

<b>Volltext zu:</b>	MIR 2021, Dok. 011
<b>Veröffentlicht in:</b>	MIR 02/2021
<b>Gericht:</b>	OLG Köln
<b>Aktenzeichen:</b>	6 U 136/19 - test.net
<b>Entscheidungsdatum:</b>	30.10.2020
<b>ECLI:</b>	
<b>Vorinstanz(en):</b>	LG Köln, 21.05.2019 – 31 O 137/18
<b>Bearbeiter:</b>	Rechtsanwalt Thomas Ch. Gramespacher
<b>Permanenter Link MIR-Dok.:</b>	<a href="http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3052">http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3052</a>

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Inhaltliche/redaktionelle Fehler vorbehalten.

## OBERLANDESGERICHT KÖLN IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

### In dem Rechtsstreit (...)

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln auf die mündliche Verhandlung vom 18.09.2020 durch seine Mitglieder (...)

### für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 21.05.2019 verkündete Urteil der 31.

Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 137/18 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken am Geschäftsführer, zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen die Domain test.net für die Veröffentlichung von Produktvergleichen wie in der nachstehenden Anlage K3 abgebildet zu verwenden

und/oder

algorithmusbasierte Produktvergleiche als Tests zu bezeichnen, wenn Grundlage des Produktvergleichs nicht Tests zu jedem einzelnen der verglichenen Produkte sind und wenn dies geschieht wie in der nachstehenden Anlage K3 abgebildet:

Aboschrauber | test.net x

test.net GmbH [DE] | https://test.net/akkuschrauber

test.net

DIE TESTS ÜBER TEST.NET BUSINESS SERVICES MEDIATHEK

TESTKATEGORIEN

- Elektronik
- Digitalradio
- Externe Festplatten
- Komplektierkits
- Autonavigation
- Smartphones
- Tablet-PCs

**Haushalt**

- Wasserdücher
- Elektrische Zahnbürsten
- Bodenstaubsauger
- Nähmaschinen
- Tischgrills
- Personenwaagen
- Werkzeuge
- Akkuschrauber
- Tischventilatoren

**Akkuschrauber: ein unverzichtbares Werkzeug**  
Test: Akkuschrauber

Der Akkuschrauber hat sich schon längst zu einem unverzichtbaren Helfer entwickelt. Beim Kauf eines neuen Modells entscheidet man jedoch schnell, dass die Auswahl sehr groß und die Unterschiede oftmals sogar gravierend sind. Aufgrund dessen haben wir vom Testnet-Team uns die verschiedenen Modelle einmal genauer angesehen und in unseren neutralen Produkttests deren Vorteile aufgelistet. So können Sie sich fernab der diversen Werbeversprechen ein Bild von der wirklichen Leistung der jeweiligen Geräte machen und zu einem passenden Akkuschrauber für Ihren Bedarf gelangen. Weiterlesen...



**1. Bosch PSR 14,4 LI-2** **sehr gut (42,3)** **EUR 114,85**  
Maximal Wert von Bohrtiefe, Lebensdauer, 2 Stück • Maximal Wert von Bohrtiefenmessst, max. in Holz: 30 mm

**2. Meister Akku-Bohrschrauber "i-drill sensor"** **sehr gut (40,5)** **EUR 124,62**  
Höchster Ergebnis für Batterie Kapazität • Höchstes Ergebnis für Batterie Ladestk • Minimal Wert von Bohrtiefenmessst, max. in Holz: 20 mm • Minimal Wert von Bohrtiefenmessst, max. in Stahl: 8 mm

test.net

Aludrucker | test.net x

test.net GmbH [DE] | https://test.net/akkuschrauber

**NUTZFAHRZEUGE**  
NUTZFAHRZEUGE  
NUTZFAHRZEUGE

Taschenflisoren  
Dampfgaer  
Haarseten  
Rauchmelder  
Akku-Blowermaher  
Kaffeevollautomaten

**Freizeit**

Gymnastikballe  
Fahradhelme  
Swimmingcaps  
Dienertaufschuhe  
Fahrrad GPS  
Gan-jahresreifen  
Nyxsignalaufgaben  
Crossreiner  
Trennmaschinen  
Sonnenlinsen

**3 . Einhell TE-CD 18 LJ**  **EUR 79,99**  
gut (38,4) **EUR 79,99**  
Minimal Wert von Batterie Ladzeit: 30 Minuten

**4 . Metabo PowerMaxx BS**  **EUR 107,96**  
gut (34,8) **EUR 107,96**  
Hochstes Ergebnis für Batterie Kapazität • Höchstes Ergebnis für Batterie Ladzeit

**5 . Kawasaki K-AK 18**  **EUR 111,45**  
gut (34,8) **EUR 111,45**

**6 . Bavaria BCD 12**  **EUR 19,95**  
befriedigend (31,6) **EUR 19,95**  
Niedrigstes Ergebnis für Batterie Kapazität • Minimal Wert von Batterie Kapazität: 1 Ah • Niedrigstes Ergebnis für Batterie Ladzeit • Niedrigstes Ergebnis für Antrieb Leistaufschlag

**7 . Ikea FIXA**  **EUR 42,27**  
befriedigend (31,2) **EUR 42,27**  
Niedrigstes Ergebnis für Batterie Nennspannung • Minimal Wert von Batterie Nennspannung: 7,2 Volt • Minimal Wert von Antrieb Leistaufschlag: 400 U<sub>min</sub> • Minimal Wert von Antrieb Drehmoment: max.: 5 Nm

**8 . Skil 2889MA**  **EUR 203,42**  
befriedigend (31,0) **EUR 203,42**  
Hochstes Ergebnis für Antrieb Leistaufschlag • Minimal Wert von Antrieb Leistaufschlag: 1600 U<sub>min</sub> • Höchstes Ergebnis für Antrieb Drehmoment: max.: 6,5 Nm



← Akuschrauber | test.net x  
 https://test.net/akuschrauber

Höchste Ergebnisse für Antrieb Drehmoment, max. • Maximal Wert von Antrieb Leerlaufdrehzahl, 1650 U, min. •  
 Höchster Ergebnis für Anzahl Drehmomente, max. • Maximal Wert von Antrieb Drehmomente, max.: 65 Nm

9 . Kawasaki K-AK 10.8-2G	ausreichend (30,5)	EUR 79,90	
10 . Einhell TH-CD 12	ausreichend (29,5)	EUR 34,95	
Mittleres Ergebnis für Batterie Ladefähigkeit • Mittiges Ergebnis für Antrieb Leerlaufdrehzahl • Niedriges Ergebnis für Abmessungen Gewicht			
11 . Makita BDF-343	ausreichend (28,9)	EUR 133,80	
12 . Kawasaki K-AK 14,4	ausreichend (26,5)	EUR 106,70	

**Akkus**

Die Akkus eines Akuschraubers sind ein wesentlicher Bestandteil des Gerätes. Hier hat man in der Regel die Wahl zwischen NiMH oder Lithium-Ionen Akkus. Oftmals sind in den Geräten NiMH-Akkus enthalten, jedoch sind in den meisten Fällen Lithium-Ionen Akkus die bessere Wahl. Bei diesem Modell ist nicht nur die Leistung höher, sondern auch der Selbstentladungseffekt wird hier vermieden. Sehr sinnvoll kann auch die Möglichkeit zur Schnellladung sein, da man nicht immer daran denkt, vor der Arbeit den Akku aufzuladen.

**Tipp:** Achten Sie beim Kauf darauf, dass bei Ihrem neuen Akuschrauber gleich zwei Akkus enthalten sind. So kann der eine Akku laden, während der andere Akku in Betrieb ist.

Wer hat zu den Benchmarkis beigetragen

Antrieb	29,8
Batterie	20,1
Böhrer	17,8
Marke	6,2
Abmessungen	5,7
Ladegerät	5,3

Aluschrauber | test.net x

test.net GmbH [DE] | <https://test.net/aluschrauber>

gleich zwei Akkus enthalten sind, so kann der eine Akku laden, während der andere Akku in Betrieb ist.

Vorteil, Weststunden und Ampere	Ladegerät	5,3
Kennzahlen wie etwa Volt, Wattstunden und Ampere, was wir das doch gleich noch mal? Natürlich kommt jeder diese Bezeichnungen, doch oftmals wird vergessen oder vernachlässigt, was sich dahinter verbirgt. So gibt die Voltzahl über die Spannung des Akuschraubers Auskunft. Aus dem Volt und Amperestunden hingegen wird die Leistungsfähigkeit des vornehmlichen Akkus bemessen. Wenn Sie hier beide Zahlen multiplizieren, dann ist das Ergebnis die Akkuleistung. Dagegen ist die Ampere-Angabe als ein Richtwert für die Akku-Laufzeit zu verstehen. In der Regel wird ein hoher Wert auf einen leistungsstärkeren Akku mit einer längeren Laufzeit gegliedert.	Koffler	4,8
	Arbeitsleuchte	3,9
	Bit-Set	3,5
	Softgriff	2,9

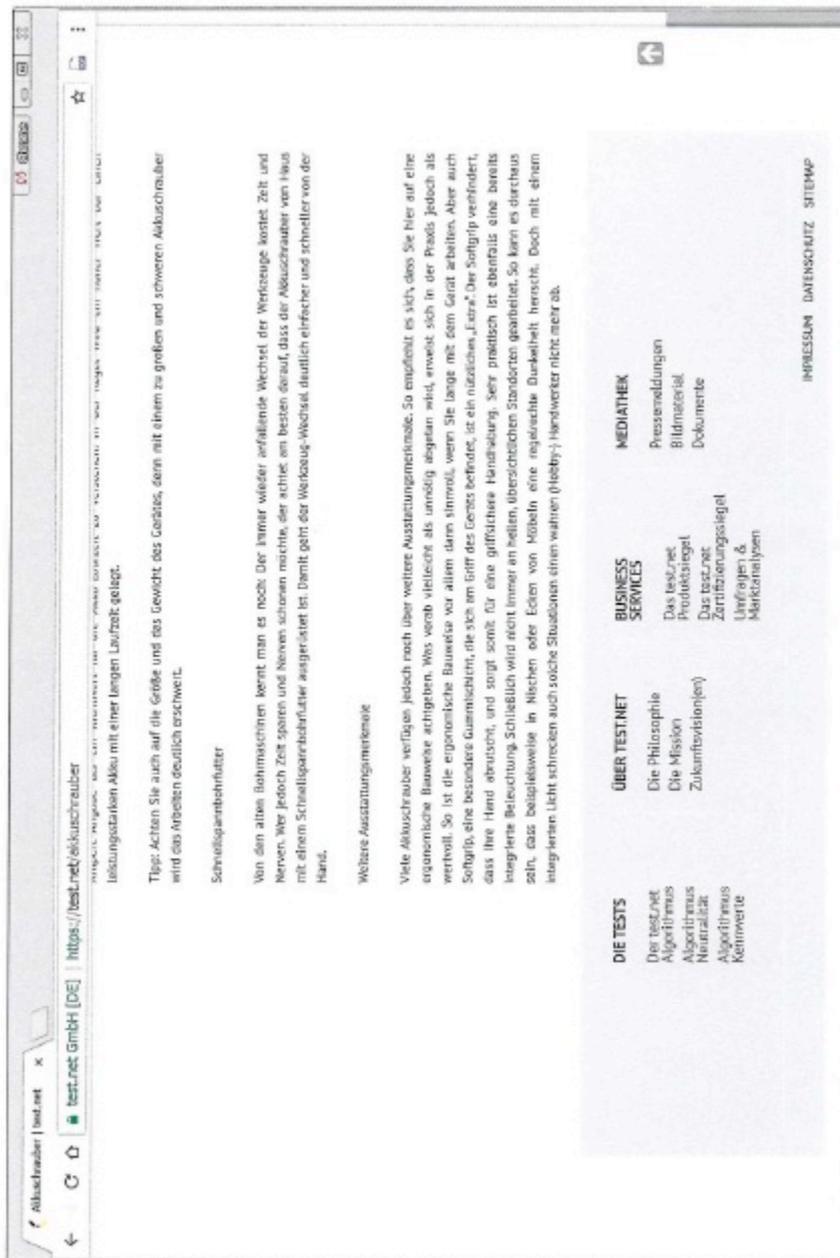
**Typ:** Achten Sie auch auf die Größe und das Gewicht des Gerätes, denn mit einem zu großen und schweren Akuschrauber wird das Arbeiten deutlich erschwert.

**Schweißspannenführer**

Von dem alten Bohrmessschliffen kennt man es noch: Der Innere wieder anfallende Wechsel der Werkzeuge kostet Zeit und Nerven. Wer jedoch Zeit sparen und Nerven schonen möchte, der achtet am besten darauf, dass der Akuschrauber von Haus mit einem Schnellspannenführer ausgestattet ist. Damit geht der Werkzeug-Wechsel deutlich einfacher und schneller von der Hand.

**Weitere Ausstattungsmarkkmale**

Viele Akuschrauber verfügen jedoch noch über weitere Ausstattungsmarkkmale. So empfiehlt es sich, das Sie hier auf eine ergonomische Bauweise achten. Was vorab vielleicht als unnötig abgetan wird, erweist sich in der Praxis jedoch als wertvoll. So ist die ergonomische Bauweise vor allem dann sinnvoll, wenn Sie lange mit dem Gerät arbeiten. Aber auch Softgrip, eine besondere Gummischicht, die sich am Griff des Geräts befindet, ist ein nützliches „Extra“. Der Softgrip verhindert, dass Ihre Hand abrutscht, und sorgt somit für eine grifffirmeren Handhabung. Sehr praktisch ist ebenfalls eine bereits integrierte Beleuchtung. Schließlich wird nicht immer an hellen, übersichtlichen Standorten gearbeitet. So kann es durchaus sein, dass beispielweise in Nischen oder Ecken von Möbeln eine regelrechte Dunkelheit herrscht. Doch mit einem integrierten Licht schaffen sich auch solche Situationen einen wehren (hobby-) handbarbar nicht mehr ab.



2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.05.2018 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe:

I. Der klagende Dachverband aller Verbraucherzentralen in Deutschland nimmt die Beklagte wegen der Veröffentlichung von algorithmusbasierten Produktvergleichen unter der Domain test.net auf Unterlassung und Zahlung von Abmahnkosten in Anspruch.

Der Kläger rügt, dass die Beklagte mit dem beanstandeten Internetauftritt den falschen Eindruck erwecke, sie unterziehe die dargestellten Produkte einem vergleichenden Warentest. Insoweit verstoße die Beklagte gegen das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot. Die von der Beklagten vorgetragene Ergebnisse würden den Anforderungen an eine neutrale, objektive und sachkundige Untersuchung nicht gerecht. An der Neutralität fehle es, da die Beklagte von den bewerteten Warenverkäufern ein Entgelt erstrebe. Wenn ein Interessent einen der Produktlinks betätige, werde eine Bestellung ausgelöst, für die die Beklagte eine Provision erhalte. Als objektiv könnten die durchgeführten Untersuchungen nicht anerkannt werden, weil es an einem festgelegten Untersuchungsprogramm fehle. An keiner Stelle werde erläutert, was in welchem Umfang nach welchen Kriterien getestet worden sei. Der Kläger hat mit Nichtwissen bestritten, dass die Untersuchungen durch Fachleute mittels anerkannter Prüfmethode durchgeführt würden, dass die Beklagte Unternehmen mit der Durchführung der Tests beauftrage und dass sie ihre Untersuchungen sachkundig und sorgfältig durch qualifizierte, erfahrene und unparteiliche Prüfer durchführen lasse. Nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast obliege es der Beklagten vorzutragen und zu beweisen, auf welche Weise sie zu ihren Ergebnissen und den daraus folgenden Bewertungen gelangt sei.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken am Geschäftsführer, zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen die Domain test.net für die Veröffentlichung von Produktvergleichen wie nachstehend wiedergegeben zu verwenden (es folgt eine Abb. der Anlage K 3, s.o. Tenor)

und/oder

algorithmusbasierte Produktvergleiche als Tests zu bezeichnen;

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat eingewandt, dass der Kläger mit der vorliegenden Klage darauf abziele, der mit ihm eng verbundenen Stiftung Warentest ein Monopol für Warentests zu verschaffen bzw. zu erhalten. Wie ein Test organisiert und aufgebaut sei, sei nicht allgemeingültig festgelegt, sondern falle in den Ermessensspielraum des Testers. Hier sei sofort erkennbar, dass algorithmusbasierte Produktvergleiche ohne Labortests stattfänden. Ihre Neutralität sei durch die Einbindung des Partnerprogramms für Bildrechte und Service ohne nennenswerte Gegenleistung und bei Jahres-Gesamteinnahmen von nur 57,50 € nicht in Frage gestellt; das Partnerprogramm sei nicht eingebunden, um damit Geld zu verdienen. Die mit dem Test beauftragten Unternehmen müssten versichern, in den letzten drei Jahren keine Verbindung zu den Herstellern gehabt zu haben. Durch die Verknüpfung mit dem Amazon-Partnerprogramm könne sie die Bewertungen tausender Kunden einbeziehen. Manchmal würden zur Absicherung einer Schwachstelle des Algorithmus im Hintergrund auch Labortests durchgeführt. Die Beklagte hat die Vernehmung des Zeugen U.; den für die Akkuschauber zuständigen Testleiter, zur Erläuterung dafür angeboten, wie getestet worden sei und warum die Tests nicht beanstandungsfähig seien.

Mit Urteil vom 21.05.2019, auf das wegen der weiteren Einzelheiten gemäß § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Domain test.net sei weder allgemein für algorithmusbasierte Produktvergleiche noch in der konkret angegriffenen Benutzungsform zur Täuschung über die Eigenschaften des Angebots der Beklagten geeignet. Die Beklagte kläre gerade darüber auf, dass nur ein Algorithmus eingesetzt werde. Der Kläger habe nicht schlüssig vorgetragen, dass es an einer neutralen, objektiven und sachkundigen Untersuchung fehle oder warum die abgefragten Kriterien nicht geeignet und aussagekräftig seien.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er rügt die Verletzung materiellen Rechts. Der Begriff „Test“ für die von der Beklagten durchgeführten algorithmusbasierten Produktvergleiche sei falsch und damit gemäß § 5 UWG irreführend. Die Beklagte teste die Produkte nicht darauf, ob deren Eigenschaften den Erwartungen der Verbraucher entsprächen; sie prüfe die Produkte nicht. Es finde weder ein Warentest durch die Beklagte statt, noch verwerte die Beklagte Warentests Dritter. Nach den eigenen

Angaben im Internet bewerte die Beklagte die Waren ausschließlich anhand der Produktangaben – ähnlich dem Kunden eines Online-Shops – und verbe die Noten von sehr gut bis ausreichend nach einem bestimmten statistischen Schlüssel (die ersten 25 % „sehr gut“, die zweiten 25 % „gut“ usw.). Der Verbraucher erwarte indes bei einem Tester, dass er sich mit dem getesteten Produkt auseinandergesetzt habe. Es sei unklar, ob die Beklagte anhand ihres Vorgehens mittels Algorithmus die Produkte überhaupt testen könne, da sie sich dabei an den Händler- oder Herstellerangaben orientieren müsse, wenn sie - wie auf ihrer Webseite dargelegt - wie der Kunde eines Onlineshops vorgehe, der das Produkt auch nicht vor sich liegen habe, sondern lediglich die Informationen des Händlers und Angebote vergleiche. Der Unterlassungsanspruch ergebe sich auch aus § 5a UWG. Die Beklagte geriere sich als Tester, sei aber letztlich ein Unternehmen, das den tatsächlichen kommerziellen Zweck der Tests, nämlich die Unterstützung des Verkaufs getesteter Produkte durch Weiterverlinkung auf Angebote zu Amazon nicht hinreichend klar kenntlich mache. Im Übrigen wiederholt und vertieft der Kläger sein erstinstanzliches Vorbringen zur fehlenden Neutralität der Beklagten als Testveranstalter.

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vom 08.11.2019 sinngemäß beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte nach den in erster Instanz gestellten Anträgen zur Unterlassung und Zahlung zu verurteilen.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat der Kläger mit Schriftsatz vom 04.12.2019, bei Gericht eingegangen am 04.12.2019 und der Beklagten zugestellt am 13.12.2019, erklärt, dass er die zweite Alternative des Unterlassungsantrags dergestalt einschränke, dass insoweit beantragt werde, algorithmusbasierte Produktvergleiche als Tests zu bezeichnen, wenn Grundlage des Produktvergleichs nicht Tests zu jedem einzelnen der verglichenen Produkte sind und wenn dies geschieht wie in der Anlage K3 abgebildet.

Die Beklagte ist mit Beschluss vom 13.12.2019 darauf hingewiesen worden, dass wenn sie der Teilklagerücknahme nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen ab Zustellung des Schriftsatzes vom 04.12.2019 widerspricht, ihre Einwilligung als erteilt gilt, § 260 Abs. 2 ZPO. Das mit dem Beschluss abgesandte Empfangsbekennntnis ist nicht zur Akte zurückgereicht worden, so dass der Beschluss erneut zugestellt wurde. Ausweislich der Postzustellungsurkunde erfolgte die Zustellung am 14.01.2020. Mit bei Gericht am gleichen Tag eingegangenem Schriftsatz vom 16.01.2020 hat die Beklagte der Teilklagerücknahme ausdrücklich widersprochen.

Der Kläger beantragt,

das am 21.05.2019 verkündete und am 23.05.2019 zugestellte Urteil des Landgerichts Köln zum Aktenzeichen 31 O 137/18 abzuändern und

I. die Beklagte zu verurteilen

es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken an den Geschäftsführern, zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen die Domain test.net für die Veröffentlichung von Produktvergleichen wie in der Anlage K3 abgebildet zu verwenden

und/oder

algorithmusbasierte Produktvergleiche als Tests zu bezeichnen, wenn Grundlage des Produktvergleichs nicht Tests zu jedem einzelnen der verglichenen Produkte sind und wenn dies geschieht wie in der Anlage K3 abgebildet.

II. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung, unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, insbesondere zur Stiftung Warentest, zu Amazon, dazu, dass ein Test nicht notwendig ein Labortest sein müsse, sowie – nach einem entsprechenden Hinweis des Senats – mit weiterem Tatsachenvortrag zur Durchführung ihrer Produktvergleiche, auch speziell bezüglich der Akkuschauber. Das neue Vorbringen des Klägers in zweiter Instanz rügt sie als verspätet.

II. Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg; unbegründet ist das Rechtsmittel im Umfang der in zweiter Instanz erklärten aber unwirksamen Teilklagerücknahme.

1. In der Beschränkung der zweiten Alternative des ursprünglich abstrakt gefassten Unterlassungsantrags auf die konkrete Verletzungsform liegt eine teilweise Rücknahme der Klage nach § 269 Abs. 1 ZPO. Diese

ist mangels Zustimmung der Beklagten unwirksam. Eine Klage kann, solange Rechtshängigkeit besteht, zwar jederzeit zurückgenommen werden (s. Zöller-Greger, ZPO, 33. Aufl., § 269 Rn. 8), also auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren, erforderlich ist jedoch eine Einwilligung der Gegenseite, die hier nicht erklärt worden ist. Die Beklagte hat vielmehr unter dem 16.01.2020 der Teilklagerücknahme ausdrücklich widersprochen. Dass zuvor die Fiktionswirkung nach § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO eingetreten ist, ist nicht feststellbar. Der Beschluss vom 13.12.2019, in dem die Beklagte gemäß § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO darauf hingewiesen worden ist, dass ihre nach § 269 Abs. 1 ZPO erforderliche Einwilligung als erteilt gilt, wenn sie der Teilklagerücknahme nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung widerspricht, ist der Beklagten erst am 14.01.2020 zugestellt worden.

2. Einer Klarstellung des Klageantrags, dass mit „Produktvergleiche“ Vergleiche von Waren und nicht von Dienstleistungen gemeint sind, bedarf es nicht. Dies ergibt sich hinreichend deutlich jedenfalls daraus, dass der Antrag nunmehr in beiden Varianten auf die konkrete Verletzungsform und den Vergleich von Akkuschaubern bezogen ist, also auf physische Produkte.

Die Verwendung des Wortes „Test“ im zweiten Teil des Unterlassungsantrags/-tenors ist auch nicht zu unbestimmt. Die Anforderungen, die an einen „Test“ zu stellen sind, sind Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3. Der Kläger hat aus § 8 Abs. 1 UWG i.V.m. § 8 Abs. 3 UWG, §§ 3, 5 UWG einen Unterlassungsanspruch sowohl bezüglich der Verwendung der Domain test.net in der konkreten Verletzungsform der Anlage K3 als auch bezüglich der Bezeichnung von algorithmusbasierten Produktvergleichen als Tests, wenn dies geschieht wie in der konkreten Verletzungsform der Anlage K 3 wiedergegeben. Das abstrakte Unterlassungsbegehren bezüglich des zweiten Teils des Klageantrages ist dagegen mit dem Landgericht als zu weitgehend zurückzuweisen; der Kläger hält dieses Begehren, wie sich aus der unwirksamen teilweisen Rücknahme der Klage ergibt, letztlich auch nicht mehr aufrecht.

a) Dass der Kläger, ein in die Liste nach § 4 UKlaG eingetragener Verein, gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt ist, steht außer Streit, ebenso dass das Betreiben des Testportals eine geschäftliche Handlung i.S. der §§ 8, 3, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt. Die Ausführungen des Landgerichts hierzu sind von keiner Seite angegriffen.

b) Die Verwendung der Domain test.net für die Veröffentlichung von Produktvergleichen in der konkreten Verletzungsform erfüllt den Unlauterkeitstatbestand der Irreführung nach § 5 Abs. 1 UWG. Dies gilt ebenso für die Bezeichnung algorithmusbasierter Produktvergleiche als Tests in der konkreten Verletzungsform betreffend die Akkuschauber.

Gemäß § 5 Abs. 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte; irreführend ist eine geschäftliche Handlung u.a. dann, wenn sie über die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung wie Vorteile, Beschaffenheit oder wesentliche Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält. Warentests haben erfahrungsgemäß für den Absatz der beurteilten Unternehmen eine ganz erhebliche Bedeutung (KBF / Köhler, UWG, 38. Aufl., § 6 Rn. 195), so dass die irreführende Bezeichnung eines Vergleichs als Warentest in aller Regel und so auch hier die Relevanzschwelle überschreitet.

Aufgrund der Domain test.net, dem test.net-Logo, der Verwendung des Begriffs „Testkategorien“ sowie der Darstellung der Testergebnisse in der konkreten Verletzungsform geht der angesprochene Verbraucherkreis, zu dem auch die Mitglieder des Senats gehören, davon aus, dass die Beklagte die bewerteten Produkte tatsächlich „getestet“ hat und die Bewertungen inhaltlich den Ergebnissen der Warentests entsprechen. Der Verbraucher erwartet bei einem Warentest nicht nur eine statistische Auswertung der publizierten Produktinformationen und des Verbraucherechos, sondern eine unmittelbare Prüfung des Produktes selbst. Ein solcher Warentest findet hier nach dem an der Außendarstellung der Beklagten orientierten Sachvortrag des Klägers nicht statt. Dass sie gleichwohl bei ihren algorithmusbasierten Produktvergleichen einen Test im Sinne des Verbraucherverständnisses vornimmt oder jedenfalls bezüglich der Akkuschauber einen solchen Test vorgenommen hat, hat die Beklagte nicht schlüssig dargelegt. Ihr Vortrag ist bezüglich der tatsächlichen Anforderungen, die an einen Warentest zu stellen sind, unzureichend und im Übrigen in wesentlichen Punkten auch in sich widersprüchlich und mithin unbeachtlich.

aa) Ein „Test“ ist – wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt – eine nach einer genau durchdachten Methode vorgenommene Prüfung zur Feststellung der Eignung, der Eigenschaften, der Leistung o. Ä. einer Person oder Sache. Ein Warentest wird vom Verbraucher als ein neutraler vergleichender Produkttest ver-

standen; sein Gegenstand ist die Untersuchung eines oder mehrerer Produkte aller oder nur ausgewählter Hersteller oder Anbieter in einem Markt nach im Voraus festgelegten Kriterien auf bestimmte, qualitätsbestimmende und preisrelevante Eigenschaften mit dem Ziel, das Testergebnis aller untersuchten Produkte unter Vergabe bestimmter Noten in einer Gesamtdarstellung zu veröffentlichen und damit einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen (s. Lopez Ramos in: Büscher, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 6 Rn. 213). Der Verbraucher erwartet eine neutrale, objektive und sachkundige Untersuchung. Bei der Notenvergabe aufgrund eines wie immer gearteten Warentests erwartet er auch keine relativen Noten, sondern absolute, entsprechend dem individuellen Testergebnis nach den objektiven Untersuchungsvorgaben.

bb) Das auf ein abstraktes Verbot gerichtete Klagebegehren, algorithmusbasierte Produktvergleiche generell als Tests zu bezeichnen, umfasst insoweit auch nicht irreführende, lauterkeitsrechtlich zulässige Fälle. Es ist denkbar, dass ein algorithmusbasierter Produktvergleich auf Feststellungen beruht, die in einem Prüfungsverfahren gewonnen werden, das den o.a. Anforderungen an einen „Test“ genügt.

cc) Davon, dass die Beklagte ihre algorithmusbasierten Produktvergleiche in einem solchen Test-Verfahren durchführt, kann nicht ausgegangen werden, gerade auch nicht speziell bezüglich der Akkuschauber aus der konkreten Verletzungsform.

Weder auf der Grundlage der Außendarstellung der Beklagten noch auf der Grundlage ihres schriftsätzlichen Vorbringens noch auf der Grundlage der Angaben des Herrn U: in der mündlichen Verhandlung vom 18.09.2020 – wonach der Algorithmus lediglich den Prüfstandard, die Prüfkriterien sowie den Prüfablauf / die Reihenfolge der Test vorgebe und im Rahmen der Qualitätssicherung ggf. zu der Entscheidung beitrage, den Test zu wiederholen oder nicht zu veröffentlichen, der Test im Übrigen aber durch ein händisches Prüfen jedes einzelnen Akkuschaubers / Gegenstandes erfolgt sei – sind die Anforderungen an einen Warentest erfüllt. Die Sachdarstellungen der Beklagten sind nicht nur in sich widersprüchlich, sondern auch in entscheidenden Punkten zu vage, um feststellen zu können, dass die Akkuschauber tatsächlich in einem hinreichend objektiven Verfahren durch hinreichend sachkundigen Prüfer bewertet worden sind.

(1) Die Beklagte wirbt auf der Startseite ihres Internetauftritts mit:

Die neue Generation Warentest: algorithmusbasierte Produktvergleiche

Objektive Verbraucherberatung °Nicht manipulierbare Tests °Unabhängige Produktinformationen °Keine durch Menschen ermittelte Testsieger °Mathematikwissenschaftlicher Ansatz errechnet die Testergebnisse & neutralisiert Werbeaussagen °Kein Preisvergleichsportal, sondern eine neutrale Kaufberatung °Für Alle, die keine Lust haben, sich von Werbung beeinflussen zu lassen

Im Folgenden heißt es unter der Überschrift „Der test.net Algorithmus“:

Der test.net Algorithmus

So präzise wie ein Uhrwerk

Der Algorithmus ist das Testverfahren mit dem test.net jedes einzelne Produkt prüft und bewertet. Er funktioniert wie ein hochpräzises, fein abgestimmtes Uhrwerk.

Ein Uhrwerk ist ein aus vielen, ineinandergreifenden Zahnrädern bestehende Mechanismus im Innern einer Uhr.

Ein Uhrwerk sorgt dafür, dass die Zeit richtig angezeigt wird.

Der test.net Algorithmus ist ein nach vielen, ineinandergreifenden mathematischen Aufgaben arbeitendes Formelgebilde.

Der Algorithmus sorgt dafür, dass Produkteigenschaften richtig angezeigt werden.

Kein Spielraum für Interpretationen

Der test.net Algorithmus scannt Produkte auf ihre Eigenschaften

Menschen interpretieren wahrgenommene Informationen. Auch Produktprüfer. Für den einen ist die Farbe Mintgrün, ein anderer sieht Blaugrün. Für den einen liegt ein Bohrschrauber gut in der Hand, ein anderer findet ihn tendenziell unhandlich usw. Im schlimmsten Fall bedeutet das: fünf Tests, fünf Prüfer, fünf Meinungen und viele ratlose Verbraucher.

Der test.net-Algorithmus interpretiert nicht, weil er es nicht kann. Er kann nur zählen und messen.

Ein Fels in der Brandung

Ob sich ein Bedienelement eventuell an einer unzugänglichen Stelle befindet, kann der test.net Algorithmus zwar nicht beurteilen, aber dafür ist er absolut unbestechlich. Denn er vergleicht nicht Produkte, sondern ausschließlich von den Produkten losgelöste Produkteigenschaften. Er arbeitet präzise, Schritt für Schritt und unbeirrbar seine Mess- und Zählaufgaben ab.

Dabei bildet der test.net Algorithmus einen festen Bezugspunkt für die Bewertung von Produkten. Wie ein Fels in der Brandung nimmt er die Aus- und Bewertung nach dem immer gleichen Prozedere vor. Das macht die Tests objektiv und

neutral. Denn ein Produkt ist nun einmal, wie es ist. Es wird nicht besser oder schlechter, nur weil ein anderer Prüfer es in der Hand hatte.

In einem danebenstehenden umrandeten Kästchen finden sich folgende Angaben:

Test.net Algorithmus Highlights

Neutralisiert Werbeaussagen & zeigt Produkte so, wie sie wirklich sind

Macht scheinbar Ungleiches vergleichbar

Gibt Verbrauchern die Chance, schnell und bequem das 100 % richtige Produkt zu finden

Test.net Algorithmus im Vergleich

Konventionelle Warentests

Menschen testen die Produkte unter simulierten Bedingungen im Prüflabor. Menschen bewerten die Ergebnisse.

Test.net Warentests

Der Algorithmus filtert aus den Informationen die tatsächlichen Produkteigenschaften heraus. Der Algorithmus berechnet das Ergebnis.

In seiner Abmahnung gegenüber der Beklagten hat sich der Kläger auf diese Internetseite bezogen und auch u.a. auf den Link „Die Philosophie“ verwiesen, unter dem folgendes ausgeführt wurde:

Deshalb neutralisiert test.net Werbeversprechen und präsentiert die tatsächlichen Eigenschaften von Produkten und Dienstleistungen. Das sind nicht die Informationen, die sich Marketing & Werbung für uns Verbraucher ausgedacht haben, sondern reale Merkmale, die uns helfen, die richtige Kaufentscheidung zu treffen. Dadurch erfahren Anbieter, was bei uns Kunden wirklich gefragt ist.

In der Berufungsbegründung zitiert der Kläger weiter aus der Webseite der Beklagten:

Die test.net-Gesamtnote ergibt sich aus den Ergebnissen für Leistung und Preisleistung. Der test.net-Algorithmus agiert in etwa wie der Kunde eines Onlineshops: er vergleicht Angebote. Hat ein Angebot eine bessere Ausstattung als ein anderes, bekommt es mehr Punkte. Die Summe aller erreichten Punkte ergibt die Leistungsnote. Für die Preisleistungsnote wird die Leistung auf den Preis bezogen.

Sodann vergabe die Beklagte Noten wie folgt:

Die ersten 25 % erhalten die Note 'sehr gut'. Die zweiten 25 % 'gut', usw.

Die Beklagte ist diesem tatsächlichen Vortrag aus der Berufungsbegründung inhaltlich nicht entgegengetreten, so dass unstreitig ist, dass sich auch diese Angaben in ihrem Internetauftritt befinden. Der gegenüber dem Berufungsvorbringen erhobene Verspätungseinwand geht insoweit ins Leere.

In der konkreten Verletzungsform schließlich finden sich die Angaben:

(...) Beim Kauf eines neuen Modells entdeckt man jedoch schnell, dass die Auswahl sehr groß und die Unterschiede oftmals sogar gravierend sind. Aufgrund dessen haben wir vom test.net-Team uns die verschiedenen Modelle einmal genauer angesehen und in unseren neutralen Produkttests deren Vorteile aufgelistet. So können Sie sich fernab von diversen Werbeversprechen ein Bild von der wirklichen Leistung der jeweiligen Geräte machen und zu einem passenden Akkuschauber für Ihren Bedarf gelangen. (...)

(...) sehr gut (...)

Maximaler Wert von Batterie Lieferumfang 2 Stück – Maximaler Wert von Borddurchmesser, max. in Holz: 30 mm

(...) sehr gut (...)

Höchstes Ergebnis für Batterie Kapazität – Höchstes Ergebnis für Batterie Ladezeit – Minimaler Wert von Bohrdurchmesser, max. in Holz: 20 mm (...)

(...) gut (...)

Minimaler Wert von Batterie Ladezeit: 30 Minuten (...)

(...) ausreichend (...)

Niedrigstes Ergebnis für Batterie Ladezeit – Niedrigstes Ergebnis für Antrieb Leerlaufdrehzahl – Niedrigstes Ergebnis für Abmessung Gewicht (...)

Was hat zu den Benchmarks beigetragen

Antrieb	29.8
Batterie	20.1
Bohrer	17.8

Marke	6.2
Abmessungen	5.7
Ladegerät	5.3
Koffer	4.8
Arbeitsleuchte	3.9
Bit-Set	3.5
Softgriff	2.9

wobei festzuhalten ist, dass ein Benchmark ein Vergleichsmaßstab ist.

(2) Der Kläger hatte bereits in der Abmahnung gerügt, dass die Beklagte in ihrem Internetauftritt den unzutreffenden Eindruck erwecke, die dargestellten Produkte seien tatsächlich einem Test unterzogen worden. Die Beklagte beschreibe auf ihrer Internetseite selbst, dass sie die Produkte nicht teste, sondern nur nach bestimmten, nicht näher dargelegten Algorithmen Auswertungen hinsichtlich der Produkte durchführe und danach eine Bewertung vornehme.

Auch in der Klageschrift hat der Kläger unter Hinweis auf den Inhalt des Internetauftritts vorgetragen, dass die Beklagte den Eindruck erwecke, sie unterziehe die dargestellten Produkte einem vergleichenden Waren-test. Dies sei nach ihren eigenen Angaben tatsächlich nicht der Fall.

Auf der Grundlage des tatsächlichen Vorbringens des Klägers obliegt es nunmehr gemäß den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast der Beklagten, vorzutragen und ggf. zu beweisen, auf welche Weise sie zu ihren Testergebnissen und den daraus folgenden Bewertungen gelangt ist, und dass sie dabei die Kriterien der Neutralität, Objektivität und Sachkunde eingehalten hat. Die Beklagte muss sich jedenfalls zunächst an dem festhalten lassen, was sich aus ihrer Außendarstellung im Internet ergibt.

(3) Der Vortrag der Beklagten im vorliegenden Verfahren entsprach zunächst den Angaben im Internet. So hatte die Beklagte in der Klageerwiderung ausdrücklich betont, grundsätzlich keine Labortests durchzuführen. Es sei direkt und sofort erkennbar, dass algorithmusbasierte Produktvergleiche stattfänden und diese ohne Labor auskämen.

Nach ihrem weiteren Vortrag in der Klageerwiderung greift die Beklagte auf Verbrauchertests zurück. Sofern diese um ihre emotionale Ausprägung bereinigt und sachkundig durchgeführt würden, könnten sie weitgehend den Test in einem Labor ersetzen oder sogar übertreffen, insbesondere dann, wenn eine Vielzahl der typischen Verbraucher des jeweiligen Produkts teilnahmen und sie das Produkt in ihrem tatsächlichen Alltag einsetzten. Oft würden hier Erkenntnisse zu Tage gefördert, die wesentlich interessanter für den Verbraucher seien als die Ergebnisse von Labortests. Im Hintergrund würden manchmal zur Absicherung tatsächlich auch Labortests durchgeführt, allerdings nur dann, wenn dabei eine außerordentliche Bedeutung vermutet werde und der Algorithmus an dieser Stelle eine größere Schwachstelle hätte, die abgesichert werden müsse. Auch die Stiftung Warentest brauche nach eigenen Angaben für Dienstleistungsuntersuchungen kein Labor, sondern die Wissenschaftler könnten hier in der Regel mit ihren Computerprogrammen die Testauswertung durchführen. Genau das, was der Kläger bei ihr, der Beklagten, nicht als Test anerkennen wolle, entspreche dem, was die Stiftung Warentest in der überwältigen Mehrzahl ihrer Tests anwende.

Auf den Hinweis des Senats zur Erwartungshaltung der Verbraucher bei einem Warentest hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 08.11.2019 ausgeführt, dass die Tests nicht stets nur auf einem algorithmusbasierten Vergleich beruhten. Bei den Akkuschaubern sei es z.B. so gewesen, dass auch auf bereits veröffentlichte Tests anderer Institutionen zurückgegriffen worden sei. Auch sei es im Einzelfall so, dass noch mal ein Testingenieur hinzugezogen werde, der die Plausibilität bestimmter Ergebnisse überprüfe. Zum Ende werde das dann gegebenenfalls durch den Algorithmus alles ausgewertet, aber nicht nur aufgrund der bloßen Händlerangaben bzw. Herstellerangaben für ein bestimmtes Produkt. Die auf der Webseite angegebene Verteilung der Noten (die ersten 25 % sehr gut, die zweiten 25 % gut pp.) solle nur einen statistischen Mittelwert darstellen. Sie schaue sich bei Warentests auf jeden Fall das Produkt an, was den besten Platz erreicht habe, und das Produkt, was den schlechtesten Platz erreicht habe. Insoweit werde auch die Plausibilität der Ergebnisse dann überprüft. Es werde im Ausnahmefall dann auch einmal die Note „mangelhaft“ vergeben.

Im nachgelassenen Schriftsatz vom 21.11.2019 hat die Beklagte dann vorgetragen, dass die exemplarische Durchführung des Akkuschaubertests in vier Etappen erfolgt sei:

(a) Marktscreening: Auswahl der zu testenden Produkte.

(b) Algorithmus: Auswahl der Eigenschaften / „Merkmale“ der zu untersuchenden Produkte (hier würden insbesondere umfangreich die Online-Bewertungen aller Produkte durchsucht, um darüber die Experten-

Meinungen zu ergänzen, so dass auch diejenigen Merkmale Berücksichtigung fänden, die von Verbrauchern am meisten gelobt oder kritisiert würden) sowie Ermittlung der Durchschnittspreise (da der Algorithmus den Preis als Merkmal einbeziehe); hieraus werde ein a-priori-Bewertungsschema erstellt, das für einzelne Bereiche (gewichtete Summe mehrerer Merkmale, die z.B. alle dieselbe übergeordnete Eigenschaft wie Ergonomie o.ä. gemeinsam haben) interne Punktzahlen vergebe, die dann in gewichteter Relation zur Gesamtpunktzahl gesetzt würden.

(c) Durchführung, die sich in zwei Bereiche gliedere:

Zunächst würden alle verfügbaren Herstellerangaben und die ermittelten Preisangaben als Merkmale für die Testauswertung herangezogen, ausgewertet und anschließend überprüft; hierzu würden von jedem zu testenden Produkt zwei Testmuster beschafft.

Neben der Prüfung der von den Herstellern angegebenen Merkmale würden die Testmuster einigen typischen Nutzungsszenarien unterworfen (hier Schrauben, Bohren und Schlagbohren sowie Dauerprüfung des Akkus im Langzeittest), die gemeinsam mit dem Algorithmus bereits vorher festständen und unter immer gleichen Bedingungen abliefen.

4. Qualitätssicherung:

Der unter (b) definierte Algorithmus werde auf die Erkenntnisse und Ergebnisse aus Ziff. (c) angewendet, wodurch die Gesamtpunktzahl errechnet werde. Hieraus entstehe die erste Liste der Testergebnisse, die im letzten Schritt einer Qualitätsprüfung an sich unterzogen würden, bevor die finale Benotung der Ergebnisse stattfinden könne. Hierzu würden u.a. andere Ergebnisse von Testinstituten herangezogen und bei größeren Abweichungen noch einmal kritisch geprüft, ob die Methodik, die Testdaten und die damit gewonnene Ergebnisse standhielten. Auch bei besonders guten oder schlechten Testmustern werde vereinzelt geprüft, ob gewonnene Daten der Nachprüfung standhielten. Im Extremfall sei hier vorgesehen, den Test von (a) bis (d) zu wiederholen unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus einem möglichen Fehlurteil oder von Ergebnissen, die der Qualitätssicherung nicht standhielten, beispielsweise Fehler in der a priori gewählten Methodik offenlegten. In diesem Fall würden bereits gewonnene Testdaten gelöscht und von neuem erhoben, unter anderer personeller Besetzung.

Die abschließende Benotung erfolge unter Berücksichtigung der Gesamtpunktzahlen der einzelnen Produkte (relative Qualität der Produkte zueinander), der absoluten Qualität (abhängig davon, wie nahe die Gesamtpunktzahlen am theoretischen Maximum und Minimum seien, verglichen mit dem a priori festgelegten Algorithmus), und ob die Ergebnisse in einer annähernd normalen Weise streuten. Erfülle das beste Produkt annähernd alle Ansprüche, werde die Note sehr gut vergebe, sei das schlechteste Produkt unbrauchbar, erhalte es die Note mangelhaft, sei es gefährlich, die Note ungenügend. Die restlichen Noten würden dann in Relation hierzu vergeben, gesteuert über die im Test erreichte Gesamtpunktzahl.

In ihren Schriftsätzen vom 16.01.2020, 24.06.2020 und 18.09.2020 hat die Beklagte nochmals betont, dass sie alle bewerteten Produkte real testen lasse. Es habe ein Warentest im Sinne einer unmittelbaren Untersuchung aller zu beurteilenden Akkuschauber nach im Voraus festgelegten Kriterien auf bestimmte qualitätsbestimmende und preisrelevante Eigenschaften stattgefunden.

(4) Die Beklagte hat ihr tatsächliches Vorbringen zunehmend an die Kriterien angepasst, die gemäß der Verbrauchererwartung an einen Test zu stellen sind.

Bis zur mündlichen Verhandlung am 08.11.2020 war unstrittig, dass kein Warentest im Sinne einer physischen Untersuchung der Waren selbst stattfand, sondern nur eine vergleichende Bewertung der veröffentlichten Produkteigenschaften. Unstrittig war auch, dass der Vergleich letztlich von dem Algorithmus durchgeführt wurde, nicht von einem Menschen.

So hat die Beklagte in ihrem Internetauftritt die Vorteile eines algorithmusbasierten Produktvergleichs gegenüber einem Warentest der alten Generation ausdrücklich herausgehoben und dabei als Vorzüge z.B. „keine durch Menschen ermittelten Testergebnisse“, „mathematikwissenschaftlicher Ansatz errechnet die Testergebnisse“, „der Algorithmus sorgt dafür, dass Produkteigenschaften richtig angezeigt werden“, „er vergleicht nicht Produkte, sondern ausschließlich von Produkten losgelöste Produkteigenschaften“ genannt und im Rahmen ihrer Ausführungen zur Benotung den test.net-Algorithmus mit einem die Angebote vergleichenden Kunden eines Online-Shops gleich gestellt. Dass es sich bei dem Akkuschaubertest um einen Produktvergleich handelt, legt auch die Aufstellung zu den Benchmarks nahe; Produktbenchmarking vergleicht Produkte und deren Attribute wie Funktion, Kosten pp. miteinander.

Im Prozess hat die Beklagte zunächst betont, aus gutem Grund keine Labortests durchzuführen. Die Einbeziehung der Bewertungen tausender Kunden bzw. der reale Test durch diejenigen, die das Produkt täglich benutzen, seien für eine Testaussage wesentlich sachkundiger als ein Prüferingenieur, dem als Fachkundigen z.B. keine Anwendungsfehler unterliefen. Noch in der Berufungserwiderung und im Schriftsatz vom 08.11.2019 hat die Beklagte die Aussagekraft von Labortests der Stiftung Warentest in Frage gestellt und sich darauf berufen, dass Dienstleistungen auch von der Stiftung Warentest nicht in einem Labor physisch getestet würden, sondern mithilfe von Computerprogrammen.

Dies alles widerspricht der Vorstellung der Verbraucher von einem Warentest, bei dem der Verbraucher (anders als bei einem Dienstleistungstest) erwartet, dass die Ware im Rahmen einer objektiven Untersuchung real getestet und dabei von einem sachkundigen Prüfer „in die Hand genommen“ wird. Ein Warentest ist aus der maßgeblichen Sicht der Verbraucher etwas grundlegend anderes als ein Produktbenchmarking.

Erst nach den Hinweisen des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 08.11.2019 zur entsprechenden Erwartungshaltung des Verbrauchers hat die Beklagte ausgeführt, dass die Tests nicht stets nur auf einem algorithmusbasierten Vergleich beruhten und die Auswertung durch den Algorithmus nicht bloß aufgrund der Händler-/Herstellerangaben erfolge. Bei Warentests schaue sie sich auf jeden Fall die Produkte auf dem besten und schlechtesten Platz an.

Im nachgelassenen Schriftsatz vom 21.11.2019 hat die Beklagte dann erstmals vorgetragen, sich sogar alle Produkte auch tatsächlich anzusehen und in die Hand zu nehmen, um diese nicht nur auf die von den Herstellern angegebenen Merkmale hin zu überprüfen, sondern um sie auch einigen typischen Nutzungsszenarien zu unterwerfen. In den Schriftsätzen vom 16.01.2020, 24.06.2020 und 18.09.2020 hat sie nochmals wiederholt, dass alle Akkuschauber physisch getestet worden seien. Nach dem Vortrag im Schriftsatz vom 18.09.2020 sind die Akkuschauber durch die Hände des Herrn U: und u.a. seines Bruders N. gegangen. N. U: habe u.a. unter Anweisung des leitenden Prüferingenieurs (Dipl.-Ing. Maschinenbau TU Berlin) die betreffenden Tests durchgeführt.

Die Behauptung der Beklagten, sie teste jede Ware real anhand zweier Prüfmuster, steht indes in Widerspruch zur werbenden Außendarstellung im Internet, zum schriftsätzlichen Vortrag in erster Instanz und zu den Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 08.11.2019, sie schaue sich bei Warentests auf jeden Fall die Produkte auf dem besten und schlechtesten Platz an.

In sich widersprüchlich ist auch das Vorbringen der Beklagten zur Bewertung. Nach den ursprünglichen Angaben der Beklagten erfolgt die Bewertung relativ nach einem bestimmten statistischen Schlüssel. Auch insoweit hat die Beklagte erst nach dem Hinweis des Senats zur abweichenden Verbrauchererwartung bei einem Warentest vorgetragen, die Bewertung richte sich (auch) nach der tatsächlichen Qualität der Ware.

Eine nachvollziehbare Erklärung für das widersprüchliche tatsächliche Vorbringen hat die Beklagte nicht gegeben, auch nicht im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung am 18.09.2020. Ihr Vortrag ist insoweit unbeachtlich.

Unabhängig von seiner Widersprüchlichkeit genügt das aktuelle Vorbringen der Beklagten zu den Akkuschaubern aber auch inhaltlich noch immer nicht den Anforderungen an einen Warentest. Voraussetzung hierfür wären ein vorab festgelegtes Prüfschema, das festlegt, auf welche Eigenschaften die Akkuschauber von wem in welchem standardisierten Verfahren wie getestet werden und welche Ergebnisse für welche Note erwartet werden, eine reale Prüfung aller Akkuschauber nach diesem Schema und eine Notenvergabe nach den Vorgaben im Prüfschema und den in der realen Prüfung erzielten Ergebnissen. Das tatsächliche Vorbringen der Beklagten ist für die Annahme eines für einen Warentest hinreichenden Prüfverfahrens zu vage. Selbst bezüglich der angegebenen Nutzungsszenarien Schrauben, Bohren, Schlagbohren und Dauerprüfung des Akkus im Langzeittest bleibt unklar, wer außer Herr U: und seinem Bruder N. diese Szenarien auf welche konkreten Kriterien hin mit welchen standardisierten Methoden geprüft hat. Der Verbraucher erwartet hier verlässliche, d.h. reproduzierbare Feststellungen z.B. dazu, welche Zeit für das Durchbohren von Holz oder Beton in bestimmten Stärken benötigt wird. Die Beklagte hat keine Tatsachen vorgetragen, die darauf schließen lassen, dass die Prüfer hinreichend sachkundig waren - der Verweis auf Anweisungen eines namentlich nicht benannten Prüferingenieurs genügt insoweit nicht - und das Prüfprogramm den Anforderungen an eine objektive Untersuchung genügt, d.h. sich anerkannter oder zumindest diskutabler Prüfmethoden bediente. Unklar bleibt auch, in welchem Verhältnis die typischen Nutzungsszenarien, die unter der zweiten Stufe „Algorithmus“ nicht erwähnt werden, zu den maßgeblichen Merkmalen (Herstellerangaben, Preis, Verbraucherkritik etc.) stehen und wie das in die Gesamtbewertung einfließt. Soweit die Muster benötigt werden, um die Angaben der Händler bzw. Hersteller zu den Merkmalen zu überprüfen, genügt dies für einen Test i.S.d. Verbraucherverständnisses gerade nicht. Insgesamt ergibt sich aus der Darstellung der Beklagten zu ihren algorithmusbasierten Produktvergleichen in den Schriftsätzen vom 21.11.2019,

16.01.2020, 24.06.2020 und 18.09.2020 sowie auch in der mündlichen Verhandlung vom 18.09.2020 ein eher fließendes System einander wechselseitig beeinflussender Kriterien, bis hin zur Wiederholung der gesamten Prüfung unter veränderten Bedingungen in anderer personeller Besetzung, z.B. dann, wenn die zunächst gefundenen Ergebnisse zu weit von denen anderer Testinstitute abweichen.

Ob die Bewertungsergebnisse, die mit Hilfe des von der Beklagten verwendeten Algorithmus erzielt werden, genauso aussagekräftig sind wie die Ergebnisse, die mit einem (Labor-)Warentest erzielt werden oder diese möglicherweise sogar noch übertreffen, ist für das vorliegende Verfahren ohne Belang.

c) Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr folgt aus der bereits vorgenommenen Verletzungshandlung.

4. Der Annexanspruch auf Erstattung der Abmahnkosten i.H.v. 214,00 € folgt aus § 12 Abs. 1 UWG. Die Höhe der geltend gemachten Pauschale wird von der Beklagten zu Recht nicht beanstandet. Die Kostenpauschale ist in voller Höhe auch dann zu zahlen, wenn die Abmahnung – wie hier – nur teilweise berechtigt war (s. KBF / Bornkamm, UWG, 38. Aufl., § 12 Rn. 1.333).

5. Der nachgelassene Schriftsatz des Klägers vom 01.10.2020 gibt zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keine Veranlassung. Die in ihm zitierten weiteren Aussagen aus der Webseite der Beklagten

(z.B. unter „Algorithmus Kennwerte“:

Der vom test.net Algorithmus ermittelte Kennwert ist also eine direkte und unbeeinflusste Rückmeldung aller Verbraucher. Denn ob ein Produkt gut oder schlecht ist, ist eine Information, die im Prinzip bereits vorhanden ist. Der test.net Algorithmus ist lediglich das Werkzeug, das diese Information sichtbar macht – ganz simpel!,

zur Benotung:

Anhand der ermittelten Kennwerte lassen sich die Produkte sortieren. Diese Sortierung bestimmt die jeweilige Note. Die Benotung erfolgt nach den Empfehlungen der UU (ECTS-System), bzw. der IHK Bayern zur Bewertung von Schülern und Lehrlingen wie folgt: Die ersten 25 % erhalten die Note „sehr gut“ ...)

oder unter der Überschrift „Die Schnelligkeit & Aktualität der Informationsbereitstellung“:

Test.net führt keine zeit- und kostenintensiven Produktvergleiche mit menschlichen Prüfern in einem technischen Prüflabor durch, sondern lässt den Algorithmus und die IT-Systeme arbeiten)

bestätigen lediglich das o.a. Ergebnis.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

Der Kläger obsiegt nicht aufgrund eines neuen Tatsachenvortrags in zweiter Instanz, so dass keine Veranlassung besteht, ihm die Kosten des Berufungsverfahrens nach § 97 Abs. 2 ZPO aufzuerlegen. Vor dem Hintergrund seiner Ausführungen in der Klageschrift zum Fehlen eines festgelegten Untersuchungsprogramms und des bereits in erster Instanz bekannten Inhalts des Internetauftritts der Beklagten hätte diese schon in erster Instanz nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zu ihrem tatsächlichen Prüfprogramm vortragen müssen.

Das teilweise Unterliegen mit dem abstrakten Untersagungsbegehren im zweiten Teil des Klageantrags zu Ziff. 1 führt unter Berücksichtigung insbesondere der Reichweite eines erstrebten abstrakten Verbots im Verhältnis zum erzielten konkreten Verbot sowie des vollständigen Obsiegens mit dem ersten Teil des Klageantrags zu Ziff. 1 zu einer Kostenbeteiligung zu Lasten des Klägers von insgesamt 1/3.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Das Urteil betrifft die tatrichterliche Übertragung allgemein anerkannter Auslegungs- und Rechtsanwendungsgrundsätze auf einen Einzelfall, so dass kein Anlass besteht, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen.

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 25.000 €.