

## Abgrenzung Gewerbebetrieb – Freie Berufe

Sie möchten sich beruflich selbständig machen und wissen nicht, ob Sie damit einen Gewerbebetrieb gründen oder als Freiberufler tätig werden. Wir haben für Sie nachfolgend die Abgrenzungskriterien dargestellt und nennen Ihnen typische Berufe, die zur gewerblichen bzw. freiberuflichen Tätigkeit zählen.

Je nachdem ob Sie Gewerbetreibender oder Freiberufler sind, resultieren daraus unterschiedliche Rechtsfolgen:

- Gewerbetreibende müssen ihr Gewerbe beim zuständigen Gewerbeamt anmelden. Die Vergabe eines Gewerbebescheines wird seitens der Gewerbebehörde dem Finanzamt mitgeteilt. Das Finanzamt meldet sich daraufhin beim Gewerbetreibenden und erteilt eine Steuernummer. Freiberufler müssen sich ca. innerhalb eines Monats nach Aufnahme der freiberuflichen Tätigkeit direkt beim zuständigen Finanzamt melden, um eine Steuernummer zu erhalten.
- Der Gewerbetreibende erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§§ 15-17 Einkommensteuergesetz (EStG)), der Freiberufler erzielt Einkünfte aus selbständiger Arbeit (§ 18 EStG).
- Im Gegensatz zum Freiberufler unterliegt der Gewerbebetrieb der Gewerbesteuer.
- Für einzelne freie Berufe besteht ein detailliertes Berufsrecht (beispielsweise betreffend Werbebeschränkungen, Pflichtmitgliedschaften).

### A. Gewerbetreibender

Der Begriff Gewerbetreibender bzw. Gewerbebetrieb ist in § 15 Abs. 2 EStG definiert. Ein solcher liegt vor, wenn folgende sieben Kriterien erfüllt sind:

1. Selbstständigkeit,
2. Nachhaltigkeit,
3. Gewinnerzielungsabsicht,
4. Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr,
5. keine Ausübung von Land- und Forstwirtschaft,
6. keine Ausübung einer selbständigen Arbeit (im Sinne des § 18 EStG),
7. keine reine Vermögensverwaltung

Gewerblich sind z. B.:

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

Kapitalgesellschaften wie die Aktiengesellschaft (AG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sind stets kraft Rechtsform Gewerbebetrieb.

## **B. Freiberufler/ Selbständige Arbeit**

Der § 18 EStG definiert die selbständige Arbeit nicht, sondern zählt die dazugehörigen Tätigkeiten auf. Einen einheitlichen Oberbegriff der freien Berufe gibt es nicht, so dass der nachfolgende, in § 18 EStG aufgeführte Katalog nicht abschließend ist.

- 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, Bildberichterstatler, 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 und nicht zu den "ähnlichen Tätigkeiten" zählen, sind gewerblich, wenn sie nicht zur Land- und Forstwirtschaft gehören.

Die ersten vier Voraussetzungen für einen Gewerbebetrieb (siehe oben) (Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnerzielungsabsicht, Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr) treffen auch für die selbständige Arbeit zu.

Die Beschäftigung von fachlich vorgebildeten Mitarbeitern steht der Annahme einer freiberuflichen Tätigkeit nicht entgegen, wenn der Berufsträger auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend tätig wird und auch hinsichtlich der für den Beruf typischen Tätigkeit eigenverantwortlich mitwirkt. Freiberufliche Arbeit leistet der Berufsträger nur, wenn die Ausführung jedes einzelnen ihm erteilten Auftrags ihm und nicht dem fachlichen Mitarbeiter, den Hilfskräften, den technischen Hilfsmitteln oder dem Unternehmen als Ganzem zuzurechnen ist, wobei in einfachen Fällen eine fachliche Überprüfung der Arbeitsleistung des Mitarbeiters genügt. Danach ist z. B. in den folgenden Fällen eine gewerbliche Tätigkeit anzunehmen:

- Ein Unternehmer unterhält ein Übersetzungsbüro, ohne dass er selbst über Kenntnisse in den Sprachen verfügt, auf die sich die Übersetzungstätigkeit erstreckt.
- Ein Architekt befasst sich vorwiegend mit der Beschaffung von Aufträgen und lässt die fachliche Arbeit durch Mitarbeiter ausführen.
- Ein Unternehmer betreibt eine Fahrschule, besitzt jedoch nicht die Fahrlehrerlaubnis.

Der Begriff des „freien Berufes“ ist von dem des „freien Mitarbeiter“ zu unterscheiden. Der freie Mitarbeiter ist eine Person, die aufgrund eines Dienst-/ Werkvertrages für andere 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.

### C. Abgrenzung Gewerbetreibender und Freiberufler

Die Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit unterscheidet sich vom Gewerbebetrieb grundsätzlich dadurch, dass der **Einsatz von Kapital gegenüber der geistigen Arbeit** und der eigenen Arbeitskraft in den Hintergrund tritt. Der Bundesverband der freien Berufe (<http://www.freie-berufe.de/Freie-Berufe.210.0.html>) definiert es so: „Angehörige freier Berufe erbringen aufgrund besonderer Qualifikation persönlich, eigenverantwortlich und fachlich unabhängig geistig-ideelle Leistungen im Interesse ihrer Auftraggeber und der Allgemeinheit.“ Die Abgrenzung ist im Einzelfall jedoch oftmals schwierig, da sich freiberufliche und gewerbliche Tätigkeit sehr ähneln.

Abgrenzungsschwierigkeiten können sich auch 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 schon im Vorfeld Rechtsklarheit gewinnen und so die Möglichkeit besteht, Sachverhalte ggf. noch anders zu gestalten.

## ABC der einzelnen Berufe

### a) Gewerbe

Die folgenden selbstständig ausgeübten Berufe gehören in der Regel zu den **gewerblichen Tätigkeiten** (vgl. H 15.6 EStR, Amtliche Hinweise 2006). Die Liste ist nicht vollständig:

- **Altenpfleger**, soweit auch eine hauswirtschaftliche Versorgung der Patienten erfolgt
- **Anlageberater/Finanzanalyst**
- **Architekt**, der bei Ausübung einer beratenden Tätigkeit an der Vermittlung von Geschäftsabschlüssen mittelbar beteiligt ist
- **Baubetreuer (Bauberater)**, die sich lediglich mit der wirtschaftlichen (finanziellen) Betreuung von Bauvorhaben befassen
- **Bauleiter**
- **Berufsbetreuer** i. S. v. §§ 1896 ff. BGB
- **Berufssportler**
- **Buchhalter**
- **Buchmacher**
- **Datenschutzbeauftragter**
- **Detektiv**
- **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
- **Fahrschule**, wenn der Inhaber nicht die Fahrlehrerlaubnis 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
- **Kfz-Sachverständiger** ohne Ingenieurexamen, dessen Tätigkeit keine mathematisch-technischen Kenntnisse wie die eines Ingenieurs voraussetzt
- **Krankenpfleger/Krankenschwester**, soweit auch eine hauswirtschaftliche Versorgung der Patienten erfolgt
- **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
- **Treuhänderische Tätigkeit eines Rechtsanwaltes für Bauherrengemeinschaften**
- **Versicherungsberater**
- **Versicherungsvertreter**, selbständiger; übt auch dann eine gewerbliche Tätigkeit aus, wenn er nur für ein einziges Versicherungsunternehmen tätig sein darf
- **Versteigerer**
- **Zolldeklarant**

## b) Freiberufler

Folgende Tätigkeiten zählen zu den freien Berufen. Die Liste ist nicht vollständig:

- **Altenpfleger**, soweit keine hauswirtschaftliche Versorgung der Patienten erfolgt
- **Diätassistent**
- **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
- **Ergotherapeut**
- **Hebamme/Entbindungspfleger**
- **Industrie-Designer**; auch im Bereich zwischen Kunst und Gewerbe kann gewerblicher Verwendungszweck eine künstlerische Tätigkeit nicht ausschließen
- **Insolvenzverwalter**; Wirtschaftsprüfer/Steuerberater ist als Insolvenzverwalter freiberuflich tätig, wenn diese Tätigkeit isoliert als eine sonstige selbständige Tätigkeit anzusehen ist, Rechtsanwalt, der als Verwalter im Insolvenzverfahren tätig ist
- **Kfz-Sachverständiger**, dessen Gutachtertätigkeit mathematisch-technische Kenntnisse voraussetzt, wie sie üblicherweise nur durch eine Berufsausbildung als Ingenieur erlangt werden
- **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**
- **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
- **Orthoptist**
- **Podologe/Medizinischer Fußpfleger**
- **Rettungsassistent**
- **Werbung**; Tätigkeit eines Künstlers im Bereich der Werbung kann künstlerisch sein, wenn sie als eigenschöpferische Leistung zu werten ist
- **Zahnpraktiker**
- **Zwangsverwalter**; die Tätigkeit fällt in der Regel unter § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG, aber sonstige selbständige Arbeit

---

*Die IHK-Information wurde mit der gebotenen Sorgfalt erarbeitet, für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Inhalte kann jedoch keine Gewähr übernommen werden.*