

THEMA: Wer oder Was ist ein Gewerbetreibender, Freiberufler und freier Mitarbeiter?

Stand: April 1997

1. Beschreibung und Rechtsgrundlagen

Der **beruflich Selbständige** ist entweder als Freiberufler, als Gewerbetreibender oder in der Land- und Forstwirtschaft tätig.

1.1. Gewerbetreibende

Die Beschreibung eines Gewerbebetriebes findet sich z.B. in § 15 Abs. 2 **Einkommenssteuergesetz** (EStG). Eine

- selbständige,
- nachhaltige Beschäftigung,
- 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

- weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft
- noch als Ausübung eines freien Berufs oder einer anderen selbständigen Arbeit

anzusehen ist.

Die **Gewerbeordnung** befaßt sich zwar mit dem Gewerbebetrieb, enthält aber keinen Paragraphen, der einen solchen Betrieb beschreibt. Man hat sich daher auf eine Definition geeinigt, die nach dem Wortlaut der des EStG entspricht. Trotz des nach außen gleichen Wortlauts haben Gewerbe- und Steuerrecht allerdings unterschiedliche Aufgabenstellungen. Das wirkt sich hinsichtlich der Einordnung als Gewerbebetrieb aber nur selten aus.

Grundsätzlich gilt: Ist ein Betrieb Gewerbe im Sinne des EStG, ist er es auch im Sinne der Gewerbeordnung.

Gewerblich sind z. B.:

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

Jeder **Gewerbebetrieb** muß beim zuständigen Gewerbeamt (Bürgermeisteramt, Gemeinde) **angemeldet** werden. Von dort aus ergeht eine Mitteilung an das Finanzamt.

1.2. Freiberufler

In § 18 Abs. 1 EStG sind Beispiele dafür aufgeführt, welche Tätigkeiten freiberuflich sind (siehe unter 2.2.).

Kurz gesagt ist Freiberufler, wer

- selbständig und unabhängig
- wissenschaftlichen, künstlerischen, schriftstellerischen Tätigkeiten **höherer Art** oder
- einer persönlichen Dienstleistung **höherer Art**, die eine höhere Bildung erfordert,

nachgeht.

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

2. Abgrenzung Gewerbetreibender und Freiberufler

2.1. 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.

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

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

2.3. 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.

Das bedeutet:

- Verlangt der Katalogberuf ein Hochschulstudium, gilt das auch für den „ähnlichen“ Beruf.

Der Nachweis, daß wissenschaftliche Fähigkeiten etwa im Selbststudium erlangt worden sind, ist möglich. Die Maßstäbe des Bundesgerichtshofs sind jedoch so hoch, daß dieser Nachweis nur im Ausnahmefall gelingt.

Ausnahmefall ist z.B.: Die Tätigkeit an sich ist bereits so anspruchsvoll, daß ihre Durchführung zumindest das Wissen des Kernbereichs des Fachstudiums voraussetzt und dieses Wissen den Schwerpunkt der Arbeit bildet. D.h., die Tätigkeit könnte ohne das theoretische Wissen schon tatsächlich nicht ausgeübt werden. Auch dabei werden jedoch strenge Maßstäbe angelegt.

- Umgekehrt gilt: Verlangt der Katalogberuf keine vorgeschriebene Berufsausbildung, bedarf es einer solchen auch nicht beim ähnlichen Beruf.
- Ist für die Ausübung des Katalogberufs eine staatliche Erlaubnis erforderlich oder unterliegt die Ausübung einer staatlichen Aufsicht (wie z.B. bei Heilberufen), so gelten für den ähnlichen Beruf entsprechende Bedingungen.

Eine freiberufliche Tätigkeit üben z.B. aus:

- Kunsthandwerker;
- EDV-Berater, soweit sie im Bereich der Systemtechnik tätig sind (Bei der Personengesellschaft darf keiner der Gesellschafter im Bereich der Anwendersoftware tätig werden!);
- Hebammen;
- Unternehmensberater, wenn die Tätigkeit auf einer vergleichbar breiten fachlichen Vorbildung beruht wie bei einem beratenden Betriebswirt und sich auf einem vergleichbar breiten betrieblichen Bereich erstreckt;

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.

Zu beachten ist weiterhin folgendes:

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG verlangt, daß die freiberufliche Tätigkeit selbständig ausgeübt wird.

Problem: Beschäftigung von Arbeitskräften

Nur für den, der aufgrund eigener Fachkenntnisse **leitend und eigenverantwortlich** tätig wird, steht die Beschäftigung von fachlich vorgebildeten Mitarbeitern der Annahme einer freiberuflichen Tätigkeit nicht entgegen.

Beispiel: Ein Laborarzt kann die Zahl der Aufträge und der angestellten Mitarbeiter nicht beliebig vergrößern, ohne daß seine Freiberuflichkeit in Frage gestellt ist. Seiner Leistungsfähigkeit sind menschliche Grenzen gesetzt, er überträgt wegen des Umfangs automatisch die persönliche Leitung und seine Verantwortlichkeit.

Daraus folgt:

- Der Berufsträger darf weder auf einen Geschäftsführer noch auf einen Vertreter die Leitung oder seine Verantwortlichkeit übertragen.

Andererseits ist die Beschäftigung reiner **Hilfskräfte** unbedenklich.

Auch die Vertretung im Fall **vorübergehender Verhinderung** (z.B. bei Erkrankung oder Urlaub) steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen.

Problem: gemischte Tätigkeit

Freiberufliche neben gewerblicher Tätigkeit

- Wenn eine Trennung der Tätigkeiten nach der Verkehrsauffassung ohne besondere Schwierigkeiten möglich ist, sind auch die jeweiligen Einkünfte getrennt zu behandeln.

- Indiz: getrennte Buchhaltung

- Beispiel: Unternehmensberater ist beratender Betriebswirt und betreibt eine Gaststätte.

Freiberufliche und gewerbliche Tätigkeit gemischt

- Wenn die Merkmale miteinander verflochten und nicht trennbar sind, sind die Einkünfte einheitlich zu behandeln.

- Entscheidend ist dann das Gesamtbild der Tätigkeit.

- Beispiel: Schriftsteller, der sein eigenes Buch verlegt (= insgesamt gewerblich);

3. Steuer

Der Gewerbetreibende erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb, der Freiberufler erzielt Einkünfte aus selbständiger Arbeit.

3.1. Der **Einkommensteuer** unterliegen sowohl die Einkünfte aus Gewerbebetrieb als auch die aus selbständiger Arbeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 EStG).

Bei der Feststellung des zu versteuernden Einkommens werden vorab insbesondere die Betriebsausgaben abgezogen.

Nicht abzugsfähig sind allerdings Ausgaben, die aus einer steuerlich unbeachtlichen **Liebhabe** resultieren.

Hierauf ist zu achten, da auch Gewerbe und freiberufliche Tätigkeit insgesamt zur Liebhabe werden können, sobald ein Merkmal des Gewerbes oder der freiberuflichen Tätigkeit (siehe unter 1.) nicht mehr erfüllt ist.

Beispiel: Macht ein Gewerbebetrieb über lange Zeit nur noch Verluste, ist das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht nicht mehr erkennbar.

3.2. Jeder im Inland betriebene **Gewerbebetrieb** unterliegt zudem der **Gewerbsteuer** (§ 15 EStG, § 2 Abs. 1 des Gewerbesteuergesetzes).

Die Gewerbsteuerpflicht beginnt, sobald der Gewerbebetrieb den Geschäftsbetrieb aufgenommen hat, nicht bereits mit der bloßen Vorbereitungshandlung.

Durch Freibeträge ist von kleineren oder auch neugegründeten Betrieben in den ersten Jahren keine Gewerbesteuer zu entrichten. Bei höheren Gewerbeerträgen kann die Steuerbelastung erheblich werden.

Die Ausübung eines freien Berufs unterliegt nicht der Gewerbesteuer.

3.3. **Umsatzsteuer:** Die Versteuerung der Umsätze erfolgt für den Freiberufler nach den vereinnahmten Entgelten (= Ist-Besteuerung). Umsatzsteuer ist also nicht bereits dann an das Finanzamt zu zahlen, wenn die Rechnung erstellt ist, sondern erst, wenn die Einnahmen zugeflossen sind. Anders ist das beim Gewerbebetrieb.

Interessant für den Freiberufler ist auch, daß dieser anders als der Gewerbetreibende - nicht der **Buchführungspflicht** unterliegt.

3.4. Besonderheiten beim **Zusammenschluß von Freiberuflern oder Freiberuflern und Gewerbetreibenden** in einer:

Kapitalgesellschaft (GmbH, AktG)

- diese ist gewerbesteuerpflichtig bereits aufgrund der Rechtsform.

Die Personengesellschaft

- ist insgesamt gewerbesteuerpflichtig, wenn auch nur ein Gesellschafter gewerbliche Projekte der Gesellschaft betreibt.

- ist insgesamt gewerbesteuerpflichtig, wenn auch nur zum Teil eine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird (Trennung der Bereiche ist hier unzulässig).

- Ausschließlich Freiberufler im Zusammenschluß einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erzielen Einkünfte aus freier Berufstätigkeit.

- Haben sich Freiberufler zusammengeschlossen, werden aber berufs fremde Personen als Mitunternehmer beteiligt, sind die Einkünfte insgesamt gewerbesteuerpflichtig.

Bei Zweifeln über die Einordnung als freiberufliche Tätigkeit oder als Gewerbebetrieb sollte unbedingt eine Einschätzung vom Finanzamt oder vom Gewerbeamt angefordert werden.

4. Freier Mitarbeiter

Als freie Mitarbeit bezeichnet man einen Dienstleistungsvertrag, der auf längere Zeit angelegt ist, ohne daß es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt.

Der freie Mitarbeiter ist Selbständiger. Er kann somit steuerlich Gewerbetreibender oder Freiberufler sein.

4.1. Der Status des freien Mitarbeiters

Freie Mitarbeit bietet den Vorteil, daß eine fremde Person für die Zwecke eines Unternehmens eingesetzt werden kann, ohne daß zu dieser Person arbeitsrechtliche Beziehungen bestehen. Das bedeutet,

- keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall;

- kein Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Honorars;

- bei Beendigung der Zusammenarbeit Kündigungsschutzklage nicht möglich;

- keine Pflicht des Unternehmens zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Zu beachten ist, daß der **Betriebsrat** des Unternehmens nach § 99 BetrVG mitbestimmen kann, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden.

4.2. Abgrenzung freier Mitarbeiter und Arbeitnehmer

Für die Beurteilung der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses kommt es nicht auf den Wortlaut im Vertrag an!

Auch wenn die Parteien einvernehmlich von „freier Mitarbeit“ sprechen, ist dies nur nachrangig zu beachten.

Ausschlaggebend ist vielmehr die tatsächliche Durchführung des Vertrages.

Für die Einordnung des Arbeitsverhältnisses als freie Mitarbeit findet sich aber auch kein eindeutiges, schlechthin geltendes Einzelmerkmal. Es gibt lediglich eine **Vielzahl von Kriterien**, deren Vorliegen mehr oder weniger für oder gegen eine freie Mitarbeit sprechen.

Es ist immer eine Einzelfallentscheidung. Diese Entscheidung richtet sich danach, welche der Kriterien im **Gesamtbild** der Tätigkeit überwiegen.

Grundsatz ist: Je größer die Bindung, umso größer die Gefahr, daß der Mitarbeiter in Wirklichkeit Arbeitnehmer ist.

Durch die folgenden Kriterien zeichnet sich die freie Mitarbeit besonders aus:

Unabhängigkeit

- Der freie Mitarbeiter ist nicht weisungsgebunden, etwa durch fachliche Einzelanweisungen seines Arbeitgebers, durch einen Dienstplan oder durch Richtlinien.
- Er kann seine Arbeitszeit frei einteilen und gestalten. Er sollte also z.B. nicht einer Anwesenheitspflicht während der üblichen Bürostunden unterliegen. Dazu zählt auch, daß der freie Mitarbeiter hinsichtlich einer Arbeitszeit nicht von seinem Auftraggeber kontrolliert wird.
- Daß er sich dagegen betrieblichen Zwängen anpaßt, wird ihm zugestanden.
- Der freie Mitarbeiter ist nicht in den Betrieb des Unternehmers eingegliedert. Er erbringt seine Leistung völlig losgelöst von der Organisation des Auftraggebers und ohne enge Zusammenarbeit mit dessen Arbeitnehmern.
- Ist der Mitarbeiter darauf angewiesen, die betriebliche Verwaltung und Organisation des Auftraggebers Zuhilfe zu nehmen, spricht das gegen freie Mitarbeit.

Begrenzte Inanspruchnahme und Dauer der Bindung

- Der freie Mitarbeiter ist üblicherweise berechtigt, für mehrere Unternehmen tätig zu werden.

- Ihm ist auch erlaubt, uneingeschränkt Nebentätigkeiten aufzunehmen.

- Wird ein Mitarbeiter nur nach Bedarf zur Arbeit herangezogen, das aber über mehrere Jahre hinweg Monat für Monat, ist das ein Indiz für ein festes Arbeitsverhältnis.

- Der Arbeitseinsatz nur von Fall zu Fall für jeweils kurzfristige Aktionen spricht für freie Mitarbeit.

Freie Wahl des Einsatzortes

- Der freie Mitarbeiter muß seine Verpflichtung üblicherweise nicht an einem bestimmten Arbeitsplatz bzw. Arbeitsort erfüllen.

- Das gilt nicht, wenn die Arbeitsleistung an diesem Ort sachnotwendig erfolgt.

- Die Erledigung von Arbeiten im eigenen Büro spricht für freie Mitarbeit.

Selbständigkeit in Organisation und Durchführung der Tätigkeit

- Für freie Mitarbeit spricht, wenn dieser berechtigt ist, sich vertreten zu lassen und Hilfspersonal einzustellen.

Tragung des Unternehmerrisikos

- Erfolg bzw. Mißerfolg der eigenen Tätigkeit müssen sich grundsätzlich unmittelbar für den freien Mitarbeiter auswirken.

- Er ist selbst vom Markt abhängig und kann auch ohne Gewinn bleiben, falls keine Tätigkeit für ihn anfällt.

- Er trägt üblicherweise die Kosten der Arbeitsausführung und setzt eigenes Kapital ein.

- Seine Vergütung ist eher erfolgsabhängig als zeitabhängig.

- Eine „Überstundenvergütung“ entfällt, da es auch keine normale Arbeitszeit gibt.

- Zum Kostenrisiko des freien Mitarbeiters zählt auch, daß er keinen Anspruch auf betriebliche Sozialleistungen hat, z.B. Gratifikationen, betriebliche Altersversorgung oder Belegschaftsverpflegung.

Art der Leistung

- Der freie Mitarbeiter ist verpflichtet, einen bestimmten Erfolg oder bestimmte Leistungen zu erbringen. Demnach darf sich die Mitarbeit nicht darin erschöpfen, daß er einfach seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt.
- Es handelt sich üblicherweise auch nicht um ganz einfache Tätigkeiten, da bei diesen im Zweifel keine eigene Gestaltungsmöglichkeit besteht.

4.3. Risiken der freien Mitarbeit

Der Arbeitgeber eines freien Mitarbeiters trägt das Risiko, daß

- in einem vom Mitarbeiter angestregten Arbeitsgerichtsprozeß das Arbeitsgericht feststellt, daß tatsächlich ein Arbeitsverhältnis besteht.
- bei einer Prüfung durch die Krankenkasse das Vertragsverhältnis als versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis beurteilt wird.

Der Arbeitgeber kann dann (nach Beendigung des Vertragsverhältnisses) weder die Vergütung rückwirkend reduzieren noch die an die Krankenkasse nachzuzahlenden Arbeitnehmerbeiträge vom Mitarbeiter erstattet verlangen.

Auch hier gilt: Ist die Abgrenzung problematisch, sollte vorab eine Auskunft über den Status des Mitarbeiters von der Krankenkasse oder vom Finanzamt eingeholt werden.

Beispiele: Freie Mitarbeiterverträge kommen in allen Wirtschaftszweigen vor. Das reicht von Regaleinrichterinnen in Supermärkten, über Kraftfahrer, die als Subunternehmer tätig werden, bis zu Rechtsanwälten in Anwaltskanzleien und Journalisten als ständige Mitarbeiter von Zeitungen.