

## Zur Diskussion / A discuter

### Gratis ist nicht gleich gratis, oder gibt es in der Marktwirtschaft etwas umsonst?

**CHRISTOPH LÜSCHER\***

*Das BGer musste vorliegend entscheiden, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin zu Recht ablehnte, der Beschwerdegegnerin bei der Bewerbung der «SUPERCARDplus» die Verwendung des Begriffes «Gratis-Kreditkarte» vorsorglich zu verbieten. Die Causa «SUPERCARDplus» wirft eine Reihe von Fragen auf, die nicht nur die quaestio iuris der willkürlichen (Nicht-)Anwendung des Irreführungsverbots von Art. 3 lit. b UWG betreffen, sondern auch den Sachverhalt selbst. Fragen, auf die das BGer Antworten schuldig blieb bzw. die sich für das BGer anscheinend gar nicht erst stellten.*

*Le TF devait en l'espèce trancher la question de savoir si l'instance inférieure avait rejeté à bon droit la demande de la recourante d'interdire provisoirement à la défenderesse l'usage du terme «carte de crédit gratuite» dans la publicité de la «SUPERCARDplus». Le cas «SUPERCARDplus» soulève toute une série de questions touchant non seulement l'application (ou la non application) arbitraire de l'interdiction de la tromperie au sens de l'art. 3 let. b LCD, mais également l'état de fait lui-même. Le TF aurait dû se prononcer sur ces questions ou à tout le moins se les poser.*

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des BGer

#### III. Bemerkungen

1. Ergänzungen zum Sachverhalt: Hochgradig arbeitsteilig-funktionale «Herstellung des Produktes» SUPERCARDplus und die Frage der Passivlegitimation im UWG-Verfahren
2. Normative Selbstbeurteilung der Verständnismöglichkeit des Verbrauchers von der «inkriminierten» Werbeaussage
3. Verständnismöglichkeit eines überdurchschnittlich informierten, kritischen Verbrauchers von der «inkriminierten» Werbeaussage: Gratis ist nicht gleich gratis!
4. «Kafkaeske» und in der vorgetragenen Allgemeinheit unzutreffende Erwägung der kostenlosen Benützung der SUPERCARDplus im Inland
5. Universal- versus Singulärverständnis des Attributes «gratis»
6. Alternativlösung: «Inkriminierte» Werbeaussage als nicht wörtlich zu nehmende Behauptung oder rechtsvergleichender Blick auf das europäische Recht

#### Zusammenfassung / Résumé

#### I. Sachverhalt

Auf staatsrechtliche Beschwerde hin musste das BGer vorliegend u. a. entscheiden, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zu Recht ablehnte – wonach der Beschwerdegegnerin bei der Bewerbung der Kreditkarte SUPERCARDplus die Verwendung des Begriffes «gratis» zu verbieten sei –, weil die Vorinstanz Art. 3 lit. b UWG willkürlich angewendet habe, insbesondere indem sie von der gefestigten Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild abgewichen sei. So führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass die beworbene Kreditkarte bei Warenverkäufen in der Schweiz kostenlos eingesetzt werden könne, woran auch der Umstand nichts ändere, dass für Bargeldbezug an Automat und Schalter, Waren- und Dienstleistungskäufe im Ausland variable, benutzungsabhängige Gebühren anfielen (E. 2.1). Da der Abschluss eines Kreditkartenvertrages kein spontan abgewickelter Bargeschäft sei, sei davon auszugehen, dass kein durchschnittlich verständiger, informierter und aufmerksamer Verbraucher<sup>1</sup> das Wort «gratis» im Zusammenhang mit einem Kreditkartenangebot dahin verstehe, dass etwas anderes als die Jahresgebühr entfalle. Eine Irreführungsgefahr sei deshalb nicht glaubhaft dargelegt worden (E. 2.1)

<sup>1</sup> Hervorhebung durch LÜSCHER.

## II. Erwägungen des BGer

Zunächst führt das BGer zu Art. 3 lit. b UWG allgemein aus, welche Bedeutung einem Werbetext beizumessen sei, beurteile sich nach der Rechtsprechung des BGer aus der Sicht des durchschnittlichen Adressaten<sup>2</sup>. Richte sich eine Werbebotschaft an das breite Publikum, sei nach der Rechtsprechung aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung (des Richters?!<sup>3</sup>) zu entscheiden, wie diese von den durchschnittlichen Adressaten aufgefasst werde. Auch in der Literatur werde als entscheidender Massstab auf den Durchschnittsverbraucher abgestellt (E. 3.2.1). Darauf folgen Ausführungen, die eher einem Repetitorium der vorinstanzlichen Begründung gleichen (E. 3.2.2). Schliesslich erkennt das BGer, insgesamt erweise es sich daher nicht als willkürlich, eine Irreführung des potenziellen Verbrauchers zu verneinen, wenn eine Kreditkarte, für die keine Jahresgebühr zu entrichten sei und in der Schweiz kostenlos eingesetzt werden könne, als «gratis» bezeichnet werde, auch wenn Bargeldbezüge an Automaten und Schaltern sowie Einkäufe im Ausland Kosten verursachen. Es sei nicht abwegig, dem durchschnittlich informierten Verbraucher zu unterstellen, dass er die Bezeichnung «gratis» auf die Jahresgebühr beziehe (E. 3.2.3).

## III. Bemerkungen

### 1. Ergänzungen zum Sachverhalt: Hochgradig arbeitsteilig-funktionale «Herstellung des Produktes» SUPERCARDplus und die Frage der Passivlegitimation im UWG-Verfahren

Zum besseren Verständnis der nachstehenden Bemerkungen ist der Sachverhalt noch dahin zu ergänzen und zu präzisieren, dass Herausgeberin der SUPERCARDplus nicht die Beschwerdegegnerin ist, sondern eine Bank in der Schweiz. Was heisst, dass der Verbraucher mit der besagten Bank den Vertrag für die Benützung der SUPERCARDplus abschliesst und infolgedessen ihr Kommissionen für Bargeldbezüge an Automaten und am Schalter sowie Zuschläge für die Verwendung der Karte im Ausland schuldet. Die SUPERCARDplus ist denn auch eine «Co-Branding Card», die «nur» den Namen und das Logo der Beschwerdegegnerin trägt. Sodann «outet» sich die Beschwerdegegnerin in einem ins Internet gestellten fiktiven Frage-Antwort-Spiel dahin, dass die SUPERCARDplus ein Gemeinschaftsprodukt der Beschwerdegegnerin und eines anderen Unternehmens<sup>4</sup> sei<sup>5</sup>. Und erklärt dazu, dass dieses andere Unternehmen im Auftrag der fraglichen Bank die Verantwortung für Produktentwicklung und -management, Marketing und Vertrieb, Kundendienst, Risikomanagement, Kartenverarbeitung sowie Entwicklung /Betreuung der Zusatzdienstleistungen und Kundenbindungsprogramme aller von der Bank herausgegebenen Kreditkarten erbringe. Sonach findet vorliegend eine hochgradig arbeitsteilig-funktionale Verselbständigung von Einzelbeiträgen zur «Herstellung des Produktes» SUPERCARDplus statt: Die Beschwerdegegnerin fügt dieser ihr Kundenbindungsprogramm SUPERCARD hinzu, die Bank gibt sie heraus und das dritte Unternehmen verarbeitet sie im weitesten Sinne, indem sie etwa die für den Abschluss des Kartenvertrages vorausgesetzte Prüfung der Bonität des Kartenantragstellers bzw. Verbrauchers durchführt. Vor diesem Hintergrund kann man sich füglich fragen, wessen «Produkt» die Beschwerdegegnerin in der «inkriminierten» Weise beworben hat: ihr eigenes, ihr gemeinsames mit dem anderen Unternehmen oder das der Bank, spricht doch Art. 3 lit. b UWG davon, dass unlauter handelt, wer über seine<sup>6</sup> Waren, Werke oder Leistungen etc. irreführende Angaben macht. Nun ist aber für die Passivlegitimation in einem UWG-Verfahren wegen irreführender Werbeaussage nicht auf das Possessivpronomen «seine» Waren etc. abzustellen, sondern darauf, wer beworben hat und damit nicht, wessen Produkt beworben worden ist<sup>7</sup>. Und nach dem aktuellen Werbeflyer ist zweifellos die Beschwerdegegnerin als die Werbende für die SUPERCARDplus und damit als die passivlegitimierte Partei in casu zu betrachten. Die Frage wäre nichtsdestotrotz einer summarischen Prüfung durch das BGer wert gewesen.

<sup>2</sup> Hervorhebung durch LÜSCHER.

<sup>3</sup> Hervorhebung bzw. Einfügung durch LÜSCHER.

<sup>4</sup> Hervorhebung durch LÜSCHER.

<sup>5</sup> Vgl. <http://www.supercard.plus>.

<sup>6</sup> Hervorhebung durch LÜSCHER.

<sup>7</sup> Vgl. dazu Art. 13a Abs. 1 UWG: «Der Richter kann vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von der in der Werbung enthaltenen Tatsachbehauptungen verlangen ...»

## 2. Normative Selbstbeurteilung der Verständnismöglichkeit des Verbrauchers von der «inkriminierten» Werbeaussage

Die Richter/-innen am BGer beurteilten die Causa «Kreditkarte SUPERCARDplus» offenbar ganz aus der Sicht ihrer eigenen Erfahrungen mit der «Lebenswelt» Kreditkarte. Dafür spricht auch, dass ihr Entscheid – wie im Übrigen auch jener der Vorinstanz – nicht auf fundierten Kenntnissen und profundem Verständnis der Funktionsweise des hier als Vier-Parteien-System zu qualifizierenden zweiseitigen Marktes für die Herausgabe von Kreditkarten, des «Issuing-Marktes», und für die Betreuung des Kreditkarten-Akzeptanzstellennetzes, des «Acquiring-Marktes»<sup>8</sup>, sowie des davon unabhängigen Marktes für die Betreuung eines Bankautomaten-Akzeptanzstellennetzes zeugt. Insoweit kann und darf dieser BGE durchaus als stimmig mit dem Verbraucherleitbild des durchschnittlich verständigen, informierten und aufmerksamen Verbrauchers bezeichnet werden, welches das Ergebnis der Auffassung von der Auffassung der Richter/-innen von der Verkehrsauffassung eines solchen Verbrauchers ist. Alternativ zu dieser normativen Selbstbeurteilung hätte es sich für das BGer anbieten können, entweder ein Sachverständigen-Gutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag zu geben, um zu beurteilen, ob die «inkriminierte» Werbeaussage irreführen kann, und welcher Prozentsatz der Verbraucher dadurch mindestens irregeführt werden muss, um ein Verbot dieser Aussage zu rechtfertigen. Offenbar hielt es solche Massnahmen zur Ermittlung der Verkehrsauffassung nicht für erforderlich, zumal die Beschwerdeführerin diese auch nicht beantragt zu haben scheint. Die normative Selbstbeurteilung des BGer steht denn auch ganz im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>9</sup>.

## 3. Verständnismöglichkeit eines überdurchschnittlich informierten, kritischen Verbrauchers von der «inkriminierten» Werbeaussage: Gratis ist nicht gleich gratis!

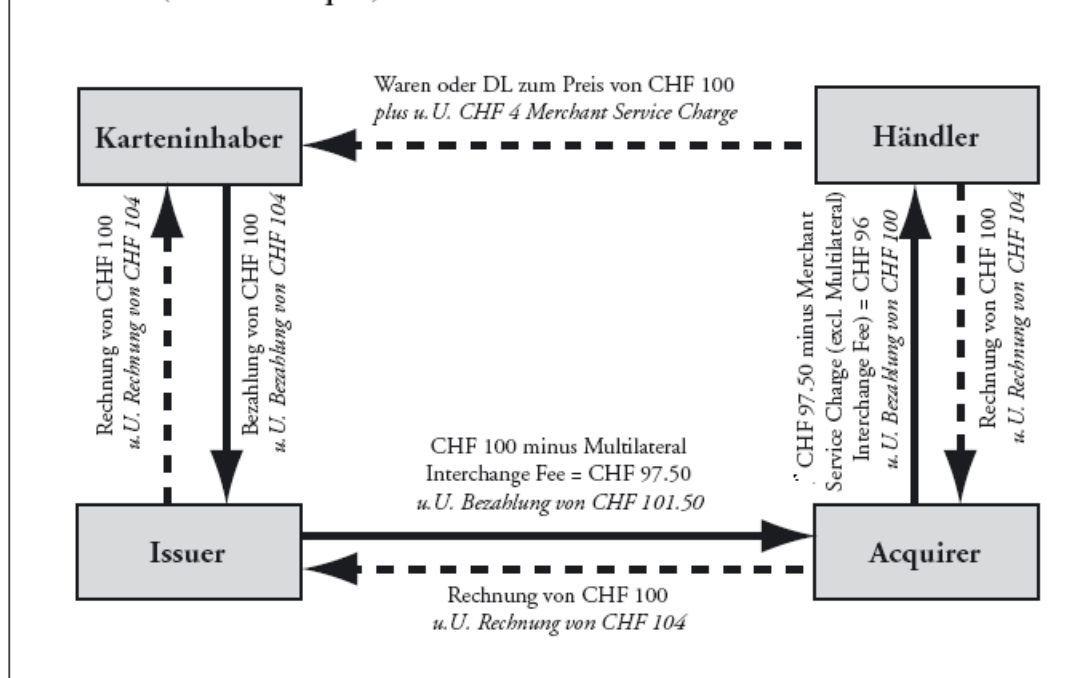
Ein kritischer, zugegeben: überdurchschnittlich informierter Verbraucher hätte sich nämlich fragen müssen, aus welchem Grund er dem Kreditkartenherausgeber, dem «Issuer», überhaupt eine Jahresgebühr zahlen sollte, zieht er dabei folgenden Sachverhalt in Erwägung: Bei jedem von ihm mit der Kreditkarte getätigten Kauf von Waren oder Bezug von Dienstleistungen im In- wie im Ausland verrechnet der «Issuer», eo ipso, automatisch dem Betreiber des Kreditkarten-Akzeptanzstellennetzes, dem «Acquirer», eine Gebühr in Form eines Prozentsatzes des zugrunde liegenden Transaktionsbetrages, für Inlandtransaktionen: die «Multilateral Interchange Fee». Die «Multilateral Interchange Fee» beläuft sich auf etwa 70% der Kommission, der «Merchant Service Charge», welche die die Kreditkarte akzeptierenden Unternehmer, die Händler, ihrerseits dem «Acquirer» zu entrichten haben<sup>10</sup> (siehe Abbildung). Das ist das eine.

<sup>8</sup> Ebenso Entscheid der Weko i.S. Kreditkarten – Interchange Fee vom 5. Dezember 2005, RPW 2006/1, 85 N 162.

<sup>9</sup> Im Allgemeinen zu Art. 3 UWG: BGE 116 II 365 E. 4a, 370; im Besonderen zu Art. 3 lit. b UWG: Urteil 5C.439/1998 vom 5. Dezember 2000, E. 1c (publiziert in Pra 2001 Nr. 118, 698 ff.).

<sup>10</sup> Vgl. dazu Entscheid der Weko i.S. Kreditkarten – Interchange Fee vom 5. Dezember 2005, RPW 2006/1, 67.

### Leistungs- und Rechnungsströme bei Benützung der Kreditkarte SUPERCARDplus im Inland (Fiktives Beispiel)



Das andere ist: Welche Leistungen des «Issuer» stehen denn dieser Jahresgebühr gegenüber<sup>11</sup>: Eine Plastikkarte, soweit sie überhaupt Eigentum des Karteninhabers wird, ein jederzeit ohne Angaben von Gründen widerrufbares und in diesem Sinne bedingtes Zahlungsverprechen<sup>12</sup> oder ein Kartenprogramm, das den Karteninhaber bzw. Verbraucher ohnehin an den «Issuer» binden soll, oder ähnliches? Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die Antwort der Beschwerdegegnerin, die sie wiederum im Rahmen des fiktiven Frage-Antwort-Spiels im Internet auf die Frage gibt, warum die Karte gratis sei. So verfüge die SUPERCARDplus neben ihrer Bargeldbezugs- und Zahlungsfunktionalität sowie der Anbindung an das Coop Supercard Programm über keinerlei weitere zusätzliche Leistungen<sup>13</sup> wie z. B. Versicherungen, Lounge-Zutritte, Lifestyleservice<sup>14</sup>. Daraus kann und darf der wie auch immer konnotierte Verbraucher den generalisierend-typisierenden Schluss ziehen, dass die Jahresgebühr einer Kreditkarte dem Entgelt für gewisse Zusatzleistungen des «Issuer» entspricht. Was eben auf die SUPERCARDplus gerade nicht zutreffen soll. Und der überdurchschnittlich informierte und kritische Verbraucher fände sich in seiner Verständnismöglichkeit des «inkriminierten» Attributs «gratis» darin bestätigt, dass es in einer Marktwirtschaft eben nichts umsonst gibt.

#### 4. «Kafkaeske» und in der vorgetragenen Allgemeinheit unzutreffende Erwägung der kostenlosen Benützung der SUPERCARDplus im Inland

<sup>11</sup> Auch der Entscheid der Weko i.S. Kreditkarten – Interchange Fee vom 5. Dezember 2005, RPW 2006/1, gibt auf diese Frage keine befriedigende und erhellende Antwort, sondern begnügt sich mit der Wiedergabe der von den «Issuere» vorgetragenen Begründungen der geringen Skalenerträge, Mehrsprachigkeit, hohen Servicequalität etc. (siehe 99 N 269). Was durch die Antwort der Beschwerdegegnerin ohnehin konterkariert wird. Interessant und auf der Linie dieser Antwort liegend ist die Feststellung der Weko (siehe 100 N 275): «Die Karteninhaber können in Abhängigkeit vom Karteneinsatz und anderen Faktoren von verschiedenen Rabatten, Bonusprogrammen und ähnlichem profitieren. Die Listenpreise [für Jahresgebühren] (Einfügung durch LÜSCHER) widerspiegeln daher nicht die von den Karteninhabern tatsächlich bezahlten Preise.»

<sup>12</sup> Gemäss Art. 8 der AGB für die Benützung der SUPERCARDplus behält sich die Kartenherausgeberin das Recht vor, die Karte jederzeit und ohne Angaben von Gründen zu sperren und/oder zurückzufordern, wobei dann kein Anspruch auf anteilmässige Rückerstattung der Jahresgebühr entsteht [soweit eine solche geschuldet ist] (Ergänzung durch Lüscher). Mit der Rückforderung fällt die Berechtigung des Karteninhabers sofort dahin, bei Vertragsunternehmen der Kartenorganisation ... Waren und Dienstleistungen zu beziehen (Art. 2 AGB), <http://www.supercardplus.ch/bestellen-vertragsbedingungen-de.htm>.

<sup>13</sup> Hervorhebung durch LÜSCHER.

<sup>14</sup> Vgl. <http://www.supercardplus.ch>.

Als ob dem BGER an seiner normativen Selbstbeurteilung doch noch Selbstzweifel aufkämen, hält es in casu für entscheidend, dass nach den zutreffenden Feststellungen der Vorinstanz die gratis (ohne Jahresgebühr) ausgestellte SUPERCARDplus tatsächlich gratis gebraucht werden könne, da für Einkäufe von Waren und Dienstleistungen in der Schweiz keine Kosten erhoben würden<sup>15</sup>. Daraus könnte man wiederum verallgemeinernd-typisierend den «kafkaesk» anmutenden Schluss ziehen, dass jede in der Schweiz herausgegebene Kreditkarte, deren Benützung im Inland kostenlos ist, mit dem Attribut «gratis» beworben werden kann und darf, und das trifft wohl auf sämtliche in der Schweiz herausgegebenen Kreditkarten zu. Hier hätte eine Folgenbewertung des besagten Argumentationstopos im Besonderen und des vorliegenden Urteils im Allgemeinen durch das BGER Not getan. Andererseits garantiert der SUPERCARDplus-«Issuer» keineswegs deren Benützung ohne Kostenfolge für den Karteninhaber bzw. Verbraucher. Dies ergibt sich zum einen a maiore minus aus Art. 11 AGB, wonach die Kartenherausgeberin keine Verantwortung übernimmt, dass sich ein Vertragspartner [der Kartenherausgeberin oder des Karteninhabers oder von beiden?]<sup>16</sup> oder eine [wohl eine andere]<sup>17</sup> Bank [als die der Kartenherausgeberin]<sup>18</sup> weigern, aus irgendwelchen Gründen die Karten zu akzeptieren<sup>19</sup>. Zum anderen folgt dies daraus, dass dem die SUPERCARDplus akzeptierenden Händler gänzlich frei steht, die ihm durch deren Benützung entstandenen Kosten auf den Karteninhaber bzw. Verbraucher ganz oder teilweise zu überwälzen (siehe Abbildung). Dies als Folge der Aufhebung der «Nichtdiskriminierungsklausel»<sup>20</sup> in den Kartenakzeptanz-Verträgen<sup>21</sup>. Der die SUPERCARDplus akzeptierende Händler besitzt also die volle Freiheit, die Preise für seine Waren oder Dienstleistungen je nach der Art des dafür eingesetzten Zahlungsmittels zu differenzieren, was etwa bereits in Grossbritannien geschehen ist. Vor diesem Hintergrund verfängt der fragliche Argumentationstopos des BGER gerade nicht. In ihm kommt deutlich zum Ausdruck, dass das BGER wie die Vorinstanz die Causa «Kreditkarte SUPERCARDplus» kongruent aus der Perspektive des durchschnittlichen Verbrauchers prüften und damit den für die oben gestellte Frage der Kostenfolge entscheidenden Gesichtspunkt ausser Acht liessen, dass es sich beim Markt für «Issuing» und «Acquiring» um einen zweiseitigen Markt handelt, auf dem die verschiedenen Akteure miteinander interagieren.

##### 5. Universal- versus Singulärverständnis des Attributes «gratis»

Schliesslich kann man sich fragen, ob der durchschnittliche Verbraucher die «inkriminierte» Werbeaussage nicht dahin verstehen konnte und durfte, dass ihm die SUPERCARDplus in einer Gesamtbeurteilung gesehen günstiger käme als eine andere Kreditkarte, weil sie ja bezüglich der Jahresgebühr gratis sei. Es geht folglich um die Frage, ob sich das BGER bei seiner normativen Selbstbeurteilung an Gesamtleistungen der SUPERCARDplus hätte orientieren sollen statt singulär an der «Gratis-Jahresgebühr», die deswegen in Anführungszeichen zu setzen ist, weil ihr, wie ausgeführt, keine (zusätzlichen) Leistungen gegenüberstehen, sodass für ein Nichts in einer marktwirtschaftlichen Ordnung ohnehin nichts bezahlt wird. Welche Auswirkungen ein normatives Universalverständnis gegenüber einem Singulärverständnis im obigen Sinn gehabt hätten, lässt sich wie folgt exemplifizieren: Der SUPERCARDplus-Inhaber hat für Bargeldbezüge an Automaten im Inland eine Kommission von 3,75%, mindestens CHF 5.–, zu zahlen, und zwar unterschiedslos davon, ob der jeweilige Automat vom SUPERCARDplus-«Issuer» selbst betrieben wird oder nicht. Die Konstellationen aber, ob der Karteninhaber Geld am Automat des SUPERCARDplus-«Issuer» oder an jenem einer fremden Bank bezieht, unterscheiden sich voneinander deutlich in ihrer Kostenstruktur. Das hängt damit zusammen, dass der «Issuer» Betreibern von fremden Automaten für deren Benützung durch ihre Karteninhaber eine Gebühr entrichten muss, will er – gezwungenermassen – ein flächendeckendes Automaten-Akzeptanznetz für Geldbezüge seiner Karteninhaber auch an fremden Automaten sicherstellen. In dieser Hinsicht verhält es sich auf dem Markt für die Betreuung eines Automaten-Akzeptanznetzes gerade umgekehrt als auf jenem für die Betreuung eines Kreditkarten-Akzeptanznetzes. Es ergibt sich nun, dass der SUPERCARDplus-«Issuer» diese unterschiedliche Kostenstruktur bei der Festsetzung der Kom-

<sup>15</sup> E. 3.2.2.

<sup>16</sup> Einfügung durch LÜSCHER.

<sup>17</sup> Einfügung durch LÜSCHER.

<sup>18</sup> Einfügung durch LÜSCHER.

<sup>19</sup> Vgl. <http://www.supercardplus.ch/bestellen-vertragsbedingungen-de.htm>.

<sup>20</sup> Diese Klausel verbot es den Händlern, bei Bezahlung mit Kreditkarte einen Zuschlag zu verlangen oder bei Barzahlung einen Rabatt zu gewähren.

<sup>21</sup> So verpflichteten sich die «Acquirer» diese Klausel ab Rechtskraft des Entscheides der Weko i.S. Kreditkarten – Interchange Fee vom 5. Dezember 2005, RPW 2006/1, 75, in den bestehenden Kartenakzeptanz-Verträgen mit den Händlern aufzuheben.



missionen nicht berücksichtigt hat, ergo nicht unterscheidet zwischen Bargeldbezügen an eigenen und fremden Automaten. Dies im Gegensatz zu einigen Banken, welche die Kommission bei Bargeldbezug mit der von ihnen herausgegebenen Kreditkarten an ihren Automaten bzw. an solchen ihrer Bankengruppe zwischen je einem Drittel und zwei Drittel tiefer ansetzen<sup>22</sup>. Die angesprochene mangelnde Differenzierung kann durchaus negative wirtschaftliche Folgen für den SUPERCARDplus-Karteninhaber zeitigen: Bezieht dieser nämlich mehr als fünfmal pro Jahr mit seiner Karte Bargeld in der Höhe von jeweils CHF 200.– an einem Automaten, kommt ihm diese Karte ceteris paribus insgesamt teurer zu stehen als eine von anderen Banken herausgegebene Kreditkarte, die notabene allesamt eine Jahresgebühr erheben<sup>23</sup>.

Implizierte also das SUPERCARDplus-Angebot nach dem Gesamtverständnis des durchschnittlichen Verbrauchers und nach den typischen Wirkungen auf ihn, dass ihm die SUPERCARDplus wegen der «Gratis-Jahresgebühr» in jedem Fall und insgesamt günstiger käme als eine Kreditkarte eines anderen «Issuer», so wäre das Angebot re vera irreführend. Gegen ein solches Universalverständnis dürfte denn auch die folgende Erwägung der Vorinstanz gerichtet sein, auf die aber das BGer in keiner Weise einging: «Da der Abschluss eines Kreditkartenvertrages kein spontan abgewickelter Bargeschäft<sup>24</sup> sei, sei davon auszugehen, kein durchschnittlich verständiger, informierter und aufmerksamer Konsument verstehe das Wort «gratis» im Zusammenhang mit einem Kreditkartenangebot dahin, dass etwas anders als die Jahresgebühr entfalle<sup>25</sup>. Sonach treffen ihn eine informationelle Eigenverantwortung und Selbstinformations-Obliegenheiten. Konkret: Es ist Sache des Verbrauchers, im Internet sein eigenes Kundenprofil zu erstellen, um herauszufinden, ob die SUPERCARDplus in seinem Fall tatsächlich die für ihn günstigste Kreditkarte darstellt. Zu dieser Eigenverantwortung und diesen Selbstinformations-Obliegenheiten hätte ein «durchschnittlicher» Leser von BGE eine Stellungnahme des BGer in casu erwarten können und dürfen.

## 6. Alternativlösung: «Inkriminierte» Werbeaussage als nicht wörtlich zu nehmende Behauptung oder rechtsvergleichender Blick auf das europäische Recht

Überzeugender wäre es im Lichte der vorstehenden Ausführungen besehen allemal gewesen, wenn das BGer einen rechtsvergleichenden Blick auf Art. 5 Abs. 3 letzter Satz der Unlauteren Geschäftspraktiken-RL<sup>26</sup> geworfen und die «inkriminierte» Werbeaussage als nicht wörtlich zu nehmende Behauptung der Beschwerdegegnerin qualifiziert hätte mit der Begründung, dass der durchschnittlich (wie auch der überdurchschnittlich) informierte Verbraucher eigentlich wissen müsste und dürfte, dass in einer Marktwirtschaft gratis gleich nicht gratis sei<sup>27</sup>. Das wäre das eine. Das andere wäre die Frage, ob die Beschwerdegegnerin nicht ihre berufliche Sorgfalt verletzt habe, insofern sie bei der Bewerbung ihrer SUPERCARDplus diese als «gratis» anpries statt sie schlicht und einfach damit zu bewerben: SUPERCARDplus ohne Jahresgebühr! Träfe das zu, wäre der Tatbestand nach Art. 3 lit. b UWG mangels Irreführung zwar nicht erfüllt, was aber prozessrechtliche Auswirkungen dahin hätte zeitigen müssen, dass die jetzt einseitig erfolgte Auferlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf die Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz und das BGer nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Dazu hätte es wiederum eines rechtsvergleichenden Seitenblickes bedurft. So gilt nach dem generellen Verbot unlauterer Geschäftspraktiken von Art. 5 Unlautere Geschäftspraktiken-RL eine Geschäftspraxis als unlauter, wenn «a) sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und b) in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers ... wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.» Dieses Verbot wird sodann durch die Regeln über die beiden bei weitem verbreiteten Arten von Geschäftspraktiken in Art. 6 bis 8 verdeutlicht, worunter auch die irreführenden Geschäftspraktiken fallen<sup>28</sup>. Abgesehen davon, dass diese Regeln zu berechtigten Zweifeln darüber Anlass geben, ob und inwieweit dem Tatbestandselement

<sup>22</sup> Vgl. [http://www.comparis.ch/kreditkarten/Result Overview.aspx](http://www.comparis.ch/kreditkarten/Result%20Overview.aspx).

<sup>23</sup> Vgl. <http://www.comparis.ch/kreditkarten.aspx>.

<sup>24</sup> Hervorhebung durch LÜSCHER.

<sup>25</sup> E. 2.1.

<sup>26</sup> Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zu Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, der Richtlinie 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 vom 11. Juni 2005 (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. Nr. L 149 vom 11. Juni 2005, 22 ff.

<sup>27</sup> So wäre es ganz und gar abwegig, den Kauf einer Sache zu einem reduzierten Preis juristisch als gemischte Kauf/Schenkung einzustufen.

<sup>28</sup> Vgl. dazu Begründungserwägung Nr. 13.

«berufliche Sorgfalt» in der Folge noch eine eigen- und selbständige Bedeutung zukommt<sup>29</sup>, liegen nach der Bereichsausnahme vom generellen Verbot nach Art. 5 Abs. 3 letzter Satz, die auch für das UWG problemlos rezipierbar gewesen wäre, a priori keine unlauteren Geschäftspraktiken vor. Als Einfallstor für dessen Rezeption hätte sich Art. 2 UWG, namentlich die Referenz auf den Grundsatz von Treu und Glauben, erweisen können.

### Zusammenfassung

*Zusammenfassend kommen wir nicht umhin festzustellen, dass das Strategem der Beschwerdegegnerin aufgegangen ist: Statt bei der Bewerbung «ihrer» Kreditkarte klar und deutlich herausstreichen zu müssen: SUPERCARDplus ohne Jahresgebühr!, kann und darf sie diese mit dem ganz und gar vollmundigen Attribut «gratis» bewerben. Die Vorinstanz und durch diese vorgespurt das BGer versuchten mit teils zu wenig differenzierten und teils in der vorgetragenen Allgemeinheit unzutreffenden Argumentationstopoi darzulegen, dass gratis gleich gratis sei. Und um die Richtigkeit dieser Formel noch zu unterstreichen, verwendeten sie dabei als (weiteres) normatives Argument das Leitbild des durchschnittlich aufmerksamen, verständigen und informierten Verbrauchers, das sich im Ergebnis an der normativen Selbstbeurteilung der Vorinstanz und des BGer orientierte. In der Sache aber wäre es ein weiteres Mal darum gegangen, mit der Paradoxie der marktwirtschaftlichen Ordnung «gratis gleich nicht gratis» umzugehen. Dazu hätte die Unlautere Geschäftspraktiken-RL durchaus einen gangbaren Weg geboten, indem man diese Paradoxie durch die Unterscheidung übertriebene bzw. nicht wörtlich zu nehmende Behauptung / zutreffende Behauptung hätte invisibilisieren können. Auch ein kritischer und überdurchschnittlich informierter Verbraucher hätte sich damit abfinden können und müssen.*

### Résumé

*En résumé, nous ne pouvons constater que le stratagème de la défenderesse aurait été percé: au lieu de devoir souligner clairement et sans équivoque dans la publicité pour «sa» carte de crédit que la «SUPERCARDplus» était franche de cotisation annuelle, elle a pu être autorisée à la mettre sur le marché en l'affublant du doux qualificatif de «gratuit». L'instance inférieure et, à sa suite, le TF ont tenté de démontrer avec des arguments tantôt peu différenciés et tantôt formulés en termes trop généraux que «gratuit» signifiait gratuit. Et pour souligner l'exactitude de cette formule, l'instance inférieure et le TF ont fait usage de l'argument normatif (supplémentaire) de la figure du consommateur moyennement attentif, averti et informé, notion qui se basait en fin de compte sur leur propre appréciation normative. En l'occurrence, il aurait été judicieux de se pencher une nouvelle fois sur ce paradoxe de l'ordre économique que «gratuit ne signifie pas gratuit». A cet égard, la Directive sur les pratiques commerciales déloyales aurait permis d'atténuer ce paradoxe en distinguant les affirmations exagérées, ou à ne pas prendre à la lettre, des affirmations exactes. Même un consommateur critique et très bien informé aurait pu et dû s'en contenter.*

\* Dr. iur., MAES, Rechtsanwalt, Zürich. Der Autor dankt seinem Freund, Christoph Holenweg, für die erste kritische Durchsicht des Manuskripts.

<sup>29</sup> Darauf werfen auch die Begründungserwägungen der Unlauteren Geschäftspraktiken-RL kein klärendes Licht.