

Abgrenzung Gewerbe/freie Berufe

Der Gewerbesteuer unterliegt jeder Gewerbebetrieb, der in Deutschland tätig ist. Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer ist der Gewerbeertrag. Der Gewerbeertrag ergibt sich aus dem einkommen- und körperschaftsteuerlichen Gewinn, der um gesetzlich bestimmte Kürzungen und Hinzurechnungen ergänzt wird. Die Gewerbesteuer ist als Betriebsausgabe abzugsfähig. Die Reform der Unternehmensbesteuerung ermöglicht gewerbesteuerpflichtigen Personenunternehmen, die Gewerbesteuer auf die Einkommensteuerschuld für gewerbliche Gewinne anzurechnen. Das Merkblatt beantwortet typische Fragen zur Abgrenzung Gewerbebetrieb – Freiberufler.

Selbstständiger

Ein „beruflich Selbstständiger“ ist entweder als Gewerbetreibender, als Freiberufler oder in der Land- und Forstwirtschaft tätig.

Gewerbetreibende

Die Gewerbeordnung definiert den Begriff des Gewerbebetriebs nicht. Eine nähere Beschreibung findet sich aber in § 15 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG).

Eine

- selbstständige,
 - nachhaltige Betätigung,
 - die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und
 - die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt
- ist danach Gewerbe, wenn diese Betätigung nicht nach §§ 13, 18 Einkommensteuergesetz (EStG) als Ausübung
- von Land- und Forstwirtschaft
 - eines freien Berufs
 - einer sonstigen selbstständigen Arbeit (z.B. Verwaltung eigenen Vermögens)
- anzusehen ist.

Gewerblich sind z. B.:

- Betriebe des Handwerks und der Industrie
- Handelsbetriebe
- Vermittlungstätigkeiten (z.B. des Maklers oder Handelsvertreters)
- Gaststättenbetriebe.

Kapitalgesellschaften wie die Aktiengesellschaft (AG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sind kraft ihrer **Rechtsform** Gewerbebetriebe (§ 2 Abs. 2 GewStG).

Jeder Gewerbebetrieb muss beim zuständigen Gewerbeamt (Bezirksamt, Gemeinde) angemeldet werden. Gewerbebetriebe unterliegen der Gewerbesteuer.

Freiberufler

In § 18 Abs. 1 Einkommensteuergesetz (EStG) sind einige Beispiele dafür aufgeführt, welche Tätigkeiten im einzelnen freiberuflich sind.

Freiberufler ist, wer

- selbstständig und eigenverantwortlich tätig ist
- und eine wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit ausübt.

Einen einheitlichen Oberbegriff der freien Berufe gibt es nicht, so dass der in § 18 Abs.1 Nr.1 EStG aufgeführte Katalog freier Berufe nicht abschließend ist. Bei vergleichbaren Berufen ist jeweils im Einzelnen zu entscheiden.

Freie Berufe setzen eine Tätigkeit voraus, der nicht unbedingt ein Hochschulstudium vorausgegangen sein muss. Es muss sich nur um eine Ausbildung wissenschaftlicher Art handeln. Darunter fallen auch das Selbststudium oder durch Berufstätigkeit erworbene Kenntnisse. Die Kenntnisse müssen dem Niveau eines Hochschulstudiums entsprechen.

Freiberufler unterliegen nicht der Pflicht zur Anmeldung beim Gewerbeamt. Sie beantragen die Vergabe einer Steuernummer direkt beim Finanzamt. Sie unterliegen nicht der Gewerbesteuer.

Abgrenzung Gewerbetreibender und Freier Beruf

Die Abgrenzung ist oftmals schwierig, da zum Beispiel auch der freiberuflichen Tätigkeit in der Regel die Erwerbsabsicht nicht fehlt. Viele Tätigkeiten fallen also sowohl unter die Merkmale der freiberuflichen Tätigkeit als auch unter die des Gewerbes.

In diesen Fällen ist das ausschlaggebende Entscheidungskriterium die **geistige, schöpferische Arbeit**, die bei einer freiberuflichen Tätigkeit im Vordergrund steht.

Nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören insbesondere zu der freiberuflichen Tätigkeit

- die selbstständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit,
- die selbstständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratende Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen (sogenannte Katalogberufe) und
- den Katalogberufen ähnliche Berufe.

Damit ein Beruf dem Katalogberuf ähnlich ist, muss er in wesentlichen Punkten mit diesem übereinstimmen. Dazu gehört, dass Ausbildung und die berufliche Tätigkeit selbst mit dem Katalogberuf vergleichbar sind.

Alle anderen Tätigkeiten, die nicht in § 18 Abs. 1 EStG aufgeführt sind oder zu den "ähnlichen Tätigkeiten" zählen, sind gewerblich, wenn sie nicht zur Land- und Forstwirtschaft gehören.

Abgrenzungsschwierigkeiten können sich bei einer **gleichzeitigen freiberuflichen und gewerblichen Tätigkeit** ergeben.

Übt eine natürliche Person sowohl eine gewerbliche als auch eine freiberufliche Tätigkeit aus, so sind diese steuerlich getrennt zu beurteilen, wenn zwischen beiden Tätigkeiten kein Zusammenhang besteht, so dass die Erzielung sowohl freiberuflicher als auch gewerblicher Einkünfte durch ein und dieselbe Person möglich ist. Besteht zwischen beiden Tätigkeiten ein sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang („**gemischte Tätigkeit**“), kann aber eine einheitliche Beurteilung, d.h. die Annahme eines die gesamte Tätigkeit umfassenden Gewerbebetriebes geboten sein. Einheitliche Einkünfte liegen **nur** vor, wenn die Tätigkeiten derart miteinander verbunden sind, dass sie sich gegenseitig unauflösbar bedingen. Insoweit besteht für den Freiberufler die Gefahr, durch seine gleichzeitige gewerbliche Tätigkeit insgesamt als Gewerbetreibender eingestuft zu werden.

Soll vermieden werden, dass es zu einer einheitlichen Veranlagung kommt, ist dem Finanzamt gegenüber glaubhaft zu machen, dass zwischen beiden Tätigkeiten **kein** sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang besteht.

Tipp: Lassen Sie sich steuerlich beraten und suchen Sie den Dialog mit den Finanzbehörden, damit Sie in Abgrenzungsfragen Rechtsklarheit gewinnen.

Abgrenzung Gewerbetreibender / Landwirtschaft / Vermögensverwaltung

Die Betriebe der sogenannten Urproduktion werden ebenfalls nicht als „Gewerbebetriebe“ angesehen. Dazu gehören Land- und Forstwirtschaft, Garten- und Weinbau, Fischerei und Bergbau. Betriebe der Urproduktion können ihre Erzeugnisse verkaufen, ohne dies als Handelsgewerbe nach § 14 der Gewerbeordnung (GewO) anzeigen zu müssen.

Die bloße Nutzung und Verwaltung eigenen Vermögens, insbesondere die Vermietung und Verpachtung von Grundbesitz (selbst, wenn sehr umfangreich und arbeitsaufwendig) ist in der Regel kein Gewerbebetrieb, weil allgemein übliche Ausnutzung des Eigentums. Dies wird es erst, wenn zu der bloßen Gebrauchsüberlassung besondere Umstände (z.B. ständiger Wechsel bei Vermietung von Ferienwohnungen oder weitere Serviceleistungen) hinzukommen.

Abgrenzung Freier Mitarbeiter / Freier Beruf

Der Begriff des „freien Berufes“ ist von dem des „freien Mitarbeiter“ zu unterscheiden. Der „freie Mitarbeiter“ ist eine Person, die aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages für andere Personen/Unternehmen tätig ist, ohne im Rahmen eines festen, dauernden Beschäftigungsverhältnisses zu arbeiten. Er ist nicht in die Betriebsorganisation des Auftraggebers eingegliedert und erbringt die geschuldeten Leistungen persönlich. Je nach Tätigkeit kann der „freie Mitarbeiter“ Gewerbetreibender oder Freiberufler sein.

ABC der einzelnen Berufe

1. Nach den Einkommensteuerrichtlinien H 136 gehören folgende selbstständig ausgeübte Berufe in der Regel zu den **gewerblichen Tätigkeiten** (in Zweifelsfällen sollten Sie Ihr Finanzamt konsultieren):

Apotheker

Buchführungshelfer

Buchhalter

Designer, wenn nicht künstlerisch

Detektiv

**EDV-Berater, soweit er Anwendungssoftware entwickelt oder deren Einsatz betreut
(mit oder ohne Hochschulabschluss) (vgl. auch EDV-Berater als freier Beruf)**

Ehevermittler

Exportberater

Filmhersteller, sofern nicht insgesamt künstlerisch

**Finanz- und Kreditberater, gewerblich tätig (vom Bundesfinanzhof entschieden in:
BFHE 153, S.222).**

**Fitness-Studio, sofern nicht Sportunterricht, sondern Einweisung in
Gerätebenutzung prägend**

Fotograf, sofern nicht künstlerisch oder Bildberichterstattung

Fotomodell

Fremdenführer

Fußpfleger

Grafiker

Handelsvertreter

Inkassobüro

Klavierstimmer

Kreditberater

Künstler-Agent

Künstler-Manager
Kursmakler

Landschaftsgärtner , sofern nicht Land- und Forstwirtschaft

Medizinischer Fußpfleger

Partnervermittlung

Personalberater, der Stellenbewerber ausfindig macht und eine Vorauswahl trifft.

Personalvermittler, Beruf ist erlaubnispflichtig. Erlaubniserteilung durch
Landesarbeitsamt Nord

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 gewerblichen oder handwerklichen Erfahrung anknüpft 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

Übersetzungsbüro-Inhaber , der selbst nicht über Kenntnisse der Sprachen verfügt, in die oder aus denen innerhalb des Geschäftsbetriebs (durch Angestellte) übersetzt wird

Unternehmensberater: Freiberuflich, wenn als beratender Betriebs- oder Volkswirt aufgrund Ausbildung oder Selbststudium. Ansonsten vgl. Anmerkungen zum Betriebs- und Volkswirt. Gewerbliche Tätigkeit liegt dann bei weitergehender Spezialisierung vor.

Zahntechnisches Labor

Zolldeklarant.

2. Folgende Tätigkeiten zählen in der Regel zu den **freien Berufen** (Einkommensteuerrichtlinien H 136):

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 Hochschul-Studium erworben wurden oder auf Selbst-Studium beruhen. Eine gewisse Spezialisierung in der Berufstätigkeit ist unschädlich, solange diese sich wenigstens auf einen betrieblichen Hauptbereich erstreckt, wie z.B. Produktion, Absatz, Investition und Finanzierung oder betriebliches Rechnungswesen. Bei weitergehender Spezialisierung, z.B. auf Werbeberatung, liegt gewerbliche Tätigkeit vor. Die EDV-Beratung ist ein eigenständiger Beruf und damit auch bei Ausübung durch einen Diplom-Kaufmann nicht der Tätigkeit eines beratenden Betriebswirts ähnlich (vgl. Einzelheiten unter EDV-Berater).

Bildberichterstatter

Biologe

Buchprüfer, vereidigt

Bücherrevisor, vereidigt

Designer

Dolmetscher

EDV-Berater , soweit er Systemsoftware entwickelt. Dies ist ein dem Ingenieur (Katalogberuf der freien Berufe) ähnlicher Beruf. Dies gilt sowohl für den Hochschulabsolventen (Dipl.-Informatiker oder vergleichbare naturwissenschaftliche Ausbildung) als auch für den Autodidakten, der den Nachweis entsprechender theoretischer Kenntnisse anhand eigener praktischer Arbeiten erbringt.

Fahrschule , aber Gewerbe: wenn der Inhaber einer Fahrschule keinen Fahrlehrerschein besitzt.

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 Pflege** diensten durch Krankenschwestern/-pfleger: Freiberuflichkeit **bejaht**, da es den Heilberufen ähnlich (so Finanzgericht Niedersachsen in: EFG 94, S.146); **verneint** für Altenpflege, weil keine gesetzlich begründete Erlaubnis erforderlich und vom Gesundheitsamt nicht überwacht.

Künstler, aber Gewerbe soweit werbeaktiv, z.B. Mitwirkung an Werbefilm ohne eigenschöpferische Leistung, Überlassen von Fotos u.ä.

Lehrer , Musikunterricht und Privatunterricht im Sinne der Privatschulgesetze. Aber: Gewerbliche Tätigkeit z.B. bei Reitlehrern, die einen Reiterhof (mit Beherbergung und Beköstigung) betreiben, sowie Tanzlehrer, die in der Tanzschule z.B. auch Getränke verkaufen.

Logopäde, wenn er seine Tätigkeit mit Erlaubnis nach dem Logopädengesetz ausübt.

Lotse

Maler (Kunstmaler)

Masseur: die Tätigkeit eines Heilmasseurs, der staatlich geprüft bzw. anerkannt ist, zu den Krankenkassen zugelassen ist und der amtsärztlichen Aufsicht untersteht, wird als freiberufliche Tätigkeit anzusehen sein. Aber Gewerbe: Pflegerische und vorbeugende Behandlung von Gesunden (z.B. Sport-, Schönheitsmassagen).

Musiker, soweit künstlerisch

Notar

Patentanwalt

Psychotherapeut/Psychologe mit ärztlicher Ausbildung

Rechtsanwalt, Rechtsbeistand

Restaurator, freiberuflich tätig bei Gemälden usw., nicht jedoch bei Gebrauchsgegenständen (strittig)

Schriftsteller

Steuerberater

Steuerbevollmächtigter

Tierarzt



Tontechniker, der aus Darbietungen einzelner Musiker ein bestimmtes Klangbild herstellen soll

Trainer, jedoch nicht bei Unterricht an Tieren

Übersetzer

Vermessungsingenieur

Versicherungsmathematiker

Wirtschaftsprüfer

Wissenschaftler

Zahnarzt.

Herausgeber: IHK Hamburg

Hinweis: Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer Kammer – 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.

Stand: 01.01.2007



Ihr Ansprechpartner:

Markus Czogalla
Fachbereich Recht | Fair Play
Telefon: 07721 922-168
Fax: 07721 922-300
czogalla@villingen-schwenningen.ihk.de