

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Beglaubigte Abschrift

Aktenzeichen: 6 U 4725/15

2 HK O 3089/15 Landgericht München II

Verkündet am 08.12.2016

Die Urkundsbeamtin:

Kaiser

Justizangestellte

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

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

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Roland Demleitner, Rheinstraße 11, 65549 Limburg

gegen

1

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

F

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Retzer sowie Richter am Oberlandesgericht Dr. Decker und Richter am Oberlandesgericht Lehner auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15.09.2016

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts München II vom 03.12.2015, Az. 2 HK O 3089/15, abgeändert wie folgt:

„1. Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Zeitungen eine Immobilienanzeige für eine Wohnimmobilie, für die zum Zeitpunkt der Anzeigenaufgabe ein Energieausweis vorliegt, vor deren Verkauf zu veröffentlichen, ohne sicherzustellen, dass in der Anzeige Angaben zu der Art des Energieausweises (Energiebedarfsausweis oder Energieverbrauchsausweis im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1 EnEV), zu dem im Energieausweis angegebenen wesentlichen Energieträger für die Heizung dieser Immobilie, für die im Energieausweis genannte Energieeffizienzklasse und zu dem im Energieausweis genannten Baujahr dieser Immobilie gemacht werden, wenn dies geschieht wie in einer Werbeanzeige des Beklagten im Fürstenfeldbrucker Tagblatt vom 10./11.01.2015 für die Immobilie „Einfamilienhaus, Wohnfläche 170 qm in Waakirchen“, die wie folgt wiedergegeben ist:

Waakirchen: EFH, ruhig, zentr., ca.
170 m² Wfl., 774 m² Gld., 143,7 kWh
m²a, € 619.000,- + 3,87% Pausch.
Baujahr: 1980

2. Der Beklagte wird darüber hinaus verurteilt, an den Kläger € 245,- nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz p.a. hieraus seit 17.07.2015 zu bezahlen.

- II. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der in der Berufungsinstanz angefallenen Kosten zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung hinsichtlich Ziffer I. dieses Senatsurteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 30.000,- abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Hinsichtlich Ziffer II. dieses Senatsurteils und hinsichtlich der Kosten kann der Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV. Die Revision wird zugelassen.

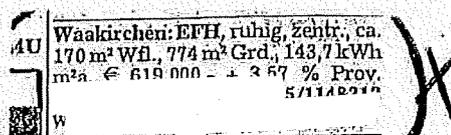
Gründe:

I.

Der Kläger, ein Umwelt- und Verbraucherschutzverband, geht gegen den Beklagten, einen in 83666 Waakirchen tätigen Immobilienmakler, wegen Schaltung einer Werbeanzeige vom 10./11.01.2015 im „Fürstenfeldbrucker Tagblatt“ vor, in dem ein Einfamilienhaus in Waakirchen unter Angabe von Kaufpreis und Größe der Wohnfläche und des Grundstücks zum Kauf angeboten wurde. In dem Umstand, dass neben dem Gesamtenergieverbrauch (143,7 kWh/m²a) die Anzeige weitere Angaben nach § 16a Abs. 1 Nr. 1 bis 5 der Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden (EnEV) nicht enthält, sieht der Kläger ein wettbewerbswidriges Verhalten und begehrt mit seiner Klage, den Beklagten zur Unterlassung und Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten zu verurteilen.

Die vom Kläger darauf gerichtete Klage, den Beklagten zu verurteilen,

1. es bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Zeitungen eine Immobilienanzeige für eine Wohnimmobilie, für die zum Zeitpunkt der Anzeigenaufgabe ein Energieausweis vorliegt, vor deren Verkauf zu veröffentlichen, ohne sicherzustellen, dass in der Anzeige Angaben zu der Art des Energieausweises (Energiebedarfsausweis oder Energieverbrauchsausweis im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1 EnEV), zu dem im Energieausweis angegebenen wesentlichen Energieträger für die Heizung dieser Immobilie, für die im Energieausweis genannte Energieeffizienzklasse und zu dem im Energieausweis genannten Baujahr dieser Immobilie gemacht werden, wenn dies geschieht wie in einer Werbeanzeige des Beklagten im Fürstenfeldbrucker Tagblatt vom 10./11.01.2015 für die Immobilie „Einfamilienhaus, Wohnfläche 170 qm in Waakirchen“, die wie folgt wiedergegeben ist:



2. an den Kläger € 245,- nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz p.a. hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen,

hat das Landgericht mit Urteil vom 03.12.2015 abgewiesen. Zur Begründung ist im Ersturteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird, ausgeführt:

Dem Kläger stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 3, § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG (a.F.) i.V.m. § 16a Abs. 1 EnEV nicht zu. Zwar sei eine geschäftliche Handlung ohne Weiteres darin zu sehen, dass der Beklagte in seiner Eigenschaft als Makler die streitgegenständliche Verkaufsanzeige im „Fürstenfeldbrucker Tagblatt“ habe schalten lassen. Im Vorgehen des Beklagten sei allerdings keine unlautere Handlung zu sehen. Hierbei könne dahinstehen, ob § 16a EnEV eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG (a.F.) sei. Es fehle nämlich an einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des § 16a Abs. 1 EnEV, da der Beklagte als Makler und Vermittler eines Immobiliengeschäfts nicht unter den Begriff des „Verkäufers“ zu subsumieren sei.

Zwar verfolge § 16a EnEV, den Energieverbrauch von Gebäuden stärker in das öffentliche Bewusstsein zu rücken und einen geringen Energieverbrauch als Verkaufsargument erscheinen zu lassen. Die Energiewirtschaft solle zur Herstellung energieeffizienter Gebäude angehalten werden. Dieser Zielsetzung widerspreche es, nur private Immobilienanzeigen den Pflichtangaben der EnEV zu unterwerfen und die große Anzahl von von Immobilienmaklern geschalteten Anzeigen hiervon auszunehmen. Entgegen der Auffassung des Klägers laufe die Norm des § 16a Abs. 1 EnEV indessen schon deshalb nicht ins Leere, weil sie bußgeldbewehrt sei (§ 27 Abs. 2 Nr. 6 EnEV). Makler würden sich einem vertraglichen Regressanspruch ihrer Kunden aussetzen, wenn sie die Pflichtangaben nicht in ihre Immobilienanzeigen aufnähmen, zumal sie Erfüllungsgehilfen des privaten Auftraggebers seien, der die Angaben nach § 16a Abs. 1 EnEV zu machen habe.

Den Rechtsstandpunkt des Klägers vermöge auch eine richtlinienkonforme Auslegung des Art. 16 EnEV nicht zu stützen. Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU (Europäische Gebäude-richtlinie) verhalte sich nämlich nicht zum Adressaten der darin aufgeführten Informationspflichten.

Eine analoge Anwendung des § 16a Abs. 1 EnEV komme im Streitfall nicht in Betracht. Da die Vorschrift bußgeldbewehrt sei, gelte das Verbot sanktionsbegründender bzw. sanktionsverschärfender Analogie, weshalb an die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung ein strenger Maßstab anzulegen sei. Zudem fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Umstand,

dass in § 16 Abs. 2 EnEV der Kreis der Adressaten der Informationspflichten über den Verkäufer hinaus auf „Vermieter, Verpächter und Leasinggeber“ erweitert worden sei, zeige auf, dass der Verordnungsgeber die Möglichkeit der Einbeziehung von Maklern in den Pflichtenkreis des § 16 EnEV zwar erwogen, sich allerdings hiergegen entschieden habe. Derartiges lasse sich auch den Gesetzesmaterialien entnehmen.

Einer Inanspruchnahme des Beklagten unter dem Gesichtspunkt wettbewerbswidrigen Verhaltens stehe zudem entgegen, dass die in Art. 27 Abs. 2 Nr. 6 EnEV ausgesprochene Bußgeldbewehrung im Falle eines Verstoßes gegen die Informationspflichten des § 16 EnEV gemäß Art. 3 der Änderungsverordnung erst ein Jahr nach Inkrafttreten (01.05.2015) zur Anwendung komme, die streitgegenständliche Immobilienanzeige aber bereits aus dem Januar 2015 datiere. Wenn der Verordnungsgeber selbst während des Übergangszeitraums von einer Sanktionierung absehe, sei es nicht angezeigt, diese gesetzgeberische Wertung über das Wettbewerbsrecht zu korrigieren.

Auch von einer Irreführung im Sinne des § 5a Abs. 2 i.V.m. § 5a Abs. 4 UWG sei im Streitfall nicht auszugehen. Die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern werde nicht dadurch beeinflusst, dass in einer Immobilienanzeige die erforderlichen Angaben zur Energieeffizienz eines Gebäudes nicht gemacht werden. Eine Immobilienanzeige diene lediglich einer kursorischen Erstinformation, aufgrund derer allein ein Immobilienkäufer noch keinen Kaufentschluss fasse.

Schließlich lägen auch die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 UWG nicht vor, da der Beklagte nicht als Mitarbeiter in einem Unternehmen des Verkäufers oder als Beauftragter angesehen werden könne.

Mangels Vorliegens eines Unterlassungsanspruchs bestehe auch der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten nicht.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, die er wie folgt begründet:

Das Landgericht habe den Inhalt des Art. 12 Abs. 4 der Europäischen Gebäuderichtlinie sowie des die Richtlinie umsetzenden § 16a EnEV fehlerhaft auf den Streitfall angewandt. Die Grundlagenrichtlinie 2010/31/EU diene auch dem Schutz des Verbrauchers, der sich für den Kauf einer Immobilie interessiere und der bereits in kommerziellen Verkaufs- oder Vermietungsan-

zeigen umfassende Informationen über die Gesamtenergieeffizienz des angebotenen Gebäudes erhalten solle, damit er Folgekosten abwägen und eine fundierte Entscheidung zum Kauf oder zur Miete treffen könne (vgl. Erwägungsgrund 22 der Richtlinie). Dies zeige sich auch in der Begründung des Verordnungsgebers zu § 16a EnEV (BT-Drs 113/13, S. 99). Die in § 16a Abs. 1 Nr. 1 bis 5 EnEV aufgeführten Pflichtangaben stellten damit gleichzeitig wesentliche Informationen für den Verbraucher im Sinne von § 5a Abs. 2, Abs. 4 UWG dar, so dass – was das Erstgericht offen gelassen habe - die Norm des § 16a EnEV auch als eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 3a UWG/§ 4 Nr. 11 UWG a.F. anzusehen sei.

Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts falle der Beklagte als Immobilienmakler unter den Kreis der den Informationspflichten des § 16a EnEV unterliegenden Personen. Nach den zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Art. 12 Abs. 4 der Europäischen Gebäude-richtlinie habe es den nationalen Gesetzgebern in Umsetzung der Richtlinie obliegen, sicherzustellen, dass in allen Verkaufs- oder Vermietungsanzeigen für Immobilien in kommerziellen Medien Pflichtangaben zur Gesamtenergieeffizienz des angebotenen Gebäudes bzw. Gebäudeteils zu machen seien. Die Verpflichtung zur Nennung der Angaben treffe mithin in der Umsetzungsvorschrift des § 16a EnEV den für die jeweilige Verkaufs- oder Vermietungsanzeige Verantwortlichen. Dies habe der deutsche Verordnungsgeber in § 16a EnEV mit dem Begriff des „Verkäufers“ zum Ausdruck gebracht. In entsprechender Weise sei § 16a EnEV richtlinienkonform auszulegen. Die sich nur am Wortlaut orientierende Auslegung durch das Erstgericht sei daher rechtsfehlerhaft und trage der Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers und der nationalen Gerichte, das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der durch das nationale Recht umzusetzenden Richtlinie unter Ausschöpfung des den nationalen Gerichten eingeräumten Beurteilungsspielraums auszulegen sowie das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und Art. 288 AEUV zu entsprechen, nicht in hinreichendem Maße Rechnung. Es sei bereits fraglich, ob der Begriff des „Verkäufers“ im rechtsgeschäftlichen Sinne eng auszulegen sei oder auch solche Personen umfasse, die wie der Makler im Namen des Verkäufers auftreten und von ihm mit der Schaltung, der Veröffentlichung bzw. der Gestaltung einer Immobilienanzeige beauftragt werden. Für die Interpretation, wonach „Verkäufer“ im Sinne von § 16a Abs. 1 EnEV derjenige sei, der den Verkauf der Immobilie betreibe und der dem Immobilieninteressenten bzw. dem Leser einer Immobilienanzeige gegenüber als Handelnder auftrete, der den Verkaufs- oder Vermietungsvorgang abwickle, wohingegen der Eigentümer der Immobilie in der Anzeige nicht genannt werde, spreche zudem, dass § 16a Abs. 1 EnEV gerade nicht den Eigentümer als Verpflichteten ansehe, sondern den Verkäufer, und die

in dieser Norm verwendeten Begrifflichkeiten auf den Akt der Vermarktung einer angebotenen Immobilie abstellten. Nur diese Auslegung trage dem vom nationalen Verordnungsgeber umzusetzenden Normbefehl der Grundlagenvorschrift des Art. 12 Abs. 4 der Europäischen Gebäude-richtlinie Rechnung. Selbst wenn man dieser Rechtsauffassung nicht folgen würde, ergäbe sich die Verpflichtung des Immobilienmaklers nach § 16a Abs. 1 EnEV aus der gebotenen richtli-
nienkonformen Auslegung im weiteren Sinne in Form der im Streitfall notwendigen richterli-
chen Rechtsfortbildung. Denke man die unzutreffende Rechtsauffassung des Landgerichts zu
Ende, würden nämlich die Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU ins Leere
laufen, nachdem etwa in der Bundesrepublik Deutschland der weitaus größte Teil aller in kom-
merziellen Medien aufgegebenen bzw. veröffentlichten Verkaufs- oder Vermietungsanzeigen
für Immobilien durch gewerbliche Maklerunternehmen geschaltet bzw. veröffentlicht würden.
Für den jeweiligen Immobilieneigentümer wäre es durch Ein- bzw. Zwischenschaltung eines
Immobilienmaklers ein Leichtes, die Energieeffizienzkennzeichnungspflichten des § 16a EnEV
zu umgehen, ohne Gefahr zu laufen, mit einem Bußgeldverfahren überzogen zu werden, nach-
dem der Eigentümer in einer von einem Makler aufgegebenen Immobilienanzeige nicht genannt
werde. Dass die Verpflichtungen des § 16a EnEV alle Marktbeteiligten, also auch die Immobi-
liemakler, treffen sollten, und dass der deutsche Verordnungsgeber davon ausgegangen sei,
nicht nur Anzeigen von Privatpersonen, sondern auch Immobilienanzeigen der Wohnungswirt-
schaft, mithin also alle Immobilienanzeigen, unterlägen dem Geltungsbereich des § 16a EnEV,
gehe überdies aus den Gesetzesmaterialien hervor (vgl. BT-Drs. 113/13 zur 2. Verordnung zur
Änderung der Energieeinsparverordnung, Anl. K 30). Die gegenteilige Auffassung des Landge-
richts stehe im Widerspruch zur vom Verordnungsgeber konkret geäußerten, von der Annahme
der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht, zu gewährleisten, dass gemäß den
Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU in allen Immobilienanzeigen in kom-
merziellen Medien sicherzustellen sei, dass darin die Pflichtangaben zur Gesamtenergieeffizi-
enz erfolgen. Insoweit bestünde tatsächlich eine planwidrige Unvollständigkeit bzw. Rege-
lungslücke, da der Verordnungsgeber im Falle zutreffender Interpretation des Erstgerichts vom
Regelungsgehalt des § 16a EnEV seiner in der Begründung zur Novellierung der EnEV geäu-
ßerten Zielsetzung, die Richtlinie 2010/31/EU alternativlos umzusetzen, nicht nachgekommen
sei. Nicht zuletzt sei darauf hinzuweisen, dass andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union
(Spanien, Frankreich, Luxemburg, Irland, Großbritannien, Österreich) die Vorgaben des Art. 12
der Richtlinie 2010/31/EU dahingehend umgesetzt hätten, dass sie ausnahmslos für alle Immo-
bilienanzeigen gälten.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts stehe der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung im vorstehend dargestellten Sinne auch die Bußgeldvorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 6 EnEV nicht entgegen. Das Erstgericht verkenne den grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Wettbewerbsrecht einerseits und dem Ordnungswidrigkeitenrecht andererseits. Es stehe dem nationalen Gesetzgeber frei, eine wettbewerbsrechtliche Verpflichtung bußgeldbewehrt zu sanktionieren. Demgegenüber sei er an das Gebot der Umsetzung zwingender Vorgaben einer EU-Grundlagenrichtlinie gebunden und könne hiervon nicht abweichen.

Selbst wenn man den Makler nicht als direkten Normadressaten des § 16a Abs. 1 EnEV ansähe, hätte das Landgericht eine Verurteilung aussprechen müssen, da der Beklagte jedenfalls nach den §§ 5a Abs. 2, Abs. 4 UWG, § 16a Abs. 1 EnEV für die Vorenthaltung wesentlicher Informationen für den Verbraucher in Verbindung mit den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen der wettbewerbsrechtlichen Täterschaft und Teilnahme bzw. unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht einzustehen habe. Beauftragte wie im Streitfall der Grundstückseigentümer einen gewerblich tätigen Makler mit der Schaltung einer Immobilienanzeige, so trete letzterer im geschäftlichen Verkehr auf und habe die Informationspflichten gleichermaßen wie ein Verkäufer bzw. an dessen Stelle zu erfüllen. Ein Immobilienmakler habe bei Schaltung einer Immobilienanzeige zu gewährleisten, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern, hier also die Verbraucherschutzvorschriften des § 16a EnEV, nicht verletzen. Komme er dieser rechtlichen Verpflichtung nicht nach, könne er auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Die Einhaltung der Vorgaben des § 16a EnEV bzw. der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht seien dem Immobilienmakler auch zumutbar, zumal er über die notwendigen Energieeffizienzdaten des Energieausweises eines Gebäudes regelmäßig mit Beauftragung durch den Eigentümer verfüge bzw. bei Besichtigung einer Immobilie verpflichtet sei, den Energieausweis vorzulegen. Auf das als Anl. K 22 vorgelegte Protokoll der Berufungsverhandlung vor dem OLG Bamberg vom 10.02.2016 in einem parallel geführten Rechtsstreit des Klägers sei zu verweisen. Der Streitfall sei gleichermaßen zu beurteilen. Der Beklagte wäre gehalten gewesen, im Rahmen der ihm obliegenden wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht die vollständige Nennung der Pflichtangaben des § 16a Abs. 1 EnEV in der von ihm geschalteten streitgegenständlichen Anzeige gemäß Anl. K 3 sicherzustellen. Da er dies pflichtwidrig unterlassen habe, hafte er als (Mit-)Täter bzw. als Gehilfe der dadurch begründeten unlauteren Wettbewerbsverletzung.

Der angegriffene streitgegenständliche Wettbewerbsverstoß sei auch spürbar. Dies gelte für Zuwiderhandlungen gegen § 16a EnEV grundsätzlich und ausnahmslos. Durch das Unterlassen der Nennung der Pflichtangaben des § 16a EnEV könne der Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst werden, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Der Verbraucher solle schon bei der Bewerbung einer angebotenen Immobilie in einer Werbeanzeige Informationen über deren Energieverbrauch erhalten und sich bereits beim Betrachten der Anzeige entscheiden können, ob er sich mit dieser näher befasse. Zudem liege ein Fall des § 5a Abs. 4 UWG vor, so dass dem Beklagten von vorneherein der Einwand versagt sei, es handle sich beim Streitfall allenfalls um einen Bagatellverstoß.

Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, die bloße Angabe des Jahresenergieverbrauchs entspreche den Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU. Insbesondere treffe es nicht zu, dass der nationale Ordnungsgeber über die Vorgaben der Richtlinie hinausgegangen sei. Vielmehr habe er sie in nicht zu beanstandender Weise umgesetzt. Dies folge schon daraus, dass die Angabe des Jahresenergieverbrauchs für sich genommen als Vergleichsgrundlage für den Verbraucher ungeeignet sei, um eine geschäftliche Entscheidung treffen zu können. Abgesehen davon würde selbst eine weitergehende Umsetzung der Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie durch den nationalen Gesetzgeber nichts daran ändern, dass die Vorschrift des § 16a EnEV ihre Grundlage im Gemeinschaftsrecht habe und der nationale Gesetzgeber lediglich verpflichtet sei, mindestens die Kernvorgaben des Gemeinschaftsrechts umzusetzen.

Aus den vorstehenden Gründen gehe auch die Behauptung des Beklagten, § 16a EnEV verstoße gegen die UGP-Richtlinie, weil die Norm „schärfere“ Regelungen beinhalte als durch das Gemeinschaftsrecht vorgegeben, an der Sache vorbei. Insbesondere verfolge die UGP-Richtlinie nicht den Zweck, den Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG/§ 4 Nr. 11 UWG a.F. einzuschränken, die UGP-Richtlinie ergänze ihn vielmehr.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angegriffenen erstinstanzlichen Urteils den Beklagten wie in erster Instanz beantragt zur Unterlassung und zur Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten in Höhe von € 245,- nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Er verteidigt das Ersturteil und führt ergänzend hierzu aus:

Der Auffassung des Klägers, die Richtlinie 2010/31/EU bzw. deren Art. 12 Abs. 4 diene auch dem Schutz des Verbrauchers, sei nicht zu folgen. Der vom Kläger zitierte Erwägungsgrund 22 der Richtlinie biete für eine derartige Auslegung keinen Anhaltspunkt. Dem Erwägungsgrund 22 könne generell kein den Verbraucherschutz bezweckender Regelungsgehalt entnommen werden. Insbesondere treffe dies auf Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie zu, der die Pflicht zur Angabe des Indikators der Gesamtenergieeffizienz bereits in den Immobilienanzeigen regele, wohingegen Erwägungsgrund 22 sich nur auf die Absätze 1 bis 3 des Art. 12 der Richtlinie beziehe. Überdies finde der Begriff des Verbrauchers weder in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie, noch in § 16a EnEV Verwendung. Die klägerseits apostrophierte Verbraucherinformation und der Aspekt des Verbraucherschutzes ließen sich auch nicht aus den Gesetzesmaterialien ableiten. Tatsächlich beschränke sich der gesetzgeberische Zweck der verfahrensgegenständlichen Regelung auf allgemeine Informationen über den Energiebedarf und -verbrauch ohne Bezugnahme auf Verbraucherrechte. Dementsprechend treffe es auch nicht zu, dass es sich bei der Vorschrift des § 16a Abs. 1 EnEV um eine Marktverhaltensregel handle.

Auf vermeintliche mündliche Ausführungen des OLG Bamberg in einem dort geführten Berufungsverfahren könne sich der Kläger nicht berufen. Dessen Darstellung im hiesigen Rechtsstreit wie auch gegenüber den Medien sei unzutreffend. Der vom Kläger in Bezug genommenen Entscheidung des LG Würzburg in erster Instanz könne nicht gefolgt werden. Die darin getroffene Beurteilung, wonach § 16a EnEV verbraucherschützenden Charakter aufweise, könne keinen Bestand haben.

Die Rechtsauffassung des Landgerichts, wonach der Beklagte als Immobilienmakler nicht Normadressat des § 16a EnEV sei, sei entgegen der Auffassung des Klägers nicht zu beanstanden. Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU enthalte diesbezüglich keine Regelung. Die Behauptung des Klägers, der Richtlinie sei zu entnehmen, dass „Verkäufer“ im Sinne von § 16a Abs. 1 EnEV der für die Aufgabe und Schaltung von Immobilienanzeigen „Verantwortliche“ sei, treffe nicht zu.

Vielmehr sei der Wortlaut des § 16a EnEV, der als den Adressaten der darin aufgeführten Kennzeichnungspflichten ausdrücklich nur den „Verkäufer“ bestimme, eindeutig und lasse eine Auslegung wie vom Kläger vorgenommen nicht zu. Die Vorschrift des § 16a EnEV, mit der die Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU vollständig umgesetzt worden seien, bestimme, dass für Verstöße gegen die Kennzeichnungspflicht allein der Verkäufer verantwortlich sei, nicht hingegen der Makler, der lediglich als Vermittler des angebotenen Immobiliengeschäfts auftrete. Eine Haftung des Maklers komme allenfalls bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung mit dem Auftraggeber im Innenverhältnis in Betracht.

Die Behauptung des Klägers, das Landgericht habe die Vorrangwirkung des Art. 288 AEUV bzw. den Grundsatz der Gemeinschaftstreue nicht beachtet, entbehre ebenfalls einer hinreichenden Grundlage. Wie bereits ausgeführt verhalte sich Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU zum Kreis der der Kennzeichnungspflicht unterliegenden Personen nicht. Durch die Beschränkung auf den „Verkäufer“ habe der nationale Verordnungsgeber daher lediglich von seinem ihm zustehenden Beurteilungsspielraum Gebrauch gemacht.

Zwar könne die gebotene richtlinienkonforme Auslegung einer nationalen Vorschrift je nach Sachlage des Einzelfalles auch gegen deren Wortlaut erfolgen. Die Annahme, abweichend vom eindeutigen Wortlaut des § 16a EnEV falle der Makler unter den Adressatenkreis der Kennzeichnungspflichten, entbehre einer rechtlichen Grundlage. Für die Auffassung des Klägers, wonach der Begriff des „Verkäufers“ über seine zivilrechtliche Bedeutung hinaus auf die Person des Maklers auszudehnen sei, sei angesichts des klaren Wortlauts der Regelung und des allgemeinen Verkehrsverständnisses, wonach der Verkäufer einer Immobilie grundsätzlich der Grundstückseigentümer oder ein zur Übertragung des Eigentums am Grundstück Berechtigter sei, nicht hingegen der lediglich als Vermittler auftretende Makler, kein Raum. Derjenige, der aus Sicht des Lesers als „Handelnder“ der Immobilienanzeige auftrete und den Verkaufs- oder Vermietungsvorgang abwickle, sei mit der Person des „Verkäufers“ im Sinne von § 16a EnEV

nicht gleichzustellen. Der „Handelnde“ finde in den Gesetzesmaterialien ohnehin keine Erwähnung. Dem Schutz des Verbrauchers werde, soweit – wie nicht – mit dem Kläger von § 16a EnEV als einer verbraucherschützenden Norm auszugehen sei, im Übrigen dadurch Rechnung getragen, dass ihm vor Abschluss des Kaufvertrages offen gelegt werde, wer der tatsächliche Verkäufer des Objekts sei. Daher könne es für die richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs „Verkäufer“ im Zusammenhang mit Immobilienanzeigen nicht auf das Verkehrsverständnis des Verbrauchers ankommen. Dass in tatsächlicher Hinsicht im Inland Immobilienanzeigen regelmäßig von Maklern geschaltet würden und diese als „Handelnde“ gegenüber dem Kaufinteressenten gegenüber träten, könne nicht dazu führen, die Entscheidung des Verordnungsgebers über den Adressatenkreis der Norm des § 16a EnEV in Frage zu stellen.

Eine Kennzeichnungspflicht nach § 16a EnEV lasse sich für den Makler auch nicht aus einer richtlinienkonformen Auslegung im weiteren Sinne durch richterliche Rechtsfortbildung herleiten. Es treffe nicht zu, dass nach dem Verständnis des Landgerichts Immobilienanzeigen von Maklern gänzlich von der Kennzeichnungspflicht unberührt blieben und damit das Normdurchsetzungsgebot des Art. 288 AEUV ausgehebelt werde, zumal auch noch die Gefahr einer Umgehung des § 16a EnEV durch Einschaltung eines Maklers durch den an sich kennzeichnungspflichtigen Immobilieneigentümer drohe. Diese Rechtsauffassung lasse unbeachtet, dass der Gesetzesbegründung zu § 16a EnEV folgend der Verkäufer auch bei Beauftragung eines Maklerbüros sicherzustellen habe, dass die Immobilienanzeige die Pflichtangaben gemäß § 16a EnEV enthalte. Dass die ohnehin erst am 01.05.2015 in Kraft getretene Bußgeldvorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 6 EnEV in der Praxis der Ordnungsbehörden bislang noch nicht häufig zur Anwendung gekommen sei, könne eine mit der Richtlinie nicht in Einklang zu bringende Auslegung im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung nicht rechtfertigen.

In Betracht käme allenfalls ein Analogieschluss. Hierfür fehle es aber wie vom Landgericht zutreffend festgestellt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Verordnungsgeber habe mit § 16a EnEV gerade keine Regelung geschaffen, der zufolge Immobilienanzeigen von Maklern nicht der Kennzeichnungspflicht unterfielen. Die Vorschrift des § 16a EnEV, mit der Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU umgesetzt worden sei, garantiere vielmehr, dass Immobilienanzeigen die Angaben über die Gesamtenergieeffizienz ausnahmslos zu enthalten hätten. § 16a EnEV weiche von den inhaltlichen Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU nicht ab, sondern bestimme lediglich den Adressaten- bzw. Verpflichtetenkreis der in der Richtlinie bzw. in § 16a EnEV normierten Pflichten näher. Diesbezüglich enthalte Art.

12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU aber gerade keine Vorgaben. Den Gesetzesmaterialien ließen sich entgegen der Auffassung des Klägers indessen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass Makler von den Pflichten des § 16a EnEV erfasst werden sollten, das Gegenteil sei vielmehr der Fall (vgl. BT-Drs. 113/13, S. 97). Dass eine planwidrige Regelungslücke nicht vorliege, zeige auch der Umstand, dass der Ordnungsgeber in § 16a Abs. 2 EnEV über den Verkäufer hinaus ausdrücklich weitere Personengruppen als zum Kreis der Normadressaten des § 16a EnEV gehörend bestimmt hat – nämlich Vermieter, Verpächter und Leasinggeber –, ohne jedoch den Makler in diesen Kreis aufzunehmen, trotz der hohen Anzahl von durch diese Berufsgruppe im Inland geschalteten Immobilienanzeigen. Der Ordnungsgeber habe daher ganz bewusst eine Differenzierung vorgenommen und seinen Willen zum Ausdruck gebracht, Makler vom Adressatenkreis des § 16a EnEV auszunehmen. Schließlich könne sich der Kläger auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass in anderen Mitgliedsländern der Europäischen Union Makler kennzeichnungspflichtig seien; dies ändere nichts daran, dass Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU keine Vorgaben zum Kreis der kennzeichnungspflichtigen Personen mache, die diesbezügliche Normsetzung daher dem nationalen Ordnungsgeber vorbehalten sei.

Schließlich habe das Landgericht zu Recht darauf hingewiesen, die Einführung der Bußgeldvorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 6 EnEV spreche dafür, dass sich der Ordnungsgeber hinreichende Gedanken dazu gemacht habe, welche Personen von einer möglichen Sanktion betroffen sein sollten, um den im Ordnungswidrigkeitenrecht an das Bestimmtheitsgebot zu stellenden Anforderungen gerecht zu werden. Dies belege ebenso, dass der deutsche Ordnungsgeber mangels ausdrücklicher Nennung Makler von den Pflichten des § 16a EnEV habe ausnehmen wollen.

Der Beklagte könne vom Kläger auch unter dem Gesichtspunkt des § 5a UWG nicht auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Für eine täterschaftliche Begehung bzw. eine Gehilfenhaftung fehle es bereits an einem tatbestandsmäßigen Verhalten des Beklagten. Insoweit sei darauf hinzuweisen, dass die am 10./11.01.2015 geschaltete streitgegenständliche Immobilienanzeige des Beklagten und die darauf folgende Abmahnung vom 23.01.2015 in zeitlicher Hinsicht deutlich vor Inkrafttreten der Bußgeldvorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 6 EnEV lägen. Eine wettbewerbsrechtliche Ahndung sei mit dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen, den Normadressaten des § 16a EnEV – unabhängig davon, ob hierunter der Auffassung des Klägers folgend auch der Makler falle -

eine Umstellungszeit von einem Jahr nach Inkrafttreten des § 16a EnEV einzuräumen, unvereinbar und würde diesen unterlaufen.

Zudem fehle es im Streitfall an einer Irreführung des Verbrauchers gemäß § 5a Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 UWG. Selbst wenn es sich – wie nicht – bei den von § 16a EnEV geforderten Pflichtangaben um „wesentliche Informationen“ im Sinne von § 5a Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 UWG handeln sollte, würde der Verbraucher durch deren Fehlen in einer Immobilienanzeige nicht daran gehindert, eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Der Zeitpunkt der Schaltung bzw. des Lesens der Immobilienanzeige habe nämlich keinen Einfluss darauf, ob der Verbraucher später, nämlich im Zeitpunkt des tatsächlichen Kaufs der Immobilie, über die relevanten Informationen für eine informierte Entscheidung über den Kauf verfüge. Die Immobilienanzeige diene lediglich dem Zweck, Interessenten Informationen über ein mögliches Kaufobjekt zukommen zu lassen. Nicht von Relevanz sei hingegen, ob das Vorenthalten der Pflichtangaben in einer Immobilienanzeige geeignet sei, den Interessenten etwa davon abzuhalten, einen Besichtigungstermin zu vereinbaren. Eine derartige Entscheidung stelle keine im Sinne von § 5a UWG relevante geschäftliche Entscheidung dar. Insoweit sei auch von Bedeutung, dass bei Schaltung der Immobilienanzeige ohnehin der Energieausweis noch nicht vorliegen müsse, sondern erst bei der Besichtigung (§ 16 Abs. 2 EnEV).

Daher scheide eine Irreführung des Verbrauchers, die sich darauf stütze, dass die Immobilienanzeige die Pflichtangaben nach § 16a EnEV nicht enthalte, von vorneherein aus, zumal es sich hierbei auch nicht um „wesentliche Informationen“ im Sinne der § 5a Abs. 2, Abs. 4 UWG handle. Entscheidend sei, dass der Interessent im Zeitpunkt der Kaufentscheidung über alle relevanten Informationen verfüge. Abgesehen davon dienten die in § 16a EnEV aufgeführten Kennzeichnungspflichten nicht dem Verbraucherschutz. Diese sollten vielmehr Hilfe leisten, die Energieeinsparung zu fördern. Den insoweit vom Kläger zitierten, dieser Auffassung widersprechenden landgerichtlichen Entscheidungen sei nicht zu folgen.

Ohnehin könne der Beklagte schon deshalb nicht gegen § 16a EnEV verstoßen, weil er wie vorstehend ausgeführt nicht Adressat der nach § 16a EnEV verpflichteten Personen sei. Er verstoße auch nicht gegen eine ihm angeblich obliegende wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht. Eine Haftung des Beklagten als Makler nach § 5a UWG setze begrifflich voraus, dass er vom Verpflichtetenkreis des § 16a EnEV erfasst sei.

Schließlich fehle es auch an der für eine Verurteilung erforderlichen Spürbarkeit des klägerseits behaupteten Wettbewerbsverstoßes. Der Kläger verkenne, dass bei der Beurteilung, ob im Streitfall schützenswerte Verbraucherinteressen spürbar beeinträchtigt würden, allein der Zeitpunkt der Kaufentscheidung relevant sei. Nur darin sei ein relevantes „wirtschaftliches Verhalten“ des Verbrauchers im Sinne von § 3, § 5a UWG zu sehen. Der Zeitpunkt der Anzeigenschaltung sei demgegenüber für die Spürbarkeitsprüfung unmaßgeblich, er entbehre einer geschäftlichen Relevanz. Der Verweis des Klägers auf instanzgerichtliche Entscheidungen zu den Kennzeichnungspflichten nach der Pkw-EnVKV sei angesichts dessen, dass diese Verordnung in Bezug auf ihren Schutzzweck mit der EnEV nicht übereinstimme, nicht zielführend.

Ohnehin gehe § 16a EnEV über den Inhalt des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU insoweit hinaus, als der nach der Verordnung anzugebende Indikator die Gesamtenergieeffizienz betreffend über die in der Richtlinie geforderte Angabe des Endenergiebedarfs hinausgehe. Auf den Anhang I zu Art. 3 der Richtlinie, Ziffer 2 sei insoweit zu verweisen. Vor diesem Hintergrund könnte eine Verurteilung ohnehin keinen Bestand haben, weil die betreffenden Informationspflichten, auf die der Kläger seine Ansprüche stütze, keine Grundlage im Gemeinschaftsrecht hätten.

Schließlich sei § 16a EnEV auch nicht mit der UGP-Richtlinie (Richtlinie 2005/29/EG) vereinbar, da sich diese Vorschrift als Immobilienregelung nicht im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie bewege. Es könne auch dahinstehen, ob die UGP-Richtlinie den Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG/§ 4 Nr. 11 UWG a.F. einschränke oder gar aufhebe, da die Vorschrift des § 16a EnEV schon keine Marktverhaltensregelung sei.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze und auf das Protokoll des Termins vom 15.09.2016 (Bl. 292/294 d.A.) Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers gegen das angegriffene landgerichtliche Urteil vom 03.12.2015 ist zulässig, insbesondere wurde sie form- und fristgerecht eingelegt (§ 517, § 519 ZPO) und innerhalb verlängerter Frist mit am selben Tage per Telefax eingegangenem Schriftsatz vom 08.03.2016 begründet (§ 520 Abs. 2 Sätze 1 und 3 ZPO). Sie führt in der Sache auch zum Erfolg. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche zwar nicht aufgrund vom Beklagten zu verantwortender fehlender bzw. unvollständiger Pflichtangaben in der streitgegenständlichen Immobilienwerbung (Anl. K 3) nach Maßgabe des § 16a Abs. 1 EnEV i.V.m. § 3a UWG 2015/§ 4 Nr. 11 UWG 2008 zu, weil der Beklagte nicht Normadressat des § 16a EnEV ist (nachfolgend zu 1.c). Der Beklagte ist allerdings unter dem Gesichtspunkt der Irreführung durch Vorenthalten wesentlicher, den Gesamtenergieverbrauch der angebotenen Immobilie betreffender Informationen im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG zur Unterlassung und zur Erstattung der klägerseits geltend gemachten vorgerichtlichen Abmahnkosten verpflichtet (nachfolgend zu 1.d/2.). Im Einzelnen:

1. Unterlassungsantrag (Berufungsantrag zu 1.)

a) Der Kläger ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Er ist in die Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG eingetragen (Anlage K 1).

b) Da der Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt wird, ist auf die materielle Rechtslage zum Zeitpunkt der Begehung der beanstandeten Handlung und, da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen mit der Folge, dass die angegriffene, vor Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 02.12.2015 (BGBl. I S. 2158) erfolgte Verhaltensweise des Beklagten sowohl einen Verstoß gegen die Bestimmungen des UWG Fassung 2008 als auch gegen die seit 10.12.2015 geltende Neufassung des UWG begründen muss (st. Rspr., vgl. BGH GRUR 2016, 1076 Tz. 18 – *LGA tested*; BGH GRUR 2016, 403 Tz. 8 – *Fressnapf*; BGH GRUR 2015, 504 Tz. 8 – *Kostenlose Zweitbrille* sowie die Nachweise bei Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 8 Rn. 1.8a).

c) Der Kläger stützt seine Berufung vorrangig auf die aus seiner Sicht in der angegriffenen Immobilienwerbung gemäß Anl. K 3 liegende Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Bestimmung, namentlich des § 16a Abs. 1 EnEV (i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG 2008/§ 3a UWG 2015), in dessen Nummern 1 bis 5 im Einzelnen aufgeführt ist, welche Pflichtangaben in Bezug auf den Energieverbrauch in einer Immobilienanzeige zu tätigen sind.

aa) Gemäß § 3, § 4 Nr. 11 UWG 2008 handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. § 3a UWG 2015 erweitert nach seinem Wortlaut diesen Tatbestand dahingehend, dass der Verstoß darüber hinaus geeignet sein müsse, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Damit wird die in § 3 Abs. 1 und 2 Satz 1 UWG a.F. enthaltene Spürbarkeitsschwelle in den Tatbestand mit aufgenommen, ohne dass damit eine sachliche Änderung verbunden ist (BGH GRUR 2016, 516 LS I und Tz. 11 – *Wir helfen im Trauerfall*).

bb) Im – hier vorliegenden – Geltungsbereich des § 16a Abs. 1 EnEV hat der Verkäufer bei Aufgabe einer Immobilienanzeige in kommerziellen Medien sicherzustellen, dass die Anzeige die im Einzelnen unter Nummern 1 bis 5 aufgeführten Pflichtangaben zum Gesamtenergieverbrauch enthält. Die Parteien streiten sich um die Frage, ob der Beklagte, der die streitgegenständliche Immobilienanzeige gemäß Anl. K 3 im Fürstfeldbrucker Tagblatt vom 10./11.01.2015 – die diesen Anforderungen nicht entspricht - geschaltet hat, als Immobilienmakler „Verkäufer“ und somit Normadressat des § 16a Abs. 1 EnEV ist. Dies ist, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend festgestellt hat, zu verneinen.

(1) Nach ihrem Wortlaut richtet sich die Vorschrift des § 16a Abs. 1 EnEV an den Verkäufer. Der Begriff des „Verkäufers“ ist dabei im rechtsgeschäftlichen Sinne zu verstehen. Es handelt sich um denjenigen, der mit der Zweckrichtung des Abschlusses eines zivilrechtlichen Kaufvertrages nach Maßgabe des § 433 BGB sich unter Angabe des Verkaufsgegenstands in der Immobilienanzeige an potentiell Kaufinteressenten richtet. Ein hiervon abweichendes Verständnis vom insoweit eindeutigen Wortlaut gebietet der Umstand, dass es sich bei § 16a Abs. 1 EnEV um eine öffentlich-rechtliche Vorschrift handelt, nicht. Der Regelungsgehalt des § 16a Abs. 1 EnEV konzentriert sich auf die Immobilienwerbung („vor dem Verkauf“) im Vorfeld rechtsgeschäftlicher, privatrechtlich zu beurteilender Vereinbarungen über die Veräußerung von Immobilien.

(2) § 16a Abs. 1 EnEV ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht dahingehend auszulegen, dass unter den Begriff des „Verkäufers“ (neben der vorstehend unter (1) dargestellten Person) auch der Makler fällt, sofern dieser auftragsgemäß eine Immobilienanzeige schaltet. Der sich auf die als Anlagen K 24 bis K 28 vorgelegten landgerichtlichen Entscheidungen stützenden Auffassung des Klägers, der Normzweck des § 16a Abs. 1 EnEV und dessen richtlinienkonforme Auslegung geböten es, aus der Sicht des von einer Immobilienanzeige angesprochenen Verbrauchers als „Verkäufer“ diejenige Person anzusehen, die den Verkauf der maßgeblichen Immobilie als „Handelnder“ betreibt, worunter insbesondere der als Vermittler auftretende Makler falle, nachdem dem Durchschnittsverbraucher bekannt sei, dass – vor allem in Großstädten – diese in erster Linie für ihre Auftraggeber mit Immobilienanzeigen an potentielle Interessenten heranträten, vermag sich der Senat nicht anzuschließen (vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 04.08.2016 – 4 U 137/15 und v. 30.08.2016 – 4 U 8/16; Anl. K 39 und K 40).

(a) § 16a EnEV dient der Umsetzung von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU, welche lautet wie folgt:

„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.“

(b) Das nationale Recht ist dem Unionsrecht untergeordnet. Daher ist es im Lichte des Wortlauts und der Ziele des Unionsrechts auszulegen und anzuwenden (vgl. EuGH Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835 Rn. 114 – *Pfeiffer u.a.*; *Köhler/Bornkamm a.a.O.*, Einl UWG, Rn. 3.13). Die nationalen Gerichte sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (st. Rspr.; vgl. EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 Rn. 26, 28 - *von Colson*

und Kamann; Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835 Rn. 113 - *Pfeiffer u.a.*; Rs. C-565/12, NJW 2014, 1941 Rn. 54 m.w.N. - *LCL Le Crédit Lyonnais*; BGH, Urt. v. 28.10.2015 - VIII ZR 13/12, Tz. 38 m.w.N., nachgewiesen in juris). Dieser von der Rechtsprechung des Gerichtshofs geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten mehr als eine bloße Auslegung im engeren Sinne. Er erfordert auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden (BGH a.a.O. - VIII ZR 13/12, Tz. 39 m.w.N.; BGH NJW 2009, 427; *Köhler/Bornkamm a.a.O.*). Eine Rechtsfortbildung setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (BGH, Urt. v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, LS 2 und Tz. 22 m.w.N.; Urt. vom 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, Tz. 31, jeweils nachgewiesen in juris). Eine solche ist etwa dann anzunehmen, wenn der Gesetzgeber mit der von ihm geschaffenen Regelung eine Richtlinie umsetzen wollte, hierbei aber deren Inhalt missverstanden hat (BGH a.a.O. - VIII ZR 70/08, Tz. 32 ff.). Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts unterliegt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestimmten Schranken. So findet die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, ihre Schranken in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen (EuGH GRUR 2014, 473 Rn. 45 - *OSA*; EuGH BB 2014, 2493 Rn. 39 m.w.N. - *Association de médiation sociale*; Rs. C-12/08, Slg. 2009, I-6653 Rn. 61 - *Mono Car Styling*; BGH a.a.O. - VIII ZR 13/12, Tz. 41). Eine richtlinienkonforme Auslegung setzt voraus, dass durch eine solche Auslegung der erkennbare Wille des Gesetz- oder Verordnungsgebers nicht verändert wird, sondern die Auslegung seinem Willen (noch) entspricht (BGH a.a.O. - VIII ZR 13/12, Tz. 45). Eine richterliche Rechtsfortbildung ist indes verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie, ausgehend von ihrer 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 (vgl. BVerfG NJW 2012, 669).

(c) In Anwendung dieser von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze kommt eine richtlinienkonforme Auslegung des § 16a EnEV dergestalt, dass abweichend vom Wortlaut der Bestimmung als Normadressat auch der Makler anzusehen ist, nicht in Betracht:

(aa) Unbeschadet des Umstands, dass in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen ist, dass im Inland regelmäßig Makler von Grundstückseigentümern mit der Schaltung von Immobilienanzeigen beauftragt werden – weshalb der Kläger die Auffassung vertritt, unter Beachtung des in Art. 12 Abs. 4 der Europäische Gebäuderichtlinie (Richtlinie 2010/31/EU) zum Ausdruck kommenden Normbefehls an die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die erforderlichen Pflichtangaben zur Gesamtenergieeffizienz in Verkaufs- oder Vermietungsanzeigen in kommerziellen Medien gemacht werden, sei der nationale Verordnungsgeber bei Umsetzung der Richtlinie zwingend gehalten gewesen, Immobilienmakler in den Geltungsbereich des § 16a Abs. 1 EnEV einzubeziehen, anderenfalls wäre ein Erreichen dieser Zielvorgabe des Richtliniengabers nicht zu gewährleisten – stellte eine Erstreckung der Informationsverpflichtung auf den Makler nach den vorstehenden Ausführungen unter (b) einen Fall unzulässiger Rechtsfortbildung dar.

(bb) Den Gesetzesmaterialien lässt sich nämlich eindeutig entnehmen, dass der nationale Verordnungsgeber bewusst davon abgesehen hat, Makler in den Kreis der nach § 16a EnEV Verpflichteten, der sich unter Einbeziehung des Absatzes 2 zum einen auf den (rechtsgeschäftlichen) Verkäufer und zum anderen auf den Vermieter, Verpächter und Leasinggeber (auch im rechtsgeschäftlichen Sinne, was das gleich lautende Verständnis in Bezug auf den Begriff des Verkäufers im Sinne von Abs. 1 ebenfalls als naheliegend erscheinen lässt), aufzunehmen. Auf S. 97 der BT-Drs. 113/13 ist insoweit zu verweisen, wo es zur Begründung von § 16a Abs. 1 EnEV auszugsweise lautet (Anl. K 30): „... Nach Satz 1 hat der Verkäufer die Aufnahme der Pflichtangaben in der Immobilienanzeige sicherzustellen. Dadurch wird deutlich, dass der Verkäufer nicht nur bei Immobilienanzeigen, die er selbst aufgibt, Pflichtangaben machen muss. Er hat auch in Fällen wie bei der Beauftragung eines Maklerbüros dafür Sorge zu tragen, dass die erforderlichen Pflichtangaben in der Immobilienanzeige gemacht werden.“ Demgemäß trägt in allen Fällen – also auch bei Aufgabe einer Immobilienanzeige durch den Makler – (allein) der Verkäufer die Verantwortung dafür, dass die Anzeige die notwendigen Pflichtangaben nach § 16a EnEV enthält.

(cc) Dem kann der Kläger nicht mit Erfolg entgegenhalten, eine Beschränkung des Adressatenkreises des § 16a EnEV ohne Einbezug des Immobilienmaklers würde faktisch leerlaufen, weil es für Gebäudeeigentümer ein Leichtes sei, die Energieeffizienzkennzeichnungspflichten des § 16 EnEV dadurch zu umgehen, dass sie im Rahmen von Immobilienanzeigen nicht selbst auftreten, sondern einen Makler hiermit beauftragen. In dem Umstand, dass es im Einzelfall in

tatsächlicher Hinsicht Schwierigkeiten bereiten könnte, den in Richtung auf die Schaltung einer beanstandungsfreien Immobilienanzeige nach § 16a EnEV verantwortlichen Auftraggeber des Maklers zu ermitteln, vermag der Senat keine durchgreifenden Gründe zu erkennen, dass der deutsche Verordnungsgeber Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU nicht in zulässiger Weise umgesetzt habe. Ebenso wenig ist vor diesem Hintergrund ohne Belang, dass in Umsetzung von Art. 12 Abs. 4 der Grundlagenrichtlinie einige Mitgliedsländer der Europäischen Union einen anderen Weg eingeschlagen und Maklern eine Kennzeichnungsverpflichtung auferlegt haben.

(dd) Im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen ist eine Auslegung des § 16a Abs. 1 EnEV im „weiteren Sinne“ durch richterliche Rechtsfortbildung (vgl. Berufungsbegründung S. 11 = Bl. 125 d.A.), um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen, nicht veranlasst. Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift auf den Makler kommt im Streitfall nicht in Betracht. Letzteres ist, abgesehen davon, dass ein Verstoß gegen § 16a EnEV als Ordnungswidrigkeit bußgeldbewehrt ist, weshalb eine analoge Anwendung von vorneherein nur in engen Grenzen in Betracht kommen kann, auch deshalb nicht geboten, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt, nachdem wie vorstehend ausgeführt der nationale Verordnungsgeber die Frage des Einbezugs eines Maklers in den Pflichtenkreis des § 16a EnEV zwar erwogen, sich allerdings bei Erlass der Verordnung hiergegen entschieden hat.

cc) Das Landgericht hat daher zutreffend festgestellt, dass § 16a Abs. 1 EnEV im Wortsinne dahingehend auszulegen ist, dass der Makler nicht unter den Begriff des „Verkäufers“ fällt und daher nicht Normadressat der Vorschrift ist. Diese richtet sich nicht an den „Handelnden“ bzw. den für die Aufgabe der Immobilienanzeige „Verantwortlichen“ (soweit es sich dabei nicht um den Verkäufer handelt). Eine derartige Interpretation ist weder nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, noch im Wege richterlicher Rechtsfortbildung bei richtlinienkonformer Auslegung des Art. 16a EnEV oder im Wege eines Analogieschlusses veranlasst, nachdem sich der nationale Verordnungsgeber bewusst gegen die Nennung des Maklers in Art. 16a Abs. 1 EnEV entschieden hat und die Umsetzung von Art. 12 Abs. 4 der Europäischen Gebäuderichtlinie entgegen der Rechtsauffassung des Klägers mit deren Regelungsgehalt in Einklang steht und keinen rechtlichen Bedenken unterliegt.

dd) Mangels Entscheidungserheblichkeit bedarf der Einwand des Beklagten, wonach die im Streitfall erfolgte Angabe des Jahresenergieverbrauchs als solche bereits den inhaltlichen Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 der Europäischen Gebäuderichtlinie entspreche und auch der nationale

Verordnungsgeber bei richtlinienkonformer Auslegung nicht über diese hinausgegangen sei, ebenso wenig der Entscheidung wie dessen, des Beklagten, Auffassung, § 16a EnEV verstoße gegen die UGP-Richtlinie, weil die Norm „schärfere“ Regelungen enthalte als durch das Gemeinschaftsrecht vorgegeben. Aus denselben Gründen bedarf die Frage, ob § 16a EnEV eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG 2008/§ 3a UWG 2015 ist, hier keiner Entscheidung.

ee) Der Beklagte haftet auch nicht als Teilnehmer an einem – was hier der Sache nach nicht zu entscheiden ist – möglicherweise unlauteren, im Hinblick auf die Erfüllung der Kennzeichnungspflichten des § 16a Abs. 1 EnEV wettbewerbswidrigen Verhalten seines Auftraggebers zur Schaltung der streitgegenständlichen Immobilienanzeige als potentieller Verkäufer. Die Gehilfenhaftung setzt neben der objektiven Beihilfehandlung zumindest einen bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss (vgl. BGH GRUR 2011, 1018 Tz. 24 - *Automobil-Onlinebörse*, Tz. 24; BGH GRUR 2013, 301 – *Solarinitiative*, Tz. 47). Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte bei Aufgabe der streitgegenständlichen Immobilienanzeige in Richtung auf die mangelnde Erfüllung der Kennzeichnungspflichten nach § 16a Abs. 1 EnEV durch seinen Auftraggeber zumindest mit bedingtem Vorsatz und in dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehandelt habe, sind von Klägerseite nicht dargetan und lassen sich auch nicht allein aus dem Umstand, dass der Beklagte in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit die fragliche Anzeige schaltete und über hinreichende Kenntnisse in Bezug auf die Verpflichtung zur Darstellung energieeffizienzrechtlicher Daten in einer Immobilienanzeige verfügen müsste bzw. dürfte – was gegebenenfalls einen Vorwurf fahrlässigen Verhaltens begründen könnte, das nach Vorstehendem allerdings nicht als Grundlage einer Gehilfenhaftung herangezogen werden kann -, herleiten.

c) Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch allerdings unter dem Gesichtspunkt des Vorenthaltens wesentlicher Informationen im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG zu.

aa) Gemäß § 5a Abs. 2 UWG 2015 handelt 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).

bb) Einer Haftung des Beklagten wegen Irreführung durch Vorenthalten wesentlicher Informationen nach Maßgabe des § 5a Abs. 2 UWG steht im Ausgangspunkt der Umstand, dass dieser als Täter einer Verletzung der Kennzeichnungspflichten des § 16a EnEV im Streitfall ausscheidet (vgl. die vorstehenden Ausführungen unter 1.b) nicht entgegen. Zwar kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 2008, 810 Tz. 14 - *Kommunalversicherer*; bestätigt durch BGH GRUR 2015, 1025, LS 2 und Tz. 16 - *TV-Wartezimmer*; s.a. *Fezzer/Büscher*, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 121 m.w.N.) eine täterschaftliche Handlung desjenigen, der nicht selbst Adressat der dem Unlauterkeitsvorwurf des § 4 Nr. 11 UWG 2008/§ 3a UWG 2015 zugrunde liegenden Norm ist, nicht in Betracht. Diese Rechtsprechung findet jedoch auf den hier zu entscheidenden Fall der Beurteilung des vom Kläger als wettbewerbswidrig angesehenen Verhaltens des Beklagten nach Maßgabe des § 5a Abs. 2 UWG keine entsprechende Anwendung. Die spezielle Regelung des § 16a EnEV führt nicht zu einer Sperrwirkung der Anwendbarkeit des in § 5a Abs. 2 UWG weiter gefassten Unlauterkeitstatbestands (auch nicht über § 5a Abs. 4 UWG).

cc) Die vorstehenden Ausführungen unter 1.b), wonach das Verhalten des Beklagten sowohl nach dem zur Zeit der beanstandeten Zahlungsanzeige geltenden Recht als auch nach dem zur Zeit der Entscheidung des Senats geltenden Recht wettbewerbswidrig sein muss, nachdem der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, gelten auch hier entsprechend, wobei grundsätzlich anzumerken ist, dass die Neufassung des § 5a Abs. 2 UWG zu keiner für den vorliegenden Fall erheblichen Änderung der Rechtslage geführt hat (vgl. BGH a.a.O. - *Fressnapf*; BGH a.a.O. - *LGA tested*).

dd) Aus den zutreffenden Gründen der vorgenannten Urteile des OLG Hamm (Anl. K 39, S. 15 ff., sowie Anl. K 40, S. ff.), denen sich der Senat anschließt und die im Streitfall im Hinblick auf die in der streitgegenständlichen Immobilienanzeige des Beklagten unterlassenen Angaben zu der Art des Energieausweises (Energiebedarfsausweis oder Energieverbrauchsausweis im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1 EnEV), zu dem im Energieausweis angegebenen wesentlichen Energieträger für die Heizung dieser Immobilie, für die im Energieausweis genannte Energieeffizienzklasse und zu dem im Energieausweis genannten Baujahr dieser Immobilie ihre Entsprechung finden, handelt es sich hier um wesentliche Informationen, die der Beklagte dem von der streitgegenständlichen Annonce angesprochenen Verbraucher vorenthält. Ein potentieller Interessent des in der streitgegenständlichen Anzeige zum Ausdruck kommenden Immobilienangebots des Beklagten benötigt die Information, 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. 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 den Erwerb des angebotenen Hausgrundstücks aufzunehmen. Diese Entscheidung hätte der Verbraucher gegebenenfalls nicht getroffen, wenn er sich anhand der in § 16a Abs. 1 EnEV vorgesehenen, antragsgegenständlichen Angaben näher über die energiebezogenen Eigenschaften der Immobilie hätte informieren können (so auch OLG Hamm a.a.O.).

ee) Es liegt auch – soweit nach Vorstehendem (zu 1b) und 1c)bb)) auf die Rechtslage im Zeitpunkt des vermeintlichen Wettbewerbsverstoßes abzustellen ist - eine spürbare Beeinträchtigung im Sinne von § 3 Abs. 2 UWG a.F. 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 a.F. 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 a.a.O., 33. Aufl., § 5a Rn. 56).

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

2. Abmahnkosten (Berufungsantrag zu 2.)

Aufgrund der festgestellten Wettbewerbsverletzung ist der Beklagte auch zur Erstattung der klägerseits geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten - hinsichtlich deren Höhe wie auch im Hinblick auf die beanspruchten Zinsen keine Einwände erhoben wurden, weshalb insoweit Ausführungen nicht veranlasst sind – verpflichtet, da die Abmahnung (Schreiben vom 23.01.2015, Anl. K 4) berechtigt war (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG). Auf die vorstehenden Ausführungen unter 1. wird insoweit Bezug genommen.

III.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.
2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
3. Im Hinblick auf die zwischen den Parteien strittige und soweit erkennbar höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage, ob in richtlinienkonformer Auslegung der Makler unter den Kreis der Normadressaten der Vorschrift des § 16 Abs. 1 EnEV zu subsumieren ist, ist die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO; so auch OLG Hamm, Urte. v. 04.08.2016 – I-4 U 137/15, Anl. K 39, und Urte. v. 30.08.2016 – I-4 U 8/16, Anl. K 40).

Retzer
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Decker
Richter
am Oberlandesgericht

Lehner
Richter
am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift
München, den 8. Dezember 2016
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

Kullmann, Justizangestellte
Urku ndsbeamtin der Geschäftsstelle
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt
- ohne Unterschrift gültig