

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



4A_483/2019

Urteil vom 6. Januar 2020

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Hohl, May Canellas,
Gerichtsschreiber Stähle.

Verfahrensbeteiligte
A._____ Limited,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Bundi,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE, Beschwerdegegner.

Gegenstand
Markenrecht,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 27. August 2019 (B-6389/2018).

Sachverhalt:

A.
Die A._____ Limited (Beschwerdeführerin) ist Inhaberin der internationalen Registrierungen Nr. 1'111'354 [beige-brauner Hund], Nr. 1'111'357 [Pelzfigur] und Nr. 1'111'359 [Elfe], die auf EU-Gemeinschaftsmarken basieren. Die Zeichen sehen wie folgt aus:
IR Nr. 1'111'354 (Farbanspruch "beige, marron, noir") :



IR Nr. 1'111'357 (Farbanspruch "marron") :



IR Nr. 1'111'359 (Farbanspruch "marron, orange, violet, gris, vert") :



Am 12. April 2012 notifierte die Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) diese Registrierungen für die Schutzausdehnung auf das Gebiet der Schweiz, unter anderem für Waren der Klasse 28. Gegen diese Schutzausdehnung erliess das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) am 28. März 2013 mit Bezug auf alle drei Registrierungen eine vorläufige Schutzverweigerung im Zusammenhang mit einem Teil der in Klasse 28 angemeldeten Waren. Das IGE beanstandete, dass die Zeichen in Bezug auf diese Waren zum Gemeingut gehörten. Mit Verfügungen vom 18. Oktober 2018 gewährte das IGE den beantragten Schutz für die Mehrheit der beanspruchten Waren und Dienstleistungen, verweigerte den internationalen Registrierungen Nr. 1'111'354 und Nr. 1'111'357 jedoch den Schutz für folgende Waren der Klasse 28:

"Figurines d'action; jouets pour la baignade; jouets d'action à piles; poupées conçues pour ressembler à des personnages de jeux informatiques; jouets fantaisie électroniques, à savoir jouets qui enregistrent, reproduisent, déforment ou manipulent électroniquement les voix et sons; jouets pour bébés; jouets gonflables; jouets mécaniques; jouets musicaux; articles pour fêtes sous forme de petits jouets; personnages de jeu en plastique; peluches; marionnettes; personnages de jeu en caoutchouc; jouets à presser; poupées parlantes; jouets parlants; jouets pour l'eau; jouets mécaniques."

Der internationalen Registrierung Nr. 1'111'359 verweigerte es den Schutz für folgende Waren der Klasse 28:

"Figurines d'action; jouets pour la baignade; jouets d'action à piles; poupées conçues pour ressembler à des personnages de jeux informatiques; jouets fantaisie électroniques, à savoir jouets qui enregistrent, reproduisent, déforment ou manipulent électroniquement les voix et sons; jouets pour bébés; jouets gonflables; jouets mécaniques; jouets musicaux; articles pour fêtes sous forme de petits jouets; personnages de jeu en plastique; peluches; marionnettes; personnages de jeu en caoutchouc; jouets à presser; poupées parlantes; jouets parlants; jouets mécaniques."

B.

Diese Verfügungen focht die A. _____ Limited beim Bundesverwaltungsgericht an. Dieses vereinigte die Verfahren. Mit Urteil vom 27. August 2019 hiess es die Beschwerde im die internationale Registrierung Nr. 1'111'357 [Pelzfigur] betreffenden Verfahren gut und hob die entsprechende Verfügung des IGE auf (Dispositiv-Ziffer 1). Die übrigen Beschwerden wies es ab (Dispositiv-Ziffer 2).

C.

Die A. _____ Limited verlangt mit Beschwerde in Zivilsachen, Dispositiv-Ziffer 2 des Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben. Das IGE sei anzuweisen, die internationalen Registrierungen Nr. 1'111'354 und Nr. 1'111'359 "für sämtliche Waren in der Klasse 28" zum Schutz in der Schweiz zuzulassen. Das IGE und das Bundesverwaltungsgericht beantragen die Abweisung der Beschwerde, das Bundesverwaltungsgericht unter Verzicht auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

In der vorliegenden Registersache ist nach Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG die Beschwerde in Zivilsachen das zulässige Rechtsmittel. Als Vorinstanz hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden (Art. 75 Abs. 1 BGG). Der Entscheid erging nicht im Rahmen des Widerspruchsverfahrens (Art. 73 BGG).

Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Begehren vor der Vorinstanz teilweise unterlegen und hat den gewünschten Markenschutz für ihre Zeichen IR Nr. 1'111'354 und IR Nr. 1'111'359 nicht erhalten, womit sie zur Beschwerde berechtigt ist (Art. 76 Abs. 1 lit. a und b BGG). Der angefochtene Entscheid schliesst das Verfahren betreffend die genannten internationalen Registrierungen ab und stellt demnach einen Endentscheid dar (Art. 90 BGG). Der für die Beschwerde in Zivilsachen erforderliche Streitwert ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; vgl. **BGE 133 III 490** E. 3).

2.

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, ansonsten darauf nicht eingetreten werden kann (**BGE 140 III 115** E. 2 S. 116; **134 II 244** E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist dabei, dass auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingegangen und im Einzelnen aufgezeigt wird, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (**BGE 140 III 115** E. 2 S. 116, 86 E. 2 S. 89).

Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das bedeutet, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (**BGE 135 III 232** E. 1.2 mit Hinweisen).

3.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe die Zeichen IR Nr. 1'111'354 und IR Nr. 1'111'359 für einen Teil der beanspruchten Waren zu Unrecht als Gemeingut qualifiziert.

3.1.

3.1.1. Art. 5 Abs. 1 des vorliegend anwendbaren Protokolls zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMP; SR 0.232.112.4) verweist bezüglich der zulässigen Gründe für eine Schutzverweigerung auf die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (PVÜ; SR 0.232.04). Nach Art. 6quinquies lit. B Ziff. 2 PVÜ ist eine Schutzverweigerung unter anderem in Fällen statthaft, in denen die Marke jeder Unterscheidungskraft entbehrt beziehungsweise als Gemeingut anzusehen ist. Diese zwischenstaatliche Regelung entspricht den in Art. 2 MSchG (SR 232.11) vorgesehenen Ablehnungsgründen, wonach namentlich Zeichen, die zum Gemeingut gehören (lit. a), vom Markenschutz ausgeschlossen sind (**BGE 143 III 127** E. 3.3.1 mit Hinweisen).

3.1.2. Die Gründe für den Schutzausschluss von Zeichen, die dem Gemeingut angehören (Art. 2 lit. a MSchG), liegen entweder im Freihaltebedürfnis oder in der fehlenden Unterscheidungskraft, wobei sich Überschneidungen ergeben können. Freihaltebedürftig sind Zeichen, auf deren Verwendung der Wirtschaftsverkehr angewiesen ist. Die Unterscheidungskraft geht Zeichen ab, die aufgrund ihres Erscheinungsbilds oder ihres sachlichen respektive beschreibenden Gehalts die markenspezifische Unterscheidungsfunktion nicht erfüllen können. Nicht schutzfähig sind demnach unter anderem Zeichen, denen in Bezug auf die konkret beanspruchten Produkte die Unterscheidungskraft fehlt, indem sie weder von Anfang an (originär) auf ein bestimmtes - wenn auch dem Publikum nicht unbedingt namentlich bekanntes - Unternehmen hinweisen, noch (derivativ) infolge ihrer Durchsetzung im Verkehr (**BGE 143 III 127** E. 3.3.2 S. 132 mit Hinweisen).

Ob ein Zeichen als Marke in Frage kommt, beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den es bei den massgebenden Adressaten in der Erinnerung hinterlässt. Es genügt daher, wenn der Marke als Ganzes (in Kombination aller Einzelelemente) Unterscheidungskraft zukommt beziehungsweise dem Verkehr nicht Freihaltebedürftig ist. Ob die massgebenden Adressaten ein Zeichen für die beanspruchten Produkte als Hinweis auf ein Unternehmen wahrnehmen, ist dabei vor dem Hintergrund der gesamten Umstände zu beurteilen. Als originär unterscheidungskräftig ist ein Zeichen schutzbar, wenn es aufgrund einer minimalen ursprünglichen Unterscheidungskraft geeignet ist, die mit ihr gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu individualisieren, und es dem Verbraucher dadurch ermöglicht, diese im allgemeinen Angebot gleichartiger Waren und Dienstleistungen wiederzuerkennen (**BGE 145 III 178** E. 2.3.1 S. 186 mit Hinweisen).

3.1.3. Das Bundesgericht prüft grundsätzlich als Rechtsfrage frei, wie der massgebende Adressatenkreis für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen ist und - bei Gütern des allgemeinen Bedarfs - wie die Adressaten aufgrund der erwarteten Aufmerksamkeit das Zeichen wahrnehmen (**BGE 145 III 178** E. 2.3.1 S. 186 f. mit Hinweisen).

3.2. Die Vorinstanz hielt einleitend fest, ein Zeichen, das sich in der Abbildung der gekennzeichneten Ware oder deren Verpackung erschöpfe, unterliege grundsätzlich denselben Eintragungsvoraussetzungen wie dreidimensionale Waren- und Verpackungsformen. Nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung reicht es - mit Blick darauf, dass die Form einer Ware oder Verpackung in erster Linie die Ware selbst und nicht deren betriebliche Herkunft identifiziert - zur Bejahung der Unterscheidungskraft nicht aus, dass sich ein Zeichen lediglich nach seiner gefälligen Gestaltung unterscheidet; vielmehr muss seine auffällige Eigenart auch als Herkunftshinweis taugen, was insbesondere bei grosser Gestaltungsvielfalt im beanspruchten Warenssegment regelmässig zu verneinen ist, sofern sich das als Marke beanspruchte Zeichen nicht deutlich von den üblicherweise verwendeten Formen abhebt (vgl. **BGE 137 III 403** E. 3.3.3 und 3.3.5 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin beanstandet diesen Beurteilungsmaßstab nicht.

3.3.

3.3.1. Das Zeichen IR Nr. 1'111'354 wird von der Vorinstanz beschrieben als "Figur in Form eines Hundes in aufrechter Haltung mit einem rundlichen Körper, seitlich ausgestreckten Armen, Hängeohren und beige-braunem Fell". Der Blick der Figur sei - so das Bundesverwaltungsgericht weiter - direkt auf den Betrachter gerichtet, der Gesichtsausdruck neutral. Der Kopf erscheine im Verhältnis zum Körper überproportional, was "teilweise auf die gewählte Perspektive zurückzuführen" sei.

3.3.2. Zur markenrechtlichen Unterscheidungskraft des Zeichens führte das Bundesverwaltungsgericht aus, Form- und Gestaltungsvielfalt seien im Spielzeubereich sehr gross, weshalb eine Gestaltung, die sich hinreichend vom Gewohnten abhebe, schwierig zu erreichen sei. Das Hundemotiv als solches als auch verschiedene (naturgetreue, fantasievoll abgewandelte oder vermenschlichte) Darstellungen von Hunden seien verbreitet. Auch die Ausstattung der Figur mit flauschigem Fell in beige-brauner Farbe, Hängeohren, rundlichen Körperformen sowie unrealistischen Proportionen unter Betonung von Kopf und Körpermitte sei üblich. Es handle sich um gängige Attribute von Spielzeugfiguren, da sie Niedlichkeit verliehen und einladend wirkten. Die Figur sei daher nicht hinreichend unterscheidungskräftig.

Einzig mit Bezug auf die Waren "*jouets pour la baignade, jouets pour l'eau, jouets gonflables, personnages de jeu en plastique, personnages de jeu en caoutchouc*" hebe sich die Figur durch ihre gestalterischen Details vom Üblichen ab, insbesondere da Badespielzeug vorwiegend mit glatten Oberflächen ohne Felltextur gestaltet sei. Da indes das Motiv eines Hundes im gesamten Spielzeubereich üblich und verbreitet sei, bestehe ohnehin ein Freihaltebedürfnis. Das IGE habe dem Zeichen folglich zu Recht den Markenschutz in der Schweiz für die in Frage stehenden Waren der Klasse 28 verweigert.

3.3.3. Die Beschwerdeführerin moniert, das IGE habe die Figur teilweise als Hund, teilweise als Katze qualifiziert. Bereits dies zeige, dass das Zeichen unterscheidungskräftig sei. Sodann meint sie, die Figur wirke entgegen den Vorinstanzen weder niedlich noch einladend, sondern fixiere den Betrachter "mit hypnotischem Blick, der nichts Gutes" verheisse. Gerade bei Tieren kündigten solche Augen Gefahr an. Dazu passend seien die Hände der Figur zum Zupacken geöffnet und die Beine sprungbereit. So entstehe ein Gesamteindruck von Aggression, der bei solchen Figuren unüblich und damit kennzeichnungsstark sei.

Weiter bestehe auch keine Freihaltebedürftigkeit. Das Bundesverwaltungsgericht habe diese mit dem "Motiv eines Hundes als beliebtes Haustier" begründet. Es gehe aber nicht um Motivschutz, sondern um den Schutz der konkreten Figur. Konkurrenten seien nicht auf genau diese Form und Nachbildung angewiesen.

3.4.

3.4.1. Das Zeichen IR Nr. 1'111'359 stellt nach dem Bundesverwaltungsgericht eine "geflügelte Frauenfigur" dar, die "mit ihren transparenten, insektenartigen Flügeln unschwer als Elfe zu erkennen" sei. Die Vorinstanz hielt weiter fest, die Figur "mit orangerotem Haar, grünen Augen und einem lila eingefärbten, blattförmigen Kleid" stehe "aufrecht mit seitlich wie zum Flug ausgestreckten Armen und direktem Blick auf den Betrachter".

3.4.2. Das Bundesverwaltungsgericht erwog sodann, die Märchengestalt einer Elfe beziehungsweise einer Fee sei ein im Spielzeubereich verbreitetes und folglich banales Motiv. Die Attribute, welche das hinterlegte Zeichen aufweise, stimmten mit traditionellen Elfendarstellungen überein. Auch das Gesicht mit der hohen Stirn, dem Stupsnäschen und den übergrossen Augen entspräche dem "Kindchenschema", das Niedlichkeit vermittele und im Spielzeubereich ständig aufgegriffen werde. Mangels hinreichender Unterscheidungskraft sei daher auch dieses Zeichen nicht schutzfähig.

3.4.3. Die Beschwerdeführerin rügt, es gebe notwendige Gestaltungselemente, um dem Betrachter deutlich zu machen, dass er eine Fee vor sich habe. Die Originalität des Zeichens sei nicht an solchen Elementen zu messen, sondern an Merkmalen, bei welchen Gestaltungsfreiheit herrsche. Namentlich das blattförmige und nach unten spitz zulaufende Kleid lasse das Zeichen deutlich von anderen Feendarstellungen unterscheiden. Hinzu kämen das "asymmetrische Gesicht" und die "verschwindend kleinen Füsse", welche dafür sorgten, dass sich die Figur im Gesamteindruck vom Üblichen abhebe. Anders, als die Vorinstanz meine, liessen auch die vom IGE zusammengetragenen Belege keinen anderen Schluss zu.

3.5.

3.5.1. Bei den von der Beschwerdeführerin beanspruchten Waren handelt es sich um Konsumgüter des alltäglichen Bedarfs, die sich regelmässig an die Endverbraucher in der Schweiz richten, an deren Aufmerksamkeit grundsätzlich keine übertriebene Anforderungen gestellt werden dürfen (**BGE 137 III 403** E. 3.3.6 S. 414; **134 III 547** E. 2.3.3 S. 552; **133 III 342** E. 4.1 S. 347). Zu Recht erwog indes die Vorinstanz, dass Spielzeugfiguren von Kindern sowie von Erwachsenen, die für Kinder sorgen, nachgefragt und genau betrachtet werden, wohingegen bei Partyartikeln und Badespielzeug, die auch von Erwachsenen verwendet werden, von einem breiten Adressatenkreis mit geringer Aufmerksamkeit ausgegangen werden kann.

3.5.2. Das Bundesverwaltungsgericht stützte sich für den Formenvergleich im Wesentlichen auf Spielzeugfiguren und stellte fest, dass in diesem Warenssegment eine grosse Gestaltungsvielfalt herrsche, was nicht bestritten werde. Die Beschwerdeführerin wendet sich auch vor Bundesgericht nicht substantiiert gegen diese Feststellung, macht aber geltend, die vom IGE hierfür zusammengetragenen Belege wiesen keinen Bezug und keine Ähnlichkeit zu den beanspruchten Zeichen auf. Dieser Einwand geht an der Sache vorbei: Entscheidend ist nämlich die Feststellung, dass die auf dem Markt vorhandenen Spielzeugfiguren sehr vielfältig gestaltet sind, und zwar in sämtlichen Warenbereichen, für welche die Vorinstanz den Zeichen die Schutzfähigkeit absprachen (siehe im Einzelnen Sachverhalt Bst. A.). Nicht nur ist der Variantenreichtum möglicher und der im Markt vorhandenen Gestaltungen vom IGE mit Unterlagen aus dem Internet dokumentiert worden, er ist darüber hinaus auch notorisch.

Ohnehin fehlt geht damit das Vorbringen der Beschwerdeführerin, das IGE habe für gewisse Waren - wie "Wasserspielzeuge, verformbares Spielzeug, sprechende Figuren, Plüschfiguren" - keine Belege zum Nachweis der Gestaltungsvielfalt beigebracht. Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung ein Zeichen bereits dann vom Markenschutz ausgeschlossen ist, wenn es sich nur für einen Teil der unter einen beanspruchten Oberbegriff fallenden Waren oder Dienstleistungen als unzulässig erweist (siehe Urteil 4A_618/2016 vom 20. Januar 2017 E. 4.3 mit Hinweisen). Die vom IGE im Internet ausfindig gemachten Figuren lassen sich jedenfalls teilweise unter die von der Beschwerdeführerin genannten Warenkategorien subsumieren.

3.5.3. Die Beschwerdeführerin nennt Elemente der beiden streitgegenständlichen Zeichen - wie der Blick des "Hundes" oder die Bekleidung und die Füsse der "Elfe" - und schliesst daraus, dass sich die Figuren "im Gesamteindruck vom Üblichen" unterscheiden. Damit dringt sie nicht durch: Erforderlich wäre, dass die Figuren vom Gewohnten und Erwarteten derart abweichen, dass sie als Herkunftshinweise verstanden werden (Erwägung 3.2). Dies ist nicht der Fall. Im Gegenteil reihen sie sich in die Fülle unterschiedlicher Spielzeugfiguren ein, die sich ihrerseits durch mannigfaltige Details und eine breite Palette unterschiedlicher Eigenschaften, Beschaffenheiten und Aufmachungen auszeichnen. Ob der mit dem Zeichen IR Nr. 1'111'354 dargestellte "Hund" niedlich wirkt (wie das Bundesverwaltungsgericht annimmt) oder einen Gesamteindruck von Aggression vermittelt (wie die Beschwerdeführerin vorträgt), ist ebenso wenig entscheidend wie der Umstand, dass das Kleid der mit dem Zeichen IR Nr. 1'111'359 abgebildeten "Elfe" blattförmig ist (was die Beschwerdeführerin in Abgrenzung zu anderen Spielzeugfiguren in Elfengestalt betont). Diese Merkmale werden vom Publikum vorliegend als ästhetische Stilelemente wahrgenommen. Sie erschöpfen sich darin, dem Zeichen (und der damit abgebildeten Ware) eine attraktive Gestaltung zu verleihen, ohne sie aber in ihrem Gesamteindruck hinreichend von anderen Gestaltungen abzuheben. Dies gilt auch für die von der Beschwerdeführerin betonte Asymmetrie des Gesichts, soweit diese auf der massgeblichen Abbildung überhaupt erkennbar ist (denn nur soweit darf sie zur Beurteilung der Unterscheidungskraft herangezogen werden; vgl. **BGE 137 III 403** E. 3.3.6 S. 414). Die Abnehmer von Spielzeugfiguren sind an die Diversität möglicher Gestaltungen - die teilweise durchaus auch exzentrisch anmuten können - gewöhnt. Umgekehrt erkannte die Vorinstanz zu Recht, dass die in Frage stehenden Abbildungen gängige Attribute von Spielzeugfiguren aufweisen, die im Spielzeubereich ständig aufgegriffen werden. Die Abnehmer nehmen die Zeichen als verfremdete Darstellung eines Hundes beziehungsweise einer Elfe, nicht aber als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen wahr, selbst wenn von einer erhöhten Aufmerksamkeit der angesprochenen Verkehrskreise ausgegangen wird. Der Umstand, dass die Figuren gefällig gestaltet sein mögen, schafft keine Kennzeichnungskraft. Diese ergibt sich auch nicht daraus, dass das IGE die "Hunde"-Figur "zuweilen" als Katze bezeichnet haben mag.

3.5.4. Nichts anderes gilt hinsichtlich der Waren "*jouets pour la baignade, jouets pour l'eau, jouets gonflables, personnages de jeu en plastique, personnages de jeu en caoutchouc*", für welche die Vorinstanz dem Zeichen IR Nr. 1'111'354 [beige-brauner Hund] die Unterscheidungskraft zusprach. Auch in diesen Warenssegmenten weisen Spielzeugfiguren eine grosse Formenvielfalt auf (Erwägung 3.5.2), in die sich die beanspruchte Gestaltung mühelos einfügt, zumal der Beurteilung gerade für diese Waren die Wahrnehmung eines durchschnittlich aufmerksamen Endverbrauchers zugrunde zu legen ist (Erwägung 3.5.1). Bereits das IGE wies in seiner Verfügung darauf hin, dass die hinterlegte Abbildung keine eindeutigen Rückschlüsse auf das Material zulässt und daher jedenfalls gängige Ausführungen aus festem und weichem Kunststoff oder Stoff abgedeckt würden. Die Vorinstanz bezeichnete die Textur des Zeichens zwar als "flauschig". Dies mag für Wasserspielsachen, aufblasbare Spielzeugfiguren und dergleichen eher überraschend sein, geht aber nicht über die Variationsbreite entsprechender Gestaltungen hinaus und führt folglich nicht dazu, dass sich das Zeichen kennzeichenkräftig vom Üblichen abheben würde. Ob am Zeichen IR Nr. 1'111'354 auch ein Freihaltebedürfnis besteht, worauf das Bundesverwaltungsgericht entscheidend abstellte, braucht unter diesen Umständen nicht beurteilt zu werden.

3.6. Der Vorinstanz ist somit keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen, wenn sie die Abbildungen für die in Frage stehenden Waren der Klasse 28 dem Gemeingut im Sinne von Art. 2 lit. a MSchG zugerechnet hat. Da auch eine Verkehrsdurchsetzung nicht geltend gemacht wurde, hat sie den internationalen Markenregistrierungen Nr. 1'111'354 und Nr. 1'111'359 den Schutz in der Schweiz insoweit zu Recht versagt.

4. Die Beschwerdeführerin kritisiert, das IGE habe das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) verletzt. Sie nennt verschiedene Zeichen, die zwischen 1997 und 2013 für Waren der Klasse 28 beziehungsweise für Spiele und Puppen im Markenregister eingetragen worden seien und mit den von ihr beanspruchten Gestaltungen vergleichbar seien. "Auch aus diesem Grund" seien ihre Zeichen zum Markenschutz zuzulassen. Es scheint fraglich, ob die Beschwerde in dieser Hinsicht den Begründungsanforderungen für Verfassungsprügen genügt (siehe Erwägung 2). Die Rüge verfängt aber bereits aus einem anderen Grund nicht: Nachdem sich ergeben hat, dass die Vorinstanz die Zeichen IR Nr. 1'111'354 und IR Nr. 1'111'359 bundesrechtskonform dem Gemeingut zugeordnet hat, kann mit Blick auf die Eintragung anderer Zeichen nur die Gleichbehandlung im Unrecht verlangt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts 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 (**BGE 139 II 49** E. 7.1; **136 I 65** E. 5.6 S. 78; Urteile 4A_136/2019 vom 15. Juli 2019 E. 3.3; 4A_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 3; 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3). Dass diese Voraussetzungen gegeben wären, wird nicht dargetan.

5. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gemäss Art. 66 Abs. 1 BGG der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (siehe Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.** Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
- 2.** Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
- 3.** Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Januar 2020

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Stähle