

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLV
Erlassverzeichnis	XLIX
Abkürzungsverzeichnis	LIII

Einleitung	1
------------------	---

Teil 1: Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege	5
--	---

§1 Wortlaut von Artikel 8 UWG	5
§2 Systematik: Artikel 8 als Verweisung auf Artikel 9 UWG	6
§3 Historische Auslegung der Artikel 8 und 9 UWG	9
§4 Teleologie: Einschränkung von Artikel 9 UWG	10
§5 Grenzen der Rechtsfindung; Auslegung und Lückenfüllung	31
§6 Verhältnis der Rechtsfindungselemente («Methodenpluralismus»)	46

Teil 2: Umfang der Unwirksamkeit	75
---	----

Kapitel 1: Ausgangslage, Fragestellung	75
---	----

§7 Möglichkeiten einer Erweiterung der Unwirksamkeit	75
§8 Übersicht über die Lehre	80

Kapitel 2: Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung	82
§ 9 Rechtsfolgeordnung des UWG	82
§ 10 Rechtsfolgeordnung der Artikel 19 f. OR	86
§ 11 Gesetzliche Grundlage	126
Kapitel 3: Rechtslage in Deutschland	130
§ 12 Ausgangslage	130
§ 13 Bedeutung für die Schweiz	133
Kapitel 4: Reparatorische Rechtsbehelfe	135
§ 14 Artikel 9 Absatz 3 UWG	135
§ 15 Artikel 2 ZGB	152
Kapitel 5: Teleologie der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung	176
§ 16 Der Zweck von Artikel 8 UWG	176
§ 17 Zweck und Sinn von Artikel 8 UWG	179
§ 18 Europakonforme Auslegung	197
§ 19 Transparenz, Sachwalter, Risikotragung	209
§ 20 Ergebnis	214
Kapitel 6 und § 21: Zwischenergebnis und Abwägung der Auslegungselemente	214
Kapitel 7: Rechtsfindung durch Analogie	217
§ 22 Vom Zweck zu Interessen und Wertungen	217
§ 23 Konsumkreditgesetz	220
§ 24 Gesamtanalogie	246
§ 25 Grundlagen für überkompensatorische Rechtsfolgen	254
§ 26 Prinzip der Geltung des Zulässigen?	304

Teil 3: Zusammenfassung und Ergebnis	315
<hr/>	
§27 Allgemeines	315
<hr/>	
§28 Unwirksamkeit ex lege? (zu Teil 1)	315
<hr/>	
§29 Erweiterte Unwirksamkeit? (zu Teil 2)	317

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLV
Erlassverzeichnis	XLIX
Abkürzungsverzeichnis	LIII

Einleitung	1
------------------	---

Teil 1: Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege	5
---	---

§1 Wortlaut von Artikel 8 UWG	5
-------------------------------------	---

§2 Systematik: Artikel 8 als Verweisung auf Artikel 9 UWG	6
I. Allgemeines	6
II. Wortlaut von Artikel 9 UWG	7
III. Äussere Systematik	8

§3 Historische Auslegung der Artikel 8 und 9 UWG	9
--	---

§4 Teleologie: Einschränkung von Artikel 9 UWG	10
I. Rechtsfolge von Artikel 9 UWG	11
II. Teleologische Einschränkung von Artikel 9 UWG	13
1. Allgemeines	13
2. Begründung der Einschränkung	14
a. Artikel 8 UWG als Sonderfall im UWG	14
b. Handlungen und Verträge	14
c. Verweisung von Artikel 9 Absatz 3 UWG	17
d. Artikel 28a ZGB	18
e. Artikel 5 KG	19
f. Verbesserung der Rechtsdurchsetzung	19
g. Artikel 20, 21 und 31 OR	21
aa. Wissen(-Können/-Müssen) des «Unwirksamkeits-Gegners»	22

<i>bb. Inhalts- und Willensmängel</i>	25
<i>cc. Öffentliches Interesse</i>	26
<i>dd. Ergebnis</i>	28
h. Ungewöhnlichkeitsregel	29
i. Verbleibender normativer Gehalt von Artikel 9 UWG? ...	31
§5 Grenzen der Rechtsfindung; Auslegung und Lückenfüllung	31
I. Allgemeines	31
1. Grenze des Wortlauts	33
2. Methoden-Grenze	35
3. Methodische Verortung der teleologischen Reduktion	35
a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	35
b. Lehre	37
c. Ergebnis	39
II. Vereinbarkeit mit dem Wortlaut	42
1. Möglichkeit einer Wortlautgrenze	42
2. Anwendung	43
§6 Verhältnis der Rechtsfindungselemente	
(«Methodenpluralismus»)	46
I. Problemstellung; Lehre	46
II. Bundesgericht	49
III. Der Vorrang des Wortlauts	50
1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	50
2. Vereinbarkeit mit dem Abwägungsmodell	52
a. Allgemeines	52
b. Kritik an der Vorrang-Theorie	53
c. Artikel 1 ZGB, Artikel 164 BV	54
d. Das Auslegungselement «Wortlaut» im Abwägungsmodell	57
IV. Die Abwägung der Auslegungselemente	60
1. Der verbleibende Vorrang des Wortlauts	61
2. «Triftige Gründe»	62
3. Anwendung auf den vorliegenden Fall	64
a. Gewichtung des Wortlauts	64
b. Gewichtung des systematischen Elements	65
<i>aa. «Nähe» der Verweisung</i>	65
<i>bb. Verweisung durch Begriffe</i>	67
<i>cc. Aufbau des Gesetzes</i>	68
<i>dd. Ergebnis</i>	68

c. Gewichtung des historischen Elements	68
d. Gewichtung des teleologischen Elements	70
e. «Ergebnisorientierte» Gewichtung der Auslegungselemente	70
aa. Problem der Befristung der Anfechtbarkeit	71
bb. Gestaltungsklagerecht?	72
V. Ergebnis	73
<hr/>	
Teil 2: Umfang der Unwirksamkeit	75
<hr/>	
Kapitel 1: Ausgangslage, Fragestellung	75
<hr/>	
§7 Möglichkeiten einer Erweiterung der Unwirksamkeit	75
I. Unzulässigkeit aufgrund des Masses	75
II. «Qualitative» Erweiterung	77
III. Ganzwegfall des Vertrages oder der allgemeinen Geschäftsbedingungen	80
<hr/>	
§8 Übersicht über die Lehre	80
<hr/>	
Kapitel 2: Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung	82
<hr/>	
§9 Rechtsfolgeordnung des UWG	82
I. Artikel 8 (und 2) UWG	82
II. Artikel 9 f. UWG	82
1. Artikel 9 Absatz 1 UWG	83
2. Artikel 9 und 10 UWG	83
3. Entstehungsgeschichte	85
III. Ergebnis	86
<hr/>	
§ 10 Rechtsfolgeordnung der Artikel 19 f. OR	86
I. Zum Aufbau	86
II. Rechtsfolge nach Artikel 19 Absatz 1 OR	86
III. Rechtsfolge nach Artikel 19 Absatz 2 OR	88
IV. Rechtsfolge nach Artikel 20 Absatz 1 OR	89
1. Wortlaut	89
2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	90
3. Lehre	91
4. Ergebnis	92

V. Rechtsfolge nach Artikel 20 Absatz 2 OR	92
1. Ausgangslage	92
2. Wortlaut des Gesetzes	93
3. Entwicklung der Rechtsprechung im Allgemeinen	95
4. Globalzession	97
5. Übervorteilung (Artikel 21 OR)	99
6. Entstehungsgeschichte	101
7. Der hypothetische Parteiwille	103
a. Relevanz des hypothetischen Parteiwillens	103
b. Inhalt des hypothetischen Parteiwillens	104
c. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	106
d. Ergebnis	107
8. Blue-Pencil-Test	107
a. Problem und Lösungsmöglichkeiten	107
b. Bedeutung	112
aa. Allgemeines	112
bb. Grammatikalische und teleologische Auslegung	113
cc. Verhindern «sachgerechter» Ergebnisse	114
c. Ergebnis	115
VI. Zwischenergebnis	115
VII. Befreiungsmöglichkeit (Artikel 20 Absatz 2 OR)	115
VIII. Normative Zuständigkeit von Artikel 20 OR	118
1. Bedeutung	118
2. Lehre und Rechtsprechung	118
3. Voraussetzung: Trennung der Schranken	122
4. Ergebnis	125
<hr/>	
§ 11 Gesetzliche Grundlage	126
I. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage	126
II. Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage	128
1. Rechtsfolgenseite	128
2. Tatbestandsseite	129
III. Ergebnis	130
<hr/>	
Kapitel 3: Rechtslage in Deutschland	130
<hr/>	
§ 12 Ausgangslage	130
<hr/>	
§ 13 Bedeutung für die Schweiz	133

Kapitel 4: Reparatorische Rechtsbehelfe	135
§ 14 Artikel 9 Absatz 3 UWG	135
I. Allgemeines	135
II. Artikel 41 OR	137
III. Artikel 62 und 423 OR	140
1. Leistungskondiktion (Artikel 62 OR)	140
2. Nichtleistungskondiktion (Artikel 62 OR)	141
3. Artikel 423 OR	142
a. Allgemeines	142
b. «Zuweisungsgehalt»	143
c. Gewinn	143
4. Zuweisungsgehalt	144
a. Allgemeines	144
b. Artikel 9 Absatz 3 UWG als Rechtsfolgeverweisung	147
aa. Problem	147
bb. Artikel 28a Absatz 3 ZGB	149
cc. Voraussetzungen des Gewinnherausgabeanspruchs	150
IV. Zwischenergebnis	151
V. Subjektive Momente bei der Bestimmung der Rechtsfolge?	152
§ 15 Artikel 2 ZGB	152
I. Artikel 2 Absatz 1 ZGB	152
1. Vertragsschluss als Treuwidrigkeit	153
a. Allgemeines	153
b. Notwendigkeit einer «rechtlichen Sonderverbindung»	154
c. Besonderheit bei Artikel 8 UWG?	157
d. Sonderverbindung bei Vertragsverhandlungen	159
e. Zwischenergebnis	161
f. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen als treuwidriges Verhalten	161
g. Rechtsfolgen	162
h. Ergebnis	164
2. Pflicht nach Treu und Glauben, Zulässiges nicht durchzusetzen	164
II. Artikel 2 Absatz 2 ZGB	166
1. Vertragsschluss als Rechtsmissbrauch	167
a. Allgemeines	167
b. Aufgabe des Artikels 2 Absatz 2 ZGB	168
2. Weitere «Fallgruppen» des Rechtsmissbrauchsverbots	170
3. Zwischenergebnis	171
4. Subjektive Momente bei der Bestimmung der Rechtsfolge?	172

Kapitel 5: Teleologie der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung	176
§ 16 Der Zweck von Artikel 8 UWG	176
I. Notwendigkeit der Zweckermittlung?	176
II. (Mehrere) Zwecke?	178
§ 17 Zweck und Sinn von Artikel 8 UWG	179
I. Ausgangslage	179
II. Vom Zweck zum Sinn	179
1. Allgemeines	179
2. Normsinn-Hypothesen	180
3. Präventionszweck und Geltung des Zulässigen	181
4. Notwendigkeit des Förderns	181
5. Andere Mittel?	183
a. Vielfalt der Mittel	183
b. Keine Mittelauswahl?	184
c. «Negative» Mittelauswahl?	184
aa. Allgemeines	184
bb. Bestehen einer Regelung	186
cc. Sind die Artikel 9 f. UWG abschliessend?	187
aaa. BGE 91 IV 195	187
bbb. BGE 103 Ia 487	189
ccc. Normative Zuständigkeit von Artikel 9 UWG	190
d. Ergebnis	191
6. Kein Vereiteln	192
a. Allgemeines	192
b. Vergleichssituation	194
aa. Geltung des Zulässigen und erweiterte Unwirksamkeit	194
bb. Geltung des Zulässigen und «Vertragsfreiheit»	195
cc. Ergebnis	195
7. «Eliminationszweck»	196
III. Ergebnis	197
§ 18 Europakonforme Auslegung	197
I. Inhalt des Rechts der Europäischen Union	197
1. Ausgangslage	197
a. Richtlinie 93/13/EWG	197
b. Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union	198
II. Bedeutung für die Schweiz	200
1. Europarechtskonforme Auslegung	201

a. Allgemeines	201
b. Ist Artikel 8 UWG europarechtskonform auszulegen? ...	201
aa. Allgemeines	201
bb. Historische Betrachtung	202
cc. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	203
aaa. BGE 129 III 335	203
bbb. BGE 144 III 285	204
dd. «Umfang» des Nachvollzugs	204
aaa. Tatbestand und Rechtsfolge	204
bbb. Europäische Rechtsprechung	206
ee. Ergebnis	208
2. Europäisches Recht im Rechtsvergleich	208
§ 19 Transparenz, Sachwalter, Risikotragung	209
I. Vorbemerkung	209
II. Transparenzgebot	210
1. Allgemeines	210
2. Transparente Rechtsfolgen	210
3. Transparenz durch die Rechtsfolge	211
III. «Sachwalter»	212
IV. Risiko	213
§ 20 Ergebnis	214
Kapitel 6 und § 21: Zwischenergebnis und Abwägung der Auslegungselemente	214
Kapitel 7: Rechtsfindung durch Analogie	217
§ 22 Vom Zweck zu Interessen und Wertungen	217
I. Ausgangslage	217
II. Interessenkonflikt, für dessen (Auf-)Lösung eine Antwort zu suchen ist	218
§ 23 Konsumkreditgesetz	220
I. Artikel 15 KKG (Höchstzins)	220
1. Inhalt der Artikel 9 und 15 KKG	220
a. Bar-, Finanzierungs- und Überziehungskredite, Kunden- und Kreditkartenkonti	220
b. Leasingvertrag	221
2. Voraussetzungen der Analogie	223
a. Grenze der Rechtsfindung	223
b. Lücken als planwidrige Unvollständigkeit	226

3. Gründe für Artikel 15 KKG	230
a. Valuta-behalten-Dürfen im Allgemeinen	230
b. Valuta-behalten-Dürfen für «hohe Risiken»	233
c. Zinslosigkeit: Besondere Schutzbedürftigkeit von Konsumkredit-Konsumenten	234
aa. Im Allgemeinen	234
bb. Sozialpolitisch	235
d. Wertverlust bei Leasingvertrag	236
II. Analogie aus Artikel 32 KKG	237
1. Inhalt von Artikel 32 KKG	237
2. Gründe für Artikel 32 KKG	238
III. Grenzen der Analogie (Artikel 15 und 32 KKG als systemwidrige Normen)	238
1. Ausgangslage	238
2. Vorliegen systemwidriger Normen?	241
IV. Ergebnis	245
<hr/>	
§24 Gesamtanalogie	246
I. Allgemeines	246
II. Prüfprogramm: Präventionszweck und Überkompensation	248
1. Präventionszweck und -mittel (Überkompensation)	248
2. Präventionszweck	250
a. Allgemeines	250
b. Wirkung und Zweck	250
c. Strafe und Prävention	252
3. Tatbestand und besondere Begründung	252
4. Umfang: Obligationenrecht	253
5. Grenzen der Analogie	254
<hr/>	
§25 Grundlagen für überkompensatorische Rechtsfolgen	254
I. Artikel 8 UWG	254
II. Arbeitsvertragsrecht	257
1. Missbräuchliche Kündigung und fristlose Entlassung	258
a. Tatbestand	258
b. Rechtsfolge	258
c. Überkompensation	259
d. Präventionszweck	260
e. Besondere Gründe	260
aa. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	260
bb. Treuepflicht	261
cc. Mittelbare Rechtsverletzung	262

2. Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle	263
3. Ergebnis	264
III. Bereicherungsrecht und Gewinnherausgabe	264
1. Allgemeines	264
2. Überkompensation	266
a. Artikel 62 ff. OR	266
b. Artikel 423 OR	267
c. Zugewiesene Rechtsposition	268
d. Zum Begriff «Überkompensation»	269
3. Präventionszweck	272
4. Zwischenergebnis	273
5. Betroffener Interessenkonflikt	273
IV. Insbesondere: Immaterialgüterrecht	274
1. Allgemeines	274
2. Systemkonforme Ansprüche bei Verletzung von Immaterialgütern	275
3. Weitere immaterialgüterrechtliche Besonderheiten	276
a. «Nachweis des effektiven Schadens»	277
b. Lizenzanalogie	277
c. Gewinnherausgabe	278
d. Verletzerzuschlag	279
V. Rückforderungsverbot (Artikel 66 OR)	280
1. Überkompensation	281
2. Präventionszweck	281
3. Besondere Gründe	283
a. Notwendigkeit des Ausschlusses	283
b. Anwendungsbereich	286
c. Ergebnis	287
VI. Artikel 6a OR	287
1. Inhalt; Präventionszweck und -mittel?	287
2. Überkompensation	288
3. Präventionszweck	289
4. (Besondere) Gründe für Artikel 6a OR?	289
a. Interessen	289
b. Gesetzliche Wertung	290
aa. Konditionssperre (Artikel 63 Absatz 1 OR)	290
bb. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten	292
c. Relevanz für Artikel 8 UWG	292
VII. Verzugszins	293
VIII. Gewinnzusagen	295

IX. Kollektive Rechtsdurchsetzung	296
1. Artikel 10 UWG	296
2. ZPO 2011	297
3. Revision der ZPO	298
X. Artikel 4 und 10 PÜG	301
XI. Artikel 51 ff. VVG	302
XII. Ergebnis	304
<hr/>	
§26 Prinzip der Geltung des Zulässigen?	304
I. Allgemeines	304
II. Gegenteilige Normen	306
1. Schadenersatz bei Delikt (Artikel 41 ff. OR)	306
a. Artikel 41 und 43 OR	306
b. Artikel 49 OR	306
2. Herabsetzung von Konventionalstrafen (Artikel 163 Absatz 3 OR)	308
3. Arbeitsvertragsrecht	309
a. Artikel 340a Absatz 2 OR	309
b. Artikel 361 Absatz 2 und 362 Absatz 2 OR	309
c. Gesamtbetrachtung und Ergebnis	310
4. Mietrecht	310
5. Landwirtschaftliche Pacht	312
6. IPRG	312
III. Ergebnis	314
<hr/>	
Teil 3: Zusammenfassung und Ergebnis	315
<hr/>	
§27 Allgemeines	315
<hr/>	
§28 Unwirksamkeit ex lege? (zu Teil 1)	315
<hr/>	
§29 Erweiterte Unwirksamkeit? (zu Teil 2)	317