



Simone Brauchbar Birkhäuser und Aline Steffen-Züger.

Simone Brauchbar Birkhäuser und Aline Steffen-Züger

«Rechtlich beginnt Greenwashing da, wo eine Angabe als unlauter zu qualifizieren ist»

Nachhaltigkeit ist im Marketing und in der Werbung ein grosses Thema. Welche rechtlichen Leitplanken gilt es zu beachten? Die Expertinnen Simone Brauchbar Birkhäuser und Aline Steffen-Züger erklären die rechtliche Situation und sagen, worauf Unternehmen achten müssen – und wo Greenwashing anfängt.

Interview: Nicole Kircher Bild: zVg

Frau Brauchbar Birkhäuser, wie wichtig ist Nachhaltigkeit in der Werbung?

Simone Brauchbar Birkhäuser: Die Bewerbung der Nachhaltigkeit von Produkten und deren Verpackung, aber auch von Dienstleistungen nimmt immer mehr Raum ein. Dies sehen wir alle täglich in den Medien und in den Regalen der Läden. Wenn immer möglich, bewerben Unternehmen ihren Einsatz für das Wohl von Mensch und Umwelt und greifen damit einen gesellschaftlichen Trend auf. Gemäss verschiedenen Umfragen ist für einen namhaften Teil der Konsumentinnen und Konsumenten die Nachhaltigkeit eines Produkts respektive einer Dienstleistung ein wichtiges Kaufkriterium. Dabei ist allerdings neben dem hohen Preis die Befürchtung, bei der Bewerbung von Nachhaltigkeit handle es sich ohnehin um Greenwashing, der Hauptgrund, sich dann doch für ein anderes Produkt zu entscheiden. Die diesem Misstrauen zugrunde liegende Forderung nach Wahrheit und Klarheit in der Kommunikation ergibt sich auch aus rechtlicher Sicht.

«Werbung mit Selbstverständlichkeiten ist unlauter und damit unzulässig.» (Brauchbar Birkhäuser)

Wie häufig gelangen Unternehmen an Sie mit Fragen darüber, was in Sachen nachhaltiger Werbung noch zulässig ist und was nicht, Frau Steffen-Züger?

Aline Steffen-Züger: Anfragen zur Prüfung von sogenannten Green Claims und anderen Nachhaltigkeitsclaims haben in den letzten Jahren stark zugenommen. Dies vor allem auch vor dem Hintergrund der zunehmenden Regulierung und der behördlichen Überprüfung solcher Claims im europäischen Raum. Viele Unternehmen werden sich immer mehr bewusst, dass angreifbare Green Claims ihrem Ruf schaden können.

In welchen Bereichen treten am meisten Fragen auf?

Simone Brauchbar Birkhäuser: Wir erhalten regelmässig Anfragen zu Green Claims auf Konsumartikeln. Diese Anfragen sind besonders spannend, da auf dem Produkt respektive dessen Verpackung für die Werbeaussagen und deren allfällige Präzisierung oft wenig Platz zur Verfügung steht. Werden die Produkte zudem nicht nur in der Schweiz, sondern auch im Ausland vertrieben, so gilt es, eine Lösung zu finden, die in allen Territorien rechtskonform ist. Auch im Finanzsektor spielen die Nachhaltigkeit und damit die Werbung für nachhaltige Finanzprodukte heute eine wichtige Rolle.

Wo ist in der Schweiz geregelt, welche Art von Nachhaltigkeitsclaims gesetzlich zulässig sind?

Aline Steffen-Züger: In der Schweiz gibt es kein eigenes Gesetz zu den Green Claims. Zur Anwendung gelangen vielmehr die allgemeinen Regeln des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, kurz UWG ge-

Zu den Personen

Simone Brauchbar Birkhäuser ist Partnerin bei CMS von Erlach Partners AG. Sie ist seit über zwanzig Jahren als Rechtsanwältin auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts, insbesondere Kennzeichen- und Urheberrecht, sowie im Werbe- und Lauterkeitsrecht tätig. Sie publiziert und unterrichtet regelmässig auf diesen Gebieten. Simone Brauchbar Birkhäuser berät Mandanten, börsenkotierte ebenso wie KMU, aus den unterschiedlichsten Branchen.

Aline Steffen-Züger ist als Rechtsanwältin bei CMS von Erlach Partners AG auf dem Gebiet des Lauterkeits- und Werberechts sowie in der Vertragsberatung und der Prozessführung tätig. Dabei berät Aline Steffen-Züger sowohl Privatpersonen als auch börsenkotierte Unternehmen ebenso wie KMU aus den unterschiedlichsten Branchen.

nannt. Zur Beurteilung von Nachhaltigkeitsclaims können auch die Grundsätze zur Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation der Schweizerischen Lauterheitskommission herangezogen werden. Insofern zudem Aussagen zur Umweltfreundlichkeit eines Produktes einen regulierten Bereich betreffen, müssen schliesslich die entsprechenden Gesetze bei der Prüfung der Claims berücksichtigt werden.

Uns ist nicht bekannt, dass in der Schweiz eine zusätzliche Regulierung geplant wäre. Dies im Unterschied zur EU, wo die Europäische Kommission im März 2023 einen Vorschlag für eine Richtlinie zu umweltbezogenen Aussagen mit sehr detaillierten Vorgaben publiziert hat. Diese zunehmend strenge Regulierung und Handhabung von Green Claims im angrenzenden Ausland dürfte sich zukünftig auch in den Entscheiden von Schweizer Behörden und Gerichten wider spiegeln.

Wie klar ist aus Ihrer Sicht die Gesetzeslage bezüglich Aussagen von Unternehmen zur Nachhaltigkeit, und wo beginnt Greenwashing rechtlich gesehen?

Aline Steffen-Züger: Im Prinzip bietet das UWG eine gute Grundlage, um die Lauterkeit von Werbeaussagen zu prüfen. Allerdings kommt beim Entscheid, ob eine Werbung noch rechtmässig ist, ein grosses Ermessen zum Tragen. Wo Greenwashing beginnt, ist somit also aus rechtlicher Sicht eine Ermessensfrage. Grundsätzlich gilt, Greenwashing beginnt da, wo eine Angabe als unlauter zu qualifizieren ist. Es wäre deshalb wichtig, dass man auf einen breiten Fundus an Rechtsprechung zurückgreifen kann. Einen solchen gibt es in der Schweiz im Bereich des Greenwashings leider noch nicht. Immerhin hat die Lauterheitskommission bereits verschiedene Beschwerden zu diesem Thema behandelt.

Welche Art von Werbeaussagen verstösst klar gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)?

Simone Brauchbar Birkhäuser: Das UWG schreibt vor, dass Informationen einerseits richtig und wahr sein müssen, man spricht vom sogenannten Wahrheitsgebot. Andererseits dürfen sie nicht irreführend sein, es gilt das Irreführungs- und Täuschungsverbot. Wir können diese Grundsätze am Beispiel «Ver-

packung 100 Prozent recycelbar» erklären. Bei dieser Aussage stellt sich zuerst die Frage, ob die Aussage «richtig und wahr» ist. Das heisst konkret, ob die Verpackung und alle Teile davon wirklich technisch vollständig recycelbar sind und ob die Verpackung an jedem Verkaufsort tatsächlich recycelt werden kann. Wenn faktisch nur Teile der Verpackung recycelbar sind oder nicht tatsächlich ein flächendeckendes Recyclingsystem zur Verfügung steht, so ist die Aussage unseres Erachtens, das heisst, ohne entsprechende Präzisierung, unwahr und damit auch unlauter.

Zusätzlich wäre die Angabe irreführend, wenn nicht die gesamte Verpackung, sondern beispielsweise nur die Aussen-, nicht aber die Innenverpackung recycelbar wäre. Wichtig ist, dass bereits eine Gefahr der Irreführung ausreicht; eine tatsächliche Irreführung muss nicht erfolgen.

«Wenn bei einer Werbeangabe bestimmte Tatsachen unterdrückt werden, kann die Werbeaussage unlauter sein.» (Steffen-Züger)

Aline Steffen-Züger: Die Kriterien sind nicht immer trennscharf abzugrenzen. Es geht aber darum, jede einzelne Teilaussage auf ihre Wahrheit und Klarheit zu prüfen, mit dem Ziel, zu vermeiden, dass die Marktteilnehmenden – insbesondere die Kundinnen und Kunden – durch die Angabe irregeführt werden können. Schliesslich muss das die Werbeaussage verwendende Unternehmen deren Inhalt auch einwandfrei und objektiv belegen können.

Laut UWG muss eine Aussage in der Werbung also klar belegbar sein.

Wie einfach ist das bei Fragen der Nachhaltigkeit?

Aline Steffen-Züger: Allgemeine Begriffe wie

«nachhaltig» oder «umweltfreundlich» haben das Problem, dass sie zu offen sind und keine allgemeingültige Definition existiert. Ihr Wahrheitsgehalt kann somit kaum bewiesen werden. Wir raten deshalb davon ab, solche Begriffe in der Werbung zu benutzen. Einfacher zu belegen sind Teilbereiche der Nach-

haltigkeit. So kann beispielsweise mit Zahlen konkret belegt werden, dass in einem Werk mehr erneuerbare Energiequellen eingesetzt werden als zuvor oder dass ein Produkt aus recyceltem Material stammt.

Wie eindeutig geregt sind denn Aussagen wie zum Beispiel «stammt aus recycelten Materialien» oder «kompostierbar», und wann ist deren Verwendung irreführend?

Simone Brauchbar Birkhäuser: Die Beurteilung von Werbeaussagen folgt im Grundsatz den erwähnten Regeln des UWG. Die Verwendung dieser Aussagen muss damit jeweils im Einzelfall, unter Berücksichtigung aller Umstände, zum Beispiel auch der Produktdesign, und nach dem Verständnis des durchschnittlichen Adressaten beurteilt werden. Das heisst, relevant ist, wie das angesprochene Publikum die Aussage versteht, wobei diesem alle für ein korrektes Verständnis des Claims erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen. Wenn also gesagt wird, ein Produkt sei kompostierbar, so muss unseres Erachtens präzisiert werden, gemäss welcher Definition oder Norm dies der Fall ist, damit sich das Publikum ein vollständiges Bild machen kann.

Und wenn ein Unternehmen damit wirbt, CO₂-neutral zu wirtschaften: Was muss dafür rechtlich erfüllt sein?

Aline Steffen-Züger: CO₂-Neutralität bezieht sich auf einen Zustand, in dem mit oder ohne Herstellung eines Produkts oder das Anbieten eines Services wie des Fliegens die gleiche Menge CO₂ ausgestossen wird, sozusagen eine Nullrechnung. Damit mit CO₂-Neutralität geworben werden darf, muss auch diese Aussage auf ihre Richtigkeit und Wahrheit sowie auf ihre Nichtirreführung geprüft werden. Dabei muss in die «Berechnung» die gesamte Produktions- und Lieferkette einfließen und nicht nur der letzte Produktions schritt, sonst wäre die Aussage unseres Erachtens zumindest als irreführend zu qualifizieren, wenn nicht sogar als unwahr und unrichtig.

Simone Brauchbar Birkhäuser: Wir haben uns schon oft die Frage gestellt, ob überhaupt mit CO₂-Neutralität geworben werden darf. Schliesslich ist uns allen klar, dass alle unsere Tätigkeiten in irgendeiner Weise CO₂ ausstossen; wir können diesen Ausstoss zwar ver-



mindern und den Rest kompensieren, doch sind wir dann wirklich CO₂-neutral oder nur CO₂-reduziert oder CO₂-kompensiert? Die Verwendung des Begriffs CO₂-neutral oder CO₂-kompensiert ist zunehmend in der Kritik. Erste Unternehmen haben auf diese Kritik bereits mit einer Änderung ihres Wording reagiert. Anstelle von Klimaneutralität und Klimakompensation wird neu beispielsweise von einem Beitrag zum oder einer Investition in den Klimaschutz gesprochen.

Zudem kommt zunehmend ans Licht, dass nicht alle Zertifikate, mit denen CO₂ (angeblich) kompensiert wird, tatsächlich halten, was sie versprechen. Unternehmen sollten deshalb, wenn sie mit CO₂-Neutralität oder CO₂-Kompensation werben, auch die von ihnen verwendeten Zertifikate kritisch prüfen.

Was muss erfüllt sein, damit ein Unternehmen in der Werbung behaupten darf, das umweltfreundlichste Produkt im Vergleich zur Konkurrenz anzubieten?

Simone Brauchbar Birkhäuser: Die Behauptung von Werbenden, im Vergleich zur gesamten Konkurrenz auf irgendeine Weise besser oder einzigartig zu sein – im vorliegenden Fall «das umweltfreundlichste Produkt» zu haben –, nennt man Alleinstellungs- oder Superlativwerbung. Dabei kommt es auf die inhaltliche Aussage der Werbung für die Qualifikation als Superlativwerbung nicht an; es ist nur massgebend, dass der höchste sprachlich verfügbare Steigerungsgrad verwendet wird. Die Aussage «am umweltfreundlichsten» wäre unseres Erachtens als eine solche Superlativwerbung zu qualifizieren.

Objektiv überprüfbare Angaben in solchen Superlativ- und Alleinstellungswerbungen werden vom Unlauterkeitsstatbestand der vergleichenden Werbung erfasst, und die gemachten Angaben müssen stimmen. Wer behauptet, ein Produkt sei das beste, muss den Beweis dafür antreten können, dass die Aussage während des gesamten Zeitraums der Veröffentlichung wahr war.

Aline Steffen-Züger: Nicht auf ihre Richtigkeit überprüfbar sind Werturteile und subjektive Meinungsausserungen. Solche Aussagen sind deshalb – solange sie nicht herabsetzend sind – im Rahmen der Beurteilung von Superlativwerbungen grundsätzlich unbedenklich und führen nicht zur Unlauterkeit. Bei erkennbaren marktschreierischen Über-

triebungen ist hingegen zu unterscheiden: Wertet das Publikum solche Werbeaussagen als reinen Werbepathos ohne Wesensgehalt, oder misst es der Aussage zumindest einen wahren Tatsachenkern bei? Ist Letzteres der Fall, hat die Werbeaussage immerhin bezüglich des reduzierten überprüfbarer Kerngehalts zuzutreffen. Je konkreter die Superlativwerbebotschaft ist, desto eher wird sie vom Publikum als Tatsachenbehauptung gewertet. Superlativ- und Alleinstellungswerbungen sollten deshalb, wenn die Alleinstellung nicht einwandfrei nachweisbar ist oder feststeht, nicht verwendet werden.

«Wichtig ist, dass bereits eine Gefahr der Irreführung ausreicht; eine tatsächliche Irreführung muss nicht erfolgen.» (Brauchbar Birkhäuser)

Darf ein Unternehmen in der Werbung sagen, dass es besonders nachhaltig ist, wenn es eigentlich nur die gesetzlichen Vorgaben zum Schutz der Umwelt erfüllt?

Simone Brauchbar Birkhäuser: Nein. Werbung mit Selbstverständlichkeiten ist unlauter und damit unzulässig. Darunter fällt jede Werbung, wenn die darin speziell hervorgehobenen Eigenschaften – oder die Abwesenheit von Eigenschaften – für alle vergleichbaren Produkte zutreffen, vorgeschrieben oder üblich sind. Denn wenn der Durchschnittsadressat Selbstverständlichkeiten nicht als solche erkennt oder erkennen kann, entsteht die Gefahr der Irreführung. Im Zusammenhang mit Green Claims ist dabei vor allem an das Betonen der Einhaltung von gesetzlichen Vorgaben zum Schutz der Umwelt zu denken, wie sie sich zum Beispiel aus Pflichten der Herstellerinnen zur Entsorgung von umweltschädlichen Gütern ergeben.

Darf man mit einem Hinweis im Kleingedruckten eine Werbeaussage wieder relativieren?

Aline Steffen-Züger: Auch hier gibt es keine allgemeingültige Antwort. Zwar ist es erlaubt, mit einem Sternchen-Verweis (*) einen sogenannten Disclaimer anzubringen, doch darf in diesem Disclaimer die Werbeaussage nicht

korrigiert, sondern nur klargestellt werden. In der Regel fällt die Relativierung einer Werbeaussage unseres Erachtens eher in den Bereich der Korrektur einer Aussage; dies muss aber schlussendlich in jedem Einzelfall beurteilt werden. Wichtig ist, dass der Disclaimer selber auch den Regeln des UWG genügt: Die darin enthaltenen Angaben müssen wiederum richtig und wahr sein und dürfen nicht irreführen.

Kann rechtlich gesehen eine Irreführung der Kundschaft auch erfolgen, indem bewusst Informationen verschwiegen werden?

Aline Steffen-Züger: Grundsätzlich ja. Wenn bei einer Werbeangabe bestimmte Tatsachen unterdrückt werden, die gemachten Angaben also unvollständig sind, kann die Werbeaussage unlauter sein. So wurde beispielsweise eine Werbung mit Testergebnissen, bei denen unterschlagen wurde, dass es sich um ausländische Testergebnisse handelte, von der Schweizerischen Lauterkeitskommission als unlauter qualifiziert.

Eine reine Nichtinformation über gewisse Eigenschaften ist aber nicht per se unlauter. Deshalb müssen insbesondere in solchen Fällen der Einzelfall und die damit einhergehenden Umstände genau geprüft werden.

Nachhaltiges Marketing beinhaltet unter anderem auch Social Marketing. Gelten die Rechtsgrundlagen auch für Social Media?

Aline Steffen-Züger: Ja, Werbung in Social Media muss wie jede andere Werbung rechtmässig sein. Wegen deren oft grenzüberschreitender Reichweite stellt sich zusätzlich die Frage, ob die Posts nur dem Schweizer oder auch ausländischem Recht entsprechen müssen. Wird nämlich etwa (auch) Kundschaft in Deutschland oder Österreich angesprochen, ist auch die Rechtslage in diesen Ländern zu beachten. Dies vor allem bezüglich der wichtigen Frage, ob ein Post ausdrücklich als kommerzielle Kommunikation gekennzeichnet werden muss. In dieser Frage ist die Rechtslage in der EU deutlich strenger.

Worauf muss bei der Verwendung von Ökolabels besonders geachtet werden?

Simone Brauchbar Birkhäuser: Ökolabels, wie beispielsweise Demeter oder FSC, sind nicht gesetzlich geregelt. Bei Ökolabels handelt es sich vielmehr in der Regel um von privaten Institutionen vergebene Labels oder

Zertifikate. Das führt dazu, dass die zugrunde liegenden Kriterien nicht immer kongruent sind und ähnlich wirkende Labels unter Umständen ganz unterschiedliche Voraussetzungen oder Kriterien stellen. Es muss also je-

«Die zunehmend strenge Regulierung von Green Claims im Ausland dürfte sich auch in Entscheiden von Schweizer Behörden und Gerichten widerspiegeln.» (Steffen-Züger)

weils im Einzelnen transparent informiert werden, auf welches Label Bezug genommen wird. Zudem sollte darauf geachtet werden, nur Labels mit einer hohen Glaubwürdigkeit und einem transparenten Kontrollmechanismus zu verwenden.

Ökolabels dürfen in der Regel nur gegen Lizenz benutzt werden, womit sichergestellt werden soll, dass die Kriterien tatsächlich eingehalten werden. Nutzt ein Unternehmen ein Ökolabel, ohne die Voraussetzungen zu erfüllen, so werden die Erwartungen der Kunden getäuscht. Eine solche Nutzung wäre klar unlauter und damit rechtswidrig.

In wenigen Worten: Was empfehlen Sie nun Unternehmen, die in der Werbung ihre Nachhaltigkeit betonen wollen?

Simone Brauchbar Birkhäuser: Wir empfehlen, immer darauf zu achten, dass Werbeaussagen zur Nachhaltigkeit wahr, klar und nicht irreführend sind. Insbesondere sollte der Konsument oder die Konsumentin, wenn nötig, mit einem Sternchen-Verweis möglichst vollständig über die Hintergründe und Umstände der Werbeaussage informiert werden. Zudem sind Ökolabels sowie CO₂-Zertifikate und deren Einsatz kritisch zu prüfen.

ANZEIGE

Die besten Kommunikations-jobs auf persoenlich.com