Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-6747/2009
{T 0/2}

Urteil vom 26. Februar 2010

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Claude Morvant, Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Beatrice Klinger,
E. Blum & Co. AG, Patent- und Markenanwälte VSP,
Vorderberg 11, 8044 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Stauffacherstrasse 65, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch Nr. 55683/2008 WOW.

Sachverhalt:

A.
Am 2. Mai 2008 ersuchte die Beschwerdeführerin das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (Vorinstanz) um Eintragung der Wortmarke "WOW" (Gesuch Nr. 55'683/2008), welche für „optometrische Dienstleistungen“ (Klasse 44) beansprucht wurde.

Mit Schreiben vom 4. August 2008 beanstandete die Vorinstanz das angemeldete Zeichen mit der Begründung, es gehöre zum Gemeingut und könne deshalb nicht als Marke geschützt werden. „WOW“ werde sowohl im deutschen wie auch im englischen Sprachgebrauch als Ausruf der Anerkennung, der Freude und der Bewunderung verwendet. Der Schweizerische Durchschnittsabnehmer verstehe „wow!“ im Sinne von „toll“. In Verbindung mit den beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 44 stelle das Zeichen eine anpreisende Angabe sowie eine Qualitätsangabe für die beanspruchten Dienstleistungen dar. Zudem sei die angemeldete Marke freihaltebedürftig. Schliesslich forderte die Vorinstanz, dass die Formulierung „optometrische Dienstleistungen“ im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis zu präzisieren sei, da die Angabe zu breit gefasst sei und auch Dienstleistungen der Klasse 42 umfassen könne.

Die Beschwerdeführerin änderte mit Schreiben vom 8. Dezember 2008 die von der Vorinstanz beanstandete Formulierung „optometrische Dienstleistungen“ (Klasse 44) in „Dienstleistungen eines Optikers“ (Klasse 44) um und ersuchte die Vorinstanz, „WOW“ zum Markenschutz zuzulassen. Sie argumentierte, bei „WOW“ handle es sich nicht ohne Weiteres um einen Ausruf, wie von der Vorinstanz behauptet. Zum Ausruf werde „WOW“ erst durch ein nachgestelltes Ausrufezeichen; ein solches fehle jedoch beim hinterlegten Zeichen. Gegenstand der Markenprüfung sei aber das zur Eintragung angemeldete Zeichen, was im zu beurteilenden Fall „WOW“ sei und nicht „wow!“. Es lägen keine Hinweise vor, wonach die unter dem Zeichen „WOW“ angebotenen Dienstleistungen bei den Abnehmern einen Ausruf der Freude, Anerkennung und Bewunderung "WOW" hervorrufen würden.

Mit Schreiben vom 5. März 2009 hielt die Vorinstanz an ihrer materiellen Zurückweisung gemäss Art. 2 Bst. a MSchG für die strittigen Dienstleistungen fest. Sie stellte unter anderem klar, im

Englischen werde "WOW" auch als Synonym für grossen Erfolg und demnach auch ohne Ausrufezeichen verwendet.

Am 25. Juni 2009 wiederholte die Beschwerdeführerin unter eingehender Begründung ihren Antrag auf Eintragung der angemeldeten Marke.

Mit Verfügung vom 25. September 2009 wies die Vorinstanz das Gesuch um Eintragung der Marke "WOW" zurück.

B.
Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 27. Oktober 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Marke "WOW" sei für die beanspruchten Dienstleistungen zum Markenschutz zuzulassen. Zur Begründung bringt sie vor, es sei weder nachvollziehbar noch durch die Vorinstanz nachgewiesen, dass "WOW" vom Publikum nur gerade als Ausruf der Anerkennung und Freude begriffen werde, zumal das Zeichen selber keine Ausruf-Funktion (kein Ausrufzeichen) nahe lege. Vielmehr könne "WOW" als Abkürzung für eine Vielzahl von sehr unterschiedlichen Bedeutungen stehen. Da nicht klar sei, welchen Bedeutungsinhalt "WOW" dem Durchschnittsabnehmer vermittle, könne nicht von einem unmittelbaren und konkreten Zusammenhang mit den beanspruchten Dienstleistungen gesprochen werden. Selbst wenn man mit der Vorinstanz davon ausgehen wollte, die Buchstabenfolge "WOW" drücke ein Gefühl der Anerkennung, der Freude, des Staunens und / oder der Überraschung aus, läge kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den beanspruchten Dienstleistungen und "WOW" vor, der es rechtfertigen würde, dem Zeichen den Markenschutz zu verweigern. Die Beschwerdeführerin bestritt zudem, dass das Zeichen freihaltebedürftig sei. Schliesslich wies sie auf diverse Voreintragungen und auf den Umstand hin, dass das Zeichen "WOW" als Gemeinschaftsmarke eingetragen sei.

C.
Mit Vernehmlassung vom 11. Januar 2010 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung verweist sie auf ihre im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens vorgetragenen Argumente. Ergänzend hält sie fest, als Ausruf der Anerkennung, des Staunens und der Bewunderung stelle "WOW" einen Hinweis auf die besonders gute Qualität der damit gekennzeichneten Dienstleistungen dar. Durch die Kennzeichnung der Dienstleistungen

mit "WOW" berühme der Dienstleistungserbringer seine Dienstleistungen selber, und der Abnehmer erkenne in diesem Zeichen lediglich eine reklamehafte Anpreisung der angebotenen Dienstleistungen. Dabei spiele es für den Abnehmer keine Rolle, welche Eigenschaft der Dienstleistung genau eine besonders gute Qualität ausmache. Schliesslich könne aus den zitierten Voreintragungen nichts zu Gunsten des strittigen Zeichens abgeleitet werden.

D.
Die Beschwerdeführerin hat stillschweigend auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), die Vertreterin hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2.
Nach Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG, SR 232.11) sind Zeichen, die zum Gemeingut gehören, vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht im Verkehr als Marke für bestimmte Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestimmt sich die Frage, ob ein Zeichen infolge Fehlens jeglicher Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft zum Gemeingut gehört, vorwiegend nach dem Kriterium des beschreibenden Charakters des Zeichens. Nicht kennzeichnungskräftig sind demnach insbesondere Sachbezeichnungen und Hinweise auf Eigenschaften wie beispielsweise die Beschaffenheit, Bestimmung oder Wirkung der Waren oder Dienstleistungen, sofern solche Hinweise vom angesprochenen Publikum ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasieaufwand verstanden werden und sich nicht in blossen Anspielungen erschöpfen (BGE 135 III 359 E. 2.5.5 – akustische Marke, mit Verweis auf BGE 131 III 495 E. 5 – Felsenkeller, BGE 129 III 514 E. 4.1 – Lego, und BGE 128 III 454 E. 2.1 – Yukon). Als Gemeingut schutzunfähig sind auch Zeichen, die sich in allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen erschöpfen (Urteil des Bundesgerichts 4A.161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 4.3 – we make ideas work, mit Verweis auf BGE 129 III 225 E. 5.1 – Masterpiece I).

Ausdrücke der englischen Sprache sind zu berücksichtigen, sofern sie einem nicht unbedeutenden Teil der Bevölkerung unseres Landes bekannt sind (BGE 129 III 225 E. 5.1 – Masterpiece I, mit Verweis auf BGE 108 II 487 E. 3 – Vantage).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind im Bereich der Zeichen des Gemeingutes Grenzfälle einzutragen und die endgültige Entscheidung dem Zivilrichter zu überlassen (BGE 130 III 328 E. 3.2 – Swatch-Uhrband, BGE 129 III 225 E. 5.3 – Masterpiece I).

3.

Unbestrittenermassen richten sich die vom angemeldeten Zeichen beanspruchten „Dienstleistungen eines Optikers“ (Klasse 44) in erster Linie an Durchschnittskonsumenten. Soweit die konkrete Unterscheidungskraft des hinterlegten Zeichens geprüft wird, ist bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit auf die Sichtweise dieser Verkehrskreise abzustellen (CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2, N. 41). Für die Beurteilung eines allfälligen Freihaltebedürfnisses ist demgegenüber die Sichtweise von Unternehmen, welche gleiche oder ähnliche Produkte herstellen und anbieten, massgebend (WILLI, a.a.O., Art. 2, N. 44).

4.

Die angemeldete Marke besteht aus dem Wort "WOW". „Wow“ entstammt der englischen Sprache und bedeutet zunächst „Mann!“, „toll!“ (LANGENSCHEIDT e-Handwörterbuch Englisch-Deutsch 5.0) respektive „wunderbar!“, „super!“ (DUDEN, Das Fremdwörterbuch, Mannheim / Leipzig / Wien / Zürich 2001, S. 1044). Es wird im amerikanischen Slang auch als Substantiv, nämlich im Sinne von „Bombenerfolg“, „tolles Ding“, „toller Kerl“, „tolle Frau“ etc. gebraucht (LANGENSCHEIDT e-Handwörterbuch Englisch-Deutsch 5.0). Schliesslich kann es sich auch um ein Verb in der Bedeutung von „(jemanden) hinreissen“ handeln (LANGENSCHEIDT e-Handwörterbuch Englisch-Deutsch 5.0). „Wow“ ist als Interjektion, d.h. als Ausdrucks- respektive Ausrufewort, in die deutsche Sprache eingeflossen und wird im Duden beschrieben als „Ausruf der Anerkennung, der Überraschung, des Staunens, der Freude etc.“ (DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim / Leipzig / Wien / Zürich 2007, S. 1949). Das Wort ist daher in seiner Bedeutung als Interjektion ohne Weiteres dem (englischen) Grundwortschatz der angesprochenen Verkehrskreise zuzurechnen, während ihnen die vorgenannten Bedeutungen von „wow“ als Substantiv respektive als Verb kaum bekannt sein dürfte.

4.1 Wie die Beschwerdeführerin aufgezeigt hat, kann "WOW" im Weiteren als Abkürzung für eine Vielzahl von sehr unterschiedlichen Bedeutungen stehen, z.B. „World of Warcraft“, „Wonders of the World“ oder „Women On Wheels“ (vgl. www.acronymfinder.com [Beschwerdebeilage 3]). Die Beschwerdeführerin unterlässt es indessen darzulegen, mit welcher der zahlreichen Abkürzungen die Durchschnittskonsumenten "WOW" in Verbindung bringen. Im vorliegenden Zusammenhang drängt sich prima vista denn auch keine bestimmte Abkürzung auf. Grundsätzlich ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass das Zeichen "WOW" von den Durchschnittskonsumenten im Sinne von „toll!“, „super!“ etc. verstanden wird.

4.2 Die Beschwerdeführerin gibt jedoch zu bedenken, das von ihr angemeldete Zeichen beinhalte kein Ausrufezeichen. Die genaue Bedeutung einer Interjektion wie „wow“ sei abhängig von der Intonation, welche sich wiederum weitgehend an Satzzeichen orientiere.

Die Vorinstanz ist dagegen der Ansicht, das Ausrufezeichen sei kein unabdingbarer Bestandteil, damit "WOW" als Ausruf sowohl der Anerkennung als auch der Freude bzw. als Bezeichnung für einen

grossen Erfolg erkannt werde. Dies ergebe sich aus einsprachigen deutschen, italienischen und englischen Wörterbüchern, welche "WOW" als feststehenden Begriff auch ohne Ausrufezeichen aufführten.

Tatsächlich führen einige Wörterbücher „wow“ ohne Ausrufezeichen auf (vgl. DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, a.a.O., S. 1949; LO ZINGARELLI, Bologna 2004, S. 2044; DUDEN, Das Fremdwörterbuch, a.a.O., S. 1044; LANGENSCHEIDT Handwörterbuch Englisch, Berlin / München / Wien / Zürich / New York 2005, S. 684), einige mit Ausrufezeichen (WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, München 2002, S. 1409; DUDEN, Die deutsche Rechtschreibung, Mannheim / Leipzig / Wien / Zürich 2006, S. 1129). Hinsichtlich des Sinngehalts unterscheiden die genannten Wörterbücher indessen nicht zwischen „wow“ mit und „wow“ ohne Ausrufezeichen. Es ist und bleibt ein Ausruf der Bewunderung, Freude oder Überraschung. Insofern kann der Schluss gezogen werden, dass sich mit einem Ausrufezeichen nach „wow“ zwar – darin ist der Beschwerdeführerin Recht zu geben – die Betonung, nicht aber die Bedeutung ändert.

5.
Weiter ist zu prüfen, ob das Zeichen "WOW" im Sinne eines Ausrufs der Bewunderung, Freude oder Überraschung wie „toll!“ oder „super!“ für die beanspruchten „Dienstleistungen eines Optikers“ (Klasse 44) beschreibend ist.

5.1 In der angefochtenen Verfügung führte die Vorinstanz aus, wenn Dienstleistungen eines Optikers mit dem Schlagwort "WOW" versehen seien, erkenne der Abnehmer dieses als berühmende Angabe bezüglich der Qualität der Dienstleistungen. Der Abnehmer verstehe "WOW" nur als Hinweis dafür, dass der Erbringer der mit "WOW" bezeichneten Dienstleistungen derart gute Arbeit leiste bzw. die angebotenen Dienstleistungen von solch hoher Qualität seien, dass sie einen Ausruf der Anerkennung respektive einen Ausruf der Freude wert seien bzw. einen grossen Erfolg darstellten. Das Zeichen gebe keine Auskunft darüber, worin diese besondere Qualität der Dienstleistung bestehe. Aber die allgemeine Aussage über die Dienstleistung, die entstehe, wenn man sie mit einem Ausruf der Anerkennung, einem Ausruf der Freude resp. einem Synonym für grossen Erfolg anpreise, sei von allgemeiner qualitativer Natur.

Insofern sei das Zeichen durchaus vergleichbar mit allgemeinen Qualitätsangaben wie „prima“ oder „top“.

Diesbezüglich kritisiert die Beschwerdeführerin, selbst wenn man mit der Vorinstanz davon ausgehen wollte, die Buchstabenfolge "WOW" drücke ein Gefühl der Anerkennung, der Freude, des Staunens und / oder der Überraschung aus, läge kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den „Dienstleistungen eines Optikers“ und "WOW" vor, der es rechtfertigen würde, dem Zeichen den Markenschutz zu verweigern: Keine der doch recht unterschiedlichen Gefühlsregungen „Anerkennung“, „Freude“, „Staunen“ und „Überraschung“ beschreibe in direkter Art die fraglichen Dienstleistungen eines Optikers. Das Zeichen wecke lediglich Gedankenassoziationen, die nur entfernt auf die beanspruchten Dienstleistungen hindeuteten.

5.2 Grundsätzlich sind Unterscheidungskraft und Freihaltebedürfnis stets in Bezug auf die zu kennzeichnenden Waren und Dienstleistungen zu prüfen. Der Grundsatz der produktbezogenen Prüfung der absoluten Ausschlussgründe und damit auch der produktbezogenen Prüfung des Freihaltebedürfnisses findet indessen seine Schranke bei Ausdrücken des allgemeinen Sprachgebrauchs, allgemeinen Qualitätshinweisen sowie reklamehaften Anpreisungen, die in allgemeiner Weise auf Dienstleistungen irgendwelcher Art angewendet werden können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1580/2008 vom 19. Mai 2009 E. 2.5 – A-Z, mit zahlreichen Verweisen, unter anderem auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 6.3 – we make ideas work).

Zu den vom Markenschutz ausgenommenen Qualitätsangaben und reklamehaften Anpreisungen gehören Ausdrücke wie „prima“, „gut“, „fein“, „extra“, „beau“, „belle“ und „super“ (WILLI, a.a.O., Art. 2, N. 80, mit Verweis auf BGE 100 Ib 250 E. 1 – Sibel, und BGE 95 II 461 E. II.2 – Parisiennes / Stella).

5.3 Der Ausdruck "WOW" kann auf Dienstleistungen irgendwelcher Art angewendet werden, um ein qualitativ hervorragendes oder innovatives Angebot anzupreisen, welches vorgibt, beim Abnehmer einen Ausruf der Bewunderung, Freude oder Überraschung hervorzurufen. Die Vorinstanz hat diese Wirkung treffend mit „Wow-Effekt“ beschrieben und ausserdem belegt, dass „Wow-Effekte“ von Produkten und Dienstleistungen aller Art (z.B. Absaugsysteme, Stretch-Limousinen-Service, Eventtechnik, herausragender Service im

Schuhverkauf, Cheerleading, Computer, Restaurant [Beilagen 7 – 13 zur angefochtenen Verfügung]) ausgelöst werden können. Auch bei Optiker-Dienstleistungen ist vorstellbar, dass sie einen „Wow“-Effekt auslösen, wenn beispielsweise Brillen in unüblich schneller Zeit angefertigt, die Sehschärfe mittels neuer Technik gemessen oder spezielle Garantiedienstleistungen angeboten werden.

Damit ist erstellt, dass "WOW" zu den reklamehaften Anpreisungen gehört, die in allgemeiner Weise auf Dienstleistungen irgendwelcher Art, unter anderem auf die beanspruchten „Dienstleistungen eines Optikers“ (Klasse 44), angewendet werden können. Der Ausdruck "WOW" muss daher allen Gewerbetreibenden zur Verfügung stehen und ist insofern auf Grund seiner Freihaltebedürftigkeit dem Gemeingut (Art. 2 Bst. a MSchG) zuzurechnen (vgl. EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Basel 2009, N. 311).

6.

Im Weiteren weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass "WOW" in der EU für „optometrische Dienstleistungen“ (Klasse 44) als Gemeinschaftsmarke (Nr. 006882691) eingetragen worden ist.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt ausländischen Entscheidungen bei der Beurteilung des beschreibenden Charakters grundsätzlich keine präjudizierende Wirkung zu. Es ist auch kein Grenzfall zu beurteilen, der eine Berücksichtigung einer ausländischen Praxis unter Umständen rechtfertigen könnte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 – Firemaster; BGE 129 III 229 E. 5.5 – Masterpiece I; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6910/2007 vom 25. Februar 2008 E. 8 – 2LIGHT; WILLI, a.a.O., Art. 2, N. 9). Bei dem von der Beschwerdeführerin zum Vergleich angerufenen identischen Zeichen, welches in der EU eingetragen worden ist, handelt es sich um eine Eintragung, die in einer Staatengemeinschaft erfolgte, für die Englisch – im Gegensatz zur Schweiz – als Amtssprache gilt und in denen die massgebenden Verkehrskreise deshalb über eine grössere Sprachkompetenz verfügen und so allenfalls auch Mehrdeutigkeiten herauszuhören vermögen, die Markenfähigkeit indizieren könnten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 – Firemaster; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-653/2009 vom 14. April 2009 E. 6.1 – Express Advantage).

Die Beschwerdeführerin kann daher aus der Eintragung des Zeichens "WOW" im Ausland nichts zu ihren Gunsten ableiten.

7.
Schliesslich weist die Beschwerdeführerin auf die Voreintragungen CH-576'095 (wow-coaching), CH-433'863 (WOW!), IR-559'410 (WOW), IR-755'878 (WOW!), IR-774'503 (WOW), IR-855'436 (THE WOW FACTOR), CH-520'887 (WOW COSMETICS), CH-557'483 (WOW-Magazin) und CH-573'185 (WOW!-Coach) hin. Es sei rechtlich kaum begründbar, weshalb "WOW" für „Dienstleistungen eines Optikers“ anpreisend und freihaltebedürftig sei, nicht aber beispielsweise für „Transportwesen“ (Klasse 39, IR-774'503 – WOW) oder „Werbung“ (Klasse 35, IR-755'878 – WOW!) oder „Sportartikel“ (Klasse 28, IR-559'410 – WOW) oder etwa „Schuhe“ (Klasse 25, IR-755'878 – WOW!). Nachdem die Vorinstanz über viele Jahre hinweg WOW-Marken als schutzfähig und mithin als Zeichen mit konkreter Unterscheidungskraft beurteilt habe, und die meisten dieser Marken auch weiterhin markenrechtlich geschützt seien, müsse sie sich der berechtigten Frage, wie sie die Ungleichbehandlung des zur Beurteilung stehenden Zeichens "WOW" rechtfertigen wolle, stellen.

7.1 Nachdem feststeht, dass die Vorinstanz das Zeichen "WOW" bundesrechtskonform dem Gemeingut zugeordnet hat, kann mit der Rüge, das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV, SR 101) sei verletzt worden, nur noch die Gleichbehandlung im Unrecht verlangt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (Urteil des Bundesgerichts vom 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 – Firemaster, mit Verweis auf BGE 127 I 1 E. 3a; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-985/2009 vom 27. August 2009 E. 8.1 – Bioscience Accelerator, und B-7412/2006 vom 1. Oktober 2008 E. 10 – Afri-Cola).

7.2 Was die Voreintragungen CH-576'095 (wow-coaching), IR-855'436 (THE WOW FACTOR), CH-520'887 (WOW COSMETICS), CH-557'483 (WOW-Magazin) und CH-573'185 (WOW!-Coach) betrifft, wendet die Vorinstanz zu Recht ein, dass "WOW" nicht in Alleinstellung, sondern zusammen mit weiteren Zeichenbestandteilen verwendet wird. Da sich die genannten Zeichen hinsichtlich des Zeichenaufbaus von der an-

gemeldeten Marke unterscheiden, liegen keine vergleichbaren und damit relevanten Sachverhalte vor.

Bezüglich der Voreintragungen, welche lediglich aus dem Element "WOW" respektive "WOW!" bestehen (CH-433'863 [WOW!], IR-559'410 [WOW], IR-755'878 [WOW!] und IR-774'503 [WOW]) und insofern grundsätzlich mit dem hier strittigen Zeichen vergleichbar sind, erklärt die Vorinstanz, einerseits seien Marken älteren Datums für den Aspekt der Gleichbehandlung unbeachtlich, sofern sie nicht die aktuelle Eintragungspraxis widerspiegelten. Andererseits sei das vorliegende Zeichen nicht das erste, das seit den von der Beschwerdeführerin zitierten Voreintragungen gestützt auf das Zeichenelement "WOW" nicht zum Markenschutz zugelassen worden sei (IR-805'166 [Wow!] und zurückgewiesener Slogan „WOW! WHAT A PLACE!“). Das Institut habe die Absicht, das Schlagwort "WOW" respektive "WOW!" auch zukünftig als allgemeine Anpreisung zu qualifizieren. Demnach entspreche die Zurückweisung von "WOW" der aktuellen Praxis des Instituts.

Auf Grund dieser Äusserungen der Vorinstanz ist nicht davon auszugehen, dass sie gewillt ist, Markeneintragungsgesuche, die wie das vorliegend zu beurteilende Zeichen aus "WOW" (respektive "WOW!") bestehen, gutzuheissen. Damit sind die Voraussetzungen für den Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht nicht erfüllt.

8.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das für „Dienstleistungen eines Optikers“ (Klasse 44) beanspruchte Zeichen "WOW" (Gesuch Nr. 55'683/2008) Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG darstellt.

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

9.
Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht

[VGKE, SR 173.320.2]). Bei Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- angenommen werden darf (BGE 133 III 490 E. 3.3 – Turbinenfuss). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke.

Eine Parteientschädigung ist der unterliegenden Beschwerdeführerin nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. CH-55683/2008 WOW; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli Kathrin Bigler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 2. März 2010