Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Prof. Dr. Christian Calliess,* Berlin – *Dr. Josef Christ,* Vizepräsident des BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Dr. Frank Fellenberg,* Rechtsanwalt, Berlin – *Dr. Andreas Heusch,* Präsident des VG, Düsseldorf – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,* Münster – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Dr. Thomas Schröer,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Prof. Dr. Rudolf Streinz,* München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

12 2020
Seite 1–9
39. Jahrgang
15. Juni 2020

Assessor Peter Weber*

Die Internetplattform Airbnb und ihre europäischen Niederlassungen – Eine Betrachtung unter ordnungsrechtlichen Aspekten

Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des VG Berlin

Der Beitrag geht am Beispiel Airbnb bestimmten ordnungsrechtlichen Aspekten von Diensten der Informationsgesellschaft nach und möchte ernste Zweifel an der vermeintlichen Verankerung des so genannten Herkunftslandprinzips weit verbreiteter Lesart im Recht der Telemediendienste anmelden. Können der telemedienrechtliche Niederlassungsbegriff und die Rechtslage für grenzüberschreitend erbrachte Telemedien wirklich schon als geklärt bezeichnet werden?

I. Einleitung

Eine in Zusammenhang mit dem Geschäft globaler Telemedienanbieter wie Facebook oder Airbnb in der öffentlichen Berichterstattung häufig gehörte Floskel ist die von den „Servern in Irland". Da der Standort der „technischen Einrichtung" allein keine Niederlassung des Anbieters begründen soll,[1] könnte die Rede von „den Servern in Irland" auf nach wie vor nicht abschließend beantwortete Grundfragen des Telemedienrechts hindeuten. Die „Server in Irland" stehen sinnbildlich für die auf irisches Recht und irische Staatshoheit gestützte Verteidigung eines globalen Plattformgeschäfts gegenüber ordnungsrechtlichen Zugriffsversuchen lokaler Behörden, ob aus Deutschland oder anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Ermutigt von einer Entscheidung des *VG München* von Dezember 2018[2] bemühen sich aktuell seit April 2019 die Berliner Bezirke Charlottenburg-Wilmersdorf, Friedrichshain-Kreuzberg, Pankow und Tempelhof-Schöneberg mit Unterstützung der *SenVerwfSEuW Berlin* um Auskunft bei Airbnb in Dublin.[3] Ob die Server von Airbnb ausschließlich in Irland stehen, ob und welche Daten dort gespeichert werden, oder nicht auch woanders innerhalb oder außerhalb der EU, wissen Öffentlichkeit, Behörden, Gerichte nicht. Zumindest Zweifel wären angebracht. Airbnb verrät es nicht und beruft sich in dem Zusammenhang wohlweislich auch nie allein auf seine irischen Server, sondern vielmehr auf seine hunderten Mitarbeiter in Dublin, deren geschäftliche Aktivitäten, den dortigen Verwaltungsapparat. Die irische Niederlassung ist, wenn man so will, tatsächlich eine europäische Hauptniederlassung. Die interessante Rechtsfrage ist aber, ob einzig die irische Niederlassung Adressatin ordnungsrechtlicher Maßnahmen deutscher Behörden sein kann. Begründen ließe sich diese Exklusivitätsthese (nur) mit dem so genannten Herkunftslandprinzip, dessen vermeintliche Verankerung im Recht der Telemediendienste allerdings zweifelhaft geblieben ist. Der von den Plattformen erwartungsgemäß stets erhobene Einwand des so genannten Herkunftslandprinzips wirft grundlegende Fragen der richtigen Auslegung des europäischen und nationalen Telemedienrechts auf, die nachstehend anhand der Entscheidung des *VG Berlin* in Sachen Airbnb von März 2018[4] näher erörtert werden sollen.

II. Lokale Zuständigkeit

Wird – was massenhaft vorkommt[5] – eine Wohnung bspw. in Berlin Prenzlauer Berg für so-und-so-viel Euro pro Nacht

* Der Autor ist Assessor im Wohnungsamt beim Bezirksamt Pankow von Berlin und war als solcher mit der Prozessführung in der nachstehend besprochenen, inzwischen in der Berufungsinstanz anhängigen Entscheidung des *VG Berlin* vom März 2018 befasst (6 K 676/17 und vorgängig 6 L 162/17). Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

1 Art. 2 c E-Commerce-RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und Rates v. 8.6.2000 ABlEG L 178 (ECRL) sowie § 2 Nr. 2 Hs. 2 Telemediengesetz v. 26.2.2007, BGBl. I 2007, 179, zuletzt geändert 17.7.2015, BGBl. I 2015, 1324 (TMG).

2 *VG München*, Urt. v. 12.12.2018 – M 9 K 4553/18, BeckRS 2018, 32756.

3 Pressemitteilung der Senatsverwaltung v. 17.4.2019 https://www.stadtentwicklung.berlin.de/aktuell/pressebox/archiv_volltext.shtml?arch_1904/nachricht6719.html.

4 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 und vorgängig ZD 2017, 494 = BeckRS 2017, 118257.

5 Zum je nachdem maßvollen oder missbräuchlichen Anbieten eigenen Wohnraums auf Sharing-Plattformen s. Beitrag des *Verf.*, NVwZ 2019, 761.

(„gesamte Unterkunft“ ohne Hinweis auf das Vorliegen einer Genehmigung) im Internet über die Plattform Airbnb für eine Nutzung zu Fremdenverkehrszwecken unter Pseudonym angeboten, ergibt sich aus der Belegenheit des (mutmaßlichen) Wohnraums die örtliche Zuständigkeit des Bezirksamts Pankow von Berlin[6] sowie nach Berliner Wohnraumschutzrecht eine Auskunftspflicht „des“ Telemediendiensteanbieters im Einzelfall.[7] Erwähnenswert sind an der Stelle einschlägige Kooperationsangebote der amerikanischen Konzernmutter der namensgebenden Plattform.[8] Festzuhalten ist auch, dass es sich bei der Auskunftserteilung um keine private Kulanzsache, sondern eine öffentliche Aufgabe und Indienstnahme handelt, und dass die amerikanische Konzernmutter hierbei die ihr zukommende beherrschende Stellung innehat (dazu weiter nachstehend XIX).

III. Erforderlichkeit der Auskunft

An den hinreichenden Anlass von Auskunftsersuchen sind nach einschlägiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte wegen des Geschäftsablaufs der Plattform geringe Anforderungen zu stellen. Die von der namensgebenden Plattform gebotene Möglichkeit anonymer Inserate und Buchungen mache diese besonders anfällig für Geschäfte mit Wohnraum für Nichtwohnzwecke.[9] Die Voraussetzung gegenüber dem oder den Gastgebern nachrangiger Inanspruchnahme ist für gewöhnlich erfüllt. Bei anonymen Inseraten von Unterkünften auf Onlineportalen, aus denen sich weder die genaue Anschrift der Wohnung noch die Identität der Gastgeber ersehen lassen, können die Daten in der Regel effektiv nur beim Diensteanbieter erhoben werden.[10] Bleibt die Frage, welche Niederlassung Adressatin ordnungsrechtlicher Maßnahmen deutscher Behörden sein kann. Die deutsche, die irische, beide?

IV. Datenschutzrechtliche Unbedenklichkeit einzelfallbezogener Auskunftsersuchen, die Entscheidung des VGH München

Das nach Berliner Recht vorgehende Bezirksamt nimmt explizit Gefahrenabwehraufgaben wahr.[11] Schutzwürdige Belange betroffener Gastgeber und Gäste stehen der Datenerhebung nicht entgegen.[12] § 5 II ZwVbG stellt in einzelfallbezogener Anwendung nicht gezielt und speziell auf die Regelung von Telemediendiensten ab,[13] sondern wirkt sich lediglich unter dem Gesichtspunkt des Zweckentfremdungsrechts allgemein und indirekt im Sinne eines bloßen Nebeneffekts auf diese aus.[14] Das Maß dieser Auswirkung reiche – so der *VGH München* – nicht über dasjenige hinaus, welches bereits unmittelbar in der Existenz der datenschutzrechtlichen Öffnungsklausel des § 14 II TMG selbst angelegt ist, die ihrerseits wiederum unmittelbar auf Art. 15 II der ECRL beruht.[15] Die im Münchener Fall angegangene irische Niederlassung könne sich daher nicht auf die Beachtung irischen Datenschutzrechts berufen oder geltend machen, ausschließlich an dessen Regelungen gemessen werden zu dürfen.[16] Selbst wenn der Diensteanbieter seinen Sitz nicht innerhalb der Europäischen Union, sondern in einem Drittstaat hätte (dazu weiter unten XIX), kämen aufgrund des mit der DS-GVO 2016 eingeführten *Marktortprinzips* (Art. 3 II DS-GVO) deren Regelungen zum Tragen.[17] Es könne, so der *VGH München*, daher keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass für eine auf die DS-GVO gestützte Datenverarbeitung das nationale Recht der Bundesrepublik Deutschland, und nicht (allein) das der Republik Irland gilt (Art. 6 II, III Unterabs. 1 Buchst. b DS-GVO), weil (auch) die irische Niederlassung aufgrund ihres Auftretens als Diensteanbieter am Marktort München (wie auch Berlin) den hiesigen rechtlichen Verpflichtungen unterliege,[18] auch wenn die Auskunftserteilung selbst letztlich durch Kräfte und Mittel außerhalb des Empfangsmitgliedstaats bewirkt wird und die jeweilige Niederlassung damit zugleich auch an das nationale Recht dieses Mitgliedsstaates gebunden ist, in dem sie die ihr auferlegte *öffentliche* Aufgabe der Auskunftserteilung ausübt und wahrnimmt.[19] Die Beschränkung auf den Einzelfall gewährleiste, dass den Anforderungen der DS-GVO genügt wird und Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.[20]

V. Diensteanbieterschaft und Auskunftspflicht

Nach Auffassung des *VG Berlin* soll der seit Dezember 2016 in Berlin versuchten Inanspruchnahme der *deutschen* Niederlassung das so genannte Herkunftslandprinzip entgegenstehen. Statt dessen seien Diensteanbieterschaft und Auskunftspflicht der *irischen* Niederlassung zu bejahen.[21] Die in jenem Verwaltungsrechtsstreit vom BA Pankow vertretene Auffassung stimmt im Kern mit der des *VGH München* überein. Danach wären im Konzernverbund sowohl die irische als auch die deutsche Niederlassung auskunftspflichtig. Ob TMG und ECRL, wie vom *VG Berlin* seinerzeit angenommen, ein Begriff exklusiver Funktionsherrschaft mit in Folge dessen Konzentration auf eine einzige Niederlassung

6 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 25.

7 § 5 II 3 Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum v. 29.11.2013 GVBl. 2013, 626, zuletzt geändert 9.4.2018 GVBl. 2018, 211 (ZwVbG).

8 „Wir arbeiten inzwischen mit mehr als 500 Städten intensiv zusammen und wollen das auch gern mit Berlin“, sagte *Chris Lehane*, Global Head of Public Affairs and Public Policy bei Airbnb, im Gespräch mit dem Tagesspiegel. Da eine solche Kooperation bislang nicht zustande kam, sei er kurzfristig noch einmal in die Hauptstadt geflogen, um *Sebastian Scheel* Staatssekretär für Wohnen, zu treffen. „Wir bieten unsere technische Hilfe an, um den Berliner Gastgebern zu ermöglichen, die Genehmigung und Registrierungsnummer digital und in Echtzeit zu erhalten“, sagte *Lehane*. „Für eine kurzfristige Umsetzung würden wir auch Programmierer nach Berlin holen.“ https://www.tagesspiegel.de/berlin/ferienwohnungen-in-berlin-airbnb-will-mit-berliner-senat-kooperieren/22787590.html.

9 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 30; *VG München*, Urt. v. 12.12.2018 – M 9 K 18.4553, BeckRS 2018, 32756 Rn. 32; *VG Freiburg*, ZD 2017, 590 = BeckRS 2017, 112162 Rn. 47.

10 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 32.

11 §§ 1 I 1, 2 I, II u. IV, 4 I 1 Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin idF v. 11.10.2006 GVBl. 2006, 930 (ASOG) iVm Nr. 15 VI ZustKat Ord ASOG.

12 § 5 II ZwVbG, § 12 II TMG; *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 33; *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 73 ff.

13 Keine wesentliche Verfahrensvorschrift im Sinne von *EuGH*, EU-UStB 2020, 2 Rn. 94.

14 So *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 72, für bayerisches und Münchener Recht.

15 Auch ein Verstoß gegen Art. 5 I der RL 2015/1535 des Europäischen Parlaments und Rates v. 9.9.2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (NotifizierungsRL) liege in Folge dessen nicht inmitten, so *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 72.

16 *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 73 mwN.

17 VO 2016/679 des Europäischen Parlaments und Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr ABlEG L119/1 (DS-GVO).

18 S. für München *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 73 mwN.

19 *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 73 mwN.

20 *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 74 unter Verweis auf *BVerfG*.

21 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013, Berufung vom *VG* zugelassen und seit April 2018 anhängig beim *OVG Berlin-Brandenburg* (5 B 9/18).

zugrunde liegt, oder ob diese Exklusivitätsthese mit Rücksicht auf das vom *EuGH* zum Niederlassungsbegriff entwickelte Anknüpfungskriterium der effektiven und tatsächlichen Ausübung einer dem Dienst förderlichen Tätigkeit unhaltbar ist, soll nachstehend weiter erörtert werden. Die richtige Auslegung des europäischen und nationalen Telemedienrechts beschäftigt derzeit jedenfalls soweit ersichtlich sowohl den *VGH München* wie auch das *OVG Berlin-Brandenburg*. Ein in zwei Teilen vorliegendes Rechtsgutachten des *Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes des Abgeordnetenhauses Berlin* zu Rechtsfragen in Zusammenhang mit der tage- und wochenweisen Vermietung von Wohnraum über Internetplattformen vom 28.2./13.4.2018[22] verneint die Möglichkeit der Inanspruchnahme der deutschen Niederlassung, will aber gleichzeitig davon ausgehen, dass es sich bei § 5 II ZwVbG nicht nur um die nach §§ 12 II, 14, 15 TMG erforderliche gesetzliche Erlaubnis zur Erteilung von Auskünften an das BA handelt, sondern dass das so genannte Herkunftslandprinzip einem Auskunftsverlangen von vornherein nicht entgegenstehe, weil der Auskunftsanspruch des § 5 II ZwVbG unter die Ausnahmebestimmung des § 3 III Nr. 4 TMG falle,[23] was wiederum zur seinerzeitigen Begründung des *VG Berlin* in Widerspruch steht. Die Auffassungen von *VGH München* und Wissenschaftlichem Parlamentsdienst unterscheiden sich damit auch im Ergebnis. Während für den *VGH München* die Inanspruchnahme der deutschen Niederlassung in Betracht kommt, soll dies nach Auffassung des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes ausgeschlossen sein. Während nach *VGH München* das Marktortprinzip zum Tragen kommt, soll dies nach Wissenschaftlichem Parlamentsdienst nicht der Fall sein. Die vom BA Pankow vertretene Auffassung stimmt mit der des *VGH München* im Kern überein und beruht auf den nachstehenden Erwägungen.

VI. Die namensgebende Plattform

Augenscheinlich unzutreffend ist zunächst die gegen die Feststellung einer geografischen Gliederung der Inhalte der Plattform gerichtete Behauptung, dass sich deren Angebot an Unterkünften weltweit nicht unterscheide, weltweit identisch sei. Bei diesem Angebot an Unterkünften handelt es sich bis auf hier nicht interessierende Ausnahmen um eine Vielzahl von Immobilien, welche allein schon aufgrund ihrer individuellen Lage niemals vollkommen identisch sein können. Werbebotschaft der Plattform ist dementsprechend auch die Aufforderung „einzigartige“ Unterkünfte in aller Welt zu entdecken. Wie bei allen anderen Plattformen dieser Art setzt „das Angebot“ sich tatsächlich aus einer Vielzahl von Teilangeboten zusammen. Weltweite Verfügbarkeit dieses „Angebots“ bedeutet tatsächlich aber weder weltweite Identität, noch „weltweite“ Verfügbarkeit, da jede einzelne von der Plattform aufgelistete Unterkunft ihren unverrückbaren individuellen Platz auf der Erdoberfläche behält, den es virtuell wie physisch aufzusuchen gilt (Belegenheit, Liegenschaft). Das Geschäft des Internetkonzerns bleibt bei aller Virtualität letztlich dinglich, erdverbunden. Dass sich insoweit das Ganze in seine Teile, der Gesamtinhalt der namensgebenden Plattform nach Kontinenten, Ländern, Städten, Straßen, Häusern, Stockwerken, bis hinunter zu einzelnen Zimmern gliedern lässt, und so eine geografische Gliederung der Gliederung des Internettauftritts entspricht, ist offenkundig und kann nicht ernsthaft bestritten werden. Hieraus ergeben sich zwanglos ein bspw. für die deutsche Niederlassung entsprechend deren Handelsregistereintrag[24] abgrenzbares „bestimmtes Telemedienangebot“, von dem § 2 a I 2 TMG im Hinblick auf „die Tätigkeiten“ handelt (zu den „Tätigkeiten“ nachstehend näher unter XII und XVII), sowie örtliche Zuständigkeiten der einzelnen Niederlassungen im Konzernverbund. Um nicht zu falschen Schlussfolgerungen zu gelangen, ist es unerlässlich, Einheit nicht mit Gesamtheit und Identität nicht mit Ubiquität (virtueller Allgegenwart) zu verwechseln.

VII. Konzernunternehmen und Konzerninteresse

Zugrunde zu legen ist für die namensgebende Plattform ein Gesamtkonzept planvollen unternehmerischen Konzernhandelns. Der Konzern verfolgt ein Gesamtkonzept zur gemeinsamen Gewinnerwirtschaftung, welchem er, der Konzernverbund, zu dienen bestimmt ist. Schlüsselbegriff zum richtigen Verständnis des Konzerngeschäfts sind die „Geschäftsentwicklungsleistungen“ der einzelnen Konzernniederlassungen.[25] Geschäftsentwicklungsleistungen bedeutet jegliches Tätigwerden der regionalen Niederlassungen zwecks Steigerung von Quantität, Qualität und Vielfalt des gelisteten Angebots, Gewinnung neuer „hochwertiger“ Unterkünfte und Gastgeber für bekannte „Schlüssel-Reiseziele“ im Niederlassungsgebiet.[26] Es kann im Tatsächlichen nicht angenommen werden, dass das Ergebnis solcher Werbeanstrengungen nicht bestimmungsgemäßen Eingang in das Angebot der namensgebenden Plattform finden soll. Im Rechtlichen handelt es sich bei diesen Werbeanstrengungen um die „Geschäftstätigkeit“ bzw. die „Tätigkeiten“ von denen in der Rechtsprechung des *EuGH* zum Niederlassungsbegriff, und dementsprechend auch in § 2 a I TMG die Rede ist. Tätigkeiten mit denen das Konzerngeschäft bestimmungsgemäß gefördert wird, indem Gastgeber und Unterkünfte für die namensgebende Plattform gewonnen, also Gastgeberdaten und Unterkunftsdaten beschafft und der Plattform zugeliefert werden. Erfüllt wird damit das vom *EuGH* zum Niederlassungsbegriff entwickelte Anknüpfungskriterium der effektiven und tatsächlichen Ausübung einer dem Dienst förderlichen Tätigkeit (dazu weiter nachstehend unter XVII). Die namensgebende Plattform ist am Anfang wie ein leeres „schwarzes Brett“, das im Wesentlichen erst durch die Nutzer mit Inhalten gefüllt wird. Die Plattform ist virtueller Marktplatz. Um seine Wachstumsziele zu erreichen muss der Konzern stetige Werbeanstrengungen unternehmen. Dieses Werbegeschäft, wie es die regionalen Niederlassungen ausüben, ist das wesentliche Kerngeschäft des Konzerns, und zwar in tatsächlicher wie normativer Hinsicht. Serverstandorte, Datentechnik, Datenspeicherung spielen *rechtlich* keine Rolle (§ 2 Nr. 2 Hs. 2 TMG), ebenso nicht die privatrechtliche Gestaltung der Kundenbeziehungen (nachstehend VIII.). Für den unvoreingenommenen Betrachter ist ganz offensichtlich, dass die Verweigerung konkreter Auskünfte gegenüber lokalen Behörden im gemeinsamen Konzerninteresse gewollt ist und erfolgt, ganz gleich ob dies Auskunftsverlangen des deutschen Fiskus, der französischen Justiz

22 https://www.parlament-berlin.de/C1257B55002B290D/vwContentByKey/W2AYD9KV058WEBSDE/$FILE/20180228-Auskunftsanspruch_Internetplattformen_Teil_I.pdf und https://www.parlament-berlin.de/C1257B55002B290D/vwContentByKey/W2AYD9PJ166WEBSDE/$FILE/20180423-Auskunftsanspruch_Wohnraum_Internetplattformen_Teil_II_2018_2.pdf.

23 Teil I, 6, 7.

24 *AG Berlin-Charlottenburg*, HRB 154165 B. Der Handelsregistereintrag lautet „Erbringung von Geschäftsentwicklungs- und Unterstützungsleistungen, um den Onlinemarkt von Airbnb entsprechend den jeweiligen Erfordernissen von Airbnb Irland für Kunden in Deutschland, dem deutschsprachigen Teil der Schweiz, Osteuropa, Griechenland, der Türkei und Israel sowie weiteren von Airbnb Irland zu bestimmenden Ländern zu fördern.“.

25 Etwa der deutschen Niederlassung laut Handelsregistereintrag.

26 Aus einer Stellenbeschreibung der Berliner Niederlassung von Dezember 2016.

oder von Berliner Bezirksämtern in Sachen Wohnraumschutz betrifft.

VIII. Impressum und Nutzungsbedingungen der Plattform

Seitens der Plattformen den Nutzern gegenüber gestellte Geschäftsbedingungen sind privatrechtlicher Natur. Sie sind weder Rechtsnormen, noch haben sie im Verwaltungsrechtsstreit relevante Aussagekraft. Vom *Generalanwalt beim EuGH* in Sachen Wirtschaftsakademie als vorrangige Erkenntnisquelle ausdrücklich zurückgewiesen,[27] hält der *EuGH* sie nachfolgend nicht einmal für erwähnenswert. Die deutsche Niederlassung wähnt sich dadurch sicher, dass der Konzern über seine privatrechtlichen Geschäftsbedingungen als Vertragspartner „für Nutzer in Deutschland" allein die irische Niederlassung bestimmt habe. Hier trifft es in der Tat zu, dass der Text der Nutzungsbedingungen, abgesehen von der jeweiligen landessprachlichen Fassung, weltweit einheitlich, nämlich so und nicht anders von der Konzernmutter vorgegeben ist. Die Mutter in USA hat bestimmt, dass deutsche Nutzer Vertragspartner der irischen Tochter werden sollen. Wenn etwas für die telemedien- und gefahrenabwehrrechtliche Beurteilung des Sachverhalts unerheblich ist, dann sind es jedoch diese Nutzungsbedingungen. Der seinerzeitige Schluss des *VG Berlin* von Impressum und Nutzungsbedingungen der namensgebenden Plattform auf eine ausschließliche Diensteanbieterschaft der irischen Niederlassung[28] überzeugt nicht. Die einseitig gesetzten Nutzungsbedingungen sind schon nicht Ergebnis eines Aushandlungsprozesses im Einzelfall.[29] Aus Sicht deutscher Nutzer handelt es sich „bestenfalls" um ein Diktat. Es trifft nicht zu, dass Nutzer der Plattform voraussetzen würden, dass der Dienst ausschließlich von Irland aus betrieben werde. Nutzer der Plattform aus Deutschland setzen allenfalls voraus und finden sich damit ab, dass sie vertraglich mit einer irischen Niederlassung verbunden sein, sich in Vertragsangelegenheiten ausschließlich nach Irland wenden sollen (Anlaufstelle).

IX. Kritik der Exklusivitätsthese des VG Berlin

Die beiden Entscheidungen des *VG Berlin* aus 2017 und 2018 in Sachen der deutschen Niederlassung sind von einem Begriff exklusiver Funktionsherrschaft getragen (These von deren Exklusivität und Unteilbarkeit, wie auch Unteilbarkeit des Telemediums). Bei näherer Betrachtung lassen sich damit jedoch weder die vom *VG* als nur einem einzigen Rechtsträger zukommend gedachte Funktionsherrschaft im globalen Konzernverbund erklären, noch wieso diese vom *VG* als zwischen mehreren Rechtsträgern unteilbar gedachte Funktionsherrschaft im Unionsmitgliedsstaatengebiet plötzlich ungeachtet der kaum übersehbaren, vom *VG* nicht nur nicht in Abrede gestellten, sondern festgestellten, aber dahingestellten Funktionsherrschaft der Mutter aus USA unberührt bleiben soll.[30] Wenn die vom *VG* für die irische Niederlassung angenommene Funktionsherrschaft von der Funktionsherrschaft der Mutter aus USA isoliert gedacht werden kann, spricht nichts dagegen, untergeordnete Funktionsherrschaft der deutschen Niederlassung für deren untergeordnetes Niederlassungsgebiet annehmen zu können, ja annehmen zu müssen. Das *VG* widerspricht sich selbst, wenn es „Funktionsherrschaft" zugleich als teilbar und doch nicht teilbar ansehen will, wenn es einerseits den gesamten Konzern,[31] andererseits ausschließlich die irische Niederlassung als Diensteanbieter ansehen will. Der Begriff „Funktionsherrschaft" ist weder ein gesetzlicher, noch, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung des *EuGH* oder der des *BVerwG* anerkannter oder sonst wie feststehender Rechtsbegriff. Wenn dann wäre es daher Sache des *EuGH*, zu klären, ob und wie sich der Begriff der „Funktionsherrschaft" zum Begriff des „Diensteanbieters" und dem seiner „Niederlassung(en)" verhält.

X. Die Instanzrechtsprechung zum Begriff der „Funktionsherrschaft"

Dass der telemedienrechtliche Niederlassungsbegriff in der Rechtsprechung des *EuGH* geklärt sei,[32] ist unzutreffend. Die von *VG Berlin* seinerzeit zur „Funktionsherrschaft" zitierte Rechtsprechung ist deutsche Instanzrechtsprechung, keine des *EuGH*. Nach ihr ist Telemediendiensteanbieter derjenige welcher über den Inhalt und das Bereithalten des Dienstes bestimmen kann.[33] Das ist auch derjenige welcher Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung des Internetangebots hat. Er muss nicht selbst Gestalter des Angebots sein. Es genügt die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme auf die inhaltliche Gestaltung des Internetangebots.[34] Die Rede ist auch von demjenigen dessen Angebot sich für einen objektiven Dritten als eigenständiger Auftritt des Anbieters darstellt[35] sowie vom „übergeordneten" Telemediendienst.[36] Was mit vorstehender Instanzrechtsprechung zum Begriff der – dort überwiegend so nicht bezeichneten – „Funktionsherrschaft" vorliegt, schließt eine Teilbarkeit des Telemediums in länderspezifische Telemedienangebote, die Teilbarkeit des Weltmarkts in regionale Marktgebiete, die Möglichkeit des Auftretens als Diensteanbieter am räumlich entfernten Marktort,[37] sowie die Annahme einer Funktionsherrschaft einer deutschen Niederlassung für deren Niederlassungsgebiet nicht aus, sondern im Gegenteil.[38] Einheit und Vielheit schließen sich insoweit nicht aus. Ubiquität des Telemediums und Subsidiarität sowohl seiner inhaltlichen Gestaltung(en), als auch seiner staatlichen Aufsicht(en), schließen sich nicht aus.[39]

XI. Lenkungs- und Leitungsfunktion als oberste Funktionsherrschaft

Facebook wie Airbnb sind nach allgemeiner und unbestrittener Auffassung globale Diensteanbieter als globale Konzerne. Jeweils mit im Drittstaat USA beheimateter Mutter sowie

27 *EuGH*, C-210/16 (Schlussantrag), ECLI:EU:C:2017:796 = BeckRS 2017, 129013 Rn. 60 – Wirtschaftsakademie.
28 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 52, 53, 63.
29 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2016, 1737 = ZD 2016, 393 Rn. 26 – Facebook, ebenso deutlich *EuGH*, C-210/16 (Schlussantrag), ECLI:EU:C:2017:796 = BeckRS 2017, 129013 Rn. 60 – Wirtschaftsakademie.
30 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 51.
31 *VG Berlin*, ZD 2017, 494 = BeckRS 2017, 118257 Rn. 49 „Internetunternehmen" mit Niederlassungen im Unionsgebiet, Rn. 50 „Plattformgeschäft des Konzerns"; *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 46 „weltweite Internetkonzerne".
32 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 44.
33 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 6.3.2007 – 6 U 115/06, BeckRS 2007, 04178; *OLG Düsseldorf*, GRUR-Prax 2013, 346 = GRUR-RR 2013, 433 = GRUR-RS 2013, 10877 = NJW-RR 2013, 1305; *LG Heidelberg*, Urt. v. 9.12.2015 – 12 O 21/15.
34 *VG Kassel*, Urt. v. 8.6.2017 – 1 K 573/13, BeckRS 2017, 116044; *VG Berlin*, Beschl. v. 20.2.2018 – 27 L 546/17, BeckRS 2018, 46763 Rn. 52.
35 *LG Heidelberg*, Urt. v. 9.12.2015 – 12 O 21/15.
36 *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2013, 1305.
37 *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 73.
38 S. nur *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2013, 1305; *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 333/19.
39 Stufenfolgen, Rangordnungen, vgl. *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2013, 1305; s. auch *EuGH*, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 = NVwZ 2018, 1386 = NJW 2018, 2537 Rn. 43 – Wirtschaftsakademie, unter Verweis auf Schlussantrag v. 24.10.2017, ECLI:EU:C:2017:796 = BeckRS 2017, 129013 Rn. 75: keine gleichrangige Verantwortlichkeit, sondern Beteiligung und Einbeziehung in verschiedenen Phasen und unterschiedlichem Ausmaß.

außerhalb des Mutterstaates USA beheimateten, jeweils mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten, von den Müttern mit unterschiedlichen Aufgaben und Konzernfunktionen betrauten Töchtern oder Töchterstöchtern. Unionsmitgliedsstaatlichen Boden betritt (inzwischen) jeder dieser globalen Diensteanbieter an mehr als einem Ort im Unionsgebiet zugleich jeweils in Gestalt (s)einer „Niederlassung", (s)eines örtlich „niedergelassenen Diensteanbieters". Die Lenkungs- und Leitungsfunktion geht hierdurch unverändert von der Mutter von außerhalb der EU aus (Lenkungs- und Leitungsfunktion gleich Beherrschungsfunktion gleich oberste Funktionsherrschaft). Im mütterlichen Auftrag nehmen die Töchter nach Zuweisung untergeordnete Konzernaufgaben war, üben untergeordnete Konzernfunktionen aus. Die übergeordneten strategischen Entscheidungen treffen die Mütter.[40] Zu der sich daraus ergebenden Konsequenz noch nachstehend unter XIX.

XII. Verwaltungs- und Werbetätigkeit als eigenständige Funktionen mit untergeordneter Funktionsherrschaft

Die Funktion einer Anlaufstelle für Nutzer der hier in Rede stehenden Plattform außerhalb des chinesischen oder US-amerikanischen Marktes erfüllt die irische Niederlassung als „älteste" Tochter. Die für den wirtschaftlichen Erfolg der Plattform mindestens ebenso, wenn nicht wichtigeren Funktionen der Einwerbung neuen Geschäfts (Gastgeber mit Unterkünften an begehrten Reisezielen) sowie Öffentlichkeitsarbeit vor Ort (vor dem Hintergrund unübersehbarer städtebau- und ordnungsrechtlicher Problematik des Geschäftsmodells) in diesem oder jenem weiteren Mitgliedsstaat erfüllen die „jüngeren" Töchter oder Töchterstöchter, wie die deutsche Niederlassung vor Ort in München ebenso wie in Berlin für das ihr laut Handelsregistereintrag zugewiesene Niederlassungsgebiet. Im Unionsgebiet ist die namensgebende Plattform außer mit ihren beiden Niederlassungen Dublin und Berlin ua noch mit Niederlassungen in London, Paris, Kopenhagen, Barcelona und Mailand vertreten. All diesen Niederlassungen mit Verweis nach Dublin „Funktionsherrschaft" von vornherein abzusprechen, wie es das *VG Berlin* mit seiner Entscheidung vom 14.3.2018 der Sache nach tut, hieße ihnen jegliche Funktion abzusprechen. Der deutschen Niederlassung Funktionsherrschaft abzusprechen, heißt ihr jegliche Funktion abzusprechen. Dabei ist unstreitig, dass und welche bedeutende Funktion die deutsche Niederlassung erfüllt, nämlich Einwerbung neuen Geschäfts sowie Öffentlichkeitsarbeit im Niederlassungsgebiet. Beides offensichtlich von großer Wichtigkeit für die Plattform, für das Konzerngeschäft. Insbesondere die Gewinnung und Zulieferung neuer Gastgeber und Unterkünfte zur Plattform ist Daseinszweck der deutschen Niederlassung. Das *VG Berlin* meinte seinerzeit, es komme darauf an, ob eigenständig Einfluss auf die angebotenen Inhalte genommen werden kann,[41] prüfte dies indes nicht näher. Eigenständige Einflussnahme ist ersichtlich der Fall. Die deutsche Niederlassung muss nicht selbst Redakteur des Angebots sein, welches sich für einen objektiven Betrachter ohnehin als Auftritt des Konzerns darstellt (Copyright by Airbnb Inc. USA). Es genügt die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit ihrer Einflussnahme auf die inhaltliche Gestaltung des Internetangebots, welche die deutsche Niederlassung mit ihrer Zulieferarbeit in Form von ihr beschaffter Gastgeber- und Unterkunftsdaten zugestandenermaßen ausschöpft, so dass sie insoweit selbstverständlich über den Inhalt und das Bereithalten des Dienstes mitbestimmen kann und mitbestimmt.[42] Einflussnahme und Mitgestaltung seitens der deutschen Niederlassung kann angesichts der bekannten Tatsachen nicht in Abrede gestellt werden. Unternehmensgegenstand sind besagte Geschäftsentwicklungsleistungen. Das Beschaffungsgebiet erstreckt sich laut Handelsregister von Deutschland, über den deutschsprachigen Teil der Schweiz, Osteuropa, Griechenland, die Türkei, bis nach Israel. Hierfür sind am Standort Berlin Mitarbeiter beschäftigt, wie etwa ersichtlich aus der seinerzeitigen Stellenausschreibung für einen Regionalleiter Geschäftsentwicklung Deutschland, Österreich, Schweiz (Regional Business Development Manager DACH veröffentlicht Dezember 2016). In dessen Verantwortung fallen, wie vorstehend bereits erwähnt, die Steigerung von Quantität, Qualität und Vielfalt des gelisteten Angebots, Gewinnung neuer „hochwertiger" Unterkünfte und Gastgeber für bekannte „Schlüssel-Reiseziele". Er bekleidet laut Stellenbeschreibung zugleich die Funktion als zentraler Ansprechpartner nach innen und außen für die so genannten „Zielmarktbereiche", mit Zuständigkeit für die Weiterentwicklung des „Netzwerks von Gastgebern", die Organisation von „Gastgeber-Schulungen" usw. Aufgrund solcher Tatsachen können der deutschen Niederlassung weder Mitbestimmung über den Inhalt des Dienstes,[43] noch rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme auf die inhaltliche Gestaltung des Internetangebots,[44] mithin Funktion und Funktionsherrschaft abgesprochen werden. Bei näherer Überprüfung stützt die vorstehend referierte Instanzrechtsprechung somit nicht die seinerzeit von *VG Berlin* vertretene Auffassung. Entgegen *VG Berlin* kommt es bei mehreren Niederlassungen auch nicht auf die Hauptniederlassung oder die insgesamt in der Unternehmensstruktur gewichtigste, sondern auf die für eine konkrete Tätigkeit maßgebliche an.[45]

XIII. Die Floskel von „den Servern in Irland" als Sinnbild für das so genannte Herkunftslandprinzip

Nach einer bisher zwar in Deutschland und Europa noch verbreiteten Ansicht, welcher das *VG Berlin* anhängt, sei es (auch) Zweck der ECRL, Telemedienunternehmen exklusiv einem einzigen, nämlich dem Sachrecht des Niederlassungsstaates (Sitzmitgliedstaat; Herkunftsland) des Diensteanbieters zu unterwerfen.[46] Für diesen angeblichen Zweck von Art. 3 ECRL finden sich allerdings weder im Wortlaut der ECRL, noch in den Erwägungsgründen hinreichende Anhaltspunkte.[47] In den Erwägungsgründen 22 und 24 findet sich vielmehr der Hinweis, dass die Aufsicht „am Herkunftsort" zu erfolgen habe und die Dienste „an der Quelle" zu beaufsichtigen sind. Da das *VG Berlin* erklärtermaßen die Auffassung vertritt, der Schluss von der Niederlassung auf die Diensteanbieterschaft trage unter der Voraussetzung, dass die deutsche Niederlassung Funktionsherrschaft über das Telemedium hat,[48] hätte es seinerzeit mit Blick auf deren lokal bezogene Geschäftstätigkeit Diensteanbieterschaft der deutschen Niederlassung bejahen müssen. Wenn nach der

40 Vgl. *EuGH*, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 = NVwZ 2018, 1386 = NJW 2018, 2537 Rn. 64 – Wirtschaftsakademie.
41 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 56.
42 Wie *VG Kassel*, Urt. v. 8.6.2017 – 1 K 573/13, BeckRS 2017, 116044; ebenso *VG Berlin*, Beschl. v. 20.2.2018 – 27 L 546/17, BeckRS 2018, 46763 Rn. 40.
43 Vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 6.3.2007 – 6 U 115/06, BeckRS 2007, 04178; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2013, 1305; *LG Heidelberg*, Urt. v. 9.12.2015 – 12 O 21/15.
44 *VG Kassel*, Urt. v. 8.6.2017 – 1 K 573/13, BeckRS 2017, 116044; *VG Berlin*, Beschl. v. 20.2.2018 – 27 L 546/17, BeckRS 2018, 46763.
45 So zutr. MüKoLauterkR/*Mankowski*, 2. Aufl. 2014, Teil II Int. Wettbewerbs- und WettbewerbsverfahrensR Rn. 46.
46 Dahingehender Befund und Nachweise für diese Auffassungen bei *Sack*, WRP 2013, 1407.
47 So zutr. *Sack*, WRP 2013, 1407 (1408).
48 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 48.

vom *VG* für seine Auffassung angeführten Rechtsprechung tatsächliche und rechtliche Einflussnahmemöglichkeit hinreichende Voraussetzung für die Annahme von Funktionsherrschaft ist, kann die Einflussnahme der deutschen Niederlassung auf die Inhalte der Plattform durch bestimmungsgemäße Zulieferung von ihr, der deutschen Niederlassung, im Rahmen ihrer Niederlassungstätigkeit beschaffter Gastgeber- und Unterkunftsdaten nicht zugleich für rechtlich unerheblich erklärt werden.[49] Vom Standpunkt des *VG* aus soll es im Unionsgebiet keine Mehrzahl von Sitzmitgliedsstaaten mit Niederlassungen von Telemedienanbietern geben können, wenn eine davon anbieterseits etwa durch die Geschäftsbedingungen zur „Hauptniederlassung", der betreffende Mitgliedsstaat dadurch zum „Herkunftsland" bestimmt worden ist. Vom Standpunkt des *VG* aus gibt es in dem Fall immer nur einen einzigen Sitzmitgliedsstaat, alle übrigen wären Empfängermitgliedsstaaten, ungeachtet dessen, ob der Anbieter auch dort über Niederlassungen verfügt. Aus ECRL und TMG ergibt sich das nicht. Art. 3 ECRL möchte die Anwendung(en) nationalen Rechts in den Mitgliedsstaaten nicht verhindern. Es handelt sich ausdrücklich um keine Kollisionsnorm, sondern es sollen lediglich die jeweiligen nationalen Sachrechte im „koordinierten Bereich" keine strengeren „Anforderungen" stellen dürfen.[50] Die ECRL schafft weder zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts, noch befasst sie sich mit der Zuständigkeit der Behörden und Gerichte (Art. 1 IV ECRL gleich § 1 V TMG). Jeder Mitgliedstaat hat vielmehr dafür Sorge zu tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen (Art. 3 I ECRL). Die Richtlinie zielt nicht auf eine Harmonisierung des Sachrechts ab, sondern definiert einen „koordinierten Bereich", in dessen Rahmen es die Regelung des Art. 3 nach dem 22. Erwägungsgrund der Richtlinie ermöglichen soll, die Dienste der Informationsgesellschaft grundsätzlich dem Rechtssystem desjenigen Mitgliedstaats zu unterwerfen, in dem ein Anbieter sich niedergelassen – aber eben nicht hauptniedergelassen – hat.[51]

XIV. Schaffung eines im Sinne einer lex mitior koordinierten Bereichs

Ein „Herkunftslandprinzip" in der Lesart mit Konzentration EU-weit auf eine einzige Niederlassung lässt sich in der Form der ECRL nicht als leitender Gedanke entnehmen. ECRL Erwägungsgründe 19, 22, 24 sind zugegebenermaßen dunkel. Zur Erhellung oder gar Auflösung von Widersprüchen ist letztlich der *EuGH* berufen. Zweck der ECRL ist nicht die Schaffung rechtsfreier Räume für Internetkonzerne, nicht die Außerkraftsetzung mitgliedstaatlichen Rechts gegenüber Internetkonzernen, sondern Schaffung eines im Sinne einer lex mitior koordinierten Bereichs. Der verbreiteten Annahme, es sei Absicht des europäischen Gesetzgebers, die irischen Niederlassungen der in Rede stehenden Internetkonzerne exklusiv irischem Recht und irischer Staatshoheit zu unterwerfen, stehen ersichtlich Art. 1 IV, 3 I ECRL, nicht zuletzt aber auch die Erwägungsgrund 19 für maßgeblich erklärten „in der Rechtsprechung des [Europäischen] Gerichtshofs entwickelten Kriterien" entgegen. Wäre die Exklusivitätsthese richtig, könnte es den „Dienst" (der Informationsgesellschaft) bei mehreren Niederlassungen mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des *EuGH* exklusiv nämlich nur geben, soweit bis auf eine alle übrigen Niederlassungen in Bezug auf die Diensterbringung gänzlich ineffektiv und untätig blieben, was bedeuten würde, dass das vom *EuGH* entwickelte Anknüpfungskriterium der effektiven und tatsächlichen Ausübung einer dem Dienst förderlichen Tätigkeit entgegen Erwägungsgrund 19 von vornherein unmaßgeblich wäre. Die Exklusivitätsthese ist mit Rücksicht darauf schon nicht haltbar. Bei Zugrundelegung der Exklusivitätsthese blieben als Anknüpfungspunkt in der Tat letztlich nur die einseitig „gesetzten" privatunternehmerischen Bestimmungen (Stichwort Impressum und Nutzungsbedingungen), was den Zweck der ECRL bei weitem übersteigen würde und rechtspolitisch im Ergebnis kaum vermittelbar wäre. Die Bestimmungen des Art. 3 der ECRL sind so auszulegen, dass der Koordinierungsansatz des Unionsgesetzgebers den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten tatsächlich sicherstellen kann.[52] Der freie Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft wird nicht eingeschränkt, weil diese oder jene Niederlassung von einer lokalen Behörde zur Auskunft über eine Gastgeberin mit illegaler Ferienwohnung verpflichtet wird. Es gibt bei mehreren Niederlassungen in verschiedenen Mitgliedsstaaten kein Anwendungsverbot für Recht des Mitgliedstaats am Niederlassungsort. Nicht jeder Diensteanbieter unterhält in jedem Mitgliedsstaat eine Niederlassung und entgegen dem Ergebnis der seinerzeitigen Entscheidung des *VG Berlin* treffen ECRL und TMG keine Regelungen der behördlichen und gerichtlichen Zuständigkeit.[53] Soweit demgegenüber eingewandt werden sollte, dass außerdeutsches, nämlich irisches Recht insoweit milder wäre, bliebe festzuhalten, dass die ECRL den gesetzgeberischen Befehl an die Mitgliedsstaaten enthält, Sorge zu tragen und Rechtsvorschriften vorzuhalten, um auch im Übrigen der ECRL nachkommen zu können. Die Mitgliedstaaten setzen die erforderlichen Rechtsvorschriften in Kraft, um der ECRL nachzukommen (Art. 22 I 1 ECRL). Die Mitgliedstaaten können Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu verpflichten, den zuständigen Behörden auf Verlangen Informationen zu übermitteln, anhand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können (Art. 15 II ECRL). Gegeben den Fall Irland wäre dem gesetzgeberischen Vorschlag zum Erlass entsprechender Rechtsvorschriften nicht gefolgt und hätte von der Option des Art. 15 II ECRL keinen Gebrauch gemacht, träfe es dennoch nicht zu, dass in Irland keine Möglichkeit einer vergleichbaren Inanspruchnahme bestehe. Denn dieses Nichtvorhalten entsprechender Rechtsvorschriften würde seinerseits den Koordinierungsansatz unterlaufen mit der Folge, dass die angegangene irische Niederlassung als Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft entsprechend Art. 15 II ECRL als verpflichtet anzusehen wäre, der lokalen Behörde auf Verlangen Auskunft zu übermitteln, anhand derer Gastgeber und Gäste der Ferienunterkunft als Nutzer der namensgebenden Plattform ermittelt werden können.[54]

49 So aber *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 47, 48.

50 Günstigkeitsvergleich, lex mitior, *EuGH*, C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = EuZW 2011, 962 = NJW 2012, 137 Rn. 66 – eDate Advertising.

51 *EuGH*, C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = EuZW 2011, 962 = NJW 2012, 137 Rn. 57 – eDate Advertising; s. auch § 3 I TMG.

52 *EuGH*, C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = EuZW 2011, 962 = NJW 2012, 137 Rn. 64 – eDate Advertising.

53 Zur Möglichkeit des Anbietens und Auftretens als Diensteanbieter am räumlich entfernten Marktort s. *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 73.

54 Geltungs- und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, *EuGH*, Urt. v. 29.4.1999 – C-227/97; C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256 = NVwZ 1990, 649 – Fratelli Costanzo/Comune di Milano; *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art. 1 Rn. 79 ff.; *VGH München*, Beschl. v. 20.8. 2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 72.

XV. „Mittelpunkt" der Tätigkeiten und telemedienrechtlicher Niederlassungsbegriff als Vorlagefrage für den EuGH

Zur Verschränkung von Recht der Datenverarbeitung und Recht der Telemedien sei noch einmal auf die bereits erwähnte Entscheidung des *VGH München* hingewiesen. Zum Recht der Datenverarbeitung hat der *EuGH* jüngst in der Rechtssache C-210/16 im Sinne eines hier vertretenen Niederlassungsbegriffes entschieden,[55] wobei es sich dann bei den Ausführungen, Rn. 55, 57, 58, 60, aber auch 63 um allgemeingültige und beide Rechtsgebiete betreffende rechtliche Erwägungen zum Niederlassungsbegriff handeln dürfte. Sollte ein Gericht die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung sowie der dort angewandten Kriterien verneinen wollen, wäre die Frage dem *EuGH* zur Klärung oder Rechtsfortbildung vorzulegen. Der „Mittelpunkt der Tätigkeiten des Diensteanbieters im Hinblick auf ein bestimmtes Telemedienangebot (§ 2 a I 2 TMG)" ist keinesfalls technisch, sondern normativ zu verstehen. Nicht wo sich technische Mittel befinden welche die Web-Sites beherbergen (Serverstandort), auch nicht wo die Web-Sites zugänglich sind (weltweit) liegt der „Mittelpunkt" des § 2 a I 2 TMG. Ein „Mittelpunkt" nach § 2 a I 2 TMG liegt vielmehr (jeweils) dort, wo globale Konzerne wie Facebook oder Airbnb durch Verwaltung, Kundenbetreuung, Werbung, Öffentlichkeitsarbeit gezielt die wirtschaftliche Rentabilität ihrer Plattform fördern (lassen). Am deutschen Markt tun sie dies sowohl über ihre deutschen wie irischen Niederlassungen. Insoweit liegt hier der telemedienrechtliche „Mittelpunkt" des § 2 a I 2 TMG und ist nach funktionaler Betrachtungsweise Diensteanbieterschaft bei der deutschen Niederlassung für deren regionales, wie bei der irischen für deren überregionales, den deutschsprachigen Raum einschließendes Niederlassungsgebiet zu bejahen. Dass der telemedienrechtliche Niederlassungsbegriff in der Rechtsprechung des *EuGH* im Sinne des so genannten Herkunftslandprinzips geklärt sei, ist jedenfalls unzutreffend. Als der *EuGH* Ende der achtziger, Anfang der neunziger Jahre den allgemeinen unionsrechtlichen Niederlassungsbegriff prägte, stand die kommerzielle Nutzung des Internets gerade erst am Beginn und eine ECRL gab es nicht. Das *VG Berlin* spricht insoweit selbst von einer Zeit „weit vor" den von hier in Bezug genommenen Entscheidungen des *EuGH* zum Recht der Datenverarbeitung. Dass das somit jüngere Telemedienrecht besonders unübersichtlich und streitträchtig ist, lässt sich nicht übersehen. Davon dass die ECRL vom 8.6.2000 die Rechtslage für grenzüberschreitend erbrachte Telemedien geklärt habe, kann angesichts der Unsicherheiten über ihren Regelungsgehalt jedenfalls derzeit keine Rede sein; Klarheit können nur Vorlagen an den *EuGH* schaffen.[56] Wenn die jüngere *datenschutzrechtliche* Rechtsprechung von *BVerwG, OVG Hamburg, KG*, inzwischen auch *VG Hamburg* (dazu noch nachstehend unter XVIII), vor allem aber die des *EuGH* selbst nicht einschlägig sein sollte, gäbe es keinerlei gesicherte Rechtsprechung des *EuGH*.[57] Ob (auch) der telemedienrechtliche Niederlassungsbegriff eine Konzentration oder keine Konzentration auf eine einzige Niederlassung begrifflich vorauszusetzt ist, muss derzeit als offen bezeichnet werden. Eine Klärung durch den *EuGH* scheint dringend geboten.

XVI. Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum Niederlassungsbegriff im Recht der Datenverarbeitung

Mit der Rechtsprechung von *EuGH, BVerwG OLG* und *VG Hamburg* meinte sich *VG Berlin* seinerzeit nicht näher beschäftigen zu müssen, da diese Entscheidungen speziell zum Datenschutzrecht ergangen seien.[58] Es sei unerheblich, ob auch die deutsche Niederlassung auf die Datenerhebung und Datenverarbeitung Einfluss nehme. Dies betreffe nur die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit. Für die Auskunftspflicht nach dem ZwVbG komme es darauf an, ob die deutsche Niederlassung telemedienrechtlich als Diensteanbieter einzuordnen sei. Maßgeblich hierfür sei, so das *VG*, das so genannte Herkunftslandprinzip. Die vom BA seinerzeit angeführten Entscheidungen würden allein die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit von Internetunternehmen und deren Niederlassungen im Unionsgebiet betreffen.[59] Die dortigen Rechtsfragen stellten sich im Telemedienrecht nicht.[60] Die dort geführte Diskussion trage nichts zur Klärung der Rechtsfrage bei, ob etwa die deutsche Niederlassung Diensteanbieter im Sinne des TMG ist, vielmehr sei es mit „dem Herkunftslandprinzip unvereinbar, eine geteilte Verantwortung und Adressatenstellung […] anzunehmen", so das *VG*.[61]

XVII. Wirtschaftstätigkeit mit Lokalbezug als Anknüpfungskriterium

Wie weiter vorne bereits ausgeführt kommt als „Herkunftsort" oder „Quellort" (Erwägungsgründe 22, 24) jeder mit Funktionsausübung und irgendwie förderlicher Geschäftstätigkeit verbundene Ort in Betracht. Am authentischsten dürfte ECRL Erwägungsgrund 19, 1 sein, wonach die Bestimmung des Ortes der Niederlassung des Anbieters „gemäß den in der Rechtsprechung des [Europäischen] *EuGH* entwickelten Kriterien" zu erfolgen hat, nach denen der Niederlassungsbegriff „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit" umfasst. Erhellend auch ECRL Erwägungsgrund 19, 3, wonach ein Unternehmen, welches Dienstleistungen über eine Web-Site des Internets erbringt, „weder dort niedergelassen [ist], wo sich die technischen Mittel befinden, die diese Web-Site beherbergen, noch dort, wo die Web-Site zugänglich ist, sondern an dem Ort, an dem es seine Wirtschaftstätigkeit ausübt." Auf *Wirtschaftstätigkeit* und deren Lokalbezug kommt es demnach an.[62] Tätigkeit als jegliche Aktivität einer Niederlassung, die auch nur geeignet ist, die wirtschaftliche Rentabilität der Internetdienstleistung in irgendeiner Weise zu fördern, soweit diese (auch) auf die Einwohner des oder der jeweiligen Mitgliedsstaaten und den oder die dortigen Märkte ausgerichtet ist.[63] Förderung der wirtschaftlichen Rentabilität der Internetdienstleistung sowie Ausrichtung auf die Einwohner der Bundesrepublik Deutschland und den deutschen Markt sind

55 *EuGH*, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 = NVwZ 2018, 1386 = NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie.
56 So zutr. und statt vieler *Spindler/Schuster*, 3. Aufl. 2015, § 3 TMG Rn. 1.
57 Vorlagegrund Art. 267 AEUV Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ABl. C 115, 47.
58 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 47, 48.
59 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 46.
60 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 47.
61 *VG Berlin*, ZD 2017, 494 = BeckRS 2017, 118257 Rn. 49.
62 Wie *EuGH*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 = NVwZ 2014, 857 = NJW 2014, 2257 – Google Spain; *EuGH*, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 = EuZW 2015, 912 = NJW 2015, 3636 – Weltimmo; *EuGH*, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 = NVwZ 2018, 1386 = NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie; mit Möglichkeit des Auftretens am räumlich entfernten Marktort wie *VGH München*, Beschl. v. 20.8.2019 – 12 ZB 19.333, NVwZ-RR 2019, 999 Ls. = BeckRS 2019, 18701 Rn. 73.
63 *EuGH*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 = NVwZ 2014, 857 = NJW 2014, 2257 – Google Spain; C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 = EuZW 2015, 912 = NJW 2015, 3636 – Weltimmo; C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 = NVwZ 2018, 1386 = NJW 2018, 2537 Rn. 58, 60 – Wirtschaftsakademie.

hinsichtlich der deutschen, wie auch der irischen Niederlassung offensichtlich der Fall. Nach Lage der Dinge ist eine deutsche Niederlassung der namensgebenden Plattform, mithin dem Konzerngeschäft offenbar nützlich, förderlich, aus wirtschaftlichen Erwägungen für den deutschsprachigen Markt unverzichtbar. Die Mittel der irischen Tochtergesellschaft genügen der Konzernmutter offensichtlich nicht allein zur Diensterbringung. In so einem Fall ist die bei wertender Betrachtung aus wirtschaftlicher Sicht „unverzichtbare" Tochter ebenfalls als Anbieter anzusehen.[64]

XVIII. Entwicklung der Rechtsprechung zum Niederlassungsbegriff im Recht der Datenverarbeitung

Telemedienrecht und Datenschutzrecht stehen zueinander im Verhältnis Primär- zu Sekundärrecht.[65] Sowohl Facebook als auch Airbnb sind Datenverarbeiter und als Betreiber ihrer jeweiligen Plattformen kraft Tatbestandserfüllung Diensteanbieter nach TMG. Es kommt sicher nicht von ungefähr, dass in der Instanzrechtsprechung zum Recht der Datenverarbeitung bis vor einiger Zeit ebenso noch ein Begriff exklusiver Funktionsherrschaft mit in Folge dessen Konzentration auf eine einzige Niederlassung vertreten wurde,[66] der nachfolgend von der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung sowie vom *EuGH* verworfen wurde, wie der nachstehende Überblick zeigt:

- *EuGH*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 = NVwZ 2014, 857 = NJW 2014, 2257 – Google Spain; C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 = EuZW 2015, 912 = NJW 2015, 3636 – Weltimmo: Anknüpfung an dem Ort, an dem eine Niederlassung Aktivität entfaltet, die auch nur geeignet ist, die wirtschaftliche Rentabilität der Internetdienstleistung in irgendeiner Weise zu fördern, soweit sie, die Internetdienstleistung, (auch) auf die Einwohner jenes Mitgliedsstaats und des dortigen Marktes ausgerichtet ist; jetzt auch wieder *EuGH*, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 = NVwZ 2018, 1386 = NJW 2018, 2537 Rn. 58, 64 – Wirtschaftsakademie; wie *OVG Hamburg*, NJW 2016, 3386 Rn. 19 mit Verweis auf *BVerwG*, NVwZ 2016, 1737 Rn. 42; *VG Hamburg*, ZD 2017, 402 = BeckRS 2017, 111797.
- *VG Hamburg*, Beschl. v. 3.3.2015 – 15 E 4482/15, BeckRS 2016, 43614 – Facebook: vermeintliche Konzentration auf eine Niederlassung, bei mehreren Niederlassungen jene mit „engster" Verbindung; überholt durch nachgängig *OVG Hamburg*, NJW 2016, 3386 – Facebook, sowie *VG Hamburg*, ZD 2017, 402 = BeckRS 2017, 111797 – Facebook.
- *BVerwG*, NVwZ 2016, 1737 – Facebook, weiter Begriff des Diensteanbieters, keine Konzentrationswirkung, Rn. 40, S. 21: Auswahlermessen unter mehreren als Störer in Betracht kommenden Niederlassungen, Rn. 27: Raum für Möglichkeit pluralistischer Kontrolle, verschiedene Grade der Verantwortung bis hin zu gesamtschuldnerischer Haftung (so auch *EuGH*, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 = NVwZ 2018, 1386 = NJW 2018, 2537 Rn. 43 – Wirtschaftsakademie: gemeinsame Verantwortlichkeit, gestufte Verantwortlichkeit) Rn. 39: gerichtliche Sachaufklärungspflicht.
- *OVG Hamburg*, NJW 2016, 3386 – Facebook, s. vorstehend Anm. zu *VG Hamburg*, Beschl. v. 3.3.2015 – 15 E 4482/15, BeckRS 2016, 43614 – Facebook.
- *VG Hamburg*, Beschl. v. 24.4.2017 – 13 E 5912/16, BeckRS 2017, 111797 – Facebook, keine Konzentration auf eine Niederlassung, Anschluss an *OVG Hamburg*, NJW 2016, 3386, und *BVerwG*, NVwZ 2016, 1737.
- *KG*, GRUR-RS 2017, 111509 = ZD 2017, 386, digitaler Nachlass auf Facebook, dt. Niederlassung wegen Beibringungsgrundsatz nicht vorgetragen, somit unbeachtet geblieben (vgl. *VG Hamburg*, Beschl. v. 24.4.2017 – 13 E 5912/16, BeckRS 2017, 111797 – Facebook).
- *KG*, GRUR-RR 2018, 115 = ZD 2018, 118 – Facebook, keine Konzentration auf eine Niederlassung, i. Orig. Entscheidungsgründe S. 8: auf formale konzernrechtliche Aufteilung kommt es zur Bestimmung der Niederlassung nicht an, maßgeblich arbeitsteiliges Vorgehen und Zusammenarbeit im Konzernverbund sowie bloße „Wahrnehmung der Aufgaben" einer Niederlassung, seien diese Aufgaben auch noch so geringfügig (Kundenbetreuung, Werbung), S. 9: nach seiner Internetadresse(.de) und seiner Sprachfassung (deutsch) auf deutsche Verbraucher ausgerichteter Internetauftritt erweist Verbindung zur deutschen Niederlassung, S. 10 kein hinreichender Anhalt für Konzentration auf eine Niederlassung im Europarecht, im Gegenteil.
- *EuGH*, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 = NVwZ 2018, 1386 = NJW 2018, 2537 Rn. 39 – Wirtschaftsakademie, Nutzer-Betreiber (Fanpage-Betreiber) und Plattform-Betreiber (Facebook) als gemeinsame Betreiber (Rn. 39), gemeinsame Verantwortlichkeit, gestufte Verantwortlichkeit (Rn. 43 u. 45 zur konzerninternen Aufgabenverteilung), nicht „von" der betreffenden Niederlassung selbst, sondern „im Rahmen der Tätigkeiten" der Niederlassung ausgeführtes Geschäft (Rn. 57, 58), Tätigkeiten der deutschen Niederlassung als untrennbar verbunden mit denen der irischen Niederlassung sowie der Mutter aus USA anzusehen (Rn. 60), Umstand dass die strategischen Entscheidungen von einer im Drittland ansässigen Muttergesellschaft getroffen werden, nicht geeignet, die Zuständigkeit der dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegenden Kontrollstelle gegenüber einer im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats gelegenen Niederlassung infrage zu stellen (Rn. 63, 64).
- Die Entscheidung *EuGH*, EU-UStB 2020, 2, trägt für die hier aufgeworfene Frage des richtigen Niederlassungsbegriffes nichts bei. Airbnb ist ein Telemediendienst, ein Dienst der Informationsgesellschaft, kein Immobilienmakler oder Beherbergungsdienstleister. Parallelen zur Entscheidung des *EuGH* in Sachen Uber als Verkehrsdienstleister ließen und lassen sich daher nicht ziehen. Siehe nur *Epiney*, NVwZ 2018, 1172 (1178): „Sobald es nämlich nicht um eine Verkehrsdienstleistung geht [oder eine sonstigen speziellen gewerberechtlichen Regeln unterliegende Dienstleistung], kommt Art. 56 AEUV zum Zuge, so dass etwaige Beschränkungen am Maßstab des Unionsrechts zu messen sind und man auf zukünftige Urteile in diesem Bereich gespannt sein darf…".

XIX. Zweifelhaftigkeit eines Binnenmarktfalles unter Zugrundelegung exklusiver Funktionsherrschaft

Soweit die irische Niederlassung als irisches Unternehmen mit Sitz in Irland die Internetseite http://www.airbnb.com betreibt, tut sie dies nicht allein für sich, sondern im Konzernverbund für ihre Mutter in den USA. Die Lenkungs- und Leitungsfunktion geht von der amerikanischen Mutter von außerhalb der EU aus. Diese trifft alle strategischen Entscheidungen selbst und hat die oberste Funktionsherrschaft inne. Die Konzernmutter hat sämtliche Domains des Namens, darunter die Domain www.airbnb.de gepachtet. In ihrer Macht allein steht es, sich das Nutzungsrecht an der Domain mit ihren europäischen und außereuropäischen Töchtern zu teilen. Die Chefredaktion der Web-Site liegt weder bei der irischen, noch einer anderen europäischen Niederlassung, sondern allein bei der amerikanischen Mutter. Das Copyright an der Domain www.airbnb.de, mithin die Urheberschaft, beansprucht ausschließlich Airbnb Inc. USA für sich.[67] Das Copyright besagt, das Airbnb Inc. USA sich bzw. der unter dem Namen errichteten und betriebenen Plattform alle redaktionellen Beiträge ihrer Töchter und Töchterstöchter sowie zahlloser Nutzer Gastgeber einverleibt, sie sich zu eigen macht, ab da diese Inhalte der Plattform als ihr Werk, als von ihr ins Werk gesetzt, von ihr ins Internet gestellt beansprucht. Damit aufgeworfen ist – soweit man der Exklusivitätsthese folgen wollte – die vom *EuGH* zu klärende grundlegende Frage der Anwendbarkeit von EU-Binnenrecht.[68]

64 *Spindler/Schuster*, Rn. 7 zu § 2.
65 *Spindler/Schuster*, Rn. 17 zu § 3.
66 Etwa *VG Hamburg*, Beschl. v. 3.3.2015 – 15 E 4482/15, BeckRS 2016, 43614 – Facebook.
67 https://www.airbnb.de/aufrufen, ganz herunterscrollen, links unten Fußzeile.
68 Zur gerichtlichen Obliegenheit der Verschaffung sicherer Kenntnis von Diensteanbieterschaft und Herkunftsort s. *EuGH*, C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142 = EuZW 2012, 381 Rn. 71, 72 – de Visser, sowie *BVerwG*, NVwZ 2016, 1737 Rn. 39 – Facebook.

Insoweit greifen die seinerzeitigen Feststellungen des *VG Berlin* in seiner Entscheidung vom 14.3.2018 zu kurz, wonach der „Schwerpunkt" der geschäftlichen Tätigkeit bezüglich des Telemedienangebots „innerhalb des Binnenmarkts" liege, nicht jedoch bei der deutschen Niederlassung, vielmehr sei die irische Hauptniederlassung als Betreiberin „innerhalb des EU-Binnenmarkts bzw. im Gebiet der Mitgliedstaaten der EU" anzusehen.[69] Läge „die" Funktionsherrschaft exklusiv bei der Konzernmutter aus USA, wäre – wieder vom Standpunkt des *VG* aus (Exklusivitätsthese) – nur diese, und nicht die irische Tochter *Diensteanbieter*.[70]

XX. Disponibles Europarecht?

Das *VG Berlin* meinte seinerzeit, auf diese Bedenken nicht eingehen zu müssen und das Problem damit „überbrücken" zu können, dass das BA außer Streit gestellt hätte, dass die Funktionsherrschaft über die Plattform „bei anderen" Konzernunternehmen, nicht jedoch bei der deutschen Niederlassung liege. Für die gerichtliche Aufklärung der Konzernstrukturen bestehe danach, also unter Verweis auf eine vermeintliche Auffassung des BA, kein Anlass.[71] Das *VG* meinte, die Argumentation des BA sei in sich widersprüchlich, weil sie einerseits von einer weltweit einheitlichen Plattform und zugleich „von einem Teil" für den deutschsprachigen Markt ausgehe. Die deutsche Niederlassung könne nicht „bezogen auf den deutschsprachigen Markt" als Anbieter eingestuft werden.[72] Die deutsche Niederlassung sei, so das *VG* seinerzeit, selbst dann nicht als Anbieter einzuordnen, falls unterstellt werde, sie habe als deutsche Niederlassung Funktionsherrschaft über die Plattform, da der Airbnb-Konzern mehrere Niederlassungen im Unionsmitgliedsstaatengebiet hat, und der nach § 2 a I TMG „maßgebliche" Mittelpunkt der Tätigkeit jedoch nicht bei der deutschen, sondern bei der irischen Niederlassung liege.[73] § 2 a I TMG ordne jedem Telemedienangebot unionsweit exklusiv „einen" bestimmten Diensteanbieter und damit „ein" bestimmtes Mitgliedsland zu, „indem die Bestimmung den Mittelpunkt der Tätigkeiten innerhalb des Binnenmarkts für maßgeblich erklärt", so das *VG*. Die ECRL wäre nur dann nicht anwendbar, wenn die im Drittstaat niedergelassene Konzernmutter den Dienst ohne Niederlassung(en) im Hoheitsgebiet eines der Mitgliedsstaaten anböte.[74] Ein Binnenmarktfall liege aber „schon deshalb" vor, weil das BA argumentiere (!), die deutsche Niederlassung sei niedergelassene Diensteanbieterin. Die Annahme einer (ausschließlichen) Funktionsherrschaft der Konzernmutter führe nur dazu, dass die deutsche Niederlassung „erst Recht" keine Diensteanbieterin sein könne.[75] Dass das BA in der Tat einen Binnenmarktfall bejaht, weil es die Diensteanbieterschaft der deutschen Niederlassung bejaht, weil es die auf Telemedium und Funktionsherrschaft bezogene Exklusivitäts- und Unteilbarkeitstheorie des *VG* ablehnt, kommt bei dieser Betrachtung nicht vor. In der Tat führt die Unteilbarkeitstheorie des *VG* bei Annahme einer Funktionsherrschaft der Konzernmutter nur dazu, dass deren europäische Niederlassungen keine Diensteanbieter sein können (übrigens auch nicht die irische). Nur ist dies weder der Standpunkt des BA, noch steht es in der Macht des BA in der vom *VG* angenommenen Weise über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit von Europarecht disponieren zu können.

Es ist allein die Auffassung des *VG*, wonach die Definition des „niedergelassenen Diensteanbieters" zum Bedeutungsgehalt des „Diensteanbieters" nichts beitrage. Die Definition des „niedergelassenen Diensteanbieters" begründe keinen Begriff des Diensteanbieters.[76] Wie kann dann aber, laut *VG*, die ECRL auf die irische Niederlassung bezogen anwendbar sein, wenn die Begriffsbestimmung des niedergelassenen Diensteanbieters, laut *VG*, keinen Begriff des Diensteanbieters begründet?

Der Erwägungsgrund Nr. 58 der ECRL stützt die Annahme des *VG* nicht, da das *VG* erklärtermaßen von Unteilbarkeit des Telemediums und Exklusivität (Unteilbarkeit) der Funktionsherrschaft ausgehen will, so dass es an der nicht nur nicht in Abrede gestellten, sondern mehrmals festgestellten Funktionsherrschaft der Mutter Airbnb USA insoweit nicht vorbeikommt. Wie das *VG* in seiner Entscheidung vom 14.3.2018 an einer Stelle zutreffend bemerkt („kollaboratives Internetportal"), hat der Dienst, die namensgebende Plattform, tatsächlich mehrere, zählt man die anbietenden Gastgeber richtigerweise wie der *EuGH* mit hinzu, viele, ja zahllose Quellen. Hätte sich das *VG* unter Zugrundelegung seines Begriffs exklusiver Funktionsherrschaft der Funktionsherrschaft der amerikanischen Mutter vergewissert, hätte es keine Funktionsherrschaft der irischen Tochter feststellen können.

XXI. Fazit

Mit *Spindler/Schuster* kann angesichts der Unsicherheiten über ihren Regelungsgehalt derzeit keine Rede davon sein, dass die ECRL die Rechtslage für grenzüberschreitend erbrachte Telemedien geklärt habe; Klarheit können nur Vorlagen an den *EuGH* schaffen. Die lokale öffentliche Ordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten der EU kann und muss bei näherer Betrachtung gar nicht gegen, sondern vielmehr mithilfe des Europarechts verteidigt werden. ■

69 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 63.
70 Herkunftsland außerhalb des Geltungsbereichs der ECRL, vgl. § 2 a I TMG und Erwägungsgrund 58: keine Anwendung auf Dienste von Anbietern die in einem Drittland niedergelassen sind.
71 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 51.
72 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 55; der Begründung nach wie *VG Hamburg*, Beschl. v. 3.3.2015 – 15 E 4482/15, BeckRS 2016, 43614.
73 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 59.
74 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 61.
75 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 61.
76 *VG Berlin*, ZD 2018, 603 = BeckRS 2018, 3013 Rn. 40