



2. Dezember 2022

## Kommentar

# Nicht weitersagen: Was ist Greenwashing? – eine Regulierungsglosse

*Der Bundesrat setzte am 24. November 2022 eine «Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange» in Kraft. Nicht zu schnell. Erst im Januar 2024. Die Verordnung wird für alle grossen Publikumsgesellschaften und Beaufsichtigten der FINMA gelten. Eines wird sie nicht tun. Sie wird ausdrücklich nicht bestimmen, was Greenwashing bedeutet. Dazu bannte der der Schweizer Bundesrat eine von den Banken als anstössig empfundene Fussnote. Er und seine Verwaltung verdienen für diese heroische Tat eine Glosse.<sup>1</sup>*

## Hintergrund

Die Verordnung konkretisiert die im Juni 2022 durch den indirekten Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative in den [Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts](#) verankerten und seit dem 1. Januar 2022 geltenden Regeln zur «Transparenz über nicht finanzielle Belange». Diese wiederum waren auch getrieben durch die internationalen Bemühungen, die grossen Unternehmen und insbesondere die Banken anzuhalten, transparent zu berichten, wie sich Klimarisiken auf ihre Geschäfte auswirken, und was sie selbst Gutes für das Klima tun. Das tönt in der Amtssprache des [Erläuterungsberichts](#) so: «Die öffentliche Berichterstattung soll einerseits das finanzielle Risiko umfassen, das ein Unternehmen durch klimarelevante Tätigkeiten eingeht, andererseits soll offengelegt werden, welche Auswirkungen die Geschäftstätigkeit des Unternehmens auf das Klima hat (sogenannte doppelte Wesentlichkeit).»

## Internationale Vorgaben

Weiche Normen setzte zum Thema die 2015 im [Financial Stability Board \(FSB\)](#) geschaffene und von Michael Bloomberg präsierte «[Task Force](#)

[on Climate-related Financial Disclosures \(TCFD\)](#). An deren Empfehlungen richtet sich der Bundesrat vor allem aus. Sie sollen nun «verbindlich» umgesetzt werden ([Erläuterungsbericht](#)). Aber doch nicht ganz verbindlich. So können die verpflichteten Unternehmen die Berichterstattung auch auf «andere Weise» erfüllen ([Art. 2 Abs. 2 Bst. a V](#)). Das gilt aber nur für «Klimabelange», d.h. insbesondere die CO<sub>2</sub>-Ziele. Die übrigen nach [Art. 964b OR](#) transparenzbedürftigen «weiteren Umweltbelange», «Sozialbelange, Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption» werden von der Verordnung nicht erfasst. Der Bundesrat erläutert nicht, ob auch dazu Vollzugsverordnungen geplant sind. Die verpflichteten Unternehmen können zudem auf diese erweiterte Berichterstattung zu Klimabelangen auch ganz verzichten, wenn sie dies «klar und begründet» erläutern («comply or explain», [Art. 2 Abs. 2 Bst. b V](#)). Nicht in der Verordnung, sondern nur im Erläuterungsbericht werden die [EU-Richtlinie 2014/954](#) zur Corporate Social Responsibility - Berichterstattung als Orientierungshilfe erwähnt. In der Verordnung wird die EU-Richtlinie anders als die TCFD nicht genannt, obschon das Gesetz

<sup>1</sup> Nachtrag: In einer [Medienmitteilung](#) vom 16. Dezember 2022: publizierte der Schweizer Bundesrat ein «[Positionspapier](#)» zu greenwashing und kündigt an, eine Arbeitsgruppe unter Leitung des Staatssekretariates für internationale Finanzfragen SIF solle bis Ende September 2023 prüfen, « wie der Standpunkt des Bundesrates bezüglich Greenwashing-Prävention am besten umzusetzen ist.»

auch auf «europäische Regelwerke» verweist ([Art. 964b Abs. 3 OR](#)). Schliesslich will die Schweiz ja nicht freiwillig EU-Recht übernehmen. Die globalen Normen des TCFD sind da weniger anstössig. Schliesslich befinden sich ja auch zwei Vertreter von Schweizer Gesellschaften in der [TCFD](#).

## Verpflichtete Unternehmen

Der Verordnungstext äussert sich nicht zum Geltungsbereich. Es bleibt damit bei den Vorgaben im Gesetz ([Art. 964a Abs. 1 OR](#)). Danach gelten die neuen Vorschriften für alle «Gesellschaften des öffentlichen Interesses», welche mehr als 500 Personen beschäftigen und in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren eine Bilanzsumme von mindestens 20 Millionen Franken oder einen Umsatzerlös von mindestens 40 Millionen Franken aufweisen. Alle von der FINMA beaufsichtigten Banken, Versicherungen, Wertpapierhäuser, Verwalter von Kollektivvermögen, und Fondsleitungen gelten als Gesellschaften des öffentlichen Interesses ([Art. 964a Abs. 1 Ziff. OR](#), Art. 2 Bst. c und Art. 9a [RAG](#), Art. 18 Abs. 1 [BankG](#), [Art. 126 Abs. 1 Bst. a KAG](#), [Art. 28 VAG](#)). Zur Klimatransparenz verpflichtet sind damit nicht bloss die grossen Banken und Versicherungen, für welche bereits seit Juli 2021 entsprechende Regeln der [FINMA](#) gelten (RS [2016/01](#) und [2016/02](#)). Wieder einmal preschte die FINMA vor und wurde anschliessend vom Gesetzgeber überholt.

## Privatrecht?

Diese Verordnung ist in verschiedener Hinsicht rechtlich interessant. Es beginnt bei der gesetzlichen Grundlage. So wird das privatrechtliche Rechnungslegungsrecht indirekt auch zum Verfolgen breiter gesellschaftlicher Ziele wie dem Klimaschutz in Anspruch genommen. Wird es damit nicht zum öffentlichen Recht? Erinnerungen an die Lektüre zur Studienzeit zur Abgrenzung von privatem und öffentlichen Recht und zum «formellen Privatrecht» werden geweckt. Ein Sündenfall führt zum nächsten. Normalerweise wird Privatrecht nicht durch Verordnungen des Bundesrates konkretisiert. Jedenfalls nicht wie hier ohne ausdrückliche Delegationsnorm. Der Bundesrat rechtfertigt dies im Erläuterungsbericht mit der Wahlfreiheit, welche die Verordnung den Unternehmen bei der die Umsetzung gewährt. Zudem hätte die Umsetzung in einem eigenen Gesetz zu lange gedauert. Wegen des «transversalen» Charakters der OR-Vorschriften über die Finanzinstitute hinaus will der Bundesrat es nicht über längere Zeit bei den nur für grosse Banken und Versicherungen geltenden Vorschriften belassen. So richtig

«transversal» getrieben ist die Verordnung aber nicht. Der Finanzsektor steht eben doch im Vordergrund. Sonst wäre wohl auch nicht das Finanzdepartement für diese Konkretisierung des Privatrechts zuständig gewesen. Vielmehr wäre dies das Bundesamt für Justiz im EJPD gewesen, welches sich generell um die «nachhaltige Unternehmensführung» kümmert und auch den [Bericht](#) dazu verfasste, welcher der Bundesrat am 2. Dezember 2022 veröffentlichte.

## Greenwashing aus dem Erläuterungsbericht verbannt

Die schnellen niedrigschwelligen Regulierungen nach wie vor nicht abgeneigte FINMA hat sich im November 2021 in einer Aufsichtsmitteilung zur Prävention von Greenwashing bei Kollektivanlagen geäussert ([Aufsichtsmitteilung 05/2021](#)). Sie stützt sich dabei auf das Täuschungsverbot im Kollektivanlagenrecht ([Art. 12](#)). Die FINMA vermisst in der Aufsichtsmitteilung und auf ihrer [Webseite](#) verbindliche gesetzliche Vorschriften im FIDLEG zum Einholung der «nachhaltigkeitsspezifischen Präferenzen der Kundinnen und Kunden am Point of Sale». Entsprechend begrüsst sie die diesbezügliche [Selbstregulierung der Bankiervereinigung](#) vom Juni 2022, ohne sie aber bisher als [Mindeststandard](#) zu anerkennen. Als greenwashing bezeichnet die Aufsichtsmitteilung «Gefahr, dass die Anleger- und Kundschaft – bewusst oder unbewusst – über nachhaltige Eigenschaften von Finanzprodukten und -dienstleistungen getäuscht werden.»

Die neue Verordnung äussert sich nun nicht zu Greenwashing. Im [erläuternden Bericht](#) zur [Vernehmlassung](#) fand aber Bundesrat, die Klimaberichterstattung der Unternehmen könne nicht nur die «Transparenz des Finanzsektors gegenüber Kundinnen und Kunden, Eignerinnen und Eignern, Investierenden, bzw. der Öffentlichkeit oder der Aufsicht transparent bei nachhaltigen Investitionsmöglichkeiten erhöhen». Vielmehr könne damit auch dem «sogenannten Greenwashing entgegenwirkt werden». Bei dieser Gelegenheit definierte der Bundesrat auch gleich Greenwashing bei Finanzprodukten in einer kurzen Fussnote des Erläuterungsberichts.

Harmlos? Unwichtig? Im Gegenteil. Die Fussnote alarmierte die Verbände der Banken und der Asset Management und ihnen folgende die Economiesuisse. Sie waren nicht amüsiert und fanden in ihren [Vernehmlassungen](#), greenwashing sei nicht nur eine Frage des Finanzsektors. Zudem sei die Definition «nicht allgemein anerkannt» und deshalb problematisch. Sie sei deshalb aus dem Erläuterungsbericht zu streichen. Man lerne: sorgfältiges Lobbying pflegt

auch die Details wie hier eine Fussnote in einem Erläuterungsbericht zu einer Verordnung.

Die Lobbyarbeit war erfolgreich. Der Bundesrat verbannte die Fussnote aus dem Erläuterungsbericht zur Verordnung. Eine mit Blick auf Haftpflichtfälle und Enforcementverfahren allenfalls gefährliche Umschreibung wurde damit aus einem amtlichen Dokument entfernt. Die geheimnisvolle unheilbringende Umschreibung sei aber hier offengelegt: *«Werden Kundinnen und Kunden von Finanzinstituten bezüglich nachhaltiger Eigenschaften von Finanzprodukten und Beratungsprozessen wissentlich oder unwissentlich getäuscht oder irreführt, wird von «Greenwashing» gesprochen.»* Aber bitte nicht weitersagen.

reift mit der Zeit ja sogar die Erkenntnis: eine Definition von greenwashing wäre irgendwie noch nützlich. Wer weiss, ob die anstössige Fussnote dereinst wieder aus der Verbannung erlöst wird.

## Was ist Greenwashing?

Es sei zugestanden. Eine Definition von Greenwashing ist nicht einfach. Auch andere tun sich schwer damit. So etwa die EU-Kommission: *«Praxis, durch die Empfehlung eines Finanzprodukts als umweltfreundlich oder nachhaltig einen unfairen Wettbewerbsvorteil zu erlangen, obwohl das Finanzprodukt grundlegenden Umwelt- oder sonstigen Nachhaltigkeitsstandards nicht entspricht.»* ([EU 2022/1288, Erw. 16](#)). Oder die deutsche BaFin im August 2021: *«Hierbei werden Investmentvermögen dem Anleger als nachhaltig angeboten bzw. tragen bereits in ihrem Namen den Verweis auf eine Nachhaltigkeit, ohne dass sie tatsächlich eine entsprechende Anlagepolitik verfolgen.»* ([Konsultation 13/2021](#) zu einem Entwurf Richtlinie für nachhaltige Investmentvermögen, Präambel). Oder die britische Financial Conduct Authority FCA: *«Greenwashing ist ein Marketing, das die Produkte, Aktivitäten oder Strategien einer Organisation als positiv für die Umwelt darstellt, obwohl dies nicht der Fall ist.»* (Übersetzung, [FCA Discussion Paper DP18/8, N 4.7](#)) Man sieht: eine Kakophonie der Grünwäscherei. Ein regulatorischer Alptraum. Damit soll aber nun Schluss sein. Die europäischen Aufsichtsbehörden («ESA») haben genug. Sie gehen derzeit der Sache auf den Grund und haben im November 2022 alle Interessierten in einem [«call for evidence»](#) zu *«greenwashing practices»* eingeladen, ihnen doch zu sagen was die *«key features»* von greenwashing seien. Soll noch jemand behaupten, die EU-Behörden seien praxisfremd. Sie haben ein ungutes Gefühl, es gebe greenwashing. Aber so genau wissen sie das nicht. Es ist kompliziert. Also laden sie alle und vor allem die potentiellen Grünwäscher ein, ihnen doch eine Definition dazu zu liefern. Man sieht: der Schweizer Bundesrat und die Verwaltung sind in bester Gesellschaft. Vielleicht