

NUTRI-SCORE® IN ÖSTERREICH – EIN ÜBERBLICK

DEUTSCHLAND ERKLÄRT, WIE EINIGE ANDERE EU-STAATEN ZUVOR, DEN FRANZÖSISCHEN NUTRI-SCORE® DURCH EINE GESETZLICHE KLARSTELLUNG EXPLIZIT FÜR ZULÄSSIG. DAMIT STELLT SICH DIE FRAGE, WIE LEBENSMITTEL, DIE DEN NUTRI-SCORE TRAGEN, IN ÖSTERREICH ZU BEHANDELN SIND. IMMERHIN GIBT ES ZAHLREICHE LEBENSMITTEL, DIE AUFGRUND DER GLEICHEN SPRACHE SOWOHL IN ÖSTERREICH ALS AUCH IN DEUTSCHLAND VERTRIEBEN WERDEN. KLAR IST NUR EINES, NÄMLICH DASS NICHTS KLAR IST.

ANDREAS NATTERER, ILIYANA SIRAKOVA

1. Was ist der Nutri-Score®?

Kurz gesagt: Der Nutri-Score soll ein Instrument zur Nährwertkennzeichnung sein.¹ Ob es auch gleichzeitig eine nährwert- oder gar gesundheitsbezogene Angabe sein kann, ist strittig.

Konkret ist der Nutri-Score ein fünfstufiges Farb-Buchstaben-Schema, welches Informationen über die Nährwertqualität eines Lebensmittels auf einen Blick bieten soll. Die Farb-Buchstaben-Kombination bewertet zusammenfassend den Gehalt an Energie und ausgewählten Nährstoffen sowie den Anteil ausgewählter Lebensmittelgruppen (z. B. Obst, Gemüse, Nüsse, Hülsen- und Schalenfrüchte) eines Lebensmittels. Hierzu werden Grenzwerte, bezogen auf 100 g bzw. 100 ml des

Produkts, herangezogen, um Punkte zu vergeben (Positivpunkte für Inhaltsstoffe, für die ein gesundheitlicher Nutzen belegt ist, und Negativpunkte für Inhaltsstoffe, deren übermäßige Zufuhr mit einem erhöhten Erkrankungsrisiko verbunden ist). Aus diesen Punkten wird eine Summe gebildet, die in die verwendeten Kategorien übersetzt wird: Je günstiger die zusammenfassende Bewertung ausfällt, desto mehr tendiert die Bewertung zur Farbe Grün bzw. zum Buchstaben A.²

Die verschiedenen Nutri-Score-Logos sind als Unionsmarken in allen Mitgliedsstaaten der EU geschützt. Deren Verwendung setzt den Abschluss einer Lizenzvereinbarung³ mit der französischen Nationalen Agentur für öffentliche Gesundheit (Agence Nationale de Santé Publique) voraus.

Die farbkodierten Kategorien A bis E (dunkelgrünes A als beste und rotes E als schlechteste) sollen den Verbraucher also ohne näheres Studium des (verpflichtenden) Zutatenverzeichnisses und der Nährwerttabelle darüber aufklären, ob ein Lebensmittel ernährungsphysiologisch „gut“ oder „schlecht“ ist.

2. Das Problem der Einstufung

Die rechtliche Einstufung der Nutri-Score-Kennzeichnung wird uneinheitlich beurteilt. Von manchen werden die Logos als erweiterte (wiederholte) Nährwertdeklaration iSv Art 35 LMIV (EU) 1169/2011 gesehen. Andere ordnen sie teils als „nährwertbezogene Angabe“ iSv Art 2 Abs 2 Z 4 HCVO (EG)



1924/2006 ein. Theoretisch denkbar wäre auch eine Einstufung als gesundheitsbezogene Angabe iSv Art 2 Abs 2 Z 5 HCVO.

Die praktische Bedeutung der korrekten rechtlichen Einstufung liegt in den Voraussetzungen und der Zulässigkeit für deren Angabe – allem voran die Notifizierungspflicht von nicht im Anhang zur HCVO angeführten nährwertbezogenen Angaben (Art 23 HCVO). Hingegen können Angaben iSv Art 35 Abs 1 LMIV ohne weiteres von Lebensmittelunternehmern verwendet werden. Die nachfolgenden Ausführungen bieten einen groben Überblick über die Rechtsgrundlagen.

Für Österreich kommt noch die Frage dazu, wie Lebensmittel mit dem Nutri-Score, die in Deutschland und Österreich vertrieben werden, zu beurtei-

len sind. Es macht einen Unterschied, ob die Kennzeichnung eindeutig mit den einschlägigen Rechtsvorschriften (LMIV, HCVO) in Einklang zu bringen ist oder nur aufgrund einer nationalen Empfehlung zulässig ist. Im ersten Fall gibt es keinen Grund, an der Zulässigkeit des Vertriebs in Österreich zu zweifeln, im zweiten Fall sind weitergehende Überlegungen anzustellen.

3. Rechtsgrundlagen

3.1. Spezielle Form der Nährwertkennzeichnung Nach Artikel 35 Abs 1 LMIV können die Nährwertangaben zusätzlich zu Art 29 ff LMIV explizit in anderer Form und/oder mittels grafischer Formen/Symbole dargestellt werden, sofern dabei die sieben gesetzlich festgelegten

Anforderungen erfüllt werden. Eine die Nährwertkennzeichnung ergänzende grafische Darstellung des Brennwertes und der Nährstoffmengen gemäß Artikel 30 Absätze 1 bis 5 auf freiwilliger Basis ist also jedenfalls zulässig. Frankreich und Spanien empfahlen jedenfalls den Nutri-Score (ausschließlich) gemäß Art 35 Abs 2 LMIV.

Der Nutri-Score ist die grafische Darstellung der ernährungsphysiologischen Wertigkeit eines Lebensmittels, womit man grundsätzlich im Anwendungsbereich des Art 35 Abs 1 LMIV wäre. Für die Berechnung des Nutri-Score-Werts werden aber – plakativ gesagt – nicht nur der Brennwert und die Nährstoffmengen berücksichtigt, sondern die Zusammensetzung des Produkts (z. B. Menge an Obst, Gemüse, Nüsse, Olivenöl).

Zu beurteilen ist, ob die „Auswertung“ der Nährwerte eine „andere Form der Angabe“ derselben ist, oder der Informationsgehalt den Rahmen des Art 35 Abs 1 LMIV übersteigt. Art 35 wurde historisch eben dafür geschaffen, um derartige zusätzliche grafische und plakative Kennzeichnungssysteme zu erfassen, die über angeblich positive und negative Nährwerteigenschaften von Lebensmitteln unterrichten sollen.⁴

Andererseits müsste in die rechtliche Beurteilung einbezogen werden, ob bei der Nutri-Score-Berechnung tatsächlich die Menge an Obst, Gemüse, Nüssen etc. einfließt oder doch deren spezifische Nährstoffe und andere Stoffe (Ballaststoffe, Vitamine, Minerale, gesättigte/ungesättigte Fettsäuren). Dass Vitamine und Mineralstoffe die Nährwertdeklaration ergänzen können und damit von Art 35 Abs 1 LMIV erfasst wären, ist wohl unstrittig. Der mengenmäßige Anteil an Obst und Gemüse kann aber allenfalls eine QUID-Information sein. Werden bei der Nutri-Score-Berechnung tatsächlich Brennwert, Nährstoffe und andere Stoffe einbezogen, lässt sich die Zuordnung als Wiederholung der Nährwertdeklaration in grafischer Form vertreten. Bei Produkten mit einem Nutri-Score-Logo, das Obst/Gemüse enthält, deren Menge in die Berechnung des Scores einfließen, könnte die Information des Logos aber über den in Art 35 Abs 1 LMIV festgelegten Rahmen hinausgehen.

Nach Auffassung der EU-Kommission sei die Nutri-Score-Nährwertkennzeichnung in ihrer Gesamtheit als freiwillige Information gemäß Artikel 36 LMIV zu betrachten. Sie dürfe als solche nicht irreführend, zweideutig oder missverständlich sein und müsse gegebenenfalls auf einschlägigen wissenschaftlichen Daten beruhen. Ganz nachvollziehbar ist diese Ansicht nicht. Art 36 LMIV regelt nämlich grundsätzlich die „freiwillige Kennzeichnung“ von Pflichtangaben nach Art 9 und 10 LMIV. Die Angabe einer zusätzlichen Darstellungsform der Nährwertdeklaration ist nach dem Wortlaut des Art 35 Abs 1 LMIV aber an sich schon freiwillig („zusätzlich“ ... „können“). Diese setzt jedenfalls voraus,

dass eine Nährwertdeklaration – sei es verpflichtend oder nicht – vorhanden ist. Auch systematisch ist Art 35 LMIV den Vorschriften des dritten Abschnitts (Kapitel IV LMIV) zuzuordnen. Die Aussage der EU-Kommission ergibt also nur dann einen Sinn, wenn man den Nutri-Score der Nährwertkennzeichnung (Art 29 ff LMIV) zuordnet und sie – obwohl eine freiwillige Angabe – an die Vorgaben des Art 35 LMIV bindet.

3.2. Nährwertbezogene Angabe? Die EU-Kommission meint aber auch, vermittele das Nutri-Score-Logo eine positive Botschaft (d. h. durch die Farbe (Hell- oder Dunkel-)Grün), so entspreche dies gleichzeitig auch der Legaldefinition einer „nährwertbezogenen Angabe“, weil Informationen über die positiven Nährwerteigenschaften eines Lebensmittels gemäß der HCVO bereitgestellt werden.⁶

In einer mittlerweile zwei Jahre alten erstinstanzlichen Entscheidung sprach das LG Hamburg in seinem Urteil vom 16.04.2019 (Az. 41 HKO 9/19) zum Nutri-Score von Iglo aus, dass, soweit die grünen Farben im Sinne einer Ampel positive Nährwerteigenschaften zum Ausdruck bringen, es sich zweifellos um eine „nährwertbezogene Angabe“ handle; da diese nicht in der HCVO ausdrücklich geregelt seien, dürfte sie nicht (weiter) verwendet werden. Auch der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung (BMEL) vom 21.12.2019 geht ohne nähere Begründung davon aus, dass es sich beim Nutri-Score um eine nährwertbezogene Angabe iSd HCVO handeln könnte. Auch Belgien notifiziert das System nach Art 23 HCVO. Gegen diese Rechtsansicht spricht sich Meisterernst aus und erklärt Art 35 Abs 1 LMIV als die einzig richtige Rechtsgrundlage für den Nutri-Score.⁷ Zur Erinnerung: „Nährwertbezogene Angabe“ iSv Art 2 Abs 2 Z 4 HCVO ist jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere positive Nährwerteigenschaften besitzt, und zwar aufgrund (a) der Energie (des Brennwertes), die es i) liefert, ii) in vermindertem oder erhöhtem Maße liefert oder

iii) nicht liefert, und/oder b) der Nährstoffe oder anderen Substanzen, die es i) enthält, ii) in vermindert oder erhöhter Menge enthält oder iii) nicht enthält.

Bei nährwertbezogenen Angaben iSd HCVO müssen sich die positiven Nährwerteigenschaften also entweder auf den Energiegehalt gemäß Art 2 Abs 2 Z 4 lit a) HCVO oder die in einem Lebensmittel enthaltenen konkreten Nährstoffe oder anderen Substanzen gemäß lit b) beziehen. Es kann sich bei Nutri-Score also deshalb nicht um eine nährwertbezogene Angabe handeln, weil der Bezug zum Brennwert und/oder zu konkreten Nährstoffen in der Angabe fehlt. Demgegenüber handelt es sich beim Nutri-Score um die Gesamtbewertung eines Lebensmittels im Hinblick auf seine nutritive Wertigkeit. Die Bewertung beruht letztlich auf einem Punktesystem, das (vermeintlich oder tatsächlich) nicht nur positive, sondern auch negative Nährwerteigenschaften berücksichtigt. Damit werden aber alle Nährstoffe und teilweise auch andere Faktoren pauschal berücksichtigt, ohne dass eine bestimmte (positive oder negative) Nährwerteigenschaft berücksichtigt würde.⁸ Dazu kommt noch, dass eben auch negative Nährwerteigenschaften, die aber schon definitionsgemäß nicht Gegenstand einer nährwertbezogenen Angabe sind, in die Bewertung einfließen.

Man könnte zwar ins Treffen führen, dass diese Gesamtbewertung – deklariert als grüne Nutri-Score-Logos – besondere positive Nährwerteigenschaften des Lebensmittels suggerieren. Damit würde ein einheitliches System in Teile zerlegt und einer differenzierten Betrachtung unterworfen werden. Das würde aber zum wenig zufriedenstellenden Ergebnis führen, dass drei von fünf Nutri-Score-Logos (gelb bis dunkelrot) keine nährwertbezogenen Angaben sind, die beiden grünen aber schon. Diese Betrachtungsweise würde allerdings unberücksichtigt lassen, dass der Nutri-Score eben auch „negative Nährwerteigenschaften“ berücksichtigt.

Wäre Nutri-Score eine nährwertbezogene Angabe, dürften die damit in der EU vertriebenen Lebensmittel überhaupt nicht in Verkehr sein, nicht

einmal in den Ländern, die Nutri-Score empfohlen haben. Das kann vom Unionsgesetzgeber kaum bezweckt worden sein, als er Art 35 LMIV verfasste. Betrachtet man also auch die allgemeinen Auslegungsregeln „lex specialis derogat legi generali“⁹ und „lex posterior derogat legi priori“¹⁰ muss vor dem Hintergrund der dargelegten Überlegung wohl der Schluss gezogen werden, dass es sich bei allen Nutri-Score-Logos um freiwillige grafische Darstellungen der Nährwertkennzeichnung iSv Art 35 Abs 1 LMIV handelt.

3.3. Gesundheitsbezogene Angabe

Soweit überblickbar wird nicht vertreten, dass es sich bei den Nutri-Score-Logos um eine „gesundheitsbezogene Angabe“ iSv Art Abs 2 Nr 5 HCVO handelt. Auch wenn durch die Angabe der ernährungsphysiologischen Beschaffenheit des jeweiligen Lebensmittels die „gesunde Ernährung“ gefördert werden soll, suggerieren die Logos keinen konkreten Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits. Freilich sind gedankliche Bocksprünge der Praxis nicht fern. So wurde die Angabe „so wichtig wie das tägliche Glas Milch“ als gesundheitsbezogen eingestuft, weil der Verbraucher damit die ernährungsphysiologisch positiven Wirkungen der Milch auf den so beworbenen Fruchtequark übertragen würde.¹¹ Damit wäre aber bald jede nährwertbezogene Angabe gesundheitsbezogen, weil der Verbraucher selbstverständlich mit einem Lebensmittel, das etwa Vitamine, Mineralstoffe oder ungesättigte Fettsäuren enthält und/oder andererseits wenig bzw. gar keinen Zucker enthält, positive Auswirkungen auf die eigene Gesundheit verbindet. Die Unterscheidung zwischen gesundheits- und nährwertbezogener Angabe wäre damit obsolet. Nachdem es aber eine rechtliche Unterscheidung zwischen Angaben mit Nährwertbezug und solchen mit Gesundheitsbezug gibt und Nutri-Score in die Richtung Nährwertbezug geht, kann Nutri-Score keine gesundheitsbezogene Angabe sein.

4. Rechtslage in Deutschland „geklärt“

In Deutschland wurde dieses Rechtsproblem aus der Welt geräumt, indem der Nutri-Score durch eine Überarbeitung der deutschen LMIV „legalisiert“ wurde. Der Verordnungsentwurf wurde sowohl auf Art 35 LMIV gestützt als auch gemäß Art 23 HCVO notifiziert. In Anbetracht der dargelegten Rechtslage wird die Notifizierung wohl eher aus Vorsicht erfolgt sein als aus Überzeugung der Notwendigkeit.

Unserer Ansicht nach ist die Berufung auf Art 23 HCVO verfehlt. Mit der HCVO werden gemäß deren Art 1 Abs 1 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben geregelt. Nach der oben vertretenen Auffassung ist Nutri-Score aber weder nährwert- noch gesundheitsbezogen. Abgesehen davon würde man damit das Regelungsverfahren des Art 8 Abs 2 für nährwertbezogene und der Art 13 ff für gesundheitsbezogene Angaben unterlaufen. Jeder Mitgliedstaat könnte so versuchen, die Listen für sein Staatsgebiet zu ergänzen oder Streichungen vorzunehmen.

5. Nutri-Score in Österreich

In Österreich herrscht einige Skepsis. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Kennzeichnung mit den grünen Logos beanstandet würde, ist angesichts der nach wie vor herrschenden Rechtsunsicherheit und des LG Hamburg Urteils gegeben. Andererseits ist eine für den Verbraucher leicht verständliche Information über die ernährungsphysiologische Sinnhaftigkeit eines Lebensmittels (konsumenten-)politisch gewollt.

Unternehmen, die ihre Ware in einem anderen Mitgliedstaat herstellen und erstmalig in Verkehr bringen, wo der Nutri-Score zulässig ist, dürfen diese Lebensmittel selbstverständlich auch in Österreich vertreiben. Hierfür sorgt der Grundsatz des freien Warenverkehrs gemäß Art 36 AEUV¹².

Anders zu beurteilen könnten Lebensmittel sein, die in Österreich

hergestellt werden. Eine solche Differenzierung führt jedoch zu einer Inländerdiskriminierung, die allerdings in Österreich nicht unionsrechtswidrig ist. Bei Vorliegen eines rein innerstaatlichen Sachverhalts ist Art 36 AEUV nicht anwendbar. Auch Art 19 AEUV (allgemeines Diskriminierungsverbot) schafft keine Abhilfe. Auf nationaler Ebene ist nach stRsp des VfGH eine Diskriminierung österreichischer Staatsbürger gegenüber Ausländern am Gleichheitssatz zu messen und bedarf daher einer sachlichen Rechtfertigung. Aufgrund der doppelten Bindung des Gesetzgebers bei Umsetzung von Unionsrecht wurde dieser Grundgedanke auch auf Inländerdiskriminierung ausgedehnt.¹³ Nun ist zu fragen, welche sachliche Rechtfertigung es im konkreten Fall geben könnte, für den deutschen und österreichischen Markt bestimmte Lebensmittel, die den Nutri-Score tragen, zu verbieten. Angesichts des politischen Wunschs einer einfachen Nährwertinformation und den Aussichten, dass eine solche in absehbarer Zeit auf Unionsebene beschlossen werden soll, ist eine sachliche Rechtfertigung nicht zu erkennen. Dem stünde als Rechtfertigung im vorliegenden Fall nur die formstrenge Umsetzung von LMIV und HCVO entgegen.

Schlussbemerkung

Angesichts der rechtlichen Unklarheiten um Nutri-Score, den absehbaren Entwicklungen auf Unionsebene, ein neues EU-weit einheitliches Nährwertinformationssystem einzuführen, und den verfassungsrechtlichen Problemen spricht nichts dagegen, sich Lebensmittel mit dem Nutri-Score gegenüber abwartend zu verhalten.

Dr. Andreas Natterer
Rechtsanwalt & Partner
Schönherr Rechtsanwälte GmbH

Mag. Iliyana Sirakova
Rechtsanwältin
Schönherr Rechtsanwälte GmbH

Literatur
www.ernaehrung-nutrition.at