



Gewerbe und freiberufliche Tätigkeit

Einführung

Wann ist ein Selbstständiger Freiberufler, wann Gewerbetreibender? Während diese Frage bei einigen Berufen leicht zu beantworten ist

(z.B. ist unstrittig, dass es sich bei einem selbstständig tätigen Rechtsanwalt um einen Freiberufler handelt), ist die Sache in anderen Fällen deutlich komplizierter (so z.B. beim Fußpfleger).

Bedeutung der Abgrenzung

Die Abgrenzung zwischen Gewerbetreibenden und Freiberuflern ist aber dabei durchaus bedeutsam. Je nach Einordnung ergeben sich nämlich insbesondere gewerberechtliche und steuerrechtliche Folgen. Gewerbetreibende müssen ihr Gewerbe beim zuständigen Gewerbeamt anmelden. Dieses vergibt dem Gewerbetreibenden einen Gewerbeschein und teilt dies dem Finanzamt mit. Das Finanzamt meldet sich daraufhin beim Gewerbetreibenden und erteilt eine Steuernummer. Im Gegensatz dazu müssen sich Freiberufler innerhalb eines Monats nach Aufnahme der freiberuflichen Tätigkeit direkt beim zuständigen Finanzamt melden und bekommen dann unmittelbar eine Steuernummer. Während der Gewerbetreibende Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt (§§ 15-17 Einkommensteuergesetz (EStG)), erzielt der Freiberufler Einkünfte aus selbständiger Arbeit (§ 18 EStG). Gewerbetreibende haben Gewerbesteuer zu zahlen, Freiberufler sind einkommensteuerpflichtig. Zu beachten ist weiterhin, dass für einzelne freie Berufe detaillierte berufsrechtliche Regelungen existieren (z.B. zu Werbebeschränkungen).

Gewerbetreibender

Eine abschließende gewerberechtliche Definition des Begriffs „Gewerbe“ existiert nicht. Die Verwaltungsgerichte haben nach der Gewerbeordnung folgende Kriterien für den Gewerbebegriff entwickelt:

Die Tätigkeit

- ist nicht verboten,
- wird mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen,
- ist auf Dauer angelegt (das tatsächliche Ende nach kurzer Zeit ist nicht entscheidend, die Absicht zählt!),
- wird selbstständig ausgeübt (also kein Arbeitsverhältnis),
- ist keine Urproduktion (Land- und Forstwirtschaft),
- ist nicht bloße Verwaltung eigenen Vermögens und

- ist kein freier Beruf.

Als Beispiele für gewerbliche Tätigkeiten seien folgende genannt: Vermittlungstätigkeiten (z.B. Versicherungs- und Finanzanlagenvermittler), Gastronomiebetriebe, produzierende Betriebe, Handelshäuser.

Zur Abgrenzung zwischen Gewerbe und freiberuflicher Tätigkeit wird überdies auf das Steuerrecht zurückgegriffen. So enthält § 15 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) eine steuerrechtliche Definition des Gewerbebetriebs, wobei hier eine Gewerbetätigkeit negativ als neben anderen Voraussetzungen „nicht freiberufliche Tätigkeit“ definiert wird. § 18 EStG umschreibt die freiberufliche Tätigkeit in steuerrechtlicher Hinsicht.

Freiberufliche Tätigkeit

Gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG gehören zur freiberuflichen Tätigkeit die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende und erzieherische Tätigkeit. Ausdrücklich nennt das Gesetz folgende so genannte Katalogberufe in selbständiger Berufstätigkeit:

- Ärzte,
- Zahnärzte,
- Tierärzte,
- Rechtsanwälte,
- Notare,
- Patentanwälte,
- Vermessungsingenieure,
- Ingenieure,
- Architekten,
- Handelschemiker,
- Wirtschaftsprüfer,
- Steuerberater,
- beratende Volks- und Betriebswirte,
- vereidigte Buchprüfer,
- Steuerbevollmächtigte,
- Heilpraktiker,
- Dentisten, Krankengymnasten,
- Journalisten,
- Bildberichterstatler,

- Dolmetscher,
- Übersetzer,
- Lotsen.

Zudem sind so genannte „ähnliche Berufe“ erfasst. Bei vergleichbaren Berufsbildern muss die Abgrenzung für jeden Einzelfall anhand der genannten Kriterien vorgenommen werden.

Dabei setzt die Zugehörigkeit zu einem freien Beruf nicht unbedingt ein Hochschulstudium voraus. Es muss sich aber jedenfalls immer um eine Ausbildung wissenschaftlicher Art handeln. Darunter fallen auch das Selbststudium oder durch Berufstätigkeit erworbene Kenntnisse, wobei diese Kenntnisse dem Niveau eines Hochschulstudiums entsprechen müssen.

Abgrenzungsprobleme: Gewerbetreibender – Freiberufler

Schwierigkeiten können sich daraus ergeben, dass viele berufliche Tätigkeiten sowohl Merkmale der freien als auch der gewerblichen Berufe aufweisen. Zu prüfen ist dann im Einzelfall, was für die jeweilige Tätigkeit prägend ist. Steht beispielsweise die geistige schöpferische Arbeit im Vordergrund, ist von einer freiberuflichen Tätigkeit auszugehen.

Darüber hinaus können Abgrenzungsschwierigkeiten auch dann entstehen, wenn gleichzeitig eine freiberufliche und eine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt werden. Besteht kein Zusammenhang zwischen beiden Tätigkeiten (insbesondere bei getrennter Buchführung), so kann eine getrennte steuerliche Beurteilung durch das zuständige Finanzamt erfolgen. Ist zwischen beiden ausgeübten Tätigkeiten hingegen ein sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang gegeben, ist in der Regel von einer so genannten gemischten Tätigkeit auszugehen, die zur Annahme eines die gesamte Tätigkeit umfassenden Gewerbebetriebes führen kann. Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn die freiberufliche Tätigkeit lediglich als Ausfluss einer gewerblichen Betätigung zu werten ist oder wenn ein einheitlicher Erfolg geschuldet wird und in der dafür erforderlichen gewerblichen Tätigkeit auch freiberufliche Leistungen enthalten sind.

Die Finanzbehörde soll die Entscheidung über die steuerliche Einordnung unter Würdigung aller Umstände nach dem Gesamtbild der gemischten Tätigkeit vornehmen.

Nach der Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang der Ankauf und Verkauf von Waren grundsätzlich der freiberuflichen Tätigkeit derart wesensfremd, dass von einer Gewerblichkeit der Tätigkeit auszugehen ist.

Eine einheitliche Veranlagung als Gewerbebetrieb kann vermieden werden, wenn es gelingt, gegenüber dem zuständigen Finanzamt glaubhaft zu machen, dass kein sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den ausgeübten Tätigkeiten besteht. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich, einen fachlich spezialisierten Steuerberater zu konsultieren und mit den Finanzbehörden Kontakt aufzunehmen, um Abgrenzungsfragen möglichst frühzeitig zu klären.

Abgrenzung zwischen Freiberuflern und freien Mitarbeitern

Betreffend Freiberufler ist beachten, dass diese nicht mit so genannten „freien Mitarbeitern“ verwechselt werden dürfen. Ein „freier Mitarbeiter“ wird auf Grundlage eines Dienst- oder Werkvertrages für andere Personen oder Unternehmen tätig, ohne in einem dauerhaften, festen Beschäftigungsverhältnis zu stehen. Er ist nicht in die Betriebsorganisation seines Auftraggebers eingegliedert und erbringt die geschuldeten Leistungen persönlich. Abhängig von der ausgeübten Tätigkeit kann es sich bei einem „freien Mitarbeiter“ um einen Gewerbetreibenden oder Freiberufler handeln.

Einteilung einzelner Berufe nach der Einkommensteuerrichtlinie H 136:

Gewerbetreibender

Die folgenden selbstständig ausgeübten Berufe gehören in der Regel zu den gewerblichen Tätigkeiten. Die nachfolgende Liste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

- Apotheker;
- Buchführungshelfer;
- Buchhalter;
- Designer, wenn nicht künstlerisch tätig;
- Detektiv;
- EDV-Berater (soweit er Anwendungssoftware entwickelt oder deren Einsatz betreut – mit oder ohne Hochschulabschluss;
- siehe auch EDV-Berater als freier Beruf);
- Ehevermittler;
- Exportberater;
- Filmhersteller (sofern nicht insgesamt künstlerisch);
- Finanz- und Kreditberater (BFHE 153,222);
- Fitness-Studio Betreiber, sofern nicht Sportunterricht, sondern Einweisung in Gerätebenutzung prägend ist;
- Fotograf, sofern nicht künstlerisch oder Bildberichterstattung;
- Fotomodell;

- Fremdenführer;
- Fußpfleger (sofern es sich um kosmetische Fußpflege handelt);
- Grafiker;
- Handelsvertreter;
- Inkassobüro;
- Klavierstimmer;
- Kreditberater;
- Künstler-Agent;
- Künstler-Manager;
- Kursmakler;
- Landschaftsgärtner, sofern nicht Land- und Forstwirtschaft;
- Partnervermittlung;
- Personalberater, der Stellenbewerber ausfindig macht und eine Vorauswahl trifft;
- Personalvermittler;
- Pharmaberater;
- Projektierer, sofern nicht Ingenieur;
- Propagandist;
- Public-Relations-(PR)Berater, sofern nicht künstlerisch;
- Sachverständiger (gewerblich tätig, wenn der Gutachter bei seiner Tätigkeit an seine Marktkenntnisse oder an seine gewerbliche oder handwerkliche Erfahrung knüpft oder wenn kommerzielle Gesichtspunkte in den Vordergrund treten. Eine freiberufliche Tätigkeit liegt dagegen vor, wenn der Gutachter auf der Grundlage von Disziplinen, die an Hochschulen gelehrt werden, und nach sachlichen und objektiven Gesichtspunkten eine qualifizierte Tätigkeit ausübt, die der Lösung schwieriger Streitfragen dient);
- Schönheitssalon;
- Übersetzungsbüroinhaber, der selbst über keine Kenntnisse der Sprachen verfügt;
- Unternehmensberater (freiberuflich, wenn als beratender Betriebs- oder Volkswirt aufgrund Ausbildung oder Selbststudium);
- Zahntechnisches Labor;
- Zolldeklarant.

Freiberufler

Die folgenden selbstständig ausgeübten Berufe gehören in der Regel zu den freiberuflichen Tätigkeiten. Die nachfolgende Liste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

- Architekt (aber Gewerbe: ein Architekt, der schlüsselfertige Bauten erstellt);
- Arzt;
- Bauingenieur;
- Baustatiker;
- Beratender Volks- und Betriebswirt (der beratende Volks- und Betriebswirt muss Kenntnisse in den hauptsächlichen Bereichen der Betriebswirtschaftslehre erworben haben, diese fachliche Breite auch in seiner praktischen Tätigkeit einzusetzen in der Lage sein und davon auch tatsächlich Gebrauch machen. Es kommt allerdings nicht darauf an, ob die Kenntnisse durch ein Hochschulstudium erworben wurden oder auf Selbststudium beruhen. Eine gewisse Spezialisierung in der Berufstätigkeit ist unschädlich, solange diese sich wenigstens auf einen betrieblichen Hauptbereich erstreckt. Bei einer weiter gehenden Spezialisierung liegt dagegen eine
- gewerbliche Tätigkeit vor);
- Bildberichterstatter;
- Biologe;
- Buchprüfer, vereidigt;
- Bücherrevisor, vereidigt;
- Designer;
- Dolmetscher;
- EDV-Berater (er ist Freiberufler, soweit er Systemsoftware entwickelt. Dies ist ein dem Ingenieur ähnlicher Beruf. Dies gilt sowohl für den Hochschulabsolventen als auch für den Autodidakten, der den Nachweis entsprechender theoretischer Kenntnisse anhand eigener praktischer Arbeiten erbringt);
- Fahrschule (aber Gewerbe, wenn Inhaber keinen Fahrlehrerschein besitzt);
- Fußpfleger (soweit es sich um medizinische Fußpflege handelt (Podologie);
- Hebamme;
- Heilpraktiker;
- Handelschemiker;
- Ingenieur (aber Gewerbe: Herstellung, Bearbeitung oder Vertrieb von Waren);
- Innenarchitekt (aber Gewerbe: Vermittlung des Absatzes von Möbeln);
- Interviewer;
- Journalist;
- Kameramann;
- Krankengymnast;
- Krankenpfleger (aber noch nicht abschließend geklärt bei häuslichen ambulanten Pflegediensten; bejaht durch Rechtsprechung für Pflege durch Krankenschwestern oder
- -pflegern, da Heilberufen ähnlich – verneint durch Rechtsprechung für Pflege durch Altenpfleger, weil

keine gesetzliche Erlaubnis erforderlich und nicht vom Gesundheitsamt überwacht);

- Künstler (aber Gewerbe, soweit werbeaktiv);
- Lehrer für Musikunterricht und Privatunterricht im Sinne der Privatschulgesetze (aber gewerbliche Tätigkeit bei Reitlehrern, die einen Reiterhof (Beherbergung und Beköstigung) betreiben und Tanzlehrern, die in der Tanzschule z.B. Getränke verkaufen);
- Logopäde;
- Lotse;
- Maler (Kunstmaler);
- Masseur (soweit als Heilmasseur tätig – gewerblich: pflegerische und vorbeugende Behandlung von Gesunden –
- z.B. Sport- und Schönheitsmassage);
- Musiker (soweit künstlerisch);
- Notar;
- Patentanwalt;
- Psychotherapeut/Psychologe mit ärztlicher Ausbildung;
- Rechtsanwalt, Rechtsbeistand;
- Restaurator (freiberuflich bei Gemälden usw., jedoch in der Regel nicht bei Gebrauchsgegenständen);
- Schriftsteller;
- Steuerberater;
- Steuerbevollmächtigter;
- Tierarzt;
- Tontechniker, der aus Darbietungen einzelner Musiker ein bestimmtes Klangbild herstellt;
- Trainer (jedoch nicht bei Unterricht an Tieren);
- Übersetzer;
- Vermessungsingenieur;
- Versicherungsmathematiker;
- Wirtschaftsprüfer;
- Wissenschaftler;
- Zahnarzt

Rechtshinweis

Die Veröffentlichung von Merkblättern ist ein Service der IHK Trier für ihre Mitgliedsunternehmen. Dabei handelt es sich um eine zusammenfassende Darstellung der rechtlichen Grundlagen, die nur erste Hinweise enthält und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Eine anwaltliche Beratung im Einzelfall kann dadurch nicht ersetzt werden. Obwohl dieses Merkblatt mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.