

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 159615
letzte Aktualisierung: 9. Februar 2018

GewO § 34c

Wohnimmobilienverwalter; Genehmigungserfordernis; Annahme einer gewerblichen Tätigkeit; Verwaltung durch Miteigentümer

I. Sachverhalt

Das Bundesgesetzblatt vom 23.10.2017 enthält auf den Seiten 3562 f. eine Änderung der Gewerbeordnung bezüglich der Berufszulassungsregelung für gewerbliche Immobilienmakler und Wohnimmobilienverwalter. Bisher ist es häufig üblich, dass in kleineren Wohnanlagen, die in Wohnungseigentum aufgeteilt sind, ein Miteigentümer die Hausverwaltung übernimmt.

II. Fragen

1. Ab wann unterfällt ein Hausverwalter nach WEG den neuen Vorschriften der Gewerbeordnung?
2. Wann ist eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne der Gewerbeordnung erreicht?

III. Zur Rechtslage

1. Änderung des § 34c GewO

Durch das „Gesetz zur Einführung einer Berufszulassungsregelung für gewerbliche Immobilienmakler und Wohnimmobilienverwalter“ vom 17.10.2017 (BGBl 2017 Teil 1 Nr. 69, S. 3562 f.) wurde u. a. § 34c der Gewerbeordnung geändert. In § 34c GewO wurde insbesondere folgende Nummer 4 eingefügt:

„4. das gemeinschaftliche Eigentum von Wohnungseigentümern im Sinne des § 1 Absatz 2, 3, 5 und 6 des Wohnungseigentumsgesetzes oder für Dritte Mietverhältnisse über Wohnräume im Sinne des § 549 des Bürgerlichen Gesetzbuches verwalten (Wohnimmobilienverwalter)“.

Wer „gewerbsmäßig“ in diesem Sinne tätig wird, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde, § 34c Abs. 1 S. 1 GewO a. E.

Diese Neuregelung tritt am 1.8.2018 in Kraft.

2. Zur Annahme einer gewerblichen Tätigkeit

a) Allgemeine Grundsätze

Der gesetzlich nicht definierte Begriff des Gewerbes i. S. d. Gewerbeordnung setzt sich aus positiven und negativen Merkmalen zusammen. Hiernach versteht man unter Gewerbe, Betrieb eines Gewerbes u. a.

„eine selbständige, erlaubte (nicht sozial unwertige und generell nicht verbotene), auf Gewinnerzielung gerichtete und auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, ausgenommen die Urproduktion, die sog. freien Berufe (bestimmte Betätigungen und Dienste „höherer Art“ auf künstlerischem, wissenschaftlichem und schriftstellerischem Gebiet), die bloße Nutzung und Verwaltung eigenen Vermögens sowie gewisse Betätigungsarten, die nach ihrem Zuschnitt dem herkömmlichen Bild eines Gewerbes nicht entsprechen“

(Landmann/Rohmer/Kahl, GewO, 73. EL August 2016, § 1 Rn. 3).

Er setzt sich somit aus positiven und negativen Merkmalen zusammen (vgl. BeckOK-GewO/Pielow, Stand: 1.5.2017, § 1 Rn. 142 ff.).

Auf die Rechtsform kommt es nicht an. Maßgeblich ist die Tätigkeit der Gesellschaft an sich; insb. ist die Regelung des § 2 Abs. 2 GewStG, wonach die Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft stets als Gewerbebetrieb gilt, nicht anwendbar (BeckOK-GewO/Pielow, § 1 Rn. 139).

In negativer Hinsicht ist die gewerbliche Tätigkeit insbesondere von der Verwaltung eigenen Vermögens abzugrenzen. Diese Abgrenzung kann sich als schwierig erweisen (BeckOK-GewO/Pielow, § 1 Rn. 181). Maßgebender Bedeutung kommt hierbei der Intensität der Gewinnerzielungsabsicht zu (BeckOK-GewO/Pielow, § 1 Rn. 181). Die „Schwelle zu einer nachhaltigen Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr“ darf nicht überschritten werden (BeckOK-GewO/Pielow, § 1 Rn. 182). Es handelt sich bei der Abgrenzung um eine Einzelfallentscheidung, wobei das Gesamtbild der Tätigkeit zu beachten ist (BeckOK-GewO/Pielow, § 1 Rn. 184).

b) Gesetzesbegründung

In der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks 18/10190) findet sich auf Seite 15 folgende Passage:

„Von der neu eingeführten Erlaubnispflicht nicht erfasst wird die nicht gewerbsmäßige Verwaltung von Wohnungseigentum durch die Eigentümergemeinschaft selbst oder die nicht gewerbsmäßige Verwaltung, zum Beispiel durch einen Miteigentümer, durch einen Verwandten oder näheren Bekannten eines Wohnungseigentümers. Bei solchen Fällen wird es sich regelmäßig um kleinere Gemeinschaften handeln, die entschieden haben, das Woh-

nungseigentum nicht gewerbsmäßig verwalten zu lassen. Gewerbsmäßig ist die Tätigkeit des Verwalters dann, wenn sie selbständig ausgeübt wird, auf Gewinnerzielung gerichtet und auf eine gewisse Dauer angelegt ist, also nicht nur gelegentlich ausgeübt wird. Die bloße Verwaltung eigenen Vermögens ist von der Definition der Gewerbsmäßigkeit ausgeschlossen.“

In der Begründung zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (abrufbar auf der Website des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie) findet sich auf Seite 12 folgende Aussage:

„Von der Erlaubnispflicht nicht erfasst wird die Verwaltung von Wohnungseigentum durch die Eigentümergemeinschaft selbst oder durch einen der Miteigentümer, da es hier an der Gewerbsmäßigkeit der ausgeübten Tätigkeit fehlt.“

Weitere Stellungnahmen liegen – soweit ersichtlich – noch nicht vor. Die Frage, ob die Tätigkeit des Verwalters gewerblich ausgeübt wird, wird wohl nur durch eine Einzelfallbetrachtung beantwortet werden können. Hierbei scheint der Gesetzgeber den von Ihnen geschilderten Fall, dass in kleineren Wohneinlagen ein Miteigentümer die Hausverwaltung übernimmt, jedoch tendenziell nicht als gewerbliche Tätigkeit in diesem Sinne verstehen zu wollen.