

ALLGEMEINE RECHTSFRAGEN – R41

Stand: Februar 2015

Ihr Ansprechpartner
Heike Cloß

E-Mail
heike.closs@saarland.ihk.de

Tel.
(0681) 9520-600

Fax
(0681) 9520-690

Gewerbetreibender oder Freiberufler

Ein Selbständiger stellt sich oft die Frage, ob er Gewerbetreibender oder Freiberufler ist. Diese Abgrenzung gestaltet sich jenseits der „klassischen“ freien Berufe (Arzt, Architekt, Rechtsanwalt) oftmals schwierig. Sie muss jedoch vorgenommen werden, da die Einordnung gewerbe- und steuerrechtliche Folgen nach sich zieht. Der Gewerbetreibende ist anmelde- und gewerbesteuerpflichtig, während der Freiberufler einkommenssteuerpflichtig ist.

Wer ist Gewerbetreibender?

„Gewerbe“ ist leider kein allgemein gültiger Begriff. Es gibt unterschiedliche gesetzliche Ausprägungen. Die Verwaltungsgerichte haben nach der Gewerbeordnung folgende Kriterien für den **Gewerbebegriff** entwickelt:

1. die Tätigkeit ist **nicht verboten**,
2. mit der Absicht, **Gewinn zu erzielen** unternommen wird,
3. **auf Dauer angelegt** ist (das tatsächliche Ende nach kurzer Zeit ist nicht entscheidend, Absicht zählt!),
4. wird **selbständig** ausgeübt (also kein Arbeitsverhältnis),
5. **keine Urproduktion** (Land- und Forstwirtschaft),
6. nicht bloße Verwaltung eigenen Vermögens
und
7. **kein freier Beruf ist.**

Beispiele sind: produzierende Betriebe, Handelshäuser, Vermittlungstätigkeiten (z. B. Makler oder Handelsvertreter), Gaststättenbetriebe. usw. Aber: Die Rechtsprechung zum Gewerbebegriff schweigt gerade zu dem letzten Kriterium, dem Begriff des freien Berufs.

Deshalb muss auf das Steuerrecht zurückgegriffen werden, um eine Abgrenzung strikt durchzuführen. Eine Abgrenzung kann anhand der gesetzlichen Definitionen in den §§ 15 und 18 des Einkommensteuergesetzes erfolgen.

Wer ist Freiberufler?

§ 18 des Einkommenssteuergesetzes nennt als Definition der freiberuflichen Tätigkeit die **selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit**. Außerdem werden – nicht abschließend – einige Berufe aufgezählt, die zu den freien Berufen gehören. Dies sind die sogenannten Katalogberufe, nämlich:

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

Der Gesetzgeber verweist zudem auf „**ähnliche Berufe**“. Bei vergleichbaren Berufsbildern muss die **Abgrenzung** demnach **für jeden Einzelfall** anhand der oben genannten Kriterien erfolgen.

Die Zugehörigkeit zu einem freien Beruf setzt **nicht unbedingt ein Hochschulstudium** voraus. Es muss sich jedoch 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.

Freiberufler müssen kein Gewerbe anmelden; sie sind nicht gewerbesteuerpflichtig. Sie beantragen die Vergabe einer Steuernummer direkt beim Finanzamt.

Abgrenzung Gewerbetreibender / Freiberufler

Viele berufliche Tätigkeiten weisen sowohl Merkmale der freien als auch der gewerblichen Berufe auf. Steht in einem solchen Fall die **geistige schöpferische Arbeit im Vordergrund**, ist von einer **freiberuflichen Tätigkeit** auszugehen.

Weitere Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich, wenn der Berufstätige **gleichzeitig sowohl freiberuflich als auch gewerblich** tätig ist. Wenn zwischen beiden Tätigkeiten kein Zusammenhang besteht, so kann eine getrennte steuerliche Beurteilung durch das zuständige Finanzamt erfolgen (insbesondere bei getrennter Buchführung).

Besteht zwischen den beiden ausgeübten Tätigkeiten **ein sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang**, ist in der Regel von einer sog. **gemischten Tätigkeit** auszugehen, die zur Annahme eines die **gesamte Tätigkeit** umfassenden **Gewerbebetriebes** führen kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die freiberufliche Tätigkeit lediglich als Ausfluss einer gewerblichen Betätigung darstellt oder wenn ein einheitlicher Erfolg geschuldet wird und in der dafür erforderlichen gewerblichen Tätigkeit auch freiberufliche Leistungen enthalten sind.

Die Entscheidung über die steuerliche Einordnung soll die Finanzbehörde unter Würdigung aller Umstände nach dem **Gesamtbild der gemischten Tätigkeit** treffen. Werden in einem Betrieb nur gemischte Leistungen erbracht, ist der Betrieb danach zu qualifizieren, welche der einzelnen Tätigkeiten der Gesamttätigkeit das **Gepräge** gibt. So ist z.B. der Handel mit Waren grundsätzlich der freiberuflichen Tätigkeit derart wesensfremd, dass er grundsätzlich als gewerblicher Natur einzustufen ist.

Eine einheitliche Veranlagung als Gewerbebetrieb kann vermieden werden, wenn man dem zuständigen Finanzamt gegenüber glaubhaft machen kann, dass kein sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den ausgeübten Tätigkeiten besteht.

Der Bundesfinanzhof (Az: VIII R 6/12) hat entschieden, dass Freiberufler schon dann Gewerbesteuer zahlen müssen, wenn sie nebenher zum kleinen Teil gewerblich tätig sind. Diese „**Abfärbewirkung**“ gilt nicht, wenn die gewerbliche Tätigkeit weniger als 3 Prozent des Gesamtumsatzes und weniger als 24.500,00 € im Jahr ausmacht.

TIPP: Lassen Sie sich steuerlich beraten und suchen Sie den Dialog mit den Finanzbehörden, damit Sie in Abgrenzungsfragen frühzeitig rechtliche Klarheit gewinnen.

Freiberufler und freier Mitarbeiter

Nicht zu verwechseln ist der Begriff des „**freien Mitarbeiters**“ mit dem des Freiberuflers. Ein freier Mitarbeiter ist aufgrund 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. Je nach ausgeübter Tätigkeit kann der freie Mitarbeiter Gewerbetreibender, Freiberufler oder sogar Scheinselbständiger sein → **R25** „Selbständige, Scheinselbständige, arbeitnehmerähnliche Selbständige“, Kennzahl **43**.

Einteilung einzelner Berufe nach der Einkommenssteuerrichtlinie 2004 H 136

1. Gewerbetreibende

Nach der von der Finanzverwaltung aufgestellten Einkommenssteuerrichtlinien gehören folgende selbständig ausgeübte **in der Regel** zu den **gewerblichen Tätigkeiten**:

- **Altenpfleger**, soweit auch eine hauswirtschaftliche Versorgung der Patienten erfolgt
- **Anlageberater/Finanzanalyst**
- **Ärztepropagandist**
- **Apotheken-Inventurbüro**
- **Apothekenrezeptabrechner**
- **Architekt**, der bei Ausübung einer beratenden Tätigkeit an der Vermittlung von Geschäftsabschlüssen mittelbar beteiligt ist
- **Artist**
- **Baubetreuer (Bauberater)**, die sich lediglich mit der wirtschaftlichen (finanziellen) Betreuung von Bauvorhaben befassen
- **Bauleiter**

- **Beratungsstellenleiter eines Lohnsteuerhilfevereins**
- **Berufssportler**
- **Bezirksschornsteinfegermeister**
- **Bodybuilding-Studio**, wenn unterrichtende Tätigkeit nur die Anfangsphase der Kurse prägt und im übrigen den Kunden Trainingsgeräte zur freien Verfügung stehen
- **Buchhalter**
- **Buchmacher**
- **Bühnenvermittler**
- **Datenschutzbeauftragter**
- **Detektiv**
- **Dispacheur**
- **EDV-Berater** übt keine ingenieurähnliche Tätigkeit aus, wenn er im Bereich der Anwendersoftware die Entwicklung qualifizierter Software nicht durch eine klassische ingenieurmäßige Vorgehensweise (Planung, Konstruktion, Überwachung) betreibt und wenn er keine Ausbildung, die der eines Ingenieurs vergleichbar ist, besitzt
- **Erbensucher**
- **Fahrschule**, wenn der Inhaber nicht die Fahrlehrererlaubnis besitzt
- **Finanz- und Kreditberater**
- **Fitness-Studio**; keine unterrichtende Tätigkeit, wenn Kunden im Wesentlichen in Gerätebedienung eingewiesen und Training in Einzelfällen überwacht wird
- **Fotograf**, der Werbeaufnahmen macht; Werbeaufnahmen macht auch, wer für Zeitschriften Objekte auswählt und zum Zweck der Ablichtung arrangiert, um die von ihm oder einem anderen Fotografen dann hergestellten Aufnahmen zu veröffentlichen
- **Fotomodell**
- **Gutachter** auf dem Gebiet der Schätzung von Einrichtungsgegenständen und Kunstwerken
- **Havariesachverständiger**
- **Hellseher**
- **Hersteller künstlicher Menschengen**
- **Industriepropagandisten**
- **Ingenieur als Werber für Lieferfirmen**
- **Inventurbüro**
- **Kfz-Sachverständiger ohne Ingenieurexamen**, dessen Tätigkeit keine mathematisch-technischen Kenntnisse wie die eines Ingenieurs voraussetzt
- **Klavierstimmer**
- **Konstrukteur**, der überwiegend Bewehrungspläne fertigt
- **Krankenpfleger/Krankenschwester**, soweit auch eine hauswirtschaftliche Versorgung der Patienten erfolgt
- **Kükensortierer**
- **Künstleragenten**
- **Makler**
- **Marktforschungsberater**
- **Masseur**, (staatlich geprüft), **Heilmasseur**, wenn diese lediglich oder überwiegend kosmetische oder Schönheitsmassagen durchführen
- **Personalberater**, der seinen Auftraggebern von ihm ausgesuchte Kandidaten für eine zu besetzende Stelle vermittelt
- **Pilot**

- **Probenehmer** für Erze, Metalle und Hüttenerzeugnisse
- **Rechtsbeistand**, der mit Genehmigung des Landgerichtspräsidenten Auszüge aus Gerichtsakten für Versicherungsgesellschaften fertigt
- **Rezeptabrechner** für Apotheken
- **Rundfunkermittler**, der im Auftrag einer Rundfunkanstalt Schwarzhörere aufspürt
- **Rundfunksprecher** entfaltet in der Regel keine künstlerische Tätigkeit
- **Schadensregulierer** im Auftrag einer Versicherungsgesellschaft
- **Schiffssachverständiger**, wenn er überwiegend reine Schadensgutachten (im Unterschied zu Gutachten über Schadens- und Unfallursachen) erstellt
- **Spielerberater** von Berufsfußballspielern
- **Treuhänderische Tätigkeit** eines Rechtsanwalts für Bauherrengemeinschaften
- **Vereidigter Kursmakler**
- **Versicherungsberater**
- **Versicherungsvertreter**, selbständiger; übt auch dann eine gewerbliche Tätigkeit aus, wenn er nur für ein einziges Versicherungsunternehmen tätig sein darf
- **Versteigerer**
- **Vortragswerber**
- **Werbeberater**
- **Wirtschaftswissenschaftler**, der sich auf ein eng begrenztes Tätigkeitsgebiet, z.B. die Aufnahme und Bewertung von Warenbeständen in einem bestimmten Wirtschaftszweig, spezialisiert und diese Tätigkeit im Wesentlichen von zahlreichen Hilfskräften in einem unternehmensartig organisierten Großbüro ausführen lässt
- **Zolldeklarant**

2. Freiberufler

Folgende Tätigkeiten gehören nach § 18 EStG sowie der Einkommenssteuerrichtlinie H 136 **in der Regel** zu den **freien Berufen**:

- **Altenpfleger**, soweit keine hauswirtschaftliche Versorgung der Patienten erfolgt
- **Architekt**
- **Arzt**
- **Bildberichterstatter**
- **Buchprüfer, vereidigt**
- **Dentist**
- **Diätassistent**
- **Dolmetscher**
- **EDV-Berater** übt im Bereich der Systemsoftware regelmäßig eine ingenieurähnliche Tätigkeit aus. Im Bereich der Entwicklung von Anwendersoftware ist die Tätigkeit des EDV-Beraters nur dann als selbständige Tätigkeit zu qualifizieren, wenn er die Entwicklung der Anwendersoftware durch eine klassische ingenieurmäßige Vorgehensweise (Planung, Konstruktion, Überwachung) betreibt und er über eine Ausbildung, die der eines Ingenieurs vergleichbar ist, verfügt
- **Ergotherapeut**
- **Handelschemiker**
- **Hebamme/Entbindungspfleger**

- **Heilpraktiker**
- **Industrie-Designer**; auch im Bereich zwischen Kunst und Gewerbe kann gewerblicher Verwendungszweck eine künstlerische Tätigkeit nicht ausschließen
- **Ingenieur**
- **Insolvenzverwalter**; Wirtschaftsprüfer/Steuerberater ist als Insolvenzverwalter freiberuflich tätig, wenn diese Tätigkeit isoliert als eine sonstige selbständige Tätigkeit anzusehen ist
- **Journalist**
- **Kfz-Sachverständiger**, dessen Gutachtertätigkeit mathematisch-technische Kenntnisse voraussetzt, wie sie üblicherweise nur durch eine Berufsausbildung als Ingenieur erlangt werden
- **Kindererholungsheim**; der Betrieb eines Kindererholungsheims kann ausnahmsweise eine freiberufliche Tätigkeit darstellen, wenn die Kinder in erster Linie zum Zweck einer planmäßigen körperlichen, geistigen und sittlichen Erziehung auswärts untergebracht sind und die freiberufliche Tätigkeit der Gesamtleistung des Heimes das Gepräge gibt
- **Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut**
- **Kompasskompensierer** auf Seeschiffen
- **Krankengymnast**
- **Krankenpfleger/Krankenschwester**, soweit keine hauswirtschaftliche Versorgung der Patienten erfolgt
- **Kunsthandwerker**, der von ihm selbst entworfene Gegenstände herstellt; handwerkliche und künstlerische Tätigkeit können nebeneinander vorliegen
- **Logopäde**
- **Lotse**
- **Masseur** (staatlich geprüft), Heilmasseur, soweit diese nicht lediglich oder überwiegend kosmetische oder Schönheitsmassagen durchführen
- **Medizinischer Bademeister**, soweit dieser auch zur Feststellung des Krankheitsbefunds tätig wird oder persönliche Heilbehandlungen am Körper des Patienten vornimmt
- **Medizinisch-technischer Assistent**
- **Modeschöpfer**, beratende Tätigkeit eines im Übrigen als Künstler anerkannten Modeschöpfers kann künstlerisch sein
- **Notar**
- **Orthoptist**
- **Patentanwalt**
- **Patentberichterstatter** mit wertender Tätigkeit
- **Podologe/Medizinischer Fußpfleger**
- **Prozessagent**
- **Psychologischer Psychotherapeut, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut**
- **Rechtsanwalt**
- **Rettungsassistent**
- **Schiffseichaufnehmer**
- **Steuerberater**
- **Steuerbevollmächtigter**
- **Synchronsprecher**, der bei der Synchronisierung ausländischer Spielfilme mitwirkt
- **Tanz- und Unterhaltungsorchester**, wenn es einen bestimmten Qualitätsstandard erreicht

- **Tierarzt**
- **Übersetzer**
- **Vermessungsingenieur**
- **Volks- und Betriebswirt, beratend**
- **Werbung**; Tätigkeit eines Künstlers im Bereich der Werbung kann künstlerisch sein, wenn sie als eigenschöpferische Leistung zu werten ist
- **Wirtschaftsprüfer**
- **Zahnarzt**
- **Zahnpraktiker**
- **Zwangsverwalter**, die Tätigkeit fällt in der Regel unter § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG

Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer IHK – nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.