
Datum: 28.03.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 162/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0328.6U162.13.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 110/13
Normen: GMV Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. b);; Art. 15

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 04.09.2013 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 110/13 – wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Gründe

I.

Die Antragstellerin gehört zu der bekannten Nestlé-Gruppe. Sie ist Inhaberin der Gemeinschaftswortmarke EM 002726925

„HAVE A BREAK“,

die am 30.08.2007 für die Waren *Schokolade, Schokoladenwaren, Konditorwaren, Zuckerwaren; Biskuits* in Klasse 30 eingetragen wurde. Die Nestlé-Gruppe vertreibt den bekannten „KIT KAT“ Waffel-/Schokoladenriegel. Hierbei handelt es sich um einen mit Schokolade überzogenen Waffel-Riegel, der klassischerweise aus vier oder zwei zusammenhängenden „Schokoladen-Fingern“ besteht. Die Finger bestehen jeweils aus drei geschichteten Waffeln mit einer Zwischenfüllung aus Schokoladencreme und sind umhüllt mit Milkschokolade. „KIT KAT“ wird seit Jahrzehnten mit dem Slogan „Have a break ... Have a KIT KAT“ beworben.

Die Antragsgegnerin ist Auftragnehmerin der M-Gruppe (vormalige Antragsgegnerinnen zu 1) und 2) und gehört zur Griesson-deBeukelaer Gruppe. Gegenstand des Unternehmens der Antragsgegnerin sind u.a. die Herstellung und der Vertrieb von Keksen- und anderen Back- und Süßwaren. Die M-Gruppe vertreibt in ihren Märkten unter der Kennzeichnung „Wafer Breax“ das im Tenor der einstweiligen Verfügung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln wiedergegebene Schokoladen-Waffel- Produkt. Herstellerin der nachfolgend wiedergegebenen Produkte ist die Antragsgegnerin.





Die

Antragstellerin sieht in dem Vertrieb dieser Produkte unter der Kennzeichnung „Wafer Breax“ in erster Linie eine Verletzung ihrer Gemeinschaftswortmarke „HAVE A BREAK“ sowie hilfsweise einer Benutzungsmarke „Have a break“; äußerst hilfsweise stützt sie ihre Klageanträge auf den Vorwurf der wettbewerbsrechtlich unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung und Rufausbeutung unlauteren Nachahmung. Die Antragstellerin hat unter Vorlage der Anlagen ASt 8 – ASt 14 sowie ASt 34a – 34d behauptet, auch der Slogan „HAVE A BREAK“ habe sich über die letzten Jahrzehnte als eigenständige Kennzeichnung etabliert. Das Zeichen „HAVE A BREAK“ verfüge in Deutschland über eine sehr hohe Bekanntheit und zwar in der Gesamtbevölkerung von 81%, bei Personen, die Süßwaren kaufen oder verwenden/essen und die Verwendung von Süßwaren zumindest nicht grundsätzlich ablehnen (engerer Verkehrskreis) von 81,5% sowie bei Personen, die

Süßwaren kaufen oder verwenden/essen (engster Verkehrskreis) von 82,4%. Der Kennzeichnungsgrad liege in der Gesamtbevölkerung bei 69,2 %, im engeren Verkehrskreis bei 70,1% und im engsten Verkehrskreis bei 71,5%. Der Grad der Verkehrsdurchsetzung in diesen Gruppen betrage 67,2%, 68,2% bzw. 69,5%. Der Zuordnungsgrad konkret in Bezug auf das Produkt „KIT KAT“ liege in diesen Gruppen bei 61,0%, 61,8% bzw. 62,8%. Allein der Begriff „BREAK“ verfüge nach einer Studie vom 07.03.2013 (Anlage ASt 15), die eigens im Vorfeld des vorliegenden Verfahrens eingeholt worden sei, über eine mittelhohe Bekanntheit, die in den genannten Gruppen bei 53,3%, 54,9% bzw. 57,5% liege. Selbst dessen Zuordnungsgrad in Bezug auf das Produkt „KIT KAT“ liege noch bei 37,1% in der Gesamtbevölkerung, im engeren Verkehrskreis bei 38,1% und im engsten Verkehrskreis bei 40,3%.

Sie hat am 19.03.2013 eine Beschlussverfügung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln erwirkt. Die vormaligen Antragsgegnerinnen zu 1) und 2) haben sich nach Zustellung der einstweiligen Verfügung mit der Antragstellerin am 18.04.2013 geeinigt. Sie haben eine Abschlusserklärung abgegeben und sich verpflichtet, die Marke „WAFER BREAX“ spätestens bis zum 30.09.2013 zurückzunehmen. Im Gegenzug hat die Antragstellerin den früheren Antragsgegnerinnen zu 1) und 2) eine Umstellungsfrist bis zum 30.09.2013 gewährt, die auch zugunsten des Herstellers, mithin der Antragsgegnerin, wirken sollte. 8

Nach Widerspruch der Antragsgegnerin und antragsgemäßer Verweisung an die Kammer für Handelssachen hat diese durch das angefochtene Urteil die einstweilige Verfügung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln bestätigt und dabei im wesentlichen Bezug genommen auf die Ausführungen der Antragstellerin in deren Schriftsatz vom 24.07.2013. 9

Mit ihrer Berufung begehrt die Antragsgegnerin Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung des auf Erlass der einstweiligen Verfügung gerichteten Antrags, hilfsweise Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht im Hinblick auf eine unzureichende Begründung der angefochtenen Entscheidung. 10

Beide Parteien vertiefen und ergänzen in der Berufungsinstanz ihr erstinstanzliches Vorbringen insbesondere zur Frage der rechtserhaltenden Benutzung der Marke „HAVE A BREAK“ und zum Bestehen einer Verwechslungsgefahr; wegen aller Einzelheiten wird auf ihre jeweiligen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 11

II. 12

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin bleibt in der Sache ohne Erfolg. 13

1. Der Verfügungsgrund der Dringlichkeit ist gewahrt; den Einwand mangelnder Dringlichkeit wiederholt die Antragsgegnerin im Berufungsverfahren nicht, so dass mit den Feststellungen des Landgerichts, auch wenn sich diese in einer Bezugnahme auf Rdnr. 12-30 des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 24.07.2013 erschöpfen, von einem Verfügungsgrund auszugehen ist. Die Antragstellerin ist nach Kenntniserlangung am 13.02.2013 bis zur Einreichung des Verfügungsantrages am 15.03.2013 nicht untätig geblieben, sondern hat die erforderlichen Unterlagen beschafft, insbesondere zwei Verkehrsbefragungen in der Zeit vom 15.-22.02.2013 durchgeführt (Anlagen ASt 14 und 15). 14

2. Ein Verfügungsanspruch besteht gestützt auf die Gemeinschaftswortmarke „Have a Break“ aus Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. b) GMV. 15

a. Der der Verfügungsmarke von der Antragsgegnerin entgegengehaltene Einwand mangelnder rechtserhaltender Benutzung, den sie in zweiter Instanz aufrecht erhält und vertieft, ist nicht begründet.

Die Antragstellerin hat dargelegt und glaubhaft gemacht, dass das Zeichen „Have a break“ bereits in Alleinstellung in einem Maße genutzt wird, das als ernsthaft anzusehen und für den Rechtserhalt nach Art. 15 GMV ausreichend ist. Das Zeichen ist nicht nur auf den in Deutschland in den Verkehr gebrachten „Weihnachtsmännern“ und „Osterhasen“ markenmäßig benutzt worden; der dort aufgebrachte Slogan „Have a break“ hat neben den Markenbezeichnung „Nestle“ und „Kit Kat“ ohne weiteres herkunftshinweisende Funktion, denn es liegt zumindest die Verwendung einer Zweitmarke nahe (vgl. BGH GRUR 207, 592 Rdnr. 14 – bodo Blue Night; BGH GRUR 2005, 515 – FERROSIL). Die von der Antragsgegnerin dazu vorgetragenen Umsatzzahlen belegen eine ernsthafte, wenn auch produktbedingt saisonale Nutzung. Darüber hinaus hat die Antragstellerin die Nutzung der Wortmarke in Alleinstellung auch durch die als Anlagen Ast 8, 34a bis 34c vorgelegten Werbemittel, insbesondere die Auszüge aus der aktuellen Werbekampagne, belegt, in denen die als Wortmarke eingetragene Wortfolge grafisch und räumlich abgesetzt ist. Diese wird insoweit auch markenmäßig benutzt und nicht nur als ein Wortspiel, das die Aufforderung enthält, die Schokoladenfigur „aufzubrechen“.

17

Im Übrigen hat die Antragstellerin durch die als Anlage Ast 34 d, 43 zur Akte gerichteten Produktabbildungen glaubhaft gemacht, dass sie die Verfügungsmarke als Teil des Gesamtslogans „Have a Break ... Have a Kit Kat“ europaweit umfangreich und damit auch rechtserhaltend gemäß Art. 15 GMV genutzt hat und aktuell nutzt. Dies folgt aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Auslegung des markenrechtlichen Nutzungsbegriffs, die auch anhand des hier in Streit stehenden Werbeslogans entwickelt worden ist. Danach beruhte die im Eintragungsverfahren nachgewiesene Unterscheidungskraft der Verfügungsmarke maßgeblich auf der langjährigen Nutzung des Zeichens in der abweichenden Form des Gesamtslogans (vgl. EuGH GRUR 2005, 763 ff, insbesondere Rdnr. 29, 30 – Have a break). Die in dieser Entscheidung aufgestellten Grundsätze hat der Europäische Gerichtshof zuletzt in der Stofffähnchen II-Entscheidung (GRUR 2012, 177, insbesondere Rdnr. 27-30) und in der Specsavers-Entscheidung (GRUR 2013, 922, Rdnr. 26) bestätigt und fortentwickelt. Danach gelten die zum Erwerb der Unterscheidungskraft aufgestellten Grundsätze auch, soweit es um den Begriff der „ernsthaften Benutzung“ zum Rechtserhalt geht: Ist es möglich, auf Grund einer bestimmten Benutzung für ein Zeichen Markenschutz zu erhalten, so muss durch die gleiche Form der Benutzung auch der Erhalt des Schutzes gewährleistet werden können. Dies bedeutet, dass die Art und Weise der Nutzung, welche die Marke ins Register gebracht hat, auch dazu ausreicht, die Marke im Register zu halten, ohne dass der Markeninhaber seine Nutzung umstellen muss. Dies bedeutet für die Verfügungsmarke, die als Teil des Gesamtslogans Verkehrsdurchsetzung erlangt hat und aufgrund der zitierten Entscheidung durch das Harmonisierungsamt eingetragen worden ist, dass die Weiterführung eben dieser Nutzung, die die Antragstellerin glaubhaft gemacht hat, rechtserhaltend im Sinne des Art. 15 Abs. 1 GMV ist.

18

b. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Kennzeichnungskraft der Verfügungsmarke ist die Bindung des Verletzungsgerichts an deren Eintragung (vgl. BGH, GRUR 2010, 1103 = WRP 2010, 1508 [Rn. 19] – Pralinenform II). Diese hat nicht zur Folge, dass der Marke im Verletzungsverfahren ein bestimmtes Maß an Kennzeichnungskraft beizumessen ist, sondern nur, dass der Marke nicht jeglicher Schutz versagt werden darf, während der Grad der Kennzeichnungskraft vom Verletzungsgericht selbstständig zu bestimmen ist (vgl. BGH,

19

GRUR 2010, 1071 = WRP 2007, 1461 [Rn. 24] – Kinder II). Vorliegend ist von zumindest durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Verfügungsmarke auszugehen:

Beim Grad der Kennzeichnungskraft wird zwischen sehr hoher (weit überdurchschnittlicher), 20
hoher (überdurchschnittlicher), normaler (durchschnittlicher), geringer
(unterdurchschnittlicher) und sehr geringer (weit unterdurchschnittlicher)
Kennzeichnungskraft differenziert (vgl. BGH, GRUR 2013, 833 = WRP 2013, 1038 [Rn. 55] –
Culinaria / Villa Culinaria; Büscher, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, § 14 MarkenG Rdnr. 241).

Im Ausgangspunkt hat die Antragstellerin unwidersprochen vorgetragen, dass die 21
Verfügungsmarke „Have a break“ zwei Botschaften „transportiert“, nämlich das
„Unterbrechen“ der jeweiligen Tätigkeit im Sinne einer Pause und das „Durchbrechen“ des
Waffel-Riegels für dessen Verzehr. Für das Produkt Schokoladenriegel haben diese
Botschaften zwar beschreibende Anklänge, aber keinesfalls einen rein beschreibenden
Charakter. Vielmehr ist das Wortzeichen als jedenfalls phantasievoll und geeignet
anzusehen, von den angesprochenen Verkehrskreisen als Herkunftshinweis erkannt, in
Erinnerung behalten und wieder erkannt zu werden. Es besteht daher mindestens geringe
originäre Kennzeichnungskraft.

Die Kennzeichnungskraft wird gesteigert durch die von der Antragstellerin dargelegte und 22
glaubhaft gemachte Bekanntheit ihres in der Wortmarke wiedergegebenen „Werbeslogans“ -
wobei es im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. b) GMV dahin stehen kann, ob die von der
Antragstellerin genannten prozentualen Zuordnungsgrade auch für eine Bekanntheit der
Marke im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. c) GMV ausreichen. Ist ein Zeichen – wie hier -
aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen, so kommt ihm grundsätzlich
durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (vgl. BGH GRUR 2007, 1066 Rdnr. 34; GRUR
2010, 1103 Rdnr. 40 – Pralinenform II). Die Antragstellerin hat in der Antragschrift dargelegt,
dass ihr Produkt „Kit Kat“ seit Jahrzehnten mit dem Slogan „Have a break... Have a Kit Kat“
beworben wird und nach der Entscheidung des Harmonisierungsamtes aufgrund von
Verkehrsdurchsetzung eingetragen worden ist. Mit dem als Anlage Ast 14 vorgelegten
Verkehrsgutachten hat sie darüber hinaus glaubhaft gemacht, dass der Zuordnungsgrad des
Wortzeichens „Have a break“ auch ohne den zweiten Teil des Slogans konkret in Bezug auf
das Produkt „Kit Kat“ auch heute noch in der deutschen Gesamtbevölkerung bei 61 %, liegt,
im engeren und engsten Verkehrskreis der angesprochenen Süßwarenkäufer sogar etwas
darüber. Die gegen die Verkehrsbefragung gerichteten Einwendungen der Antragsgegnerin
überzeugen nicht. Insbesondere ist es unschädlich, dass bei der Verkehrsbefragung nicht
ausdrücklich nach dem Unternehmensbezug, sondern allgemeiner nach dem Produktbezug
gefragt wurde. Eine Zuordnung des Slogans „Have a Break“ zu der unstreitig bekannten
Marke „Kit Kat“ steht funktionsgemäß dem Verständnis als Unternehmenshinweis gleich.

Die danach bestehende zumindest durchschnittliche Kennzeichnungskraft wird nicht durch 23
Drittzeichen geschwächt. Die Antragstellerin hat zuletzt noch in der Berufungserwiderung
zutreffend darauf hingewiesen, dass die Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht hat, dass
die von ihr angeführten Drittzeichen, sofern sie denn überhaupt für ähnliche Produkte benutzt
werden sollen, überhaupt und wenn ja in relevantem Umfang vertrieben und dem Verkehr
geläufig sind.

c. Die dergestalt gesteigerte, jedenfalls durchschnittliche Kennzeichnungskraft der 24
Verfügungsmarke allein rechtfertigt indessen noch keinen erhöhten Schutz gegenüber nicht
identischen oder verwechslungsfähigen Produktaufmachungen eines Mitbewerbers. Im
Streitfall weisen jedoch die angegriffenen Produktaufmachungen der Antragsgegnerin eine
hinreichende Ähnlichkeit mit der Verfügungsmarke auf, die es rechtfertigt, eine für die

Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. b) GMV genügende Gefahr einer gedanklichen Verbindung zwischen ihnen anzunehmen. Die Beklagte benutzen die Bezeichnung „Wafer Breax“ „ rechtsverletzend im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. b) GMV, denn zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen besteht Verwechslungsgefahr.

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr i.S. von Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. b GMV gelten 25
keine anderen Maßstäbe als für § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Danach ist das Bestehen von Verwechslungsgefahr i.S. von Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. b GMV unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des konkreten Falls umfassend zu beurteilen. Nach dem siebten Erwägungsgrund der Gemeinschaftsmarkenverordnung hängt das Vorliegen von Verwechslungsgefahr insbesondere von dem Bekanntheitsgrad der Marke auf dem Markt, der gedanklichen Verbindung, die das benutzte oder eingetragene Zeichen zu ihr hervorrufen kann, sowie dem Grad der Ähnlichkeit zwischen der Marke und dem Zeichen und zwischen den damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen ab (vgl. GRUR 2006, 237 Tz. 18 - PICASSO/PICARO; Urt. v. 23.3.2006, GRUR 2006, 413 Tz. 17 f. - ZIRH/SIR; BGH, Urt. v. 7.10.2004, GRUR 2005, 427, 429 - Lila-Schokolade; BGHZ 169, 295 Tz. 17 - Goldhase).

Dabei fällt zunächst erheblich ins Gewicht, dass die sich gegenüberstehenden Zeichen für 26
identische Produkte, nämlich Schokoladewaffeln in „Stäbchen?- oder „Fingerform“ benutzt werden.

Gegenstand des sodann vorzunehmenden Vergleichs der Gemeinschaftswortmarke „Have a 27
Break“ mit der Kennzeichnung in den konkret angegriffenen Verletzungsformen ist eine Überkreuzkollision verschiedener Zeichenformen. Dabei ist durch den Bundesgerichtshof zur Rechtslage unter dem Markengesetz der allgemeine Rechtsgrundsatz anerkannt, dass eine Markenrechtsverletzung nicht nur innerhalb derselben Markenkategorie in Betracht kommt (vgl. BGH GRUR 1999, 990, 991 – Schlüssel). Vorliegend besteht eine Überkreuzkollision zwischen einem Wortzeichen einerseits und einem Wort-/Bildzeichen andererseits.

Für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist vom jeweiligen Gesamteindruck der einander 28
gegenüberstehenden Zeichen auszugehen; bei zusammengesetzten Zeichen sind dabei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen (vgl. BGH GRUR 2002, 171, Marlboro-Dach, zitiert nach juris, dort Rdnr. 44; BGH GRUR 2011, 148, 151, Rdnr. 29 – Goldhase II; Senat, Urteil v. 30.03.2012, 6 U 159/11 – Ritter-Sport, zitiert nach juris, Rdnr. 26). Das schließt nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer komplexen Marke für den durch die Marke im Gedächtnis des Verkehrs hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können; weiter ist nicht ausgeschlossen, dass ein Zeichen, das als Bestandteil in eine zusammengesetzte Marke oder komplexes Kennzeichen aufgenommen wird, eine selbständig kennzeichnende Stellung behält, ohne dass es das Erscheinungsbild der zusammengesetzten Marke oder komplexen Kennzeichnung dominiert oder prägt (vgl. BGH, GRUR 2013, 883, Tz. 45 - Culinaria; BGH GRUR 2009, 766 Tz. 34 – Stofffähnchen).

Im Streitfall kann nicht festgestellt werden, dass der eine oder andere Wortbestandteil der 29
Verfügungsmarke mehr oder weniger in den Hintergrund tritt und den Gesamteindruck der Marke nicht mitbestimmt. Der zergliedernden Betrachtungsweise der Antragstellerin, die das Kennzeichen in zwei oder gar drei Bestandteile „Have a “ und „Break “ aufteilen möchte und die Auffassung vertritt, der Bestandteil „Break“ sei jedenfalls prägend, vermag der Senat nicht zu folgen. Die angesprochenen Verkehrskreise verstehen das Zeichen als ganzen Satz, der kurz und prägnant eine an sie gerichtete Aufforderung enthält, in dem jedoch kein Wort hervor- oder zurücktritt. Eine andere Beurteilung rechtfertigt auch nicht die als Anlage Ast 15 vorgelegte Verkehrsbefragung zur Bekanntheit und Verkehrsdurchsetzung des Zeichens

„Break“, denn dieser kommt hinsichtlich der Beurteilung des Gesamteindrucks der Marke und der Frage, welche Bestandteile für den maßgeblichen Gesamteindruck des zu beurteilenden Zeichens prägend sind, keine Aussagekraft zu.

Hinsichtlich des Gesamteindrucks des angegriffenen Zeichens ist demgegenüber 30
festzustellen, dass das aus Wort- und Bildbestandteilen zusammengesetzte Zeichen durch den Wortbestandteil „Wafer Breax“ geprägt wird. Für den der hier am nächsten liegenden klanglichen Verwechslungsgefahr zugrunde zu legenden phonetischen Gesamteindruck ist meist ohnehin der Wortbestandteil maßgebend, da er für den Verkehr als Kennwort regelmäßig die einfachste Benennungsmöglichkeit darstellt (vgl. BGH GRUR 2009, 1055, Tz. 28 – airdsl; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 940 m.w.N.). Im Streitfall kann den Bildbestandteilen auch sonst keine prägende Bedeutung zugebilligt werden. Der Wortbestandteil „Wafer Breax“ ist in der jeweils konkreten Verletzungsform durch seine Platzierung in der Mitte und die Schriftgröße, insbesondere des Zeichenbestandteils „Breax“, deutlich hervorgehoben und wird durch die Bildelemente („Schokofinger“ mit und ohne Verpackung) lediglich umrahmt und verziert. Danach kann nicht festgestellt werden, dass die auch optisch untergeordneten Bildelemente neben dem Wortbestandteil eine eigenständige herkunftshinweisende Bedeutung für den Verkehr entfalten.

Stellt man demnach im Wesentlichen das Gesamtzeichen „Have a break“ und den bei dem 31
angegriffenen Zeichen prägenden Bestandteil „Wafer Breax“ gegenüber, ist in der maßgeblichen Gesamtschau – unter besonderer Berücksichtigung der bestehenden Warenidentität – Verwechslungsgefahr zumindest im Sinne einer Gefahr des gedanklichen Inverbindungbringens festzustellen. Denn es ist jedenfalls von einer gewissen klanglichen Ähnlichkeit zwischen „Have a break“ und „Wafer Breax“ (gesprochen als „Wafer Breaks“ oder „Wafer Break“) auszugehen. Es besteht eine ähnliche „Satzmelodie“, die durch die unterschiedliche Anzahl von Wörtern nicht ausgeschlossen wird. Maßgeblich ist, dass „Wafer“ und „Have a“ ausgesprochen aus jeweils zwei Silben bestehen. Auch die Anfangssilben „Hav“ und „Waf“ sind phonetisch ähnlich. Mit Blick auf das Satz- bzw. Wortende ist weiterhin festzustellen, dass das „X“ in dem angegriffenen Zeichen nicht geeignet ist, eine hinreichende Abgrenzung von der Klagemarke zu schaffen, die aus der Ähnlichkeit herausführen könnte. Wortzeichen, die sich im Wesentlichen in den Endungen „K“ und „X“ unterscheiden, sind in schriftbildlicher Hinsicht und klanglicher Hinsicht in hohem Maße ähnlich. Denn in bildlicher Hinsicht werden die Buchstaben K und X durch nahezu identische diagonale Striche geprägt, die im konkreten Fall „Wafer Breax“ im Übrigen so angeordnet sind, dass man das „X“ auch durchaus für ein „K“ halten kann. Auch klanglich bleibt es insoweit bei hoher Ähnlichkeit, das die angesprochenen Verkehrskreise – gerade auch in Deutschland – das „X“ wie ein „KS“ aussprechen und es demnach möglicherweise als Plural verstehen.

Hinzu kommt ein Gesichtspunkt aus der „Specsavers-Entscheidung des Europäischen 32
Gerichtshofs (GRUR 2013, 922), der in der Gesamtschau zu berücksichtigen ist und die festgestellte Gefahr des gedanklichen Inverbindungbringens verstärkt. Der Europäische Gerichtshof hat (a.a.O. unter Rdnr. 32 ff) festgestellt, dass auch außerhalb des Registers liegende Umstände im Zusammenhang mit der Kennzeichnungskraft zu berücksichtigen sein können. Beachtet man hier, dass nach dem vorgelegten Verkehrsgutachten immerhin über 60 % der Gesamtbevölkerung den Slogan, der der eingetragenen Wortmarke entspricht, dem Produkt Kit Kat, namentlich den „Schokofingern“ Kit Kat zuordnen und demnach mit dieser verbinden, wirkt es sich im Sinne einer Verstärkung der Verwechslungsgefahr aus, dass die Antragsgegnerin mit dem Produkt Kit Kat der Antragstellerin nahezu identische „Schokoladenfinger“ auf der angegriffenen Produktausstattung abbildet und dabei im Übrigen

auch die maßgeblichen Farben rot und weiß verwendet.

III. 33

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 34

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 35