

Gutachten
zu einigen Rechtsfragen in Zusammenhang mit der gewerblichen
und nichtgewerblichen tage- und wochenweisen Vermietung
von Wohnraum über Internetplattformen
(Teil I – Fragen 1 und 3)

A. Auftrag

Der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin hat aufgrund einer entsprechenden Bitte der Fraktion Die Linke den wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu Fragen in Zusammenhang mit der gewerblichen und nichtgewerblichen tage- und wochenweisen Vermietung von Wohnraum über Internetplattformen beauftragt.

Folgende Fragen sind zu erörtern:

1. Inwieweit und auf welcher Rechtsgrundlage können Internetplattform-Firmen („Airbnb“, „Wimdu“ u.a.) verpflichtet werden, alle Angaben zum Vermieter und der vermieteten Wohnung den Behörden des Landes Berlin (Hauptverwaltung und Bezirksämter) mitzuteilen, damit diese die rechtmäßige Vermietung nach Zweckentfremdungsverbot-Gesetz kontrollieren können?
Lässt sich die in Amsterdam eingeführte Meldepflicht in Berlin umsetzen oder welche gesetzlichen oder untergesetzlichen Änderungen wären hierfür erforderlich?
2. *Könnten die Internetplattform-Firmen verpflichtet werden, Steuern und Abgaben, die die Vermieter zu entrichten haben, zentral einzutreiben und an die Steuerbehörden des Landes Berlin zentral abzuführen?*
Welche Regelungen müssten in Berlin eingeführt werden, um eine solche Verpflichtung zu erwirken?

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Können die Internetplattform-Firmen rechtlich verpflichtet werden, die Citytax zentral von den Plattformnutzern einzuziehen und dem Land Berlin zu überweisen?

Wie ist die ab 1. Januar 2018 in Dortmund geltende Regelung rechtlich zu bewerten?

Welche gesetzlichen oder untergesetzlichen Änderungen müssten hierfür ggf. in Berlin erfolgen?

(vgl. hierzu Teil II des Gutachtens)

3. Auf welcher Rechtsgrundlage könnten die Internetplattform-Firmen von den Berliner Behörden rechtlich dazu verpflichtet werden, Angebote von ihrer Plattform löschen zu müssen?

Würde diese Möglichkeit grundsätzlich eröffnet werden, sobald in Berlin eine Regelung eingeführt würde, mit der eine Wohnung nur für eine bestimmte Anzahl von Tagen vermietet werden darf (diskutiert wird über 30 Tage pro Jahr als gesetzlich zulässige Gesamtdauer einer zwischenzeitigen Vermietung der Wohnung bzw. Teile der Wohnung)?

Inwieweit wäre eine solche Regelung rechtlich zulässig?

Besteht für die Plattformbetreiber-Firmen eine Löschpflicht bei Angeboten, die nicht gesetzlich zulässig sind, da Vermieter die Gesamtdauer der gesetzlich zulässigen Vermietung einer Wohnung überschritten haben?

4. *Inwieweit sind die Internetplattform-Firmen verpflichtet, nur die Angebote aufzunehmen, die bei Vorliegen der typischen Eigenschaften einer Beherbergungsbetriebs auch die Vorgaben der Verordnung über den Betrieb von baulichen Anlagen (Betriebs-Verordnung-BetrVO) zu „Abschnitt 2 Beherbergungsstätten“ insbesondere hinsichtlich Brandschutz und Barrierefreiheit einhalten?*

Welche gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen müssten in Berlin eingeführt werden, um eine solche Verpflichtung zu erwirken und wären diese rechtlich zulässig?

(vgl. hierzu Teil II des Gutachtens)

5. *Welche Verhältnismäßigkeitserfordernisse hätte der Gesetzgeber bei der Bestimmung der Höhe von Zwangs- und Bußgeldern im Falle gesetzeswidriger Vermietungen grundsätzlich zu beachten?*

(vgl. hierzu Teil II des Gutachtens)

6. *Ab wann gelten Vermieter als Berufsvermieter, die gewerblich handeln?*

Welche gesetzliche Regelung oder Rechtsauslegung definiert eine Grenzziehung und kann die Definition landesgesetzlich bestimmt bzw. verändert werden?

Welche gewerbsmäßigen Pflichten entstehen aus der professionellen Vermietung?

Ab wann unterliegen private Vermieter dem Handelsrecht und was ergibt sich daraus?

Ab welchem Umsatz oder welcher Zahl von Übernachtungen ist dies gewerbesteuerpflichtig?

(vgl. hierzu Teil II des Gutachtens)

7. *Entspricht es dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz, wenn gewerblich gemeldete Hotels, Hostels und Pensionen zur Abführung der Citytax, der Steuern und Sozialabgaben sowie der Einhaltung von Brandschutz und Hygiene verpflichtet sind und Privatvermieter nicht in diesem Sinne behandelt werden?*

(vgl. hierzu Teil II des Gutachtens)

B. Gutachten

Aufgrund des Umfangs des Gutachtauftrags und des gegebenen inhaltlichen Zusammenhangs der einzelnen Fragestellungen werden nach Absprache mit der fragestellenden Fraktion im vorliegenden Teil I des Gutachtens die Fragen 1 und 3 erörtert. In einem Teil II werden die übrigen Fragen beantwortet.

I. Zu Frage 1:

1. Inwieweit und auf welcher Rechtsgrundlage können Internetplattform-Firmen („Airbnb“, „Wimdu“ u.a.) verpflichtet werden, alle Angaben zum Vermieter und der vermieteten Wohnung den Behörden des Landes Berlin (Hauptverwaltung und Bezirksämter) mitzuteilen, damit diese die rechtmäßige Vermietung nach Zweckentfremdungsverbot-Gesetz kontrollieren können?

a) Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für Auskünfte von Online-Plattformen in Form der Erhebung von Daten der Vermieterinnen und Vermieter sowie der vermieteten Wohnungen durch die zuständigen Bezirksämter nach ZwVbG¹ kommt § 5 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 ZwVbG in Betracht, wenn die Norm anwendbar ist und ihre Voraussetzungen erfüllt sind.

¹ Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum (Zweckentfremdungsverbot-Gesetz Berlin) vom 29.11.2013 (GVBl. S. 626), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 22.03.2016 (GVBl. S. 115).

Das zuständige Bezirksamt ist auf Grundlage des § 5 Abs. 1 ZwVbG befugt, die in Nr. 1 bis 4 der Vorschrift konkretisierten Personendaten, Wohnungsdaten, Nutzungsnachweise und Gewerbedaten der Verfügungsberechtigten, Nutzungsberechtigten und sonstigen Bewohnerinnen und Bewohner des befangenen Wohnraums zu erheben und zu verarbeiten, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben nach ZwVbG erforderlich ist. Grundsätzlich sind die Daten nach § 5 Abs. 2 Satz 1 ZwVbG bei den vorgenannten Personen mit deren Kenntnis zu erheben. Gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 ZwVbG können diese Daten auch bei Diensteanbietern im Sinne des Telemediengesetzes erhoben werden, wenn im Einzelfall eine Erhebung der Daten bei den vorgenannten Personen nicht möglich ist oder einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde und schutzwürdige Belange der betroffenen Personen nicht entgegenstehen.

b) Anwendungsbereich

Der Auskunftsanspruch aus § 5 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 ZwVbG richtet sich gegen Diensteanbieter von Telemedien im Sinne des Telemediengesetzes (TMG)².

Bei einer Online-Plattform handelt es sich um elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, mithin „*Telemedien*“ im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 TMG. Eine kollaborative Online-Plattform zur Buchung und Vermietung privater Unterkünfte, die den Kontakt zwischen Gastgeber und Gast ermöglicht sowie die Buchung einschließlich Bezahlung abgewickelt, ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Berlin (VG Berlin) unzweifelhaft als Telemedien zu werten, weil die zentralen Dienstleistungen in der Kontaktvermittlung und der Buchung auf elektronischem Wege und nicht etwa in der Beherbergung bestehen.³

Ein „*Diensteanbieter*“ ist jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt (§ 2 S. 1 Nr. 1, 1. HS TMG). Als Diensteanbieter ist grundsätzlich derjenige anzusehen, der den Inhalt und das Bereithalten des Dienstes bestimmen kann.⁴ Unerheblich ist, ob der Diensteanbieter als Content-Provider eigene Telemedien bereitstellt oder als Host-Provider bzw. Service-Provider fremde Telemedien durch die Zurverfügungstellung von Serverkapazitäten zur Nutzung bereithält.⁵ Maßgeblich ist vielmehr, wer „*die tatsächliche und rechtli-*

² Telemediengesetz vom 26.02.2007 (BGBl. I S. 179), zuletzt geänd. d. Art. 1 Drittes ÄndG vom 28.09.2017 (BGBl. I S. 3530).

³ VG Berlin, Beschluss vom 20.07.2017, 6 L 162.17 = Juris Rn 37.

⁴ Martini, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 18. Edition Stand 01.05.2017, TMG § 2 Rn 7; OLG Düsseldorf 18.6.2013, I-20 U 145/12 = GRUR-RR 2013, 433, 435.

⁵ Martini, in: BeckOK, a.a.O., TMG § 2 Rn 7.

che Kontrolle, d.h. die Funktionsherrschaft über die Domain bzw. das Telemedium“ hat.⁶ Bei einem Onlineportal ist der Portalbetreiber als Diensteanbieter zu qualifizieren.⁷ Vorliegend ist daher der Betreiber der Online-Plattform als Diensteanbieter i.S.d. § 2 S. 1 Nr. 1 TMG anzusehen.

Ausgehend von den im Gutachtenauftrag gegebenen Beispielen für Online-Plattformen ist für den räumlichen Anwendungsbereich des TMG zwischen Diensteanbietern zu unterscheiden, die im Inland geschäftsansässig sind und solchen, die in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union niedergelassen sind. Denn je nach Adressat des Auskunftsanspruchs kann die Anwendbarkeit deutschen Rechts eingeschränkt sein.

aa) Diensteanbieter mit Sitz in anderem Mitgliedsstaat (§ 3 Abs. 2 TMG)

Ein „niedergelassener Diensteanbieter“ ist jeder Anbieter, der mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit Telemedien geschäftsmäßig anbietet oder erbringt (§ 2 S. 1 Nr. 2 TMG). Entscheidend bei der Bestimmung des Ortes der relevanten Niederlassung ist die (juristische) Person des Diensteanbieters.⁸ Innerhalb des Geltungsbereichs der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)⁹ kommt es bei der Bestimmung des Sitzlandes darauf an, wo der Diensteanbieter seine Geschäftstätigkeit tatsächlich ausübt (vgl. § 2a Abs. 1 S. 1 TMG). Dabei ist auf den Mittelpunkt der Tätigkeiten des Diensteanbieters im Hinblick auf ein bestimmtes Telemedienangebot abzustellen (§ 2a Abs. 1 S. 2 TMG). Diese Kriterien für die Bestimmung des Sitzes entsprechen auch den Maßgaben der ECRL zur Bestimmung des Ortes der Niederlassung (vgl. Art. 2 lit. c) ERCL). Bei Dienstleistungen, die über eine Webseite angeboten werden, ist das Unternehmen weder dort niedergelassen, wo sich die technischen Mittel für die Webseite befinden, noch dort, wo die Webseite zugänglich ist, sondern an dem Ort, an dem es seine Wirtschaftstätigkeit ausübt (Erw. 19 S. 3 ECRL). Bei mehreren Niederlassungsorten ist es der Ort, von welchem aus der betreffende Dienst erbracht wird (Erw. 19 S. 4 ECRL). Falls eine solche Bestimmung schwierig ist, kommt es auf den Ort an, an dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten des Anbieters in Bezug auf diesen bestimmten Dienst befindet (Erw. 19 S. 5 ECRL).

Ein niedergelassener Diensteanbieter i.S.d. § 2 Nr. 2 TMG kann bereits unmittelbar aus dem Impressum der Webseite ersichtlich sein. Denn die Definition des Diensteanbieters

⁶ Ricke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, TMG § 2 Rn 3.

⁷ Vgl. Ricke, in Spindler/Schuster, a.a.O., TMG § 2 Rn 2.

⁸ Ricke, in Spindler/Schuster, a.a.O., TMG § 2 Rn 7.

⁹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. vom 17.07.2000 Nr. L 178 S. 1.

in § 2 TMG gilt auch für die Impressumspflicht aus § 5 TMG. Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG haben Diensteanbieter für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien unter anderem den Namen und die Anschrift, unter der sie niedergelassen sind, verfügbar zu halten (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 lit. a) und b) ECRL). Im Einklang mit Art. 2 lit. c) ECRL ist eine zustell- und ladungsfähige Anschrift¹⁰ an dem Ort anzugeben, an dem der Schwerpunkt der Wirtschaftstätigkeit liegt.¹¹ Auch das VG Berlin verweist darauf, dass das § 5 ZwVbG Berlin dem Hamburger Zweckentfremdungsrecht nachgebildet wurde und in der Hamburger Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die Impressumspflicht des Diensteanbieters nach § 5 TMG für den Verwaltungsvollzug abgestellt wird.¹²

Für Diensteanbieter, die in einem anderen Mitgliedsstaat im Geltungsbereich der ECRL niedergelassen sind, gilt grundsätzlich das Herkunftslandprinzip, wonach der freie Dienstleistungsverkehr nicht eingeschränkt werden darf (vgl. § 3 Abs. 2 TMG). Sachlich werden hiervon geschäftsmäßig erbrachte Telemedien im Bereich der Online-Aktivitäten erfasst, z. B. Online-Informationendienste und Online-Verkauf (vgl. Art. 2 lit. h), Art. 3 Abs. 2, Erw. 21 ERCL).

In § 3 Abs. 3 und 4 TMG werden bestimmte Rechtsbereiche jedoch vom Herkunftslandprinzip ausgenommen:

Für den Auskunftsanspruch aus § 5 Abs. 2 ZwVbG gegen Diensteanbieter lässt sich die Rechtsgrundlage des § 3 Abs. 3 Nr. 4 TMG als Ausnahme gegenüber dem Grundsatz des Herkunftslandprinzips heranziehen, weil es sich um „*das für den Schutz personenbezogener Daten geltende Recht*“ handelt. Die Vorschrift in § 5 Abs. 2 ZwVbG soll zum einen die Effektivität des Gesetzesvollzugs des ZwVbG steigern, weil sie die Ermittlung von Daten der angebotenen Ferienwohnungen erleichtern soll. Zum anderen bildet § 5 Abs. 2 ZwVbG eine datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage, die den Diensteanbieter zur Erfüllung des Anspruchs der zuständigen Behörde gegenüber den Nutzerinnen und Nutzern berechtigt.¹³ Sie schafft insbesondere die nach § 12 Abs. 2 TMG erforderliche Erlaubnis für die Datenübermittlung an die zuständige Behörde.¹⁴ Entsprechend den klassischen Grundsätzen und Prinzipien des Datenschutzes ist in § 12 Abs. 2 TMG das datenschutzrechtliche Gebot der Zweckbindung normiert.¹⁵ Darüber hinaus soll § 5 Abs. 2 ZwVbG dafür sorgen, dass die Einschränkung

¹⁰ Ott, in: BeckOK, a.a.O., TMG § 5 Rn 29.

¹¹ LG Frankfurt a. M. 28.3.2003, 3-12 O 151/02 = MMR 2003, 597, 598.

¹² VG Berlin, Beschluss v. 20.07.17, 6 L 162.17 = Juris Rn 41.

¹³ Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 27.03.2017, VG 6 L 250.17 = BeckRS 2017, 106722 Rn 59.

¹⁴ Vgl. Gesetzesbegründung in Abghs. Drs. 127/2712 v. 09.02.2016.

¹⁵ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster, a.a.O., TMG § 12 Rn 1, 7.

des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zur Erreichung des Gesetzeszieles auf Ermittlung, Aufklärung und Beseitigung zweckfremder Wohnraumnutzung erforderlich und angemessen ist.¹⁶ Mithin handelt es sich bei der Regelung in § 5 Abs. 2 ZwVbG um eine datenschutzrechtliche Regelung im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 4 TMG, die vom Herkunftslandprinzip in § 3 Abs. 1 und 2 TMG ausgenommen ist. Unter dem Gesichtspunkt der Erleichterung des Vollzugs des ZwVbG kommt auch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf Grundlage des § 3 Abs. 5 Nr. 1 TMG in Betracht.¹⁷

bb) Beispiel Online-Plattform Airbnb

Das Unternehmen Airbnb, Inc. wurde in den Vereinigten Staaten gegründet und hat heute sowohl in der EU als auch in Drittländern mehrere Standorte mit verschiedenen Abteilungen.¹⁸ So hat etwa die Airbnb Germany GmbH ihren Sitz in Berlin. Die Online-Plattform Airbnb wird auf mehreren Webseiten mit verschiedenen Domains in unterschiedlichen Sprachen angeboten, unter anderem über die deutschsprachige Webseite mit der Domain [airbnb.de](https://www.airbnb.de). Über diese Webseite werden auf der Online-Plattform unter anderem Anzeigen für weltweit belegene private Unterkünfte veröffentlicht, die Kommunikation von Nutzern ermöglicht sowie Buchungsvorgänge einschließlich der Reservierung und Bezahlung gegen die Erhebung einer Servicegebühr abgewickelt. Im Impressum auf der Webseite mit der Domain [airbnb.de](https://www.airbnb.de) ist als „Provider“ derselben Airbnb Ireland UC mit Sitz in Irland aufgeführt.¹⁹ Da das Unternehmen Airbnb weltweit an mehreren Orten wirtschaftlich tätig ist, kommt es gemäß § 2a Abs. 1 S. 2 TMG im Einklang mit der Maßgabe in Erw. 19 S. 4 ECRL auf den jeweils betreffenden Dienst, also das konkrete Telemedienangebot an. Der Vermieter und der Gast einer Ferienwohnung nehmen als Nutzer der Airbnb-Plattform in erster Linie die Dienstleitungen in Form der Anzeigefläche als Möglichkeit zur Bewerbung einer Unterkunft, die Funktionen der Kommunikation und der Durchführung des Buchungsvorgangs, in Anspruch. Trotz des einheitlich wirkenden Auftritts der Online-Plattform bestehen insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Sprachen und Währungen mehrere, für den Nutzer unterscheidbare Telemedienangebote, welche insbesondere dadurch abgrenzbar sind, dass sie unter verschiedenen Domains bereitgehalten werden (z. B. [airbnb.co.uk](https://www.airbnb.co.uk) oder [airbnb.ru](https://www.airbnb.ru), die auch in Deutschland abgerufen werden können). Das konkrete Telemedienangebot in deutscher Sprache wird vom Nutzer über die Webseite unter der Domain [airbnb.de](https://www.airbnb.de) angesteuert. Laut den Angaben im Im-

¹⁶ Vgl. Gesetzesbegründung in Abghs. Drs. 127/2712 v. 09.02.2016.

¹⁷ Vgl. hierzu näher unten bei Ziffer 2 zu Frage 3.

¹⁸ Quelle: <https://www.airbnb.de/careers/departments>.

¹⁹ Quelle: <https://www.airbnb.de/about/company-details>.

pressum ist „Provider der Website“ unter dieser Domain die Airbnb Ireland UC mit Sitz in Irland. Gemäß den obigen Erwägungen ist dieses Unternehmen als niedergelassener Diensteanbieter von Telemedien gemäß § 2 S. 1 Nr. 2 TMG anzusehen.

Folglich ist die Niederlassung des Diensteanbieters für das konkrete Telemedienangebot i.S.v. § 2a Abs. 1 S. 2 TMG, welches auf airbnb.de zur Nutzung bereitgehalten wird, in Irland. Mit dem vom VG Berlin aufgezeigten Lösungsweg, der darauf abstellt, mit welchem Unternehmen der konkrete Nutzer gemäß den Vertragsbedingungen von Airbnb kontrahiert, gelangt man zum selben Ergebnis.²⁰ Somit handelt es sich bei dem Beispiel der Online-Plattform Airbnb um einen Diensteanbieter, der in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union niedergelassen ist. Demnach würde grundsätzlich das Herkunftslandprinzip gemäß § 3 Abs. 1 und 2 TMG greifen. Da jedoch die Rechtsgrundlage für den Auskunftsanspruch in § 5 Abs. 2 ZwVbG gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 4 TMG wie oben aufgezeigt vom Herkunftslandprinzip ausgenommen ist, ist sie auch im vorliegenden Beispiel anwendbar.

cc) Diensteanbieter mit Sitz in Deutschland (§ 3 Abs. 1 TMG)

In der Bundesrepublik Deutschland nach § 2a TMG niedergelassene Diensteanbieter und ihre Telemedien unterliegen den Anforderungen des deutschen Rechts. Dies gilt gemäß § 3 Abs. 1 TMG insbesondere auch dann, wenn sie von Deutschland aus ihre Dienste in andere Mitgliedstaaten hinein anbieten und erbringen. Hingegen werden vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips solche Diensteanbieter nicht erfasst, die außerhalb der EU ansässig sind oder Diensteanbieter, die Telemedien nur in Drittländern anbieten.²¹

dd) Beispiel Online-Plattform Wimdu

Das Unternehmen Wimdu GmbH ist ein in Berlin gegründetes und eingetragenes Unternehmen.²² Neben dem Hauptsitz in Deutschland gibt es einen Standort für den Kundenservice in Portugal. Seit Ende 2016 ist das Unternehmen nach eigenen Angaben Teil des weltweit tätigen Konzerns Wyndham Vacation Rentals. Die Online-Plattform Wimdu wird auf mehreren Webseiten mit verschiedenen Domains in unterschiedlichen Sprachen

²⁰ Vgl. VG Berlin, Beschluss v. 20.07.2017, 6 L 162.17 = Juris Rn 49.

²¹ Weller, in: BeckOK, Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 18. Edition, Stand: 01.02.16, TMG § 3 Rn 6.

²² Quelle: <https://www.wimdu.de/aboutus#about-us-about-us>.

angeboten, unter anderem über die deutschsprachige Webseite mit der Domain wimdu.de. Über diese Webseite werden auf der Online-Plattform Anzeigen für private Unterkünfte weltweit veröffentlicht, die Kommunikation von Nutzern ermöglicht sowie Buchungsvorgänge einschließlich der Reservierung und Bezahlung gegen die Erhebung einer Bearbeitungsgebühr abgewickelt. Im Impressum auf der Webseite mit der Domain wimdu.de wird die Wimdu GmbH mit Sitz in Berlin aufgeführt.²³ Gemäß den obigen Ausführungen sind die auf der Online-Plattform Wimdu angebotenen Dienste als Telemedien i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG anzusehen.

Aufgrund der im Impressum enthaltenen Informationen über Diensteanbieter und ihre Niederlassung ist gemäß § 5 TMG davon auszugehen, dass das konkrete Telemedienangebot auf wimdu.de von der in Deutschland ansässigen Diensteanbieterin Wimdu GmbH bereitgehalten wird. Die Niederlassung in Deutschland gemäß § 2a TMG führt dazu, dass die Telemedien nach § 3 Abs. 1 TMG den Anforderungen deutschen Rechts unterliegen und zwar auch dann, wenn Angebote für private Ferienunterkünfte nicht nur in Deutschland und in der EU abrufbar sind. Damit ist die Rechtsgrundlage für den Auskunftsanspruch in § 5 Abs. 2 ZwVbG auch im vorliegenden Beispiel anwendbar.

c) Zu den Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs

aa) Erhebung von Daten bei den betroffenen Personen

Das zuständige Bezirksamt ist auf Grundlage des § 5 Abs. 1 ZwVbG befugt, die in Nr. 1 bis 4 der Vorschrift abschließend²⁴ aufgeführten und konkretisierten Personendaten, Wohnungsdaten, Nutzungsnachweise und Gewerbedaten der Verfügungsberechtigten, Nutzungsberechtigten und sonstigen Bewohnerinnen und Bewohner des befangenen Wohnraums zu erheben und zu verarbeiten. Unter den Begriff „*Verfügungsberechtigte*“ fallen diejenigen, die nach bürgerlichem Recht zur dinglichen Verfügung über den Wohnraum berechtigt sind, also Eigentümerinnen und Eigentümer oder Inhaberinnen und Inhaber eines sonstigen grundstücksgleichen Rechts sowie die von ihnen nachweislich Bevollmächtigten oder Beauftragten.²⁵ Unter den Begriff „*Nutzungsberechtigte*“ fallen die Mieterinnen und Mieter, Pächterinnen und Pächter sowie Personen, die den Wohnraum aufgrund eines vertraglichen Rechtsverhältnisses zu den Verfügungsberechtigten

²³ Quelle: <https://www.wimdu.de/imprint>.

²⁴ Gesetzesbegründung in Abghs. Drs. 17/1057 v. 11.06.2013.

²⁵ Vgl. Ausführungsvorschrift in: 1. Änderung AV-ZwVb v. 04.08.2016, AB1. Nr. 35/19.08.16, S. 2132, Ziffer 4.

nutzen dürfen. Alle nicht nur vorübergehend in der Wohnung lebenden Personen sind als sonstige Bewohnerschaft anzusehen.²⁶

bb) Erforderlichkeit der Datenerhebung zur Aufgabenerfüllung nach ZwVbG

Die Erhebung und Verarbeitung von Daten ist zur Erfüllung der Aufgaben des zuständigen Bezirks nach dem ZwVbG erforderlich, wenn der Verdacht einer Zweckentfremdung von Wohnraum besteht, beispielsweise eine Wohnung auf der Online-Plattform zur tage- oder wochenweisen Anmietung angeboten wird.²⁷ In § 2 Abs. 1 ZwVbG sind fünf Tatbestände der „Zweckentfremdung“ aufgezählt.²⁸ Eine Zweckentfremdung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 ZwVbG liegt vor, wenn Wohnraum zum Zwecke der wiederholten nach Tagen oder Wochen bemessenen Vermietung als Ferienwohnung oder einer Fremdenbeherbergung, insbesondere einer gewerblichen Zimmervermietung oder der Einrichtung von Schlafstellen, verwendet wird.²⁹

cc) Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung

Die subsidiäre Auskunftspflicht der Diensteanbieter setzt voraus, dass die Datenerhebung bei den Verfügungsberechtigten, Nutzungsberechtigten und sonstigen Bewohnerinnen und Bewohnern des befangenen Wohnraums im Einzelfall nicht möglich ist oder einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde (§ 5 Abs. 2 S. 2 ZwVbG). Nach der Rechtsprechung des VG Berlin ist dies bei Ferienwohnungsangeboten auf einer Onlineplattform der Fall, wenn die Angebote derart anonymisiert sind, dass weder die Identität der Vermieter bzw. Eigentümer noch die genaue Anschrift der Wohnung erkennbar sind. Dadurch sei auch eine im Einzelfall nach § 5 Abs. 3 ZwVbG zulässige Abfrage bei öffentlichen Registern, etwa beim Bürgeramt oder Grundbuchamt, nicht möglich.³⁰ Es sei zudem mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden, wenn sich ein Mitarbeiter des Bezirksamtes als potentieller Gast auf der Online-Plattform anmelden und die befangenen Wohnungen nur zum Schein anmieten würde.³¹

²⁶ Näher dazu: 1. Änd. AV-ZwVb v. 04.08.2016, a.a.O., Ziffer 4.

²⁷ VG Berlin, Beschluss v. 27.03.2017, VG 6 L 250.17 = BeckRS 2017, 106722 Rn 32.

²⁸ Der Entwurf der Novelle zum ZwVbG (Abghs. Drs. 18/0815, 13.02.2018) sieht vor, dass der Zweckentfremdungsbegriff geöffnet wird (S. 11).

²⁹ Zur Abgrenzung zw. Ferienwohnung und Fremdenbeherbergung: Vgl. 1. Änd. AV – ZwVb v.04.08.2016, a.a.O., 2134, Ziff. 7.1.

³⁰ VG Berlin, Beschluss a.a.O., v. 27.03.2017, VG 6 L 250.17, a.a.O., Rn 35.

³¹ VG Berlin, Beschluss a.a.O., v. 27.03.2017, VG 6 L 250.17 a.a.O., Rn 36.

Des Weiteren dürfen keine schutzwürdigen Belange der betroffenen Personen, d.h. der inserierenden Vermieterinnen und Vermieter von Ferienwohnungen, einer Datenerhebung bei dem Diensteanbieter entgegenstehen (§ 5 Abs. 2 S. 2 ZwVbG). Dies kann z.B. der Fall sein, wenn es sich um besonders sensible Daten im Einzelfall handelt, deren Verarbeitung gemäß §6a Bln DSG³² nur unter besonderen Schutzanforderungen zulässig ist.³³ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die informationelle Selbstbestimmung ist das Auskunftsverlangen unter Umständen zu beschränken, beispielsweise auf diejenigen Wohnungen, bei denen ein erheblicher Verdacht der Zweckentfremdung vorliegt, weil diese vollständig zur Alleinbenutzung angeboten werden.³⁴

d) Durchsetzung des Anspruchs

Nach alledem besteht nach geltender Rechtslage mit § 5 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 ZwVbG³⁵ eine Rechtsgrundlage für die Berliner Bezirksämter, von Betreibern der Online-Plattformen erforderliche Angaben zu den Vermieterinnen und Vermietern sowie zu den befangenen Wohnungen zu verlangen, damit der Vollzug des ZwVbG ermöglicht wird. Der Auskunftsanspruch kann gemäß den obigen Ausführungen grundsätzlich sowohl gegen im Inland ansässige Diensteanbieter als auch gegen Diensteanbieter mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der EU gegeben sein. Die Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs können in beiden Konstellationen im Einzelfall erfüllt sein. Wenn dies der Fall ist, sind die Diensteanbieter im Sinne des TMG verpflichtet, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen vorzulegen (§ 5 Abs. 2 S. 3 ZwVbG).

Vom Bestehen und dem Umfang des Auskunftsanspruchs sind Fragen seiner Durchsetzbarkeit abzugrenzen. Dies gilt insbesondere für den Verwaltungsaufwand, der mit der Durchführung der hierfür erforderlichen Amtshandlungen verbunden sein dürfte, wenn der Diensteanbieter in einem anderen Mitgliedsstaat der EU niedergelassen ist. So wird die Vornahme von Zustellungshandlungen im Ausland völkerrechtlich für grundsätzlich unzulässig erachtet. Wenn zwischenstaatliche Vereinbarungen (z. B. Europäisches Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland)³⁶

³² Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten in der Berliner Verwaltung (Berliner Datenschutzgesetz - BlnDSG), i. d. F. 17.12.1990, letzte berücksichtigte Änderung: § 2 geändert, § 15 neu gefasst durch Artikel 8 des Gesetzes vom 30.05.2016 (GVBl. S. 282).

³³ Vgl. hierzu: VG Berlin, Beschluss v. 27.03.2017, VG 6 L 250.17, a.a.O., Rn 40ff, 52ff.

³⁴ Vgl. VG Berlin, Beschluss v. 27.03.2017, VG 6 L 250.17, a.a.O., Rn 57.

³⁵ Im Entwurf zur Novelle des ZwVbG (Abghs. Drs. 18/0815, 13.02.2018) ist eine Änderung des § 5 Abs. 2 ZwVbG nicht beabsichtigt.

³⁶ Vom 24.11.1977, BGBl. 1981 II S. 535; das Übereinkommen ist in Berlin in Kraft, jedoch z. B. nicht in Irland: Engelhardt, in: Engelhardt/App/Schlatmann, 11. Aufl. 2017, VwVG/VwZG, EuAusIVwZUbK, Einführung Rn 1ff.

oder ggf. die Duldungspraxis der Staaten den Weg der Zustellung durch die Post nicht eröffnen,³⁷ kann sich die Behörde zwar bei Vorliegen der Voraussetzungen mit einem Behördenersuchen behelfen (§ 7 VwVfG Bln i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 2 und 3 VwZG³⁸), im Rahmen dessen sie auch die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten im Inland anordnen kann (§ 9 Abs. 3 VwZG). Eine allgemeine Benennungspflicht besteht jedoch nicht.

Die Regelung in § 5 Abs. 2 ZwVbG erlaubt, im Rahmen der Auskunftspflicht auch die inserierenden Vermieterinnen und Vermieter in den Fokus zu nehmen, da diese als Verfügungsberechtigte bzw. Nutzungsberechtigte grundsätzlich vorrangig in Anspruch zu nehmen sind (§ 5 Abs. 2 S. 1 ZwVbG). Wenn ein Angebot auf einer Online-Plattform als eigenständiger Telemediendienst zu qualifizieren ist, sodass es einer eigenen Anbieterkennzeichnungspflicht unterfallen würde, wäre die Datenerhebung dadurch möglicherweise erleichtert. Denn als Diensteanbieter kommen neben dem Portalbetreiber auch diejenigen in Betracht, die auf einer Verkaufsplattform ein gewerbliches Angebot einstellen und Waren oder Dienstleistungen anbieten.³⁹ Voraussetzung ist zudem, dass die Dienste geschäftsmäßig, also nachhaltig bzw. auf Dauer angelegt angeboten werden und nicht lediglich ein privates Gelegenheitsgeschäft vorliegt.⁴⁰ In der Rechtsprechung wird unter anderem eine Impressumspflicht bei Inserenten von Auktionsanzeigen auf Online-Plattformen angenommen, die jedoch in der Literatur umstritten ist.⁴¹ Zudem kann je nach Umständen bei Grenzfällen eine Beurteilung schwierig sein, ob die Voraussetzungen erfüllt sind. Darüber hinaus werden unterschiedliche Auffassungen unter anderem dazu vertreten, ob der Impressumspflicht die Pflicht des Plattformbetreibers aus § 13 Abs. 6 TMG entgegensteht, gemäß der er die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen hat.⁴² Dies gilt ebenso für die wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht des Plattformbetreibers darauf hinzuwirken, dass seine

³⁷ Vgl. dazu Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 41 Rn 220.

³⁸ Verwaltungszustellungsgesetz v. 12.08.2005 (BGBl. I S. 2354), zuletzt geänd. d. Art. 11 Abs. 3 eIDAS-Durchführungsgesetz v. 18.7.2017 (BGBl. I S. 2745).

³⁹ Ricke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, TMG § 2 Rn 2; OLG Düsseldorf, 28.12.2012, I-20 U 147/11 = BeckRS 2013, 11226.

⁴⁰ Ott, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 18. Edition, Stand: 01.11.2017, TMG § 5 Rn 9; Micklitz/Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, a.a.O. TMG § 5 Rn 8.

⁴¹ OLG Karlsruhe 27.04.2006, 4 U 119/04 = BeckRS 2006, 17035; OLG Oldenburg Beschluss v. 12. 5. 2006, 1 W 29/06 = GRUR-RR 2007, 54; OLG Frankfurt a.M. 23.10.2008, 6 U 139/08 = GRUR-RR 2009, 315; Einschränkung: Micklitz/Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, a.a.O., TMG § 5 Rn 16.

⁴² § 13 Abs. 6 TMG steht nicht entgegen: OLG Düsseldorf v. 28.12.2012 - I-20 U 147/11 = BeckRS 2013, 11226 und Urt. v. 18. 6. 2013 – I-20 U 145/12 = GRUR-RR 2013, 433; a.A.: bspw. Schnabel/Freund, CR 2010, 718, 719 f.

Nutzerinnen und Nutzer ihrer Impressumspflicht – soweit diese anzunehmen ist - nachkommen.⁴³

Vor dem dargestellten Hintergrund ist auch die derzeit im Rahmen der Novellierung des ZwVbG diskutierte Verpflichtung zur Angabe einer vorher von der Behörde vergebenen Registriernummer zu betrachten, die insbesondere Verfügungsberechtigten und Nutzungsberechtigten auferlegt werden soll, die unter anderem Ferienwohnungen auf Online-Plattformen anbieten.⁴⁴ Anhand der Registriernummer kann es den zuständigen Bezirksämtern ermöglicht werden, bei begründeten Anhaltspunkten prüfen zu können, ob eine gesetzwidrige Zweckentfremdung vorliegt, ohne dass im Internet erkennbar wird, wer die Nutzerinnen und Nutzer sind und wo sich die Wohnung genau befindet. Diese Form der Kennzeichnung vermeidet zudem die oben in Zusammenhang mit der Impressumspflicht aufgeworfenen rechtlichen Unklarheiten.

2. Lässt sich die in Amsterdam eingeführte Meldepflicht in Berlin umsetzen oder welche gesetzlichen oder untergesetzlichen Änderungen wären hierfür erforderlich?

Aus der im Gutachtauftrag zitierten Presseberichterstattung⁴⁵ ergibt sich, dass in Amsterdam die Regeln für die Vermietung von Wohnungen an Touristen verschärft worden seien. Bereits jetzt gelte, dass Privatleute ihre Wohnung höchstens an 60 Tagen vermieten dürfen. Zusätzlich werde eine Meldepflicht eingeführt, wonach Privatleute, die ihre Wohnung bei Airbnb oder einem ähnlichen Dienst anbieten würden, dies vorab bei der Kommune melden müssten. Ein Verstoß gegen die Meldepflicht könne mit einer „Geldstrafe“ von 20.500 € belegt werden.

Das Berliner Zweckentfremdungsrecht sieht derzeit im Wesentlichen folgende Regelungen vor:

Der Senat von Berlin hat auf Grundlage des § 1 Abs. 2 S. 1 ZwVbG in § 1 Abs. 1 ZwVbVO⁴⁶ mit Wirkung vom 01.05.2014 festgestellt, dass die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen im gesamten Stadtgebiet

⁴³ Vgl. OLG Düsseldorf MMR 2013, 649, 650f; OLG Frankfurt a.M. 23.10.2008, 6 U 139/08 = OLG Frankfurt a.M. 23.10.2008, 6 U 139/08 = GRUR-RR 2009, 315; Einschränkung zur Reichweite der Pflicht: Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, a.a.O., TMG § 5 Rn 15.

⁴⁴ Vgl. Abghs. Drs. 18/0815, 13.02.2018 (S. 2, 13, 29).

⁴⁵ Verweis auf: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/airbnb-amsterdam-fuehrt-hohe-geldstrafen-fuer-wilde-ferienwohnungen-ein-a-1146277.html> sowie <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Amsterdam-verschaerft-Regeln-fuer-Airbnb-3703969>.

⁴⁶ Verordnung über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum (Zweckentfremdungsverbot-Verordnung) vom 04.03.2014, GVBl. 2014, 73.

Berlins besonders gefährdet ist. Deshalb darf Wohnraum im Land Berlin oder in einzelnen Bezirken nur mit Genehmigung des zuständigen Bezirksamts zweckentfremdet werden (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 ZwVbG). Die Zweckentfremdung von Wohnraum und das Anbieten der zweckfremden Verwendung von Wohnraum ohne die erforderliche Genehmigung stellen Ordnungswidrigkeiten dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 100.000 € belegt werden können (§ 7 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 4 ZwVbG).

Falls auf Grund eines der in § 2 Abs. 2 ZwVbG geregelten Befreiungstatbestände keine Zweckentfremdung vorliegt, können diesbezüglich Nachweise verlangt werden (§ 2 Abs. 3 ZwVbG). Bislang ist im Gesetz hingegen nicht vorgesehen, dass zwar eine Zweckentfremdung vorliegt, diese aber in bestimmten Fällen genehmigungsfrei wäre und z. B. lediglich einer Anzeigepflicht unterstellt wird.

Der aktuelle Entwurf zur Novelle zum ZwVbG sieht unter anderem nunmehr vor, dass eine private Weitervermietung einer Hauptwohnung in Berlin bis zu einer Grenze von 60 Tagen im Jahr vom Genehmigungsvorbehalt ausgenommen und stattdessen das Anbieten und Bewerben insbesondere über Online-Plattformen einer Anzeigepflicht unterstellt werden soll.⁴⁷

Ein exakter Vergleich des Berliner Landesrechts mit den Regelungen des niederländischen Rechts zur Zweckentfremdung von Wohnungen in Amsterdam ist dem WPD im Rahmen dieses Gutachtenauftrags zwar nicht möglich. Der hier relevante Unterschied dürfte jedoch darin bestehen, dass nach der bislang geltenden Rechtslage in Berlin in den gesetzlich geregelten Fällen der Zweckentfremdung von Wohnraum ein grundsätzliches repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt besteht und nicht lediglich eine Anzeigepflicht.

Für eine Lockerung des generellen Genehmigungsvorbehalts und Einführung einer Anzeigepflicht im Falle der Zweckentfremdung in Form der Vermietung für einen begrenzten Zeitraum insbesondere als Ferienwohnung über eine Online-Plattform wäre eine Änderung des ZwVbG erforderlich.

⁴⁷ Vgl. Abghs. Drs. 18/0815, 13.02.2018, S. 29.

II. Zu Frage 3:

1. Auf welcher Rechtsgrundlage könnten die Internetplattform-Firmen von den Berliner Behörden rechtlich dazu verpflichtet werden, Angebote von ihrer Plattform löschen zu müssen?

Auf Grundlage des § 7 Abs. 3 ZwVbG kann die zuständige Behörde von einem Diensteanbieter im Sinne des TMG verlangen, Angebote und Werbung, die nach § 7 Abs. 2 ZwVbG ordnungswidrig sind, unverzüglich von deren Internetseiten zu entfernen. Denn bei Angebot und Werbung für zweckwidrige Wohnraumnutzungen, z. B. für die kurzfristige Vermietung von Wohnraum als Ferienwohnung ohne Genehmigung, handelt es sich um rechtswidrige Handlungen und damit um Ordnungswidrigkeiten im Sinne des § 7 Abs. 2 ZwVbG. Die Entfernungspflicht der Diensteanbieter soll vor allem der Entwicklung Rechnung tragen, dass Ferienwohnungen hauptsächlich über das Internet angeboten werden.⁴⁸

In diesem Zusammenhang stellt sich wie schon bei der Auskunftspflicht der Diensteanbieter aus § 5 Abs. 2 ZwVbG die Frage, ob die Entfernungspflicht aus § 7 Abs. 3 ZwVbG auch gegenüber Diensteanbietern von Telemedien, die in einem anderen Mitgliedsstaat der EU ansässig sind, geltend gemacht werden kann. Vorliegend ist das Herkunftslandprinzip in § 3 Abs. 2 TMG gemäß § 3 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 TMG eingeschränkt. Diese Einzelfallausnahme erlaubt zum Schutz der dort genannten öffentlichen Interessen, beschränkende Maßnahmen zu ergreifen, wenn dies verhältnismäßig ist.⁴⁹ Das ZwVbG soll geschützten Wohnraum erhalten und die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum zu angemessenen Bedingungen sicherstellen.⁵⁰ Dieses Ziel ist mit verfassungsrechtlichem Auftrag in Art. 28 Abs. 1 VvB unterlegt, wonach das Land Berlin die Schaffung und Erhaltung von angemessenem Wohnraum fördert. Darüber hinaus ist laut Feststellung des Senats die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen in Berlin besonders gefährdet (§ 1 Abs. 2 S. 1 ZwVbG in § 1 Abs. 1 ZwVbVO). In diesen Fällen dient ein Verbot der Zweckentfremdung generalpräventiven Zwecken.⁵¹ Folglich dient auch die Entfernungspflicht in § 7 Abs. 3 ZwVbG dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor Gefahren und Beeinträchtigungen im Sinne des § 3 Abs. 5 TMG. Im Ergebnis betrifft die Entfernungspflicht aus § 7 Abs. 3 ZwVbG daher auch Dienste-

⁴⁸ Vgl. Gesetzesbegründung in Abghs. Drs. 17/2712 v. 09.02.2016.

⁴⁹ Nordmeier, in: Spindler/Schuster, a.a.O., TMG § 3 Rn 22.

⁵⁰ Vgl. Gesetzesbegründung in Abghs. Drs. 17/1057 v. 11.06.2013 und in Abghs. Drs. 17/2712 v. 09.02.2016; VG Berlin 09.08.2016, 6 K 91.16 = Juris Rn 37 m.w.N.

⁵¹ Vgl. Entwurf zur Novelle des ZwVbG, Abghs. Drs. 18/0815, 13.02.2018, S. 13 mit Verweis auf OVG Hamburg 06.02.2014, 4 Bs 158/14 = BeckRS 2015, 56098 (vgl. Rn 11.).

anbieter, die in einem anderen Mitgliedsstaat der EU niedergelassen sind.⁵² Zu beachten ist, dass es bei der Anwendung der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Vorschrift im Sinne des § 3 Abs. 5 TMG auf die Angemessenheit der Maßnahme im Einzelfall ankommt.⁵³

In diesem Zusammenhang wird ferner auf die oben dargestellten praktischen Probleme bei der Durchsetzung des Anspruchs gegenüber den in einem anderen Mitgliedsstaat der EU niedergelassenen Diensteanbietern verwiesen.

2. Würde diese Möglichkeit grundsätzlich eröffnet werden, sobald in Berlin eine Regelung eingeführt würde, mit der eine Wohnung nur für eine bestimmte Anzahl von Tagen vermietet werden darf (diskutiert wird über 30 Tage pro Jahr als gesetzlich zulässige Gesamtdauer einer zwischenzeitigen Vermietung der Wohnung bzw. Teile der Wohnung)?

Inwieweit wäre eine solche Regelung rechtlich zulässig? Besteht für die Plattformbetreiber-Firmen eine Löschpflicht bei Angeboten, die nicht gesetzlich zulässig sind, da Vermieter die Gesamtdauer der gesetzlich zulässigen Vermietung einer Wohnung überschritten haben?

Die Entfernungspflicht der Diensteanbieter gemäß § 7 Abs. 3 ZwVbG setzt voraus, dass eine zweckfremde Verwendung von Wohnraum gemäß § 2 Abs. 1 ZwVbG angeboten oder beworben wird (§ 7 Abs. 2 ZwVbG). Eine zweckentfremde Verwendung liegt wie oben dargestellt beispielsweise vor, wenn Wohnraum zum Zwecke der wiederholten nach Tagen oder Wochen bemessenen Vermietung als Ferienwohnung verwendet wird (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ZwVbG). Nach dem derzeit geltenden Wortlaut der Norm ist ein nach Tagen bemessenes, genehmigungsfreies zeitliches Kontingent in den Fällen der Zweckentfremdung nicht vorgesehen. Vielmehr ist bereits jede wiederholte und somit mehr als nur einmalige,⁵⁴ nach Tagen oder Wochen bemessene entgeltliche Überlassung von Wohnraum ohne Genehmigung

⁵² Die Löschpflicht aus § 7 Abs. 3 ZwVbG betrifft auch die Plattformbetreiber der „Sharing Economy“ unabhängig vom Sitzland (§ 3 Abs. 5 TMG): Windoffer: Wider die Zweckentfremdung – Ordnungsrechtliche Grenzen der „Sharing Economy“ bei kurzfristigen Vermietungen, LKV 2016, 337.

⁵³ Weller, in: BeckOK a.a.O. TMG § 3 Rn 32; Spindler/Schuster, a.a.O., TMG § 3 Rn 22; jeweils mit Verweis auf KOM (2003) 259 endg. v. 14.05.03 sub. 2.1.2. (Finanzdienstleistungen); Hingegen ist laut BReg die Angemessenheit bei Tatbeständen des deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht pauschal gegeben: Begr. EGG, BT-Drs. 14/6098 S. 20.

⁵⁴ Vgl. 1. Änderung AV-ZwVb, 04.08.2016, a.a.O., Ziffer 7.1.: „Einmalig bedeutet ein (einziges) Mal“.

rechtswidrig.⁵⁵ Auch das VG Berlin hat in seinen Entscheidungen vom 09.08.2016 bestätigt, dass insbesondere der Befreiungstatbestand des § 2 Abs. 2 Nr. 5 ZwVbG, der auf teilgewerbliche und räumliche Mitbenutzung abstellt, auf eine zeitliche Mitbenutzung nicht entsprechend anwendbar ist.⁵⁶ Daher ist auch bei kurzzeitiger Vermietung eine Genehmigung erforderlich und eine Zweckentfremdung ohne Genehmigung rechtswidrig, auch wenn das Ermessen der Behörde bei der Erteilung der Genehmigung nach VG Berlin im Einzelfall auf Null reduziert sein kann, wenn die Wohnraumversorgung nicht gefährdet wird.⁵⁷ Somit erstreckt sich auch die Entfernungspflicht der Diensteanbieter nach dem Wortlaut der geltenden Vorschriften auf alle Angebote und Werbung von Ferienwohnungen, die mehr als nur ein einziges Mal in den Fällen der Zweckentfremdung ohne Genehmigung, auch für einen Zeitraum von weniger als den in der Frage angeführten 30 Tagen, vermietet werden sollen.

Die Einführung eines genehmigungsfreien zeitlichen Kontingents von bis zu 60 Tagen im Jahr, wie derzeit im Entwurf zur Novelle des ZwVbG vorgesehen, würde hingegen die bereits in § 7 Abs. 3 ZwVbG bestehende Entfernungspflicht für die vom Kontingent erfassten Angebote und Werbung nicht erweitern, sondern einschränken. Denn die Entfernungspflicht setzt gemäß § 7 Abs. 2 und 3 ZwVbG eine ordnungswidrige Handlung in dem Sinne voraus, dass eine zweckfremde Verwendung von Wohnraum ohne die erforderliche Genehmigung angeboten bzw. beworben wird. Wenn eine zweckfremde Verwendung von Wohnraum bis zu einer gewissen zeitlichen Grenze jedoch genehmigungsfrei wäre, würden in diesem Fall die Ordnungswidrigkeit und damit auch die Entfernungspflicht entfallen.

⁵⁵ Zu beachten ist, dass nach bislang geltender Rechtslage in §§ 3 Abs. 4 S. 3, 9 S. 2 ZwVbG i.V.m. § 6 ZwVbVO eine Genehmigungsfiktion ab 01.05.2018 vorgesehen ist, die spätestens 14 Wochen nach Vorlage aller notwendigen Unterlagen greift. Die Aufhebung der Regelungen zur Genehmigungsfiktion wird derzeit im Rahmen der Novellierung des ZwVbG behandelt (vgl. Abghs. Drs. 18/0815, 13.02.2018, S. 16).

⁵⁶ Z. B. VG Berlin 09.08.2016 - VG 6 K 153.16 = BeckRS 2016, 50830.

⁵⁷ VG Berlin 09.08.2016 - VG 6 K 153.16, a.a.O.

III. Ergebnis

Frage 1:

Inwieweit und auf welcher Rechtsgrundlage können Internetplattform-Firmen („Airbnb“, „Wimdu“ u.a.) verpflichtet werden, alle Angaben zum Vermieter und der vermieteten Wohnung den Behörden des Landes Berlin (Hauptverwaltung und Bezirksämter) mitzuteilen, damit diese die rechtmäßige Vermietung nach Zweckentfremdungsverbot-Gesetz kontrollieren können? Lässt sich die in Amsterdam eingeführte Meldepflicht in Berlin umsetzen oder welche gesetzlichen oder untergesetzlichen Änderungen wären hierfür erforderlich?

Die Regelung in § 5 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2 des Zweckentfremdungsverbot-Gesetzes Berlin (ZwVbG) bildet die Rechtsgrundlage für die Berliner Bezirksämter, um von den Betreibern von Interplattformen die erforderlichen Angaben zu den Vermieterinnen und Vermietern sowie zu dem in Rede stehenden Wohnraum zu verlangen. Der Auskunftsanspruch kann sowohl gegen im Inland ansässige Diensteanbieter als auch gegen Diensteanbieter mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU geltend gemacht werden. Die Auskunftspflicht setzt voraus, dass die Datenerhebung bei den Verfügungsberechtigten des befangenen Wohnraums im Einzelfall nicht möglich ist oder einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde (§ 5 Absatz 2 Satz ZwVbG). Nach der Rechtsprechung des VG Berlin ist dies bei Ferienwohnungsangeboten auf einer Onlineplattform der Fall, wenn die Angebote derart anonymisiert sind, dass weder die Identität des Vermieters bzw. des Eigentümers noch die genaue Anschrift der Wohnung erkennbar sind. Dadurch ist auch eine im Einzelfall nach § 5 Abs. 3 ZwVbG zulässige Abfrage bei öffentlichen Registern, etwa beim Bürgeramt oder Grundbuchamt, nicht möglich. Es ist zudem mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden, wenn sich eine Dienstkraft des Bezirksamtes als potentieller Gast auf der Online-Plattform anmelden und die befangenen Wohnungen nur zum Schein anmieten würde.

Aus der Presseberichterstattung lässt sich entnehmen, dass in Amsterdam u.a. eine Meldepflicht eingeführt werden soll, wonach Privatleute, die ihre Wohnung bei Airbnb oder einem ähnlichen Dient anbieten, diese vorab bei der Kommune melden müssten. Ein Verstoß gegen die Meldepflicht könne mit einer „Geldstrafe“ von 20.500 € belegt werden. Der Senat von Berlin hat auf Grundlage des § 1 Abs. 2 S. 1 ZwVbG in § 1 Abs. 1 ZwVbVO mit Wirkung vom 01.05.2014 festgestellt, dass die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen im gesamten Stadtgebiet Berlins besonders gefährdet ist. Deshalb darf Wohnraum im Land Berlin oder in einzelnen Bezirken nur mit Genehmigung des zuständigen Bezirksamtes zweckentfremdet werden (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 ZwVbG). Die Zweckentfremdung von Wohnraum und das Anbieten der zweckfremden Verwendung von Wohnraum ohne die erforderliche Genehmigung stellen Ordnungswidrig-

keiten dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 100.000 € belegt werden können (§ 7 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 4 ZwVbG).

Soweit ein Vergleich mit dem niederländischen Recht möglich ist, dürfte der relevante Unterschied darin bestehen, dass nach der bislang geltenden Rechtslage in Berlin in den gesetzlich geregelten Fällen der Zweckentfremdung von Wohnraum ein grundsätzliches repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt besteht und nicht lediglich eine Anzeigepflicht.

Für eine Lockerung des generellen Genehmigungsvorbehalts und Einführung einer Anzeigepflicht im Falle der Zweckentfremdung in Form der Vermietung für einen begrenzten Zeitraum insbesondere als Ferienwohnung über eine Online-Plattform wäre eine Änderung des ZwVbG erforderlich.

Frage 2: siehe Teil II des Gutachtens

Frage 3:

Auf welcher Rechtsgrundlage könnten die Internetplattform-Firmen von den Berliner Behörden rechtlich dazu verpflichtet werden, Angebote von ihrer Plattform löschen zu müssen? Würde diese Möglichkeit grundsätzlich eröffnet werden, sobald in Berlin eine Regelung eingeführt würde, mit der eine Wohnung nur für eine bestimmte Anzahl von Tagen vermietet werden darf (diskutiert wird über 30 Tage pro Jahr als gesetzlich zulässige Gesamtdauer einer zwischenzeitigen Vermietung der Wohnung bzw. Teile der Wohnung)? Inwieweit wäre eine solche Regelung rechtlich zulässig? Besteht für die Plattformbetreiber-Firmen eine Löschoflicht bei Angeboten, die nicht gesetzlich zulässig sind, da Vermieter die Gesamtdauer der gesetzlich zulässigen Vermietung einer Wohnung überschritten haben?

Auf Grundlage des § 7 Abs. 3 ZwVbG kann die zuständige Behörde von den Internetplattformen verlangen, Angebote und Werbung, die nach § 7 Abs. 2 ZwVbG ordnungswidrig sind, unverzüglich von deren Internetseiten zu entfernen. Denn bei Angebot und Werbung für zweckwidrige Wohnraumnutzungen, wie z. B. für die kurzfristige Vermietung von Wohnraum als Ferienwohnung ohne Genehmigung, handelt es sich um rechtswidrige Handlungen und damit um Ordnungswidrigkeiten im Sinne des § 7 Abs. 2 ZwVbG. Die Entfernungspflicht aus § 7 Abs. 3 ZwVbG trifft sowohl Diensteanbieter, die im Inland ansässig sind, als auch Diensteanbieter, die in einem anderen Mitgliedsstaat der EU niedergelassen sind.

Die Entfernungspflicht der Diensteanbieter gemäß § 7 Abs. 3 ZwVbG setzt voraus, dass eine zweckfremde Verwendung von Wohnraum gemäß § 2 Abs. 1 ZwVbG angeboten oder beworben wird (§ 7 Abs. 2 ZwVbG). Eine zweckentfremde Verwendung liegt beispielsweise

vor, wenn Wohnraum zum Zwecke der wiederholten, nach Tagen oder Wochen bemessenen Vermietung als Ferienwohnung verwendet wird (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ZwVbG). Nach dem derzeit geltenden Wortlaut der Norm ist ein nach Tagen bemessenes, genehmigungsfreies zeitliches Kontingent in den Fällen der Zweckentfremdung nicht vorgesehen. Vielmehr ist bereits jede wiederholte und somit mehr als nur einmalige, nach Tagen oder Wochen bemessene entgeltliche Überlassung von Wohnraum ohne Genehmigung rechtswidrig. Auch das VG Berlin hat bestätigt, dass insbesondere der Befreiungstatbestand des § 2 Abs. 2 Nr. 5 ZwVbG, der auf teilgewerbliche und räumliche Mitbenutzung abstellt, auf eine zeitliche Mitbenutzung nicht entsprechend anwendbar ist. Daher ist auch bei kurzzeitiger Vermietung eine Genehmigung erforderlich und eine Zweckentfremdung ohne Genehmigung rechtswidrig, auch wenn das Ermessen der Behörde bei der Erteilung der Genehmigung im Einzelfall auf Null reduziert sein kann, wenn die Wohnraumversorgung nicht gefährdet wird. Somit erstreckt sich auch die Entfernungspflicht der Onlineplattformen nach dem Wortlaut der geltenden Vorschriften auf alle Angebote und Werbung von Ferienwohnungen, die mehr als nur ein einziges Mal in den Fällen der Zweckentfremdung ohne Genehmigung, auch für einen Zeitraum von weniger als den in der Frage angeführten 30 Tagen, vermietet werden sollen.

Die Einführung eines genehmigungsfreien zeitlichen Kontingents von bis zu 60 Tagen im Jahr, wie derzeit im Entwurf zur Novelle des ZwVbG vorgesehen, würde hingegen die bereits in § 7 Abs. 3 ZwVbG bestehende Entfernungspflicht für die vom Kontingent erfassten Angebote und Werbung nicht erweitern, sondern einschränken. Denn die Entfernungspflicht setzt gemäß § 7 Abs. 2 und 3 ZwVbG eine ordnungswidrige Handlung in dem Sinne voraus, dass eine zweckfremde Verwendung von Wohnraum ohne die erforderliche Genehmigung angeboten bzw. beworben wird. Wenn eine zweckfremde Verwendung von Wohnraum bis zu einer gewissen zeitlichen Grenze jedoch genehmigungsfrei wäre, würde in diesem Fall die Ordnungswidrigkeit und damit auch die Entfernungspflicht entfallen.

Frage 4 bis 7: siehe Teil II des Gutachtens

Baasch

Webert