

Praxisratgeber Existenzgründung

Erfolgreich starten und auf Kurs bleiben

von
Sandra Bonnemeier

4. Auflage

Praxisratgeber Existenzgründung – Bonnemeier

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Wirtschaftswissenschaften: Sachbuch und Ratgeberliteratur



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 65509 8

diger Basis – Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 15 EStG. Der Freiberufler genießt gegenüber dem Gewerbetreibenden einige Vorteile:

- keine Gewerbeanmeldung,
- keine Pflichtmitgliedschaft in der IHK,
- keine Gewerbesteuer,
- keine Pflicht zur doppelten Buchführung,
- Möglichkeit der Ist-Versteuerung (bei Gewerbetreibenden nur eingeschränkt) (vgl. auch Kapitel 13: Steuern).

Es ist allerdings nicht eindeutig geregelt, welche Berufe zu den Freien Berufen zählen und welche Tätigkeiten als gewerblich einzustufen sind. Zwar werden sowohl im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz als auch im Einkommensteuergesetz verschiedene Freie Berufe aufgezählt, nur ist diese Aufzählung nicht abschließend. Insbesondere fehlen hier weitgehend die Berufe aus dem Bereich der Datenverarbeitung und auch der neuen Medien.

Vor Aufnahme der selbständigen Tätigkeit sollte allerdings auf jeden Fall geklärt werden, ob es sich bei der geplanten Selbständigkeit um eine freiberufliche oder gewerbliche Tätigkeit handelt. Die Entscheidung hierüber trifft zunächst das zuständige Finanzamt. Im Zweifelsfall ist es im eigenen Interesse an Ihnen, Argumentationshilfen zu bieten und für Klarheit zu sorgen, um ein späteres, böses Erwachen zu vermeiden. Das Finanzamt kann z. B. aufgrund einer Betriebsprüfung sonst später zu dem Schluss kommen, dass ihre selbständige Tätigkeit als gewerblich einzustufen ist und für maximal 7 Jahre die Gewerbesteuer nebst Zinsen nachfordern. Selbst wenn Ihr Finanzamt den Einkommensteuerbescheid erlässt und Ihre Angaben zu der freiberuflichen Tätigkeit „durchgehen“ lässt, ist dies nur eine sehr trügerische Sicherheit. Es bedeutet keinesfalls automatisch die Anerkennung als Freiberufler.

Wie auch immer die Entscheidung in Ihrem konkreten Fall ausgehen mag, sorgen Sie in eigenem Interesse unbedingt für Klarheit. Die folgenden Ausführungen sollen Ihnen dabei helfen.

Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz definiert den Freien Beruf in § 1 Absatz 2 wie folgt: „Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt. Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.“

Das Einkommensteuergesetz zählt in § 18 Absatz 1 Nummer 1 die folgenden Berufe ausdrücklich auf: „Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören 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, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe.“

Wer also einen vom Gesetzgeber ausdrücklich genannten Beruf ausübt, kann seine Tätigkeit weitgehend problemlos einordnen, obwohl auch hier Unklarheiten vorkommen, z. B., wenn die ursprünglich freiberufliche Tätigkeit sich allmählich zu einer gewerblichen Tätigkeit entwickelt.

Der „Knackpunkt“ sind aber vielmehr die in beiden Gesetzestexten vorkommenden „ähnlichen Berufe“. Um festzustellen, welche Berufe ähnlich sind, muss zunächst deutlicher werden, wodurch sich die Freien Berufe auszeichnen.

Die freien Berufe werden auch bezeichnet als die Ausübung:

- freier wissenschaftlicher,
- künstlerischer und schriftstellerischer Tätigkeit höherer Art oder
- persönlicher Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern.

Diese Abgrenzungen jedoch helfen dem Existenzgründer in der Praxis auch nur wenig. Klar wird nur, dass ein wichtiges Merkmal der persönliche Einsatz auf der Basis einer besonderen Aus- und Vorbildung ist. Die Frage, wann jemand gewerblich oder freiberuflich tätig ist, kann im Zweifelsfall oft nicht einmal an der Berufsbezeichnung festgemacht werden, sondern muss im Einzelfall entschieden werden. Hierbei kommt es auf die konkret *ausgeübte* Tätigkeit und auf die zugrunde liegende Ausbildung an.

Beispielsweise hat in der Vergangenheit die Einordnung der Informatiker immer wieder zu Problemen geführt. Es kann sich bei diesem und anderen Berufen sowohl um eine gewerbliche als auch um eine freiberufliche Tätigkeit handeln, je nach den individuellen Umständen des Einzelfalles. Die Rechtsprechung hat beispielsweise lange den Informatiker, der Anwendungssoftware entwickelt, als Gewerbetreibenden und den Informatiker, der sich zumindest überwiegend mit der Entwicklung von Systemsoftware befasst, als Freiberufler eingestuft, weil dieser eine dem Ingenieur ähnliche Tätigkeit ausübe.

Neuerdings findet hier jedoch ein Wandel statt. Nach Einschätzung des BFH (Bundesfinanzhof) wird auch die Entwicklung von Anwendersoftware immer komplexer und kann darum ebenfalls als „ingenieurmäßig“ und somit freiberuflich eingestuft werden. Die Betonung liegt auf dem Wort „kann“. Es kommt also nach wie vor auf die Umstände des Einzelfalles an.

Die Entscheidung über den jeweiligen Status trifft zunächst das zuständige Finanzamt. Mitunter wird auch um die Anerkennung als Freiberufler vor Gericht gestritten. Ob sich dieser Aufwand jedoch lohnt, sollte vorher gründlich geprüft werden. Sofern das Finanzamt Ihre Tätigkeit nicht als freiberuflich anerkennt, gehören Sie automatisch zu den Gewerbetreibenden. Da ein Existenzgründer jedoch zu Beginn häufig zu den Kleingewerbetreibenden zählt, ist der Unter-

schied zunächst kaum spürbar – eine doppelte Buchführung ist auch hier nicht erforderlich und der Gewinn ist meist nicht so hoch, dass Gewerbesteuer zu entrichten ist. Ob die künftige Gewerbesteuerbelastung und die sonstigen, eher kleineren, Nachteile einen Rechtsstreit rechtfertigen, ist jedenfalls fraglich. Es kommt auch hier auf den Einzelfall an.

Es ist auch möglich, dass ein Beruf zunächst als freiberuflich eingestuft wird, sich dann aber im Laufe der Zeit zu einer gewerblichen Tätigkeit entwickelt. Auch ist es denkbar und nicht so selten, dass von Beginn an sowohl eine gewerbliche Tätigkeit (z. B. Handel mit Software) als auch eine freiberufliche Tätigkeit (z. B. betriebswirtschaftliche Beratung) ausgeübt wird.

Dies kann je nach Art und Umfang der gewerblichen Tätigkeit zur Folge haben, dass die gesamten Einkünfte – also auch die aus der freiberuflichen Tätigkeit – als insgesamt gewerblich umqualifiziert werden. Sofern eine klare Trennung möglich ist, können Sie jedoch durchaus getrennte Aufzeichnungen vornehmen.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Vorteile der Freiberuflichkeit diesen Aufwand wirklich rechtfertigen. Sehr häufig ist derjenige Existenzgründer, dessen Freiberuflerstatus nicht eindeutig ist, gut damit beraten, zunächst ein Gewerbe anzumelden und sich ansonsten auf sein Kerngeschäft zu konzentrieren, anstatt die wertvolle Energie für zeitintensive und Nerven aufreibende Rechtsstreitigkeiten zu vergeuden. Stellt sich später heraus, dass die ausgeübte Tätigkeit doch zu den Freien Berufen zählt, ist die Gewerbeanmeldung nicht problematisch und ändert hieran nichts.

Prüfen Sie zunächst, ob Sie eine persönliche Dienstleistung erbringen (nicht also etwa Handel betreiben) – optimalerweise, aber nicht zwingend, auf der Basis eines Hochschulstudiums – und Ihr Beruf im Einkommensteuergesetz und/oder im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz aufgelistet ist. Wenn Sie sich über Ihren Status nicht völlig im Klaren sind, können Sie sich an das Institut für Freie Berufe in Nürnberg wenden. Ein Fragebogen hilft Ihnen bei der Selbsteinschätzung und darüber hinaus besteht die Möglichkeit einer sehr preiswerten Beratung.

Eine GmbH – auch wenn Sie durch Freiberufler gegründet würde – ist stets als gewerblich einzustufen. Die früher nicht zulässige, mittlerweile aber erlaubte Anwalts-GmbH beispielsweise genießt nicht die oben genannten Vorteile eines Freiberuflers.

Links zum Thema

<http://dejure.org/gesetze/PartGG> – Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe im Internet; <http://www.bundesregierung.de> – wichtige Gesetze von A–Z auf der Homepage der Bundesregierung inkl. Gesetze im Gesetzgebungsverfahren; <http://www.gesetze-im-internet.de/> – Bundesministerium der Justiz; <http://www.ifb.uni-erlangen.de> – Institut für Freie Berufe; <http://www.freie-berufe.de> – Bundesverband der Freien Berufe.

8.2 Freie Mitarbeit

Die Entscheidung für eine der möglichen Rechtsformen bestimmt einerseits die Gestaltung der rechtlichen Beziehungen innerhalb des Unternehmens und andererseits auch die Außenbeziehungen, beispielsweise zu Behörden, Lieferanten oder Auftraggebern. Eine beliebte Form der Zusammenarbeit mit Auftraggebern ist die Freie Mitarbeit, entweder als Gewerbetreibender oder als Freiberufler.

Die freie Mitarbeit hat somit nicht unmittelbar etwas mit der Rechtsform zu tun. Da jedoch häufig der Unterschied zwischen Freiberuflern und freien Mitarbeitern nicht bekannt ist und hieraus unliebsame Folgen entstehen können, ist die Klärung der beiden Begriffe erforderlich. Ein „Freier-Mitarbeiter-Vertrag“ bedeutet keineswegs immer, dass es sich auch tatsächlich um eine selbständige Tätigkeit handelt.

Wird zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eine „freie Mitarbeit“ vereinbart, geht aus dieser Vereinbarung hervor, dass eine Zusammenarbeit erfolgen soll, ohne ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Die Art der Tätigkeit kann gewerblicher oder freiberuflicher Natur sein. Die freie Mitarbeit ist in Unternehmen jeder Größenordnung und fast allen Branchen weit verbreitet. Die Vorteile

für beide Seiten – den freien Mitarbeiter und den Auftraggeber – liegen auf der Hand.

Der Auftraggeber:

- zahlt keine Sozialversicherungsbeiträge,
- zahlt kein Honorar im Krankheitsfall,
- zahlt weder Urlaubs- noch Weihnachtsgeld,
- muss keine sonstigen tariflichen oder betrieblichen Sozialleistungen erbringen,
- muss nicht die üblichen Kündigungsfristen einhalten und/oder Abfindungen befürchten,
- muss häufig keinen Arbeitsplatz für den freien Mitarbeiter einrichten,
- muss keine Ansprüche hinsichtlich Teilzeitarbeit oder Erziehungszeit befürchten und
- hat eine motivierte und flexible Unterstützung, die selbst das wirtschaftliche Risiko trägt.

Der Auftragnehmer:

- arbeitet weitgehend weisungsungebunden,
- kann in der Regel seine Arbeitszeit frei bestimmen,
- kann in der Regel seinen Arbeitsort frei bestimmen,
- kann seinen Arbeitsplatz nach Belieben selbst gestalten und
- ist nicht in starre betriebliche Abläufe eingebunden.

So vorteilhaft eine Freie Mitarbeit für beide Seiten auch sein kann – sie birgt auch nicht unerhebliche Risiken. Diese jedoch liegen keineswegs so offensichtlich auf der Hand. Unliebsame Überraschungen für beide Seiten sind keine Seltenheit, aber vermeidbar. Problematisch wird die „freie Mitarbeit“, wenn der Auftragnehmer gar nicht so „frei“ ist und deshalb die Frage der Scheinselbständigkeit oder der arbeitnehmerähnlichen Selbständigkeit im Raum steht.

8.3 Scheinselbstständige/Arbeitnehmerähnliche Selbstständige

„Scheinselbstständige“ sind Personen, bei denen fälschlicherweise von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen wird, wie z. B. nicht selten bei Frachtführern, die im Grunde ähnlich wie ein Arbeitnehmer weisungsgebunden in die Gesamtorganisation des Auftraggebers eingebunden sind. Diese Scheinselbstständigen üben offiziell also eine selbständige Tätigkeit aus, sind aber tatsächlich als abhängig Beschäftigte einzustufen. Von Selbständigkeit redet man im Allgemeinen dann, wenn jemand ein unternehmerisches Risiko trägt, aber auch die entsprechenden Chancen wahrnehmen kann, wenn er Werbung für sein Unternehmen betreibt und insgesamt in seinen unternehmerischen Entscheidungen (z. B. über Einstellung von Personal, Zahlungskonditionen, Preise usw.) frei ist. Während Selbstständige grundsätzlich nicht sozialversicherungspflichtig sind, gilt für Scheinselbstständige etwas anderes.

Die Eintragung in die Handwerksrolle wird als ein Indiz der Selbständigkeit angesehen, die Pflichtmitgliedschaft der übrigen Gewerbetreibenden in der IHK allein hingegen nicht. Auch bestimmte Rechtsformen (z. B. GmbH) schließen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus.

Wird später, z. B. im Rahmen einer Betriebsprüfung, eine Scheinselbständigkeit festgestellt, kann dies zu erheblichen Nachzahlungen der Sozialversicherungsbeiträge und weiterer Konsequenzen führen. Des Weiteren können sich arbeitsrechtliche, gewerberechtliche und steuerrechtliche Konsequenzen ergeben.

Die Dienstleister unter den Existenzgründern fürchten daher immer wieder, mit dem Problem der Scheinselbständigkeit konfrontiert zu werden, insbesondere weil sie typischerweise zu Beginn nur einen Auftraggeber haben. Diese Sorge resultiert aus den früher geltenden 5 Vermutungskriterien. Waren 3 davon erfüllt, wurde eine Scheinselbständigkeit angenommen – allerdings nur dann, wenn Auftragnehmer und Auftraggeber ihren Mitwirkungspflichten bei der Aufklärung nicht nachkamen. Eines dieser Kriterien war das Tätigwer-

den für nur einen Auftraggeber – im Wesentlichen und auf Dauer. Für Existenzgründer bestand jedoch diesbezüglich kein Grund zur Sorge, denn üblicherweise startet ein Gründer in der Dienstleistungsbranche zunächst mit nur einem Auftraggeber. Das Problem war also bei entsprechender Mitwirkung für die meisten „echten“ Existenzgründer rasch zu klären. Soweit die alte Rechtslage.

Seit dem 1.1. 2003 gibt es die Vermutungsregelung nach § 7 Absatz 4 Sozialgesetzbuch (SGB) IV nicht mehr. Zur Entwarnung lag und liegt aber im Hinblick auf die Scheinselbstständigkeit kein Grund vor. Nach wie vor gibt es Scheinselbständige, die der Sozialversicherungspflicht (Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung) unterliegen.

In § 7 Absatz 1 SGB IV heißt es nun: „Beschäftigung ist die nicht-selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

Darum ist besondere Sorgfalt bei der Ausgestaltung und auch der Durchführung vertraglicher Vereinbarungen weiterhin unbedingt empfehlenswert. Wie ein Beschäftigungsverhältnis zu beurteilen ist und ob eine Scheinselbstständigkeit vorliegt, wird nach Würdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles geprüft – unter Mitwirkung von Auftraggeber und Auftragnehmer. Für die Betroffenen hat sich die Rechtslage somit nicht wesentlich geändert. Lediglich die Beweisführung ist ein wenig schwieriger geworden. Auch wenn es im Gesetzestext nun also keine schriftlich fixierten Kriterien mehr gibt, so gelten diese doch im Wesentlichen auch weiterhin als Indizien bei der Prüfung einer Scheinselbstständigkeit:

- der Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten,
- die Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die der Auftragnehmer für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte,
- es werden durch den „Selbständigen“ regelmäßig keine sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt,