

Reglementierte Berufe

Analyse des zukünftigen Regulierungsrahmens für freiberufliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Länderempfehlungen der EU-Kommission und die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft unter Berücksichtigung der Lage der Freien Berufe in NRW

Zusammenfassung

Europäisches Zentrum für Freie Berufe (EuZFB)
Universität zu Köln

Wissenschaftliche Leitung: Prof. Dr. Martin Henssler, Dr. Oliver Arentz, Dr. Dirk Michel

unter Mitwirkung von

Tim Conen, Charlotte Flory, Felix Mindl, Kerry Ann Radermacher, Clemens Recker



Universität zu Köln

Europäisches Zentrum für Freie Berufe

Ministerium für Wirtschaft, Innovation,
Digitalisierung und Energie
des Landes Nordrhein-Westfalen



Diese Studie wurde durch Fördermittel des
Ministeriums für Wirtschaft, Innovation,
Digitalisierung und Energie des Landes
Nordrhein-Westfalen sowie durch eine
Zuwendung des Verbandes Freier Berufe im
Land NRW e. V. unterstützt.



im Lande Nordrhein-Westfalen e.V.

Die ausführliche und mit einem umfassenden Fußnotenapparat ausgestattete Fassung der Studie steht als pdf-Datei auf der Webseite des Europäischen Zentrums für Freie Berufe (euzfb.uni-koeln.de), des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (www.wirtschaft.nrw) sowie des Verbandes Freier Berufe im Lande NRW e. V. (www.vfb-nw.de) zum Download bereit.

Langfristig wird der Forschungsbericht auch auf dem Kölner UniversitätsPublikationsServer (kups.ub.uni-koeln.de) zur Verfügung gestellt.

Vorwort

Die Freien Berufe in Nordrhein-Westfalen erbringen wichtige Dienstleistungen zum Wohl der Allgemeinheit. Die Bedeutung der Heilberufe für die Gesundheit der Bevölkerung in ihrer gesamten Breite zeigt sich derzeit in der Corona-Pandemie. Rechtsanwälte haben als unabhängiges Organ der Rechtspflege eine wichtige Funktion im Rechtsstaat. Steuerberater und Wirtschaftsprüfer tragen durch ihre Dienstleistungen für Unternehmen und Verbraucher zur Stabilität unseres Wirtschafts- und Steuersystems bei. Architekten und beratende Ingenieure garantieren eine hochwertige Baukultur und Bausicherheit in Nordrhein-Westfalen. Auch wirtschaftlich sind die Freien Berufe in Nordrhein-Westfalen ein wesentlicher Impulsgeber und Stabilitätsanker. Rund 264.000 Berufsangehörige sind in NRW tätig, sie beschäftigen in unserem Bundesland rund 806.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Neben unmittelbar erbrachten Dienstleistungen für Verbraucher und Unternehmen liefern Freiberufler wichtige Vorprodukte für Industrie und Handel in Nordrhein-Westfalen. Die hier ansässigen Freien Berufe sind damit ein bedeutender Faktor für den Wirtschaftsstandort NRW.

Vor diesem Hintergrund haben wir uns im Rahmen dieser Studie mit den wesentlichen Zukunftsfragen der Freien Berufe in Nordrhein-Westfalen auseinandergesetzt. Ziel war es, den Organen des Landes Nordrhein-Westfalen ebenso wie den selbstverwalteten Berufsständen und der interessierten Fachöffentlichkeit aufzuzeigen, vor welchen regulatorischen Herausforderungen die Freien Berufe stehen. Soweit aus unserer Sicht in Zukunft Neuregelungen oder Reformen angezeigt sind, haben wir Optionen aufgezeigt und diese begründet. Die Optionen sollen Anregungen für die notwendige Diskussion in den Berufsverbänden und der Politik sein.

Die Studie musste in Anbetracht einer Vielzahl von Zukunftsthemen eingegrenzt werden. Zu den Freien Berufen gehören unterschiedliche Professionen, die zwar ein in den Rahmenbedingungen ähnliches besonderes Berufsbild, aber kein identisches und auch kein vollständig harmonisierbares Regulierungssystem verbindet. Damit konnte diese Studie nur Fragen behandeln, die sich gleichermaßen für alle Freien Berufe stellen und damit das insoweit einheitliche Regulierungsmodell betreffen. Außen vor bleiben mussten fachspezifische Fragen, die durch die jeweiligen Fachwissenschaften zu diskutieren sind. Das einheitliche Regulierungsmodell beschränkte den Untersuchungsgegenstand zudem auf die reglementierten Freien Berufe (Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, die Heilberufe, Architekten und beratende Ingenieure).

Als zentrale Herausforderungen für die Regulierung der Freien Berufe in Nordrhein-Westfalen wurden die Länderempfehlungen der Europäischen Kommission zum Reformbedarf des Regulierungsrahmens in Deutschland und die Digitalisierung der Freien Berufe identifiziert.

Beide Herausforderungen sind geeignet, die zukünftige Regulierung der Freien Berufe wesentlich zu beeinflussen.

Erster Ansatzpunkt der Diskussion um eine Fortentwicklung des freiberuflichen Berufsrechts sind die Ableitungen der EU-Kommission aus den Regulierungsindizes. Diese wurden erstmals einer umfassenden, kritischen wirtschaftswissenschaftlichen Prüfung unterzogen. Bislang wurden die Regulierungsindizes vor allem politisch, in den Wirtschaftswissenschaften aber allenfalls in Ausschnitten diskutiert. Im Ergebnis können aus den Regulierungsindizes keine unmittelbar notwendigen Reformschritte im freiberuflichen Berufsrecht abgeleitet werden. Sodann wurden einzelne Fragen der Digitalisierung identifiziert und deren Anforderungen an die Fortentwicklung des freiberuflichen Berufsrechts untersucht. Es zeigt sich, dass sich Angehörige der Freien Berufe und ihre Verbände insbesondere mit dem Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz auseinandersetzen müssen. Der Reflexion bedarf sowohl der Wandel der Berufsbilder als auch die rechtliche Dimension ihres Einsatzes. Im Ergebnis können wir festhalten, dass die Regulierung der Freien Berufe selbstverständlich fortwährend anzupassen ist. Gegenstand dieser unverzichtbaren Fortentwicklung sind aus unserer Sicht aber andere Themen als diejenigen, welche regelmäßig durch die EU-Kommission in den Vordergrund gestellt werden.

Die Studie wurde von einer Expertengruppe begleitet, der Vertreter jeder Profession, Vertreter des Verbandes der Freien Berufe im Lande Nordrhein-Westfalen sowie des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen angehört haben. In insgesamt vier Expertengruppensitzungen haben die Mitglieder an der Festlegung der Forschungsschwerpunkte sowie der verwendeten Methoden mitgewirkt und während der Erstellung der Studie wertvolle berufspraktische Hinweise gegeben. Den Mitgliedern der Expertengruppe sei für ihre Anregungen herzlich gedankt.

Die Erstellung der Studie wurde durch Fördermittel des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen sowie einer Zuwendung des Verbandes Freier Berufe im Lande NRW e.V. unterstützt. Für diese Unterstützung dürfen wir ebenso unseren Dank aussprechen.

Köln im März 2021

Prof. Dr. Martin Henssler, Dr. Oliver Arentz, Dr. Dirk Michel

Inhaltverzeichnis

I. EINORDNUNG DER LÄNDEREMPFEHLUNGEN DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION ZUM REFORMBEDARF DES REGULIERUNGSRAHMENS IN DEUTSCHLAND	1
1. HINTERGRUND DER STUDIE.....	1
2. ZWECK VON BERUFSREGLEMENTIERUNGEN.....	2
3. REGULIERUNGSINDIKATOREN	2
4. BEURTEILUNG DES PRO-SERV-INDIKATORS	3
5. BRUTTOBETRIEBSRATEN ALS INDIKATOR FÜR GERINGEN WETTBEWERBSDRUCK	4
6. ARBEITSPRODUKTIVITÄT ALS INDIKATOR FÜR DIE WETTBEWERBSINTENSITÄT	7
7. ZAHL DER MARKTEINTRITTE UND MARKTAUSTRITTE ALS INDIKATOR FÜR WETTBEWERBSINTENSITÄT	7
8. SCHLUSSFOLGERUNGEN	8
II. ANALYSE DES ZUKÜNFTIGEN REGULIERUNGSRAHMENS FÜR FREIBERUFLICHE DIENSTLEISTUNGEN IM HINBLICK AUF DIE ZUNEHMENDE DIGITALISIERUNG DER WIRTSCHAFT UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER LAGE DER FREIEN BERUFE IN NRW	9
1. FRAGESTELLUNGEN	9
2. RECHTSTATSÄCHLICHE FESTSTELLUNGEN ZUR DIGITALISIERUNG IN DEN FREIEN BERUFEN	10
3. DIE AUSWIRKUNGEN DER DIGITALISIERUNG AUF DIE BESCHÄFTIGUNGSFORMEN UND DEN ARBEITSMARKT BEI FREIBERUFLERN	11
4. BERUFSRECHTLICHE UND BERUFSETHISCHE BEURTEILUNG DES EINSATZES VON ROBOTERN UND KÜNSTLICHER INTELLIGENZ.....	13
5. HAFTUNG BEIM EINSATZ VON ROBOTERN UND KÜNSTLICHER INTELLIGENZ	14
6. NEUE ANGEBOTSFORMEN FREIBERUFLICHER DIENSTLEISTUNGEN	16
<i>a) Problemstellung.....</i>	<i>16</i>
<i>b) Ortsungebundene Dienstleistungen</i>	<i>16</i>
<i>c) Online-Plattformen</i>	<i>17</i>
7. REFORMBEDARF GESELLSCHAFTSRECHTLICHER REGELUNGEN FÜR FREIE BERUFE.....	18
<i>a) Problemstellung.....</i>	<i>18</i>
<i>b) Gesellschafterkreis freiberuflicher Gesellschaften.....</i>	<i>19</i>
<i>c) Fremdkapitalbeteiligungen.....</i>	<i>20</i>

I. Einordnung der Länderempfehlungen der Europäischen Kommission zum Reformbedarf des Regulierungsrahmens in Deutschland

1. Hintergrund der Studie

Die EU-Kommission legt im Rahmen ihres Mandates zur Weiterentwicklung des Binnenmarktes seit einigen Jahren einen Schwerpunkt auf die Vertiefung der Binnenmarktbeziehungen bei Dienstleistungen. Unter anderem soll durch eine weitere Harmonisierung der sogenannten reglementierten Berufe die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung vereinfacht und der Wettbewerb in diesem Bereich intensiviert werden. Der Wettbewerb soll die Anbieter zum einen anhalten, sich mit ihren Dienstleistungen bestmöglich und innovativ am Bedarf industrieller und privater Nachfrager zu orientieren. Zum anderen soll ein wettbewerbliches Marktumfeld die Anbieter disziplinieren, für ihre Dienstleistungen keine überhöhten Preise aufzurufen.

Die EU-Kommission beruft sich in ihren Initiativen auf verschiedene Regulierungsindikatoren, insbesondere den OECD PMR Indikator, den darauf aufbauenden Regulierungsindikator für unternehmensnahe freiberufliche Dienstleistungen (PRO-SERV) sowie auf verschiedene indirekte Indikatoren. Diese Initiativen finden regelmäßig Eingang in die sog. Länderempfehlungen. In der rechtspolitischen Diskussion wird von vielen Mitgliedstaaten ebenso wie von den Vertretern der betroffenen Berufsverbände gegen diesen methodischen Ansatz eingewandt, dass die verwendeten Regulierungsindikatoren die tatsächlichen Wirkungen der Regulierung Freier Berufe nicht zutreffend abbilden würden. Einzelne Indikatoren würden die tatsächliche Rechtslage in den Mitgliedstaaten schon unzutreffend wiedergeben. Vor allem aber würden Indikatoren durch die EU-Kommission fehlinterpretiert. Ein Zusammenhang zwischen einem bestimmten Indikator und der Wettbewerbsfähigkeit eines Freien Berufs in einem Mitgliedstaat könne nicht sicher abgeleitet werden. Alternative Ursachen würden nicht berücksichtigt, die positiven Effekte der Berufsregulierung würden nicht hinreichend gewürdigt.

Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung in der Literatur mit den genannten Indikatoren sowie den aus den Indikatoren gezogenen Schlussfolgerungen hat bislang nur im Hinblick auf einzelne Aspekte stattgefunden. Daher fehlt in der rechtspolitischen Diskussion eine fundierte Quellengrundlage, wenn auf Grundlage der Regulierungsindikatoren konkrete Deregulierungsmaßnahmen gefordert werden. Diese Studie verfolgt das Ziel, durch eine kritische Analyse der verwendeten Regulierungsindikatoren der Frage nachzugehen, ob bzw. welche Ableitungen der EU-Kommission stimmig sind. Hierdurch werden das Land NRW sowie alle an der Diskussion beteiligten Akteure in die Lage versetzt, bei künftigen Gesetzesinitiativen auf einen erweiterten Forschungsstand zurückzugreifen, der erstmals mehrere Indikatoren in einem inhaltlichen Zusammenhang kritisch überprüft hat. Insbesondere die EU-Verhältnismäßigkeitsrichtlinie, welche in NRW durch das

Verhältnismäßigkeitsprüfungsgesetz im Jahr 2020 umgesetzt wurde, verlangt bei dem Erlass oder der Änderung von Berufszugangs- oder Berufsausübungsregelungen eine Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme. Hierbei ist ausdrücklich auch auf wissenschaftliche Studien zurückzugreifen. Die vorliegende Studie bietet insoweit eine qualifizierte Grundlage.

2. Zweck von Berufsreglementierungen

Ein unzureichend reguliertes Marktumfeld kann bei unternehmensnahen Dienstleistungen wie den freiberuflichen Tätigkeiten von Anwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Architekten oder Ingenieuren negative Auswirkungen haben. Das wäre u.a. der Fall, wenn Anforderungen an die Mindestqualität im Anbieterwettbewerb verletzt werden oder gute Qualität trotz Bedarfs vom Markt verdrängt wird. Letzteres kann auf unzureichend regulierten Märkten passieren, wenn die Nachfrager Dienstleistungen guter Qualität von Dienstleistungen geringer Qualität nicht hinreichend gut unterscheiden können und daher ihre Zahlungsbereitschaft reduzieren.

Im Bereich dieser unternehmensnahen freiberuflichen Tätigkeiten versuchen alle Mitgliedstaaten der EU, eine Mindestqualität durch regulative Markteingriffe sicherzustellen. Die Regulierungsinstrumente unterscheiden sich dabei deutlich: Während viele Staaten in Kontinentaleuropa auf ein Kammersystem, eine Berufsaufsicht in berufsständischer Selbstverwaltung und verbindliche Qualifikationsvorgaben setzen, haben andere Mitgliedstaaten mehr Elemente direkter staatlicher Kontrolle implementiert und verzichten teilweise auf direkte Qualifikationsvorgaben.

Grundsätzlich erkennt die EU-Kommission an, dass die bloße Existenz unterschiedlicher Regulierungsansätze noch keinen Reformbedarf begründen kann. Allerdings vertritt sie die These, dass der Schutz ähnlicher Allgemeininteressen im Fall des kontinentaleuropäischen Regulierungsansatzes mit einer höheren Regulierungsintensität einhergeht und den Anbieterwettbewerb unnötig beschränkt. Hieraus leitet sie in ihren Länderempfehlungen für viele Mitgliedstaaten die Aufforderung ab, durch einzelne Deregulierungsmaßnahmen die Wettbewerbsfähigkeit des Dienstleistungssektors zu stärken.

3. Regulierungsindikatoren

Die EU-Kommission stützt ihre Empfehlungen auf unterschiedliche direkte und indirekte Regulierungs- und Wettbewerbsindikatoren. Direkte Regulierungsindikatoren wie der **PRO-SERV**-Indikator der EU-Kommission verfolgen das Ziel, die vorgefundenen Regulierungsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zu beschreiben und zu bewerten. Indirekte Regulierungsindikatoren wie die Kennzahlen zu **Betriebsüberschüssen**, zur **Arbeitsproduktivität** oder zu **Markteintritten und Marktaustritten** sollen Hinweise auf die Wettbewerbsintensität liefern und so Rückschlüsse auf ungeeignete Regulierungsansätze ermöglichen. Auf Basis dieser Indikatoren mahnt die EU-Kommission in ihren

länderspezifischen Empfehlungen Reformen im Bereich der freiberuflichen Tätigkeiten auch in Deutschland an.

Die Indikatoren erfüllen im Grundsatz zwei Funktionen: Zunächst hat ein Regulierungsindikator den Anspruch, die vorgefundene Ist-Situation in einem Mitgliedstaat zu beschreiben. Die Indikatoren erfassen hier beispielsweise welche Berufsqualifikation erforderlich ist, ob exklusive Berufsrechte für die entsprechend ausgebildeten Personen bestehen, ob eine Kammermitgliedschaft verpflichtend ist oder auch ob Zugangsquoten bestehen. Weiter werden u.a. Beschränkungen bei der interprofessionellen Zusammenarbeit oder Preisregulierungen erfasst. Der Indikator der Europäischen Kommission erfasst darüber hinaus beispielsweise auch den wichtigen Aspekt der Versicherungspflicht für Freiberufler. Diese Beschreibung wird anschließend durch die Zuordnung eines Indikatorwertes mit einer Bewertung verknüpft. So muss die Europäische Kommission oder die OECD beispielsweise bewerten, ob sich ein vorgefundenes Kammersystem positiv oder negativ auf die Wettbewerbsfreundlichkeit eines Regulierungssystems auswirkt. Im Fall des Kammersystems gehen z.B. beide davon aus, dass dieses die Wettbewerbsintensität mindert und verknüpfen dies mit dem Indikatorwert 6.

4. Beurteilung des PRO-SERV-Indikators

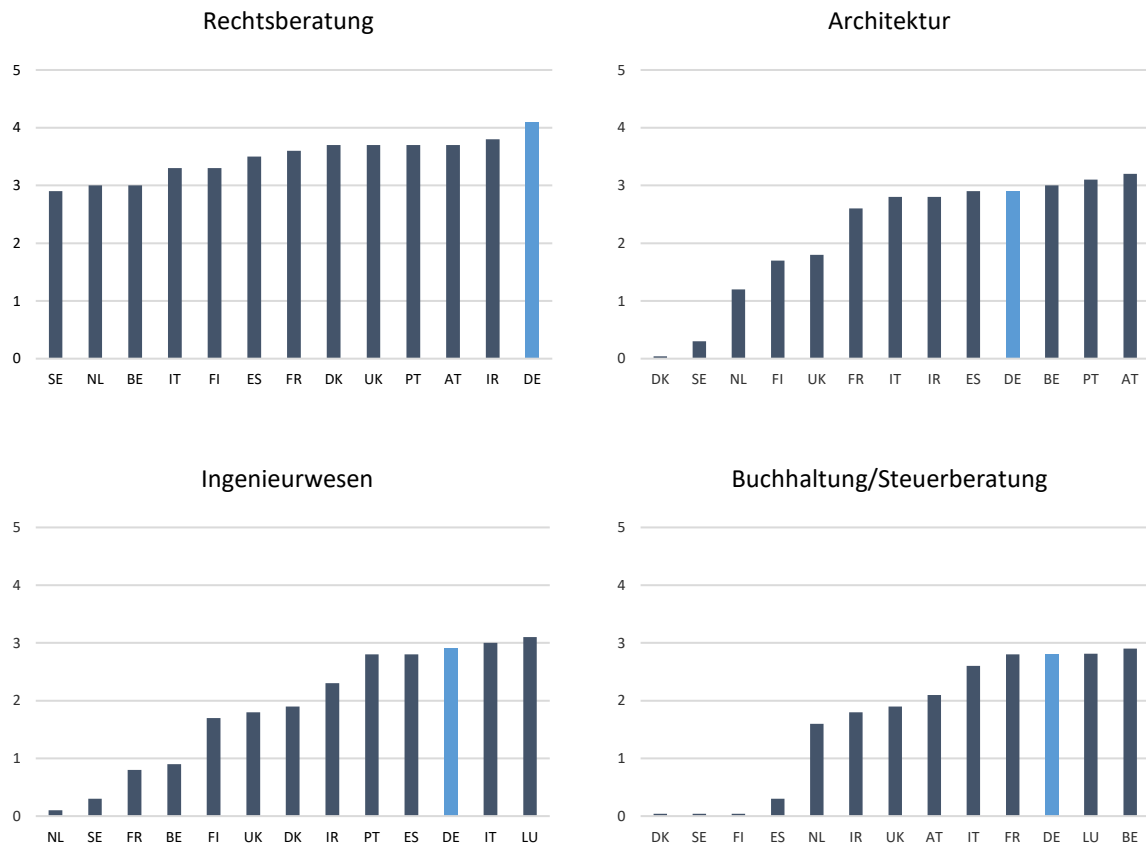
Die EU-Kommission zieht ihren **PRO-SERV Regulierungsindikator** (neben artverwandten Indikatoren der OECD) als Hinweis für eine wettbewerbshemmende Regulierung heran. Deutschland wird bei unternehmensnahen freiberuflichen Tätigkeiten jeweils zur Ländergruppe mit einer hohen Regulierungsintensität zugeordnet. Systematische Bewertungsunterschiede bestehen insbesondere im Vergleich mit den skandinavischen Staaten.

Allerdings bilden diese Regulierungsindikatoren die tatsächlichen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten trotz der jüngsten Verbesserungen in der Methodik weiterhin nur **unvollständig und verzerrt** ab. Die Indikatorwerte erlauben daher keinen unmittelbaren Rückschluss auf die Eignung einer bestimmten Regulierung.

Ein Beispiel: Der PRO-SERV Indikator stuft Dänemark im Fall von Architekturdienstleistungen als vollständig unreguliert ein. Das liegt maßgeblich daran, dass das Berufsrecht der Architekten in Dänemark kein verpflichtendes Hochschulstudium als zentrale, qualitätssichernde Marktzutrittschürde vorsieht. Allerdings ist in Dänemark eine gültige Berufshaftpflichtversicherung Grundbestandteil der Vorgaben für die Leistungsverträge mit einem Kunden. Verständlicherweise ist für den Abschluss einer Berufshaftpflicht auch in Dänemark eine entsprechende Berufsausbildung (Hochschulstudium) Grundvoraussetzung. Ob ein verpflichtendes Studium als zentrale Eintrittshürde bereits im Berufsrecht vorgeschrieben ist oder es sich mittelbar aus der Notwendigkeit einer Berufshaftpflicht ergibt, dürfte für die tatsächliche Wettbewerbswirkung der unterschiedlichen Systeme keinen Unterschied machen.

Abbildung 1:

Regulierungsindikator der Europäischen Kommission bei freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen (pro-serv)



Quelle: Europäische Kommission, The new Restrictiveness Indicator for Professional Services. IP/A/IMCO/2017-02 PE 607.349

5. Bruttobetriebsraten als Indikator für geringen Wettbewerbsdruck

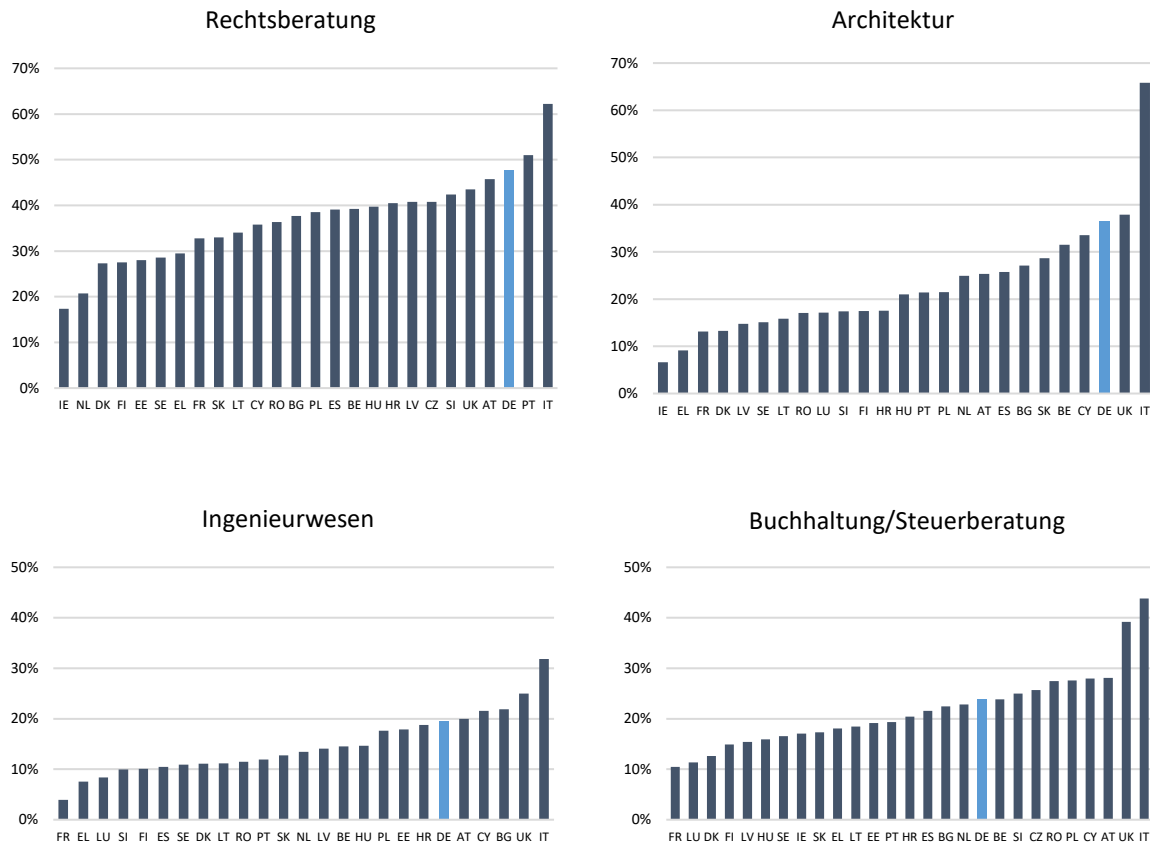
Die EU-Kommission argumentiert, dass man aufgrund von vergleichsweise hohen **Bruttobetriebsraten** bei inländischen freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen auf einen geringen Wettbewerbsdruck in Deutschland schließen könne. Dabei interpretiert die EU-Kommission hohe Betriebsraten als Überschüsse, die den Freiberuflern aufgrund mangelnder wettbewerblicher Konkurrenz zufließen.

Allerdings erlauben vergleichsweise hohe Bruttobetriebsraten bei freiberuflichen Dienstleistungen **keinen unmittelbaren Rückschluss auf eine geringe Wettbewerbsintensität** und sind daher als Indikator für eine wettbewerbshemmende Regulierung in Deutschland nicht gut geeignet:

Abbildung 2:

Bruttobetriebsraten bei freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Jahr 2016



Quelle: Eurostat, Annual detailed enterprise statistics for services (NACE Rev. 2 H-N and S95), eigene Berechnung: Bruttobetriebsraten bzw. Bruttobetriebsüberschuss in Relation zum Umsatz (Gross operating surplus/turnover (gross operating rate)). Fehlende Mitgliedstaaten gehen auf fehlende Daten bei Eurostat zurück.

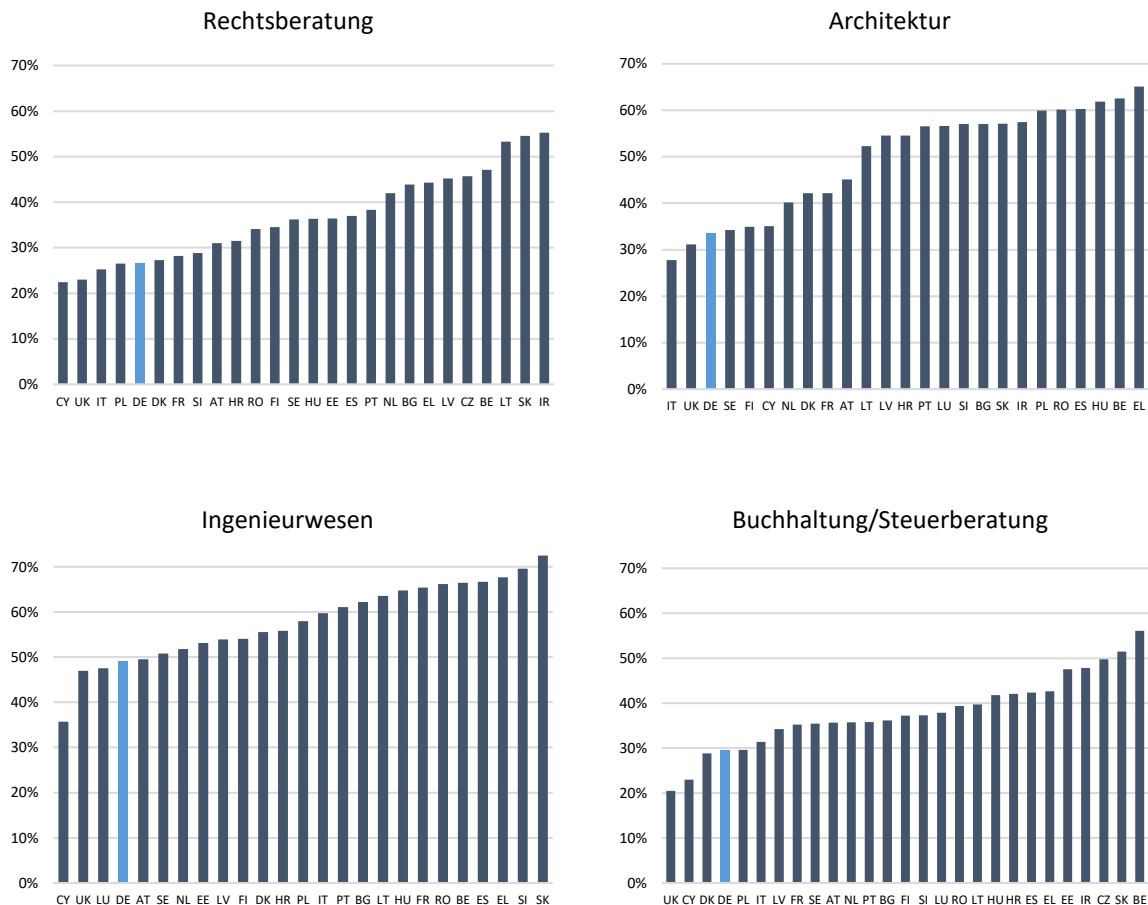
Die Bruttobetriebsrate basiert auf dem Bruttobetriebsüberschuss, der als die unternehmerische Wertschöpfung abzüglich eingekaufter Vorleistungen und abzüglich Personalkosten definiert ist. Dabei gelten folgende Zusammenhänge: Ein höherer Anteil aktiv mitarbeitender selbstständiger Freiberufler (etwa als Gesellschafter einer freiberuflichen Berufsausübungsgesellschaft) an der Gesamtbelegschaft erhöht per Definition den Bruttobetriebsüberschuss, weil das Einkommen dieser selbstständigen Freiberufler nicht als Personalkosten verbucht und somit auch nicht bei der Berechnung des Betriebsüberschusses abgezogen wird. Vielmehr bestreiten selbstständige Betriebsinhaber aus dem Bruttobetriebsüberschuss ihren Lebensunterhalt. Ein kleinerer Anteil zugekaufter Vorprodukte erhöht ebenfalls per Definition den Betriebsüberschuss, wenn an der internen Wertschöpfung im Unternehmen selbstständige Freiberufler beteiligt sind: Weniger zugekaufte Vorleistungen bedeuten, dass anteilig am Gesamtumsatz mehr Arbeit im eigenen Unternehmen geleistet wird – und diese unternehmensinterne Mehrleistung wird bei

selbstständigen Freiberuflern nicht über einen höheren Lohnkostenanteil, sondern über einen höheren Betriebsüberschuss vergolten.

Abbildung 4:

Anteil zugekaufter Vorleistungen am Gesamtumsatz bei freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Jahr 2016



Quelle: Eurostat, Annual detailed enterprise statistics for services (NACE Rev. 2 H-N and S95), eigene Berechnung: Vorleistungen (Total purchases of goods and services) in Relation zum Umsatz. Fehlende Mitgliedstaaten gehen auf fehlende Daten bei Eurostat zurück.

Ergebnis der Untersuchung ist, dass sich die länderspezifischen Unterschiede bei der Bruttobetriebsrate über alle freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen hinweg nahezu vollständig über länderspezifische Unterschiede beim Einkauf von **Vorleistungen** und Unterschiede beim Anteil nicht-selbstständiger **Lohnarbeit** erklären lassen. Im Umkehrschluss lassen die beobachteten länderspezifischen Unterschiede den von der EU-Kommission getroffenen unmittelbaren Rückschluss auf Unterschiede bei der Wettbewerbsintensität nicht zu.

6. Arbeitsproduktivität als Indikator für die Wettbewerbsintensität

Die EU-Kommission argumentiert, dass eine **zu geringe Arbeitsproduktivität** bei inländischen freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen ein Indikator für eine zu geringe Wettbewerbsintensität sei. Dahinter steht die These, dass die inländischen Dienstleistungsanbieter aufgrund fehlender Konkurrenz nicht zur Optimierung ihrer Produktionsprozesse angehalten würden.

Allerdings erlaubt die Kennzahl der Arbeitsproduktivität keinen direkten Rückschluss auf die Wettbewerbsintensität. Eine hohe Arbeitsproduktivität kann einerseits das Ergebnis innovativer Produktionsprozesse sein, sie kann andererseits aber auch das Ergebnis großzügiger Preisaufschläge aufgrund fehlender Konkurrenz sein. **Als Indikator für die Wettbewerbsintensität ist die Arbeitsproduktivität daher ungeeignet.** Üblicherweise wird eine hohe Arbeitsproduktivität daher immer nur unter der Nebenbedingung eines funktionierenden Wettbewerbs als erstrebenswerte Zielgröße genannt.

Unabhängig davon zählt Deutschland bei freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen nicht zu den europäischen Ländern mit einer unterdurchschnittlichen Arbeitsproduktivität, wenn die Zahlen kaufkraftbereinigt und in Vollzeitäquivalenten verglichen werden. Vielmehr sind die Kennzahlen zur Arbeitsproduktivität vergleichbar mit denen in Schweden, Dänemark, dem Vereinigten Königreich oder den Niederlanden – und damit auf Augenhöhe mit Ländern, deren Regulierungsansatz von der EU-Kommission regelmäßig als vorzugswürdig hervorgehoben wird.

7. Zahl der Markteintritte und Marktaustritte als Indikator für Wettbewerbsintensität

Die EU-Kommission argumentiert, dass eine unterdurchschnittliche Anzahl an **Markteintritten und Marktaustritten** ein Hinweis auf einen relativ geringen Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen sei. Hinter dem Indikator der Marktaustritte steht die These, dass eine hohe Wettbewerbsintensität unprofitable Anbieter schneller und häufiger zur Betriebsaufgabe zwingen müsste. Hinter dem Indikator der Markteintritte steht die These, dass eine wettbewerbsfreundliche Regulierung ohne große Markteintrittshürden zu vermehrten Markteintritten führen müsste.

Bei differenzierter Betrachtung erlauben die Kennzahlen zum Gründungs- und Austrittsverhalten allerdings **keinen Rückschluss auf eine geringe Wettbewerbsintensität oder hohe Markteintrittshürden in Deutschland:**

Die Marktaustrittsquoten sind bei freiberuflichen Dienstleistungen im EU-Vergleich in Deutschland vergleichsweise hoch. So ist die Austrittsquote beispielsweise deutlich höher als in den Niederlanden oder Schweden – beides Länder, deren Regulierungsansatz bei freiberuflichen Tätigkeiten von der Europäischen Kommission als besonders wettbewerbsfreundlich hervorgehoben wird. Die beobachteten Marktaustritte sprechen daher tendenziell für eine relativ hohe Wettbewerbsintensität in Deutschland.

Eine wichtige Ursache für die jüngst beobachtete Zurückhaltung bei inländischen Neugründungen scheinen vor allem vergleichsweise attraktive Beschäftigungsmöglichkeiten im Angestelltenverhältnis auf dem robusten inländischen Arbeitsmarkt zu sein: Während in einigen Mitgliedstaaten die Anzahl der Angestelltenverhältnisse in den Sektoren der freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen zuletzt stagnierte oder abnahm, hat die abhängige Beschäftigung in Deutschland – auch aufgrund der hohen arbeits- und sozialrechtlichen Schutzstandards und des hohen Einkommensniveaus – deutlich zugenommen. Im Umkehrschluss erlaubt ein hoher Anteil an Neugründungen auch keinen unmittelbaren Rückschluss auf eine besonders wettbewerbsfreundliche Regulierung: Gerade in Ländern wie Italien, Spanien oder Portugal dürfte eine Ursache für den zuletzt vergleichsweise hohen Anteil neu entstehender Selbstständigkeiten auch die relativ schlechte Arbeitsmarktperspektiven mit Entlassungen und fehlenden Stellenangeboten bei bestehenden Unternehmen sein.

8. Schlussfolgerungen

Die vorliegende Analyse der verschiedenen Indikatoren liefert insgesamt keinen belastbaren Beleg für eine geringe Wettbewerbsintensität bei freiberuflichen Dienstleistungen in Deutschland, die ursächlich auf eine zu hohe Regulierungsintensität zurückzuführen wäre. Die Ergebnisse sind allerdings auch kein Beleg für eine vergleichsweise hohe Wettbewerbsintensität in Deutschland oder gar dafür, dass es keinen Reformbedarf bei der Regulierung der Freien Berufe in Deutschland gibt.

Exemplarisch verweist die vorliegende Studie daher unter anderem auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die einen Reformbedarf bei der interprofessionellen Zusammenarbeit von Angehörigen der Freien Berufe aufzeigt. Auch die Regelungen zur Kapitalbeteiligung bei freiberuflichen Dienstleistungen in Deutschland werden zurzeit kritisch diskutiert. Darüber hinaus wird hinterfragt, inwiefern die Regulierung der freien Berufe in den 16 innerdeutschen Bundesländern unterschiedlich erfolgen muss. Historische und kulturelle Unterschiede können innerhalb Deutschlands kein valides Argument für unterschiedliche Regelungen sein.

II. Analyse des zukünftigen Regulierungsrahmens für freiberufliche Dienstleistungen im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft unter Berücksichtigung der Lage der Freien Berufe in NRW

1. Fragestellungen

Das Stichwort „Digitalisierung“ beherrscht seit einigen Jahren viele Diskussionen in Politik und Wirtschaft. Es beschreibt nicht nur eine Modeerscheinung, vielmehr ist in nahezu allen wichtigen Lebensbereichen, sei es nun das Arbeitsleben, die Wirtschaft, die Umwelt oder die Privatsphäre, ein grundlegender Wandel durch eine fortschreitende Digitalisierung zu erwarten. Politik und Wirtschaft stellen sich auf diese Entwicklung ein und bemühen sich, die Folgen zu gestalten und innovative Anwendungen voranzutreiben.

Seit die Computerisierung in der Wirtschaftswelt Einzug gehalten hat, haben auch die Freien Berufe ihre Kanzlei- und Praxisorganisation fortentwickelt. Dabei ging es rückblickend primär um die Computerisierung des organisatorischen Rahmens, in dem der Freiberufler seine Tätigkeit ausübt. Elektronische Aktenführung, Elektronische Kommunikation und fachspezifische Anwendungen haben die Tätigkeit vereinfacht und ihre Effizienz erhöht. Sie unterstützen insoweit lediglich die herkömmliche Arbeit des Freiberuflers. In den letzten Jahren ist aber darüber hinaus zu beobachten, dass die EDV-Anwendungen, etwa durch den Einsatz von künstlicher Intelligenz (KI), komplexer werden und zunehmend in der Lage sind, dem Freiberufler Teilbereiche seiner Tätigkeit abzunehmen. Damit wird nunmehr auch die freiberufliche Dienstleistung selbst digitalisiert. Dies kann auf der einen Seite zu effizienteren und schnelleren Ergebnissen sowie einer höheren Qualität der freiberuflichen Leistung führen. Zugleich führt diese Entwicklung jedoch auch zu einer Veränderung der Art der freiberuflichen Berufsausübung. Die sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Folgen sowie berufspolitischen und berufsrechtlichen Fragen sind Gegenstand dieser Studie.

Die wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Forschung zu den Folgen der Digitalisierung bei der Erbringung freiberuflicher Dienstleistungen ist noch sehr rudimentär. Ziel der Studie ist es daher, zunächst den Stand der Forschung in beiden Disziplinen zusammenzutragen. Darüber hinaus werden die Leitlinien aufgezeigt, nach denen der Rechtsrahmen der Freien Berufe an die Herausforderungen der Digitalisierung angepasst werden kann. Zu diesem Zweck werden die Veränderungen der freiberuflichen Tätigkeiten und Aufgaben durch die Digitalisierung systematisch erfasst. Dargestellt wird, welche Arbeitsweisen sich durch die Digitalisierung bereits geändert haben oder sich mit hoher Wahrscheinlichkeit kurz- und mittelfristig ändern werden. Aufbauend auf der Erfassung der Digitalisierung freiberuflicher Dienstleistungen wird in einem zweiten Schritt untersucht, inwieweit es durch den Wandel in der Arbeitsweise zu Friktionen mit geltenden Grundsätzen der freiberuflichen Berufsausübung und sogar dem Berufsrecht kommt. Hier werden mögliche Lösungswege aufgezeigt. Konkret untersucht wurden die folgenden Fragestellungen:

- Welche ökonomischen und regulatorischen Folgen hat die technische Möglichkeit, Standardaufgaben zu automatisieren, für die freiberufliche Dienstleistungserbringung?
- Muss auf die Möglichkeit, freiberufliche Dienstleistungen ortsungebunden anzubieten, regulatorisch reagiert werden?
- Erfordert die Digitalisierung Anpassungen überkommener berufsrechtlicher Regelungen?

2. Rechtstatsächliche Feststellungen zur Digitalisierung in den Freien Berufen

Ausgangspunkt der Studie ist eine Analyse des derzeitigen Standes der Digitalisierung in den verkammerten Freien Berufen. Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Digitalisierung auch in den Freien Berufen inzwischen weit fortgeschritten ist, wobei ihre Bedeutung in den einzelnen Berufen noch unterschiedlich ausfällt. Soweit es um die Umstellung der organisatorischen Voraussetzungen der Berufsausübung geht, ist diese in allen Berufen bereits weitgehend vorangetrieben. Auch technische Hilfsmittel, welche die eigentliche freiberufliche Berufsausübung erleichtern, werden schon verbreitet eingesetzt. Hier lassen sich jedoch bereits Unterschiede zwischen den einzelnen Berufen beobachten. Während der Rechtsanwalt außerhalb des Massengeschäfts (Beispiel: Klagen in den sog. Dieselfällen), in denen Standardaufgaben automatisiert abgewickelt werden, auf digitalisierte Angebote insbesondere im Bereich der Literatur- und Urteilsdatenbanken zurückgreift, haben solche Anwendungen bei den übrigen Freien Berufen schon eine größere Bedeutung erlangt. So werden insbesondere bei den Heilberufen bereits Roboter und künstlich intelligente Anwendungen eingesetzt. Bei der Rechtsanwaltschaft gibt es zwar denkbare Anwendungsbereiche, welche unter dem Stichwort Legal Tech diskutiert werden. Tatsächlich angewendet werden sie jedoch nur von einigen besonders innovativen Anbietern.

Während die Digitalisierung des organisatorischen Umfeldes sowie die Automatisierung von Standardaufgaben eher der Vereinfachung der Arbeit für den Freiberufler und damit einem Effizienzgewinn dient, ändert sich das Bild, sobald es zum Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz kommt. Diese dienen überwiegend nicht etwa der Verlagerung menschlicher Arbeit auf den Computer und damit einer weiteren Effizienzsteigerung. Roboter und künstliche Intelligenz dienen vielmehr dazu, die Qualität der freiberuflichen Dienstleistung zu steigern. So werden in den Heilberufen Roboter und künstlich intelligente Anwendungen v.a. eingesetzt, um Diagnosen etwa auf der Grundlage von Big Data frühzeitiger oder genauer treffen oder Behandlungen zielgerichteter durchführen zu können. Durch den Einsatz von digitalen Anwendungen in der Wirtschaftsprüfung ist es gelungen, zielgenauere Prüfungsschwerpunkte festzulegen und die Prüfungstiefe zu erhöhen. Darüber hinaus ermöglicht die Digitalisierung, neue freiberufliche Angebote zu etablieren, die ebenfalls den Patienten, Mandanten und Klienten zugutekommen. So kann die Telemedizin die Versorgung des ländlichen Raums verbessern oder zu einer optimierten Steuerung der

Patientenversorgung beitragen. Legal Tech-Plattformen erlauben Verbrauchern die Durchsetzung von Ansprüchen, die sie bislang v.a. aus Gründen des Kostenrisikos nicht geltend gemacht haben. Die Digitalisierung bewirkt bei den Freien Berufen damit eine Steigerung der Qualität der angebotenen Dienstleistungen.

3. Die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Beschäftigungsformen und den Arbeitsmarkt bei Freiberuflern

Um die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Beschäftigungsformen und den Arbeitsmarkt zu untersuchen, wurden für Allgemeinärzte, Architekten, Ingenieure, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer diejenigen Tätigkeiten ermittelt, die schon heute – auch gemäß berufsrechtlichen, -ethischen und wirtschaftlichen Maßstäben – von Computern übernommen werden können. Hierzu wurden zusätzlich zu selbst gewonnenen Erkenntnissen in Absprache mit Experten der jeweiligen Berufe Tätigkeitsprofile erstellt und deren Automatisierbarkeit bewertet. Durch dieses Vorgehen wird sichergestellt, dass die Besonderheiten der Freien Berufe berücksichtigt werden und das Potenzial der Digitalisierung nicht überschätzt wird. Anschließend werden Substituierungspotenziale auf Berufsebene ermittelt und mithilfe von Arbeitsmarkt- und Kammerstatistiken für ganz Deutschland hochgerechnet.

In Abbildung 4 werden die Substituierungspotenziale für die verschiedenen Freien Berufe zusammengefasst. Hierbei ist auffällig, dass vor allem die Berufe der Steuerberater (50%) und Wirtschaftsprüfer (43%) ein hohes Substituierungspotenzial aufweisen. In beiden Berufen bietet die Massendatenanalyse umfangreiche Möglichkeiten zur Automatisierung von Tätigkeiten. Das bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass Steuerberater und Wirtschaftsprüfer im besonderen Maße mit Arbeitsplatzverlusten zu rechnen haben. Vielmehr steht dem derzeitigen Berufsbild sehr wahrscheinlich ein starker Wandel bevor und die Berufsträger müssen sich der Herausforderung stellen, neue Spezialisierungen zu erarbeiten. Schon derzeit fällt vor allem bei den großen Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften der deutlich wachsende Anteil des „Consulting“ auf, in dem höhere Gewinnmargen erzielt und auch höhere Vergütungen gezahlt werden. Soweit dagegen auf den Tätigkeitsfeldern der Ingenieure zunehmend mit Software gearbeitet wird, wird diese in der Regel nur unterstützend eingesetzt, ohne den Experten zu ersetzen. Somit ergibt sich hier ein vergleichbar geringes Veränderungspotenzial. Insgesamt unterscheiden sich die untersuchten Freien Berufe nur moderat in ihrem Substituierungspotenzial. Das Minimum liegt entsprechend bei 25% (Ingenieur) und einem Maximum von 50% (Steuerberater).

Substituierungspotenziale nach Beruf

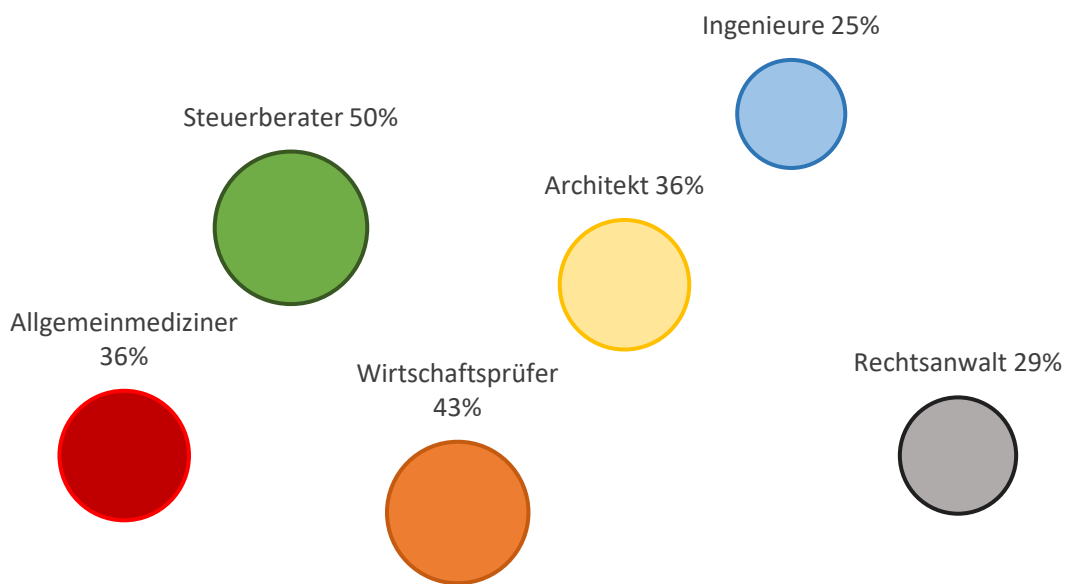


Abbildung 4

Gemäß der Kategorisierung von Frey und Osborne (2013) ordnen sich die Ingenieure sowie die Rechtsanwälte am oberen Limit der Berufe mit einem geringen Substituierungspotenzial (0-30%) ein. Allgemeinmediziner, Architekten, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer gehören demnach zu der Gruppe der Berufe mit einem mittleren Substituierungspotenzial (30-70%). Der ungewichtete Durchschnitt über die betrachteten Berufe beträgt 37%. Hochgerechnet auf Deutschland sind etwa 48% der Beschäftigten in den untersuchten Berufen einem mittleren und 52 % einem geringen Substituierungspotenzial ausgesetzt. Das gesamtdeutsche Substituierungspotenzial der Tätigkeiten für die Freien Berufe liegt bei 32%.

Im nächsten Schritt quantifiziert diese Untersuchung zum ersten Mal den Einfluss der Digitalisierung auf die Freien Berufe unter Beachtung berufsrechtlicher und –ethischer Besonderheiten. Die Substituierbarkeit ist nicht mit dem Verlust von Arbeitsplätzen gleichzusetzen. Vielmehr ist das Substituierungspotenzial ein Indikator für den Wandel des Arbeitsmarktes. Die Arbeitsmarkteffekte hängen davon ab, wie die einzelnen Berufe sich auf die Veränderungen einstellen.

Gerade in den Freien Berufen ist es wichtig, die Rahmenbedingungen für die neuen digitalen Technologien zu diskutieren und proaktiv zu definieren. Durch die geschickte Lenkung der Digitalisierung in den Freien Berufen kann diese sogar im besonderen Maße beschäftigungsfördernd wirken. Zum einen wird zusätzliche Expertise benötigt, um die digitalen Anwendungen zu entwickeln, einzuführen und zu betreuen. Zum anderen können sich Kostensenkungen durch effizientere digitale Anwendungen ergeben. Wenn diese Vorteile als Preissenkungen (bei Achtung etwaiger Mindestgebühren) an den Kunden weitergegeben

werden, kann dies zur Steigerung der Nachfrage führen und folglich einen positiven Beschäftigungseffekt entfalten.

Zudem kann die digitale Veränderung der Arbeitswelt nicht unabhängig vom demografischen Wandel betrachtet werden. So ist bei den Juristen aufgrund rückläufiger Absolventenzahlen mit einem künftigen Fachkräftemangel im ländlichen Raum zu rechnen. Für Ärzte und Apotheker wird bereits heute eine Unterversorgung ländlicher Gebiete konstatiert. Hier können digitale Techniken dazu beitragen, diesen Mangel zumindest abzumildern.

4. Berufsrechtliche und berufsethische Beurteilung des Einsatzes von Robotern und künstlicher Intelligenz

Freiberufliche Dienstleistungen zeichnen sich durch eine persönliche Leistungserbringung durch den Berufsträger aus. Diese tritt bei dem Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz teilweise in den Hintergrund. Ihr Einsatz wirft damit die Frage nach der Verantwortung für die Dienstleistung auf. Darf bzw. kann überhaupt und wenn ja in welchem Umfang ein Freiberufler seine persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Dienstleistung höherer Art, zu der er aufgrund seiner besonderen beruflichen Qualifikation befähigt ist, durch den Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz ersetzen? Betroffen sind berufsrechtliche wie berufsethische Aspekte. Diese Fragen sind bislang nicht grundsätzlich diskutiert worden, gesetzliche Regelungen fehlen weitestgehend.

Dass ein Freiberufler bei der Erbringung einer Dienstleistung auf Roboter und künstliche Intelligenz zurückgreifen darf, steht nicht zur Diskussion. Denn Roboter und künstliche Intelligenz sind zunächst Arbeitserleichterungen wie alle übrigen technische Hilfsmittel auch. Der Einsatz technischer Hilfsmittel ist aber auch Freiberuflern grundsätzlich ohne Weiteres erlaubt. Die Frage muss dahingehend konkretisiert werden, in welchem Umfang der Freiberufler verpflichtet ist, das Ergebnis eines Roboters oder einer künstlich intelligenten Anwendung selbst vollständig zu überprüfen, bevor es als Dienstleistungsergebnis an den Patienten, Mandanten oder Klienten weitergegeben werden darf. Es geht also zunächst um die Sorgfaltspflichten eines Freiberuflers beim Einsatz der genannten Systeme. Unmittelbar wird diese Frage durch das Berufsrecht (noch) nicht geregelt. Damit muss auf die berufsrechtlich niedergelegten Grundpflichten der Freiberufler zurückgegriffen werden. Anknüpfungspunkt sind v.a. die Pflicht zur gewissenhaften Berufsausübung sowie die Eigenverantwortlichkeit des Freiberuflers.

Im Ergebnis ist der Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz durch Freiberufler grundsätzlich zulässig. Es gibt keine regulatorischen Vorgaben, die ihren Einsatz berufsrechtlich untersagen und verlangen, dass der Freiberufler seine Dienstleistung ausschließlich höchstpersönlich erbringen müsse. Vielmehr wird vielfach durch den Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz eine optimale Qualität der Dienstleistung erst ermöglicht.

Für die weitergehende Frage, inwieweit der Freiberufler das Ergebnis selbst nachvollziehen muss, ist zu differenzieren. Nutzt der Freiberufler Robotik oder künstliche Intelligenz allein zur eigenen Arbeitserleichterung und ist deren Einsatz für den Mandanten, Klienten oder Patienten nicht ersichtlich, entspricht es zunächst der Verkehrserwartung, dass der Freiberufler das Ergebnis vollständig überprüft. Regelmäßig dient der Einsatz von Robotik und künstlicher Intelligenz aber der Qualitätssteigerung der freiberuflichen Dienstleistung. In diesen Fällen ist es schon aus praktischen Gründen nicht möglich, das Ergebnis vollständig zu überprüfen. Ihr Einsatz dient gerade dazu, menschliche Unvollkommenheiten auszugleichen. Eine Pflicht zur vollständigen Überprüfung würde den Zweck des Einsatzes von Robotern und künstlich intelligenter Anwendungen konterkarieren.

Der Freiberufler muss sich das Ergebnis aber „zu eigen machen“, bevor er es dem Patienten, Mandanten oder Klienten übermittelt. Hierzu gehört jedenfalls eine Schlüssigkeitsprüfung. Deren Umfang ist abhängig vom konkreten Einsatz und der technischen Ausgestaltung des Roboters und der künstlichen Intelligenz. Zudem treffen den Freiberufler bei dem Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz besondere Sorgfaltspflichten. Vor allem muss er auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage eine verantwortete Entscheidung treffen, ob und welches Instrumentarium er einsetzt. Zudem hat er dafür Sorge zu tragen, dass die eingesetzten Roboter und künstlich intelligenten Anwendungen immer dem aktuellen und marktgängigen Stand von Wissenschaft und Technik entsprechen. Mögliche Produktfehler müssen rechtzeitig erkannt und dokumentiert werden, um sodann daraus die notwendigen Schlüsse zu ziehen (Fehlerbeseitigung, Nichteinsatz der Anwendung bis zu einem Update oder besonders gründliche Überwachung).

Der Gesetzgeber und – im Rahmen ihrer Satzungshoheit – die Berufskammern haben die Möglichkeit, durch nähere Bestimmungen Rechtssicherheit zu schaffen. Dabei ist besonders darauf zu achten, dass eine Überregulierung nicht zu einem faktischen Verbot des Einsatzes von Robotern und künstlicher Intelligenz führt und damit qualitätssteigernde Instrumente den Patienten, Mandanten und Klienten vorenthalten werden.

5. Haftung beim Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz

Eng verknüpft mit der Frage, in welcher Weise ein Freiberufler Roboter und künstlich intelligente Anwendungen einsetzen darf, ist die Frage der Haftung bei Berufsfehlern, welche auf eine Fehlfunktion des Roboters und der künstlich intelligenten Anwendung zurückzuführen sind. Grundsätzlich ändert der Einsatz von Robotern und künstlicher Intelligenz durch einen Freiberufler nichts an seiner Haftung für Berufsfehler. Es gelten die Haftungsgrundsätze, wie sie durch die Rechtsprechung für alle Freien Berufe konkretisiert wurden. Ein geschädigter Patient, Mandant oder Klient kann sich dabei im Wesentlichen auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage berufen, nur bei den Heilberufen ist auch die deliktische Haftung (§ 823 BGB) von Relevanz.

Der Einsatz von Robotern oder künstlich intelligenten Anwendungen wirft haftungsrechtlich die Frage auf, ob der Freiberufler auch für Fehler einzustehen hat, welche auf eine Fehlfunktion des Roboters oder der künstlich intelligenten Anwendung zurückzuführen sind. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Setzt der Freiberufler die genannten Hilfsmittel zur Steigerung der eigenen Arbeitseffizienz ein, wäre er faktisch in der Lage, die Einzelschritte der Anwendung nachzuvollziehen. Allerdings würde die Überprüfung jedes Detailergebnisses seinen Effizienzgewinn weitgehend wieder aufheben. In diesen Konstellationen wird man vorrangig das Vertragsverhältnis zwischen Freiberufler und Patient, Mandant oder Klient in den Blick nehmen müssen. Ist nichts anderes vereinbart worden, schuldet der Freiberufler die Erbringung einer höchstpersönlichen Dienstleistung. In diesen Fällen bleibt er verpflichtet, jedes Detailergebnis zu überprüfen. Unterlässt er dies oder übersieht er bei der Prüfung einen Fehler des Roboters oder der künstlich intelligenten Anwendung, verletzt er schuldhaft seine vertraglichen Pflichten. Es bleibt damit bei der regulären Haftung für berufliche Fehler. Man wird den Vertragsparteien aber auch zugestehen müssen, ausdrücklich oder konkludent den Einsatz von Robotern oder künstlich intelligenten Anwendungen zum Zweck der Effizienzsteigerung zu vereinbaren und eine Detailprüfung abzubedingen. Dies erfolgt bspw. in den Fällen der Legal Tech-Plattformen zur Durchsetzung von Verbraucherrechten bewusst, um im Gegenzug dem Verbraucher attraktive Preismodelle anbieten zu können. Wurde eine Detailprüfung abbedungen, haftet der Freiberufler ausschließlich für Organisationspflichtverletzungen. Dazu gehört insbesondere, eine auf den Anwendungszweck abgestimmte Hard- und Software einzusetzen, diese ordnungsgemäß zu programmieren, zu warten und deren Betrieb zu beobachten. Bekannte Fehlfunktionen müssen umgehend beseitigt oder Fehler ausgeglichen werden.

Deutlich anders ist die Rechtslage, wenn die genannten Hilfsmittel Aufgaben übernehmen, die in dieser Form durch einen menschlichen Freiberufler gar nicht durchgeführt werden könnten. In diesen Fällen ist eine Detailprüfung durch den Freiberufler faktisch unmöglich, sie kann damit auch nicht zum Pflichtenprogramm des Freiberuflers gehören. Wurde der Einsatz der Anwendungen zumindest konkludent vereinbart, kann der Patient, Mandant oder Klient damit auch keine Detailprüfung verlangen. Der Freiberufler handelt bei der Übernahme des Ergebnisses nach einer Schlüssigkeitsprüfung nicht pflichtwidrig. Jedenfalls könnte man ihm keine von ihm zu vertretende Sorgfaltspflichtverletzung vorwerfen, wenn er einen Systemfehler übersieht, den er nicht hätte erkennen können. Er haftet in diesen Fällen ebenfalls nur für Organisationspflichtverletzungen.

Führen damit die Grundsätze der beruflichen Haftung in Verbindung mit den vertraglichen Abreden zwischen Freiberufler und Patienten, Mandanten und Klienten zu einer partiellen Haftungsfreistellung, stellt sich die Folgefrage, ob dieses Ergebnis durch den Gesetzgeber korrigiert werden müsste. Denn das Schadensrisiko bleibt bei diesem Ergebnis beim Patienten, Mandanten oder Klienten. Wollte man dieses Risiko dem Freiberufler zuweisen, kommt eine gesetzliche Garantie- oder Gefährdungshaftung in Betracht. Schließlich könnte man den

Produzenten des Roboters oder der künstlich intelligenten Anwendung in die Haftung nehmen, entweder durch eine Produkthaftung oder eine echte Gefährdungshaftung.

Der Gesetzgeber ist mithin aufgerufen zu entscheiden, ob er eine haftungsrechtliche Begleitung der zunehmenden Etablierung von Robotern und künstlich intelligenten Anwendungen bei Freiberuflern für notwendig erachtet. Zum einem muss er dabei das Schadensrisiko entweder dem Freiberufler oder seinem Auftraggeber bzw. dem Verbraucher zuordnen. Zwar kann es gerechtfertigt sein, dem Freiberufler dieses Risiko zuzuweisen, da dieser die Anwendungen wirtschaftlich nutzt und er die unmittelbare Herrschaft über das System hat. Es muss aber sorgfältig erwogen werden, ob es tatsächlich sachgerecht ist, den Berufsangehörigen eine Garantiehaftung für Schäden aufzubürden, die auch ohne den Einsatz von Robotern und künstlich intelligenten Anwendungen eingetreten wären, da er sie auch durch eine persönliche Leistungserbringung nicht hätte abwenden können. Damit würde nämlich ein allgemeines Lebensrisiko des Auftraggebers letztlich auf den Freiberufler verschoben. Hierin unterscheidet sich die Verantwortlichkeit bei Nutzung von qualitätssteigernden Robotern erheblich etwa von der Haftung für autonom fahrende Verkehrsmittel. Die Letztgenannten werden eindeutig zum Nutzen des Halters eingesetzt, so dass eine Gefährdungshaftung folgerichtig ist. Eine Risikozuweisung an den Hersteller wäre vor allem bei selbstlernenden Systemen problematisch, da der Hersteller faktisch nur noch geringen Einfluss auf das weitere Verhalten des Systems hat. Schließlich darf eine einseitige Risikoverteilung nicht zu einem innovationshemmenden Verzicht auf den Einsatz jedenfalls qualitätssteigernder Systeme führen. Die Diskussion über eine sach- und interessengerechte Risikozuweisung muss aktuell durch die Berufsstände selbst aufgenommen werden.

6. Neue Angebotsformen freiberuflicher Dienstleistungen

a) Problemstellung

Die Digitalisierung ermöglicht in zunehmendem Maße, dass freiberufliche Dienstleistungen in Teilbereichen ortsungebunden und zukünftig auch automatisiert über Online-Plattformen angeboten werden können. Dies gilt bspw. heute schon für die Telemedizin oder Legal Tech-Plattformen. Solche Angebote sind potentiell geeignet, die strengen Berufspflichten der verkammerten Freien Berufe zu unterlaufen. Bedenken bestehen insbesondere, wenn die Dienstleistung aus dem Ausland heraus angeboten wird.

b) Ortsungebundene Dienstleistungen

Ein großer Vorteil der Digitalisierung ist seine Ortsungebundenheit. Schon bislang war es möglich, durch Nutzung von Post und Telefon freiberufliche Dienstleistungen zu erbringen, ohne persönlich in Kontakt zum Empfänger der Leistung zu treten. Heutige Kommunikationstechnologien ermöglichen es aber noch einen Schritt weitergehend, große Datenmengen ad hoc zur Verfügung zu stellen und ohne hohe Zusatzkosten Konferenzschaltungen und Videotelefonate in hoher Qualität zu nutzen. Die Nutzung automatisierter Plattformen ist weder an einen Ort noch eine bestimmte Zeit gebunden.

Damit können Dienstleistungen ohne Weiteres aus dem Ausland erbracht werden, ohne dass der Konsument davon überhaupt Kenntnis hat. Innerhalb des europäischen Binnenmarktes ist ein solches Marktverhalten sogar erwünscht. Die Untersuchung zeigt, dass dies im geltenden Rechtsrahmen ohne negative Auswirkungen auf Qualität, Verantwortlichkeit und Verbraucherrechte möglich ist.

Soweit die ortsungebundene Dienstleistung von einem im Inland ansässigen Freiberufler angeboten wird, bestehen grundsätzlich keine Probleme. Sie können sogar für die Mandanten, Klienten und Patienten vorteilhaft sein, wenn hierdurch bspw. der ländliche Raum besser versorgt werden kann. Bei Rechtsanwälten und Steuerberatern ist bspw. ein persönlicher Kontakt zum Mandanten nicht zwingend erforderlich. Eine rein schriftliche und telefonische Beratung ist gerade mit Geschäftskunden nicht unüblich. Problematischer ist eine Ferndiagnose und Fernbehandlung hingegen bei den Heilberufen. Aus diesem Grund hat die sog. Telemedizin eine eigenständige Regelung erfahren (vgl. § 7 Abs. 4 MBO-Ä). Die Einhaltung der Berufspflichten ist aber gewahrt, selbst wenn sich Berufsgesetze und Berufsordnungen in den Bundesländern im Detail unterscheiden können. Die Frage nach den Grenzen einer ortsungebundenen Dienstleistung ist aus der Sicht der jeweiligen Fachwissenschaften zu klären.

Problematischer sind freiberufliche Dienstleistungen, die aus dem Ausland heraus angeboten werden. Hier stellt sich etwa die Frage, ob der Dienstleister über eine genügende Ausbildung verfügt, ob für den Dienstleister vergleichbare Qualitätsanforderungen wie im Inland gelten, ob die Einhaltung solcher Qualitätsanforderungen hinreichend überwacht wird oder ob im Schadensfall der Mandant, Klient oder Patient erfolgreich Schadensersatzansprüche durchsetzen kann. Dies erfordert meist den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung in ausreichender Höhe.

Im Ergebnis werden nach den Erkenntnissen der Studie die genannten Risiken durch das nationale und europäische Recht hinreichend geregelt. Aufgrund der ausreichenden Regulierung gehen zulässige grenzüberschreitende freiberufliche Dienstleistungen nicht mit der Gefahr eines Qualitätsverlusts einher.

c) Online-Plattformen

In den vergangenen Jahren haben sich verschiedene Verbraucherplattformen etabliert, die auf der Grundlage von selbst programmierter Software in der Lage sind, automatisiert Rechtsdienstleistungen anzubieten. Zu nennen sind Plattformen zur Durchsetzung von Ansprüchen bspw. im Zusammenhang mit Fluggastrechten oder der sog. Mietpreisbremse. Die Besonderheit liegt darin, dass diese Plattformen Rechtsdienstleistungen anbieten dürfen, ohne an die strengen Vorgaben des anwaltlichen Berufsrechts gebunden zu sein. Diese Legal Tech-Plattformen sind Vorreiter einer Entwicklung, die in Zukunft alle Freien Berufe erfassen kann: Die zulässige Erbringung automatisierter freiberuflicher Dienstleistungen, ohne dass der Anbieter dem jeweiligen Freien Beruf angehört und damit dessen Pflichtenbindung

unterliegen würde. Die dargestellte Problemlage zwingt dazu, die Leitplanken einer zukünftigen Regulierung zu definieren. Zwei Ziele sollten dabei erreicht werden: Zum einen muss die hohe Qualität freiberuflicher Dienstleistungen erhalten bleiben. Dem dienen u.a. die Anordnung von Vorbehaltsaufgaben, die Bindung der Ausübung des Berufs an eine Berufszulassung sowie gesetzliche Fortbildungspflichten. Darüber hinaus formuliert das freiberufliche Berufsrecht eine Vielzahl Verbraucherschützender Berufspflichten, deren Einhaltung durch die beaufsichtigenden Kammern überwacht wird.

Das zweite Ziel ist ebenso wichtig: Die Entwicklung innovativer Produkte unter Nutzung der Möglichkeiten der Digitalisierung darf nicht durch ein überkommenes Berufsrecht unnötig erschwert werden. Wenig überzeugend wäre es, am Markt etablierte und zu Recht nachgefragte Produkte wieder schlichtweg zu verbieten. Dies wäre nicht nur innovationsfeindlich, vielmehr würde es faktisch zu einer Beschneidung von Verbraucherrechten führen.

Eine regulatorische Gestaltung muss daher einen Mittelweg beschreiten. Dieser soll hier exemplarisch an den derzeit am Markt tätigen Legal Tech-Plattformen aufgezeigt werden. Berücksichtigt man, dass die Mehrzahl dieser Plattformen durch registrierte Inkassounternehmen mehrheitlich durch Rechtsanwälte geführt werden, liegt es nahe, den Anbietern einen Weg zu eröffnen, ihre Angebote im Rahmen ihrer Rechtsanwaltstätigkeit zu unterbreiten. Der Vorteil liegt auf der Hand: Die Plattformen werden nicht verboten, die „Kunden“ genießen aber den vollumfänglichen Schutz des anwaltlichen Berufsrechts. Dieses Prinzip lässt sich auf alle Freien Berufe übertragen.

Ein solches Konzept ist selbstverständlich nur dann umsetzbar, wenn im Gegenzug die Hindernisse beseitigt werden, welche die „neuen Rechtsdienstleister“ überhaupt aus dem Berufsrecht getrieben haben. Im Wesentlichen sind damit weitere Liberalisierungen des Verbots des Erfolgshonorars, erweiterte Möglichkeiten der Prozessfinanzierung durch Rechtsanwälte und schließlich eine Öffnung des Gesellschafterkreises von Berufsausübungsgesellschaften zu erwägen. Der Entwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt¹ verfolgt ein entsprechendes Konzept, freilich mit diskussionswürdigen Details.

7. Reformbedarf gesellschaftsrechtlicher Regelungen für Freie Berufe

a) Problemstellung

Will man die Digitalisierung in den Freien Berufen stärken, benötigen Freiberufler dazu vor allem technisches Knowhow und Zugang zu Investitionskapital. Dies gilt besonders dann, wenn Freiberufler nicht nur neue Anwendungen nutzen, sondern selbst entwickeln möchten. Das geltende Berufsrecht schränkt diese beiden Faktoren ein. Denn es verbietet zum einen

¹ Im Internet abrufbar unter <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Rechtsdienstleister.html>.

weitestgehend die Beteiligung von technischem Fachpersonal (etwa Ingenieuren, Technikern oder Softwareentwicklern) an Freiberuflergesellschaften außerhalb eines Angestelltenverhältnisses. Zum andern wird durch ein weitgehendes Verbot der Beteiligung von nicht aktiv in der Gesellschaft tätigen Gesellschaftern die Möglichkeit zur Finanzierung erheblicher Investitionen durch Eigenkapital eingeschränkt. Diese Beschränkungen im freiberuflichen Gesellschaftsrecht sind grundsätzlich durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Angesichts aktueller Reformvorschläge im Berufsrecht der Rechtsanwälte und Steuerberater stellt sich aber die Frage, ob vorsichtige Lockerungen den Freien Berufen helfen könnten, die Herausforderungen der Digitalisierung besser zu meistern.

b) Gesellschafterkreis freiberuflicher Gesellschaften

Mitunter leisten Berufsausübungsgesellschaften eigene Entwicklungsarbeit, erforschen neue Anwendungsgebiete, erproben neue Anwendungen und bieten diese schließlich am Markt an. In den beschriebenen Anwendungsfeldern leisten Ingenieure, Techniker oder Softwareentwickler einen eigenen wesentlichen Beitrag zum Erfolg der freiberuflichen Gesellschaft. Gerade bei der Entwicklung neuer Anwendungen werden sie gar einen Hauptanteil an der Entwicklungsarbeit tragen. Die Gesellschaften müssen hier Anreize setzen können, damit die beteiligten, berufsfremden IT-Fachkräfte ebenso motiviert an der Entwicklung und dem Betrieb der Anwendungen mitwirken wie die freiberuflichen Gesellschafter. Hierzu gehört eine Einbindung in die strategischen Entscheidungen der Gesellschaft und die Planung künftiger Entwicklungen. Die leitenden berufsfremden IT-Fachkräfte sollten „auf Augenhöhe“ mit den beteiligten Freiberuflern kommunizieren können, ohne freilich in die unabhängige Erbringung der freiberuflichen Dienstleistung eingreifen zu können. Schließlich muss ihr Anteil an der Entwicklung und dem Betrieb der Anwendungen langfristig angemessen vergütet werden können. In den vorstehend aufgezeigten Konstellationen sollte sich der Anteil der IT-Fachkräfte am Erfolg der freiberuflichen Unternehmung auch in ihrer Beteiligung an der Gesellschaft widerspiegeln können. Sie auch künftig ausschließlich als Angestellte in die Berufsausübungsgesellschaft aufzunehmen, wird ihrer Bedeutung nicht gerecht.

Die Digitalisierung zeigt damit, dass Vorschläge für eine Eingrenzung des zulässigen Gesellschafterkreises auf andere Freie Berufe – wie sie sich etwa im jüngsten Regierungsentwurf des BMJV zur Reform der BRAO² im Sinne eines Kompromissvorschlags findet – eher eng ist. Zwar zählen Ingenieure und Informatiker grundsätzlich zu den Freiberuflern. Doch verfügen viele IT-Fachkräfte über keinen formalen Hochschulabschluss. Gerade unter Programmierern sind kreative Menschen mit einer anderen Berufsausbildung oder gar Autodidakten keine Ausnahme. Erwägenswert bleibt daher eine Öffnung der Zusammenarbeit mit all jenen Berufen, mit denen im Interesse der Verbraucher ein am Markt

² Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Neuregelung_Berufsrecht.html.

nachgefragtes gemeinsames Dienstleistungsangebot erbracht werden kann. Dabei ist die Unabhängigkeit der Freien Berufe zu wahren, im Einzelfall kann außerdem – etwa bei drohenden Interessenkonflikten – ein berufsspezifischer Ausschluss geboten sein.

Zwingend muss das berechtigte Schutzanliegen der bisherigen Beschränkung des Kreises der sozietätsfähigen Personen auch zukünftig umgesetzt werden. Berufsrechtswidrige Einflussnahmen der Mitgesellschafter sind zuverlässig auszuschließen. Hierzu zählt namentlich die Verpflichtung der Berufsausübungsgesellschaft (und nicht nur der Gesellschafter), die jeweiligen Berufspflichten einzuhalten. Ein zentrales Anliegen einer gewissen Liberalisierung muss es somit sein, die für die freiberuflichen Berufsträger zwingend erforderliche Freiheit von Weisungen Berufsfremder und die Beachtung der Berufspflichten der Berufsträger sicherzustellen.

c) Fremdkapitalbeteiligungen

Das derzeitige Recht steht jeglicher Form eines Gewinnpooling in Freiberuflergesellschaften ablehnend gegenüber. Damit steht Freiberuflern derzeit als Investitionskapital neben dem von ihnen selbst gebildeten Eigenkapital vorwiegend die Fremdkapitalfinanzierung über (Bank-)Kredite zur Verfügung. Damit stellt sich die Frage, ob nicht die begrenzte Zulassung einer vermögensmäßigen Beteiligung von in der Gesellschaft nicht aktiven Gesellschaftern ein mögliches Instrument sein könnte, um notwendige Investitionen in die Entwicklung neuer Anwendungen zu ermöglichen.

Bislang werden Kredite v.a. zur Existenzgründung oder bei größeren Investitionen genutzt. Hiervon betroffen sind insbesondere die Heilberufe, welche ein deutlich höheres Investitionsvolumen als andere Freiberufler haben. In diesen speziellen Fällen sichern bspw. die dem Beruf eng verbundene apoBank sowie in Fällen von Großgeräteinvestitionen auch Investitionsbanken mit maßgeschneiderten Angeboten die Finanzierung. Für diese Fälle ist auch zukünftig die Einwerbung von Wagniskapital nicht erforderlich. Bei der Entwicklung neuer Anwendungen kann sich dies freilich anders darstellen. Insoweit wäre zu prüfen, ob entsprechende Investitionen zu akzeptablen Konditionen am Kreditmarkt bezogen werden können. Die begrenzte Zulassung von Wagniskapital könnte gegenüber der reinen Kreditfinanzierung Vorteile bieten. So könnte die Gewinnung von Wagniskapital im Einzelfall schneller und günstiger erfolgen. Darüber hinaus könnte Wagniskapital die Entwicklung neuer Anwendungen beschleunigen. Denn die Investoren werden ein besonderes Interesse daran haben, hochinnovative Produkte in möglichst kurzer Zeit zu entwickeln, damit sich ihre Investitionen lohnen. Wirtschaftlicher Druck ist zwar bei der unmittelbaren Ausübung der freiberuflichen Tätigkeit unerwünscht, kann aber bei der Entwicklung neuer Anwendungen (etwa durch gesellschaftsrechtliche Kontrollrechte und Mitwirkungsrechte) die gewünschten Innovationen begünstigen. Insoweit erscheint aus dem Blickwinkel der Digitalisierung die begrenzte Zulassung von Wagniskapital diskussionswürdig.

All diese Überlegungen pro und contra sprechen dafür, ein Gesamtkonzept von verschiedenen Lösungen zu entwickeln, über die einerseits die sachgerechte und kostengünstige Finanzierung von Freiberuflerpraxen sichergestellt werden kann, andererseits die Unabhängigkeit der in der Gesellschaft aktiv tätigen Berufsträger bei der Erbringung ihrer freiberuflichen Dienstleistung gewährleistet und auch langfristig gegen Fehlentwicklungen geschützt werden kann. Der vom BMJV im aktuellen Regierungsentwurf (vgl. Fn. 2) nicht aufgegriffene Regelungsvorschlag von *Henssler*³ (maximale Beteiligung von nicht aktiven sozietätsfähigen Gesellschaftern in Höhe von 25 %) versteht sich insoweit als Vorschlag für eine moderate Öffnung, die aber flankierender Maßnahmen außerhalb des Gesellschaftsrechts bedarf. Die Diskussion ist noch völlig offen. Parallel zu den Vorschlägen für eine entsprechende Öffnung sollten auch weitere Finanzierungsmöglichkeiten näher untersucht werden.

Die ausführliche und mit einem umfassenden Fußnotenapparat ausgestattete Fassung der Studie steht als pdf-Datei auf der Webseite des Europäischen Zentrums für Freie Berufe (euzfb.uni-koeln.de), des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (www.wirtschaft.nrw) sowie des Verbandes Freier Berufe im Lande NRW e. V. (www.vfb-nw.de) zum Download bereit.

Langfristig wird der Forschungsbericht auch auf dem Kölner UniversitätsPublikationsServer (kups.ub.uni-koeln.de) zur Verfügung gestellt.

³ *Henssler* AnwBl. Online 2018, 564 ff.

Herausgeber

Europäisches Zentrum für Freie Berufe
Prof. Dr. Martin Hensler
Universität zu Köln
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
Telefon: 0221/470-5711
E-Mail: inst-awr@uni-koeln.de