

**Dr. iur. Caroline Guhl**

**Trotz rechtswidrig beschaffter  
Beweise zu einem gerechten  
Straf- und Zivilurteil**

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Literaturverzeichnis .....	XXIII
Materialienverzeichnis.....	XXXIX
Abbildungsverzeichnis.....	XLI
Zusammenfassung.....	XLIII
Sommaire .....	XLIV
Summary .....	XLV

## **1. Kapitel: Einleitung..... 1**

§ 1 Gegenstand der Untersuchung .....	3
I Problemstellung.....	3
II Zielsetzung .....	4
III Theoretische und praktische Relevanz.....	5
§ 2 Abgrenzungen .....	6
I Exklusion des Verwaltungsverfahrens .....	6
II Exklusion ausländischer Rechtsordnungen.....	7
III Exklusion materiellrechtlicher Folgen .....	7
IV Exklusion unmittelbarer verfahrensrechtlicher Folgen.....	8
V Exklusion der Fernwirkungsproblematik.....	8
§ 3 Untersuchungsdesign .....	9
I Vorgehen.....	9
II Aufbau.....	10

## **2. Kapitel: Beweisbeschaffung im Zivil- und Strafverfahren ..... 11**

§ 1 Hintergrund .....	13
I Zweck von Zivil- und Strafverfahren.....	13
1 Zivilverfahren: Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte.....	13
2 Strafverfahren: Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs .....	14
II Zweck der Beweisführung .....	15
§ 2 Beweisführung durch die Parteien im Zivilverfahren.....	17
I Beweisführungslast der Parteien .....	17
II Verhandlungsmaxime .....	19

1	Geltungsbereich.....	19
2	Rolle der Verfahrensbeteiligten .....	20
III	Untersuchungsmaxime.....	23
1	Geltungsbereich.....	23
2	Rolle der Verfahrensbeteiligten .....	24
§ 3	Beweisführung durch die Strafbehörden im Strafverfahren .....	26
I	Beweisführungspflicht der Strafbehörden.....	26
II	Mitwirkung der Parteien .....	28
1	Mitwirkungsberechtigte Parteien .....	28
a)	Beschuldigte Person .....	29
b)	Privatklägerschaft.....	31
2	Aktive Mitwirkung.....	32
§ 4	Beweisbeschaffung als Teil der Beweisführung im Zivil- und Strafverfahren.....	35
§ 5	Zusammenfassung.....	36
<b>3. Kapitel:</b>	<b>Rechtliche Grundlagen.....</b>	<b>39</b>
§ 1	Zivilverfahren: Art. 152 Abs. 2 ZPO .....	41
I	Inhalt .....	41
II	Anwendungsbereich.....	42
1	Durch Privatpersonen rechtswidrig beschaffte Beweise.....	42
2	Materiell rechtswidrige Beweise.....	43
III	Geltungsbereich.....	45
1	Im Allgemeinen.....	45
2	Keine Anwendbarkeit im Schiedsverfahren.....	45
3	Analoge Anwendung im Adhäsionsverfahren .....	46
4	Analoge Anwendung im Bundeszivilprozess .....	48
IV	Anwendung .....	48
1	Im Allgemeinen.....	48
2	Charakter der zivilprozessualen Bestimmungen .....	49
3	Schutzzweck von Art. 152 Abs. 2 ZPO .....	50
§ 2	Strafverfahren: Praxis.....	52
I	Keine Regelung in der StPO .....	52
1	Keine Anwendbarkeit von Art. 141 StPO auf von Privatpersonen beschaffte Beweise.....	52
2	Regelung im Vorentwurf.....	54
a)	Inhalt.....	54
b)	Kritik im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens .....	55
II	Rechtsprechung .....	55

III	Bindungswirkung der Präjudizien.....	56
IV	Anwendung .....	59
1	Im Allgemeinen.....	59
2	Anwendung auf belastende und entlastende Beweise.....	60
3	Analoge Anwendung im Jugendstraßprozess, Militärstraßprozess und Verwaltungsstraßprozess .....	62
§ 3	Komparable Regelungen im Zivil- und Straßverfahren .....	64
§ 4	Zusammenfassung.....	65

#### **4. Kapitel: Rechtswidrige Beweisbeschaffung durch Privatpersonen ..... 69**

§ 1	Handlungen von Privatpersonen zur Beschaffung von Beweisen .....	71
I	Beschaffungshandlung .....	71
1	Terminologie .....	71
2	Definition .....	72
a)	Aktive Handlung .....	72
b)	Vom Willen beherrschbares, sozialerhebliches Verhalten .....	72
3	Beschaffung existenter und Herstellung nicht existenter Beweise.....	75
II	Beweismittel als Objekte der Beschaffungshandlung.....	76
1	Definition .....	76
2	Vorgaben im Zivilverfahren.....	77
a)	Formgerechtigkeit .....	77
b)	Fristgerechtigkeit.....	79
c)	Tauglichkeit.....	79
3	Vorgaben im Straßverfahren.....	80
a)	Eignung .....	80
b)	Rechtliche Zulässigkeit .....	80
4	Beschaffungseignung .....	82
a)	Beschaffungsgeeignete Beweismittel.....	82
b)	Nicht beschaffungsgeeignete Beweismittel .....	83
III	Privatpersonen als Subjekte der Beschaffungshandlung.....	84
1	Natürliche und juristische Personen .....	84
2	Verfahrensbeteiligte und Drittpersonen .....	86
3	Von den Straßverfolgungsbehörden autonome Personen.....	87
a)	Grundsatz .....	87
b)	Anwendungsfälle staatlicher Ermittlungen .....	88
aa)	Verdeckte Ermittlung und verdeckte Fahndung.....	88

	bb) Ermittlung durch Privatpersonen im staatlichen Auftrag .....	90
	cc) Staatliche Unterstützung bei der Beweissammlung ....	90
§ 2	Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal .....	91
I	Terminologie .....	91
II	Autonome Definition der Rechtswidrigkeit .....	92
III	Verstoss gegen das Recht durch die Beschaffungshandlung .....	93
IV	Recht als Gesamtheit der für das einzelne Rechtssubjekt rechtsverbindlichen, materiellrechtlichen, objektiven Normen des gesetzten schweizerischen Rechts .....	93
	1 Objektive Normen des gesetzten, schweizerischen Rechts .....	94
	2 Eidgenössisches, kantonales und kommunales Recht sämtlicher Normstufen .....	96
	3 Keine Beschränkung auf strafrechtliche Normen .....	97
	4 Normen des materiellen Rechts .....	100
	5 Rechtsverbindlichkeit für das einzelne Rechtssubjekt .....	101
V	Nichtrechtfertigung .....	103
	1 Ansicht in der Lehre .....	103
	2 Notwendigkeit der Abstraktion zwischen der materiellrechtlichen und der verfahrensrechtlichen Ebene .....	104
	a) Ausgangslage .....	104
	b) Ausschluss der verfahrensrechtlich vorgesehenen Interessenabwägung .....	105
	c) Ungleichbehandlung von Fällen .....	107
	3 Abstraktion durch autonome Rechtswidrigkeitsdefinition .....	107
	4 Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen im Rahmen der Interessenabwägung .....	109
§ 3	Zusammenfassung .....	110

**5. Kapitel: Verwertbarkeit rechtswidrig durch Privatpersonen  
beschaffter Beweise ..... 113**

§ 1	Ausgangslage .....	115
I	Rechtsfrieden als Ziel von Zivil- und Strafverfahren .....	115
II	Gerechtigkeit als Basis des Rechtsfriedens .....	115
III	Ausprägungen der Gerechtigkeit .....	116
	1 Formelle Gerechtigkeit .....	116
	2 Materielle Gerechtigkeit .....	117
	a) Wirklichkeit als gewünschte Urteilsgrundlage .....	117
	b) Erkenntnistheoretische Vorbehalte .....	118
	c) Verfahrensrechtliche Vorbehalte .....	119

aa)	Formelle Wahrheit im Zivilverfahren entspricht nicht der Wirklichkeit.....	119
bb)	Materielle Wahrheit im Strafverfahren entspricht nicht der Wirklichkeit.....	120
d)	Annäherung an die Wirklichkeit als Urteilsgrundlage.....	121
§ 2	Interessenabwägung zur Annäherung an den Rechtsfrieden .....	122
I	Verwertung und Nichtverwertung als Gerechtigkeitsverletzung...	122
II	Interessenabwägung als Optimierungsansatz.....	124
III	Vorprüfung im Strafverfahren.....	125
1	Hypothetisch rechtmässige staatliche Beweiserhebung.....	125
2	Beurteilung gemäss der konkreten gesetzmässigen Alternative.....	126
3	Kritische Würdigung.....	128
§ 3	Durchführung der Interessenabwägung .....	130
I	Interesse an der Wahrheitsfindung.....	130
1	Wahrheitsfindung dient der Rechtsdurchsetzung.....	130
2	Wahrheitsfindung als privates und öffentliches Interesse.....	131
a)	Im Zivilverfahren .....	131
b)	Im Strafverfahren .....	132
II	Abwägung gegen das Interesse an einem fairen Verfahren .....	133
1	Vorherrschende Ansicht.....	133
2	Kritische Würdigung.....	135
3	Schwere der rechtswidrigen Beschaffung als prävalentes Kriterium für die Verfahrensgerechtigkeit.....	137
III	Parameter der Abwägung.....	139
1	Relevanz der geltenden Verfahrensmaxime.....	139
a)	Ansicht in der (zivilprozessualen) Lehre .....	139
b)	Implikationen für die Interessenabwägung .....	140
2	Art und Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses .....	141
a)	Allgemeine Betrachtung.....	142
aa)	Art des verletzten rechtlich geschützten Interesses...	143
bb)	Grad der Verletzung des rechtlich geschützten Interesses .....	144
b)	Grad der Verletzung der Persönlichkeit im Besonderen..	144
3	Bedeutung des Beweises .....	147
4	Moralische Tragweite.....	148
5	Konsequenzen für die Parteien.....	149
a)	Objektive Konsequenzen.....	150
b)	Subjektive Konsequenzen .....	152

6	Prävention .....	152
	a) Präventiver Zweck.....	152
	b) Präventive Wirkung.....	154
IV	Empirische Untersuchung .....	156
1	Hypothesen.....	156
	a) Art und Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses .....	156
	b) Bedeutung des Beweises .....	156
	c) Moralische Tragweite.....	156
	d) Objektive Konsequenzen für die Parteien.....	157
	e) Subjektive Konsequenzen für die Parteien.....	157
	f) Prävention.....	157
2	Methodik .....	158
	a) Datenerhebung und Stichprobe .....	158
	b) Operationalisierung und Messung.....	159
	aa) Standardvariante und Skalen.....	159
	bb) Art und Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses .....	160
	cc) Bedeutung des Beweises .....	160
	dd) Moralische Tragweite.....	161
	ee) Objektive Konsequenzen für die Parteien.....	161
	ff) Subjektive Konsequenzen für die Parteien.....	162
	gg) Präventive Wirkung.....	162
3	Ergebnisse .....	163
	a) Beweisverwertung.....	163
	aa) Schwere der Verletzungshandlung.....	163
	bb) Bedeutung des Beweises .....	164
	cc) Moralische Tragweite.....	165
	dd) Objektive Konsequenzen für die Parteien.....	166
	ee) Subjektive Konsequenzen für die Parteien.....	167
	ff) Präventive Wirkung.....	168
	b) Einschätzung der Moralität .....	169
	c) Soziodemographische Unterschiede .....	170
4	Einordnung der Ergebnisse .....	170
	a) Bedeutung.....	170
	b) Einschränkungen .....	171
V	Ermessensentscheid.....	172
§ 4	Zusammenfassung.....	173

**6. Kapitel: Konklusion..... 177**

§ 1 Zusammenfassung..... 179

§ 2 Schlussfolgerungen ..... 181

I Schlussfolgerungen für die Rechtssetzung..... 181

II Schlussfolgerungen für die Rechtsanwendung ..... 183

**Stichwortverzeichnis..... 187**