

Die Rechtsschrift im fiktiven Prozess

Daniel Markus Häusermann und Richard Stäuber (beide cand. iur., Universität St. Gallen)¹

In England messen angehende Juristen seit dem 15. Jahrhundert ihre juristischen und rhetorischen Fähigkeiten an Moot Courts, und auch internationale Moot Courts² haben Tradition. Dagegen existiert der Swiss Moot Court als erster Wettbewerb auf nationaler Ebene erst seit einem Jahr. Die Resonanz war gross: 19 Teams aus sechs Universitäten haben teilgenommen. Der Beginn einer schweizerischen *Mooting*-Tradition erscheint daher ideal, um sich mit einem wichtigen Aspekt jedes Moot Courts, nämlich dem Verfassen einer Rechtsschrift, auseinander zu setzen.

¹ Gewinner des Gesamtwettbewerbs und des Preises für die beste schriftliche Arbeit am Swiss Moot Court 2004 (zusammen mit Noëmi Schenk, St. Gallen/Lausanne und Claude Aemisegger, Lausanne). Daniel Markus Häusermann gehörte ausserdem zum *Winning Team* des Telders International Law Moot Court 2003 (Den Haag) und ist Präsident der Moot Court Association St. Gallen (MCA).

² Zu den bekanntesten internationalen Moot Courts gehören der *Philip C. Jessup International Law Moot Court* (Völkerrecht, Englisch, www.ilsa.org/jessup), der *Telders International Law Moot Court* (Völkerrecht, Engl., www.telders.org), der *Concours Casin* (EMRK, Französisch, www.concours-casin.org), der *Concours Jean-Pictet* (humanitäres Völkerrecht, Franz./Engl., www.concours-pictet.org) und der *European Law Moot Court* (Europarecht, Engl./Franz., www.elmc.org).

³ Insoweit gilt das Gleiche wie bei universitären Fallbearbeitungen, vgl. PIERRE TERCIER, *La recherche et la rédaction juridiques*, 3. Aufl., Fribourg 1999, N 765. Die Fiktion hat bei der zivilrechtlichen Berufung zur Folge, dass die Rüge der Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften (Art. 63 Abs. 2 OG) nur dort in Frage kommt, wo der Sachverhalt explizit auf die Beweismöglichkeit durch die Vorinstanz Bezug nimmt.

⁴ Standardwerke auf diesem Gebiet: PETER FORSTMOSER/REGINA OGOREK, *Juristisches Arbeiten*, 3. Aufl., Zürich usw. 2003, und in der französischen Schweiz TERCIER (Fn. 3).

A. Das Verfassen einer Moot-Court-Rechtsschrift

I. Besonderheiten einer Moot-Court-Rechtsschrift

Ein Moot Court soll angehenden Juristen die Gelegenheit bieten, sich im Prozessieren zu üben. Daher sollte er einem wirklichen Gerichtsverfahren wenigstens annähernd entsprechen. Die Teilnehmer sollten das gleiche Ziel vor Augen haben wie der Prozessanwalt in der Praxis, nämlich das Gericht vom Parteistandpunkt zu überzeugen. Die Spielregeln werden in der Praxis durch das Prozessrecht, bei einem Moot Court in erster Linie durch das Reglement gesetzt. Dieses bestimmt die Instanz, vor welcher der fiktive Prozess ausgetragen werden soll, und dadurch auch das Verfahrensrecht. An vielen Stellen greift das Reglement korrigierend in dieses Verfahrensrecht ein, um den Wettbewerb überhaupt durchführbar zu machen.

Der Swiss Moot Court fingiert einen Prozess vor Bundesgericht; anwendbar

⁵ Zum Zielpublikum juristischer Texte allgemein: TERCIER (Fn. 3), N 837 ff.

ist somit grundsätzlich das Bundesrechtspflegegesetz (OG). Einige Punkte, in denen das Reglement vom OG abweicht, beeinflussen die Ausgestaltung der Rechtsschriften so stark, dass diese im Vergleich zu einer Rechtsschrift vor Bundesgericht eine ganz eigene Prägung erhalten: Der zu bearbeitende Fall hat die Gestalt eines universitären Übungsfalles; vom Urteil des Kantonsgerichts, welches die Teilnehmer vor Bundesgericht anfechten müssen, ist lediglich das Dispositiv bekannt; gleichzeitig müssen die Teilnehmer präventiv zu einem möglichen Rechtsmittel der Gegenpartei Stellung nehmen. Ausserdem werden im Moot Court alle Sachverhaltsangaben als das Beweisergebnis der Vorinstanz(en) fingiert, d. h. sie *müssen* als bewiesen angenommen werden³.

II. Anforderungen an eine Moot-Court-Rechtsschrift

Wie jeder juristische Text hat auch die vorliegende Textgattung den allgemeinen Anforderungen an das juristische Arbeiten zu genügen⁴. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Juroren des Swiss Moot Court zwar alle erfahrene Juristinnen und Juristen sind, sich aber nicht unbedingt auf das Rechtsgebiet des Falles spezialisiert haben und in der Regel auch nicht die Zeit haben, sich mit dem Fall intensiv auseinander zu setzen. Die Argumentation sollte deshalb ohne detaillierte Kenntnis des Sachverhalts und ohne Spezialkenntnisse im betreffenden Sachgebiet verständlich sein, gleichzeitig aber die Spezialisten nicht langweilen⁵.

1. Formelles

a) Gemäss einer Umfrage unter den Juroren des Swiss Moot Court soll die **Sprache** klar, prägnant, sachlich und wissenschaftlich sein. Gerade dort, wo

das Gericht einen gewissen Beurteilungsspielraum hat, gewinnt die Argumentation an Überzeugungskraft, wenn die Handlungen der involvierten Personen mit wertenden Worten dargestellt werden⁶. Hinweise auf die mutmasslichen Motive der Gegenseite sind erlaubt, wobei hier eine gewisse Zurückhaltung geboten ist, da man sonst schnell in den Bereich der unzulässigen Sachverhaltsergänzung gerät.

b) Der **Aufbau** der Rechtsschrift soll sich an jenem einer forensischen Rechtsschrift orientieren. Nach dem Titelblatt folgt das Rechtsbegehren, danach allenfalls eine Zusammenfassung des Sachverhalts aus Sicht der vertretenen Partei. Die Begründung der Eingabe gliedert sich in einen formellen Teil (zu den Eintretensvoraussetzungen) und in den materiellrechtlichen Hauptteil. Jedes Rechtsbegehren ist in einem separaten Abschnitt zu behandeln.

Die Argumentation führt den Leser im Idealfall Schritt für Schritt an die gewünschte Schlussfolgerung heran; auf eine lehrbuchartige Systematik kommt es weniger an⁷. Dennoch ist es oft zweckmässig, im Aufbau einem gängigen Falllösungsschema zu folgen, soweit dabei nicht die schwachen Punkte vor die starken zu stehen kommen. Völlig unstreitige Punkte müssen nur angeschnitten werden, wenn dies zum Verständnis der Rechtsschrift zwingend erforderlich ist.

Eine klare Gliederung sowie Einleitungen und Schlussfolgerungen fördern den Gedankenfluss⁸. Auch der Einsatz von Zwischentiteln, welche die Schlussfolgerung des Abschnittes, den sie überschreiben, in affirmativer Form vorwegnehmen⁹, ist zu empfehlen¹⁰.

2. Umgang mit dem Sachverhalt

Wie bei der universitären Fallbearbeitung ist es auch hier verboten, den Sach-

verhalt zu ergänzen, und geboten, ihn verständlich und nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu interpretieren¹¹. Es gilt der Grundsatz, dass jeder Halbsatz aus dem Sachverhalt von mindestens einer Partei verwertet werden muss. Darauf ist bei der Arbeit mit dem Sachverhalt besonders viel Sorgfalt zu verwenden, hat doch gemäss unserer Umfrage etwa die Hälfte der eingereichten Rechtsschriften diesem Erfordernis nur mangelhaft genügt. Es kann jedoch vorkommen, dass in einen Fall bewusst irrelevante Angaben «eingebaut» werden, die entweder «objektiv» irrelevant sind, oder an deren Verwertung keine der Parteien ein Interesse hat. Tauchen diese Elemente in einer Rechtsschrift wieder auf, ist dies ein starkes Indiz dafür, dass die Verfasser die juristische Tragweite (bzw. Nicht-Tragweite) des Falles nicht ganz verstanden haben. Es ist jedoch davor zu warnen, solche «Sachverhalts-Fallen» vorschnell zu unterstellen.

3. Argumentation

Am Anfang einer universitären Fallbearbeitung steht eine Frage («Wie ist die Rechtslage?»), am Anfang einer Moot-Court-Rechtsschrift eine Affirmation («Die von uns vertretene Partei ist im Recht»). Das Ergebnis ist in beiden Fällen eine juristisch haltbare Begründung des im einen Fall schon feststehenden, im anderen Fall erst noch zu findenden Resultats. Der Lösungsweg – eine den wissenschaftlichen Ansprüchen genügende Auseinandersetzung mit den sich stellenden Rechtsfragen¹² – wird bei der Fallbearbeitung vollständig wiedergegeben, während bei der Moot-Court-Rechtsschrift nur die dem Parteistandpunkt dienlichen Argumente in die Begründung einfließen. Eine weitere Folge der Vorbestimmtheit des Resultats einer Rechtsschrift ist, dass sie nicht wie die universitäre Fallbearbeitung im

pseudo-objektiven Gutachtenstil, sondern im Urteilsstil, d.h. einer quasi-apodiktischen Aussage über die Rechtslage¹³, zu verfassen ist. Hieraus ergeben sich einige Spezialitäten der Argumentation einer Moot-Court-Rechtsschrift:

a) Zur **Gewichtung der Argumente** befragt, bevorzugen die Juroren des Swiss Moot Court ausnahmslos die Konzentration auf wenige, dafür gute Argumente. Oft bedürfen starke, d.h. einleuchtende und «zwingende» Argumente keiner langen Erläuterung. Umgekehrt sind schwache Argumente meist nur durch eine besonders sorgfältige Begründung zu retten. Es besteht somit ein latentes Risiko, dass man den schwachen Argumenten zu viel Platz einräumt¹⁴. Von den möglichen Gegenargumenten, welche beim Swiss Moot Court zu antizipieren sind, werden mit Vorteil

⁶ Dazu eingehend mit Beispielen PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Zürich usw. 2004, N 700 ff. Für ein negatives Beispiel siehe den Sachverhalt in BGE 126 I 228.

⁷ HAFTER (Fn. 6), N 625 f.

⁸ Dazu eingehend HAFTER (Fn. 6), N 620–661, 1137–1159.

⁹ Z.B. «Die Voraussetzungen für einen Grundlagenirrtum sind nicht erfüllt.»

¹⁰ Nach WYSS (MARTIN PHILIPP WYSS, Einführung in das juristische Arbeiten, 2. Aufl., Bern 2004, S. 149), würden bei universitären Fallbearbeitungen die Titel häufig nicht mitgelesen. Für den Einsatz von Zwischentiteln in forensischen Rechtsschriften plädiert HAFTER (Fn. 6), N 634 ff. An internationalen Moot Courts sind Zwischentitel gang und gäbe.

¹¹ Vgl. FORSTMOSER/OGOREK (Fn. 4), S. 82 f. Die Frage, inwieweit der Sachverhalt interpretiert werden darf, ist übrigens unter den Juroren umstritten; die Meinungen bewegen sich zwischen «nicht gestattet» und «erwünscht».

¹² Vgl. FORSTMOSER/OGOREK (Fn. 4), S. 110.

¹³ FORSTMOSER/OGOREK (Fn. 4), S. 76.

¹⁴ HAFTER (Fn. 6), N 664 f.

die schwächeren ausführlich widerlegt¹⁵, während die starken, sofern sie nicht den Kern des Falles betreffen, besser weggelassen werden.

b) Der **Umgang mit kumulativen Voraussetzungen** einer Rechtsfolge bereitet manchmal Mühe. Zweckmässig ist das folgende Vorgehen: In jedem Fall sind alle gesetzlichen Voraussetzungen zu nennen. Will man, dass die Rechtsfolge eintritt, führt nichts an einer sauberen Subsumtion für jede der Voraussetzungen vorbei. Will man die Rechtsfolge verhindern, würde es theoretisch genügen, das Vorliegen nur einer Voraussetzung zu bestreiten, doch werden mit Vorteil alle Voraussetzungen bestritten, wo sich plausible Argumente dazu finden; ist eine Voraussetzung hingegen klar erfüllt, so genügt es, sie abstrakt zu nennen.

c) Eine Erwähnung verdienen die sogenannten **Eventualstandpunkte**, die in einer universitären Fallbearbeitung naturgemäss nicht vorkommen. Oft gebietet es die anwaltliche Sorgfaltspflicht, einen Eventualstandpunkt geltend zu machen, und je nach Fall – «Caméra Café» ist ein Beispiel dafür – kann das einen grossen Teil der Argumentation ausmachen. Weil die Juroren tendenziell

einen massvollen Einsatz von Eventualstandpunkten befürworten, sollte ein Eventualstandpunkt in der Regel nur vorgebracht werden, wenn er mindestens gleich stark ist wie der Hauptstandpunkt. Um der Klarheit willen sind Eventualstandpunkt als solche zu kennzeichnen¹⁶.

d) Ohne Rückgriff auf Rechtsprechung und Lehre als sekundäre **Rechtsquellen** kommt man an einem Moot Court nicht weiter. Der Rechtsprechung ist dabei stets ein stärkeres Gewicht einzuräumen als der Lehre. Je günstiger Rechtsprechung und Lehre für den einen Parteistandpunkt sind, desto mehr Probleme hat die andere Partei, die für ihren Standpunkt spiegelbildlich ungünstigere Rechtslage zu bewältigen. Die Möglichkeit des Praktikers, den Prozess zu vermeiden oder ihn durch Vergleich oder Anerkennung zu beenden, besteht an einem Moot Court natürlich nicht. Entsprechend gross ist deshalb die Bedeutung der Techniken zum Umgang mit solchen Positionen. Dazu ein paar Beispiele¹⁷:

Steht dem Parteistandpunkt eine Gerichtspraxis entgegen, so kann man die Sachverhalte als nicht miteinander vergleichbar darstellen – eine Technik, die mit dem angloamerikanischen *distinguishing* verwandt ist. Hinweise auf Kritik an der betreffenden Rechtsprechung von Seiten der Lehre ergänzen diese Argumentation. Existiert zu einer Frage keine Gerichtspraxis und nimmt die herrschende Lehre eine für die Partei ungünstige Haltung ein, zeigt man am besten auf, warum diese Lehrmeinung im vorliegenden Fall zu einem unhaltbaren Ergebnis führen würde. Dazu steht die ganze Palette an juristischer Argumentation zur Verfügung, wie zum Beispiel rechtspolitische, begriffliche, rechtsvergleichende Argumente oder auch allgemeine Rechtsgrundsätze. Trotz allem sollten schwache

Positionen, wie oben dargelegt, nur ein geringes Gewicht und wenig Platz eingeräumt bekommen.

B. Swiss Moot Court 2004: Der Fall «Caméra Café»

I. Sachverhalt¹⁸

Albert Caille ist Geschäftsführer der Kollektivgesellschaft Caille & Cie. Diese hat vor kurzem den Vertrieb von Atlanten aufgenommen, was bei den Angestellten auf Widerstand stösst: Wiederholt sind Atlanten – allem Anschein nach von Mitarbeitern – absichtlich beschädigt worden. Caille & Cie lässt deshalb eines Nachts von der Firma Protectout SA in der Cafeteria sowie in den Gängen des Unternehmens ein Videoüberwachungssystem installieren. Gemäss dem mündlich geschlossenen Vertrag kostet die Anlage inklusive Installation CHF 10000¹⁹.

Als Herr Caille sich kurze Zeit später einige Videobänder ansieht, erfährt er aus einem Gespräch zweier Angestellter, dass der eine von ihnen, Hector B., während der Arbeitszeit pornographische Internetseiten besucht. Wutentbrannt kündigt er diesem am nächsten Morgen fristlos die Stelle und begründet den Schritt mit der Verletzung einer seiner Weisungen, die den Wortlaut trägt: «Jeglicher Besuch pornographischer Websites ist untersagt. Wer gegen diese Anweisungen verstösst, wird fristlos entlassen.» Darauf klagt Hector B. vor Arbeitsgericht auf Zahlung von CHF 30000²⁰.

Seit der Entlassung von Hector B. zweifelt Herr Caille an der Rechtmässigkeit der Videoüberwachung. Als er von der Protectout die Rechnung und den Vertrag zur Unterzeichnung erhält, ruft er umgehend deren Geschäftsführer an, um ihm mitzuteilen, dass er

¹⁵ Vgl. zum zweiten Schriftenwechsel: HAFTER (Fn. 6), N 673 ff.

¹⁶ HAFTER (Fn. 6), N 857.

¹⁷ Dazu eingehend HAFTER (Fn. 6), N 1038–1060.

¹⁸ Autoren: Prof. PASCAL PICHONNAZ und Prof. MARC AMSTUTZ (in Zusammenarbeit mit den Organisatorinnen). Der Sachverhalt wird stark gekürzt wiedergegeben.

¹⁹ Die Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrags ist für später vorgesehen.

²⁰ Die Summe setzt sich zusammen aus zwei Monatsgehältern à CHF 4500 (gestützt auf Art. 337c Abs. 1 OR) sowie Schadenersatz wegen ungerechtfertigter Kündigung (Art. 337c Abs. 3 OR).

sein Vorhaben aufgeben. Die Protectout beharrt auf der Erfüllung des Vertrags und entschliesst sich infolgedessen, gestützt auf die mündliche Abmachung eine Zahlungsklage in Höhe von CHF 10580²¹ einzureichen.

Caille & Cie schliesst auf Abweisung der Klage und macht widerklageweise Schadenersatz geltend für die Summe, die ihr im Prozess gegen Hector B. vom Arbeitsgericht auferlegt werden könnte. Im Verlauf des Verfahrens wird dieser Betrag mit CHF 18000 beziffert, entsprechend der Summe, die Caille & Cie aufgrund des rechtskräftigen Urteils an Hector B. bezahlen musste.

Von der ersten Instanz wird die Klage gutgeheissen und die Widerklage verworfen. In zweiter Instanz heisst das Kantonsgericht sowohl die Klage als auch die Widerklage vollumfänglich gut. Beide Parteien legen alle erforderlichen Rechtsmittel an das Bundesgericht ein. Da unbekannt ist, ob die Gegenpartei ebenfalls ein Rechtsmittel ergreifen wird, müssen deren potenzielle Vorbringen gegen den kantonalen Entscheid zum Voraus bestritten werden. Gruppe A vertritt die Caille & Cie, Gruppe B die Protectout SA²².

II. Wahl der Rechtsmittel, Rechtsbegehren

Als erstes gilt es, das richtige Rechtsmittel vor Bundesgericht zu wählen: Die Parteien werden versuchen, Verletzungen von Bundeszivilrecht im kantonalen Entscheid nachzuweisen, wofür ihnen die Berufung offen steht (Art. 43 OG). Da der Sachverhalt keine Hinweise auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte im kantonalen Verfahren enthält, scheidet eine staatsrechtliche Beschwerde aus.

Die Rechtsbegehren der Caille & Cie können wie folgt lauten: «(1.) Der Entscheid des Kantonsgerichtes sei aufzuhe-

ben und die Klage sei abzuweisen. (2.) Eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen. (3.) Eine mögliche Anschlussberufung sei abzuweisen. – Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.» Die Rechtsbegehren der Protectout sind bis auf das erste Rechtsbegehren, wo die Abweisung der Widerklage beantragt werden muss, gleich.

Die Rechtsschrift gliedert sich in einen formellen Teil über die Eintretensvoraussetzungen der Berufung und die materielle Argumentation zur Hauptklage der Protectout sowie zur Widerklage von Caille & Cie.

III. Zu den Eintretensvoraussetzungen

Die Berufung ist zulässig in Zivilrechtsstreitigkeiten gegen letztinstanzliche kantonale Endentscheide (Art. 43 und 48 Abs. 1 OG), in vermögensrechtlichen Streitigkeiten jedoch nur, falls der Streitwert CHF 8000 übersteigt; die Streitwerte von Klage und Widerklage werden nicht zusammengezählt²³. Diese Voraussetzungen sind *in casu* unstrittig gegeben; insbesondere überschreiten sowohl Klage (CHF 10580) wie Widerklage (CHF 18000) die Streitwertgrenze.

Weiter müssen die Parteien prozessfähig und durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein²⁴. Partei- und prozessfähig ist sowohl die Kollektivgesellschaft Caille & Cie (Art. 562 OR) wie die Protectout SA als juristische Person. Da das Dispositiv des angefochtenen Entscheides von den Anträgen beider Parteien abweicht, sind diese dadurch beschwert.

IV. Zur Hauptklage

Um sich gegen die Verurteilung durch die Vorinstanz zur Zahlung von CHF

10580 zu wehren, muss Caille & Cie geltend machen, dass die Vorinstanz in Bezug auf die Hauptklage Bundesrecht verletzt habe. Protectout wird darlegen, dass der Entscheid richtig war. In inhaltlicher Hinsicht konzentriert sich die Argumentation – angesichts fehlender Angriffsflächen beim Konsens – auf Fragen der Gültigkeit des Vertrages (Nichtigkeit, Willensmängel und eventuell Formmangel).

1. Nichtigkeit des Vertrages

a) Ein Vertrag ist nichtig, wenn er einen widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst (Art. 20 Abs. 1 OR). Da Caille & Cie sich vom Vertrag befreien möchte, steht sie hier vor der unangenehmen Situation, dass sie sich selbst der Rechtsverletzung bezichtigen muss. Die Widerrechtlichkeit ihres Verhaltens ist nicht nur eine Kernfrage dieses Falles, sondern sie ist aus Sicht der Caille & Cie auch prozessentscheidend, denn sie ist das Fundament ihrer Argumentation gestützt auf Nichtigkeit (Art. 20 OR), absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) und Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Deshalb muss Caille & Cie auf die Frage detailliert eingehen und dabei versuchen, beim Gericht Verständnis für ihre Lage zu wecken, etwa mit dem Argument, Herr Caille sei sich der Widerrechtlich-

²¹ Der Betrag setzt sich zusammen aus dem vereinbarten Preis von CHF 10000 sowie aus Verwaltungskosten, die infolge der ausstehenden Zahlung entstanden sind.

²² Der Original-Sachverhalt enthielt darüber hinaus Angaben zu einem weiteren Problemkreis. In der folgenden Lösungsskizze beschränken wir uns auf die Argumentation zu den hier dargestellten Sachverhaltselementen.

²³ Art. 48 Abs. 1, Art. 46, Art. 47 Abs. 2 OG.

²⁴ OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechtes, 7. Aufl., Bern 2001, 13 N 55 ff.

keit seines Vorhabens nicht bewusst gewesen. Protectout wird natürlich das Verhalten der Caille & Cie als rechtmässig darstellen.

b) Art. 179^{sexies} Ziff. 1 StGB stellt als Officialdelikt unter anderem den Erwerb und den Verkauf technischer Geräte, «die insbesondere dem widerrechtlichen Abhören oder der widerrechtlichen Ton- oder Bildaufnahme dienen», unter Strafe. Ist dieser Tatbestand *in casu* erfüllt, so ist der **Vertragsinhalt** widerrechtlich. Aus Sicht der Caille & Cie (bzw. von Herrn Caille) ist es aus naheliegenden Gründen nicht sehr intelligent, sich hierauf zu berufen. Tut sie es doch, kann Protectout immerhin auf die verbreitete Lehrmeinung verweisen, dass das in Frage stehende Gerät ausschliesslich zum Missbrauch dienen müsse, um den Straftatbestand

zu erfüllen²⁵, was bei gewöhnlichen Überwachungskameras klar nicht der Fall sei.

c) Nach der Rechtsprechung kann auch ein widerrechtlicher **mittelbarer Vertragszweck** die Nichtigkeit des Vertrags begründen²⁶. Dabei verfolgt die eine Partei einen widerrechtlichen Zweck, welcher für sie das entscheidende Motiv für den Vertragsschluss bildet²⁷. Die andere Partei muss diesen Zweck zumindest stillschweigend akzeptieren, was dessen Kenntnis voraussetzt²⁸. Der Sachverhalt nimmt zur Frage, ob Protectout bei Vertragsschluss die Motive von Herrn Caille kannte, nicht Stellung. Eine allfällige Kenntnis muss somit als nicht bewiesen gelten, was aus Sicht der Protectout auch ausschliesst, dass das Motiv mittelbarer Vertragszweck war.

Um dem entgegenzutreten, muss sich Caille & Cie auf dünnes Eis begeben: Im nicht mehr ganz taufrischen BGE 48 II 270 liess es das Bundesgericht im Ergebnis genügen, dass der von der einen Partei verfolgte widerrechtliche Zweck für die Gegenpartei erkennbar war²⁹. Caille & Cie kann dementsprechend argumentieren, dass Protectout aufgrund der Anweisung bei Vertragsschluss, das Überwachungssystem heimlich und nachts zu installieren, auf dessen Verwendung hätte schliessen müssen und die Überwachung daher zum mittelbaren Vertragszweck geworden sei.

In der Folge muss Caille & Cie dartun, dass die Aufnahme von Gesprächen ihrer Mitarbeiter widerrechtlich war:

aa) **Nach Art. 179^{bis} Abs. 1 StGB** wird auf Antrag bestraft, wer ein «fremdes nichtöffentliches Gespräch» ohne Einwilligung aller Beteiligten mit einem Abhörgerät abhört oder aufzeichnet. Der Tatbestand von Art. 179^{bis} Abs. 1 StGB ist *in casu* erfüllt, denn Herr Caille war offensichtlich nicht als Zuhörer geduldet («fremd») und die Gebrüder

B. durften die begründete Erwartung haben, dass das Gespräch ohne Einsatz technischer Hilfsmittel nicht mitgehört werden konnte («nichtöffentlich»)³⁰. Weil sich Caille & Cie mit der Berufung auf diese Strafnorm in ein sehr schlechtes Licht rücken würde, sollte sie das Argument jedoch nicht vorbringen.

bb) **Art. 26 Abs. 1** der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3) vom 18. August 1993 (SR 822.113) verbietet den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen. Während es unstrittig ist, dass eine Videoüberwachung unter diese Norm fällt, kann Protectout sich gegen deren Anwendbarkeit mit zwei Argumenten wehren: Erstens habe der Bundesrat damit seine Kompetenz zum Erlass von Vorschriften zum Gesundheitsschutz³¹ überschritten, da Art. 26 ArGV 3 eindeutig den Persönlichkeitsschutz³², nicht aber den Gesundheitsschutz betreffe. Die Norm sei deshalb ungültig³³. Zweitens stelle die Cafeteria keinen Arbeitsplatz im Sinne von Art. 26 ArGV 3 dar. Dem kann Caille & Cie entgegen, der Begriff des Arbeitsplatzes sei weit auszulegen, weil Art. 26 ArGV 3 jede Verhaltensüberwachung verbieten wolle, die nicht primär der Sicherheit und der Erfassung der Arbeitsleistung diene³⁴.

cc) Auf eine mögliche Verletzung zu prüfen sind auch die Normen des **privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes**. Im Vordergrund stehen dabei das Arbeitsrecht (Art. 328 Abs. 1 und Art. 328b OR) sowie der privatrechtliche Teil des Datenschutzgesetzes (Art. 12 ff. DSG) als Konkretisierungen von Art. 28 ZGB³⁵. Art. 328 Abs. 1 OR (zur allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers) tritt im vorliegenden Fall vor der Spezialnorm des Art. 328b OR zurück³⁶.

²⁵ STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu Art. 179^{sexies} m.w.H.

²⁶ Vgl. z.B. BGE 119 II 222, S. 224, E. 2.

²⁷ ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1978, S. 258.

²⁸ Vgl. BK-KRAMER, N 137 zu Art. 19/20 OR m.w.H.; BGE 47 II 86, S. 88, E. 2.

²⁹ Vgl. BGE 48 II 270, S. 277, E. 2.

³⁰ Vgl. TRECHSEL (Fn. 25), N 3 f. zu Art. 179^{bis} StGB.

³¹ Art. 6 Abs. 4 des Arbeitsgesetzes, SR 822.11.

³² Vgl. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 233.

³³ Im Ergebnis gleich, jedoch mit der u.E. unzutreffenden Argumentation, Art. 26 ArGV 3 schränke als *lex mitior* (*recte: lex inferior*) zu Art. 328b OR den letzteren ein, stehe folglich im Widerspruch zum formellen Gesetz und sei deswegen unanwendbar: REBEKKA RIESELMANN-SAXER, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Zürcher Diss., Bern 2002, S. 111 f.

³⁴ Vgl. BSK OR-REHBINDER, N 1 zu Art. 328b.

³⁵ Vgl. DSG-HÜNIG, N 1 zu Art. 12, N 1 zu Art. 13.

³⁶ Vgl. REHBINDER (Fn. 32), N 236.

Die Aufzeichnung eines Gesprächs stellt eine Datenbearbeitung i.S.v. Art. 3 lit. e DSGVO dar³⁷. Personendaten müssen rechtmässig beschafft und nach Treu und Glauben bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 + 2 DSGVO). Die Nichtbeachtung dieser Grundsätze verletzt die Persönlichkeit des Betroffenen in widerrechtlicher Weise (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO), sofern sie nicht durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse gerechtfertigt wird (Art. 12 Abs. 2 Ingress, Art. 13 DSGVO).

Caille & Cie wird sich hier darauf berufen, dass die Daten unrechtmässig (Art. 4 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 und Art. 179^{bis} Abs. 1 StGB) und, da heimlich, auch treuwidrig (Art. 4 Abs. 2 DSGVO)³⁸ beschafft worden seien. Ausserdem schränke Art. 328b Satz 1 OR die Möglichkeiten der legalen Datenbearbeitung gegenüber dem DSGVO weiter ein³⁹, indem der Arbeitgeber nur noch bestimmte, die Eignung des Arbeitnehmers oder die Durchführung des Arbeitsvertrags betreffende Daten bearbeiten dürfe. Im Übrigen sei die Aufdeckung eines Delikts auch kein Rechtfertigungsgrund für eine Verletzung des Datenschutzrechts⁴⁰.

Protectout wird demgegenüber auf die Lehrmeinung verweisen, dass Art. 328b OR keine selbstständige Bedeutung habe⁴¹ und dass die Überwachung von Mitarbeitern, die der Sabotage verdächtig sind, deren Eignung für die Arbeitsstelle beträfe, mithin auch nach Art. 328b OR zulässig sei. Im Übrigen lasse die Lehre ein überwiegendes privates Interesse an der Aufklärung eines Delikts zum Schaden des Arbeitgebers als Rechtfertigungsgrund einer Verletzung des Datenschutzrechts gelten⁴².

d) Für den Fall, dass das Bundesgericht den mittelbaren Vertragszweck als widerrechtlich erachtet, kann sich Caille & Cie auf die Vermutung der **Nichtigkeitsfolge** berufen⁴³. Protectout müsste hier

also nachweisen, dass der Zweck der (allenfalls) verletzten Normen die Nichtigkeit des Vertrags *nicht* erheische⁴⁴. Um ihre Prozessgegnerin in ein schlechtes Licht zu rücken, kann Protectout bei dieser Gelegenheit hervorheben, dass allein Caille & Cie von der Nichtigkeit profitieren würde, obwohl sie die Partei ist, deren Absichten rechtswidrig waren.

2. Willensmängel

Im Eventualstandpunkt zur Nichtigkeit des Vertrags – genauer: falls das Gericht die Widerrechtlichkeit der Videoüberwachung zwar bejaht, diese aber nicht als mittelbaren Vertragszweck ansieht – kann Caille & Cie. Willensmängel geltend machen. Dem Sachverhalt kann entnommen werden, dass Herr Caille im Zeitpunkt des Vertragsschlusses glaubte, die Videoüberwachung sei rechtmässig. Ist die Überwachung tatsächlich rechtswidrig, läge ein Motivirrtum vor.

a) Ein Motivirrtum berechtigt zur Anfechtung eines Vertrags, wenn er entweder wesentlich im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist (Grundlagenirrtum) oder durch absichtliche Täuschung hervorgerufen wurde (Art. 28 OR). Wegen der unter Art. 26 OR drohenden Schadenersatzpflicht beim Grundlagenirrtum tut Caille & Cie gut daran, sich auf die Täuschung zu stützen und sich nur hilfsweise auf den Grundlagenirrtum zu berufen⁴⁵.

Die **Gesetzesunkenntnis** als Gegenstand eines Motivirrtums wird von Judikatur und Lehre grundsätzlich als unwesentlich behandelt⁴⁶. SCHMIDLIN konkretisiert mögliche Ausnahmen, indem er verlangt, dass die fraglichen Rechtsnormen Spezialkenntnisse des Fachmanns voraussetzen und es der irrenden Partei nicht zumutbar sei, sich darüber zu erkundigen⁴⁷. Protectout kann hier darlegen, dass sogar diese Anforderungen nicht erfüllt seien: das Strafge-

setzbuch könne ohne Fachkenntnisse konsultiert werden und von einem Arbeitgeber würde man auch erwarten können, dass er das Arbeitsrecht kennt.

b) Eine **absichtliche Täuschung** im Sinne von **Art. 28 OR** kann unter anderem durch Verschweigen einer Tatsache in Verletzung einer Aufklärungspflicht begangen werden⁴⁸.

aa) Protectout hat sich vor Vertragsschluss nicht zur rechtlichen Zulässigkeit der Videoüberwachung geäussert. Die Frage, ob sie dadurch eine **Aufklärungspflicht** verletzt hat, stellt einen der Hauptpunkte des Falles dar und sollte deshalb ausführlich behandelt werden. Die Rechtsprechung hat zu der Frage Fallgruppen gebildet: Bejaht wurde eine Aufklärungspflicht u.a. im Falle eines Informationsgefälles zwischen den Parteien sowie bei Verträgen, die ein besonderes Vertrauensverhältnis voraus-

³⁷ BGE 123 III 129, S. 134, E. 3.b.cc.

³⁸ Vgl. DSGVO-MAURER, N 9 zu Art. 4; BBI 1988 II 449.

³⁹ CR CO-AUBERT, N 1 zu Art. 328b; ähnlich BGE 123 III 129, S. 134, E.3.b.cc.

⁴⁰ So der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte in seinem 7. Jahresbericht (1999/2000), Kap. 6.1, abrufbar unter www.edsb.ch/d/doku/jahresberichte.

⁴¹ Nachweise bei RIESELMANN-SAXER (Fn. 33), S. 6.

⁴² THOMAS GEISER, Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, Medialex 2001, S. 204; RIESELMANN-SAXER (Fn. 33), S. 110 und 112.

⁴³ BGE 102 II 401, S. 408, E. 3d m.w.H.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, N 980.

⁴⁴ Vgl. BGE 119 II 222, S. 224, E. 2 m.w.H.

⁴⁵ Vgl. BK-SCHMIDLIN, N 144 zu Art. 28 OR.

⁴⁶ BGE 118 II 58, S. 63, E. 3b; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 37.37.

⁴⁷ BK-SCHMIDLIN, N 333 ff. zu Art. 23/24 OR.

⁴⁸ BGE 117 II 218, S. 228, E. 6a.

setzen⁴⁹. Caille & Cie kann in diesem Sinne argumentieren, dass Protectout als Spezialistin im Bereich der Videoüberwachung über einen Wissensvorsprung verfüge. Weiter spricht für die Position der Caille & Cie, dass eine Aufklärungspflicht vermutet wird, wenn der Irrtum zugleich einen Grundlagenirrtum darstellt⁵⁰, was *in casu* zutrefte⁵¹. Hingegen verneint das Bundesgericht eine Aufklärungspflicht über Tatsachen, die der Vertragspartner selber kennen müsste⁵². Hier verweist Protectout wiederum auf die Fiktion der Gesetzeskenntnis.

bb) An die **Absicht** der Täuschung als weitere Voraussetzung von Art. 28 OR stellen das Bundesgericht und ein Teil der Lehre nur geringe Anforderungen, da die blosser Erkennbarkeit des Irrtums genügen soll⁵³. Trotzdem hat Caille & Cie hier eine äusserst schwache Position: sie muss darlegen, dass die Erkennbarkeit ihres Motivs seitens der Protectout die Erkennbarkeit ihres Irrtums bezüglich der Rechtmässigkeit der Videoüberwachung indiziere.

⁴⁹ BGE 116 II 431, S. 435, E. 3b; BGE 105 II 75, S. 80, E. 2a; SCHWENZER (Fn. 46), N 38.06.

⁵⁰ BGE 92 II 328, S. 334, E. 3b.

⁵¹ Vgl. hinten unter c).

⁵² BGE 90 II 449, S. 456, E. 4; BGE 92 II 328, S. 334, E. 3b.

⁵³ BGE 117 II 218, S. 230, E. 6b; PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÜRGEN SCHMID / HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zürich 2003, N 782.

⁵⁴ Statt aller: SCHWENZER (Fn. 46), N 22.12.

⁵⁵ SCHWENZER (Fn. 46), N 38.10.

⁵⁶ BGE 114 II 131, S. 139 f., E. 2; SCHWENZER (Fn. 46), N 37.24 ff.

⁵⁷ BGE 96 II 101, S. 104, E. 1c; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn. 53), N 784.

⁵⁸ VON TUHR/PETER (Fn. 27), S. 332; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, 2. Aufl., Zürich 1929, N 16 zu Art. 31.

Protectout wird das erwähnte extensive Verständnis der Absicht kritisieren: *De facto* schaffe das Abstellen auf die Erkennbarkeit den widersinnigen Tatbestand einer fahrlässigen Täuschung, da Vorsatz sich nach einhelliger Auffassung aus Wissen und Willen (wobei beim Eventualvorsatz das Inkaufnehmen genügt) in Bezug auf einen bestimmten Erfolg zusammensetzt⁵⁴. Beide diese Komponenten sind weder bei blosser Erkennbarkeit gegeben, noch enthält der Sachverhalt Hinweise für deren Vorliegen.

cc) Weiter muss eine **Kausalität** zwischen Täuschungshandlung und Irrtum sowie zwischen Irrtum und Abgabe der Willenserklärung vorliegen⁵⁵. Während ersteres keine Probleme bietet (wäre Albert Caille von Protectout über die Rechtslage aufgeklärt worden, läge kein Rechtsirrtum vor), kann Protectout geltend machen, dass Caille & Cie in ihrer Lage den Vertrag auch in Kenntnis der Widerrechtlichkeit abgeschlossen hätte.

c) Damit ein Motivirrtum zum **Grundlagenirrtum** nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR wird, muss er objektiv und subjektiv wesentlich sein; ob die Wesentlichkeit zudem für den Vertragspartner erkennbar sein muss, ist umstritten⁵⁶.

aa) Die Prüfung der **objektiven Wesentlichkeit**, d.h. der Frage, ob der zugrunde gelegte Sachverhalt objektiv eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellt, führt für beide Seiten zu plausiblen Schlüssen: Caille & Cie kann sich auf den Wortlaut des Gesetzes abstützen, welcher das Prinzip von Treu und Glauben anruft: Dessen Interpretation könnte hier lauten, dass ein redlicher Geschäftspartner den Abschluss des Vertrages von der Rechtmässigkeit der damit verfolgten Absichten abhängig macht. Dagegen kann Protectout argumentieren, dass – nach dem bun-

desgerichtlichen Prinzip der Folgerewägung⁵⁷ – die Ungültigkeit des Vertrages keine angemessene Rechtsfolge der Berufung auf einen Irrtum wäre: Der Verdienstausfall würde Protectout treffen, obwohl diese mit den unlauteren Absichten des Herrn Caille nichts zu tun habe.

bb) Zur Begründung der **subjektiven Wesentlichkeit** macht Caille & Cie geltend, dass Albert Caille den Vertrag nicht geschlossen hätte, wäre er sich der Widerrechtlichkeit seines Vorhabens bewusst gewesen: Deshalb habe er die Überwachung sofort gestoppt, als er an der Rechtmässigkeit der Überwachung zu zweifeln begann. Dieser Schluss ist in den Augen von Protectout verfehlt: Zwar sei es nachvollziehbar, dass Herr Caille, nachdem seine Angestellten von der Überwachung erfahren hatten, vom Installationsvertrag nichts mehr wissen wollte; über seine Einstellung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei damit aber nichts gesagt. Vielmehr deute sein Handeln darauf hin, dass er das Überwachungsvorhaben auch in Kenntnis der Illegalität durchgeführt hätte.

cc) Abschliessend wird Caille & Cie zeigen, dass die Wesentlichkeit des Irrtums von Herrn Caille für Protectout **erkennbar** war. Caille & Cie hat hier wiederum das Problem, dass sie glaubhaft machen muss, dass Herr Caille das Überwachungssystem in Kenntnis der Widerrechtlichkeit nicht hätte installieren lassen.

d) Im Eventualstandpunkt, falls ein Willensmangel vorliegt, kann Protectout sich auf die **Genehmigung** des Vertrags (**Art. 31 OR**) berufen: Nach der älteren Lehre muss die Anfechtungserklärung auf den konkret geltend gemachten Willensmangel hinweisen⁵⁸, was Caille & Cie laut Sachverhalt nicht ausdrücklich getan hat. Der Punkt ist für Protectout jedoch sehr schwach, weil die

Rechtsprechung und neuere Lehre eine konkludente Anfechtung genügen lassen⁵⁹. Genau das hat Herr Caille getan, indem er gegenüber Protectout seine Zweifel an der Rechtmässigkeit der Überwachung kundtat und ihr eine schriftliche Zahlungsverweigerung, verbunden mit der Aufforderung zur Rücknahme der Geräte, zukommen liess.

e) *Subeventualiter*, bei Vorliegen eines Grundlagenirrtums (nicht aber bei der absichtlichen Täuschung) und gleichzeitiger Verneinung einer Genehmigung (Art. 31 OR) kann Protectout von Caille & Cie immerhin **Schadenersatz** nach **Art. 26 OR** verlangen: Wer einen Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, haftet nach Art. 26 Abs. 1 OR in der Höhe des negativen Vertragsinteresses. Da dieses *in casu* noch nicht bestimmt worden ist, müsste die Sache bei Bejahung einer Haftung an das kantonale Gericht zurückgewiesen werden⁶⁰.

Bei der Begründung einer Haftung nach Art. 26 Abs. 1 OR kommt der Protectout zugute, dass das Bundesgericht an das Verhalten des Irrenden einen strengen Massstab legt⁶¹. Mithin hätte sich Herr Caille die Mühe machen können, sich über die Zulässigkeit der Videoüberwachung vorgängig zu erkundigen, was für die Fahrlässigkeit nach Art. 26 Abs. 1 OR sicher genüge.

Caille & Cie kann sich damit verteidigen, dass Art. 26 OR nicht angewandt wird, wenn die Gegenpartei den Irrtum selber herbeigeführt hat⁶², da ihr guter Glaube berechtigt sein muss. Mit den Argumenten zur Erkennbarkeit des Irrtums wird Caille & Cie auf die Bösgläubigkeit der Protectout in Bezug auf den Irrtum hinweisen⁶³.

3. Vertraglich vorbehaltene Form (Art. 16 OR)

Entgegen dem üblichen Aufbau einer Anspruchsprüfung stellen beide Par-

teien diese Thematik besser an den Schluss: Caille & Cie hat hier schlechte Karten und Protectout gewinnt mit ihrer stärkeren Position insgesamt noch nichts. Da der Sachverhalt die Problematik erwähnt, sollte man auf eine Stellungnahme zum Thema trotzdem nicht verzichten.

Art. 16 OR stellt die Vermutung auf, dass die Parteien vor Einhaltung einer vertraglich vereinbarten Form nicht an den Vertrag gebunden sein wollen. Die Vermutungswirkung von Art. 16 OR setzt voraus, dass keine Klarheit über die konstitutive oder deklaratorische Bedeutung der vereinbarten Form besteht⁶⁴, sowie dass die Parteien nicht nachträglich auf die Form verzichtet haben⁶⁵.

In casu haben die Parteien die Schriftform zwar vereinbart, jedoch nicht eingehalten. Caille & Cie kann sich daher auf den Standpunkt stellen, dass trotz inhaltlicher Einigung kein gültiger Vertrag zustande gekommen sei. Gegen die Inanspruchnahme der Vermutungswirkung durch Caille & Cie kann sich Protectout wie folgt wehren: Zum einen diene die Form – nach konkludenter Vereinbarung der Parteien – lediglich zu Beweis Zwecken, weil Caille & Cie das System so schnell wie möglich installieren wollte. Zum anderen hätten die Parteien nachträglich konkludent auf das Formerfordernis verzichtet: Ein solcher Verzicht ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen werden⁶⁶. Der zitierte Entscheid ist freilich mit dem vorliegenden Fall nicht ganz vergleichbar, betrifft er doch die beidseitige Erfüllung.

4. Fälligkeit und Verspätungsschaden

Aus Sicht der Protectout ist ihre Erfüllungsforderung über CHF 10000 auch fällig, da sie ihre Leistung vertrags-

gemäss erbracht hat (vgl. Art. 82 OR). Um Caille & Cie in Verzug zu setzen, war keine Mahnung notwendig, da diese der Protectout schriftlich ihre Zahlungsverweigerung mitgeteilt hat (Art. 108 Ziff. 1 OR *per analogiam*⁶⁷). Caille & Cie ist so auch zum Ersatz des Verspätungsschadens in der Höhe von CHF 580 verpflichtet (Art. 103 Abs. 1 OR).

V. Zur Widerklage

Mit der Widerklage bezweckt Caille & Cie, die finanzielle Einbusse von CHF 18000, die sie aufgrund der Schadenersatzverpflichtung zugunsten ihres ehemaligen Angestellten Hector B. erlitten hat, auf Protectout zu überwälzen. Um diese Forderung zu begründen, darf sie keinesfalls die Verletzung einer allfälligen vertraglichen Aufklärungspflicht (Art. 97 Abs. 1 OR) geltend machen: einerseits macht sie in der Hauptklage die Nichtigkeit des Vertrages geltend, andererseits hätte eine solche Argumentation für den Fall fehlender Nichtigkeit zur Folge, dass sie den aus ihrer Sicht mit einem Willensmangel behafteten Vertrag nach Art. 31 OR genehmigen würde⁶⁸. Als Anspruchsgrundlagen kommen deshalb die ausservertragliche Haftung (Art. 41 OR) und *culpa in contrahendo* in Frage.

⁵⁹ BGE 106 II 346, S. 349, E. 3a m.w.H.; SCHWENZER (Fn. 46), N 39.21.

⁶⁰ Zu diesem Zweck wurde das Eventualbegehren (Rechtsbegehren Nr. 2) eingefügt.

⁶¹ BGE 105 II 23, S. 27, E. 3.

⁶² BGE 113 II 25, S. 31, E. 2b.

⁶³ Art. 26 Abs. 1 OR *in fine*, 2. Alternative.

⁶⁴ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürich 1973, N 25 f. zu Art. 16.

⁶⁵ KOLLER (Fn. 43), N 809.

⁶⁶ BGE 105 II 75, S. 78, E. 1.

⁶⁷ Vgl. BGE 97 II 58, S. 64, E. 5 m.w.H.

⁶⁸ Vgl. BGE 127 III 83, S. 86, E. 1b; BGE 129 III 18, S. 23, E. 2.3.

1. Unerlaubte Handlung (Art. 41 OR)

a) Die von Caille & Cie an Hector B. zu zahlenden CHF 18000 sind als reiner Vermögensschaden zu qualifizieren. Zur Begründung der **Widerrechtlichkeit** muss daher auf eine Schutznorm zurückgegriffen werden⁶⁹. Nach der Judikatur stellen die Art. 20 und 28 OR solche Schutznormen dar: sowohl der absichtliche oder fahrlässige Abschluss eines nichtigen Vertrages wie auch eine absichtliche Täuschung sind widerrechtlich⁷⁰. Die Parteien verweisen hierzu auf die entsprechenden Punkte zur Hauptklage.

⁶⁹ BGE 112 II 439, S. 442, E. 1d.

⁷⁰ BGE 108 II 419, S. 421, E. 5; Nachweise bei PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse: dispositions générales du CO*, 2. Aufl., Bern 1997, S. 297.

⁷¹ Als Tatfrage ist die natürliche Kausalität der Kognition des Bundesgerichts entzogen (Art. 63 Abs. 2 OG). Sie muss vom Kantonsgericht bejaht worden sein, weil es sonst die Widerklage nicht hätte gutheissen können.

⁷² BGE 123 III 110, S. 112, E. 3a m.w.H. Für Unterlassungen wie im Falle des Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 OR besagt die Formel, dass nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den hypothetischen Kausalverlauf sprechen muss (BGE 124 III 155, S. 165, E. 3d).

⁷³ Vgl. BGE 102 II 232, S. 237, E. 2, betreffend eine Person, die auf der Flucht vor einem angreifenden Hund in eine Baugrube gefallen ist.

⁷⁴ BGE 112 II 439, S. 442, E. 1d; BGE 101 II 69, S. 73, E. 3a.

⁷⁵ Vgl. BGE 116 II 519, S. 524, E. 4b.

⁷⁶ SCHWENZER (Fn. 46), N 22.21; weitergehend: HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich 2000, § 6 N 21.

⁷⁷ Dies steht überdies im Einklang mit dem in Fn. 73 erwähnten BGE 102 II 232, wo die ungeschickte Flucht vor einem angreifenden Hund zu einer Reduktion des Schadenersatzes geführt hat.

⁷⁸ VOGEL/SPÜHLER (Fn. 24), § 8 N 66 ff.

⁷⁹ KARL OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band: Allgemeiner Teil,

b) Der Knackpunkt der Widerklage aus Sicht der Caille & Cie ist die Begründung einer **Kausalität** zwischen dem Handeln der Protectout und dem Schaden, den sie durch die ungerechtfertigte Entlassung von Hector B. erlitten hat. Wird die Haftung mit dem schuldhaften Abschluss eines nichtigen Vertrags begründet, besteht die unerlaubte Handlung in einem aktiven Tun; bei Annahme einer absichtlichen Täuschung handelt es sich um eine Unterlassung. Weil in beiden Fällen die hinter der Dogmatik liegenden realen Ereignisse identisch sind, genügt es, in der Folge lediglich von einem aktiven Tun auszugehen.

Die natürliche Kausalität muss als gegeben angesehen werden⁷¹. Adäquanz ist nach der Formel des Bundesgerichts dann zu bejahen, wenn ein Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen⁷². *In casu* ist die Adäquanz intuitiv schwer nachvollziehbar, was daher rührt, dass der Schadenersatz an Hector B. nicht aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung durch die Überwachung, sondern wegen ungerechtfertigter Entlassung zugesprochen wurde. Caille & Cie kann immerhin für sich ins Feld führen, dass eine Adäquanz auch bei ausserordentlichen Folgen angenommen wird⁷³ und dass so gesehen auch die ungerechtfertigte, auf eine illegale Videoüberwachung gestützte Entlassung eines Angestellten als durch die Überwachung allgemein begünstigt angesehen werden könne. Protectout wird hingegen betonen, dass es angesichts einer konkreten Verkettung von Umständen wahrscheinlich sein müsse, dass die betreffende Ursache die eingetretene Folge zeitigen würde⁷⁴: Die Installation eines Videoüberwachungssystems müsste demnach die ungerechtfertigte Entlassung eines Mitarbeiters wegen verbotener Internet-Nutzung wahrscheinlich gemacht

haben. Abgesehen davon gereiche Herr Cailles unüberlegtes und impulsives Vorgehen zu grobem Selbstverschulden, was die Kausalkette unterbreche⁷⁵.

c) Da die Verletzung einer Verhaltenspflicht bei Urteilsfähigkeit das **Verschulden** indiziert⁷⁶, können die Parteien hier auf die Hauptklage verweisen: Bei der absichtlichen Täuschung ist das Verschulden Tatbestandsmerkmal; falls die Haftung über den Abschluss eines nichtigen Vertrags begründet wird, liegt Fahrlässigkeit auf Seiten von Protectout vor, falls der Verwendungszweck der Überwachungsanlage für sie erkennbar war.

d) Für den Fall, dass das Gericht eine Haftung der Protectout bejaht, kann diese ein grobes **Mitverschulden** der Caille & Cie im Sinne von **Art. 44 Abs. 1 OR** geltend machen: Der Schadenersatz müsse stark reduziert werden, weil Herr Caille durch die unüberlegte fristlose Entlassung von Hector B. im Wesentlichen selbst für den Schaden verantwortlich sei⁷⁷. Dem hat Caille & Cie wenig entgegenzusetzen.

e) Daneben können die Parteien auf die **Schadensberechnung** eingehen, d.h. die Summe von CHF 18000 in Frage stellen. Diese Summe wurde gerichtlich in einem anderen Rechtsstreit, nämlich demjenigen zwischen Caille & Cie und Hector B., beziffert. Da die Rechtskraftwirkung dieses Entscheides nur zwischen den Prozessparteien eintritt⁷⁸, können die Parteien des vorliegenden Prozesses eine erneute Bestimmung der Summe verlangen, was im Interesse der Protectout liegt. Caille & Cie kann dem entgegen, dass – selbst wenn sie im Verfahren gegen Hector B. zu Unrecht zu Schadenersatz verurteilt worden wäre – nach der Meinung von KARL OFTINGER⁷⁹ der erste Prozess nicht mehr aufgerollt werden dürfe, um materielle

Widersprüche zwischen den beiden Urteilen zu vermeiden.

2. *Culpa in contrahendo*

Als Alternative zur Haftung nach Art. 41 OR kann Caille & Cie ihre Argumentation auch auf eine *culpa in contrahendo* abstützen. Danach haftet derjenige, der eine vorvertragliche Pflicht verletzt⁸⁰, für den daraus entstehenden Schaden, wobei irrelevant ist, ob später tatsächlich ein gültiger Vertrag zustande

kommt⁸¹. Dass die Parteien sich im Zeitpunkt der Bestellung des Video-Überwachungssystems in einer vorvertraglichen Beziehung befanden, kann auch Protectout nicht bestreiten. Als schuldhaft Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht gilt u.a. der zumindest fahrlässige Abschluss eines nichtigen Vertrags⁸² sowie die schuldhaft Verletzung einer Aufklärungspflicht⁸³. Die Parteien können wiederum auf ihre Argumente zur Nichtigkeit, resp. zur Aufklärungspflicht im Rahmen der absichtlichen Täu-

schung verweisen. Für die Fragen der Kausalität und des Verschuldens gilt für beide Parteien das unter Art. 41 OR Gesagte.

3. Aufl., Zürich 1969, S. 315; weniger deutlich: KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *id. op.*, 5. Aufl., Zürich 1995, §10 N 83 *in fine*.

80 BGE 77 II 135, S. 136, E. 2a.

81 BGE 77 II 135, S. 137, E. 2a.

82 BGE 36 II 193, S. 203, E. 4.

83 BGE 108 II 305, S. 313, E. 2d m.w.H.