
Datum: 18.08.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 194/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0818.6U194.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 587/99

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 21.10.1999 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 587/99 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs 1.000.000,-- DM, hinsichtlich des Auskunftsanspruchs 500.000,00 DM und hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs weitere 80.000,00 DM. Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch unwiderrufliche, unbefristete und unbedingte Bürgschaft eines in der Bundesrepublik Deutschland als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts zu erbringen.

Tatbestand:

1

Bei der Klägerin handelt es sich um die deutsche Vertriebsgesellschaft des amerikanischen Chemiekonzerns D.C., der unter anderem Dämmstoffplatten aus extrudiertem Polystyrol-Schaumstoff herstellt und unter den Bezeichnungen "Styrofoam", "Roofmate", "Wallmate", "Floormate" und "Perimate" weltweit vermarktet. Die Dämmplatten haben eine einheitliche hellblaue Farbe. In der Bundesrepublik Deutschland werden sie von der Klägerin seit 1965 in dieser blauen Farbe vertrieben. Für die Einfärbung der Polystyrol-Schaumstoffe mit einer bestimmten Farbe besteht keinerlei technische Notwendigkeit. Vor ihrer Einfärbung sind extrudierte Polystyrol-Schaumstoffe klarsichtig bis glasig und weiß.

2

Mit ihren blauen Dämmplatten, wegen deren Aussehens und Ausgestaltung auf das als Anlage K 3 und in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 31 O 156/99 LG Köln = 6 U 96/99 OLG Köln vorgelegte Produktmuster, auf die als Anlagenkonvolut K 4 eingereichten Werbematerialien und das im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 21.06.2000 von der Klägerin präsentierte Originalprodukt verwiesen wird, erzielt die Klägerin seit 1965 steigende Umsätze. Diese reichten von 48 Millionen DM im Jahre 1987 bis 92 Millionen DM im Jahre 1997. Wegen der Einzelheiten des Sachvortrags der Klägerin zu ihrem Werbeaufwand, den mit ihren blauen Dämmstoffplatten erzielten Umsätzen und den Absatzmengen wird auf den Inhalt der Klageschrift vom 22.06.1999, dort Seiten 7 ff. (Blatt 14 ff. d.A.), verwiesen. In der Bundesrepublik Deutschland ist die Klägerin beim Absatz von Dämmplatten aus extrudiertem Polystyrol-Schaumstoff Marktführerin. Ihr Marktanteil beträgt ca. 42%, weitere 40% werden von der Firma B. gehalten, deren Schaumstoffplatten seit jeher grün eingefärbt sind. Die verbleibenden Marktanteile von insgesamt weniger als einem Fünftel teilen sich die Firmen S.-G./I., die Firma G.-J. und verschiedene weitere kleinere Anbieter. Diese Dämmplatten werden unter anderem in den Farben Gelb, Lila, Rosa und Grau angeboten. Kein Konkurrent der Klägerin oder der Firma B. verwendet für die von ihm vertriebenen Polystyrol-Schaumstoffplatten die Farben Blau oder Grün.

Bei der Beklagten handelt es sich um ein griechisches Chemieunternehmen, das seit 1995 unter der Bezeichnung "f. XPS" Polystyrol-Schaumstoffplatten in einer bestimmten Farbgebung anbietet, die die Klägerin als "hellblau" und die Beklagte als "türkis" beschreibt. Der Vertrieb durch die Beklagte erfolgte zunächst nur in Griechenland. Zum Zeitpunkt des dortigen Marktzutritts der Beklagten gab es auf dem griechischen Markt nur zwei Anbieter von extrudierten Polystyrol-Schaumstoffplatten, nämlich die ebenfalls zum D.-Konzern gehörende D. H. und die Firma B., die sich mit ihren hellblauen bzw. grünen Dämmplatten den dortigen Markt im Verhältnis von 9/10 : 1/10 teilten. Seit 1997 exportiert die Beklagte ihre den Gegenstand der vorliegenden Klage bildenden Schaumstoffplatten in bestimmter Einfärbung auch in andere europäische Länder. In Deutschland bot sie ihre f. XPS-Dämmplatten erstmals zu Beginn des Jahres 1999 zum Kauf an. Wegen des genauen Aussehens dieser Dämmstoffplatten wird auf das in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 31 O 156/99 LG Köln = 6 U 96/99 OLG Köln zu den Akten gereichte Muster, die bildliche Wiedergabe dieses Musters im nachfolgenden erstinstanzlichen Klageantrag der Klägerin und auf das Original-Produkt verwiesen, das die Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 21.06.2000 vorgelegt und das der Senat ebenso wie eine Dämmstoffplatte der Klägerin in Augenschein genommen hat.

Mit der Behauptung, in der Bundesrepublik Deutschland habe sich die hellblaue Einfärbung von Polystyrol-Hartschaumstoffplatten als Hinweis auf ein entsprechendes Produkt aus dem Hause der Klägerin durchgesetzt, hat die Klägerin die Auffassung vertreten, ihr komme Ausstattungsschutz nach §§ 4 Nr. 2, 14 MarkenG zu. Jedenfalls sei die einzigartige, seit etwa 35 Jahren unverändert verwendete farbliche Gestaltung ihres Produkts infolge ihrer jahrzehntelangen Verwendung und der von ihr - der Klägerin - betriebenen intensiven Werbung im Verkehr überaus bekannt. Das ergebe sich auch aus den in den Jahren 1985 und Anfang 1998 durchgeführten, von ihr in Auftrag gegebenen Verkehrsbefragungen bei Hochbauarchitekten, Baustoffhändlern und Dachdeckern. Mit der von ihr getroffenen Farbwahl habe sich die Beklagte bewußt an ihre - der Klägerin - Produkte angenähert, um Verwechslungen herbeizuführen sowie am guten Ruf und dem Markterfolg der D.-Dämmstoffe zu schmarnutzen. Deshalb könne sie - die Klägerin - jedenfalls wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz nach § 1 UWG in Anspruch nehmen.

Die Klägerin hat beantragt,

##blob##nbsp;	7
I.	8
##blob##nbsp;	9
die Beklagte zu verurteilen,	10
##blob##nbsp;	11
1.	12
##blob##nbsp;	13
es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, Polystyrol-Hartschaumstoffplatten mit der Bezeichnung f. XPS in der Farbgebung wie folgt	14
##blob##nbsp;	15
pp.	16
##blob##nbsp;	17
anzukündigen, anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen,	18
##blob##nbsp;	19
2.	20
##blob##nbsp;	21
ihr Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie seit dem 19.01.1999 die unter Ziffer I.1. bezeichneten Handlungen begangen hat, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses, das sämtliche gewerblichen Abnehmer der fraglichen Produkte und Werbematerialien in Deutschland enthält,	22
##blob##nbsp;	23
II.	24
##blob##nbsp;	25
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr - der Klägerin - allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter Ziffer I. 1. bezeichneten, seit dem 19.01.1999 begangenen Handlungen entstanden ist und zukünftig entstehen wird.	26
Die Beklagte hat beantragt,	27
##blob##nbsp;	28
die Klage abzuweisen.	29
	30

Sie hat die Verkehrsgeltung wie auch die wettbewerbliche Eigenart der Produkte der Klägerin in Abrede gestellt und die Auffassung vertreten, die von ihr angebotenen Dämmplatten seien nicht blau, sondern türkis, die vorhandenen Unterschiede in der Farbgebung, aber auch die aufgedruckte Produktbezeichnung und die unterschiedliche Verpackung stünden der Annahme einer Verwechslungsgefahr entgegen. Die von der Klägerin vorgelegten Verkehrsbefragungen seien veraltet und wiesen methodische Mängel auf. Eine von ihr in Auftrag gegebene Befragung bei Hochbauarchitekten, Dachdeckern und Baustoffhändlern habe ergeben, dass von einer Verkehrsgeltung keine Rede sein könne. Deshalb reiche auch eine etwaige Verwechslungsgefahr nicht aus, um den Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG auszulösen. In diesem Zusammenhang müsse berücksichtigt werden, dass an der Grundfarbe Blau ein überdurchschnittliches Freihaltebedürfnis bestehe.

Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Blatt 167 ff. d.A.), hat das Landgericht die Beklagte nach Inaugenscheinnahme der von den Parteien vorgelegten Produktmuster antragsgemäß zur Unterlassung und zur Auskunftserteilung verurteilt. Außerdem hat es die Schadenersatzverpflichtung der Beklagten festgestellt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, es könne offenbleiben, ob der Klägerin markenrechtlicher Ausstattungsschutz zustehe. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergebe sich bereits aus § 1 UWG, weil die beanstandete Produktgestaltung der Beklagten eine Nachahmung der markteingeführten, verkehrsbekannten blauen D.-Dämmplatten der Klägerin darstelle. Zwar sei die Übernahme einer markenrechtlich nicht geschützten fremden Kennzeichnung grundsätzlich zulässig. Etwas anderes gelte jedoch, wenn besondere Umstände vorlägen, die die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als unlauter erscheinen ließen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 1997, 754 ff. "grau/magenta") sei das zumindest dann der Fall, wenn die nachgeahmte Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt und ihrer Natur nach geeignet sei, über die Benutzung als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken, und wenn ferner die Anlehnung an diese Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen worden sei, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen zu beeinträchtigen oder auszunutzen. Diese Voraussetzungen seien im Streitfall gegeben. Die Produkte der Parteien seien sich zum Verwechseln ähnlich, die Beklagte habe sich ohne sachlichen Grund der Produktgestaltung der Klägerin angenähert. Nach Lage der Dinge müsse davon ausgegangen werden, dass die Annäherung in der Absicht erfolgt sei, Verwechslungen mit den Produkten der Klägerin herbeizuführen und so an deren Markterfolg zu partizipieren.

Gegen das ihr am 05.11.1999 zugestellte Urteil des Landgerichts hat die Beklagte am Montag, dem 06.12.1999, Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 06.02.2000 mit einem am Montag, dem 07.02.2000, eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, stellt die von der Klägerin behauptete Verkehrsgeltung weiterhin in Abrede und meint, mangels Verkehrsdurchsetzung und der damit ausscheidenden markenrechtlichen Ansprüche komme ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz aus § 1 UWG zu Gunsten der Klägerin nicht in Betracht. Bei der Markteinführung ihres Produkts habe sie bewußt einen von den Wettbewerbern noch nicht benutzten, aus den Farben Blau und Grün zusammengesetzten Mischton gewählt. Ihr türkisfarbenes Produkt unterscheide sich der Farbgebung nach deutlich von den hellblauen Dämmstoffplatten der Klägerin, eine Verwechslungsgefahr unmittelbarer oder mittelbarer Art liege nicht vor. Auch würden Verwechslungen dadurch vermieden, dass sie auf ihren Produkten in schwarzer Tusche das Kennzeichen "f. XPS" aufbringe. Gerade im

verpackten Zustand unterschieden sich die Produkte der Parteien deutlich voneinander. Auch dann, wenn eine Herkunftstäuschung nicht ausgeschlossen werden könne, komme ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz zu Gunsten der Klägerin nicht in Betracht. Dazu fehle es an den nötigen zusätzlichen Umständen, die die Annäherung an eine fremde Kennzeichnung als eine unlautere Wettbewerbsmaßnahme erscheinen lassen könnten. Keinesfalls habe sie - die Beklagte - in der Absicht gehandelt, Verwechslungen mit den Produkten der Klägerin hervorzurufen oder deren Ruf zu beeinträchtigen.

Die Beklagte beantragt, 34

##blob##nbsp; 35

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen. 36

Die Klägerin beantragt, 37

##blob##nbsp; 38

die Berufung zurückzuweisen. 39

Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und verteidigt das angefochtene Urteil. 40

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien in diesem Rechtsstreit und dem einstweiligen Verfügungsverfahren 31 O 156/99 LG Köln = 6 U 96/99 OLG Köln gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die sämtlich - dies gilt insbesondere auch für die von der Klägerin in Auftrag gegebenen und als Anlagen K 6 und K 7 (Blatt 69 ff. und Blatt 83 ff. d.A.) zu den Akten gereichten Verkehrsbefragungen aus den Jahren 1985 und 1998 sowie für das Ergebnis der im Auftrag der Beklagten im Jahre 1999 durchgeführten Verkehrsbefragung durch die I. Deutschland GmbH - Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. 41

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 42

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Ihr Berufungsvorbringen gibt dem Senat keinen Anlaß, die Berechtigung der geltend gemachten Unterlassungs- und Folgeansprüche anders zu beurteilen, als das Landgericht es getan hat. Vielmehr hat das Landgericht zu Recht offengelassen, ob die Klägerin für ihre blauen Dämmplatten Ausstattungsschutz nach §§ 4 Nr. 2, 14 MarkenG in Anspruch nehmen kann, und der Klage aus § 1 UWG stattgegeben. 43

Allerdings spricht einiges dafür, dass die Klägerin infolge des jahrzehntelangen, sehr umsatzstarken Vertriebs ihrer stets einheitlich blau eingefärbten Dämmstoffplatten markenrechtlichen Ausstattungsschutz infolge Verkehrsdurchsetzung im Sinne des §§ 4 Nr. 2, 14 MarkenG für sich in Anspruch nehmen kann, und zwar auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass gerade bei Farbkombinationen oder aber auch Farben, denen von Haus aus keine betriebliche Herkunftsfunktion zukommt und die eine solche deshalb nur durch Verkehrsdurchsetzung gewinnen können, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 1997, 754, 755 "grau/magenta"; BGH GRUR 1992, 48, 50 "frei öl") an den hierfür erforderlichen Bekanntheitsgrad mit Rücksicht auf das Freihaltebedürfnis des Verkehrs strenge Maßstäbe anzulegen sind. Danach setzt der Erwerb von Kennzeichenschutz durch die Benutzung als Ausstattung im Sinne des § 4 Nr. 2 MarkenG in Fällen der vorliegenden Art einen Durchsetzungsgrad voraus, der jenseits der 50%-Grenze 44

liegt (BGH, a.a.O., "grau/magenta" und "frei öl"). Im Streitfall sieht der Senat gewichtige Anhaltspunkte für eine dahingehende Bekanntheit. Denn nach dem Inhalt des von der Beklagten vorgelegten Gutachtens der I. Deutschland GmbH aus September 1999 haben knapp 74% der befragten Personen bei Vorlage eines Musterstücks der Dämmstoffplatten der Klägerin erklärt, Dämmstoff in dieser Farbe sei ihnen bekannt. 44,5% haben die Auffassung vertreten, ein Dämmstoff in dieser blauen Farbe stamme von einem "ganz bestimmten Hersteller", 29,3% der Befragten haben das vorgelegte Original-Dämmstoffstück, auf dem weder ein Marken- noch ein Firmenname zu erkennen war, als "D.-Produkt" erkannt. Auch die Ergebnisse der Verkehrsbefragungen, die in den von der Klägerin als Anlagen K 6 und K 7 zur Klageschrift vorgelegten Gutachten aus September 1985 und Februar 1998 ersichtlich sind, sprechen für sich: Danach haben 1985 bereits 72% der Befragten bei Dämmstoffen im Bausektor ein Material in blauer Farbe gekannt, 60% der Befragten haben geäußert, diese blaue Farbe werde nur von einem bestimmten Dämmstoff-Hersteller verwendet, 47% vermochten sogar die Frage nach dem Namen des Herstellers der blauen Dämmstoffe zu beantworten. 1998 haben 76% der in einer weiteren Verkehrsbefragung befragten Personen gesagt, ihnen sei im Bausektor bei Dämmstoffen ein Material in blauer Farbe bekannt, 56% der Befragten haben in der blauen Farbe einen Hinweis auf einen bestimmten Dämmstoff-Hersteller gesehen, je nach Verkehrskreis haben zwischen 39 und 47% der Befragten blaue Dämmstoffplatten der Klägerin zugeordnet.

Im Ergebnis kann indes dahinstehen, ob das vorliegende Zahlenmaterial den Schluß rechtfertigt, die Klägerin habe mit ihrem Produkt die Grenze zwischen hoher Verkehrsbekanntheit und Verkehrsdurchsetzung bereits überschritten und könne deshalb für die von ihr bei der Herstellung von Polystyrol-Hartschaumstoffplatten verwendete hellblaue Farbe Ausstattungsschutz nach § 4 Nr. 2 MarkenG beanspruchen. Denn im Streitfall verstößt die Verwendung der von der Beklagten für ihre Dämmstoffplatten gewählte Farbe gegen die guten Sitten im Wettbewerb (§ 1 UWG) und ist bereits aus diesem Grunde zu unterlassen.

45

Bei der Prüfung ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes ist allerdings im Grundsatz davon auszugehen, dass Gegenstände von jedermann nachgeahmt und solche Nachahmungen auch vertrieben werden dürfen. Soweit ein Kennzeichenschutz kraft Verkehrsgeltung, hier für eine konkrete Farbgestaltung, noch nicht entstanden ist, kann der Verwendung der Kennzeichnungsmittel durch einen Mitbewerber der Einwand sittenwidrigen Wettbewerbsverhaltens nur ausnahmsweise entgegenstehen. Selbst der maßstabsgetreue Nachbau einer fremden, nicht unter Sonderrechtsschutz stehenden Ware ist für sich allein wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Gerade für den Fall, dass eine ausreichende Verkehrsgeltung als Voraussetzung für einen kennzeichenrechtlichen Schutz (noch) nicht, jedenfalls nicht ohne Beweiserhebung in Form einer Verkehrsbefragung festgestellt werden kann, ist bei der Bejahung eines Sittenverstößes nach § 1 UWG Zurückhaltung geboten. Denn die Grenzen eines kraft Benutzung gewährten kennzeichenrechtlichen Schutzes, dessen Entstehen an ein bestimmtes Ausmaß der errungenen Verkehrsbekanntheit, eben der Verkehrsgeltung im Sinne des § 4 Nr. 2 MarkenG, geknüpft wird, sollen nicht ohne sorgfältige Beachtung aus wettbewerbsrechtlichen Erwägungen ausgedehnt werden (so ausdrücklich BGH GRUR 1997, 754, 755 "grau/magenta" m.w.N.). Deshalb kann ein Wettbewerber für die Verwendung einer bestimmten Farbe bei seinem Produkt wettbewerbsrechtlichen Schutz grundsätzlich nicht beanspruchen, wenn für ihn Kennzeichenschutz mangels Durchsetzung im Verkehr nicht zum Zuge kommt. Derjenige, der eine bestimmte, im Grundsatz freihaltebedürftige Kennzeichnung eines Produkts vornimmt, muss vielmehr die Schwächung seines Zeichens durch das Aufkommen benachbarter Kennzeichnungen solange hinnehmen, wie die Grenze der Verwechslungsgefahr noch nicht überschritten ist. Eine Auslegung des § 1 UWG, die darauf hinausliefe, schon Annäherungen und eine damit verbundene Schädigung

46

als wettbewerbsrechtlich unzulässig anzusehen, verstieße nämlich gegen die Systematik des Wettbewerbs- und Kennzeichenrechts (BGH, a.a.O., "grau/magen-ta").

Dieser Grundsatz hindert die Annahme ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes allerdings dann nicht, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände gegeben sind, welche die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als eine unlautere Wettbewerbsmaßnahme erscheinen lassen. Das wiederum ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, a.a.O., "grau/magenta" m.w.N.) dann der Fall, wenn die Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden und ihrer Natur nach geeignet ist, über die Benutzung als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken, und ferner die Anlehnung an eine solche Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen worden ist, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen wettbewerbshindernd zu beeinträchtigen oder auszunutzen.

47

Dass diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt sind, hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil im einzelnen überzeugend dargetan. Der Senat nimmt die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts namentlich zur wettbewerblichen Eigenart, zur Verwechslungsgefahr und der in der Farbwahl zum Ausdruck kommenden verwerflichen Absicht der Beklagten ausdrücklich gemäß § 543 Abs. 1 ZPO in Bezug, sieht von einer erneuten Darstellung der die Entscheidung tragenden Gründe ab und fasst nachfolgend zusammen, warum das Berufungsvorbringen der Beklagten nicht geeignet ist, ihn zu einer abweichenden Beurteilung zu veranlassen:

48

Aus dem unstreitigen Sachvorbringen der Parteien folgt, dass alle Anbieter von Polystyrol-Dämmplatten in der Bundesrepublik Deutschland ihre Produkte nicht in dem originären, farblosen Ton des Dämmstoffes belassen, sondern die Dämmplatten einfärben, obschon hierzu eine technische Notwendigkeit nicht besteht und die Farbgebung für die Funktion der Dämmplatten keinerlei Bedeutung hat. Daraus folgt wiederum, dass die Hersteller von Polystyrol-Schaumstoffplatten ihrem Produkt jeweils eine bestimmte Farbe bzw. einen bestimmten Farbton gegeben haben, um es von vergleichbaren Produkten anderer Hersteller zu unterscheiden. Das wiederum prägt die Verkehrserwartung, der Verkehr ist daran gewöhnt, dass die Hersteller solcher Waren ihre Materialien in bestimmter Weise einfärben. Beachtliche Teile des Verkehrs schließen deshalb bereits aus der konkreten Farbgestaltung auf die betriebliche Herkunft des Produkts. Das kann in Anbetracht der oben wiedergegebenen Ergebnisse der von den Parteien zu den Akten gereichten Verkehrsbefragungen aus den Jahren 1985, 1998 und 1999 nicht in Zweifel gezogen werden. Jedenfalls folgt daraus sicher, dass in dem hier in Rede stehenden Markt, nämlich dem Handel mit Dämmplatten aus extrudiertem Polystyrol-Schaumstoff, die konkrete Farbgebung ihrer Natur nach geeignet ist, über die Benutzung als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken, und dass die für die Polystyrol-Hartstoffschaumplatten der Klägerin gewählte hellblaue Farbgebung als Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen im Sinne der vorbezeichneten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in gewissem Umfang bekannt geworden ist. Selbst die Beklagte konstatiert, dass rund 45% aller Befragten Dämmstoffplatten in der präsentierten blauen Farbe einem bestimmten Hersteller zugeordnet haben und dass nahezu 30% der Befragten nach Vorlage eines Original-Dämmstoffstücks der Klägerin sagen konnten, es handele sich um ein D.-Produkt.

49

Ist das Landgericht demzufolge zu Recht von einer hohen Verkehrsbekanntheit der Produkte der Klägerin ausgegangen, schließt sich der Senat vollumfänglich seiner Feststellung an, die von der Beklagten angebotenen Polystyrol-Schaumstoffplatten sähen den entsprechenden Produkten der Klägerin aufgrund ihrer Farbgebung zum Verwechseln ähnlich, daraus folge

50

die realistische Gefahr von Fehlzuordnungen. Ebenso wie das Landgericht hat der Senat die von der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung präsentierten Original-Produkte der Parteien in Augenschein genommen. Diese Inaugenscheinseinnahme hat ergeben, dass selbst die nebeneinander gestellten Dämmstoffplatten der Parteien je nach Lichteinfall auch bei kurzer Betrachtungsdistanz nicht mehr voneinander zu unterscheiden sind. Dem optischen Gesamteindruck nach sind die Dämmplatten für den sie betrachtenden Verkehr identisch. Bei genauer Untersuchung wahrzunehmende marginale Abweichungen im blauen Farbton, in der Verpackungsgestaltung oder aber auch die bei genauer Untersuchung wahrzunehmende blasse Beschriftung "f. XPS EXTRUDED POLYSTYRENE" schließen die Verwechslungsgefahr aus den vom Landgericht in dem angefochtenen Urteil ausgeführten Gründen, die sich der Senat gemäß § 543 Abs. 1 ZPO zu eigen macht, nicht aus. In diesem Zusammenhang können die Mitglieder des Senats insbesondere aus eigenem Wissen die Feststellung des Landgerichts als richtig bestätigen, dass Dämmplatten der von den Parteien vertriebenen Art in Baumärkten etc. häufig ohne Verpackung gelagert und so zum Verkauf angeboten werden.

Nach Lage der Dinge hat das Landgericht im übrigen zu Recht die Überzeugung gewonnen, dass die Beklagte die konkrete, zur Verwechslungsgefahr führende Farbwahl getroffen hat, um ihre Produkte möglichst so wie diejenigen der Klägerin aussehen zu lassen und sich so an deren Markterfolg anzuhängen. Zu Recht hat schon das Landgericht darauf hingewiesen, dass es eine Vielzahl von Möglichkeiten gibt, Dämmstoffplatten der vorliegenden Art unter Wahrung des nötigen Abstandes zu den Produkten der Klägerin und ihrer Mitbewerber einzufärben. Dabei ist die Beklagte nicht gezwungen, eine gänzlich andere Farbe wie zum Beispiel Schwarz, Braun, Weiß, Silber oder Rot zu verwenden. Auch ist es der Beklagten nicht von vornherein versagt, ihre Dämmstoffplatten blau einzufärben. Es besteht jedoch kein sachlicher Grund, ausgerechnet einen hellblauen Farbton zu wählen, der der Produktausstattung der Klägerin so nahe kommt, dass selbst die nebeneinander stehenden Produkte auch von einem aufmerksamen Betrachter nicht oder nur nach intensiver Prüfung voneinander zu unterscheiden sind. In Anbetracht der Tatsache, dass aus dem eigenen Sachvortrag der Beklagten folgt, dass sie die Marktverhältnisse in Deutschland zum Zeitpunkt der Markteinführung ihres Produkts bestens gekannt und gewußt hat, dass sich die beiden Marktführer einer hellblauen bzw. einer grünen Farbe bedienen, kann hinter dem Verhalten der Beklagten bei realistischer Betrachtungsweise mangels anderer nachvollziehbarer Beweggründe nur die Absicht stehen, es auf unmittelbare oder auch mittelbare Verwechslungen anzulegen und so am Markterfolg der Klägerin teilzuhaben. Das belegt mittelbar auch das Verhalten der Beklagten in ihrem Heimatland. Denn trotz der Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Marktzutritts der Beklagten in Griechenland ausschließlich hellblaue D.- und grüne B.-Produkte auf dem Markt waren, die Beklagte also dort vielfältigste Möglichkeiten der Farbgestaltung gehabt hätte, hat sie auch dort einen - wie sie selbst sagt - aus den Farben Blau und Grün zusammengesetzten "Mischton" gewählt. Insgesamt sieht der Senat deshalb mit dem Landgericht trotz aller anderslautender Beteuerungen der Beklagten nur einen naheliegenden Grund, der sie veranlaßt haben kann, gerade diesen "Mischton" zu wählen, nämlich den, sich an den Markterfolg des Marktführers anzuhängen und Verwechslungen unmittelbarer oder mittelbarer Art hervorzurufen.

Ist damit das Wettbewerbsverhalten der Beklagten im Sinne des § 1 UWG auch dann als unlauter zu beanstanden, wenn die Klägerin markenrechtlichen Ausstattungsschutz für ihr Produkt (noch) nicht für sich in Anspruch nehmen können sollte, hat das Landgericht die Beklagte zu Recht zur Unterlassung verurteilt und ist mit zutreffenden (§ 543 Abs. 1 ZPO) Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt, dass und aus welchen Gründen die Beklagte schuldhaft gehandelt hat und deshalb auch zur Auskunftserteilung und im Grundsatz zur

Leistung von Schadenersatz verpflichtet ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 53

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 54

Die gemäß § 546 Abs. 2 ZPO festzusetzende Beschwer der Beklagten übersteigt 60.000,00 DM. 55