kann W die Verfassungsbeschwerde erheben, ohne anwaltlich vertreten zu sein. Nach Hs. 2 ist sie jedoch in einer etwaigen mündlichen Verhandlung selbst nicht postulationsfähig, sondern benötigt einen der in Hs. 1 näher bezeichneten Verfahrensbevollmächtigten.

**IV. Beschwerdegegenstand**

Tauglicher Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt öffentlicher Gewalt. Hierunter sind alle Maßnahmen, Handlungen oder auch Unterlassungen der Staatsgewalt von Bund und Ländern zu verstehen, also der Exekutive, Legislative und Judikative,<sup>5</sup> die gem. Art. 1 Abs. 3 GG sämtlich an die Verfassung und damit ins-

<sup>2</sup> Nach einer Auffassung bildet die Beteiligtenfähigkeit einen Ausschnitt aus der Beschwerdebefugnis. Danach müssen unter diesem Prüfungspunkt schon die in Betracht kommenden Grundrechte benannt werden und ggf. ihre spezifischeren Voraussetzungen (z.B. Deutschengrundrecht; Anwendbarkeit auf jur. Person) angesprochen werden. Nach anderer Auffassung ist an dieser Stelle nur zu prüfen, ob der Beschwerdeführer überhaupt Träger von irgendwelchen Grundrechten sein kann. Hierbei handelt es sich um einen bloßen Zuordnungstreit, der sich inhaltlich auf die Lösung nicht auswirkt. Siehe zum Ganzen nur *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. 2016, § 51 Rn. 8.

<sup>3</sup> Ob an dieser Stelle (und den nachfolgenden Stellen) Art. 93 GG mitzitiert wird oder nicht, ist unerheblich. Wichtig ist, dass das speziellere BVerfGG zitiert wird. Nur in Zweifelsfällen, wenn der Wortlaut des GG von dem des BVerfGG abweicht, muss der GG-Artikel angeführt werden.

<sup>4</sup> Dieser Prüfungspunkt ist – wie die hier nicht angesprochene Prozessfähigkeit – auch für eine gelungene Bearbeitung nicht unbedingt erforderlich (vgl. z.B. *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl. 2014, Rn. 173, dort Fn. 47) allerdings beweist ein kurzer Hinweis, dass die Norm des § 22 BVerfGG bekannt ist.

<sup>5</sup> *Epping* (Fn. 4), Rn. 174 ff.; *Fleury*, Verfassungsprozessrecht, 10. Aufl. 2015, Rn. 279; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 1258; *Sodan/Ziekow* (Fn. 2), § 51 Rn. 16.

besondere an die Grundrechte gebunden sind. Insoweit unterscheidet sich der Begriff von dem gleichlautenden Art. 19 Abs. 4 GG, der nur die Exekutive meint.<sup>6</sup> Als Beschwerdegegenstände kommt vorliegend zum einen die WiPrO als Legislativakt in Betracht sowie das letztinstanzliche klageabweisende Urteil als Akt der Judikative.<sup>7</sup>

## V. Beschwerdebefugnis

W müsste gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG die Verletzung in ihren Grundrechten behaupten. Dazu muss sie einerseits so schlüssig vortragen, dass die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung deutlich wird, mit anderen Worten darf die Verletzung von Grundrechten durch das Gesetz bzw. dessen Anwendung nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Andererseits müsste W selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein (Beschwerer).<sup>8</sup>

### 1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

In Betracht kommt vorliegend vor allem eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>9</sup> Hierbei handelt es sich um ein Deutschengrundrecht, auf das sich die W, weil sie Deutsche im Sinne des Art. 116 GG ist, berufen kann. Weil ihr die Ausübung eines Nebenengagements zusätzlich zu ihrer Haupttätigkeit als Wirtschaftsprüferin untersagt bzw. an negative Konsequenzen geknüpft wird, scheint die Verletzung des Grundrechts sowohl durch das Gesetz als auch durch das letztinstanzliche Urteil nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit und damit möglich.

### 2. Gegenwärtige, unmittelbare Betroffenheit in eigenen Rechten

Ferner müsste W selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Schon durch die gesetzliche Vorgabe in § 43a

<sup>6</sup> Siehe nur *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 42 ff.

<sup>7</sup> Der Exekutivakt ist zwar grundsätzlich auch tauglicher Beschwerdegegenstand, kann allerdings wegen des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung regelmäßig nicht allein angegriffen werden. Bei der Urteilsverfassungsbeschwerde werden die vorgehenden Gerichts- und Behördenentscheidungen in der Regel mit angegriffen, um dem BVerfG ggf. deren Aufhebung zu ermöglichen, vgl. etwa *Fleury* (Fn. 5), Rn. 298 m.w.N., der von „doppelten Streitgegenständen“ spricht; i.E. auch *Epping* (Fn. 4), Rn. 175 und *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 5), Rn. 1260. Es liegt dann nur eine Verfassungsbeschwerde vor. Man könnte sich an dieser Stelle unter Hinweis auf die abgelaufenen Fristen des § 93 Abs. 3 BVerfGG bereits auf die Urteilsverfassungsbeschwerde festlegen und Komplexität aus der Prüfung nehmen. Vorzugswürdig ist aber, die Eingrenzung erst unter dem dafür vorgesehenen Prüfungspunkt H. (Form und Frist) vorzunehmen.

<sup>8</sup> *Epping* (Fn. 4), Rn. 178 ff.; *Fleury* (Fn. 5), Rn. 299; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 5), Rn. 1261 ff.

<sup>9</sup> Zu einer möglichen Verletzung von Art. 3 GG siehe den Hinweis auf S. 456.

WiPrO sind diese Kriterien erfüllt. Die so verstandene gesetzliche Pflicht, kein Gewerbe neben der Tätigkeit als Wirtschaftsprüferin auszuüben, wirkt als solche einerseits auf sie selbst und andererseits, ohne dass es eines Umsetzungsaktes bedürfte<sup>10</sup>. Gleichmaßen betrifft sie das abweisende, das Verbot bestätigende Urteil als unterlegene Verfahrensbeteiligte selbst und unmittelbar. Um gegenwärtig zu sein, müsste der angegriffene Akt W schon oder noch beschweren. Sowohl die gesetzliche Pflicht als auch ihre gerichtliche Bestätigung wirken sich auf W dergestalt aus, dass es ihr auch in diesem Moment noch verwehrt bleibt, den Posten der Geschäftsführerin der N zu übernehmen, sie ist folglich auch gegenwärtig betroffen.

## VI. Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG kann eine Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden, sofern gegen die gerügte Grundrechtsverletzung der Rechtsweg eröffnet ist. Unter Rechtsweg ist der Weg zu verstehen, der den Einzelnen mit dem Begehren, die behauptete Grundrechtsverletzung zu überprüfen und auszuräumen, vor die deutschen staatlichen Gerichte führt.<sup>11</sup> Erschöpfung bedeutet, dass der Beschwerdeführer erfolglos alle gesetzlich geregelten prozessualen Möglichkeiten zur Beseitigung des geltend gemachten Grundrechtsverstößes in Anspruch genommen hat.<sup>12</sup> Laut Sachverhalt hat W gegen die Ankündigung der Behörde den Rechtsweg bis zur letzten Instanz erfolglos beschritten. Gegen das Gesetz steht ihr ein Rechtsweg außerhalb der Verfassungsbeschwerde nicht offen.

## VII. Subsidiarität

Über die Rechtswegerschöpfung hinaus verlangt das BVerfG, dass der Beschwerdeführer auch alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzungen zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern, ausschöpft.<sup>13</sup> Weitere Möglichkeiten als die Klärung in einem gerichtlichen Verfahren sind vorliegend jedoch nicht ersichtlich, so dass W auch diese Voraussetzungen erfüllt.

## VIII. Form und Frist

### 1. Form

Gemäß §§ 23, 92 BVerfGG muss W die Verfassungsbeschwerde schriftlich erheben. Ferner muss sie in einer Begründung darlegen, die Verletzung welches Grundrechts durch welche Maßnahme gerügt werden soll.

<sup>10</sup> *Epping* (Fn. 4), Rn. 186; *Fleury* (Fn. 5), Rn. 317; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, (Fn. 5), Rn. 1279.

<sup>11</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 5), Rn. 1282 f.; vgl. auch *Epping* (Fn. 4), Rn. 188; *Fleury* (Fn. 5), Rn. 321 ff.

<sup>12</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 5), Rn. 1285 ff.; vgl. auch *Epping* (Fn. 4), Rn. 188.; *Fleury* (Fn. 5), Rn. 321 ff.

<sup>13</sup> Siehe nur BVerfGE 107, 395 (414); 63, 77 (Rn. 6).

## 2. Frist

Schließlich müsste sie die Einlegungsfrist wahren. Da es sich bei der WiPrO um ein Gesetz aus den 60ern handelt und es seit 1995 in den hier streitentscheidenden Normen keine wesentlichen Veränderungen erfahren hat, ist die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG für eine Legislativ-Verfassungsbeschwerde überschritten. W kann sich nur noch gegen das letztinstanzliche Urteil wehren. Dazu hat sie gem. § 93 Abs. 1 BVerfGG einen Monat Zeit. Da ihr das letztinstanzliche abweisende Urteil erst heute zugestellt wurde, kann W die Frist wahren.

## IX. Ergebnis der Zulässigkeit

Eine von W formgerecht bis zum 18.7.2016 erhobene Verfassungsbeschwerde wäre zulässig.

## B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn W durch das Urteil tatsächlich in einem der in Art. 93 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte verletzt ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Schutzbereich eines Grundrechts bzw. grundrechtsgleichen Rechts eröffnet ist, ein hoheitlicher Eingriff darin vorliegt und dieser sich nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt. Vorliegend könnte W in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG verletzt sein.

## I. Prüfungsmaßstab<sup>14</sup>

Aus der aus Art. 93 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 1 GG ersichtlichen Aufgabenverteilung zwischen dem BVerfG und den obersten Fachgerichten des Bundes wird klar, dass das BVerfG keine „Superrevisionsinstanz“ ist. Das Bundesverfassungsgericht prüft nur, ob der öffentlichen Gewalt bei der Rechtsanwendung eine greifbare Grundrechtsverletzung unterlaufen ist. Sein Prüfungsumfang ist mithin auf eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt, die nur dann zu bejahen ist, wenn das Gericht die Bedeutung eines Grundrechts ganz übersehen oder zumindest verkannt hat.

## II. Art. 12 GG

### 1. Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG eröffnet sein.

#### a) Persönlicher Schutzbereich

Wie oben bei der Beschwerdebefugnis bereits geprüft, ist der Schutzbereich in persönlicher Hinsicht eröffnet, weil W deutsche Staatsbürgerin ist.

#### b) Sachlicher Schutzbereich

Auch der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Anders als der Wortlaut nahelegt interpretiert das BVerfG Art. 12 Abs. 1 GG als einheitlichen sachlichen Schutz-

bereich.<sup>15</sup> Die nach strenger Wortlautauslegung schrankenlos gewährleistete Berufswahlfreiheit und die unter Regelungsvorbehalt stehende Berufsausübungsfreiheit werden zu einem einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit verschmolzen, welches vollständig dem Regelungsvorbehalt unterstellt ist.<sup>16</sup>

„(D)ie Begriffe „Wahl“ und „Ausübung“ des Berufes lassen sich nicht so trennen, daß jeder von ihnen nur eine bestimmte zeitliche Phase des Berufslebens bezeichnete, die sich mit der andern nicht überschneidet; namentlich stellt die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Anfang der Berufsausübung dar wie die gerade hierin – und häufig nur hierin – sich äußernde Betätigung der Berufswahl; ebenso sind der in der laufenden Berufsausübung sich ausdrückende Wille zur Beibehaltung des Berufs und schließlich die freiwillige Beendigung der Berufsausübung im Grunde zugleich Akte der Berufswahl. Die beiden Begriffe erfassen den einheitlichen Komplex ‚berufliche Betätigung‘ von verschiedenen Blickpunkten her.“<sup>17</sup>

Ein Beruf ist „jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist, der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient“<sup>18</sup> und die nicht schlechthin gemeinschädlich ist. W ist Wirtschaftsprüferin und will nebenbei den Posten der beratenden Geschäftsführerin bei N aufnehmen. Auch solche Tätigkeitskombinationen, die keinem hergebrachten Berufsbild entsprechen, sind geschützt, soweit sie die allgemeinen Kriterien erfüllen. Es reicht grundsätzlich aus, dass die betreffende Tätigkeit einen maßgeblichen Beitrag zur Erhaltung der Lebensgrundlage schafft, sodass auch nicht ganz unbedeutende Nebentätigkeiten erfasst sind.<sup>19</sup> Die angestrebte nebenberufliche Tätigkeit der dritten Geschäftsführerin ist u.a. gut entlohnt und somit von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.<sup>20</sup>

## 2. Eingriff

### a) Allgemeines

Nach dem klassischen Eingriffsbegriff sind nur unmittelbare, finale, rechtsförmige und imperative Maßnahmen erfasst.<sup>21</sup> Das Urteil bestätigt die Pflicht der W, die Geschäftsführertätigkeit aufzunehmen. Seine Rechtskraft würde es W unmöglich machen, sich gegen eine behördliche Zwangsmaßnahme mit dem Argument zu wehren, eine Pflichtverletzung liege

<sup>15</sup> BVerfGE 7, 377 (400 f.); vgl. auch *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 35 Rn. 26. Die Ausführungen zum Verhältnis von Berufswahl und Berufsausübung können ebenso erst bei der Erörterung des Regelungsvorbehalts erfolgen. Um die Rechtfertigungsprüfung etwas zu entlasten, wurde die Problematik hier schon im Schutzbereich thematisiert.

<sup>16</sup> BVerfG 7, 377 (400 f.).

<sup>17</sup> BVerfGE 7, 377 (401).

<sup>18</sup> BVerfGE 7, 377 (402).

<sup>19</sup> BVerfGE 110, 141 (156 f.).

<sup>20</sup> BVerfGE 7, 377 (379).

<sup>21</sup> *Hufen* (Fn. 16), § 8 Rn. 5; *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, Rn. 46; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 59), Rn. 259.

<sup>14</sup> Auf die kurze Umschreibung des Prüfungsmaßstabes des BVerfG wird in Anfängerklausuren häufig Wert gelegt.

nicht vor. Damit kann das Urteil gewissermaßen die Durchsetzung von staatlichem Zwang unterstützen und kann damit wohl als klassischer Eingriff eingeordnet werden. Letztlich kann die Frage jedoch offenbleiben, da nach dem herrschenden modernen Eingriffsbegriff jede dem Staat zurechenbare, grundrechtliches Verhalten erschwerende oder unmöglich machende Maßnahme für die Bejahung des Eingriffs genügt.<sup>22</sup> Diese Voraussetzungen sind vorliegend in jedem Fall erfüllt, da W mit behördlichen Untersagungsverfügungen sowie Buß- bzw. Ordnungsgeldern rechnen muss, sollte sie sich entgegen der behördlichen Aufforderung für die Übernahme des Geschäftsführerpostens entscheiden.<sup>23</sup>

#### b) Berufsregelnde Tendenz<sup>24</sup>

Zusätzlich zu den allgemeinen Kriterien zur Bejahung eines Eingriffs verlangt das BVerfG eine subjektiv oder zumindest objektiv berufsregelnde Tendenz.<sup>25</sup> Eine subjektiv berufsregelnde Tendenz ist dann anzunehmen, wenn der Gesetzgeber final ein bestimmtes Berufsbild regeln wollte. Für nur mittelbare oder tatsächliche Auswirkungen verlangt das BVerfG eine objektiv berufsregelnde Tendenz, das bedeutet, dass eine Regelung „aufgrund ihrer Gestaltung ein(en) enge(n) Zusammenhang mit der Ausübung des Berufes“<sup>26</sup> aufweist. Bei der WiPrO handelt es sich um die Berufsordnung für Wirtschaftsprüfer. Hierbei kam es dem Gesetzgeber gerade darauf an, das Berufs- und Standesrecht der Wirtschaftsprüfer einer Regelung zuzuführen. Mithin ist sogar eine subjektive berufsregelnde Tendenz anzunehmen.

<sup>22</sup> Epping (Fn. 4), Rn. 39; Maurer (Fn. 22), Rn. 47; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5), Rn. 260 f.

<sup>23</sup> Die Einordnung des Eingriffs nach der Drei-Stufen-Theorie wird hier erst in der Verhältnismäßigkeit vorgenommen, weil sie erst für die Rechtfertigungsanforderungen, genauer für die Anforderungen, die an den legitimen Zweck angelegt werden müssen, relevant wird. Es ist aber ebenfalls vertretbar, dies schon beim Eingriff zu erörtern.

<sup>24</sup> Die berufsregelnde Tendenz stellt zusätzliche Anforderungen nur an mittelbar-faktische Eingriffe. Bei finalen Eingriffen ist sie stets gegeben. Vor diesem Hintergrund ist es vertretbar, auf Ausführungen dazu – weil für den vorliegenden Sachverhalt jedenfalls im Ergebnis irrelevant – komplett zu verzichten. Dass so verfahren wird, sollte in der Bearbeitung zur Klarstellung allerdings kurz angemerkt werden.

<sup>25</sup> BVerfGE 13, 181 (186); zum Ganzen Manssen, Staatsrecht II, 13. Aufl. 2016, Rn. 614 ff.

<sup>26</sup> BVerfGE, 13, 181 (186).

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung<sup>27</sup>

#### a) Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Die Regelungsbefugnis wird als einfacher Gesetzesvorbehalt interpretiert.<sup>28</sup> Das WiPrO ist folglich – wie jedes Gesetz – eine taugliche Schranke, die ihrerseits jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen in formeller wie materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz in Einklang stehen muss.

##### aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Zunächst müsste die WiPrO formell ordnungsgemäß zustande gekommen sein, insbesondere müsste der Bundesgesetzgeber eine Gesetzgebungskompetenz besitzen und die Verfahrens- und Formvorgaben müssten eingehalten worden sein. Dies ist vorliegend laut Bearbeitervermerk der Fall.

##### bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Die WiPrO – insbesondere deren § 43a Abs. 3, müsste auch materiell verfassungsmäßig sein. Hierbei ist neben den allgemeinen Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, die sich vor allem aus den Art. 19 und 20 GG ableiten lassen und hier unproblematisch sind, vor allem die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Das Gesetz ist dann verhältnismäßig, wenn es einen legitimen Zweck verfolgt, geeignet, erforderlich und angemessen ist.

##### (1) Legitimer Zweck

Zur Bestimmung, welche Zwecke als legitim angesehen werden können, unterscheidet das BVerfG verschiedene Eingriffsintensitäten nach der sog. Drei-Stufen-Theorie.<sup>29</sup> Berufsausübungsregelungen, die nur das „Wie“ der Berufsausübung betreffen, werden grundsätzlich als weniger einschneidend angesehen. Zur Rechtfertigung genügen hinreichende Gründe des Gemeinwohls. Bei Berufswahlregelungen unterscheidet das BVerfG zwischen subjektiven und objektiven. Erstere knüpfen an persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten, erworbene Abschlüsse oder erbrachte Leistungen des Berufsbewerbers an, auf die der Einzelne Einfluss hat, die er also durch sein eigenes Verhalten beeinflussen kann. Sie sind nur zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes

<sup>27</sup> Hier kam es auf eine strukturierte Prüfung an. Insbesondere musste zwischen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und seiner Anwendung auf den konkreten Fall zwingend sauber getrennt werden. Unter welchem Prüfungspunkt welches Argument angesprochen wird, kann je nach Argumentation variieren. Wichtig ist, dass die Einordnung sinnvoll erscheint. Bearbeiter sollten unbedingt vermeiden, sofort in die Abwägung einzusteigen.

<sup>28</sup> BVerfGE 33, 125 (159); Epping, (Fn. 4), Rn. 403; Hufen (Fn. 16), Rn. 27; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5), Rn. 937.

<sup>29</sup> BVerfGE 7, 377 (405 ff.); Epping (Fn. 4), Rn. 409 ff.; Hufen (Fn. 16), § 35 Rn. 29 ff.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5), Rn. 917 ff.

und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft. Die Erfüllung objektiver Berufszulassungsregelungen ist dem Einfluss des Einzelnen gänzlich entzogen. Diese besonders tiefen Einschnitte in die Berufsfreiheit können nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut herangezogen werden.<sup>30</sup> Vorliegend ist es W als Wirtschaftsprüferin generell und unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen von Interessenskonflikten untersagt, nebenberuflich gewerbliche Betätigungen auszuüben. In der Situation der W, die selbst hauptberuflich Wirtschaftsprüferin ist, stellt § 43a Abs. 3 S. 1 WiPrO eine Berufszugangsregelung dar, auf die die W keinen Einfluss hat (objektive Berufswahlregelung).<sup>31</sup>

Das Verbot dient dem Zweck, die in § 43 Abs. 1 und 2 WiPrO hervorgehobene Unabhängigkeit der Berufsausübung von Wirtschaftsprüfern und den Schutz der Mandantendaten zu sichern.

*Hinweis:* „Die Wirtschaftsprüfer übernehmen wichtige Kontrollfunktionen zugunsten der Öffentlichkeit, der Unternehmen, zugunsten des Kapitalanlegerschutzes und des Gläubigerschutzes, was insbesondere in den Fällen der gesetzlich angeordneten Prüfungen deutlich wird, in denen der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers oder der Vermerk über seine Versagung der öffentlichen Unterrichtung Interessierter zu dienen bestimmt ist [...]. Der moderne Rechts- und Wirtschaftsverkehr ist auf verlässliche betriebswirtschaftliche Prüfungen im Sinne des § 2 Abs. 1 WiPrO angewiesen. Im Interesse einer funktionierenden Buch- und Wirtschaftsprüfung bedürfen die mit dieser Aufgabe Betrauten des Vertrauens der interessierten, am Wirtschaftsleben beteiligten Kreise. [...] Die hervorgehobene Rolle, die dem Wirtschaftsprüfer im Rechts- und Wirtschaftsleben nach den gesetzgeberischen Zielvorstellungen zukommt, zeigt sich auch an dem Umstand der Vereidigung (§ 17 WPO) sowie der Verpflichtung, ein Siegel zu führen (§ 48 WPO [...]). Das öffentliche Interesse an einem verlässlichen, das Vertrauen der beteiligten Kreise genießenden Wirtschaftsprüferwesen erfordert, dass der Wirtschaftsprüfer unabhängig, eigenverantwortlich und, soweit es insbesondere die Erstattung von Prüfungsberichten und Gutachten betrifft, unparteiisch tätig ist.“<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Ausführungen in dieser Ausführlichkeit sind nicht verlangt. Es genügt, hier zumindest die drei Stufen kurz zu skizzieren und sich mit vertretbarer Begründung für eine zu entscheiden.

<sup>31</sup> Es scheint vertretbar, § 43a WiPrO als Berufsausübungsregelung einzuordnen. Dazu kann argumentiert werden, dass die Versagung der Nebentätigkeitsgenehmigung die Frage betrifft, wie und unter welchen Voraussetzungen die W als Wirtschaftsprüferin einer Nebentätigkeit nachkommen kann. Es wäre nach diesem Verständnis dann das „Wie“ der Ausübung der Haupttätigkeit betroffen.

<sup>32</sup> BVerwGE 124, 110 (118 f.); auch hier sind derart lange Ausführungen nicht zu erwarten. Die Bearbeiter sollten er-

Hierbei handelt es sich um einen überragend wichtigen Gemeinwohlzweck, der folglich auch objektive Berufswahlregelungen legitimieren kann.<sup>33</sup>

### (2) Geeignetheit

Das Verbot müsste ferner geeignet sein, den oben genannten Zweck zu fördern.<sup>34</sup> Der Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang eine weite Einschätzungsprärogative. Der vom Gesetzgeber erwünschte Erfolg muss aus einer ex-ante-Betrachtung allerdings zumindest als möglich erscheinen.<sup>35</sup> Durch das weitgehende Verbot, einer gewerbsmäßigen Betätigung nachzugehen, werden mögliche Interessenkollisionen und der Anschein von Parteilichkeit und Indiskretion vermieden. Damit ist das Mittel zur Zweckförderung geeignet.

### (3) Erforderlichkeit

Ferner müsste das Verbot erforderlich sein. Das heißt, es darf kein gleich geeignetes, aber mildereres, also weniger stark grundrechtsbeschränkendes Mittel zur Verfügung stehen.<sup>36</sup> Inkompatibilitätsvorschriften wie die vorliegende sind nur dort erforderlich und zumutbar, wo die Gefahr einer Interessenkollision sich deutlich abzeichnet und nicht mit Hilfe von Berufsausübungsregelungen zu bannen ist. Ein mildereres Mittel wäre bspw. ein repressives Verbot mit entsprechenden Kontrollbefugnissen, das nur greift, wenn Verstöße gegen die Berufspflichten aus § 43 WiPrO positiv festgestellt würden. W könnte danach bis zu einer solchen Feststellung die Nebentätigkeit ausüben. Eine solche Regelung bringt aber die Schwierigkeit mit sich, dass Interessenkonflikte, wenn der beteiligte Wirtschaftsprüfer sie nicht eingesteht, nur schwer nachzuweisen sind. Auch in Fällen eines begründeten Verdachts müsste im Zweifel davon ausgegangen werden, dass eine Interessenkollision nicht gegeben ist. Wenn demnach

kennen, dass nicht jeder legitime Gemeinwohlzweck für eine objektive Berufswahlregelung ausreicht, sondern dass Gefahren für ein überragend wichtiges Rechtsgut abgewehrt werden sollen. Die übrigen Erwägungen können auch als Argumente in der Verhältnismäßigkeit angeführt werden. Wichtig ist ferner, dass sich die Bearbeiter an einer vertretbaren Stelle der Klausur mit den Argumenten im Sachverhalt und den Vorschriften im Anhang auseinandersetzen und argumentieren, warum insb. die Unabhängigkeit von Wirtschaftsprüfern nötig ist. Es erscheint aufbautechnisch auch vertretbar, die Argumente hierfür erst in der Angemessenheit darzustellen, wengleich die Gefahr besteht, dass die Prüfung dann etwas weniger strukturiert ausfällt.

<sup>33</sup> Wer sich oben für eine Berufsausübungsregelung entschieden hat, sollte vergleichbare Erwägungen bei der Verhältnismäßigkeit im engen Sinn anstellen.

<sup>34</sup> Epping (Fn. 4), Rn. 53; Hufen (Fn. 16), § 9 Rn. 20; Manssen (Fn. 26), Rn. 190; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5), Rn. 301.

<sup>35</sup> Sodan/Ziekow (Fn. 2), Rn. 39; zur Verhältnismäßigkeit im Allgemeinen siehe Rn. 32 ff.

<sup>36</sup> Epping (Fn. 4), Rn. 55; Hufen (Fn. 16), Rn. 21; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5), Rn. 303 ff.

(begründete) Verdachtsfälle in der Folge keine Konsequenzen nach sich ziehen würden, wird das Vertrauen der Mandanten, die gezwungen werden, ihre Geschäftsinterna Wirtschaftsprüfern offenzulegen, in die Integrität des Berufsstandes des Wirtschaftsprüfers leiden. Dadurch würde ein Anreiz für die Unternehmen geschaffen, Wirtschaftsprüfern Daten vorzuenthalten, was deren Aufgabe, andere Unternehmen, Geschäftspartner und Investoren vor falschen Wirtschaftsdaten zu schützen, bedeutend erschweren würde.

Ein weiteres milderes Mittel wäre eine tatbestandliche Eingrenzung auf bestimmte gewerbliche Tätigkeiten. Auch dies muss aber ausscheiden. Aufgrund der Weite und Tiefe der Einsichten, die Wirtschaftsprüfer in Unternehmensinterna haben, kann kein gewerblicher Bereich allgemein ausgeschlossen werden, in dem die Möglichkeit von Interessenskonflikten von vornherein ausgeschlossen werden könnte.

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung auch erforderlich.

#### (4) Angemessenheit

Die Regelung wäre angemessen, wenn die eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für die Betroffene noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen.<sup>37</sup>

Auf der einen Seite steht zulasten der Wirtschaftsprüferin W ein sehr weitgehendes Verbot gewerblicher Betätigung, welches sie in ihrer beruflichen Freiheit nicht unerheblich einschränkt. Ihr wird die Möglichkeit genommen, sich gewerblich zu betätigen, ohne dass ein konkreter Verdacht der Verletzung ihrer beruflichen Pflichten überhaupt gegeben wäre. Auf der anderen Seite wurde der Stellenwert, der der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Wirtschaftsprüfer und dem Vertrauen, das der Berufsgruppe entgegengebracht wird, oben bereits betont.

Für die Verhältnismäßigkeit der Regelung spricht einerseits der Genehmigungsvorbehalt in § 43a Abs. 3 S. 2 WiPrO, weil damit Härte- und sonstige Ausnahmefälle einer sachgerechten Einzelfalllösung zugeführt und unverhältnismäßige bzw. unvorhergesehene Folgen so vermieden werden können.

Ein weiteres gewichtiges Argument<sup>38</sup> für eine strenge Inkompatibilität könnten die verfassungsmäßigen Rechte Dritter – insb. der früheren Mandanten der W, wie z.B. E eine ist – sein. Diese müssen jedenfalls dann in die Abwägung eingestellt werden, falls sich insoweit eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht aus den Grundrechten ableiten lässt.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Epping (Fn. 4), Rn. 57 ff.; Hufen (Fn. 16), Rn. 23; Pjeroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5), Rn. 307 ff.

<sup>38</sup> Der folgende Teil dient vor allem dazu, Differenzierungsmöglichkeiten nach oben für besonders gute Arbeiten zu haben. Mindestens muss sich die Bearbeitung aber mit den Argumenten der früheren Mandanten, für die beispielhaft die E steht, im Rahmen der Angemessenheit auseinandersetzen.

<sup>39</sup> Allgemein zur Funktion von Schutzpflichten und zur Abgrenzung zur mittelbaren Grundrechtswirkung siehe Klein, NJW 1989, 1633; vgl. auch Epping (Fn. 4), Rn. 122 ff.; Hufen (Fn. 16), § 5 Rn. 5 f.

Eine solche Schutzpflicht zugunsten der Mandanten wie der E könnte aus der informationellen Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 GG (bei jur. Personen ohne Art. 1 Abs. 1 GG) folgen.<sup>40</sup> Sie wirkt sich auf den vorliegenden Fall jedenfalls dann aus, wenn die Herabsetzung des Schutzniveaus zugunsten der Beschwerdeführerin zu nicht zu rechtfertigenden Eingriffen in die Rechte der Dritten führen würde.<sup>41</sup>

#### (a) Inzidentprüfung:<sup>42</sup> Informationelle Selbstbestimmung Dritter – Schutzbereich und Eingriff

Dazu müsste zunächst der Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung eröffnet sein. Fraglich ist, ob sich frühere Mandanten (bspw. E) überhaupt auf dieses vom BVerfG herausgearbeitete Grundrecht berufen könnten.

#### (aa) Sachlich

Die informationelle Selbstbestimmung gibt den Unternehmen grundsätzlich das Recht, selbst darüber zu entscheiden, ob, wann und wie unternehmensbezogene Daten erhoben, gespeichert und weiterverarbeitet werden. Der Grundrechts-

<sup>40</sup> Näher hierzu BVerfGE 118, 168 (202 ff.).

<sup>41</sup> Ob man die vorliegende Konstellation in den Problembereich der Schutzpflichten einordnet, also dem Staat im Falle der Aufhebung des Verbotes hinsichtlich der wirtschaftlichen Tätigkeit der W ein Unterlassen vorwirft, oder ob man in eine umgekehrte Eingriffsprüfung in die Rechte Dritter einsteigt, dem Staat also letztlich durch das Vorsehen der Prüfpflichten intrusives Handeln (einen Eingriff) vorwirft, ist eine Frage der Perspektive, die nach hier vertretener Auffassung für das Ergebnis keine Rolle spielen dürfte. Die Reichweite der Schutzpflichten entspricht im vorliegenden Fall der Grenze des Eingriffs. Es handelt sich um zwei Seiten derselben Medaille, allgemein zum Problembereich Fuerst, JuS 2010, 876 ff.

<sup>42</sup> Für die Bearbeitung der im Sachverhalt angelegten Frage, ob und welche verfassungsrechtlichen Rechte mittelbar betroffener Dritter bestehen und wie diese ggf. zu berücksichtigen sind, gibt es kein allgemeingültiges Prüfungsschema. Dieser Lösungsvorschlag entscheidet sich dafür, in der Abwägung inzident mögliche hypothetische Grundrechtsverletzungen der Dritten zu prüfen und so ihr Gewicht für die Abwägung zu ermitteln. Dieses etwas komplizierte Vorgehen war jedoch nur von sehr guten Bearbeitern zu erwarten. Bei der Bewertung wurde honoriert, wenn die Problematik in nachvollziehbarer Weise in die Prüfung eingegliedert wurde. Möglich wäre bspw., die Erörterung unter der gesonderten Überschrift „Kollidierendes“ bzw. besser „Konfligierendes Verfassungsrecht“ vorzunehmen, wenngleich eine Notwendigkeit hierfür vorliegend nicht besteht, da das konfligierende Verfassungsrecht bei einfachen Gesetzesvorbehalten ohne Weiteres in der allgemeinen Rechtfertigungsprüfung berücksichtigt werden kann, so explizit Michael/Morlok, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, Rn. 737, siehe auch Rn. 505 ff. und allgemein zur Anwendbarkeit verfassungsimmanenter Schranken in Ergänzung zu speziellen Schranken Rn. 712 ff. m.w.N.; vgl. auch Pjeroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 5), Rn. 351.

träger muss selbst die Kontrolle über seine Daten behalten, weil auch im bloßen Datensammeln eine empfindliche Beschränkung der persönlichen Freiheit liegen kann. Dieses Recht wird durch die Pflicht, in großem Umfang Wirtschaftsdaten zur Überprüfung durch einen Wirtschaftsprüfer offenzulegen, berührt.

*(bb) Persönlich*<sup>43</sup>

Juristische Personen des Privatrechts können sich gem. Art. 19 Abs. 3 GG auf Grundrechte berufen, soweit diese ihrem Wesen nach auf solche Rechtssubjekte anwendbar sind. Das ist dann der Fall, wenn deren Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung von privaten natürlichen Personen ist, bzw. wenn eine grundrechtstypische Gefährdungslage bei ihnen logisch denkbar ist<sup>44</sup>. Dies ist für jedes Grundrecht gesondert zu klären. Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, zu dem die informationelle Selbstbestimmung als ein Gewährleistungsbereich gehört, muss diese Anwendbarkeit sogar für jeden Gewährleistungsbereich gesondert bestimmt werden.<sup>45</sup> Bei der informationellen Selbstbestimmung besteht eine Gefährdungslage auch für juristische Personen, die vor allem ihre wirtschaftliche Betätigung trifft. Schon der vorliegende Fall zeigt, dass eine nicht ausreichend gewährleistete Vertraulichkeit von Daten zu ernststen Gefahren für die Unternehmen führen können.

*(cc) (Hypothetischer) Eingriff*

Es ist ferner zu fragen, ob eine Aufhebung oder Lockerung des an W gerichteten Verbotes einen Eingriff in die Rechte der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Unternehmen darstellen würde. Dies ist jedenfalls nicht unmittelbar der Fall. Die Interessen der E werden nur dann berührt, wenn W ihrerseits von ihrer Berufsfreiheit in rücksichtsloser, die gesetzlichen Geheimhaltungsvorgaben missachtender Weise Gebrauch machen würde. Dies zu verhindern ist aber ein Ziel des Nebentätigkeitsverbotes. Ohne dieses könnte ihr Fehlverhalten nur sehr schwer nachgewiesen werden, sodass die Verstöße letztlich vermutlich ungeahndet blieben und das Vertrauen in die Integrität des Berufsstands leiden würde.

Der eigentliche Eingriff liegt schon darin, dass der Staat den Unternehmen weitreichende Prüf- und Offenlegungspflichten auferlegt hat. Diese machen einen Missbrauch, wie E ihn befürchtet, überhaupt möglich. Der mögliche Wegfall der Berufsverbote durch ein Urteil, welches das Nebentätigkeitsverbot für Wirtschaftsprüfer für verfassungswidrig und damit nichtig erklärt, würde den ohnehin schon bestehenden Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Unternehmen vertiefen.

<sup>43</sup> Es spricht vieles dafür, den sachlichen Schutzbereich vor dem persönlichen zu prüfen, wenn Art. 19 Abs. 3 GG zu erörtern ist. Die wesensmäßige Anwendbarkeit kann erst festgestellt werden, wenn Klarheit über den Schutzbereich besteht.

<sup>44</sup> Jarass/Pieroth (Fn. 6), Art. 19 Rn. 15 m.w.N.

<sup>45</sup> BVerfGE 118, 168 (202 ff.).

*(dd) Zwischenergebnis*

Der sachliche und persönliche Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung ist eröffnet. Der Wegfall des Nebentätigkeitsverbots würde für die durch diese Norm geschützten Dritten einen Eingriff darstellen. Dieser Aspekt muss folglich in der Entscheidungsfindung Berücksichtigung finden.

*(b) Einschränkung der informationellen Selbstbestimmung*

Der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG gilt auch für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sodass für die Einschränkung des Grundrechts dieselben Voraussetzungen gelten wie für die Berufsfreiheit der W.<sup>46</sup> Damit ist das Verhältnis beider grundrechtlichen Gewährleistungen vorliegend prinzipiell offen.<sup>47</sup>

*(c) Praktische Konkordanz*

Die Berufsfreiheit der W und die informationelle Selbstbestimmung ihrer Mandanten muss der Staat so einander zuordnen, dass möglichst beide Grundrechtspositionen zur optimalen Wirksamkeit gelangen können.<sup>48</sup> Die Pflicht zwingende Buch- und Abschlussprüfungen durch Außenstehende durchführen zu lassen, stellt – aus der Perspektive der betroffenen Dritten – einen denkbar weitreichenden, gravierenden Einschnitt der informationellen Selbstbestimmung der Unternehmen dar. Angesichts dessen hat der Staat besonders wirksame Vorkehrungen dafür zu treffen, dass diese Informationen nicht zum Nachteil des Geprüften verwendet werden.<sup>49</sup> Wie oben festgestellt, ist keine Möglichkeit ersichtlich, wie ein ausreichender Datenschutz mit geringeren Einschränkungen für die W erzielt werden kann. Ohne wirksame Überprüfungsmöglichkeiten ist man letztlich auf die Integrität des einzelnen Wirtschaftsprüfers angewiesen, dem Missbrauch wären die Pforten geöffnet. Das Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit und Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems würde ohne das Verbot ebenso erschüttert.

*(d) Zwischenergebnis Angemessenheit*

Wegen des Genehmigungsvorbehalts in § 43a Abs. 3 S. 2 WiPrO, vor allem aber wegen der drohenden Verletzung der Rechte betroffener Dritter stellt sich die Verbotsregelung als angemessen dar.

*(5) Zwischenergebnis materielle Verfassungsmäßigkeit*

§ 43a Abs. 3 WiPrO ist auch materiell verfassungsmäßig.

<sup>46</sup> Epping, (Fn. 4), Rn. 647; Hufen, (Fn. 16), § 12 Rn. 12.

<sup>47</sup> Würde eines der Grundrechte nicht eingeschränkt werden können, wäre das Verhältnis beider damit schon geklärt. Ist das – wie hier – nicht der Fall, muss das Verhältnis im Rahmen einer Abwägung bestimmt werden, siehe Gliederungspunkt (c) im Anschluss.

<sup>48</sup> Grundsatz der praktischen Konkordanz, der auf Konrad Hesse zurückgeht, zitiert nach Hufen (Fn. 16), § 9 Rn. 31; ebenso Michael/Morlok (Fn. 43), Rn. 733.

<sup>49</sup> Vgl. zu verfassungsrechtlichen Garantstellungen des Staates Michael/Morlok (Fn. 43), Rn. 512 ff.



*cc) Zwischenergebnis Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes*

Weil § 43a Abs. 3 S. 2 WiPrO sich als formell und materiell rechtmäßig herausstellt, ist W durch das Gesetz selbst nicht in ihrer Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

*b) Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung durch Behörde/Gericht*

Auch wenn sich das Gesetz als verfassungskonform erweist, könnte Ws Berufsfreiheit bei der konkreten Interpretation des Gesetzes durch die Behörde, die vom Gericht bestätigt wurde, verletzt worden sein, insbesondere weil grundrechtliche Wertungen missachtet wurden. Das ist indes im Ergebnis ebenfalls nicht der Fall.<sup>50</sup> Selbst wenn man davon ausgeht, dass konkrete Interessenskonflikte bei der W nicht bestehen, kommt es darauf laut (verfassungsmäßigem!) Gesetz auch gar nicht an. Das Gesetz hat zum Ziel, schon den Anschein von Parteilichkeit und Abhängigkeit zu verhindern und setzt nur eine abstrakte Gefährdung der Vertraulichkeit und Überparteilichkeit voraus. Ein konkreter Pflichtverstoß bzw. eine konkrete Interessenkollision setzt das Gesetz tatbestandlich nicht voraus. Eine einschränkende andere Auslegung kommt aufgrund des klaren Wortlauts insoweit auch nicht in Betracht.

Auch der Ausnahmetatbestand nach § 43a Abs. 3 S. 2 WiPrO greift zugunsten der W nicht. Voraussetzung dafür ist, dass durch die Tätigkeit das Vertrauen in die Einhaltung der Berufspflichten nicht gefährdet werden kann. Das heißt, schon die Möglichkeit einer Gefährdung muss ausgeschlossen werden können. Zwar ist die W laut Sachverhalt nur für die Beratung der N und auch nur für das Haushaltswarenssegment vorgesehen, die der Zuständigkeitsverteilung zugrundeliegende interne Absprache kann aber jederzeit geändert werden, so dass W auch in anderen Unternehmensbereichen, z.B. im Süßwarenssegment, zum Einsatz kommen könnte. Aber selbst wenn man annimmt, es sei wirksam sichergestellt, dass W nur dem Haushaltswarenssegment beratend zur Seite steht, begründet ihre rechtliche Stellung als Geschäftsführerin der N den begründeten Verdacht, dass W diese Geschäftsführertätigkeit auch als eine solche ausübt. Allein, dass N auch in Geschäftsbereichen Geld verdient, in denen frühere Kunden der W ebenfalls wirtschaften, lässt es naheliegend erscheinen, dass W einem bestimmten Marktakteur angehört und daher nicht mehr als neutral anzusehen ist. Die Möglichkeit einer Interessenkollision liegt gerade auf der Hand. Genau dies will die gesetzliche Regelung vermeiden.

*4. Ergebnis zu Art. 12 Abs. 1 GG*

Eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG ist weder in § 43a Abs. 3 S. 1 WiPrO, noch in der Anwendung dieses Paragraphen auf W zu sehen.

*Hinweis:* Nähere Anhaltspunkte für eine möglicherweise daneben in Betracht kommende Verletzung von Art. 3 GG wurden aus dem Sachverhalt bewusst herausgelassen. Ausführungen hierzu wurden nicht erwartet, vgl. aber VG Berlin, Urt. v. 20.11.2014 – 22 K 67.14, Rn. 67.

**III. Ergebnis Begründetheit**

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet.

**C. Endergebnis**

Eine Verfassungsbeschwerde der W wäre zwar zulässig, aber mangels Grundrechtsverletzung nicht begründet. Sie hat keine Aussicht auf Erfolg.

<sup>50</sup> Da die Voraussetzungen für einen Eingriff und dessen Rechtfertigung mit der Prüfung oben übereinstimmen, müssen diese hier nicht wiederholt werden, sondern man kann sich getrost kurzfassen.