



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

I ZR 229/16

Verkündet am:  
5. Oktober 2017  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Marx

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 4. August 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist als Immobilienmakler tätig. Am 31. Januar 2015 ließ er in der Tageszeitung "N. W. " die im Tenor des angegriffenen Urteils abgebildete Werbeanzeige für die Vermietung einer Wohnung veröffentlichen.
- 2 Die Klägerin ist in die beim Bundesamt für Justiz geführte Liste qualifizierter Einrichtungen im Sinne des § 4 UKlaG eingetragen. Sie verfolgt nach ihrer Satzung den Zweck, den Natur- und Umweltschutz sowie die aufklärende Verbraucherberatung zu fördern.
- 3 Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagte hätte in seiner Anzeige gemäß § 16a der Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiespa-

rende Anlagentechnik bei Gebäuden (EnEV) die Art des Energieausweises und das Baujahr des Gebäudes angeben müssen, was nicht geschehen sei. Sie nimmt den Beklagten nach erfolgloser Abmahnung auf Unterlassung und Ersatz ihrer Abmahnkosten in Anspruch. Sie hat beantragt,

1. den Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, 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 "N. W. " vom 31. Januar 2015, die wie folgt wiedergegeben wird: (Es folgt die im Klageantrag eingefügte Werbeanzeige).

2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 245 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18. Juli 2015 zu zahlen.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Bielefeld, GRUR-RS 2016, 05164). Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts auf die Berufung der Klägerin abgeändert und den Beklagten antragsgemäß verurteilt (OLG Hamm, GRUR-RS 2016, 18637 = WRP 2017, 750). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat die Klage als aus §§ 8, 3, 5a Abs. 2 und § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG begründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

6 Es könne dahinstehen, ob die Klage unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs begründet sei. Zwar normiere § 16a EnEV Pflichtangaben für Immobilienanzeigen in kommerziellen Medien im Hinblick auf einen vorhande-

nen Energieausweis. Adressaten dieser Verpflichtung seien jedoch lediglich Verkäufer, Vermieter, Verpächter und Leasinggeber. Im Streitfall könne die Frage offen bleiben, ob die Informationsverpflichtung bei richtlinienkonformer Auslegung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (ABl. L 153/13 vom 18. Juni 2010, S. 13) auch auf Immobilienmakler zu erstrecken sei. Jedenfalls stellten die Pflichtangaben mit näheren Informationen zur Art des Energieausweises und über das im Energieausweis genannte Baujahr wesentliche Informationen im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG dar. Der Verbraucher habe ein erhebliches Interesse, sich anhand dieser Kriterien möglichst frühzeitig einen Eindruck von der energetischen Qualität des Gebäudes zu machen. Damit erhalte er zugleich die Möglichkeit zu einem überschlägigen Vergleich der Kosten für Heizwärme mit anderen Immobilienangeboten. Das Informationsinteresse des Verbrauchers gehe dem Interesse des Beklagten, die Information nicht zu erteilen, vor. Der Beklagte enthalte dem Verbraucher die benötigten Informationen im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG vor. Das Vorenthalten der Informationen sei geschäftlich relevant, weil die hier in Rede stehenden Informationen erhebliche Bedeutung für die Entscheidung des Verbrauchers hätten.

7

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dieses ist zwar mit Recht davon ausgegangen, dass der Klägerin kein Unterlassungsanspruch nach § 4 Nr. 11 UWG aF und § 3a UWG wegen eines Verstoßes gegen § 16a EnEV zusteht (dazu unter II 1). Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Ansprüche gegen den Beklagten aus § 5a Abs. 2 UWG begründet sind (dazu unter II 2).

8           1. Eine Haftung des Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs nach § 4 Nr. 11 UWG aF und § 3a UWG in Verbindung mit § 16a EnEV kommt nicht in Betracht.

9           a) Da die Klägerin den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt hat, ist ihre Klage nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten des Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 - I ZR 158/14, GRUR 2015, 1240 Rn. 31 = WRP 2015, 1464 - Der Zauber des Nordens; Urteil vom 4. Februar 2016 - I ZR 181/14, GRUR 2016, 954 Rn. 10 = WRP 2016, 1100 - Energieeffizienzklasse I; Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 213/15, GRUR 2017, 288 Rn. 17 = WRP 2017, 309 - Energieverbrauchskennzeichnung).

10           aa) In der Zeit zwischen der beanstandeten Verhaltensweise des Beklagten am 31. Januar 2015 und der Verkündung des vorliegenden Revisionsurteils ist das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015, 2158) mit Wirkung vom 10. Dezember 2015 novelliert worden. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus jedoch nicht. Der seit dem 10. Dezember 2015 geltende § 3a UWG entspricht der bis dahin in § 4 Nr. 11 UWG aF enthaltenen Regelung des Rechtsbruchtatbestands. Das zuvor in § 3 Abs. 1 UWG aF bestimmte Spürbarkeitserfordernis ist nunmehr im Tatbestand des § 3a UWG unmittelbar enthalten. Damit führt diese Vorschrift die zuvor an unterschiedlichen Stellen im Gesetz geregelten Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestands an einer Stelle zusammen. Dies dient allein der einfacheren Rechtsanwendung (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - I ZR 61/14, GRUR 2016, 516 Rn. 11 = WRP 2016, 581 - Wir helfen im Trauer-

fall; BGH, GRUR 2016, 954 Rn. 11 - Energieeffizienzklasse I; GRUR 2017, 288 Rn. 18 - Energieverbrauchskennzeichnung).

11           bb) Die Bestimmung des § 16a EnEV regelt die Pflichtangaben in Immobilienanzeigen und ist seit ihrem Inkrafttreten am 1. Mai 2014 nicht geändert worden. Nach § 16a Abs. 1 EnEV hat ein Verkäufer eines bebauten Grundstücks vor dem Verkauf bei Aufgabe einer Immobilienanzeige in kommerziellen Medien sicherzustellen, dass die in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 5 genannten Pflichtangaben enthalten sind, wenn zu diesem Zeitpunkt ein Energieausweis vorliegt. Als Pflichtangaben gelten die Art des Energieausweises (Energiebedarfs- oder Energieverbrauchsausweis), der im Energieausweis genannte Wert des Endenergiebedarfs oder Endenergieverbrauchs für Gebäude, die im Energieausweis genannten wesentlichen Energieträger für die Heizung des Gebäudes, bei Wohngebäuden das genannte Baujahr und die genannte Energieeffizienzklasse. Die Vorschrift des § 16a Abs. 1 EnEV ist 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 (§ 16a Abs. 2 EnEV).

12           b) Die Bestimmung des § 16a EnEV stellt eine dem Schutz der Verbraucher dienende Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) dar. Die dort getroffene Regelung soll gewährleisten, dass die Verbraucher über die Energieeffizienz der beworbenen Immobilie informiert werden und ihre Entscheidung, ob sie diese erwerben oder mieten, in voller Sachkenntnis treffen können (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2010, GRUR 2010, 852 Rn. 16 = WRP 2010, 1143 - Gallardo Spyder; BGH, GRUR 2017, 288 Rn. 26 - Energieverbrauchskennzeichnung; Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 221/15, GRUR 2017, 292 Rn. 24 = WRP 2017, 313 - Energieverbrauchskennzeichnung im Internet).

13           c) Der Immobilienmakler ist allerdings nicht Adressat dieser Bestimmung.

- 14           aa) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass bei der Auslegung von § 16a EnEV - wie bei jeder Auslegung einer Vorschrift - vom Wortlaut der Norm auszugehen ist. Nach dem Wortlaut sind Immobilienmakler nicht Adressat der in Rede stehenden Informationsverpflichtung. Der Verpflichtung nach Absatz 1 unterliegen Verkäufer. Die Pflicht zur Information gilt nach Absatz 2 entsprechend für den dort genannten Personenkreis (Vermieter, Verpächter und Leasinggeber).
- 15           bb) Zu keinem anderen Ergebnis führt die systematische Auslegung. Die Pflicht zur Vorlage des Energieausweises im Falle des Verkaufs oder der Vermietung trifft nur die in § 16 EnEV aufgeführten Adressaten der Bestimmung. Eine Ausdehnung der Vorlagepflicht auf Immobilienmakler ist dort nicht vorgesehen. Verpflichtet ist nur der Inhaber des veräußerten Rechts oder des Objekts (Danner, Energierecht, 2007, § 16 B 3 EnSp VIII Rn. 20; Klemm, CuR 2014/2015, 148, 150).
- 16           cc) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass aus der Entstehungsgeschichte sich ebenfalls kein Hinweis auf eine Ausdehnung der Verpflichtung auf Immobilienmakler ergibt. Gemäß § 16 Abs. 2 EnEV in der Fassung vom 24. Juli 2007 hat der Verkäufer eines bebauten Grundstücks, eines grundstücksgleichen Rechts an einem bebauten Grundstück oder Wohn- oder Teileigentums dem potentiellen Käufer einen näher beschriebenen Energieausweis vorzulegen, spätestens unverzüglich nachdem der potentielle Käufer dies verlangt hat. Diese Verpflichtung gilt entsprechend für Eigentümer, Vermieter, Verpächter und Leasinggeber.
- 17           Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 und 3 EnEV wurde durch die Zweite Verordnung zur Änderung der Energieeinsparverordnung vom 18. November 2013 neu gefasst. Mit der ab dem 1. Mai 2014 geltenden Fassung wurde die Vorlagepflicht näher ausgestaltet. Danach hat der Verkäufer den Energieausweis oder eine Kopie spätestens bei der Besichtigung dem potentiellen Käufer vorzu-

legen. Findet keine Besichtigung statt, hat der Verkäufer den Energieausweis oder eine Kopie dem potentiellen Käufer unverzüglich vorzulegen, spätestens unverzüglich, wenn der potentielle Käufer ihn hierzu auffordert (§ 16 Abs. 2 Satz 1 und 2 EnEV). Ebenfalls mit Wirkung zum 1. Mai 2014 hat der Verordnungsgeber die Pflichtangaben in Immobilienanzeigen in § 16a EnEV näher geregelt. Der nationale Verordnungsgeber hat aber bewusst davon abgesehen, Immobilienmakler in den Kreis der nach § 16a EnEV Verpflichteten aufzunehmen (vgl. BR-Drucks. 113/13, S. 97). Nach dem Inhalt der Materialien zur Änderung der Energieeinsparverordnung ist es Aufgabe des Verkäufers, die Aufnahme der Pflichtangaben sicherzustellen. Im Fall der Beauftragung eines Maklerbüros hat er Sorge zu tragen, dass die erforderlichen Pflichtangaben in der Immobilienanzeige gemacht werden.

18           dd) Bei der Auslegung des § 16a EnEV ist ferner zu beachten, dass diese Regelung der Umsetzung von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU dient. Danach muss bei Verkauf oder Vermietung von Gebäuden, Gebäudeteilen in einem Gebäude und Gebäudeteilen, für die ein Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz vorliegt, in den Verkaufs- und Vermietungsanzeigen in kommerziellen Medien der im Ausweis angegebene Indikator genannt werden. Die Bestimmung des § 16a EnEV genügt den Vorgaben des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU nicht, soweit der Kreis der Verpflichteten geregelt ist.

19           Das nationale Gericht hat die Auslegung des nationalen Rechts soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten (EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2012 - C-428/11, GRUR 2012, 1269 Rn. 41 = WRP 2012, 1269 - Purely Creative). Dazu sind anerkannte Grundsätze der Gesetzesauslegung und der Gesetzesfortbildung, einschließlich der teleologischen Reduktion und der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung heranzuziehen, um ein Ergebnis zu erreichen, dass den Vorgaben der Richtlinie entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27



Rn. 21; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Rn. 37). Der Wortlaut der nationalen Regelung bildet dabei keine Grenze. Die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege findet ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten (BVerfG, NJW 2012, 669 Rn. 47; BGH, Urteil vom 7. Mai 2014 - IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101 Rn. 20). Die Entscheidung darüber, ob im Rahmen des nationalen Rechts ein Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung besteht, obliegt den Gerichten der Mitgliedstaaten (BVerfG, NJW 2012, 669 Rn. 47f.). Eine richtlinienkonforme Auslegung darf nicht dazu führen, dass das Regelungsziel des Gesetzgebers in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird (vgl. BVerfGE 119, 247, 274; BVerfGE 138, 64 Rn. 86, jeweils zur verfassungskonformen Auslegung), oder dazu, dass einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Norm ein entgegengesetzter Sinn gegeben oder der normative Gehalt der Norm grundlegend neu bestimmt wird (vgl. BVerfGE 118, 212, 234 zur verfassungskonformen Auslegung). Richterliche Rechtsfortbildung berechtigt den Richter nicht dazu, seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers zu setzen (BVerfG, NJW 2012, 669 Rn. 45). Demgemäß kommt eine richtlinienkonforme Auslegung nur in Betracht, wenn eine Norm tatsächlich unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen dessen zulässt, was der gesetzgeberischen Zweck- und Zielsetzung entspricht (vgl. Gebauer in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., Kap. 4 Rn. 41, 43; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 272 f.). Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung darf nicht zu einer Auslegung des nationalen Rechts contra legem führen (EuGH, Urteil vom 24. Januar 2012 - C-282/10, NJW 2012, 509 Rn. 25 - Dominguez; BVerfG, NJW 2012, 669 Rn. 47; BGH, Urteil vom 22. Mai 2012 - XI ZR 290/11, BGHZ 193, 238 Rn. 50; Gebauer aaO Rn. 43).

Der Ordnungsgeber hat bewusst davon abgesehen, den Adressatenkreis der Informationsverpflichtung in Immobilienanzeigen auch auf Immobili-

enmakler zu erstrecken. Im Rahmen des von ihm gewählten Umsetzungskonzepts hat er eine ausdrückliche Pflicht für Verkäufer, Vermieter, Verpächter und Leasinggeber geschaffen, vor dem Verkauf in einer Anzeige in kommerziellen Medien aufzuklären. Den Materialien zur Zweiten Verordnung zur Änderung der Energieeinsparverordnung lässt sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung eindeutig entnehmen, dass der nationale Ordnungsgeber bewusst davon abgesehen hat, Immobilienmakler in den Adressatenkreis der nach § 16a Abs. 1 und 2 EnEV Verpflichteten aufzunehmen (vgl. BR-Drucks. 113/13, S. 97). Diese klar zum Ausdruck gebrachte Entscheidung des Ordnungsgebers ist bindend und kann auch nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung geändert werden. Angesichts der eindeutigen Regelung fehlt es an einer planwidrigen Unvollständigkeit der Verordnung.

21 d) Ist der Beklagte als Immobilienmakler danach nicht Adressat des § 16a EnEV, hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass eine täterschaftliche Haftung ausscheidet (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2008 - I ZR 145/05, BGHZ 177, 150 Rn. 13 - Kommunalversicherer; Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 84/14, GRUR 2015, 1025 Rn. 15 = WRP 2015, 1085 - TV-Wartezimmer). Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kommt im Streitfall auch keine Haftung des Beklagten als Teilnehmer an einem fremden Wettbewerbsverstoß in Betracht. Diese setzt allerdings nicht voraus, dass der Immobilienmakler selbst Normadressat der Informationsverpflichtung ist. Als Teilnehmer haftet auf Unterlassung, wer - zumindest bedingt vorsätzlich - den Wettbewerbsverstoß eines anderen fördert (vgl. BGHZ 177, 150 Rn. 14 f. - Kommunalversicherer; BGH, Urteil vom 12. Juli 2012 - I ZR 54/11, GRUR 2013, 301 Rn. 47 = WRP 2013, 491 - Solarinitiative). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zu einer Haupttat getroffen, zu der der Beklagte Beihilfe geleistet haben könnte. Die Immobilienanzeige, in der allein der Beklagte als Ansprechpartner verzeichnet ist, hat er selbst aufgegeben.

22           2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann aufgrund  
der bisher getroffenen Feststellungen ein Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 und  
Abs. 3 Nr. 3, § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG nicht bejaht werden.

23           a) Nach § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG in der seit dem 10. Dezember 2015  
geltenden Fassung handelt unlauter, wer im konkreten Fall unter Berücksichti-  
gung 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, ihn zu ei-  
ner geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht ge-  
troffen hätte (Nr. 2). Als Vorenthalten gilt nach § 5a Abs. 2 Satz 2 UWG auch  
das Verheimlichen wesentlicher Informationen (Nr. 1), die Bereitstellung we-  
sentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise  
(Nr. 2) und die nicht rechtzeitige Bereitstellung wesentlicher Informationen  
(Nr. 3).

24           b) Diese Bestimmungen dienen der Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 bis 3  
der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (vgl. BGH, Urteil  
vom 19. Februar 2014 - I ZR 17/13, GRUR 2014, 584 Rn. 11 = WRP 2014, 686  
- Typenbezeichnung; Urteil vom 10. November 2016 - I ZR 29/15, GRUR 2017,  
286 Rn. 15 = WRP 2017, 296 - Hörgeräteausstellung). Durch die Neufassung  
des § 5a Abs. 2 UWG mit Wirkung ab 10. Dezember 2015, die nunmehr mit den  
Vorschriften der Richtlinie 2005/29/EG nahezu wörtlich übereinstimmt, ist keine  
für den Streitfall erhebliche Änderung der Rechtslage eingetreten (BGH, Urteil  
vom 4. Februar 2016 - I ZR 194/14, GRUR 2016, 403 Rn. 28 = WRP 2016, 450  
- Fressnapf).

25           c) Nach der Annahme des Berufungsgerichts gehören die in Rede ste-  
henden Angaben zur Art des Energieausweises und zum im Energieausweis  
genannten Baujahr eines Gebäudes zu den als wesentlich anzusehenden In-  
formationen, die dem Verbraucher in Immobilienanzeigen von Maklern nicht

vorenthalten werden dürfen. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

26           aa) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Immobilienmakler Adressat der Informationsverpflichtung aus § 5a Abs. 2 UWG ist.

27           (1) Gemäß § 5a Abs. 4 UWG gelten als wesentlich im Sinne des Absatzes 2 Informationen, die dem Verbraucher aufgrund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen. Zu den Informationspflichten im Sinne des § 5a Abs. 4 UWG zählen die in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU vorgesehenen Angaben. Nach dieser Bestimmung verlangen die Mitgliedstaaten, dass bei Verkauf oder Vermietung von Gebäuden oder Gebäudeteilen in einem Gebäude, für die ein Ausweis über die Energieeffizienz vorliegt, in Verkaufs- und Vermietungsanzeigen in kommerziellen Medien der in dem Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes oder Gebäudeteils angegebene Indikator der Gesamtenergieeffizienz genannt wird. Die Bestimmung nimmt von dieser Verpflichtung keinen bestimmten Personenkreis aus. Von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU sind deshalb auch Verkaufs- und Vermietungsanzeigen erfasst, die ein Immobilienmakler aufgegeben hat.

28           (2) Allerdings sieht § 16a EnEV, durch den Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU umgesetzt wird, eine entsprechende Pflicht des Immobilienmaklers nicht vor (dazu oben II 1 c). Das ist jedoch unschädlich, obwohl § 5a Abs. 4 UWG nicht auf die unionsrechtlichen Vorschriften, sondern auf die zu ihrer Umsetzung ergangenen Rechtsvorschriften abstellt. § 5a Abs. 4 UWG setzt Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG um. Nach dieser Vorschrift sind die im Unionsrecht festgelegten Informationsanforderungen maßgeblich. Eine unzureichende Umsetzung einer Richtlinienbestimmung im Sinne von Art. 7 Abs. 5 der Richtli-

nie 2005/29/EG in deutsches Recht - hier § 16a EnEV - steht der Anwendung des § 5a Abs. 4 UWG nicht entgegen. Daher kommt es nicht darauf an, dass der Verordnungsgeber mit § 16a EnEV Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU durch die Beschränkung des verantwortlichen Personenkreises auf Verkäufer, Vermieter, Verpächter und Leasinggeber nicht richtig umgesetzt hat.

29 (3) Nach Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU muss in einer Verkaufs- oder Vermietungsanzeige der in dem Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes oder Gebäudeteils angegebene Indikator der Gesamtenergieeffizienz genannt werden. Nach Erwägungsgrund 22 Satz 1 der Richtlinie 2010/31/EU sollte der Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz potentiellen Käufern und Mietern von Gebäuden oder Gebäudeteilen zutreffende Informationen über die Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes sowie praktische Hinweise zu deren Verbesserung liefern. Erwägungsgrund 22 Satz 3 sieht vor, dass der Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz Angaben darüber enthalten soll, wie sich Heizung und Kühlung auf den Energiebedarf des Gebäudes sowie auf dessen Primärenergieverbrauch und dessen Kohlendioxidemissionen auswirken. Anhang I Nummer 2 der Richtlinie 2010/31/EU bestimmt, dass die Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes auf transparente Weise darzustellen ist und einen Indikator für die Gesamtenergieeffizienz und einen numerischen Indikator für den Primärenergieverbrauch auf der Grundlage von Primärenergiefaktoren je Energieträger enthalten muss, die auf gewichtete nationale oder regionale Jahresdurchschnittswerte oder einen spezifischen Wert für die Erzeugung am Standort gestützt werden können. Danach konnte der Verordnungsgeber die in § 16a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 EnEV näher bezeichneten Pflichtangaben vorsehen. Sie dienen der transparenten Darstellung zutreffender Informationen für potentielle Käufer und Mieter zur Beurteilung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden und Gebäudeteilen.

30           bb) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die in Rede stehenden Angaben als wesentlich im Sinn von Art. 5a Abs. 2 UWG anzusehen sind. Die Pflichtangaben in Immobilienanzeigen nach § 16a EnEV haben ihre Grundlage in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/31/EU und gelten gemäß § 5a Abs. 4 UWG als wesentlich im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG.

31           d) Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen bislang allerdings nicht die Annahme, der Beklagte habe dem Verbraucher diese gemäß § 5a Abs. 2 Nr. 1 UWG als wesentlich anzusehende Informationen über den Energieverbrauch im Streitfall vorenthalten.

32           aa) Eine Information wird dem Verbraucher im Sinne von § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG vorenthalten, wenn sie zum Geschäfts- und Verantwortungsbereich des Unternehmers gehört oder dieser sie sich mit zumutbarem Aufwand beschaffen kann und der Verbraucher sie nicht oder nicht so erhält, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen kann (BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076 Rn. 27 = WRP 2016, 1221 - LGA tested; Urteil vom 2. März 2017 - I ZR 41/16, GRUR 2017, 922 Rn. 27 = WRP 2017, 1081 - Komplettküchen, mwN).

33           (1) Die hier in Rede stehenden Informationen kann sich der Makler mit zumutbarem Aufwand beschaffen, wenn bei Schaltung der Anzeige ein Energieausweis vorliegt. Ist dies der Fall, ohne dass die Pflichtangaben im Sinne von § 16a Abs. 1 EnEV in der Immobilienanzeige angeführt sind, erhält der Verbraucher die Informationen nicht so, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen kann.

34           (2) Die Voraussetzungen einer geschäftlichen Entscheidung sind vorliegend erfüllt. "Geschäftliche Entscheidung" bedeutet nach der Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG 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. Der Begriff "geschäftliche Entscheidung" erfasst außer der Entscheidung über den Erwerb oder Nichterwerb auch damit unmittelbar zusammenhängende Entscheidungen wie insbesondere das Betreten eines Geschäfts (EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2013 - C-281/12, GRUR 2014, 196 Rn. 36 bis 38 = WRP 2014, 161 - Trento Sviluppo; BGH, GRUR 2016, 1076 Rn. 29 - LGA tested, mwN) oder die Kontaktaufnahme zum Immobilienmakler zu dem Zweck, die Immobilie zu erwerben oder zu mieten.

35           bb) Die Revision rügt mit Erfolg, das Berufungsgericht habe verfahrensfehlerhaft angenommen, im Zeitpunkt der Schaltung der fraglichen Immobilienanzeige habe ein Energieausweis vorgelegen und dem Beklagten sei die Angabe der Informationen über den Energieverbrauch zumutbar gewesen.

36           (1) Nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachtet. Dabei darf und muss sich der Richter mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 6. Mai 2015 - VIII ZR 161/14, NJW 2015, 2111 Rn. 11; Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 19/14, GRUR 2016, 176 Rn. 40 = WRP 2016, 57 - Tauschbörse I, jeweils mwN). Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, an dessen Feststellungen das Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden ist. Dieses kann lediglich überprüfen, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 Abs. 1 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen

umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 1. Dezember 2016 - I ZR 128/15, TranspR 2017, 175 Rn. 27).

37 (2) Nach diesen Maßstäben hält die Annahme des Berufungsgerichts, zum Zeitpunkt der Schaltung der Anzeige habe für die fragliche Wohnung ein Energieausweis vorgelegen, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat seiner Würdigung zugrunde gelegt, dass in der in Rede stehenden Immobilienanzeige und in dem Internet-Exposé Angaben zum Energieausweis enthalten seien. Der Vortrag des Beklagten, dass es sich dabei versehentlich um Angaben zu einem anderen Objekt gehandelt habe, sei unzutreffend. Die Klägerin habe Screenshots vorgelegt, die eine durchgeführte Überprüfung eines Programmablaufs zeigten. Entgegen dem Vorbringen des Beklagten sei es nicht möglich, bei der Neuanlage einer Immobilie versehentlich Daten eines zuvor angelegten anderen Objekts zu übernehmen. Vor diesem Hintergrund seien wegen der Gefahr einer unzulässigen Ausforschung die vom Beklagten benannten Zeugen zum Beweis des Gegenteils nicht zu vernehmen. Der Umstand, dass der Beklagte eine Kopie eines auf den 10. Februar 2015 ausgestellten Energieausweises vorgelegt habe, rechtfertige keine abweichende Beurteilung. Es sei möglich, dass der Vermieter einen weiteren Energieausweis habe erstellen lassen. Er könne bei Vorliegen eines Energiebedarfsausweises Interesse an der Erstellung eines Energieverbrauchsausweises gehabt haben, etwa weil er sich bei letzterem die Einstufung in eine günstigere Energieeffizienzklasse erhofft habe.

38 (3) Das Berufungsgericht stützt seine Beurteilung wesentlich auf nicht durch Tatsachen belegte Vermutungen. Es ist den Behauptungen des Beklagten nicht nachgegangen und hat ohne weitere Beweisaufnahme seinen erheblichen und unter Beweis gestellten Vortrag, die Angaben zum Energieausweis



seien aus einem anderen Objekt versehentlich in den Text der Anzeige übernommen worden und zum Zeitpunkt der Schaltung der Anzeige habe ein Energieausweis noch nicht vorgelegen, für unzutreffend erachtet. Die Annahme des Berufungsgerichts beruht auf einer mit § 286 ZPO nicht in Einklang zu bringenden Beweiswürdigung.

39                    3. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht durch eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt oder zweifelsfrei zu beantworten ist.

40                    III. Danach ist das angegriffene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

41                    Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

42                    Das Berufungsgericht wird die erforderlichen Feststellungen zum Zeitpunkt der Erteilung des in Rede stehenden Energieausweises zu treffen haben. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass derjenige, der - wie die Klägerin - die Unterlassung einer wettbewerbswidrigen Werbung aus § 5a Abs. 2 UWG beansprucht, grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen dieser Bestimmung trägt. Da es sich bei dem Vortrag des Beklagten, im Zeitpunkt der Schaltung der Anzeige habe kein Energieausweis vorgelegen, um eine negative Tatsache handelt, trägt er eine sekundäre Darlegungslast. Es ist zunächst seine Sache, substantiiert darzulegen, dass es einen Energieausweis

für das Objekt im maßgeblichen Zeitpunkt nicht gab und wann der vorhandene Energieausweis erteilt worden ist. Dem ist der Beklagte nachgekommen. Danach verbleibt es bei der grundsätzlichen Beweislast auf Seiten der Klägerin, die den Nachweis führen muss, dass ein Energieausweis im entscheidungserheblichen Zeitpunkt der Schaltung der Anzeige bereits vorlag.

Büscher

Löffler

Schwonke

Feddersen

Marx

Vorinstanzen:

LG Bielefeld, Entscheidung vom 06.10.2015 - 12 O 60/15 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 04.08.2016 - I-4 U 137/15 -