

## Unionsrechtliche Grundlagen und amtliche Überwachung des Nutri-Score®\*

Rechtsanwalt *Andreas Meisterernst*, München

*Dieses Jahr findet vermutlich eine langjährige Diskussion einen Endpunkt: Die Forderung nach der plakativen Einstufung von Lebensmitteln im Hinblick darauf, ob sie (angeblich) besser oder schlechter sind als andere. Vorbilder für Symbole gab es genug: Die britische Ampel, das skandinavische Key-Hole-System oder seit Neuestem auch das italienische Batterie-Modell. Sie alle sollen, wie von Verbraucherschutzverbänden und NGOs propagiert, den (somit wohl flüchtigen) Verbraucher, der von der Wahrnehmung der Nährwertdeklaration und des Zutatenverzeichnisses überfordert ist, schnell und prägnant informieren. Das BMEL<sup>1</sup> hat sich nunmehr dafür entschieden, das französische Nutri-Score®-System auch in Deutschland zu implementieren.*

### I. Einleitung

Die freiwillige Nutri-Score®-Kennzeichnung soll in Deutschland noch in diesem Jahr eingeführt werden. Die neue Vorschrift des § 4 Buchst. a) LMIDV<sup>2</sup> soll dafür die rechtliche Grundlage bilden. Anfang März hat das BMEL den diesbezüglichen Entwurf einer Änderungsverordnung bei der Europäischen Kommission nach Art. 23 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (HCVO) notifiziert. Dieses Verfahren hält das BMEL für erforderlich, da der Nutri-Score® als nährwertbezogene Angabe im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO eingeordnet werden kann. Für die zulässige Verwendung wäre dann eine nationale Erlaubnis notwendig. Zugleich soll eine gegebenenfalls aus der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV) abzuleitende „Sperrwirkung“ für bestimmte Formen freiwilliger Nährwertkennzeichnung aus dem Weg geräumt werden.<sup>3</sup>

Ob die diesem Vorgehen zugrunde liegenden rechtlichen Überlegungen greifen, soll nachfolgend hinterfragt werden. Auch soll kurz beleuchtet werden, wie die neue Kennzeichnung amtlich überwacht werden könnten.

\* Überarbeitete Fassung eines Vortrags vom 30.1.2020 auf der Tagung der European Food Law Association / Europäischen Vereinigung für Lebensmittelrecht – Deutsche Sektion e. V. (EFLA) in Berlin; Schriftfassungen der weiteren Vorträge zu den marken- und verfassungsrechtlichen Implikationen wurden bereits veröffentlicht, siehe *Sosnitza*, ZLR 2020, 130 und *Böhm*, ZLR 2020, 143.

1 Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft.

2 Nach dem ersten Entwurf vom 21. November 2019 waren noch zwei Vorschriften vorgesehen, §§ 3 a) und b) LMIDV.

3 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft, Begründung A I. S. 5.

## 1. Was ist der Nutri-Score® und wie wird er berechnet

Der Nutri-Score® ist ein freiwilliges Kennzeichnungssystem, das es dem Verbraucher durch eine fünfstufige Farb- und Buchstabenkombination ermöglichen soll, auf einen Blick die qualitative Wertigkeit eines Lebensmittels im Rahmen einer möglichst gesunden Ernährung zu erfassen.<sup>4</sup> Der Nutri-Score® ist eine von der französischen Gesundheitsbehörde Agence nationale de santé publique, kurz Santé publique France, gehaltene Unionskollektivmarke.<sup>5</sup> Die Verwender dieser Kollektivmarke müssen sich bei der Santé publique France registrieren und die von der französischen Behörde festgesetzten Nutzungsbedingungen einhalten. Die Berechnung des Nutri-Scores®, die die Verwender eigenverantwortlich aufgrund der vorgegebenen Kriterien vornehmen müssen, erfolgt anhand eines Punktesystems, bei dem günstige und ungünstige Nährstoffe, aber auch Zutaten, miteinander verrechnet werden.<sup>6</sup> Aufgrund des berechneten Punktwerts ergibt sich eine farblich unterlegte Einstufung in die Kategorien A (dunkelgrün) bis E (dunkelrot). Die betreffende Grafik wird in der Regel auf der Schauseite derjenigen vorverpackten Lebensmittel angebracht,<sup>7</sup> die auch eine Nährwertdeklaration gemäß Art. 30 ff. LMIV tragen müssen.

## 2. Alternative Kennzeichnungsmodelle

Das BMEL hatte im Vorfeld das Max Rubner-Institut eine ernährungswissenschaftliche Analyse alternativer Modelle, u. a. der britischen Nährwertampel, des italienischen Batterie-Modells, des schwedischen Keyhole und des 1+4 Systems des BMELV, durchführen lassen.<sup>8</sup> Das davon wohl bekannteste Modell einer simplifizierenden Kennzeichnung der Nährwerteigenschaften eines Lebensmittels ist die britische Ampel. Diese von der britischen Regierung empfohlene, aber für Unternehmen freiwillige Nährwertkennzeichnung,<sup>9</sup> enthält die mit den Farben rot, gelb und grün unterlegte Angabe von Fett, gesättigten Fettsäuren, Zucker und Salz sowie des neutral unterlegten Energiegehalts. Die Ampel ist damit eine Visualisierung bestimmter Nährstoffe und des Energiegehalts, während der Nutri-Score® eine Gesamtbewertung des Lebensmittels darstellt, dessen Berechnung nicht weiter kommuniziert wird. In die ernährungsphysiologische Gesamtbewertung fließen z.B auch positiv Ballaststoffe und der Anteil an Obst, Gemüse und Nüssen ein.

4 Pressemitteilung des BMEL Nr. 48 vom 10.3.2020.

5 Zu den marken- und lauterkeitsrechtlichen Rahmenbedingungen des Nutri-Score® vgl. *Sosnitza*, ZLR 2020, 130 f.

6 Usage regulation (= Markensatzung zur Verwendung des Logos „Nutri-Score“ vom 1.10.2019, Santé publique France), Appendix 1 Lastenheft: Einstufung des Lebensmittels auf der 5-farbigen Nährwertskala; auch Tiefkühlpizza kann dabei mit B oder C abschneiden, LZ v. 21.2.2020, S. 20.

7 Maßgeblich ist die Graphic Charter gemäß Appendix 2 der usage regulation.

8 MRI Max-Rubner Institut, Beschreibung und Bewertung ausgewählter „Front-of-Pack“-Nährwertkennzeichnungsmodelle, August 2019.

9 Wenn man die betreffenden Vorgaben von Handelsunternehmen und den damit mittelbar ausgeübten Druck außer Betracht lässt.

Das BMEL entschied sich für die Einführung des Nutri-Scores®, nachdem sich in einer Verbraucherbefragung 57% der Teilnehmer für dieses Modell ausgesprochen hatten.<sup>10</sup>

## II. Mögliche Rechtsgrundlagen des Nutri-Scores®

### 1. Auffassungen der Beteiligten

#### a) Einführung in Frankreich

Frankreich führte den Nutri-Score® auf der Grundlage des Art. 35 LMIV ein. Diesbezüglich heißt es in der Präambel der Usage regulation:

*„Zum besseren Verständnis der Nährwertdeklaration nach Art. 30 LMIV bietet Art. 35 LMIV die Möglichkeit, weitere Formen der Angabe und Darstellung mittels grafischer Formen und Symbole anzubringen, sofern diese anspruchsvolle Kriterien in Bezug auf Qualität und Verständlichkeit gemäß Art. 35 LMIV erfüllen.“*

Auch nach Artikel 3 der Usage regulation wurde das Logo „Nutri-Score“ von Santé publique France unter Beachtung der Bestimmungen des Art. 35 LMIV entworfen. Dokumentiertes Interesse der französischen Behörde war es demnach, ein Kennzeichnungssystem zu entwickeln, das den in Art. 35 Abs. 1 LMIV festgelegten Kriterien entspricht. Demnach stellte Frankreich eindeutig und ausschließlich auf Art. 35 Abs. 1 LMIV als Rechtsgrundlage für die Einführung des Nutri-Score® ab. Die HCVO wird mit keinem Wort erwähnt. Auch erfolgte keine Notifizierung gem. Art. 23 HCVO.

#### b) Einführung in Belgien, Spanien und den Niederlanden

Der nachfolgende Mitgliedstaat, der den Nutri-Score® einführte, war Belgien. Allerdings wurde er dort als nährwertbezogene Angabe im Sinne des Art. 8 HCVO eingestuft und nach Art. 23 HCVO notifiziert. Zugleich stellte Belgien bezüglich der Regelungen der LMIV nicht auf Art. 35 LMIV, sondern auf Art. 36 und 38 LMIV ab.<sup>11</sup>

In Spanien wurde der Nutri-Score® im Jahr 2019 auf freiwilliger Basis eingeführt. Er wird lose auf Art. 35 LMIV gestützt. Einige Supermarktketten haben das Logo bereits eingeführt.

In den Niederlanden gab der Minister des dortigen Gesundheitsministeriums am 28.11.2019 bekannt, dass der Nutri-Score® als neues „food choice logo“ ausgewählt

10 BMEL Pressemitteilung Nr. 197 vom 30.9.2019 <https://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/2019/197-eNWK.html>.

11 In dem „Königlicher Erlass über die Anwendung des „Nutri-Score“-Logo“ (<https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2018&num=496&mLang=DE>) heißt es u. a.: „... gestützt auf die Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 ... insbesondere die Artikel 36 und 38; gestützt auf die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, insbesondere die Artikel 8 und 23; ... gestützt auf das Gesetz vom 24. Januar 1977 ...“.

wurde. Niederländische Studien zeigten jedoch ein Ungleichgewicht zwischen den Ergebnissen der Nutri-Score® Berechnung und den niederländischen Ernährungsempfehlungen. Daher möchte die Niederlande zunächst an der geplanten neuen Bewertung des Berechnungssystems und des zugrundeliegenden Algorithmus in Frankreich durch unabhängige Wissenschaftler teilnehmen. Wie die Umsetzung erfolgen soll, ist noch offen.

*c) Auffassung der EU Kommission*

Die EU Kommission kommunizierte folgende Auffassung:

*„Die Nutri-Score Nährwertkennzeichnung wird in ihrer Gesamtheit als freiwillige Information gemäß Artikel 36 der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betrachtet. Vermittelt der Nutri-Score eine positive Botschaft ... so entspricht dies gleichzeitig auch der Legaldefinition einer „nährwertbezogenen Angabe“, da Informationen über positive Nährwertigenschaften bereitgestellt werden.“<sup>12</sup>*

Diese Darstellung dürfte zweckorientiert im Hinblick auf das Notifizierungsverfahren nach Art. 23 HCVO erfolgt sein, um der Kommission auf diese Weise ein Mitspracherecht einzuräumen, dass gemäß Art. 35 LMIV nicht besteht. Begründet wird die Auffassung jedenfalls nicht weiter.

*d) Auffassung des BMEL*

In dem Entwurf der Änderungsverordnung vertritt das BMEL die Auffassung, dass der Nutri-Score® eine nährwertbezogene Angabe sein könnte und daher (vorsorglich?) einer Notifizierung gemäß Art. 23 HCVO bedürfe.<sup>13</sup> In der Begründung des Referentenentwurfs heißt es hierzu unter A. I. auf S. 5:

*„Die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (HCVO) enthält ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für nährwertbezogene und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel. Nutri-Score wird nach verbreiteter Rechtsmeinung als nährwertbezogene Angabe im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Nummer 4 HCVO angesehen. Als solche bedarf Nutri-Score einer speziellen Zulassung, welche auf europäischer Ebene nicht gegeben ist. Nach Artikel 23 Absatz 1 HCVO muss ein Mitgliedsstaat der Europäischen Union, der neue Rechtsvorschriften im Anwendungsbereich der HCVO erlassen möchte, diese bei der Kommission und den übrigen Mitgliedstaaten notifizieren. Daneben soll durch die vorliegende Verordnung im Wege der Klarstellung das Hindernis einer gegebenenfalls aus der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 einzuleitenden<sup>14</sup> ‚Sperrwirkung‘ für bestimmte Formen freiwilliger Nährwertkennzeichnung aus dem Weg geräumt werden.“*

<sup>12</sup> P-003026/2019 Antwort von Kommission Vytenis Andriukaitis im Namen der Europäischen Kommission (24.10.2019) auf eine parlamentarische Anfrage.

<sup>13</sup> Die auch erfolgt ist, siehe Presserklärung Nr. 48 des BMEL v. 10.3.2020.

<sup>14</sup> Gemeint ist wohl „abzuleitenden“.

Eine Information des BMEL mit Fragen und Antworten zu erweiterter Nährwertkennzeichnung<sup>15</sup> besagt hierzu:

*„Die Etablierung eines vereinfachten Nährwertkennzeichnungssystems, wie Nutri-Score, ist nach aktuellem EU-Recht (hier konkret die Lebensmittelinformations-Verordnung, LMIV, Art. 35 VO Nr. 1169/2011) nur als Empfehlung und unter den in Art. 35 der in der LMIV genannten Anforderungen zulässig.“*

Das BMEL hält für das Nutri-Score System demnach sowohl Art. 8 HCVO als auch Art. 35 Abs. 1 LMIV für einschlägig und will beiden Anforderungen gerecht werden.

## 2. Rechtsprechung

Einen Beitrag zu der fragwürdigen Auslegung der HCVO durch die Kommission und das BMEL leistete sicherlich das LG Hamburg mit seinem Urteil vom 16.4.2019, Az. 411 HKO 9/19.<sup>16</sup> Das Gericht entschied,<sup>17</sup> dass die Hervorhebungen der Farben dunkelgrün/A und hellgrün/B unzulässige nährwertbezogene Angaben seien, da Verbraucher dies als mittelbar positive Nährwerteigenschaften des Lebensmittels verstünden. Da eine solche Angabe nicht im Anhang der HCVO aufgeführt sei, verstoße diese Art der Kennzeichnung gegen Art. 8 Abs. 1 HCVO. Im Übrigen seien auch die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1 LMIV nicht erfüllt. Das Berufungsverfahren wurde vergleichsweise erledigt.

## 3. Rechtliche Einordnung

### a) Nährwertbezogene Angabe?

Die Sichtweise des LG Hamburg ist nicht zutreffend. Bei nährwertbezogenen Angaben i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO müssen sich die positiven Nährwerteigenschaften entweder auf den Energiegehalt gem. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a) HCVO oder die in einem Lebensmittel enthaltenen Nährstoffe oder anderen Substanzen gem. Art. 2 Nr. 4 Buchst. b) HCVO beziehen. Dementgegen handelt es sich bei dem Nutri-Score® um die Gesamtbewertung eines Lebensmittels im Hinblick auf seine nutritive Wertigkeit. Insoweit führt auch der Referentenentwurf des BMEL unter A. S. 1 auf:

*„Vor diesem Hintergrund hat sich die Bundesregierung zum Ziel gesetzt, die Nährwertkennzeichnung für Deutschland weiterzuentwickeln, um einfach und verständlich über die ernährungsphysiologische Beschaffenheit eines Lebensmittels zu informieren.“*

Außerdem sind maßgebliche Kriterien, wie der Gehalt an Obst, Gemüse oder Nüssen, die in das Bewertungssystem des Nutri-Score® einfließen, in Art. 2 Abs. 2 Nr. 4

15 Erweiterte Nährwertkennzeichnung, Fragen und Antworten, Frage 11 [https://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/FreiwilligeKennzeichnung/\\_Texte/FAQs-erweiterteNaehrwertkennzeichnung.html](https://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/FreiwilligeKennzeichnung/_Texte/FAQs-erweiterteNaehrwertkennzeichnung.html).

16 LRE Bd. 78, H. 3/4, S. 301.

17 Durch den Vorsitzenden einer Kammer für Handelssachen im einstweiligen Verfügungsverfahren.

HCVO als Gegenstand einer nährwertbezogenen Angabe nicht vorgesehen. Insbesondere kann man Obst, Gemüse und Nüsse nicht als andere Substanz i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 3 HCVO ansehen. Vollständige „normale“ Lebensmittel stellen bereits dem Wortlaut nach, aber auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift, keine andere Substanz im Sinne dieser Vorschrift dar.<sup>18</sup>

Überdies sollten selbst plakative Bewertungssysteme wie z.B. die Ampel in Großbritannien ausdrücklich nicht unter das System der HCVO fallen, obwohl diese an den Energiegehalt und die enthaltene Menge bestimmter Nährstoffe anknüpfen. Deswegen wurde in die Definition der nährwertbezogenen Angabe das Erfordernis aufgenommen, dass es sich um „positive“ Nährwertigenschaften handeln muss.<sup>19</sup> Wie in Erwägungsgrund 6 zum Ausdruck kommt, sollten nährwertbezogene Angaben mit negativen Aussagen ohnehin nicht erfasst werden (also jedenfalls rote, vielleicht auch gelbe Angaben). Hinsichtlich der grünen Angaben wurde der Einfachheit halber unterstellt, dass diese mit der HCVO kompatibel seien. Dies konnte im Hinblick darauf, dass die Ampel einzelne Nährstoffe wie z.B. den Zuckergehalt farblich unterlegte, zumindest vertreten werden. Dabei dürfte allen Beteiligten klar gewesen sein, dass die Angaben zu Fett und Zucker, die jeweils den Werten von „zuckerarm“ und „fettarm“ angeglichen waren, somit auch die Angaben „zuckerfrei“ und „fettfrei“ umfassten und allein deswegen eine erweiterte Zusammenfassung verschiedener nährwertbezogener Angaben darstellten. Auch die Kombination verschiedener grün, gelb und rot Bewertungen und der damit verbundene Gesamteindruck wären von Art. 8 HCVO nicht gedeckt gewesen.<sup>20</sup> Dennoch sollte das Ampel-System von der HCVO nicht berührt werden.

Entscheidend für die Beurteilung muss im Ergebnis sein, wie der fiktive Durchschnittsverbraucher die Bewertung mit dem Nutri-Score® versteht,<sup>21</sup> nämlich als positive oder negative Bewertung des gesamten Lebensmittels. Eine zergliedernde Betrachtung, die bei der britischen Ampel noch argumentativ darstellbar war, ist bei der Gestaltung des Nutri-Score® abwegig. Der Durchschnittsverbraucher entnimmt dem Symbol und der Bewertung nur, dass das Produkt besser oder schlechter für ihn ist, und zwar aufgrund seiner gesamten Beschaffenheit und nicht wegen bestimmter Nährstoffe oder besonderer Eigenschaften, die auch nicht benannt werden. Dies gilt umso mehr für den sozialadäquat nicht ganz so aufmerksamen Verbraucher, auf dessen Empfängerhorizont der Nutri-Score® gerade abstellt.

18 So bereits *Meisterernst/Haber*, WRP 2007, 363, 373; dafür sprechen auch die Beispiele in Erwägungsgrund 9 HCVO; a. A. *Rathke/Hahn*, in: *Zipfel/Rathke/Sosnitza*, Lebensmittelrecht, C 111, Art. 2, Rn. 33 f.

19 Siehe hierzu *Konnertz-Häußler*, in: *Holle/Hüttebräuker*, HCVO, Art. 2, Rn. 16.

20 Der vom MRI Max-Rubner Institut, Beschreibung und Bewertung ausgewählter „Front-of-Pack“-Nährwertkennzeichnungsmodelle, August 2019, wie folgt beschrieben wird: „Das Design besteht aus einer Kombination von beschreibenden Wörtern, Zahlen und Farben.“

21 *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, § 4 Rn. 145, § 10 Rn. 12; EuGH, Urteil v. 4.6.2015, Az. C-195/14 „Felix Himbeer-Vanille Abenteuer“, ZLR 2015, 470.

*b) Zur Notifizierung gemäß Art 23 HCVO*

Der Anwendungsbereich der HCVO ist somit bereits nicht eröffnet, da der Nutri-Score® keine (nährwertbezogene) Angabe i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 5 HCVO darstellt. Außerdem stellt das Notifizierungsverfahren nach Art. 23 HCVO ein Kontrollinstrument dar, aber nicht eine Ermächtigungsgrundlage.

Es ist auch bereits fraglich, ob ein Spielraum für nationale Regelungen zu nährwertbezogenen Angaben überhaupt besteht. Art. 8 Abs. 1 HCVO schreibt vor, dass nur im Anhang aufgeführte nährwertbezogene Angabe unter den dort festgelegten Bedingungen verwendet werden dürfen. Nach Art. 8 Abs. 2 HCVO dürfen Änderungen des Anhangs nur nach dem in Art. 25 Abs. 3 HCVO genannten Regelungsverfahren erlassen werden. Damit regelt Art. 8 HCVO die Materie der nährwertbezogenen Angaben abschließend. Dafür spricht auch die Vorschrift des Art. 28 Abs. 4 HCVO zu Übergangsfristen für nationale nährwertbezogene Angaben in Form von Bildern, Grafiken oder Symbolen, die nicht im Anhang der HCVO aufgeführt sind.

Selbst wenn man aber von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit ausgehen wollte, trifft die neuere Vorschrift des Art. 35 LMIV eine speziellere Regelung, die Vorrang genießt („lex posterior derogat legi priori“). Es ist nicht davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber Angaben gem. Art 35 LMIV von Vorgaben der HCVO abhängig machen wollte. Dies bringt auch Erwägungsgrund 46 der LMIV klar zum Ausdruck (siehe hierzu nachfolgend d)).

*c) Zur Vorschrift des Art. 36 LMIV*

Art. 36 Abs. 1 LMIV besagt: „Werden Informationen über Lebensmittel gemäß den Artikeln 9 und 10 freiwillig bereitgestellt, so müssen sie den Anforderungen des Kapitels IV Abschnitte 2 und 3 entsprechen.“ Nicht alle in den Art. 9 und 10 LMIV aufgeführten Pflichtinformationen sind bei allen Lebensmitteln verpflichtend; so ist z. B. bei alkoholischen Getränken gemäß Art. 16 Abs. 4 LMIV weder ein Zutatenverzeichnis noch eine Nährwertdeklaration vorgeschrieben. Wenn diese Angaben jedoch freiwillig erfolgen, schreibt Art. 36 Abs. 1 LMIV vor, dass dies gemäß den Vorgaben der Art. 17 bis 35 LMIV erfolgen muss.<sup>22</sup> Demnach gilt Art. 36 Abs. 1 LMIV nur für „freiwillige“ Pflichtinformationen i. S. d. Art. 9, 10 LMIV.

Auch Art. 36 Abs. 2 LMIV ist nicht anwendbar. Danach müssen freiwillig bereitgestellte Informationen den dort in Buchst. a) bis d) näher beschriebenen Anforderungen entsprechen, u. a. dürfen sie nicht irreführend nach Art. 7 LMIV sein. Zwar erfasst die weite Definition des Begriffs „Information über Lebensmittel“ gem. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) LMIV jede Information, die ein Lebensmittel betrifft. Dennoch gilt die Vorschrift des Art. 36 Abs. 2 LMIV nach ihrer systematischen Stellung ausschließlich für die in Art. 36 Abs. 1, 3 und 4 LMIV vorgesehenen Formen freiwilliger

<sup>22</sup> Meisterernst, in: Zipfel/Rathke/Sosnitzer, Lebensmittelrecht, LMIV, C 113, Art. 36, Rn. 8; Grube, in: Voit/Grube, LMIV, 2. Auflage 2016, Art. 36, Rn. 6.

Informationen. Denn die in Buchst. a) bis c) aufgeführten materiellen Anforderungen ergeben sich bereits aus den Irreführungsverboten des Art. 7 LMIV. Hält man die Vorschrift des Art. 36 Abs. 2 LMIV selbstständig bei allen freiwilligen Angaben für anwendbar, führt dies zu einer völlig sinnlosen Doppelung mit der Vorschrift des Art. 7 LMIV.<sup>23</sup> Dies dürfte vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen sein. Die Regelung ist daher primär als Programm bei Gebrauch der Ermächtigung gemäß Art. 36 Abs. 3 und 4 LMIV zu verstehen. Bei „freiwilligen“ Pflichtinformationen i.S.d. Art. 36 Abs. 1 LMIV kommt eine Anwendung insoweit in Betracht, als die formalen Vorgaben des Kapitels IV Abschnitt 1 für diese nicht gelten.

*d) Einschlägig: Art. 35 Abs. 1 LMIV*

Die Vorschrift des Art. 35 Abs. 1 LMIV ist die richtige unionsrechtliche Rechtsgrundlage für den Nutri-Score®, d.h. einer ergänzenden Information neben der verpflichtenden und freiwilligen Nährwertdeklaration gem. Art. 29, 30 LMIV. Zwar knüpft die Vorschrift formal an der zusätzlichen Angabe von Brennwert und der Menge von Nährstoffen, die auch Gegenstand der Nährwertdeklaration gemäß Art. 30 Abs. 1 LMIV sind an. Dies könnte dagegen sprechen, den Nutri-Score® zulässigerweise auf Art. 35 Abs. 1 LMIV zu stützen. Doch können die zusätzlichen Angaben in „anderer Form angegeben werden“ und/oder „mittels grafischer Formen oder Symbole“ erfolgen. Die Regelung lässt also Spielraum für eine weite Auslegung.<sup>24</sup> Dies bringt auch Erwägungsgrund 46 der LMIV zum Ausdruck, der gleichfalls weit von „vergleichenden Indikatoren“<sup>25</sup> spricht. Im Hinblick auf das gesundheitspolitische Ziel einer verbesserten Ernährung der Bevölkerung wird mit der Regelung bezweckt, den Mitgliedstaaten die Verantwortung für die Ausgestaltung zu überlassen,<sup>26</sup> soweit die materiellen Vorgaben des Art. 35 Abs. 1 LMIV beachtet werden. Der Nutri-Score® lässt sich damit unter den Wortlaut dieser Vorschrift fassen und ist von deren Sinn und Zweck erfasst.

Dass Art. 35 Abs. 1 LMIV jedenfalls die einzige in Betracht kommende Rechtsgrundlage ist, ergibt sich auch aus Art 38 Abs. 1 LMIV. Gemäß dieser Vorschrift dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf die speziell durch diese Verordnung harmonisierten Aspekte einzelstaatliche Vorschriften weder erlassen noch aufrechterhalten, es sei denn, dies ist nach dem Unionsrecht zulässig. Die Vorschrift dient der Harmonisierung des Kennzeichnungs- und Werberechts. Der Bereich der Pflichtkennzeichnung gemäß Kapitel IV sowie der freiwilligen Information gem. Art. 36 LMIV ist als vollharmonisiert anzusehen, soweit nicht die nachfolgenden Art. 39–44 LMIV einzel-

<sup>23</sup> *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke/Sosnitza, Lebensmittelrecht, LMIV, C 113, Art. 36, Rn. 18, a.A. *Hagemeyer*, LMIV, Art. 36, Rn. 4; nicht eindeutig *Grube*, in: Voit/Grube, LMIV, Art. 36, Rn. 10 f.

<sup>24</sup> *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke/Sosnitza, Lebensmittelrecht, LMIV, C 113, Art. 35, Rn. 16.

<sup>25</sup> „Die Angabe der Mengen der einzelnen Nährwertelemente und von vergleichenden Indikatoren, die in leicht erkennbarer Form im selben Blickfeld erscheinen soll, damit die ernährungsphysiologischen Eigenschaften eines Lebensmittels beurteilt werden können, sollte in ihrer Gesamtheit als Bestandteil der Nährwertdeklaration betrachtet und nicht als Gruppe von Einzelangaben behandelt werden.“

<sup>26</sup> *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke/Sosnitza, Lebensmittelrecht, LMIV, C 113, Art. 35, Rn. 6 und 8.

staatliche Regelungen ausdrücklich erlauben. Empfehlungen der Mitgliedstaaten bezüglich einer erweiterten freiwilligen Nährwertdeklaration sind demnach nur im Rahmen des Art. 35 LMIV zulässig.

Art. 35 Abs. 1 LMIV stellt sieben komplexe und strenge Voraussetzungen auf, die kumulativ erfüllt sein müssen.<sup>27</sup> Diese sind teilweise als Programmsätze zu verstehenden, die objektiv nur eingeschränkt nachprüfbar sind.<sup>28</sup> Inwieweit der Nutri-Score® die Vorgaben einhält, ist eine andere Frage, der hier nicht nachgegangen werden kann.

#### e) Empfehlung gemäß Art. 35 Abs. 2 LMIV

Angesichts der Komplexität der sieben Kriterien des Art. 35 Abs. 1 LMIV können diese zwar theoretisch, aber nur schwerlich praktisch von einzelnen oder auch mehreren Lebensmittelunternehmen erfüllt werden. Daher liegt der eigentliche Anwendungsfall der Vorschrift in deren Abs. 2, der Möglichkeit einer Empfehlung durch die Mitgliedstaaten.<sup>29</sup> Diese sind zu einer derartigen Empfehlung berechtigt, wenn das Kennzeichnungssystem „ihrer Ansicht nach“ die Anforderungen des Art. 35 Abs. 1 LMIV „am besten“ erfüllt.

Man wird wohl annehmen müssen, dass die Regelung des § 4a LMIDV eine Empfehlung i. S. d. Art. 35 Abs. 2 LMIV impliziert. Es gibt insoweit keine unionsrechtlichen Vorgaben, wie eine solche Empfehlung auszusehen hat. Grundsätzlich ist eine Empfehlung aber dem Wortlaut nach nicht rechtsverbindlich, erfordert also keine gesetzliche oder untergesetzliche Erlaubnis. Nach der Begründung des BMEL soll mit der Verordnung, die § 4a LMIDV einführt, *im Wege der Klarstellung* das Hindernis einer ggf. aus der LMIV einzuleitenden „Sperrwirkung“ für bestimmte Formen freiwilliger Nährwertkennzeichnung aus dem Weg geräumt werden. Diese Formulierung legt nahe, dass das BMEL selbst die Einführung des § 4a LMIDV im Hinblick auf die LMIV nicht für zwingend erforderlich hielt. Aus welcher Vorschrift der LMIV sich eine solche „Sperrwirkung“ ergeben könnte, lässt es offen. Vermutlich hatte das BMEL die strengen Kriterien des Art. 35 Abs. 1 Buchst. a-g LMIV im Sinn und sah sich zu einer Empfehlung nach Art. 35 Abs. 2 LMIV veranlasst. Die Regelung des § 4a Abs. 1 LMIDV soll aber jedenfalls eine Beanstandung als nährwertbezogene Angabe abschließen. Dies beinhaltet inhaltlich zumindest eine Empfehlung des Nutri-Score®.

### III. Amtliche Überwachung des Nutri-Score®

Nach Art. 35 Abs. 3 LMIV *„gewährleisten die Mitgliedstaaten eine angemessene Beobachtung der zusätzlichen Formen der Angabe oder Darstellung der Nährwertdeklaration, die auf dem Markt in ihrem Hoheitsgebiet vorhanden sind“*. Die Beobach-

<sup>27</sup> Voit, in: Voit/Grube, LMIV, 2. Auflage 2016, Art. 35, Rn. 11 f.

<sup>28</sup> Meisterernst, in: Zipfel/Rathke/Sosnitza, Lebensmittelrecht, LMIV, C 113, Art. 35, Rn. 18.

<sup>29</sup> Meisterernst, in: Zipfel/Rathke/Sosnitza, Lebensmittelrecht, LMIV, C 113, Art. 35, Rn. 12.

tungspflicht dient allerdings der Evaluierung des Systems und dem sich daran anschließenden Meinungsaustausch zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten gemäß Art. 35 Abs. 4 LMIV und nicht der Überwachung.

Die eventuell vorhandene Hoffnung der amtlichen Überwachung, von zusätzlichen Aufgaben verschont zu bleiben, ist dennoch nicht begründet. Denn gemäß Art. 9 Abs. 2 Verordnung (EU) 2017/625 (KontrollVO) sind die zuständigen Behörden verpflichtet, „regelmäßig in angemessenen zeitlichen Abständen, die risikobasiert festgelegt werden“ amtliche Kontrollen durchzuführen, „um etwaige, durch betrügerische oder irreführende Praktiken vorsätzlich begangene Verstöße gegen die Vorschriften gemäß Art. 1 Abs. 2 aufzudecken“. In letzterer Vorschrift wird in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a) KontrollVO als Gegenstand und Anwendungsbereich amtlicher Kontrollen ausdrücklich auch die „Lauterkeit“ und die „Gewährleistung fairer Handelspraktiken“ genannt.

Mangels ausdrücklich einschlägiger Normen bezüglich etwaiger Verstöße gegen das Nutri-Score®-System, etwa bei vorsätzlicher Vergabe eines besseren Punktwertes als nach den Vorgaben der *usage regulation* gerechtfertigt,<sup>30</sup> erfolgen etwaige behördliche Maßnahmen auf der Grundlage des Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) LMIV, Sanktionen gemäß den Vorschriften der §§ 59 Abs. 1 Nr. 7, 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB. Geschönte, unzutreffende Bewertungen stellen eine irreführende Angabe über qualitative Eigenschaften und die Zusammensetzung des Lebensmittels dar.<sup>31</sup> Auch eine Tatbestandsverwirklichung im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) LMIV könnte im Hinblick auf die dort genannten funktionalen Eigenschaften in Betracht kommen.<sup>32</sup> Dementsprechend ergibt sich eine Überwachungspflicht der Mitgliedstaaten aus Art. 9 und eine Sanktionierungspflicht aus Art. 139 Abs. 1 KontrollVO, die auch die Gewinnabschöpfung gemäß Art. 139 Abs. 2 KontrollVO umfasst.<sup>33</sup> Ob bloße Verstöße gegen Nutzungsbedingungen, die sich nicht auf die Bewertung auswirken, wie z.B. eine falsche Platzierung des Logos, als irreführend im Sinne des Art. 7 Abs. 1 LMIV angesehen werden könnten, scheint hingegen eher zweifelhaft. Ein innerer Erklärungswert, dass die *usage regulation* und alle sonstigen Vorgaben vollständig eingehalten sind, kommt der Verwendung des Nutri-Score®-Logos nicht zu.

Der Umstand, dass ein System freiwilliger Nährwertdeklaration in der Vorschrift des Art. 35 Abs. 1 LMIV unionsrechtlich vorgesehen ist, spricht aber dafür, dass auch eine nationale Sanktionierungspflicht bei sonstigen Verstößen bestehen könnte. Insbesondere könnte sich diese aus Art. 139 Abs. 1 S. 1 und 2 KontrollVO, Art. 17 Abs. 2 UAbs. 3 BasisVO ergeben. Dementsprechend erscheint das bisherige Vorgehen des BMEL, eine Sanktionierung ausschließlich über die Vorschrift des Art. 7 LMIV zu er-

30 Siehe hierzu auch *Sosnitza*, ZLR 2020, 130, 138.

31 Zur mehrfachen Tatbestandsverwirklichung siehe *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, § 10, Rn. 14.

32 Siehe zum Verhältnis zwischen den Tatbeständen des Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) und Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) im Hinblick auf die dort beidesmal genannten „Eigenschaften“ *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, § 10, Rn. 20.

33 Siehe hierzu *Meisterernst/Vergo*, ZLR 2019, 45, 51 ff.

möglichen und keine weitergehenden Bußgeldtatbestände im Rahmen der LMIDV zu begründen, unionsrechtlich bedenklich.

#### IV. Fazit

Die Einrichtung eines Bewertungssystems für Lebensmittel im Hinblick auf seine nutritive Wertigkeit kann auf der Grundlage des Art. 35 Abs. 1 LMIV erfolgen. Der geplante Nutri-Score® ist daher an den Vorgaben dieser Vorschrift zu messen. Die partielle Einstufung als nährwertbezogene Angabe (hinsichtlich der positiven Angaben A und B) ist hingegen verfehlt. In der Zulassung des Nutri-Score® durch die geplante Regelung des § 4a LMIDV liegt wohl zugleich eine Empfehlung im Sinne des § 35 Abs. 2 LMIV. Die amtliche Überwachung hat die Richtigkeit der Bewertung mit einem Nutri-Score®-Kennzeichen zu überprüfen. Dies wird bei der Verwendung auf der Verpackung häufig nur im Herstellerbetrieb anhand einer Rezeptur möglich sein. Bei der Vergabe durch Dritte wie z. B. Einzelhändler muss die Bewertung aber nachvollziehbar sein. Als Anknüpfungspunkt für Maßnahmen und Sanktionen kommt bislang nur der Irreführungstatbestand des Art. 7 Abs. 1, ggf. in Verbindung mit Abs. 3, LMIV in Betracht.

Ob die Vorgaben des Art. 35 Abs. 1 LMIV vom Nutri-Score® erfüllt werden, konnte im Rahmen dieser Darstellung ebenso wenig behandelt werden, wie die Frage, welche Rechtswirkungen die Empfehlung gemäß Art. 35 Abs. 2 LMIV im Hinblick auf mögliche Maßnahmen der Überwachung oder lauterkeitsrechtliche Angriffe haben könnte.

#### Summary

Last year, the German Federal Ministry for Food and Agriculture decided to recommend „Nutri-Score“ as a voluntary additional labelling element for foodstuffs marketed in Germany. The German law that includes this recommendation has been notified to the EU Commission in March on the basis of Art. 23 of Regulation (EC) No. 1924/2006. The author analyses whether this is a legally convincing basis for the recommendation of „Nutri-Score“ in Germany and also looks at the consequences regarding control measures. He comes to the conclusion that no part of „Nutri-Score“ can be considered a nutrition claim. Hence, the notification based on Art. 23 of Regulation (EC) No. 1924/2006 was unnecessary. Instead, the author comes to the conclusion that Art. 35 para. 1 of Regulation (EU) No. 1169/2011 can serve as a legal basis for „Nutri-Score“. He emphasizes, however, that his analysis does not include the question whether all conditions spelled out by Art. 35 para. 1 are met. Finally, the author argues that EU law will make it necessary not only to initiate national food controls concerning the use of „Nutri-Score“ with regard to Art. 7 para. 1 of Regulation (EU) No. 1169/2011 but also to establish specific sanctions as a reaction to violations of mandatory „Nutri-Score“ conditions.