

Dokument-Nr. 50458

Juli 2008

Merkblatt zum Gewerberecht

Abgrenzung Gewerbe und Freier Beruf

Oft verwechselt werden die Begriffe "Freier Beruf" und "Selbständigkeit": Selbständig sind sowohl Gewerbetreibende als auch Freiberufler. Nicht jeder Selbständige ist jedoch Freiberufler. Ein Gewerbe liegt vor, wenn folgende Merkmale erfüllt sind:

1. Selbständigkeit

Selbständig ist, wer weisungsfrei in eigener Verantwortung und auf eigene Gefahr handelt. Ein Selbständiger trägt Unternehmerchancen und -risiken (Gewinn und Verlust) und besitzt in der Regel eigene Produktionsmittel. Wer dagegen unter Leitung eines Arbeitgebers tätig wird oder in den Betrieb eingegliedert und verpflichtet ist, den Weisungen des Arbeitgebers zu folgen, ohne ein Unternehmerrisiko zu tragen, ist Arbeitnehmer. Zum Beispiel sind Pächter selbständig, Filial- und Betriebsleiter aber unselbständig. Beim Handelsvertreter kommt es darauf an, ob er "im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann" (§ 84 Abs. 1 Satz 2 Handelsgesetzbuch).

2. Gewinnerzielungsabsicht

Darunter wird das planmäßige Streben verstanden, mehr zu erwirtschaften als das, was zur Deckung der betrieblichen Kosten erforderlich ist. Die Absicht genügt; auf die tatsächliche Gewinnerzielung kommt es also nicht an. So haben Sportvereine, die Getränke zum Selbstkostenpreis abgeben, keine Gewinnerzielungsabsicht. Auch bei einer Mitfahrt im Pkw gegen anteilige Benzinkostenerstattung wird eine Gewinnerzielungsabsicht verneint.

3. Dauerhaftigkeit

Das Gewerbe muss mit einer gewissen Nachhaltigkeit, der sogenannten Wiederholungs- oder Fortsetzungsabsicht, betrieben werden. Die Fortsetzungsabsicht fehlt z. B. bei einmaligem Verkauf gebrauchter Gegenstände aus dem Privatvermögen. Dauerhaft ist dagegen eine Saisontätigkeit, wie der Betrieb eines Getränkekiosks an einem Freischwimmbad.

Kontakt:

E-Mail: scho@berlin.ihk.de

4. "Sozial missbilligte" Tätigkeit

Nicht zum Gewerbe rechnen "sozial missbilligte" Tätigkeiten. Dazu zählt die entgeltliche Vermittlung von Leihmüttern. Gewerbliche Tätigkeiten sind dagegen die Ausübung der Prostitution, Wahrsagen, Hellsehen und Astrologie.

5. Sonstige Ausnahmen

Nicht zum Gewerbe zählt die sogenannte "Urproduktion", also Land- und Forstwirtschaft, Gärtnerei, Tierzucht, Fischerei usw. Ebenfalls nicht Gewerbetreibende sind Künstler, Schriftsteller und Freiberufler wie Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten, Ingenieure, beratende Volks- oder Betriebswirte, Journalisten, Dolmetscher, etc.. Ausgenommen sind weiter der öffentliche Dienst und die hauswirtschaftliche Tätigkeit.

Eine einheitliche Definition des Freien Berufes gibt es nicht. Im Gewerberecht spricht man von Freien Berufen bei der Ausübung "freier wissenschaftlicher, künstlerischer und schriftstellerischer Tätigkeiten höherer Art sowie persönlicher Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern". Höhere Bildung bedeutet den Abschluss einer Hoch- oder Fachhochschule.

Das Steuerrecht definiert in § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 Einkommensteuergesetz die freiberufliche Tätigkeit als: "selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit". Außerdem werden beispielhaft einige "Katalogberufe" aufgezählt. Zu den freiberuflich Tätigen gehören

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

und ähnliche Berufe.

Der gewerberechtliche und der steuerrechtliche Begriff des Freiberuflers sind nicht immer deckungsgleich. Dies kann zu unterschiedlichen Einordnungen führen, so kann z. B. ein und dieselbe Tätigkeit aus steuerrechtlicher Sicht freiberuflich sein, aus gewerberechtlicher Sicht jedoch gewerblich. Für die Gewerbebeanmeldung ist allerdings nur der gewerberechtliche Gewerbebegriff maßgeblich.

6. Abgrenzungsfälle:

Oftmals ist die Abgrenzung zwischen einer freiberuflichen und einer gewerblichen Tätigkeit schwierig. Die folgenden Beispielfälle sollen dies veranschaulichen:

1. EDV-Berater

Freiberuflich tätig ist der EDV-Berater, der eine dem Ingenieur ähnliche Tätigkeit ausübt. Dies ist z. B. der Fall (bei einem entsprechenden Hochschulstudium mit Abschluss als Ingenieur) beim Erstellen von EDV-Modellen zum Nachweis der Nutzbarkeit der EDV für betriebliche Abläufe. Auch das Einrichten von Systemsoftware für spezielle Bedürfnisse eines Anwenders und die Entwicklung von Anwendersoftware sind ingenieurähnlich. Von der freiberuflichen Tätigkeit umfasst sind nur die Beratung und die Anfertigung von Entwürfen oder Gutachten. Nicht enthalten sind dagegen die Herstellung, Bearbeitung und der Vertrieb von Sachgütern - diese sind gewerbliche Tätigkeiten und müssen beim Gewerbeamt angemeldet werden.

Nicht ingenieurähnlich und damit gewerblich ist z. B. die EDV-Beratung zum Einsatz von EDV-Systemen für innerbetriebliche Arbeitsabläufe.

2. Fahrschulen

Inhaber von Fahrschulen sind gewerberechtlich Gewerbetreibende. Steuerrechtlich übt der Inhaber einer Fahrschule, der die Fahrlehrererlaubnis besitzt und auf Grund der eigenen Fachkenntnisse maßgebend auf die Gestaltung des Unterrichts Einfluss nimmt, selbständig eine unterrichtende und damit freiberufliche Tätigkeit aus.

3. Unterricht

Steuerlich wird jede Art von unterrichtender Tätigkeit zu den freien Berufen gerechnet, insbesondere auch die Unterrichtung in Sport und Gymnastik. Das Steuerrecht setzt bei der unterrichtenden Tätigkeit keine wissenschaftlich ausgerichtete, qualifizierte, gehobene Tätigkeit voraus. Gewerberechtlich werden dagegen Tanz-, Turn-, Tennis-, Fecht-, Golf-, Ski-, Bergsteiger-, Schwimm- u. a. Unterricht als Gewerbe erfasst, soweit keine landesrechtlichen Bestimmungen getroffen worden sind. Eine Gewerbebeanmeldung ist also erforderlich. Dagegen überwiegt bei Musik- oder Gesangsunterricht in der Regel die persönliche Dienstleitung höherer Art, so dass diese auch gewerberechtlich als freiberuflich anzusehen sind und keine Gewerbebeanmeldung benötigen.

4. Künstler

Die Abgrenzung zwischen Kunst und Handwerksgewerbe ist oftmals sehr schwierig. Anders als bei den anderen Freiberuflern ist beim Künstler kein Hochschulabschluss erforderlich, auch Autodidakten werden hier anerkannt. Voraussetzung ist eine "eigenschöpferische Leistung und eine über eine hinreichende Beherrschung der Tech-

nik hinausgehende Gestaltungshöhe". Ein künstlerisches Wirken ist zu verneinen bei weisungsgebundenen Tätigkeiten.

Wenn ein Künstler sein Werk selbst vervielfältigt und vertreibt bleibt die gesamte Tätigkeit freiberuflich, soweit der Vertrieb einen bestimmten Umfang nicht überschreitet.

5. Unternehmensberater

Der Unternehmensberater kann sowohl freiberuflich als auch gewerblich tätig sein. Voraussetzung für eine freiberufliche Tätigkeit ist der Abschluss eines Betriebswirtschafts- o. ä. Studiums. Umfasst ist die Beratung auf den Gebieten der Betriebswirtschaft (z. B. Marketing, Controlling, Rechnungswesen etc.), den der Studiengang umfasst. Ohne eine solche Ausbildung ist die Beratung von Unternehmen gewerblicher Art.

Dieses Merkblatt soll erste rechtliche Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit.