

Friederike Driftmann

Der ernährungspolitische Nudge

Eine unionsrechtliche Betrachtung staatlicher Konsumsteuerung
durch gezielte Entscheidungsarchitekturen

Zugleich ein Beitrag zu Art. 35 LMIV



Nomos

Schriftenreihe des
EUROPA-KOLLEGS HAMBURG
zur Integrationsforschung

Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter Behrens
Prof. Dr. Sigrid Boysen
Prof. Dr. Thomas Bruha
Prof. Dr. Thomas Eger
Prof. Dr. Armin Hatje
Prof. Dr. Markus Kotzur
Prof. Dr. Gert Nicolaysen †
Prof. Dr. Stefan Oeter
Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte
Prof. Dr. Wolf Schäfer †

Band 82

Friederike Driftmann

Der ernährungspolitische Nudge

Eine unionsrechtliche Betrachtung staatlicher Konsumsteuerung
durch gezielte Entscheidungsarchitekturen

Zugleich ein Beitrag zu Art. 35 LMIV



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7995-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-2387-9 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*In Gedenken an meine Eltern
Gesche und Hans Heinrich Driftmann*

Vorwort

„Eure Nahrungsmittel sollen Eure Heilmittel
und Eure Heilmittel sollen Eure Nahrungsmittel sein.“
Hippokrates, 460-371 v. Chr.

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Juni 2020 berücksichtigt werden. Zunächst danke ich meinem hochgeschätzten Doktorvater *Professor Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke)*, der mir im Rahmen der Betreuung stets den nötigen Freiraum zur Entwicklung meines Themas gegeben und mich durch die Ermöglichung eines regelmäßigen Gedankenaustausches unterstützt hat. Ebenso danke ich *Professor Dr. Stefan Voigt* für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die großartige ideelle Förderung im Rahmen des Promotionsstipendiums danke ich der *Konrad-Adenauer-Stiftung*, die mich bereits während meines Studiums im Rahmen ihrer Studienförderung unterstützt hat. *Professor Dr. Armin Hatje* und *Dr. Ole Schröder, LL.M. (Stellenbosch)* danke ich besonders für ihre Empfehlungen. Ebenso danke ich der *Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung*, welche die Drucklegung dieses Werkes maßgeblich gefördert hat.

Ich danke *Dr. Volker Ullrich MdB* für den inhaltlichen Austausch über die Implementierung verhaltensökonomischer Instrumente in die deutsche Rechtsetzungspraxis und *Benthe Libner* für die spannenden Gespräche über die Zukunft der deutschen Ernährungspolitik. Zudem danke ich *Dr. Christian Bochmann, LL.M. (Cambridge)*, der obgleich einem anderen Rechtsgebiet zugewandt, den Fortgang der Arbeit stets interessiert und mit offenem Ohr verfolgt hat, sowie meinen Kollegen und Freunden *Nicolas Philipps*, *Charlotte Stange*, *Yannick Dierks* und *Julian Fresch* für die redaktionelle Durchsicht jeweils eines Teils des Manuskriptes.

Diese Arbeit entstand zudem in einer familiären Atmosphäre, die wissenschaftliches Arbeiten erst möglich gemacht hat. Ich danke meinen Pateneltern *Ute* und *Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Dahncke* für ihre liebevolle Unterstützung und Gastfreundschaft sowie *Dr. Julian Egelhof*, dessen Geduld und Beistand mir immer unvergesslich bleiben werden. Mit dieser Arbeit gedenke ich schließlich meinen Eltern *Gesche Elisabeth* und *Professor Dr.*

Vorwort

Hans Heinrich Driftmann, sowie meinen Großeltern, die mich Zeit ihres Lebens bedingungslos unterstützt haben, den Abschluss der Arbeit jedoch nicht mehr erleben konnten. Ihnen sei diese in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Friederike Driftmann

Hamburg, im Januar 2021

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	19
A. Ernährung als multidimensionales Steuerungsfeld	19
I. Ernährungspolitik – Die Verschiebung des Fokus	24
II. Das Nudge-Konzept von Thaler und Sunstein	28
B. These und Gang der Untersuchung	32
Erster Teil Normative Grundlagen staatlicher Ernährungspolitik	34
A. Teilbereiche der Ernährungspolitik	35
I. Die Versorgung mit sicheren Nahrungsmitteln	35
II. Die Lebensmittelsicherheit	37
III. Der Schutz vor Täuschung	39
IV. Das Anhalten zu gesunder Ernährung	41
V. Das Anhalten zu nachhaltigem Konsum	43
VI. Förderung körperlicher Bewegung	43
VII. Stellungnahme	44
B. Ernährungspolitische Paternalismus	46
C. Kompetenzabgrenzungen	47
I. Zuständigkeiten	47
1. Die Gemeinsame Agrarpolitik (GAP)	47
2. Verbraucherschutz	48
a. Art. 169 Abs. 2 AEUV	49
aa. Ziele	49
bb. Beitrag	50
cc. Handlungsformen	51
b. Einzelstaatliche Bestimmungen	53
aa. Ausscherklauseln gem. Art. 114 Abs. 4, 5 AEUV	53
bb. Schutzverstärkung gem. Art. 169 Abs. 4 AEUV	57
3. Gesundheitsschutz	58
a. Art. 168 Abs. 1 AEUV	60
b. Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten	61
4. Umweltschutz	63

Inhaltsverzeichnis

II. Kategorisierung	63
III. Abgrenzung der Kompetenzgrundlagen	64
1. Objektivierter Ansatz des EuGH	65
2. Horizontale Kompetenzabgrenzung	66
3. Subsidiarität und Spezialität	66
4. Vertikale Kompetenzabgrenzung	69
IV. Primärrechtliche Neugestaltung de lege ferenda?	75
V. Bedarf der ganzheitlichen Betrachtung	77
1. Ressortverteilung	77
2. Der instrumentelle Aspekt	82
D. Konkrete Ziele	82
I. Ernährungspolitische Ziele der EU	83
1. Grünbuch der Europäischen Kommission 1997	83
2. Grünbuch der Europäischen Kommission 2005	84
3. Weißbuch der Europäischen Kommission 2007	86
4. Zusammenfassung	88
II. Ernährungspolitische Ziele in Deutschland	88
E. Aufbau evidenzbasierter Steuerungskennnis	90
F. Zusammenfassung	90
Zweiter Teil Steuerungstheoretische Standortbestimmung	93
A. Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt	98
B. Das Steuerungsziel und das Steuerungswissen	99
I. Ziele der Ernährungssteuerung	100
II. Zusammenhang beider Elemente	101
1. Theorie der rationalen Wahl	103
2. Korrekturen der Verhaltensökonomie	105
a. Der begrenzt starke Wille zur Ernährungsumstellung	106
b. Fairnesserwägungen	106
c. Begrenzte Rationalität	107
aa. Urteilsfähigkeit des Menschen	107
bb. Entscheidungssituationen	109
3. Verhaltensmodell und Verbraucherleitbild	111
a. Normativität oder Empirie?	112
b. Ein beschränkt rationaler Verbraucher?	116
C. Die Steuerungsinstrumente	117
I. Direkte Verhaltenssteuerung	118

II. Indirekte Verhaltenssteuerung	119
1. Ökonomische Instrumente	121
a. Steuern	122
b. Subventionen und Beihilfen	124
2. Nichtökonomische Instrumente	124
a. Nudge-Konzept	125
aa. Definition	126
(1) Nach Thaler und Sunstein	127
(2) Definitionen und Einordnungen anderer Autoren	129
(3) Definitionsvorschlag	131
bb. Zusammenfassung der Typologie	133
(1) Trägheit, Prokrastination und Gegenwartstendenz	134
(2) Framing und Präsentation	138
(3) Soziale Normen	141
b. Behaviourial Design	145
c. Informationsmaßnahmen	146
D. Der Nudge im Anbetracht der Europäisierung	148
I. Chancen	150
II. Risiken	153
1. Intransparenz	153
2. Erdrosselnde Wirkung	154
3. Wirkungs- und Lenkungsunschärfe	157
a. Akzeptanzunterschiede innerhalb der EU	159
b. Wirkungsverlust durch Zentralisierung	161
b. Perpetuierung von Verhaltensmustern	164
c. Formenmissbrauch	165
d. Koordinierung von Nudging	165
E. Zusammenfassung	167
Dritter Teil Primärrechtlicher Ordnungsrahmen de lege lata	169
A. Warenverkehrsfreiheit	170
I. EuGH, Rechtssache Dassonville	170
II. EuGH, Rechtssache Cassis de Dijon	172
III. EuGH, Rechtssache Keck	175
IV. EuGH, Rechtssache Buy Irish	179
V. EuGH, Rechtssache Apple and Pear Development Council	180
VI. Zwischenergebnis	181

Inhaltsverzeichnis

B. Der Nudge und der Beihilfenbegriff	181
I. Beihilfenbegriff	183
II. Maßnahmen gleicher Wirkung wie Beihilfen	184
III. Ausdehnung durch Effektivitätsgebot	185
IV. Staatliche Unterstützungserklärungen	185
C. Der Nudge als Schutzverstärkung	189
D. Grundrechtliche Aspekte des Nudgings	191
I. Beeinträchtigung	193
II. Steuerung des Individuums – des „Nudgee“	194
1. Autonomie unter dem Menschenwürdeaspekt	195
2. Autonomie als Freiheitsrecht	199
III. Mittler und Drittbetroffene	205
IV. Verhältnismäßigkeit	206
1. Legitimer Zweck	208
2. Geeignetheit	210
3. Erforderlichkeit	212
4. Verhältnismäßigkeit i.e.S.	214
5. Untermaßverbot	216
V. Zwischenergebnis	216
E. Der Umgang mit Belastungskumulationen	217
I. Belastungskumulationen im Mehrebenensystem	218
1. Der additive Grundrechtseingriff	219
2. Gesamtbelastungen in der Mehrebenenbetrachtung	220
II. Berücksichtigung des Gedankens der Good Governance	222
III. Kriterien für die Instrumental Choice	226
IV. Grundsatz der Widerspruchsfreiheit	228
1. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit	231
2. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	234
3. Stellungnahme	235
F. Zusammenfassung	236
Vierter Teil Der Nutri-Score	238
A. Nährwertprofilssystem der British-Food Standard Agency	239
B. Das Nutri-Score Logo	240
I. Design und Ansatz	240
II. Einführungshistorie	241

C. Unionsrechtskonformität des Nutri-Score Logo	244
I. Beschluss des LG Hamburg v. 16. April 2019	245
1. Nährwertbezogene Angabe	245
2. Gesundheitsbezogene Angabe	246
3. Verstoß gegen Art. 35 LMIV	247
II. Einschlägigkeit des Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO	247
III. Betrachtung im Lichte des Art. 35 LMIV	248
1. Voraussetzungen gem. Art. 35 Abs. 1 LMIV	249
a. Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs	249
b. Objektiv und nicht diskriminierend	252
2. Missbrauchspotential	256
3. Systemwettbewerb	258
4. Erforderlichkeit der Neuerhebung von Daten	260
5. Verdeutlichung des Beitrages	262
IV. Handlungsoptionen der Union	263
1. Notifizierungspflicht gem. Art. 23 Abs. 1 HCVO	264
2. Weitergehende Harmonisierung durch die Union	264
3. Korrektiv der Kommission aus Art. 35 LMIV	265
D. Zusammenfassung	266
Fünfter Teil	268
A. Fazit	268
B. Zentrale Thesen	271
C. Reformvorschlag	278
D. Summary of Results	281
Anhang	289
Referentenentwurf des BMEL zur Umsetzung des Nutri-Scores	289
Literaturverzeichnis	297

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel (singular)
Artt.	Artikel (plural)
Aufl.	Auflage
Beschl.	Beschluss
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshofs
BMEL	Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft
BMELV	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
BMVEL	Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung
Bnd.	Band
BSE	Bovine spongiforme Enzephalopathie
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Amtliche Sammlung des Bundesverfassungsgerichts
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
dpa.	Deutsche Presseagentur
dies. /ders.	dieselbe/derselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	Ebenda
EFSA	European Food Safety Authority (Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit)
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EG	Europäische Gemeinschaften
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHEC	Enterohämorrhagische Escherichia col
EJRR	European Journal of Risk Regulation
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention

Abkürzungsverzeichnis

et. al.	et alii/et alie
EU	Europäische Union
EU:C	Amtliche Sammlung des Europäischen Gerichtshofs
EU:T	Amtliche Sammlung des Europäischen Gerichts
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUROSTAT	Statistisches Amt der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
ex- Art- f./ff.	Ehemaliger Artikel folgend/folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
GD SANCO	Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz
GD SANTE	Generaldirektion Gesundheit und Lebensmittelsicherheit
GG	Grundgesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
GMO	Gemeinsame Marktorganisation
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HCVO	Health Claims Verordnung
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts
i.e.S.	im engeren Sinne
IJHPM	International Journey of Health Policy and Management
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	Juristenzeitung
KMU	kleine und mittelständische Unternehmen
KOM	Kommission
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
LG	Landgericht
LMGB	Lebensmittelgesetzbuch

LMIV	Lebensmittelinformationsverordnung
lit.	litera
MRI	Max-Rubner-Institut
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
OECD	Organization for economic cooperation and development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
PNNS	Le Programme National Nutrition Santé
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Rs.	Rechtssache
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite
Slg.	Amtliche Sammlung des Europäischen Gerichtshofs (ehemals)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschland
UGP	Unlautere Geschäftspraktiken
UK	United Kingdom
Urt.	Urteil
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v. Chr.	vor Christus
VerwArch	Verwachtungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler
WAZ	Westdeutsche Allgemeine Zeitung
WHO	World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
ZeUP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGE/IPJ	Zeitschrift für geistiges Eigentum /Intellectual Property Journal

Abkürzungsverzeichnis

ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht