

Greenwashing und (Unternehmens-)Strafrecht

JAN WENK*/MARIANNE JOHANNA LEHMKUHL **

Schlagwörter: Unternehmensstrafrecht, Nachhaltigkeit, Greenwashing, Betrug, unlauterer Wettbewerb

A. Ausgangslage und Definition

Das Thema Greenwashing erfährt seit einiger Zeit verstärkte Aufmerksamkeit in der medialen¹ Öffentlichkeit, was nicht zuletzt auf die zunehmende Sensibilisierung für umweltschädigendes Verhalten, insb. durch Unternehmen, zurückzuführen ist.² Namentlich die Fussball-Weltmeisterschaft im Wüstenstaat Katar war international dem Vorwurf des Greenwashing ausgesetzt, da die FIFA und das Organisationskomitee die Veranstaltung als erstes klimaneutrales Turnier bewarben,³ obschon an der Einhaltung dieses Versprechens erhebliche Zweifel bestanden.⁴ Mit der Begründung, die FIFA habe «bei ihrer Kommunikation zur

* Dr. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter/PostDoc am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern.

** Prof. Dr. iur., Ordinaria für Strafrecht, Wirtschafts- und internationales Strafrecht an der Universität Bern.

- 1 Vgl. bspw. LORENZ HONEGGER, Irreführendes Marketing: Es wäre im Interesse der Finanzbranche, nachhaltige Anlagen weniger laut und vollmundig zu bewerben, NZZ online vom 3.1.2023 (abgerufen von: <https://www.nzz.ch/meinung/irrefuehrendes-marketing-die-finanzbranche-sollte-ihre-uebertriebenen-nachhaltigkeitsversprechen-aus-eigenem-interesse-zurueckfahren-ld.1719090?reduced=true>) [11.9.2023]) oder HELENE OBRIST, «Natürlich» und «nachhaltig»: Falsche grüne Werbeversprechen könnten bald verschwinden, watson vom 15.8.2022 (abgerufen von: <https://www.watson.ch/schweiz/gesellschaft%20&%20politik/120470292-greewashing-koennte-in-eu-bald-verschwinden-so-steht-die-schweiz-dazu>) [11.9.2023]).
- 2 Für weitere Beispiele siehe auch BÉATRICE HIRZEL CORTE, GREENWASHING, EF 12/22, S. 576–578, S. 576 oder die Beschwerden des Schweizerischen Konsumentenschutzes gegen 11 Unternehmen wegen Greenwashing (abgerufen von: <https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilungen/zwoelf-beschwerden-wegen-greenwashing/>) [11.9.2023]).
- 3 Siehe FIFA World Cup Qatar 2022, Sustainability (abgerufen von: <https://www.qatar2022.qa/en/sustainability>) [11.9.2023]). Vgl. ferner DW, Is the Qatar FIFA World Cup really carbon neutral? (abgerufen von: <https://www.dw.com/en/is-the-qatar-fifa-world-cup-really-carbon-neutral/a-63753961>) [11.9.2023]).
- 4 Vgl. hierzu die ausführliche Analyse von YANNICK WIGET/PATRICK VÖGELI, Katars «klimaneutrale WM» ist eine Fata Morgana, Tagesanzeiger vom 12.12.2022 (abgerufen von: <https://www.tagesanzeiger.ch/katars-klimaneutrale-wm-ist-eine-fata-morgana-221420833870>) [11.9.2023]).

Klimaneutralität der WM in Katar unlautere Aussagen gemacht», wurden bei der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK) Beschwerden aus fünf europäischen Ländern eingereicht.⁵ Die SLK hiess alle fünf Beschwerden gut und stellte fest, dass die FIFA «in der beanstandeten kommerziellen Kommunikation teilweise absolute Aussagen verwendet und so den falschen und irreführenden Eindruck erweckt [habe], die Fussballweltmeisterschaft 2022 in Katar sei bereits vor und während dem Turnier klima- bzw. CO₂-neutral».⁶ Weiter hält die SLK fest, dass – «solange keine definitiven und allgemein akzeptierten Methoden zur Messung der Nachhaltigkeit oder zur Sicherung ihrer Durchführung vorliegen» – nicht behauptet werden dürfe, «Nachhaltigkeitsziele seien erreicht worden» und dass die Beweislast beim werbenden Unternehmen liege.⁷

Auch andere Organisationen und Unternehmen sehen sich hierzulande mit dem Vorwurf des Greenwashing konfrontiert, so bspw. die Oberengadiner Bergbahnen, die im Rahmen einer Medienmitteilung am 29. September 2022 erklärt hatten, dass St. Moritz «als erste Schweizer Skidestination» ab der kommenden Saison «CO₂-neutralen Schneesport» anbieten werde.⁸ Dieses (Werbe-)Versprechen wurde von ANTHONY PATT, Professor für Klimaschutz und -anpassung an der ETH Zürich, als «besonders eklatante[r] Fall von Greenwashing» bezeichnet.⁹ Auch der Konsumentenschutz beurteilt dieses Versprechen als «nicht realistisch» und hat daher beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) eine «Beschwerde wegen Greenwashing», d.h. konkret aufgrund einer (mutmasslichen) Verletzung von Art. 3 UWG (Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten), eingereicht.¹⁰ Auf Anfrage des SRF gab das SECO bekannt, dass die St. Moritzer Bergbahnen brieflich gerügt sowie aufgefordert worden seien, nicht mehr entsprechend zu werben,

oder ISABELLE PFISTER/JASMINE JACOT-DESCOMBES, Das falsche Spiel der Fifa mit ihrer Klimabilanz: Greenwashing an der WM 2022, NZZ vom 4.11.2022 (abgerufen von: <<https://www.nzz.ch/sport/wm-2022-betreibt-die-fifa-greenwashing-ld.1707373?reduced=true>> [11.9.2023]).

5 Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK), Medienmitteilung vom 7.6.2023, Schweizerische Lauterkeitskommission heisst Beschwerden gegen FIFA gut (abgerufen von: <<https://www.faire-werbung.ch/de/schweizerische-lauterkeitskommission-heisst-beschwerden-gegen-fifa-gut/>> [11.9.2023]).

6 SLK (Fn. 5).

7 SLK (Fn. 5).

8 Siehe Engadin St. Moritz Tourismus AG, Medienmitteilung vom 29.9.2022 (abgerufen von: <<https://www.lifepr.de/inaktiv/tourismusorganisation-engadin-st-moritz/co2-neutral-skifahren-in-st-moritz-oberengadiner-bergbahnen-machen-es-moeglich/boxid/918107>> [18.10.2023]).

9 Vgl. JOACHIM LAUKENMANN, Ist das Skifahren in St. Moritz tatsächlich CO₂-neutral? Experten ordnen ein, Tagesanzeiger vom 28.12.2022 (abgerufen von: <<https://www.tagesanzeiger.ch/ist-skifahren-in-st-moritz-tatsaechlich-co2-neutral-experten-ordnen-ein-937857856834>> [11.9.2023]). Ferner auch SRF vom 16.6.2023, Rüffel für St. Moritzer Bergbahnen (abgerufen von: <<https://www.srf.ch/news/schweiz/klimaschutz-rueffel-fuer-st-moritzer-bergbahnen>> [11.9.2023]).

10 Stiftung für Konsumentenschutz, Beschwerde gegen «CO₂-neutrales Skifahren» (abgerufen von: <<https://www.konsumentenschutz.ch/allgemein/2022/12/beschwerde-gegen-co2-neutrales-skifahren/>> [11.9.2023]).

da das Versprechen irreführend und somit unzulässig sei.¹¹ Gegenüber dem SRF betonte das SECO, «dass unter Berücksichtigung der Anreise der Gäste Schneesport in St. Moritz nicht als klimaneutral bezeichnet werden könne».¹²

Eine Untersuchung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2020 ergab, dass «53,3 % der geprüften Umweltaussagen in der EU als vage, irreführend oder unfundiert» und 40 % der untersuchten Aussagen nicht belegt seien.¹³

Im Rahmen des vorliegenden Beitrags soll nach einem Überblick über jene kern- und nebenstrafrechtlichen Straftatbestände, die das Phänomen des Greenwashing allenfalls zu erfassen vermögen, besondere Beachtung der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen geschenkt werden, da bereits aus den eingangs angeführten Beispielen – ebenso wie aus den nachfolgenden Definitionen – hervorgeht, dass das Phänomen Greenwashing im Wesentlichen von Unternehmen ausgeht.

Eine einheitliche und allgemein anerkannte Definition von Greenwashing existiert bis dato nicht. Vielmehr wird der Begriff gemäss FISCHER «ziemlich uneinheitlich verwendet».¹⁴ Die meisten Definitionen von Greenwashing finden sich im Bereich des Finanzmarktrechts in Bezug auf (vorgeblich) nachhaltige Finanzprodukte. In diesem Kontext handelt es sich gemäss Bundesrat um Greenwashing, wenn «Kundinnen und Kunden von Finanzinstituten bezüglich nachhaltiger Eigenschaften von Finanzprodukten und Beratungsprozessen wesentlichlich oder unwissentlich getäuscht oder irreführt werden».¹⁵ Ebenso geht die FINMA davon aus, dass es sich bei Greenwashing um das bewusste oder unbewusste Täuschen über nachhaltige Eigenschaften von Finanzprodukten und -dienstleistungen handelt.¹⁶

Dieses Begriffsverständnis deckt sich weitgehend mit jenem in der EU-Verordnung über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger In-

11 Vgl. SRF vom 16.6.2023 (Fn. 9) sowie Stiftung für Konsumentenschutz (Fn. 10).

12 SRF vom 16.6.2023 (Fn. 9) sowie Stiftung für Konsumentenschutz (Fn. 10). Wobei sich hinsichtlich der Ausführungen des SECO die Frage stellt, inwiefern die Bergbahnbetreiberin für die Art der Anreise der Gäste verantwortlich ist.

13 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 22.3.2023, Verbraucherschutz: nachhaltige Kaufentscheidungen ermöglichen und Greenwashing beenden (abgerufen von: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_1692> [11.9.2023]).

14 DAMIAN A. FISCHER, Greenwashing-Bekämpfung am Point of Sale, GesKR 2022, S. 256–267, S. 257.

15 Der Bundesrat, Medienmitteilung vom 17.11.2021, Der Bundesrat will mit Klimatransparenz einen internationalen Spitzenplatz bei nachhaltigen Finanzanlagen (abgerufen von: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-85925.html>> [11.9.2023]).

16 FINMA, Aufsichtsmitteilung 05/2021, Prävention und Bekämpfung von Greenwashing, S. 2 (abgerufen von: <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/my-finma/4dokumentation/finma-aufsichtsmitteilungen/20211103-finma-aufsichtsmitteilung-05-2021.pdf?sc_lang=de&hash=7BBBCFAD39942ADE4FB8CAA876020CF4> [11.9.2023]).

vestitionen aus dem Jahr 2020.¹⁷ Diese richtet sich an Finanzmarktteilnehmende, die Finanzprodukte bereitstellen, sowie an «Unternehmen, die nach der Rechnungslegungsrichtlinie 2013/34/EU zur Abgabe einer nichtfinanziellen Erklärung verpflichtet sind», und «verfolgt den Zweck, EU-weit einheitlich zu definieren, was unter einer ökologisch nachhaltigen Wirtschaftstätigkeit zu verstehen ist».¹⁸ In dieser Verordnung ist auch eine rechtliche Definition von Greenwashing enthalten. Bei Greenwashing handelt es sich demgemäss um die Bewerbung eines Finanzprodukts als umweltfreundlich, um einen (unfairen) Wettbewerbsvorteil zu erlangen, obschon «den grundlegenden Umweltstandards nicht entsprochen wird».¹⁹ Auch ausserhalb des Finanzmarkts möchte die Europäische Kommission gezielt gegen «Grünfärberei und irreführende Umweltaussagen» vorgehen und schlägt daher eine sog. «Green Claims»-Richtlinie vor.²⁰ Gemäss dem Vorschlag müssten Umweltaussagen, die Unternehmen in den Verbraucherinformationen angeben möchten, künftig vorab «unabhängig überprüft und anhand wissenschaftlicher Erkenntnisse belegt werden».²¹ Dadurch sollen Verbraucherinnen und Verbraucher einerseits grössere Klarheit und mehr Sicherheit, «dass etwas, das als umweltfreundlich verkauft wird, auch tatsächlich umweltfreundlich ist», erhalten und andererseits durch bessere Informationen «fundiertere Entscheidungen für umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen treffen können».²² Im Kontext dieses Vorschlags wird der Begriff «Umweltaussage» als Aussage oder Darstellung umschrieben, «die nach Unionsrecht oder nationalem Recht nicht verpflichtend ist, einschließlich Darstellungen durch Text, Bilder, grafische Elemente oder Symbole in jeder Form, einschließlich Etiketten, Markennamen, Firmennamen oder Produktbezeichnungen, im Kontext einer kommerziellen Kommunikation, in der ausdrücklich oder stillschweigend angegeben wird, dass ein Produkt oder Gewerbetreibender eine positive oder keine Auswirkung auf die Umwelt hat oder weniger schädlich für die Umwelt ist als andere Produkte bzw. Gewerbetreibende oder dass deren Auswirkung im Laufe der Zeit verbessert wurde».²³

Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, dass Greenwashing in objektiver Hinsicht dann vorliegt, wenn ein Unternehmen bzw. dessen Produkte oder

17 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 198/13 vom 22.6.2020 (zit. Taxonomieverordnung).

18 CHARLOTTE DREISIGACKER-SARTOR/VERENA RITTER-DÖRING, Die europäische und finanzaufsichtsrechtliche Nachhaltigkeitsregulierung und ihre Auswirkungen auf die Immobilienbranche – Ein Überblick, CB 2022, S. 422–428, S. 422.

19 Taxonomieverordnung (Fn. 17), Erwägung Nr. 11.

20 Europäische Kommission (Fn. 13).

21 Europäische Kommission (Fn. 13).

22 Europäische Kommission (Fn. 13).

23 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Begründung ausdrücklicher Umweltaussagen und die diesbezügliche Kommunikation (Richtlinie über Umweltaussagen), S. 3 (abgerufen von: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0166> [11.9.2023]).

Dienstleistungen wahrheitswidrig als «grün» oder «grüner», also als ökologisch nachhaltiger (und somit insb. als umweltschonend, korallenfreundlich²⁴, klimafreundlich oder klimaneutral) dargestellt werden als sie tatsächlich sind,²⁵ etwa mittels Marketingmassnahmen oder im Rahmen von Beratungsprozessen bzw. geschäftlichen Beziehungen. Es geht dabei sowohl um die Behauptung der nachhaltigen Herstellung als auch um jene der nachhaltigen Auswirkungen eines Produkts bzw. einer Dienstleistung.²⁶ In subjektiver Hinsicht können solche irreführenden Angaben absichtlich, bewusst oder auch unbewusst erfolgen. Aufgrund dieser irreführenden Angaben erhält das Publikum (bzw. die Kundschaft) «den Eindruck, über eine Unterstützung der fraglichen Projekte [bzw. Kauf der Produkte] würde besonders umweltfreundlich agiert».²⁷

Sowohl für die objektive Beurteilung eines Verhaltens als Greenwashing als auch für die Frage des Vorliegens von Vorsatz oder Fahrlässigkeit stellt es ein besonderes Problem dar, dass (nicht nur) in der Schweiz bislang verbindliche ökologische Nachhaltigkeitskriterien fehlen und das schweizerische Recht aktuell keine expliziten Vorgaben dazu enthält, wie umweltbezogene Angaben über Produkte durch Werbende begründet oder belegt werden müssen.²⁸

B. Strafbarkeit von Greenwashing

Ausgehend von dieser generellen Begriffsbestimmung kann Greenwashing eine Vielzahl von Verhaltensweisen umfassen, wobei «deren gemeinsamer Nenner eine – bewusste oder fahrlässige – Täuschungshandlung ist».²⁹ Mit Blick auf diese Täuschungshandlung hinsichtlich umweltbezogener Tatsachen, die das Kernelement von Greenwashing darstellt, liegt die Subsumtion vorsätzlichen Verhaltens unter den Tatbestand des Art. 146 StGB nahe.³⁰ Einer genaueren Be-

24 IRINA BENFELDT, Echter Umweltschutz oder Trick? Das steckt hinter dem Marketinghype um «korallenfreundliche» Sonnencreme, Spiegel vom 10.6.2023 (abgerufen von: <<https://www.spiegel.de/wirtschaft/service/korallenfreundliche-sonnencreme-v-sun-das-steckt-hinter-dem-marketinghype-a-2c12b8d7-6d93-44b0-9ab2-3fc8aaccd73e>> [11.9.2023]).

25 Vgl. die Interpellation 22.4162 vom 29.9.2022, Stellungnahme des Bundesrates (abgerufen von: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224162>> [11.9.2023]).

26 Darunter zu verstehen sind etwa auch Werbemassnahmen, welche die Kompensation von durch das entsprechende Produkt oder die entsprechende Dienstleistung verursachtem CO₂ versprechen.

27 MIRIAM EGGEN, Greenwashing, Jusletter vom 13. September 2021, N 6.

28 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates auf die Interpellation 22.4162 (Fn. 25). Zum Finanzsektor siehe LEA BACHMANN, Greenwashing im Finanzsektor – ein Fall für das Strafrecht?, *ex ante* 1/2023, S. 41–56, S. 43.

29 BENNO SCHWARZ/ANITA SCHIEFFER, Greenwashing – Ermittlung von Greenwashing-Vorwürfen, *CCZ* 2022, S. 345–349, S. 345.

30 Vgl. BACHMANN (Fn. 28), S. 44. ANDREA GRIMM/ASTIN MALSCHINGER, *Green Marketing 4.0, Ein Marketing-Guide für Green Davids und Greening Goliaths*, Wiesbaden 2021, S. 193, sprechen im Kontext von Greenwashing – je nach Art – ebenfalls von «*Formen des Betrugs*».

trachtung bedürfen dabei die objektiven Tatbestandsmerkmale der arglistigen Täuschung, der irrtumsbedingten Vermögensverfügung sowie des Vermögensschadens.

I. Kernstrafrecht

1. Art. 146 StGB

a. Arglistige Täuschung

Der Täter bzw. die Täterin muss i.S.v. Art. 146 StGB jemanden «durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen» arglistig täuschen oder jemanden arglistig in einem Irrtum bestärken. Im Kontext von Greenwashing steht die (arglistige) Vorspiegelung von Tatsachen im Mittelpunkt des strafrechtlichen Interesses. Darunter zu verstehen ist gemäss Bundesgericht «eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, d.h. über objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände»,³¹ so dass «bei einem anderen eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung», d.h. ein Irrtum, hervorgerufen wird.³² Falsche Angaben über die Einhaltung von Umweltstandards bzw. über die Nachhaltigkeit von Produkten oder Dienstleistungen lassen sich ohne Weiteres unter dieses Begriffsverständnis der unrichtigen Erklärung über Tatsachen subsumieren. Als problematisch kann sich in diesem Kontext jedoch das Fehlen allgemein anerkannter Umweltstandards, Umsetzungsmassnahmen oder Messmethoden erweisen. Dies stellt auch für die Strafverfolgungsbehörden die beweisrechtliche «Knacknuss» in Fällen von Greenwashing dar.

Die unrichtige Erklärung muss im Weiteren arglistig erfolgen, d.h. das irreführende Verhalten erfüllt den Betrugstatbestand nur dann, wenn der Täter bzw. die Täterin etwa «ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient».³³ Falsche Angaben über die Nachhaltigkeit von Produkten oder Angeboten eines Unternehmens können betrügerische Machenschaften darstellen, so etwa wenn gefälschte Nachhaltigkeitsberichte vorgelegt werden.³⁴ Häufig wird es sich jedoch bloss um einfache falsche Angaben (sog. einfache Lügen) handeln. Doch auch in einem solchen Fall wird Arglist i.d.R. zu bejahen sein, da die Überprüfung der Beachtung von Umweltstandards (oder etwa der CO₂-Neutralität eines Geschäftsbetriebs) durch die Konsumentinnen und Konsumenten nicht realistisch erscheint.³⁵ So hat das

31 BGE 135 IV 76 E. 5.1.

32 BGer 6B_595/2020 vom 8.4.2021 E. 3.1.

33 BGE 142 IV 153 E. 2.2.2; BGer 6B_419/2014 vom 9.1.2015 E. 1.2.2; BGer 6B_480/2018 vom 13.9.2019 E. 1.1.1.

34 Vgl. hierzu STEFAN TRECHSEL/DEAN CRAMERI, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. PK StGB-BEARBEITER/-IN), Art. 146 N 8, mit dem Beispiel der gefälschten Urkunden.

35 Auch die effektive Umsetzung von Klimakompensationsmassnahmen lässt sich kaum überprüfen.

Bundesstrafgericht in einem Entscheid, in dem es um Falschangaben bezüglich des Stickstoffoxidausstosses von Autos ging, festgehalten, dass «es den Kunden überhaupt nicht möglich und in jedem Fall nicht zumutbar gewesen wäre, die Angaben zu den NO_x-Emissionswerte[n] ihrer Fahrzeuge zu überprüfen» und das täuschende Verhalten aus diesem Grund «ohne Weiteres als arglistig zu qualifizieren» sei.

b. Irrtum und irrumsbedingte Vermögensdisposition

Die arglistige Täuschung muss in einem weiteren Schritt zu einem Irrtum – d.h. zu einer «Diskrepanz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit»³⁶ – bei einer Person und dieser Irrtum wiederum zu einer Vermögensdisposition durch eben die getäuschte Person führen.³⁷ Zwischen der Täuschung, dem Irrtum und der Vermögensdisposition muss ein sog. Motivationszusammenhang³⁸ bestehen.³⁹

Dass falsche Angaben über die Nachhaltigkeit (von Produkten oder Dienstleistungen) zu einem entsprechenden Irrtum – namentlich bei Konsumenten und Konsumentinnen – führen können, steht ausser Frage. Inwiefern dieser Irrtum jedoch im geforderten Motivationszusammenhang zur Vornahme einer entsprechenden Vermögensdisposition steht bzw. wie ein solcher Zusammenhang nachgewiesen werden kann, kann fraglich erscheinen. Konsumententscheidungen unterliegen vielfältigen Einflussfaktoren.⁴⁰ Die getäuschte Person ist beim Kauf bzw. Konsum von (vermeintlich) nachhaltigen Produkten oder Dienstleistungen allenfalls «schon vor dem täuschungsbedingten Irrtum bereit [...], im Sinne des Täters über das eigene Vermögen zu disponieren».⁴¹ Mit anderen Worten hat die (vermeintliche) Nachhaltigkeit u.U. einen anregenden, aber keinen massgeblichen Einfluss auf den konkreten Kauf- bzw. Konsumententscheid einer Person. Hinzu kommt, dass heute (beinahe) «alle Unternehmen nachhal-

36 HANS VEST, § 13 – Allgemeine Vermögensdelikte, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021, N 149.

37 MICHAEL MRÁZ, in: Damian K. Graf (Hrsg.), *StGB, Annotierter Kommentar*, Bern 2020 (zit. AK StGB-BEARBEITER/-IN), Art. 146 N 20 f.

38 Vgl. zum Begriff des Motivationszusammenhangs BGer 6B_1029/2013 vom 24.2.2014 E. 4. Zur Frage, weshalb es sich nicht um einen Kausalzusammenhang handelt, siehe zudem JÜRGEN ACKERMANN/PATRICK VOGLER/LAURA BAUMANN/SAMUEL EGLI, *Strafrecht Individualinteressen, Gesetz, System und Lehre im Lichte der Rechtsprechung*, Bern 2019, S. 182: «Weshalb kein Kausalzusammenhang? Nun: Der Betrüger kann den Getäuschten zur Selbstschädigung nicht determinieren, sondern lediglich motivieren.»

39 Vgl. BGer 6B_236/2020 vom 27.8.2020 E. 4.3.1; BGE 126 IV 113 E. 3.

40 Vgl. bspw. CARSTEN HERBES, *Nachhaltiger Konsum*, in: Petia Genkova (Hrsg.), *Handbuch Globale Kompetenz, Grundlagen – Herausforderungen – Krisen*, Springer Online 2020, S. 5 (abgerufen von: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-658-30684-7_36-1 [11.9.2023]).

41 ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI (Fn. 39), S. 182. Siehe hierzu auch den Verweis auf den Bettelbetrug bei PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 146 N 29: «Daran fehlt es etwa beim Bettelbetrug, wenn der Getäuschte ohnedies einen Obolus entrichtet hätte.»

tige Behauptungen aufstellen».⁴² Insofern fehlt es an der «Setzung eines Motivs»⁴³ bzw. am erforderlichen motivationalen Zusammenhang zwischen dem Irrtum und der Vermögensdisposition. Zu guter Letzt ergibt sich aus einer repräsentativen Umfrage in der Schweiz, dass lediglich 25 % der befragten Personen der Ansicht sind, «dass Werbung wichtige Informationen vermittelt» und 85 % der befragten Personen der Aussage zustimmen, «dass kommerzielle Werbung den Konsum erhöhen will»,⁴⁴ sodass insofern an der Relevanz von Werbenaachhaltigkeitsbehauptungen für den Kaufentscheid gezweifelt werden könnte. Dem steht freilich gegenüber, dass («gute» bzw. «raffinierte») Werbung trotz dieser (theoretischen) Erkenntnis der Mehrzahl der Konsumentinnen und Konsumenten zielführend sein kann bzw. dies oftmals auch ist.

Zur Erfüllung des Betrugstatbestands ist es jedenfalls erforderlich, dass das Nachhaltigkeitsversprechen den (alleinigen oder ausschlaggebenden) Grund der Kaufentscheidung darstellt, d.h., dass ohne solches die konkrete Vermögensdisposition ausgeblieben wäre. In einem Strafverfahren müsste daher gemäss Art. 10 Abs. 3 StPO nachgewiesen werden, dass das (unzutreffende) Nachhaltigkeitsversprechen «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit»⁴⁵ ursächlich für den Irrtum sowie die irrumsbedingte Vermögensdisposition war.⁴⁶ Dieser Nachweis dürfte jedoch nur schwierig zu erbringen sein. Es sei denn, die Aussagen der getäuschten Person(en) lassen keinen Zweifel übrig.

c. Vermögensschaden

Der Betrugstatbestand verlangt als Erfolg den Eintritt eines Vermögensschadens. In Fällen von Greenwashing stellt sich die Frage, ob bei einer Täuschung über nachhaltige Eigenschaften «ein Vermögensschaden dadurch entsteht, dass das erworbene Produkt bzw. die Dienstleistung für die spezifische Kundschaft einen geringeren Wert hat».⁴⁷ Denn wer sich gezielt für den Erwerb eines nachhaltigen Produkts oder einer nachhaltigen Dienstleistung entscheidet, möchte

42 GRIMM/MALSCHINGER (Fn. 30), S. 195.

43 GÜNTHER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 8. Aufl., Bern 2022, § 15 N 4; KGer BL 470 19 246 vom 3. 12. 2019 E. 3.1 d; BGE 126 IV 113 E. 3c/dd; BGer 6S.17/2000 vom 28. 6. 2000 E. 3c/dd; AppGer BS AG.2021.346 vom 2. 6. 2021 E. 3.3.6.

44 Vgl. Greenpeace Schweiz, Kommerzielle Werbung als Treiber des Überkonsums, Umsatzsteigerung auf Kosten der Umwelt und des Klimas, S. 2 (abgerufen von: <https://www.greenpeace.ch/static/planet4-switzerland-stateless/2023/04/a0daf735-230404_gfs_survey_de_es.pdf [11. 9. 2023]) sowie ERICH BÜRLER, Greenpeace wirft Migros und Coop Greenwashing vor, Tagesanzeiger vom 15. 4. 2023 (abgerufen von: <<https://www.tagesanzeiger.ch/greenpeace-wirft-migros-und-coop-greenwashing-vor-243204184726> [11. 9. 2023]).

45 So das Bundesgericht bspw. in BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.3 oder BGer 6B_902/2019 vom 8. 1. 2020 E. 2.2.2.

46 Zu den Anforderungen an den Nachweis des Motivationszusammenhangs vgl. DANIEL SUMERMATTER/CLAUDIA JACOB, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, HAVE 2012, S. 136–149, S. 141.

47 BACHMANN (Fn. 28), S. 45.

nicht lediglich konsumieren, sondern darüber hinaus zum Umwelt- bzw. Klimaschutz beitragen. Es geht daher – in jenen Fällen, in denen das bloss vorgeblich «grüne» bzw. «nachhaltige» Produkt nicht ohnedies teurer als vergleichbare nicht-nachhaltige Produkte verkauft wird – um die Frage, ob auch dann ein Vermögensschaden angenommen werden kann, wenn zwar objektiv wirtschaftliche Gleichwertigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, die subjektiven Erwartungen (die nur nebenbei bemerkt im Interesse aller liegen) an das erworbene Produkt bzw. an die bezogene Dienstleistung aber nicht erfüllt werden.⁴⁸

Ein Vermögensschaden liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur dann vor, «wenn das Vermögen des Täuschungsopfers⁴⁹ nach Vornahme der irrtumsbedingten Vermögensverfügung in seinem Gesamtwert – durch Verringerung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven – tatsächlich verringert ist»,⁵⁰ sondern ist aufgrund der Annahme eines «objektiv-individuellen Vermögensbegriffs», wonach – weitergehend als nach der h.L.⁵¹ – auch subjektive Bedürfnisse und Interessen zu berücksichtigen sind, auch dann möglich, «wenn Leistung und Gegenleistung der Vertragsparteien wirtschaftlich gleichwertig sind».⁵² Es kommt demnach darauf an, ob «Leistung und Gegenleistung in einem» für den konkreten Kunden bzw. die konkrete Kundin «ungünstigeren Wertverhältnis stehen, als sie nach der vorgespiegelten Sachlage stehen müssten».⁵³ Das Bundesgericht hält dabei explizit fest, dass es «nicht immer schon dann einen Betrug [bejahe], wenn der Getäuschte bei Kenntnis des wahren Sachverhalts die Vermögensverfügung nicht vorgenommen hätte, sondern» dass darüber hinaus verlangt werde, «dass der Getäuschte eine Gegenleistung von geringerem Wert erhält, als ihm versprochen wurde».⁵⁴

Sofern es sich für den bzw. die Getäuschte(n) um eine ihren (individuellen) Interessen zuwiderlaufende Ausgabe handeln würde, ist jedenfalls anzunehmen, dass er bzw. sie bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Hätte – umgekehrt betrachtet – er bzw. sie den Vertrag bei Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht abgeschlossen, so liegt zumindest der Verdacht nahe, dass der Grund in der Mehrzahl der Fälle im subjektiv ungünstig beurteilten Wertverhältnis liegt. Insofern scheint das vom Bundesgericht für ungenügend befundene Kriterium ein durchaus nicht unmassgebliches zu sein, wie sich auch in der Rechtsprechung zur Zweckverfehlung zeigt.⁵⁵

48 Vgl. hierzu die Ausführungen bei STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 44), § 15 N 52 ff.

49 Anmerkung: oder eines geschädigten Dritten.

50 BGE 147 IV 73 E. 6.1.

51 Vgl. STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 44), § 15 N 54 f.; PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 146 N 28; VEST (Fn. 37), N 195 ff.

52 BGer 6B_1160/2014 vom 19. 8. 2015 E. 7.8.1.

53 BGer 6B_1160/2014 vom 19. 8. 2015 E. 7.8.1.

54 BGE 100 IV 273 E. 3.

55 Siehe BGE 98 IV 252 (Regeste) sowie BGE 106 IV 26 E. 4d; a.A. BACHMANN (Fn. 28), S. 46 f.

Das für das Bundesgericht relevante «ungünstigere Wertverhältnis» muss sich im Lichte der obigen Ausführungen auf den *subjektiv* für den bzw. die Getäuschte(n) als geringer einzustufenden Wert aufgrund seiner besonderen individuellen Interessenlage beziehen (andernfalls ja ohnedies objektiv ein finanzieller Schaden vorliegen würde). Lässt man eine Versubjektivierung des Schadensbegriffes (und damit eine Berücksichtigung von Zweckerwägungen) überhaupt zu, so lässt sich mangels handfester Abgrenzungskriterien keine eindeutige Grenze zwischen Schaden und Nicht-Schaden mehr ziehen. Wenn einem Produkt eine zugesicherte Eigenschaft objektiv fehlt, auf deren Vorhandensein die Kundschaft (kaufs-)entscheidenden Wert legt (weshalb auch gerade mit dieser Eigenschaft erworben wird), stellt sich die Frage, welchen zusätzlichen und stichhaltigen Kriterien die individuelle Interessenlage der Kundschaft zu genügen haben soll, um die Betrugsopfeigenschaft – im Falle der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung – zu bejahen.

Im Ergebnis kann – (zumindest) in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵⁶ – die enttäuschte Nachhaltigkeitserwartung in ein Produkt bzw. in eine Dienstleistung als Vermögensschaden gemäss Art. 146 StGB qualifiziert werden, da es sich für die umweltbewusste Kundschaft, für deren Kaufentscheid das Nachhaltigkeitskriterium massgeblich ist, «um eine wirtschaftlich sinnlose Ausgabe handelt, die bei Kenntnis der wahren Faktenlage nicht getätigt worden wäre»^{57, 58}. Mit dem Kauf eines in Wahrheit nicht nachhaltigen Produkts wird der damit von der Kundschaft (vorrangig) verfolgte Zweck, dem Umweltschutz zu dienen, verfehlt, auch wenn das Produkt aufgrund dieses Mangels nicht an sich (und so auch nicht für die spezifisch umweltbewusste Kundschaft) unbrauchbar wird.⁵⁹

Angesichts der essenziellen Bedeutung des Umwelt- und Klimaschutzes sowie der nicht unberechtigten Kritik der Lehre an der Versubjektivierung des Schadensbegriffes im Rahmen des Vermögensdelikts des Betruges erscheint die Einführung eines Täuschungstatbestands etwa nach österreichischem Vorbild (§ 108 öStGB), der auf den Eintritt eines Vermögensschadens verzichtet, überlegenswert. Damit würde mittelbarer Umweltschutz durch unmittelbaren Konsumentinnenschutz erreicht, mithin Konsumentenschutz in doppelter Hinsicht.

56 BGer 6B_1160/2014 vom 19.8.2015 E. 7.8.1; a.A. BACHMANN (Fn. 28), S. 45 ff. m.w.N.

57 MARIANNE JOHANNA LEHMKUHL, § 24 – Wirtschaftslenkungsstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021, N 54 m.w.H.

58 A.A. STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 44), § 15 N 54 f. m.w.H.

59 Restriktiver demgegenüber die h.L. (siehe die Nachweise bei BACHMANN [Fn. 28], S. 47).

2. Art. 152 und Art. 325^{ter} StGB

Im Bereich der Delikte gegen das Vermögen kommt im Übrigen das Vergehen des Art. 152 StGB («Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe») in Betracht. Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn eine der im Tatbestand aufgeführten Personen⁶⁰ «in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Berichten oder Vorlagen an die Gesamtheit der Gesellschafter oder Genossenschafter oder an die an einem andern Unternehmen Beteiligten unwahre oder unvollständige Angaben von erheblicher Bedeutung macht oder machen lässt, die einen andern zu schädigenden Vermögensverfügungen veranlassen können».

Zweck dieser Strafvorschrift ist es, das Vermögen der Öffentlichkeit, der Gesellschafter, der Genossenschafterinnen und anderer an Unternehmen beteiligter Personen vor einer Gefährdung durch geschäftliche Fehldispositionen aufgrund falscher oder täuschender Informationen zu schützen.⁶¹ Als Beispiele für geschäftliche Fehldispositionen nennt WEISSENBERGER den «Kauf von Beteiligungspapieren oder Obligationen des betreffenden Unternehmens, [die] Gewährung von Krediten usw.».⁶² Insofern ist der Schutzbereich von Art. 152 StGB enger gefasst als jener von Art. 146 StGB, da es lediglich um den Schutz vor Fehldispositionen im geschäftlichen Kontext geht.

Im Unterschied zum Betrug gemäss Art. 146 StGB bedarf es jedoch weder einer Irrtumserregung noch einer Schädigung, wodurch es sich bei Art. 152 StGB um ein im Vorfeld von Vermögensschädigungen angesiedeltes abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.⁶³

Als öffentliche Mitteilung im Sinne der Bestimmung gelten Informationen, wie Bekanntmachungen an Pressekonferenzen, Angaben in Geschäftsberichten, Bilanzen oder «Informationen im Handelsamtsblatt, in Inseraten, in Werbematerial, Zirkularen, Websites, elektronischen Massenpostsendungen» usw.,⁶⁴ wenn sie sich an einen grösseren Kreis bestimmter oder unbestimmter Personen richten bzw. typischerweise geeignet sind, einen grösseren Adressatenkreis zu erreichen.⁶⁵ Unwahr oder irreführend sind diese Angaben dann, wenn sie einen Sachverhalt nicht richtig wiedergeben.⁶⁶ Überdies müssen die Angaben von

60 Das sind: Gründer, Inhaberinnen, unbeschränkt haftende Gesellschafter, Bevollmächtigte oder Mitglieder der Geschäftsführung, des Verwaltungsrates, der Revisionsstelle oder Liquidatoren einer Handelsgesellschaft, Genossenschaft oder eines anderen Unternehmens, das ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt.

61 Vgl. PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 152 N 1.

62 PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-BEARBEITER/-IN), Art. 152 N 2 m.w.H.

63 Vgl. BSK StGB-WEISSENBERGER (Fn. 63), Art. 152 N 3 m.w.H.

64 Siehe die Aufzählung bei BSK StGB-WEISSENBERGER (Fn. 63), Art. 152 N 19.

65 BSK StGB-WEISSENBERGER (Fn. 63), Art. 152 N 18.

66 AK StGB-MRÄZ (Fn. 38), Art. 152 N 13.

erheblicher Bedeutung sein, d.h., sie müssen objektiv geeignet sein, die Adressaten zu schädigenden Vermögensdispositionen zu veranlassen.⁶⁷ Als erheblich gelten bspw. Angaben über das Aktienkapitel oder auch (unwahre) Mitteilungen «über die im folgenden Quartal erwarteten Gewinne oder Umsätze, aufgetretene Produktfehler oder Umweltschäden, Sanierungskosten- und -erfolge, eingegangene vertragliche Verpflichtungen, Organen und Mitarbeitern eingeräumte Optionen und Abgangsentschädigungen».⁶⁸

Das gezielte «Darstellen eines Unternehmens in der Öffentlichkeit als verantwortungsbewusst und umweltfreundlich [...], ohne dass hierfür jedoch eine hinreichende Grundlage existiert»,⁶⁹ kann als unwahre Angabe über ein kaufmännisches Gewerbe i.S.v. Art. 152 StGB qualifiziert werden. Erforderlich ist der Nachweis, dass die unwahren oder unvollständigen Angaben (eventual-) vorsätzlich⁷⁰ sowie im Bewusstsein, dass diese «geeignet sind, andere zu einem vermögensschädigenden Verhalten zu motivieren», (zumindest mittelbar⁷¹) durch eine der in Art. 152 StGB aufgeführten Personen erfolgen.⁷² Nicht erforderlich ist jedoch der Nachweis einer (allfälligen) Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht.⁷³ Somit erscheint eine Strafbarkeit von Greenwashing-Praktiken auf der Grundlage von Art. 152 StGB grundsätzlich denkbar.

Überdies wurde im Strafgesetzbuch im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur sog. «Konzernverantwortungsinitiative»⁷⁴ der Übertretungstatbestand des Art. 325^{ter} StGB eingeführt. Dieser sieht in Abs. 1 lit. a vor, dass mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft wird, wer vorsätzlich «in den Berichten gemäss den Artikeln 964a [und] 964b [...] OR falsche Angaben macht oder die Berichterstattung unterlässt». Der Bericht über nichtfinanzielle Belange muss gemäss Art. 964b Abs. 1 OR u.a. «Rechenschaft über Umweltbelange, insbesondere die CO₂-Ziele», ablegen. Auch die fahrlässige Begehung ist mit Busse, konkret bis zu 50 000 Franken, bedroht (Art. 325^{ter} Abs. 2 StGB).

67 BSK StGB-WEISSENBERGER (Fn. 63), Art. 152 N 27; AK StGB-MRÄZ (Fn. 38), Art. 152 N 13.

68 BSK StGB-WEISSENBERGER (Fn. 63), Art. 152 N 28.

69 THOMAS JUTZI, *Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht*, recht 2017, S. 251–277, S. 277 (Anm. 210).

70 Vgl. BGer 6B_230/2011 vom 11.8.2011 E. 6.4.

71 BSK StGB-WEISSENBERGER (Fn. 63), Art. 152 N 5; PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 152 N 2.

72 BSK StGB-WEISSENBERGER (Fn. 63), Art. 152 N 5.

73 PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI (Fn. 34), Art. 152 N 8; BSK StGB-WEISSENBERGER (Fn. 63), Art. 152 N 35.

74 Vgl. Der Bundesrat, *Medienmitteilung vom 3.12.2021, Bestimmungen für besseren Schutz von Mensch und Umwelt gelten ab 1. Januar 2022* (abgerufen von: <<https://www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm-msg-id-86226.html>> [11.9.2023]).

II. Nebenstrafrecht

1. Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG

Im Bereich des Nebenstrafrechts ist im Kontext von Greenwashing primär an eine Verletzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu denken.⁷⁵ Dieses hält in Art. 3 Abs. 1 lit. b fest, dass unlauter handelt, 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». Unrichtig oder irreführend ist eine Angabe im Sinne des UWG, wenn eine «Diskrepanz zwischen dem durch eine Angabe hervorgerufenen Verständnis des Durchschnittsadressaten und den tatsächlichen Gegebenheiten» besteht.⁷⁶ Zudem muss die Angabe wettbewerbsbezogen sein, d.h. sie muss geeignet sein, die Entscheidungsfindung potenzieller Kundinnen und Kunden «und damit letztlich das Verhältnis zwischen den Wettbewerbsteilnehmern zu beeinflussen»,⁷⁷ so dass zulasten der Konkurrenz mehr Kundinnen und Kunden für die eigenen Produkte gewonnen werden können.⁷⁸ Nicht als unrichtige oder irreführende Angabe im Sinne des UWG in Betracht kommen indes vom Adressatenkreis «als solche erkennbare und nicht ernst genommene Marktschreierei bzw. reklamehafte Übertreibungen».⁷⁹ In Übereinstimmung mit BLATTMANN sollten jedoch nur (masslos übertriebene) Angaben, die vom Durchschnittsadressaten mit Sicherheit erkannt werden können, zu einem Ausscheiden der Anwendbarkeit des UWG führen.⁸⁰

Konkret mit Blick auf Greenwashing führt KAPTAN aus, «dass Aussagen über die Umwelt- bzw. Klimafreundlichkeit von Produkten oder einer Anbieterin irreführende Angaben im Sinne des UWG darstellen können, wenn diese nicht zutreffen oder vom Durchschnittsadressaten so verstanden werden, dass das Produkt bzw. die Anbieterin «grüner» ist, als dies tatsächlich der Fall ist».⁸¹ Diese Sichtweise teilt auch der Bundesrat und hält im Kontext einer Interpel-

75 MARIE-CHRISTINE KAPTAN, Klimawandel, SZW 2022, S. 586–605, S. 598.

76 MATHIS BERGER, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITER/-IN), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 49.

77 ANDREAS BLATTMANN, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), UWG Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. UWG Komm-BEARBEITER/-IN), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 72.

78 Vgl. BSK UWG-BERGER (Fn. 77), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 3.

79 RETO HEIZMANN, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK UWG-BEARBEITER/-IN), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 5.

80 UWG Komm-BLATTMANN (Fn. 78), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 14. So zu verstehen auch das Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 8.5.2015, in: sic! 2015, S. 645–651, S. 648.

81 KAPTAN (Fn. 76), S. 598f.

lation zu irreführenden Umweltangaben fest, dass umweltbezogene Produktangaben «unlauter im Sinne des UWG sein» können.⁸²

Ein vorsätzlicher⁸³ Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG kann gemäss Art. 23 Abs. 1 UWG (auf Antrag) mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden. Strafantragsberechtigt sind die gemäss Art. 9 und 10 UWG zur Zivilklage Berechtigten, somit neben Marktteilnehmenden insb. auch Kundinnen, die in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind.⁸⁴

Jedenfalls bei der Tatbestandsvariante der unrichtigen oder irreführenden Angaben muss es sich um ein abstraktes Gefährungsdelikt handeln, da der Tatbestand bereits mit dem Machen der Angaben, die lediglich geeignet sein müssen, die Entscheidung der Adressaten zu beeinflussen, vollendet ist.⁸⁵

Die Tatbestandsvariante der Begünstigung Dritter im Wettbewerb auf entsprechende Weise kann aufgrund des Wortlauts («im Wettbewerb *begünstigt*») demgegenüber kein blosses Gefährungsdelikt sein, da eine Begünstigung wohl einen über eine (selbst konkrete) Gefährdung hinausgehenden Erfolg (Vorteil) darstellt.

Zwischen Art. 146 StGB und Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG besteht echte Konkurrenz.⁸⁶ Sind jedoch die Voraussetzungen von Art. 146 StGB nicht vollumfänglich erfüllt, so fungiert Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG als Auffangtatbestand.⁸⁷

Einer parlamentarischen Initiative aus dem Jahr 2021 mit dem Titel «*Stopp dem Greenwashing*» und dem Ziel, Art. 3 UWG hinsichtlich Greenwashing (als unlauteres Verhalten) explizit zu ergänzen, wurde vom Nationalrat (auf Antrag der vorberatenden Kommission⁸⁸) keine Folge gege-

82 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates auf die Interpellation 22.4162 (Fn. 25).

83 Fahrlässiges Verhalten wird von Art. 23 Abs. 1 UWG nicht erfasst. Vgl. BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON (Fn. 77), Art. 23 N 22.

84 Vgl. BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK (Fn. 77), Art. 9 N 4 ff.; BSK UWG-RÜETSCHI (Fn. 77), Art. 10 N 1 ff.

85 Vgl. So namentlich das Bundesgericht in BGer 6B_891/2016 vom 6.10.2016 E. 5.1 oder 6B_252/2016 vom 28.4.2016 E. 1.2. Demgegenüber für konkretes Gefährungsdelikt (wenn gleich mit der im Wesentlichen selben Begründung wie hier): BACHMANN (Fn. 28), S. 51; BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON (Fn. 77), Art. 23 N 5; UWG Komm-HEIMGARTNER (Fn. 78), Art. 23 N 29.

86 UWG Komm-HEIMGARTNER (Fn. 78), Art. 23 N 52; BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON (Fn. 77), Art. 23 N 47.

87 DANIEL SCHAFFNER/PHILIPPE SPITZ, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, Art. 23 N 42. Vgl. hierzu auch die zutreffende Feststellung von BSK StGB-MAEDER/NIGGLI (Fn. 63), Art. 146 N 2: «Gerade im Zusammenhang mit Lug und Trug ist an das (scheinbar oft vergessene) UWG zu erinnern, das zahlreiche unlautere – umgangssprachlich «betrügerische» – Verkaufsmethoden erfasst und unter Strafe stellt.»

88 Die Rechtskommission des Nationalrats führte u.a. aus, «dass beispielsweise das Landwirtschaftsgesetz oder das Lebensmittelgesetz bereits Bestimmungen zum Täuschungsschutz enthalten, die auch strafrechtlich sanktioniert werden können» und ein entsprechendes Verbot über-

ben.⁸⁹ Bezugnehmend auf diesen Entscheid des Nationalrats beantwortete der Bundesrat eine (neuere) Interpellation, die ebenfalls nach einer Revision des UWG hinsichtlich Greenwashing fragt, jedoch dahingehend, dass das UWG in dieser Hinsicht zu revidieren sei.⁹⁰ Mit Blick auf das Werben mit umweltbezogenen Angaben hält der Bundesrat aber fest, dass eine Regelung mit entsprechenden Vorgaben vertieft geprüft und allenfalls im Umweltschutzgesetz (USG) verankert werden müsste.⁹¹

2. Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG

Neben einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG käme im Kontext von Greenwashing grundsätzlich auch ein Verstoß gegen die «eng verwandt[e]»⁹² Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. i (i.V.m. Art. 23) UWG in Betracht. Gemäss dieser Bestimmung handelt unlauter, wer «die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werken oder Leistungen verschleiert und dadurch den Kunden täuscht». Zentrales Tatbestandselement ist bei dieser Bestimmung die Verschleierung.⁹³ Mit der Täuschung der Kundschaft ist das Delikt vollendet. Insofern wäre hier wohl ein konkretes Gefährdungsdelikt (immer bezogen auf das Rechtsgut fairer Wettbewerb) anzunehmen. Art. 3 lit. b UWG verlangt demgegenüber keine Täuschung.⁹⁴

In Übereinstimmung mit der Ansicht von BERGER, dass die von Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG erfassten Fälle «ebenso gut» unter Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG subsumiert werden könnten und «sämtliche Abgrenzungsversuche zwischen Art. 3 Abs. 1 lit. i und Art. 3 Abs. 1 lit. b reichlich gesucht»⁹⁵ erscheinen sowie mit Blick auf die geringe praktische Relevanz der Bestimmung,⁹⁶ wird an dieser Stelle auf weitere Erläuterungen zu Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG verzichtet.

dies wenig praxistauglich wäre, «da die Abklärung der Frage, ob ein konkretes Produkt als klimaneutral beziehungsweise umweltfreundlich angepriesen werden dürfte, jeweils mit grossem administrativem Aufwand verbunden wäre» (vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 3. Februar 2022, Ziff. 2, abgerufen von: https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2021/Kommissionsbericht_RK-N_21.457_2022-02-03.pdf [11.9.2023]).

89 Parlamentarische Initiative 21.457, Stopp dem Greenwashing (abgerufen von: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20210457>) [11.9.2023].

90 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates auf die Interpellation 22.4162 (Fn. 25).

91 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates auf die Interpellation 22.4162 (Fn. 25).

92 STEFANIE MEIER-GUBSER, Arbeitsrechtlicher Gedankenflug übers UWG, AJP 2014, S. 1486–1500, S. 1492.

93 BSK UWG-BERGER (Fn. 77), Art. 3 Abs. 1 lit. i N2. Verschleiern erfasst sowohl aktives Tun als auch Unterlassen (siehe a.a.O.).

94 BSK UWG-BERGER (Fn. 77), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 52.

95 BSK UWG-BERGER (Fn. 77), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 27.

96 Vgl. OFK UWG-HEIZMANN (Fn. 80), Art. 3 Abs. 1 lit. i N2 und 19.

3. *Exkurs: Strafbarkeit von Greenwashing im Bereich des Finanzmarktrechts*

Im Bereich des Finanzmarktrechts finden sich, wie erwähnt, verschiedene Definitionen von Greenwashing. Bei diesen geht es um die (vermeintliche) Nachhaltigkeit von Finanzprodukten bzw. «die Täuschung von Kundinnen und Kunden bezüglich nachhaltiger Eigenschaften von Finanzprodukten und -dienstleistungen».⁹⁷ Abklärungen der FINMA zeigen, «dass Greenwashing-Praktiken im Vertrieb von Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen zu beobachten sind und dass Anbieter bezüglich ihrer Produkte oftmals vage bis irreführende Versprechungen machen».⁹⁸ Das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) enthält aktuell jedoch keine spezifischen Vorschriften zur Bekämpfung von Greenwashing.⁹⁹ Zum gleichen Schluss kommt auch der Bundesrat und hält fest, dass «es in der Schweiz für Finanzdienstleistungen weder auf Gesetzes- noch auf regulatorischer Ebene spezifische Transparenzgebote oder Pflichten zur nachhaltigen Entwicklung» gibt.¹⁰⁰ Gemäss BACHMANN wäre es jedoch grundsätzlich denkbar, dass «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 [Kursmanipulation]» erfüllt.¹⁰¹ Scheitern dürfte eine entsprechende Strafbarkeit jedoch regelmässig an der Kursbeeinflussungsabsicht, da das Werben mit Nachhaltigkeit primär dem Kundenfang oder der Imagepflege und weniger der Kursbeeinflussung dient.¹⁰² Daneben greifen im Kontext von Finanzprodukten und Greenwashing auch die oben erläuterten Tatbestände des UWG.¹⁰³

97 Der Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.12.2022: Bundesrat will Greenwashing im Finanzmarkt vorbeugen (abgerufen von: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92279.html>> [11.9.2023]).

98 FINMA, Risikomonitor 2021, S. 19 (abgerufen von: <<https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/risikomonitor/20211110-finma-risikomonitor-2021.pdf?la=de>> [11.9.2023]).

99 FINMA, Aufsichtsmitteilung (Fn. 16), S. 6.

100 Der Bundesrat, Standpunkt des Bundesrates bezüglich Greenwashing-Prävention im Finanzsektor, S. 1 (abgerufen von: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74576.pdf>> [11.9.2023]).

101 BACHMANN (Fn. 28), S. 50.

102 BACHMANN (Fn. 28), S. 50.

103 BACHMANN (Fn. 28), S. 53 f.

C. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für Greenwashing

Hauptakteure und Hauptnutznießer von Greenwashing sind Unternehmen. Es ist daher nur konsequent zu fragen, inwieweit Unternehmen als solche für Greenwashing strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.

I. Art. 102 Abs. 1 StGB

1. Grundlegendes

Die Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen findet sich in Art. 102 StGB unter der Marginalie der «Strafbarkeit» (des Unternehmens). Dies impliziert, dass sich Unternehmen strafbar machen und bestraft werden können. Während Letzteres aus Art. 102 Abs. 1 StGB¹⁰⁴ auch explizit hervorgeht («[...] wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft»), macht sich das Unternehmen nach dem Gesetzeswortlaut hingegen nicht als solches *strafbar*, sondern es werden die von Individualpersonen begangenen unternehmensbezogenen¹⁰⁵ Verbrechen und Vergehen dem Unternehmen vielmehr (bloss) *zugerechnet*.¹⁰⁶ Es ist nach Art. 102 Abs. 1 StGB – zumindest terminologisch – nicht das Unternehmen, das die Tat *begeht*, auch wenn ein Unternehmen freilich gar nicht anders kann als durch seine Mitarbeitenden und Leitungspersonen zu handeln oder zu delinquieren. Das Unternehmen ist demnach zwar Strafsubjekt, nicht jedoch Tatsubjekt bzw. Täter des Verbrechens oder Vergehens. Straftatbestände richten sich nach wie vor ausschliesslich an natürliche Personen.

Die Bestrafung des Unternehmens setzt allerdings sehr wohl einen *Vorwurf* gegenüber dem Unternehmen selbst (freilich repräsentiert durch dessen Leitungspersonen) voraus, konkret der *intransparenten personellen Organisationsstrukturen*, die eine Zurechnung der Tat zu einer bestimmten natürlichen Person verunmöglichen.

Auch wenn das System der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB nicht durchwegs konsistent (und darüber hinaus unter Präventionsaspekten kriminalpolitisch verfehlt) ist, so lässt sich sowohl aus der Formulierung der

104 Hinsichtlich Greenwashing ist lediglich die subsidiäre Verantwortlichkeit des Unternehmens gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB relevant. Die originäre Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB scheidet mit Blick auf den darin enthaltenen Deliktskatalog von vornherein aus.

105 Der Konnex zur Verantwortlichkeitssphäre des Unternehmens wird in Art. 102 Abs. 1 StGB durch das Erfordernis der Tatbegehung «*in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks*» hergestellt.

106 Dabei genügt die objektiv und subjektiv tatbestandsmässige und rechtswidrige Tatbegehung durch eine Individualperson, die sich selbst – etwa mangels Schuld – gar nicht strafbar macht oder aus anderen Gründen nicht bestraft werden kann.

Norm als auch aus deren Stellung im allgemeinen Teil des StGB sowie dem damit verbundenen Zweck – nämlich die Voraussetzungen der Unternehmensstrafbarkeit für Verbrechen und Vergehen festzulegen – nur mit viel Fantasie etwas anderes erkennen als eine *Zurechnungsnorm*.¹⁰⁷ Dem Gesetzgeber zu unterstellen, er hätte mit Art. 102 StGB eine – wohl irrtümlich? – im allgemeinen Teil des StGB angesiedelte *Übertretung* (gemäss Art. 103 StGB?, begangen von Individualpersonen, an deren Stelle das Unternehmen bestraft wird?) geschaffen, die im Ergebnis selbst (eventual-)vorsätzliche Gesundheitsschädigungen oder gar Tötungen von Kunden und Kundinnen, Anrainern und Anrainerinnen etc. als Übertretungen qualifizieren würde, wenn diese von Unternehmen zu verantworten sind, ist Beweis dafür, dass der Fantasie keine Grenzen gesetzt sind.¹⁰⁸ Wäre dann im Übrigen die mit 5 Millionen Franken begrenzte Busse, die aus präventiven Gesichtspunkten gegenüber Unternehmen eindeutig zu niedrig angesetzt ist, für eine blosser Übertretung paradoxerweise nicht jedenfalls zu hoch?

Art. 102 Abs. 1 StGB stiess – nicht überraschend – von Anbeginn an auf essenzielle Kritik,¹⁰⁹ schliesslich ist er die – den internationalen Mindeststandard vollkommen ignorierende – Antithese einer Unternehmensstrafrechtsnorm: Abs. 1 verhindert eine Bestrafung von Unternehmen weitestgehend. Zunächst erscheint es eher als Ausnahme, dass keine natürliche Person ermittelt werden kann. Überdies liegt es im Interesse des Unternehmens, eine für die Tat verant-

107 BGE 146 IV 68 E. 2.3.2 ff.; OGer SO STBER.2011.32 vom 17.4.2012. Siehe auch BStGer BB.2016.359 vom 14.12.2016, E. 4; NIKLAUS SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 2003, S. 203–224, S. 206; YVAN JEANNERET, La responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de la circulation routière, AJP 2004, S. 917–926, S. 919; ALAIN MACALUSO/ANDREW M. GARBARSKI, Nr. 56 Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, Arrêt du 21 juillet 2014 dans la cause X. contre Ministère public central du canton de Vaud – 6B_7/2014, forum-poenale 2014, S. 322–325, S. 324 m.H.; MARK PIETH, Die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht: materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, Basel 2020, S. 279–295, S. 286 ff.; MARIANNE JOHANNA HILF [LEHMKUHL], Die Strafbarkeit juristischer Personen im schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Recht, ZStW 2014, S. 73–104, S. 97 ff.; DIES., Vom Nutzen der Diskussion in Österreich und Deutschland für eine Reform des Schweizer Unternehmensstrafrechts, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht: materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, Basel 2020, S. 251–277, S. 256 ff., S. 268 f.; JAN WENK, Strafbefehle im Unternehmensstrafverfahren, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht: materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, Basel 2020, S. 389–412, S. 399 ff.

108 So jedoch MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, § 8 – Unternehmensstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021, N 18 ff.; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (Fn. 63), Art. 102 N 18 ff., 33.

109 Siehe nunmehr auch Transparency Schweiz, Strafbarkeit des Unternehmens (2021); Transparency Schweiz, Strafverfolgung des Unternehmens (2023); PIETH (Fn. 108), S. 279 ff.; MARIANNE JOHANNA LEHMKUHL, Wer nicht will, der hat schon . . . , . . . ein effektives und effizientes Unternehmensstrafrecht?, in: Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli (Hrsg.), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Zürich 2021, S. 197–216, S. 204 ff.

wortliche natürliche Person auszuliefern und dadurch seine Bestrafung abzuwenden. Die Ermittlung und allenfalls Bestrafung lediglich einer (oder allenfalls auch mehrerer) für das Unternehmen tätigen Individualperson(en) vermag aber keinen ausreichenden präventiven Effekt auf das Unternehmen zu entfalten. Die Bestrafung des Unternehmens setzt wiederum voraus, dass einer nicht ermittelten Person die objektiv und subjektiv tatbestandsmässige und rechtswidrige Tatbegehung nachgewiesen wird (!).

2. Anwendbarkeit im Kontext von Greenwashing

Vor diesem Hintergrund erscheinen die folgenden Ausführungen als müssig, dennoch ist es wert, die Unternehmensstrafbarkeit für Greenwashing im Detail weiter zu analysieren. Und sei es nur, um das Plädoyer für eine Streichung des Abs. 1 und Ausdehnung des Abs. 2 des Art. 102 StGB noch dringlicher erscheinen zu lassen und eines Tages doch noch Gehör beim Gesetzgeber zu finden.

Mit Ausnahme von Art. 325^{ter} StGB, der als Übertretung ausgestaltet ist,¹¹⁰ stellen die Straftatbestände, die Greenwashing erfassen können, Vergehen oder Verbrechen dar und kommen somit grundsätzlich als sog. «Anlassdelikte» für eine Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB in Betracht.

Eine Unternehmensstrafbarkeit für Greenwashing gemäss Art. 146 StGB i.V.m. Art. 102 Abs. 1 StGB wird aufgrund der oben dargelegten Gründe (insb. der Problematik des Nachweises des Motivationszusammenhangs) jedoch allenfalls bereits an der Nichterfüllung des Betrugstatbestands selbst scheitern.

Eine Strafbarkeit des Unternehmens gemäss Art. 152 StGB i.V.m. Art. 102 Abs. 1 StGB ist demgegenüber grundsätzlich denkbar, sofern im Einzelfall die Anlasstat tatbestandsmässig und rechtswidrig verwirklicht wird.¹¹¹ Allerdings handelt es sich bei Art. 152 StGB um ein Sonderdelikt. Es muss daher nachgewiesen werden, dass die unwahren Angaben über das kaufmännische Gewerbe aus dem qualifizierten – und damit eng umschriebenen – Täterkreis¹¹² stammen.¹¹³ Eine Konstellation, in der i.S.v. Art. 152 StGB zwar nachgewiesen werden kann, dass die unwahren Angaben von einem qualifizierten Tatsubjekt gemacht wurden bzw. von einem solchen stammen, ohne jedoch konkret eruieren zu können, von welcher Person, erscheint höchst unwahrscheinlich. In der Regel wird sich die Anlasstäterschaft ermitteln lassen. Kann aber die konkrete Sonderdeliktstäterin identifiziert werden, so scheidet eine Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 1 StGB ex lege aus. Umgekehrt setzt die Unter-

110 Vgl. hierzu KARL HOFSTETTER, *Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative und Unternehmenshaftung*, SJZ 117/2021, S. 571–582, S. 573; ebenso CHRISTOPH B. BÜHLER, *Nicht-finanzielle Berichterstattung nach dem Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative und ihre Bedeutung für den Finanzsektor*, SZW 2021, S. 716–725, S. 724.

111 Vgl. HOFSTETTER (Fn. 111), S. 573; BÜHLER (Fn. 111), S. 724.

112 Siehe oben Fn. 61.

113 BGer 6B_230/2011 vom 11.8.2011 E. 6.4.

nehmensstrafbarkeit den Nachweis einer objektiv und subjektiv tatbestandsmässigen Sonderdeliktstat einer unbekanntenen Person voraus. Das Erbringen eines solchen Nachweises erscheint wiederum höchst unwahrscheinlich bzw. scheint sich die Praxis mit einer mehr oder weniger begründeten Verdachtslage¹¹⁴ zufrieden geben zu müssen, will sie ein Unternehmen strafrechtlich zur Verantwortung ziehen.

Ein Unternehmen kann grundsätzlich auch für einen Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG) gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden – freilich sofern wiederum keine verantwortliche natürliche Person eruiert werden kann. Angesichts der oben angesprochenen Hindernisse, die eine Bestrafung von Unternehmen wegen Art. 146 oder 152 StGB unwahrscheinlich machen, stellt sich hier das Strafbarkeitsrisiko für Unternehmen am grössten dar. Lediglich Vertreter der Auffassung, Art. 7 VStrR (auf den Art. 26 UWG verweist) sei *lex specialis*¹¹⁵ zu Art. 102 Abs. 1 StGB, werden diesem Befund widersprechen.

II. Art. 7 VStrR

Während Art. 7 VStrR auf die Delikte des StGB keine Anwendung finden kann, enthält Art. 26 UWG einen Verweis auf Art. 6 und 7 VStrR. Art. 7 VStrR sieht als «Sonderordnung» bei Bussen¹¹⁶ für Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben vor, dass von der Verfolgung strafbarer natürlicher Personen «Umgang genommen und an ihrer Stelle die juristische Person, die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder die Einzelfirma zur Bezahlung der Busse verurteilt werden» kann, wenn höchstens eine Busse von 5000 Franken in Betracht fällt und «die Ermittlung der nach Artikel 6 [VStrR] strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen bedingen [würde], die im Hinblick auf die verwirkte

114 Siehe insb. MARK LIVSCHITZ, Das Unternehmensstrafrecht in der Schweiz, in: DACH (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, Zürich 2007, S. 1–32, S. 31.

115 So insb. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (Fn. 63), Art. 102 N 13, 112; so explizit auch BGE 144 I 242 E. 3.1.1, in dem das Bundesgericht verneint, Art. 7 VStrR würde juristischen Personen (für den Anwendungsbereich der Bestimmung!) Deliktsfähigkeit bescheinigen. Vgl. schon BGE 105 IV 172 E. 3; ALAIN MACALUSO/ANDREW M. GABARSKI, in: Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann, Basler Kommentar zum Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020 (zit. BSK VStrR-BEARBEITER/-IN), Art. 7 N 61, bezeichnen Art. 7 VStrR zwar als *lex specialis* zu Art. 102 Abs. 1 StGB, finden allerdings dennoch einen «paralle[en] (aber nicht kumulativ[en])» Anwendungsbereich für Art. 102 Abs. 1 StGB «in gewissen Konstellationen» (N 60, 64).

116 «Bussen» i.S.v. (Übertretungs-)Bussen sowie (vor der AT-Revision 2007 für) Geldstrafen für Vergehen und (aufgrund der Maximalhöhe vermutlich eher theoretisch) Verbrechen (siehe ANDREAS EICKER, § 12 – Wirtschaftsstrafrecht im Lichte allgemeinen Verwaltungsstrafrechts – Ein Überblick, in: Jürg-Beat Ackermann [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021, N 20; MARIANNE JOHANNA LEHMKUHL, in: Thomas Abt/Roland Norer/Florian Wild/Nicolas Wisard [Hrsg.], Kommentar zum Waldgesetz, Zürich 2022, Art. 44 N 11).

Strafe unverhältnismässig wären». Für Fälle von unter Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG subsumierbares Greenwashing können daher Unternehmen gemäss Art. 7 VStrR zur *Bezahlung* einer *Individualbusse* oder -strafe verurteilt werden, sofern es sich (a) um einen Bagatellfall handelt und (b) die Ermittlung der Individualtäterschaft mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre.

Die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 7 VStrR sind somit (sehr) eng umschrieben. Überdies ist die Anwendung der Norm in das Ermessen der Behörde gestellt (Kann-Bestimmung). Sofern sich die Verfolgungsbehörde zu einem Vorgehen gemäss Art. 7 VStrR entschliesst, hat sie des Weiteren ein Kunststück zu vollbringen, nämlich nachzuweisen, dass sich eine aufgrund unverhältnismässigen Ermittlungsaufwands nicht identifizierte Einzelperson strafbar gemacht, also objektiv und subjektiv tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Inwieweit es den *Nachweis* der *Strafbarkeit* an sich einer unbekanntenen Person erleichtern soll, dass für die (hypothetische) *Strafbemessung* lediglich «objektive Gesichtspunkte» heranzuziehen seien,¹¹⁷ bleibt schleierhaft, stellt aber wohl die Aufforderung des Höchstgerichts an die Strafbehörden dar, vor der (faktischen und rechtsstaatlichen) Unmöglichkeit nicht zu kapitulieren (!).¹¹⁸ Die Praxis scheut nicht davor zurück, Unternehmen Individualverdachtsstrafen bezahlen zu lassen.

Auch wenn an dieser Stelle nicht vertieft in die Diskussion um das höchst umstrittene Wesen von Art. 7 VStrR eingestiegen werden kann, so ist doch offensichtlich, dass es sich nicht nur um eine rechtsstaatlich höchst bedenkliche,¹¹⁹ sondern auch kriminalpolitisch verfehlte Norm handelt, die verfahrensökonomische Bedürfnisse¹²⁰ in nicht sachgerechter Weise mit dem zum Entstehungszeitpunkt der Norm bestehenden Bedürfnis, eine «Krücke»¹²¹ für das (noch) nicht vorhandene Unternehmensstrafrecht zu schaffen, verquickt.¹²²

117 BGer 6S.488/2005 vom 31. 8. 2006 E. 3: «Da die verantwortlichen natürlichen Personen nicht bekannt sind, kann bei der Ermittlung der Bussenhöhe gemäss Art. 63 MWSTV das Verschulden lediglich in objektivierter Form bestimmt werden. Ob vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt wurde, lässt sich ohne Kenntnis der verantwortlichen natürlichen Personen nicht beurteilen und hat deshalb ausser Betracht zu bleiben. Dasselbe gilt für die persönlichen Verhältnisse der verantwortlichen natürlichen Personen»; EICKER (Fn. 117), N 22.

118 Ähnlich wohl BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI (Fn. 116), Art. 7 N 26, die es für «notwendig» erachten, «die Anforderungen insb. an den Beweis des subjektiven Tatbestandsmerkmals [...] zu lockern».

119 Siehe nur ANDREAS EICKER/FRIEDRICH FRANK/JONAS ACHERMANN, *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, Bern 2012, S. 65 m.w.N.

120 Art. 7 VStrR soll der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden dienen (siehe nur Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 21. April 1971, BBl 1971 I 993 ff., S. 1005; EICKER/FRANK/ACHERMANN [Fn. 120], S. 63).

121 LEHMKUHL, *Nutzen* (Fn. 108), S. 276 m.w.H.

122 MARIANNE JOHANNA HILF [LEHMKUHL], *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht – Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte*, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Hrsg.), *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht*, Zürich 2017, S. 89–114, S. 98 ff.

Als Opportunitätseinstellungsnorm aus Effizienzgründen im Individualstrafverfahren taugt Art. 7 VStrR nicht, weil die Behörde an einer Feststellung der Strafbarkeit der unbekannt Person laut *Gesetz* («verwirkte Strafe») ohnedies nicht vorbeikommt (obwohl die Individualperson gar nicht bestraft werden soll). Der beabsichtigte verfahrensökonomische Zweck kann durch diese Norm gar nicht eintreten, weil es des genannten Nachweises bedarf, der jedoch – realistischerweise – kaum je erbracht werden kann, was sich am Ende doch noch verfahrensökonomisch günstig auswirkt, weil – mit dem «Segen» des Bundesgerichts – mit Verdachtsmomenten das Auslangen gefunden werden kann.¹²³

Eine Norm, die eine *Strafbarkeit* von Unternehmen vorsieht, kann Art. 7 VStrR (im Unterschied zu Art. 102 StGB) schon vom Ansatz und Wortlaut her auch nicht sein, weil sie weder die «Bestrafung» des Unternehmens noch einen – einer solchen (ja stets mit einem Tadel verbundenen) Bestrafung notwendigerweise zugrunde liegenden¹²⁴ – Vorwurf eines Organisationsverschuldens gegenüber dem Unternehmen verlangt.¹²⁵ Das Unternehmen hat lediglich – im Sinne einer «Ausfallhaftung» – die durch eine nicht ermittelte natürliche Person verwirkte Individualstrafe zu bezahlen, sofern es dazu verurteilt wird.¹²⁶

Aufgrund der vollkommen unterschiedlichen Konzeptionen der beiden Normen kann Art. 7 VStrR daher auch *nicht lex specialis*¹²⁷ zu Art. 102 Abs. 1

123 BGer 6S.488/2005 vom 31. 8. 2006 E. 3; HILF (Fn. 123), S. 98.

124 Vgl. KURT SEELMANN, Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), *Wirtschaft und Strafrecht*, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 169–186, S. 176; WOLFGANG WOHLERS, Die Verbandsschuld – Pièce de résistance für ein Verbandsstrafrecht, in: Marc Engelhart/Hans Kudlich/Benjamin Vogel (Hrsg.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention*, Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, S. 503–520, S. 505 f.; MARIANNE JOHANNA HILF [LEHMKUHL], Grundkonzept und Terminologie des österreichischen strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), NZWiSt 2016, S. 189–193, S. 190.

125 A.A. BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI (Fn. 116), Art. 7 N 30, 36. Eine von den Autoren in Bezug genommene rechtswidrige Praxis (insb. des SECO: *Schuldpruch* des Unternehmens auf Basis von Art. 7 VStrR!, N 31) vermag die Unanwendbarkeit der Norm nicht zu übertünchen und die mangelnde Rechtsstaatlichkeit der Norm nicht zu heilen!

126 Vgl. GÜNTER HEINE, Straftäter Unternehmen: das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, recht 2005, S. 1–10, S. 7; MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Bern 2006, S. 57; HILF (Fn. 123), S. 99; MARIANNE JOHANNA HILF [LEHMKUHL]/HANS VEST, Gutachten «Umweltstrafrecht», im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt, Bern 2016, S. 63 f.; PETER BURCKHARDT, § 16 – Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden, in: Claudio Bazzani/Reto Ferrari-Visca/Simone Nadelhofer (Hrsg.), *Interne Untersuchungen, Eine umfassende Darstellung der rechtlichen und praktischen Aspekte, inklusive Amts- und Rechtshilfe und Kooperation mit Behörden*, Basel 2022, S. 543–609, S. 561 f.; «Solidarhaftung»: EICKER/FRANK/ACHERMANN (Fn. 120), S. 63.

127 Vgl. auch EICKER/FRANK/ACHERMANN (Fn. 120), S. 69; SCHAFFNER/SPITZ (Fn. 88), Art. 26 N 13; MARIANNE JOHANNA HILF [LEHMKUHL]/HANS VEST, in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl-Ludwig Fahrländer, *Kommentar NHG*, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. NHGK-BE-ARBEITER/-IN), Art. 24b N 2; ANDREAS WASSERFALLEN, in: Roland Norer (Hrsg.), *Landwirtschaftsgesetz (LwG)*, Bern 2019, Art. 174 N 16; a.A. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (Fn. 63), Art. 102 N 13.

StGB sein, bloss weil es eine Überlappung der Anwendungsbereiche mit Blick auf Vergehen (und theoretisch Verbrechen) gibt, andernfalls sich diese Frage gar nicht stellen würde.¹²⁸ Vielmehr stehen die beiden Normen zueinander im Verhältnis der *Komplementarität* und sind in einer chronologischen Stufenfolge zu prüfen.¹²⁹

Art. 7 VStrR erfreut sich in der Praxis – allen Bedenken zum Trotz – durchaus breiter Anwendung,¹³⁰ wie auch das unrühmliche Beispiel der Bodenseever- schmutzung aus dem Jahr 2022 belegt.¹³¹ Eine Anwendung auf Greenwashing- Sachverhalte erscheint demnach nicht unwahrscheinlich, zumal sowohl Strafver- folgungsbehörden als auch Unternehmen ein Interesse an der Anwendung der Norm haben können, wobei Unternehmen es letztlich in der Hand haben, die Anwendung der Norm zu begünstigen oder auch zu verhindern¹³² (Stichwort: Auslieferung eines Sitzdirektors wie im Kontext von Art. 102 Abs. 1 StGB).

D. Fazit

Die Strafbarkeitsrisiken für Unternehmer bzw. Unternehmerinnen sowie Unter- nehmen, die hinsichtlich ihrer Angebote bzw. Produkte Greenwashing betrei- ben, sind *de lege lata* überschaubar. Dies gilt im Besonderen für den Bereich des Kernstrafrechts. Eine Subsumtion von Greenwashing unter den (nahelie- genden) Tatbestand des Betrugs gemäss Art. 146 StGB scheidet allenfalls am schwierig nachzuweisenden Motivationszusammenhang oder – je nach Auffas- sung – am mangelnden Schadenseintritt. Am wahrscheinlichsten ist eine Straf- barkeit aufgrund eines Verstosses gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG), der als Auffangtatbestand fungiert. Dieser Lösungsweg er- scheint sachgerecht, da es sich bei Greenwashing um das Werben mit (unzutref-

128 Vgl. HILF (Fn. 123), S. 101. Für Übertretungen kommt allein Art. 7 VStrR in Betracht, da Art. 102 Abs. 1 StGB auf Vergehen und Verbrechen beschränkt ist (s. Art. 105 Abs. 1 StGB).

129 HILF (Fn. 123), S. 101 f.; NHGK-HILF/VEST (Fn. 128), Art. 24b N 2; ähnlich BSK VStrR-MACA- LUSO/GARBARSKI (Fn. 116), Art. 7 N 60, 64 trotz Qualifikation des Art. 7 VStrR als *lex specialis*.

130 Vgl. BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI (Fn. 116), Art. 7 N 7 m.w.H. Ferner NORA MARKWAL- DER, *Droit pénal de l'entreprise: Évolutions et perspectives en droit pénal administratif*, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Carlo Lombardini/Andrew M. Garbarski (Hrsg.), *Dévelop- pements récents en droit pénal de l'entreprise III*, Bern 2022, S. 143–161, S. 154 ff.

131 Vgl. ENRICO KAMPMANN/SANDRO BÜCHLER/RAPHAEL ROHNER, 2760 Kilogramm Lös- schaum in Goldach ausgelaufen: Grosskonzern verschmutzt Bodensee mit längst verbotener Chemikalie, St. Galler Tagblatt vom 4. 3. 2022 (abgerufen von: <<https://www.tagblatt.ch/ostschweiz/ressort-ostschweiz/umweltskandal-2760-kilogramm-loeschschaum-in-goldach-aus-gelaufen-grosskonzern-verschmutzt-bodensee-mit-laengst-verbotener-chemikalie-ld.2258314>> [11. 9. 2023]) sowie das Standesbegehren GRÜNE-Fraktion (Kanton SG) vom 19. 4. 2022 (abgerufen von <<https://www.ratsinfo.sg.ch/media/documents/published/cdb2b123-a1df-4c47-9025-7e046887a0a7.pdf>> [11. 9. 2023]).

132 Vgl. MARC SILVANT, § 10 – La responsabilité pénale des entreprises dans la commission des in- fractions environnementales, in: Anne-Christine Favre/Anne-Christine Forrage/Loïc Parein (Hrsg.), *Droit pénal de l'environnement, Quelle consécration?*, Basel 2022, S. 293–336, S. 335.

fenden) Nachhaltigkeitsversprechen und somit (primär) um eine wettbewerbsrechtliche Frage handelt.¹³³

Während das materielle Strafrecht somit grundsätzlich eine Handhabe gegen Greenwashing bietet, zeigt sich dessen Umsetzungsmöglichkeit gegenüber Unternehmen trotz des Bestehens zweier Normen, wonach Unternehmen bestraft oder zumindest subsidiär in die Pflicht genommen werden können, als höchst defizitär.

Die rechtspolitischen Forderungen, die aktuell im Gefolge des erwähnten Bodensee-Falls hinsichtlich Art. 7 VStrR erhoben werden,¹³⁴ legen – im Lichte der obigen Ausführungen doch ein wenig überraschend – ihren Fokus ausgerechnet auf eine Erhöhung der Obergrenze der verwirkten Individualstrafe,¹³⁵ wodurch die rechtsstaatlichen Bedenken weiter intensiviert würden.¹³⁶ Dahinter steckt das – wohlbegründete – Bedürfnis, (auch) Unternehmen für Straftaten angemessen zur Verantwortung ziehen zu können. Dabei müsste doch spätestens jetzt offensichtlich geworden sein, dass nur eine sachgerechte Revision des mittlerweile immerhin existierenden Unternehmensstrafrechts (Art. 102 StGB) Abhilfe schaffen kann, konkret die Streichung des Art. 102 Abs. 1 StGB und Übernahme aller Vergehen und Verbrechen¹³⁷ sowie zusätzlich der Übertretungen in dessen Abs. 2.¹³⁸ Im Zuge dieser Revision wären dann – zeitgemäss – sämtliche Notlösungen (also Art. 7 VStrR und seine «hypertrophen Klone»¹³⁹), die eine Wurzel in der ehemals *mangelnden* Unternehmensstrafbarkeit haben, abzuschaffen.¹⁴⁰

133 Vgl. hierzu auch BSK StGB-MAEDER/NIGGLI (Fn. 63), Art. 146 N 244, die zutreffend festhalten, dass «stossende» Verkaufsmethoden unlauteres Geschäftsgebahren darstellen und somit Gegenstand des UWG sind.

134 Vgl. das Standesbegehren GRÜNE-Fraktion SG (Fn. 132).

135 Was angesichts des Wildwuchses vergleichbarer Regelungen, wie bspw. Art. 25 Abs. 2 BPS, Art. 55 Abs. 2^{bis} EleG, Art. 71 Abs. 2 EnG und Art. 89 HMG (allesamt hinsichtlich einer maximalen Busse von 20 000 Franken), sowie Art. 59a AlkG, Art. 18 Abs. 3 FATCA, Art. 49 FINMAG, Art. 24 Abs. 3^{bis} NBG und Art. 27 SRVG (allesamt hinsichtlich einer maximalen Busse von 50 000 Franken), sowie Art. 133 Abs. 1 BGS, Art. 39 BStG, Art. 100 MWSTG, Art. 40 TStG und Art. 125 ZG (allesamt hinsichtlich einer maximalen Busse von 100 000 Franken), im – in rechtsstaatlicher Hinsicht nicht nachvollziehbaren – Trend liegt.

136 Siehe ferner auch die Motion 14.4122 (Caroni), Für ein modernes Verwaltungsstrafrecht vom 10.12.2014, die u.a. festhält, dass die «Grenzbeträge» – namentlich bei Art. 7 VStrR – «antiquarisch anmuten», da sie nie der Teuerung angepasst wurden (abgerufen von <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefit?AffairId=20144122>> [11.9.2023]).

137 Vgl. nur PIETH (Fn. 108), S. 292, 294; LEHMKUHL (Fn. 110), S. 204, 215; SILVANT (Fn. 133), S. 336; Transparency Schweiz, Strafbarkeit des Unternehmens (2021).

138 LEHMKUHL (Fn. 110), S. 205, 215.

139 LEHMKUHL (Fn. 110), S. 215.

140 Mit dem alternativen Vorschlag einer Angleichung des Art. 7 VStrR (und wohl auch seiner «Klone») an Art. 102 Abs. 1 StGB (vgl. BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI (Fn. 116), Art. 7 N 39 f.; ALLISON BERETTA, Sanctionner en vertu des art. 6 et 7 DPA, Jusletter vom 8. Juli 2019, N 24 ff.) würde man lediglich «den Teufel mit dem Belzebub austreiben», steht doch gerade Art. 102 Abs. 1 StGB zu Recht in fundamentaler rechtsstaatlicher, dogmatischer und kriminalpolitischer Kritik.

Zusammenfassung

Unternehmen bewerben ihre Produkte oder Dienstleistungen häufig mit Nachhaltigkeitsversprechen, die letztlich jedoch wenig mit der Realität zu tun haben und sich insb. auch kaum überprüfen lassen. Es stellen sich in diesem Zusammenhang auch strafrechtliche Fragen: Einerseits, unter welche kern- sowie nebenstrafrechtlichen Normen sich sog. Greenwashing, d.h. das Täuschen über nachhaltige Eigenschaften von Produkten oder Dienstleistungen, subsumieren lässt und andererseits, inwiefern sich Unternehmen strafbar machen können. Greenwashing lässt sich grundsätzlich unter Art. 146 StGB (Betrug) subsumieren, wobei sich sowohl hinsichtlich des Nachweises des Motivationszusammenhangs als auch des Vermögensschadens Schwierigkeiten ergeben können. Einschlägiger erscheint hingegen der (Auffang-)Tatbestand des Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG i.V.m. Art. 23 UWG, um Greenwashing zu erfassen. Es handelt sich denn auch primär um das Werben mit unlauteren Mitteln bzw. Angaben. Greenwashing wird primär von Unternehmen zur (besseren) Vermarktung ihrer Produkte oder Dienstleistungen eingesetzt. Die Möglichkeiten zur (subsidiären) Sanktionierung bzw. Haftung von Unternehmen für Greenwashing sind vorhanden, namentlich über Art. 102 StGB oder Art. 7 VStrR, insgesamt erscheinen sie jedoch höchst defizitär.

Résumé

Les entreprises font souvent de la publicité pour leurs produits ou leurs services en faisant des promesses de durabilité qui n'ont finalement que peu de rapport avec la réalité et ne peuvent guère être vérifiées. Dans ce contexte, des questions de droit pénal se posent également: d'une part, sous quelles normes de droit pénal primaire et droit pénal accessoire le greenwashing, c'est-à-dire la tromperie sur les propriétés durables de produits ou de services, peut-il être classé et, d'autre part, dans quelle mesure les entreprises peuvent-elles être punissables.

Le greenwashing peut en principe être couvert par l'article 146 du Code pénal (escroquerie), mais des difficultés peuvent surgir tant en ce qui concerne la preuve du lien de motivation que du dommage patrimonial. En revanche, l'infraction de l'art. 3 al. 1 let. b LCD en relation avec l'article 23 de la loi sur la concurrence déloyale semble plus pertinente. Il s'agit en premier lieu de faire de la publicité avec des moyens ou des indications déloyales.

Le greenwashing est principalement utilisé par les entreprises pour (mieux) commercialiser leurs produits ou services. Les possibilités de sanctionner (subsidièrement) ou d'engager la responsabilité d'une entreprise pour greenwashing existent, notamment par le biais de l'art. 102 CP ou de l'art. 7 DPA, mais dans l'ensemble, elles semblent très insuffisantes.