

Greenwashing im Finanzsektor – ein Fall für das Strafrecht?

LEA BACHMANN*

SCHLAGWÖRTER	Strafrecht – Nebenstrafrecht – Greenwashing – Finanzsektor – Nachhaltiger Finanzplatz
ZUSAMMENFASSUNG	Nachhaltiges Investieren liegt derzeit hoch im Trend. Aber was, wenn in als nachhaltig bezeichneten Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen tatsächlich kein «grün» drin ist, sondern nur «grün» draufsteht? Der Beitrag geht der Frage nach, inwiefern das Strafrecht einen Beitrag zur Bekämpfung von «Greenwashing» im Finanzsektor leisten kann (und soll).
RÉSUMÉ	Investir durablement est actuellement très à la mode. Mais que se passe-t-il si les produits et services financiers qualifiés de durables ne comportent en réalité pas de «vert», mais seulement une étiquette «verte»? L'article examine la question de savoir dans quelle mesure le droit pénal peut (et doit) contribuer à la lutte contre le «greenwashing» dans le secteur financier.
ABSTRACT	Sustainable investing is very much in vogue at the moment. But what if financial products and services labelled as sustainable do not actually contain «green», but are simply labelled «green»? This article examines the question of how criminal law can (and should) contribute to combating «greenwashing» in the financial sector.

I. Einleitung

«Wer in der Finanzbranche seine Produkte grüner erscheinen lässt, als sie sind, kann es mit der Polizei zu tun bekommen»¹, so leitet eine Berichterstattung über eine Razzia ein, bei der 50 Polizisten, Staatsanwälte und Vertreterinnen der Finanzaufsicht die Zentralen der Deutschen Bank und der Fondsgesellschaft DWS in Frankfurt Ende Mai 2022 durchsuchten. Der Verdacht der Frankfurter Staatsanwaltschaft: Kapitalanlagebetrug, da DWS «grüne Finanzprodukte» als grüner und nachhaltiger verkauft haben soll, als diese tatsächlich sind.² Die Ermittlungen gegen DWS gerieten ins Rollen, als die ehemalige Nachhaltigkeitschefin der Fondsgesellschaft auf potenzielles Greenwashing hingewiesen hatte und daraufhin entlassen wurde.³ Die Fondsgesellschaft DWS hat sich

anfangs 2021 zum Ziel gesetzt, zur führenden Anbieterin nachhaltiger Anlagen zu werden, und der CEO von DWS kündigte an, dass ab 2021 alle neuen Produktinitiativen automatisch ESG⁴ sein werden. Ein Etikettenschwindel, wie sich später herausstellte. Bei der deutschen Finanzaufsicht Bafin, der Frankfurter Staatsanwaltschaft und der amerikanischen Wertpapieraufsicht SEC laufen die Ermittlungen auf Hochtouren; der CEO von DWS trat wenige Stunden nach der Razzia bei der Deutschen Bank und DWS zurück.⁵

Dieser Skandal dürfte weder ein Einzelfall noch der letzte seiner Art sein.⁶ Weltweit und so insbesondere auch in der Schweiz steigt vor dem Hintergrund des Klimawandels das Interesse an nachhaltigen Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen.⁷ Eine Bezeichnung von Finanz-

* LEA BACHMANN, MLaw, Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Juristische Fakultät der Universität Basel. Ich danke Prof. Dr. Sabine Gless herzlich für die kritische Lektüre des vorliegenden Beitrags und ihre sehr wertvollen Anregungen. Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-036-9_06.

¹ LORENZ HONEGGER, Die Razzia in Frankfurt als Warnsignal gegen Greenwashing, NZZ vom 2.6.2022, 25.

² HONEGGER (Fn. 1), 25.

³ KEN BROWN/PATRICIA KOWSMAN, At Deutsche Bank's DWS, Issues With Data Were at Heart of Sustainable-Investing Problems, Wall Street Journal vom 25.9.2021 (<https://www.wsj.com/articles/at-deutsche-banks-dws-mistrust-of-data-was-at-heart-of-sustainable-investing-problems-11632574801>, 22.12.2022).

at-heart-of-sustainable-investing-problems-11632574801, 22.12.2022).

⁴ ESG steht für Environmental Social Governance (dt.: Umwelt, Soziales, Unternehmensführung), siehe <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/esg-kriterien-120056> (22.12.2022).

⁵ KATHARINA SŁODCZYK, Die grüne Affäre bei der DWS, manager magazin vom 1.6.2022 (<https://www.manager-magazin.de/unternehmen/banken/dws-skandal-um-gruene-geldanlage-wie-desiree-fixler-die-deutsche-bank-erschuettert-a-ad5e17e2-eef8-4e1c-b750-7bd74a4089db>, 22.12.2022).

⁶ Vgl. etwa SCARLETT EVANS, TotalEnergies sued for alleged Greenwashing, Offshore Technology 3.3.2022, <https://www.offshore-technology.com/news/totalenergies-sued-for-alleged-greenwashing/> (22.12.2022).

⁷ FINMA RS 05/2021, 1; FNG, Marktbericht nachhaltige Geldanlagen 2022, 28 (<https://fng-marktbericht.org/fileadmin/>

produkten als «grün», «nachhaltig» oder «ESG» ist für viele Anleger, die nachhaltig investieren wollen, ein wesentliches Kriterium für den Anlageentscheid.⁸ Entsprechend haben viele Finanzdienstleister zahlreiche «grüne», «nachhaltige» oder «ESG»-Finanzprodukte entwickelt und bewerben diese auch intensiv.⁹ Aber was, wenn diese Finanzprodukte nicht tatsächlich auch «grün», «nachhaltig» oder «ESG» sind, also kein «grün» drin ist, sondern nur «grün» draufsteht?

Laut einer Studie der ETH und der Universität Zürich ist das Wissen der Schweizer Bevölkerung in Bezug auf nachhaltige Finanzprodukte sehr bescheiden.¹⁰ Dies sei problematisch, weil die fehlende Finanzkompetenz die Anleger anfälliger für irreführendes Marketing und Greenwashing mache.¹¹ In einem Interview mit der NZZ betonte auch FINMA-Chef Urban Angehrn, dass das Greenwashing-Problem real sei. Auch könne die FINMA nur bei Täuschungen eingreifen, da es in der Schweiz kein explizites Greenwashing-Verbot gebe.¹²

Mangelt es also an einem Greenwashing-Verbot? Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob Greenwashing von Finanzprodukten oder Finanzdienstleistungen strafrechtlich relevant ist, respektive ob das Schweizer Strafrecht die Anleger vor Greenwashing schützt. Oder mit anderen Worten: Wie und unter welchen Umständen kann (und soll) das Strafrecht einen Beitrag zur Bekämpfung von Greenwashing leisten? Um diese Frage zu beantworten, gilt es zunächst den Begriff des Greenwashings zu definieren (II.), bevor auf eine allfällige Strafbarkeit nach dem Kernstrafrecht (III.A.) und dem Nebenstrafrecht (III.B.) eingegangen wird. Anschliessend wird diskutiert, ob das bestehende System den Herausforderungen von Greenwashing gewachsen ist, respektive ob es an einem Greenwas-

hing-Verbot mangelt (IV.). Dabei konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf eine allfällige Strafbarkeit von Greenwashing der die Finanzprodukte oder Finanzdienstleistungen anbietenden bzw. verkaufenden Finanzdienstleister.

II. «Greenwashing»

Was ist Greenwashing? Der Begriff wurde 1986 vom Umweltwissenschaftler Jay Westerveld zum ersten Mal in einem Aufsatz verwendet, als er sich kritisch mit der «save the towel»-Kampagne von Hotels auseinandersetzte, in der Hotels ihre Kunden im Sinne der Umwelt baten, Tücher mehrmals zu nutzen. Jedoch sei es den Hotels dabei nicht um die Umwelt gegangen, sondern nur darum, Geld zu sparen.¹³ Seither wird der Begriff Greenwashing für Produkte verwendet, die wahrheitswidrig als umweltfreundlich oder nachhaltig bezeichnet werden¹⁴ – und wurde mittlerweile auch auf den Finanzsektor übertragen. Gemäss dem Bundesrat liegt Greenwashing im Finanzsektor vor, «wenn der Anschein vermittelt wird, ein Finanzinstrument- oder eine Finanzdienstleistung verfüge über nachhaltige Eigenschaften oder würde Nachhaltigkeitsziele verfolgen, und dies die Realität nicht angemessen widerspiegelt».¹⁵ Es geht also um das bewusste oder unbewusste Täuschen von Anlegern und Kundschaft über nachhaltige Eigenschaften von Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen.¹⁶ Dabei ist die Bezeichnung von Finanzprodukten als «grün», «nachhaltig» oder «ESG» für viele Anleger, die nachhaltig investieren wollen, ein wesentliches Kriterium für den Anlageentscheid.¹⁷ Sie würden also ohne die täu-

Marktbericht/2022/FNG-Marktbericht_NG_2022-online.pdf, 22.12.2022).

⁸ FINMA RS 05/2021, 1 f. und 6; vgl. auch LG Konstanz, Urteil v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH, N 41.

⁹ FINMA RS 05/2021, 1; siehe etwa die Credit Suisse: <https://csx.credit-suisse.com/de/investieren/nachhaltig-investieren.html> (22.12.2022); vgl. auch LG Konstanz, Urteil v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH, N 41, das von einer «besonderen emotionalen Werbekraft von umweltbezogenen Aussagen» spricht.

¹⁰ MASSIMO FILIPPINI/MARKUS LEIPPOLD/TOBIAS WEKHOF, Sustainable Finance Literacy and the Determinants of Sustainable Investing, Swiss Finance Institute Research Paper Series N°22-02.

¹¹ FILIPPINI/LEIPPOLD/WEKHOF (Fn. 10), 30.

¹² «Nein, ich habe keine Beisshemmungen», NZZ vom 10.2.2022, 23; vgl. den Bericht der Kommission für Rechtsfragen zur parlamentarischen Initiative «Stopp dem Greenwashing» vom 3.2.2022, https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2021/Kommissionsbericht_RK-N_21.457_2022-02-03.pdf (22.12.2022).

¹³ HIRZEL CORTE, Greenwashing, EF 22, 576 ff., 576.

¹⁴ Vgl. etwa CIANNAT M. HOWETT, The «Green Labelling» Phenomenon: Problems and Trends in the Regulation of Environmental Product Claims, Virginia Environmental Law Review 11 (1992), 401 ff.; ROBIN M. ROTMAN/CHLOE J. GOSSETT/HOPE D. GOLDMAN, Greenwashing No More: The Case For Stronger Regulation of Environmental Marketing, Administrative Law Review 72 (2020), 417 ff.

¹⁵ Standpunkt des Bundesrats bezüglich Greenwashing-Prävention im Finanzsektor, Bern 16.12.2022, <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74576.pdf> (22.12.2022).

¹⁶ FINMA RS 05/2021, 1; vgl. auch die Definition der EU in Erwägung 11 der sog. Taxonomie-Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. L 198 vom 22. Juni 2020, 13 ff.; vgl. auch DAMIAN A. FISCHER, Greenwashing-Bekämpfung am Point of Sale, 256 ff., 257.

¹⁷ FINMA RS 05/2021, 1 f. und 6; vgl. auch LG Konstanz, Urteil v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH, N 41.

schenden Angaben in Bezug auf die Nachhaltigkeit nicht in das fragliche Finanzprodukt investieren.

Die Bekämpfung und Prävention von Greenwashing steht jedoch vor der Herausforderung, dass verbindliche und allgemeingültige Definitionen, Klassifizierungen und Messmethoden in Bezug auf die Bezeichnung von Finanzprodukten oder Finanzdienstleistungen als «nachhaltig» in der Schweiz zurzeit noch fehlen. Auch gibt es noch keine spezifischen Vorschriften zur Bekämpfung von Greenwashing. Die FINMA fordert daher in erster Linie mehr Transparenz von kollektiven Kapitalanlagen mit Nachhaltigkeitsbezug.¹⁸ Einen Schritt voraus ist die EU:¹⁹ Zur Bekämpfung und Prävention von Greenwashing wurden in der Verordnung (EU) 2020/825 vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen (sog. Taxonomie-Verordnung) Kriterien zur Bestimmung, ob eine Wirtschaftstätigkeit als ökologisch nachhaltig einzustufen ist, sowie diesbezügliche Offenlegungspflichten eingeführt.²⁰ Durch ein einheitliches Klassifikationssystem soll der Begriff der Nachhaltigkeit definiert werden, damit sich Marktteilnehmer auf den Begriff «nachhaltig» verlassen können.²¹

In Bezug auf die hier interessierende allfällige Strafbarkeit von Greenwashing ist die oben genannte Definition von Greenwashing im Finanzsektor – i.e. das bewusste oder unbewusste Täuschen von Anlegern und Kundenschaft über nachhaltige Eigenschaften von Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen – auf die bewusste Täuschung – also das bewusste Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen – einzuschränken, zumal alle infrage kommenden Tatbestände Vorsatz voraussetzen. Ein rein fahrlässiges Verhalten kann entsprechend keine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen. Allenfalls strafrechtlich relevant könnte Greenwashing etwa dann werden, wenn Finanzdienstleister – wie beispielsweise die Fondsgesellschaft DWS – Finanzprodukte oder Finanzdienstleistungen als nachhaltig verkaufen, obwohl ihnen bewusst ist oder bewusst sein muss, dass die infrage stehenden Finanzprodukte oder Finanzdienstleistungen dieses Kriterium nicht erfüllen – sie der Kundenschaft also als nachhaltiger verkauft werden, als sie eigentlich sind, etwa

mittels missverständlicher Marketingversprechen oder täuschender bzw. irreführender Angaben in Bezug auf die Nachhaltigkeit im Beratungsprozess.²²

III. Strafbarkeit von Greenwashing

Ist vorsätzliches Greenwashing im Finanzsektor in der Schweiz strafbar? Wie eingangs erwähnt, ermittelt die Frankfurter Staatsanwaltschaft im Fall DWS wegen Verdachts auf Kapitalanlagebetrug. Bei Kapitalanlagebetrug nach Art. 264a D-StGB²³ handelt es sich um ein abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt im Vorfeld eines Betrugs, das keinen Vermögensschaden voraussetzt.²⁴ Die Norm dient dabei nicht nur dem Schutz des Vermögens des Individuums, sondern insbesondere auch dem Funktionieren des Kapitalmarkts als überindividuelles Rechtsgut.²⁵ Des Kapitalanlagebetrugs nach § 264a D-StGB macht sich strafbar, wer im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Wertpapieren, Bezugsrechten oder von Anteilen oder dem Angebot, die Einlage auf solche Anteile zu erhöhen, in Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb oder die Erhöhung erheblichen Umstände gegenüber einem grösseren Kreis von Personen unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt.²⁶

Die Schweiz kennt keinen dem deutschen Recht entsprechenden Tatbestand für «Kapitalanlagebetrug». Das heisst aber nicht, dass ein Verhalten, das in Deutschland als Kapitalanlagebetrug inkriminiert ist, in der Schweiz straflos ist. Vielmehr wird dieses Verhalten – zumindest gemäss dem Bundesrat – durch andere Straftatbestände erfasst.²⁷

¹⁸ FINMA RS 05/2021, 1.

¹⁹ Ausführlich hierzu MIRJAM EGGEN, Greenwashing, Jusletter 13.9.2021.

²⁰ VO (EU) 2020/852 (Fn. 16).

²¹ Ausführlich CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, Nachhaltige Finanzmärkte für eine Renaissance der Kernenergie?, EWS 2022, 70 ff., 71 f.; THOMAS M. J. MÖLLERS, Green Deal: Greenwashing, Information Overload und der vergessene Good Corporate Citizen als Investor, ZHR 185 (2021), 881 ff., 898 ff.

²² Vgl. FINMA RS 05/2021; CORTE (Fn. 13), 577.

²³ Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (Deutschland).

²⁴ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BT-Drs. 10/318, 22; WALTER PERRON, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019, § 264a StGB N 1.

²⁵ Deutscher Bundestag (Fn. 24), 22; ausführlich zum geschützten Rechtsgut: TOBIAS CEFFINATO, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bd. V, 4. Aufl., München 2022, § 264a N 1 ff.

²⁶ Ausführlich zum Tatbestand: PERRON (Fn. 24), § 264a N 1 ff.; CEFFINATO (Fn. 25), § 264a N 1 ff.; KLAUS TIEDEMANN, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber, JZ 14 (1986), 865 ff., 872 f.

²⁷ Vgl. etwa die Antwort des Bundesrats auf die Motion 98.3014 von Peter Hess «Strafnorm für Anlagebetrug» (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=19983014>, 22.12.2022).

A. Strafbarkeit nach StGB?

Zu denken ist zunächst an eine Strafbarkeit nach den im Kernstrafrecht statuierten Vermögensdelikten – etwa an Betrug (Art. 146 StGB²⁸), Veruntreuung von Vermögenswerten (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) und ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB). Diese Tatbestände haben gemeinsam, dass sie jeweils einen Vermögensschaden voraussetzen.²⁹ Der Vermögensschaden definiert sich dabei sowohl bei der Veruntreuung als auch bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach den für den strafbaren Betrug entwickelten Kriterien.³⁰ Ob bzw. unter welchen Umständen bei Greenwashing ein Vermögensschaden vorliegen könnte, ist somit die entscheidende Frage für die Anwendbarkeit der Vermögensdelikte des StGB.

1. Vermögensschaden durch Greenwashing?

Ob ein Vermögensschaden vorliegt, wenn ein Finanzdienstleister seiner Kundschaft wider besseres Wissen Finanzprodukte als nachhaltig verkauft, obwohl diese tatsächlich nicht nachhaltig sind – er die Kundschaft also über die Nachhaltigkeit der Finanzprodukte täuscht –, wurde in der Lehre soweit ersichtlich noch nicht diskutiert. Der Vermögensschaden wird mit Blick auf eine wirtschaftliche Verminderung des Werts des Gesamtvermögens bestimmt – er soll regelmässig dann vorliegen, wenn entweder die Aktiven vermindert oder die Passiven vermehrt werden, oder auch bei einem entgangenen Gewinn.³¹

Würde beispielsweise beim Anlageentscheid genau spezifiziert, in welchen nachhaltigen Fonds³² ein Vermögens-

berater bzw. Fondsmanager investieren soll, der Finanzdienstleister das Geld aber in einen anderen Fonds als den vereinbarten anlegt, die vereinbarte Anlage aber besser rentiert, wäre es grundsätzlich einfach, den Vermögensschaden zu eruieren – der Schaden läge in der Differenz zwischen dem tatsächlich erzielten und dem theoretisch bei «korrekter» Investition erzielten Vermögenszuwachs. Problematisch wird es demgegenüber, wenn sich die Differenz nicht errechnen lässt, weil das Geld zwar in den vereinbarten Fonds investiert wurde, der Fonds aber wie beim DWS-Skandal tatsächlich nicht nachhaltig ist und sich nicht feststellen lässt, dass die Investition in ein tatsächlich nachhaltiges Finanzprodukt mehr Rendite erbracht hätte.

Aber selbst wenn ein Vermögensschaden rechnerisch ermittelt werden kann, liegt der spezifische Kern der Problematik bei möglicherweise betrügerischem Greenwashing im Finanzsektor nicht in dem errechneten Vermögensschaden, zumal Kunden nicht nur ihr Vermögen mehren, sondern durch ihre Investition in einen nachhaltigen Fonds nachhaltige Betriebe unterstützen und damit etwas Gutes für das Klima tun wollen.³³

Fraglich ist also, ob darin, dass Finanzdienstleister entgegen besserem Wissen ihren Kundinnen ein Finanzprodukt wahrheitswidrig als besonders nachhaltig verkaufen, bereits ein Vermögensschaden gesehen werden kann, etwa aufgrund individuellen Schadenseinschlags oder Zweckverfehlung. Zunächst soll aber kurz der Frage nachgegangen werden, ob es sich dabei um einen Vermögensschaden aufgrund Vermögensgefährdung handeln könnte, zumal es gemäss neueren Studien Anhaltspunkte dafür gibt, dass nachhaltige Anlagen besser rentieren.³⁴

²⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

²⁹ Zu Art. 138 StGB: BGE 111 IV 19 E. 5; BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 110 f.; zu Art. 146 StGB: BGE 105 IV 102 E. 1c); HANS VEST, Allgemeine Vermögensdelikte, in: Ackermann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, § 13 N 172 ff.; zu Art. 158 StGB: BGE 122 IV 179 E. 2; PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 158 N 12.

³⁰ Vgl. STEPHAN SCHLEGEL, Handkommentar StGB, 4. Aufl. 2020, Art. 138 N 12; BSK-NIGGLI, Art. 158 N 127, 169; MARK PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016, 116.

³¹ BGer 6B_663/2011 (12. Februar 2012), E. 2.3.4; ausführlich zum Vermögensschaden STEFAN MAEDER, Gefährdung – Schaden – Vermögen, Diss. Freiburg 2017, Basel 2017, N 110 ff.; zum Vermögensbegriff siehe JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, Partie spéciale, Zürich 2009, N 738 ff.

³² Bei Fonds zum Zweck der Vermögensanlage handelt es sich um kollektive Kapitalanlagen nach dem Bundesgesetz vom 23.6.2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31). Gemäss Art. 7 Abs. 1 KAG sind kollektive Kapitalanlagen Vermögen, die von Anlegerinnen und Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und für deren Rechnung – bspw. von einer Fondsgesellschaft – verwaltet werden.

a. Vermögensgefährdung aufgrund «falschen» Investments?

Weil neuere Studien nahelegen, dass nachhaltige Anlagen besser rentieren, stellt sich die Frage, ob dadurch, dass ein Finanzdienstleister das Vermögen eines Kunden in ein Finanzprodukt investiert, das entgegen den Angaben des Finanzdienstleisters tatsächlich nicht nachhaltig ist, das Vermögen in einer Weise gefährdet wird, sodass das

³³ Vgl. FLORIAN HEEB/JULIAN F. KÖLBEL/FALKO PAETZOLD/STEFAN ZEISBERGER, Do Investors Care about Impact?, The Review of Financial Studies 00 (2022), 1 ff., 33 f.

³⁴ Vgl. etwa die Studie der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA): TRV Risk Analysis, The drivers of the costs and performance of ESG funds, 23.5.2022, (https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma_50-165-2146_drivers_of_costs_and_performance_of_esg_funds.pdf, 22.12.2022).

Falschanlegen einen Vermögensschaden aufgrund qualifizierter Vermögensgefährdung darstellt.

Gemäss dem BGer ist ein Schaden dann gegeben, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist.³⁵ Das erforderliche Mass der Gefährdung ist erreicht, wenn sich die Gefährdung in der buchhalterischen Bewertung niederschlägt: «Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vermindert ist das Vermögen, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss.»³⁶ In diese Bewertung fliesst auch die zukünftige Entwicklung der Position, wie zukünftige Risiken, mit ein.³⁷

Wird also das investierte Vermögen dadurch, dass es in ein tatsächlich nicht nachhaltiges Finanzprodukt investiert wird, so gefährdet, als sich dies in einer buchhalterischen Bewertung niederschlagen würde? Geldanlagen ist immer risikobehaftet – unabhängig davon, ob es sich um eine nachhaltige oder eine nicht nachhaltige Anlage handelt –, was der Anlegerin auch bewusst sein muss. Solange das Geld nicht in sehr viel risikoreichere Anlagen investiert wird³⁸ oder der Fondsmanager das Vermögen nicht für eigene Zwecke verbraucht,³⁹ liegt keine Vermögensgefährdung vor. Schliesslich kann dann nicht davon gesprochen werden, dass das Investment in eine entgegen der Behauptung nicht nachhaltige Anlage dazu führt, dass der Wertsaldo dadurch bereits vermindert wird⁴⁰ – auch wenn neuere Studien nahelegen, dass nachhaltige Anlagen besser rentieren.

b. Individueller Schadenseinschlag?

Fraglich ist, ob bei einer bewussten Täuschung von Anlegern und Kundschaft über nachhaltige Eigenschaften von Finanzprodukten oder Finanzdienstleistungen durch

Finanzdienstleister ein Vermögensschaden dadurch entsteht, dass das erworbene Produkt bzw. die Dienstleistung für die spezifische Kundschaft einen geringeren Wert hat, also ein «individueller Schadenseinschlag»⁴¹ vorliegt. Denn wer nachhaltig investieren möchte, will nicht nur sein Vermögen mehren, sondern durch die Investition in beispielsweise einen nachhaltigen Fonds nachhaltige Betriebe unterstützen und damit etwas Gutes für das Klima tun – die Investition entspricht folglich nicht den subjektiven Erwartungen⁴² des Kunden.

Gemäss h.L. erfolgt die Bewertung der Gegenleistung grundsätzlich nach objektiv-wirtschaftlichen Kriterien – dass sich das Opfer geschädigt fühlt, ist nicht ausreichend.⁴³ Werden beispielsweise Finanzprodukte wahrheitswidrig als nachhaltig verkauft, hält das Finanzprodukt zwar nicht, was es in Bezug auf die Nachhaltigkeit verspricht, jedoch ist der bezifferbare Wert des erworbenen Finanzprodukts nicht erheblich geringer. Es steht folglich nicht in einem ungünstigeren Wertverhältnis, auch wenn das Finanzprodukt *in puncto* Nachhaltigkeit nicht hält, was es verspricht. Ein Schaden ist nach rein objektiven Kriterien also nicht gegeben.

Entgegen der wohl h.L. geht das BGer von einem stark subjektiven Schadensbegriff aus, wonach die Diskrepanz zwischen versprochener und erlangter Leistung relevant ist. Ein Vermögensschaden liegt gemäss BGer nicht nur dann vor, «wenn das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung nach objektiver Schätzung gestört ist, sondern schon dann, wenn er für seine eigene Leistung nicht den Gegenwert erhält, den er nach dem Vertrag erhalten sollte [...]. Dieser Rechtsprechung liegt der Gedanke zugrunde, dass der Getäuschte immer schon dann geschädigt ist, wenn Leistung und Gegenleistung in einem für ihn ungünstigeren Wertverhältnis stehen, als sie nach der vorgespiegelten Sachlage stehen müssten.»⁴⁴ Typisches Beispiel für solche Fallkonstellationen, in denen trotz wirtschaftlicher Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensschaden bejaht wird, ist Wein, der zwar objektiv den an den Verkäufer bezahl-

³⁵ BGE 121 IV 104, 107, E. 2c; BGE 122 IV 279, 281, E. 2a.

³⁶ BGE 122 IV 279, 281, E. 2a; BGE 129 IV 124, 125 f., E. 3.1; BGer 6B_173/2014 (2. Juli 2015), E. 4.3.1; PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 23.

³⁷ MAEDER (Fn. 31), N 308 ff.

³⁸ Vgl. BGE 113 Ib 170, 174 f., E. 3c)bb); a.A. BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, 4. Aufl. 2019, Art. 146 N 245 f.

³⁹ Vgl. BGer 6B_180/2012 (14. Januar 2013), E. 2.4: Der Beauftragte verbrauchte das Geld seiner Kunden für eigene Zwecke, statt es wie vereinbart gewinnbringend zu investieren. Das BGer bejahte neben einem Vermögensschaden in Höhe der nicht bezahlten Zinsen eine Vermögensgefährdung für die private Verwendung des Geldes.

⁴⁰ Vgl. BGE 102 IV 84, 88, E. 4; RALF KÖLBEL, Betrug, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2019, 5. Teil 1. Kapitel N 242.

⁴¹ Vgl. HANS KUDLICH, Die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag, in: Fischer et al. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, Baden-Baden 2015, S. 123 ff.; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl., 2022, § 15 N 52 ff.

⁴² Vgl. STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 41), § 15 N 52.

⁴³ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 28; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 236 m.w.H.; SCHLEGEL (Fn. 30), Art. 146 N 20.

⁴⁴ BGE 72 IV 126, 130 f., E. 3; vgl. auch BGE 100 IV 273, 275 ff., E. 3; BGE 113 Ib 170, 174 f., E. 3c)bb); BGE 117 IV 139, 150, E. 3e.

ten Preis wert ist, der Käuferin jedoch ein hochwertiger Wein vorgespiegelt wurde.⁴⁵ Auch in der Lehre wird diskutiert, ob trotz rein äusserlich (objektiv) gegebener wirtschaftlicher Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Schaden angenommen werden muss, wenn die Gegenleistung den subjektiven Erwartungen, den vertraglichen Zusicherungen oder den individuellen Bedürfnissen des Getäuschten nicht entspricht.⁴⁶ Ein individueller Schadenseinschlag respektive eine subjektiv-wirtschaftliche Bewertung des Schadens wird von der h.L. nur sehr restriktiv anerkannt, nämlich dann, wenn die Gegenleistung für den individuellen Konsumenten geradezu unbrauchbar ist (sog. objektiv-individuelle Schadenskonzeption).⁴⁷ Nicht ausreichend ist insbesondere, wenn lediglich vorgebracht wird, dass in Kenntnis der wahren Sachlage ein Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre.⁴⁸ Denn dadurch würden die Vermögensdelikte auf reine Dispositionsdelikte reduziert.⁴⁹ Der Schaden darf folglich nur in sehr engen Grenzen subjektiviert werden, da ansonsten das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens seiner Funktion beraubt würde.⁵⁰

In Bezug auf Finanzprodukte, die wahrheitswidrig und bewusst als nachhaltiger verkauft werden, als sie tatsächlich sind, hätte eine Kundin das Finanzprodukt in Kenntnis der wahren Sachlage zwar nicht gekauft, dies ist aber gemäss h.L. und Praxis gerade nicht ausreichend für einen Vermögensschaden. Es ist nicht vergleichbar mit Fällen, in denen Waren geliefert werden, die nicht der vereinbarten Beschaffenheit entsprechen und der Preis zwar der effektiv gelieferten Beschaffenheit der Ware entspricht, die Ware für den Kunden aber in einem ungünstigeren Wertverhältnis zur vorgespiegelten Ware steht.⁵¹ Denn zwar ent-

spricht die «Beschaffenheit» des Finanzprodukts nicht derjenigen, die vereinbart wurde, das erworbene Finanzprodukt ist aber wie von der h.L. vorausgesetzt weder unbrauchbar noch steht es in einem ungünstigeren Wertverhältnis. Denn auch ein nicht nachhaltiges Finanzprodukt «funktioniert» – zwar ohne die gewünschten Eigenschaften, aber es funktioniert und bringt der Kundin einer Bank bei entsprechender Performance eine Rendite ein. Wein hingegen, der aufgrund anderer Beschaffenheit beispielsweise nicht ausgeschrieben werden kann, ist unbrauchbar, er «funktioniert» für den Erwerber nicht. Es ist folglich nicht vergleichbar mit einem wahrheitswidrig als nachhaltig verkauften Finanzprodukt – jedenfalls ist dieses nicht in gleichem Masse unbrauchbar. Anders zu beurteilen wäre dies allenfalls dann, wenn dem Nachhaltigkeitsversprechen per se ein finanzieller bzw. inhaltlicher Wert zugemessen würde,⁵² der beispielsweise den Auswirkungen der Lieferung von qualitativ geringerem Wein gleichkommt. Wie dargelegt, ist das BGER aber grosszügiger als die h.L., weshalb nicht auszuschliessen ist, dass das BGER zwar wohl nicht beim beschriebenen Greenwashing in Bezug auf wahrheitswidrige Nachhaltigkeitsversprechen bezüglich Finanzprodukten oder Finanzdienstleistungen generell, aber etwa beim sog. Impact Investing, wo eine Investition eine *messbare* soziale und ökologische Wirkung zum Ziel hat,⁵³ einen Vermögensschaden annimmt.

c. Zweckverfehlung?

Ist der Nachhaltigkeitsaspekt von Finanzprodukten ausschlaggebend für den Anlageentscheid, handelt es sich bei wahrheitswidrig als nachhaltig verkauften Finanzprodukten um Fallkonstellationen, wo in Kenntnis der wahren Sachlage nicht investiert worden wäre. Denn wer nachhaltig investieren möchte, will wie bereits erwähnt nicht nur sein Vermögen mehren, sondern durch die Investition in beispielsweise einen nachhaltigen Fonds nachhaltige Betriebe unterstützen und damit etwas Gutes für das Klima tun – es schwingt folglich auch eine ideelle Komponente mit. Fraglich ist daher, ob ausnahmsweise ein Vermögensschaden aufgrund Zweckverfehlung angenommen werden kann, wenn ein Finanzdienstleister seine Kundschaft bewusst über nachhaltige Eigenschaften

⁴⁵ BGE 72 IV 126, 130, E. 3; vgl. auch den sog. Melkmaschinenfall BGH NJW 1970, 1932, sowie die Beispiele in STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 41), § 15 N 52 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

⁴⁶ STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 41), § 15 N 52; MAEDER (Fn. 31), N 548 ff.

⁴⁷ PIETH (Fn. 30), 108 m.w.N.; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 41), § 15 N 54 f.; PK StGB-TRECHSEL/CRAMER, Art. 146 N 28; SCHLEGEL (Fn. 30), Art. 146 N 22; PETER POPP, Betrug im Schuld- und Strafrecht, in: Schmid/Kilian (Hrsg.), *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches de droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, 111 ff., 117 f.; vgl. auch BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 240, die gar eine «offensichtliche Nutzlosigkeit» verlangen.

⁴⁸ So auch BGE 100 IV 273, 277, E. 3.

⁴⁹ BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 237; VEST (Fn. 29), § 13 N 199.

⁵⁰ STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 41), § 15 N 53; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 226.

⁵¹ Vgl. etwa BGE 72 IV 126, 130 f., E. 3; BGE 99 IV 80 E. 4d); ANDREAS DONATSCH, *Strafrecht III*, 11. Aufl., Zürich/Basel/

Genf 2018, 248.

⁵² Vgl. BGE 100 IV 273, 277, E. 3: «[...] die Praxis verlangt darüber hinaus, dass der Getäuschte eine Gegenleistung von geringerem Wert erhält, als ihm versprochen wurde».

⁵³ Zur Abgrenzung und Definition siehe <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/impact-investing-120058> (22.12.2022).

ten von Finanzprodukten oder Finanzdienstleistungen täuscht.

Nach der Rechtsprechung ist ein Vermögensschaden zu bejahen, «wenn die vom Getäuschten erbrachte Leistung, zu deren Erbringung er sich nach der vertraglichen Abrede bereit erklärt hat, nicht für den darin vorgespiegelten, sondern für einen andern Zweck verwendet wurde, für welchen jener jedoch nicht bereit gewesen wäre, die vermögenswerte Leistung zu erbringen».⁵⁴ Diese Rechtsprechung wurde in der Lehre teilweise kritisch aufgenommen.⁵⁵ Beim Vermögensschaden aufgrund Zweckverfehlung geht es um Fallkonstellationen, in denen eine geschädigte Person eine Leistung erbringt, welche ganz oder teilweise an Bedingungen ideeller Natur geknüpft ist, die vom Leistungsempfänger aber nicht eingehalten werden.⁵⁶ Das klassische Beispiel ist hierfür der sog. Schenkungs- oder Bettelbetrug: X sammelt Geld für einen wohltätigen Zweck, tatsächlich verwendet er das Geld aber für den Kauf einer Luxusimmobilie.⁵⁷

Beim Vermögensschaden aufgrund Zweckverfehlung wird der Schaden folglich darin erblickt, dass das gegebene Geld entgegen den Intentionen des Gebenden verwendet wird – der Schaden wird in der Vereitelung des Zwecks gesehen, den der Gebende mit seiner Vermögensverfügung erreichen will.⁵⁸ Möchte jemand sein Geld nachhaltig anlegen und damit u.a. etwa nachhaltige Unternehmen unterstützen, könnte man in einem weiteren Sinn auch hier von einer «Vereitelung des Zwecks» sprechen, wenn das vom Finanzdienstleister wahrheitswidrig als nachhaltig bezeichnete Finanzprodukt tatsächlich nicht nachhaltig ist. Ein Vermögensschaden wurde bisher jedoch nur bei Spenden, Schenkungen und gemischten Schenkungen angenommen, also dann, wenn zumindest ein Teil der Leistung rein ideell motiviert ist:⁵⁹ Im sog. Schweizergarde-Fall gaben die Verkäufer eines Buches wahrheitswidrig an, dass ein Teil des Erlöses der katholi-

schen Universität Freiburg, der Schweizergarde oder dem Papst zugute käme.⁶⁰ Bei Greenwashing beauftragt die Kundin den Finanzdienstleister aber nicht, dass ein Teil des Investments unmittelbar der Umwelt zugute kommt – respektive beispielsweise in Klimaprojekte gesteckt wird – sie beauftragt ihn lediglich, das Geld zum Beispiel in einem nachhaltigen Fonds anzulegen. Die Fallkonstellation kann auch deshalb nicht verglichen werden, weil es sich nicht um eine Weggabe des Vermögens zu zumindest teilweise rein ideellem bzw. karitativem Zweck handelt. Folglich dürfte beim Verkauf eines bewusst wahrheitswidrig als nachhaltig bezeichneten Finanzprodukts auch kein Vermögensschaden aufgrund Zweckverfehlung vorliegen.

2. Zwischenfazit

Nach dem Dargelegten dürfte es nicht möglich sein, beim beschriebenen Greenwashing im Finanzsektor einen Vermögensschaden zu begründen. Entsprechend kann es über die Vermögensdelikte des StGB nicht erfasst werden. Möchte man verhindern, dass das bewusste Täuschen der Kundschaft durch einen Finanzdienstleister über nachhaltige Eigenschaften von Finanzprodukten oder Finanzdienstleistungen – zumindest nach den einen Vermögensschaden voraussetzenden Normen des Kernstrafrechts – straflos ist, müsste man das Erfordernis des Vermögensschadens, etwa mit Blick auf die Zweckverfehlung oder den individuellen Schadenseinschlag, kunstvoll so auslegen, dass der Erwerb eines entgegen den Versprechungen nicht nachhaltigen Finanzprodukts darunter subsumiert werden kann. Insbesondere die Rechtsprechung scheint wie dargelegt grosszügiger als die Lehre in Bezug auf die Bejahung des Vorliegens eines Vermögensschadens. Auch mit Blick auf die eingangs erwähnte Studie der ETH und der Universität Zürich, die zum Schluss kommt, dass die Finanzkompetenz der Schweizer Bevölkerung in Bezug auf nachhaltige Finanzprodukte sehr bescheiden ist und die Anleger entsprechend anfälliger für irreführendes Marketing und Greenwashing sind,⁶¹ ist daher wohl nicht ganz auszuschliessen, dass das BGER bei einem grösseren Greenwashing-Skandal in der Schweiz vielleicht nicht doch einen Kunstgriff machen und einen Vermögensschaden annehmen würde. Jedoch würde das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens dadurch stark relativiert und es ist fraglich, ob eine derart weite Auslegung mit Blick auf die Ultima-Ratio-Funktion res-

⁵⁴ BGE 98 IV 252 (Regeste); vgl. BGE 106 IV 26, 31, E. 4d.

⁵⁵ MAEDER (Fn. 31), N 202 ff.; FABIAN HUMBEL, Subventionsbetrug, Diss. Zürich 2008, Zürich 2008, 103 ff.; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 247 ff.

⁵⁶ ANDREAS DONATSCH, Betrug durch Zweckentfremdung von arglistig erlangten Vermögensleistungen, in: Ackermann/Donatsch/Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 277 ff., 278 (zit. FS Schmid); zur in Deutschland vertretenen Lehre der sozialen Zweckverfehlung siehe ROLAND HEFENDEHL, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bd. V, 4. Aufl., München 2022, § 263 N 1042 ff.; PERRON (Fn. 24), § 263 N 102.

⁵⁷ Vgl. BGE 106 IV 26; siehe auch BGE 70 IV 193.

⁵⁸ POPP (Fn. 47), 118; DONATSCH, FS Schmid (Fn. 56), 283 f.

⁵⁹ Vgl. BGE 98 IV 252; BGE 106 IV 26, 31, E. 4d); DONATSCH, FS Schmid (Fn. 56), 277 ff.

⁶⁰ BGE 72 IV 126, 126 f., SV A.

⁶¹ FILIPPINI/LEIPPOLD/WEKHOF (Fn. 10), 30.

pektive den fragmentarischen Charakter des Strafrechts⁶² die Grenzen der Auslegung nicht überschreiten würde.

B. Strafbarkeit nach Nebenstrafrecht?

Fraglich ist, ob jemand, der wider besseres Wissen Finanzprodukte wahrheitswidrig als nachhaltig verkauft respektive bewirbt, von Straftatbeständen ausserhalb des Kernstrafrechts erfasst wird. Zu prüfen ist dabei eine allfällige Strafbarkeit nach Art. 155 Abs. 1 lit. a FinfraG⁶³, der Kursmanipulation aufgrund Verbreitens von falschen oder irreführenden Informationen, und eine allfällige Strafbarkeit wegen unlauteren Wettbewerbs nach Art. 3 Abs. 1 lit. b respektive lit. i i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG.⁶⁴

1. Kursmanipulation, Art. 155 FinfraG

Um Rechtshilfe leisten zu können, wurde vor Normierung der Kursmanipulation bisweilen versucht, die Kursmanipulation unter den Tatbestand des Betrugs zu subsumieren, was in der Lehre kritisiert wurde.⁶⁵ Anders als beim Betrugstatbestand setzt der Tatbestand der Kursmanipulation keinen individualisierbaren Schaden voraus.⁶⁶ Auch ist anders als bei den Vermögensdelikten nicht das Vermögen des Einzelnen, sondern primär das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts geschütztes Rechtsgut der Kursmanipulation.⁶⁷ Die im FinfraG statuierte Kursmanipulation kennt zwei Tatvarianten: Beim sog. Informationsdelikt (Art. 155 Abs. 1 lit. a FinfraG) verbreitet die Täterin wider besseres Wissen falsche oder irreführende Informationen; beim sog. Transaktionsdelikt (Art. 155 Abs. 1 lit. b FinfraG) werden Scheingeschäf-

te getätigt, also Käufe und Verkäufe, die beidseitig direkt oder indirekt auf Rechnung derselben Person oder zu diesem Zweck verbundener Personen erfolgen. Der Täter muss dabei vorsätzlich und in der Absicht handeln, den Kurs von Effekten, die an einem Handelsplatz in der Schweiz zum Handel zugelassen sind, erheblich zu beeinflussen, um daraus für sich oder für einen anderen einen Vermögensvorteil zu erzielen.⁶⁸

Fraglich ist also, ob sich jemand der Kursmanipulation in der Variante des Informationsdelikts nach Art. 155 Abs. 1 lit. a FinfraG schuldig macht, der Finanzprodukte oder Finanzdienstleistungen als nachhaltiger verkauft respektive bewirbt, als sie tatsächlich sind.

Bei Art. 155 Abs. 1 handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt⁶⁹ – der Tatbestand setzt keine tatsächliche Beeinflussung des Kurses und auch keinen sonstigen Erfolg voraus.⁷⁰ Da es sich bei Art. 155 Abs. 1 lit. a FinfraG um ein Vergehen handelt, können sich nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen schuldig machen. Weil der Gesetzgeber sich dazu entschied, die Kursmanipulation nicht in den Katalog von Art. 102 Abs. 2 aufzunehmen,⁷¹ ist eine juristische Person nur im Rahmen von Art. 102 Abs. 1 StGB strafbar.⁷² Zwar fristet die Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 in der Praxis ein Nischendasein, aber in Bezug auf die Kursmanipulation ist es durchaus nicht abwegig, dass in einer komplexen Unternehmensorganisation die Herkunft der Information keiner natürlichen Person zugerechnet werden kann.⁷³

⁶² Siehe hierzu unten IV.

⁶³ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG; SR 958.1).

⁶⁴ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241).

⁶⁵ BGE 122 II 422, 426 ff., E. 3; kritisch MARCEL A. NIGGLI, Kursmanipulation als Betrug? Tatsachen, Täuschung und Stoffgleichheit am Beispiel von BGE 122 II 422, AJP 1998, 395 ff.; WOLFGANG WOHLERS, Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht, in: Ackermann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, § 14 N 11 (zit. Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht).

⁶⁶ PIETH (Fn. 30), 119.

⁶⁷ Siehe für eine Übersicht zum Meinungsstreit darüber, ob das Rechtsgut neben dem Vertrauen in die Funktionalität des Kapitalmarkts auch noch individuelle Interessen der Investoren umfassen soll: ZK FinfraG-LEUENBERGER/RÜTTIMANN, Art. 155 N 8; ausführlich zum geschützten Rechtsgut: MARC HANSLIN, Markt- und Kursmanipulation, Diss. Zürich 2017, Zürich/St. Gallen 2017, 92 ff.

⁶⁸ BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 1.

⁶⁹ Siehe hierzu GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 9 N 15.

⁷⁰ BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 9; ZK FinfraG-LEUENBERGER/RÜTTIMANN, Art. 155 N 10; URSULA CASSANI, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3–7 StGB), ZStrR 114 (1996), 237 ff., 255.

⁷¹ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel, Börsendelikte und Marktmissbrauch, Bern 2010, 29.

⁷² SONJA PFLAUM, Kursmanipulation, Diss. Zürich 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, 42 ff.

⁷³ Vgl. mit Beispiel zum Transaktionstatbestand PFLAUM (Fn. 72), 44. Ausführlich zu den Voraussetzungen der Unternehmensstrafbarkeit: PIETH (Fn. 30), 61 ff.; WOLFGANG WOHLERS, Die Strafbarkeit des Unternehmens – Art. 102 StGB als Instrument zur Aktivierung individualstrafrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007, 287 ff., 290 ff.

Den Tatbestand des Informationsdelikts erfüllt, wer falsche oder irreführende Informationen über in der Schweiz gehandelte Effekten verbreitet, in der Absicht, den Kurs dieser Effekten zu beeinflussen, und in der Absicht, einen unrechtmässigen Vermögensvorteil zu erzielen.⁷⁴ Effekten sind nach Art. 2 lit. b FinfraG «vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten». Sie gelten als vereinheitlicht und zum massenweisen Handel geeignet, wenn sie in gleicher Struktur und Stückelung öffentlich angeboten oder bei mehr als 20 Kundinnen platziert werden, sofern sie nicht für einzelne Gegenparteien besonders geschaffen werden (Art. 2 Abs. 1 FinfraV).⁷⁵ Die Effekten müssen sodann an einem Handelsplatz, i.e. an einer Börse oder einem multilateralen Handelssystem, in der Schweiz zum Handel zugelassen sein.⁷⁶ Finanzdienstleistungen sind folglich kein taugliches Tatobjekt der Kursmanipulation. Zu beachten ist ausserdem, dass der Begriff der Finanzprodukte weiter ist als jener der Effekten.⁷⁷ Steht ein Finanzprodukt im Zentrum eines Greenwashing-Vorwurfs, ist also zunächst zu prüfen, ob es sich beim entsprechenden Finanzprodukt auch um eine Effekte i.S.v. Art. 2 lit. b FinfraG handelt; andernfalls scheidet eine allfällige Strafbarkeit wegen Kursmanipulation mangels tauglichem Tatobjekt.

Über die Effekten müssen sodann falsche oder irreführende Informationen verbreitet werden. Dabei muss es sich um Tatsachen handeln, also um Geschehnisse oder Vorkommnisse in der Vergangenheit oder der Gegenwart; ob auch Werturteile bzw. Prognosen erfasst sind, ist strittig.⁷⁸ Eine Information ist falsch, wenn sie objektiv nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.⁷⁹ Die Verbreitung einer falschen Information erfüllt den objektiven Tatbestand bereits, es ist also nicht erforderlich, dass die falsche Information zusätzlich auch irreführend ist.⁸⁰ Informationen – unabhängig ob wahr oder falsch – sind irreführend, wenn sie geeignet sind, bei Investoren eine

Fehlvorstellung herbeizuführen respektive wenn sie Anlegerinnen über für den Anlageentscheid relevante Faktoren täuschen können.⁸¹ Dabei ist ein objektiver Massstab anzulegen; nicht jede noch so leicht durchschaubare Lüge ist irreführend. Vielmehr ist eine Information nur dann irreführend, wenn ein durchschnittlich verständiger Anleger auch in die Irre geführt worden wäre.⁸² Lehre und Rechtsprechung greifen dabei auf die zum Betrug entwickelte Praxis zur Opfermitverantwortung zurück:⁸³ «Wer allzu leichtgläubig auf eine Lüge hereinfällt, wo er sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit durch Überprüfung der falschen Angaben selbst hätte schützen können, soll nicht den Strafrichter anrufen.»⁸⁴ Nicht erforderlich ist, dass eine Person aufgrund der irreführenden Information auch tatsächlich in die Irre geführt wird.⁸⁵ Ferner müssen die Informationen verbreitet werden, also auf irgendeine Weise durch aktives Tun oder – bei Vorliegen einer Garantienstellung – durch Unterlassen mittelbar oder unmittelbar an die Öffentlichkeit gelangen. Dabei ist irrelevant, wie viele Personen tatsächlich auch von der Information Kenntnis nehmen.⁸⁶ Wenn also beispielsweise ein Finanzdienstleister damit wirbt, dass ein bestimmtes Finanzprodukt besonders nachhaltig ist und damit seine Kundinnen über die tatsächlichen Eigenschaften des Finanzprodukts in die Irre führt, handelt er tatbestandsmässig, sofern seine Kundinnen nicht mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit seinen Schwindel erkennen könnten.

Der Täter muss sodann vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestände handeln. Ausser in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der falschen oder irreführenden Information ist Eventualvorsatz ausreichend. Dort muss der Täter «wider besseren Wissens» handeln, also mit *dolus directus*.⁸⁷ Weiter muss er die Absicht haben, den Kurs von an einem Handelsplatz mit Sitz in der Schweiz zum

⁷⁴ PFLAUM (Fn. 72), 59; WOHLERS, Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht (Fn. 65), § 14 N 70; HANSLIN (Fn. 67), 134; PIETH (Fn. 30), 125.

⁷⁵ Ausführlich zum Begriff: ZK FinfraG-FAVRE/KRAMER, Art. 2 lit. b N 1 ff.

⁷⁶ Art. 155 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 26 Abs. 1 FinfraG.

⁷⁷ ZK FinfraG-FAVRE/KRAMER, Art. 2 lit. b N 12; zum Begriff des Finanzprodukts gem. Art. 3 lit. a FIDLEG siehe OFK FIDLEG/FINIG-VOGEL/HEIZ/LUTHIGER, Art. 3 N 1 ff.; PK FIDLEG-AMADÒ/MOLO, Art. 3 N 3 ff.

⁷⁸ Zum Meinungsstand: BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 27 ff.

⁷⁹ HANSLIN (Fn. 67), 53.

⁸⁰ ZK FinfraG-LEUENBERGER/RÜTTIMANN, Art. 155 N 23; kritisch SONJA PFLAUM/WOLFGANG WOHLERS, Kurs- und Marktmanipulation, GesKR 2013, 523 ff., 526.

⁸¹ WOHLERS, Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht (Fn. 65), § 14 N 71 f.; HANSLIN (Fn. 67), 53.

⁸² HANSLIN (Fn. 67), 145; vgl. zur Diskussion über die Massfigur des verständigen Anlegers: WOLFGANG WOHLERS, Insiderhandel und Kursmanipulation – Prüfstein der Frage, wie weit sich Strafrechtsnormen an den Realitäten des Marktes zu orientieren haben, ZStW 125 (2013), 443 ff., 464 ff.

⁸³ PFLAUM (Fn. 72), 67; BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 33; ZK FinfraG-LEUENBERGER/RÜTTIMANN, Art. 155 N 24.

⁸⁴ BGE 72 IV 126, 128 f., E. 1.

⁸⁵ PFLAUM (Fn. 72), 67 f.

⁸⁶ BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 34 ff.; PFLAUM (Fn. 72), 69 ff.; HANSLIN (Fn. 67), 146 ff.

⁸⁷ WOHLERS, Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht (Fn. 65), § 14 N 77.

Handel zugelassenen Effekten erheblich⁸⁸ zu beeinflussen. Irrelevant ist, ob tatsächlich auch eine Änderung des Kurses stattfindet. Wichtig ist nur, dass die Täterin nach heute wohl h.L. mit *dolus directus* bezüglich der Kursbeeinflussung handelt.⁸⁹ Zudem muss der Täter Bereicherungsabsicht haben, wobei gemäss der wohl h.L. Eventualvorsatz ausreicht.⁹⁰

Wie dargelegt kann ein Finanzdienstleister, der wider besseres Wissen damit wirbt, dass ein bestimmtes Finanzprodukt besonders nachhaltig ist und damit seine Kundinnen über die tatsächlichen Eigenschaften des Finanzprodukts in die Irre führt, den objektiven Tatbestand von Art. 155 Abs. 1 lit. a FinfraG erfüllen. Eine Strafbarkeit dürfte jedoch wohl in vielen Fällen an der Kursbeeinflussungsabsicht scheitern. Denn oft dürfte es einem Finanzdienstleister wie beispielsweise einer Fondsgesellschaft, die wider besseres Wissen mit nachhaltigen Investitionsmöglichkeiten wirbt und ihre Kundinnen wahrheitswidrig von der Nachhaltigkeit bestimmter Finanzprodukte überzeugt, in erster Linie auf Kundenfang sein respektive möchte von der Öffentlichkeit als nachhaltiger Akteur auf dem Finanzmarkt wahrgenommen werden und dürfte wohl weniger zum Ziel haben, den Kurs bestimmter Finanzprodukte damit erheblich zu beeinflussen. Abgesehen von Finanzdienstleistern dürfte es beispielsweise auch einem börsenkotierten Unternehmen, das wahrheitswidrig damit wirbt, besonders nachhaltig zu sein, in erster Linie darum gehen, in der Öffentlichkeit aus Imagegründen als nachhaltiges Unternehmen wahrgenommen zu werden. Zwar nutzt dies dem Unternehmen im Endergebnis dazu, seine Umsatzzahlen zu steigern, wodurch auch der Kurs nach oben getrieben wird. Ob aber tatsächlich direkter Vorsatz besteht, damit den Kurs zu beeinflussen, dürfte im Einzelfall schwierig zu beurtei-

len sein. Jedoch haben sich die Gerichte soweit ersichtlich bisher nicht mit der Frage des Vorsatzgrades bezüglich der Kursbeeinflussung auseinandergesetzt. Es ist also nicht von vornherein von der Hand zu weisen, dass die Gerichte – je nachdem, wie gross die Auswirkungen eines allfälligen Greenwashing-Skandals in der Schweiz sind – der Mindermeinung⁹¹ folgen und Eventualvorsatz bezüglich der Kursbeeinflussung genügen lassen.

2. Unlauterer Wettbewerb

Weiter ist eine allfällige Strafbarkeit nach UWG zu prüfen, wenn ein Finanzdienstleister seine Kundschaft bewusst über nachhaltige Eigenschaften von Finanzprodukten oder Finanzdienstleistungen täuscht. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, ist grundsätzlich zivilrechtlich ausgerichtet, enthält aber in Art. 23–27 UWG auch Strafbestimmungen. Gemäss Art. 23 UWG wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Art. 3, 4, 4a, 5 oder 6 UWG begeht. Dieser generelle Verweis der Strafbestimmung auf die zivilrechtlichen Bestimmungen wird mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot in Art. 1 StGB kritisiert.⁹² Denn zivilrechtliche Bestimmungen müssen bekanntlich nicht die gleichen Anforderungen in Bezug auf ihre Bestimmtheit wie strafrechtliche Bestimmungen erfüllen.⁹³ Deshalb wird in Lehre und Praxis eine restriktive Auslegung der Bestimmungen im strafrechtlichen Kontext befürwortet.⁹⁴

Nach Art. 23 UWG macht sich u.a. strafbar, wer über seine Firma, seine Leistungen oder seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht

⁸⁸ In der Lehre wird teilweise auf die Literatur zur Erheblichkeit bei Art. 154 FinfraG verwiesen, vgl. ZK FinfraG-LEUENBERGER/RÜTTIMANN, Art. 155 N 40; differenzierend BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 77; kritisch zur Erheblichkeit siehe LEUENBERGER, Die materielle kapitalmarktstrafrechtliche Regulierung des Insiderhandels de lege lata und de lege ferenda in der Schweiz, Diss. Basel 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 352 ff.

⁸⁹ BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 67; ZK FinfraG-LEUENBERGER/RÜTTIMANN, Art. 155 N 37; WOHLERS, Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht (Fn. 65), § 14 N 78; PFLAUM (Fn. 72), 86 ff.; PFLAUM/WOHLERS (Fn. 80), 527; a.A. VASILEIOS PETROPOULOS, Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts vor Manipulationshandlungen nach schweizerischem und EU-Recht, Diss. Zürich 2008, Zürich 2009, 99 ff.; HANSLIN (Fn. 67), 161.

⁹⁰ PETROPOULOS (Fn. 89), 102 ff.; BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 155 N 34 ff.; PFLAUM (Fn. 72), 95 f.; a.A. HANSLIN (Fn. 67), 164 f.

⁹¹ Vgl. PETROPOULOS (Fn. 89), 99 ff.; HANSLIN (Fn. 67), 161.

⁹² MARIO M. PEDRAZZINI/FEDERICO A. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002, N 26.03; FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1995, § 10 N 24; MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4. Aufl., Bern 2016, N 808; MARCEL A. NIGGLI/STEFAN MAEDER, Wettbewerbsstrafrecht, in: Ackermann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, § 20 N 95 (zit. Wettbewerbsstrafrecht); zur Auslegung der Strafbestimmungen des UWG vgl. DANIEL SCHAFFNER/PHILIPPE SPITZ, in: Jung/Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Bern 2016, Art. 23 N 7 ff.; kritisch zur restriktiven Auslegung BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, Art. 23 N 2.

⁹³ Vgl. zu den Anforderungen an die Bestimmtheit einer Strafnorm BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 45 ff.

⁹⁴ BGE 122 IV 33 E. 2b; BGE 123 IV 211 3b; CARL BAUDENBACHER/JOCHEN GLÖCKNER, in: Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Basel 2001, Art. 23 N 3; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), N 26.04; SCHAFFNER/SPITZ (Fn. 92), Art. 23 N 9.

(Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG) oder wer die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werten oder Leistungen verschleiert und dadurch den Kunden täuscht (Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG). Im Zentrum steht dabei jeweils der Vorwurf, Kundinnen zu täuschen. Die Tatbestände des UWG zielen aber nicht nur auf den Schutz der betroffenen Kunden, sondern auch auf den Schutz der Lauterkeit unter den Marktteilnehmerinnen.⁹⁵ Wie bei der Marktmanipulation setzt auch das UWG im Vergleich zu den oben erwähnten Vermögensdelikten des Kernstrafrechts nicht voraus, dass die Kunden aufgrund der Täuschung einen tatsächlichen Vermögensschaden erleiden. Die blosser Täuschung von Kundinnen genügt bereits zur Erfüllung der Tatbestände; es handelt sich dabei um konkrete Gefährungsdelikte.⁹⁶ Die Strafbarkeit ist weit vorgelagert: Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG reicht die Eignung einer Handlung, bei einem Adressaten einen Irrtum hervorzurufen, bereits für die Erfüllung des Tatbestandes aus.⁹⁷ Auch bei Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG ist das Hervorrufen einer blossen Täuschungsgefahr durch Verschleierung bereits ausreichend.⁹⁸

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob jemand, der Finanzprodukte wider besseres Wissen als nachhaltiger verkauft, als sie tatsächlich sind, seine Kundschaft im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b respektive lit. i i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG täuscht und sich strafbar macht.

a. Gemeinsame Voraussetzungen

Die Tatbestände des UWG können von jedermann erfüllt werden. Da es sich bei Art. 3 Abs. 1 lit. b respektive lit. i i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG um Vergehen handelt, können sich nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen schuldig machen.⁹⁹ In Bezug auf die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen ist zu beachten, dass

Art. 26 UWG auf Art. 6 und 7 VStrR verweist. Dies führt einerseits dazu, dass sich neben dem unmittelbaren Täter auch der Geschäftsherr schuldig machen kann. Andererseits sorgen die Bestimmungen des VStrR nach soweit ersichtlich unumstrittener Meinung für eine «erhebliche» Einschränkung des Anwendungsbereichs der subsidiären Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB:¹⁰⁰ Art. 6 VStrR ermöglicht die Zurechnung der Strafbarkeit an den Geschäftsherrn. Und solange die Zurechnung an den Geschäftsherrn gemäss Art. 6 VStrR möglich ist, kommt eine Strafbarkeit des Unternehmens selbst gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB entsprechend nicht infrage.¹⁰¹ Fraglich ist allerdings, inwiefern es tatsächlich zu einer «erheblichen» Einschränkung des Anwendungsbereichs der subsidiären Unternehmensstrafbarkeit kommt, zumal auch ohne die Bestimmung im VStrR eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung existiert.¹⁰² Und da es sich eben um eine subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit handelt, haftet die Geschäftsherrin bei Vorliegen der Voraussetzungen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auch ohne den Verweis auf die Bestimmung in Art. 6 VStrR, bevor das Unternehmen selbst strafrechtlich verantwortlich wäre.¹⁰³ Der Anwendungsbereich von Art. 102 Abs. 2 StGB wird durch den Verweis auf Art. 6 VStrR also nur insofern stärker eingeschränkt, als deren Anwendungsbereich über jenen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung hinausgeht. Von einer «erheblichen» Einschränkung der subsidiären Unternehmensstrafbarkeit kann folglich nicht gesprochen werden.

Art. 23 UWG setzt voraus, dass die infrage stehende Wettbewerbshandlung wettbewerbsrelevant ist. Das heisst, dass die Wettbewerbshandlung objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sein muss, also etwa mindestens dazu geeignet, den Erfolg eines gewinnorientierten Unternehmens zu erhöhen oder

⁹⁵ BSK UWG-KILIAS/GILLIÉRON, Art. 23 N 5.

⁹⁶ BSK UWG-KILIAS/GILLIÉRON, Art. 23 N 5; zu konkreten Gefährungsdelikten siehe STRATENWERTH (Fn. 69), § 9 N 15.

⁹⁷ BSK UWG-KILIAS/GILLIÉRON, Art. 23 N 5; STEFAN HEIMGARTNER, in: Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG Kommentar, Zürich 2017, Art. 23 N 31.

⁹⁸ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 26; CHRISTIAN OETIKER, in: Jung/Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Bern 2016, Art. 3 lit. i N 4, 7; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 13; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), N 6.84; a.A. BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 94), Art. 3 lit. i N 16; ANDREAS FURRER/MARTINA AEPLI, in: Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG Kommentar, Zürich 2017, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 8.

⁹⁹ Vgl. NIGGLI/MAEDER, Wettbewerbsstrafrecht (Fn. 92), § 20 N 16 f.

¹⁰⁰ BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Art. 102 N 124.

¹⁰¹ ANDREAS EICKER/FRIEDRICH FRANK/JONAS ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, 49 ff.; BSK VStrR-SCHWOB, Art. 6 N 1 ff.; BSK UWG-KILIAS/GILLIÉRON, Art. 23 N 23.

¹⁰² Vgl. BGE 96 IV 155, 173 ff., E. II.4; BGE 122 IV 126; PIETH (Fn. 30), 48 ff.; GUNHILD GODENZI/WOLFGANG WOHLERS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?, in: Cavallo et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich/Basel/Genf 2012, 223 ff., 232 ff.; vgl. auch BSK VStrR-SCHWOB, Art. 6 N 10 ff., die nicht zwischen strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und Geschäftsherrenhaftung nach Art. 6 VStrR unterscheidet.

¹⁰³ Vgl. BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Art. 102 N 122.

zu reduzieren.¹⁰⁴ Ausserdem ist gemäss Art. 23 UWG nur die vorsätzliche Tatbegehung strafbar, wobei Eventualvorsatz genügt. Fahrlässigkeit ist nicht strafbar, unter Umständen greift bei Fahrlässigkeit aber eine zivilrechtliche Haftung.¹⁰⁵

Zu beachten ist bei der UWG-Strafbestimmung ferner, dass es sich bei den beiden Tatbeständen um Antragsdelikte handelt.¹⁰⁶ Gemäss Art. 23 Abs. 2 UWG ist antragsberechtigt, wer nach Art. 9 und 10 UWG zur Zivilklage berechtigt ist. Demnach sind alle antragsberechtigt, die in ihren wirtschaftlichen Interessen verletzt oder bedroht werden, alle Kunden, Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie auch die Organisationen des Konsumentenschutzes.¹⁰⁷ Auch der Bund ist gemäss Art. 23 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 3 UWG strafantragsberechtigt; ihm kommt in einem Strafverfahren die Stellung eines Privatklägers zu.¹⁰⁸

In prozessualer Hinsicht ist noch auf Art. 13a Abs. 1 UWG hinzuweisen, der es dem Richter erlaubt, vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, sofern dies angemessen scheint. In der Lehre wird mit Blick auf die im Strafrecht herrschende Unschuldsvermutung und das Selbstbelastungsprivileg diskutiert, ob diese Regelung auch im Strafprozess Anwendung finden soll.¹⁰⁹ Die UWG-Bestimmung ähnelt dem Gutgläubensbeweis bei der üblen Nachrede (Art. 173 Abs. 2 StGB) und dürfte wohl zumindest mit der Unschuldsvermutung vereinbar sein. Denn nicht jede Beweislastumkehr verletzt die Unschuldsvermutung: Gemäss dem EGMR sind Tatsachen- und Rechtsvermutungen zulässig, wenn sie sich innerhalb vernünftiger Grenzen halten und die Rechte der Verteidigung wahren.¹¹⁰ Jedoch würde die Anwendung der Norm

im Strafprozess auch das Selbstbelastungsprivileg gemäss Art. 113 StPO verletzen.¹¹¹ Zwar wird eine Ausnahme vom *nemo tenetur*-Grundsatz von einem Teil der Lehre und dem BGer bei Bestehen einer gesetzlichen Grundlage als möglich angesehen.¹¹² Seit der völkerrechtlichen Verankerung des Grundsatzes in der EMRK scheint diese Haltung jedoch fragwürdig, zumal sie zu einer Aushebelung der EMRK-Garantien führt.¹¹³ Daher dürften gesetzliche Ausnahmen nur ausserhalb des Anwendungsbereichs der EMRK möglich sein – i.e. wo der nationale Schutz weiter geht als die Mindestanforderungen der EMRK.¹¹⁴ Da sich eine Strafbarkeit nach Art. 23 UWG nicht ausserhalb dessen befindet, was der EGMR in Art. 6 Abs. 1 EMRK unter den Begriff *criminal charge* fasst und es sich dabei mit einer Strafandrohung von einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren im Vergleich zu Art. 173 Abs. 2 StGB nicht um ein Bagatelldelikt handelt,¹¹⁵ ist eine Anwendung des Art. 13a UWG im Strafprozess abzulehnen.¹¹⁶

b. Falsche oder irreführende Angaben, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG

Nach Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG macht sich strafbar, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Die Bestimmung fordert die Wahrheit und Klarheit wettbewerbs-

¹⁰⁴ Vgl. BGE 120 II 76, 78 f., E. 3a; BGer 6B_1103/2018 (7. August 2019), E. 2.2; NIGGLI/MAEDER, Wettbewerbsstrafrecht (Fn. 92), § 20 N 19a f.; HELMGARTNER (Fn. 97), Art. 23 N 18.

¹⁰⁵ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), N 26.05.

¹⁰⁶ Vgl. kritisch BSK UWG-KILIAS/GILLIÉRON, Vor Art. 23–27 N 9 f.

¹⁰⁷ BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 94), Art. 23 N 15; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), Rz 16.02 und 16.06; FRANÇOIS BESSE, *La répression pénale de la contrefaçon en droit suisse*, Diss. Lausanne 1989, Lausanne 1990, 292 f.

¹⁰⁸ Art. 23 Abs. 3; siehe auch Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009 6151 ff., 6184 f.

¹⁰⁹ Dafür: BSK UWG-KILIAS/GILLIÉRON, Art. 23 N 19 f.; HELMGARTNER (Fn. 97), Art. 23 N 33; BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 94), Art. 23 N 9; dagegen: SCHAFFNER/SPITZ (Fn. 92), Art. 23 N 10; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 23 N 9.

¹¹⁰ EGMR *Salabiaku v. France*, 10519/83 (7.10.1988), Ziff. 28; EGMR *Pham Hoang v. France*, 13191/87 (25.9.1992), Ziff. 33 ff.; EGMR *Phillips v. UK*, 41087/98 (5.7.2001), Ziff. 40 ff.; EGMR *Grayson & Barnham v. UK*, 19955/05 + 15085/06 (23.9.2008),

Ziff. 40; zu den Anforderungen an die Zulässigkeit einer Beweislastumkehr siehe LEA BACHMANN, *Prozedurale Entlastung von Herstellern «smarter Produkte» im Strafrecht?*, ZStrR 140 (2022), 77 ff., 99 ff. (zit. Entlastung).

¹¹¹ Siehe etwa BGE 109 Ia 166, E. 2; CR CPP-MACALUSO, Art. 113 N 1 ff.; LEA BACHMANN, *Dopingkontrollen und nemo tenetur se ipsum accusare*, recht 40 (2022), 171 ff., 179 f.

¹¹² BGE 121 II 273, E. 3c/cc; BGer 6S.281/2004 (10. Februar 2005), E. 2.2; ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 25 ff.

¹¹³ BSK StPO-ENGLER, Art. 113 N 7a; BACHMANN, *Entlastung* (Fn. 110), 101.

¹¹⁴ DOMINIQUE OTT, *Der Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare» unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten*, Diss. Zürich 2012, Zürich 2012, 193.

¹¹⁵ Vgl. BGE 125 II 417, 424 ff., E. 4c-d; BACHMANN, *Entlastung* (Fn. 110), 101; zum Anwendungsbereich der EMRK in Strafsachen vgl. STEFAN TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford/New York 2005, 14 ff.

¹¹⁶ Im Ergebnis gleich: SCHAFFNER/SPITZ (Fn. 92), Art. 23 N 10; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 23 N 9.

bezogener Angaben und bezweckt, Markttransparenz sicherzustellen.¹¹⁷

Unter Angaben werden überprüfbare Aussagen tatsächlicher Art verstanden, wobei es auf deren Form nicht ankommt.¹¹⁸ Typische Beispiele sind Werbung, Slogans oder auch Produktbezeichnungen.¹¹⁹ Solche Angaben sind unrichtig, wenn sie nicht den Tatsachen entsprechen; von irreführenden Angaben spricht man, wenn – wahre oder falsche – Angaben zu einer unrichtigen Schlussfolgerung bei der Adressatin führen können. Dabei ist die blosser Eignung der Angaben, den Durchschnittsadressaten bei der Willensbildung zu beeinflussen, bereits ausreichend.¹²⁰ Ob eine Angabe geeignet ist, die Willensbildung zu beeinflussen, wird abhängig vom Adressatenkreis beispielsweise der Werbung beurteilt.¹²¹ Nicht irreführend sind sog. marktschreierische Angaben, also Angaben, die offensichtlich falsch sind.¹²²

Der Tatbestand nennt u.a. unrichtige oder irreführende Angaben über «Waren, Werke oder Leistungen». Das heisst, dass alle Angaben in Bezug auf jede Art von Produkten von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG erfasst werden.¹²³ So dürfte beispielsweise eine Fondsgesellschaft, die ihren Investorinnen einen bestimmten Fonds wahrheitswidrig als nachhaltig verkauft, tatbestandsmässig handeln, zumal sie unrichtige Angaben in Bezug auf ihre Finanzprodukte macht. Tut sie dies vorsätzlich, macht sie sich gemäss Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG strafbar. Gleiches gilt auch für eine Bank, die bei ihren Anlegern mit vermeintlich nachhaltigen Finanzdienstleistungen wirbt. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG handelt ausserdem tatbestandsmässig, wer «in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt». Daher kann sich beispielsweise eine Fondsgesellschaft nicht darauf berufen, dass sie die Nachhaltigkeitsbezeichnungen lediglich von anderen übernommen hat, zumal sie als verbreitende Dritte Angaben, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinflussen, zu prüfen hat, bevor sie jene verbreitet.¹²⁴ Werden Angaben eines Dritten verbreitet, aber nicht überprüft, und sind diese Angaben geeignet, den Wettbewerb zu beeinflussen, handelt die Fondsgesellschaft bereits tatbestands-

mässig. Tut sie dies absichtlich, kann sie sich dadurch auch strafbar machen.

Im Gesetz aufgelistet sind ferner unrichtige oder irreführende Angaben über «Geschäftsverhältnisse». Hierunter werden Angaben über ein Unternehmen als Ganzes oder über Teile davon subsumiert.¹²⁵ Diese Variante schützt vor Massnahmen, mit welchen sich jemand in einem besseren Licht darstellen möchte, und schützt – wie auch die anderen Tatbestandsvarianten – die Markttransparenz.¹²⁶ Als Auffangtatbestand umfasst die Variante der unrichtigen oder irreführenden Angaben über «sich» das Hervorrufen einer «falschen oder unklaren Vorstellung von irgendeinem für den Wettbewerb relevanten Parameter, der unmittelbar den sich Äussernden betrifft».¹²⁷ In den hier interessierenden Konstellationen handelt also etwa eine Bank, die ihre Finanzdienstleistungen in der Werbung grüner darstellt, als sie sind, aber etwa auch ein Unternehmen, das sich selbst in der Werbung grüner darstellt, als es ist, wodurch der Schein erweckt wird, besonders nachhaltig zu sein, obwohl dem nicht so ist, tatbestandsmässig¹²⁸ respektive macht sich strafbar gemäss Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, sofern dies vorsätzlich geschieht.

c. Verschleierung und Täuschung, Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG

Strafbar macht sich nach Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG, wer vorsätzlich die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werten oder Leistungen verschleiern und dadurch den Kunden täuscht. Die *ratio legis* der Bestimmung liegt in der Schaffung von Angebotstransparenz auf dem Markt.¹²⁹ Kundinnen sollen davor bewahrt werden, dass aufgrund von Verschleierung wesentlicher Informationen ein falscher Eindruck von der tatsächlichen Beschaffenheit von Waren, Werten oder Leistungen entstehen kann bzw. entsteht. Daher ist – wie auch bei Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG – bei der Beurteilung, ob die Verschleierung beim konkreten Angebot geeignet ist, einen falschen Eindruck der Beschaffenheit des Angebots zu vermitteln, auf den spezifischen Adressatenkreis respektive Kundenkreis abzustellen.¹³⁰

¹¹⁷ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 3.

¹¹⁸ OFK UWG-HEIZMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 4; ausführlich ANDREAS BLATTMANN, in: Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG Kommentar, Zürich 2017, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 11 ff.

¹¹⁹ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), N 6.08.

¹²⁰ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), N 6.07.

¹²¹ Siehe CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 3 N 11 f.

¹²² MICHAEL RITSCHER, Der strafrechtliche Schutz des geistigen Eigentums und das lauterer Wettbewerbs, ZStrR 116 (1998), 26 ff., 61; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 5.

¹²³ OFK UWG-HEIZMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 5.

¹²⁴ Vgl. BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 30.

¹²⁵ BLATTMANN (Fn. 118), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 199 ff.

¹²⁶ BLATTMANN (Fn. 118), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 5 ff., 210.

¹²⁷ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 61.

¹²⁸ So auch FISCHER (Fn. 16), 257 Fn. 7.

¹²⁹ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 2; FURRER/AEPLI (Fn. 98), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 3 f.

¹³⁰ FURRER/AEPLI (Fn. 98), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 7.

Tatobjekt sind die Merkmale von «Waren, Werken oder Leistungen», also sämtliche Angebote bezüglich Produkten oder Dienstleistungen. Nicht erfasst sind Angaben über die Anbieterin selbst.¹³¹ Ein Finanzprodukt oder eine Finanzdienstleistung beispielsweise von Banken ist folglich ein taugliches Tatobjekt.

Der Begriff des Verschleierns ist weit zu verstehen: Erfasst werden sämtliche Massnahmen – sowohl aktives Tun als auch Unterlassen –, die dazu führen, dass beim jeweiligen Durchschnittsadressaten ein Schein, beispielsweise bezüglich der Eigenschaften eines bestimmten Produkts, entsteht bzw. entstehen kann, der von der tatsächlichen Beschaffenheit abweicht.¹³² Eine eigentliche Täuschung, also eine effektive Fehlvorstellung über den Sachverhalt, ist nicht erforderlich – die Schaffung der blossen Täuschungsgefahr ist auch hier wie bereits erwähnt ausreichend.¹³³ Umstritten ist, wie das Verhältnis zwischen Verschleierung und Täuschung zu beurteilen ist, zumal dem Begriff der Verschleierung die Irreführung inhärent ist. Die Begriffe sind, insbesondere auch weil die blossen Täuschungsgefahr bereits ausreicht, in der Praxis kaum trennbar.¹³⁴ Die wohl h.L. sieht in der Verschleierung die Tathandlung, während die Täuschung bzw. die Täuschungsgefahr den Handlungserfolg umschreibt.¹³⁵ Der Tatbestand ist also beispielsweise dann erfüllt, wenn bei der Kundin ein falscher Eindruck über das wahrheitswidrig als nachhaltig beworbene Finanzprodukt entsteht bzw. entstehen kann.¹³⁶

Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG nennt «die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit» als Parameter, die von einer Verschleierung betroffen sein können. Teilweise wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass diese Liste nicht abschliessend sei.¹³⁷ Mit Blick auf das Legalitätsprinzip hat diese Aufzählung aber zumindest im strafrechtlichen Kontext als

abschliessend zu gelten.¹³⁸ In Fällen, wo Finanzprodukte wahrheitswidrig als nachhaltiger verkauft bzw. beworben werden, als sie sind, dürfte insbesondere die Variante der Verschleierung der Beschaffenheit einschlägig sein, denn unter Beschaffenheit werden alle unmittelbar produkt- oder leistungsbezogenen Parameter verstanden.¹³⁹ Wenn nun ein Finanzdienstleister ein Finanzprodukt bei seinen Kunden als nachhaltiger bewirbt oder verkauft, als es tatsächlich ist, führt er seine Kunden über die tatsächlichen Produkteigenschaften in die Irre, indem er den Schein der Nachhaltigkeit erzeugt. In solchen Fällen – wo also «grün» draufsteht, aber kein «grün» drin ist¹⁴⁰ –, handelt es sich folglich um eine Verschleierung der Beschaffenheit des Finanzprodukts und der Finanzdienstleister handelt tatbestandsmässig. Handelt er zudem vorsätzlich, kann er sich nach Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG strafbar machen.

3. Zwischenfazit

Insgesamt scheinen die Bestimmungen des UWG das Phänomen des Greenwashings gut zu erfassen und ermöglichen bei Vorsatz eine strafrechtliche Verfolgung.¹⁴¹ Dies erscheint sinnvoll, denn die Bestimmungen des UWG dienen nicht nur dem Schutz der Konsumenten vor Täuschung, sondern auch dem Schutz der Lauterbarkeit unter Marktteilnehmerinnen – schliesslich können Machenschaften wie Greenwashing dazu führen, dass andere Marktteilnehmer dadurch benachteiligt werden und entsprechend unter Druck geraten, sich respektive ihre Produkte als ebenso nachhaltig zu verkaufen, obwohl sie das nicht sind.¹⁴²

Schwierigkeiten bereiten dürfte es, die beiden Tatbestände Art. 3 Abs. 1 lit. b und lit. i UWG voneinander abzugrenzen, zumal sich deren Regelungsbereiche teilweise überschneiden.¹⁴³ Der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 lit. b ist weiter,¹⁴⁴ weshalb Art. 3 Abs. 1 lit. i als *lex*

¹³¹ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 7.

¹³² FURRER/AEPLI (Fn. 98), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 7; vgl. auch BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 3; OETIKER (Fn. 98), Art. 3 lit. i N 5; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), N 6.82.

¹³³ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), N 6.84.

¹³⁴ Vgl. FURRER/AEPLI (Fn. 98), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 7; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 26; OETIKER (Fn. 92), Art. 3 lit. i N 4; nicht zwischen Täuschung und Verschleierung differenzierend: BGER 6B_272/2008 (8. Oktober 2008), E. 5.3.

¹³⁵ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 26; OETIKER (Fn. 98), Art. 3 lit. i N 4, 7; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 13; a.A. BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 94), Art. 3 lit. i N 16; FURRER/AEPLI (Fn. 98), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 8.

¹³⁶ Vgl. FURRER/AEPLI (Fn. 98), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 8.

¹³⁷ Vgl. FURRER/AEPLI (Fn. 98), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 5; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 8.

¹³⁸ Siehe OFK UWG-HEIZMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 3; so wohl implizit auch OETIKER (Fn. 98), Art. 3 lit. i N 9 ff.; BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 94), Art. 3 lit. i N 17 ff.

¹³⁹ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 9; vgl. auch HEEB/KÖLBEL/PAETZOLD/ZEISBERGER (Fn. 33), 33 f.

¹⁴⁰ Vgl. BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 9 zum Entscheid «Sauce für Spaghetti Bolognese», wo aufgrund Name und Verpackung erwartet werden durfte, dass das Produkt Hackfleisch enthält.

¹⁴¹ Vgl. zum deutschen Lauterbarkeitsrecht: LG Konstanz, Urteil v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH, N 41.

¹⁴² Vgl. BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, Vor Art. 23–27 N 5.

¹⁴³ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 27.

¹⁴⁴ FURRER/AEPLI (Fn. 98), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 37; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 27; a.A. OFK UWG-HEIZ-

specialis grundsätzlich vorgeht.¹⁴⁵ In der Rechtsprechung kam es aber auch schon vor, dass die Tatbestände gar nicht auseinandergelassen wurden.¹⁴⁶ Gegenüber Kursmanipulation besteht unechte Konkurrenz. Als *lex specialis* geht die Kursmanipulation nach Art. 155 FinfraG den Strafbestimmungen des UWG vor.¹⁴⁷

IV. Fazit

Zwar greifen die Tatbestände des Kernstrafrechts nicht, wenn ein Finanzdienstleister sein Finanzprodukt wahrheitswidrig als nachhaltig verkauft, zumal sich ein Vermögensschaden kaum begründen lässt. Jedoch dürfte es wie dargelegt durch Tatbestände des Nebenstrafrechts strafrechtlich erfasst werden: So dürften insbesondere die Tatbestände des UWG einschlägig sein, unter Umständen aber teilweise auch der Tatbestand der Kursmanipulation. Dem UWG dürfte im Kampf gegen Greenwashing entsprechend eine wichtige Rolle zukommen.

Mangelt es dennoch an strafrechtlichem Schutz bei Greenwashing und bedarf es gar eines neuen Greenwashing-Straftatbestands *de lege ferenda* etwa mit Blick auf die eingangs erwähnte Studie der ETH und der Universität Zürich bezüglich der mangelnden Finanzkompetenz der Schweizer *in puncto* Nachhaltigkeit? Dem Strafrecht als schärfstes Instrument staatlicher Sozialkontrolle, das mit seinen Sanktionen stark in die Grundrechte des Täters eingreift, kommt nach h.L. eine Ultima-Ratio-Funktion zu.¹⁴⁸ Es ist m.a.W. subsidiär und soll nur dann zur Anwendung kommen, wenn weniger eingriffsintensive Mittel, wie beispielsweise zivil- und verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe, sich bei gesellschaftlichen Problemen als wirkungslos erweisen.¹⁴⁹ Man spricht in diesem

Zusammenhang auch vom fragmentarischen Charakter des Strafrechts: Nicht jede Rechtsgutsverletzung ist auch strafbar.¹⁵⁰ Diese Beschränkung des Strafrechts auf «sozi- alschädliche» Rechtsgutsverletzungen ergibt sich aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit.¹⁵¹ Mit Blick auf die Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts sollte folglich erst dann, wenn das Greenwashing-Problem durch zivil-¹⁵² und/oder verwaltungsrechtliche Instrumente, wie etwa die Prospekthaftung nach Art. 69 FIDLEG,¹⁵³ nicht bewältigt werden kann, darüber nachgedacht werden, ob es eines speziellen strafrechtlichen Greenwashing-Tatbestands bedarf. Es wird sich folglich zunächst zeigen müssen wie effektiv zivil- und verwaltungsrechtliche Instrumente sich im Kampf gegen Greenwashing bewähren. Und falls sie sich nicht bewähren und der strafrechtliche Schutz durch das UWG als ungenügend empfunden werden sollte,¹⁵⁴ wäre vielleicht zunächst die Ergänzung des Aufsichtsrechts mit einem entsprechenden Greenwashing-Tatbestand, der allenfalls auch Fahrlässigkeit umfassen könnte, die angemessenere und geeignetere Waffe. Die Frage, ob es also an strafrechtlichem Schutz bei Greenwashing mangelt – es etwa darüber hinaus eines speziellen Greenwashing-Straftatbestands bedarf –, ist (zumindest vorerst) mit Nein zu beantworten.

Zentral für eine effektive Bekämpfung und Prävention von Greenwashing wäre aber die Etablierung von ver-

tima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, 54 ff., 56 ff.

¹⁵⁰ So ist bspw. die fahrlässige Sachbeschädigung nicht strafbar; vgl. hierzu Urteil OGer ZH, 31.8.2015, E. 5.3.5.

¹⁵¹ GETH (Fn. 148) N 9 ff.; STRATENWERTH (Fn. 69), § 3 N 14; TRECHSEL/NOLL/PIETH, (Fn. 148), 23.

¹⁵² Vgl. zu den Rechtsbehelfen im Kaufvertragsrecht YEŞİM M. ATAMER/PATRICK M. GERBER, *Ethische Produktionsprozesse als Merkmal der Mangelfreiheit der Kaufsache?*, AJP 2022, 1159 ff., 1170 ff.

¹⁵³ Ausführlich zur neuen Prospekthaftung nach Art. 69 FIDLEG siehe DIETER GERICKE/GREGOR SCHIFFERLE, *Die Prospekthaftung nach FIDLEG*, GesKR 2020, 189 ff. Zu Art. 69 FIDLEG bleibt anzumerken, dass vorsätzlich in Prospekten oder Basisinformationsblättern gemachte falsche Angaben – bspw. in Bezug auf die Nachhaltigkeit eines Finanzprodukts – nach Art. 90 FIDLEG strafbar sind; unzutreffende Werbung über bestimmte Finanzprodukte wird von der Norm nicht erfasst. Es handelt sich dabei um eine Übertretung, die mit Busse bis zu CHF 500'000 bestraft wird; siehe ZK FIDLEG-MRÁZ, Art. 90 N 8 ff.

¹⁵⁴ Vgl. die Motion Michaud Gigon «Ausarbeitung von Richtlinien zur Bekämpfung von Greenwashing» vom 14.3.2023, wonach das UWG im Kampf gegen Greenwashing nicht ausreichen würde: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20233150> (5.5.2023).

MANN, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 15.

¹⁴⁵ BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 27; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. i N 15.

¹⁴⁶ BGer 6B/272/2008 (8. Oktober 2008), E. 4.1–4.3, E. 5; RITSCHER (Fn. 122), 65 m.w.H.; kritisch auch PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 92), N 6.80 und 6.85 f.

¹⁴⁷ HANSLIN (Fn. 67), 161; a.A. SCHAFFNER/SPITZ (Fn. 92), Art. 23 UWG N 42.

¹⁴⁸ ANDREAS DONATSCH/GUNHILD GODENZI/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 10. Aufl., Zürich 2022, 5; CHRISTOPHER GETH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Basel 2021, N 9; STRATENWERTH (Fn. 69), § 3 N 14; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Aufl., Zürich 2017, 23; kritisch WOLFGANG WOHLERS, *Zwangsehen in strafrechtlicher Sicht*, FamPra.ch 2007, 752 ff., 752.

¹⁴⁹ STRATENWERTH (Fn. 69), § 3 N 1; kritisch zur Frage, ob die Subsidiarität des Strafrechts nicht eher Wunschvorstellung statt Grundsatz ist, WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht als ul-*

bindlichen und allgemeingültigen Standards, die bspw. festlegen, unter welchen Umständen ein Finanzprodukt als «nachhaltig» bezeichnet werden darf – etwa nach Vorbild der EU¹⁵⁵. Nur so können sich Marktteilnehmer auf den Begriff «nachhaltig» verlassen und zudem würde dadurch die Überprüfung und Verfolgung von (falschen) Nachhaltigkeitsversprechen wesentlich erleichtert.

Die Geschichte um Deutschlands grösste Fondsgesellschaft DWS zeigt jedenfalls, dass in der Bevölkerung ein

Bedürfnis besteht, dass Finanzdienstleister, die Finanzprodukte als nachhaltiger verkaufen, als sie tatsächlich sind, auch entsprechende Konsequenzen zu fürchten haben.¹⁵⁶ Mit Blick auf das soeben Dargelegte sind Finanzdienstleister gut beraten, ein Finanzprodukt oder eine Finanzdienstleistung nicht leichtfertig als «nachhaltig» zu bezeichnen.

¹⁵⁵ Siehe Verordnung (EU) vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl L 198/13 vom 22.6.2020.

¹⁵⁶ Verbraucherschützer verklagen DWS wegen Greenwashing, Der Spiegel 24.10.2022, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/verbrauerschuetzer-verklagen-dws-wegen-greenwashing-a-206013b7-ea56-4a28-bb02-32500ba4aaa9> (22.12.2022).

Anzeige

Marco Aebischer

Aufhebungsvereinbarung und Verzichtsverbot im Arbeitsrecht

Die arbeitsrechtliche Aufhebungsvereinbarung ist ein übliches Mittel, um ein Arbeitsverhältnis mit Rechtsicherheit für beide Parteien zu beenden. Die vorliegende Arbeit gibt Antworten zu den vielfältigen rechtlichen Fragestellungen, welche sich bei einer arbeitsrechtlichen Aufhebungsvereinbarung stellen.

2023, 147 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-534-8
CHF 54.–

www.dike.ch/5348

RiU – LfE
Band 54

Recht in privaten und
öffentlichen Unternehmen

Roland Müller / Thomas Geiser / Kurt Pärli (Hrsg.)

Marco Aebischer

Aufhebungsvereinbarung und
Verzichtsverbot im Arbeitsrecht

DIKE 

DIKE 