



Urteil vom 23. Mai 2011

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler Schoch.

Parteien

Christian **Rohner**, Guggerstrasse 9, 8702 Zollikon,
vertreten durch Swissberg AG, Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Markengesuch Nr. 63982/2007 "Duft von gebrannten
Mandeln" (Geruchsmarke).

Sachverhalt:

A.

Am 10. Dezember 2007 wurde das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (Vorinstanz) um Eintragung einer Wortmarke (Gesuchs-Nr. 63982/2007) für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 41 und 42 ersucht.

Mit Beanstandung vom 21. April 2008 erklärte die Vorinstanz, das Zeichen gehöre zum Gemeingut und könne nicht als Marke geschützt werden.

Die damalige Anmelderin vertrat mit Stellungnahme vom 27. Oktober 2008 die Auffassung, das angemeldete Zeichen sei unterscheidungskräftig und nicht freihaltebedürftig.

Mit Schreiben vom 27. Januar 2009 hielt die Vorinstanz an ihrer Beanstandung fest.

Am 9. April 2009 teilte die ursprüngliche Anmelderin der Vorinstanz mit, die angemeldete Marke sei auf eine andere Firma, handelnd durch einen anderen Rechtsvertreter, übertragen worden.

Mit Eingabe vom 12. Mai 2009 änderte der Rechtsvertreter das erneut weiter übertragene Markeneintragungsgesuch Nr. 63982/2007. Neu ersuchte er um Eintragung einer auf ihn selbst lautenden Duftmarke, welche für folgende Waren und Dienstleistungen beansprucht wird:

Klasse 14: Edelmetalle und deren Legierungen sowie daraus hergestellte oder damit plattierte Waren, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Juwelierwaren, Schmuckwaren, Edelsteine; Uhren und Zeitmessinstrumente.

Klasse 28: Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Christbaumschmuck.

Klasse 35: Detailhandel mit Waren aller Art, insbesondere mit Schmuckwaren, Uhren, Spiele und Spielzeug.

Die Duftmarke wurde mittels eines "Rezepts zur Herstellung des Geruchs von gebrannten Mandeln in herkömmlicher Küche" unter Beigabe von Vanille, Zimt und Zucker beschrieben.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2009 wies die Vorinstanz den neuen Anmelder darauf hin, dass Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig sei. Ihres Erachtens ermächtige die Vollmacht der früheren Markeninhaberin an die Kanzlei ihres Rechtsvertreters diese nicht zum Erwerb der Marke. Der Rechtsvertreter habe daher eine Bestätigung der neuen Markeninhaberin einzureichen, aus welcher klar hervorgehe, dass er zu diesem Geschäft ermächtigt sei.

Der Rechtsvertreter erklärte mit Eingabe vom 18. Juni 2009, es entspreche den Interessen der neuen Markeninhaberin, dass die Marke auf ihn übertragen werde. Dies habe insbesondere auch taktische Gründe (Vertuschen des Gesuches). Die Vollmacht der neuen Markeninhaberin enthalte insbesondere auch die "Abgabe von Abstandserklärungen", d.h. er könne die Marke ohne Weiteres löschen lassen. Eventualiter beantragte der Rechtsvertreter die Umschreibung der Marke auf X._____, St. Moritz.

Am 14. August 2009 bestätigte die Vorinstanz dem Rechtsvertreter, dass sie das Markeneintragungsgesuch Nr. 63982/2007 geändert habe. Das neue Hinterlegungsdatum laute 12. Mai 2009, als Inhaberin sei X._____ vorgemerkt. In einem separaten Schreiben wies die Vorinstanz den Rechtsvertreter darauf hin, dass die im Markenhinterlegungsgesuch beschriebene Markendarstellung nicht geeignet sei, einen Duft objektiv und eindeutig wiederzugeben. Denn Mandeln, Vanille, Zimt und Zucker seien Naturprodukte, welche im Duft variieren könnten. Jede Küche rieche anders und beeinflusse damit auch den Duft nach Abschluss des Zubereitungsverfahrens von gebrannten Mandeln. Schliesslich werde der Karamelisierungsgrad und damit der Duft nicht eindeutig angegeben, da die Zubereitungszeit und die Kochtemperatur nur in relativen Angaben beschrieben würden.

Mit Schreiben vom 15. September 2009 überwies der Rechtsvertreter eine von X._____ unterzeichnete Vollmacht.

Am 17. Februar 2010 änderte die Inhaberin das angemeldete Zeichen und ersuchte um Eintragung der Geruchsmarke "Gebrannte Mandeln". Sie argumentierte, der Duft von gebrannten Mandeln werde im Markeneintragungsgesuch in Analogie zu einem Kochrezept dargestellt, da dieses es dem breiten Publikum ermögliche, die Zubereitung eines Gerichts leicht zugänglich, verständlich und dauerhaft festzuhalten respektive das Gericht und damit auch den Duft zu reproduzieren. Der

von der Vorinstanz beanstandeten ungenügenden Objektivität solle mit einer genaueren Definition der verwendeten Zutaten, der Umgebung und des Verfahrens begegnet werden:

Mit Schreiben vom 20. April 2010 wurde die Änderung der Vertreterschaft bekannt gegeben.

Am 31. Mai 2010 entschied die Vorinstanz, das Markeneintragungsgesuch Nr. 63982/2007 werde für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen zurückgewiesen. Zur Begründung führte die Vorinstanz zusammenfassend aus, mangels grafischer Darstellbarkeit erfülle der umschriebene Duft nicht die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 10 MSchV. Die Angabe eines Rezeptes vermöge den Schutzgegenstand nicht präzise und objektiv wiederzugeben. Das Eintragungsgesuch sei deshalb gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. a MSchG zurückzuweisen.

B.

Gegen diese Verfügung erhob X._____ am 1. Juli 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Anträgen:

1. Die Verfügung des IGE vom 31. Mai 2010 sei aufzuheben und zur erneuten Beurteilung des Gesuchs um Eintragung des Markeneintragungsgesuchs Nr. 63982/2007 "Duft von gebrannten Mandeln" (Geruchsmarke) an das IGE zurückzuweisen.
2. Eventualiter: Die Verfügung des IGE vom 31. Mai 2010 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei im Markeneintragungsgesuch Nr. 63982/2007 "Duft von gebrannten Mandeln" (Geruchsmarke) die Möglichkeit zu geben, das Zeichen der Markenmeldung zu ändern.
3. Subeventualiter: Das IGE sei anzuweisen, das Markeneintragungsgesuch Nr. 63982/2007 "Duft von gebrannten Mandeln" (Geruchsmarke) im schweizerischen Markenregister einzutragen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin / zu Lasten der Staatskasse.

Zur Begründung hielt sie fest, die Vorinstanz habe einerseits ihren Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Vertrauensschutzprinzip verletzt. In materieller Hinsicht erklärte X._____ andererseits, sie habe

die Geruchsmarke "Duft von gebrannten Mandeln" mittels Abbildung eines konkreten Kochrezepts umschrieben und dabei präzise und objektiv bestimmbare Werte und Angaben verwendet. Die Zutaten seien entweder durch chemische Formeln umschrieben oder aber, wie auch die Zubereitungsart, exakt definiert worden. Insofern lasse sich der "Duft von gebrannten Mandeln" in sich abgeschlossen, eindeutig, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv darstellen. Entgegen dem Nachspielen von Musiknoten erfordere das Nachkochen eines Kochrezeptes wesentlich geringere Fachkenntnisse und sei im Gesamten für den Durchschnittskonsumenten sogar noch einfacher zu bewerkstelligen. Schliesslich wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass in einigen Ländern Europas, aber auch vom HABM selber, bereits Geruchsmarken eingetragen worden seien. Es sei also nicht einzusehen, weshalb dies nicht auch in der Schweiz geschehen solle. Der von ihr gewählte Ansatz zur Darstellung eines Geruchs sei neu und weder so in der Literatur oder Rechtsprechung bereits diskutiert, geschweige denn als untauglich abgelehnt worden. Mit den von ihr vorgenommenen Anpassungen des Gesuches sei sie der Meinung, den Anforderungen einer Geruchsmarke zu genügen.

C.

Am 5. August 2010 teilte die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht unter Beilage einer Übertragungserklärung vom 23. Juli 2010 mit, dass X._____ die strittige Marke auf Dr. Christian Rohner (Beschwerdeführer) übertragen habe.

Der Beschwerdeführer informierte das Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 16. August 2010 über diese Übertragung.

Mit Zwischenverfügung vom 31. August 2010 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass als neuer Beschwerdeführer Dr. Christian Rohner figuriert.

D.

Mit Stellungnahme vom 22. Oktober 2010 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei im Haupt- und Subeventualpunkt abzuweisen, und auf den Eventualantrag sei nicht einzutreten. Zur Begründung verweist sie namentlich auf die in der angefochtenen Verfügung gemachten Ausführungen. Ergänzend hält sie fest, sie erachte die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt habe, als nicht begründet. Im Weiteren

habe sie den Grundsatz von Treu und Glauben respektive des Vertrauensschutzes nicht verletzt. Auf den Eventualantrag sei nicht einzutreten, weil die Beurteilung eines neuen Zeichens, welches zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht einmal bekannt sei, zu einer Ausweitung des Streitgegenstandes führen würde. Schliesslich sei in der Lehre unbestritten, dass die Darstellung einer Geruchsmarke mittels Umschreibung des Duftes den Anforderungen von Art. 10 Abs. 1 MSchV nicht genüge. Einer solchen Darstellung fehle die nötige Klarheit und Objektivität. Hinzu komme, dass es sich beim vorliegenden Zeichen nicht um eine unmittelbare Umschreibung des Dufts, sondern um eine Anleitung zu seiner Erzeugung handle. Somit wäre nicht die Marke selbst im Register dargestellt, sondern eine umständliche, nicht eindeutige und für Dritte nicht unmittelbar zugängliche Erzeugungsmethode. Daran habe auch die Eingabe eines geänderten Zeichens am 17. Februar 2010 nichts geändert.

E.

Der Beschwerdeführer hat stillschweigend auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. 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]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]), der verlangte Kostenvorschuss wurde fristgemäss geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.2. Die strittige Marke wurde während des vorinstanzlichen Verfahrens und des Beschwerdeverfahrens mehrmals übertragen, letztmals von X._____ auf Dr. Christian Rohner.

Gemäss Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273), der auf Grund von Art. 4 VwVG anwendbar ist, ist ein Wechsel der Partei nur mit Zustimmung der Gegenpartei gestattet. Im vorliegenden Verfahren besteht keine eigentliche Gegenpartei. Indessen hat die Vorinstanz auf Grund der

Übertragungserklärung vom 23. Juli 2010 Dr. Christian Rohner als neuen Markeninhaber eingetragen (vgl. Swissregauszug-Marken vom 4. August 2010) und auch in der Vernehmlassung vom 22. Oktober 2010 dem Parteiwechsel stillschweigend zugestimmt (vgl. auch Urteil B-3259/2007 des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] vom 30. September 2008 E. 3 – Oerlikon). Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht bereits mit Zwischenverfügung vom 31. August 2010 mitgeteilt, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren Dr. Christian Rohner als neuer Beschwerdeführer figuriert.

Als neuer Inhaber der angemeldeten Marke ist der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und wie ein Verfügungsadressat beschwert (Art. 48 Abs. 1 Bst. b-c VwVG; vgl. Urteil des BVGer B-127/2010 vom 29. März 2010 E. 1 – V [fig.]).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Der Beschwerdeführer beantragt zunächst, die Ziffern 1–5 des in der angefochtenen Verfügung geschilderten Sachverhalts im vorliegenden Sachverhalt nicht aufzunehmen, insbesondere im Hinblick auf eine Publikation des vorliegenden Beschwerdeentscheids.

Bei den betroffenen Bereichen des Sachverhalts handelt es sich um das im Rahmen des vorliegenden Markeneintragungsverfahrens gestellte Gesuch um Eintragung einer Wortmarke.

Der Beschwerdeführer hätte auch eine neue Marke anmelden können; in diesem Fall hätte sich die Wiedergabe von Ziffer 1–5 des Sachverhalts erübrigt. Dem Begehren des Beschwerdeführers kann indessen insofern entsprochen werden, als die Namen der dort involvierten Personen sowie die ursprünglich angemeldete Wortmarke nicht genannt werden.

3.

Nach Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG; SR 232.11) ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Marken können insbesondere Wörter, Buchstaben, Zahlen, bildliche Darstellungen, dreidimensionale Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farben sein (Art. 1 Abs. 2 MSchG).

Jede Person kann eine Marke hinterlegen (Art. 28 Abs. 1 MSchG). Gemäss Art. 28 Abs. 2 MSchG sind für die Hinterlegung beim Institut einzureichen: a. das Eintragungsgesuch mit Angabe des Namens oder der Firma des Hinterlegers; b. die Wiedergabe der Marke; c. das Verzeichnis der Waren oder Dienstleistungen, für welche die Marke beansprucht wird.

Die Marke muss grafisch darstellbar sein. Das Institut kann für besondere Markentypen weitere Arten der Darstellung zulassen (Art. 10 Abs. 1 der Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992, MSchV, SR 232.111). Handelt es sich um einen besonderen Markentyp, beispielsweise ein dreidimensionales Zeichen, so muss dies im Eintragungsgesuch vermerkt werden (Art. 10 Abs. 3 MSchV).

Zu Art. 10 Abs. 1 MSchV führt die Vorinstanz wie bereits in ihren Richtlinien vom 1. Juli 2008 in Markensachen (Ziff. 3.2.11) in ihren Richtlinien vom 1. Januar 2011 (Ziff. 3.2.10) Folgendes aus:

"Bis anhin ist keine Methode zur Darstellung von Gerüchen bekannt, welche den Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit gemäss Art. 10 MSchV gerecht würde (...). Weder eine chemische Formel, noch eine Umschreibung mit Worten noch ein Geruchsmuster, noch eine Kombination dieser Elemente erfüllen die in diesem Zusammenhang massgebenden Kriterien (...). Geruchsmarken können deshalb erst nach einer allfälligen Zulassung weiterer Darstellungsarten durch das Institut elektronisch dargestellt werden (vgl. Art. 10 Abs. 1 MSchV in fine)."

4.

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer zunächst, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Konkret macht er geltend, bei dem mit der Stellungnahme zur Beanstandung vom 17. Februar 2010 eingereichten Zeichen handle es sich um ein neues Zeichen. Denn es sei ein neues, grundlegend angepasstes Kochrezept als 8x8 cm grosse Abbildung eingereicht worden. Diese Abbildung unterscheide sich klar von der ursprünglich eingereichten. Die Vorinstanz habe in ihrer Beanstandung vom 14. August 2009 nicht erwähnt, dass es sich um eine letztmalige Stellungnahme in dieser Sache handle; sie habe auch nicht die Art und Weise der Wiedergabe des Zeichens im Grundsatz beanstandet. Er sei daher überrascht gewesen, als die Vorinstanz mit ihrem Schreiben vom 1. Juni 2010 die definitive Zurückweisung des Eintragungsgesuches verfügt habe. Erst dort habe die Vorinstanz festgestellt, dass ein Kochrezept grundsätzlich die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 1 MSchV nicht erfülle und das

Gesuch somit zurückzuweisen sei. Wolle die Vorinstanz ihre Verfügung auf neue, in dieser Art von den Betroffenen nicht vorhersehbaren Argumente stützen, so müsse es zuvor die möglichen Betroffenen informieren und rechtliches Gehör gewähren. Diese Art der Vorwarnung sei im vorliegenden Fall unterblieben. Hinzu komme, dass die Vorinstanz auf die mit der Abänderung des Zeichens gemachten Anpassungen hätte eingehen müssen. Dies habe sie unterlassen; vielmehr habe sie im Grundsatz die grafische Darstellungsfähigkeit von Düften in Abrede gestellt.

Die Vorinstanz erachtet die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt habe, als nicht begründet. Denn sie habe in ihrem Schreiben vom 14. August 2010 das Markeneintragungsgesuch mit der ausdrücklichen Begründung beanstandet, die Umschreibung der Geruchsmarke in Worten genüge nicht den Anforderungen an der grafischen Darstellung einer Marke gemäss Art. 10 MSchV. Somit habe sie bereits in diesem Schreiben die rechtliche Grundlage genannt, auf Grund welcher sie die Verfügung erlassen habe. Unabhängig davon sei diese Begründung nicht völlig neu oder unüblich, denn sie habe diese bereits in ihre Richtlinien vom 1. Juli 2005 aufgenommen und seither unverändert beibehalten. Sodann habe sie der Beschwerdeführerin eine Frist zur Behebung des Mangels angesetzt. Das von der Beschwerdeführerin am 17. Februar 2010 eingereichte Zeichen stelle bloss eine Präzisierung der ursprünglichen Umschreibung der Geruchsmarke und kein neues Zeichen dar, weshalb sie eine Verschiebung des Hinterlegungsdatums für nicht angebracht gehalten habe. In der angefochtenen Verfügung habe sie zu den wesentlichen Argumenten Stellung genommen, insbesondere auch zur von der Beschwerdeführerin behaupteten Analogie in der Darstellung von akustischen Marken und Geruchsmarken. Durch die Berücksichtigung und Würdigung der wesentlichen Tatsachen und die genügende Begründung des Entscheids habe sie den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin gewahrt.

4.1. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen,

Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1, mit Verweis auf BGE 129 II 504 E. 2.2, BGE 127 I 56 E. 2b, BGE 127 III 578 E. 2c, BGE 126 V 131 E. 2b).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt nicht, dass die verfahrensbeteiligte Partei die Gelegenheit erhalten muss, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern. Die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 257 E. 4.2).

4.2. Bereits in ihrer Beanstandung vom 14. August 2009 erklärte die Vorinstanz unter anderem Folgendes:

"Das abgeänderte Gesuch verlangt neu den Schutz für eine Duftmarke. Den zu schützenden Duft beschreiben Sie dabei in einem Text, den Sie in einem Block von 8x8 cm dargestellt haben. Diese Darstellung ist jedoch aus folgenden Gründen nicht geeignet, um einen Duft objektiv und eindeutig wiederzugeben:

Gemäss Richtlinien in Markensachen 2008, Teil 1, Ziff. 3.2.11, unter www.ige.ch, wird eine Umschreibung in Worten nicht den Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit einer Marke gemäss Art. 10 MSchV gerecht (...).

Mandeln, Vanille, Zimt und Zucker sind Naturprodukte und können im Duft variieren.

Jede Küche riecht anders und beeinflusst damit auch den Duft nach Abschluss des Zubereitungsverfahrens von gebrannten Mandeln.

Wir bitten Sie, die erwähnten Beanstandungspunkte bis zum 15. 10. 2009 zu erledigen."

Daraus geht klar hervor, dass die Vorinstanz die angemeldete Duftmarke als nicht grafisch darstellbar im Sinne von Art. 10 Abs. 1 MSchV erachtet. Insofern hatte sie grundsätzliche Einwände gegen die vom Beschwerdeführer gewählte Darstellung der Duftmarke "Duft von gebrannten Mandeln" in Form eines Rezeptes. Denn ein Rezept zur Herstellung eines Duftes ist nichts anderes als eine "Umschreibung in Worten", welchen Ausdruck die Vorinstanz in der genannten Beanstandung gewählt hat. Dazu wies die Vorinstanz auf die mangelnde

Objektivität hin, weil Naturprodukte verwendet werden und Küchengrunddüfte den Geruch von gebrannten Mandeln beeinflussen können. Daher hätte der Beschwerdeführer erkennen müssen, dass er sein Gesuch grundlegend überarbeiten, d.h. eine andere Darstellungsform hätte wählen müssen, um es zu "retten". Stattdessen nahm er lediglich Anpassungen des Rezeptes vor, welche die Vorinstanz zu Recht nicht dazu veranlassten, einerseits auf Grund von Art. 29 Abs. 2 MSchG das Hinterlegungsdatum zu verschieben und andererseits eine neue Gelegenheit zur Stellungnahme zu bieten (vgl. hierzu nachstehende E. 5.2). Auf Grund der von der Vorinstanz vertretenen Haltung, dass ein Kochrezept den Anforderungen von Art. 10 MSchV nicht genügt, um eine Duftmarke darzustellen, ist im Weiteren nachvollziehbar, dass sie in der angefochtenen Verfügung nicht mehr einzeln auf die Änderungen des Kochrezeptes, sondern lediglich auf die ihrer Ansicht nach unmögliche Darstellbarkeit einer Duftmarke mittels eines Rezeptes einging.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass dem Beschwerdeführer gestützt auf die Beanstandung vom 14. August 2009 die sachlichen und rechtlichen Grundlagen in den Grundzügen bekannt waren, dass er zur vorgenannten Beanstandung Stellung nehmen konnte, und dass ihm die Vorinstanz keine weitere Gelegenheit zur Stellungnahme bieten musste. Nebenbei sei anzumerken, dass sich der Beschwerdeführer im Markeneintragungsverfahren Nr. 63982/2007 insgesamt zwei Mal gegenüber der Vorinstanz in materieller Hinsicht geäußert hat, nämlich am 27. Oktober 2008 zur Beanstandung der zunächst angemeldeten Wortmarke, und am 17. Februar 2010 zur Beanstandung des geänderten ursprünglichen Zeichens, nämlich der hier strittigen Duftmarke. Der angefochtene Entscheid beruht schliesslich weder auf nachträglich eingetretenen oder dem Beschwerdeführer unbekannten tatsächlichen Umständen noch auf neuen, unvorhersehbaren Rechtsgrundlagen.

Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, erweist sich somit als unbegründet.

5.

Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe gegen das aus Art. 9 BV abgeleitete Vertrauensschutzprinzip verstossen. Die Vorinstanz weise jeweils darauf hin, wenn es sich aus ihrer Sicht um die Möglichkeit einer allfälligen "letztmaligen Stellungnahme" handle; dies sei ihr im vorliegenden Fall nicht mitgeteilt worden und so habe sie nach

erfolgter Abänderung des hinterlegten Zeichens umso mehr darauf vertrauen dürfen, dass die Vorinstanz zu diesem neuen, abgeänderten Zeichen Stellung nehmen werde, falls die Vorinstanz dieses neue Zeichen weiterhin nicht eintragen wolle. Im Weiteren habe die Vorinstanz zuerst den gewählten Ansatz als zu unpräzise beanstandet, diesen nach Behebung der Mängel aber grundsätzlich zurückgewiesen.

Die Vorinstanz hält dagegen, gemäss Art. 16 Abs. 1 MSchV müsse sie dem Hinterleger eine Frist zur Behebung eines formellen Mangels einräumen. Darüber hinaus sei sie nicht verpflichtet, weitere Fristen anzusetzen, könne dies aber gemäss Art. 16 Abs. 2 MSchV ausnahmsweise tun. Sie nutze diese Bestimmung nach den Umständen des konkreten Falls, insbesondere um zu allfälligen wesentlichen Argumenten des Hinterlegers Stellung zu nehmen, bevor eine Verfügung erlassen werde. Fehlten wesentliche Argumente seitens des Hinterlegers, verzichte sie auf eine weitere Stellungnahme und erlasse eine Verfügung. Somit habe sie keine berechnete Erwartung geweckt, wonach sie stets die Gelegenheit zu einer "letztmaligen Stellungnahme" einräume.

5.1. Indem der Beschwerdeführer bemängelt, ihm sei von der Vorinstanz nicht wie üblich mitgeteilt worden, dass es sich bei der Stellungnahme zur Beanstandung vom 14. August 2009 um eine letztmalige Stellungnahme handle, rügt der Beschwerdeführer sinngemäss, die Vorinstanz habe eine Auskunft unterlassen.

Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 131 V 472 E. 5, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen

Auskunft nicht hätte rechnen müssen; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 V 472 E. 5, mit Verweis auf BGE 127 I 36 E. 3a, BGE 126 II 387 E. 3a).

5.2. Anschliessend an die Kritik des Eintragungsgesuchs (vgl. Zitat in E. 4.2) hielt die Vorinstanz in der Beanstandung vom 14. August 2009 Folgendes fest:

"Wir bitten Sie, die erwähnten Beanstandungspunkte bis zum 15. 10. 2009 zu erledigen. Bitte beachten Sie, dass wir Ihr Gesuch bzw. Ihren Antrag zurückweisen müssen, wenn Sie die erwähnte Handlung nicht fristgerecht durchführen (Art. 30 Abs. 2 Markenschutzgesetz in Verbindung mit Art. 16 und 17 Markenschutzverordnung)".

Im vorgenannten Art. 30 Abs. 2 MSchG wird erläutert, in welchen Fällen die Vorinstanz ein Eintragungsgesuch zurückweisen kann. Dies ist unter anderem der Fall, wenn "die Hinterlegung den in diesem Gesetz oder in der Verordnung festgelegten formalen Erfordernissen nicht entspricht" (Art. 30 Abs. 2 Bst. a MSchG). Vorher setzt die Vorinstanz dem Hinterleger eine Frist zur Behebung des Mangels an (vgl. Art. 16 Abs. 1 MSchV). Wird der Mangel nicht fristgerecht behoben, so wird das Eintragungsgesuch ganz oder teilweise zurückgewiesen. Das Institut kann ausnahmsweise weitere Fristen ansetzen (Art. 16 Abs. 2 MSchV). Diese für die Formalprüfung geltende Regelung entspricht auch derjenigen für die materielle Prüfung (vgl. Art. 17 MSchV). Auch dort kann die Vorinstanz "ausnahmsweise weitere Fristen ansetzen" (Art. 17 Abs. 2 MSchV), bevor sie ein Gesuch zurückweist, weil absolute Ausschlussgründe vorliegen (Art. 30 Abs. 2 Bst. c MSchG) respektive wenn eine Garantie- oder Kollektivmarke den Erfordernissen der Art. 21–23 nicht entspricht (Art. 30 Abs. 2 Bst. d MSchG).

Auf Grund der von der Vorinstanz gewählten Formulierung, welche auf Art. 30 Abs. 2 MSchG und somit auf die drohende Zurückweisungsverfügung hinweist, musste dem Beschwerdeführer klar sein, dass ihm lediglich eine Frist zur Verfügung steht, um die Beanstandungspunkte zu erledigen, ansonsten das Eintragungsgesuch zurückgewiesen würde. Auf eine weitere, ausnahmsweise angesetzte Frist konnte er demnach selbst ohne den expliziten Hinweis, dass es sich um eine letztmalige Stellungnahme handeln würde, nicht vertrauen. Auch

aus den Richtlinien in Markensachen vom 1. Juli 2008 ergibt sich nichts anderes (vgl. Ziff. 3.2 der Richtlinien). Denn wie bereits in E. 4.2 ausgeführt wurde, hat der Beschwerdeführer mit dem abgeänderten Rezept sein Gesuch nicht derart verändert, dass die Vorinstanz dazu nochmals in einer weiteren Beanstandung mit Fristansetzung an den Beschwerdeführer hätte Stellung beziehen müssen.

Im Weiteren hat der Beschwerdeführer nicht dargetan, dass die Vorinstanz dadurch eine Vertrauensgrundlage geschaffen hat, indem sie in einer Reihe anderer Fälle eine weitere Frist zur Stellungnahme im Sinne von Art. 16 Abs. 2 oder Art. 17 Abs. 2 MSchV (jeweils 2. Satz) angesetzt hat, wenn sie sich der vorgenannten Formulierung bedient hat.

Mangels Vertrauensgrundlage sind somit die Voraussetzungen für den Vertrauensschutz im Sinne von Art. 9 BV nicht erfüllt. Bei diesem Ergebnis ist der 1. Antrag des Beschwerdeführers auf Zurückweisung der Streitsache an die Vorinstanz abzuweisen.

6.

Die Vorinstanz hat die grafische Darstellbarkeit der angemeldeten Geruchsmarke verneint, ohne sich zur Unterscheidungskraft zu äussern. Sie ist zu Recht so vorgegangen, denn bevor im Rahmen der materiellen Markenprüfung das Vorhandensein von absoluten Ausschlussgründen geprüft wird, stellt sich die Frage, ob das zur Eintragung angemeldete Zeichen überhaupt eine Marke im Sinne von Art. 1 MSchG darstellen kann, und ob die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 1 MSchV erfüllt sind (Urteil des BVGer B-7423/2006 vom 4. Oktober 2007 E. 4.1 – Webstamp).

6.1. Implizit hat die Vorinstanz die Markenfähigkeit (vgl. Art. 1 MSchG) von Geruchsmarken anerkannt und lediglich die grafische Darstellbarkeit (vgl. Art. 10 MSchV) dieser Markenkategorie verneint (vgl. Ziff. B.I.3 der angefochtenen Verfügung). Dies entspricht denn auch einem Teil der Literatur (vgl. MICHAEL NOTH / FLORENT THOUVENIN, in: Michael Noth / Gregor Bühler / Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 1, N. 63; CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz, Zürich 2002, Art. 1, N. 27; a.M. insbesondere: EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. III/1, Basel 2009, N. 156 ff., und LUCAS DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Lucas David, Markenschutzgesetz /

Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, Art. 1, N. 8), weshalb im Folgenden das Augenmerk auf diese Thematik zu legen ist.

6.2. Das Markenschutzgesetz regelt nicht, wie die in Art. 28 Abs. 2 Bst. b MSchG geforderte Wiedergabe der Marke zu erfolgen hat. Diesbezügliche Vorgaben finden sich einzig in der Markenschutzverordnung, die in Art. 10 Abs. 1 bestimmt, dass die Marke mittels grafischen oder anderen von der Vorinstanz zugelassenen Mitteln darstellbar sein muss.

Art. 10 MSchV hat zum Ziel, dass Dritte das Schutzobjekt mit Sicherheit erkennen können und dient damit der Rechtssicherheit, mithin dem Schutz der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 2 lit. d MSchG. Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, kann das hinterlegte Zeichen vom Konkurrenten als geschlossenes Ganzes und einprägsames Zeichen erkannt werden. Das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit hat nicht den Zweck, den Registerschutz markenfähiger Zeichen zu erschweren. Vielmehr soll aus Gründen der Rechtsklarheit sichergestellt werden, dass der Schutzgegenstand einer eingetragenen Marke unmittelbar und eindeutig aus dem Markenregister ersichtlich ist. Hierzu muss die Marke registermässig erfasst und dokumentiert werden können. Um der vom Gesetzgeber gewollten Schutzfähigkeit aller markenfähigen Zeichen Geltung zu verschaffen, ist es also erforderlich, für jede in Betracht kommende Markenform eine zweckmässige Darstellung zu finden. Insbesondere kann das Markenregister seine Publizitätsfunktion nur erfüllen, wenn das Schutzobjekt klar und eindeutig definiert ist (Urteil des BVGer B-7423/2006 vom 4. Oktober 2007 E. 4.3 – Webstamp, mit Verweisen; vgl. auch LARA DORIGO, in: Michael Noth / Gregor Bühler / Florent Thouvenin, Markenschutzgesetz, a.a.O., Art. 28, N. 32 ff.).

6.2.1. Diesbezüglich hielt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung fest, der Duft sei nicht im eigentlichen Sinn grafisch dargestellt worden, sondern lediglich auf einer 8x8 grossen Abbildung umschrieben. Gemäss ihren Richtlinien werde eine Umschreibung in Worten jedoch den Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit einer Marke gemäss Art. 10 MSchV nicht gerecht. Zudem habe der EuGH festgehalten, dass es sich bei der Beschreibung eines Geruchs zwar um eine grafische Darstellung handle, sie aber nicht klar, eindeutig und objektiv genug sei. Anders als etwa akustische Marken oder Farbmarken gebe es für Düfte keine allgemein anerkannte internationale Klassifikation. Die objektive und präzise Erkennung einer Duftmarke sei demzufolge nicht im gleichen

Umfang wie bei Farb- oder akustischen Marken möglich. Ferner werde durch die Angabe eines Rezeptes auch nicht der Duft selbst umschrieben, sondern nur, wie er hergestellt werde. Da Kuchen etwa immer anders herauskomme, auch wenn das selbe Rezept verwendet werde, könne die Angabe eines Rezepts nicht eindeutig und präzise sein. Sie ermögliche auch nicht, alle subjektiven Elemente bei der Erkennung und Wahrnehmung des angemeldeten Zeichens auszuschliessen.

Der Beschwerdeführer hält dagegen, er habe die Geruchsmarke "Duft von gebrannten Mandeln" mittels Abbildung eines konkreten Kochrezepts umschrieben und dabei präzise und objektiv bestimmbare Werte und Angaben verwendet. Die Zutaten seien entweder durch chemische Formeln umschrieben oder aber, wie auch die Zubereitungsart, exakt definiert worden. Insofern lasse sich der "Duft von gebrannten Mandeln" in sich abgeschlossen, eindeutig, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv darstellen. Entgegen dem Nachspielen von Musiknoten erfordere das Nachkochen eines Kochrezeptes wesentlich geringere Fachkenntnisse und sei im Gesamten für den Durchschnittskonsumenten sogar noch einfacher zu bewerkstelligen. Schliesslich wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass in einigen Ländern Europas, aber auch vom HABM selber, bereits Geruchsmarken eingetragen worden seien. Es sei also nicht einzusehen, weshalb dies nicht auch in der Schweiz geschehen solle. Der von ihm gewählte Ansatz zur Darstellung eines Geruchs sei neu und weder so in der Literatur oder Rechtsprechung bereits diskutiert, geschweige denn als untauglich abgelehnt worden. Mit den von ihm vorgenommenen Anpassungen des Gesuches sei er der Meinung, den Anforderungen einer Geruchsmarke zu genügen.

6.2.2. Für Geruchs- und Geschmacksmarken ist zurzeit noch keine Methode bekannt, mittels derer sich alle Gerüche oder Geschmäcker verständlich, dauerhaft und objektiv darstellen lassen (LARA DORIGO, in: Michael Noth / Gregor Bühler / Florent Thouvenin, Markenschutzgesetz, a.a.O., Art. 28, N. 58; JOACHIM NOVAK, Die Darstellung von besonderen Markenformen, Bern 2007, S. 155 ff., Überblick auf S. 243 ff. und 296 ff.; DAVID, Kommentar MSchG, Art. 1, N. 8; MARBACH, SIWR III/1, N. 158). So ist nach NOVAK bei einigen Wiedergabeformen des Schutzgegenstandes "Geruch" der registerrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nicht gewahrt, nämlich sowohl bei der von Subjektivität geprägten Umschreibung durch Alltagssprache als auch bei der Umschreibung durch den "Terminus technicus der Parfümeure" (NOVAK, a.a.O., S. 159 ff.). Dies gelte auch bei

einer Verfahrensangabe/Rezeptur (NOVAK, a.a.O., S. 191 ff.), beim allgemein gebräuchlichen Stoffnamen (NOVAK, a.a.O., S. 195 ff.) sowie bei der chemischen Fachbezeichnung (NOVAK, a.a.O., S. 201 ff.). Gewisse Wiedergabeformen könnten zwar eine Substanz wiedergeben, machten aber keine Angaben über den von der Substanz verströmten Geruch. Dies sei bei chemischen Formeln (NOVAK, a.a.O., S. 204 ff.; MARBACH, SIWR III/1, N. 158), bei der Chromatografie (NOVAK, a.a.O., S. 211 ff.) und bei der Massenspektroskopie (NOVAK, a.a.O., S. 218) der Fall. Anhand eines Aromagramms lasse sich der Schutzgegenstand nicht reproduzieren (NOVAK, a.a.O., S. 219 ff.); dies treffe auch auf das Elektroolfaktogramm zu, dem es zudem an der erforderlichen Objektivität mangle (NOVAK, a.a.O., S. 234 f.). Schliesslich könne die Subjektivität der wörtlichen Umschreibung auch nicht durch Kombination mit einer Abbildung beseitigt werden, da diese Assoziationen wecke, welche selbst von Subjektivität geprägt seien (NOVAK, a.a.O., S. 235 ff.; MARBACH, SIWR III/1, N. 158).

6.3. Der Beschwerdeführer bedient sich für die Wiedergabe des zur Eintragung vorgelegten Zeichens einer Kombination von zwei Darstellungsformen, nämlich einerseits der Umschreibung des Duftes in Worten ("Duft von gebrannten Mandeln"), andererseits eines Kochrezeptes, welches der Erzeugung des "Duftes von gebrannten Mandeln" dient.

6.3.1. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) handelt es sich bei der Beschreibung eines Geruchs zwar um eine grafische Darstellung. Sie sei aber nicht klar, eindeutig und objektiv genug (Urteil des EuGH C-273/00 vom 12. Dezember 2002 Ziff. 70 – Sieckmann). Da der Duft von gebrannten Mandeln je nach verwendeter Gewürzmischung variieren kann, und die Erinnerung an den Duft unterschiedlich ist, je nachdem, ob man gebrannte Mandeln nur in abgepackter Form kennt, oder bei der Zubereitung dabei war und so den Duft am Ende des Zubereitungsverfahrens eingeatmet hat, teilt das Bundesverwaltungsgericht die vorerwähnte Ansicht des EuGH.

6.3.2. Was die unbestrittenermassen neue Darstellungsform "Kochrezept" anbelangt, um welche es dem Beschwerdeführer primär geht, zieht die Vorinstanz im Wesentlichen dieselben Argumente (fehlende Eindeutigkeit und Präzision, Subjektivität) herbei, um die mangelnde grafische Darstellbarkeit zu begründen. Tatsächlich ist auch das am 17. Februar 2010 vom Beschwerdeführer eingereichte überarbeitete Kochrezept mit

zahlreichen Unklarheiten behaftet, welche Auswirkungen auf das Resultat, d.h. den "Duft von gebrannten Mandeln", haben können. So ist etwa "Wasser aus dem Schweizer Trinkwassernetz" ein relativer Begriff, denn es besteht nicht nur aus H_2O , sondern auch aus Mineralien, welches dem Wasser einen ortsspezifischen Geschmack verleiht. Im Weiteren ist für die Geruchsintensität entscheidend, wie fein und vor wie langer Zeit der zu verwendende Ceylon-Zimt gemahlen wurde. Bei den Mandeln handelt es sich um ein Naturprodukt, weswegen deren Geschmack und Duft variieren kann. Schliesslich können Fremdaromen, welche in der Küche oder an der Bratpfanne haften, das Endresultat beeinflussen. Hinzu kommt, dass es nicht einfach ist, den Duft so zu reproduzieren, wie er gemäss dem Rezept hergestellt wird. Beispielsweise stellt die Messung der erforderlichen Kochtemperatur ($250^{\circ} C$ respektive $160^{\circ} C$) ein Problem dar, da diese innerhalb der Pfanne grosse Schwankungen aufweisen kann. Von Bedeutung sind auch die Vorkenntnisse der Person, welche die gebrannten Mandeln produziert. Sie entscheidet zum Beispiel, wann der "Zucker trocken wird", und ob die Mandeln nach 2 Minuten Kochzeit tatsächlich als karamellisiert betrachtet werden dürfen, bevor sie auf das Backblech geschüttelt werden können. Zwar könnten einige der genannten Unklarheiten ausgemerzt werden, z.B. durch Angabe des Mahlgrades des Zimts. Doch die Objektivität leidet darunter, dass mit der produzierenden Person eine menschliche Komponente ins Spiel kommt, welche vom Markeninhaber nicht beeinflusst werden kann. Als Beispiel führt die Vorinstanz den Kuchen an, welcher – durch dieselbe Person oder eine andere Person ein weiteres Mal gebacken – selbst nach dem gleichen Rezept nicht identisch herauskommt. Der Vorinstanz ist somit zuzustimmen, dass die Angabe eines Kochrezeptes zur Herstellung eines Duftes den Schutzgegenstand nicht präzise und objektiv wiederzugeben vermag. Insofern leidet diese Darstellungsform an den gleichen respektive ähnlichen Mängeln wie die Umschreibung eines Duftes durch die Alltagssprache.

Auch die vom Beschwerdeführer gewählte Kombination der verbalen Umschreibung des Duftes mit der Angabe eines Kochrezeptes zur Herstellung dieses Duftes vermag die genannten Mängel nicht auszugleichen.

7.

Der Beschwerdeführer gibt im Weiteren zu bedenken, dass in einigen Ländern Europas bereits Geruchsmarken eingetragen worden seien. Es

sei also nicht einzusehen, wieso dies nicht auch in der Schweiz geschehen solle.

Tatsächlich sind in Europa schon vereinzelt Geruchsmarken eingetragen worden, nämlich etwa durch das Benelux-Markenamt (BX 591.693 – DE GEUR VAN VERSGEMAAID GRAS, hinterlegt am 19. Juli 1996, vgl. hierzu: NOVAK, a.a.O., S. 159 f.) und durch einen Entscheid der 2. Beschwerdekammer des HABM (Entscheid vom 11. Februar 1999, R 156/1998-2 – smell of fresh cut grass, vgl. hierzu: NOVAK, a.a.O., S. 160 ff.). Abgesehen davon, dass ausländische Entscheide nach ständiger Praxis keine präjudizielle Wirkung haben, ist auf den bereits zitierten neueren Entscheid "Sieckmann" des EuGH hinzuweisen. Darin hielt der EuGH unmissverständlich fest, dass die Beschreibung eines Geruchs nicht klar, eindeutig und objektiv genug sei (Urteil des EuGH C-273/00 vom 12. Dezember 2002 Ziff. 70 – Sieckmann). Zu diesem Schluss ist das Bundesverwaltungsgericht wie erwähnt auch gekommen. Der Beschwerdeführer kann daher mit seinem Hinweis auf die europäische Praxis nichts zu seinen Gunsten ableiten.

8.

Hinsichtlich des Eventualantrags auf Zurückweisung des Gesuchs zur Beurteilung eines neuen Zeichens (2. Antrag) beantragt die Vorinstanz Nichteintreten. Zur Begründung bringt sie vor, die Beurteilung eines neuen Zeichens, welches zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht einmal bekannt sei, würde zu einer Ausweitung des Streitgegenstandes führen.

8.1. Nach dem Prinzip des Devolutiveffekts (vgl. Art. 54 VwVG) geht die Zuständigkeit zum Entscheid über eine angefochtene Verfügung grundsätzlich an die Beschwerdeinstanz über; mit der Rechtshängigkeit wird der Verwaltung mit andern Worten die Herrschaft über den Streitgegenstand, insbesondere auch in Bezug auf die tatsächlichen Verfügungs- und Entscheidungsgrundlagen, grundsätzlich entzogen (BGE 130 V 138 E. 4.2).

Die Devolutivwirkung gilt nur für das, was (in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht) Streitgegenstand ist, mithin nur soweit die Vorinstanz verfügt hat und die Verfügung angefochten worden ist. Die Beschwerdeinstanz kann nicht entscheiden, wo die Vorinstanz gar nicht verfügt hat. Vorbehalten ist eine zeitliche oder sachliche Ausdehnung des Streitgegenstandes durch die Beschwerdeinstanz, soweit eine solche überhaupt zulässig ist (HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann /

Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 54, N. 27 f.). Nach der Rechtsprechung des ehemaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts kann das verwaltungsgerichtliche Verfahren aus prozessökonomischen Gründen auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, d.h. ausserhalb des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses liegende spruchreife Frage ausgedehnt werden, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäußert hat (BGE 130 V 501 E. 1.2, mit Verweis auf BGE 122 V 34 E. 2a).

8.2. Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist das überarbeitete Markeneintragungsgesuch, wie es vom Beschwerdeführer am 17. Februar 2010 vor der Vorinstanz eingereicht worden ist. Über ein anderes Gesuch, welches unter Umständen auf einer anderen Darstellungsform basiert hätte, hat die Vorinstanz mangels eines derartigen Gesuchs, welches der Beschwerdeführer an Stelle des überarbeiteten Rezepts hätte einreichen können, nicht verfügt. Das Bundesverwaltungsgericht hat somit lediglich zu beurteilen, ob die angefochtene Verfügung, welche das überarbeitete Markeneintragungsgesuch vom 17. Februar 2010 zum Thema hatte, rechtens ist. Da das Geschäft im Übrigen spruchreif ist, hat das Bundesverwaltungsgericht auch keine Veranlassung, dieses an die Vorinstanz zur erneuten Beurteilung zurückzuweisen. Eine Ausdehnung des Streitgegenstandes vor dem Bundesverwaltungsgericht beantragt der Beschwerdeführer nicht. Eine solche würde denn auch nur unter den in E. 8.1 erwähnten Bedingungen in Frage kommen. Die Frage, ob diese erfüllt wären, stellt sich im vorliegenden Fall nicht, da der Beschwerdeführer auch hier keinen Vorschlag eingereicht hat, wie der "Duft von gebrannten Mandeln" anders als in der kritisierten Form dargestellt werden könnte.

Auf den Eventualantrag auf Zurückweisung des Gesuchs zur Beurteilung eines neuen Zeichens (Antrag 2) ist nach dem Gesagten in Übereinstimmung mit der Meinung der Vorinstanz nicht einzutreten.

9.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf den Antrag 2 nicht einzutreten ist, während die Anträge 1 und 3 abzuweisen sind. Die Beschwerde erweist sich demnach insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

10.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer 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. 4^{bis} 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 dem unterliegenden Beschwerdeführer nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieser Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 6398/2007; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Maria Amgwerd

Kathrin Bigler Schoch

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 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: 26. Mai 2011