



Abteilung II
B-6389/2018

Urteil vom 27. August 2019

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiberin Agnieszka Taberska.

Parteien

Outfit7 Limited,
1st Floor Sackville House, 143-149 Fenchurch Street,
GB-EC3M 6BN London,
vertreten durch Dr. iur. Marco Bundi, Rechtsanwalt,
Meisser & Partners AG,
Schulstrasse 1, 7302 Landquart,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Internationale Registrierungen
Nr. 1'111'354 [beige-brauner Hund (fig.)],
Nr. 1'111'357 [Pelzfigur (fig.)],
Nr. 1'111'359 [Elfe (fig.)].

Sachverhalt:

A.

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der internationalen Registrierungen Nr. 1'111'354 [beige-brauner Hund], 1'111'357 [Pelzfigur] und 1'111'359 [Elfe], die auf EU-Gemeinschaftsmarken basieren.

IR 1'111'354 mit Farbanspruch "beige, marron, noir" sieht wie folgt aus:



IR 1'111'357 mit Farbanspruch "marron" hat folgendes Aussehen:



IR 1'111'359 mit Farbanspruch "marron, orange, violet, gris, vert" sieht wie folgt aus:



Die drei Bildmarken werden, soweit vorliegend interessierend, für folgende Waren in Klasse 28 beansprucht:

- 28: Figurines d'action; jeux pour salles de jeux électroniques; jeux vidéo électroniques de type pour salles de jeux électroniques; articles vestimentaires pour jouets; ballons de jeu; balles de jeu; jouets pour la baignade; jouets d'action à piles; jeux de table; bobsleighs; nécessaires pour faire des bulles de savon; cartes à jouer; décorations et ornements pour arbres de Noël; 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; commandes pour jeux informatiques; patins à glace; jouets pour bébés; jouets gonflables; patins à roulettes en ligne; jeux audiovisuels interactifs de poche avec écrans d'affichage à cristaux liquides autres que pour une utilisation avec des récepteurs de télévision; tournettes pour cerfs-volants; cerfs-volants; jouets mécaniques; jouets musicaux; jeux de société; articles pour fêtes sous forme de petits jouets; jeux pour fêtes; jeux de flipper; personnages de jeu en plastique; peluches; rembourrages de protection pour le sport; marionnettes; patins à roulettes; personnages de jeu en caoutchouc; planches à voile; jouets pour bacs à sable; planches à roulettes; bottines-patins; jeux d'adresse; skis; planches de snowboard; jouets à presser; machines de jeu autonomes avec sortie vidéo; planches pour le surf; balançoires; jeux de table; poupées parlantes; jouets parlants; coffres à jouets; masques de carnaval; boules à neige [jouets]; véhicules [jouets]; casques et casques d'écoute de réalité virtuelle à utiliser pour jouer à des jeux vidéo; jouets mécaniques; machines pour jeux d'argent.

IR 1'111'354 [Hund] und IR 1'111'357 [Pelzfigur] werden darüber hinaus für folgende Waren in derselben Klasse beansprucht:

jouets pour l'eau; machines de jeux vidéo pour particuliers à utiliser avec un écran d'affichage indépendant ou un moniteur.

Am 12. April 2012 notifierte die Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) der Vorinstanz die beantragte Schutzausdehnung auf die Schweiz. Die Vorinstanz erliess am 28. März 2013 mit Bezug auf alle drei Registrierungen eine vorläufige Schutzverweigerung im Zusammenhang mit einem Teil der in Klasse 28 angemeldeten Waren. Sie beanstandete, die Zeichen erschöpften sich in der Darstellung der Form der strittigen Waren, würden nicht als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden und gehörten zum Gemeingut.

B.

Die Beschwerdeführerin bestritt mit Stellungnahmen vom 28. August 2013 die vorgebrachten Schutzverweigerungsgründe und beantragte, die Registrierungen vollumfänglich zum Markenschutz zuzulassen. Aufgrund ihrer Gestaltungselemente wichen diese deutlich vom Gewohnten und Erwarteten ab und verfügten über Unterscheidungskraft. Mit Verweis auf andere, für Spielzeug in Klasse 28 eingetragene Bildmarken berief sie sich sodann auf den Grundsatz der Gleichbehandlung.

C.

Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 26. November 2013 und 30. August 2016 – nach einer vorübergehenden Sistierung des Verfahrens auf Antrag der Beschwerdeführerin – an der teilweisen Schutzverweigerung fest. Bei den Bildmarken handle es sich um naheliegende Wiedergaben der strittigen Waren. Die Warenformen wichen nicht genug vom üblichen Formenschatz im betroffenen Warenssegment ab, um als Herkunftshinweis verstanden zu werden. Einen Anspruch auf Gleichbehandlung verneinte sie.

D.

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2016 und 4. August 2017 ersuchte die Beschwerdeführerin um Erlass anfechtbarer Verfügungen.

E.

Mit Verfügungen vom 18. Oktober 2018 gewährte die Vorinstanz den internationalen Registrierungen den Schutz für die Mehrheit der beanspruchten Waren und Dienstleistungen, verweigerte den IR 1'111'354 [Hund] und 1'111'357 [Pelzfigur] jedoch den Schutz für folgende Waren in Klasse 28:

- 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 IR 1'111'359 [Elfe] verweigerte sie den Schutz für nahezu identische Waren in Klasse 28:

- 28: Figurines d'action; jouets pour la baignade; jouets d'action à piles; poupées conçues pour ressembler à des personnages de jeux informa-

tiques; 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.

Die Vorinstanz sprach den drei Zeichen die konkrete Unterscheidungskraft mit der Begründung ab, sie erschöpften sich in einer grafisch üblichen und banalen Darstellung von Warenformen, die angesichts des grossen Formenschatzes im betroffenen Warenbereich weder unerwartet noch überraschend oder originell seien. Sowohl die gewählten Motive einer verfremdeten Tierfigur bzw. Elfe als auch die gewählten Gestaltungsmittel in der Art einer computergenerierten Grafik seien banal. Folglich würden die Zeichen nicht als betrieblicher Herkunftshinweis erkannt. Aus den zitierten Voreintragen lasse sich mangels Aktualität und Vergleichbarkeit kein Anspruch auf Eintragung gestützt auf die Gleichbehandlungspflicht ableiten.

F.

Mit Beschwerden vom 9. November 2018 gelangte die Beschwerdeführerin an das Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-6391/2018, B-6389/2018 und B-6393/2018). Sie beantragte, Ziffern 1 der Verfügungen der Vorinstanz vom 18. Oktober 2018 betreffend die teilweise Schutzverweigerung der drei internationalen Registrierungen aufzuheben und die Marken vollumfänglich zum Schutz in der Schweiz zuzulassen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Zur Begründung führte sie aus, die Zeichen verfügten aufgrund ihrer gestalterischen Merkmale und charakteristischen Einzelheiten, selbst unter Berücksichtigung der grossen Formenvielfalt auf dem Spielzeugmarkt, über Unterscheidungskraft. Sie bemängelte die von der Vorinstanz durchgeführte Recherche des Formenschatzes als wenig aussagekräftig, nicht mit den hinterlegten Zeichen vergleichbar und zudem nicht auf den Schweizer Markt bezogen. Sodann berief sie sich unter Verweis auf eigene und dritte Markeneintragen auf den Grundsatz der Gleichbehandlung.

G.

Die drei Beschwerdeverfahren wurden mit Verfügung vom 13. November 2018 unter der Geschäftsnummer B-6389/2018 vereinigt.

H.

Mit Vernehmlassung vom 4. Februar 2019 beantragt die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Beschwerden, wobei sie auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung verwies und ihre Argumente bekräftigte.

I.

Eine mündliche Verhandlung wurde nicht durchgeführt.

J.

Auf die weiteren Vorbringen ist, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Als Markenanmelderin und Adressatin der angefochtenen Verfügungen ist die Beschwerdeführerin durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren 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), die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

2.

2.1 Zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich gelten das Protokoll vom 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (SR 0.232.112.4; MMP) sowie die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ, SR 0.232.04, in der in Stockholm am 14. Juli 1967 revidierten Fassung).

2.2 Nach Art. 5 Abs. 1 MMP i.V.m. Art. 6^{quinquies} lit. b Ziff. 2 PVÜ darf einer internationalen Registrierung der Schutz verweigert werden, wenn ihr jegliche Unterscheidungskraft fehlt oder sie "ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben zusammengesetzt [ist], die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, des

Ursprungsortes der Erzeugnisse oder der Zeit der Erzeugung dienen können, oder die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten des Landes, in dem der Schutz beansprucht wird, üblich sind." Dieser zwischenstaatlichen Regelung entspricht Art. 2 Bst. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11), wonach Zeichen, die Gemeingut sind, vom Markenschutz ausgeschlossen sind, sofern sie sich nicht im Verkehr als Marke für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben. Lehre und Praxis zu dieser Norm können somit herangezogen werden (Urteile des BGer 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 2 "Gipfeltreffen"; 4A_330/2009 vom 3. September 2009 E. 2.3.1 "Magnum").

3.

3.1 Zum Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG zählen Zeichen, welchen die zur Individualisierung der Ware oder Dienstleistung erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, und solche, die mit Blick auf einen funktionierenden Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind (BGE 139 III 176 E. 2 "You"; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, N. 247). Die Freihaltebedürftigkeit beurteilt sich nach dem Bedürfnis der Konkurrenten an der Verwendung des Zeichens für entsprechende Waren oder Dienstleistungen, während bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft auf das Verständnis der Abnehmer abzustellen ist (BGE 139 III 176 E. 2 "You"; Urteil des BVGer B-3549/2013 vom 8. Oktober 2014 E. 4 "Palace [fig.]"; MARBACH, a.a.O., N. 181).

3.2 Erschöpft sich ein Zeichen in der Abbildung der gekennzeichneten Ware oder deren Verpackung, ohne dass eine ungewöhnliche Bildperspektive, stilisierte Darstellung oder andere besondere Wiedergabe es unterscheidungskräftig individualisiert, unterliegt es denselben Voraussetzungen wie jene dreidimensionalen Marken, die in der Form der angebotenen Ware oder Verpackung selbst bestehen (sog. "Formmarken"; vgl. Urteile des BVGer B-6201/2017 vom 16. November 2018 E. 2.2 "1800 Cristallino [fig.]"; B-1722/2016 vom 28. März 2018 E. 3.2 "emballage [fig.]" m.w.H.). Ein betrieblicher Herkunftshinweis wird in der Warenbildmarke erst erkannt, wenn diese über funktionale oder ästhetische Aspekte der gezeigten Warenform hinausgeht. Als Gemeingut gelten vor allem einfache geometrische Grundelemente und Formen, die weder in ihren Einzelheiten noch in Kombination vom Erwarteten und Gewohnten abweichen und daher mangels Originalität im Gedächtnis der Abnehmer nicht haften bleiben

(BGE 133 III 345 E. 3.1 "Verpackungsbehälter"; Urteil des BVGer B-227/2018 vom 8. Mai 2019 E. 2.1 "Ovale Dose [3D]"). Damit die Form der Ware oder Verpackung für sich als Herkunftshinweis verstanden werden kann, muss sie sich von sämtlichen im beanspruchten Segment im Zeitpunkt des Entscheids über die Eintragung im Markenregister üblichen Formen auffällig unterscheiden, was bei einer grossen Formenvielfalt schwieriger zu erreichen ist (vgl. BGE 137 III 403 E. 3.3.5 "Wellenverpackung"; Urteile des BVGer B-227/2018 E. 2.3 "Ovale Dose [3D]"; B-1722/2016 E. 5.2 "emballage [fig.]").

3.3 Im Bereich des Gemeinguts sind Grenzfälle einzutragen und ist die endgültige Entscheidung dem Zivilrichter zu überlassen (Urteil des BVGer B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 4.2 "Mobility"; BGE 129 III 225 E. 5.3 "Masterpiece").

4.

Vorab sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen. Kinderspielzeug, Puppen und Spielfiguren, auch mechanischer, elektronischer bzw. virtueller Art, richten sich an Kinder und Erwachsene, die für diese sorgen. Sie werden genau betrachtet. Demgegenüber ist bei Partyartikeln und Badespielen, die neben Kindern auch von Erwachsenen verwendet werden, von einem breiten Adressatenkreis mit geringer Aufmerksamkeit auszugehen (vgl. Urteil des BVGer B-1920/2014 vom 1. September 2015 E. 4 "Nilpferd [fig.]").

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die von der Vorinstanz durchgeführte Abklärung des Formenschatzes beziehe sich nicht auf die Schweiz und zeige Waren und Tierfiguren, die nicht mit den strittigen Zeichen zusammenhängen. Die Belege seien deshalb nicht zu berücksichtigen. Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, zur Beurteilung der Formvielfalt auf dem schweizerischen Markt liessen sich auch ausländische Webseiten heranziehen, da Schweizer Konsumenten bei ausländischen Online-Shops bestellten.

5.2 Soweit sich die Vorinstanz auf datierte Google-Recherchen und Screenshots aus dem Angebot von Spielzeuganbietern stützt, die auch den Schweizer Markt beliefern, sind ihre Belege nicht zu beanstanden. Daneben finden sich aber auch undatierte Zusammenstellungen von Abbildungen unbekannten Ursprungs in den Akten, die von Vorinstanz mit Obertiteln "Material", "Farbe", "Ausdruck" u.ä. versehen wurden. Mit Bezug auf die

Formen- und Gestaltungsvielfalt von Waren auf dem Schweizer Markt haben letztere keine Beweiskraft. Im Übrigen kann auf die ständige Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zu Internetrecherchen verwiesen und daran erinnert werden, dass der Nachweis der Kenntnisnahme durch das Schweizer Publikum der Vorinstanz obliegt (Urteile des BVGer B-181/2007 vom 21. Juni 2007 E. 4.4 "Vuvuzela"; B-5484/2013 vom 22. Juli 2014 E. 4 "Companion"; B-6219/2013 vom 27. April 2016 E. 5.2.3 "Rote Damenschuhsohle"; B-227/2018 E. 5.3.1 "Ovale Dose [3D]"; B-1920/2014 vom 1. September 2015 E. 5.3 "Nilpferd [fig.]"; B-6304/2016 vom 24. Juli 2018 E. 5.3.3 "Apple").

6.

6.1 Die Vorinstanz spricht den drei Registrierungen die Unterscheidungskraft mit der Begründung ab, sie erschöpften sich in einer grafisch üblichen und banalen Darstellung von Warenformen, die angesichts der grossen Formenvielfalt im Bereich der Spielzeugfiguren und Puppen in Klasse 28 weder unerwartet noch überraschend oder originell seien. Daran ändere nichts, dass sich die abgebildeten Figuren von realen Lebewesen unterscheiden bzw. in verfremdeter Weise dargestellt seien, da im Spielzeugbereich nicht nur naturalistisch gehaltene Lebewesen und Personen, sondern auch Fabelwesen, Märchenfiguren und fantasievolle Nachbildungen wirklicher Tiere üblich seien. Die gewählten Motive seien daher banal. Auch die gewählten Gestaltungsmittel – unrealistische Proportionen, am Kindchenschema orientierte, übergrosse Köpfe und Augen, aufrechte Körperhaltung – verliehen den Zeichen keine Unterscheidungskraft, sondern seien gängige Attribute von Spielzeugfiguren. Auch die grafische Ausgestaltung in der Art eines computergenerierten Bildes hebe sich nicht genügend von banalen bildlichen Darstellungen mit dreidimensionaler Wirkung ab.

Der Beschwerdeführerin zufolge verfügen die streitgegenständlichen Registrierungen über Unterscheidungskraft im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren. Sie bestreitet nicht, dass auf dem Spielzeugfigurenmarkt eine grosse Formenvielfalt herrscht, doch ist sie der Ansicht, die drei hinterlegten Zeichen verfügten aufgrund ihrer gestalterischer Einzelheiten und der Verbindung von Material, Farbe, Ausdruck und Körpersprache über eine ungewohnte und unerwartete Form gegenüber den Vergleichsbeispielen, die von der Vorinstanz zusammengetragen worden seien. Ein Freihaltebedürfnis bestehe mit Bezug auf keine der drei Marken, da die Konkurrenz nicht darauf angewiesen sei, die gleichen Gestaltungsmerkmale zu verwenden.

6.2 IR 1'111'354 zeigt eine Figur in Form eines Hundes in aufrechter Haltung mit einem rundlichen Körper, seitlich ausgestreckten Armen, Hängeohren und beige-braunem Fell. Der Blick der Figur ist direkt auf den Betrachter gerichtet, der Gesichtsausdruck neutral. Der Kopf erscheint im Verhältnis zum Körper überproportional, was teilweise auf die gewählte Perspektive zurückzuführen ist.

Die Belege der Vorinstanz zeigen, dass das Hundemotiv im Spielzeugbereich weit verbreitet ist. Ist das Motiv an sich banal, könnte das Zeichen einzig aus seinen Gestaltungsmerkmalen Unterscheidungskraft ziehen. Indessen ist die Form- und Gestaltungsvielfalt im Spielzeugbereich sehr gross und eine Gestaltung, die sich hinreichend vom Gewohnten abhebt, entsprechend schwierig zu erreichen. Naturgetreue, fantasievoll abgewandelte und vermenschlichte Darstellungen von Hunden sind gleichermassen verbreitet. Neben Hunden in liegender und sitzender Haltung werden auch Hundefiguren in aufrechter Haltung angeboten, sodass weder die Körperhaltung noch der – im Übrigen neutrale – Gesichtsausdruck der Figur Originalität verleiht. Üblich sind auch das flauschige, an einen Teddybär erinnernde Fell in beige-brauner Farbe sowie Hängeohren, rundliche Körperformen und unrealistische Proportionen unter Betonung von Kopf und Körpermitte. Es handelt sich um gängige Attribute von Spielzeugfiguren, denn sie verleihen Niedlichkeit und wirken einladend. Was den Schattenwurf unter dem Kopf angeht, so ist er auf die gewählte dreidimensionale Darstellung zurückzuführen, fügt dem Zeichen aber kein unterscheidungskräftiges Merkmal hinzu. Insgesamt hebt sich die streitgegenständliche Figur nicht hinreichend vom Gewohnten und Erwarteten ab, um als betrieblicher Herkunftshinweis erkannt zu werden. Vielmehr werden die Verkehrskreise in ihr eine Verkörperung der Ware selbst sehen.

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* hebt sich die hinterlegte Figur durch ihre gestalterischen Details vom Üblichen ab. Die von der Vorinstanz zusammengetragenen Beispiele für Badespielzeug zeigen vorwiegend Wassertiere mit glatten Oberflächen ohne (dreidimensionale oder zweidimensional angebrachte) Felltextur, stark reduzierte, abgerundete Körperformen, die sich gut zum Festhalten eignen, und grob gezeichnete Gesichter. Für Spielzeug aus Plastik und Gummi fehlen Belege, doch liegt es auf der Hand, dass die Nachbildung von Fell aus diesen Materialien nicht möglich ist. Mit Bezug auf diese Waren verfügt das Zeichen über Unterscheidungskraft. Indessen

ist das Motiv eines Hundes als beliebtes Haustier im gesamten Spielzeubereich derart üblich und verbreitet, dass dem Zeichen die Eintragung mit Bezug auf jene Waren wegen Freihaltebedürfnisses zu verweigern ist.

Zurecht hat die Vorinstanz somit der IR 1'111'354 den Markenschutz in der Schweiz für die strittigen Waren in Klasse 28 verweigert.

6.3 IR 1'111'359 bildet eine geflügelte Frauenfigur ab, die mit ihren transparenten, insektenartigen Flügeln unschwer als Elfe zu erkennen ist. Die Figur mit orangerotem Haar, grünen Augen und einem lila eingefärbten, blattförmigen Kleid steht aufrecht mit seitlich wie zum Flug ausgestreckten Armen und direktem Blick auf den Betrachter. Die Vorinstanz hält hierzu fest, die Märchenfigur einer Elfe bzw. Fee sei besonders bei kleinen Mädchen beliebt. Es handle sich um ein im Spielzeubereich verbreitetes und folglich banales Motiv. Die von ihr angeführten Belege stützen diese Auffassung. Weibliche Fantasiewesen und Spielfiguren werden durchgehend mit ähnlichen Attributen dargestellt, nämlich einem klischierten Frauenkörper mit übertrieben schmalen Taillen, langen Beinen und winzigen Füßchen. Grüne Augen, rötliches Haar, durchscheinende Flügel und blätterartige Gewänder entsprechen traditionellen Elfendarstellungen. Damit hebt sich das streitgegenständliche Zeichen weder durch sein Motiv noch die gewählten Gestaltungsmerkmale von den üblichen Formen und Gestaltungen der betroffenen Waren in Klasse 28 ab. Daran ändert auch die aufrechte Körperhaltung mit den zum Flug ausgestreckten Armen nichts, handelt es sich doch um ein geflügeltes Fantasiewesen. Der Beschwerdeführer kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie auf die Einmaligkeit der unsymmetrischen Gesichtshälften der abgebildeten Figur verweist. Vielmehr entspricht das Gesicht mit der hohen Stirn, dem Stupsnäschen und den übergrossen Augen dem Kindchenschema, das Niedlichkeit vermittelt und im Spielzeubereich ständig aufgegriffen wird.

Im Ergebnis wird das Zeichen nicht als betrieblicher Herkunftshinweis erkannt und ist von der Vorinstanz für die strittigen Waren in Klasse 28 zurecht vom Markenschutz ausgenommen worden.

6.4 Die mit "Pelzfigur" rubrizierte IR 1'111'357 zeigt eine tierähnliche, aufrecht stehende Fantasiefigur, deren Rücken mit einem zerzausten Pelz bedeckt ist. Im Verhältnis zum Körper mit dem rundlichen Bäuchlein sind Kopf und Augen überproportional gross, die Beine und Arme mit den kleinen Händchen hingegen sehr kurz. Der seitwärts gewandte Blick aus traurigen

Augen erweckt in Kombination mit den herabhängenden Mundwinkeln einen betrübten, hilflosen Eindruck.

Die Vorinstanz hält hierzu fest, die Figur unterscheide sich zwar von einem wirklichen Igel, habe aber grosse Ähnlichkeit zu Spielzeug in Igelform. Entsprechend hat sie die fehlende Unterscheidungskraft des streitgegenständlichen Zeichens mit Abbildungen von Spielzeug-Igeln begründet, die ihrer Meinung nach vergleichbar sind. Diese zeigen indessen, wie die Beschwerdeführerin zurecht moniert, zusammengerollte oder liegende Tierfiguren mit einem graubraun melierten, an Stacheln erinnernden Fell, die im Gegensatz zu der hinterlegten Figur auf den ersten Blick als Igel erkennbar sind. Die Tiere unterscheiden sich durch ihren fröhlichen, gutmütigen oder zumindest neutralen Gesichtsausdruck zudem deutlich von dem bemitleidenswerten Ausdruck der hinterlegten Figur, der durch das schwer herabhängende Fell, das nackte Bäuchlein, die resignierte Körperhaltung und die dunklen, gedeckten Farben noch verstärkt wird. Die gewählten Gestaltungsmerkmale sind für Kinderspielzeug unerwartet düster und verleihen dem Zeichen, selbst unter Berücksichtigung der grossen Form- und Gestaltungsvielfalt auf dem Spielzeugmarkt, Originalität. Es verfügt daher über Unterscheidungskraft.

Mit Bezug auf IR 1'111'357 ist die Beschwerde somit hinsichtlich sämtlicher strittiger Waren in Klasse 28 gutzuheissen und das Zeichen zum Markenschutz zuzulassen.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin macht mit Verweis auf ältere Markeneintragen in Klasse 28 einen Anspruch auf Zulassung ihrer Zeichen zum Markenschutz gestützt auf den Gleichbehandlungsgrundsatz geltend. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (Art. 8 BV) wird nur ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und diese zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (Urteil des BGer 4A_250/2009 vom 10. September 2009 E. 4 "Unox [fig.]"; Urteile des BVGer B-2894/2014 vom 13. Mai 2016 E. 6.1 "Taschenlampe"; B-227/2018 E. 6.1 "Ovale Dose [3D]").

7.2 Die mit Bezug auf IR 1'111'359 [Elfe] von der Beschwerdeführerin zitierten Marken P-451'461 (1997), P-538'979 (2003), P-538'970 und weitere (2003), IR 1'033'709 (2011) und CH 597'526 (2010) wurden vor über

8 Jahren eingetragen und spiegeln nicht die aktuelle Eintragungspraxis der Vorinstanz. CH 544'867 (2013) zeigt eine Elfe, die aufgrund ihrer zweidimensionalen Ausgestaltung nicht mit dem streitgegenständlichen, dreidimensional dargestellten Zeichen vergleichbar ist. Zudem vermag eine einzelne Voreintragung keinen Anspruch auf Gleichbehandlung zu begründen.

Hinsichtlich IR 1'111'354 [Hund] verweist die Beschwerdeführerin auf die Bildmarken P-468'473 (2000), P-468'474 (2000), CH 565'992 (2008), CH 602'845 (2010), IR 497'365 (1986), IR 532'940 (1989), IR 862'961 (2005), CH 545'209 (2005), IR 958'028 (2006) und CH 553'554 (2007), die jedoch mangels Aktualität nicht als Vergleichsbasis dienen können.

Die Bildmarke CH 638'166 aus dem Jahr 2012 zeigt ein Gürteltier im Fussballtrikot. CH 694'168, im Jahr 2016 zugelassen, einen Wolf, ebenfalls in Fussballkleidung. Beide Motive sind eher ungewöhnlich und nicht mit dem strittigen Zeichen vergleichbar. Die Bildmarke CH 650'161 aus dem Jahr 2013 zeigt zwar einen aufrecht stehenden Hund, doch weicht dieser durch seine zweidimensionale Ausgestaltung vom strittigen Zeichen ab.

Damit kann die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Gleichbehandlung geltend machen.

8.

Die Beschwerdeführerin verweist schliesslich auf die Eintragung ihrer Registrierungen als EU-Gemeinschaftsmarken (Nr. 010227486, 010227403). Massgeblich für die absoluten Ausschlussgründe sind jedoch einzig die Verhältnisse in der Schweiz. Ausländischen Eintragungsentscheiden kommt grundsätzlich keine Präjudizwirkung zu (BGE 129 III 225 E. 5.5 "Masterpiece"; Urteil des BVGer B-2418/2014 vom 17. Februar 2016 E. 5.5.2 "bouton [fig.]"). In Grenzfällen sind sie unter Umständen als Indiz für die Eintragungsfähigkeit zu werten (Urteil des BGer 4A_261/2010 vom 5. Oktober 2010 E. 4.1 "V" [fig.]). Vorliegend ist die Rechtslage aber eindeutig und liegt kein Grenzfall vor. Daran ändert, entgegen Ansicht der Beschwerdeführerin, auch die Länge des 2013 begonnenen und zwischenzeitlich sistierten Verfahrens nichts, zumal sie selbst bei der Vorinstanz um Sistierung des Verfahrens mit Blick auf das inzwischen abgeschlossene Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht, B-1920/2014 "Nilpferd (fig.)", ersucht hat.

9.

Zusammenfassend ist die Beschwerde der Beschwerdeführerin betreffend IR 1'111'357 [Pelzfigur] gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, die Registrierung für sämtliche Waren in Klasse 28 zum Markenschutz in der Schweiz zuzulassen. Mit Bezug auf IR 1'111'359 [Elfe] und IR 1'111'354 [Hund] sind die Beschwerden abzuweisen.

10.

10.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin zu einem Drittel. Die Verfahrenskosten sind ihr im entsprechenden Umfang zu ermässigen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist 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 73.320.2]). Bei Streitigkeiten betreffend Markeneintragungen sind Vermögensinteressen betroffen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich in erster Linie nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwerts 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 wird (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinefuss [3D]"). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das vorliegende Verfahren auszugehen. Die Kosten des vereinigten Beschwerdeverfahrens sind mit Fr. 4'000.– zu beziffern. Der auf die Beschwerdeführerin entfallende Anteil von Fr. 2'667.– wird dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'333.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu erstatten.

10.2 Der im Verfahren B-6391/2018 obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Mangels Kostennote ist die Entschädigung anhand der Akten festzulegen (Art. 8 i.V.m. Art. 14 VGKE). Angesichts des Aufwands bei einfachem Schriftenwechsel erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (exkl. MWSt.) angemessen. Der Vorinstanz ist als Bundesbehörde keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde im Verfahren B-6391/2018 wird gutgeheissen. Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 18. Oktober 2018 betreffend die internationale Registrierung Nr. 1'111'357 wird aufgehoben und die Vorinstanz angewiesen, dieser in der Schweiz auch Schutz für folgende Waren zu gewähren:

- 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.

2.

Die Beschwerden in den Verfahren B-6389/2018 und B-6393/2018 werden abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden im Umfang von Fr. 2'667.– der Beschwerdeführerin auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– entnommen. Der Überschuss von Fr. 1'333.– wird der Beschwerdeführerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

4.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1'111'354, 1'111'357, 1'111'359; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Agnieszka Taberska

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 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 28. August 2019