BGH äußert sich zur Missbräuchlichkeit der Rechtsverfolgung durch Massenabmahnungen

Bundesgerichtshof

Urteil vom 26.04.2018

Az.: I ZR 248/16

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2018 durch die Richter […]

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten und der Streithelferin wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 27. Oktober 2016 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München II 2. Kammer für Handelssachen vom 25. Februar 2016 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Rechtsmittel und die Kosten, die der Streithelferin in den Rechtsmittelinstanzen entstanden sind.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin handelt mit Briefkästen, die sie als Aktionsware

an große Handelsketten vertreibt.

Die Beklagten betreiben Baumärkte („H. – Märkte“) und sind Gesellschafter der H. Handelsgesellschaft für Baustoffe mbH & Co. KG (im Folgenden: H. – Zentrale). Die Streithelferin der Beklagten stellt Briefkästen und Zeitungsrollen her, die zum Sortiment in den H. – Märkten gehören; die Briefkästen der Klägerin sind dort zuletzt 2004 oder 2005 gelistet worden.

Im Frühjahr 2015 befand sich auf der Verpackung von Briefkästen und Zeitungsrollen der Streithelferin der Hinweis „Umweltfreundlich produziert“ sowie ein Siegel mit der Aufschrift „Geprüfte Qualität“. Unter anderem wegen dieser Werbeaussagen beantragte die Klägerin eine einstweilige Verfügung gegen die Streithelferin, die das Landgericht Hagen mit Urteil vom 10. Juli 2015 antragsgemäß erließ. Die Streithelferin legte gegen dieses Urteil zunächst Berufung beim Oberlandesgericht Hamm ein, nahm diese jedoch nach einem Hinweis des Oberlandesgerichts zurück und gab eine Abschlusserklärung ab.

Am 3. August 2015 mahnte die Klägerin über ihre Rechtsanwälte die H. – Zentrale wegen Vertriebs von Briefkästen und Zeitungsrollen der Streithelferin ab. In der Abmahnung heißt es:

Folglich mahnt unsere Mandantin hiermit alle Betreiber von H. – Märkten hinsichtlich der beiden oben genannten Verhaltensweisen ab und verlangt diesbezüglich eine Unterwerfung. Da es nicht das Interesse unserer Mandantin ist, Dritte durch diesen Vorgang unnötig zu belasten, bitten wir Sie, dieses Schreiben an all Ihre Franchise-Nehmer ersichtlich der beiliegenden Anlage 2 unverzüglich weiterzuleiten. Sollten sich diese jeweils bis zum 7. August 2015 (13 Uhr) unterwerfen, würde auf eine Abmahnung der einzelnen Filialbetreiber verzichtet.

In der Anlage 2 waren 327 H. – Märkte aufgelistet. Außerdem

bot die Klägerin eine kurze Aufbrauchfrist für die einzelnen Filialen an, stimmte jedoch keinem Abverkauf zu.

Die H. – Zentrale bat um Fristverlängerung bis 14. August 2015, die ihr jedoch nur bis 12. August 2015 gewährt wurde. Mit E-Mail vom 12. August 2015 antwortete die " H. – Zentrale", es erscheine sinnvoll, zunächst den Ausgang des Berufungsverfahrens im Verfügungsverfahren zwischen der Streithelferin und der Klägerin vor dem Oberlandesgericht Hamm abzuwarten. Nach Erhalt dieses Schreibens und vor dem 14. August 2015 ließ die Klägerin insgesamt 203 H. märkte abmahnen, darunter die Beklagten. Außer der Abgabe einer vorformulierten Unterlassungserklärung forderte die Klägerin jeweils die Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 984,60 € zuzüglich einer Auslagenpauschale in Höhe von 20 €. Die Beklagten gaben keine Unterwerfungserklärung ab.

Wegen derselben Beanstandungen mahnte die Klägerin zahlreiche andere Baumärkte ab.

Die Klägerin hat noch keine Anwaltskosten für die Abmahnungen der H. – Märkte gezahlt.

Die Klägerin führte vor Versendung der Abmahnungen bei den Beklagten des vorliegenden Verfahrens keine Testkäufe durch. Sie meint, dies sei nicht mehr erforderlich gewesen, nachdem der von der H. – Zentrale bestellte Rechtsanwalt auf die Abmahnung im Schreiben vom 12. Oktober 2015 erklärt habe:

Die von uns Vertretenen haben die streitgegenständlichen Briefkästen und Zeitungsrollen mit den von Ihrer Partei zu Recht oder zu Unrecht inkriminierten Hinweisen geliefert bekommen.

Das Landgericht hat die auf Unterlassung sowie Erstattung von Abmahn- und Testkaufkosten gerichtete Klage gegen alle Beklagten wegen Rechtsmissbrauchs als unzulässig abgewiesen (§ 8 Abs. 4 Satz 1 UWG). Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision erstreben die Beklagten und ihre Streithelferin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die ordnungsgemäß geladene Klägerin war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten. Die Beklagte und die Streithelferin haben beantragt, über ihr Rechtsmittel durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat die Klage für zulässig und begründet erachtet. Dazu hat es ausgeführt:

Die Abmahnungen und die Klage seien nicht missbräuchlich. Zwar habe sich die Klägerin nicht darauf beschränkt, gegen die H. -Zentrale vorzugehen, sondern auch über 200 Abmahnungen gegen deren einzelne Gesellschafter ausgesprochen. Dadurch seien ihr Anwaltskosten in sechsstelliger Höhe entstanden, die sie bisher nicht bezahlt habe und die sie wirtschaftlich überfordern könnten. Dennoch könne von keiner Verselbständigung der Abmahntätigkeit der Klägerin ausgegangen werden. Sie habe sich nicht unmittelbar an die Gesellschafter gewandt, sondern zunächst an die H. -Zentrale. Das Schreiben vom 3. August 2015 habe eine Abmahnung der einzelnen Gesellschafter gerade entbehrlich machen sollen. Die H. -Zentrale sei aber nach Rücksprache mit der Streithelferin nicht auf den Vorschlag der Klägerin eingegangen, sondern habe vorgeschlagen, den rechtskräftigen Ausgang des Verfügungsverfahrens der Klägerin mit der Streithelferin abzuwarten. Infolgedessen hätte die Ware mit der beanstandeten Werbung in den Märkten der Gesellschafter weiter abverkauft werden können. Das sei für die Klägerin, wie von ihr bereits mit Schreiben vom 3. August 2015 mitgeteilt, nicht akzeptabel gewesen. Zudem sei die H. -Zentrale dem Lösungsvorschlag der Klägerin nicht nähergetreten, weil sie darauf spekuliert habe, der Klägerin, sollte diese gegen die Gesellschafter selbst vorgehen, aufgrund der Vielzahl der Abmahnungen den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten. Eine im Verhältnis zur

gewerblichen Tätigkeit sehr umfangreiche Abmahntätigkeit sei kein Indiz für einen Rechtsmissbrauch, wenn der Abmahnende sich zuvor bemüht habe, die Wettbewerbsverstöße ohne ausufernde Abmahntätigkeit einfach und kostengünstig abzustellen.

Aus den der H. -Zentrale von der Klägerin gesetzten Fristen ergebe sich nicht, dass die Klägerin an der vorgeschlagenen Lösung nicht wirklich interessiert gewesen sei. Die H. -Zentrale habe die E-Mail mit der Mus terunterwerfungserklärung praktisch zeitgleich an die Gesellschafter weiterleiten können. Auch der seit Monaten mit der Problematik vertrauten Streithelferin sei möglich gewesen, sehr zeitnah zum Schreiben der Klägerin vom 3. August 2015 Stellung zu nehmen. Die Klägerin habe eine „Aufbrauchfrist“ angeboten; zudem habe jeder H. -Gesellschafter die beanstandete Ware bald aus dem Verkauf nehmen können.

Die Klägerin habe vorgetragen, vor den Abmahnungen 100 der 203 abgemahnten Baumärkte besucht und die entsprechenden Verstöße jeweils festgestellt zu haben. Nachdem der jetzige Prozessbevollmächtigte der hiesigen Beklagten erklärt habe,

die von uns Vertretenen haben die streitgegenständlichen Briefkästen und Zeitungsrollen mit den von Ihrer Partei zu Recht oder zu Unrecht inkriminierten Hinweisen geliefert bekommen,

habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, dass der Vertrieb der beanstandeten Ware nicht streitig würde. Die Beteiligung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin an der Ermittlung der Verstöße stelle kein Indiz für einen Rechtsmissbrauch dar, weil im Hinblick auf die Vielzahl der aufzusuchenden Baumärkte ein arbeitsteiliges Handeln des Geschäftsführers der Klägerin und ihres Prozessbevollmächtigten nahegelegen habe.

Da die Klägerin beim Vertrieb von Waren mit unlauterer Werbung einen Unterlassungsanspruch nicht nur gegen den Hersteller,

sondern auch gegen die Händler habe, könne ihr nicht vorgehalten werden, sie habe sich darauf zu beschränken, den Hersteller im Anschluss an ein gegen ihn im Verfügungsverfahren erwirktes Urteil durch Ordnungsmittelverfahren dazu zu bringen, die beanstandete Ware auch im Vertrieb aus dem Markt zu nehmen. Bei Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Abmahnungen missbräuchlich gewesen seien.

Die von der Klägerin beanstandete Werbung auf der Verpackung der Briefkästen und Zeitungsrollen sei irreführend. Die Ansprüche auf Zahlung von Abmahnkosten und Erstattung der Kosten für die Testkäufe seien ebenfalls begründet.

II. Über die Revision ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, weil die Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis der Klägerin, sondern auf einer Sachprüfung (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 I ZR 258/15, GRUR 2017, 409 Rn. 10 = WRP 2017, 418 Motivkontaktlinsen, mwN).

III. Die Revision hat Erfolg. Die Abmahnungen der H. -Gesellschaften zwischen dem 12. und 14. August 2015 erfolgten rechtsmissbräuchlich, so dass die Weiterverfolgung der darin erhobenen Unterlassungsansprüche mit der vorliegenden Klage gemäß § 8 Abs. 4 UWG unzulässig und die Anträge auf Erstattung von Abmahn- und Testkaufkosten unbegründet sind.

1. Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG ist die Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG bezeichneten Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung wegen einer nach § 3 UWG unzulässigen geschäftlichen Handlung unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Ist eine

vorgerichtliche Abmahnung rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG, so sind nachfolgende gerichtliche Anträge auf Beseitigung und Unterlassung unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 I ZR 174/10, GRUR 2012, 730 Rn. 47 = WRP 2012, 930 – Bauheizgerät, mwN; Urteil vom 3. März 2016 I ZR 110/15, GRUR 2016, 961 Rn. 15 = WRP 2016, 1102 – Herstellerpreisempfehlung bei Amazon).

Von einem Missbrauch im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde, für sich genommen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele sind. Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Es reicht aus, dass die sachfremden Ziele überwiegen. Die Annahme eines derartigen Rechtsmissbrauchs erfordert eine sorgfältige Prüfung und Abwägung der maßgeblichen Einzelumstände. Ein Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Rechtsverfolgung kann sich daraus ergeben, dass die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht, der Anspruchsberechtigte die Belastung des Gegners mit möglichst hohen Prozesskosten bezweckt oder der Abmahnende systematisch überhöhte Abmahngebühren oder Vertragsstrafen verlangt (BGH, GRUR 2016, 961 Rn. 15 Herstellerpreisempfehlung bei Amazon, mwN). Weiteres Indiz für ein missbräuchliches Vorgehen ist es, wenn der Abmahnende an der Verfolgung des beanstandeten Wettbewerbsverstoßes kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse haben kann, sondern seine Rechtsverfolgung aus der Sicht eines wirtschaftlich denkenden Gewerbetreibenden allein dem sachfremden Interesse der Belastung seiner Mitbewerber mit möglichst hohen Kosten dient. Das ist etwa der Fall, wenn der Prozessbevollmächtigte des Klägers das Abmahngeschäft „in eigener Regie“ betreibt, allein um Gebühreneinnahmen durch die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu erzielen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 I ZR 237/98, GRUR 2001, 260, 261 [juris Rn. 21, 24] = WRP 2001, 148 Vielfachabmahner; Urteil vom 6. Oktober

2011 I ZR 42/10, GRUR 2012, 286 Rn. 16 = WRP 2012, 464 Falsche Suchrubrik).

2. Danach hält die Beurteilung des Berufungsgerichts rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Ob sich eine Rechtsverfolgung als missbräuchlich darstellt, ist aus der Sicht eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers zu beurteilen (vgl. BGH, GRUR 2001, 260, 261 [juris Rn. 24] Vielfachabmahner). Kein kaufmännisch handelnder Unternehmer wird Kostenrisiken in einer für sein Unternehmen existenzbedrohenden Höhe durch eine Vielzahl von Abmahnungen oder Aktivprozessen eingehen, wenn er an der Unterbindung der beanstandeten Rechtsverstöße kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse hat.

Im Streitfall hat die Klägerin nicht nur die Streithelferin als Herstellerin der beanstandeten Briefkästen und Zeitungsrollen in Anspruch genommen, sondern sie hat wegen des Vertriebs dieser Produkte zunächst 50 Internethändler, sodann 203 Gesellschafter der H. -Zentrale und durch weitere Massenabmahnungen Baumärkte von G. und Ho. abgemahnt.

b) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, für einen Missbrauch könne sprechen, dass die Klägerin sich nicht darauf beschränkt habe, gegen die H. -Zentrale vorzugehen, sondern auch über 200 Abmahnungen gegen die einzelnen Gesellschafter ausgesprochen habe. Dadurch seien der Klägerin Anwaltskosten in sechsstelliger Höhe entstanden, die sie bisher nicht gezahlt habe und die sie wirtschaftlich überfordern könnten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Klägerin im Jahr 2013 einen Gewinn von unter 6.000 € erzielt.

c) Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend berücksichtigt, dass dem mit der Vielzahl der Abmahnungen verbundenen, sehr großen Verfolgungsaufwand der Klägerin kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse an der Rechtsverfolgung gegenüberstand. Die Klägerin hat gegenüber den Beklagten

ausschließlich das Angebot der beanstandeten Briefkästen und Zeitungsrollen in den Verkaufsräumen der Baumärkte beanstandet. Sie hat nicht geltend gemacht, dass die Baumärkte für diese Produkte in Print- oder Online-Medien geworben haben. Die Briefkästen der Klägerin wurden bereits seit mehr als zehn Jahren vor ihrer Abmahnaktion im Jahr 2015 nicht mehr in den Baumärkten der H. -Gruppe vertrieben.

Unter diesen Umständen ist es nach der Lebenserfahrung praktisch ausgeschlossen, dass die als irreführend beanstandeten Bezeichnungen auf den Briefkästen der Streithelferin in Märkten der H. -Gruppe den Absatz von Briefkästen der Klägerin tatsächlich behindern konnten (vgl. BGH, GRUR 2001, 260, 261 [juris Rn. 24] Vielfachabmahner). Es liegt vielmehr sehr nahe, dass Kunden, die bereits einen Baumarkt aufgesucht haben, um einen Briefkasten zu erwerben, dort bei einem Fehlen der beanstandeten Angaben auf der Verpackung der Produkte der Streithelferin allenfalls unmittelbar daneben oder jedenfalls in der Nähe ausgestellte Produkte anderer Wettbewerber gekauft hätten, nicht jedoch in einer anderen Verkaufsstelle einen Briefkasten der Beklagten. Es ist daher nicht erkennbar, dass die beanstandeten Wettbewerbsverstöße zu Lasten der Umsätze der Klägerin gehen konnten.

d) Bestand danach für die Abmahnaktion der Klägerin gegen die H. -Märkte kein vernünftiges wirtschaftliches Interesse, so ist unerheblich, ob wie die Klägerin geltend gemacht hat – ihr Alleingesellschafter und Geschäftsführer bereit und in der Lage war, sie hinsichtlich des Kostenrisikos aus den Abmahnungen und daraus folgenden Gerichtsverfahren durch Darlehen mit Rangrücktritt im sechs- bis siebenstelligen Bereich zu unterstützen. Eine solche Gesellschafterfinanzierung stünde in Widerspruch zu vernünftigem kaufmännischen Verhalten. Ein wirtschaftlich vernünftig denkender Kaufmann wird Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt nur dann gewähren, wenn er sich davon einen

Fortbestand der Gesellschaft und eine weitere gewinnbringende Geschäftstätigkeit verspricht. Die Finanzierung von Abmahnungen einer Geschäftspraktik, die sich auf den Absatz der Gesellschaft nicht oder jedenfalls nicht nennenswert auswirkt, ist dafür offensichtlich ungeeignet.

e) Bei der für die Prüfung einer missbräuchlichen Rechtsverfolgung erforderlichen Gesamtbetrachtung der maßgeblichen Umstände ist im Streitfall außerdem zu berücksichtigen, dass die Klägerin unter anderem wegen der vorliegend beanstandeten Werbeaussagen mit Urteil des Landgerichts Hagen vom 10. Juni 2015 eine einstweilige Verfügung gegen die Streithelferin erwirkt hatte. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Streithelferin aufgrund eines solchen Unterlassungstitels nicht nur verpflichtet gewesen sei, keine Ware mit der beanstandeten Werbung mehr auszuliefern, sondern auch darauf hinzuwirken, dass bereits etwa an die Baumärkte der Beklagten ausgelieferte Ware mit dieser Werbung nicht mehr im Handel angeboten wird (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2015 I ZR 109/14, GRUR 2016, 720 Rn. 35 = WRP 2016, 854 Hot Sox). Unabhängig von ihren rechtlichen Möglichkeiten, einen solchen Rückruf durchzusetzen, war zu erwarten, dass die Händler einem solchen Rückruf Folge leisten würden, schon um eine eigene Inanspruchnahme zu verhindern.

Die Streithelferin hat zwar gegen die einstweilige Verfügung zunächst Berufung eingelegt. Bei der regelmäßig bestehenden Eilbedürftigkeit für die Abstellung von Wettbewerbsverstößen steht es dem Verfügungskläger grundsätzlich auch frei, neben oder statt des Herstellers die Händler der beanstandeten Ware in Anspruch zu nehmen. Unter den hier gegebenen Umständen stellt sich die massenhafte Abmahnung von Händlern indes aus der Sicht eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers als eindeutig nicht interessengerecht dar. War für die Klägerin mit einem vorübergehend weiteren Vertrieb der beanstandeten Briefkästen in den H. -Märkten aus den dargelegten Gründen

kein oder jedenfalls kein nennenswerter Nachteil verbunden, so entsprach es kaufmännischer Vernunft, nicht durch Massenabmahnungen ein Kostenrisiko in sechsstelliger Höhe einzugehen, sondern den Ausgang des Verfügungsverfahrens abzuwarten. Der damit verbundene Zeitverlust bei der Rechtsdurchsetzung trat bei der gebotenen objektiven Beurteilung der Interessenlage der Klägerin unter den gegebenen besonderen Umständen deutlich hinter den existenzbedrohenden finanziellen Risiken infolge der Massenabmahnungen zurück.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist dem Abmahnschreiben der Klägerin an die H. -Zentrale vom 3. August 2015 nicht zu entnehmen, dass es für die Klägerin nicht akzeptabel gewesen wäre, den weiteren Abverkauf der beanstandeten Ware in den H. -Märkten bis zur Klärung der Rechtslage im Verfügungsverfahren gegen die Streithelferin hinzunehmen. Die Klägerin hat in diesem Schreiben ausgeführt, es werde zwar einer kurzen Aufbrauchfrist, jedoch keinem Abverkauf zugestimmt. Daraus ergibt sich nur, dass die Klägerin einen Abverkauf nicht akzeptierte, nicht aber, weshalb die Hinnahme eines Abverkaufs bis zum Abschluss des Verfügungsverfahrens unter Berücksichtigung der mit den Abmahnungen verbundenen Risiken für die Klägerin nicht akzeptabel war.

f) Die danach bestehende Unverhältnismäßigkeit der von der Klägerin ausgesprochenen Massenabmahnungen lässt grundsätzlich den Schluss zu, dass eine missbräuchliche Rechtsverfolgung im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG vorliegt. Umstände, die das Verhalten der Klägerin bei der Rechtsverfolgung durch die Massenabmahnungen gleichwohl als nicht missbräuchlich erscheinen lassen könnten, sind entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht ersichtlich.

aa) Das Berufungsgericht will eine missbräuchliche Rechtsverfolgung im Streitfall ausschließen, weil nicht von einer Verselbständigung der Abmahntätigkeit ausgegangen werden

könne. Eine im Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit sehr umfangreiche Abmahntätigkeit sei dann kein Indiz für einen Rechtsmissbrauch, wenn sich der Abmahnende zuvor bemüht habe, die Wettbewerbsverstöße ohne ausufernde Abmahntätigkeit einfach und kostengünstig abzustellen. Das sei vorliegend der Fall, weil sich die Klägerin nicht unmittelbar an die Gesellschafter, sondern zunächst mit Schreiben vom 3. August 2015 allein an die H. -Zentrale gewandt habe. Dadurch habe gerade eine Abmahnung der einzelnen Gesellschafter entbehrlich gemacht werden sollen. Die H. – Zentrale sei jedoch auf den Vorschlag der Klägerin nicht eingegangen, sondern habe ihrerseits vorgeschlagen, den Ausgang des Verfügungsverfahrens der Klägerin mit der Streithelferin abzuwarten.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Fehlt, wie im Streitfall, jedes wirtschaftlich nennenswerte Interesse an der Rechtsverfolgung, so entfällt die Indizwirkung einer im Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit sehr umfangreichen Abmahntätigkeit für einen Rechtsmissbrauch nicht dadurch, dass der Abmahnende sich zuvor bemüht hat, die Wettbewerbsverstöße ohne ausufernde Abmahntätigkeit einfach und kostengünstig abzustellen. Führen diese Bemühungen aus Sicht des anspruchserhebenden Unternehmers unter solchen Umständen nicht zum Erfolg, so entfällt dadurch nicht die Indizwirkung unverhältnismäßiger Abmahntätigkeit. Bestand aus der Sicht der Klägerin, wie ausgeführt, keine Eilbedürftigkeit der Beseitigung der Rechtsverstöße in den H. – Märkten, so bleibt es auch nach dem Scheitern der Bemühungen um eine einfache und kostengünstige Lösung dabei, dass für einen wirtschaftlich denkenden Unternehmer der Aufwand für die Massenabmahnungen im Hinblick auf die damit verbundenen, wirtschaftlich kaum tragbaren Risiken, denen keine nennenswerten Interessen an der Beseitigung des Rechtsverstoßes gegenüberstehen, unverhältnismäßig ist.

bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wird die

Missbräuchlichkeit der Rechtsverfolgung durch die Klägerin ferner nicht dadurch relativiert oder entkräftet, dass die H. -Zentrale in ihrem Antwortschreiben auf die Abmahnung der Klägerin vom 12. August 2015 die Auffassung vertreten hatte, die umfangreiche Abmahntätigkeit der Klägerin sei rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG.

cc) Bestehen bereits ausreichende Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Rechtsverfolgung, so kommt es zudem nicht mehr darauf an, ob noch weitere Anhaltspunkte dafür vorliegen. Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Fallgruppen missbräuchlicher Rechtsverfolgung stehen zueinander in einem alternativen und nicht in einem kumulativen Verhältnis (vgl. BGH, GRUR 2012, 286 Rn. 13 Falsche Suchrubrik; GRUR 2016, 961 Rn. 15 Herstellerpreisempfehlung bei Amazon). Auf die vom Berufungsgericht erörterten Fragen, ob die von der Klägerin der H. -Zentrale gesetzten kurzen Fristen der von ihr vorgeschlagenen Lösung entgegenstanden oder ob die H. -Zentrale alle ihr angeschlossenen Märkte sehr schnell erreichen konnte, kommt es daher nicht an. Diese Umstände sind für die Frage, ob die Abmahntätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht, ohne Bedeutung. Ebenso wenig kommt es im Streitfall darauf an, ob die Abmahnungen „ins Blaue hinein“ erfolgten oder ob die maßgebliche Beteiligung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin an den Testkäufen ein weiteres Indiz für die Missbräuchlichkeit ist. Es kann auch dahinstehen, ob die zahlreichen Strafanzeigen, die die Klägerin gegen Verantwortliche der H. -Märkte erhoben hat, eine angemessene Reaktion auf deren Verhalten darstellten oder nicht.

g) Ist eine nennenswerte Förderung ihres Warenabsatzes durch die umfangreiche Abmahnaktion der Klägerin gegenüber H. -Märkten nicht erkennbar und auch kein sonstiges anerkennenswertes Interesse der Klägerin daran ersichtlich, so kann dahinstehen, welchen Beweggrund sie für die Abmahnaktion

gehabt haben mag. Soweit die Beklagten und ihre Streithelferin vorgetragen haben, die Klägerin habe mit den Abmahnungen Druck auf die Streithelferin im Hinblick auf einen Schadensersatzanspruch aus einem früheren Markenverletzungsprozess ausüben wollen, ließe ein solches Motiv die Rechtsmissbräuchlichkeit nicht entfallen, wenn wie im Streitfall kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse des Abmahnenden an der Abstellung des beanstandeten Verhaltens besteht.

h) Bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände stellen sich somit sowohl die Abmahnungen als auch die nachfolgend mit der vorliegenden Klage verfolgten Unterlassungsanträge gegen die Beklagten als rechtsmissbräuchliche Rechtsverfolgung und damit als unzulässig im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG dar.

3. Damit erweisen sich die auf Erstattung von Abmahn- und Testkaufkosten gerichteten Anträge als unbegründet.

a) Eine missbräuchliche Abmahnung ist nicht berechtigt im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG und begründet keinen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen (BGH, GRUR 2012, 730 Rn. 13 Bauheizgerät).

b) Testkäufe zur Vorbereitung rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen oder Unterlassungsklagen dienen keiner zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Ein Antrag auf Schadensersatz nach § 9 UWG für solche Testkäufe ist unbegründet (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2017 – I ZR 263/15, GRUR 2017, 1160 Rn. 64 f. = WRP 2017, 1337 – BretarisGenuair).

III. Danach ist das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts wiederherzustellen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 2 ZPO.