

## Abschrift

I-4 U 137/15  
12 O 60/15  
Landgericht Bielefeld



Verkündet am 04.08.2016

Decker, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

**Oberlandesgericht Hamm**

**IM NAMEN DES VOLKES**

### Urteil

In dem Rechtsstreit

des Deutsche Umwelthilfe e.V., vertreten durch die Bundesgeschäftsführer Jürgen Resch und Sascha Müller-Kraenner, Fritz-Reichle-Ring 4, 78315 Radolfzell,

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gentz und Partner, Märkisches Ufer 34, 10179 Berlin,

g e g e n

Beklagter und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm  
auf die mündliche Verhandlung vom 04.08.2016  
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Lopez Ramos, den Richter  
am Oberlandesgericht Franzke und den Richter am Oberlandesgericht Sohlenkamp

für **Recht** erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 06.10.2015 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld abgeändert.

1.

Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Zeitungen Anzeigen für Mietwohnungen vor deren Vermietung zu veröffentlichen ohne sicherzustellen, dass die Immobilienanzeigen die gemäß § 16a EnEV erforderlichen Pflichtangaben

- zur Art des Energieausweises,
- zum im Energieausweis genannten Baujahr

enthalten, wenn dies geschieht wie in der Immobilienanzeige des Beklagten in der „Neuen Westfälischen“ vom 31. Januar 2015, die wie folgt wiedergegeben wird:



2.

Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro

und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.

3.

Der Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 245,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.07.2015 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Soweit der Beklagte zur Unterlassung verurteilt worden ist, kann er die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 € abwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet. Im Übrigen kann der Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### Gründe:

A.

Der Kläger ist ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragener Umwelt- und Verbraucherschutzverband. Er verfolgt nach seiner Satzung die Förderung der aufklärenden Verbraucherberatung und des Umweltschutzes in der Bundesrepublik Deutschland.

Der Beklagte ist als Immobilienmakler in [REDACTED] tätig.

Am 31.01.2015 ließ er in der Tageszeitung „Neue Westfälische“ (Gütersloher Zeitung) folgende Anzeige veröffentlichen, mit der er für die Vermietung einer in Gütersloh gelegenen Drei-Zimmer-Wohnung warb:

IMMOBILIEN IM DIALOG

**Gt-Süd - mit Nähe zur Stadt**  
 3 Zimmer, Bad, Einbauküche, Balkon und  
 Stellplatz in guter Wohnlage (3-FH): 64,00  
 m², 1. Obergeschoss, Gas 155,40 kWh/m²a,  
 frei zum 01.07.2015, MKM: 588,00 € + NK  
 + 2,38 MKM Courtage, Ansprechpartner

Die Anzeige enthielt zur energetischen Beschaffenheit des Objekts die Angabe „Gas 155,40 kWh/m²a“.

Zumindest am 05.02.2015 bewarb der Beklagte die Vermietung derselben Wohnung auch in seinem Internetauftritt (Anlage K3). Die Lage des Objekts war dabei mit „33332 Gütersloh“ und das Baujahr mit „1991“ angegeben. Unter der Überschrift „Energiepass“ fanden sich in der dortigen Werbung folgende Angaben:

„Energieausweistyp:	Bedarfsausweis
Gültig bis:	2024-05-15
Energieträger:	Gas
Energiebedarfskennwert:	155.40
....“	

Mit Schreiben vom 06.02.2015 (Anlage K4) mahnte der Kläger den Beklagten ab und forderte ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie zur Erstattung pauschalierter Abmahnkosten in Höhe von 245,00 € auf. Er rügte, in der in Rede stehenden Zeitungsanzeige seien die nach § 16a der Energieeinsparverordnung (EnEV) vorgeschriebenen Angaben zur Art des Energieausweises und zum Baujahr der Immobilie nicht aufgeführt

Mit anwaltlichem Schreiben vom 26.02.2015 (Anlage K5) wies der Beklagte den mit der Abmahnung erhobenen Vorwurf mit der Begründung zurück, zum Zeitpunkt der Aufgabe der Immobilienanzeige habe kein Energieausweis für das Objekt existiert.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Beklagte habe gegen die Marktverhaltensregelung des § 16a EnEV verstoßen. In der betreffenden Immobilienanzeige seien Angaben zur Art des Energieausweises, zum Baujahr des Gebäudes und zur Energieeffizienzklasse nicht enthalten gewesen. Der Kläger hat dazu behauptet, es habe zum Zeitpunkt der Anzeigenschaltung am 31.01.2015 ein Energieausweis für die Immobilie vorgelegen. Dies ergebe sich aus dem im Internet veröffentlichten Immobilienangebot des Beklagten gemäß Anlage K3, in dem er mitgeteilt habe, dass der Energieausweis für das Objekt bis zum 15.05.2024 gültig sei. Energieausweise würden gemäß § 17 Abs. 6 EnEV für eine Gültigkeitsdauer von zehn Jahren ausgestellt. Demnach sei der Energieausweis für die in Rede stehende Immobilie am 16.05.2014 ausgestellt worden.

Da die Abmahnung berechtigt gewesen sei, sei der Beklagte auch zur Erstattung der Abmahnkosten in Höhe des geltend gemachten Pauschalbetrages von 245,00 € verpflichtet.

Der Kläger hat beantragt

den Beklagten zu verurteilen,

1.

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Zeitungen Anzeigen für Mietwohnungen vor deren Vermietung zu veröffentlichen ohne sicherzustellen, dass die Immobilienanzeigen die gemäß § 16a EnEV erforderlichen Pflichtangaben

- zur Art des Energieausweises,
- zum im Energieausweis genannten Baujahr

enthalten, wenn dies geschieht wie in der Immobilienanzeige des Beklagten in der „Neuen Westfälischen“ vom 31. Januar 2015, die wie folgt wiedergegeben wird:



IMMOBILIEN IM DATAC

**GT-Süd - mit Nähe zur Stadt**  
 3 Zimmer, Bad, Einbauküche, Balkon und  
 Stellplatz in guter Wohnlage (3-FH), 84,00  
 m², 1. Obergeschoss, Gas 155,40kWh/m²a,  
 frei zum 01.07.2015, MKM: 588,00 € + NK  
 + 2,38 MKM Courtage. Ansprechpartner

2.

an den Kläger 245,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.07.2015 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Aktivlegitimation des Klägers bestritten. Zudem hat er geltend gemacht, er habe nicht gegen § 16a EnEV verstoßen, und behauptet, zum Zeitpunkt der

Veröffentlichung der Anzeige habe für das angebotene Objekt kein Energieausweis vorgelegen. Die unvollständigen energiebezogenen Angaben in der Zeitungsanzeige und in dem Internet-Exposé basierten auf einem Irrtum bzw. Fehler bei der Erstellung der Anzeige und des Exposés. Offensichtlich habe der Mitarbeiter des Beklagten, Herr \_\_\_\_\_ bei der Bedienung des verwendeten Computerprogramms die Daten eines Energieausweises bezüglich einer anderen Immobilie, die nicht Gegenstand der Anzeige gewesen sei, versehentlich nicht gelöscht.

Ferner hat der Beklagte die Auffassung vertreten, die Vorschrift des § 16a EnEV sei verfassungs- und rechtswidrig.

Schließlich hat er eingewandt, die Abmahnkosten seien überhöht.

Der Kläger hat erwidert, die vom Beklagten verwendete Software stelle bei der Neuanlage eines Objekts eine plane Eingabemaske ohne Daten zuvor angelegter Objekte zur Verfügung, wie eine von seiner Prozessbevollmächtigten durchgeführte Überprüfung des Programmablaufs ergeben habe (Anlage K6, Bl. 47 ff. d. A.). Daher müssten „alte“ Daten nicht „von Hand“ gelöscht werden. Diesem Vorbringen ist der Beklagte nicht entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, der Beklagte sei als Makler nicht Adressat der Regelung des § 16a EnEV. Eine Anwendung der Norm über ihren Wortlaut hinaus auf Makler sei methodisch nicht zulässig. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

Mit seiner gegen dieses Urteil gerichteten Berufung wiederholt und vertieft der Kläger seine Rechtsansicht, auch ein Immobilienmakler sei Adressat der Informationspflichten gemäß § 16a EnEV. Diese Norm diene der Umsetzung des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU. Die Richtlinie bezwecke, den Immobilieninteressenten möglichst frühzeitig einen Eindruck über die energetische Qualität des angebotenen Gebäudes zu verschaffen und einen überschlägigen Vergleich der Kosten für Heizwärme mit anderen Immobilienangeboten zu ermöglichen. Wenn Makler nicht Adressaten der Norm seien, sei diese weitgehend wirkungslos. Denn in Deutschland werde der weitaus größte Anteil der in

kommerziellen Medien veröffentlichten Immobilienverkaufs- oder Immobilienvermietungsanzeigen durch gewerbliche Maklerunternehmen geschaltet.

§ 16a EnEV sei richtlinienkonform dahin auszulegen, dass derjenige, der die Immobilienanzeige aufgabe, zur Angabe der Energiekennwerte verpflichtet sei. Dass dieses Auslegungsergebnis zutrefte, zeigten die in anderen EU-Mitgliedstaaten erlassenen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2010/31/EU.

Die Verantwortlichkeit des Beklagten als Immobilienmakler ergebe sich zudem aus § 26 Abs. 2 EnEV. Denn ein Makler werde im Auftrag des Verkäufers tätig.

Überdies habe der Beklagte nach § 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG unlauter gehandelt. Denn die Pflichtangaben gemäß § 16a Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 5 EnEV stellten wesentliche Informationen im Sinne von § 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG dar. Die Haftung des Beklagten ergebe sich nach den Grundsätzen der wettbewerbsrechtlichen Täterschaft und Teilnahme bzw. unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht.

Schließlich entspreche die Schaltung der Anzeige ohne Erteilung aller gemäß § 16a EnEV vorgeschriebenen Informationen nicht der unternehmerischen Sorgfalt im Sinne von § 3 Abs. 2 UWG.

Zur Berechnung der Höhe der geltend gemachten Kostenpauschale hat der Kläger eine tabellarische Aufstellung vorgelegt (Anlage BK 14, Bl. 189 d. A.).

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils den Beklagten zu verurteilen,

1.

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Zeitungen Anzeigen für Mietwohnungen vor deren Vermietung zu veröffentlichen ohne



sicherzustellen, dass die Immobilienanzeigen die gemäß § 16a EnEV erforderlichen Pflichtangaben

- zur Art des Energieausweises,
- zum im Energieausweis genannten Baujahr

enthalten, wenn dies geschieht wie in der Immobilienanzeige des Beklagten in der „Neuen Westfälischen“ vom 31. Januar 2015, die wie folgt wiedergegeben wird:



IMMOBILIEN IM DRUCK

**GT-Süd - mit Nähe zur Stadt**  
 3 Zimmer, Bad, Einbauküche, Balkon und  
 Stellplatz. In guter Wohnlage (3-FH), 84,00  
 m², 1. Obergeschoss, Gas 155,40kWh/m²a,  
 frei zum 01.07.2015, MKM: 588,00 € + NK  
 + 2,38 MKM Courtage. Ansprechpartner

2.

an den Kläger 245,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.07.2015 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er macht weiterhin geltend, ein Verstoß gegen § 16a EnEV sei nicht gegeben. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Anzeige am 31.01.2015 habe für das betreffende

Objekt noch kein Energieausweis vorgelegen. Die energiebezogenen Daten seien versehentlich in die Anzeige aufgenommen worden. Zudem sei ein Makler nicht Normadressat des § 16a EnEV.

Auf die mit Verfügung des Senats vom 12.07.2016 erteilte Auflage, den Energieausweis für das in Rede stehende Objekt vorzulegen, hat der Beklagte die Kopie eines Energieausweises für Wohngebäude betreffend das Objekt Schalückstraße 20 in Gütersloh vorgelegt (Bl. 164 ff. d. A.). Das Baujahr des Gebäudes ist darin mit „1994“ angegeben. Es handelt sich um einen sog. Energieverbrauchsausweis. Der Endenergieverbrauch des Gebäudes ist mit 146,6 kWh/( m<sup>2</sup>·a) beziffert; die Energieeffizienzklasse ist dementsprechend mit „E“ benannt. Der Energieausweis trägt das Ausstellungsdatum „10.02.2015“. Unter der Überschrift „Aussteller“ findet sich die Eintragung „Gepr. Energieberater d. Handwerks ^ . . .“.

Der Beklagte behauptet, der Energieausweis beziehe sich auf das mit der in Rede stehenden Anzeige angebotene Objekt. Die Angabe der Postleitzahl „33330“ im Energieausweis beruhe auf einem Fehler des ausstellenden Energieberaters.

Das in der Anzeige genannte Baujahr sei auf die Angaben des Vermieters zurückzuführen. Dem Beklagten sei nicht bekannt, ob das vom Vermieter benannte Baujahr oder das vom Aussteller des Energieausweises eingetragene Baujahr zutreffend sei.

Ferner erhebt der Beklagte Einwendungen gegen Sinn und Zweck von Energieausweisen und wirft dem Kläger vor, es zu versuchen, sich durch Abmahnungen zu bereichern. Zur Begründung beruft er sich auf Medienberichte und trägt vor, der Kläger erziele 28 % seines Umsatzes (ca. 2.000.000,00 € jährlich) durch Abmahnungen.

B.

Die Berufung ist zulässig und begründet.

I.

Die Klage ist zulässig.

1.

Der Unterlassungsantrag ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Er nimmt Bezug auf die konkrete Verletzungshandlung in Gestalt der beanstandeten Zeitungsanzeige, die im Antrag wiedergegeben ist.

2.

Der Kläger ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG klagebefugt. Er hat durch Vorlage der Anlage K1 nachgewiesen, dass er mit Wirkung zum 11.10.2004 in der Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) eingetragen ist.

3.

Hinreichende Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers (§ 8 Abs. 4 UWG) liegen nicht vor. Soweit der Beklagte unter Hinweis auf den Umsatz, den der Kläger durch Abmahnungen erzielt haben soll, und auf Medienberichte geltend macht, der Kläger versuche, sich durch Abmahnungen zu bereichern, ist dieses Vorbringen zu pauschal und reicht zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht aus.

II.

Die Klage ist auch begründet.

1.

Unterlassungsantrag:

Es kann dahinstehen, ob dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 3; 3 Abs. 1; 3a UWG bzw. § 4 Nr. 11 UWG aF in Verbindung mit § 16a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 EnEV zusteht. Denn der geltend gemachte Unterlassungsanspruch findet seine Grundlage jedenfalls in §§ 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 3; 3 Abs. 1; 5a Abs. 2 UWG.

a)

Ob der Beklagte gegen § 16a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 EnEV verstoßen hat, ist zweifelhaft.

aa)

Wird vor dem Verkauf eines mit einem Gebäude bebauten Grundstücks, eines grundstücksgleichen Rechts an einem bebauten Grundstück oder von Wohnungs- oder Teileigentum eine Immobilienanzeige in kommerziellen Medien aufgegeben und liegt zu diesem Zeitpunkt ein Energieausweis vor, so hat der Verkäufer gemäß § 16a Abs. 1 Satz 1 EnEV sicherzustellen, dass die Immobilienanzeige die in § 16a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 5 EnEV aufgeführten Pflichtangaben enthält.

§ 16a Abs. 1 EnEV ist gemäß § 16a Abs. 2 EnEV entsprechend anzuwenden auf den Vermieter, Verpächter und Leasinggeber bei Immobilienanzeigen zur Vermietung, Verpachtung oder zum Leasing eines Gebäudes, einer Wohnung oder einer sonstigen selbständigen Nutzungseinheit.

Nach dem Wortlaut der Norm sind Adressaten der Informationspflicht mithin der Verkäufer, der Vermieter, der Verpächter bzw. der Leasinggeber. Eine Verpflichtung von Maklern ergibt sich aus dem Wortlaut des § 16a EnEV nicht.

bb)

§ 16a EnEV dient der Umsetzung von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU.

Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU lautet:

*„Die Mitgliedstaaten verlangen, dass bei Verkauf oder Vermietung von*

- Gebäuden, für die ein Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz vorliegt,*
- Gebäudeteilen in einem Gebäude, für das ein Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz vorliegt, und*
- Gebäudeteilen, für die ein Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz vorliegt,*

*in den Verkaufs- oder Vermietungsanzeigen in den kommerziellen Medien der in dem Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes bzw. des Gebäudeteils angegebene Indikator der Gesamtenergieeffizienz genannt wird.“*

Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU benennt nach seinem Wortlaut keinen Adressaten der Informationspflicht, sondern bestimmt das Medium bzw. den Ort der

Informationserteilung („Verkaufs- oder Vermietungsanzeigen in den kommerziellen Medien“).

cc)

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die nationale Bestimmung des § 16a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EnEV richtlinienkonform dahin ausgelegt werden muss, dass auch eine (unmittelbare) Informationsverpflichtung für einen vom Verkäufer bzw. Vermieter beauftragten Makler besteht (vgl. allgemein zur richtlinienkonformen Auslegung: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 34. Aufl., Einleitung zum UWG Rn. 3.13). In der Rechtsprechung wird diese Frage – soweit ersichtlich – bislang überwiegend bejaht (vgl. etwa LG Tübingen, Urteil vom 12.11.2015 – 20 O 60/15, juris; LG München I, Urteil vom 16.11.2015 - 4 HKO 6347/15, juris; LG Münster, Urteil vom 25.11.2015 – 021 O 87/15, juris; LG Tübingen, Urteil vom 01.02.2016 – 20 O 53/15, juris; LG Traunstein, Urteil vom 12.02.2016 – 1 HKO 3385/15, juris; LG Bayreuth, Urteil vom 28.04.2016 – 13 HK O 57/15, juris; LG Leipzig, Urteil vom 10.05.2016 - 01 HK O 2761/15 = BeckRS 2016, 11133; *anderer Ansicht*: LG Gießen, Urteil vom 11.09.2015 – 8 O 7/15, juris; LG München II, Urteil vom 03.12.2015 - 2 HK O 3089/15 = BeckRS 2015, 19943).

Bei der richtlinienkonformen Auslegung bildet der Wortlaut der nationalen Regelung zwar keine Grenze (*Köhler/Bornkamm*, aaO). Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden (BGH, NJW 2009, 427, 429 – Quelle).

Eine richterliche Rechtsfortbildung ist indes verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie, ausgehend von einer teleologischen Interpretation, den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird (BVerfG, NJW 2012, 669, 671).

Eine Erstreckung der Informationsverpflichtung auch auf den Makler könnte einen solchen Fall unzulässiger richterlicher Rechtsfortbildung darstellen. Dass der deutsche Verordnungsgeber eine unmittelbare Informationsverpflichtung von Immobilienmaklern nach § 16a EnEV begründen wollte, lässt sich weder dem Wortlaut noch den Materialien der Verordnung entnehmen. Dadurch, dass der Verordnungsgeber für den Wortlaut des § 16a Abs. 1 Satz 1 EnEV die Formulierung

„... hat der Verkäufer sicherzustellen, ...“ verwendet hat, soll verdeutlicht werden, dass der Verkäufer nicht nur bei Immobilienanzeigen, die er selbst aufgibt, Pflichtangaben machen muss, sondern auch in Fällen wie der Beauftragung eines Maklerbüros dafür Sorge zu tragen hat, dass die erforderlichen Pflichtangaben in der Immobilienanzeige gemacht werden (BR-Drucksache 113/13, Seite 97). Demnach liegt es nicht fern, dass der deutsche Verordnungsgeber bewusst von der Regelung einer unmittelbaren Verantwortlichkeit von Immobilienmaklern für die Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 16a EnEV abgesehen hat. Für eine Erstreckung der Informationsverpflichtung auch auf den Makler im Wege richterlicher Rechtsfortbildung bestünde dann keine Grundlage. Letztlich bedarf dies hier keiner Entscheidung.

b)

Den der geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht jedenfalls nach §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3; 3 Abs. 1; 5a Abs. 2 UWG.

aa)

Da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, muss das Verhalten des Beklagten sowohl nach dem zur Zeit der beanstandeten Zeitungsanzeige geltenden Recht als auch nach dem zur Zeit der Entscheidung des Senats geltenden Recht wettbewerbswidrig sein (vgl. BGH, GRUR 2016, 403 – Fressnapf; BGH, Urteil vom 21.07.2016 – I ZR 26/15 – LGA tested, jeweils mwN).

bb)

§ 5a Abs. 2 UWG ist mit Wirkung ab dem 10.12.2015 neu gefasst worden.

Nach § 5a Abs. 2 UWG aF handelte unlauter, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 3 Absatz 2 UWG aF dadurch beeinflusste, dass er eine Information vorenthielt, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich war.

Nach der ab dem 10.12.2015 geltenden Rechtslage handelt gemäß § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG unlauter, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält, die dieser je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen (Nr. 1), und deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen

Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (Nr. 2). Gemäß § 5a Abs. 2 Satz 2 UWG gilt als Vorenthalten auch das Verheimlichen wesentlicher Informationen (Nr. 1), die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise (Nr. 2) und die nicht rechtzeitige Bereitstellung wesentlicher Informationen (Nr. 3).

cc)

Diese Neufassung des § 5a Abs. 2 UWG hat zu keiner für den vorliegenden Fall erheblichen Änderung der Rechtslage geführt (vgl. BGH, aaO – Fressnapf; BGH, aaO – LGA tested).

Die beanstandete Zeitungsanzeige - eine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG - war zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung am 31.01.2015 nach der alten Fassung des § 5a Abs. 2 UWG und ist auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Berufungsinstanz gemäß der neuen Fassung des § 5a Abs. 2 UWG unlauter und damit nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässig.

(1)

Der Beklagte hat dadurch, dass er in der Zeitungsanzeige nicht die Art des Energieausweises und das im Energieausweis genannte Baujahr des Objekts angegeben hat, gegen § 3 Abs. 2, § 5a Abs. 2 UWG aF verstoßen.

Nach § 5a Abs. 2 UWG aF handelte unlauter, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 3 Abs. 2 UWG aF dadurch beeinflusste, dass er eine Information vorenthielt, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich war.

(a)

Informationen zur Art des Energieausweises und zum im Energieausweis genannten Baujahr des Objekts sind wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG aF.

Eine Information ist nicht allein schon deshalb wesentlich im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG, weil sie für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von Bedeutung sein kann, sondern nur dann, wenn ihre Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann und ihr für die

geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zudem ein erhebliches Gewicht zukommt (vgl. BGH, GRUR 2012, 1275 – Zweigstellenbriefbogen; BGH, aaO - LGA tested).

(aa)

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Information als wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG anzusehen ist, ist das Interesse des Unternehmers zu berücksichtigen, die Information nicht zu erteilen. In die Interessenabwägung mit einzustellen sind der zeitliche und der kostenmäßige Aufwand des Unternehmers für die Beschaffung der Information, die für den Unternehmer mit der Informationserteilung verbundenen Nachteile sowie möglicherweise bestehende Geheimhaltungsbelange (BGH, aaO - LGA tested, mwN).

Ein schutzwürdiges Interesse des als Immobilienmakler tätigen Beklagten, nicht über die Art des Energieausweises und über das im Energieausweis genannte Baujahr des Objekts zu informieren, ist nicht erkennbar. Ihm ist es zuzumuten, die verlangten Informationen zu erteilen.

Für die Beschaffung der Informationen entsteht dem Beklagten nur ein geringfügiger zeitlicher und kostenmäßiger Aufwand. Er muss sich lediglich bei seinem Auftraggeber nach diesen Informationen erkundigen, sich ggf. den Energieausweis vorlegen lassen und die betreffenden Angaben in den Text der Anzeige übernehmen.

Die mit der Informationserteilung verbundenen Nachteile hat der Beklagte hinzunehmen. Der Ordnungsgeber schätzt die Mehrkosten, die durch die nach Maßgabe von § 16a EnEV vorgeschriebene Angabe energetischer Kennwerte entstehen, auf einen Betrag von 0,50 € bis 2,50 € pro Immobilienanzeige (je nachdem, in welchem (kommerziellen) Medium die Anzeige veröffentlicht wird) (vgl. BR-Drucksache 113/13, Seiten 71, 75 und 77). Dieser Bewertung schließt sich der Senat an. Die solchermaßen geschätzten Mehrkosten sind zumutbar.

Überdies stehen die Beschränkungen des verwendeten Kommunikationsmittels - hier: Werbung mittels Zeitungsanzeige - der Erteilung der in Rede stehenden Informationen nicht entgegen. Die verlangten Angaben können stichwortartig erfolgen. Bei der Abfassung des Anzeigentextes können ggf. verständliche Abkürzungen verwendet werden (vgl. BR-Drucksache 113/13, Seite 98).



Schließlich liegt kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse des Beklagten vor. Soweit die Erteilung der in § 16a Abs. 1 EnEV genannten Informationen bei ungünstiger energetischer Beschaffenheit des beworbenen Objekts dessen Vermarktung erschwert, kann dies nicht dazu führen, die Informationen als nicht wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG anzusehen. Dem steht bereits das Informationsinteresse der Verbraucher entgegen (dazu nachfolgend (bb)).

(bb)

Zwar begründet nicht jedes mögliche Interesse eines kritischen Verbrauchers an einer Information deren Wesentlichkeit im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG. Erforderlich ist eine besondere Bedeutung für die vom Durchschnittsverbraucher zu treffende geschäftliche Entscheidung. Die Frage, ob eine Information für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von besonderem Gewicht ist, ist nach dem Erwartungs- und Verständnishorizont des Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen (BGH, aaO - LGA tested, mwN). Eine solche besondere Bedeutung liegt hier vor.

Hinsichtlich eines Entschlusses zur Anmietung der betreffenden Wohnung ist es für den durchschnittlichen Verbraucher von erheblichem Interesse, Informationen zur Art des Energieausweises und zu dem im Energieausweis genannten Baujahr des Objekts zu erhalten. Dies ergibt sich bereits aus der in der Regelung des § 16a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 EnEV zum Ausdruck kommenden Wertung. Auch wenn § 16a EnEV ausdrücklich nur den Verkäufer, Vermieter, Verpächter bzw. Leasinggeber als Adressaten der Informationspflichten nennt, ändert dies nichts daran, dass der Verordnungsgeber die in der Norm genannten Informationen als solche als wesentlich ansieht („Pflichtangaben“). Denn handelte es sich nur um unbedeutende Informationen, bedürfte es nicht der Regelung des § 16a EnEV. Für den Interessenten ist es von besonderer Bedeutung, möglichst frühzeitig einen Eindruck von der energetischen Qualität des Gebäudes und damit zugleich die Möglichkeit zu einem überschlägigen Vergleich der Kosten für Heizwärme mit anderen Immobilienangeboten zu erhalten (vgl. BR-Drucksache 113/13, Seite 99).

Die Angabe der Art des Energieausweises macht transparent, ob der endenergetische Wert aus einem Verbrauchs- oder einem Bedarfsausweis entnommen wurde. Dadurch wird die Vergleichbarkeit solcher Angaben erleichtert (BR-Drucksache 113/13, Seite 98).

Auch die Angabe des Baujahrs des Gebäudes ist sowohl für den potentiellen Käufer als auch für den potentiellen Mieter einer Wohnung bzw. eines Hauses von erheblicher Bedeutung. Denn die Kenntnis des Baujahrs lässt in Verbindung mit der Kenntnis weiterer in § 16a EnEV genannter Informationen Rückschlüsse auf die bauliche und energetische Beschaffenheit des Gebäudes zu. So liegt es etwa bei einem hohen Alter des Gebäudes durchaus nahe, dass ein hoher Wert des Endenergieverbrauchs nicht (allein) auf ein vermeidbar ungünstiges Verbrauchsverhalten der bisherigen Nutzer zurückzuführen sein muss, sondern (auch) durch den baulichen Zustand des Objekts bedingt sein kann.

(b)

Der Beklagte hat den Verbrauchern Informationen zur Art des Energieausweises und zu dem im Energieausweis genannten Baujahr vorenthalten. Der Unternehmer enthält dem Verbraucher eine Information vor, wenn dieser sie nicht oder nicht so erhält, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen kann. Insoweit ist es allerdings erforderlich, dass die betreffende Information zum Geschäfts- und Verantwortungsbereich des Unternehmers gehört oder in sonstiger Weise für ihn verfügbar ist (BGH, aaO – LGA tested, mwN).

Die Zeitungsanzeige vom 31.01.2015 enthält keine Angaben zur Art des Energieausweises und zu dem im Energieausweis genannten Baujahr des Objekts.

Die diesbezüglichen Informationen waren für den Beklagten verfügbar. Der Senat geht davon aus, dass bei Schaltung der Zeitungsanzeige bereits ein Energieausweis für das betreffende Objekt existierte und dass dem Beklagten bzw. dem bei ihm beschäftigten Mitarbeiter zu diesem Zeitpunkt die in dem Energieausweis enthaltenen Angaben bekannt waren.

Der Beklagte hat zwar vorgetragen, zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Anzeige am 31.01.2015 habe für das angebotene Objekt kein Energieausweis vorgelegen. Die Tatsache, dass in der Zeitungsanzeige und in seiner Internetwerbung in Bezug auf das in Rede stehende Objekt Angaben zu einem Energieausweis enthalten sind, hat er damit zu erklären versucht, bei der Bedienung des verwendeten

Computerprogramms seien die Daten zum Energieausweis einer anderen Immobilie, die nicht Gegenstand der Anzeige gewesen sei, versehentlich nicht gelöscht worden.

Der Kläger hat daraufhin unter Vorlage von Screenshots, die eine von seiner Prozessbevollmächtigten durchgeführte Überprüfung des Programmablaufs zeigen (Anlage K 6, Bl. 47 ff. d. A.), dargetan, die vom Beklagten verwendete Software stelle bei der Neuanlage eines Objekts eine plane Eingabemaske ohne Daten zuvor angelegter Objekte zur Verfügung, so dass entgegen dem Vorbringen des Beklagten alte Daten nicht manuell gelöscht werden müssten.

Der Beklagte ist diesem Vorbringen nicht konkret entgegengetreten. Der Senat geht deshalb davon aus, dass sein Vortrag zu einem versehentlich unterbliebenen Löschen der energiebezogenen Daten eines anderen Objekts unzutreffend ist. Hinzu kommt, dass die energiebezogenen Angaben in der Zeitungsanzeige (Anlage K2) und in dem im Internetauftritt des Beklagten seinerzeit enthaltenen Exposé (Anlage K3) nicht deckungsgleich sind. Im Internet-Exposé (Anlage K3) waren auch Angaben zur Art des Energieausweises und zu dessen Gültigkeitsdauer enthalten. Diese Angaben waren hingegen nicht Inhalt der Zeitungsanzeige (Anlage K2).

Zudem hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten im Senatstermin erklärt, das vom Beklagten verwendete Computerprogramm diene lediglich dazu, die Immobilienanzeige an die Zeitung zu übermitteln.

Dem auf Vernehmung des Zeugen \_\_\_\_\_ gerichteten Beweisantritt des Beklagten war vor diesem Hintergrund nicht nachzugehen. Der Beklagte hat nicht plausibel darzulegen vermocht, dass die in der Zeitungsanzeige und in seinem Internetauftritt enthaltenen Angaben zu einem Energieausweis für das betreffende Objekt versehentlich dort aufgeführt worden sind. Eine Vernehmung des Zeugen Grabbe liefe bei dieser Sachlage auf eine unzulässige Ausforschung hinaus.

Der Umstand, dass die Internetwerbung des Beklagten (Anlage K3) Angaben zu einem Energiebedarfsausweis enthält, der bis zum 15.05.2024 gültig ist, lässt den Schluss zu, dass für das beworbene Objekt bereits am 16.05.2014 ein Energiebedarfsausweis ausgestellt worden ist. Denn nach § 17 Abs. 6 Satz 1 EnEV sind Energieausweise für eine Gültigkeitsdauer von zehn Jahren auszustellen. Der Senat geht deshalb davon aus, dass am 31.01.2015 - dem Zeitpunkt der

Veröffentlichung der Zeitungsanzeige - ein Energieausweis für das betreffende Gebäude existierte.

Dem steht nicht die vom Beklagten in der Berufungsinstanz vorgelegte Kopie eines Energieverbrauchsausweises entgegen, in dem das Ausstellungsdatum „10.02.2015“ vermerkt ist. Es kann als wahr unterstellt werden, dass dieser Energieausweis erst unter diesem Datum von dem als Aussteller benannten Energieberater Wurm erstellt wurde und dass sich dieser Ausweis auf das in Rede stehende Objekt bezieht. Denn es ist durchaus möglich, dass der Vermieter einen weiteren Energieausweis hat erstellen lassen. So kann er bei Vorliegen eines Energiebedarfsausweises Interesse an der Erstellung eines Energieverbrauchsausweises haben, etwa weil er sich bei letzterem die Einstufung in eine günstigere Energieeffizienzklasse erhofft. Der Beklagte trägt auch nicht vor, zu welchem Zeitpunkt der von ihm namentlich nicht benannte Vermieter (erstmal) die Erstellung eines Energieausweises in Auftrag gegeben hat.

Bei dieser Sachlage war auch eine Vernehmung des Energieberaters Wurm als Zeuge nicht veranlasst.

(c)

Es liegt auch eine spürbare Beeinträchtigung im Sinne von § 3 Abs. 2 UWG aF vor. Mit der Bejahung der Wesentlichkeit der vorenthaltenen Informationen sind jedenfalls nach der bis zum 09.12.2015 geltenden Rechtslage unwiderleglich auch die Erfordernisse des § 3 Abs. 2 UWG aF erfüllt, weil sich die Wesentlichkeit nach § 5a Abs. 2 UWG gerade dadurch definiert, dass der Verbraucher „im Sinne des § 3 Abs. 2 ... beeinflusst“ wird (Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 5a Rn. 56).

(2)

Das geschäftliche Handeln des Beklagten ist auch nach der neuen Fassung des § 5a Abs. 2 UWG unlauter und damit nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässig.

(a)

Der Verbraucher benötigt nach den Umständen die Information über die Art des Energieausweises und über das im Energieausweis genannte Baujahr des Objekts, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen (§ 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UWG).

„Geschäftliche Entscheidung“ ist jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG). Die in Rede stehenden Informationen benötigt der Verbraucher, um beurteilen zu können, ob das angebotene Objekt seinen Erwartungen in energetischer Hinsicht entspricht. Auf die vorstehenden Ausführungen wird verwiesen.

(b)

Das Vorenthalten der betreffenden Informationen ist geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (§ 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UWG). Die unzureichenden energiebezogenen Informationen können den Verbraucher dazu veranlassen, aufgrund der Immobilienanzeige Kontakt zu dem Beklagten im Hinblick auf eine Anmietung der Wohnung aufzunehmen. Diese Entscheidung hätte der Verbraucher ggf. nicht getroffen, wenn er sich anhand der Angaben zur Art des Energieausweises und zu dem im Energieausweis genannten Baujahr des Hauses bereits aufgrund der Immobilienanzeige näher über die energiebezogenen Eigenschaften der Immobilie hätte informieren können.

c)

Das Bestehen einer Wiederholungsgefahr wird aufgrund des vorliegenden Wettbewerbsverstoßes tatsächlich vermutet. Umstände, die geeignet sind, diese Vermutung zu widerlegen, sind nicht ersichtlich.

2.

#### Zahlungsantrag:

Der Kläger kann vom Beklagten zudem gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG Erstattung der geltend gemachten Abmahnkosten in Höhe von 245,00 € verlangen. Denn die Abmahnung war berechtigt.

Aufgrund der vom Kläger vorgelegten Kostenaufstellung (Anlage BK 14, Bl. 189 d. A.), die eine hinreichende Schätzgrundlage darstellt, schätzt der Senat die Abmahnkosten nach § 287 ZPO auf den Betrag von 245,00 €.

Der Zinsanspruch besteht gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB seit dem 18.07.2015.

C.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10; 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO.

Lopez Ramos

Franzke

Sohlenkamp