

# Auch Makler muss Angaben nach § 16a EnEV machen

Oberlandesgericht Bamberg

Urteil vom 05.04.2017

Az.: 3 U 102/16

## Tenor

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 28.04.2016, Az. 13 HK0 57/15, wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Bayreuth ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 40.000,00 EUR sowie i. H. v. 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe bzw. in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

## Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten um wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche und Abmahnkosten.

Der Kläger ist in der beim Bundesamt für Justiz geführten Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKIaG eingetragen. Die Beklagte ist Maklerin mit Sitz in ~ In der Samstagsausgabe

des . vom 06./07. Juni 2015 bot die Beklagte eine Doppelhaushälfte mit folgendem Text an (Anlage K2):

„Kapitalanlage oder Eigennutzung Alles ist möglich!  
Doppelhaushälfte, ca. 150 m<sup>2</sup> Wohnfläche, ca. 713 m<sup>2</sup>  
Grundstück, En. Bed 110 kWh/(m<sup>2</sup>a) KP € 297.000,00 VB.“

In der Samstagsausgabe des I 05./06. September 2015 bot die Beklagte eine Wohnung mit folgendem Text an (Anlage K5):

„Altersgerecht, ebenerdig und komfortabel

3-Zimmer-Etagenwohnung in „...“ ca. 93 m<sup>2</sup> Wohnfläche, EG,  
Einzelgarage, Baujahr 1972, 35,4 kWh(m<sup>2</sup>a), Öl-ZH, KP € 185.000  
VB.“

Diese Wohnung bewarb die Beklagte auch auf ihrer Internetseite  
[http: ...!](http://...) Wegen beider Anzeigen wurde die Beklagte vom Kläger  
erfolglos abgemahnt.

Der Kläger hat das Fehlen von Angaben zum wesentlichen  
Energieträger, zum Baujahr und zur Art des Energieausweises  
beanstandet

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags und  
der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf den  
Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 128 ff. d.A.)  
verwiesen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Beklagte  
verurteilt, in Zeitungen und im Internet keine Anzeigen für  
Immobilien zu veröffentlichen, ohne sicherzustellen, dass  
diese die gemäß § 16a EnEV erforderlichen Pflichtangaben zum  
wesentlichen Energieträger, zum Baujahr und zur Art des  
Energieausweises enthalten.

Ferner hat es die Beklagte zur Zahlung von Abmahnkosten in  
Höhe von 458,68 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5  
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 11. November 2015  
verurteilt.

Es hat einen Unterlassungsanspruch auf der Grundlage der §§ 8 Abs. 1 und 3, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 16a EnEV und der Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden bejaht. Die geltend gemachten Abmahnkosten hat das Landgericht auf der Grundlage des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG für begründet angesehen.

§ 16a Abs. 1 EnEV gelte auch für die Beklagte. Zwar habe sie die Inserate als Maklerin und nicht als Verkäuferin, Vermieterin oder Leasinggeberin veranlasst. Die genannte Vorschrift gelte aber auch für Makler.

Mit § 16a EnEV 2014 sei die vorgenannte Richtlinie umgesetzt worden. Aus Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie ergebe sich, dass es sich bei den in der Richtlinie geforderten Maßnahmen um Mindestanforderungen handle, die den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit offen halte, höhere Anforderungen zu stellen.

§ 16a Abs. 2 EnEV 2014 nenne Makler zwar nicht ausdrücklich. Allerdings ermögliche Art. 23 Abs. 2 GG nicht nur die unmittelbare Geltung von EU-Recht in der Bundesrepublik Deutschland, sondern enthalte auch die Verpflichtung, Gesetze EU-konform auszulegen. Dies gelte auch für die Auslegung von § 16a EnEV.

Der Schutzzweck von Art. 12 Abs. 4 der genannten Richtlinie gebiete es, § 16a Abs. 2 EnEV 2014 dahingehend auszulegen, dass auch Makler die dort verlangten Angaben in kommerziellen Medien machen müssen.

Nur so könne erreicht werden, dass ein Interessent vorab über den Energiestatus des Objekts informiert wird. Werde das Angebot durch eine Maklerin – wie hier die Beklagte – veranlasst, treffe diese die Verpflichtung zur Information.

Der Klageantrag 2 sei gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG begründet. Die vom Kläger ausgesprochenen Abmahnungen seien rechtmäßig gewesen. Er könne daher Ersatz seiner anteiligen Personal- und

Sachkosten in Form einer Kostenpauschale verlangen. Die Höhe dieser Pauschale sei von der Beklagten nicht bestritten worden.

Das Urteil wurde der Beklagten am 03.05.2016 zugestellt. Sie hat am 01.06.2016 (Bl. 146 d.A.) Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis 01.08.2016 (Bl. 159 d.A.) am 28.07.2016 (Bl. 160 d.A.) mit Gründen und Anträgen versehen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin weiter das Ziel der Klageabweisung.

Sie beanstandet eine fehlerhafte Rechtsanwendung.

Unstreitig sei zwar, dass die streitgegenständlichen Immobilienanzeigen nicht alle Angaben gemäß § 16a Abs. 1 S. 1 EnEV enthielten. Streitig sei aber, ob die Beklagte zu diesen Angaben verpflichtet gewesen sei.

Die Beklagte meint, die Klägerin habe ihren Unterlassungsanspruch verwirkt, weil der Kläger nach dem zweiten Verstoß erneut eine Abmahnung ausgesprochen und nicht sogleich Unterlassungsklage erhoben habe. Es habe keine Wiederholungsgefahr vorgelegen.

Im ersten Abmahnungsfall – wegen der fehlenden Angabe des wesentlichen Energieträgers – sei die Unterlassungserklärung vom Kläger akzeptiert worden. Mit der Abgabe der modifizierten Unterlassungserklärung habe die Beklagte alles ihr Zumutbare getan. Der Kläger scheine willkürlich vorzugehen. Das Geschäftsverhalten anderer lokal tätiger Makler scheine den Kläger nicht zu interessieren. Die Beklagte meint, das Verhalten des Klägers sei schikanös und absichtlich schädigend im Sinne von § 826 BGB. Er müsse Art. 3 GG beachten.

Der richtlinienkonformen Auslegung des § 16a EnEV durch das Landgericht könne nicht gefolgt werden. Eine unionskonforme Auslegung der Norm sei hier nicht erforderlich und geboten.

Auch in der Richtlinie seien Immobilienmakler nicht genannt. Vom Wortlaut des § 16a EnEV werde die Beklagte nicht erfasst. Dabei handle es sich keineswegs um ein redaktionelles Versehen (Hinweis auf BR-Drucksache 113/13). Es bestehe keine planwidrige Regelungslücke. Eine analoge Anwendung des § 16a EnEV auf Immobilienmakler komme nicht in Betracht.

Die Beklagte beantragt,

1. Das Urteil des Landgerichtes Bayreuth vom 28.04.2016, Aktenzeichen 13 HK 0 57/15, zugestellt am 03.05.2016, wird aufgehoben.

2. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Er weist darauf hin, dass die Wiederholungsgefahr nur durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung beseitigt werden könne. Eine Verwirkung sei nicht gegeben. Ein erneuter Verstoß führe zum Entstehen eines neuen Unterlassungsanspruchs. Dieser sei jedenfalls wegen eines Verstoßes gegen § 5a UWG begründet. Auch der Kostenerstattungsanspruch sei gegeben.

In ihrer Replik vom 14.02.2017 äußerte die Beklagte erstmals Zweifel an der Klagebefugnis des Klägers und beantragte eine Aussetzung gemäß § 4 Abs. 4 UKIaG.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags im Berufungsverfahren wird auf die gewechselten Schriftsätze ergänzend verwiesen.

Der Senat hat mit Verfügung vom 15.11.2016 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es zwar fraglich erscheine, ob die Pflichten aus § 16a EnEV auch den Immobilienmakler treffen. Allerdings komme im vorliegenden Fall auch ein Unterlassungsanspruch auf der Grundlage der §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3, 3 Abs. 1, 5a Abs.

2 UWG in Betracht. Die Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Eine Beweisaufnahme fand nicht statt.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Das Landgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben, weil das geltend gemachte Unterlassungsbegehren jedenfalls von einer anderen Anspruchsgrundlage getragen wird.

1. Die Klage ist zulässig.

Der Kläger ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Er ist – unstreitig – in die Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKIaG eingetragen.

a) Mit ihren Einwendungen gegen die Klagebefugnis des Klägers ist die Beklagte zwar nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen, weil § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG neben der sachlich-rechtlichen Anspruchsberechtigung auch die prozessuale Klagebefugnis regelt, deren Vorliegen ohne Bindung an bereits getroffene tatsächliche Feststellungen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 2011 -1 ZR 229/10 – Überregionale Klagebefugnis, veröffentlicht u.a. in GRUR 2012, 415-417, dort Rdnr. 10 zit. n. JURIS).

b) Am Vorliegen der erforderlichen Klagebefugnis bestehen aber keine Zweifel.

Der Kläger ist kraft der unstreitigen Eintragung in die beim Bundesamt der Justiz geführte Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 UKIaG klagebefugt und auch aktivlegitimiert.

Eine Überprüfung der Eintragungsvoraussetzungen durch das Gericht der Unterlassungsklage findet nicht statt. Allenfalls kann – wie auch beantragt – eine Aussetzung nach § 4 Abs. 4

UKIaG erfolgen. Voraussetzung hierfür sind jedoch begründete Zweifel, am Fortbestehen der Eintragungsvoraussetzungen (Köhler-Bomkamm, UWG, 35. Auflage, § 8 Rdnr. 3.61a). An das Vorliegen „begründeter Zweifel“ sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH NJW-RR 2010, 1560-1563, dort Rdnr. 11).

Begründete Zweifel in diesem Sinne liegen nicht vor. Entgegen der Ansicht der Beklagten ergeben sie sich nicht daraus, dass der Kläger eine weitreichende Abmahntätigkeit entfaltet und hierdurch – behauptet – 31% seiner Einnahmen generiert. Dies steht weder in Widerspruch zum vorgetragenen Satzungszweck noch macht es die Tätigkeit des Klägers per se bereits zu einer gewerblichen. In der Rechtsprechung ist umstritten, ob gewerbliches Handeln auch eine Gewinnerzielungsabsicht voraussetzt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 20. Januar 2016 – VIII ZR 311/14 – veröffentlicht u.a. NJW 2016, 1086-1089). Selbst wenn man dies verneint, liegt eine gewerbliche Tätigkeit jedenfalls dann nicht vor, wenn zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dauerhaft in erheblichem Umfang Spenden und sonstige Zuwendungen Dritter erforderlich sind. Ein solcher „Gewerbebetrieb“ wäre nicht lebensfähig.

Da der Kläger nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten weniger als ein Drittel seiner Einnahmen auf Grund seiner Abmahntätigkeit erzielt, kann von einer gewerblichen Tätigkeit keine Rede sein.

Soweit die Beklagte auf die Fundstelle „NJW 2004, 1123“ verweist, ist damit wohl der Beschluss des OVG Münster vom 13.10.2003 (4 B 970/03) gemeint. Das OVG Münster vertritt keine andere Ansicht. Im dortigen Verfahren ging es um die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs gegen einen Bescheid, durch den die Eintragung der dortigen Klägerin in die Liste qualifizierter Eintragungen für die Zukunft aufgehoben worden war. Aus den Gründen der Entscheidung lässt sich entnehmen, dass das OVG Münster eine „reine Abmahntätigkeit“ für die Aufnahme in die Liste

qualifizierter Einrichtung als nicht ausreichend ansieht.

Dass dies beim Kläger auch so ist und dieser außer seiner Abmahnstätigkeit keine weiteren satzungsgemäßen Aktivitäten entfaltet, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Der Senat teilt im Übrigen die Ansicht des Klägers, dass die Zahl der Abmahnungen und Rechtsverfolgungen für sich allein weder ein hinreichendes Indiz für eine gewerbliche Tätigkeit noch für einen Rechtsmissbrauch ist. Die qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKIaG leiten ihre Existenzberechtigung letztlich daraus ab, dass sie – satzungsgemäß – gegen ihnen bekannt gewordene Verstöße vorgehen.

c) Hinreichende Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers (§ 8 Abs. 4 UWG) liegen nicht vor.

2. Die Klage ist auch begründet.

Maßgeblich ist das UWG in der Fassung vom 13.06.2014 (i.F. UWG a.F.), wobei der Unterlassungsanspruch voraussetzt, dass auch die derzeit geltende Fassung des UWG vom 10.12.2015 das beanstandete Verhalten verbietet (BGH, Urteil vom 04. Februar 2016 -1 ZR 194/14 – Fressnapf, veröffentlicht u.a. in GRUR 2016, 403-406; BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 -1ZR 26/15 – LGA tested, veröffentlicht u.a. in GRUR 2016, 1076-1082).

Der Unterlassungsanspruch des Klägers ergibt sich (jedenfalls) aus § 5a Abs. 2 iVm §§ 3 Abs. 1; 8 Abs. 1 und 3 Nr. 3 UWG. Die Ordnungsmittellandrohung beruht auf § 890 Abs. 2 ZPO.

Hinsichtlich der der Höhe nach nicht angegriffenen Abmahnkosten beruht der Anspruch des Klägers auf § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.

a) Gemäß § 5a Abs. 2 UWG a.F. handelt unlauter, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern dadurch beeinflusst, dass er eine Information vorenthält, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände wesentlich ist.

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

b) Die beanstandeten Annoncen, die zweifelsfrei geschäftliche Handlungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellen, waren nach alter und neuer Fassung des § 5a Abs. 2 UWG unlauter und damit nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässig.

aa) Die in § 16a Abs. 1 EnEV vorgeschriebenen Informationen (zur Art des Energieausweises, zum Endenergiebedarf oder Endenergieverbrauch, zum wesentlichen Energieträger, zum im Energieausweis genannten Baujahr und zur Energieeffizienzklasse) sind wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG a.F..

Voraussetzung für die Wesentlichkeit ist dabei, dass die 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, Urteil vom 16. Mai 2012 – I ZR 74/11 – Zweigstellenbriefbogen, veröffentlicht u.a. in GRUR 2012, 1275-1279, dort Rdnr. 36 m.w.Nachw. zit. n. JURIS).

Bei der gebotenen Interessenabwägung ist deshalb auch das Interesse des Unternehmers zu berücksichtigen, die Information nicht zu erteilen. Insbesondere sind in diesem Zusammenhang die für den Unternehmer mit der Informationserteilung verbundenen Nachteile sowie möglicherweise bestehende Geheimhaltungsbelange in die Abwägung einzustellen. Ein schutzwürdiges Interesse der als Immobilienmaklerin tätigen Beklagten, nicht über die Art des Energieausweises und über das im Energieausweis genannte Baujahr des Objekts zu informieren, ist indes nicht erkennbar. Ihr ist es zuzumuten, die verlangten Informationen zu erteilen.

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

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

Mehrkosten in dieser Höhe sind zumutbar.

Die räumlichen Beschränkungen im Falle einer Werbung mittels Zeitungsanzeige stehen der Erteilung der 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).

Ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse der Beklagten ist

nicht ersichtlich. Es mag sein, dass die Erteilung der in § 16a Abs. 1 EnEV genannten Informationen bei ungünstiger energetischer Beschaffenheit des beworbenen Objekts die Vermarktung erschwert. Dies darf aber nicht dazu führen, diese Informationen als nicht wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG anzusehen. Die in § 5a Abs. 2 UWG vorausgesetzte besondere Bedeutung für die vom Durchschnittsverbraucher zu treffende geschäftliche Entscheidung, ist hier gegeben. Dies ergibt sich schon 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 vorgegebenen Informationen als solche als wesentlich ansieht („Pflichtangaben“). Tatsächlich ist es für den am Kauf einer Immobilie interessierten Verbraucher 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 des beworbenen Objekts mit den entsprechenden Daten anderer Immobilienangebote 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 entscheidend 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.

bb) Hier fehlten bei der Anzeige vom Juni 2015 die Angaben zum wesentlichen Energieträger und zu dem im Energieausweis genannten Baujahr. Im Fall vom September 2015 fehlten Angaben über die Art des Energieausweises.

Anhaltspunkte dafür, dass diesbezügliche Informationen für die Beklagte nicht verfügbar gewesen wären, sind weder dargetan noch ersichtlich.

cc) Dieses Informationsdefizit begründet auch eine spürbare Beeinträchtigung im Sinne von § 3 Abs. 2 UWG a.F..

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, UWG, 33. Auflage, § 5a Rdnr. 56).

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

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). Der Begriff der „geschäftliche(n) Entscheidung“ ist in § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG definiert und erfasst jede Entscheidung eines Verbrauchers 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 er sich entschließt, tätig zu werden. Die unzureichenden energiebezogenen Informationen können Verbraucher dazu veranlassen, aufgrund der streitgegenständlichen Immobilienanzeigen Kontakt mit der Beklagten wegen der beworbenen Objekte aufzunehmen. Die zu Grunde liegende Entscheidung würden die Verbraucher möglicherweise nicht so getroffen haben, wenn sie schon durch die Immobilienanzeigen über die in § 16a Abs. 1 EnEV genannten Umstände informiert worden wären (vgl. OLG München, Urteil vom 08. Dezember 2016 – 6 U 4725/15, veröffentlicht in JURIS, dort Rdnr. 73; OLG Hamm, Urteil vom 04. August 2016 4 U 137/15, veröffentlicht in JURIS, dort Rdnr. 112).

c) Der Senat verkennt nicht, dass sich die Informationspflichten nach § 16a Abs. 1 EnEV nach dessen Wortlaut nur an Verkäufer und (nach § 16a Abs. 2 EnEV) an Vermieter, Verpächter und Leasinggeber richten.

Der Ansicht des Landgerichts, die Vorschrift gelte gleichwohl auch für Makler, vermag der Senat nicht zu folgen.

aa) Mit der Regelung des § 16a Abs. 1 EnEV wurde die Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden umgesetzt.

Nach Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie verlangen die Mitgliedstaaten, dass bei Verkauf oder Vermietung von Gebäuden und Gebäudeteilen 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.

§ 16a Abs. 1 EnEV ist daher unionsrechtskonform auszulegen.

Eine richtlinienkonforme Auslegung setzt allerdings voraus, dass durch eine solche Auslegung der erkennbare Wille des Gesetz- oder Verordnungsgebers nicht verändert wird, sondern

die Auslegung seinem Willen (noch) entspricht (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015 VIII ZR 13/12, veröffentlicht u.a. in MDR 2015, 1350-1352, dort Rdnr. 45 m.w.Nachw. zit. n. JURIS).

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 (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26. September 2011 – 2 BvR 2216/06, veröffentlicht u.a. in NJW 2012, 669-672, dort Rdnr. 56 zit.n. JURIS).

bb) Hier würde eine Erstreckung der Informationsverpflichtung auf den Makler einen Fall unzulässiger Rechtsfortbildung darstellen.

Den Gesetzesmaterialien lässt sich eindeutig entnehmen, dass der nationale Verordnungsgeber bewusst davon abgesehen hat, Makler in den Kreis der nach § 16a EnEV Verpflichteten aufzunehmen. Auf Seite 97 der BR-Drs. 113/13 ist zur Begründung von § 16a Abs. 1 EnEV ausgeführt:

„... 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 (ebenso OLG München, Urteil vom 08. Dezember 2016 – 6 U 4725/15, veröffentlicht in

JURIS, dort Rdnr. 63).

cc) Der vom Kläger geltend gemachte Unterlassungsanspruch kann deshalb nicht – wie vom Landgericht angenommen – auf §§ 8 Abs. 1 und 3; 3,4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 16a EnEV gestützt werden.

Dies steht jedoch einer Haftung der Beklagten nach § 5a Abs. 2 UWG nicht entgegen.

Zwar kommt nach der Rechtsprechung des BGH 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 keine Anwendung, wenn – wie hier – das als wettbewerbswidrig angesehene Verhalten auf einer Verletzung des § 5a Abs. 2 UWG beruht. Dadurch, dass die Beklagte Verbrauchern wesentliche Informationspflichten vorenthalten hat, hat sie selbst täterschaftlich gegen lauterkeitsrechtliche Verkehrspflichten verstoßen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 12. Juli 2012-1 ZR 54/11 – Solarinitiative, veröffentlicht u.a. in GRUR 2013, 301-305).

Dies hat zur Folge, dass die spezielle Regelung des § 16a EnEV keine Sperrwirkung für die Anwendbarkeit des in § 5a Abs. 2 UWG weiter gefassten Unlauterkeitstatbestands entfaltet (ebenso OLG München a.a.O. Rdnr. 71; OLG Köln, Beschluss vom 09.03.2017-6 U 202/16, vorgelegt als Anlage K23).

d) Das Bestehen einer Wiederholungsgefahr wird aufgrund der vorliegenden Wettbewerbsverstöße tatsächlich vermutet.

Sie kann grundsätzlich nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH (statt vieler: BGH, Urteil vom 09.11.1995 -1 ZR 212/93 Wegfall der Wiederholungsgefahr, veröffentlicht u.a. in NJW 1996, 723-725). Eine solche Erklärung ist nicht erfolgt.

e) Auch die sonstigen Einwendungen der Beklagten greifen nicht durch. Ein schikanöses Verhalten des Klägers ist nicht ansatzweise erkennbar. Es trifft auch nicht zu, dass die Beklagte wegen eines dann drohenden Rechtsverlustes gehindert gewesen wäre, die geforderten strafbewehrten Unterlassungserklärungen abzugeben. Die Beklagte war nicht gehindert, sich strafbewehrt, aber ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zu unterwerfen. Auch eine solche Erklärung hätte die Wiederholungsgefahr beseitigt. Hierzu war die Beklagte aber trotz mehrfacher Hinweise noch nicht einmal in der mündlichen Verhandlung des Senats bereit.

Eine Anspruchsverwirkung kommt nicht in Betracht. Der Kläger wäre zwar berechtigt gewesen, sogleich gerichtlich gegen die Beklagte vorzugehen, nachdem diese nach der ersten Abmahnung nur eine nicht strafbewehrte Wohlverhaltensklärung abgegeben hatte (Schreiben der Beklagten vom 03.08.2015 – Anlage K4). Dass der Kläger auf das angekündigte Wohlverhalten der Beklagten vertraute, führt aber nicht zu einem Rechtsverlust. Insbesondere trifft es nicht zu, dass der Kläger diese Erklärung als Inhalt eines Unterlassungsvertrages angenommen hat. Dies hätte einer ausdrücklichen Erklärung bedurft, die nicht erfolgt ist.

Auf Art. 3 GG kann sich die Beklagte nicht berufen. Selbst bei hoheitlichem Tätigwerden kann sich grundsätzlich niemand darauf berufen, dass zum Beispiel bei ihm ein Verkehrsverstoß geahndet worden sei, bei anderen dagegen nicht. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger gezielt und selektiv nur gegen die Beklagte vorgeht, liegen nicht vor. Dagegen spricht schon der Inhalt der zahlreichen vom Kläger erstrittenen und vorgelegten Entscheidungen in vergleichbaren Fällen.

f) Abmahnkosten samt Zinsen hat Landgericht auf der Grundlage des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG mit Recht zuerkannt. Gegen die Höhe hat die Beklagte auch im Berufungsverfahren keine Einwendungen erhoben. Der Anspruch auf Prozeßzinsen folgt aus den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

Die Berufung der Beklagten ist daher unbegründet und zurückzuweisen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 2.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht aufgrund der §§ 708 Ziffer 10, 711 ZPO.

4. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO) liegen vor. Im Hinblick auf die höchstrichterlich noch ungeklärte Frage, ob bei richtlinienkonformer Auslegung auch der Makler zum Kreis der Normadressaten der Vorschrift des § 16a Abs. 1 EnEV gehört, ist die Revision zuzulassen.