



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 33/09

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die geografische Angabe „Schwarzwälder Schinken“
(hier: Antrag auf Änderung der Spezifikation)

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 18. Mai 2017 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richter Merzbach und Dr. Meiser

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (im Folgenden: VO 1151/2012) bzw. der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (im Folgenden: VO 510/2006) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
 1. Ist die Entscheidung über einen am 15. Februar 2007 bei der zuständigen nationalen Behörde (hier: Deutsches Pa-

tent- und Markenamt) gestellten Antrag auf Änderung der Spezifikation einer geschützten geographischen Angabe dahingehend, dass das Aufschneiden und Verpacken des Erzeugnisses (hier: Schwarzwälder Schinken) nur im Herstellungsgebiet erfolgen darf, auf der Grundlage der zur Zeit der Antragstellung geltenden VO 510/2006 oder auf der Grundlage der zur Zeit der Entscheidung aktuell geltenden VO 1151/2012 zu treffen?

2. Falls die Entscheidung auf der Grundlage der aktuell geltenden VO 1151/2012 zu treffen ist:

2.1 a) Stellt der Umstand, dass ein unsachgemäßer Transport des Erzeugnisses zum Zwecke der Weiterverarbeitung (Schneiden und Verpacken) in andere Gebiete sich schädlich auf den authentischen Geschmack, die authentische Qualität und auf die Haltbarkeit auswirken kann, unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung des Erzeugnisses eine hinreichende produktspezifische Rechtfertigung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012 dafür dar, dass das Aufschneiden und Verpacken nur im Herstellungsgebiet erfolgen darf?

b) Stellen in der Spezifikation vorgesehene Vorgaben für das Aufschneiden und Verpacken, die nicht über geltende Maßstäbe der Lebensmittelhygiene hinausgehen, unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung des Erzeugnisses eine hinreichende produktspezifische Rechtfertigung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. e

VO 1151/2012 dafür dar, dass das Aufschneiden und Verpacken nur im Herstellungsgebiet erfolgen darf?

2.2 a) Kann für die in der Spezifikation für eine geschützte geographische Angabe vorgesehene Vorschrift, wonach das Aufschneiden und Verpacken nur im Herstellungsgebiet erfolgen darf, eine hinreichende produktspezifische Rechtfertigung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012 *grundsätzlich* darin gesehen werden, dass die dann insoweit möglichen (Hersteller-)Kontrollen im Herstellungsgebiet (Art. 7 Abs. 1 Buchst. g in Verbindung mit Art. 36 Abs. 3 Buchst. a und Art. 37 VO 1151/2012) eine höhere Kontrolldichte und allgemein eine bessere Gewährleistung bieten als (Missbrauchs-)Kontrollen im Sinne von Art. 36 Abs. 3 Buchst. b in Verbindung mit Art. 38 VO 1151/2012)?

b) Falls die Teilfrage a) verneint wird:

Ist eine andere Beurteilung gerechtfertigt, wenn es sich bei dem Erzeugnis um ein auch überregional stark nachgefragtes Produkt handelt, das in erheblichem Umfang außerhalb des Herstellungsgebietes geschnitten und verpackt wird, auch wenn konkrete Fälle einer im Sinne von Art. 13 VO 1151/2012 missbräuchlichen Verwendung der geschützten geographischen Angabe bisher nicht festgestellt worden sind?

2.3 Kann für die in einer Spezifikation für eine geschützte geographische Angabe vorgesehene Vorschrift, wonach das Aufschneiden und Verpacken nur im Herstellungsgebiet erfolgen darf, eine hinreichende produktspezifische Rechtfertigung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012 darin gesehen werden, dass andernfalls die Rückverfolgbarkeit des weiterverarbeiteten Erzeugnisses nicht sicher gewährleistet ist?

Kommt in diesem Zusammenhang dem Umstand Bedeutung zu, dass

- a) die Rückverfolgbarkeit von Lebensmitteln, insbesondere solche tierischen Ursprungs, nach Maßgabe des Art. 18 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 931/2011 der Kommission über die mit der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates festgelegten Rückverfolgbarkeitsanforderungen an Lebensmittel tierischen Ursprungs gewährleistet sein muss;
- b) die Rückverfolgbarkeit des Erzeugnisses durch Teilnahme der Weiterverarbeiter des Erzeugnis-

ses an rechtlich freiwilligen, faktisch aber zwingenden privaten Sicherungssystemen gewährleistet sein muss?

2.4 Falls eine der Fragen Nr. 1 bis 3 bejaht wird:

Kann oder muss in einer Spezifikation für eine geschützte geographische Angabe – als gegenüber einer zwingenden Rückverlagerung des Aufschneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet milderes Mittel – vorgesehen werden, dass sich die außerhalb des Herstellungsgebiets ansässigen Weiterverarbeiter des Erzeugnisses insoweit einer Kontrolle durch die nach der Spezifikation für die Kontrollen im Herstellungsgebiet zuständigen Behörden und Stellen (Art. 7 Abs. 1 Buchst. g VO 1151/2012) unterziehen müssen?

3. Falls die Entscheidung auf der Grundlage der VO 510/2006 zu treffen ist (s. Frage 1.), bittet das vorlegende Gericht um Beantwortung der zu 2. gestellten Fragen auf der Grundlage der VO 510/2006, insbesondere Art. 4 Abs. 2 Buchst. e dieser Verordnung in Verbindung mit Art. 8 und dem 8. Erwägungsgrund zu der Verordnung (EG) Nr. 1898/2006 der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel.

Gründe

I. Sachverhalt und bisheriger Gang des Verfahrens

Die Bezeichnung „Schwarzwälder Schinken“ ist auf Antrag des S... e. V. (e. V. = „eingetragener Verein“) – im Folgenden: S... – mit Verordnung (EG) Nr. 123/97 der Kommission vom 23. Januar 1997 zur Ergänzung des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 1107/96 der Kommission über die Eintragung der geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen gemäß dem in Art. 17 der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 vorgesehenen Verfahren seit dem 25. Januar 1997 als geschützte geografische Angabe (im Folgenden: g. g. A.) für „Fleischerzeugnisse“ eingetragen. Als Kontrolleinrichtung wurde das Regierungspräsidium K... benannt. Die dem damaligen Antrag zugrunde liegende Beschreibung enthielt keine Vorgaben zum Schneiden und Verpacken des geschützten Erzeugnisses.

Mit Antrag vom 23. März 2005 (eingegangen beim Deutschen Patent- und Markenamt [im Folgenden: DPMA] am 18. April 2005) hat der S... eine Reihe von Änderungen der Spezifikation der g. g. A. „Schwarzwälder Schinken“ gemäß Art. 9 der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (im Folgenden: VO 2081/92) begehrt; dazu hat er eine geänderte Spezifikation gemäß Art. 4 Abs. 2 VO 2081/92 eingereicht. Für das vorliegende Verfahren kommt es nur noch auf die beanspruchte Regelung über das Schneiden und Verpacken im Herstellungsgebiet an (zu den übrigen Änderungen s. die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 561/2013 der Kommission zur Genehmigung einer nicht geringfügigen Änderung der Spezifikation einer im Register der geschützten Ursprungsbezeichnungen und der geschützten geografischen Angaben eingetragenen Bezeichnung [Schwarzwälder Schinken, g. g. A.], ABl. EU Nr. L 167 vom 19.6.2013, S. 8).

Hierzu war in dem Antrag vom 23. März/18. April 2005 ausgeführt:

„Es wird ein neuer Unterpunkt „g“ eingefügt, welcher wie folgt lautet:

Schneiden und Verpacken

Ein Aufschneiden und Verpacken im Herstellungsgebiet ist für die Sicherung der Qualität sowie für die Herkunft der Schinken förderlich. Deshalb müssen Fertigpackungen von Schwarzwälder Schinken im unter c) angegebenen Herstellungsgebiet produziert werden. Das heißt: Schwarzwälder Schinken in Scheiben oder Stücken geschnitten, muss auch in diesem Gebiet verpackt werden.

Schwarzwälder Schinken, der frisch in einem Einzelhandels-, Gaststätten- oder Catering-Betrieb aufgeschnitten und zur alsbaldigen Abgabe verpackt oder lose an den Verbraucher abgegeben wird, darf dort geschnitten werden.“

Die Markenabteilung 3.2. des DPMA hat zur Prüfung des Änderungsantrages Stellungnahmen sachkundiger und interessierter Stellen gemäß § 130 Abs. 3 des deutschen Markengesetzes (MarkenG) eingeholt. Nachdem die Stellungnahmen kein einheitliches Bild ergeben hatten, hat der S... mit Schriftsatz vom 13. Februar 2007, beim DPMA eingegangen am 15. Februar 2007, einen geänderten Antrag gestellt, der am 10. August 2007 gemäß § 130 Abs. 4 Satz 1 MarkenG im Markenblatt (Seite 14630) veröffentlicht worden ist. Nach dem geänderten Antrag ist nunmehr folgende Regelung in der Spezifikation vorgesehen:

„Schneiden und Verpacken:

Ein Aufschneiden und Verpacken im Herstellungsgebiet ist für die Sicherung der Qualität sowie für die Herkunft der Schinken förderlich.

Deshalb müssen Fertigpackungen von Schwarzwälder Schinken im unter c) angegebenen Herstellungsgebiet produziert werden. Das heißt, Schwarzwälder Schinken in Scheiben oder Stücken geschnitten, muss auch in diesem Gebiet verpackt werden.

Um den unverfälschten Geschmack des Schwarzwälder Schinkens, seine Produktsicherheit und nicht zuletzt seine Herkunfts- und Qualitätskontrolle zu gewährleisten, ist es erforderlich, dass Mengenplausibilitätskontrollen im produzierenden und schneidenden Betrieb durchgeführt werden und dass alle Arbeitsgänge, die seine Authentizität betreffen, insbesondere auch das Slicen und Umhüllen, im geografischen Gebiet stattfinden müssen.

Ein unsachgemäßer Transport in andere Gebiete kann sich auch schädlich auf den authentischen Geschmack, die authentische Qualität und auf die Haltbarkeit auswirken.

Eine Qualitäts-, Produktions- und Mengenplausibilitätskontrolle durch die Kontrolleinrichtung außerhalb des Gebietes ist nicht möglich.

Durch das Slicen und Umhüllen außerhalb des Herkunftsgebietes könnte die Garantie für die Authentizität des Schwarzwälder Schinkens verloren gehen; eine nachhaltige, rechtlich durchführbare und wirtschaftlich vertretbare Qualitäts-, Produktions- und Mengenplausibilitäts- und Herkunftskontrolle durch die Kontrolleinrichtung wäre nicht mehr möglich.

Nur durch die kontinuierlichen Kontrollen durch die Kontrolleinrichtung kann sichergestellt werden, dass die zum Slicen kommenden Schinken die typische, dem Räucherverfahren des Schwarzwälder Schinken entsprechende Rauchfarbe haben und nur solche Stücke gesliced werden,

deren Muskelgruppen im natürlichen Zusammenhang belassen sind, also nicht aus isolierten, einzelnen Muskelgruppen zusammengesetzt sind. Insbesondere bei dem empfohlenen Slicen mit einer Scheibendicke von max. [= maximal] 1,3 mm [= Millimeter] zur Gewährleistung des traditionell erwarteten, zarten aber kernigen „Bisses“ lassen sich die typische Rauchfarbe und die Beschaffenheit des geslicten Schinken[s] durch den Verbraucher kaum erkennen.

Beim Slicen sind folgende Qualitäts- und Produktionsmerkmale einzuhalten:

- Schinken, die die Produktspezifikationen nicht erfüllen, sind vor dem Slicen auszusortieren.
- Eine Scheibendicke von nicht mehr als 1,3 mm ist einzuhalten.
- Bei Packungen mit dünnen Scheiben ist aufgrund des höheren Zerkleinerungsgrades das Übertragungsrisiko unerwünschter Keime erhöht. Werden solche Packungen mit einer Haltbarkeit von mehr als 30 Tagen hergestellt, ist die Aromapackung mit einem X CO₂-Anteil zur mikrobiologischen Stabilisierung verpflichtend.
- Auf den Anlagen zum Slicen von Schwarzwälder Schinken sollte ausschließlich dieses Produkt geschnitten werden; andernfalls sind geeignete Vorkehrungen zu treffen, um einer Übertragung von Stoffen, die für Schwarzwälder Schinken untypisch sind, entgegen zu wirken. Insbesondere dürfen Produkte, die naturschimmelbehaftet sind, nicht auf Anlagen geschnitten werden, die zum Schneiden von Schwarzwälder Schinken verwendet werden, es sei denn, dass diese Anlagen vor dem Schneiden von Schwarzwälder Schinken gründlich gereinigt und desinfiziert werden.
- Die bakteriologische Betriebsüberwachung der Räume, Maschinen und sonstiger für das Schneiden der Schinken zu verwendender Geräte, technischer Betriebsvorrichtungen und Einrichtungen ist für

die Gewährleistung optimaler Qualitäts- und Produktsicherheit erforderlich. Die Kontrolleinrichtung legt in Abstimmung mit den Fachbehörden und gemeinsam mit den Produzenten von Schwarzwälder Schinken sowie dem S... e.V. unter Berücksichtigung des jeweiligen wissenschaftlichen Erkenntnisstandes mikrobiologische Werte fest, die von den Herstellern einzuhalten sind und von der Kontrolleinrichtung bei den von ihr durchgeführten Betriebskontrollen geprüft werden.

Schwarzwälder Schinken, der frisch in einem Einzelhandels-, Gaststätten- oder Catering-Betrieb aufgeschnitten und zur alsbaldigen Abgabe verpackt oder lose an den Verbraucher abgegeben wird, darf dort geschnitten werden.“

Der Antrag ist insoweit wie folgt begründet worden:

„In die Spezifikation neu aufzunehmen ist die Regelung, wonach künftig das gewerbliche Aufschneiden und Verpacken zum Zwecke des Verkaufs als aufgeschnittenes Produkt ebenfalls im S1... zu erfolgen hat. Anders als in früheren Zeiten wird aufgrund geänderten Verbraucherverhaltens in zunehmendem Maße Schwarzwälder Schinken auch als Schnittware in den Handel gebracht. Deshalb ist es im Sinne einer durchgängigen Qualitätskontrolle des gesamten Produktionsablaufes zwingend erforderlich, dass zukünftig auch das Aufschneiden, das sog. [= sogenannte] „Slicen“, in den Produktionsstätten für Schwarzwälder Schinken im S1... erfolgt. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Das sorgsame und sachgerechte Aufschneiden der Schwarzwälder Schinken einschließlich der Verpackung der Schnittware stellt einen

wesentlichen Teil des Produktionsablaufes dar. Die zuvor in den auf die Produktion von Schwarzwälder Schinken spezialisierten Betrieben hergestellten Schinken müssen unter deren fachlicher und sachlicher Kontrollmöglichkeit gelagert, aufgeschnitten und verpackt werden, um einen durchgängigen Qualitätsstandard zu sichern.

2. Zuständige Kontrollbehörde für die Einhaltung der Qualitäts- und Spezifikationsmerkmale der g. g. A. „Schwarzwälder Schinken“ ist das Regierungspräsidium K... Diese bedient sich zur Qualitätskontrolle eines beliebigen Unternehmens, der Firma L... GmbH.

Im Rahmen der von der L... GmbH im Auftrag des Regierungspräsidiums K... durchgeführten Kontrollen werden nicht nur die Produktionsrahmenbedingungen sowie die Qualitätsmerkmale der produzierten Schinken, sondern auch eine Plausibilitätskontrolle im Hinblick auf die Produktionsmengen insgesamt durchgeführt.

Auf diese Weise ist durch eine durchgängige Kontrolle des gesamten Produktionsablaufes die Einhaltung der Qualitätsvoraussetzungen an das Produkt „Schwarzwälder Schinken“ sichergestellt.

Diese durchgängige Qualitätssicherung wäre nicht mehr gewährleistet, wenn Teile des Produktionsprozesses – vorliegend das Slicen – außerhalb des Gebietes „S1...“ durchgeführt würden.

3. Darüber hinaus liegt die Festlegung, wonach der gesamte Produktionsprozess für das Produkt „Schwarzwälder Schinken“ im Gebiet des S1... erfolgen muss, im wohl verstandenen Verbraucherinteresse, der gerade bei qualitativ hochwertigen und mit eigenem gesetzlichen Schutz normierten Produkten wie dem „Schwarzwälder Schinken“ (g. g. A.) die Gewähr dafür hat, dass der gesamte Produktionsprozess durch die zuständige Kontrollbehörde erfasst und sichergestellt wird.“

Gegen die vorgesehene Änderung der Spezifikation sind drei Einsprüche eingelegt worden.

Die Einsprechende zu 1 hat mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2007, eingegangen am 5. November 2007, Einspruch eingelegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sie sei in S2... ansässig und verarbeite seit über 20 Jahren Schwarzwälder Schinken zu SB-Aufschnittpackungen [„SB“ = Selbstbedienung, z. B. in Supermärkten]; der in S2... geslicte Schwarzwälder Schinken stamme aus ihrer Betriebsstätte im S1..., wo die weitere Einsprechende zu 2 Schwarzwälder Schinken für sie fertige. Durch die Eintragung wie beantragt wäre ihr die Herstellung und der Verkauf von geslictem Schinken in SB-Packungen nicht mehr möglich. Die Qualitäts- und Mengenplausibilitätskontrolle sei auch beim Slicen außerhalb des Herstellungsgebietes möglich.

Die Einsprechende zu 2 hat ihren mit Schriftsatz vom 8. November 2007 eingelegten und am 10. November 2007 eingegangenen Einspruch damit begründet, dass die derzeit mit der Qualitäts- und Mengenplausibilitätskontrolle betraute Firma L... auch Slicebetriebe außerhalb des S1... kontrollieren könne. Entscheidend für die Qualität des geslicten Produkts sei vorrangig die Qualität des Ausgangsproduktes, nicht hingegen der Standort des Slicebetriebes.

Die Einsprechende zu 3 ist ein großer Vermarkter von Fleischerzeugnissen. Sie ist selbst Mitglied des S..., hat aber gleichwohl mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2007, eingegangen am 6. Dezember 2007, Einspruch eingelegt. Hintergrund ist, dass sie in H.../N... ein zentrales Schneide- und Verpackungswerk betreibt, in dem zahlreiche Produkte, darunter auch Schwarzwälder Schinken, für den Weitervertrieb an den Einzelhandel geschnitten und verpackt werden. Darüber hinaus unterhält die Einsprechende zu 3 einen Betrieb in S3... im S1..., wo sie Schwarzwälder Schinken produziert.

Zur Begründung ihres Einspruchs hat sie u. a. ausgeführt, Art. 9 VO 510/2006 erlaube Änderungen der Spezifikation nur unter engen Voraussetzungen, was sich schon aus den Erwägungsgründen 12 und 15 zu der VO 510/2006 ergebe. Zudem stütze sich der Antrag allein auf organisatorische Probleme der Überwachung der Einhaltung der Spezifikation; die Organisation ausreichender Kontrollen falle aber nach Art. 10 VO 510/2006 in den Verantwortungsbereich der Mitgliedsstaaten und könne nicht durch eine entsprechende Spezifikationsänderung zu Lasten der Erzeuger und Verarbeiter des Produkts gehen. Die beabsichtigte Änderung führe zu einer Erweiterung des Schutzbereichs vergleichbar einer Ursprungsbezeichnung, ohne dafür den notwendigen Nachweis eines Qualitäts- oder Traditionszusammenhangs zu erbringen. Die nachträgliche Änderung der Spezifikation sei kein Mittel, unzureichende Qualitätskontrollen zu verbessern, vorliegend stelle die beabsichtigte Änderung eine ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkung dar. Eine solche Beschränkung könne nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (zu „Prosciutto di Parma“ und „Grana Padano“) nur auferlegt werden, wenn sie zur Erhaltung des Ansehens der geografischen Angabe erforderlich, verhältnismäßig und geeignet sei. Der Europäische Gerichtshof habe dies formuliert auf der Grundlage der umfangreichen, substantiell begründeten und präzisen Kontroll- und Qualitätsanforderungen der Produktionsschritte von Parmaschinken bzw. Grana Padano. Diese typischen Merkmale fehlten aber beim Verarbeiten von Schwarzwälder Schinken. Die Verarbeitung sei nie ein qualitätsbildendes Merkmal des Schwarzwälder Schinkens gewesen, da sich keinerlei typische, örtliche Verfahren zum Schneiden und Verpacken entwickelt hätten. Es sei vielmehr geübte Praxis, dass der Schinken von Betrieben außerhalb des Schutzgebietes geschnitten und verpackt werde. Ein Erfordernis, die Spezifikation zu ändern, bestehe nicht; der Antragsteller habe auch keine detaillierteren Angaben zu den beim Aufschneidevorgang erforderlichen Kontrollmaßnahmen gemacht.

Der Antragsteller hat zu den Einsprüchen Stellung genommen und auf die Missbrauchsgefahr sowie die Kontrollschwierigkeiten beim Slicen außerhalb des Herkunftsgebiets hingewiesen. Wirtschaftliche Nachteile seien nicht zu befürchten, da

jede größere, mittelständisch organisierte Metzgerei über eine eigene Sliceanlage verfüge. Das Slicen erfolge im Herkunftsgebiet ausschließlich auf einer für Schwarzwälder Schinken bestimmten Anlage, so dass die Kontamination mit einer für diesen Schinken unspezifischen Keimflora wie z. B. Hefen vermieden werde. Das Schneiden im Herstellerbetrieb habe auch den Vorteil, dass eventuelle Qualitätsabweichungen des zu schneidenden Schinkens vom fachkundigen Personal erkannt würden. Es seien dieselben Anforderungen wie beim Schneiden und Verpacken des Parmaschinkens zu beachten. Zur Einhaltung der sensorischen und hygienischen Qualität und zur Sicherung der Authentizität des Schwarzwälder Schinkens dürfe das Schneiden und Verpacken nur im Schutzgebiet erfolgen.

Mit Beschluss vom 5. Dezember 2008 hat die Markenabteilung 3.2. des DPMA den Änderungsantrag, soweit er sich auf die Angaben zum Schneiden und Verpacken bezieht, zurückgewiesen, weil er der VO 510/2006 nicht entspreche. Zur Begründung hat die Markenabteilung ausgeführt, für die damit angestrebte Beschränkung dieser Vorgänge auf das Herstellungsgebiet des Schwarzwälder Schinkens enthalte der Antrag keine ausreichende Rechtfertigung im Sinne der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu „Prosciutto di Parma“. Beim Aufschneiden und Verpacken eines Schinkens handle es sich zwar um wichtige Vorgänge, die die Qualität des Erzeugnisses mindern, die Garantie der Echtheit gefährden und damit auch dem Ansehen der geschützten geografischen Angabe schaden könnten. Der Antragsteller verfolge mit der Änderung der Spezifikation das Ziel, mittels einer durchgängigen Kontrolle des gesamten Produktionsablaufs, einschließlich des Slicens und Verpackens, durch die zuständige Kontrolleinrichtung die Einhaltung der Qualitätsmerkmale des Schwarzwälder Schinkens und seine Authentizität zu gewährleisten. Bei den hierfür im Änderungsantrag vorgesehenen Maßnahmen handle es sich jedoch weitgehend um Anforderungen und Hygienestandards, die beim Aufschneiden und Verpacken von Rohschinken allgemein gelten würden und keinen Bezug zum Produkt „Schwarzwälder Schinken“ hätten. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass die Einhaltung dieser Vorgaben auch von anderen Kontrollstellen in Deutschland und auch in anderen

Mitgliedstaaten der Europäischen Union wirksam überwacht werden könne. Dies gelte auch hinsichtlich der in der Spezifikation genannten überprüfbaren Eigenschaften des ganzen Schinkens. Insbesondere erscheine eine nachhaltige Durchführung der für die Authentizität des Schinkens maßgeblichen Herkunftskontrollen auch außerhalb des Erzeugungsgebiets möglich, etwa durch Vergleich mit den in den Erzeugerbetrieben vorgenommenen Mengenplausibilitätskontrollen und entsprechenden weiteren Vorgaben, die die Rückverfolgbarkeit ermöglichten. Nach Art. 10 und 11 VO 510/2006 müsse in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union flächendeckend eine effektive Kontrolle der Einhaltung der Spezifikation gewährleistet werden; auch im Erzeugungsgebiet liege die Kontrolle nicht in einer Hand. Der vorliegende Sachverhalt unterscheide sich insoweit erheblich von den Bedingungen, die für die Verarbeitung des „Prosciutto di Parma“ gelten. In der betreffenden Spezifikation seien nämlich die einzelnen Schritte der Verarbeitung und die damit einhergehenden ständigen (internen) Qualitätskontrollen sehr detailliert und streng geregelt. Deren Überwachung umfasse daher auch eingehende technische Maßnahmen und setze ein besonderes Fachwissen und spezielle Kenntnisse der Produkteigenschaften voraus, so dass eine Kontrolle außerhalb des Erzeugungsgebietes nicht die gleiche Garantie für die Qualität und Echtheit des Schinkens gebe. Vorliegend sei nicht der erforderliche Nachweis erbracht, dass die beantragte Beschränkung des Schneidens und Verpackens auf das abgegrenzte geografische Gebiet ein erforderliches und verhältnismäßiges Mittel darstelle, um das Ansehen des Schwarzwälder Schinkens zu erhalten. Dies könne auch durch weniger einschneidende Maßgaben für die Verarbeitung erreicht werden.

Gegen den die Änderung zurückweisenden Teil des Beschlusses hat der Antragsteller Beschwerde eingelegt.

Mit Beschluss vom 13. Oktober 2011 (veröffentlicht in GRUR 2012, 398) hat das vorliegende Gericht den Beschluss der Markenabteilung 3.2. des DPMA aufgehoben und festgestellt, dass der Änderungsantrag in der am 10. August 2007 veröf-

fentlichten Fassung den Anforderungen der VO 510/2006 entspricht. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auffassung der Markenabteilung 3.2. des DPMA zwar darin beizutreten sei, dass die beantragte Änderung der Spezifikation unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung nicht gerechtfertigt sei; die in der Spezifikation insoweit vorgesehenen Maßnahmen bewegten sich im Rahmen dessen, was üblicherweise bei der Verarbeitung von Fleischerzeugnissen zu beachten sei. Nicht zu überzeugen vermöge der angefochtene Beschluss der Markenabteilung hingegen, soweit Fragen der Rückverfolgbarkeit und der Effektivität der Kontrolle im Raum stünden. Soweit die Markenabteilung – wie von der Einsprechenden zu 3 vorgetragen – darauf abstelle, dass gemäß Art. 10 und 11 VO 510/2006 in allen Mitgliedstaaten der Union flächendeckend eine effektive Kontrolle der Einhaltung der Spezifikation gewährleistet werden müsse, könne dies der beantragten Änderung nicht entgegenstehen. Denn bei dieser Argumentation bleibe unberücksichtigt, dass Art. 4 Abs. 2 Buchst. e VO 510/2006 die Gewährleistung des Ursprungs des Erzeugnisses, d. h. seiner Rückverfolgbarkeit, sowie die Gewährleistung einer effektiven Kontrolle explizit als Rechtfertigungsgründe für beschränkende Maßnahmen der vorliegenden Art nenne. Der europäische Gesetzgeber gehe somit offensichtlich davon aus, dass eine effektive Kontrolle nicht nur nach Maßgabe des in den Art. 10 und 11 VO 510/2006 vorgesehenen Kontrollsystems, sondern auch durch zusätzliche Kontrollen im Herkunftsgebiet und entsprechende geeignete Angaben bzw. Beschränkungen in der Produktspezifikation gewährleistet werden könne. Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Art. 10 und 11 VO 510/2006 stünden solchen Beschränkungen also nicht entgegen.

Dass die Verlagerung der weiteren Verarbeitungsschritte des Schneidens und Verpackens in das Herkunftsgebiet unter dem Gesichtspunkt der Rückverfolgbarkeit und der Kontrolleffektivität sinnvoll sei, zeige auch die ab 1. Juli 2012 geltende Verordnung (EU) Nr. 931/2011 vom 19. September 2011 über die mit der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates festgelegten Rückverfolgbarkeitsanforderungen an Lebensmittel tierischen Ursprungs

(ABl. EU Nr. L 242 vom 20.9.2011, S. 2). Im Erwägungsgrund 4 zu dieser Verordnung sei ausgeführt, dass sich in Lebensmittelkrisen der Vergangenheit gezeigt habe, dass die Buchführung nicht immer ausreiche, um verdächtige Lebensmittel vollständig verfolgen zu können. Die Erfahrung mit der Durchführung der einschlägigen Verordnungen habe gezeigt, dass Lebensmittelunternehmer nicht grundsätzlich über die Informationen verfügten, die erforderlich seien, um zu gewährleisten, dass ihre Systeme zur Ermittlung der Handhabung oder Lagerung von Lebensmitteln angemessen seien, vor allem im Bereich der Lebensmittel tierischen Ursprungs. Dies habe in diesem Sektor zu unnötig hohen wirtschaftlichen Verlusten geführt, weil die Lebensmittel nicht rasch und uneingeschränkt rückverfolgbar gewesen seien.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund habe es bei der grundsätzlichen Klarstellung des Europäischen Gerichtshofs zu verbleiben, wonach Kontrollen vor Ort unter der Verantwortung der Inhaber der Bezeichnung grundsätzlich vorzugswürdig seien, da Kontrollen außerhalb des Erzeugungsgebiets weniger Garantien für die (Qualität und) Echtheit des Erzeugnisses böten (unter Hinweis auf EuGH GRUR 2003, 616, 620 [Nr. 75] - Prosciutto di Parma). Das gelte auch im vorliegenden Fall. Wenn Schwarzwälder Schinken außerhalb des Erzeugungsgebietes geschnitten und verpackt werden dürfe, so erfolge der Transport des Produkts an beliebige Verarbeitungsstätten, wobei auch mehrfache Verkäufe dazwischengeschaltet sein könnten. Die Handelswege könnten dadurch sehr unübersichtlich werden, was eine effektive Kontrolle nahezu unmöglich machen könne. Hinzu komme, dass es einem geschnittenen Produkt kaum mehr anzusehen sei, ob es sich um echten Schwarzwälder Schinken handele oder nicht. Es erscheine vor diesem Hintergrund nicht möglich, die Echtheit des Produkts zweifelsfrei zu gewährleisten. Die vom Antragsteller vorgesehene Rückverlagerung dieser Schritte in das Herkunftsgebiet zusammen mit den entsprechenden Kontrollen vor Ort sei daher eine erforderliche und unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen auch verhältnismäßige Maßnahme zur Gewährleistung der Echtheit des verarbeiteten Schwarzwälder Schinkens.

Gegen diesen Beschluss hat die Einsprechende zu 3 Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Mit Beschluss vom 3. April 2014 (veröffentlicht in GRUR 2014, 1132) hat der Bundesgerichtshof den vorgenannten Beschluss des vorlegenden Gerichts vom 13. Oktober 2011 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das vorlegende Gericht zurückverwiesen, weil dieses den Anspruch der Einsprechenden zu 3 auf rechtliches Gehör verletzt habe.

Die Einsprechende zu 3 habe vorgetragen, beim Schwarzwälder Schinken gebe es – anders als in dem vom Europäischen Gerichtshof in dem Verfahren „Prosciutto di Parma“ zu beurteilenden Sachverhalt – keine produktspezifischen Besonderheiten, die es erforderlich machten, den Vorgang des Schneidens und Verpackens zum Schutz des Rufs des Produktes einer eingehenden Kontrolle zu unterwerfen. Der Änderungsantrag enthalte keinerlei Anforderungen an die Verarbeitung, die spezifisches fachmännisches Wissen in Bezug auf Schwarzwälder Schinken voraussetzten und die daher eine Kontrolle im Schutzgebiet rechtfertigen könnten. Es sei auch nicht ersichtlich, warum das Risiko, dass anderer Schinken als Schwarzwälder Schinken geschnitten werde, außerhalb des Schutzgebietes größer sei als innerhalb des Schutzgebietes. Die Einsprechende zu 3 habe ferner vorgetragen, dass bereits durch die allgemeinen lebensmittelrechtlichen und hygienischen Anforderungen an die Fleischverarbeitung sowie die von dem weit überwiegenden Anteil der Lieferanten des Einzelhandels freiwillig geübten Anforderungen höchste Kontrollintensität und Rückverfolgbarkeit gewährleistet seien. In Deutschland fordere das QS-System [QS = Qualitätssicherung], dem mehr als 120.000 Systempartner – unter diesen der größte Teil der Fleischwarenindustrie – angehörten, ohnehin eine Rückverfolgbarkeit über sämtliche Herstellungs- und Handelsstufen hinweg. Die Einhaltung des Systems werde im Rahmen von zweijährigen Audits sowie im Wege unangemeldeter Stichprobenkontrollen überprüft. Die Rückverfolgbarkeit von Schwarzwälder Schinken sei zudem aufgrund der Bestimmung des Art. 18 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 zur

Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit sichergestellt.

Mit diesem Vorbringen, das den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags der Einsprechenden zu 3 betreffe, habe sich der Senat [d. h. das vorlegende Gericht] nicht auseinandergesetzt. Das genannte Vorbringen sei auch entscheidungserheblich und für das Verfahren von zentraler Bedeutung. Nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. e der VO 2081/92, der zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags beim DPMA gegolten habe und an dessen Stelle zunächst Art. 4 Abs. 2 Buchst. e der VO 510/2006 getreten sei, der nunmehr durch Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012 abgelöst sei, müsse der Antragsteller eine hinreichende produktspezifische Rechtfertigung dafür liefern, dass die Aufmachung in dem abgegrenzten geografischen Gebiet erfolgen muss, um die Qualität zu wahren oder den Ursprung oder die Kontrolle zu gewährleisten. Dabei sei dem Unionsrecht, insbesondere den Vorschriften über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr, Rechnung zu tragen (Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012, zuvor Art. 8 und Erwägungsgrund 8 der Verordnung (EG) Nr. 1898/2006 der Kommission vom 14.12.2006 mit Durchführungsbestimmungen zur VO 510/2006). Die beantragte Änderung betreffe eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 29 EGV/Art. 35 AEUV (unter Hinweis auf EuGH GRUR 2003, 616 [Nr. 59] - Prosciutto di Parma). Ihre Zulässigkeit setze wegen der Auswirkungen auf den freien Warenverkehr voraus, dass die Maßnahme zur Erhaltung des Ansehens der geografischen Angabe oder der Ursprungsbezeichnung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sei (unter Hinweis auf EuGH GRUR 2003, 616 [Nr. 66] - Prosciutto di Parma).

Es sei nicht ausgeschlossen, dass der Senat [d. h. das vorlegende Gericht] bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens zu der Erkenntnis gelangt wäre, dass die Erfordernisse des Aufschneidens und Verpackens im Schutzgebiet für die Gewährleistung des Ursprungs oder der Kontrolle nicht erforderlich, jedenfalls

aber mit Blick auf die notwendige Abwägung mit dem betroffenen Schutzgut der Waren- und Dienstleistungsfreiheit nicht verhältnismäßig seien. Dies gelte umso mehr, als der Senat [das vorlegende Gericht] angenommen habe, dass der Gesichtspunkt der Qualitätssicherung die beanstandete Änderung der Spezifikation nicht zu rechtfertigen vermöge.

Nach Rückkunft der Akten am 30. September 2014 hat das vorlegende Gericht am 15. Januar 2015 eine mündliche Verhandlung mit den Beteiligten durchgeführt und auf übereinstimmenden Antrag beschlossen, im schriftlichen Verfahren zu entscheiden. Im wieder eröffneten Beschwerdeverfahren vor dem vorlegenden Gericht haben die Beteiligten ihre jeweiligen Standpunkte schriftsätzlich vertieft. Auf Einzelheiten wird im Zusammenhang mit den Vorlagefragen eingegangen.

II. Rechtliche Würdigung und Vorlagefragen

A. Vorbemerkung

Der Rechtsstreit zeigt in exemplarischer Schärfe einen Grundkonflikt bei der Vermarktung von Erzeugnissen mit g. g. A. (oder auch mit einer g. U.) auf, die nicht nur – wie es häufig der Fall ist – regionale Bedeutung haben, sondern in großen Mengen produziert und überregional konsumiert werden.

Der Antragsteller hat in der Begründung zum Änderungsantrag ausgeführt, dass sich das Verbraucherverhalten in den letzten Jahrzehnten erheblich gewandelt habe. Schwarzwälder Schinken ist ein – jedenfalls in Deutschland – beliebtes Produkt, das vom Verbraucher aber nur zum Teil als Frischware in Metzgereien gekauft wird. Erhebliche Mengen werden dagegen in vorgeschnittener und verpackter Form über Supermärkte und auch Discounter abgesetzt. Darin stimmen die Verfahrensbeteiligten im Grundsatz überein. So hat der Antragsteller auf Nachfrage des vorlegenden Gerichts angegeben, dass nach Auskunft von sieben maßgeblichen Herstellern von Schwarzwälder Schinken im Verband des Antragstellers

schätzungsweise 69% des Erzeugnisses als Schnittware verkauft werden. Die Einsprechende zu 3 hat mitgeteilt, dass etwa ein Drittel der Produktion, nämlich jährlich ca. ... Tonnen Schwarzwälder Schinken außerhalb des Herstellungsgebietes geschnitten und verpackt würden. Dies entspreche einem Handelsvolumen im ...- oder ...stelligen ...bereich. Damit stellen – wie der Antragsteller in der Antragsbegründung im Ausgangspunkt zutreffend ausführt – das Schneiden und Verpacken wirtschaftlich wesentliche Teile des Produktionsprozesses dar.

Auf der anderen Seite führt gerade die starke Nachfrage nach vorgeschnittener und verpackter Ware dazu, dass große Weiterverarbeiter von Fleischerzeugnissen wie z. B. die Einsprechende zu 3 ein Erzeugnis wie Schwarzwälder Schinken in ihr Produktionsprogramm aufnehmen und in zentralen Schneide- und Verpackungsbetrieben verarbeiten.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich einerseits das Bestreben der Erzeuger des Ausgangsprodukts – hier des Schwarzwälder Schinkens –, das verbrauchsfertige Konfektionieren der Ware in das Herstellungsgebiet zu verlagern. Andererseits stellt dies, wenn es zu einer solchen Rückverlagerung kommt, zentrale Weiterverarbeiter wie die Einsprechende zu 3 vor die Wahl, entweder ein erfolgreiches und wichtiges Erzeugnis wie Schwarzwälder Schinken aus dem Angebot zu nehmen oder aber dezentral im Herstellungsgebiet zu verarbeiten oder verarbeiten zu lassen, was zwangsläufig zu Kostensteigerungen führt.

B. Rechtlicher Rahmen

Der Europäische Gerichtshof hat sich mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in der Spezifikation für ein Erzeugnis mit einer ggü. vorgeschrieben werden darf, dass das Erzeugnis im Ursprungsgebiet konfektioniert, z. B. aufgeschnitten und verpackt, werden muss, in seinem Urteil vom 20. Mai 2003 (Rechtssache C-108/01) befasst, die zu der g. U. „Prosciutto di

Parma“ ergangen ist (in Deutschland z.B. veröffentlicht in GRUR 2003, 616); am gleichen Tag ist in der Rechtssache C-469/00 ein Urteil ergangen, das vergleichbare Fragen beim Reiben und Verpacken von Käse mit der g. U. „Grana Padano“ betraf (in Deutschland z. B. veröffentlicht in GRUR 2003, 609).

Zu dieser Zeit war in der damals geltenden VO 2081/92 keine besondere Vorschrift enthalten, die entsprechende Regelungen in der Spezifikation ausdrücklich erlaubt oder verboten hätte. Vor diesem Hintergrund hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine Vorschrift in der Spezifikation, wie sie auch im vorliegenden Fall beansprucht wird, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 29 EG [nunmehr Art. 35 AEUV] darstelle (a. a. O., Nr. 59). Sie könne aber gleichwohl mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein, wenn nachgewiesen werde, dass die Beschränkung ein erforderliches und verhältnismäßiges Mittel darstelle, um das Ansehen der ggü. zu erhalten (a. a. O. Nr. 66).

Nahezu zeitgleich mit den genannten Urteilen des Gerichtshofes ist die VO 2081/92 durch Art. 1 Nr. 2 der Verordnung (EG) Nr. 692/2003 vom 8. April 2003 (ABl. EU Nr. L 99 vom 17.4.2003, S. 1) geändert worden. Nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. e VO 2081/92 in der geänderten Fassung konnte die Spezifikation Angaben enthalten

„über die Aufmachung, wenn die antragstellende Vereinigung unter Angabe von Gründen festlegt, dass die Aufmachung in dem abgegrenzten geographischen Gebiet erfolgen muss, um die Qualität zu wahren oder um die Rückverfolgbarkeit oder Kontrolle zu gewährleisten.“

Diese Vorschrift ist nahezu wortgleich in die VO 510/2006 übernommen worden, die die VO 2081/92 zum 20. März 2006 aufgehoben und ersetzt hat; sie lautete:

„über die Aufmachung, wenn die antragstellende Vereinigung [...] unter Angabe von Gründen festlegt, dass die Aufmachung in dem abgegrenzten geografischen Gebiet erfolgen muss, um die Qualität zu wahren oder um den Ursprung oder die Kontrolle zu gewährleisten.“

Es wurde somit lediglich das Wort „Rückverfolgbarkeit“ durch „Ursprung“ ersetzt. Eine sachliche Änderung war damit aber offensichtlich nicht beabsichtigt oder eingetreten.

In der Verordnung (EG) Nr. 1898/2006 der Kommission vom 14. Dezember 2006 mit Durchführungsbestimmungen zur VO 510/2006 war darüber hinaus im 8. Erwägungsgrund ausgeführt:

„Sind das Verpacken eines Agrarerzeugnisses oder Lebensmittels oder Arbeitsvorgänge, die seine Aufmachung betreffen, z. B. Schneiden oder Reiben, auf ein bestimmtes geografisches Gebiet beschränkt, so stellt dies eine Beschränkung des freien Warenverkehrs und des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes können solche Beschränkungen nur vorgeschrieben werden, wenn sie zur Erhaltung des Ansehens der geografischen Angabe oder der Ursprungsbezeichnung erforderlich, verhältnismäßig und geeignet sind. Solche Beschränkungen sind zu rechtfertigen.“

Dazu regelte Art. 8:

„Legt eine antragstellende Vereinigung in der Produktspezifikation fest, dass die Aufmachung des Agrarerzeugnisses oder Lebensmittels gemäß Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe e) der VO 510/2006 in dem abgegrenzten geografischen Gebiet stattfinden muss, so sind solche produktspezifischen Beschränkungen des freien Warenverkehrs und des freien Dienstleistungsverkehrs zu rechtfertigen.“

Mit Wirkung vom 3. Januar 2013 ist die Grundverordnung 510/2006 aufgehoben und durch die jetzt geltende VO 1151/2012 ersetzt worden. Die Nachfolgebestimmung zu Art. 4 Abs. 2 Buchst. e VO 510/2006 findet sich in Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012. Danach kann die Produktspezifikation enthalten

„Angaben über die Aufmachung, wenn die antragstellende Vereinigung dies so festlegt und eine hinreichende produktspezifische Rechtfertigung dafür liefert, warum die Aufmachung in dem abgegrenzten geografischen Gebiet erfolgen muss, um die Qualität zu wahren, den Ursprung oder die Kontrolle zu gewährleisten; dabei ist dem Unionsrecht, insbesondere den Vorschriften über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr, Rechnung zu tragen.“

Während der Hinweis auf den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr schon vorher in dem zitierten 8. Erwägungsgrund zu der Verordnung (EG) Nr. 1898/2006 enthalten war, ist das Erfordernis einer hinreichenden *produktspezifischen Rechtfertigung* in den Vorgängervorschriften so nicht explizit enthalten gewesen. Art. 8 Verordnung (EG) Nr. 1898/2006 hatte vielmehr eine *Rechtfertigung der produktspezifischen Beschränkungen* verlangt. Das ist nicht ohne weiteres dasselbe.

C. Zu Frage 1:

In Anbetracht dieses rechtlichen Rahmens und der ungewöhnlich langen Dauer des vorliegenden Verfahrens stellt sich für das vorlegende Gericht zunächst die Frage, nach welchen Vorschriften über den Änderungsantrag zu entscheiden ist. Nicht in Betracht kommt dabei nach Auffassung des vorlegenden Gerichts allerdings eine Entscheidung auf der Grundlage der VO 2081/92 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 692/2003. Zwar ist der ursprüngliche Änderungsantrag am 23. März 2005 und damit noch unter der Geltung der genannten Verordnung gestellt worden. Der Antrag ist aber mit der am 15. Februar 2007 eingegangenen Eingabe erheblich geändert worden, so dass insoweit allenfalls eine Anwendung

der zu diesem Zeitpunkt in Kraft stehenden VO 510/2006 in Betracht kommt. So hat auch die Kommission der Europäischen Union die nicht umstrittenen Teile des Änderungsantrags nach der VO 510/2006 veröffentlicht (ABl. EU Nr. C 274 vom 11.9.2012, S. 2). Das vorliegende Gericht ist allerdings der Meinung, dass über den jetzt noch verfahrensgegenständlichen Teil des Antrags auf Basis der geltenden VO 1151/2012 entschieden werden muss. Davon geht offensichtlich auch der Bundesgerichtshof aus (vgl. BGH GRUR 2014, 1132 [Nr. 25] – Schwarzwälder Schinken), wobei das vorliegende Gericht nach nationalem Verfahrensrecht (§ 89 Abs. 4 Satz 2 MarkenG) im wieder eröffneten Beschwerdeverfahren an diese Vorgabe ohnehin gebunden ist, sofern nicht der Europäische Gerichtshof die Vorlagefrage in anderem Sinne beantwortet.

Die Frage, welche Verordnung anzuwenden ist, kann von entscheidungserheblicher Bedeutung sein, weil – wie unter B. ausgeführt – das in Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012 vorgesehene Erfordernis einer *produktspezifischen* Rechtfertigung in der VO 510/2006 nicht, jedenfalls nicht explizit enthalten war.

Für eine Anwendung der geltenden VO 1151/2012 sprechen folgende Erwägungen:

Die VO 510/2006 ist durch Art. 58 Abs. 1 Unterabs. 1 VO 1151/2012 aufgehoben worden; eine besondere Übergangsvorschrift ist – mit Ausnahme des hier nicht einschlägigen Art. 58 Abs. 1 Unterabs. 2 VO 1151/2012 – nicht vorgesehen. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass sich an das Verfahren auf mitgliedstaatlicher Ebene ein Verfahren vor der Kommission der Europäischen Union anschließt (Art. 49 Abs. 4 und Art. 50 bis 52 VO 1151/2012). Die Kommission aber hat über den Antrag jedenfalls auf der Grundlage der zum Zeitpunkt des Eingangs des Antrags *bei ihr* geltenden Regelung zu befinden. Davon geht auch die Kommission aus, die die nicht umstrittenen Teile des Änderungsantrags nach Maßgabe der jetzt geltenden VO 1151/2012 genehmigt hat (vgl. die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 561/2013 der Kommission zur Genehmigung einer nicht geringfügigen

Änderung der Spezifikation einer im Register der geschützten Ursprungsbezeichnungen und der geschützten geografischen Angaben eingetragenen Bezeichnung [Schwarzwälder Schinken, g. g. A.], ABl. EU Nr. L 167 vom 19.6.2013, S. 8). Vor diesem Hintergrund wäre es nicht sachdienlich, auf das mitgliedstaatliche Vorverfahren das zum Zeitpunkt der Antragstellung bei der nationalen Behörde geltende Recht anzuwenden.

Dem könnte allerdings entgegenstehen, dass der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die absolute oder relative Schutzfähigkeit einer Unionsmarke auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Anmeldung der Marke geltenden Rechts prüft (vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 9.9.2010, C-265/09, GRUR 2010, 1096 – HABM/BORCO; Urteil vom 2.9.2010, C-254/09, GRUR 2010, 1098 – Calvin Klein/HABM). Zu bedenken ist jedoch, dass der Anmeldung einer Marke im vorliegenden Verfahren – wenn man diesen Vergleich anstellen kann – die Einreichung des Änderungsantrages bei der Kommission gemäß Art. 49 Abs. 4 VO 1151/2012 entsprechen würde, nicht aber das Datum der nationalen Antragstellung. Nur dieses Datum der Antragstellung bei der Kommission ist auch im Verhältnis von g. U./g. g. A. zu etwaigen kollidierenden Marken maßgeblich, bestimmt also gleichsam die Priorität der ggü./g. g. A. (Art. 14 VO 1151/2012).

Da somit vieles dafür spricht, dass auf den vorliegenden Änderungsantrag die jetzt geltende VO 1151/2012 anzuwenden ist, hat das vorlegende Gericht seinen Fragenkatalog vorrangig im Hinblick auf die VO 1151/2012 formuliert.

D. Zu den Sachfragen

1. Zu Frage 2.1:

Die Vorlagefrage 2.1 bezieht sich auf die in der beantragten Änderung aufgeführten Gründe für eine Verlagerung der Vorgänge des Schneidens und Verpackens von Schwarzwälder Schinken in das Herstellungsgebiet unter dem Gesichtspunkt

der Qualitätssicherung des Erzeugnisses (vgl. Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012: „... um die Qualität zu wahren ...“). Der Änderungsantrag führt insoweit zwei Rechtfertigungsgründe an; darauf beziehen sich die Teilfragen a) und b).

a) Zu Frage 2.1 a):

Als ersten Rechtfertigungsgrund führt der Änderungsantrag an, dass ein unsachgemäßer Transport in andere Gebiete sich schädlich auf den authentischen Geschmack sowie auf die authentische Qualität und auf die Haltbarkeit des Erzeugnisses auswirken kann. Dies ist für sich gesehen zweifellos zutreffend. Trotzdem kann nach Auffassung des vorlegenden Gerichts die beantragte Änderung der Spezifikation nicht auf diese Weise gerechtfertigt werden. Zum einen kann nicht generell von einem unsachgemäßen Transport ausgegangen werden; vielmehr werden die Weiterverarbeiter von Schwarzwälder Schinken im eigenen Interesse Wert darauf legen, dass sich der Transport nicht negativ auf das Erzeugnis auswirkt. Zum andern betrifft die Gefahr eines unsachgemäßen Transportes jedes Erzeugnis, ob mit oder ohne g. U. oder g. g. A.. Die beantragte Änderung enthält auch keinerlei Vorgaben für den Transport, die etwaigen Beeinträchtigungen des Erzeugnisses vorbeugen könnten. Darauf hat die Einsprechende zu 3 zutreffend hingewiesen. Es handelt es sich also jedenfalls nicht um eine produktspezifische Rechtfertigung.

Obwohl das vorlegende Gericht somit eigentlich keine Zweifel hat, dass die Vorlagefrage verneint werden muss, besteht Veranlassung, sie dennoch zu stellen. Die Kommission der Europäischen Union hat nämlich vergleichbare Begründungen für eine Verlagerung der Aufmachungsvorgänge in das Herstellungsgebiet durchaus schon akzeptiert. So ist z. B. in der Spezifikation für das Erzeugnis „Bresaola della Valtellina“ (g. g. A.) unter Punkt 3.6. ausgeführt:

„Aufschneiden, Portionieren und Verpacken müssen in dem ... Erzeugungsgebiet erfolgen, damit die Integrität des Erzeugnisses und damit die Qualität des Endprodukts nicht durch Änderungen der Temperatur und der Luftfeuchtigkeit während des Transports beeinträchtigt werden“ (ABl. EU Nr. C 321 vom 26.11.2010, S. 25).

Eine vergleichbare Bestimmung findet sich in der Spezifikation für das Erzeugnis „Cipolla bianca di Margherita“ (g. g. A.) unter Punkt 3.5.:

„Die Verpackung des Erzeugnisses muss unmittelbar nach der Ernte in dem ... angegebenen Gebiet erfolgen, eine spätere Umverpackung außerhalb des geografischen Gebiets ist nicht zulässig, damit es beim Transport oder bei übermäßiger Handhabung des losen Erzeugnisses nicht zu mechanischen Beschädigungen wie Druckstellen oder Rissen kommt. Solche Schäden könnten zu Schimmelbildung und Konsistenzverlusten führen und die Qualität von „Cipolla bianca di Margherita“ beeinträchtigen“ (ABl. EU Nr. C 189 vom 6.6.2015, S. 18).

Dass ein Fleischerzeugnis wie „Bresaola della Valtellina“ durch eine falsche Temperatur während des Transports beeinträchtigt werden kann oder dass sich an Zwiebeln, wenn sie z. B. geworfen werden, Druckstellen bilden und es zu Schimmelbildung kommen kann, sind aus Sicht des vorlegenden Gerichts Selbstverständlichkeiten. Im Übrigen enthalten auch diese Beispiele keinerlei weitere Vorgaben für einen produktspezifisch-sachgemäßen Transport. Wenn dies aber nach Ansicht der Kommission gleichwohl als produktspezifische Rechtfertigung ausreicht, müsste dies auch für den vorliegenden Änderungsantrag gelten. In diesem Fall wäre die Vorlagefrage also zu bejahen.

2. Zu Frage 2.1 b):

Als zweiten Rechtfertigungsgrund unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung macht die beantragte Änderung der Spezifikation eine Reihe von Vorgaben, die beim Schneiden und Verpacken von Schwarzwälder Schinken im Herstellungsbereich zu beachten sind, nämlich:

- „- Schinken, die die Produktspezifikationen nicht erfüllen, sind vor dem Slicen auszusortieren.
- Eine Scheibendicke von nicht mehr als 1,3 mm ist einzuhalten.
- Bei Packungen mit dünnen Scheiben ist aufgrund des höheren Zerkleinerungsgrades das Übertragungsrisiko unerwünschter Keime erhöht. Werden solche Packungen mit einer Haltbarkeit von mehr als 30 Tagen hergestellt, ist die Aromapackung mit einem X CO₂-Anteil zur mikrobiologischen Stabilisierung verpflichtend.
- Auf den Anlagen zum Slicen von Schwarzwälder Schinken sollte ausschließlich dieses Produkt geschnitten werden; andernfalls sind geeignete Vorkehrungen zu treffen, um einer Übertragung von Stoffen, die für Schwarzwälder Schinken untypisch sind, entgegen zu wirken. Insbesondere dürfen Produkte, die naturschimmelbehaftet sind, nicht auf Anlagen geschnitten werden, die zum Schneiden von Schwarzwälder Schinken verwendet werden, es sei denn, dass diese Anlagen vor dem Schneiden von Schwarzwälder Schinken gründlich gereinigt und desinfiziert werden.
- Die bakteriologische Betriebsüberwachung der Räume, Maschinen und sonstiger für das Schneiden der Schinken zu verwendender Geräte, technischer Betriebsvorrichtungen und Einrichtungen ist für die Gewährleistung optimaler Qualitäts- und Produktsicherheit erforderlich. Die Kontrolleinrichtung legt in Abstimmung mit den Fachbehörden und gemeinsam mit den Produzenten von Schwarzwälder Schinken sowie dem S...

e. V. unter Berücksichtigung des jeweiligen wissenschaftlichen Erkenntnisstandes mikrobiologische Werte fest, die von den Herstellern einzuhalten sind und von der Kontrolleinrichtung bei den von ihr durchgeführten Betriebskontrollen geprüft werden.“

Dass Schinken, die nicht der Produktspezifikation entsprechen, vor dem Slicen (Schneiden) auszusortieren sind, ist selbstverständlich, weil das verarbeitete Produkt andernfalls nicht mit der g. g. A. „Schwarzwälder Schinken“ gekennzeichnet werden dürfte. Eine Scheibendicke von nicht mehr als 1,3 mm ist nach Auffassung des vorliegenden Gerichts handelsüblich. Etwas anderes hat auch der Antragsteller nicht behauptet. Alle weiteren Vorgaben gehen nicht über die geltenden Maßstäbe der Lebensmittelhygiene hinaus. In diesem Sinne hat sich das vorliegende Gericht schon in seinem ersten Beschluss vom 13. Oktober 2011 geäußert. Der Antragsteller ist dieser Einschätzung auch nicht entgegengetreten.

Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von der Sachlage, die dem oben erwähnten Urteil des Gerichtshofes vom 20. Mai 2003 in der Rechtssache C-108/01 (GRUR 2003, 616 - Prosciutto di Parma) zugrunde lag. So durften im damaligen Fall z.B. nicht alle spezifikationsgemäßen Schinken auch geschnitten werden, sondern nur Keulen, die bestimmte, strengere Zusatzanforderungen erfüllten, insbesondere in Bezug auf Gewicht, Reifezeit, Wasseraktivität, Feuchtigkeitsgehalt und Fehlen sichtbarer Mängel (s. im Einzelnen das angeführte Urteil Nr. 71-73). Für einige der Verarbeitungsschritte bedurfte es fachmännischer, also auf das spezifische Produkt bezogener Beurteilungen (vgl. das angeführte Urteil Nr. 74).

Vor diesem Hintergrund hat das vorliegende Gericht auch insoweit keine Zweifel, dass die Vorlagefrage 2.1 b) – ebenso wie die Frage 2.1 a) – verneint werden muss. Dennoch besteht Veranlassung, die Frage zu stellen. Die Kommission der Europäischen Union hat nämlich wiederum vergleichbare Begründungen für eine

Verlagerung der Aufmachungsvorgänge in das Herstellungsgebiet bereits in einer Reihe von Fällen akzeptiert.

So ist z. B. unter Punkt 3.6 der Spezifikation für das Erzeugnis „Speck Alto Adige/Südtiroler Markenspeck/Südtiroler Speck“ (g. g. A.) als Begründung lediglich angeführt worden:

„... damit dem Endverbraucher die Beibehaltung des charakteristischen Geschmacksprofils und der feinen Note des Specks garantiert wird“ (ABI. EU Nr. C 119 vom 16.4.2011, S. 22).

Im Eintragungsantrag für das Erzeugnis „Coppa di Parma“ (g. g. A.) wird als Begründung für das Schneiden und Verpacken im Ursprungsgebiet angegeben:

„Da dieses empfindliche Erzeugnis ... beim Aufschneiden und Verpacken belastenden Einflüssen ausgesetzt sein kann, dürfen diese Vorgänge nur von Personal mit spezifischen Kenntnissen des Produkts durchgeführt werden. Insbesondere ist auf einen möglichst kurzen Luftkontakt der einzelnen Scheiben zu achten, da diese sich sonst braun verfärben“ (ABI. EU Nr. C 37 vom 5.2.2011, S. 26).

Dass sich Fleisch- und Wurstwaren bei längerem Luftkontakt verfärben, ist jedem Verbraucher und erst recht kommerziellen Weiterverarbeitern bekannt. Wozu es hier „Personal[s] mit spezifischen Kenntnissen des Produkts“ bedarf, ist nicht ersichtlich.

Für das Erzeugnis „Salame Felino“ (g. g. A.) wurde folgende Begründung akzeptiert:

„Bei diesem empfindlichen Erzeugnis ... müssen Aufschneiden und Verpacken, deren rasche Abfolge für das Personal mit Stress verbun-

den sein kann, von sachkundigen Mitarbeitern durchgeführt werden“ (ABl. EU Nr. C 19 vom 20.1.2011, S. 13).

Ob beim Schneiden und Verpacken von „Salame Felino“ für die Mitarbeiter Stress entsteht, ist eine Frage der Arbeitsbedingungen. Mit dem Produkt hat dies nichts zu tun.

Als letztes Beispiel sei die g. g. A. „Prosciutto di Sauris“ erwähnt, deren Spezifikation bestimmt:

„... Aufschneiden und Verpacken ... erfolgen ausschließlich in Betrieben [im Herkunftsgebiet]. So wird den Verbrauchern garantiert, dass die typischen Eigenschaften des Erzeugnisses erhalten bleiben, insbesondere sein ganz besonderer Geschmack und der rauchige Duft“ (ABl. EU Nr. C 188 vom 11.8.2009, S. 36).

Wenn alle diese Begründungen nach Ansicht der Kommission als produktspezifische Rechtfertigung ausreichen, müsste dies auch für den vorliegenden Änderungsantrag gelten. In diesem Fall wäre die Vorlagefrage also zu bejahen.

2. Zu Frage 2.2:

Die Vorlagefrage 2.2 bezieht sich auf die in der beantragten Änderung aufgeführten Gründe für eine Verlagerung der Vorgänge des Schneidens und Verpackens von Schwarzwälder Schinken in das Herstellungsgebiet unter dem Aspekt der Kontrolleffizienz (vgl. Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO 1151/2012: „... um ... die Kontrolle zu gewährleisten; ...“). Diese Frage betrifft den zentralen Streitpunkt des Verfahrens.

a) Rechtlicher Rahmen

Die amtliche Kontrolle ist ein wesentlicher Bestandteil des mit der VO 1151/2012 (und den Vorgänger-Verordnungen) geschaffenen Schutzsystems für Erzeugnisse mit ggü. und g. g. A.. Einzelheiten regeln die Art. 35 bis 40 der VO 1151/2012. Danach sind zwei Kontrollsysteme zu unterscheiden:

Einerseits ist eine Kontrolle zur Überprüfung der Übereinstimmung eines Erzeugnisses mit der Produktspezifikation vorzusehen (Art. 36 Abs. 3 lit. a VO 1151/2012); Art. 37 Abs. 1 VO 1151/2012 spricht insoweit von einer Kontrolle „*vor der Vermarktung*“. Insoweit geht es somit um die Kontrolle der Betriebe, die das geschützte Erzeugnis herstellen, also um Kontrollen im Herstellungsgebiet. Inhaltlich bezieht sich die Kontrolle auf die Einhaltung der Spezifikation. In Deutschland wird hierfür der Begriff „Herstellerkontrolle“ verwendet. Für diese Art der Kontrolle sieht Art. 7 Abs. 1 lit. g VO 1151/2012 vor, dass die Spezifikationsregelungen treffen kann, welche Behörde oder Stelle die Kontrollen durchführen soll und welche besonderen Aufgaben ihr obliegen.

Im vorliegenden Fall ist in der Spezifikation vorgesehen, dass die Herstellerkontrolle vom Regierungspräsidium K... durchgeführt wird, das sich hierzu der Firma L... GmbH als „beliehenes Unternehmen“ bedient. „Beliehenes Unternehmen“ bedeutet nach deutschem Verwaltungsrecht, dass ein privates Unternehmen von der zuständigen Behörde mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben beauftragt wird und dann auch hoheitlich wie die Behörde tätig werden kann.

Davon zu unterscheiden ist die in Art. 36 Abs. 3 lit. b VO 1151/2012 geregelte Überwachung der Verwendung der eingetragenen Namen zur Beschreibung eines *in Verkehr gebrachten* Erzeugnisses im Einklang mit Art. 13 VO 1151/2012. Eine solche Kontrolle war in der VO 510/2006 noch nicht vorgesehen (vgl. zur VO 2081/92 EuGH, Urteil vom 26.2.2008, C-132/05, GRUR 2008, 524, Rn. 72 ff. - Parmesan). Das deutsche Recht hat eine solche Kontrolle allerdings

schon damals vorgesehen (§ 134 MarkenG). Hierfür wurde und wird der Begriff „Missbrauchskontrolle“ verwendet. Nach Art. 38 VO 1151/2012 müssen die Mitgliedstaaten insoweit Kontrollen auf der Grundlage einer Risikoanalyse durchführen.

Welche Behörde diese Missbrauchskontrollen durchführt, regelt in Deutschland das Recht der Bundesländer, weil nach deutschem Verfassungsrecht die Exekutivgewalt grundsätzlich Angelegenheit der Bundesländer ist. Für die Kontrolle des Betriebs der Einsprechenden zu 3 in H... z. B. ist nach dem Recht des Bundeslandes N... das Amt für Veterinärwesen und Lebensmittelüberwachung des Landkreises C... zuständig.

Nach der geschilderten Rechtslage unterliegen Betriebe, die ein mit einer g. U. oder einer g. g. A. versehenes Erzeugnis durch Schneiden und Verpacken weiter verarbeiten, der Missbrauchskontrolle im Sinne von Art. 36 Abs. 3 lit. b in Verbindung mit Art. 38 VO 1151/2012, da die genannten Maßnahmen ein bereits in Verkehr gebrachtes Erzeugnis betreffen. Wird jedoch – wie vom Antragsteller angestrebt – die Weiterverarbeitung des Erzeugnisses dem Herstellungsgebiet vorbehalten, so ändert sich das Kontrollregime. In diesem Fall würde das Schneiden und Verpacken des Erzeugnisses im Rechtssinne „vor der Vermarktung“ stattfinden. Damit würden die Betriebe, die diese Schritte durchführen, der Herstellerkontrolle nach Art. 36 Abs. 3 lit. a in Verbindung mit Art. 37 VO 1151/2012 unterliegen.

b) Vorbringen der Beteiligten:

Der Antragsteller ist der Auffassung, dass – wie auch im Änderungsantrag ausgeführt – eine Qualitäts-, Produktions- und Mengenplausibilitätskontrolle außerhalb des Herkunftsgebietes nicht möglich sei. Nur durch kontinuierliche Kontrollen im Herkunftsgebiet durch die zuständige sachkundige Stelle könne sichergestellt werden, dass nur spezifikationsgemäße Schinken verarbeitet werden. Eine durch-

gängige Qualitätssicherung sei nicht mehr gewährleistet, wenn Teile des Produktionsprozesses wie das Slicen außerhalb des Herkunftsgebietes durchgeführt würden. Es sei unrealistisch anzunehmen, dass Kontrollen außerhalb des Herstellungsgebiets einer durchgängigen Kontrolle durch die sachkundige Behörde oder Stelle im Herstellungsgebiet gleichwertig seien. Tatsächlich fänden Kontrollen außerhalb des Herstellungsgebiets nur bei Bekanntwerden von Verstößen statt.

Dem ist die Einsprechende zu 3 entgegnetreten. Sie ist zunächst der Auffassung, dass sie als „Wirtschaftsbeteiligter“ im Sinne von Art. 46 Abs. 2 VO 1151/2012 auch außerhalb des Herstellungsgebiets des Erzeugnisses einer Herstellungskontrolle unterworfen werden könne. Solche Kontrollen würden bei ihr auch tatsächlich durchgeführt. So verarbeite sie z. B. Schinken mit der g. g. A. „Jambon d´Ardenne“, des Weiteren „Bündnerfleisch“ entsprechend der schweizerischen g. g. A. und auch die garantiert traditionelle Spezialität (g. t. S.) „Jamón Serrano“. In allen diesen Fällen würden die in der jeweiligen Spezifikation benannten Stellen (bei „Jambon d´Ardenne“ z. B. die Firma P...) Kontrollen bei ihr durchführen. Dies könnte auch bei „Schwarzwälder Schinken“ geschehen, was aber derzeit nicht der Fall sei.

Es sei auch nicht zutreffend, dass Kontrollen im Herstellungsgebiet einer Kontrolle außerhalb generell überlegen sei. So werde ihr Produktionsbetrieb in S3... jeweils einmal pro Jahr von der Firma L... GmbH kontrolliert, wobei sich die Kontrolle in einer bloßen Plausibilitätskontrolle erschöpfe; es werde lediglich geprüft, ob die Warenausgangsmenge in etwa dem Wareneingang entspreche. Eine solche Kontrolle könnte ohne weiteres auch in H... durchgeführt werden, wie im Übrigen die genannten Beispiele wie „Jambon d´Ardenne“ zeigten.

Darüber hinaus unterliege der Betrieb der Einsprechenden zu 3 umfassenden privaten Kontrollen. Zum einen nehme sie an dem „QS-System“ teil, das von der Firma „Q... GmbH“ mit Sitz in B... betrieben werde. Diesem Kontrollsystem gehörten ca. 130.000 Lebensmittelbetriebe an, darunter ihre

Betriebe in H... und S3... Der Schwerpunkt der Kontrollen liege auf der Rückverfolgbarkeit der verarbeiteten Produkte. Vorgesehen seien sowohl betriebsinterne Kontrollen als auch unabhängige Kontrollen durch Auditoren. – Zum anderen unterziehe sich die Einsprechende zu 3 Kontrollen im Rahmen des sogenannten „IFS Food-Systems“ [IFS Food= International Featured Standard Food]. Die Teilnahme hieran sei faktisch zwingend, um den Einzelhandel beliefern zu können. Insoweit fänden jährlich angekündigte Kontrollen statt, die sich auf die Rückverfolgbarkeit der verarbeiteten Produkte, stichprobenartig aber auch darauf bezögen, ob bei g. U.- bzw. g. g. A.-Produkten die Spezifikation eingehalten werde.

c) Vorläufige Auffassung des vorlegenden Gerichts (zu Frage 2.2.a):

Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts können die Argumente der Einsprechenden zu 3, mit denen sie sich einer Verlagerung des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet unter dem Gesichtspunkt der Kontrolleffizienz entgegensetzt, nicht überzeugen. So geht zunächst der Hinweis auf Art. 46 Abs. 2 VO 1151/2012 fehl. Nach dieser Vorschrift sind Wirtschaftsbeteiligte, die ein im Rahmen der Regelungen einer g. U. oder einer g. g. A. vermarktetes Erzeugnis herstellen und lagern oder die ein solches Erzeugnis in Verkehr bringen, Gegenstand der Kontrolle gemäß Kapitel I dieses Titels. Die Vorschrift verweist somit auf die Art. 35 bis 40, also auf die Hersteller- und die Missbrauchskontrolle. Ob das eine oder das andere Kontrollsystem anzuwenden ist, bestimmt sich somit nach diesen Vorschriften; es hängt also davon ab, ob es um eine Kontrolle „vor der Vermarktung“ oder danach geht. Art. 46 Abs. 2 VO 1151/2012 gibt aber keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass ein Konfektionierer wie z. B. die Einsprechende zu 3 durch die Spezifikation einer *Herstellerkontrolle* unterworfen werden kann.

Daran ändert auch der Vortrag der Einsprechenden zu 3 zu den bei ihr tatsächlich durchgeführten Kontrollen nichts. Der Vortrag zu der g. t. S. „Jamón Serrano“ tut

von vornherein nichts zur Sache, weil es vorliegend um ein g. g. A.-Erzeugnis geht. Unbehelflich ist auch der Vortrag zu der schweizerischen g. g. A. „Bündnerfleisch“, mag auch das schweizerische Schutzsystem weitgehend dem der Europäischen Union angeglichen sein. – Soweit sich schließlich die Einsprechende zu 3 Kontrollen bezüglich des g. g. A.-Erzeugnisses „Jambon d’Ardenne“ durch die in der dortigen Spezifikation vorgesehene Stelle (Firma P...) unterzieht, kann es sich nach Auffassung des vorlegenden Gerichts nur um freiwillige Kontrollen ohne hoheitliche Befugnisse handeln. Die Duldung solcher Kontrollen mögen faktisch zwingend sein, um dieses Produkt in weiter verarbeiteter Form verkaufen zu können. Um eine amtliche Kontrolle mit hoheitlichen Befugnissen kann es sich aber nicht handeln. Denn nach dem oben a) dargestellten rechtlichen Rahmen können hoheitliche Kontrollen außerhalb des Herstellungsgebiets nur von den für die Missbrauchskontrolle zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durchgeführt werden.

Unbehelflich ist schließlich auch der Vortrag der Einsprechenden zu 3 zu den privaten Kontrollsystemen „QS“ und „IFS Food“. Der Antragsteller hat hierzu erwidert, dass die Kontrolldichte bei diesen Systemen nur gering sei; die Einsprechende zu 3 ist dem auch nicht weiter entgegengetreten, hat allerdings unwidersprochen darauf hingewiesen, dass auch im Herstellungsgebiet lediglich einmal pro Jahr kontrolliert werde. Darauf kommt es aber letztlich nicht an. Entscheidend ist zum einen, dass es sich insoweit um rein privat organisierte Kontrollsysteme handelt, deren Schwerpunkt auch gar nicht auf einer Überwachung der Einhaltung der Spezifikation von g. U.- und g. g. A.-Erzeugnissen liegt, sondern auf der Rückverfolgbarkeit der geschnittenen und verpackten Ware. So werden nach dem eigenen Vortrag der Einsprechenden zu 3 Spezifikationskontrollen allenfalls im Rahmen des „IFS Food-Systems“ und auch hier nur stichprobenartig durchgeführt. Außerdem betreffen diese Systeme nur die Einsprechende zu 3 und – wohl – einen Großteil (nicht alle!) Lebensmittelverarbeiter in Deutschland. Maßgeblich für die Rechtfertigung einer Verlagerung der Schritte des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet können aber nur die Verhältnisse in der gesamten

Union sein. Dem vorlegenden Gericht liegen jedoch keine Erkenntnisse dazu vor, ob es vergleichbare private Kontrollsysteme auch in anderen Mitgliedstaaten gibt. Die Beteiligten haben dazu auch nichts vorgetragen.

Festzuhalten ist nach alledem, dass ohne die vom Antragsteller beabsichtigte Verlagerung der Schritte des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet insoweit nur Missbrauchskontrollen im Sinne von Art. 36 Abs. 3 lit. b in Verbindung mit Art. 38 VO 1151/2012 stattfinden können. In welchem Umfang solche Kontrollen durchgeführt werden, hängt nach Art. 38 VO 1151/2012 von einer Risikoanalyse ab. Der Antragsteller hat vorgetragen, dass solche Kontrollen faktisch nur durchgeführt werden, wenn ein Missbrauchsfall, also ein Verstoß gegen Art. 13 VO 1151/2012, bekannt geworden ist oder Verdachtsmomente bestehen; solche Kontrollen finden also nicht ohne konkreten Anlass und rein präventiv statt. Nähere Erkenntnisse hierzu hat das vorlegende Gericht nicht. Allerdings hat auch die Einsprechende zu 3 nicht dargelegt, dass ihr Betrieb in H... jemals von der zuständigen Behörde, dem Amt für Veterinärwesen und Lebensmittelüberwachung des Landkreises C..., im Hinblick auf das g. g. A.-Erzeugnis „Schwarzwälder Schinken“ einer Missbrauchskontrolle unterzogen worden sei. Sie hat dies zwar pauschal behauptet, aber keinen einzigen konkreten Kontrollvorgang geschildert. Auch eine von der Einsprechenden zu 3 vorgelegte Stellungnahme des Amtes für Veterinärwesen und Lebensmittelüberwachung des Landkreises C... vom 18. Februar 2016 hat hierzu nichts Konkretes ergeben. Dort wird nur bestätigt, dass diese Behörde die Rückverfolgbarkeit prüfe, und zwar anhand einer Kontrolle des Eigenkontrollsystems des geprüften Betriebes. Durch solche Kontrollen kann zwar festgestellt werden, ob z. B. ein geschnittener und verpackter Schinken aus dem S1... bezogen wurde, nicht aber, ob dieser den Anforderungen der Spezifikation entsprochen hat. Von einer weiter gehenden Kontrolle, ob die verarbeiteten g. g. A.-Erzeugnisse der Spezifikation entsprechen, wie es im Rahmen von Art. 36 Abs. 3 lit. b in Verbindung mit Art. 13 und Art. 38 VO 1151/2012 erforderlich wäre, ist nicht die Rede. Das alles spricht dafür, dass

Missbrauchskontrollen, wenn überhaupt, dann nur bei konkretem Anlass oder Verdacht stattfinden.

Bei dieser Sachlage ist nach Auffassung des vorlegenden Gerichts der Ansicht des Antragstellers zuzustimmen, dass die auf amtlicher bzw. hoheitlicher Ebene außerhalb des Herstellungsgebiets allein möglichen Missbrauchskontrollen in ihrer Häufigkeit und Gewähr deutlich hinter den Kontrollen im Herstellungsgebiet zurückbleiben. In diesem Sinne hat auch der Europäische Gerichtshof schon in seinem Urteil zu „Prosciutto di Parma“ ausgeführt, dass „Kontrollen außerhalb des Erzeugungsgebiets weniger Garantien für die Qualität und Echtheit des Erzeugnisses gäben als Kontrollen, die im Erzeugungsgebiet unter Einhaltung des in der Spezifikation vorgesehenen Verfahrens durchgeführt werden“ (EuGH, Urteil vom 20.5.2003, C-108/01, Nr. 75, GRUR 2003, 616, 620 – Prosciutto di Parma).

Das vermag aber dem Antrag nicht ohne weiteres zum Erfolg zu verhelfen. Denn die – an sich nicht überraschende – Feststellung, dass regelmäßige Kontrollen im Herstellungsgebiet durch eine mit dem Erzeugnis vertraute Behörde oder Stelle einer anlassbezogenen, also nicht-präventiven Kontrolle außerhalb des Herstellungsgebiets überlegen ist, stellt wohl *grundsätzlich keine produktspezifische* Rechtfertigung für die Verlagerung der Verarbeitungsschritte des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet dar, wie sie Art. 7 Abs. 1 lit. e VO 1151/2012 verlangt. Insoweit hat die Einsprechende zu 3 zutreffend darauf hingewiesen, dass die beantragte Änderung der Spezifikation keine über das Übliche hinausgehenden Anforderungen an das Schneiden und Verpacken von Schwarzwälder Schinken stellt. Auch besondere Anforderungen an die Kontrolle selbst sind nicht vorgesehen. Auch der Europäische Gerichtshof hat im Fall „Prosciutto di Parma“ auf die Überlegenheit von Kontrollen im Erzeugungsgebiet nur „in diesem Zusammenhang“ (a. a. O. Nr. 75) hingewiesen, d. h. im Zusammenhang mit den besonderen qualitätsbezogenen Anforderungen beim Schneiden und Verpacken von „Prosciutto di Parma“, wie sie in dem angegebenen Urteil

Nr. 70-74 erörtert worden waren. An solchen besonderen Anforderungen fehlt es aber im vorliegenden Fall (s. oben zu Frage 2.2).

d) Zu Frage 2.2.b:

Eine andere Sichtweise könnte sich allerdings daraus ergeben, dass es sich bei Schwarzwälder Schinken – wie oben A. dargestellt – um ein Erzeugnis handelt, das in erheblichem Umfang auch außerhalb des Herstellungsgebiets geschnitten und verpackt wird. Bei einem solchen Erzeugnis wird man davon ausgehen dürfen, dass die Gefahr einer missbräuchlichen Benutzung der g. g. A. für nicht spezifikationsgemäße Produkte generell erhöht ist. Der Antragsteller hat allerdings keine konkreten Missbrauchsfälle darlegen können. Insoweit kann man vorliegend allenfalls von einer abstrakt erhöhten Gefahrenlage ausgehen, die ihre Ursache – wie gesagt – allein in der weiten territorialen Vermarktung des Erzeugnisses (und in der offensichtlich geringen tatsächlichen Kontrolldichte) hat. Die Frage ist daher, ob diese *abstrakte* Gefahr bei einem in erheblichem Umfang *überregional* vermarkteten Erzeugnis eine *produktspezifische* Rechtfertigung für die beantragte Änderung der Spezifikation unter dem Gesichtspunkt effektiver Kontrolle darstellt.

3. Zu Frage 2.3:

a) Zur Hauptfrage:

Die Vorlagefrage 2.3 bezieht sich auf die in der beantragten Änderung der Spezifikation nur pauschal angesprochene, im laufenden Verfahren aber eingehend diskutierte Frage, ob die Sicherung (und Kontrolle) der Herkunft des weiter zu verarbeitenden oder weiter verarbeiteten Erzeugnisses einen hinreichenden Grund dafür darstellt, das Schneiden und Verpacken des Erzeugnisses dem Herstellungsgebiet vorzubehalten (vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. e VO 1151/2012: „... um ... den Ursprung ... zu gewährleisten; ...“).

In seinem ersten Beschluss vom 13. Oktober 2011 hat das vorlegende Gericht die beantragte Änderung insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Rückverfolgbarkeit des Erzeugnisses (und deren Kontrolle) für gerechtfertigt angesehen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass ohne die beantragte Regelung der Transport des Produkts an beliebige Verarbeitungsstätten erfolgen könne, wobei auch mehrfache Verkäufe dazwischengeschaltet sein könnten. Die Handelswege könnten dadurch sehr unübersichtlich werden, was eine effektive Kontrolle nahezu unmöglich machen könne. Hinzu komme, dass es einem geschnittenen Produkt kaum mehr anzusehen sei, ob es sich um echten Schwarzwälder Schinken handle oder nicht. Es erscheine vor diesem Hintergrund nicht möglich, die Echtheit des Produkts zweifelsfrei zu gewährleisten. Die vom Antragsteller vorgesehene Rückverlagerung dieser Schritte in das Herkunftsgebiet zusammen mit den entsprechenden Kontrollen vor Ort sei daher eine erforderliche und unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen auch verhältnismäßige Maßnahme zur Gewährleistung der Echtheit des verarbeiteten Schwarzwälder Schinkens.

Gegen diese Auffassung könnte allerdings – zumindest unter der jetzt geltenden VO 1151/2012 – sprechen, dass es sich bei diesen Erwägungen wiederum nicht um *produktspezifische* Rechtfertigungsgründe handelt. Das vorlegende Gericht neigt daher aus heutiger Sicht dazu, bereits die Hauptfrage 2.3 zu verneinen, so dass es auf die Zusatzfragen nicht mehr ankäme.

b) Zur Zusatzfrage a):

Die Einsprechende zu 3 hat vorgetragen, dass die Rückverfolgbarkeit der von ihr verarbeiteten Fleischerzeugnisse und so auch des Schwarzwälder Schinkens u. a. aufgrund der Bestimmung des Art. 18 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren

zur Lebensmittelsicherheit [im Folgenden: VO 178/2002] sichergestellt sei. Der Bundesgerichtshof war insoweit der Auffassung, dass das vorlegende Gericht sich in seinem ersten Beschluss vom 13. Oktober 2011 (unter anderem) mit diesem Sachvortrag nicht befasst und damit das rechtliche Gehör der Einsprechenden zu 3 verletzt habe. Er ist somit der Ansicht, dass dieses Vorbringen für das vorliegende Verfahren wesentlich ist.

Nach Art. 18 Abs. 1 VO 178/2002 ist die Rückverfolgbarkeit u. a. von Lebensmitteln in allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen sicherzustellen. Nach Abs. 2 und 3 dieser Vorschrift sind hierzu Systeme und Verfahren einzurichten, die sowohl die Bezugs- als auch die Absatzwege dokumentieren; Abs. 4 verlangt darüber hinaus eine entsprechende Kennzeichnung der Lebensmittel. Das vorlegende Gericht war allerdings in seinem ersten Beschluss vom 13. Oktober 2011 der Meinung, dass die Verlagerung der weiteren Verarbeitungsschritte des Schneidens und Verpackens in das Herkunftsgebiet unter dem Gesichtspunkt der Rückverfolgbarkeit gleichwohl sinnvoll sei. Das zeige die ab 1. Juli 2012 geltende Verordnung (EU) Nr. 931/2011 vom 19. September 2011 über die mit der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates festgelegten Rückverfolgbarkeitsanforderungen an Lebensmittel tierischen Ursprungs (ABl. EU Nr. L 242 vom 20.9.2011, S. 2 [im Folgenden: VO 931/2011]). Im Erwägungsgrund 4 zu dieser Verordnung sei ausgeführt, dass sich in Lebensmittelkrisen der Vergangenheit gezeigt habe, dass die Buchführung nicht immer ausreiche, um verdächtige Lebensmittel vollständig verfolgen zu können. Die Erfahrung mit der Durchführung der einschlägigen Verordnungen habe gezeigt, dass Lebensmittelunternehmer nicht grundsätzlich über die Informationen verfügten, die erforderlich seien, um zu gewährleisten, dass ihre Systeme zur Ermittlung der Handhabung oder Lagerung von Lebensmitteln angemessen seien, vor allem im Bereich der Lebensmittel tierischen Ursprungs. Dies habe in diesem Sektor zu unnötig hohen wirtschaftlichen Verlusten geführt, weil die Lebensmittel nicht rasch und uneingeschränkt rückverfolgbar gewesen seien.

Das vorliegende Gericht hat somit damals aus der VO 931/2011 den Schluss gezogen, dass die allgemeinen lebensmittelrechtlichen Vorschriften der VO 178/2002 offenbar nicht ausreichen, um die Rückverfolgbarkeit hinreichend zu gewährleisten. Die Einsprechende zu 3 hat in der mündlichen Verhandlung vom 15. Januar 2015 jedoch den gegenteiligen Schluss gezogen: Gerade weil die lebensmittelrechtlichen Instrumentarien der Rückverfolgbarkeit verbessert worden seien, bedürfe es (auch) unter diesem Gesichtspunkt der beantragten Regelung nicht.

c) Zur Zusatzfrage b):

Die Einsprechende zu 3 hat vorgetragen, dass sie – wie zahlreiche andere Lebensmittelhersteller – sowohl an dem von der Firma „Q... GmbH“ betriebenen „QS-System“ als auch an dem „IFS [International Featured Standard] Food-System“ teilnehme; s. dazu bereits oben zu Frage 2.2 unter Buchstabe b). Die Teilnahme an diesen Systemen sei faktisch zwingend, um die produzierten Lebensmittel im Einzelhandel absetzen zu können. Sie gewährleiste eine einwandfreie und auch kontrollierte Rückverfolgbarkeit der Erzeugnisse.

Das vorliegende Gericht hält diesen Vortrag aus den oben zu Frage 2.2 unter Buchstabe c) angeführten Gründen auch im vorliegenden Zusammenhang nicht für relevant, da er lediglich die Situation der Einsprechenden zu 3 und darüber hinaus – wohl – der meisten (nicht aller) Lebensmittelproduzenten in Deutschland beschreibt. Im vorliegenden Fall kommt es aber auf die Situation in der Europäischen Union insgesamt an. Dazu ist nichts vorgetragen worden. Das vorliegende Gericht hat auch keine Erkenntnisse dazu, ob es vergleichbar sichere private Rückverfolgbarkeitssysteme in den anderen Mitgliedstaaten gibt.

Allerdings hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 3. April 2014 das Vorbringen der Einsprechenden zu 3 für wesentlich erachtet. Aus diesem Grund sieht sich das vorliegende Gericht gehalten, die Zusatzfrage b) zu stellen.

4. Zu Frage 2.4.:

Falls eine der Fragen 2.1 bis 2.3 vom Europäischen Gerichtshof bejaht werden sollte, würde dies bedeuten, dass die beantragte Änderung der Spezifikation grundsätzlich hinreichend gerechtfertigt wäre. In diesem Falle stellt sich die weitere Frage, ob ein gegenüber dem zwingenden Schneiden und Verpacken im Herstellungsgebiet milderes Mittel in Betracht kommt.

a) Vortrag der Einsprechenden zu 3:

Die Einsprechende zu 3 hat in diesem Zusammenhang auf die noch nicht in Kraft befindliche, von der Kommission der Europäischen Union aber bereits geprüfte und veröffentlichte Spezifikation zu der g. g. A. „Saucisson d'Ardenne“ verwiesen. Dort sei vorgesehen, dass sich außerhalb des Herstellungsgebiets ansässige Weiterverarbeiter des Erzeugnisses einer Kontrolle durch die in der Spezifikation benannte Stelle im Hinblick auf „Verpackung, Aufmachung, endgültige Präsentation des Produkts“ zu unterziehen hätten. Mit Erlass der Eintragungsverordnung wirke diese Bestimmung wie ein Gesetz. Das Beispiel zeige, dass es auch außerhalb des Herstellungsgebiets hoheitliche g. g. A.-Kontrollen geben könne.

b) Vorläufige Auffassung des vorlegenden Gerichts:

Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts muss die Frage 2.4 wohl verneint werden. Zunächst erscheint es ausgeschlossen, dass eine antragstellende Vereinigung einer nationalen Kontrollbehörde oder Kontrollstelle über die Spezifikation hoheitliche Befugnisse in anderen Mitgliedstaaten verleiht. Dieses Argument ist allerdings nicht durchschlagend. Es ließe sich immerhin die Auffassung vertreten, dass ein außerhalb des Herstellungsgebietes ansässiger Weiterverarbeiter des Erzeugnisses in dem Fall, dass er die in der Spezifikation vorgeschriebenen Kontrollen verweigert, kein spezifikationsgemäßes Produkt anbieten kann, also die g. g. A. nicht benutzen darf.

Entscheidend ist jedoch etwas anderes: In seinem Urteil zu der g. U. „Prosciutto di Parma“ hat der Europäische Gerichtshof bereits ausgeführt, dass es „kaum vorstellbar“ sei, dass die Vertreter der Inhaber der g. U. „solche Kontrollen in den anderen Mitgliedstaaten wirksam einrichten könnten“ (a. a. O. Nr. 75), was sich allerdings auf die spezifischen Kontrollen von „Prosciutto di Parma“ bezog. Hinzu kommt, dass nach Auffassung des vorlegenden Gerichts die Spezifikation solche Kontrollen außerhalb des Herstellungsgebiets gar nicht vorsehen darf. Nach Art. 7 Abs. 1 lit. g VO 1151/2012 kann die Spezifikation nur die Herstellerkontrolle im Sinne von Art. 37 VO 1151/2012 regeln, also die Kontrollen im Herstellungsgebiet. Zwar kann man vielleicht davon ausgehen, dass der Katalog des Art. 7 Abs. 1 VO 1151/2012 nicht abschließend ist (vgl. zu Art. 4 Abs. 2 VO 2081/92 EuGH, Urteil vom 20.5.2003, C-108/01, Nr. 44, GRUR 2003, 616, 618 – Prosciutto di Parma). Nach dem oben zu Frage 2.2 unter Buchstabe a) beschriebenen Regelungsmodell der Art. 35 ff. VO 1151/2012 ist die Kontrolle von in Verkehr gebrachten Erzeugnissen (Missbrauchskontrolle) jedoch Sache der Mitgliedstaaten. Eine Regelung wie die zu der g. g. A. „Saucisson d’Ardenne“ verstößt daher nach Auffassung des vorlegenden Gerichts gegen die Grundverordnung 1151/2012 und hätte von der Kommission der Europäischen Union nicht gebilligt werden dürfen.

E. Zu Frage 3:

Insoweit wird auf die Erläuterung zu Frage 1 verwiesen.

Hacker

Merzbach

Dr. Meiser

Pr