

## ***Neues BFH-Urteil erleichtert die Anerkennung als Freiberufler nicht***

### ***Wann ist ein Anwendungssoftwareentwickler freiberuflich tätig?***

***Wer glaubt durch das im Jahr 2004 vom BFH verkündete Urteil von seinem Finanzamt zwangsläufig als Freiberufler eingestuft zu werden gibt sich einer falschen Hoffnung hin. Der Sachverständige Peter Brenner aus Köln berichtet von den Erfahrungen der letzten Monate***

Zuerst schlug die Entscheidung des BFH (XI R 9/03) wie eine Bombe ein. Danach kann ein selbständiger EDV-Berater, der Anwendungssoftware entwickelt, einen dem Ingenieur ähnlichen Beruf im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EstG ausüben und somit freiberuflich tätig sein. Die meisten EDV-Berater sahen in diesem Urteil die Lösung ihres Gewerbesteuerproblems. Aber wie gehen die Finanzämter tatsächlich mit der geänderten Rechtsprechung um?

#### ***Was ist eine ingenieurvergleichbare Tätigkeit?***

In seinem Urteil hat der BFH, wie schon so oft in der Vergangenheit, schwammige Definitionen vorgenommen. Damit bleibt es für die Finanzbeamten schwierig die Einstufung eines Informatikers vorzunehmen. Weiterhin überwiegen subjektive Entscheidungswege.

Das erste Problem taucht auf wenn eine ingenieurvergleichbare Tätigkeit zu lokalisieren ist. Welche Kriterien sind anzuwenden? Woran ist eine solche Tätigkeit erkennbar? Der BFH sagt dazu lediglich, daß die Aufgabe eines Ingenieurs ist, auf der Grundlage natur- und technik-wissenschaftlicher Erkenntnisse und unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Belange technische Werke zu planen, zu konstruieren und ihre Fertigung zu überwachen. Vermittelt man einem EDV-Berater diese Definition, so antwortet er häufig: Meine Kunden bezahlen mich nicht für wissenschaftliche Ausarbeitungen, sondern für Problemlösungen. So mancher EDV-Berater erkennt auch nicht zwingend die wissenschaftliche Basis seiner Tätigkeit. Gleichwohl genügt es als Beweis nicht dem Finanzamt zu erklären, daß eine ingenieurvergleichbare Tätigkeit ausgeübt wird, sondern es ist der Beweis durch z. B. Referenzen und Arbeitsproben zu führen. Diese Arbeitsproben müssen zu erkennen geben, daß deren Verfasser der Steuerpflichtige selbst ist. Das kann ein Problem sein, denn oft werden Dokumente mit dem Namen des Projektes, der Abteilung oder des Teams gekennzeichnet.

Es hilft nicht zu behaupten, Arbeitsproben seien aus Datenschutzgründen nicht vorhanden oder dürften nicht vorgelegt werden. Wenn nicht bewiesen werden kann, kommt es zu einer Ablehnung der Freiberuflichkeit. So einfach machen es sich Richter und Finanzbeamte, um eine vielleicht berechtigte Freiberuflichkeit zu verhindern.

Hier einige der vielen möglichen Merkmale zur Erkennung einer ingenieurvergleichbaren Tätigkeit. Einsatz von:

- Vorgehensmodellen
- Phasenkonzepten
- Methoden und Verfahren
- CASE-Tools sowie Hilfs- und Dienstprogrammen des Softwareengineerings
- Qualitätssicherung, Validierung und Testkonzeptionen
- Paradigmen des Softwareengineerings.

An diesen Parametern ist bereits erkennbar, wie schwierig es nach der reformierten BFH-Rechtsprechung für Finanzbeamte, Richter, Steuerberater und Rechtsanwälte sein dürfte das sogenannte Ingenieurmäßige und eine ingenieurvergleichbare Tätigkeit zu erkennen und zu bewerten. Trotz vorhandener akademischer und wissenschaftlicher Definitionen zum Begriff des Softwareengineering, gilt z. B. das Projektmanagement als gewerblich, obwohl es eindeutig zur Planung gehört. Soviel zur Logik der neuen Rechtsprechung.

## ***Wann ist Software trivial?***

Nicht jede Tätigkeit im Bereich der Entwicklung von Anwendungssoftware ist eine freiberufliche. Die Entwicklung von sogenannter Trivialsoftware führt zur Gewerblichkeit. Vielmehr wird erwartet, daß der EDV-Berater qualifizierte Software durch eine klassische ingenieurmäßige Vorgehensweise (Planung, Konstruktion und Überwachung) entwickelt. Die Grenze zwischen beiden Bereichen und die zugehörigen Kriterien definiert der BFH in seiner unscharfen Rechtsprechung nicht. Empfehlung: Der Informatiker sollte z. B. durch Kennzahlen seiner Projekte die Entwicklung qualifizierter Software dokumentieren (Budget, Mitarbeiter, Anzahl entwickelter Module).

## ***Muss zwingend Software entwickelt werden?***

Verstärkt behaupten Finanzämter in den letzten Monaten Software müsse zwingend neu entwickelt werden, um die Tätigkeit eines EDV-Beraters als freiberuflich anzuerkennen. Diese Meinung ist umstritten, zweifelhaft und falsch. Der BFH hat in seinen einschlägigen Urteilen nicht nur die neue Entwicklung von Software als freiberuflich definiert. EDV-Berater sollten sich nicht von derartigen Behauptungen abschrecken lassen.

## ***Spielt die Ausbildung noch eine Rolle?***

Die Ausbildung spielt in den letzten Monaten eine immer stärkere Rolle. Bisher war es für Finanzbeamte nahezu unmöglich, die Trennung zwischen Anwendungssoftware und Systemsoftware zu vollziehen. Wie denn auch wenn bei ihnen selbst das ausgeprägte Informatikwissen nicht vorliegt. Diese Grenze gilt als aufgehoben und um so mehr gerät die Ausbildung in den Fokus der Finanzämter. Hier gibt es für Autodidakten nur eine Chance: Den Beweis des vorliegenden vergleichbaren Wissens, nicht nur mit Hilfe von Ausbildungsdokumenten zu führen, sondern durch eigene Praxiserfahrung (Literaturlisten, selbst durchgeführte Seminare, Seminare ohne Bescheinigungen, Training on the Job).

## ***Wann ist eine rückwirkende Einstufung als Freiberufler möglich?***

Ein Selbständiger der seine Gewerbesteuererklärung für das Jahr 1999 erst im Jahr 2001 abgab, hat bis Ende 2005 die Möglichkeit eine rückwirkende Anerkennung als Freiberufler ab 1999 zu beantragen. Dann sind allerdings neue Tatsachen vorzutragen und dem Finanzamt glaubhaft zu machen. Das neue BFH-Urteil zählt dabei nicht als neue Tatsache. Wird der Steuerpflichtige mit Hilfe einer strategisch überzeugenden Argumentation als Freiberufler anerkannt, erhält er die Gewerbesteuer nebst einer Verzinsung von 6 % p.A. zurückgezahlt. Diese Chance gilt es zu nutzen. Hier ergeben sich umfangreiche Gestaltungsmöglichkeiten.

## ***Wie verhalten sich die Finanzämter seit der neuen Rechtsprechung?***

Es ist kaum zu glauben, daß einige Finanzämter das BFH-Urteil schlichtweg ignorieren und sich weiterhin auf die bis dahin gültige Rechtsprechung berufen. Oder die Finanzämter suchen sich die zur Ablehnung einer Freiberuflichkeit passende Rechtsprechung von Finanzgerichten aus und begründen damit ihre Entscheidung.

Anders verhält es sich oft, wenn ein Informatiker für ihn günstige Finanzgerichtsurteile referenziert, um damit seine Freiberuflichkeit zu begründen. Dann antworten Finanzämter mit dem Argument, daß es sich bei diesem Urteil um eine Einzelfallentscheidung handelte, die in seinem speziellen Fall keine Anwendung finden kann. Soviel zum Thema Waffengleichheit.

Weiterhin erfolgt die Einstufung von Informatikern subjektiv und auf den Einzelfall bezogen. Ein in der Praxis häufig vorkommendes Beispiel ist der Fall eines meiner Klienten, den sein Finanzamt als gewerblich einstufen wollte. Sein Teamkollege war im selben Projekt wie er tätig und führte identische Aufgabenstellungen aus. Beide konnten als höchsten Schulabschluß die Mittlere Reife vorweisen und absolvierten später gemeinsam am gleichen Institut eine Ausbildung zum DV-Kaufmann. Das Pech meines Klienten war, daß für ihn ein anderes Finanzamt zuständig gewesen ist. Sein Kollege wurde relativ problemlos als Freiberufler akzeptiert, während dessen er selbst zur Zahlung von Gewerbesteuer aufgefordert wurde. In seinem Einspruch wehrte sich mein Klient dagegen und führte auch die Entscheidung des anderen Finanzamtes als Begründung an. In der Erwiderung teilte die Einspruchsstelle ihm mit, das beide Fälle nicht miteinander vergleichbar wären, da er insgesamt eine andere berufliche Laufbahn vorzuweisen hätte. Später erfolgte seine freiberufliche Anerkennung.

Fazit: Die neue Rechtsprechung des BFH ändert nichts an der weiterhin subjektiven Einstufung der Informatiker durch die Finanzämter, deren Einspruchsstellen immer kreativere Ablehnungsbegründungen zu finden suchen.

## ***Welche strategische Vorgehensweise ist sinnvoll?***

Die reformierte Rechtsprechung erleichtert die Einstufung von Informatikern als Freiberufler keineswegs. Zwar erfolgte seitens des BFH die Festlegung weiterer Definitionen, aber erneut nicht deren Erläuterung. Weder Finanzbeamte noch Richter können zukünftig an Kriterien orientierte Entscheidungen treffen. Steuerberatern und Rechtsanwälten wird die Vertretung ihrer Mandanten nicht erleichtert. Kaum ein Finanzgericht kann ohne Gutachten entscheiden und auch Finanzämter bedienen sich verstärkt der Unterstützung eines Sachverständigen.

Trotz des neuen BFH-Urteils sind bisherige Strategien weiterhin gültig. Der Steuerpflichtige sollte versuchen sich direkt mit seinem Finanzamt zu einigen. Klagen vor dem Finanzgericht verursachen jahrelange Laufzeiten und in vielen Fällen hohe zusätzliche Zinszahlungen, wenn die Klage verloren geht. Der Schlüssel zum Erfolg ist eine strategisch fundierte Beweisführung im Bereich der relevanten Informatikthemen. Die Anerkennung erfolgt nur über Beweise der Informatikausbildung, der Tätigkeit sowie ingenieurvergleichbaren Vorgehensweise und nicht allein durch Argumentationsketten im juristischen oder steuerrechtlichen Bereich. Die diesem Artikel beigefügte Checkliste hilft die eigenen Chancen für eine Anerkennung als Freiberufler zu erkennen.

## ***Eine überzeugende Beweisführung sichert den Freiberuflerstatus!***

Die Feststellungslast für das Vorliegen einer freiberuflichen Tätigkeit trägt nach der Rechtsprechung des BFH der Steuerpflichtige. Mit einer methodisch ausgerichteten Beweisführung ist der Freiberuflerstatus erzielbar. Dann fallen neben der Gewerbesteuer, der IHK-Beitrag und die Kosten für eine doppelte Buchführung sowie die Bilanzerstellung weg. Das spart Zeit und Geld. Kommt es zu einer rückwirkenden Einstufung als Freiberufler, ist es zusätzlich möglich die IHK-Beiträge erstattet zu bekommen. Es lohnt sich deshalb auf jeden Fall den Freiberuflerstatus anzustreben. Die Erfolgsaussichten sind bei einer stringent methodischen Darstellung als hoch zu bezeichnen! Suchen Sie sich gegebenenfalls einen professionellen Ratgeber.

## **HOTLINE**

Peter Brenner ist seit 1978 Informatiker und als Existenzgründungsberater / Coach sowie Sachverständiger im Bereich der Informatik tätig. Ausserdem ist er Gründungs- und Vorstandsmitglied des Berufsverbandes Selbständige in der Informatik e.V. (BVISI). Bei Rückfragen zu diesem Themenkreis steht er unter E-Mail [peterbrenner@t-online.de](mailto:peterbrenner@t-online.de) oder Telefon 0172-5470892 zur Verfügung. Zusätzlich können Sie sich unter [www.svkanzlei.de](http://www.svkanzlei.de) informieren.

## **Checkliste: Sind Sie Gewerbetreibender oder Freiberufler?**

### **Checkliste „Gewerbsteuer“**

Von Sachverständigenkanzlei Brenner & Partner, Köln

#### **A. Fragen zur Ausbildung:**

1. Besitzen Sie einen Studienabschluss als Diplom-Informatiker, Diplom-Mathematiker, Diplom-Physiker, Elektroingenieur oder technischer Assistent der Informatik?
2. **Wenn nein:** Besitzen Sie als Autodidakt eine Praxiserfahrung als Informatiker von mindestens 10 Jahren?

#### **B. Fragen zur Tätigkeit:**

3. Sind Sie überwiegend in den Bereichen der Anwendersoftwareentwicklung und der Systemsoftwareentwicklung tätig?
4. **Wenn ja:** Entwickeln Sie qualifizierte Software durch eine klassische ingenieurmäßige Vorgehensweise, also Planung, Konstruktion und Überwachung? Belegbar ist dies z. B. durch den Einsatz von Vorgehensmodellen und wissenschaftlich orientierten Methoden und Verfahren.
5. **Wenn nein:** Üben Sie Tätigkeiten aus die den Bereichen Beratung, Projektleitung, Coaching oder Customizing zuzuordnen sind und damit nicht aus dem Bereich der eigentlichen Softwareentwicklung stammen?

#### **C. Fragen nur für bereits gewerblich eingestufte Informatiker:**

6. Stehen Ihre Gewerbesteuermessbescheide unter dem Vorbehalt der Nachprüfung?
7. Läuft ein Einspruchs- oder Klageverfahren in Sachen Gewerbsteuer?
8. Läuft eine Betriebsprüfung die noch nicht abgeschlossen ist?
9. Es gibt unter bestimmten Umständen rechtliche Mittel auch einen an sich bestandskräftigen Gewerbesteuerbescheid anzugreifen und das Finanzamt zu veranlassen, diesen zu ändern oder aufzuheben. Voraussetzung dafür ist, dass gegenüber dem Finanzamt „neue Tatsachen“ vorgetragen werden können. Besteht Ihrer Meinung nach die Möglichkeit dem Finanzamt gegenüber „neue Tatsachen“ ( z. B. Veränderung der Tätigkeit, mehr Wissen angeeignet ) glaubhaft zu machen?

**Anmerkung:**

Die Thematik „Gewerbsteuer“ ist vielschichtig und die Kriterien der Abgrenzung zwischen Gewerbesteuerpflicht und Freiberuflichkeit unscharf. Somit verbietet sich eine pauschale Beurteilung.

Sofern Sie jedoch in jedem der drei Fragebereiche ( A bis C ) **eine oder mehr der Fragen mit „Ja“** beantworten können, ist die Möglichkeit zu einer Einstufung als Freiberufler gegeben. Ob dies zu konkreten aktuellen Aktivitäten Ihrerseits führen sollte, kann aber nur eine genauere Bewertung Ihrer Situation ergeben.