

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	30 W (pat) 33/09
Entscheidungsdatum:	12. August 2019
Rechtsbeschwerde zugelassen:	ja
Normen:	MarkenG §§ 133, 66; Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 Art. 7 Abs. 1 Buchst. e, Art. 46 Abs. 2

Schwarzwälder Schinken III

1. Hat von mehreren Einsprechenden nur einer erfolgreich Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt, sind die anderen Einsprechenden an dem wieder eröffneten Beschwerdeverfahren gleichwohl beteiligt.
2. Soll bei einem Erzeugnis mit geschützter geografischer Angabe die Konfektionierung (hier: Schneiden und Verpacken von Rohschinken) auf das Herstellungsgebiet beschränkt werden, bedarf es hierfür einer produktspezifischen Rechtfertigung in der Spezifikation des Erzeugnisses, die die Beschränkung als geeignet, erforderlich und verhältnismäßig erscheinen lässt. Dass die Europäische Kommission vergleichbare Regelungen für vergleichbare Erzeugnisse – auch mehrfach – gebilligt hat, reicht für sich genommen nicht aus.
3. Soweit die Spezifikation produktspezifische Maßnahmen der Qualitätssicherung bei der Konfektionierung des Erzeugnisses vorsieht, stellt dies nur dann eine hinreichende produktspezifische Rechtfertigung für eine Verlagerung der Konfektionierung in das Herstellungsgebiet dar, wenn die Kontrolle dieser Maßnahmen außerhalb des Herstellungsgebiets nicht möglich ist oder keine hinreichende Gewähr bietet.
4. Eine bloße Mengenplausibilitätskontrolle bietet keine Gewähr für die Echtheit des konfektionierten Erzeugnisses.
5. Ob außerhalb des Herstellungsgebiets des Erzeugnisses ansässige Weiterverarbeiter im Falle gerechtfertigter produktspezifischer Maßnahmen der Qualitätssicherung bei der Konfektionierung des Erzeugnisses unter dem Gesichtspunkt des mildereren Mittels gegenüber einer Verlagerung

der Konfektionierung in das Herstellungsgebiet einen Anspruch darauf haben, außerhalb des Herstellungsgebiets einer Herstellerkontrolle unterworfen zu werden, bleibt offen.



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 33/09

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
12. August 2019

...

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 auf die mündliche Verhandlung vom 28. März 2019 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richter Merzbach und Dr. Meiser

beschlossen:

- I. Die Beschwerde des Antragstellers wird zurückgewiesen.
- II. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung „Schwarzwälder Schinken“ ist auf Antrag des Antragstellers 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 Erzeugnisses.

Mit Antrag vom 23. März 2005 (eingegangen beim Deutschen Patent- und Markenamt [im Folgenden: DPMA] am 18. April 2005) hat der Antragsteller 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 begehrt; dazu hat er eine geänderte Spezifikation gemäß Art. 4 Abs. 2 VO (EWG) Nr. 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) ange-

gebenen 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 MarkenG eingeholt. Von dem u. a. angefragten B...

e.V. wurde ein von diesem in Auftrag gegebenes, von

Prof. Dr. S... (Fachhochschule L... und H...) verfasstes Gutachten

vom 19. Februar 2006 zur Akte gereicht (im Folgenden „Gutachten S...“).

Nachdem die Stellungnahmen kein einheitliches Bild ergeben hatten, hat der Antragsteller 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 (S. 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 Herkunfts-kontrolle 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. 1,3 mm 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 S1...
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 Schwarzwald 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. „Slicen“, in den Produktionsstätten für Schwarzwälder Schinken im S2... 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 L1... GmbH.

Im Rahmen der von der L1... 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 „Schwarzwald“ durchgeführt würden.

3. Darüber hinaus liegt die Festlegung, wonach der gesamte Produktionsprozess für das Produkt „Schwarzwälder Schinken“ im Gebiet des Schwarzwaldes 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 S3... ansässig und verarbeite seit über 20 Jahren „Schwarzwälder Schinken“ zu SB-Aufschnittpackungen; der in S3... geslicte „Schwarzwälder Schinken“ stamme aus ihrer Betriebsstätte im S2... 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 L1... auch Slicebetriebe außerhalb des Schwarzwaldes 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 Schutzverbandes, hat aber gleichwohl mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2007, eingegangen am 6. Dezember 2007, Einspruch eingelegt. Hintergrund ist, dass sie in H1.../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 S4... im S2..., wo sie „Schwarzwälder Schinken“ produziert.

Zur Begründung ihres Einspruchs hat sie u.a. ausgeführt, Art. 9 VO (EG) Nr. 510/2006 erlaube Änderungen der Spezifikation nur unter engen Voraussetzungen, was sich schon aus den Erwägungsgründen 12 und 15 zu der VO (EG) Nr. 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 (EG) Nr. 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 un gerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkung dar. Eine solche Beschränkung könne nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (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.

Zur Stützung seines Vorbringens hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 31. Juli 2008 ein von Prof. Dr. F... gefertigtes Gutachten der Universität H2... vom 24. Juli 2008 zur Akte gereicht (im Folgenden: „Gutachten F...“).

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 (EG) Nr. 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 Gerichtshofes 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 (EG) Nr. 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 (GRUR 2012, 398) hat der erkennende Senat den Beschluss der Markenabteilung 3.2. des DPMA aufgehoben und festgestellt, dass der Änderungsantrag in der am 10. August 2007 veröffentlichten Fassung den Anforderungen der VO (EG) Nr. 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 (EG) Nr. 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 (EG) Nr. 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 (EG) Nr. 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 (EG) Nr. 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 festgelegten Rückverfolgbarkeitsanforderungen an Lebensmittel tierischen Ursprungs (ABl. EU Nr. L 242 vom 20. September 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 Gerichtshofes 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, 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“ handle oder nicht. Es erscheine vor diesem Hintergrund nicht möglich, die Echtheit des Produkts zweifelsfrei zu gewährleisten. Die vom Antragsteller vorgesehene Verlagerung 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 eine nicht zugelassene Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Mit Beschluss vom 3. April 2014 (GRUR 2014, 1132) hat der Bundesgerichtshof den vorgenannten Beschluss des Senats vom 13. Oktober 2011 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, weil der Senat 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 Q...-System, 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 nicht auseinandergesetzt. Das genannte Vorbringen sei auch entscheidungserheblich und für das Verfahren von zentraler Bedeutung. Nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. e der VO (EWG) Nr. 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 (EG) Nr. 510/2006 getreten sei, der nunmehr durch Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO (EU) Nr. 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. Dezember 2006 mit Durchführungsbestimmungen zur VO (EG) Nr. 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 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 angenommen habe, dass der Gesichtspunkt der Qualitätssicherung die beanstandete Änderung der Spezifikation nicht zu rechtfertigen vermöge.

Im wieder eröffneten Beschwerdeverfahren haben die Beteiligten ihre jeweiligen Standpunkte schriftsätzlich vertieft.

Mit Beschluss vom 18. Mai 2017 (im Folgenden: Vorlagebeschluss) hat der Senat sodann das Verfahren ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof nach Abstimmung mit den Beteiligten folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die Entscheidung über einen am 15. Februar 2007 bei der zuständigen nationalen Behörde (hier: DPMA) 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 (EG) Nr. 510/2006 oder auf der Grundlage der zur Zeit der Entscheidung aktuell geltenden VO (EU) Nr. 1151/2012 zu treffen?

2. Falls die Entscheidung auf der Grundlage der aktuell geltenden VO (EU) Nr. 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 (EU) Nr. 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 (EU) Nr. 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 (EU) Nr. 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 (EU) Nr. 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 (EU) Nr. 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 geschnit-

ten und verpackt wird, auch wenn konkrete Fälle einer im Sinne von Art. 13 VO (EU) Nr. 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 (EU) Nr. 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 ... in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 931/2011 der Kommission über die mit der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 ... festgelegten Rückverfolgbarkeitsanforderungen an Lebensmittel tierischen Ursprungs gewährleistet sein muss;
- b) die Rückverfolgbarkeit des Erzeugnisses durch Teilnahme der Weiterverarbeiter des Erzeugnisses an rechtlich freiwilligen, faktisch aber zwin-

genden 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 (EU) Nr. 1151/2012) unterziehen müssen?

3. Falls die Entscheidung auf der Grundlage der VO (EG) Nr. 510/2006 zu treffen ist (s. Frage 1.), bittet das vorlegende Gericht um Beantwortung der zu 2. gestellten Fragen auf der Grundlage der VO (EG) Nr. 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.

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 19. Dezember 2018 (GRUR 2019, 183, im Folgenden: EuGH-Urt.) die Vorlagefrage 1 offen gelassen, da die ge-

nannten Regelungen im Wesentlichen inhaltsgleich seien und die Vorlagefragen 2 und 3 wie folgt beantwortet:

Art. 4 Abs. 2 Buchst. e der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20. März 2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel in Verbindung mit Art. 8 der Verordnung (EG) Nr. 1898/2006 der Kommission vom 14. Dezember 2006 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung Nr. 510/2006 und Art. 7 Abs. 1 Buchst. e der Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel sind dahin auszulegen, dass das Erfordernis der Aufmachung eines von einer geschützten geografischen Angabe erfassten Erzeugnisses in dem geografischen Gebiet, in dem es erzeugt wird, gemäß dem besagten Art. 4 Abs. 2 Buchst. e gerechtfertigt ist, wenn es ein erforderliches und verhältnismäßiges Mittel darstellt, um die Qualität des Erzeugnisses zu wahren oder dessen Ursprung oder die Kontrolle der Spezifikation für die geschützte geografische Angabe zu gewährleisten. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob dieses Erfordernis, was die geschützte geografische Angabe „Schwarzwälder Schinken“ betrifft, durch eines der vorstehend genannten Ziele gebührend gerechtfertigt ist.

Auf die Ladung zur mündlichen Verhandlung am 28. März 2019 wurde für die Einsprechende zu 1 erklärt, dass die Firma liquidationslos erloschen sei und nicht mehr am Beschwerdeverfahren beteiligt sein möchte.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist nach § 133 Satz 1 und 3 i.V.m. § 66 MarkenG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Nach dem Ergebnis des Vorlageverfahrens muss ihr jedoch in der Sache der Erfolg versagt bleiben.

A. Beteiligte des Beschwerdeverfahrens

Gegen den ersten Senatsbeschluss vom 13. Oktober 2011 hat nur die Einsprechende zu 3 Rechtsbeschwerde eingelegt. Auf diese Rechtsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof den genannten Beschluss aufgehoben und die Sache an das Bundespatentgericht zurückverwiesen. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Beteiligtenstellung auch der nicht rechtsbeschwerdeführenden Einsprechenden zu 1 und zu 2 mit der Aufhebung der Erstentscheidung und Zurückverweisung jedenfalls wieder aufgelebt ist (vgl. für das patentrechtliche Einspruchsverfahren, wenn nur ein Einsprechender erfolgreich Beschwerde einlegt: Reichspatentamt in: Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1932, 186; Püschel in: Schulte, PatG, 9. Aufl., § 73 Rn. 100; Schäfers in: Benkard, PatG, 10. Aufl., § 59 Rn. 52).

Die Einsprechende zu 1 ist allerdings nach Mitteilung des ehemaligen Kommandisten und ausweislich des erhaltenen Handelsregisterauszugs liquidationslos erloschen. Da das Einspruchsrecht nach § 130 Abs. 4 Satz 2 MarkenG ungeachtet des erforderlichen berechtigten Interesses letztlich im öffentlichen Interesse gegeben ist (vgl. zur Rechtsnatur des Einspruchs Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 130 Rn. 105; etwas anders Büscher in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – Medienrecht, 3. Aufl., MarkenG § 130 Rn. 58), ist mit der Einsprechendenstellung keine individuelle werthaltige Rechtsposition verbunden, die eine Nachtragsliquidation erfordern könnte. Die Einsprechende zu 1 ist daher mit ihrem Erlöschen aus dem Verfahren ausgeschieden.

B. Anwendbares Recht

In Anbetracht der ungewöhnlich langen Dauer des vorliegenden Verfahrens stellt sich zunächst die Frage, nach welchen Vorschriften über den Änderungsantrag zu entscheiden ist. Nicht in Betracht kommt dabei nach Auffassung des Senats eine Entscheidung auf der Grundlage der VO (EWG) Nr. 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 Eingabe vom 13./15. Februar 2007 wesentlich geändert worden. Diese Fassung ist dann auch im Markenblatt veröffentlicht worden, so dass insoweit allenfalls eine Anwendung der zu diesem Zeitpunkt in Kraft stehenden VO (EG) Nr. 510/2006 in Betracht kommt. So hat auch die Europäische Kommission die nicht umstrittenen Teile des Änderungsantrags nach der VO (EG) Nr. 510/2006 veröffentlicht (ABl. EU Nr. C 274 vom 11.9.2012, S. 2). Auch der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 19. Dezember 2018 eine Anwendung der VO (EWG) Nr. 2081/92 nicht in Betracht gezogen.

Nach Auffassung des Senats muss allerdings über den jetzt noch verfahrensgegenständlichen Teil des Antrags auf Basis der geltenden VO (EU) Nr. 1151/2012 entschieden werden. Davon geht wohl auch der Bundesgerichtshof aus (vgl. BGH GRUR 2014, 1132, Nr. 25 – Schwarzwälder Schinken). Nach den Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH-Urt., Nr. 19) sind jedoch die einschlägigen Vorschriften des Art. 4 Abs. 2 Buchst. e VO (EG) Nr. 510/2006 i. V. m. Art. 8 DurchführungsVO (EG) Nr. 1898/2006 einerseits und des Art. 7 Abs. 1 Buchst. e VO (EU) Nr. 1151/2012 andererseits im Wesentlichen inhaltsgleich. Die Frage ist somit letztlich nicht entscheidungserheblich. Von einer näheren Begründung der hier zugrunde gelegten Auffassung wird daher an dieser Stelle abgesehen und insoweit auf die Ausführungen im Vorlagebeschluss vom 18. Mai 2017 verwiesen.

C. Zulässigkeit des Änderungsantrags

Nach Art. 53 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1151/2012 kann eine Vereinigung, die ein berechtigtes Interesse hat, die Genehmigung einer Änderung der Produktspezifikation beantragen. Der Antrag hat eine Beschreibung der beabsichtigten Änderungen und deren Begründung zu enthalten. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Der Antragsteller ist eine Vereinigung im Sinne von Art. 3 Nr. 2 VO (EU) Nr. 1151/2012, nämlich ein Zusammenschluss von Herstellern und Verarbeitern des Erzeugnisses „Schwarzwälder Schinken“.

Auch ein berechtigtes Interesse an der beantragten Änderung liegt vor. Der Antragsteller beruft sich darauf, dass aufgrund eines seit der Schutzgewährung im Jahre 1997 geänderten Nachfrageverhaltens rund zwei Drittel der Produktion des „Schwarzwälder Schinkens“ geschnitten und portionsweise verpackt würden. Damit seien wesentliche Veränderungen bei der Vermarktung eingetreten, die sich entscheidend auf den Produktionsprozess auswirkten. Dadurch dass ganze Schinken in weitaus geringerem Umfang auf den Markt kommen, habe sich das Kontrollbedürfnis entsprechend verändert. Darin stimmen die Verfahrensbeteiligten – anders als noch im ersten Beschwerdeverfahren – im Grundsatz überein. So hat der Antragsteller auf Nachfrage des Senats 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 würde. 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.

Ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an der beantragten Änderung der Spezifikation ist aber auch deswegen anzuerkennen, weil weder zum Zeitpunkt der Antragstellung für die geografische Angabe „Schwarzwälder Schinken“ im vereinfachten Verfahren nach Art. 17 der damals geltenden VO (EWG) Nr. 2081/92 noch zum Zeitpunkt der Schutzgewährung im Jahr 1997 absehbar war, dass die Verarbeitungsschritte des Schneidens und Verpackens durch entsprechende Vorgaben in der Spezifikation dem Herstellungsgebiet vorbehalten werden können. Dass dies überhaupt möglich ist, ist erst durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Mai 2003 in den Rechtssachen „Prosciutto di Parma“ (GRUR 2003, 616 ff.) und „Grana Padano“ (GRUR 2003, 609 ff.) und die zeitgleich betriebene Änderung der VO (EWG) Nr. 2081/92 durch die Verordnung (EG) Nr. 692/2003 ersichtlich geworden (s. hierzu Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 130 Rn. 81-82).

D. Begründetheit des Änderungsantrags

Der Antrag ist jedoch nicht begründet. Nach Art. 7 Abs. 1 lit. e VO (EU) Nr. 1151/2012 kann die Spezifikation einer g. U. oder g. g. A. Angaben über die Aufmachung enthalten, 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. Die Vorschrift nimmt insoweit Bezug auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Dieser hat sich mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in der Spezifikation 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 (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 (GRUR 2003, 609).

Zu dieser Zeit war in der damals geltenden VO (EWG) Nr. 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 (GRUR 2003, 616, Nr. 59 – Prosciutto di Parma). Sie könne aber gleichwohl mit dem Unionsrecht vereinbar sein, wenn nachgewiesen werde, dass die Beschränkung ein erforderliches und verhältnismäßiges Mittel darstelle, um das Ansehen der g. U. zu erhalten (a. a. O., Nr. 66 – Prosciutto di Parma).

Im vorliegenden Verfahren hat der Gerichtshof in wörtlicher Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen darauf hingewiesen, dass die Unionsgesetzgebung eine allgemeine Tendenz zeige, im Rahmen der gemeinsamen Agrarpolitik die Qualität der Erzeugnisse herauszustellen, um deren Ansehen zu fördern, u. a. durch die Verwendung besonders geschützter Ursprungsbezeichnungen. Sie sei auch darauf gerichtet, dass den Erwartungen der Verbraucher in Bezug auf Qualitätserzeugnisse und Erzeugnisse mit bestimmter geografischer Herkunft Rechnung getragen werde und es den Herstellern erleichtert werde, unter gleichen Wettbewerbsbedingungen als Gegenleistung für echte Qualitätsanstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen (EuGH-Urt., Nr. 24). Im Übrigen solle eine Produktspezifikation, die die Zuerkennung der g. g. A. u. a. an das Aufschneiden und Verpacken eines Schinkens im Erzeugungsgebiet knüpfe, es den Inhabern dieser g. g. A. ermöglichen, die Kontrolle über eine der Formen zu behalten, in denen das Erzeugnis auf den Markt gebracht werde. Dies verfolge das Ziel, die Qualität und Unverfälschtheit des betreffenden Erzeugnisses und damit das Ansehen der g. g. A., für das die Inhaber gemeinsam die volle Verantwortung übernähmen,

besser zu wahren (EuGH-Urt., Nr. 25 unter Hinweis auf die gleichlautende Formulierung in EuGH GRUR 2003, 616, Nr. 65 – Prosciutto di Parma).

Eine Änderung des rechtlichen Rahmens ist damit trotz der nahezu zeitgleich mit dem Urteil „Prosciutto di Parma“ erfolgten Änderung der VO (EWG) Nr. 2081/92 durch die VO (EG) Nr. 692/2003 nicht verbunden. Denn nach Nr. 26 des Vorabentscheidungsurteils ist eine Bedingung wie im vorliegenden Fall trotz ihrer beschränkenden Auswirkungen auf den Handelsverkehr als unionsrechtskonform anzusehen, wenn nachgewiesen wird, dass sie ein erforderliches und verhältnismäßiges Mittel darstellt, um die Qualität des betreffenden Erzeugnisses zu wahren oder dessen Ursprung oder die Kontrolle der Spezifikation für diese g. g. A. zu gewährleisten.

Im vorliegenden Fall ist die beantragte Änderung der Spezifikation weder unter dem Gesichtspunkt der Qualitätswahrung (dazu nachfolgend 1.) noch dem der Gewährleistung des Ursprungs (dazu nachfolgend 2.) oder der Kontrolle der Spezifikation (dazu nachfolgend 3.) hinreichend produktspezifisch gerechtfertigt.

1. Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Qualitätswahrung

Der Änderungsantrag führt insoweit zwei Rechtfertigungsgründe an.

a) Zunächst wird in dem Änderungsantrag darauf hingewiesen, 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 zwar zutreffend. Jedoch kann 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 Trans-

portes 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.

Diese Sichtweise hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 19. Dezember 2018 bestätigt. Er führt hierzu aus:

„(27) Im vorliegenden Fall betont das vorlegende Gericht hinsichtlich des Risikos einer Beeinträchtigung der Qualität des Erzeugnisses aufgrund eines unsachgemäßen Transports, dass dieses Risiko jedes Erzeugnis, ob unter einer g. g. A. vermarktet oder nicht, betreffe und dass [der Antragsteller] keinerlei Vorgaben für den Transport vorgelegt habe, die etwaigen Beeinträchtigungen des Erzeugnisses vorbeugen könnten.

(28) Da mit dem Erfordernis der Aufmachung eines Erzeugnisses mit g. g. A. in einem abgegrenzten geografischen Gebiet u. a. die Wahrung der Qualität dieses Erzeugnisses bezweckt wird, ist dieses Erfordernis insoweit nur triftig, wenn die Aufmachung außerhalb des geografischen Herstellungsgebiets des betreffenden Erzeugnisses erhöhte Risiken für dessen Qualität mit sich bringt, nicht aber, wenn die gleichen Risiken auch bei vergleichbaren anderen Erzeugnissen bestehen.“

In seinem Vorlagebeschluss vom 18. Mai 2017 hatte der Senat allerdings darauf hingewiesen (dies war Hintergrund der Frage 2.1 a)), dass die Kommission der Europäischen Union vergleichbare Begründungen für eine Verlagerung der Aufmachungsvorgänge in das Herstellungsgebiet bereits akzeptiert hat. 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. November 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. Juni 2015, S. 18).

Insoweit ist dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes jedoch zu entnehmen, dass die Entscheidungspraxis der Kommission für die Beurteilung des vorliegenden Falles unerheblich ist (EuGH-Urt., Nr. 30).

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 Herstellungsgebiet zu beachten sind, nämlich:

- „- Schinken, die die Produktspezifikationen nicht erfüllen, sind vor dem Slicen auszusortieren [im Folgenden: Maßnahme 1].
- Eine Scheibendicke von nicht mehr als 1,3 mm ist einzuhalten [im Folgenden: Maßnahme 2].

- 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 [im Folgenden: Maßnahme 3].
- 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 [im Folgenden: Maßnahme 4].
- 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 S1...
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 [im Folgenden: Maßnahme 5].“

(1) In seinem Vorlagebeschluss vom 18. Mai 2017 ist der Senat davon ausgegangen, dass das vor dem Schneiden erfolgende Aussortieren von Schinken, die nicht

der Produktspezifikation entsprechen, selbstverständlich sei, 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 sei handelsüblich. Alle weiteren Vorgaben gingen nicht über die geltenden Maßstäbe der Lebensmittelhygiene hinaus. Der Antragsteller ist dieser Einschätzung seinerzeit auch nicht entgegengetreten (vgl. Schriftsatz vom 8. Mai 2017 = GA Bl. 584).

Weiter ist ausgeführt worden, dass sich der vorliegende Fall insoweit wesentlich von der Sachlage unterscheide, die dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache „Prosciutto di Parma“ (GRUR 2003, 616) zugrunde gelegen habe. So hätten im damaligen Fall z. B. nicht alle spezifikationsgemäßen Schinken auch geschnitten werden dürfen, sondern nur Keulen, die bestimmte, strengere Zusatzanforderungen erfüllten, insbesondere in Bezug auf Gewicht, Reifezeit, Wasseraktivität, Feuchtigkeitsgehalt und Fehlen sichtbarer Mängel (unter Hinweis auf EuGH GRUR 2003, 616, Nr. 71-73 – Prosciutto di Parma). Für einige der Verarbeitungsschritte habe es fachmännischer, also auf das spezifische Produkt bezogener Beurteilungen bedurft (unter Hinweis auf EuGH GRUR 2003, 616, Nr. 74 – Prosciutto di Parma).

Der Senat hat jedoch auch in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen (dies war Hintergrund der Vorlagefrage 2.1 b), dass die Kommission der Europäischen Union vergleichbare Begründungen für eine Verlagerung der Aufmachungsvorgänge in das Herstellungsgebiet bereits in einer Reihe von Fällen akzeptiert habe.

So sei 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“ (ABl. EU Nr. C 119 vom 16. April 2011, S. 22).

Im Eintragungsantrag für das Erzeugnis „Coppa di Parma“ (g. g. A.) werde 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“ (ABl. EU Nr. C 37 vom 5. Februar 2011, S. 26).

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

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

„Bei diesem empfindlichen Erzeugnis ... müssen Aufschneiden und Verpacken, deren rasche Abfolge für das Personal mit Stress verbunden sein kann, von sachkundigen Mitarbeitern durchgeführt werden“ (ABl. EU Nr. C 19 vom 20. Januar 2011, S. 13).

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

Als letztes Beispiel wurde 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. Oktober 2009, S. 36).

(2) Was den zuletzt genannten Gesichtspunkt betrifft, ist dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes auch insoweit zu entnehmen, dass die Entscheidungspraxis der Kommission für die Beurteilung des vorliegenden Falles keine Bedeutung hat (EuGH-Urt., Nr. 30).

(3) Zur Bewertung der in der Spezifikation vorgesehenen qualitätssichernden Maßnahmen 1 bis 5 hat der Gerichtshof unter Nr. 29 des Vorabentscheidungsurteils ausgeführt:

„Das Auftreten erhöhter Risiken im Fall der Aufmachung eines durch eine g. g. A. zertifizierten Erzeugnisses außerhalb des Herstellungsgebiets wird im Übrigen durch den Umstand an sich, dass die vo[m Antragsteller] vorgelegten Vorgaben für das Schneiden und Verpacken für Schinken handelsüblich sind oder nicht über geltende Maßstäbe der Lebensmittelhygiene hinausgehen, weder bestätigt noch ausgeschlossen.“

Demnach kann die Beantwortung der Frage, ob die Verlagerung des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet hinreichend produktspezifisch gerechtfertigt ist, entgegen der im Vorlagebeschluss geäußerten Auffassung des Senats nicht allein davon abhängig gemacht werden, ob die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen bei Produkten dieser Art (hier: Rohschinkenerzeugnisse) üblich sind. Entscheidend ist, wie der Zusammenhang der Ausführungen unter Nr. 29 in Verbindung mit Nr. 28 des Vorabentscheidungsurteils erkennen lässt, ob das betreffende g. g. A.-Erzeugnis bei einer Verarbeitung außerhalb des Herstel-

lungsgebiets im Vergleich zu anderen vergleichbaren Erzeugnissen erhöhten Risiken ausgesetzt ist, denen mit den vorgesehenen Maßnahmen wirksam begegnet werden kann. Ein solches erhöhtes Risiko lässt sich allerdings leichter dartun, wenn die vorgesehenen Maßnahmen nicht üblich sind, sondern in den Besonderheiten des zu verarbeitenden Produkts begründet liegen. Vor diesem Hintergrund ist das Vorbringen des Antragstellers im Schriftsatz vom 20. März 2019 (GA Bl. 808 ff.), in der mündlichen Verhandlung vom 28. März 2019 mit den dortigen Bezugnahmen sowie in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 3. Mai 2019 (GA Bl. 843) und vom 3. Juli 2019 (GA Bl. 875) zu sehen.

Nach Auffassung des Senats können die vorgesehenen Maßnahmen eine Verlagerung der Konfektionierung in das Herstellungsgebiet auch unter Berücksichtigung des neuen Vorbringens des Antragstellers nicht hinreichend rechtfertigen. Im Einzelnen:

(3.1) Maßnahme 1: Aussortieren nicht spezifikationsgerechter Schinken

Dass Schinken, die nicht der Produktspezifikation entsprechen, vor dem Schneiden auszusortieren sind, ist selbstverständlich. Denn wenn schon das Ausgangsprodukt kein „Schwarzwälder Schinken“ im Rechtssinne ist, gilt dies natürlich auch für das konfektionierte Produkt. Insoweit ist bei einer Konfektionierung außerhalb des Herstellungsgebiets auch kein „erhöhtes Risiko“ im Sinne der Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes ersichtlich. Wenn die aus dem Schwarzwald stammenden Ausgangsprodukte zutreffend gekennzeichnet sind, kann es bei regulärem Gang der Dinge zu keinem erhöhten Risiko der Verarbeitung von nicht spezifikationsgerechten Schinken kommen. Risiken können nur entstehen, wenn

- entweder nicht spezifikationsgerechter Schinken als „Schwarzwälder Schinken“ gekennzeichnet und verkauft wird; dies zu unterbinden ist Sache der Herstellerkontrolle, die nach Maßgabe der Spezifikation gewährleistet wird;

- oder wenn seitens eines Verarbeiters bewusst nicht spezifikationsgerechte Ware, z. B. Rohschinken anderer Provenienz, untergeschoben wird; dies zu verhindern ist das Aufgabengebiet der Missbrauchskontrolle (s. dazu unten D.3.).

Soweit der Antragsteller zu Maßnahme 1 in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen hat, dass nach der beantragten Spezifikation (Markenblatt 2007, S. 14633, 2. Abs.)

„[n]ur durch die kontinuierlichen Kontrollen durch die Kontrollbehörde ... sichergestellt werden [kann], dass ... nur solche Stücke geslittet werden, deren Muskelgruppen im natürlichen Zusammenhang belassen sind, also nicht aus isolierten, einzelnen Muskelgruppen zusammengesetzt sind“,

(vgl. hierzu auch die Bemerkung der Europäischen Kommission im Schriftsatz vom 2. Oktober 2017 unter Nr. 46 = GA Bl. 767) ist schon nicht klar, ob dies eine verpflichtende Vorgabe darstellt, nachdem der nachfolgende 3. Absatz („Beim Slicen sind folgende Qualitäts- und Produktionsmerkmale einzuhalten“) eine solche Auswahl nicht erwähnt. Außerdem ist mangels Darlegung in den Abschnitten „Beschreibung“ und „Herstellungsverfahren“ nicht ersichtlich, ob die genannten Stücke als „Schwarzwälder Schinken“ bezeichnet werden dürfen (dann würde es sich gegebenenfalls um eine zusätzliche Auswahlanforderung für das Schneiden handeln) oder nicht.

(3.2) Maßnahme 2: Scheibendicke von maximal 1,3 mm

Nach jetziger Darstellung des Antragstellers entspricht die im Änderungsantrag vorgesehene Begrenzung der Scheibendicke auf maximal 1,3 mm keinem lebensmittelrechtlichen Standard; vielmehr handele es sich um das Ergebnis hergebrachter Erfahrungen mit dem Produkt „Schwarzwälder Schinken“. Dickere Schei-

ben würden Geschmack, Biss und Sensorik des Erzeugnisses erheblich verändern (Schriftsatz 20. März 2019, Bl. 7 = GA Bl. 809).

Dieses Vorbringen vermag die beantragte Verlagerung des Schneidens in das Herstellungsgebiet nicht zu rechtfertigen. Erfahrungsgemäß zutreffend ist allerdings, dass zu dicke Scheiben Geschmack, Biss und Sensorik nachteilig verändern, was naheliegenderweise daran liegt, dass dickere Scheiben beim Verzehr, also nach Öffnen der Packung, weniger Luftkontakt des aufgeschnittenen Schinkens zulassen, so dass sich das Aroma weniger stark entfalten kann. Insoweit erscheint eine Begrenzung der Scheibendicke auf maximal 1,3 mm als sinnvolle Maßnahme. Ob es sich dabei um einen üblichen Standard handelt, kann dahinstehen. Auch und gerade wenn dies nicht der Fall wäre, wäre der Antragsteller nicht gehindert, in der Spezifikation eine solche maximale Scheibenstärke vorzusehen. Die Vorgabe würde dann generell und unabhängig davon gelten, wo geschnitten wird. Der Antragsteller zeigt jedoch nicht auf – und es ist auch sonst nicht ersichtlich –, wozu es hierfür einer Gebietsbegrenzung für das Schneiden bedarf. Dies wäre nur dann denkbar, wenn die Beachtung der vorgeschlagenen Maßnahme außerhalb des Herstellungsgebiets nicht sichergestellt wäre, insbesondere weil sie schwerer als im Herstellungsgebiet kontrollierbar wäre; das jedoch ist nicht der Fall (s. zum Aspekt der Erzeugniskontrolle unten D.3.).

(3.3) Maßnahme 3: Aromapackung bei Packungen mit einer Haltbarkeit von mehr als 30 Tagen

Zu dem Erfordernis, Packungen mit einer Haltbarkeit von mehr als 30 Tagen als Aromapackungen mit einem X-CO₂-Anteil zur mikrobiologischen Stabilisierung auszugestalten, hat der Antragsteller schriftsätzlich (Schriftsatz 20. März 2019, Bl. 7 = GA Bl. 809) dargelegt, warum diese Art der Verpackung gegenüber einer Vakuumverpackung vorzugswürdig sei. Auf Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 28. März 2019 hat der Vorsitzende des Antragstellers demgegenüber eingeräumt, dass eine Vakuumverpackung bei Packungen mit ei-

ner Haltbarkeit von mehr als 30 Tagen nicht in Betracht komme, sondern nur eine Aromapackung möglich sei. Es handelt sich also um eine technisch ohnehin notwendige Maßnahme. Daher ist nicht erkennbar, warum diese Maßnahme eine geografische Bindung an das Herstellungsgebiet erfordert.

(3.4) Maßnahme 4: Zwischenreinigung

Der Antragsteller hat zuletzt die Bedeutung einer Zwischenreinigung bzw. Desinfektion der Schneideanlage hervorgehoben, falls auf einer Anlage unterschiedliche Produktgruppen geschnitten werden. Das Schneiden unterschiedlicher Produktgruppen sei lebensmittel- und hygienerechtlich zulässig, für ein empfindliches Produkt wie „Schwarzwälder Schinken“ aber mit Risiken wie Geschmacksveränderungen, Veränderungen der produktspezifischen Mikrobiologie, der Haltbarkeit und anderen Nachteilen verbunden. Dies gelte besonders bei einem Kontakt mit Hefen und Naturschimmel (Schriftsatz 20. März 2019, Bl. 7 = GA Bl. 809).

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass die Spezifikation das Schneiden unterschiedlicher Produktgruppen auf einer Anlage nicht zwingend verbietet („sollte“). Soweit dies erfolgt, begnügt sich die Spezifikation ohne weitere Details damit, dass „geeignete Vorkehrungen“ zu treffen sind, um einer Übertragung von Stoffen, die für „Schwarzwälder Schinken“ untypisch sind, „entgegenzuwirken“. Zwingend vorgeschrieben ist eine gründliche Reinigung und Desinfektion nur für den Fall, dass die Anlage auch zum Schneiden von naturschimmelbehafteten Produkten verwendet wird.

Dem ist zu entnehmen, dass es mit einem für „Schwarzwälder Schinken“ spezifischen Risiko verbunden ist, wenn auf ein und derselben Anlage zunächst ein naturschimmelbehaftetes Produkt und sodann „Schwarzwälder Schinken“ geschnitten wird. Insoweit erscheint es gerechtfertigt, in der Spezifikation eine Zwischenreinigung und Desinfektion zwingend vorzuschreiben. Der Antragsteller zeigt jedoch auch in diesem Zusammenhang nicht auf – und es ist auch sonst nicht er-

sichtlich, wozu es hierfür einer Gebietsbegrenzung für das Schneiden bedarf. Dies wäre nur dann denkbar, wenn die Beachtung der vorgeschlagenen Maßnahme außerhalb des Herstellungsgebiets nicht sichergestellt wäre, insbesondere weil sie schwerer als im Herstellungsgebiet kontrollierbar wäre; das jedoch ist nicht der Fall (s. zum Aspekt der Erzeugniskontrolle unten D.3.).

Vor diesem Hintergrund erweist sich auch das Vorbringen des Antragstellers in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 3. Mai 2019 und vom 3. Juli 2019 als unbehelflich. Im Schriftsatz vom 3. Mai 2019 (GA Bl. 843 ff.) hat der Antragsteller darauf hingewiesen, dass – wie jetzt bekannt geworden sei – in einem Betrieb in C... geschnittener und verpackter „Schwarzwälder Schinken“ mit dem Hinweis „Kann Spuren von Senf, Sellerie, Milch und Pistazien enthalten“ vertrieben werde, was nur auf eine unzureichende Zwischenreinigung nach der Verarbeitung etwa von Käse und Wurst zurückgeführt werden könne. Die Einsprechende zu 3 hat geltend gemacht, dass derartige „Allerghinweise“ auch bei Packungen aus dem Herstellungsgebiet anzutreffen seien.

Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es bei einer etwaigen Belastung der in C... hergestellten Packungen mit Senf, Sellerie, Milch und Pistazien offenbar nicht um den Fall einer vorgängigen Verarbeitung von naturschimmelbehafteten Produkten geht. Die vom Antragsteller in diesem Zusammenhang noch einmal betonte verpflichtende Zwischenreinigung (Schriftsatz vom 3. Juli 2019 = GA Bl. 876) ist somit in dem konkreten Fall nicht betroffen. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagene Spezifikation eine Verarbeitung von „Schwarzwälder Schinken“ auf Anlagen, auf denen zuvor z. B. Käse oder Wurst, etwa Mortadella mit Pistazien, geschnitten worden ist, nicht nur nicht ausschließt. Sie fordert insoweit auch nur ganz allgemein „geeignete Vorkehrungen“, um einer Übertragung von Stoffen, die für „Schwarzwälder Schinken“ untypisch sind, also z. B. Pistazien, „entgegenzuwirken“. Dies ist so vage formuliert, dass es nicht ausgeschlossen erscheint, dass es zu den beklagten Verunreinigungen auch kommen könnte, wenn der Änderungsantrag Erfolg hätte. Vor allem aber ist nicht ersicht-

lich, warum entsprechende Reinigungsvorschriften nur im Herstellungsgebiet umgesetzt und kontrolliert werden könnten (s. dazu näher unter D.3.).

Aus den genannten Gründen bot das nicht nachgelassene Vorbringen auch keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

(3.5) Maßnahme 5: Bakteriologische Betriebsüberwachung

Insoweit macht die Spezifikation keine eigenständigen Vorgaben, sondern verweist auf eine Festlegung mikrobiologischer Werte durch die Kontrollbehörde in Abstimmung mit den Fachbehörden, den Produzenten von „Schwarzwälder Schinken“ und mit dem Antragsteller. Produktspezifische Risiken sind nicht angesprochen.

Nach alledem verbleibt es dabei, dass die beantragte Änderung der Spezifikation keine hinreichende qualitätsbezogene Rechtfertigung für eine Verlagerung der Verarbeitungsschritte des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet enthält.

(4) Das übrige Vorbringen des Antragstellers rechtfertigt keine andere Bewertung.

(4.1) Das Gutachten S... bestätigt zwar, dass die Bedingungen beim Schneiden und Verpacken von Rohschinken wesentlichen Einfluss auf die Qualität der verpackten Erzeugnisse haben, sagt aber explizit, dass ein Schneiden und Verpacken im Herstellungsgebiet „aus technologischen Gründen“ nicht erforderlich sei (Gutachten Bl. 4 = Amtsakte Bl. 83). Die allgemein gehaltene Aussage, dass beim Schneiden und Verpacken von „Schwarzwälder Schinken“ die gleiche Sorgfalt geboten sei wie bei „Parmaschinken“, ist eine von den konkret beantragten Änderungen losgelöste Wertung des Gutachters, die weder in der Sache weiter führt noch der beantragten Beweiserhebung zugänglich wäre.

(4.2) Das Gutachten F... verhält sich zu Qualitätsaspekten nur unter dem Gesichtspunkt der möglichen Kontamination, wenn auf einer Anlage andere Produkte als „Schwarzwälder Schinken“ geschnitten werden (Gutachten Bl. 4 = Amtsakte Bl. 197). Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter (3.4) verwiesen werden. Der Hinweis auf die Gebietsbeschränkung bei „Südtiroler Speck“ ist unbehelflich (s. hierzu oben unter (1)); die Auffassung des Gutachters, dass die Gebietsbeschränkung keine Wettbewerbsbeschränkung darstelle, ist mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht vereinbar.

(4.3) Im Schriftsatz vom 30. Dezember 2014 (GA Bl. 216 ff.) hat der Antragsteller – nach den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vom 28. März 2019 auf der Grundlage einer nicht zur Akte gereichten privatgutachterlichen Stellungnahme – im Einzelnen dargelegt, wie „Schwarzwälder Schinken“ im Herstellungsgebiet konfektioniert werde, nämlich:

- Aussortierung von Teilstücken, die nicht dem Standard entsprechen, z. B. wegen farblicher Veränderungen durch Pökelfehler u. a., durch Fachpersonal;
- Scheibenhöhe 50 – 100 mm, Scheibenbreite nicht über 200 mm;
- Scheibendicke zwischen 1 mm und 1,3 mm;
- Speckrand mit einer maximalen Fettabdeckung von 10%;
- sachgerechte Kühlung (Frostung), um eine saubere und glatte Schnittführung zu ermöglichen;
- Vermeidung einer Erwärmung des Produkts; kontinuierliche Kontrolle der Temperatur;
- strikte Beachtung der Hygienebedingungen in Abstimmung mit der gefrosteten Temperatur:

„Insbesondere muss beachtet werden, dass Rohschinken nicht zu lange nach der Anfröschung gelagert bzw. in größeren Mengen aus der Vakuumierung genommen und damit der Luft ausgesetzt werden, da es dann leicht – aufgrund der Kälte des Produkts – zu einer Wasserdampfkonden-

sation an der Oberfläche des Schinkens ... kommt. Dies wiederum führt zu einem erheblich erhöhten Risiko der Keimbildung, insbesondere des äußerst gefährlichen staphylococcus aureus ...“.

Dieses Vorbringen ist irrelevant, weil sich die beschriebenen Maßnahmen mit Ausnahme der maximalen Scheibendicke von 1,3 mm in der Spezifikation nicht niedergeschlagen haben. Darauf haben der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 15. Januar 2015 und nochmals in der Verhandlung vom 28. März 2019 sowie die Einsprechende zu 3 im Schriftsatz vom 31. März 2015 (Bl. 5 = GA Bl. 276) hingewiesen. Der Antragsteller wäre nicht gehindert, die genannten Maßnahmen in der Spezifikation festzuschreiben; so hätte vielleicht die im Schriftsatz vom 20. März 2019 (Bl. 8 = GA Bl. 810) beschriebene Kontaminierung von „Schwarzwälder Schinken“ mit Staphylokokken bei einem Schneidebetrieb in Konstanz vermieden werden können. Nur am Rande sei bemerkt, dass diese Kontamination offenbar nicht im Zusammenhang mit der Frage der Zwischenreinigung stand.

Soweit der Antragsteller demgegenüber meint, dass es nicht so sehr auf die zusammengefasste Darstellung in der Spezifikation, sondern auf die tatsächliche detaillierte Handhabung im handwerklichen Umgang mit dem Produkt ankomme (so Schriftsatz vom 20. März 2019, Bl. 8 = GA Bl. 811), kann dem nicht beigetreten werden. Da der Antragsteller eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit erstrebt, bedarf es klarer Regeln in der Spezifikation.

2. Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Ursprungsgarantie bzw. der Rückverfolgbarkeit

a) Im Rechtsbeschwerdeverfahren als übergegangen gerügtes Vorbringen der Einsprechenden zu 3:

Die Einsprechende zu 3 hatte im ersten Beschwerdeverfahren 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 sichergestellt sei. Der Bundesgerichtshof war insoweit der Auffassung, dass der erkennende Senat sich in seinem ersten Beschluss vom 13. Oktober 2011 (u. a.) 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. Das ist jedoch nach dem eigenen Vorbringen der Einsprechenden zu 3 nicht der Fall. Diese hat im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof vielmehr darauf hingewiesen, dass die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 der Krisenbekämpfung dient und auch nur eine Verfolgbarkeit des Lebensmittels über jeweils eine Stufe „zurück und nach vorne“ ermögliche, wogegen es im Rahmen der Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 um eine „stufenüberspringende“ Rückverfolgbarkeit gehe (Schriftsatz vom 6. Oktober 2017, Nr. 38 f. = GA Bl. 736).

Die Einsprechende zu 3 hatte des weiteren vorgetragen, dass sie – wie zahlreiche andere Lebensmittelhersteller – sowohl an dem von der Firma „Q... GmbH“ betriebenen „Q...-System“ als auch an dem „IFS [International Featured Standard] Food-System“ teilnehme. 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.

Auch dieser Vortrag ist nicht 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 weder im ersten noch im wieder eröffneten Beschwerdeverfahren etwas vorgetragen worden.

b) Auffassung des Senats im ersten Beschluss vom 13. Oktober 2011:

In seinem ersten Beschluss vom 13. Oktober 2011 hat der Senat 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 Verlagerung 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“.

c) Geänderte Rechtsauffassung des Senats nach dem Vorabentscheidungs Urteil des Europäischen Gerichtshofes:

Entgegen der Einschätzung des Antragstellers ist die Rechtsauffassung im Beschluss vom 13. Oktober 2011 nicht haltbar, da es sich – wie bereits im Vorlagebeschluss vom 18. Mai 2017 ausgeführt – bei diesen Erwägungen nicht um produktspezifische Rechtfertigungsgründe handelt. In diesem Sinne hat der Europäische Gerichtshof im Urteil vom 19. Dezember 2018 unter Nr. 31 ausgeführt:

„Zum Ziel, die Rückverfolgbarkeit des Erzeugnisses zu gewährleisten, ergibt sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen, dass dieses Argument von [dem Antragsteller] allgemein, ohne eingehendere Begründung angeführt wurde und dass folglich nicht nachgewiesen ist, dass

die Aufmachung in dem geografischen Herstellungsgebiet erforderlich wäre, um den Ursprung des Erzeugnisses zu gewährleisten.“

Zwar hat die Europäische Kommission im Vorabentscheidungsverfahren ebenso wie der Senat in seinem ersten Beschluss vom 13. Oktober 2011 darauf hingewiesen, dass sich etwas anderes ergeben könnte,

„wenn sich aufgrund der besonderen Beschaffenheit des Produkts ein spezielles Problem in Bezug auf die Rückverfolgbarkeit stellt. Dies könnte z. B. in Bezug auf geriebenen Käse der Fall sein. Ein solches Erzeugnis ist von Natur aus schwerer zu identifizieren als ein Laib, was ein Risiko der Vermengung mit anderem Käse nach sich ziehen könnte. In einem solchen Fall könnte diese[m] Risiko mit entsprechenden produktbezogenen Vorgaben in der Spezifikation begegnet werden“ (Schriftsatz vom 2. Oktober 2017, Nr. 70 = GA Bl. 770).

Der Antragsteller hat in der mündlichen Verhandlung vom 28. März 2019 im Grundsatz zutreffend darauf hingewiesen, dass das gleiche Problem auch bei aufgeschnittenem Schinken auftritt. Das vermag der Beschwerde aber nicht zum Erfolg zu verhelfen, weil die beantragte Spezifikation keine produktbezogenen Vorgaben macht, um dieses Problem zu lösen, wie von der Einsprechenden zu 3 zutreffend angemerkt worden ist (Schriftsatz vom 6. Oktober 2017, Nr. 40 = GA Bl. 736). Die Spezifikation verweist hierzu lediglich auf eine Mengenplausibilitätskontrolle und behauptet, dass eine solche nur im Herstellungsgebiet möglich sei; im gleichen Sinne äußert sich das Gutachten F... (Bl. 4 = Amtsakte Bl. 197).

Eine solche Mengenplausibilitätskontrolle kann schon nicht als produktbezogene Vorgabe eingestuft werden. Mit einer solchen Kontrolle kann nur überschlagsweise festgestellt werden, ob die Menge des geschnittenen „Schwarzwälder Schinkens“ in etwa dem entspricht, was als Schinken aus dem Schwarzwald bezogen worden ist. Ob der im Schwarzwald eingekaufte Schinken ein „Schwarzwälder Schinken“ im Sinne der Spezifikation war, kann aber nicht geprüft werden.

Hinzu kommt, dass solche Kontrollen zwar nach dem übereinstimmenden Parteivorbringen im Herstellungsgebiet kontinuierlich durchgeführt werden, nämlich einmal pro Jahr. Explizit in der Spezifikation festgeschrieben ist dies aber nicht (s. dazu auch Abschnitt D.3.).

3. Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Kontrolleffizienz

a) Allgemeines:

Die amtliche Kontrolle ist ein wesentlicher Bestandteil des mit der VO (EU) Nr. 1151/2012 (und den Vorgänger-Verordnungen) geschaffenen Schutzsystems für Erzeugnisse mit g. U. und g. g. A. Einzelheiten regeln die Art. 35 bis 40 der VO (EU) Nr. 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 (EU) Nr. 1151/2012); Art. 37 Abs. 1 VO (EU) Nr. 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 (sog. „Herstellerkontrolle“ bzw. „Kontrolle“ im Sinne von § 134 Abs. 1 MarkenG). Für diese Art der Kontrolle sieht Art. 7 Abs. 1 lit. g VO (EU) Nr. 1151/2012 vor, dass die Spezifikation Regelungen 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 L1... GmbH als beliehenes Unternehmen bedient.

Davon zu unterscheiden ist die derzeit noch in Art. 36 Abs. 3 lit. b VO (EU) Nr. 1151/2012 geregelte Überwachung der Verwendung der eingetragenen Na-

men zur Beschreibung eines in Verkehr gebrachten Erzeugnisses im Einklang mit Art. 13 VO (EU) Nr. 1151/2012, sog. „Missbrauchskontrolle“ bzw. „Überwachung“ im Sinne von § 134 Abs. 1 MarkenG; diese Vorschriften werden ab 14. Dezember 2019 in die VO (EU) 2017/652 überführt. Nach Art. 38 VO (EU) Nr. 1151/2012 müssen die Mitgliedstaaten insoweit Kontrollen auf der Grundlage einer Risikoanalyse durchführen.

Welche Behörde diese Missbrauchskontrollen durchführt, regelt das Recht der Mitgliedstaaten. Für die Kontrolle des Betriebs der Einsprechenden zu 3 in H1... z. B. ist das Amt für Veterinärwesen und Lebensmittelüberwachung des Landkreises C1... 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 i. V. m. Art. 38 VO (EU) Nr. 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 i. V. m. Art. 37 VO (EU) Nr. 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 entgegengetreten. Sie ist zunächst der Auffassung, dass sie als „Wirtschaftsbeteiligter“ im Sinne von Art. 46 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1151/2012 auch außerhalb des Herstellungsgebiets des Erzeugnisses einer Herstellungskontrolle unterworfen werden könne, sofern die Spezifikation Vorgaben für das Schneiden und Verpacken, jedoch ohne Gebietsbeschränkung, mache. 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 „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.

Es sei auch nicht zutreffend, dass Kontrollen im Herstellungsgebiet einer Kontrolle außerhalb generell überlegen seien. So werde ihr Produktionsbetrieb in S4... jeweils einmal pro Jahr von der Firma L1... 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 H1... 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 „Q...-System“ teil, das von der Firma „Q... GmbH“ mit Sitz in B1... betrieben werde. Diesem Kontrollsystem gehörten ca. 130.000 Lebensmittelbetriebe an, darunter ihre

Betriebe in H1... und S4... 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“. 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) Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes:

Zur Rechtfertigung einer Verlagerung der Konfektionierung von „Schwarzwälder Schinken“ in das Herstellungsgebiet hat der Europäische Gerichtshof im Vorabentscheidungsurteil vom 19. Dezember 2018 ausgeführt:

„(32) Was schließlich das Ziel anbelangt, eine wirksame Kontrolle der Beachtung der Produktspezifikation zu gewährleisten, macht [der Antragsteller] geltend, die Wirksamkeit der Kontrollen sei im Allgemeinen im geografischen Herstellungsgebiet höher, wenn ein Erzeugnis wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende in erheblichem Umfang außerhalb dieses geografischen Gebiets vermarktet werde.

(33) Hierzu ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof im Urteil ... [„Prosciutto di Parma“, GRUR 2003, 616, Nr. 69, 74 und 75] ... vor dem Hintergrund, dass mit der Spezifikation für die geschützte Ursprungsbezeichnung des in jener Rechtssache in Rede stehenden Erzeugnisses die einzelnen Schritte des Schneidens und Verpackens eingerichtet werden, bei denen es zu sehr genauen technischen Maßnahmen und Kontrollen in Bezug auf Echtheit, Qualität, Hygiene und Etikettierung kommt, von denen einige fachmännischer Beurteilungen bedürfen,

festgestellt hat, dass Kontrollen außerhalb des Erzeugungsgebiets weniger Garantien für die Qualität und Echtheit des besagten Erzeugnisses gäben als Kontrollen, die im Erzeugungsgebiet unter Einhaltung des in der Spezifikation vorgesehenen Verfahrens durchgeführt werden.

(34) So verhält es sich insbesondere, wenn die Spezifikation Fachleute, die über spezielle Kenntnisse der Eigenschaften des betreffenden Erzeugnisses verfügen, mit der Vornahme eingehender und systematischer Kontrollen betraut und es somit kaum vorstellbar ist, solche Kontrollen in den anderen Mitgliedstaaten wirksam einzurichten [unter Bezugnahme auf EuGH GRUR 2003, 616, Nr. 75 – Prosciutto di Parma].

(35) Im vorliegenden Fall ist das vorlegende Gericht, auch wenn die Spezifikation für das mit der g. g. A. „Schwarzwälder Schinken“ bezeichnete Erzeugnis Vorgaben enthält, die beim Schneiden und Verpacken des Erzeugnisses befolgt werden müssen, und dieses Erzeugnis in erheblichem Umfang außerhalb des geografischen Herstellungsgebiets vermarktet wird, der Ansicht, dass diese Vorgaben für Schinken handelsüblich seien oder nicht über die geltenden Maßstäbe der Lebensmittelhygiene hinausgingen.“

d) Folgerungen für das vorliegende Verfahren:

aa) Die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes machen zunächst deutlich, dass der allgemeine, wenn auch zunächst einleuchtende Gesichtspunkt, dass regelmäßige Kontrollen im Herstellungsgebiet durch eine mit dem Erzeugnis vertraute Behörde oder Stelle (Herstellerkontrolle) einer anlassbezogenen, also nicht-präventiven Kontrolle außerhalb des Herstellungsgebiets (Missbrauchskontrolle) überlegen ist, keine produktspezifische Rechtfertigung für die Verlagerung der Verarbeitungsschritte des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet darstellt, wie sie Art. 7 Abs. 1 lit. e VO (EU) Nr. 1151/2012 verlangt. Daran ändert

sich auch dann nichts, wenn es sich – wie bei „Schwarzwälder Schinken“ – um ein Erzeugnis handelt, das in erheblichem Umfang außerhalb des Herstellungsgebiets geschnitten und verpackt wird. Zwar hat der Europäische Gerichtshof das Vorabentscheidungsersuchen des Senats in diesem Punkt möglicherweise missverstanden. Denn der Gerichtshof geht davon aus, dass es sich insoweit um Vorbringen des Antragstellers handelt (EuGH-Urt., Nr. 32), während es sich um eine dahingehende Frage des Senats gehandelt hatte (Frage 2.2.b)). Die Ausführungen unter Nr. 35 des Urteils zeigen aber gleichwohl klar, dass der große Umfang des Konfektionierens außerhalb des Herstellungsgebiets und die damit im Vorlagebeschluss vom 18. Mai 2017 angesprochene erhöhte abstrakte Gefahr für das Erzeugnis für sich genommen keine produktspezifische Rechtfertigung für eine territoriale Beschränkung der Konfektionierung darstellt.

Wie die ausführlichen Bezugnahmen auf das Urteil „Prosciutto di Parma“ unter Nr. 33 und 34 des Urteils vielmehr zeigen, ist der Gesichtspunkt der Kontrolleffizienz nur insoweit von Bedeutung, als die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen zur Sicherung der Qualität und des Ursprungs, d. h. der spezifikationsgemäßen Echtheit des verarbeiteten Erzeugnisses eine Kontrolle im Herstellungsgebiet als überlegen erscheinen lassen. Die Sicherstellung einer effizienten Kontrolle ist somit im Zusammenhang mit den qualitäts- und ursprungssichernden Maßnahmen zu sehen. Dass sich, worauf der Antragsteller mit Nachdruck hinweist (Schriftsatz vom 20. März 2019, Bl. 6 = GA Bl. 808) die Urteilsformel des Gerichtshofes insoweit der Konjunktion „oder“ bedient:

„(36) ... wenn es ein erforderliches und verhältnismäßiges Mittel darstellt, um die Qualität des Erzeugnisses zu wahren *oder* dessen Ursprung *oder* die Kontrolle der Spezifikation für die g. g. A. zu gewährleisten. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob dieses Erfordernis, was die g. g. A. „Schwarzwälder Schinken“ betrifft, durch *eines der vorstehend genannten Ziele* gebührend gerechtfertigt ist.“
[Hervorhebungen wie im genannten Schriftsatz]

ändert daran nichts, weil – insoweit abweichend vom Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 lit. e VO (EU) Nr. 1151/2012, also auslegend – nicht von „Kontrolle“ an sich, sondern explizit von „Kontrolle der Spezifikation für die g. g. A.“, also von einer Kontrolle der konkret produktbezogenen qualitäts- und ursprungssichernden Maßnahmen die Rede ist.

bb) Es kommt somit darauf an, ob der Gesamtzusammenhang der Spezifikation unter dem Gesichtspunkt einer effizienten Kontrolle die Verlagerung des Aufschneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet als ein erforderliches und verhältnismäßiges Mittel erscheinen lässt. Das ist nicht der Fall.

(1) Wie in den Abschnitten (3.2) und (3.4) unter D.1. b) (3) dargelegt, enthält die beantragte Spezifikation unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung lediglich zwei definitive Vorgaben, die als produktspezifische Maßnahmen in Betracht kommen könnten, nämlich die Begrenzung der Scheibendicke auf maximal 1,3 mm und die obligatorische Zwischenreinigung/Desinfektion, wenn auf der Schneideanlage vorher ein naturschimmelbehaftetes Produkt geschnitten worden ist.

(2) Was zunächst die Scheibendicke angeht, bedarf es offensichtlich keiner produktspezifischen Kenntnisse im Sinne der Nr. 33 und 34 des Vorabentscheidungsurteils. Es handelt sich um einen einfachen Parameter, der von jedem Lebensmittelkontrolleur überprüft werden kann. Das beantwortet allerdings noch nicht die Frage, welchem der beiden oben geschilderten Kontrollregime diese – sei es auch einfache – Maßnahme zuzuordnen ist.

Die Einsprechende zu 3 ist insoweit der Auffassung, dass, wenn die Spezifikation – wie nicht – in zulässiger Weise eine solche Anforderung aufstellen würde, dies jedenfalls keine Gebietsbegrenzung rechtfertige, weil sie im Hinblick auf eine solche Vorgabe für das Schneiden und Verpacken als Konfektionierer – als mildere

Maßnahme gegenüber einer Gebietsbeschränkung – einer Herstellerkontrolle auch außerhalb des Herstellungsgebiets unterworfen werden könnte. Das ergebe sich aus Art. 46 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1151/2012. Die Europäische Kommission teilt diese Auffassung (Schriftsatz vom 2. Oktober 2017, Nr. 72 = GA Bl. 770).

Hierfür spricht, dass – wie ausgeführt – mit einer derartigen Vorgabe für das Schneiden und Verpacken diese Verarbeitungsschritte Teil des Herstellungsprozesses werden, so dass insoweit an sich eine Herstellerkontrolle stattfinden können muss. Ebenfalls zutreffend ist, dass eine solche Kontrolle der maximalen Scheibendicke – rein inhaltlich betrachtet – ohne weiteres auch außerhalb des Herstellungsgebiets, z .B. in H1..., möglich wäre, da sie offensichtlich keiner besonderen Fachkenntnis des Erzeugnisses „Schwarzwälder Schinken“ bedarf. Insoweit wäre eine Kontrolle vor Ort ohne weiteres als gegenüber einer Gebietsbeschränkung im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes milderes Mittel einzustufen.

Der Antragsteller hat dem jedoch entgegengehalten, dass die Herstellerkontrolle nach der Spezifikation dem Regierungspräsidium K... obliegt. Es sei rechtlich nicht möglich, dem Regierungspräsidium K... über die Spezifikation amtlich-hoheitliche Kontrollbefugnisse außerhalb seiner territorialen Zuständigkeit zuzuweisen. Soweit solche Kontrollen durch „fremde“ Stellen wie z. B. die Firma P... hinsichtlich des Erzeugnisses „Jambon d´Ardenne“ bei der Einsprechenden zu 3 tatsächlich durchgeführt würden, könne es sich nur um freiwillige Kontrollen handeln.

Der Senat ist dieser Auffassung in seinem Vorlagebeschluss vom 18. Mai 2017 im Grundsatz beigetreten und hat darauf hingewiesen, dass eine Spezifikation, die eine Herstellerkontrolle des Schneidens und Verpackens außerhalb des Herstellungsgebiets vorsehe, wohl nur einen faktischen Zwang erzeuge, sich der Kontrolle zu unterwerfen, weil bei Weigerung das konfektionierte Produkt wegen Ver-

stoßes gegen die Kontrollvorschriften der Spezifikation nicht mehr unter der geschützten Bezeichnung vermarktet werden dürfe.

Diese rechtliche Frage bedarf im vorliegenden Fall jedoch keiner Entscheidung. Das Erfordernis amtlich-hoheitlicher Befugnisse der Kontrollbehörde bzw. einer von dieser beliehenen Stelle wie der Firma L1... GmbH stellt sich nämlich nur dann, wenn die Kontrolle nach der Natur der Sache im Verarbeitungsbetrieb stattfinden muss. Das wäre bei der Feststellung der maximalen Scheibendicke aber nicht der Fall. Die Einhaltung dieses Parameters könnte an jeder beliebigen in den Handel gelangten Verpackung z. B. durch Testkäufe festgestellt werden. Amtlich-hoheitlicher Befugnisse bedarf es hierfür nicht, so dass diese Vorgabe ohne weiteres durch das Regierungspräsidium K... oder die Firma L1... GmbH – sei es im S2... oder außerhalb – im Rahmen der Herstellerkontrolle kontrolliert werden könnte.

Eine Verlagerung des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet zur Sicherung einer effizienten Kontrolle der maximalen Scheibendicke wäre daher schon nicht erforderlich und erst recht nicht verhältnismäßig.

(3) Im Ergebnis nichts anderes gilt für die vorgesehene verpflichtende Zwischenreinigung und Desinfektion der Schneideanlage, wenn vorher ein natur-schimmelbehaftetes Produkt geschnitten worden ist. Dabei handelt es sich zwar, wie ausgeführt, um eine produktspezifische Vorgabe, jedenfalls kann dies nach dem gegebenen Sach- und Streitstand zugunsten des Antragstellers nicht ausgeschlossen werden. Die Spezifikation enthält jedoch keinerlei Angaben, wie diese Vorgabe kontrolliert werden soll. Sofern keine Dauerkontrolle stattfindet (wovon mangels Angaben in der Spezifikation nicht ausgegangen werden kann), lässt sich letztlich nur im Nachhinein feststellen, dass gegen die Vorgabe verstoßen wurde, nämlich wenn es zu einer Kontamination gekommen und dieser Umstand bekannt geworden ist. In diesem Fall aber wäre ohnehin die Missbrauchskontrolle „zuständig“. Dies gilt gleichermaßen im Herstellungsgebiet wie andernorts. Wenn und

solange die Spezifikation nicht konkret regelt, wie die genannte Vorgabe zu kontrollieren ist, lässt sich daher nicht festzustellen, dass die Verlagerung des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet unter dem Gesichtspunkt der Kontrolleffizienz einen produktspezifischen Vorteil zur Qualitätssicherung des Erzeugnisses „Schwarzwälder Schinken“ bietet. Damit aber lassen sich weder Eignung noch Verhältnismäßigkeit der Maßnahme positiv feststellen. Das aber wäre erforderlich, um der Beschwerde zum Erfolg zu verhelfen.

(4) Was schließlich die von den Beteiligten ausführlich erörterte Frage der Mengenplausibilitätskontrolle angeht, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass diese Kontrolle – wiederum rein inhaltlich betrachtet – keinerlei produktspezifisches Fachwissen im Sinne der Nr. 33 und 34 des Vorabentscheidungsurteils des Europäischen Gerichtshofes voraussetzt; vielmehr geht es um eine Prüfung von Buchhaltungsunterlagen. Diese Kontrollen könnten somit faktisch ohne weiteres auch außerhalb des Herstellungsgebietes durchgeführt werden. Soweit die Spezifikation ausführt, dies sei „nicht möglich“, ist dies – sofern sich dies auf die reine Faktenslage beziehen sollte – weder näher begründet noch sonst nachvollziehbar.

Allerdings stellt sich in rechtlicher Hinsicht auch hier das Problem, ob die Spezifikation Mengenplausibilitätskontrollen außerhalb des Herstellungsgebiets überhaupt regeln kann, sei es durch die für die Herstellerkontrolle zuständige oder eine andere Behörde oder Stelle. Dies kann jedoch auch im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben. Wie oben im Abschnitt D.2. dargelegt, kann eine solche Mengenplausibilitätskontrolle schon nicht als produktbezogene Vorgabe eingestuft werden. Mit einer solchen Kontrolle kann nur überschlagsweise festgestellt werden, ob die Menge des geschnittenen und als solchen vermarkteten „Schwarzwälder Schinkens“ in etwa dem entspricht, was als Schinken aus dem Schwarzwald bezogen worden ist. Damit lassen sich zwar Beimischungen gebietsfremder Produkte aufdecken, sofern dies in größerem Umfang vorkommen sollte. Ob der im Schwarzwald eingekaufte Schinken ein „Schwarzwälder Schinken“ im Sinne der Spezifikation war, kann aber jedenfalls dann nicht mit der ge-

botenen Sicherheit geprüft werden, wenn der Verarbeiter nicht nur eigene, sondern eingekaufte Schinken verschiedener Hersteller verarbeitet. Zumindest werden Gegenkontrollen bei den Herstellern des Ausgangsprodukts (die die Spezifikation im Übrigen nicht vorsieht) sehr aufwändig.

Hinzu kommt, dass Mengenplausibilitätskontrollen zwar nach dem übereinstimmenden Parteivorbringen im Herstellungsgebiet kontinuierlich durchgeführt werden, nämlich einmal pro Jahr. Explizit in der Spezifikation festgeschrieben ist dies aber nicht. Bei dieser Sachlage kann die Mengenplausibilitätskontrolle weder im Herstellungsgebiet noch außerhalb eine wirkliche Echtheitsgewähr bieten. Demzufolge ist eine Verlagerung des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet auch unter dem Gesichtspunkt der Ursprungsgewähr nicht gerechtfertigt, weil das einzige von der Spezifikation insoweit vorgesehene Mittel der Mengenplausibilitätskontrolle in der konkret geregelten Form weder geeignet noch verhältnismäßig ist.

(5) Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die vom Antragsteller noch einmal ausdrücklich in Bezug genommenen Ausführungen des Gutachtens S... zur Kontrollsituation (Bl. 5 = Amtsakte Bl. 84) zu keiner anderen Beurteilung Anlass geben. Die Ausführungen sind allgemein gehalten und nicht an der konkret beantragten Spezifikation orientiert. Im Übrigen weist das Gutachten ausdrücklich darauf hin, dass in den Produktspezifikationen für Parmaschinken (Prosciutto di Parma) und Südtiroler Speck (Speck Alto Adige) „merklich umfangreichere Audittierungen/Untersuchungen“ vorgesehen sind, was den Vortrag des Antragstellers nicht stützen kann. Auch darauf kommt es aber nicht an. Denn Aufgabe des Senats war es nicht, die Situation des „Schwarzwälder Schinkens“ mit „Prosciutto di Parma“ oder „Speck Alto Adige“ zu vergleichen, sondern festzustellen, ob die begehrte Verlagerung des Schneidens und Verpackens in das Herstellungsgebiet produktspezifisch für den „Schwarzwälder Schinken“ gerechtfertigt, also im konkreten Fall eine geeignete und verhältnismäßige Maßnahme darstellt. Das hat der Europäische Gerichtshof eindeutig klargestellt (EuGH-Urt., Nr. 30).

E. Nach alledem war die Beschwerde des Antragstellers zurückzuweisen. Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst (§ 133 S. 3 i. V. m. § 71 Abs. 1 MarkenG).

F. Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen. Das Vorabentscheidungsurteil des Europäischen Gerichtshofes vom 19. Dezember 2018 hat zwar die Leitlinien für die Beurteilung des vorliegenden Falles aufgezeigt, lässt aber hinreichenden Spielraum für eine weitere höchstrichterliche Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen auf mitgliedstaatlicher Ebene. Von grundsätzlicher Bedeutung ist darüber hinaus die Frage, wer an einem wieder eröffneten Beschwerdeverfahren beteiligt ist, wenn von mehreren Einsprechenden nur einer erfolgreich Rechtsbeschwerde eingelegt hat.

III. Rechtsmittelbelehrung

Da die Rechtsbeschwerde zugelassen ist, können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten gegen diesen Beschluss das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Sie kann nur darauf gestützt werden, dass der Beschluss auf einer Verletzung des Rechts beruht.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Prof. Dr. Hacker

Merzbach

Dr. Meiser