

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	v
Inhaltsübersicht .....	vii
Inhaltsverzeichnis .....	xI
Literaturverzeichnis .....	xxI
Materialienverzeichnis .....	XLV
Erlassverzeichnis .....	XLIX
Abkürzungsverzeichnis .....	lIII
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1: Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege .....</b>	<b>5</b>
<b>§1 Wortlaut von Artikel 8 UWG .....</b>	<b>5</b>
<b>§2 Systematik: Artikel 8 als Verweisung auf Artikel 9 UWG .....</b>	<b>6</b>
<b>§3 Historische Auslegung der Artikel 8 und 9 UWG .....</b>	<b>9</b>
<b>§4 Teleologie: Einschränkung von Artikel 9 UWG .....</b>	<b>10</b>
<b>§5 Grenzen der Rechtsfindung; Auslegung und Lückenfüllung .....</b>	<b>31</b>
<b>§6 Verhältnis der Rechtsfindungselemente     («Methodenpluralismus») .....</b>	<b>46</b>
<b>Teil 2: Umfang der Unwirksamkeit .....</b>	<b>75</b>
<b>Kapitel 1: Ausgangslage, Fragestellung .....</b>	<b>75</b>
<b>§7 Möglichkeiten einer Erweiterung der Unwirksamkeit .....</b>	<b>75</b>
<b>§8 Übersicht über die Lehre .....</b>	<b>80</b>

---

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

---

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

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort .....</b>	<b>V</b>
<b>Inhaltsübersicht .....</b>	<b>VII</b>
<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>XI</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>XXI</b>
<b>Materialienverzeichnis .....</b>	<b>XLV</b>
<b>Erlassverzeichnis .....</b>	<b>XLIX</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>LIII</b>
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1: Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ex lege .....</b>	<b>5</b>
<b>§1 Wortlaut von Artikel 8 UWG .....</b>	<b>5</b>
<b>§2 Systematik: Artikel 8 als Verweisung auf Artikel 9 UWG .....</b>	<b>6</b>
I. Allgemeines .....	6
II. Wortlaut von Artikel 9 UWG .....	7
III. Äussere Systematik .....	8
<b>§3 Historische Auslegung der Artikel 8 und 9 UWG .....</b>	<b>9</b>
<b>§4 Teleologie: Einschränkung von Artikel 9 UWG .....</b>	<b>10</b>
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
<hr/>	
<b>§5 Grenzen der Rechtsfindung; Auslegung und Lückenfüllung</b> ....	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
<hr/>	
<b>§6 Verhältnis der Rechtsfindungselemente</b>	
(«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
aa. «Nähe» der Verweisung .....	65
bb. Verweisung durch Begriffe .....	67
cc. Aufbau des Gesetzes .....	68
dd. Ergebnis .....	68

c. Gewichtung des historischen Elements .....	68
d. Gewichtung des teleologischen Elements .....	70
e. «Ergebnisorientierte» Gewichtung der Auslegungselemente .....	70
aa. <i>Problem der Befristung der Anfechtbarkeit</i> .....	71
bb. <i>Gestaltungsklagerecht?</i> .....	72
V. Ergebnis .....	73
<hr/>	
<b>Teil 2: Umfang der Unwirksamkeit</b> .....	<b>75</b>
<hr/>	
<b>Kapitel 1: Ausgangslage, Fragestellung</b> .....	<b>75</b>
<hr/>	
<b>§7 Möglichkeiten einer Erweiterung der Unwirksamkeit</b> .....	<b>75</b>
I. Unzulässigkeit aufgrund des Masses .....	75
II. «Qualitative» Erweiterung .....	77
III. Ganzwegfall des Vertrages oder der allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	80
<hr/>	
<b>§8 Übersicht über die Lehre</b> .....	<b>80</b>
<hr/>	
<b>Kapitel 2: Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung</b> .....	<b>82</b>
<hr/>	
<b>§9 Rechtsfolgeordnung des UWG</b> .....	<b>82</b>
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/>	
<b>§10 Rechtsfolgeordnung der Artikel 19 f. OR</b> .....	<b>86</b>
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. <i>Allgemeines</i> .....	112
bb. <i>Grammatikalische und teleologische Auslegung</i> .....	113
cc. <i>Verhindern «sachgerechter» Ergebnisse</i> .....	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/> <b>§11 Gesetzliche Grundlage .....</b>	<b>126</b>
I. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage .....	126
II. Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage .....	128
1. Rechtsfolgenseite .....	128
2. Tatbestandsseite .....	129
III. Ergebnis .....	130
<hr/> <b>Kapitel 3: Rechtslage in Deutschland .....</b>	<b>130</b>
<hr/> <b>§12 Ausgangslage .....</b>	<b>130</b>
<hr/> <b>§13 Bedeutung für die Schweiz .....</b>	<b>133</b>

---

<b>Kapitel 4: Reparatorische Rechtsbehelfe .....</b>	<b>135</b>
<b>§14 Artikel 9 Absatz 3 UWG .....</b>	<b>135</b>
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 Gewinnherausgabebeanspruchs .....	150
IV. Zwischenergebnis .....	151
V. Subjektive Momente bei der Bestimmung der Rechtsfolge? .....	152
<b>§15 Artikel 2 ZGB .....</b>	<b>152</b>
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

---

---

<b>Kapitel 5: Teleologie der gesetzlichen Rechtsfolgeordnung .....</b>	<b>176</b>
<b>§ 16 Der Zweck von Artikel 8 UWG .....</b>	<b>176</b>
I. Notwendigkeit der Zweckermittlung? .....	176
II. (Mehrere) Zwecke? .....	178
<b>§ 17 Zweck und Sinn von Artikel 8 UWG .....</b>	<b>179</b>
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? a. Vielfalt der Mittel .....	183
b. Keine Mittelauswahl? .....	184
c. «Negative» Mittelauswahl? 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
<b>§ 18 Europakonforme Auslegung .....</b>	<b>197</b>
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. <i>Allgemeines</i> .....	201
bb. <i>Historische Betrachtung</i> .....	202
cc. <i>Bundesgerichtliche Rechtsprechung</i> .....	203
aaa. <i>BGE 129 III 335</i> .....	203
bbb. <i>BGE 144 III 285</i> .....	204
dd. « <i>Umfang</i> » des Nachvollzugs .....	204
aaa. <i>Tatbestand und Rechtsfolge</i> .....	204
bbb. <i>Europäische Rechtsprechung</i> .....	206
ee. <i>Ergebnis</i> .....	208
2. Europäisches Recht im Rechtsvergleich .....	208
<hr/>	
§ 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. « <i>Sachwalter</i> » .....	212
IV. Risiko .....	213
<hr/>	
§ 20 Ergebnis .....	214
<hr/>	
Kapitel 6 und § 21: Zwischenergebnis und Abwägung der Auslegungselemente .....	214
<hr/>	
Kapitel 7: Rechtsfindung durch Analogie .....	217
<hr/>	
§ 22 Vom Zweck zu Interessen und Wertungen .....	217
I. Ausgangslage .....	217
II. Interessenkonflikt, für dessen (Auf-)Lösung eine Antwort zu suchen ist .....	218
<hr/>	
§ 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. <i>Im Allgemeinen</i> .....	234
bb. <i>Sozialpolitisch</i> .....	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 überkompenatorische 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. <i>Beendigung des Arbeitsverhältnisses</i> .....	260
bb. <i>Treuepflicht</i> .....	261
cc. <i>Mittelbare Rechtsverletzung</i> .....	262

2. Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle .....	263
3. Ergebnis .....	264
<b>III. Bereicherungsrecht und Gewinnherausgabe .....</b>	<b>264</b>
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
<b>IV. Insbesondere: Immaterialgüterrecht .....</b>	<b>274</b>
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
<b>V. Rückforderungsverbot (Artikel 66 OR) .....</b>	<b>280</b>
1. Überkompensation .....	281
2. Präventionszweck .....	281
3. Besondere Gründe .....	283
a. Notwendigkeit des Ausschlusses .....	283
b. Anwendungsbereich .....	286
c. Ergebnis .....	287
<b>VI. Artikel 6a OR .....</b>	<b>287</b>
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
<b>VII. Verzugszins .....</b>	<b>293</b>
<b>VIII. Gewinnzusagen .....</b>	<b>295</b>

<b>IX. Kollektive Rechtsdurchsetzung .....</b>	<b>296</b>
1. Artikel 10 UWG .....	296
2. ZPO 2011 .....	297
3. Revision der ZPO .....	298
<b>X. Artikel 4 und 10 PüG .....</b>	<b>301</b>
<b>XI. Artikel 51 ff. VVG .....</b>	<b>302</b>
<b>XII. Ergebnis .....</b>	<b>304</b>
<hr/>	
<b>§26 Prinzip der Geltung des Zulässigen? .....</b>	<b>304</b>
<b>I. Allgemeines .....</b>	<b>304</b>
<b>II. Gegenteilige Normen .....</b>	<b>306</b>
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
<b>III. Ergebnis .....</b>	<b>314</b>
<hr/>	
<b>Teil 3: Zusammenfassung und Ergebnis .....</b>	<b>315</b>
<hr/>	
<b>§27 Allgemeines .....</b>	<b>315</b>
<hr/>	
<b>§28 Unwirksamkeit ex lege? (zu Teil 1) .....</b>	<b>315</b>
<hr/>	
<b>§29 Erweiterte Unwirksamkeit? (zu Teil 2) .....</b>	<b>317</b>