

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

DISSERTATION  
der Universität St. Gallen,  
Hochschule für Wirtschafts-,  
Rechts- und Sozialwissenschaften  
sowie Internationale Beziehungen (HSG)  
zur Erlangung der Würde einer  
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Caroline Alexandra Guhl**

von

Zürich

Genehmigt auf Antrag der Herren

**Prof. Dr. Markus Müller-Chen**

und

**Prof. Dr. Martin Kaufmann**

Dissertation Nr. 4718

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2018

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 17. Oktober 2017

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 36 der Schriftenreihe  
«St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von  
der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen  
ISBN 978-3-03751-999-8

Meinen Liebsten



---

## Vorwort

Vom ersten Gedanken bis zum letzten Punkt wurde ich beim Verfassen dieser Dissertation von verschiedenen Personen auf unterschiedliche Art und Weise begleitet und unterstützt. Ihnen möchte ich hiermit meinen aufrichtigsten Dank aussprechen.

Ich danke meinem Referenten, Prof. Dr. Markus Müller-Chen, und meinem Korreferenten, Prof. Dr. Martin Kaufmann, dafür, dass sie dieses Dissertationsprojekt betreut und damit wesentlich zu seinem Gelingen beigetragen haben. Lieber Markus, ich durfte meine Dissertation und als Mitarbeiterin an Deinem Lehrstuhl auch weitere Projekte mit Dir realisieren. Du hast mich stets motiviert und auf vielfältige Weise inspiriert. Ich danke Dir ganz herzlich für die gemeinsame Zeit und für die Erfahrungen und Fähigkeiten, die Du mir vermittelt hast. Dir, lieber Martin, möchte ich herzlichst danken, dass Du dieser Dissertation mit viel Enthusiasmus begegnet und sie mit Deinen Erfahrungen als Richter bereichert hast.

Ich danke meinen Studienkolleginnen Nadja Flühler, Céline Hofer und Eva Wyler, dass sie sich die Zeit genommen haben, um das Geschriebene oder Teile davon zu lesen und in gewohnt juristisch präziser Art und Weise kritisch zu hinterfragen.

Ich danke Jutta Barwitz, Christa und Cristina Guhl, die das Manuskript in formaler Hinsicht einer minuziösen Prüfung unterzogen haben.

Ich danke Niklas Barwitz, ohne den diese Dissertation so nicht vorliegen würde. Liebster Niklas, Du musstest Dich nicht nur damit abfinden, dass unsere gemeinsame Zeit für diese Arbeit gekürzt wurde, sondern Du hast mich durch wertvolle Diskussionen auch stets zu neuen Gedankengängen angeregt. Ich bin Dir von ganzem Herzen dankbar für Deine unermüdliche Geduld und dafür, dass Du alle grösseren und kleineren Momente in meinem Leben mit mir teilst.

Abschliessend danke ich Christa, Ernst und Cristina Guhl, ohne deren bedingungslose Unterstützung und Ermutigungen ich dieses Dissertationsprojekt überhaupt nicht in Angriff genommen hätte. Meine Lieben, ich bin Euch zu tiefstem Dank verpflichtet für den Rückhalt, den Ihr mir gebt, und für das wunderbare Verhältnis, das wir als Familie zueinander haben.

Pfäffikon SZ, im November 2017

Caroline Alexandra Guhl



---

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
Literaturverzeichnis .....	XXIII
Materialienverzeichnis .....	XXXIX
Abbildungsverzeichnis .....	XLI
Zusammenfassung .....	XLIII
Sommaire .....	XLIV
Summary .....	XLV
<b>1. Kapitel: Einleitung .....</b>	<b>1</b>
§ 1 Gegenstand der Untersuchung .....	3
§ 2 Abgrenzungen .....	6
§ 3 Untersuchungsdesign .....	9
<b>2. Kapitel: Beweisbeschaffung im Zivil- und Strafverfahren .....</b>	<b>11</b>
§ 1 Hintergrund .....	13
§ 2 Beweisführung durch die Parteien im Zivilverfahren .....	17
§ 3 Beweisführung durch die Strafbehörden im Strafverfahren .....	26
§ 4 Beweisbeschaffung als Teil der Beweisführung im Zivil- und Strafverfahren .....	35
§ 5 Zusammenfassung .....	36
<b>3. Kapitel: Rechtliche Grundlagen .....</b>	<b>39</b>
§ 1 Zivilverfahren: Art. 152 Abs. 2 ZPO .....	41
§ 2 Strafverfahren: Praxis .....	52
§ 3 Komparable Regelungen im Zivil- und Strafverfahren .....	64
§ 4 Zusammenfassung .....	65
<b>4. Kapitel: Rechtswidrige Beweisbeschaffung durch Privatpersonen .....</b>	<b>69</b>
§ 1 Handlungen von Privatpersonen zur Beschaffung von Beweisen .....	71
§ 2 Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal .....	91
§ 3 Zusammenfassung .....	110

<b>5. Kapitel: Verwertbarkeit rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffter Beweise .....</b>	<b>113</b>
§ 1 Ausgangslage .....	115
§ 2 Interessenabwägung zur Annäherung an den Rechtsfrieden .....	122
§ 3 Durchführung der Interessenabwägung .....	130
§ 4 Zusammenfassung .....	173
<b>6. Kapitel: Konklusion.....</b>	<b>177</b>
§ 1 Zusammenfassung .....	179
§ 2 Schlussfolgerungen .....	181
<b>Stichwortverzeichnis.....</b>	<b>187</b>



---

# 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: 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, Militärstraß- prozeß und Verwaltungsstraßprozeß .....	62
§ 3	Komparable Regelungen im Zivil- und Straßverfahren .....	64
§ 4	Zusammenfassung.....	65
<b>4.</b>	<b>Kapitel: Rechtswidrige Beweisbeschaffung durch Privatpersonen .....</b>	<b>69</b>
§ 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)	Beschaffungsgerechte Beweismittel.....	82
b)	Nicht beschaffungsgerechte 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

<b>6. Kapitel: Konklusion.....</b>	<b>177</b>
§ 1 Zusammenfassung.....	179
§ 2 Schlussfolgerungen .....	181
I Schlussfolgerungen für die Rechtssetzung.....	181
II Schlussfolgerungen für die Rechtsanwendung .....	183
<b>Stichwortverzeichnis.....</b>	<b>187</b>





---

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zeitschrift)
Annu. Rev. Psych.	Annual Review of Psychology (Zeitschrift)
Arch. Psychol.	Archives of Psychology (Zeitschrift)
ArG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934, SR 952.0
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BE	Bern (Kanton)
Behav. Brain Sci.	Behavioral Brain Sciences (Zeitschrift)
BezGer	Bezirksgericht
BfS	Bundesamt für Statistik
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000, SR 935.61
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHSt	Bundesstraßgerichtshof (Deutschland)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Zeitschrift)
BK	Berner Kommentar
BL	Basel-Land (Kanton)
BSK	Basler Kommentar
BStGer	Bundesstraßgericht (Schweiz)

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVE	Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) vom 20. Juni 2003, SR 312.8 (nicht in Kraft)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht (Schweiz)
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273
ca.	circa
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung
CHF	Schweizer Franken
CHK	Schweizer Handkommentar
CPC	Code de procédure civile (CPC) vom 19. Dezember 2008, SR 272 (s. auch ZPO)
CPP	Code de procédure pénale suisse (Code de procédure pénale, CPP) vom 5. Oktober 2007, SR 312 (s. auch StPO)
CR	Commentaire romand
DAV	Deutscher Anwaltsverein
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe / Dieselben
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), Entwurf, BBl 2006 1389 ff.
E ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO), Entwurf, BBl 2006 413 ff.
E.	Erwägung / Erwägungen
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101
et al.	et alii
etc.	et cetera
f. / ff.	folgende / fortfolgende

FG	Festgabe
Fn.	Fussnote / Fussnoten
fp	forumpoenale (Zeitschrift)
FR	Freiburg (Kanton)
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GBP	Great Britain Pound
Geo. L.J.	The Georgetown Law Journal (Zeitschrift)
GR	Graubünden (Kanton)
GS	Gedenkschrift
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung (Zeitschrift / Tagung)
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
Intro.	Introduction (s. auch Vorbem.)
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review (Zeitschrift)
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II), abgeschlossen am 16. Dezember 1966 in New York, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.2
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, SR 291
ISPS	Institution for Social and Policy Studies
J. Econ. Perspect.	The Journal of Economic Perspectives (Zeitschrift)
J. Personal.	Journal of Personality (Zeitschrift)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz, JStG) vom 20. Juni 2003, SR 311.1
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung, JStPO) vom 20. März 2009, SR 312.1
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)

Kap.	Kapitel
KassGer	Kassationsgericht
KGer	Kantonsgericht
KKJPD	Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KuKo	Kurzkommentar
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera
LU	Luzern (Kanton)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
medialex	Zeitschrift für Medienrecht
Mio.	Million / Millionen
MStP	Militärstraßprozess (MStP) vom 23. März 1979, SR 322.1
N	Randnote / Randnoten
n. Chr.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer / Nummern
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OFK	Orell Füssli Kommentar, Navigator
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PC	Petit commentaire
PK	Praxis Kommentar
Pra	Die Praxis (Zeitschrift)
Psychol. Sci.	Psychological Science (Zeitschrift)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Rz.	Randziffer / Randziffern
s.	siehe

SG	St. Gallen (Kanton)
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SJ	La semaine judiciaire I und II (Zeitschrift)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
sog.	sogenannte / sogenanntes
SR	Ständerat
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 19. März 2010, SR 173.71
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, SR 312
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
SZ	Schwyz (Kanton)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht
TG	Thurgau (Kanton)
u.a.	unter anderem
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241
VE StPO	Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2001
VE ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Vorentwurf der Expertenkommission, Bern 2003
vgl.	vergleiche
VMSV	Verordnung über den militärischen Strassenverkehr (VMSV) vom 11. Februar 2004, SR 510.710
Vorbem.	Vorbemerkungen
VS	Wallis (Kanton)
vs.	versus
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974, SR 313.0
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

ZF	Zusammenfassung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Zürich (Kanton)
Ziff.	Ziffer / Ziffern
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zeitschrift)
ZS	Zusammenstellung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZZ	Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

---

## Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA / EICKER ANDREAS / VERDE MICHEL, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation: Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter 03.05.2010, Rz. 1 ff.
- AEBI-MÜLLER, HAVE:
- AEBI-MÜLLER REGINA, Observation: Nutzen und Grenzen aus Sicht des Zivil- und Zivilprozessrechts, in: Weber Stephan (Hrsg.), HAVE, Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich 2011, 153 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA, Observation durch Versicherungsdetektive verstösst nicht gegen Persönlichkeitsrecht, Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2010 (5A\_57/2010), medialex 2010, 227 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz, Habil., Bern 2005
- ALBRECHT PETER, Mitwirkungsrechte der Parteien im Strafverfahren aus der Sicht des Richters, SJZ 2002, 165 ff.
- ALIOTTA MASSIMO, Beweisrechtlicher Stellenwert der Observationen von Geschädigten durch private Versicherungsgesellschaften, in: Weber Stephan (Hrsg.), HAVE, Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich 2011, 211 ff.
- ASPRION STÖCKLIN SABINE, Die Verhandlungsmaxime in der schweizerischen Zivilprozessordnung de lege lata und de lege ferenda, Diss., Basel 2008
- AUSTIN JOHN, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law II, 4. Aufl., London 1973
- BÄCHLI MARC, Das Recht am eigenen Bild, Die Verwendung von Personenbildern in den Medien, in der Kunst, der Wissenschaft und in der Werbung aus Sicht der abgebildeten Person, Diss., Basel 2002
- BALZER THOMAS / NUGEL MICHAEL, Minikameras im Straßenverkehr: Datenschutzrechtliche Grenzen und zivilprozessuale Verwertbarkeit der Videoaufnahmen, NJW 2014, 1622 ff.
- BAUMANN CLAUDE, Die Stellung des Geschädigten im schweizerischen Strafprozess, Mit besonderer Berücksichtigung des Offizialverfahrens nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1958
- BAUMGÄRTEL GOTTFRIED, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, in: Kohlmann Günter (Hrsg.), FS Klug II, Köln 1983, 477 ff.
- BENDER ROLF / NACK ARMIN / TREUER WOLF-DIETER, Tatsachenfeststellung vor Gericht: Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 4. Aufl., München 2014
- BÉNÉDICT JÉRÔME, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, Diss., Lausanne 1994
- BERGER MAX / NOGLER ROMAN, Beweisrecht, Die Last mit dem Beweis(en), recht 2012, 168 ff.
- BERNSMANN KLAUS, Privatisierung der Justiz?, Ein Fallbeispiel, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 22. Strafverteidigertag vom 20.–22. März 1998 in Erfurt, Köln 1999, 151 ff.
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011

- BEULKE WERNER, Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 1991, 657 ff.
- BEYDOUN KHALIL, Beweisverwertungsverbote, Ein Vergleich zwischen der schweizerischen und der US-amerikanischen Handhabung der Beweisverwertungsverbote, Diss., Zürich 2017
- BfS, Bildungsstand, 2016:
- BfS, Bildungsstand und Kompetenzen, 2016, <www.bfs.admin.ch>, zuletzt abgerufen am 31.08.2017
- BfS, Wohnbevölkerung, 2016:
- BfS, Ständige und Nichtständige Wohnbevölkerung nach institutionellen Gliederungen, Geschlecht, Nationalität und Alter, 2016, <www.bfs.admin.ch>, zuletzt abgerufen am 31.08.2017
- BIENERT ANJA, Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote, Diss., Aachen 1997
- BK / AUTORIN:
- Hausheer Heinz / Walter Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012
- BOCKEMÜHL JAN, Private Ermittlungen im Strafprozess, Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, Diss., Baden-Baden 1996
- BOHNET FRANÇOIS / JEANNERET YVAN, Preuve et vérité en procédure pénale et civile suisse, in: Thévenaz Alain (Hrsg.), Les preuves, Bern 2014, 67 ff.
- BOMMER FELIX, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Habil., Bern 2006
- BOMMER FELIX, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, 196 ff.
- BOMMER FELIX, Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, ZStrR 2003, 172 ff.
- BOSSHARD ERICH, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss., Zürich 1989
- BRAUM STEFAN, Strafrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 22. Strafverteidigertag vom 20.–22. März 1998 in Erfurt, Köln 1999, 161 ff.
- BRINKMANN MORITZ, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus der Perspektive des Schadensrechts, AcP 2006, 746 ff.
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime (aus Anlass der Revision der Berner ZPO), ZBJV 1990, 329 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes), Zürich 2000
- Brunner / Gasser / Schwander / AUTORIN:
- Brunner Alexander / Gasser Dominik / Schwander Ivo (Hrsg.), Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2016
- BSK / AUTORIN:
- Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014
- Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Basel 2015



- Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014
- Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013
- Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017
- Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015
- BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009
- BÜHLER ALFRED, Beweis und Beweiswürdigung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Beiträge zur Tagung vom 5. Mai 2010, Zürich 2010, 79 ff.
- BÜRGE LUKAS, Die Unverwertbarkeit von Beweisen, Ein Überblick, Anwaltsrevue 2017, 322 ff.
- CARTIER MICHAEL, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss., Eschen 2007
- CERUTTI DAVIDE / FRIGERIO VERONICA, Les avocats: La déontologie à l'épreuve de la plume, Anwaltsrevue 2014, 388 ff.
- CHAIX FRANÇOIS, L'apport des faits au procès, in: Bohnet François (Hrsg.), Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, 115 ff.
- CHAPPUIS BENOÎT, Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière, in: Bergmann Michel / Brulhart Vincent / Chappuis Benoît / Macaluso Alain (Hrsg.) Le procès en responsabilité civile, Colloque du droit de la responsabilité civile 2011, Université de Fribourg, Bern 2012, 107 ff.
- CHEN ZHUOLI, Die verspätete Rüge von Beweisverwertungsverboten im Strafprozess, fp 2012, 163 ff.
- CHK / AUTORIN:  
Breitschmid Peter / Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016
- COSMIDES LEDA / TOOBY JOHN, Evolutionary Psychology, Moral Heuristics, and the Law, in: Gigerenzer Gerd / Engel Christoph (Hrsg.), Heuristics and the Law, Cambridge 2006, 181 ff.
- CR / AUTORIN:  
Kuhn André / Jeanneret Yvan (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011
- DARBELLAY JEAN, Théorie générale de l'illicéité, En droit civil et en droit pénal, Freiburg 1955
- DELNON VERA / RÜDY BERNHARD, Strafbare Beweisführung?, ZStrR 1998, 314 ff.
- DEMKO DANIELA, Das «(Un-)Gerechte» am Fair-Trial Grundsatz nach Art. 6 Abs. 1 EMRK im Strafverfahren, in: Niggli Marcel Alexander / Hurtado Pozo José / Queloz Nicolas (Hrsg.), FS Riklin, Zürich 2007, 351 ff.
- DEMKO DANIELA, Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen «Hörfälle», HRRS 2004, 382 ff.

- VON DITFURTH HOIMAR, Der Geist fiel nicht vom Himmel, Die Evolution unseres Bewusstseins, 13. Aufl., München 1993
- Donatsch / Hansjakob / Lieber / AUTORIN:  
Donatsch Andreas / Hansjakob Thomas / Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014
- DONATSCH ANDREAS / CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, 158 ff.
- DONATSCH ANDREAS / SCHWARZENEGGER CHRISTIAN / WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014
- DONATSCH ANDREAS / TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013
- DONATSCH ANDREAS, Das schweizerische Strafprozessrecht, SJZ 2004, 321 ff.
- DONATSCH ANDREAS, Erste Erfahrungen mit dem Beweisrecht, fp 2012, 235 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Interessenabwägung – eine Methode?, in: Juristische Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften und dem St. Gallischen Juristenverein (Hrsg.), Beiträge zur Methode des Rechts, FG Schweizerischer Juristentag, Bern 1981, 131 ff.
- DUBOIS MARCEL, Zur Frage der strafprozessualen Verwertbarkeit von Beweismitteln, die Private rechtswidrig erlangt haben, Diss., Köln 2012
- Duden VIII:  
Duden VIII, Das Synonymwörterbuch, Ein Wörterbuch sinnverwandter Wörter, Berlin 2014
- DUNCAN DAVID B., Multiple range and multiple F tests, 11 Biometrics, 1 ff. (1955)
- EDÖB, Arbeitsbereich, Oktober 2014:  
EDÖB, Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Bearbeitung durch private Personen, Oktober 2014
- EDÖB, Dashcam, Juli 2013:  
EDÖB, Erläuterungen zu Videoüberwachung in Fahrzeugen (Dashcam), Juli 2013
- EICKER ANDREAS / HUBER ROLAND, Grundriss des Strafprozessrechts, Mit besonderer Berücksichtigung des Kantons Luzern, Bern 2014
- ESSER ROBERT, Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen Nemo-tenetur-Grundsatz, JR 2004, 98 ff.
- EVANS MARTIN, Police paid convicted child rapist £ 10,000 to spy on Asian grooming gang, The Telegraph, 10.08.2017
- FANGER RETO, Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozess, Diss., Basel 2005
- FELLMANN WALTER, Berührungspunkte zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz und ihre Bedeutung für die Ausgestaltung des Zivilprozesses, in: Kanton Luzern (Hrsg.), Richter und Verfahrensrecht, Festgabe 150 Jahre Obergericht Luzern, zugleich ZBJV Bd. 127bis, Bern 1991, 95 ff.
- FELLMANN WALTER, Richterliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Beiträge zur Tagung vom 14. Mai 2009, Zürich 2009, 69 ff.
- FIELD ANDY, Discovering Statistics using SPSS, 4. Aufl., London 2013

- FINK ANDREAS, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Diss., Köln 1994
- FLACHSMANN STEFAN / ISENRING BERNHARD, Grundsatz der Einheit des schweizerischen Strafprozessrechts, Auswirkungen der Beweisverbote der schweizerischen StPO auf den Militärstrafprozess, in: Cavallo Angela / Hiestand Eliane / Blocher Felix / Arnold Irene / Käser Beatrice / Caspar Milena / Ivic Ingo (Hrsg.), Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Liber amicorum Donatsch, Zürich 2012, 289 ff.
- FORNITO ROBERTO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, Diss., Zürich 2000
- FORSTMOSER PETER / VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012
- FREI PIRMIN, Mitwirkungsrechte im Strafprozess, dargestellt am Beispiel des Kantons Zug und mit Ausblick auf eine eidgenössische StPO, Diss., Bern 2001
- GABRIEL BRUNO, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Diss., Freiburg 1987
- GÄCHTER THOMAS / MEIER MICHAEL E., Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse, Bemerkungen zum Leitscheid 9C\_806/2016 vom 14. Juli 2017 (zur Publikation vorgesehen), Jusletter 14.08.2017, Rz. 1 ff.
- GÄCHTER THOMAS, Observationen im Sozialversicherungsrecht, Voraussetzungen und Schranken, in: Weber Stephan (Hrsg.), HAVE, Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich 2011, 179 ff.
- GAEDE KARSTEN, Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung, StV 2004, 46 ff.
- GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe, Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens in europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigerbeistand, Diss., Zürich 2006
- GAILLARD LOUIS, Le sort des preuves illicites dans le procès civil, SJ 1998 II, 649 ff.
- GAMP LOTHAR, Die Ablehnung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln im Zivilprozess, DriZ 1981, 41 ff.
- GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014
- GEISER THOMAS, Interne Untersuchungen des Arbeitgebers: Konsequenzen und Schranken, AJP 2011, 1047 ff.
- GEISSELHARDT ANGELA, Zuständigkeit bei Beweisverboten im Strafverfahren, fp 2014, 300 ff.
- GIGER HANS, Begegnung von Psychologie und Recht in der Rechtsfindung, in: Lendi Martin et al. (Hrsg.), In dubio pro libertate, FG Giger, Bern 1994, 301 ff.
- GLESS SABINE, Beweisverbote und Fernwirkung, ZStrR 2010, 146 ff.
- GLESS SABINE, Heiligt der Zweck die Mittel?, Beweisverbote im vereinheitlichten eidgenössischen Strafprozess, in: Niggli Marcel Alexander / Hurtado Pozo José / Queloz Nicolas (Hrsg.), FS Riklin, Zürich 2007, 399 ff.
- GLESS SABINE, Truth oder Due Process?, The Use of illegally gathered evidence in the criminal trial, in: Basedow Jürgen / Kischel Uwe / Sieber Ulrich (Hrsg.), German National Reports to the 18<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law, Washington, Tübingen 2010, 675 ff.

- GODENZI GUNHILD, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Eine Studie zu den strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen Recht, Diss., Zürich 2008
- GODENZI GUNHILD, Strafbare Beweisverwertung?, AJP 2012, 1243 ff.
- GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014
- Goldschmid / Maurer / Sollberger / AUTORIN:  
Goldschmid Peter / Maurer Thomas / Sollberger Jürgen (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008
- GOLDSCHMIDT JAMES, Der Prozess als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1925, Aalen 1986
- GÖSSEL KARL HEINZ, Die Beweisverbote im Strafverfahren, in: Kaufmann Arthur / Bemmman Günter / Krauss Detlef / Volk Klaus (Hrsg.), FS Bockelmann, München 1979, 801 ff.
- GÖTTING SUSANNE, Beweisverwertungsverbote in Fällen gesetzlich nicht geregelter Ermittlungstätigkeit durch V-Leute, Scheinkäufer und Privatleute, Diss., Frankfurt am Main 2001
- GRAF DAMIAN K., Praxisänderung im Strafrecht, Diss., Zürich 2011
- GRETER JEAN-PIERRE, Die Mitwirkungspflichten der Privatklägerschaft im Strafverfahren, ZWR 2016, 441 ff.
- GREUEL LUISE, Wirklichkeit – Erinnerung – Aussage, Habil., Weinheim 2001
- GRONER ROGER, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011
- GROSSEN JACQUES-MICHEL, Les moyens de preuve obtenus par des procédés contraires au droit, in: Guillod Olivier / Müller Christoph (Hrsg.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges Wessner, Basel 2011, 613 ff.
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
- GULDENER MAX, Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht, ZSR 1946, 185 ff.
- HABERBECK PHILIPP, Abgrenzung der zulässigen antizipierten Beweiswürdigung von der Verletzung des Rechts auf Beweis im Zivilprozess, Jusletter 03.02.2014, Rz. 1 ff.
- HABERBECK PHILIPP, Genereller Ausschluss der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel offeriert?, ZZZ 2013, 177 ff.
- HABLÜTZEL MARTIN, Schweizerische ZPO: Hat der Berg nur eine Maus geboren?, HAVE 2014, 297 ff.
- HABSCHEID WALTHER J., Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, beschafften Beweismitteln, SJZ 1993, 185 ff.
- HABSCHEID WALTHER J., Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht, in: Conrad Hermann / Jahrreiß Hermann / Mikat Paul / Mosler Hermann / Nipperdey Hans Carl / Salzwedel Jürgen (Hrsg.), GS Peters, Berlin 1967, 840 ff.
- HAIDT JONATHAN, The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment, in: Adler Jonathan E. / Rips Lance J. (Hrsg.), Reasoning, Studies of Human Inference and Its Foundations, Cambridge 2008, 1024 ff.

- HANSJAKOB THOMAS, Die neuen Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und Ermittlung, fp 2013, 214 ff.
- HÄRING DANIEL, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – Alte Zöpfe oder substanzielle Neuerungen?, ZStrR 2009, 225 ff.
- HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte I, Zürich 2015
- HASENBÖHLER, Richter:
- HASENBÖHLER FRANZ, Richter und Gesetzgeber in der Schweiz, in: Frank Richard (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindungen des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz, Beiheft ZSR, 2. Aufl., Basel 1997, 99 ff.
- HAUSER ROBERT / SCHWERI ERHARD / HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Zürich 2005
- HAUSER ROBERT, Die Behandlung heimlicher Tonbandaufnahmen im schweizerischen Recht, in: Lindacher Walter / Habscheid Walter J. (Hrsg.), FS Habscheid, Bielefeld 1989, 139 ff.
- HAUSHEER HEINZ / AEBI-MÜLLER REGINA, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016
- HEFENDEHL ROLAND, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Habil., Köln 2002
- HENKE WILHELM, Recht und Staat, Grundlagen der Jurisprudenz, Tübingen 1988
- HERSCH GABRIEL, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO: Kodifizierung der Rechtsprechung des Bundesgerichts?, ZStrR 2012, 352 ff.
- HOFMANN DAVID / LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 2. Aufl., Bern 2015
- HONSELL HEINRICH / ISENRING BERNHARD / KESSLER MARTIN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013
- HORN HANS-RUDOLF, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, Berlin 1962
- HUBMANN HEINRICH, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1956, 85 ff.
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal, Partie générale, Genf 2008
- JEANNERET YVAN / KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, Bern 2013
- JOSITSCH DANIEL, Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013
- KAHNEMAN DANIEL, Thinking fast and slow, New York 2011
- KAISSIS ATHANASSIOS, Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Diss., Frankfurt am Main 1978
- KAUFMANN ARIANE, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss., Zürich 2013
- KAUFMANN MARTIN, Beweisführung und Beweismittelwürdigung, Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Zürich 2009
- KAUFMANN MARTIN, Der Entscheid des Gerichts über die Erhebung von beantragten Beweismitteln: Ein Plädoyer für eine prozessrechtliche Begründung der Voraussetzungen der antizipierten Beweismittelwürdigung, SZPP 2016, 165 ff.

- KAUFMANN MARTIN, Mitwirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien gemäss der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Lorandi Franco / Staehelin Daniel (Hrsg.), *Innovatives Recht*, FS Schwander, Zürich 2011, 917 ff.
- KAUPER GEORG, Zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im deutschen und schweizerischen Zivilprozess, Diss., Basel 1965
- KELLER ANDREAS J., Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz – bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?, ZStr 2011, 229 ff.
- KELLNER HANS, Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweisurkunden in Ehesachen, JR 1950, 270 ff.
- KELNHOFER EVELYN, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, Diss., Berlin 1994
- KEMPF EBERHARD, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht DAV (Hrsg.), *Wahrheitsfindung und ihre Schranken*, Karlsruhe, 27. und 28. Mai 1988, II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht DAV, Essen 1989, 21 ff.
- KIETHE KURT, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, MDR 2005, 965 ff.
- KILLIAS MARTIN / KUHN ANDRÉ / DONGOIS NATHALIE / AEBI MARCELO F., *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Bern 2009
- KODEK GEORG, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, Eine Untersuchung der österreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage, Wien 1987
- KOROBKIN RUSSEL, A Multi-Disciplinary Approach to Legal Scholarship: Economics, Behavioral Economics, and Evolutionary Psychology, *Jurimetrics* 41, 319 ff. (2001)
- KRAATZ ERIK, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung, zum «strafprozessualen» Anscheinsbeweis, Berlin 2011
- KRAMER ERNST, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., Bern 2016
- KREY VOLKER, Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten – Zulässigkeit und Schranken privater Straftataufklärung durch den Verletzten, seinen Rechtsanwalt und durch Detektive zum Zwecke der Strafverfolgung, Berlin 1994
- KÜHNE STEFAN, Ausgewählte Probleme verdeckter Fahndung und (Vor-) Ermittlung nach StPO und kantonaler Polizeigesetzgebung, recht 2016, 112 ff.
- KuKo / GASSER / RICKLI:  
Gasser Dominik / Rickli Brigitte (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. Aufl., Zürich 2014
- KuKo ZPO / AUTORIN:  
Oberhammer Paul (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, 2. Aufl., Basel 2014
- KUMMER MAX, *Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessgesetzen des Kantons Bern und des Bundes*, 4. Aufl., Bern 1984
- LAZARUS RICHARD, The cognition-emotion debate: a bit of history, in: Dalgleish Tim / Power Mick (Hrsg.), *Handbook of cognition and emotion*, Chichester 1999, 3 ff.
- LE ROY YVES / SCHOENENBERGER MARIE-BERNADETTE, *Introduction générale au droit suisse*, 4. Aufl., Paris 2015

- LENDI MARTIN, Interdisziplinarität als Antwort auf die Selbstisolierung der Rechtswissenschaft, in: Barfuß Walter et al. (Hrsg.), Gedanken zur Gerechtigkeit, FS Giger, Bern 2009, 173 ff.
- LERNER JENNIFER / LI YE / VALDESOLO PIERCARLO / KASSAM KARIM, 66 Annu. Rev. Psychol. 802 ff. (2015)
- LEUENBERGER CHRISTOPH / UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016
- LEUZINGER ANDREAS, Verdeckte Einvernahme – nach Mr. Big und allgemein, fp 2014, 165 ff.
- LEVENTHAL GERALD S. / KARUZA JR. JURIGS / FRY WILLIAM RICK, Es geht nur um Fairness: Eine Theorie der Verteilungspräferenzen, in: Mikula Gerold (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Interaktion, Experimentelle und theoretische Beiträge aus der psychologischen Forschung, Bern 1980, 185 ff.
- LIENHARD ANDREAS / MORDASINI-ROHNER CLAUDIA, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, AJP 2015, 1635 ff.
- LIENHARD ANDREAS, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013
- LIKERT RENSIS, A Technique for the Measurement of Attitudes, 140 Arch. Psychol., 1 ff. (1932)
- LIVSCHITZ MARK / SCHMID OLIVER, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise, Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr, Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis, AJP 2011, 739 ff.
- LUTZ LOUISE, Die Verteidigung und das Verbot, den Angeschuldigten zu seiner Selbstbelastung zu verpflichten, ZStrR 2002, 410 ff.
- MACHT KLAUS, Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserlangung im Verwaltungsverfahren, Berlin 1999
- MAHLMANN MATTHIAS, Konkrete Gerechtigkeit, 3. Aufl., Baden-Baden 2017
- MAURER SARAH, Les preuves dérivées, Théorie et problèmes pratiques, Jusletter 13.02.2012, Rz. 1 ff.
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010
- MEIER PHILIPPE / STAEGER ALEXANDRE, La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) – état des lieux, Jusletter 14.12.2009, Rz. 1 ff.
- MEIER RAOUL, Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Basel 2013
- MELUNOVIC KENAD / JOSET ALAIN, Teilnahmerechte: Quo vadis?, Anwaltsrevue 2015, 251 ff.
- MENDE BORIS, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, Diss., Berlin 2001
- MUGGLI SANDRA, Im Netz ins Netz, Pädokriminalität im Internet und der Einsatz von verdeckten Ermittlern und verdeckten Fahndern zu deren Bekämpfung, Diss., Zürich 2014

- MÜLLER LUCIEN, Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt, Bemerkungen zu BGE 8C\_272/2011 vom 11. November 2011, Jusletter 19.12.2011, Rz. 1 ff.
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Haftpflichtrecht in der Krise?, BJM 2002, 289 ff.
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Precedent in Switzerland, in: Baudenbacher Carl / Planzer Simon (Hrsg.), The role of precedent, Stuttgart 2011, 13 ff.
- MÜLLER-HASLER ELISABETH, Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbesondere deren zeitlicher Geltungsbereich unter dem Aspekt des fairen Verfahrens, Diss., Zürich 1998
- MURMANN UWE, Über den Zweck des Strafprozesses, GA 151/2004, 65 ff.
- MUTHORST OLAF, Das Beweisverbot, Grundlegung und Konkretisierung rechtlicher Grenzen der Beweiserhebung und der Beweisverwertung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren, Diss., Tübingen 2009
- NAEGELI GEORG, Darf man im Prozess lügen?, Anwaltsrevue 2010, 292 ff.
- NAGLER JOHANNES, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, in: Hegler August (Hrsg.), FG von Frank I, Tübingen 1930, 339 ff.
- NEUMANN ULFRID, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 1989, 52 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / MAEDER STEFAN, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2011, 443 ff.
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012
- OBRECHT WILLY, Die Stellung des Rechtsanwaltes bei der Wahrheitsfindung im Prozess, Diss., Zürich 1982
- OFK / AUTORIN:  
Gehri Myriam / Jent-Sørensen Ingrid / Sarbach Martin (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015
- OFK / BIAGGINI:  
Biaggini Giovanni (Hrsg.), Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007
- OFK / RIKLIN:  
Riklin Franz (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014
- PAIREN SASKIA, Les preuves illégales recueillies par les particuliers sous l'empire du Code de procédure pénale suisse, Jusletter 08.10.12, Rz. 1 ff.
- PC / MOREILLON / PAIREN-REYMOND:  
Moreillon Laurent / Pairen-Reymond (Hrsg.), Code de procédure pénale, Petit Commentaire, 2. Aufl., Basel 2016
- PERES HOLGER, Strafprozessuale Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote und ihre Grundlagen in Gesetz, Verfassung und Rechtsfortbildung, Diss., München 1991
- PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, Code de Procédure Pénale Suisse (CPP) Annoté, Basel 2015
- PERRIG WERNER, Über den Begriff der Widerrechtlichkeit, SJZ 1959, 325 ff.



- PERRIN TIMOTHY / CALDWELL MITCHELL / CHASE CAROL / FAGAN RONALD, If it's broken, fix it: Moving beyond the exclusionary rule, A new and extensive empirical study of the exclusionary rule and a call for a civil administrative remedy to partially replace the rule, 83 Iowa L. Rev., 669 ff. (1998)
- PERSKY JOSEPH, Retrospectives: The Ethology of Homo Economicus, 9 J. Econ. Perspect., 221 ff. (1995)
- PETERS EGBERT, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess, ZZP 1963, 145 ff.
- PIETH MARK, Braucht das bernische Strafverfahren ein Beweisantragsrecht des Beschuldigten?, ZBJV 1988, 579 ff.
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2016
- PIETH, Beweisantrag:
- PIETH MARK, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Diss., Basel 1984
- PIETH MARK, Spart die Schweiz im Strafprozessrecht den Richter ein?, in: Moos Reinhard / Jessionek Udo / Müller Otto (Hrsg.), Strafprozessrecht im Wandel, FS Miklau, Innsbruck 2006, 383 ff.
- PIQUEREZ GÉRARD / MACALUSO ALAIN, Procédure pénale suisse, manuel, 3. Aufl., Genf 2011
- PITSCH CHRISTOPH, Strafprozessuale Beweisverbote, Eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik, Diss., Hamburg 2009
- PITTELOU JO, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich 2012
- PK / SCHMID N.:
- Schmid Niklaus (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2013
- PROBST THOMAS, Die Änderung der Rechtsprechung, Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), Diss., Basel 1993
- REICH MARKUS / UTTINGER LAURENCE, Praxisänderung im Lichte der Rechtssicherheit und der Rechtsrichtigkeit, ZSR 2010 I, 163 ff.
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008
- RIEDO CHRISTOF / FIOKA GERHARD / NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011
- RIEDO CHRISTOF / FIOKA GERHARD, Trudi-Gerster-Praxis bei der Beweisverwertung zementiert, Plädoyer 2/2011, 36 ff.
- RIESS PETER, Über die Aufgaben des Strafverfahrens, JR 2006, 269 ff.
- RIKLIN FRANZ, Strafbefehlsverfahren, Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit?, ZBJV 2016, 475 ff.
- ROGALL KLAUS, «Abwägungen» im Recht der Beweisverbote, in: Ebert Udo / Rieß Peter / Roxin Claus / Wahle Eberhard (Hrsg.), FS Hanack, Berlin 1999, 293 ff.

- ROGALL KLAUS, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JZ 2008, 818 ff.
- ROGALL KLAUS, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß, Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, NSTZ 1988, 385 ff.
- ROTH ALFONS, Die prozessuale Verwendbarkeit rechtswidrig erlangter Beweisurkunden, Eine Entgegnung, JR 1950, 715 ff.
- RUCKSTUHL NIKLAUS, Die revidierte Strafprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Juni 1999, ZStrR 2000, 414 ff.
- RUCKSTUHL NIKLAUS, Technische Überwachungen aus anwaltlicher Sicht, AJP 2005, 150 ff.
- RUCKSTUHL N., Beilage Plädoyer 6/2006:
- RUCKSTUHL NIKLAUS, Rechtswidrige Beweise erlaubt, Forum Strafverteidigung: Beweismangel und Verwertungsverbot, Beilage Plädoyer 6/2006, 15 ff.
- RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Diss., Zürich 2009
- RÜEDI, Beweismittel:
- RÜEDI YVES, Rechtswidrig erlangte Beweismittel, in: Dolge Anette (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Zürich 2013, 77 ff.
- RÜEDI, Haftpflichtprozess:
- RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Haftpflichtprozess, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung, Beiträge zur Tagung vom 24. Mai 2011, Zürich 2011, 157 ff.
- RUSSENBERGER MARC / WOHLGEMUTH MARC, Unpräjudiziell und nicht für den Gerichtsgebrauch, AJP 2017, 628 ff.
- SARBACH MARTIN, Die richterliche Frage- und Aufklärungspflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Bern 2003
- SARBACH MARTIN, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, ZBJV 2000, 685 ff.
- SCHÄFER HANS-BERND / OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012
- SCHAUB ROLAND, Der Privatdetektiv im schweizerischen Recht, Diss., Zürich 2011
- SCHILLING HELLEN, Illegale Beweise: Eine Untersuchung zum Beweisverfahren im Strafprozess, Baden-Baden 2004
- SCHMID JEAN-DANIEL / HOFER THOMAS, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, 282 ff.
- SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013
- SCHMID N., Beweis:
- SCHMID NIKLAUS, Der Beweis im schweizerischen Strafprozessrecht, in: Frank Richard (Hrsg.), Der Beweis im Zivil- und Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz, Mittelbarer oder unmittelbarer Beweis im Strafprozess?, Ergebnisse einer Tagung von Richtern und Staatsanwälten vom 25.–28. Oktober 1995 in Luzern, Zürich 1995, 75 ff.

- SCHNEIDER HARTMUT, Verdeckte Ermittlungen in Haftanstalten, NStZ 2001, 8 ff.
- SCHRÖDER SVENJA, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung im Strafprozess, Diss., Berlin 1992
- SCHULZ JOACHIM, Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie, Elemente einer Theorie strafprozessualer Sachverhaltsfeststellung, Diss., Köln 1992
- SCHULZ KENNETH / GRIMES DAVID, Generation of allocation sequences in randomised trials: chance, not choice, 359 The Lancet Epidemiology Series, 515 ff. (2002)
- SCHWANDER DANIEL, Ein vergleichender Streifzug durch das zivil- und strafprozessuale Beweisrecht, in: Fankhauser Roland / Widmer Lüchinger Corinne / Klingler Rafael / Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, FS Sutter-Somm, Zürich 2016, 573 ff.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN / HUG MARKUS / JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007
- SCHWEIZER MARGRIT, Die Mitwirkung Privater bei der Strafverfolgung, Diss., Zürich 1940
- SEILER HANSJÖRG, Einführung in das Recht, 3. Aufl., Zürich 2009
- SHK / AUTORIN:  
Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli's Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010
- SLOVIC PAUL / FINUCANE MELISSA / PETERS ELLEN / MACGREGOR DONALD, The Affect Heuristic, in: Gilovich Thomas / Griffin Dale / Kahneman Daniel (Hrsg.), Heuristic and Biases, The Psychology of Intuitive Judgment, 14. Aufl., Cambridge 2013, 397 ff.
- SOOD AVANI MEHTA, Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule, 103 Geo. L.J., 1543 ff. (2015)
- SPÜHLER KARL / DOLGE ANNETTE / GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Bern 2010
- SPÜHLER KARL, Verwendung von legal und illegal beschafften Beweismitteln unter besonderer Berücksichtigung des Daten- und Geheimnisschutzes, ZZZ 2004, 147 ff.
- STAEHELIN ADRIAN / STAEHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013
- STAEHELIN ADRIAN, Der Beweis im schweizerischen Zivilprozess, in: Frank Richard (Hrsg.), Der Beweis im Zivil- und Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz, Mittelbarer oder unmittelbarer Beweis im Strafprozess?, Ergebnisse einer Tagung von Richtern und Staatsanwälten vom 25.–28. Oktober 1995 in Luzern, Zürich 1995, 1 ff.
- STARK EMIL, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- STAUB LEO, Tonaufnahmen als Mittel zur Aufdeckung von Straftaten, insbesondere im Kanton St. Gallen, Diss., Zürich 1986
- STAW BARRY, The escalation of commitment: An update and appraisal, in: Saphira Zur (Hrsg.), Organizational decision making, Cambridge 1997, 191 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, ZStrR 1963, 233 ff.

- STRATENWERTH GÜNTER, Zum Begriff des «Rechtsgutes», in: Eser Albin / Schittenhelm Ulrike / Schumann Heribert (Hrsg.), FS Leckner, München 1998, 377 ff.
- SUMMERS SARAH / STUDER DAVID, Fairness im Strafverfahren?: Eine empirische Untersuchung, ZStrR 2016, 45 ff.
- SUNSTEIN CASS R., Moral heuristics, 28 Behav. Brain Sci., 531 ff. (2005)
- Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / AUTORIN:
- Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017
- TANNER MARTIN, Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2015, 735 ff.
- THOMMEN MARC, Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, recht 2014, 264 ff.
- TJETJE CHRISTIAN, Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei, Ein Fall der Art. 10 GG und 8 EMRK, MDR 1994, 1078 ff.
- TOOBY JOHN / COSMIDES LEDA, On the Universality of Human Nature and the Uniqueness of the Individual: The Role of Genetics and Adaption, 58 J. Personal., 17 ff. (1990)
- TOOBY JOHN / COSMIDES LEDA, The Psychological Foundations of Culture, in: Barkow Jerome H. / Cosmides Lea / Tooby John (Hrsg.), The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture, New York 1992, 19 ff.
- TRECHSEL STEFAN / NOLL PETER / PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. Aufl., Zürich 2017
- TRECHSEL STEFAN, Gerechtigkeit im Fehlurteil, ZStrR 2000, 1 ff.
- TVERSKY AMOS / KAHNEMAN DANIEL, Availability: A heuristic for judging frequency and probability, 5 Cognitive Psychology, 207 ff. (1973)
- TVERSKY AMOS / KAHNEMAN DANIEL, Judgment under Certainty: Heuristics and Biases, 185 Science, 1124 ff. (1974)
- TYLER TOM R., Why people obey the law, Princeton 2006
- VERDE MICHEL, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Diss., Zürich 2014
- VEST HANS / EICKER ANDREAS, Aussageverweigerungsrecht und Beweisverwertungsverbot, Bemerkungen zu BGE 130 I 126, AJP 2005, 883 ff.
- VEST HANS / HÖHENER ANDREA, Beweisverwertungsverbote – quo vadis Bundesgericht?, ZStrR 2009, 95 ff.
- VEST HANS, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten oder der langwierige Abschied vom Inquisitionsmodell, in: Donatsch Andreas / Forster Marc / Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, FS Trechsel, Zürich 2002, 781 ff.
- VETTERLI LUZIA, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, Überlegungen zu BGE 137 I 218 und gleichzeitig Denkanstösse zur Auslegung von Art. 141 StPO, ZStrR 2012, 447 ff.
- VOGEL-ETIENNE UELI, Unverständliche Justiz, NZZ, 22.02.2013

- VOLK KLAUS, Diverse Wahrheiten, in: Eser Albin / Kullmann Hans / Meyer-Gossner Lutz / Odersky Walter / Voß Rainer (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, FS Salger, Köln 1995, 411 ff.
- VOUILLOZ FRANÇOIS, La preuve dans le code de procédure civile suisse (Art. 150 à 193 CPC), AJP 2009, 830 ff.
- WALDER HANS, Bemerkungen zum Beweisverbot bezüglich illegal beschaffter Beweismittel, SJZ 1993, 191 ff.
- WALDER HANS, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, ZStrR 1966, 36 ff.
- WALTER PETER, Die Sicht des Schweizerischen Bundesgerichts, in: Ehrenzeller Bernhard / Gomez Peter / Kotzur Markus / Thürre Daniel / Vallender Klaus A. (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich 2008, 127 ff.
- VON WATTENWYL ROBERT, Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht, ZSR 1929, 414 ff.
- WEIBEL THOMAS, Beweise und Beweisführungsgrundsätze im schweizerischen Zivilrecht, in: DACH Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Beweise- und Beweisführungsgrundsätze im Zivilrecht, 38. Tagung der DACH in Graz vom 22.–24. Mai 2008, Zürich 2008, 61 ff.
- WEICHBRODT JOHANNES, Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess, Zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche, Diss., Tübingen 2012
- WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 2011
- WESSELS JOHANNES / BEULKE WERNER / SATZGER HELMUT, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 46. Aufl., Heidelberg 2016
- WIDMER URS, Reise an den Rand des Universums, Zürich 2013
- WILHELM MARTIN, Sind Dashcam-Videos als Beweis zulässig?, Tagesanzeiger, 18.07.2017
- WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses: Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich 2012
- WIPRÄCHTIGER HANS, Allgemeine Grundsätze, in: Heer Marianne (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Bern 2010, 63 ff.
- WIPRÄCHTIGER HANS, Gericht und Gerechtigkeit am Beispiel der Strafjustiz, in: Barfuß Walter et al. (Hrsg.), Gedanken zur Gerechtigkeit, FS Giger, Bern 2009, 77 ff.
- WOHLERS WOLFGANG / BLÄSI LINDA, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015, 158 ff.
- WOHLERS WOLFGANG, Rechtsfolgen der Nichtbeanstandung von Verfahrensfehlern durch die Verteidigung, fp 2010, 366 ff.
- WOLFLAST GABRIELE, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung, Besprechung des BGH-Urteils vom 09.04.1986 – 3 StR 551/85 (NSTZ 1987, 133), NSTZ 1987, 103 ff.
- Yale ISPS, 2017:
- Yale ISPS, Why randomize?, 2017, <<http://isps.yale.edu/>>, zuletzt abgerufen am 31.08.2017
- YAMAGISHI TOSHIO / LI YANG / TAKAGISHI HARUTO / MATSUMOTO YOSHIE / KIYONARI TOKO, In Search of Homo Economicus, 25 Psychol. Sci., 1699 ff. (2014)

- ZEISS WALTER, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ZZP 1976, 377 ff.
- ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Diss., Zürich 2008
- ZIPPELIUS REINHOLD, Einführung in das Recht, 7. Aufl., Tübingen 2017

---

# Materialienverzeichnis

## Materialien zur Zivilprozessordnung

AB NR (ZPO)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Wortprotokolle des Nationalrats, Sommersession, 12. Juni 2008, AB NR 2008 III 945
AB SR (ZPO)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Wortprotokolle des Ständerats, Sommersession, 21. Juni 2007, AB SR 2007 II 514
Bericht VE ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Bern 2003
Botschaft ZPO	Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff.
E ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO), Entwurf, BBl 2006 413 ff.
VE ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Vorentwurf der Expertenkommission, Bern 2003
ZS Vernehmlassungen VE ZPO	Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Bern 2004

## Materialien zur Strafprozessordnung

AB NR (StPO)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Wortprotokolle des Nationalrats, Sommersession, 18. Juni 2007, AB NR 2007 II 955 ff. Herbstsession, 25. September 2007, AB NR 2007 III 1390
AB SR (StPO)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Wortprotokolle des Ständerats, Wintersession, 7. Dezember 2006, AB SR 2006 V 1014
Bericht VE StPO	Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001
Botschaft StPO	Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.
E StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), Entwurf, BBl 2006 1389 ff.

Hearings StPO	Aus 29 mach 1, Hearings zum Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Protokolle und schriftliche Stellungnahmen, Bern 1998
Konzept StPO	Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Bern 1997
VE StPO	Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2001
ZF Vernehmlassungen VE StPO	Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bern 2003



---

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1.	Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach Schwere der Verletzungshandlung .....	164
Abbildung 2.	Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach Bedeutung des Beweises.....	165
Abbildung 3.	Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach moralischer Tragweite .....	166
Abbildung 4.	Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach objektiven Konsequenzen für die Parteien .....	167
Abbildung 5.	Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach subjektiven Konsequenzen für die Parteien.....	168
Abbildung 6.	Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach Präzedenz.....	169



---

## **Zusammenfassung**

Im Zivil- und im Strafverfahren entsteht eine inhärente Problematik, wenn Privatpersonen rechtswidrig beschaffte Beweise in das jeweilige Verfahren einführen. Sowohl bei der Verwertung wie auch bei der Nichtverwertung des Beweismittels kann der Rechtsfrieden gestört werden, da entweder das Interesse an der Wahrheitsfindung und Rechtsdurchsetzung oder aber der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt wird. Dadurch entsteht ein Spannungsfeld, das sich nicht vollumfänglich auflösen lässt. In beiden Verfahren ist daher eine Interessenabwägung im Einzelfall vorgesehen, deren weitreichende praktische Relevanz sich daraus ergibt, dass die Verwertung rechtswidrig beschaffter Beweise den Verfahrensausgang materiell zu beeinflussen vermag. Die vorliegende Dissertation untersucht die Thematik der rechtswidrigen Beweisbeschaffung und die für die Erlangung eines gerechten Urteils notwendige Interessenabwägung. Es wird insbesondere betrachtet, welche Interessen gegeneinander abzuwägen sind und welche Parameter hierfür Berücksichtigung finden sollten.

---

## Sommaire

Un problème inhérent se pose, dans les procédures civiles et pénales, lorsque des particuliers présentent au cours de la procédure respective des moyens de preuve obtenus de manière illicite. La paix juridique peut être troublée autant par l'exploitation que la non-exploitation de la preuve en question, c'est-à-dire qu'il sera dans ce cas de figure porté atteinte soit à l'intérêt pour la détermination de la vérité et l'application de la loi, soit au principe du procès équitable. Se crée ainsi une zone conflictuelle ne pouvant jamais être complètement réglée. Un équilibre des intérêts est ainsi envisagé au cas par cas dans les deux types de procédures. La pertinence pratique de grande portée de cet équilibre peut notamment résulter du fait que l'exploitation de preuves obtenues de manière illicite est susceptible d'influencer sensiblement le résultat de la procédure. Cette thèse examine la question de la preuve illicite et de l'équilibre des intérêts nécessaire pour obtenir un jugement équitable. Est notamment étudiée la question de savoir quels intérêts doivent être mis dans la balance et quels paramètres doivent être pris en compte.

---

## Summary

In both civil and criminal proceedings, a problem arises when private individuals introduce illegally obtained evidence. The use as well as the refusal to use this evidence can adversely influence the legal peace, because using this evidence could violate the principal of fair procedure, while not using this evidence could jeopardize finding the truth and enforcing the law. This inherent problem results in a conflict that cannot be fully resolved. The competing interests thus need to be weighed in each individual case. This is crucial, and may be decisive, since the exploitation of illegally obtained evidence can materially influence judgments, which also illustrates the problem's practical relevance. The present dissertation examines illegally obtained evidence and, specifically, the weighing of interests, which is relevant for enhancing the fairness of judgements. This thesis elaborates on the concrete interests that should be considered in the weighing process, and provides parameters to operationalize each of these interests.



# **1. Kapitel: Einleitung**





---

## § 1 Gegenstand der Untersuchung

### I Problemstellung

Die Problemstellung, die der vorliegenden Dissertation zugrunde liegt, lässt sich anschaulich anhand von zwei Fällen aufzeigen. 1

In einem Fall, der dem Obergericht Bern zur Entscheidung vorlag, war die Frage zu beurteilen, ob die von der Ehefrau rechtswidrig aufgezeichneten Telefongespräche mit ihrem Ehemann als Beweismittel im Strafverfahren zuzulassen seien. Die Frau wollte mit den Aufnahmen belegen, dass der Ehemann ihr gegenüber fortwährend Drohungen, insbesondere auch Todesdrohungen, ausgesprochen hatte. Die Aufnahme wurde vom Obergericht Bern als verwertbar angesehen. Begründet wurde dies damit, dass die Todesdrohungen keinen geringfügigen Tatvorwurf darstellen und aus diesem Grund das öffentliche Interesse an der Aufklärung der Straftat das private Interesse des Beschwerdeführers an der Geheimhaltung des Telefongesprächs überwiegen würden.<sup>1</sup> 2

Eine ähnliche Fallkonstellation hatte das Obergericht Zürich zu beurteilen. Fraglich war, ob die von einer Privatperson rechtswidrig erstellte Audiodatei eines Telefongesprächs im entsprechenden Strafverfahren als Beweis verwertet werden kann. Bei der Beschuldigten bestand der Verdacht auf Menschenhandel, wobei die Staatsanwaltschaft von einem «(gerade noch) leichten Verschulden [...]» ausging.<sup>2</sup> Das Obergericht Zürich erachtete die Aufnahme als nicht verwertbar, da es sich dabei nicht um eine sehr schwere Straftat handelte, weshalb das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung hinter dem privaten Interesse der Beschuldigten an der Wahrung ihrer Privatsphäre zurückzutreten habe.<sup>3</sup> 3

In beiden Fällen wurde ein Beweismittel<sup>4</sup> durch eine Privatperson rechtswidrig beschafft und ins Verfahren<sup>5</sup> eingeführt. Obwohl die beiden Fälle von ihrer Ausgangslage her vergleichbar sind – rechtswidrige Aufnahme eines Telefongesprächs, Einführung des rechtswidrig beschafften Telefon- 4

---

<sup>1</sup> OGer BE, 13.07.2011, BK 11 93.

<sup>2</sup> OGer ZH, 25.03.2014, SB130420, E. 1 f.

<sup>3</sup> OGer ZH, 25.03.2014, SB130420, E. 1 f.

<sup>4</sup> Der Terminus «Beweismittel» wird in vorliegender Dissertation synonym verwendet zum Terminus «Beweis». Vgl. auch Rz. 32.

<sup>5</sup> Der Terminus «Verfahren» wird in vorliegender Dissertation synonym verwendet zum Terminus «Prozess».

gesprächs ins Strafverfahren, Bestehen eines mittleren Tatvorwurfs – wurde das Beweismittel im einen Verfahren als verwertbar erachtet, während es im anderen Verfahren von der Verwertung ausgeschlossen wurde. Weder kann die eine Entscheidung als richtig und die andere als falsch bezeichnet werden noch ist davon auszugehen, dass die eine Entscheidung gerecht und die andere ungerecht ist. Sowohl die Verwertung wie auch die Nichtverwertung eines rechtswidrig beschafften Beweismittels kann als ungerecht angesehen werden, je nachdem welches Interesse der beurteilenden Person nähersteht. Vor diesem Hintergrund bezweckt die Interessenabwägung einen Ausgleich zwischen den sich widerstreitenden Interessen an der Verwertung beziehungsweise an der Nichtverwertung zu erreichen und damit ein möglichst gerechtes, dem Rechtsfrieden zuträgliches Urteil zu erlangen.

- 5 Die Durchführung der angesprochenen Interessenabwägung ist für die betreffenden Richter eine herausfordernde Aufgabe, die zusätzlich dadurch erschwert wird, dass keine gefestigten dogmatischen Grundlagen im Hinblick auf die konkrete Durchführung der Interessenabwägung bestehen. Den Richtern bleibt ein erheblicher Interpretations- und Ermessensspielraum.<sup>6</sup> Es dürfte daher evident sein, dass die Entscheidung über die Verwertbarkeit eines Beweismittels nicht zuletzt in erheblichem Masse von den Ansichten und Erfahrungen des beurteilenden Gerichts beeinflusst wird.<sup>7</sup>

## II Zielsetzung

- 6 Die vorliegende Dissertation soll aufzeigen, dass die exemplarisch dargestellte Thematik der rechtswidrigen Beweisbeschaffung durch Privatpersonen eine inhärente Problematik sowohl des Zivil- wie auch des Strafverfahrens darstellt. In beiden Verfahren gelangt im Umgang mit rechtswidrig beschafften Beweismitteln eine Interessenabwägung zur Anwendung. Wenngleich in der Lehre mehrheitlich die Ansicht vertreten wird, dass sich das Zivil- und Strafverfahren wegen ihrer grundsätzlichen Verschiedenartigkeit nicht vergleichen liessen,<sup>8</sup> beansprucht die vorliegende Arbeit zu

---

<sup>6</sup> MUTHORST, 1; PITSCH, 6; WOHLERS / BLÄSI, recht 2015, 158, 160.

<sup>7</sup> Vgl. TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 8; vgl. auch WOHLERS / BLÄSI, recht 2015, 158, 160, welche ausführen, eine Interessenabwägung berge immer auch die latente Gefahr der Willkürlichkeit. Vgl. auch AUSTIN, 338: «So far as the judge's arbitrium extends, there is no law at all.»

<sup>8</sup> WALDER, SJZ 1993, 191, 192; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 24; BAUMGARTEL, FS Klug II, 477, 478; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 82; vgl. auch SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, der darauf hinweist, dass

veranschaulichen, dass eine gesamtheitliche Betrachtungsweise möglich und sachgerecht ist.<sup>9</sup> Wo tatsächlich Unterschiede bestehen, werden diese aufgegriffen und im Sinne der Konzeption des entsprechenden Verfahrens gewürdigt.

Als weiteres Ziel erhebt die vorliegende Dissertation den Anspruch, die dogmatischen Grundlagen im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Beweisbeschaffung durch Privatpersonen im Zivil- und Strafverfahren zu konkretisieren. Es sollen insbesondere die bestehenden rechtlichen Grundlagen auf ihren Inhalt und Anwendungsbereich untersucht werden. Zudem sollen unter Zuhilfenahme von rechtsphilosophischen und -psychologischen Erkenntnissen die für die Interessenabwägung relevanten Interessen und diese operationalisierenden Parameter erarbeitet werden. Dies mit dem Ziel, im Rahmen der Interessenabwägung eine Annäherung an ein gerechtes, dem Rechtsfrieden zuträgliches Urteil zu erreichen, welches von den verfahrensbeteiligten Parteien und der Gesellschaft legitimiert wird.

### III Theoretische und praktische Relevanz

Dass Privatpersonen Beweise auf rechtswidrige Art und Weise beschaffen, ist kein neues Phänomen.<sup>10</sup> Bedingt durch die fortlaufende Entwicklung in technischer und ökonomischer Hinsicht, haben sich aber nicht nur die Möglichkeiten zur rechtswidrigen Beweisbeschaffung vervielfacht, sondern auch deutlich vereinfacht. Während ein Ehemann im Jahre 1968 noch einen Spitzel im Nebenzimmer der ehelichen Wohnung versteckte, der die Beschimpfungen der Ehefrau gegenüber deren Ehemann durch zwei Löcher in der Wand, von denen eines mit einem Spiegel ausgestattet war, belauschen und beobachten musste,<sup>11</sup> wäre es in der heutigen Zeit ohne Weiteres mög-

---

in Theorie und Praxis keine Übereinstimmung zwischen Zivilprozess und Strafprozess im Hinblick auf die rechtswidrige Beweisverwertung besteht, der dann aber einwendet, die im Strafprozessrecht entwickelte Praxis liesse sich auch auf den Zivilprozess übertragen.

<sup>9</sup> Zustimmend zur Vergleichbarkeit von Zivil- und Strafverfahren: SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 598 f.; HABSCHIED, SJZ 1993, 185, 186, 191; WEIBEL, Rz. 79; SHK / PASSADELIS, Art. 152 ZPO N 12; vgl. auch Botschaft ZPO, 7221, 7312, die auf einen strafrechtlichen Bundesgerichtsentscheid verweist.

<sup>10</sup> Vgl. dazu GAILLARD, SJ 1984, 649, der auf einen Fall einer rechtswidrigen Beweisbeschaffung aus dem Jahre 28 n. Chr. verweist. Vgl. auch KAUFMANN M., 238; CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Intro. Art. 139–141 CPP N 7.

<sup>11</sup> BGH, 19.06.1970, IV ZR 45/69, Rz. 12.

lich, die entsprechenden Szenen mit einem Mobiltelefon oder einer Minikamera aufzunehmen.

- 9 Die Konstellationen, in denen rechtswidrige Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen denkbar sind, sind so vielfältig, dass nahezu unendlich viele konkrete Beschaffungshandlungen möglich scheinen.<sup>12</sup> Aktuell werden beispielsweise Fälle diskutiert, bei denen Privatpersonen mittels Dashcams Aufnahmen im Strassenverkehr tätigen, anhand derer Verstösse gegen das Strassenverkehrsgesetz bewiesen werden sollen.<sup>13</sup>
- 10 Die Entscheidung über die Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels ist nicht selten ausschlaggebend für das Urteil im Verfahren, in dem das rechtswidrig beschaffte Beweismittel eingereicht wird.<sup>14</sup> Aufgrund der Tragweite der erwähnten Problematik sind klare dogmatische Grundlagen essentiell, um eine vorhersehbare und rechtsgleiche Behandlung gleichgelagerter Fälle zu erreichen. Die vorliegende Dissertation knüpft an die wenigen Abhandlungen in der Lehre an und trägt zu einer weiteren Konkretisierung bei.<sup>15</sup> Durch die Erarbeitung materieller Kriterien, die im Rahmen der Durchführung einer Interessenabwägung Berücksichtigung finden sollten, erlangt die vorliegende Dissertation nicht nur juristisch-theoretische, sondern darüber hinaus auch praktische Relevanz.

## § 2 Abgrenzungen

### I Exklusion des Verwaltungsverfahrens

- 11 Rechtswidrige Beweisbeschaffungshandlungen sind grundsätzlich in allen Verfahren denkbar, in denen Beweis geführt wird, so auch im Verwaltungsverfahren.<sup>16</sup> Allerdings handelt es sich im Verwaltungsverfahren vordergründig um Konstellationen, in denen die rechtswidrigen Beschaffungs-

---

<sup>12</sup> GÖSSEL, FS Bockelmann, 801, 802.

<sup>13</sup> Vgl. z.B. WILHELM, Tagesanzeiger, 18.07.2017; vgl. dazu auch EDÖB, Dashcam, Juli 2013; vgl. auch BALZER / NUGEL, NJW 2014, 1622 ff.; KGer SZ, 20.06.2017, STK 2017 1; BGer, 26.09.2017, 6B\_758/2017, E. 1.2.

<sup>14</sup> SPÜHLER, ZZZ 2004, 147; RÜEDI, Beweismittel, 77; DERS., Haftpflichtprozess, 157, 158.

<sup>15</sup> Erwähnenswert sind insbesondere die Dissertationen von RÜEDI im zivilprozessualen und GODENZI im strafprozessualen Kontext.

<sup>16</sup> RÜEDI, Haftpflichtprozess, 157, 158.

handlungen von den staatlichen Behörden initiiert werden. Bekannt sind insbesondere Fälle, in denen Privatpersonen observiert werden, um deren Anspruch auf Versicherungsleistungen abzuklären.<sup>17</sup> Diese Fälle erfordern eine differenzierte Vorgehensweise, weshalb sich die vorliegende Dissertation auf rechtswidrige Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen im Geltungsbereich von Zivil- und Strafverfahren fokussiert.

## II Exklusion ausländischer Rechtsordnungen

Die Problematik rund um die Verwertbarkeit von rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffter Beweise besteht selbstverständlich nicht nur im schweizerischen Recht, sondern in nahezu jeder modernen Rechtsordnung. Der Fokus vorliegender Dissertation beschränkt sich jedoch aufgrund der stark variierenden kontextualen Einbettung auf das schweizerische Recht. 12

## III Exklusion materiellrechtlicher Folgen

Die Frage der Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels ist von der Frage der materiellrechtlichen Konsequenzen der rechtswidrigen Beweisbeschaffungshandlung abzugrenzen. In vorliegender Dissertation geht es einzig um die Frage, wann ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel verwertet werden soll. Die unter Umständen bestehende straf- oder zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Privatperson, die darauf gründet, dass diese im Rahmen der rechtswidrigen Beweisbeschaffung die materiellrecht- 13

---

<sup>17</sup> Die Thematik rund um die Observation von Versicherungsbetrügern weist einen hohen Grad an Aktualität auf, seit der EGMR festgestellt hat, dass es in der Schweiz im Bereich der Unfallversicherung an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für eine verdeckte Überwachung mangelt, vgl. EGMR, 18.10.2016, Vukota-Bojic vs. Schweiz, Nr. 61838/10 und dazu GÄCHTER / MEIER M., Jusletter 14.08.2017, Rz. 1 ff. Das Bundesgericht hat jüngst festgestellt, dass dies auch für die Invalidenversicherung gilt (vgl. BGer, 14.07.2017, 9C\_806/2016; vgl. auch BGer, 27.07.2017, 8C.735/2016). Im Allgemeinen zur Problematik BGer, 17.12.2009, 8C\_239/2008; BGE 135 I 169; BGE 132 V 241; GÄCHTER, 179 ff.; MEIER / STAEGER, Jusletter 14.12.2009, Rz. 1 ff.; MÜLLER, Jusletter 19.12.2011, Rz. 1 ff.; AEBI-MÜLLER / EICKER / VERDE, Jusletter 03.05.2010, Rz. 1 ff.; AEBI-MÜLLER, HAVE, 153, 155; RÜEDI, Haftpflichtprozess, 157, 158 ff.

liche Rechtsordnung verletzt hat, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Dissertation.<sup>18</sup>

## **IV Exklusion unmittelbarer verfahrensrechtlicher Folgen**

- 14 Die im Fokus stehende Interessenabwägung führt im Einzelfall zum Entscheid, ob ein Beweismittel verwertet werden darf oder nicht. Damit einher geht die Frage, wie das Gericht zu verfahren hat, wenn es im Rahmen der Interessenabwägung zum Schluss kommt, dass ein Beweismittel nicht verwertet werden darf. Dies ist aber nicht zentral für die im Vordergrund stehende Frage der Verwertbarkeit. Es sei jedoch darauf verwiesen, dass sich in der Praxis insbesondere die Frage stellt, ob das rechtswidrig beschaffte Beweismittel in den Akten verbleiben soll oder aus den Akten zu entfernen ist.<sup>19</sup>

## **V Exklusion der Fernwirkungsproblematik**

- 15 Es ist möglich, dass erst durch ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel ein weiteres Beweismittel nutzbar wird. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob letzteres Beweismittel verwertet werden darf oder nicht (sog. Fruit of the poisonous tree-Doktrin). Aufgrund des Umfangs und der Komplexität dieser Fragestellung kann sie in vorliegender Arbeit nicht behandelt werden und müsste daher in einer separaten Abhandlung Abklärung finden.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. auch WALDER, ZStrR 1966, 36, 37.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 5 StPO; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 106 ff.; vgl. auch RÜEDI, Rz. 362 ff.; vgl. auch WOHLERS / BLÄSI, recht 2015, 158, 169; vgl. auch RIEDO / FIOLKA, Plädoyer 2/2011, 36, 39 f.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 4 StPO; vgl. auch BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 88 ff.; vgl. GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 655; vgl. auch RÜEDI, Rz. 369 ff.; vgl. auch GRONER, 143 ff.; vgl. auch BGE 138 IV 169, E. 3.3.2; vgl. auch GLESS, ZStrR 2010, 146 ff.; vgl. auch MAURER, Jusletter 13.02.2012, Rz. 1 ff.; vgl. auch RIEDO / FIOLKA, Plädoyer 2/2011, 36, 39 f.

## § 3 Untersuchungsdesign

### I Vorgehen

Die Dogmatik wird anhand der bestehenden Literatur und Rechtsprechung erarbeitet. Soweit bereits Ansätze bestehen, werden diese kritisch gewürdigt. Die in der vorliegenden Dissertation interessierende Thematik der Gerechtigkeit stellt sich nicht nur im rechtswissenschaftlichen Kontext, sondern gleichermassen z.B. in der Rechtsphilosophie und -psychologie. Dabei kann keine der Wissenschaften für sich abschliessend beantworten, was Gerechtigkeit ist – sie sind aufeinander verwiesen.<sup>21</sup> Aus diesem Grund wird ein interdisziplinärer Ansatz verfolgt, indem die rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse mit den Einsichten anderer Wissenschaften verknüpft werden, um zur breiteren Erfassung und zur umfassenderen Abstützung der Thematik beizutragen. 16

Angesichts des Ziels, eine Annäherung an ein gerechtes, dem Rechtsfrieden zuträgliches Urteil zu erreichen,<sup>22</sup> ist eine der Hauptfragen vorliegender Dissertation, wann ein Urteil über die Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels gerecht ist und rechtsfriedenstiftend wirkt. Vor dem Hintergrund, dass sich Gerechtigkeit nicht definieren lässt, sondern sich in der Gesellschaft vielmehr ein Sensorium für gerecht und ungerecht entwickelt hat<sup>23</sup> und eine solche Bewertung zudem inhärent subjektiv konnotiert ist,<sup>24</sup> werden die im Rahmen der dogmatischen Analyse erarbeiteten Parameter in einem empirischen Experiment mit einer für die Bevölkerung repräsentativen Stichprobe untersucht. Dadurch soll ergründet werden, ob und inwiefern genannte Parameter für das Gerechtigkeitsempfinden der Allgemeinheit relevant sind und daher bei der Interessenabwägung Berücksichtigung finden sollten. Die empirische Studie dient insofern der Verifikation der Erkenntnisse, die im Rahmen der juristisch theoretischen Analyse erlangt wurden. 17

---

<sup>21</sup> LENDI, FS Giger, 173, 182: Durch das Gespräch zwischen den Disziplinen ergeben sich Bereicherungen aus den Überlappungen und Schnittstellen heraus.

<sup>22</sup> Vgl. Rz. 7.

<sup>23</sup> GIGER, FG Giger, 301, 311.

<sup>24</sup> WIPRÄCHTIGER, FS Giger, 77, 92; HENKE, 190.

## **II      Aufbau**

- 18 Um die gesetzten Ziele zu erreichen, findet in Kapitel 2 eine Einbettung der Problematik der rechtswidrig durch Privatpersonen beschafften Beweismittel in das System der Beweisführung im Zivil- und Strafverfahren statt. Dabei wird sich zeigen, dass trotz der unterschiedlichen Zielsetzung der beiden Verfahren und den damit einhergehenden Unterschieden in der Beweisführung rechtswidrige Beweisbeschaffungshandlungen durch Privatpersonen in beiden Verfahren gleichermaßen zu würdigen sind.
- 19 Basierend auf der Erkenntnis, dass rechtswidrige private Beweisbeschaffungen in beiden Verfahren präsent sein können, werden in Kapitel 3 die bestehenden Grundlagen im Gesetz beziehungsweise in der Rechtsprechung analysiert und auf deren Anwendungsbereich und Anwendung hin untersucht. Daraus wird sich ergeben, dass die Regelungen im Zivil- und Strafverfahren im Hinblick auf Tatbestand und Rechtsfolge komparabel sind, wenngleich sie auf einer anderen Grundlage beruhen.
- 20 Dies bildet die Voraussetzung für die Analyse des Tatbestands der rechtswidrigen Beweisbeschaffung durch Privatpersonen in Kapitel 4. Dabei wird eruiert, was Objekt und Subjekt der Beschaffungshandlung ist sowie in welchen Fällen der Tatbestand der rechtswidrigen Beschaffung erfüllt ist.
- 21 Basierend auf der tatbestandsseitigen Betrachtung im Rahmen von Kapitel 4, widmet sich Kapitel 5 der Untersuchung der in beiden Verfahren vorgesehenen Rechtsfolge, nämlich der Interessenabwägung. Dabei wird zunächst die Funktion der Interessenabwägung unter anderem rechtsphilosophisch betrachtet, um herleiten zu können, welche Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Sodann werden die bei genannter Interessenabwägung zu berücksichtigenden Parameter theoretisch deduziert und schliesslich empirisch geprüft. Die Dissertation schliesst daraufhin mit einer Konklusion über die gewonnenen Erkenntnisse in Kapitel 6.



## **2. Kapitel**

# **Beweisbeschaffung im Zivil- und Strafverfahren**

Vor dem Hintergrund des unterschiedlichen Zwecks von Zivil- und Strafverfahren untersucht vorliegendes Kapitel die jeweilige Konzeption der beiden Verfahren im Hinblick auf die Beweisführung. Insbesondere wird erläutert, in wessen Zuständigkeit die Beweisführung fällt. Dies bildet die Grundlage für die Feststellung, dass rechtswidrige Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen in beiden Verfahren gleichermassen denkbar sind und sich trotz der konzeptionellen Differenzen von Zivil- und Strafverfahren diesbezüglich keine Unterschiede ergeben. 22



---

## § 1 Hintergrund

### I Zweck von Zivil- und Strafverfahren

#### 1 Zivilverfahren: Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte

Das Zivilverfahren bezweckt prinzipiell ein Streitiges zivilrechtliches Rechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen rechtsverbindlich zu klären und so den Rechtsfrieden wiederherzustellen.<sup>25</sup> Hierbei stehen sich formal gleichgestellte Rechtssubjekte als klagende und als beklagte Partei gegenüber.<sup>26</sup> 23

Die Geltendmachung oder Durchsetzung eines subjektiven Rechts betrifft vordergründig das Verhältnis zwischen den Parteien.<sup>27</sup> Mit Ausnahme bestimmter Belange, z.B. Kinderbelange, liegt die Regelung der privatrechtlichen Verhältnisse somit primär im privaten Interesse.<sup>28</sup> Insofern hängt es vom freien Entschluss der zivilrechtlich anspruchsberechtigten Person ab, ob überhaupt ein Verfahren eingeleitet wird.<sup>29</sup> 24

Neben oder durch seine Funktion der Klärung von Privatrechtsverhältnissen dient der Zivilprozess auch dem Schutz der objektiven Rechtsordnung. Er entfaltet generalpräventive Wirkung, indem er Rechtsfolgen an die Verletzung von rechtlichen Normen knüpft. Bliebe ein Verstoß gegen Rechtsnormen ohne Konsequenzen, wäre ein funktionierendes gesellschaftliches Zusammenleben kaum denkbar.<sup>30</sup> 25

---

<sup>25</sup> BGE 136 III 178, E. 5.2; BSK / VOCK / NATER, Art. 1 ZPO N 5; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 1 Rz. 2; SUTTER-SOMM, Rz. 1, 3; WIPRÄCHTIGER, FS Giger, 77; vgl. Rz. 277 f.

<sup>26</sup> BGE 83 II 180, E. 1b. Eine Ausnahme bildet die freiwillige Gerichtsbarkeit, bei welcher in der Regel eine Gegenpartei fehlt (STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 8 Rz. 2).

<sup>27</sup> Zu den verschiedenen Klagearten im Zivilprozess: GULDENER, 205 ff.

<sup>28</sup> SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 575; vgl. auch BIENERT, 114 f.; für eine differenzierte Betrachtung der bestehenden öffentlichen und privaten Interessen vgl. Rz. 316 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO; CHAIX, Rz. 7.

<sup>30</sup> SUTTER-SOMM, Rz. 3.

## 2 Strafverfahren: Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs

- 26 Das Strafverfahren bezweckt den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen, indem eine beschuldigte Person, die sich eines strafrechtlich relevanten Verhaltens schuldig gemacht hat, angemessen bestraft wird.<sup>31</sup> Die Strafe soll das verursachte Übel ausgleichen und den Rechtsfrieden wiederherstellen.<sup>32</sup> Im Gegensatz zum Zivilverfahren stehen sich nicht gleichgestellte Privatrechtssubjekte gegenüber,<sup>33</sup> sondern der Beschuldigte und die Strafverfolgungsbehörden. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass sie über staatliche Hoheitsgewalt verfügen.<sup>34</sup>
- 27 Das Strafverfahren beschlägt nicht nur das Verhältnis zwischen den am Verfahren beteiligten Parteien.<sup>35</sup> Vielmehr wirkt es *erga omnes*. Es liegt im öffentlichen Interesse, den Täter, der den Rechtsfrieden durch eine strafbare Handlung gestört hat, einer gerechten Bestrafung zuzuführen. Gleichermassen liegt es im öffentlichen Interesse, einen zu Unrecht Beschuldigten vor einer Strafe zu bewahren. Nur auf diese Weise kann die Gesellschaft in ihrem Rechtsgefühl bestätigt werden.<sup>36</sup>
- 28 Aufgrund des bestehenden öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung liegt die Verfolgung oder Bestrafung der beschuldigten Person grundsätzlich nicht im Ermessen der geschädigten Person.<sup>37</sup> Eine Ausnahme bilden die Antragsdelikte. Ausserhalb der Antragsdelikte sind die Strafverfolgungsbehörden zur Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens

---

<sup>31</sup> JEANNERET / KUHN, Rz. 1019; WIPRÄCHTIGER, FS Giger, 77, 78; OGer BE, 22.03.2011, BK 11 9, E. 2.1 (= sic! 2011, 658, 659); ZR 1995, Nr. 36, E. 3c; FREI, 5. Ungenau meines Erachtens SCHMID N., Rz. 7, der es als Aufgabe des Strafprozessrechts sieht, festzustellen, ob ein strafrechtsrelevanter Sachverhalt vorliegt. Dies ist viel eher Aufgabe des Strafprozesses an sich. Das Strafprozessrecht gibt dagegen den Rahmen vor, in welchem die Feststellung stattfinden darf. Ungenau auch WALTER, ZStrR 1966, 36, der es als Ziel des Strafprozesses ansieht, die materielle Wahrheit im Zusammenhang mit einem strafrechtsrelevanten Sachverhalt aufzudecken. Ähnlich auch GROSSEN, Mélanges Wessner, 613, 617 f.

<sup>32</sup> NIGGLI / MAEDER, AJP 2011, 443, 444, 446; SCHMID N., Rz. 9; THOMMEN, recht 2014, 264, 272; ZIMMERLIN, Rz. 7; RIESS, JR 2006, 269, 270; MURMANN, GA 151/2004, 65, 71; BIENERT, 114 f.; vgl. Rz. 277 f.

<sup>33</sup> Vgl. Rz. 23.

<sup>34</sup> JEANNERET / KUHN, Rz. 1018 f.

<sup>35</sup> Zum Begriff der Parteien im Strafprozess vgl. Rz. 64.

<sup>36</sup> Zum Ganzen SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 574 f.

<sup>37</sup> Dies unter der Prämisse, dass es eine geschädigte Person gibt, was bei den sogenannten opferlosen Delikten nicht der Fall ist (beispielsweise Betäubungsmitteldelikte). Zur Definition der geschädigten Person vgl. Art. 115 Abs. 1 StPO.

verpflichtet, wenn ihnen Straftaten oder Verdachtsgründe, welche darauf hinweisen, bekannt werden.<sup>38</sup>

Der Strafprozess dient neben der Vergeltung insbesondere der Verbrechensverhütung.<sup>39</sup> Er entfaltet dabei spezial- und generalpräventive Wirkung.<sup>40</sup> Im Sinne der Spezialprävention soll der Beschuldigte davon abgehalten werden, erneut zu delinquieren. Die Generalprävention bezweckt andere Mitglieder der Gesellschaft davon abzuhalten, ein entsprechendes Delikt zu begehen, indem ihnen vor Augen geführt wird, dass die gesetzlichen Gebote und Verbote durchgesetzt werden und ihre Verletzung sanktioniert wird.<sup>41</sup> 29

## II Zweck der Beweisführung

Die Entscheidung, ob der Anspruch einer Partei im Zivilverfahren begründet ist und ob eine beschuldigte Person im Strafverfahren verurteilt wird, obliegt dem Gericht. Dieses ist in beiden Verfahren mit der Rechtsprechung betraut.<sup>42</sup> 30

Es darf nicht auf der Basis von reinen Vermutungen entscheiden, sondern muss den Sachverhalt, wie er sich zugetragen hat, würdigen.<sup>43</sup> Da das Gericht am Sachverhalt selbst nicht beteiligt war,<sup>44</sup> kann es nur dann entscheiden, «was rechtens ist»,<sup>45</sup> wenn ihm dargelegt wird, wie sich ein Sachverhalt in der Vergangenheit zugetragen hat. Das Gericht ist darauf 31

---

<sup>38</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 StPO.

<sup>39</sup> Ausführlich zur Vergeltung und der an ihr geübten Kritik: WIPRÄCHTIGER, FS Giger, 77, 78, 82.

<sup>40</sup> DONATSCH / CAVEGN, ZStrR 2008, 158; WIPRÄCHTIGER, FS Giger, 77, 80.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 129 IV 161, E. 4.2; NIGGLI / MAEDER, AJP 2011, 443, 445 f.; THOMMEN, recht 2014, 264, 272; DONATSCH / CAVEGN, ZStrR 2008, 158; SCHWARZENEGGER / HUG / JOSITSCH, 6 ff.

<sup>42</sup> Eine Ausnahme bildet das Strafbefehlsverfahren (Art. 352 ff. StPO), welches ohne richterliche Entscheidung abgeschlossen werden kann (vgl. dazu RIKLIN, ZBJV 2016, 475). Für eine kritische Würdigung: PIETH, FS Miklau, 383 ff.

<sup>43</sup> RIEDO / FIOLKA / NIGGLI, Rz. 987.

<sup>44</sup> Die einzelnen Richter dürfen im Übrigen auch nicht am Sachverhalt beteiligt gewesen sein, andernfalls würde ein Ausstandsgrund gegen sie vorliegen (vgl. Art. 47 ZPO und Art. 56 StPO). KRAATZ, 1; MEIER R., Rz. 12.

<sup>45</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 1 Rz. 2.

angewiesen, dass das tatsächliche Geschehen in der Gegenwart rekonstruiert wird.<sup>46</sup>

- 32 Diese Rekonstruktion geschieht mittels Beweisen.<sup>47</sup> Dies einerseits im substantivischen Sinne des Wortes, durch die entsprechenden Beweisgegenstände, die Beweismittel, welche den Sachverhalt in der Gegenwart abbilden und damit eine vermeintliche Feststellung der Wirklichkeit ermöglichen.<sup>48</sup> Andererseits auch im prädikativen Sinne des Wortes, das heisst, durch das Sammeln der entsprechenden Beweismittel.<sup>49</sup> Letzteres bezeichnet man als Beweisführung.<sup>50</sup> Zweck der Beweisführung ist es, «in den Köpfen der entscheidenden Richter eine bestimmte Überzeugung zu wecken.»<sup>51</sup> Sie sollen davon überzeugt werden, dass sich der Sachverhalt, wie dargelegt, zugetragen hat.<sup>52</sup>
- 33 Auf den dargelegten und bewiesenen Sachverhalt wendet das Gericht das Recht an.<sup>53</sup> Die Beweise haben insofern eine wesentliche Aufgabe und eine fundamentale Bedeutung für das entsprechende Verfahren. Sie definieren, «von welcher Sachverhaltsdarstellung das Gericht bei seinem Entscheid auszugehen hat» und auf welcher Basis das Gericht sein Urteil fällt.<sup>54</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage im Zivil- und Strafverfahren divergiert die Last beziehungsweise Pflicht zur Beweisführung in den beiden Verfahren jedoch.<sup>55</sup>

---

<sup>46</sup> JOSITSCH, Rz. 1, 5; DELNON / RÜDY, ZStrR 1998, 314, 316; BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 1.

<sup>47</sup> Vgl. zum Begriff des juristischen Beweises insbesondere auch in Abgrenzung zum mathematischen und naturwissenschaftlichen Beweisbegriff: FANGER, 5; KuKo ZPO / SCHMID H., Vorbem. Art. 150–193 ZPO N 1.

<sup>48</sup> WEICHBRODT, 14 ff.; KRAATZ, 1; SCHMID N., Rz. 771; DERS., Beweis, 75, 76; FANGER, 6; vgl. auch Rz. 179 ff.

<sup>49</sup> PK / SCHMID N., Vorbem. Art. 139–195 StPO N 1 ff.

<sup>50</sup> MÜTHORST, 4 f.; FORNITO, 5; SCHULZ, 7; PITSCH, 41; ausführlich zum Beweisbegriff: KRAATZ, 233.

<sup>51</sup> BERTI, Rz. 366.

<sup>52</sup> SCHMID N., Rz. 771; DERS., Beweis, 75, 76; FORNITO, 5; GÖSSEL, FS Bockelmann, 801.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 57 ZPO; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 32; FORNITO, 5; SCHMID N., Rz. 771; PERES, 9, 11.

<sup>54</sup> HASENBÖHLER, Rz. 0.2; DONATSCH / CAVEGN, ZStrR 2008, 158.

<sup>55</sup> Vgl. Rz. 34 ff. und 57 ff.

## § 2 Beweisführung durch die Parteien im Zivilverfahren

### I Beweisführungslast der Parteien

Im Zivilverfahren kann eine Partei ihre Gegenpartei jederzeit verklagen, 34  
unabhängig davon, ob ihr Anspruch begründet ist oder nicht.<sup>56</sup> Dies wird  
erst im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens geklärt. Daher geschieht die  
Sachverhaltsermittlung im Zivilverfahren zunächst im Rahmen eines Be-  
hauptungsverfahrens.<sup>57</sup>

Die Parteien erhalten in Form eines oft doppelten Schriftenwechsels<sup>58</sup> die 35  
Möglichkeit, Behauptungen aufzustellen sowie die gegnerischen Behaup-  
tungen zu bestreiten.<sup>59</sup> Sowohl Behauptungen wie auch Bestreitungen müs-  
sen substantiiert erfolgen.<sup>60</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang von der  
Behauptungs-, Bestreitungs- und Substanziierungslast. Diese Lasten kön-  
nen im Gegensatz zu Pflichten nicht gerichtlich durchgesetzt werden, wir-  
ken sich jedoch in einem Rechtsnachteil aus, wenn sie nicht erfüllt wer-  
den.<sup>61</sup> Eine unterlassene oder nicht substantiierte Behauptung führt dazu,

<sup>56</sup> Vgl. Rz. 24.

<sup>57</sup> Grundlegend BSK / GEHRI, Art. 55 ZPO N 2 ff. Eine Ausnahme bildet die vorsorg-  
liche Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO.

<sup>58</sup> Ein zweiter Schriftenwechsel wird vom Gericht je nach den konkreten Verhältnissen  
angeordnet (vgl. Art. 225 ZPO). Andernfalls erhalten die Parteien im Rahmen  
eines einfachen Schriftenwechsels und einer Instruktionsverhandlung oder zu Be-  
ginn der Hauptverhandlung die Möglichkeit, sich zu äussern (vgl. Art. 226 ZPO und  
Art. 229 Abs. 2 ZPO).

<sup>59</sup> Dazu eingehend MEIER R., Rz. 114 ff., Rz. 224 ff.; SCHMID J.-D. / HOFER, ZZZ  
2016, 282, 285; CHAIX, Rz. 38. Zum Prozess des Erkenntnisgewinns im Rahmen  
des doppelten Schriftenwechsels KAUFMANN M., FS Schwander, 917, 919.

<sup>60</sup> ASPRION STÖCKLIN, 44 ff.; BGE 141 III 433, E. 2.6. Tatsachenbehauptungen müs-  
sen so konkret formuliert sein, dass die Gegenpartei diese substantiiert bestreiten  
kann, das heisst in Einzeltatsachen aufgegliedert (BGE 127 III 365, E. 2b; BGE 140  
III 602, E. 7; Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 22; LEUEN-  
BERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.14a f.). Bestreitungen müssen so konkret erfolgen,  
dass sich daraus ergibt, welche einzelnen der klägerischen Behauptungen bestritten  
sind (vgl. auch den Wortlaut von Art. 222 Abs. 2 ZPO). Dabei sind die Anforderungen  
an die Substanziierung einer Bestreitung tiefer als die Anforderungen an die  
Substanziierung einer Behauptung. Pauschale Bestreitungen sind indessen nicht  
ausreichend (BGE 141 III 433, E. 2.6; Brunner / Gasser / Schwander / GLASL,  
Art. 55 ZPO N 23 f.; vgl. auch BGE 105 II 143, E. 6bb; BGE 115 II 1, E. 4).

<sup>61</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 10 Rz. 16. Zur Abgrenzung zwischen  
Last und Pflicht: KAUFMANN M., 31; ASPRION STÖCKLIN, 44.

dass die entsprechende Behauptung im Verfahren und bei der Urteilsfindung nicht berücksichtigt wird.<sup>62</sup> Eine unterlassene oder nicht substantiierte Bestreitung erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass eine behauptete Tatsache dem Urteil als wahr zugrunde gelegt wird.<sup>63</sup>

- 36 Neben der Behauptungs-, Bestreitungs- und Substanziierungslast folgt aus der Verhandlungsmaxime eine Beweisführungslast.<sup>64</sup> Letztere wird im Prozess erst nach der Behauptung und Substanziierung durch die klagende respektive widerklagende sowie Bestreitung und Substanziierung durch die beklagte respektive widerbeklagte Partei relevant.<sup>65</sup>
- 37 Gemäss der Beweisführungslast muss jene Partei, die eine Tatsache behauptet, den Beweis dazu erbringen.<sup>66</sup> Die Parteien führen den Beweis, indem sie in der Klage beziehungsweise Klageantwort die Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen bezeichnen, z.B. auf Urkunden in der Beilage verweisen oder die Befragung eines Zeugen oder die Durchführung eines Augenscheins beantragen (Beweisofferten).<sup>67</sup> Die verfügbaren Urkunden, die als Beweismittel dienen, müssen direkt mit der Klage beziehungsweise Klageantwort eingereicht werden.<sup>68</sup> Wird für eine Behauptung kein Beweis offeriert oder misslingt dieser, kann die entsprechende Behauptung dem Urteil nicht als wahr zugrunde gelegt werden.<sup>69</sup> Beweisführungsbelastet ist jeweils jene Partei, welche die Beweislast<sup>70</sup> für eine bestimmte Tatsache trägt.<sup>71</sup>

---

<sup>62</sup> MEIER R., Rz. 17.

<sup>63</sup> Vgl. Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 20; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 10 Rz. 16; SCHMID J.-D. / HOFER, ZZZ 2016, 282, 284.

<sup>64</sup> BERGER M. / NOGLER, recht 2012, 168; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.16; MEIER R., Rz. 7, 19.

<sup>65</sup> ASPRION STÖCKLIN, 51.

<sup>66</sup> BSK / GEHRI, Art. 55 ZPO N 5; vgl. auch BGer, 27.07.2017, 4A\_110/2017, E. 5.2, das von der Pflicht der Parteien spricht, Beweise zu beschaffen.

<sup>67</sup> Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO sowie Art. 222 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; vgl. auch Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 31b; ASPRION STÖCKLIN, 51; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 27.

<sup>68</sup> Art. 221 Abs. 2 lit. c ZPO sowie Art. 222 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO.

<sup>69</sup> BERGER M. / NOGLER, recht 2012, 168.

<sup>70</sup> In Abgrenzung zur Beweisführungslast zeigt die Beweislast, «wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat» (BERGER M. / NOGLER, recht 2012, 168).

<sup>71</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 10 Rz. 16; SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 579.



Aus diesen Ausführungen wird bereits ersichtlich, dass den Parteien bei der Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess eine bedeutende Rolle zukommt.<sup>72</sup> Allerdings ist die Rollenverteilung zwischen den Parteien und dem Gericht bei der Feststellung des relevanten Sachverhalts in der Praxis um einiges differenzierter. Von wesentlicher Bedeutung in diesem Zusammenhang sind die beiden zivilprozessualen Verfahrensmaximen: die Verhandlungsmaxime und die Untersuchungsmaxime.<sup>73</sup>

## II Verhandlungsmaxime

### 1 Geltungsbereich

Die Verhandlungsmaxime gilt in all jenen Fällen, in denen nicht das Gericht die Sachverhaltsfeststellung und Beweiserhebung von Amtes wegen vorzunehmen hat.<sup>74</sup> Je nach Ausprägung der gerichtlichen Fragepflicht existiert die Verhandlungsmaxime in klassischer oder in gemilderter Form.<sup>75</sup>

Die klassische Verhandlungsmaxime gilt primär im ordentlichen Verfahren,<sup>76</sup> das heisst für vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von über CHF 30'000, in Verfahren, in denen ein Fall einzig von einer kantonalen Instanz beurteilt wird sowie in Verfahren über nicht vermögens-

<sup>72</sup> BOHNET / JEANNERET, 67, 85; vgl. auch GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 670: «Le jugement civile est l'œuvre du juge, mais plus encore il est l'œuvre des parties et des leurs avocats.»

<sup>73</sup> Gemäss SARBACH, ZBJV 2000, 685, widerspiegeln diese den Bauplan des Verfahrens. Vgl. auch KuKO ZPO / OBERHAMMER, Art. 55 ZPO N 2; KUMMER, 70; vgl. auch LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, die die Einflussnahme des Gerichts auf den Prozess aufgrund der verschiedenen Verfahrensmaximen und der unterschiedlichen Ausprägung der Verfahrensmaximen als «äusserst variantenreich» bezeichnen. Zudem weisen sie darauf hin, dass die Abgrenzung in der Praxis nicht immer einfach ist.

<sup>74</sup> Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 7; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.13.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 56 ZPO und Art. 247 ZPO; dazu LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1636 ff.; KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 55 ZPO N 1; MEIER R., Rz. 24; vgl. Rz. 45 ff.

<sup>76</sup> Art. 219 ff. ZPO.

rechtliche Streitigkeiten,<sup>77</sup> auf die nicht das vereinfachte Verfahren anwendbar ist.<sup>78</sup>

- 41 Die gemilderte Verhandlungsmaxime gilt im vereinfachten Verfahren, das heisst z.B. in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000<sup>79</sup> sowie unabhängig vom Streitwert beispielsweise in Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz oder für gewisse miet- und pachtrechtliche Streitigkeiten.<sup>80</sup>

## 2 Rolle der Verfahrensbeteiligten

- 42 Im Rahmen der Verhandlungsmaxime sind die Parteien für die Beweisführung zuständig.<sup>81</sup> Die Aufgabe des Gerichts beschränkt sich darauf, aufgrund des von den Parteien eingebrachten Sachverhalts Recht zu sprechen – *Da mihi facta, dabo tibi ius*.<sup>82</sup> Das Gericht muss selber keine Ermittlungen anstellen. Es darf und muss sich auf die von den Parteien behaupteten und bewiesenen Tatsachen stützen.<sup>83</sup> Was die Parteien nicht ins Verfahren einbringen, ist dem Gericht nicht bekannt – *Quod non est in actis, non est in mundo*.<sup>84</sup>
- 43 Diese in der Theorie klar abgegrenzte Rollenverteilung zwischen den Parteien und dem Gericht ist in der Praxis weniger trennscharf. Trotz Geltung der Verhandlungsmaxime darf das Gericht beispielsweise von Amtes we-

---

<sup>77</sup> Art. 5 ff. ZPO; Art. 243 ff. ZPO.

<sup>78</sup> Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 10; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 8.

<sup>79</sup> Vgl. aber Rz. 50.

<sup>80</sup> Vgl. Art. 243 Abs. 1 und 2 ZPO.

<sup>81</sup> Vgl. Art. 55 ZPO: «Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben.»; KAUFMANN M., 11; KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 55 ZPO N 1; ASPRION STÖCKLIN, 11; SARBACH, ZBJV 2000, 685, 687.

<sup>82</sup> MEIER R., Rz. 7; SARBACH, ZBJV 2000, 685, 686; KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 55 ZPO N 1.

<sup>83</sup> Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 3; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 12; KAUFMANN M., 11; FELLMANN, FG 150 Jahre Obergericht Luzern, 95, 97. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der formellen Wahrheit im Gegensatz zur materiellen Wahrheit (RÜEDI, Rz. 329). Das Kassationsgericht Zürich qualifizierte ein Beweisverfahren, welches durchgeführt worden ist, ohne dass Zweifel an den klägerischen Behauptungen vorlagen, gar als Verletzung der Verhandlungsmaxime (ZR 2008, Nr. 47, E. 3).

<sup>84</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 10 Rz. 15; KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 55 ZPO N 1.

gen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen.<sup>85</sup> Damit kann vermieden werden, dass das Gericht gezwungen ist, sein Urteil basierend auf einem Sachverhalt zu fällen, der lediglich aufgrund des Säumnisses der Gegenpartei unstrittig ist.<sup>86</sup>

Des Weiteren hat das Gericht durch die gerichtliche Fragepflicht die Möglichkeit, die Parteien bei der Beweisführung zu unterstützen. Im Gegensatz zur Beweiserhebung von Amtes wegen,<sup>87</sup> kann das Gericht nicht selbst tätig werden, es kann aber durch das Stellen von Fragen darauf hinwirken, dass die Parteien selbst die notwendigen Beweisbezeichnungen vornehmen.<sup>88</sup> Die gerichtliche Fragepflicht bezweckt, «dass eine Person nicht wegen Unbeholfenheit den Prozess verlieren und damit ihres Rechts verlustig gehen soll».<sup>89</sup> Nicht Zweck der gerichtlichen Fragepflicht ist es, eine unsorgfältig oder nachlässig prozessierende Partei zu unterstützen.<sup>90</sup> Aus diesem Grund kommt die gerichtliche Fragepflicht gegenüber einer anwaltlich vertretenen Partei nur sehr eingeschränkt zum Tragen.<sup>91</sup>

Der Grad der gerichtlichen Unterstützung durch die Fragepflicht variiert, je nachdem ob im betreffenden Verfahren die klassische oder die gemilderte Verhandlungsmaxime gilt. Bei Geltung der klassischen Verhandlungsmaxime darf die gerichtliche Fragepflicht nur dann ausgeübt werden, wenn der Beweisantrag einer Partei offensichtlich unvollständig oder unverständlich

<sup>85</sup> Vgl. Art. 153 Abs. 2 ZPO. Weitere Ausnahmen gelten in Bezug auf den Augenschein, das Gerichtsgutachten und die Beweisaussage. Für diese Beweismittel ist den Parteien die Beweisführungslast insofern abgenommen, als der Richter diese von Amtes wegen erheben kann, wenn er sich dadurch «bessere Erkenntnisse zu einem rechtserheblichen, streitigen Sachverhalt» erhofft (BÜHLER, 79, 83 f.).

<sup>86</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7313.

<sup>87</sup> Vgl. Rz. 43.

<sup>88</sup> BSK / GEHRI, Art. 56 ZPO N 9; OFK / SARBACH, Art. 56 ZPO N 3.

<sup>89</sup> OFK / SARBACH, Art. 56 ZPO N 3; BGER, 18.12.2014, 4A\_336/2014, E. 7.6; BGER, 23.09.2014, 4A\_78/2014, E. 6.3.3; Botschaft ZPO, 7221, 7275.

<sup>90</sup> BGER, 02.12.2013, 4D\_57/2013, E. 3.2; BGER, 05.02.2014, 4A\_444/2013, E. 6.3.3; BGER, 20.04.2012, 5A\_115/2012, E. 4.5.2; BGER, 20.10.2011, 5A\_586/2011, E. 2.4.2; BGER, 19.07.2011, 4A\_169/2011, E. 5.4; MEIER R., Rz. 32.

<sup>91</sup> BGER, 18.12.2014, 4A\_336/2014, E. 7.6; BGER, 08.05.2014, 4A\_57/2014, E. 1.3.2. MEIER R., Rz. 31; LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1637; kritisch dazu BÜHLER, 79, 85 und FELLMANN, 69, 91; vgl. auch BGER, 01.03.2006, 4C.395/2005, E. 4.3, in welchem das Bundesgericht die Meinung vertritt, dass die gerichtliche Fragepflicht nur dann gilt, wenn eine Partei nicht anwaltlich vertreten ist. Vgl. auch BGER, 11.11.2010, 4A\_519/2010, E. 2.2. Im Gegensatz zu den Parteien gilt bei Anwälten ein objektivierter Sorgfaltsmassstab (vgl. auch SARBACH, 132 ff.).

ist.<sup>92</sup> Hat eine Partei überhaupt keinen Beweis offeriert und auch nicht in rudimentärer Weise auf einen solchen hingewiesen, darf die richterliche Fragepflicht nicht ausgeübt werden.<sup>93</sup> Die richterliche Fragepflicht dient nicht dazu, den Parteien die Ermittlung des rechtsrelevanten Sachverhalts abzunehmen.<sup>94</sup>

- 46 Die gemilderte Verhandlungsmaxime unterscheidet sich von der klassischen Verhandlungsmaxime dadurch, dass die gerichtliche Fragepflicht weniger restriktiv gehandhabt wird, beziehungsweise dass das Gericht sich proaktiver verhält.<sup>95</sup> Damit soll die Laienfreundlichkeit des Verfahrens gewährleistet werden.<sup>96</sup> Im Kontext der Beweisführung wird gemäss explizitem Gesetzeswortlaut ebenfalls vorausgesetzt, dass ein notwendiges Beweismittel nicht bezeichnet wurde.<sup>97</sup> Im Gegensatz zur «allgemeinen» Fragepflicht wird dagegen nicht vorausgesetzt, dass die Bezeichnung an einem bestimmten Mangel leidet, indem sie offensichtlich unvollständig oder unverständlich ist.<sup>98</sup>
- 47 Zwischen der gemilderten Verhandlungsmaxime mit der ausgeprägten gerichtlichen Fragepflicht und der beschränkten Untersuchungsmaxime lassen sich in der praktischen Handhabung kaum Unterschiede feststellen.<sup>99</sup>

---

<sup>92</sup> BGer, 05.02.2014, 4A\_444/2013, E. 6.3.3; vgl. auch den Wortlaut von Art. 56 ZPO; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.21; BOHNET / JEANNERET, 67, 85.

<sup>93</sup> BGer, 05.02.2014, 4A\_444/2013, E. 6.3.3; BGer, 20.10.2011, 5A\_586/2011, E. 2.4.2 *in fine*: «Aus der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn diese trägt dem Richter nicht auf, einer Partei bei der Beweisführung behilflich zu sein.» Kritisch dazu HABERBECK, gemäss welchem sich diese restriktive Anwendung nicht mit der *ratio legis* von Art. 56 ZPO vereinbaren lässt (HABERBECK, ZZZ 2013, 177, 180 ff.). A.A. auch BÜHLER, 79, 85; FELLMANN, 69, 80 und OFK / SARBACH, Art. 55 ZPO N 3.

<sup>94</sup> LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.20. Insofern führt die richterliche Fragepflicht nicht zu einer Beschränkung der Aufgaben, die den Parteien durch die Verhandlungsmaxime zugeschrieben werden. Vielmehr dient sie der Unterstützung und der richtigen Erfüllung dieser Aufgaben durch die Parteien (dazu SARBACH, ZBJV 2000, 685, 720).

<sup>95</sup> OFK / SARBACH, Art. 56 ZPO N 11.

<sup>96</sup> OFK / SARBACH, Art. 56 ZPO N 11; LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1639, die sich allerdings über die genaue Reichweite uneinig sind.

<sup>97</sup> Vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO.

<sup>98</sup> LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1639; vgl. Rz. 45.

<sup>99</sup> BÜHLER, 79, 86. Gemäss MEIER R., Rz. 34, besteht der Unterschied darin, dass die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht durch die Geltung der Eventualmaxime zeitlich beschränkt wird. Vgl. auch Rz. 56.

### III Untersuchungsmaxime

#### 1 Geltungsbereich

In Fällen, in denen ein erhöhtes Interesse an der Sachverhaltsermittlung besteht, sieht die Zivilprozessordnung die Geltung der Untersuchungsmaxime vor.<sup>100</sup> Es wird unterschieden zwischen der uneingeschränkten und der eingeschränkten Untersuchungsmaxime.<sup>101</sup> 48

Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt in Fällen, in denen die Disposition über den Verfahrensgegenstand aufgrund eines öffentlichen Interesses oder aufgrund des Interesses einer Drittperson nicht den Parteien überlassen werden soll.<sup>102</sup> Dies ist beispielsweise in familienrechtlichen Verfahren betreffend Kinderbelange,<sup>103</sup> im Scheidungsverfahren, wenn ein Ehegatte sich seines Anspruchs auf die berufliche Vorsorge enthält,<sup>104</sup> sowie im Erwachsenenschutz der Fall.<sup>105</sup> Damit soll eine Manipulation des Verfahrensgegenstands durch die Parteien verhindert werden.<sup>106</sup> 49

Die eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt typischerweise in sozialpolitischen Verfahren, bei welchen ein soziales Machtgefälle zwischen den Verfahrensbeteiligten besteht. So etwa in Verfahren hinsichtlich arbeitsrechtlicher oder mietrechtlicher Streitigkeiten, sofern der Streitwert CHF 30'000 nicht übersteigt.<sup>107</sup> Unabhängig vom Streitwert gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime zudem in allen Angelegenheiten von Art. 243 Abs. 2 ZPO,<sup>108</sup> beispielsweise für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz sowie im summarischen Verfahren, wenn das Gericht als Konkurs- oder Nachlassgericht fungiert oder in Angelegenheiten der frei- 50

<sup>100</sup> BSK / GEHRI, Art. 55 ZPO N 16.

<sup>101</sup> Anstatt vieler RÜEDI, Rz. 330.

<sup>102</sup> BK / KILLIAS, Art. 247 ZPO N 37; Brunner / Gasser / Schwander / PFÄNDER BAUMANN, Art. 296 ZPO N 5; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.36; KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 55 ZPO N 11; LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1642; BRÖNNIMANN, ZBJV 1990, 329, 349.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 296 ZPO; vgl. BGE 128 III 411, E. 3.2.1.

<sup>104</sup> Vgl. Art. 280 Abs. 3 ZPO.

<sup>105</sup> Vgl. Art. 446 Abs. 1 ZGB.

<sup>106</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 10 Rz. 25; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.36.

<sup>107</sup> Vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO; vgl. auch Rz. 41.

<sup>108</sup> Vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 ZPO.

willigen Gerichtsbarkeit entscheidet.<sup>109</sup> Darüber hinaus gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime auch im summarischen Verfahren zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft<sup>110</sup> sowie in gewissen Belangen des ordentlichen Scheidungsverfahrens, mit Ausnahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung und des nachehelichen Unterhalts.<sup>111</sup>

## 2 Rolle der Verfahrensbeteiligten

- 51 «Der Untersuchungsgrundsatz verschiebt die Verantwortung für die Sammlung des Prozessstoffes zum Gericht hin [...]»<sup>112</sup> Das Gericht erhebt – ergänzend zu den Parteien – die relevanten Beweise.<sup>113</sup> Die gerichtliche Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung variiert, je nachdem ob im betreffenden Verfahren die uneingeschränkte oder die eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt.<sup>114</sup>
- 52 Bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime ist – zumindest theoretisch – das Gericht, unabhängig von der Mitwirkung der Parteien, für die Beweisführung zuständig.<sup>115</sup> Es darf parteiliche Vorbringen nicht berücksichtigen, ohne dass es sich selbst von diesen überzeugt hat.<sup>116</sup> Zudem kann das Gericht ohne Parteiantrag sämtliche Beweise erheben, die zur Abklärung des massgeblichen Sachverhalts relevant sind. Es muss selbst dann Beweis erheben, wenn die Parteien ihre Mitwirkung verweigern.<sup>117</sup>
- 53 Da dem Gericht kein «Ermittlungsapparat» nach dem Vorbild des Strafprozesses zur Verfügung steht, ist das Gericht faktisch allerdings auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime auf die Mitwirkung der Parteien angewie-

---

<sup>109</sup> Vgl. Art. 255 lit. a und b ZPO; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.34; LIENHARD, Rz. 472; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 71.

<sup>110</sup> Vgl. Art. 272 ZPO.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 277 Abs. 3 ZPO; zum Ganzen vgl. Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 40 ff.

<sup>112</sup> WILLISEGGER, 253.

<sup>113</sup> SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 583.

<sup>114</sup> Vgl. dazu Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 68 ff.

<sup>115</sup> Vgl. den Wortlaut von Art. 296 ZPO: «Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen.»

<sup>116</sup> LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1642.

<sup>117</sup> BOTSCHAFT ZPO, 7221, 7366; KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 55 ZPO N 11; vgl. auch RÜEDI, Rz. 335.

sen:<sup>118</sup> «[L]a maxime inquisitoire ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles.»<sup>119</sup>

Bei Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime ist das Gericht im Unterschied zum uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz nicht zur umfassenden Ermittlung des Sachverhalts verpflichtet.<sup>120</sup> 54

Es liegt grundsätzlich in der Verantwortung der Parteien, dem Gericht die relevanten Beweismittel zu nennen.<sup>121</sup> Wenn das Gericht aufgrund der Sachverhaltsdarstellung der Parteien zum Schluss gelangt, dass für eine behauptete Tatsache kein Beweismittel genannt wurde, obwohl dadurch eine relevante Tatsache verifiziert werden könnte, darf das Gericht die Parteien mittels der gerichtlichen Fragepflicht auffordern, das entsprechende Beweismittel beizubringen.<sup>122</sup> Das Gericht darf sich aber damit begnügen, die Parteien aufzufordern, das Beweismittel zu nennen oder beizubringen. Es muss keine selbstständigen Ermittlungen anstreben.<sup>123</sup> Wenn eine Partei ihre Mitwirkung verweigert, ist es dem Gericht untersagt, von Amtes wegen Beweis zu erheben.<sup>124</sup> 55

<sup>118</sup> BK / KILLIAS, Art. 247 ZPO N 33; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.32; LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1642; KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 55 ZPO N 11; BRÖNNIMANN, ZBJV 1990, 329, 341. Der Untersuchungsgrundsatz im Zivilprozess ist demnach nicht mit dem Untersuchungsgrundsatz im Strafprozess vergleichbar (vgl. Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 35).

<sup>119</sup> BGer, 27.03.2014, 5A\_762/2013, E. 4.1; BGE 128 III 411, E. 3.2.1; BGE 125 III 231, E. 4a; vgl. auch BGE 133 III 507, E. 5.4; BGE 107 II 233, E. 2c; BGer, 11.04.2005, 5C.14/2005, E. 1.2.3; vgl. auch BK / STECK, Art. 296 ZPO N 12; SHK / THORMANN, Art. 296 ZPO N 3.

<sup>120</sup> MEIER R., Rz. 67; vgl. dazu auch Rz. 52.

<sup>121</sup> Vgl. den Wortlaut von Art. 247 Abs. 2 ZPO: «Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest.» Vgl. BGE 125 III 231, E. 4a; BGE 107 II 233, E. 2c; BGE 125 III 231, E. 4a; BGer, 11.11.2010, 4A\_519/2002, E. 2.2.

<sup>122</sup> BGE 125 III 231, E. 4a; Botschaft ZPO, 7221, 7348; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 4.35; vgl. auch LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1641, die darauf hinweisen, dass das Gericht selbst dann aktiv werden muss, wenn die Parteien keine Andeutungen gemacht haben. Die Untersuchungsmaxime basiere im Gegensatz zur gerichtlichen Fragepflicht nicht auf sachlich bestimmten Voraussetzungen.

<sup>123</sup> BGE 125 III 231, E. 4a.

<sup>124</sup> SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 583.

- 56 Damit zeigt sich die Verwandtschaft zwischen der eingeschränkten Untersuchungsmaxime und der gemilderten Verhandlungsmaxime.<sup>125</sup> In beiden Fällen erfolgt die Mitwirkung des Gerichts in Gestalt der verstärkten Fragepflicht<sup>126</sup> und bezweckt, ein bestehendes Machtgefälle zwischen den Parteien auszugleichen.<sup>127</sup> Das Gericht darf sich zurücknehmen, wenn kein solches besteht, beispielsweise dann, wenn beide Parteien anwaltlich vertreten sind.<sup>128</sup>

### **§ 3 Beweisführung durch die Strafbehörden im Strafverfahren**

#### **I Beweisführungspflicht der Strafbehörden**

- 57 Im Unterschied zum Zivilprozess findet die Ermittlung des Sachverhalts im Strafprozess meist nicht im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens, sondern in einem sogenannten Vorverfahren statt.<sup>129</sup> Nach Einleitung des Strafprozesses, sei es aufgrund eines Strafantrags oder von Amtes wegen, werden direkt Ermittlungen und Beweiserhebungen eingeleitet.<sup>130</sup> Die eigentlichen Behauptungen, wie sich ein Sachverhalt zugetragen hat, werden erst nach Abschluss des Vorverfahrens durch die Anklagebehörde in der Anklage geäussert.<sup>131</sup>
- 58 Der Strafprozess wird von der Untersuchungsmaxime beherrscht.<sup>132</sup> Demnach sind die Strafbehörden verpflichtet, den rechtsrelevanten Sachverhalt

---

<sup>125</sup> Vgl. Rz. 46 f.

<sup>126</sup> BSK / MAZAN, Art. 247 ZPO N 15; vgl. auch Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 73: «Die Grenzen zwischen der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO und der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO sind fliessend [...]».

<sup>127</sup> Vgl. KuKo ZPO / FRAEFEL, Art. 247 ZPO N 7: Seiner Meinung nach sollte sich das Gericht nicht am Machtgefälle, sondern am Unterstützungsbedürfnis einer Partei orientieren.

<sup>128</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7348; a.A. offenbar LIENHARD / MORDASINI-ROHNER, AJP 2015, 1635, 1641 ff.

<sup>129</sup> THOMMEN, recht 2014, 264; SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 587; vgl. Rz. 34.

<sup>130</sup> Vgl. Art. 299 f. StPO; LIVSCHITZ / SCHMID O., AJP 2011, 739, 744. Diese können dann im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens ergänzt werden (SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 585 f.).

<sup>131</sup> Vgl. Art. 324 f. StPO; SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 589.

<sup>132</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 StPO.



eigeninitiativ und unabhängig vom Verhalten der Verfahrensbeteiligten zu ermitteln.<sup>133</sup> Sie müssen alle Tatsachen abklären, die für die Beurteilung der Tat und des Verhaltens der beschuldigten Person bedeutsam sind und die entsprechenden Beweise sammeln.<sup>134</sup> Entsprechend liegt die Zuständigkeit zur Beweisführung im Strafverfahren ausschliesslich beim Staat.<sup>135</sup> Dies im Gegensatz zum Zivilverfahren, in dem die Beweisführung vordergründig Aufgabe der verfahrensbeteiligten Parteien ist.<sup>136</sup>

Als Strafbehörden gelten die Polizei, die Staatsanwaltschaft, die Übertretungsstraßenbehörden – zusammengefasst als Strafverfolgungsbehörden bezeichnet – sowie die Gerichte.<sup>137</sup> Obwohl auch die Gerichte in beschränkter Weise zur Beweisführung verpflichtet sind, erfolgt diese, wie erwähnt, meist im Vorverfahren, welches sich aus dem polizeilichen Ermittlungsverfahren und der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung zusammensetzt.<sup>138</sup> 59

Im Gegensatz zum Zivilverfahren handelt es sich bei der Beweisführung im Strafverfahren um eine prozessuale Pflicht.<sup>139</sup> Dem Urteil soll «ein grösst mögliches Mass an historisch gesicherten Sachverhalten zugrunde gelegt werden».<sup>140</sup> Dies ist damit zu begründen, dass im Strafverfahren ein erhebliches öffentliches Interesse darin besteht, einen Tatverdacht abzuklären und die beschuldigte Person einer gerechten Strafe zuzuführen beziehungsweise eine unschuldige Person vor einer Strafe zu bewahren.<sup>141</sup> Nur auf diese Weise kann der durch die strafbare Handlung gestörte Rechtsfrieden wiederhergestellt werden. 60

Da eine beschuldigte Person gemäss der im Strafprozess geltenden Unschuldsumsetzung nur dann verurteilt werden darf,<sup>142</sup> wenn ihre Schuld bewiesen werden kann, muss es konsequenterweise Sache der Behörden sein, den entsprechenden Sachverhalt abzuklären und der beschuldigten 61

<sup>133</sup> BOHNET / JEANNERET, 67; DELNON / RÜDY, ZStrR 1998, 314, 315; BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 65; PIETH, 189; zu den Ausnahmen vgl. BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 28 ff. Der Untersuchungsgrundsatz wird auch Ermittlungs-, Instruktions- oder Inquisitionsgrundsatz genannt (SCHMID N., Rz. 154).

<sup>134</sup> BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 2, 65.

<sup>135</sup> DONATSCH / CAVEGN, ZStrR 2008, 158, 160. Der Staat trägt im Übrigen auch die Beweislast (SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 579). Vgl. dazu sogleich Rz. 61.

<sup>136</sup> Vgl. dazu Rz. 42.

<sup>137</sup> Vgl. Art. 12 f. StPO.

<sup>138</sup> Vgl. Art. 299 Abs. 1 StPO; Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 6 StPO N 4; SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 578.

<sup>139</sup> Zur Abgrenzung zwischen Last und Pflicht KAUFMANN M., 31; vgl. auch Rz. 35.

<sup>140</sup> SCHMID N., Rz. 153; vgl. auch Rz. 294 f.

<sup>141</sup> Vgl. Rz. 26.

<sup>142</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 StPO.

Person die subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale eines bestimmten Delikts nachzuweisen.<sup>143</sup>

- 62 Die Strafbehörden müssen bei der Sachverhaltsermittlung die belastenden und entlastenden Umstände mit der gleichen Sorgfalt abklären.<sup>144</sup> Sie dürfen ihre Ermittlungstätigkeiten daher nicht einseitig auf die, die beschuldigte Person belastenden Umstände ausrichten.<sup>145</sup> Sie sind gesetzlich zur Neutralität verpflichtet.<sup>146</sup>

## II Mitwirkung der Parteien

### 1 Mitwirkungsberechtigte Parteien

- 63 Die Tatsache, dass die Strafbehörden verpflichtet sind, den Sachverhalt unabhängig von der Mitwirkung der Parteien umfassend zu ermitteln, und die Parteien keine Ermittlungspflicht trifft,<sup>147</sup> bedeutet nicht, dass Letztere kein Recht hätten, durch eigene Ermittlungen zur Abklärung des Sachverhalts beizutragen. Es gehört zu den Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, dass die Verfahrensbeteiligten bei der Beweisführung mitwirken können.<sup>148</sup> Es besteht kein staatliches Monopol im Bereich der Sachverhaltsermittlung.<sup>149</sup>
- 64 Im Kontext des Strafprozesses bezeichnet man als Parteien die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft sowie im Haupt- und Rechtsmittelverfahren

---

<sup>143</sup> Zum ganzen Abschnitt vgl. BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 8 f. Somit enthält Art. 10 Abs. 1 StPO eine Beweislastregel, die festhält, «dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld nachzuweisen und nicht umgekehrt Sache des Beschuldigten, seine Unschuld darzutun». Vgl. auch SCHMID N., Rz. 777.

<sup>144</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 2 StPO. Dies ist eine explizit kodifizierte, aber eigentlich logische Konsequenz aus der in Abs. 1 statuierten Verpflichtung der Strafbehörden, die materielle Wahrheit zu ermitteln (Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 6 StPO N 7; PIQUEREZ / MACALUSO, Rz. 510). OBERHOLZER, Rz. 615.

<sup>145</sup> Bericht VE StPO, 34.

<sup>146</sup> PIETH, Beweis Antrag, 10; vgl. aber Rz. 67 f.

<sup>147</sup> BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 64.

<sup>148</sup> FREI, 67; BGer, 23.02.2015, 6B\_1023/2014, E. 2.2; ZR 2004, Nr. 72, E. 4.3c; OGer ZH, 13.10.2015, SB140474, E. 3.3.3.

<sup>149</sup> BGer, 08.02.2016, 6B\_786/2015, mit Anmerkungen SCHMID, fp 2017, 2; BGer, 03.06.2013, 6B\_323/2013, E. 3.3; vgl. eingehend zur Legitimation des Privatermittlungsrechts der geschädigten Person GODENZI, 79 ff.; SCHWEIZER, 13 ff.; DELNON / RÜDY, ZStrR 1998, 314, 321 ff.; BOCKEMÜHL, 35; KREY, 31; OGer ZH, 13.10.2015, SB 140474, E. 3.3.3.

zusätzlich die Staatsanwaltschaft.<sup>150</sup> Da die Staatsanwaltschaft insbesondere im Vorverfahren gesetzlich zur Beweisführung verpflichtet ist,<sup>151</sup> ist das im vorliegenden Kontext angesprochene Mitwirkungsrecht der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft vorbehalten.

#### a) Beschuldigte Person

Als beschuldigte Person bezeichnet man jene Person, «die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird».<sup>152</sup> Angesichts der staatlichen Ermittlungs- und Beweisführungspflicht hat die beschuldigte Person im Strafverfahren grundsätzlich eine «passiv-dulden-  
65 Rolle». <sup>153</sup> Sie ist Objekt des Strafverfahrens. <sup>154</sup>

Vor dem Hintergrund des völkerrechtlich, verfassungsrechtlich und gesetz-  
66 zesrechtlich verankerten Anspruchs auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör<sup>155</sup> erscheint es dennoch selbstverständlich, dass die beschuldigte Person selbst oder ihr Verteidiger sich am Verfahren beteiligen und aktiv mitwirken kann.<sup>156</sup> Sie muss die Möglichkeit erhalten, ihren Standpunkt in das Verfahren einzubringen.<sup>157</sup> Damit wird die beschuldigte Person als ein mit eigenen Rechten ausgestattetes Verfahrenssubjekt anerkannt.<sup>158</sup>

<sup>150</sup> Art. 104 Abs. 1 lit. a–c StPO.

<sup>151</sup> Vgl. Rz. 60 f.

<sup>152</sup> Art. 111 Abs. 1 StPO; FREI, 35.

<sup>153</sup> SCHMID N., Rz. 668.

<sup>154</sup> Sie muss beispielsweise Zwangsmassnahmen zur Abklärung des Sachverhalts über sich ergehen lassen (SCHMID N., Rz. 668). Vgl. aber BGE 143 IV 117, E. 3.2, demgemäss sich das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO nicht nur an die Strafbehörden, sondern ebenfalls an die Verfahrensbeteiligten, insbesondere auch an die beschuldigte Person, richtet.

<sup>155</sup> Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. d EMRK; Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR (UNO Pakt II); Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO; Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 3 StPO N 30, Art. 139 StPO N 6; PIETH, 53; vgl. auch BGer, 10.06.2011, 9C\_785/2010, E. 4.2; BGE 127 I 54, E. 2b; BGer, 08.06.2010, 6B\_22/2010, E. 2.2.

<sup>156</sup> ZR 2007, Nr. 35; ZR 2004, Nr. 72, E. 4.2c; GODENZI, 74; DELNON / RÜDY, ZStrR 1998, 314, 318; MÜLLER-HASLER, 143.

<sup>157</sup> DONATSCH / CAVEGN, ZStrR 2008, 158, 159.

<sup>158</sup> SCHMID N., Rz. 669; CHEN, fp 2012, 163; DONATSCH / CAVEGN, ZStrR 2008, 158, 159; BOMMER, recht 2010, 196. In diesem Sinne ist das Mitwirkungsrecht auch eine Konkretisierung des im Strafverfahren geltenden Grundsatzes der Achtung der Menschenwürde (Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 3 StPO N 3, Art. 139 StPO N 6). Vgl. aber Fn. 320.

- 67 Durch die Mitwirkung wird regelmässig bezweckt, die beschuldigte Person von den erhobenen Tatvorwürfen zu entlasten.<sup>159</sup> Insofern trägt die Mitwirkung dazu bei, eine unter Umständen unvollständige Beweisführung auszugleichen, wenn die Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt aus einer zu einseitigen Sichtweise betrachtet haben.<sup>160</sup> Denn obwohl sie grundsätzlich dazu verpflichtet sind, den Sachverhalt objektiv zu eruieren und die belastenden und entlastenden Umstände gleichermassen zu ermitteln, kann eine gewisse Voreingenommenheit aufgrund ihrer Rolle im Verfahren nicht gänzlich ausgeschlossen werden.<sup>161</sup> ALBRECHT bringt in diesem Zusammenhang treffend vor, dass die Strafverfolgungsbehörden «unabhängig von ihrer persönlichen Fairness [...] letztlich in eine sie überfordernde Doppelrolle hinein [gedrängt werden]».<sup>162</sup>
- 68 Strafbehörden befinden sich in der Rolle der potenziellen Ankläger<sup>163</sup> und stehen aufgrund der Natur des Strafverfahrens den Beschuldigten nicht als gleichrangige Verfahrensbeteiligte gegenüber.<sup>164</sup> Es besteht aus diesem Grund von Anfang an ein gewisses Ungleichgewicht zuungunsten der beschuldigten Person.<sup>165</sup> Der aktiven Beteiligung der beschuldigten Person bei der Sachverhaltsermittlung im Strafverfahren kommt daher eine besondere Bedeutung zu.<sup>166</sup> Sie trägt dazu bei, die Perspektive der Strafverfolgungsbehörden zu ergänzen und damit dem Gericht eine breitere Urteilsgrundlage zur Verfügung zu stellen.<sup>167</sup> Die Mitwirkungsrechte verkörpern

---

<sup>159</sup> ZR 2004, Nr. 72, E. 4.3; OBRECHT, 121 ff.

<sup>160</sup> ALBRECHT, SJZ 2002, 165, 166.

<sup>161</sup> OBERHOLZER, Rz. 723; vgl. Rz. 62.

<sup>162</sup> ALBRECHT, SJZ 2002, 165, 166; in diesem Sinne auch PIETH, Beweisantrag, 10.

<sup>163</sup> MELUNOVIC / JOSET, Anwaltsrevue 215, 252.

<sup>164</sup> Dies ist gemäss SCHMID im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren schon deshalb nicht möglich, da ansonsten keine Zwangsmassnahmen angewendet werden könnten. Dagegen sollte im Hauptverfahren die Gleichstellung zwischen der beschuldigten Person und den Strafbehörden angestrebt werden (SCHMID N., Rz. 34).

<sup>165</sup> So auch OBERHOLZER, Rz. 615; Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 6 StPO N 7; CR / ROTH, Art. 6 CPP N 2 ff. Potenziiert wird diese Problematik durch die Tatsache, dass unter dem neu geltenden Staatsanwaltschaftsmodell eine Behörde, die Staatsanwaltschaft, für das gesamte Vorverfahren zuständig ist (Botschaft StPO, 1085, 1130; SCHMID N., Rz. 156). Damit fehlt eine institutionalisierte Kontrolle der Handlungen der Staatsanwaltschaft (MELUNOVIC / JOSET, Anwaltsrevue 2015, 251, 252; KAUFMANN A., 171 f.). THOMMEN spricht von einer «Machtkonzentration beim Staatsanwalt» (THOMMEN, recht 2014, 264, 273).

<sup>166</sup> ZR 2004, Nr. 72, E. 4.3c; GODENZI, 74. SCHWANDER bezeichnet das Mitwirkungsrecht der beschuldigten Person als wichtiges, aber nicht immer ausreichendes Korrektiv (SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 579, 585).

<sup>167</sup> VEST, FS Trechsel, 781, 800; ALBRECHT, SJZ 2002, 165, 166.

insofern ein kontradiktorisches Element in der strafprozessualen Wahrheits- und Rechtsfindung.<sup>168</sup>

## b) Privatklägerschaft

Eine Person, «die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist», bezeichnet man als geschädigte Person.<sup>169</sup> Die geschädigte Person ist nicht Partei des Strafverfahrens,<sup>170</sup> sie fällt vielmehr unter die sogenannten anderen Verfahrensbeteiligten.<sup>171</sup> Ihr kommen die Verfahrensrechte einer Partei zu, wenn sie glaubhaft macht, dass sie durch eine bestimmte Verfahrenshandlung in ihren rechtlich geschützten Interessen berührt wird. Dies etwa immer dann, wenn Zwangsmassnahmen angeordnet werden.<sup>172</sup> 69

Darüber hinaus hat die geschädigte Person das Recht, sich durch ausdrückliche schriftliche oder mündliche Erklärung als Straf- beziehungsweise Zivilklägerin am Verfahren zu beteiligen.<sup>173</sup> Als Strafkägerin kann sie neben den Strafverfolgungsbehörden Strafklage erheben und verlangen, dass der Täter verfolgt und bestraft wird.<sup>174</sup> Als Zivilklägerin kann sie im Strafverfahren adhäsionsweise privatrechtliche Ansprüche geltend machen.<sup>175</sup> Geschädigte Personen, die sich entweder als Straf- oder Zivilkläger am Strafverfahren beteiligen, werden als Privatklägerschaft bezeichnet.<sup>176</sup> 70

<sup>168</sup> ALBRECHT, SJZ 2002, 165, 166.

<sup>169</sup> Art. 115 Abs. 1 StPO; vgl. auch EICKER / HUBER, 128. In Abgrenzung dazu wird als Opfer eine geschädigte Person, «die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist», bezeichnet (vgl. Art. 116 Abs. 1 StPO).

<sup>170</sup> Vgl. Art. 104 StPO.

<sup>171</sup> Vgl. Art. 105 Abs. 1 lit. a StPO; dazu auch BSK / MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 115 StPO N 5.

<sup>172</sup> BSK / KÜFFER, Art. 105 StPO N 31; vgl. auch BGer, 04.04.2013, 6B\_80/2013, E. 1.2.

<sup>173</sup> Vgl. Art. 119 StPO.

<sup>174</sup> Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO. Gemäss BGE 139 IV 78, E. 3, kann ein Privatkäger im Berufungsverfahren die Bestrafung der beschuldigten Person selbst dann verlangen, wenn die Staatsanwaltschaft sich nicht mehr beteiligt. Vor Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung kam der Privatkägerschaft dieses Recht nicht zu (BOMMER, 155). Nicht verlangt werden kann eine höhere Sanktion (Art. 382 Abs. 1 StPO).

<sup>175</sup> Vgl. Art. 119 Abs. 1 lit. b StPO; vgl. Rz. 103.

<sup>176</sup> Vgl. Art. 118 Abs. 1 StPO.

- 71 Als Privatkläger wird die geschädigte Person zur Partei des Strafverfahrens.<sup>177</sup> Sie hat Anspruch auf rechtliches Gehör, was das Recht beinhaltet, Akten einzusehen, an Verfahrenshandlungen teilzunehmen, einen Rechtsbeistand beizuziehen, sich zur Sache und zum Verfahren zu äussern sowie Beweisanträge zu stellen.<sup>178</sup>
- 72 Dass die geschädigte Person zur Mitwirkung im Verfahren berechtigt ist, ist aufgrund der Verteilung der Verfahrensrollen nicht selbstverständlich.<sup>179</sup> Anders als bei der beschuldigten Person stehen die Strafverfolgungsbehörden auf der gleichen Seite wie die geschädigte Person.<sup>180</sup> Wenn geschädigte Personen sich am Strafverfahren beteiligen und Ermittlungen vornehmen, tun sie das anstelle oder neben den Strafbehörden. Gemäss GODENZI ist es daher durchaus denkbar, dass die Voraussetzungen der Ermittlungen für die Strafbehörden erschwert oder verkompliziert werden, da sie regelmässig auf die Hilfe der geschädigten Person angewiesen sind.<sup>181</sup> Vor diesem Hintergrund wird die Mitwirkung der geschädigten Person bei der Ermittlung des Sachverhalts mitunter auch als Fremdkörper im Gefüge des Strafverfahrens bezeichnet.<sup>182</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich die Strafbehörden in der Praxis – gerade bei Antragsdelikten – nicht selten in umfangreicher Masse auf die Initiative, Hinweise und Anträge der Privatkläger verlassen.<sup>183</sup>

## 2 Aktive Mitwirkung

- 73 Neben der Möglichkeit, an Beweiserhebungen teilzunehmen und sich zum Beweisergebnis zu äussern, haben die Parteien auch die Möglichkeit, das

---

<sup>177</sup> Vgl. Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO.

<sup>178</sup> Vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. a–e StPO.

<sup>179</sup> BOMMER weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Beteiligung der verletzten Person an den strafprozessualen Ermittlungen zum Teil als «Modethema» angesehen wurde (BOMMER, ZStrR 2003, 172). Eingehend zur Straftataufklärung durch den Verletzten KREY, 26 ff.

<sup>180</sup> GODENZI, 74; vgl. aber ZR 2004, Nr. 72, E. 4.3c, wo festgehalten wird, dass «die Interessen des Geschädigten an der (rechtskonformen) Verurteilung des Tatverdächtigen nicht weniger schwer [wiegen] als diejenigen des Letzteren an der eigenen Entlastung beziehungsweise Freisprechung».

<sup>181</sup> GODENZI, 70.

<sup>182</sup> BERNSMANN, 151 ff.; BRAUM, 161, 171; BAUMANN, 44.

<sup>183</sup> DELNON / RÜDY, ZStrR 1998, 314, 320. Zur Problematik der nur sehr zurückhaltend mitwirkenden Privatkläger bei der Aufklärung von Straftaten ausführlich GRETER, ZWR 2016, 441.

Beweisverfahren durch Beweisanträge oder das Einreichen von Beweisen aktiv zu beeinflussen.<sup>184</sup>

DELNON / RÜDY definieren das Beweisantragsrecht als «Sammelposten irgendwelcher Beweisinitiativen von Beschuldigten- oder Verletzenseite».<sup>185</sup> Es gibt den Parteien insbesondere die Möglichkeit, ergänzende Beweisanträge zu stellen und die Strafbehörden damit auf die Notwendigkeit zusätzlicher Beweiserhebungen hinzuweisen, wenn sie die Sachverhaltsabklärung als ungenügend erachten oder weitere Beweiserhebungen notwendig scheinen.<sup>186</sup> Obwohl dies in der StPO nicht ausdrücklich erwähnt ist, beinhaltet das Beweisantragsrecht der Parteien das Recht, den Strafbehörden die Beweise direkt zu präsentieren.<sup>187</sup> 74

Beweisanträge können grundsätzlich jederzeit an die zuständige Behörde gerichtet werden.<sup>188</sup> Daneben werden die Parteien auch verschiedentlich auf ihr Beweisantragsrecht hingewiesen. Zunächst wird den Parteien nach Abschluss der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Beweisanträge einzureichen.<sup>189</sup> Nach Ansetzen der Hauptverhandlung setzt das Gericht den Parteien eine Frist, um Beweisanträge zu stellen. Schliesslich gibt ihnen das Gericht auch vor Abschluss des Beweisverfahrens nochmals die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen.<sup>190</sup> 75

Das Beweisantragsrecht der Parteien korrespondiert mit der Pflicht der Strafbehörden auf Achtung des rechtlichen Gehörs der Parteien.<sup>191</sup> Letzte- 76

<sup>184</sup> BGE 137 II 266, E. 3.2; OBERHOLZER, Rz. 363; SCHMID N., Rz. 669; PIETH, 189; DERS., ZBJV 1988, 579, 580; GAEDE, 339 ff.; GRETER, ZWR 2016, 441, 447; BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 6. Das Recht Beweisanträge zu stellen und Beweise einzureichen, haben die Parteien auch nach Abschluss der Untersuchung (Art. 318 StPO), im Haupt- (Art. 331 Abs. 2 StPO, Art. 345 StPO) und auch im Rechtsmittelverfahren (Art. 389 Abs. 3 StPO). Die Beweisführung im Vorverfahren ist nur «vorläufig» (vgl. SCHMID N., Rz. 156).

<sup>185</sup> DELNON / RÜDY, ZStrR 1998, 314, 317. Im Gegensatz dazu trifft die deutsche Lehre eine Unterscheidung zwischen Beweisantrag, Beweisermittlungsantrag und Beweisanregungen (vgl. dazu ausführlich PIETH, Beweisantrag, 28).

<sup>186</sup> Vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO; OBERHOLZER, Rz. 362; Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 3 StPO N 31; LIVSCHITZ / SCHMID O., AJP 2011, 739, 744; BOMMER, recht 2010, 196, 212 f.

<sup>187</sup> Die Befragung eines neuen Zeugen, welcher von der beschuldigten Person direkt an die Verhandlung mitgebracht wird, kann allerdings gemäss Art. 343 StPO abgelehnt werden (PIETH, 109).

<sup>188</sup> Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO.

<sup>189</sup> Vgl. Art. 318 Abs. 1 StPO.

<sup>190</sup> Vgl. Art. 345 StPO. Darüber hinaus kommt der beschuldigten Person das Beweisantragsrecht auch im Rechtsmittelverfahren zu (Art. 389 Abs. 3 StPO).

<sup>191</sup> Vgl. Art. 107 Abs. 1 StPO.

res verlangt, dass die Strafbehörden Beweisanträge prüfen, die beantragten Beweise abnehmen beziehungsweise annehmen und diese bei der Entscheidung berücksichtigen, sofern sie einschlägig sind sowie rechtzeitig und unter Beachtung der entsprechenden Formvorschriften ins Verfahren eingebracht wurden.<sup>192</sup>

- 77 Meines Erachtens zu weit geht die Aussage von WOHLERS, dass das Beweisantragsrecht den Parteien die Möglichkeit gibt, die Strafbehörden «zur Erhebung von Beweisen zu verpflichten».<sup>193</sup> Private haben kein Recht zu verlangen, dass ein bestimmtes Beweismittel abgenommen wird. Es liegt im Ermessen der Strafbehörden, Beweisanträge abzulehnen.<sup>194</sup> Allerdings müssen – insoweit ist ihm zuzustimmen – sachliche Gründe für die Ablehnung vorliegen.<sup>195</sup> Im Rahmen des Untersuchungsverfahrens abgelehnte Beweisanträge können durch die Partei im Hauptverfahren erneut gestellt werden.<sup>196</sup>
- 78 In welchem zeitlichen Rahmen die privaten Ermittlungen im Vergleich zur staatlichen Strafuntersuchung erfolgen, spielt keine Rolle. Konkret bedeutet dies, dass eine Privatperson bereits ermitteln und Beweise sammeln kann, wenn die Strafverfolgungsbehörden (noch) kein Untersuchungsverfahren eingeleitet haben, wenn sie es bereits eingestellt oder eine Einleitung gänzlich abgelehnt haben. Schliesslich kann die Privatperson auch parallel zum Untersuchungsverfahren tätig werden.<sup>197</sup>

---

<sup>192</sup> OBERHOLZER, Rz. 363; SCHMID N., Rz. 112; DELNON / RÜDY, ZStrR 1998, 314, 318.

<sup>193</sup> Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 139 StPO N 6, 12.

<sup>194</sup> Diese Praxis wird insbesondere durch die in der Schweiz zulässige antizipierte Beweiswürdigung potenziert, nach welcher das Gericht auf die Abnahme weiterer Beweise verzichten kann, wenn es in willkürfreier Würdigung der bereits abgenommenen Beweise eine bestimmte Überzeugung gewonnen und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung davon ausgehen kann, dass sich diese Meinung auch durch weitere Beweisabnahmen nicht mehr ändern würde (BGE 134 I 140, E. 5.3; BGer, 05.07.2017, 6B\_656/2017, E. 2).

<sup>195</sup> Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 139 StPO N 6, 12. Vgl. auch BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 11, gemäss der die Ablehnung eines Beweisantrags nur in Ausnahmefällen zulässig sei, da es sich dabei um das Instrument der Verfahrensbeteiligten handle, bei der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken.

<sup>196</sup> Vgl. Art. 318 Abs. 2 StPO. Ausnahmsweise können abgelehnte Beweisanträge selbstständig angefochten werden, wenn die Beweisabnahme vor dem erstinstanzlichen Gericht nicht ohne Rechtsnachteil wiederholt werden kann (PIETH, 189 f.). Vgl. dazu Fn. 317.

<sup>197</sup> Zum ganzen Abschnitt GODENZI, 124.



## § 4 Beweisbeschaffung als Teil der Beweisführung im Zivil- und Strafverfahren

Im Zivil- wie auch im Strafverfahren ist ein Engagement der Parteien bei der Beweisführung vorgesehen oder zumindest denkbar. Wie erläutert, bezeichnet man als Beweisführung im Zivil- und Strafverfahren das Sammeln von Beweismitteln, um einen bestimmten Sachverhalt zu rekonstruieren.<sup>198</sup> Eine Partei führt Beweis, indem sie Beweisanträge stellt und die Abnahme der Beweise durch das Gericht oder – im Strafverfahren je nach Verfahrensabschnitt – durch die Strafbehörden beantragt. Eine Partei führt aber auch Beweis, indem sie im Zivilverfahren dem Gericht und im Strafverfahren dem Gericht oder den Strafbehörden ein Beweismittel direkt einreicht.<sup>199</sup> 79

Im letzteren Fall gilt es zu unterscheiden. Im einen Fall befindet sich das erforderliche Beweismittel bereits im Herrschaftsbereich der beweisführenden Partei. Diesfalls kann es dem Gericht ohne Weiteres eingereicht werden. Im umgekehrten Fall, in dem ein Beweismittel zwar bekannt, aber nicht ohne Weiteres zugänglich ist, muss es zunächst zugänglich gemacht werden, um im Verfahren verwendet werden zu können. Beide Fälle sind in dem Moment, in dem das Beweismittel ins Verfahren eingebracht wird, als Beweisbeschaffung zu konzeptualisieren.<sup>200</sup> 80

Ohne sich an dieser Stelle eingehend mit dem Begriff der Beweisbeschaffung auseinanderzusetzen – dies ist Gegenstand der Analyse in Kapitel 4<sup>201</sup> – kann festgehalten werden, dass eine Beweisbeschaffungshandlung der Beweisführung im Verfahren dient. Bei Beweisen, die sich ausserhalb des Zugriffsbereichs der jeweiligen Partei befinden, ist es gar so, dass die Beschaffungshandlung die Beweisführung überhaupt erst ermöglicht. 81

Da die Beweisbeschaffung inhärent an die Beweisführung gekoppelt ist, besteht in beiden Verfahren gleichermassen Raum für Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen. Die Privatpersonen können die Beweise dabei rechtmässig oder eben auch rechtswidrig beschaffen, wobei Letzteres im Fokus vorliegender Dissertation steht. 82

Trotz des unterschiedlichen Zwecks und der differenzierten Konzeption des Zivil- und Strafverfahrens ergeben sich keine Unterschiede zwischen den 83

---

<sup>198</sup> Vgl. z.B. STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 27; vgl. Rz. 32.

<sup>199</sup> Vgl. Rz. 37, 73 ff.

<sup>200</sup> Vgl. auch Rz. 176.

<sup>201</sup> Vgl. Rz. 166 ff.

beiden Verfahren im Hinblick auf die Thematik der privaten Beweisbeschaffung. Die in der Lehre postulierte Unvergleichbarkeit der beiden Verfahren bezieht sich durchwegs darauf, dass sich die beschuldigte Person im Strafverfahren der sie verfolgenden Staatsmacht gegenübersteht und sie daher vor entsprechenden staatlichen Übergriffen in ihre Rechte zu schützen sei.<sup>202</sup> Zudem wird die Inkomparabilität mit der unterschiedlichen Funktion der beiden Verfahren begründet.<sup>203</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass die dem Strafverfahren inhärente Gefahr des staatlichen Machtmissbrauchs, aufgrund derer sich eine gesonderte Betrachtung aufdrängt, in vorliegender Konstellation gerade nicht besteht.<sup>204</sup> Im einen wie auch im anderen Verfahren agieren Privatpersonen – und nicht staatliche Behörden – ausserhalb des konkreten Zivil- oder Strafverfahrens. Auch der unterschiedliche Zweck der beiden Verfahren vermag nichts daran zu ändern, dass sich letztlich die gleiche Problematik, wenn auch in einem anderen Kontext, stellt: Privatpersonen beschaffen Beweise auf rechtswidrige Art und Weise, um das Gericht von einer bestimmten Sachverhaltsdarstellung zu überzeugen. Entsprechend ist es möglich, sich der Problematik im Rahmen einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise zu widmen.<sup>205</sup>

## § 5 Zusammenfassung

- 84 Zivil- und Strafverfahren verfolgen eine unterschiedliche Zielsetzung. Während es im Zivilverfahren um die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche gleichrangiger Privatrechtssubjekte geht, handelt es sich im Strafverfahren um die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, wobei sich die beschuldigte Person und die mit Herrschaftsgewalt ausgestatteten staatlichen Behörden gegenüberstehen.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> Vgl. WALDER, SJZ 1993, 191, 192; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 24.

<sup>203</sup> Vgl. BAUMGÄRTEL, FS Klug II, 477, 478.

<sup>204</sup> CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Intro. Art. 139–141 CPP N 8; vgl. auch ZR 1995, Nr. 36, E. 3c.

<sup>205</sup> Vgl. auch Botschaft ZPO, 7221, 7312 f., die explizit auf die strafverfahrensrechtliche Rechtsprechung verweist. Gleicher Meinung mit einer detaillierten und eingehenden Untersuchung: WEICHBRODT, 355 ff.

<sup>206</sup> Vgl. Rz. 23 ff., 26 ff.

In beiden Verfahren obliegt es grundsätzlich dem Gericht, ein Urteil zu fällen,<sup>207</sup> und zwar basierend auf einem Sachverhalt, der sich in der Vergangenheit zugetragen hat und an dem es selbst nicht beteiligt war. Es besteht daher in beiden Verfahren gleichermaßen die Notwendigkeit, den Sachverhalt in der Gegenwart zu rekonstruieren. Dies geschieht mittels Beweisen im Rahmen der Beweisführung. Zweck der Beweisführung ist es, Beweise zu sammeln, die aufzeigen, wie sich ein historischer Sachverhalt zugetragen hat.<sup>208</sup> 85

Bedingt durch den differierenden Zweck des Zivil- und des Strafverfahrens, unterscheidet sich die Zuständigkeit zur Beweisführung in den beiden Verfahren. Im Zivilverfahren obliegt die Beweisführung grundsätzlich den Parteien. Sie haben dem Gericht den Sachverhalt darzulegen und diesen mit Beweisen zu unterlegen. Das Gericht nimmt je nach der geltenden Verfahrensmaxime eine mehr oder minder aktive Rolle bei der Sachverhaltsermittlung ein.<sup>209</sup> Demgegenüber sind im Strafverfahren die Strafbehörden verpflichtet, Beweis zu führen. Sie müssen den Sachverhalt feststellen, indem sie die notwendigen Beweise, sowohl für entlastende wie auch für belastende Momente, sammeln. Die Parteien sind nicht zur Mitwirkung verpflichtet, wohl aber berechtigt.<sup>210</sup> 86

Daraus ergibt sich, dass beide Verfahren die aktive Mitwirkung der Parteien an der Beweisführung zulassen.<sup>211</sup> Während die aktive parteiliche Mitwirkung ein charakteristisches Element des Zivilverfahrens ist, ist sie im Strafverfahren ein gewünschtes Element, um eine möglichst genaue Rekonstruktion des Sachverhalts zu erreichen.<sup>212</sup> 87

Im Rahmen ihrer Beweisführungsaktivitäten haben die Parteien die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen und die Abnahme von Beweisen zu beantragen oder selbst Beweise einzureichen. Diese müssen zunächst beschafft werden, um damit Beweis führen zu können. Entsprechend ist die in der vorliegenden Arbeit im Zentrum stehende Beweisbeschaffung als Teil der Beweisführung zu qualifizieren. Rechtswidrige Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen sind in beiden Verfahren denkbar, sodass sich eine ganz- 88

---

<sup>207</sup> Vgl. zur Ausnahme des Strafbefehlsverfahrens Fn. 42.

<sup>208</sup> Vgl. Rz. 30 ff.

<sup>209</sup> Vgl. Rz. 34 ff.

<sup>210</sup> Vgl. Rz. 57 ff., 63 ff.

<sup>211</sup> Vgl. dazu auch BOHNET / JEANNERET, 67, 68.

<sup>212</sup> Vgl. Rz. 68.

heitliche Betrachtung der Problematik über beide Verfahren hinweg rechtfertigt.<sup>213</sup>

---

<sup>213</sup> Vgl. Rz. 79 ff.

### **3. Kapitel:**

## **Rechtliche Grundlagen**

Die vorliegende Dissertation hat sich der Untersuchung der rechtswidrig durch Privatpersonen beschafften Beweismittel verschrieben. Anknüpfend an die Erkenntnis des letzten Kapitels, dass (rechtswidrige) private Beschaffungshandlungen im Zivil- und Strafverfahren zu Tage treten können, werden im vorliegenden Kapitel die bestehenden rechtlichen Grundlagen in beiden Verfahren analysiert. 89



## § 1 Zivilverfahren: Art. 152 Abs. 2 ZPO

### I Inhalt

Mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung wurde die 90  
Behandlung rechtswidriger Beweise auf Bundesebene – zumindest in den  
Grundzügen – verbindlich festgelegt. In den Grundzügen deshalb, weil der  
Wortlaut der Bestimmung weitgehend offen ist.<sup>214</sup> Art. 152 Abs. 2 ZPO  
lautet:

*«Rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt,  
wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.»<sup>215</sup>*

Die vorliegende Regelung enthält einen Tatbestand wie auch eine Rechts- 91  
folge.<sup>216</sup> Tatbestandsseitig wird ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel  
vorausgesetzt. Als Rechtsfolge wird dessen Verwertung oder Nichtverwertung  
vorgesehen, worüber im Rahmen einer Interessenabwägung zu befinden  
ist.

Weiter lässt sich dem Gesetzestext entnehmen, dass ein rechtswidrig be- 92  
schafftes Beweismittel unter der Voraussetzung eines überwiegenden Inter-  
esses an der Wahrheitsfindung verwertet werden darf. Setzt man den  
Wortlaut der geltenden Bestimmung, insbesondere das Adverb «nur», in  
einen historischen Kontext, ergibt sich, dass die Verwertbarkeit eines  
rechtswidrig beschafften Beweismittels dem Grundsatz nach ausgeschlos-  
sen und bloss ausnahmsweise zulässig ist.<sup>217</sup> Im Gegensatz zu  
Art. 147 Abs. 3 VE ZPO ist die Regelung von Art. 152 Abs. 2 ZPO aber  
weniger restriktiv<sup>218</sup> und spezifiziert nunmehr, wann eine Verwertbarkeit  
ausnahmsweise zulässig ist, nämlich, wenn nach Durchführung einer Inte-  
ressenabwägung das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.<sup>219</sup> Damit

<sup>214</sup> Vgl. dazu sogleich Rz. 92.

<sup>215</sup> Vgl. Art. 152 Abs. 2 ZPO.

<sup>216</sup> RÜEDI, Rz. 127; DERS., Beweismittel, 77, 79; KRAMER, 62; vgl. auch LE ROY /  
SCHOENENBERGER, 399.

<sup>217</sup> So im Kern schon BGE 109 Ia 244, E. 2a (= Pra 1983, Nr. 275); HABSCHIED, SJZ  
1993, 185, 188; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 65; SUTTER-  
SOMM, Rz. 787; MEIER I., 315; SHK / PASSADELIS, Art. 152 ZPO N 12.

<sup>218</sup> Art. 147 Abs. 3 ZPO lautete noch wie folgt: «Es [das Gericht] berücksichtigt in der  
Regel keine rechtswidrig beschafften Beweismittel.»

<sup>219</sup> SHK / PASSADELIS, Art. 152 ZPO N 13; vgl. auch VOUILLOZ, AJP 2009, 830, 832,  
der ausführt, dass die Verwertbarkeit von rechtswidrig beschafften Beweismitteln  
nur restriktiv zugelassen werde. A.A. allerdings noch unter Geltung der kantonalen  
Zivilprozessordnungen SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 149, der dafür plädiert, das

trägt Art. 152 Abs. 2 ZPO der an Art. 147 Abs. 3 ZPO geäußerten Kritik Rechnung, wonach die im Vorentwurf enthaltene Regelung zu strikt formuliert war und zudem keine Hinweise dahingehend enthielt, unter welchen Voraussetzungen rechtswidrig beschaffte Beweismittel dennoch berücksichtigt werden dürfen.<sup>220</sup> Dem Gesetzestext lässt sich aber nicht entnehmen, wann ein Beweismittel überhaupt als rechtswidrig beschafft gilt und wer als Urheber der Beschaffungshandlung in Frage kommt.<sup>221</sup> Ebenfalls unkonkret bleibt, gegen welche Interessen das Interesse an der Wahrheitsfindung abzuwägen ist sowie wann dieses die entgegenstehenden Interessen überwiegt.<sup>222</sup>

## II Anwendungsbereich

### 1 Durch Privatpersonen rechtswidrig beschaffte Beweise

- 93 Zwar gibt Art. 152 Abs. 2 ZPO keinen expliziten Hinweis darauf, ob er auf von Privatpersonen rechtswidrig beschaffte Beweismittel anwendbar ist, allerdings lässt sich dies aus der systematischen Stellung des Artikels ableiten.<sup>223</sup> Er ist integraler Bestandteil von Art. 152 ZPO, der das Recht auf Beweis verankert. Dieses spricht jeder beweisführenden Partei das Recht zu, zu verlangen, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen, tauglichen Beweismittel abnimmt.<sup>224</sup> Das Recht auf Beweis der Partei geht mit der Verpflichtung der gerichtlichen Behörden einher, die von den Parteien gesammelten Beweismittel zu berücksichtigen. Insofern bietet es den Parteien Gewähr, dass die von ihnen angebotenen Beweismittel bei der Beweiswürdigung tatsächlich Berücksichtigung finden, sofern

---

rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zweifelsfalle zu verwerten, mit der Begründung, dass die Wahrheitsfindung im schweizerischen Prozessrecht stets von vorrangigem Interesse sei.

<sup>220</sup> Vernehmlassungen des Kantons Aargau und der Grünen Partei zum VE ZPO (vgl. ZS Vernehmlassungen VE ZPO, 399).

<sup>221</sup> Vgl. dazu sogleich Rz. 93, 205 ff., 227 ff.

<sup>222</sup> BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 10; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 66; vgl. Rz. 321 ff.

<sup>223</sup> Vgl. den Wortlaut von Art. 152 Abs. 2 ZPO, der in allgemeiner Weise von rechtswidrig beschafften Beweismittel spricht. Einen impliziten Hinweis lässt sich dem Wortlaut insofern entnehmen, als Art. 152 Abs. 2 ZPO den Begriff der «Beschaffung» verwendet (vgl. dazu Rz. 164).

<sup>224</sup> Vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO. Das Recht auf Beweis wird auf Verfassungsstufe aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitet (HABERBECK, Jusletter 03.02.2014, Rz. 1).



sie formgerecht, fristgerecht und tauglich sind. Andernfalls finden sie ohnehin keinen Eingang ins Verfahren.<sup>225</sup>

Relevant im vorliegenden Zusammenhang ist, dass es dabei um Beweismittel geht, die dem Gericht von der beweisführenden Privatperson angeboten werden. Erhebt das Gericht von Amtes wegen Beweis, gelangt Art. 152 Abs. 1 ZPO gemäss klarem Gesetzeswortlaut nicht zur Anwendung. Setzt man den hier interessierenden Abs. 2 in diesen Kontext, ergibt sich meines Erachtens, dass dieser ebenfalls Beweismittel adressiert, welche von Privatpersonen beschafft wurden.<sup>226</sup> Im Unterschied zu Abs. 1 handelt es sich um Beweismittel, die zwar formgerecht, fristgerecht und tauglich sind, denen aber der Makel der rechtswidrigen Beschaffung anhaftet.

## 2 Materiell rechtswidrige Beweise

In der Lehre hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass Art. 152 Abs. 2 ZPO nur bei materiell rechtswidrig beschafften Beweismitteln zur Anwendung gelangt.<sup>227</sup> Als materiell rechtswidrig beschafft gelten Beweismittel, welche unter Verstoss gegen die materielle Rechtsordnung erlangt wurden.<sup>228</sup> Um ein materiell rechtswidrig beschafftes Beweismittel handelt es sich beispielsweise bei einer Urkunde, welche der berechtigten Person unter Gewaltanwendung entrissen wird.<sup>229</sup>

In Abgrenzung dazu gelten Beweismittel, die unter Verletzung von prozessualen Bestimmungen erlangt wurden, als formell rechtswidrig be-

<sup>225</sup> Vgl. Rz. 183 ff., 188, 189 f.

<sup>226</sup> Vgl. auch CHAPPUIS, 107, 112, der im Zusammenhang mit materiell rechtswidrig beschafften Beweismitteln von einer Verletzungshandlung durch Privatpersonen ausgeht. Vgl. dazu sogleich Rz. 95 ff.

<sup>227</sup> Vgl. sogleich Rz. 97; vgl. auch BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 10; OFK / SCHMID R., Art. 152 ZPO N 26; KuKo ZPO / SCHMID H., Art. 152 ZPO N 14; für eine ausführliche Argumentation vgl. RÜEDI, Rz. 259; a.A. SHK / PASSADELIS, Art. 152 ZPO N 11; vgl. auch OGer LU, 16.06.2011, 1B 11 6, E. 6.5.3 (= CAN 2012, Nr. 28 = LGVE 2011 I, Nr. 31).

<sup>228</sup> Im französischen Sprachgebrauch «preuve illicite». Vgl. GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 652; CHAPPUIS, 107, 112 f.; KuKo ZPO / SCHMID H., Art. 152 ZPO N 14; OGer ZH, 11.03.2013, LE 120070, E. 4. Das materielle Recht legt im Gegensatz zum formellen Recht konkrete Rechte und Pflichten fest und sagt damit aus, was rechtens ist. Das formelle Recht legt fest, wie das Recht gesetzt und durchgesetzt werden kann (MAHLMANN, Rz. 51; SEILER, 81; LE ROY / SCHOENENBERGER, 34).

<sup>229</sup> Vgl. Botschaft ZPO, 7221, 7312; vgl. auch RÜEDI, Rz. 4; DERS., Beweismittel, 77.

schafft.<sup>230</sup> Werden beispielsweise Zeugen einvernommen, ohne dass diese auf das ihnen zustehende Verweigerungsrecht aufgeklärt wurden, handelt es sich bei den so erlangten Zeugenaussagen um formell rechtswidrig beschaffte Beweismittel.<sup>231</sup>

- 97 Abgesehen davon, dass die Durchführung einer Interessenabwägung in Fällen formell rechtswidriger Beweisbeschaffungen teilweise von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist<sup>232</sup> oder je nach verletzter Rechtsnorm keinen Sinn ergibt,<sup>233</sup> ist der Anwendungsbereich von Art. 152 Abs. 2 ZPO meines Erachtens auch deshalb auf materiell rechtswidrige Beweismittel beschränkt, weil die Exekution materiell rechtswidriger Beschaffungshandlungen nur

---

<sup>230</sup> Im französischen Sprachgebrauch «preuve irrégulière». Vgl. GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 652; CHAPPUIS, 107, 112 f.; KuKo ZPO / SCHMID H., Art. 152 ZPO N 13; OGer ZH, 11.03.2013, LE 120070, E. 4; vgl. auch BGer, 05.10.2017, 4A\_200/2016, E. 3.1.

<sup>231</sup> Vgl. Art. 161 Abs. 2 ZPO; RÜEDI, Rz. 4; DERS., Beweismittel, 77; KuKo ZPO / SCHMID H., Art. 152 ZPO N 13. Die Fälle formell rechtswidrig beschaffter Beweismittel erfahren in der ZPO keine generelle Regelung, vgl. dazu OGer LU, 16.06.2011, IB 11 6, E. 6.5.3 (= CAN 2012, Nr. 28 = LGVE 2011 I, Nr. 31).

<sup>232</sup> Dies in Fällen, in denen die verletzte Bestimmung die Rechtsfolge der Verletzung direkt selbst anordnet (BSK / GUYAN, Art. 152 Abs. 2 ZPO N 16). Art. 161 Abs. 2 ZPO ordnet beispielsweise die Unverwertbarkeit der unter Verletzung der Aufklärungspflicht erlangten Zeugenaussage an, sofern nicht die betroffene Person der Verwendung zustimmt oder die Verweigerung unberechtigt gewesen wäre (SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 148). Vgl. auch Art. 51 Abs. 2 ZPO, der festhält, dass Amtshandlungen aufzuheben oder zu wiederholen sind, wenn eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat und eine Partei dies innerhalb von 10 Tagen seit Kenntnis des Ausstandsgrundes verlangt. Ist eine Wiederholung nicht möglich, z.B. wenn ein Augenschein an einem Objekt durchgeführt wurde, welches zwischenzeitlich abgebrochen wurde oder ein Zeuge einvernommen wurde, der zwischenzeitlich verstorben ist, dürfen die unrechtmässig erlangten Beweismittel berücksichtigt werden (vgl. KuKo ZPO / KIENER, Art. 51 ZPO N 5). A.A. offenbar BSK / WEBER, Art. 51 ZPO N 6, der entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut eine Interessenabwägung zwischen dem Gewicht der verletzten Ausstandsvorschrift und der Bedeutung des Beweismittels für den Prozess fordert.

<sup>233</sup> Vgl. z.B. Art. 171 Abs. 2 ZPO, der im Interesse der Wahrheitsfindung die getrennte Befragung der Zeugen anordnet. Würde bei Verletzung dieser Bestimmung eine Interessenabwägung gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO durchgeführt, müsste das Interesse an der Wahrheitsfindung gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO gegen das Interesse an der Wahrheitsfindung abgewogen werden (vgl. dazu RÜEDI, Rz. 263). Vgl. auch GAILLARD, SJ 1998 II, 649, der jeweils, sofern möglich, die Wiederholung oder Nachbesserung der formell rechtswidrigen Beweiserhebung fordert. In diesem Sinne auch Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 69; WEIBEL, Rz. 79. Vgl. auch BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 16, der – analog der strafprozessualen Lehre – zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften unterscheidet und bei der Verletzung von Gültigkeitsvorschriften ein Verwertungsverbot annimmt.

durch Privatpersonen denkbar ist. Die Vorstellung, dass die Gerichtsbehörden im Zivilverfahren autonom von Privatpersonen Beweise unter Verletzung der materiellen Rechtsordnung beschaffen, ist in einem ordnungsgemässen, rechtsstaatlichen Verfahren kaum denkbar.<sup>234</sup>

### III Geltungsbereich

#### 1 Im Allgemeinen

Die Zivilprozessordnung regelt das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für streitige Zivilsachen, gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts sowie die Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>235</sup> 98

Art. 152 Abs. 2 ZPO ist integraler Bestandteil der Zivilprozessordnung. Als solcher gelangt er in den genannten Verfahren grundsätzlich zur Anwendung. RÜEDI nimmt allerdings berechtigterweise in verschiedener Hinsicht Präzisierungen vor.<sup>236</sup> 99

#### 2 Keine Anwendbarkeit im Schiedsverfahren

Schiedsverfahren zeichnen sich dadurch aus, dass private Gerichte von den Parteien dazu berufen werden, ihre zivile Rechtsstreitigkeit beizulegen.<sup>237</sup> 100

<sup>234</sup> So auch WALDER, SJZ 1993, 191, 192 f.; vgl. auch ZEISS, ZZP 1976, 377, 380: «[D]ie Fälle richterlichen Fehlverhaltens bei der Beweisaufnahme [haben] keine Ähnlichkeit mit vorprozessualer materieller Rechtswidrigkeit einer Partei bei der Beweismittelbeschaffung [...], so dass eine gemeinsame Behandlung a priori wenig sinnvoll erscheint.» A.A. offenbar RÜEDI, Rz. 233, der im Anwendungsbereich von Art. 152 Abs. 2 ZPO neben Privatpersonen auch staatliche Organe, insbesondere das Gericht selbst, als Urheber der Beschaffungshandlung sieht. Gemäss HÄRING ist es im Strafverfahren demgegenüber theoretisch denkbar, wenn auch nicht sehr wahrscheinlich, dass die Strafverfolgungsbehörden im Rahmen der Beweiserhebung gegen materiellrechtliche Bestimmungen verstossen. Diese Fälle wären, soweit keine positivrechtliche Regelung besteht, anhand der Kriterien von Art. 36 BV zur zulässigen Einschränkung von Grundrechten zu prüfen (HÄRING, ZStrR 2009, 225, 230). A.A. offenbar SCHMID N., Beweis, 75, 83, der davon ausgeht, dass in diesen Fällen stets ein Beweisverwertungsverbot zum Zuge kommt. Vgl. auch SUTTER-SOMM, Rz. 785; SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 148.

<sup>235</sup> Vgl. Art. 1 lit. a–d ZPO.

<sup>236</sup> RÜEDI, Rz. 213.

<sup>237</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 29 Rz. 1; SUTTER-SOMM, Rz. 1584.

Zwar enthält die Zivilprozessordnung in ihrem dritten Teil Bestimmungen zum nationalen Schiedsverfahren.<sup>238</sup> Diese stellen aber einen eigenständigen Teil derselben dar und sind wie ein eigenständiges Gesetz zu behandeln. In der Botschaft wird explizit festgehalten: «Aus den Regeln, die für staatliche Gerichte gelten, sollen grundsätzlich keine Rückschlüsse für das Schiedsverfahren gezogen werden.»<sup>239</sup> Die übrigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung gelangen in schiedsgerichtlichen Verfahren nicht, insbesondere auch nicht subsidiär, zur Anwendung.<sup>240</sup>

- 101 Die Zulässigkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln beurteilt sich für das in Frage stehende Schiedsverfahren grundsätzlich nach dem anwendbaren Verfahrensrecht.<sup>241</sup> Dieses kann von den Parteien selbst bestimmt werden.<sup>242</sup> Sie können entweder eigene Regeln aufstellen, auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung verweisen oder das Verfahren gesamthaft einem bestimmten Verfahrensrecht unterstellen.<sup>243</sup> Ein Verfahrensrecht ihrer Wahl kann auch eine staatliche Verfahrensordnung, so beispielsweise die schweizerische Zivilprozessordnung, sein.<sup>244</sup>
- 102 Entsprechend gelangt Art. 152 Abs. 2 ZPO in schiedsgerichtlichen Verfahren nur zur Anwendung, wenn die Parteien entweder explizit seine Anwendbarkeit vereinbart oder das Schiedsverfahren gesamthaft den Bestimmungen der Zivilprozessordnung unterstellt haben.<sup>245</sup>

### 3 Analoge Anwendung im Adhäsionsverfahren

- 103 Das Adhäsionsverfahren ermöglicht der geschädigten Person als Privatkläger zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat in einem laufenden Strafverfahren geltend zu machen.<sup>246</sup> Dadurch wird ihr erspart, ihre zivilrechtlichen

---

<sup>238</sup> Vgl. Art. 353 ff. ZPO.

<sup>239</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7392.

<sup>240</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 29 Rz. 8.

<sup>241</sup> GÖKSU, Rz. 1562.

<sup>242</sup> Vgl. Art. 373 Abs. 1 ZPO; SUTTER-SOMM, Rz. 1587. Subsidiär obliegt die Regelung dem berufenen Schiedsgericht (vgl. Art. 373 Abs. 2 ZPO).

<sup>243</sup> Vgl. Art. 373 Abs. 1 ZPO.

<sup>244</sup> OFK / PLANINIC / ERK, Art. 373 ZPO N 1.

<sup>245</sup> Dazu RÜEDI, Rz. 214; vgl. BGER, 27.03.2014, 4A\_362/2013 und 4A\_448/2013, E. 3.2, in denen die Frage der Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln in einem internationalen Schiedsverfahren zur Debatte stand. Das Bundesgericht verneinte eine Verletzung des Ordre Public gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG durch die Verwertung der rechtswidrig erlangten Beweismittel.

<sup>246</sup> Vgl. Art. 122 Abs. 1 StPO; vgl. auch Art. 39 ZPO; vgl. auch Rz. 69 ff.

Ansprüche in einem separaten Zivilverfahren durchsetzen zu müssen.<sup>247</sup> Das Adhäsionsverfahren ist kein selbstständiges Zivilverfahren, das dem Strafverfahren angegliedert ist. Es handelt sich vielmehr um ein in das Strafverfahren integriertes Zivilverfahren. Damit ist der Adhäsionsprozess «ein Verfahren zur Entscheidung zivilrechtlicher Ansprüche im Strafprozess».<sup>248</sup>

Gemäss der herrschenden Lehre richtet sich das Adhäsionsverfahren zwar 104 grundsätzlich nach den zivilprozessualen Regeln. Bedingt durch die Tatsache, dass das Adhäsionsverfahren aber ins Strafverfahren eingebettet ist, richtet es sich dennoch primär nach den Bestimmungen der StPO.<sup>249</sup> Die Regelungen und Grundsätze der Zivilprozessordnung gelangen nur zur Anwendung, wenn sich der Strafprozessordnung keine Regelung – auch nicht durch Auslegung – entnehmen lässt.<sup>250</sup> Vor diesem Hintergrund gelangt Art. 152 Abs. 2 ZPO im Adhäsionsverfahren nur dann zur Anwendung, wenn sich der Strafprozessordnung keine zu Art. 152 Abs. 2 ZPO analoge Regelung entnehmen lässt.

RÜEDI argumentiert, dass für die Anwendung von Art. 152 Abs. 2 ZPO im 105 Adhäsionsverfahren kein Raum besteht. Er scheint davon auszugehen, dass die zivilprozessuale Bestimmung durch Art. 141 StPO verdrängt wird.<sup>251</sup> Es wird sich in der vorliegenden Arbeit aber zeigen, dass der Regelungsgehalt von Art. 152 Abs. 2 ZPO und Art. 141 StPO differiert.<sup>252</sup> Die Strafprozessordnung enthält weder eine zu Art. 152 Abs. 2 ZPO analoge Regelung noch lässt sich diese durch Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen ermitteln. Eine analoge Bestimmung wurde im Vernehmlassungsverfahren explizit gestrichen.<sup>253</sup>

Daraus lässt sich schlussfolgern, dass Art. 152 Abs. 2 ZPO im Adhäsions- 106 verfahren bei der Beurteilung rechtswidrig beschaffter Beweismittel zur Anwendung gelangt.

<sup>247</sup> PIETH, 119; BSK / DOLGE, Art. 122 StPO N 5.

<sup>248</sup> BSK / DOLGE, Art. 122 StPO N 9.

<sup>249</sup> HAUSER / SCHWERT / HARTMANN, § 38 Rz. 12; BOMMER, 46 f.; BSK / DOLGE, Art. 122 StPO N 9; vgl. auch ZR 1997, Nr. 47, E. I.3.

<sup>250</sup> BSK / DOLGE, Art. 122 StPO N 9, 12.

<sup>251</sup> RÜEDI, Rz. 216.

<sup>252</sup> Vgl. Rz. 119 ff.

<sup>253</sup> Vgl. Rz. 123 ff., 126 ff.

## 4 Analoge Anwendung im Bundeszivilprozess

- 107 Das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess regelt das Verfahren in Streitsachen gemäss Art. 120 BGG, wenn das Bundesgericht als einzige Instanz fungiert.<sup>254</sup> Dem BZP lassen sich keine Hinweise zum Umgang mit rechtswidrig erlangten Beweismitteln entnehmen.<sup>255</sup>
- 108 RÜEDI spricht sich infolgedessen dafür aus, Art. 152 Abs. 2 ZPO im Bundeszivilprozess analog anzuwenden.<sup>256</sup> Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber einstweilen prüfen möchte, ob das gesamte Zivilverfahrensrecht des Bundes konsolidiert und in der ZPO geregelt werden könnte, spricht meines Erachtens nichts gegen eine analoge Anwendung von Art. 152 Abs. 2 ZPO im Bundeszivilprozess, sollte sich die entsprechende Problematik dort stellen.<sup>257</sup>

## IV Anwendung

### 1 Im Allgemeinen

- 109 Dem Grundsatz nach muss sich jene Partei auf die Rechtswidrigkeit einer Beweisbeschaffungshandlung berufen, die ein Interesse an der Nichtverwertung des auf diese Weise beschafften Beweismittels hat.<sup>258</sup> Sie trägt die Beweislast für die Rechtswidrigkeit.<sup>259</sup> Dies gilt bei Geltung der Verhandlungsmaxime gleichermassen wie bei Geltung der Untersuchungsmaxime. Es kann vom Gericht nicht verlangt werden, ohne entsprechende Hinweise von Seiten der Parteien, in Bezug auf sämtliche Beweise die Rechtmässigkeit der Beschaffungshandlung zu prüfen.<sup>260</sup>
- 110 Beruft sich eine Partei auf die rechtswidrige Beschaffungshandlung, hat das Gericht Art. 152 Abs. 2 ZPO anzuwenden und nach Durchführung der ge-

---

<sup>254</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 BZP.

<sup>255</sup> So auch BVGer, 14.09.2009, A-1684/2009, E. 4.2. Auch das BGG, auf welches das BZP in Art. 1 Abs. 2 BZP verweist, enthält keine Bestimmung.

<sup>256</sup> RÜEDI, Rz. 215.

<sup>257</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7244 Fn. 23.

<sup>258</sup> GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 669.

<sup>259</sup> GRONER, 145; BGer, 15.05.2003, 5C.66/2002, E. 2.2.4; vgl. auch OGer ZH, 11.03.2013, LE120070, E. 4, welches Urkunden als verwertbar angesehen hat, da der Gesuchsgegner lediglich behauptete, dass Letztere rechtswidrig beschafft wurden, ohne dies näher zu substantiieren oder zu belegen.

<sup>260</sup> Vgl. Rz. 53.

forderten Interessenabwägung darüber zu befinden, ob ein Beweismittel verwertet werden kann.

Ist es – für das Gericht und die Parteien – offensichtlich, dass ein Beweismittel rechtswidrig beschafft wurde, beruft sich aber keine Partei auf die Rechtswidrigkeit, stellt sich die Frage, ob Art. 152 Abs. 2 ZPO dennoch angewendet werden muss, oder ob die Verwertbarkeit des Beweismittels nur dann zu prüfen ist, wenn sich eine Partei auf die rechtswidrige Beschaffung beruft beziehungsweise diese geltend macht.<sup>261</sup> Angesichts der Tatsache, dass zivilprozessuale Bestimmungen Teil des öffentlichen Rechts sind, ist man geneigt, von einer Anwendung von Amtes wegen auszugehen.<sup>262</sup> Wie nachfolgend gezeigt wird, drängt sich allerdings eine differenzierte Betrachtung auf.

## 2 Charakter der zivilprozessualen Bestimmungen

KAUFMANN M. hat sich im Rahmen eines wissenschaftlichen Beitrags mit der Frage befasst, ob die Bestimmungen der ZPO von Amtes wegen anzuwenden sind. Er nahm bei seinen Ausführungen auf GULDENER Bezug und stellte fest, dass die Frage, ob eine zivilprozessuale Norm von Amtes wegen anzuwenden ist oder nicht, sich nicht allgemeingültig beantworten lässt. Entscheidend sei die Rechtsnatur der einzelnen zivilprozessualen Bestimmungen.<sup>263</sup> Eine Norm ist von Amtes wegen anzuwenden, wenn sie zwingender Natur ist. Demgegenüber liegt die Anwendbarkeit in der Disposition der Parteien, wenn sie dispositiver Natur ist. Welchen Charakter eine bestimmte zivilprozessuale Norm hat, hängt vom Schutzzweck der in Frage stehenden Norm ab.<sup>264</sup>

Dient eine zivilprozessuale Bestimmung überwiegend dem Schutz von öffentlichen Interessen oder von Interessen Dritter, ist ihr ein zwingender Charakter zuzuschreiben. Entsprechend ist diese Norm von Amtes wegen anzuwenden. Demgegenüber liegt die Anwendung in der Disposition der Prozessparteien, wenn sie dispositiver Natur ist. Dies ist der Fall, wenn sie

<sup>261</sup> RÜEDI, Rz. 217 ff.

<sup>262</sup> KUMMER, 12; OFK / SCHMID R., Art. 152 ZPO N 17; RÜEDI, Rz. 218.

<sup>263</sup> KAUFMANN M., FS Schwander, 917, 929; vgl. GULDENER, 52: «Immerhin ist es nicht so, dass der Parteiwille verfahrensrechtlich nur insoweit in Betracht fallen würde, als ihn das Gesetz ausdrücklich für erheblich bezeichnet. [...] Es ist daher eine Frage der Gesetzesauslegung, inwiefern einzelne Sätze des Prozessrechtes durch die Parteien derogiert werden können.»

<sup>264</sup> KAUFMANN M., FS Schwander, 917, 931.

einzig dem Schutz der Interessen der Prozessparteien dient.<sup>265</sup> Dient eine Norm primär dem Schutz der Interessen einer oder beider Parteien, schützt darüber hinaus aber auch öffentliche Interessen, ist mittels einer Abwägung darüber zu befinden, ob die öffentlichen Interessen die privaten Interessen überwiegen. Eine Interessenabwägung hat dann zu unterbleiben, wenn sie von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist.<sup>266</sup>

### 3      **Schutzzweck von Art. 152 Abs. 2 ZPO**

- 114 Die Frage, ob ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel von Amtes wegen aus dem Recht zu weisen ist, lässt sich daher nur beantworten, wenn Klarheit darüber herrscht, welchen Schutzzweck die genannte Bestimmung hat.<sup>267</sup>
- 115 Art. 152 Abs. 2 ZPO lässt die Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels ausnahmsweise zu, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Es stellt sich daher die Frage, ob das Interesse an der Wahrheitsfindung privaten oder öffentlichen Interessen dient beziehungsweise wie stark die öffentlichen Interessen an der Wahrheitsfindung zu gewichten sind. Dies lässt sich meines Erachtens für Art. 152 Abs. 2 ZPO nicht generell festlegen, sondern hängt davon ab, welche Verfahrensmaxime im betreffenden Verfahren zur Anwendung gelangt.
- 116 Die Verhandlungsmaxime zeichnet sich dadurch aus, dass es in der Verantwortung der Parteien liegt, von welchem Sachverhalt das Gericht bei der Entscheidungsfindung ausgeht. Das Gericht hat auf den von den Parteien übereinstimmend vorgetragenen Sachverhalt abzustellen, ohne die einzelnen Tatsachen einer Prüfung zu unterziehen. Es ist daher theoretisch denkbar – wenn auch nicht sehr wahrscheinlich – dass die Parteien dem Gericht bewusst einen unwahren Sachverhalt präsentieren.<sup>268</sup> Vor diesem Hintergrund spricht meines Erachtens nichts dagegen, auch die Disposition darüber, ob ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel verwertet werden soll, den Parteien zu überlassen. Es besteht zwar ein öffentliches Interesse daran, den wahren Sachverhalt zu ermitteln, allerdings ist dieses von beschränkter Na-

---

<sup>265</sup> Zum Ganzen KAUFMANN M., FS Schwander, 917, 929. Eine Ausnahme gilt dort, wo es sich um eine fundamentale Rechtsnorm handelt, deren Missachtung die Nichtigkeit des Urteils zur Folge hätte, z.B. wenn ein Urteil durch ein unzuständiges Gericht gefällt wird (DERS., 917, 931 f.); GULDENER, ZSR 1946, 185, 228 ff.

<sup>266</sup> KAUFMANN M., FS Schwander, 917, 931.

<sup>267</sup> Vgl. Rz. 113.

<sup>268</sup> Vgl. Rz. 42, 289 ff.



tur.<sup>269</sup> In Verfahren mit Verhandlungsmaxime hat Art. 152 Abs. 2 ZPO demnach einen dispositiven Charakter. Seine Anwendung hängt von der Initiative der Parteien ab.<sup>270</sup> Ein Verzicht auf die Rüge darf angenommen werden, wenn sich der betroffene Beweisgegner der rechtswidrigen Beschaffung bewusst ist, sich aber dennoch nicht auf die Unverwertbarkeit beruft.<sup>271</sup>

Demgegenüber ist es bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime geradezu das Ziel, den Parteien die Disposition über den Sachverhalt zu entziehen, um die tatsächliche Wahrheit ermitteln zu können.<sup>272</sup> In Verfahren, die sich nach der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime richten, ist Art. 152 Abs. 2 ZPO daher zwingender Natur und entsprechend von Amtes wegen anzuwenden. Bestehen Anhaltspunkte, dass ein Beweismittel rechtswidrig beschafft wurde, muss durch das Gericht eine Abklärung vorgenommen und, im Falle, dass sich die Vermutung bestätigt, eine Interessenabwägung durchgeführt werden. 117

Für die gemilderte Verhandlungsmaxime und die beschränkte Untersuchungsmaxime lässt sich insofern keine konkrete Aussage treffen, als ein öffentliches Interesse nur insoweit besteht, als die sozialen und intellektuellen Fähigkeiten der Parteien gerichtliche Unterstützung bei der Prozessführung erfordern.<sup>273</sup> Dies variiert unter anderem auch dadurch, ob die Parteien anwaltlich vertreten sind. Es muss daher im konkreten Einzelfall eine Abwägung stattfinden, ob sozialpolitische Ungleichgewichte bestehen und diese die Anwendung der Bestimmung von Amtes wegen rechtfertigen. Das Gericht hat mittels der gerichtlichen Fragepflicht abzuklären, ob ein Beweismittel rechtswidrig beschafft wurde, sofern Hinweise dahingehend bestehen. 118

<sup>269</sup> Vgl. Rz. 316 ff.

<sup>270</sup> So auch KAUPER, 117; GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 669: «Il paraît conforme à la nature de la procédure civile que le retranchement d'une preuve au motif que celle-ci est illicite ne peut pas être ordonnée d'office.» Beide nehmen allerdings keine Unterscheidung im Hinblick auf die anwendbare Verfahrensmaxime vor.

<sup>271</sup> Vgl. dazu KAUPER, 117.

<sup>272</sup> Vgl. Rz. 49.

<sup>273</sup> Vgl. Rz. 46, 56.

## § 2 Strafverfahren: Praxis

### I Keine Regelung in der StPO

#### 1 Keine Anwendbarkeit von Art. 141 StPO auf von Privatpersonen beschaffte Beweise

- 119 In der Strafprozessordnung befasst sich Art. 141 StPO in allgemeiner Weise mit der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel.<sup>274</sup> Die Bestimmung lautet:

*«Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.»<sup>275</sup>*

*«Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.»<sup>276</sup>*

*«Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar.»<sup>277</sup>*

- 120 Ziel der genannten Bestimmung ist, die Beweisverwertungsverbotsproblematik in möglichst umfassender Weise zu regeln.<sup>278</sup> Diesen Anspruch kann Art. 141 StPO nicht vollständig erfüllen.<sup>279</sup> Art. 141 StPO erfasst lediglich die sogenannten unselbstständigen Beweisverwertungsverbote. Diese dienen der Regelung von Fällen, bei denen die Strafbehörden im Rahmen der

---

<sup>274</sup> Botschaft StPO, 1085, 1183: Die geltende Vorschrift soll «der Praxis [...] den notwendigen Raum zur Regelung von Einzelheiten lassen» und nur die Grundzüge verbindlich festlegen. Ausführlich zu Art. 141 StPO insbesondere auch in Vergleich mit der US-amerikanischen Rechtslage BEYDOUN, 26 ff.

<sup>275</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 1 StPO. Beispiele für Bestimmungen, die direkt die Unverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise statuieren, sind Art. 150 Abs. 3 StPO, Art. 158 Abs. 2 StPO, Art. 177 Abs. 3 StPO, Art. 277 Abs. 2 StPO, Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 277 Abs. 2 StPO, Art. 289 Abs. 6 StPO.

<sup>276</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 2 StPO.

<sup>277</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 3 StPO.

<sup>278</sup> BOHNET / JEANNERET, 67, 69 f.; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 1.

<sup>279</sup> Vgl. dazu BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 1, die allerdings den Pioniercharakter von Art. 141 StPO hervorhebt. Vgl. auch ROGALL, JZ 2008, 818, 830; HÄRING, ZStrR 2009, 225, 228; Goldschmid / Maurer / Sollberger / SOLLBERGER, Art. 141 StPO.

Beweiserhebung prozessuale oder sonstige Vorschriften missachtet haben.<sup>280</sup>

Daraus ergibt sich, dass Fälle rechtswidriger Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen von Art. 141 StPO nicht erfasst werden.<sup>281</sup> Auch sonst erfährt das Schicksal rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffter Beweise in der StPO keine explizite Regelung.<sup>282</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Gesetzgeber rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffte Beweise als stets verwertbar erachten würde.<sup>283</sup> Es ist unbestritten, dass sich auch die Privatpersonen bei der Sachverhaltsermittlung an die Schranken der Rechtsordnung halten müssen.<sup>284</sup>

Es wäre dem Gesetzgeber unbenommen gewesen, eine gesetzliche Regelung für den Umgang mit von Privatpersonen rechtswidrig beschaffter Be-

<sup>280</sup> HÄRING, ZStrR 2009, 225, 233; Begleitbericht VE StPO, 110; FORNITO, 294; RUCKSTUHL N., Beilage Plädoyer 6/2006, 15, 22; BGE 131 I 272, mit Anmerkungen WOHLERS, AJP 2006, 627, 628. Dies geht aus dem Wortlaut von Art. 141 Abs. 2 StPO hervor. Zwar wird nur in Abs. 2 explizit auf die Strafbehörden verwiesen, allerdings ist nicht ersichtlich, weshalb der Anwendungsbereich von Abs. 1 und 3 davon zu differenzieren wäre.

<sup>281</sup> Es handelt sich dabei um einen Anwendungsfall der sogenannten selbstständigen Beweisverwertungsverbote, die von Art. 141 StPO nicht erfasst werden. Vgl. dazu Botschaft StPO, 1085, 1183; Begleitbericht VE StPO, 110; CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Art. 141 CPP N 27; HÄRING, ZStrR 2009, 225, 234; ZR 2014, Nr. 11, E. 5.1. Ein weiterer Anwendungsfall der selbstständigen Beweisverwertungsverbote sind Fälle, in denen die Strafbehörden im Rahmen der Beweiserhebung zwar nicht gegen Vorschriften der StPO verstossen, dafür aber andere einfachgesetzliche Vorschriften verletzen, oder Fälle, bei denen die Beweiserhebung zwar rechtmässig ist, die Beweisverwertung aber gegen höherwertig geschützte Interessen verstösst (FORNITO, 287; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 9 f.; BGer, 19.12.2006, 1P.519/2006, E. 3.3.3 f. [= Pra 2007, Nr. 113]; HÄRING, ZStrR 2009, 225, 229). Mit wenigen Ausnahmen (z.B. Art. 362 Abs. 4 StPO) werden auch diese Anwendungsfälle der selbstständigen Beweisverwertungsverbote in der StPO nicht explizit geregelt (HÄRING, ZStrR 2009, 225, 229; DONATSCH / SCHWARZENEGGER / WOHLERS, § 6 Ziff. 2.33).

<sup>282</sup> BGer, 03.06.2013, 6B 323/2013, E. 3.3; BGer, 24.02.2014, 6B\_983/2013 und 6B\_995/2013, E. 3.3; KGer FR, 22.01.2016, 502 2015 145, E. 8a; OGer BE, 13.07.2011, BK 11 93, E. 4.1; OGer BE, 18.06.2012, BK 2012 62, E. 4.1; OGer BE, 22.03.2011, BK 11 9, E. 2.3 (= CAN 2012 Nr. 36); OGer ZH, 25.03.2014, SB130420, E. 1 f.; Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 141 StPO N 2; GODENZI, 334 ff.; VETTERLI, ZStrR 2012, 447, 462; PC / MOREILLON / PAREIN-REYMOND, Art. 141 CPP N 5; CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Intro. Art. 139–141 CPP N 7.

<sup>283</sup> In diesem Sinne auch WALDER, ZStrR 1966, 36, 37; vgl. Rz. 128.

<sup>284</sup> FORNITO, 294 f.; BSK / GLESS, Art. 140 StPO N 20, die darauf hinweist, dass insbesondere die strafrechtlichen Schranken relevant seien. So auch OGer ZH, 17.11.2011, UE110074, E. 7.3.1.1.

weismittel zu erlassen. Eine solche war im Vorentwurf für die eidgenössische Strafprozessordnung denn auch vorgesehen.<sup>285</sup>

## 2 Regelung im Vorentwurf

### a) Inhalt

- 123 Die im Vorentwurf vorgesehene, nicht in die StPO aufgenommene, Regelung für den Umgang mit rechtswidrig durch Privatpersonen beschafften Beweismitteln lautet folgendermassen:

*«Beweise, die von Privaten auf strafbare Weise erlangt wurden, dürfen im Strafverfahren nur verwertet werden, wenn das öffentliche oder private Interesse an der Wahrheitsfindung die durch die verletzten Strafbestimmungen geschützten Interessen überwiegt.»<sup>286</sup>*

- 124 Die Bestimmung hat eine frappierende Ähnlichkeit mit Art. 152 Abs. 2 ZPO.<sup>287</sup> Art. 150 VE StPO statuiert einen Tatbestand und eine Rechtsfolge. Tatbestandsseitig wird eine rechtswidrige Handlung durch Privatpersonen vorausgesetzt, wobei Art. 150 VE StPO die Rechtswidrigkeit insofern konkretisiert, als sie durch eine Verletzung von Strafbestimmungen begründet wird.<sup>288</sup>
- 125 Auf Seiten der Rechtsfolge wird eine Interessenabwägung angeordnet. Das Interesse an der Wahrheitsfindung muss gegen die durch die verletzten Strafbestimmungen geschützten Interessen abgewogen werden. Art. 150 VE StPO geht von der grundsätzlichen Unverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise aus. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung nur in Ausnahmefällen überwiegt.

---

<sup>285</sup> BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 40a; HÄRING, ZStrR 2009, 225, 230; vgl. sogleich Rz. 123 ff.

<sup>286</sup> Art. 150 VE StPO; ähnlich schon § 41 Abs. 1 StPO BL: «Auf unzulässige Weise erlangte Beweise dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung überwiege die rechtlich geschützten Interessen der angeschuldigten Person.»

<sup>287</sup> SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 592.

<sup>288</sup> Vgl. Rz. 224.

**b) Kritik im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens**

Art. 150 VE StPO wurde nach dem Vernehmlassungsverfahren gestrichen und fand keinen Eingang in die eidgenössische Strafprozessordnung.<sup>289</sup> Insbesondere mit zwei Kritikpunkten sah sich die Bestimmung konfrontiert:

Einerseits wurde befürchtet, die vorgesehene Bestimmung würde «rechts-  
widrigen privaten Ermittlungen Tür und Tor öffne[n]». <sup>290</sup> Andererseits wurde vorgebracht, dass das Kriterium des überwiegenden öffentlichen oder privaten Interesses die Praxis vor schwierige Auslegungsfragen stellen würde.<sup>291</sup> Darüber hinaus äusserten einige Vernehmlasser auch insofern Bedenken, als sie in der Regelung der rechtswidrig von Privatpersonen beschafften Beweise eine ungerechtfertigte Besserstellung gegenüber den rechtswidrig durch staatliche Behörden erhobenen Beweisen erblickten.<sup>292</sup>

Es wurde demnach bewusst darauf verzichtet, eine Bestimmung zur erwähnten Problematik in der eidgenössischen StPO zu verankern. Dies in der Hoffnung, die Praxis würde die notwendige Klarheit schaffen.<sup>293</sup> Es handelt sich demnach im vorliegenden Fall nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers.<sup>294</sup>

**II Rechtsprechung**

Mit Art. 150 VE StPO wurde beabsichtigt, die vom Bundesgericht entwickelte Rechtsprechungspraxis zur rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung in eine verbindliche, gesetzliche Bestimmung zu überführen.<sup>295</sup> Auch wenn meines Erachtens der scharfen Kritik von GODENZI am vorgesehenen Art. 150 VE StPO nicht gefolgt werden kann, so ist ihr insofern zuzustim-

<sup>289</sup> CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Intro. Art. 139–141 CPP N 7.

<sup>290</sup> ZF Vernehmlassungen VE StPO, 42; HÄRING, ZStrR 2009, 225, 231; GODENZI, 336; CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Intro. Art. 139–141 CPP N 8. Diese Kritik wurde bereits § 41 Abs. 1 StPO BL entgegengebracht. Vgl. dazu LUTZ, ZStrR 2002, 410, 426 f.; RUCKSTUHL, ZStrR 2000, 414, 421.

<sup>291</sup> ZF Vernehmlassungen VE StPO, 42; GODENZI, 335 f.

<sup>292</sup> GODENZI, 336; HÄRING, ZStrR 2009, 225, 231.

<sup>293</sup> HÄRING, ZStrR 2009, 225, 231; GODENZI, 337; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 40a; OGer BE, 13.07.2011, BK 11 93, E. 4.1; OGer BE, 22.03.2011, BK 11 9, E. 2.3 (= sic! 2011, 658, 660).

<sup>294</sup> OGer BE, 22.03.2011, BK 11 9, E. 2.3 (=sic! 2011, 658, 660). Zur Definition des qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers vgl. BGE 138 II 1, E. 4.2; BGE 135 III 385, E. 2.1; BGE 135 V 279, E. 5.1.

<sup>295</sup> Konzept StPO, 105.

men, als sie berechtigterweise die vollständige Rezeption der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Frage stellt.<sup>296</sup>

- 130 Diese geht im Gegensatz zu Art. 150 VE StPO von einem zweistufigen Vorgehen aus.<sup>297</sup> Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur verwertbar, «wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu, eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht».<sup>298</sup>
- 131 Bei der Abwägung wird das Interesse an der Wahrheitsfindung beziehungsweise das Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts berücksichtigt.<sup>299</sup> Dabei wird allerdings von der grundsätzlichen Unverwertbarkeit rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffter Beweise ausgegangen.<sup>300</sup>

### III Bindungswirkung der Präjudizien

- 132 Da der Gesetzgeber die Regelung der Problematik rund um die Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweise explizit der Praxis überlassen

---

<sup>296</sup> Dazu eingehend GODENZ, 336.

<sup>297</sup> Zur Sinnhaftigkeit dieses zweistufigen Vorgehens vgl. Rz. 308 ff.

<sup>298</sup> BGer, 25.01.2017, 6B\_667/2016, E. 1.2; BGer, 30.03.2016, 1B\_76/2016, E. 2.2; BGE 137 I 218, E. 2.3; BGE 131 I 272, E. 4.1.2; BGer, 17.01.2017, 6B\_1310/2015, E. 5.2; BGer, 03.06.2013, 6B\_323/2013, E. 3.4; BGer, 11.05.2012, 1B\_22/2012, E. 2.2; BGer, 24.02.2014, 6B\_983/2013 und 6B\_995/2013, E. 3.3; BGer, 08.02.2016, 6B\_786/2015, E. 1.2; BGer, 15.05.2013, 6B\_684/2012, E. 3.3; BGer, 22.08.2013, 6B\_228/2013, E. 3.2; BGer, 05.03.2001, 1A.303/2000, E. 2b; in diesem Sinne auch schon BGE 109 Ia 244, E. 2b (= Pra 1983, Nr. 275); PC / MOREILLON / PAREIN-REYMOND, Art. 141 CPP N 5; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 40a; JEANNERET / KUHN, Rz. 9011; SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 592; vgl. auch OFK / RIKLIN, Art. 141 StPO N 4, der offenbar fälschlicherweise davon ausgeht, das Bundesgericht führe nunmehr nur noch eine Interessenabwägung durch. In gewissen Entscheiden wird zusätzlich darauf hingewiesen, dass die Verwertung dann nicht in Frage komme, wenn schwerwiegende Grundrechtsverstösse vorliegen (vgl. z.B. OGer BE, 18.06.2012, BK 2012 62, E. 4.1; OGer BE, 13.07.2011, BK 11 93, E. 4.1; BGer, 11.05.2012, 1B\_22/2012, E. 2.2). Dies macht meines Erachtens bereits deshalb keinen Sinn, da Privatpersonen nicht gegen die Grundrechte verstossen können (vgl. Rz. 248). Der Schwere der Verletzungshandlung ist durch die Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Bei schwerwiegenden Rechtsverletzungen dürfte eine Verwertbarkeit tendenziell ohnehin nicht in Frage kommen (vgl. Rz. 342 ff.).

<sup>299</sup> Diese sind deckungsgleich. Vgl. dazu Rz. 315.

<sup>300</sup> Vgl. die Rechtsprechungsnachweise in Fn. 298.

hat,<sup>301</sup> stellt sich die Frage nach der Bindungswirkung der bestehenden Gerichtspraxis.

Grundsätzlich gilt Folgendes: Wird ein Gericht mit einer Rechtsfrage konfrontiert, zu welcher sich dem Gesetz keine Regelung – auch nicht durch Auslegung – entnehmen lässt, soll es nach dem geltenden Gewohnheitsrecht entscheiden. Besteht auch kein solches, muss das Gericht nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Dabei folgt es bewährter Lehre und Überlieferung.<sup>302</sup> Als Überlieferung bezeichnet man die konstante Gerichtspraxis der oberen Gerichte, insbesondere des Bundesgerichts (sog. Präjudizien).<sup>303</sup> 133

Es handelt sich bei Präjudizien nicht um eine Rechtsquelle im eigentlichen Sinne,<sup>304</sup> womit die Richter nicht notwendigerweise daran gebunden sind.<sup>305</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers dienen Präjudizien lediglich dazu, den Richter bei seiner Urteilsbildung zu leiten.<sup>306</sup> Dies ergibt sich exemplarisch aus dem französischen Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 ZGB: «Il [le juge] s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.» 134

In der Praxis zeigt sich allerdings ein anderes Bild. Zumindest faktisch weist die Gerichtspraxis Rechtsquellencharakter auf.<sup>307</sup> «Die Gerichte messen ihren eigenen Entscheiden und jene[n] höhere[r] Instanzen [...] weitgehend normative Kraft bei und halten sich zu ihrer Befolgung verpflichtet.»<sup>308</sup> An einer ständigen Praxis wird grundsätzlich festgehalten.<sup>309</sup> Dies 135

<sup>301</sup> Vgl. Rz. 128.

<sup>302</sup> Vgl. Art. 1 ZGB. Art. 1 ZGB ist zwar eine zivilrechtliche Bestimmung, ihr Anwendungsbereich ist allerdings nicht auf das Zivilrecht beschränkt (BSK / HONSELL, Art. 1 ZGB N 8). Die genannte Bestimmung richtet sich an jedes Gericht, welches mit einer Rechtsfrage konfrontiert wird (CHK / MIDDENDORF / GROB, Art. 1 ZGB N 3).

<sup>303</sup> CHK / MIDDENDORF / GROB, Art. 1 ZGB N 14. Zur Definition des Begriffs Praxis vgl. GRAF, Rz. 24.

<sup>304</sup> HASENBÖHLER, Richter, 99, 111; vgl. auch BSK / HONSELL, Art. 1 ZGB N 37. Vgl. auch FORSTMOSER / VOGT, § 16 Rz. 18, die hervorheben, dass das Gericht sich nicht sklavisch nach den Präjudizien richten muss. Das schweizerische Recht kennt keine *stare decisis* (CHK / MIDDENDORF / GROB, Art. 1 ZGB N 14).

<sup>305</sup> MÜLLER-CHEN, 13, 16; PROBST, 113.

<sup>306</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB; HASENBÖHLER, Richter, 99, 111.

<sup>307</sup> HASENBÖHLER, Richter, 99, 112; vgl. auch GRAF, Rz. 36; MÜLLER-CHEN, 13, 15; WALTER, 127, 134; FORSTMOSER / VOGT, § 16 Rz. 20; PROBST, 113.

<sup>308</sup> HASENBÖHLER, Richter, 99, 112; KRAMER, 253 ff.; MÜLLER-CHEN, 13, 15.

<sup>309</sup> GRAF, Rz. 36.

rührt daher, dass Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit eine gewisse Konstanz bei der Rechtsanwendung gebieten.<sup>310</sup>

- 136 Zwar sind Praxisänderungen möglich, allerdings muss sich die Änderung der Rechtsprechung «auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die – vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten.»<sup>311</sup> Praxisänderungen dürfen nicht Ausdruck einer «momentanen Schwankung oder singulären Abweichung» sein.<sup>312</sup> Sie müssen «in grundsätzlicher Weise als zukünftig wegleitende Neuausrichtung für alle gleichartigen Sachverhalte gelten».<sup>313</sup> Unter diesen Voraussetzungen stehen der Grundsatz der Rechtssicherheit und der Grundsatz der Rechtsgleichheit einer Praxisänderung nicht entgegen.<sup>314</sup>
- 137 Im Zusammenhang mit der Problematik der rechtswidrig durch Privatpersonen beschafften Beweismittel hat sich nunmehr eine gefestigte Gerichtspraxis entwickelt, die ähnlich der zivilprozessualen Gesetzesvorschrift das Vorgehen zur Prüfung der Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweismittel vorgibt.<sup>315</sup> Durch die gleiche Handhabung entsprechender Fälle über Jahre hinweg<sup>316</sup> ist der Praxis in diesem Bereich erhebliche präjudizielle Wirkung zuzuerkennen. Entsprechend darf davon ausgegangen werden, dass an dieser Praxis festgehalten wird und Fälle rechtswidriger Beweisbeschaffungen auch in der Zukunft anhand der von der Rechtsprechung erarbeiteten Vorgaben bemessen werden. Eine Praxisänderung dürfte in diesem Bereich im Sinne der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit nur zulässig sein, wenn gewichtige sachliche Gründe dafürsprechen.

---

<sup>310</sup> FORSTMOSER / VOGT, § 16 Rz. 7; HASENBÖHLER, Richter, 99, 112.

<sup>311</sup> BGE 135 III 66, E. 10; vgl. auch BGE 133 III 335, E. 2.3; BGE 135 II 78, E. 3.2; BGE 136 III 6, E. 3; BGE 127 II 289, E. 3a.

<sup>312</sup> BGER, 21.05.2003, 2A.573/2002, E. 3.2.

<sup>313</sup> BGER, 21.05.2003, 2A.573/2002, E. 3.2.

<sup>314</sup> REICH / UTTINGER, ZSR 2010 I, 163, 164 f., 168 f.

<sup>315</sup> Vgl. Rz. 130.

<sup>316</sup> So schon BGE 109 Ia 244 (= Pra 1983, Nr. 275) und in jüngster Zeit z.B. BGER, 25.01.2017, 6B\_667/2016, E. 1.2.



## IV Anwendung

### 1 Im Allgemeinen

Über die Verwertbarkeit von rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffter Beweise ist grundsätzlich erst im gerichtlichen Hauptverfahren und nicht schon im Untersuchungsverfahren zu entscheiden.<sup>317</sup> Dabei ist die Rechtswidrigkeit der Beweisbeschaffung von Amtes wegen zu berücksichtigen.<sup>318</sup> Besondere Relevanz hat dies im Zusammenhang mit den die beschuldigte Person belastenden Beweisen.

In analogen Fällen der rechtswidrigen Beweiserlangung durch die Strafbehörden wurde zum Teil argumentiert, dass eine beschuldigte Person den Schutz durch ein Beweisverbot im Falle, dass sie einen Verfahrensfehler nicht rechtzeitig rügen würde, verwirken könne.<sup>319</sup> Dies wird von der Lehre – meines Erachtens zu Recht – als problematisch beurteilt.<sup>320</sup> Zunächst lässt

<sup>317</sup> BGE 141 IV 87, E. 1.3.1; BGer, 27.02.2017, 1B\_405/2016, E. 2.1; BGer, 05.10.2017, 1B\_266/2017, E. 2.2; GVP SG 2014, Nr. 72, E. 4b: «Die Frage nach einem allfälligen Beweisverwertungsverbot bildet in diesem Sinne unmittelbaren Bestandteil der gerichtlichen Beweismittelwürdigung.» Vgl. in diesem Zusammenhang die zahlreiche Rechtsprechung bezüglich der Anfechtung der Verwertung von rechtswidrig beschafften beziehungsweise erhobenen Beweismitteln. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt es grundsätzlich keinen nicht wiedergutmachenden Nachteil dar, wenn ein Beweismittel, dessen Verwertbarkeit der Beschwerdeführer bestreitet, in den Akten verbleibt, da er seinen Einwand bis zum Abschluss des Verfahrens wiederholen kann. So z.B. BGer, 23.05.2016, 1B\_48/2016, E. 1.2; BGer, 30.03.2016, 1B\_76/2016, E. 1.1; BGer, 21.05.2014, 1B\_124/2014, E. 1.2.2, mit Bemerkungen BEYDOUN, AJP 2014, 1260, 1262 ff.; BGer, 05.06.2013, 1B\_2/2013, E. 1.2; BGer, 12.02.2013, 1B\_17/2013, E. 1.2; BGer, 12.12.2011, 1B\_584/2011, E. 3.2. Ein nicht wiedergutmachender Nachteil wurde allerdings in BGer, 14.02.2014, 1B\_445/2014, E. 1.2, mit der Begründung bejaht, dass es auch einem erfahrenen Strafrichter kaum zuzutrauen ist, eine formell nicht verwertbare Einvernahme des Beschuldigten, in der er sexuelle Übergriffe auf ein viereinhalbjähriges Kind zugibt, bei der Beweismittelwürdigung nicht unterschwellig zu berücksichtigen. Zur Zuständigkeit bei Beweisverboten im Strafverfahren vgl. ausführlich GEISELHARDT, fp 2014, 300 ff.

<sup>318</sup> CHEN, fp 2012, 163, 165; BÜRGE, Anwaltsrevue 2017, 322; so auch OGer BE, 18.06.2012, BK 2012 62, E. 4.1.

<sup>319</sup> Vgl. BGer, 08.06.2010, 6B\_22/2010, E. 2.3.1; BGer, 26.11.2009, 6B\_841/2009, E. 4.2; BGer, 05.04.2011, 6B\_997/2010, E. 2.1 f., alle unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben.

<sup>320</sup> Vgl. z.B. CHEN, fp 2012, 163 ff.; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 18a. Vgl. in diesem Zusammenhang aber BSK / ENGLER, Art. 113 StPO N 7c: «Es ist nicht zulässig, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben der beschuldigten Person neue prozessuale Pflichten aufzuerlegen, die sie einerseits aufgrund des Gesetzes nicht hat

sich diese Praxis nicht mit dem im Strafverfahren geltenden Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit vereinbaren. Aus diesem Grundsatz fließt das Recht der beschuldigten Person, ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern.<sup>321</sup> Wird die beschuldigte Person dazu gezwungen, sich explizit auf die Unverwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweismittel zu berufen, wird sie letztlich zur Mitwirkung gezwungen, indem sie die Strafbehörden (frühzeitig) darauf aufmerksam machen muss, dass die rechtswidrig beschafften Beweise dem Urteil nicht zugrunde gelegt werden dürfen.<sup>322</sup>

- 140 Des Weiteren steht diese Praxis in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz des staatlichen Straf- und Justizmonopols.<sup>323</sup> «Der Staat führt als Repräsentant der Rechtsgemeinschaft den Prozess gegen den Beschuldigten.»<sup>324</sup> Als solches hat er sicherzustellen, dass die Urteile in einem rechtsstaatlichen, justizförmigen Verfahren ergehen.<sup>325</sup> Im Vorverfahren liegt die Verantwortung für die Justizförmigkeit des Verfahrens bei der Staatsanwaltschaft; nach Anklageerhebung beim Gericht.<sup>326</sup> Es kann nicht Aufgabe der beschuldigten Person oder ihrer Verteidigung sein, «die Rechtmässigkeit des Verfahrens zu überwachen» und im Falle einer unterlassenen Beanstandung die daraus folgenden Konsequenzen zu tragen.<sup>327</sup>

## 2 Anwendung auf belastende und entlastende Beweise

- 141 Die Problematik rund um die Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweismittel wird im Kontext des Strafverfahrens häufig aus einer einseitigen Perspektive untersucht. Es wird erläutert, unter welchen Voraussetzungen sich eine beschuldigte Person auf die Nichtverwertung eines sie belastenden Beweismittels berufen kann. Aber auch der umgekehrte Fall ist denkbar; die Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels, das

---

und die andererseits dem in der EMRK völkerrechtlich verankerten Nemo-tenetur-Prinzip widersprechen.»

<sup>321</sup> Vgl. Art. 113 Abs. 1 StPO; CHEN, fp 2012, 163 f.; zur Mitwirkungsberechtigung vgl. Rz. 65 ff.

<sup>322</sup> CHEN, fp 2012, 163, 164.

<sup>323</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 StPO; BSK / STRAUB / WELTERT, Art. 2 StPO N 1. In diesem Sinne wohl auch CHEN, fp 2012, 163, 164.

<sup>324</sup> BSK / STRAUB / WELTERT, Art. 2 StPO N 2.

<sup>325</sup> BSK / STRAUB / WELTERT, Art. 2 StPO N 4.

<sup>326</sup> Vgl. Art. 61 lit. a und b StPO; WOHLERS, fp 2010, 366.

<sup>327</sup> BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 18a; CHEN, fp 2012, 163, 164; WOHLERS, fp 2010, 366.

die beschuldigte Person entlastet, steht ebenso zur Diskussion.<sup>328</sup> Im Zusammenhang mit den rechtswidrig durch Strafbehörden erlangten Beweismitteln wurde die Entscheidung, ob Art. 141 StPO sowohl auf belastende wie auch auf entlastende Beweise anwendbar ist, explizit der Praxis überlassen.<sup>329</sup>

Im Strafverfahren gilt der Grundsatz: *In dubio pro reo* – im Zweifel für den Beschuldigten.<sup>330</sup> Basierend darauf ist in der strafprozessualen Lehre und Rechtsprechung die Meinung anzutreffen, entlastende Beweise seien zugunsten des Beschuldigten stets zu berücksichtigen, selbst wenn sie rechtswidrig beschafft worden sind.<sup>331</sup> Es wird als stossend erachtet, wenn eine potenziell zu Unrecht beschuldigte Person basierend auf einem rechtswidrig beschafften Beweismittel verurteilt würde. Demgegenüber wäre es weniger stossend, eine zu Recht beschuldigte Person freizusprechen.<sup>332</sup>

Dem muss entgegengehalten werden, dass auch im Strafverfahren kein Grundsatz der Wahrheitsfindung um jeden Preis gilt.<sup>333</sup> Zwar liegt die Wahrheitsfindung im Strafverfahren aufgrund der *erga omnes*-Wirkung des Strafverfahrens in besonderem Masse im öffentlichen Interesse,<sup>334</sup> allerdings entspricht es genauso einem öffentlichen Interesse, dass Urteile in einem rechtskonformen, fairen Verfahren ergehen. «Die Befolgung und Respektierung von Normen, vor allem auch solcher des Verfahrens, liegt im ureigensten Interesse des Staats. [...] Sie bildet eine wesentliche Vo-

<sup>328</sup> Zum Ganzen HÄRING, ZStrR 2009, 225, 234; zur Problematik, wenn ein Beweismittel zum Teil belastend und zum Teil entlastend ist: WOHLERS / BLÄSI, recht 2015, 158, 172.

<sup>329</sup> HÄRING, ZStrR 2009, 225, 235.

<sup>330</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 3 StPO.

<sup>331</sup> FORNITO, 311; BÉNÉDICT, 237 f.; HÄRING, ZStrR 2009, 225, 235; HAUSER / SCHWERI / HARTMANN, § 60 Rz. 13; BGer, 28.04.2006, 6P.54/2006, E. 3; BGer, 05.03.2001, 1A.303/2000, E. 2b.

<sup>332</sup> Vgl. OGer BE, 18.06.2012, BK 2012 62, E. 4.2, mit Verweis auf CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Intro. Art. 139–141 CPP N 19, die aber insofern eine Einschränkung vornehmen, als eine Verwertbarkeit dann nicht in Frage kommt, wenn dadurch die Interessen eines Mitangeschuldigten geschädigt würden. Vgl. auch TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 5; vgl. auch BGE 131 I 272, mit Anmerkungen WOHLERS, AJP 2006, 627, 629; KGer GR, 04.10.2016, SK I 15 4, E. 3b; DEMKO, FS Riklin, 351.

<sup>333</sup> Vgl. z.B. BSK / STRAUB / WELTERT, Art. 2 StPO N 12.

<sup>334</sup> Vgl. Rz. 27, 319.

raussetzung für die Legitimation des Urteils und damit u.a. auch für dessen general- und spezialpräventive Wirkung.»<sup>335</sup>

- 144 Es ist daher auch bei Beweisen, die die beschuldigte Person belasten, stets die von der Rechtsprechung angeordnete Interessenabwägung durchzuführen. Anhand der im Kapitel 5 der vorliegenden Dissertation erarbeiteten Kriterien wird die besondere Situation der beschuldigten Person entsprechend berücksichtigt.<sup>336</sup> Aufgrund der weitreichenden Konsequenzen einer strafrechtlichen Verurteilung dürfte auch im Rahmen einer Interessenabwägung das Interesse an der Verwertung eines Beweismittels die entgegenstehenden verletzten Interessen regelmässig überwiegen. Allerdings kann durch die Durchführung einer Interessenabwägung auch den entgegenstehenden Interessen angemessen Rechnung getragen werden.

### **3 Analoge Anwendung im Jugendstraßprozess, Militärstraßprozess und Verwaltungsstraßprozess**

- 145 Die erläuterte Gerichtspraxis wurde im Rahmen von Strafverfahren entwickelt, in denen sich die Frage nach der Verwertbarkeit von rechtswidrig durch Privatpersonen beschafften Beweise gestellt hat. Aufgrund der präjudiziellen Wirkung der entsprechenden Praxis wird sie in zukünftigen Strafverfahren Beachtung finden.<sup>337</sup> Strafprozesse dienen der Beurteilung und Verfolgung von Straftaten nach Bundesrecht.<sup>338</sup>
- 146 Demgegenüber erfolgt die Beurteilung und Verfolgung von Straftaten, die von Personen zwischen dem vollendeten 10. und dem vollendeten 18. Lebensjahr begangen wurden, im Jugendstraßprozess.<sup>339</sup> Die JStPO ist *lex specialis* zur StPO und enthält Bestimmungen, die von der StPO abweichen.<sup>340</sup> Enthält die JStPO keine explizite Regelung, gelangt subsidiär die StPO zur Anwendung,<sup>341</sup> wobei der Spezialität des Jugendstraßverfahrens

---

<sup>335</sup> So für die rechtswidrige Beweiserhebung durch die Strafbehörden explizit DONATSCH, fþ 2012, 235, 239; SUMMERS / STUDER, ZStrR 2016, 45, 72; vgl. auch Rz. 29.

<sup>336</sup> Vgl. Rz. 364.

<sup>337</sup> Vgl. Rz. 137.

<sup>338</sup> Abgeleitet aus Art. 1 Abs. 1 StPO. Zum persönlichen Geltungsbereich vgl. Art. 9 Abs. 2 StGB.

<sup>339</sup> Vgl. Art. 1 JStPO sowie Art. 4 JStG.

<sup>340</sup> BSK / HUG / SCHLÄFLI, Art. 1 JStPO N 5.

<sup>341</sup> Art. 3 Abs. 1 JStPO.

im Rahmen der Auslegung der Bestimmungen der StPO Rechnung zu tragen ist.<sup>342</sup>

Die JStPO enthält keine Sonderregelung im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit von Beweismitteln. Es gelangen daher analog die Bestimmungen der StPO zur Anwendung.<sup>343</sup> Zum Umgang mit rechtswidrig von Privatpersonen beschafften Beweismitteln enthält auch die StPO keine explizite gesetzliche Bestimmung.<sup>344</sup> Da aber für den Erwachsenenstrafprozess eine gefestigte Rechtsprechung existiert, ist es naheliegend, die Problematik im Jugendstrafprozess analog zu beurteilen und sich nach den bestehenden Präjudizien zu richten.

Entsprechendes gilt für den Militärstrafprozess. Obwohl der Gesetzgeber ursprünglich wohl intendierte, die Strafprozessordnung auch für den Militärstrafprozess zur Anwendung gelangen zu lassen, ist bis heute das Bundesgesetz über den Militärstrafprozess in Kraft, welches als eigenständiges Bundesgesetz neben der StPO gilt.<sup>345</sup> Das MStP enthält keine gesonderte Bestimmung zum Umgang mit rechtswidrig beschafften Beweismitteln.<sup>346</sup> Fälle rechtswidriger Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen sollten sinnvollerweise auch im Militärstrafprozess analog der Praxis zum Strafprozess beurteilt werden.<sup>347</sup>

Schliesslich bestehen auch für den Verwaltungsstrafprozess im VStrR gesonderte prozessuale Bestimmungen.<sup>348</sup> Sie gelangen eigenständig und grundsätzlich unabhängig von der StPO zur Anwendung. Dies steht einer analogen Anwendung der strafprozessualen Praxis zu den rechtswidrig von

<sup>342</sup> Art. 3 Abs. 3 JStPO und Art. 4 JStPO.

<sup>343</sup> OGer ZH, 01.02.2017, UH160330, E. 1.4.

<sup>344</sup> Vgl. Rz. 121.

<sup>345</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 StPO; BSK / STRAUB / WELTERT, Art. 1 StPO N 8; FLACHSMANN / ISENRING, Liber amicorum Donatsch, 289, 290, 296. Vgl. dazu auch das von der Expertenkommission ausgearbeitete Konzept einer eidgenössischen StPO mit dem Titel «Aus 29 mach 1», welches schliesslich in der Form von «Aus 29 mach 3» umgesetzt wurde.

<sup>346</sup> FLACHSMANN / ISENRING, Liber amicorum Donatsch, 289, 290 f.

<sup>347</sup> Vgl. dazu auch FLACHSMANN / ISENRING, Liber amicorum Donatsch, 289, 296 f., die im Zusammenhang mit den kodifizierten Beweisverwertungsverbieten festhalten, dass der Gesetzgeber ohnehin eine Vereinheitlichung der Regeln des Strafprozessrechts angestrebt habe. Unterschiedliche Regelungen entsprächen daher weder den Intentionen des Gesetzgebers noch wären sie sinnvoll. Selbst vor dem Hintergrund der Besonderheiten des Militärstrafprozesses seien weder sachliche noch einleuchtende Gründe für eine Ungleichbehandlung ersichtlich.

<sup>348</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 StPO; BSK / STRAUB / WELTERT, Art. 1 StPO N 8.

Privatpersonen beschafften Beweismitteln grundsätzlich nicht entgegen, zumal das VStrR diese Problematik ebenfalls nicht spezifisch adressiert.

### **§ 3      Komparable Regelungen im Zivil- und Strafverfahren**

- 150 Art. 152 Abs. 2 ZPO und den erwähnten strafprozessualen Präjudizien liegt der gleiche Tatbestand zugrunde: rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffte Beweismittel.
- 151 Gemäss der zivilprozessualen Regelung ist eine Verwertung nur dann denkbar, wenn im Rahmen der Interessenabwägung das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.<sup>349</sup> Gemäss der strafprozessualen Gerichtspraxis ist eine Verwertung nur denkbar, wenn sie von den Strafbehörden auf rechtmässigem Weg hätten erlangt werden können und auch eine Interessenabwägung für die Verwertbarkeit spricht.<sup>350</sup>
- 152 Bis auf das Kriterium der hypothetisch rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung, das im Übrigen meines Erachtens ohnehin keine Daseinsberechtigung hat,<sup>351</sup> werden die Fälle rechtswidriger Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen im Zivil- und Strafverfahren analog beurteilt.<sup>352</sup> Die Entscheidung über die Verwertbarkeit wird in beiden Verfahren anhand einer Interessenabwägung gefällt, wobei auf der einen Seite das Interesse an der Wahrheitsfindung in Abwägung zu bringen ist. Zudem ist in beiden Verfahren von der grundsätzlichen Unverwertbarkeit auszugehen. Die Verwertung ist nur in Ausnahmefällen zulässig.
- 153 Aufgrund der Komparabilität der Regelungen im Zivil- und Strafverfahren werden diese nachfolgend gemeinsam analysiert. Wo sich Unterschiede ergeben und eine separate Analyse erforderlich ist, wird dies explizit ausgewiesen.

---

<sup>349</sup> Vgl. Rz. 90 ff.

<sup>350</sup> Vgl. Rz. 130 f.

<sup>351</sup> Vgl. Rz. 308 ff.

<sup>352</sup> A.A. unter Geltung der kantonalen Prozessordnungen SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 152.

## § 4 Zusammenfassung

Im Rahmen der Analyse in Kapitel 2 der vorliegenden Dissertation wurde festgestellt, dass in Zivil- und Strafprozessen gleichermaßen Raum für rechtswidrige Beschaffungshandlungen durch Privatpersonen besteht und diese Problematik in beiden Verfahren präsent ist. 154

Der Gesetzgeber hat zur Handhabung solcher Fälle in den beiden Verfahren ein unterschiedliches Vorgehen gewählt: Während er im Zivilverfahren mit Art. 152 Abs. 2 ZPO eine explizite gesetzliche Bestimmung geschaffen hat,<sup>353</sup> hat er die Behandlung analoger Fälle im Strafverfahren der Praxis überlassen.<sup>354</sup> 155

Art. 152 Abs. 2 ZPO gelangt als integraler Bestandteil der ZPO in zivilprozessualen Verfahren gemäss Art. 1 ZPO grundsätzlich zur Anwendung.<sup>355</sup> Keine Anwendung findet Art. 152 Abs. 2 ZPO im Schiedsverfahren, da sich dieses nicht – auch nicht subsidiär – nach den Bestimmungen des staatlichen Prozessrechts richtet.<sup>356</sup> Analog kann die Bestimmung zudem im Adhäsionsverfahren und im Bundeszivilprozess zur Anwendung gelangen.<sup>357</sup> 156

Dem Grundsatz nach muss sich jene Partei auf die Rechtswidrigkeit einer Beweisbeschaffungshandlung berufen, die ein Interesse an der Nichtverwertung des Beweismittels hat. Denn es kann nicht vom Gericht verlangt werden, ohne entsprechende Parteihinweise die Rechtmässigkeit der einzelnen Beschaffungshandlungen zu prüfen.<sup>358</sup> Besteht die Vermutung, dass ein Beweismittel rechtswidrig beschafft wurde, können die Parteien bei Geltung der Verhandlungsmaxime darauf verzichten, sich auf die rechtswidrige Beschaffung zu berufen. Diesfalls gelangt Art. 152 Abs 2 ZPO nicht zur Anwendung.<sup>359</sup> Bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime liegt dies aufgrund der bestehenden öffentlichen Interessen nicht in der Disposition der Parteien. Liegen Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Beschaffung vor, muss dies vom Gericht untersucht werden. 157

---

<sup>353</sup> Vgl. Rz. 90 ff.

<sup>354</sup> Vgl. Rz. 129 ff.

<sup>355</sup> Vgl. Rz. 98 f.

<sup>356</sup> Vgl. Rz. 100 ff. Eine Ausnahme gilt, wenn die Parteien die Anwendbarkeit von Art. 152 Abs. 2 ZPO explizit vereinbaren oder das Schiedsverfahren insgesamt den zivilprozessualen Bestimmungen unterstellen.

<sup>357</sup> Vgl. Rz. 103 ff., 107 f.

<sup>358</sup> Vgl. Rz. 109.

<sup>359</sup> Vgl. Rz. 116.

Bestätigt sich der Verdacht der rechtswidrigen Beschaffung, muss zwingend eine Interessenabwägung durchgeführt werden.<sup>360</sup> Bei der gemilderten Verhandlungsmaxime und der eingeschränkten Untersuchungsmaxime muss eine Entscheidung im Einzelfall erfolgen, ob die öffentlichen Interessen oder die private Dispositionsbefugnis als vorrangig betrachtet werden.<sup>361</sup>

- 158 Im Strafprozess werden Fälle rechtswidriger Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen anhand der geltenden Präjudizien beurteilt.<sup>362</sup> Präjudizien haben zwar keinen tatsächlichen Rechtsquellencharakter, in der Praxis wird ihnen aber weitgehend normative Wirkung zuerkannt. An einer ständigen Praxis wird grundsätzlich festgehalten. Je länger eine Praxis für zutreffend erkannt und angewandt worden ist, umso gewichtigere Gründe müssen für eine Praxisänderung sprechen. Die Praxis im vorliegenden Problembereich darf als gefestigt gelten. Entsprechend kann der Praxis erhebliche präjudizielle Wirkung eingeräumt werden.<sup>363</sup>
- 159 Bei Vorliegen rechtswidrig von Privatpersonen beschaffter Beweismittel ist über deren Verwertbarkeit grundsätzlich erst im gerichtlichen Hauptverfahren zu befinden. Dabei ist die Rechtswidrigkeit der Beschaffungshandlung von Amtes wegen zu berücksichtigen. Eine andere Interpretation würde im Widerspruch zu den Grundsätzen der Selbstbelastungsfreiheit und des staatlichen Justiz- und Gewaltmonopols stehen.<sup>364</sup> Die Praxis ist auf be- und entlastende Beweise gleichermaßen anwendbar. Dem Wertungswiderspruch bei entlastenden Beweisen kann im Rahmen der Interessenabwägung angemessene Rechnung getragen werden.<sup>365</sup> Die vorliegend interessierende Praxis hat sich unter dem Erwachsenenstraßprozess entwickelt. Eine analoge Anwendung im Jugendstraßprozess, im Militärstraßprozess und im Verwaltungsstraßprozess ist grundsätzlich denkbar.<sup>366</sup>
- 160 Die Regelungen im Zivil- und Strafverfahren sind komparabel. In beiden Verfahren wird von der grundsätzlichen Unverwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweise ausgegangen, wobei allerdings eine Interessenabwägung im Einzelfall die Verwertung eines rechtswidrig beschafften Beweismittels

---

<sup>360</sup> Vgl. Rz. 117.

<sup>361</sup> Vgl. Rz. 118.

<sup>362</sup> Vgl. Rz. 129 ff.

<sup>363</sup> Vgl. Rz. 132 ff.

<sup>364</sup> Vgl. Rz. 138 ff.

<sup>365</sup> Vgl. Rz. 141 ff.

<sup>366</sup> Vgl. Rz. 145 ff.



legitimieren kann. Dies in beiden Verfahren dann, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.<sup>367</sup>

---

<sup>367</sup> Vgl. Rz. 150 ff.



## **4. Kapitel:**

# **Rechtswidrige Beweisbeschaffung durch Privatpersonen**

Im vorangehenden Kapitel wurden die rechtlichen Grundlagen im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Beweisbeschaffung durch Privatpersonen analysiert. Unabhängig davon, dass sich der Gesetzgeber im Zivil- und Strafverfahren für einen unterschiedlichen Regelungsmechanismus entschieden hat, ist der Ausgangspunkt in beiden Verfahren die rechtswidrige Beschaffung von Beweismitteln durch Privatpersonen. 161

Das vorliegende Kapitel setzt sich vertieft mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen, konkret mit der Beschaffungshandlung, dem Objekt und Subjekt der Beschaffungshandlung sowie mit der Rechtswidrigkeitsqualifikation auseinander. Dadurch wird das der gesetzlichen Bestimmung im Zivilverfahren und der Gerichtspraxis im Strafverfahren zugrunde liegende tatbestandsseitige Verhalten konkretisiert. 162



---

## § 1 Handlungen von Privatpersonen zur Beschaffung von Beweisen

### I Beschaffungshandlung

#### 1 Terminologie

In Literatur und Rechtsprechung ist zum Teil von rechtswidrig beschafften,<sup>368</sup> von rechtswidrig erlangten<sup>369</sup> und von rechtswidrig erhobenen<sup>370</sup> Beweismitteln die Rede. Sämtliche Termini umschreiben auf den ersten Blick denselben Tatbestand, nämlich das Zugänglichmachen von Beweisen, die sich nicht im Herrschaftsbereich der beweisführenden Partei befinden. Auch wenn die Begriffe eine synonyme Bedeutung haben, lassen sich Unterschiede in der Verwendung der Begriffe beobachten.

Das Prädikat «beschaffen» wird vordergründig im Kontext des Zivilverfahrens verwendet, wenn Beweise von einer Privatperson zugänglich gemacht werden.<sup>371</sup> Im Strafverfahren findet in diesem Zusammenhang vor allem das Prädikat «erlangen» Verwendung.<sup>372</sup> In Abgrenzung dazu werden Beweisbeschaffungen durch staatliche Behörden als Beweiserhebungen bezeichnet.<sup>373</sup>

Wie erwähnt, handelt es sich dabei lediglich um Beobachtungen und nicht um juristisch exakt definierte Begriffsverwendungen. So werden zum Teil auch Beweisbeschaffungen durch Private als Beweiserhebungen bezeichnet.<sup>374</sup> Aus der Begriffsverwendung allein lassen sich keine konkreten und weitergehenden Schlüsse ziehen. Entsprechend des Fokus der vorliegenden Dissertation wird die Verwendung des Begriffs der «Beweiserhebung» vermieden beziehungsweise nur im Zusammenhang mit den Handlungen der staatlichen Behörden verwendet.

---

<sup>368</sup> Vgl. BGE 96 I 437, E. 3.

<sup>369</sup> Vgl. z.B. RÜEDI, Rz. 1.

<sup>370</sup> Vgl. z.B. VEST / HÖHENER, ZStrR 2009, 95, 96.

<sup>371</sup> Vgl. Art 152 Abs. 2 ZPO: «Rechtswidrig beschaffte Beweismittel [...]»; SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 592.

<sup>372</sup> Vgl. Art. 150 VE StPO: «Beweise, die von Privaten [...] erlangt wurden [...]»; vgl. auch BGE, 17.01.2017, 6B\_1310/2015, E. 4.2.

<sup>373</sup> Vgl. z.B. Art. 141 Abs. 1 StPO: «Beweise, die [...] erhoben wurden [...]» Entsprechend auch Abs. 2: «Beweise, die Strafbehörden [...] erhoben haben [...]»

<sup>374</sup> Vgl. die Marginalie von Art. 150 VE StPO: «Von Privaten erhobene Beweise», wobei im eigentlichen Gesetzestext dann aber das Prädikat «erlangen» Verwendung findet.

## 2 Definition

### a) Aktive Handlung

- 166 Als Synonyme für das Prädikat «beschaffen» gelten gemäss Duden unter anderem die Prädikate «beibringen», «herbeischaffen», «auftreiben», «zusammenkratzen» etc.<sup>375</sup> Den genannten Verben ist gemein, dass sie allesamt aktive Handlungen umschreiben und nach einem Objekt verlangen.
- 167 Damit ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass das Verb «beschaffen» im Kontext der rechtswidrigen Beweisbeschaffung eine aktive – und dies dürfte auf der Hand liegen – menschliche Handlung darstellt. Eine Beschaffung durch Unterlassung ist nicht denkbar, da es diesfalls am begriffsnotwendigen aktiven Tun fehlen würde.<sup>376</sup>

### b) Vom Willen beherrschbares, sozialerhebliches Verhalten

- 168 Im juristischen Sprachgebrauch wurde dem Begriff der «Beschaffung» bis anhin wenig Beachtung geschenkt.<sup>377</sup> Soweit ersichtlich, hat sich einzig RÜEDI eingehender mit diesem Terminus auseinandergesetzt. Seine Meinung wurde in der Lehre weitgehend rezipiert. Er hat zur Definition des Begriffs auf die im Strafrecht verwurzelte finale Handlungslehre zurückgegriffen.<sup>378</sup>
- 169 Gemäss der finalen Handlungslehre ist eine Handlung «ein bewusst vom Ziel her gelenktes Wirken».<sup>379</sup> Qualifizierendes Merkmal der finalen Handlungslehre ist, dass die menschliche Handlung auf einen bestimmten Zweck ausgerichtet ist: «Die Finalität oder Zweckhaftigkeit der Handlung beruht

---

<sup>375</sup> Duden VIII, 199 f.

<sup>376</sup> BGer, 25.01.2017, 6B\_667/2016, E. 1.2, verneinte eine rechtswidrige Beweisbeschaffung in einem Fall, in welchem ein Gemeindepräsident über seinen Anwalt zwei Schreiben wegen ehrverletzender Äusserungen an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet hat. Es würde an der notwendigen Beschaffungshandlung fehlen, da dem Gemeindepräsidenten die Schreiben ohne eine aktive Handlung seinerseits zugekommen seien. Vgl. auch die Unterscheidung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten im Strafrecht, dazu KILLIAS / KUHN / DONGOIS / AEBI, Rz. 222 f.; TRECHSEL / NOLL / PIETH, 75.

<sup>377</sup> Dies obwohl der Begriff nicht nur im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Beweisbeschaffung Verwendung findet. Vgl. z.B. Art. 95 ZPO, der von der Beschaffung von Personendaten spricht oder auch Art. 77 StPO, in dem von beschafften Akten und anderen Beweisstücken die Rede ist. Seine Bedeutung wird aber offenbar weitgehend als selbsterklärend vorausgesetzt (vgl. RÜEDI, Rz. 224).

<sup>378</sup> RÜEDI, Rz. 228; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 74; OFK / SCHMID R., Art. 152 ZPO N 21.

<sup>379</sup> DONATSCH / TAG, 95.

darauf, dass der Mensch auf Grund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmtem Umfange voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann.»<sup>380</sup>

Übertragen auf den Kontext der Beweisbeschaffung bedeutet dies, dass eine Beschaffungshandlung dann vorliegt, wenn eine aktive Handlung kausal dafür ist, dass ein Beweismittel im Prozess berücksichtigt werden kann und diese Handlung darüber hinaus explizit dazu dient, diesen Erfolg herbeizuführen.<sup>381</sup> Als kausal gilt jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der entsprechende Erfolg entfiele.<sup>382</sup> 170

Dies soll anhand des folgenden Beispiels veranschaulicht werden: Eine Beweisbeschaffungshandlung liegt vor, wenn eine Urkunde entwendet wird und diese in einem Zivil- oder Strafverfahren als Beweismittel verwendet wird. Das Entwenden der Urkunde stellt eine aktive menschliche Handlung dar und ist kausal dafür, dass die Urkunde als Beweismittel Eingang in den Prozess findet. Ohne die Entwendung würde die Urkunde im Prozess nicht als Beweismittel zur Verfügung stehen. Die Entwendung kann mithin nicht hinweggedacht werden, ohne dass auch der entsprechende Erfolg entfiele. Schliesslich wurde durch die Entwendung explizit bezweckt, die Urkunde als Beweismittel für den entsprechenden Prozess zu beschaffen.<sup>383</sup> 171

Ich stimme dahingehend mit RÜEDI überein, dass sich die meisten Fälle (rechtswidriger) Beschaffungshandlungen nach der finalen Handlungslehre definieren lassen. Die finale Handlungslehre stösst allerdings dort an ihre 172

---

<sup>380</sup> TRECHSEL / NOLL / PIETH, 77; WESSELS / BEULKE / SATZGER, Rz. 131; RÜEDI, Rz. 226. Ähnlich schon STRATENWERTH, ZStrR 1963, 233, 244: «Handeln heisst einen Entschluss in die Tat umsetzen.» BOSSHARD, 14 f., bezeichnet dies auch als «sehende Finalität» des Menschen und stellt diese der «blinden Kausalität» von Naturgeschehen gegenüber. In Abgrenzung dazu ist eine Handlung gemäss der kausalen Handlungslehre ein menschliches Verhalten, welches in der Aussenwelt in Erscheinung tritt und durch den Willen gesteuert wird. Im Unterschied zur finalen Handlungslehre ist der Wille aber nicht auf einen bestimmten Erfolg ausgerichtet.

<sup>381</sup> RÜEDI, Rz. 228; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 74; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / HASENBÖHLER, Art. 152 ZPO N 35.

<sup>382</sup> Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 75; OFK / SCHMID R., Art. 152 ZPO N 21; RÜEDI, Rz. 228 f.; KODEK, 19 Fn. 27.

<sup>383</sup> Vgl. ZR 1995, Nr. 36, E. c. Keine rechtswidrige Entwendung einer Urkunde lag in einem Fall vor, in welchem der Ehemann den Lebenslauf der Ehefrau auf dem Spiegeltisch vorgefunden hat. Das Bundesgericht argumentierte, es läge diesfalls kein Gewahrsamsbruch vor (vgl. BGer, 17.02.2000, 5P.308/1999, E. 4b). Der Tatbestand des Diebstahls ist beim Entwenden im Hinblick auf einen Prozess nicht erfüllt, da es am vermögensrechtlichen Vorteil mangelt (vgl. CHAPPUIS, 107, 113).

Grenzen, wo eine Handlung erst nachträglich zur Beschaffungshandlung wird.

- 173 Dies lässt sich beispielhaft anhand des folgenden Falles illustrieren, der einem Bundesgerichtsentscheid zugrunde lag: Der Beifahrer von X, Y, tätigte während einer Fahrt mit X mit seiner Kamera verschiedene Filmaufnahmen. Aus den Aufnahmen war ersichtlich, dass X die Verkehrsregeln mehrfach grob und einfach verletzte. Die Kamera von Y ging auf einem Volksfest verloren, wurde aufgefunden und der Polizei übergeben. Die Polizei wertet die Aufnahmen der Kamera aus, um den Eigentümer aufzufinden. Die Aufnahmen führten in der Folge zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen X und wurden als Beweismittel ins Verfahren eingeführt.<sup>384</sup> Gemäss der finalen Handlungslehre wäre das Erstellen des Films demnach nicht als Beschaffungshandlung zu qualifizieren. Diese Definition greift offensichtlich zu kurz, denn es kann nicht negiert werden, dass durch das Erstellen der Filmaufnahme ein Beweismittel erlangt wurde, welches in der Folge ins Verfahren eingebracht werden konnte.
- 174 Um diese und ähnliche Fälle abdecken zu können, ist die Beschaffungshandlung meines Erachtens in Anlehnung an die soziale Handlungslehre zu definieren. Gemäss der sozialen Handlungslehre ist eine Handlung «das vom menschlichen Willen beherrschte oder beherrschbare sozialerhebliche Verhalten».<sup>385</sup> Als sozialerheblich gilt ein Verhalten, wenn es die Beziehungen des Einzelnen zu seiner Umwelt betrifft.<sup>386</sup>
- 175 Die ursprüngliche Handlung im oben genannten Beispiel, das Erstellen der Filmaufnahme, war zweifellos ein sozialerhebliches Verhalten. Ebenso war dieses Verhalten vom Willen von Y getragen und war kausal dafür, dass das Beweismittel Eingang in den Prozess finden konnte. Dass durch dieses Verhalten ursprünglich nicht bezweckt wurde, einen Beweis für einen Prozess zu beschaffen, ist unerheblich. Im Unterschied zur finalen Handlungslehre schliesst dies die Qualifikation als Beschaffungshandlung nicht aus.
- 176 Da eine Beschaffungshandlung demnach unabhängig vom Willen, Beweismittel für einen Prozess zu beschaffen, vorgenommen werden kann, können sämtliche Handlungen von Privatpersonen als Beschaffungshandlungen qualifiziert werden. Dies insbesondere auch dann, wenn sie unabhängig von einem allfälligen Verfahren getätigt wurden und der Zweck der Handlung ursprünglich nicht darauf ausgerichtet war, Beweise für einen

---

<sup>384</sup> BGE 137 I 218, E. 2.1.

<sup>385</sup> WESSELS / BEULKE / SATZGER, Rz. 136.

<sup>386</sup> WESSELS / BEULKE / SATZGER, Rz. 136.



Prozess zu sichern.<sup>387</sup> Ausschlaggebend ist lediglich, dass mit einem bestimmten Verhalten eine kausale Ursache dafür gesetzt wird, dass ein Beweismittel in einem Prozess verwendet werden kann. Die entsprechende Handlung qualifiziert sich diesfalls nachträglich, sobald der Beweis ins Verfahren eingeführt wird, als Beschaffungshandlung. Somit ist Letztere als das Zusammenwirken der eigentlichen Beschaffungshandlung und der Einführung in ein Verfahren zu qualifizieren. Ersteres kann auch von einer anderen Person, die gar urteilsunfähig sein könnte, umgesetzt werden, so dass diese Handlung unter Umständen als nicht sozialerheblich zu bezeichnen wäre. Dies wird sie aber spätestens in dem Moment, in dem der Beweis von einer notwendigerweise urteilsfähigen Person ins Verfahren eingeführt wird.<sup>388</sup>

### 3 Beschaffung existenter und Herstellung nicht existenter Beweise

Beweisbeschaffungshandlungen liegen unabhängig davon vor, ob eine Privatperson bereits existente Beweise beschafft oder ob sie noch nicht existente Beweise herstellt.<sup>389</sup> In beiden Fällen liegt ein aktives menschliches Verhalten vor, welches sozialerheblich und vom Willen getragen ist und letztendlich dazu führt, dass Beweismittel Eingang in den Prozess finden.<sup>390</sup> 177

Beispielhaft für die Beschaffung eines bereits existenten Beweismittels sind die Handlungen einer Ehefrau, die in die Wohnung ihres Ehemannes eingedrungen ist, Unterlagen mitgenommen, kopiert und nach Anfertigung der Kopien wieder zurückgelegt hat, um dem Gericht die wahre Vermögenslage des Ehemannes darzustellen.<sup>391</sup> Bei den Unterlagen zur Vermögenssituation des Ehemannes handelt es sich um Urkunden, welche von der Ehefrau im Hinblick auf das laufende Scheidungsverfahren beschafft wurden. Demgegenüber hat die Tochter eines Beschwerdeführers ein Beweismittel her- 178

<sup>387</sup> So auch explizit OGer BE, 18.06.2012, BK 2012 62, in dem der Beschuldigte Aufnahmen nicht zwecks der Verwendung im Verfahren angefertigt hat, was als unerheblich qualifiziert wurde. Fraglich war nur, ob die Ehefrau ihre Zustimmung zu den Aufnahmen erteilt hatte oder ob sie rechtswidrig angefertigt worden waren.

<sup>388</sup> Vgl. dazu auch Rz. 205.

<sup>389</sup> GODENZI, 170; MACHT, 322.

<sup>390</sup> Vgl. Rz. 176.

<sup>391</sup> ZR 1995, Nr. 36, E. c (= SJZ 1996, 360 ff.).

gestellt, als sie mittels Mobiltelefon eine Bild- und Tonaufnahme über die Streitigkeiten ihres Vaters mit dessen Nachbarn erstellt hat.<sup>392</sup>

## II Beweismittel als Objekte der Beschaffungshandlung

### 1 Definition

- 179 Auch wenn die Beschaffungshandlung nicht notwendigerweise darauf ausgerichtet sein muss, führt sie im vorliegenden Kontext dazu, dass ein Beweismittel<sup>393</sup> Eingang in ein Zivil- oder Strafverfahren findet.<sup>394</sup>
- 180 Als Beweismittel bezeichnet man «sinnliche Wahrnehmungsobjekte», anhand derer Rückschlüsse auf Tatsachen gezogen werden können, die in der Vergangenheit vorlagen oder sich damals abgespielt haben.<sup>395</sup> Insofern ermöglichen Beweise, den Sachverhalt, der sich in der Vergangenheit abgespielt hat, in der Gegenwart zu rekonstruieren.<sup>396</sup>
- 181 Gefälschte Beweismittel, beispielsweise eine gefälschte Urkunde oder eine Falschaussage, vermögen nicht abzubilden, was in der Vergangenheit vorgefallen ist, beziehungsweise lassen keine zuverlässigen Rückschlüsse auf den historischen Sachverhalt zu, allerdings ist der Beweiswert eines Be-

---

<sup>392</sup> Vgl. BGer, 10.12.2013, 6B\_946/2013, E. 1.1; ähnlich auch BGer, 28.05.2013, 1B\_28/2013.

<sup>393</sup> Gemäss GÖTTING, 275 und DUBOIS, 8, ist der Begriff «Beweismittel» im Kontext der (rechtswidrigen) Beweisbeschaffung ungenau. Um ein Beweismittel im eigentlichen Sinne handle es sich erst, wenn dieses durch die gerichtlichen Behörden zur Kenntnis genommen worden ist. Dies ist aber bei rechtswidrig beschafften Beweismitteln nicht ohne Weiteres der Fall. Die Partei offeriert Beweismittel, was aber noch nicht heisst, dass das Gericht diese letztlich auch dem Entscheid zugrunde legt. Sie würden es daher bevorzugen, von der «Beschaffung des beweistauglichen Materials» zu sprechen. Obwohl dieser Argumentation im Kern zuzustimmen ist, ist nicht davon auszugehen, dass durch die Verwendung des Begriffs «Beweismittel» Unklarheiten entstehen. In der vorliegenden Dissertation wird daher herkömmlicherweise auf den Begriff des «Beweismittels» oder des «Beweises» abgestellt.

<sup>394</sup> Vgl. Rz. 176.

<sup>395</sup> GOLDSCHMIDT, 434 ff.; so auch BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 13; vgl. auch PIETH, Beweisantrag, 6: Der Beweis ist «das Vehikel, das von vergangener Wirklichkeit zum entscheidungsbereiten Sachverhalt führt». Vgl. auch STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 85: «Beweismittel sind die von der Rechtsordnung anerkannten [...] Instrumente, um den Beweiserfolg herbeizuführen, d.h. das Gericht von der Existenz einer behaupteten Tatsache zu überzeugen.»

<sup>396</sup> WEICHBRODT, 14 ff.; KRAATZ, 1; vgl. auch Rz. 32.

weismittels im Rahmen der Beweiswürdigung zu beurteilen.<sup>397</sup> Im vorliegenden Zusammenhang relevant ist, dass es sich bei gefälschten Beweismitteln nicht um Anwendungsfälle der rechtswidrigen Beschaffung handelt, über deren Verwertbarkeit im Rahmen einer Interessenabwägung zu befinden wäre.

Die Vorgaben, welche Beweismittel im entsprechenden Verfahren unabhängig von der rechtswidrigen Beschaffung zulässig sind, divergieren im Zivil- und Strafverfahren. 182

## 2 Vorgaben im Zivilverfahren

Im Zivilverfahren hat jede Partei das Recht, «dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt». <sup>398</sup> 183  
Somit sind drei Voraussetzungen massgebend, die nachfolgend erläutert werden.

### a) Formgerechtigkeit

Im Zivilverfahren sind nur Beweise zulässig, die der von der ZPO vorgesehenen Form für das jeweilige Verfahren entsprechen. <sup>399</sup> 184  
Für zivilrechtliche Verfahren gilt grundsätzlich ein Numerus clausus der zulässigen Beweismittel. <sup>400</sup> Anerkannt sind folgende: Zeugnis, <sup>401</sup> Urkunde, <sup>402</sup> Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft sowie Parteibefragung und Beweisaussage. <sup>403</sup>

Die Rigidität des Numerus clausus wird dadurch gemildert, dass die einzelnen Beweismittel in der Praxis einen weiten Anwendungskreis haben. <sup>404</sup> 185  
Es können praktisch sämtliche denkbaren Beweise darunter subsumiert wer-

---

<sup>397</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch ZR 2004, Nr. 72, E. 4.3, zur Glaubwürdigkeit eines Zeugenbeweises: Bestehen lediglich Zweifel an der Glaubwürdigkeit einer Person beziehungsweise an deren Aussagen, muss der Beweiswert ihrer Aussagen im Rahmen der Beweiswürdigung beurteilt werden. Vgl. auch Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 139 StPO N 13.

<sup>398</sup> Sogenanntes Recht auf Beweis, vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO.

<sup>399</sup> SPÜHLER, ZZZ 2004, 147.

<sup>400</sup> Vgl. z.B. SUTTER-SOMM, Rz. 790.

<sup>401</sup> Vgl. Rz. 200.

<sup>402</sup> Vgl. Rz. 197 ff.

<sup>403</sup> Vgl. Art. 168 ZPO.

<sup>404</sup> VOUILLOZ, AJP 2009, 830, 843.

den.<sup>405</sup> Dies kommt exemplarisch in Art. 177 ZPO zum Ausdruck, demgemäss Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen als Urkunden im Sinne von Art. 168 ZPO gelten. Unter dergleichen werden «alle neuen rationalen Informationsmittel und Datenträger [verstanden], mit denen Tatsachen für die menschlichen Sinnesorgane wahrnehmbar gemacht werden können und denen nach dem Stand von Wissenschaft und Technik Beweiseignung beigemessen wird».<sup>406</sup>

- 186 Eine Ausnahme vom Numerus clausus der zulässigen Beweismittel besteht bei der Beurteilung von Kinderbelangen in familienrechtlichen Verfahren. Dort gilt der Freibeweis aufgrund des hohen öffentlichen Interesses an einer möglichst umfassenden Klärung des Sachverhalts.<sup>407</sup> Entsprechend sind auch Beweismittel zulässig, die sich nicht in die in Art. 168 Abs. 1 ZPO genannten Kategorien einordnen lassen, beispielsweise lockere Unterhaltungen mit Kindern.<sup>408</sup> Eine weitere Ausnahmeregelung gelangt im Summaryverfahren zur Anwendung. Dort gilt insofern eine strengere Regelung, als der Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen ist. Andere Beweismittel sind nur unter eingeschränkten Bedingungen zulässig.<sup>409</sup>
- 187 Entsprechen Beweismittel nicht der für das jeweilige Verfahren gesetzlich vorgesehenen Form,<sup>410</sup> sind sie von der Beweisabnahme ausgeschlossen.<sup>411</sup> Die rechtswidrige Handlung, die zur Beschaffung des Beweismittels geführt hat, ist diesfalls irrelevant; das Beweismittel ist ohnehin unzulässig.<sup>412</sup> «Beweise, die nicht vorgesehen sind, können selbstverständlich auch dann

---

<sup>405</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 86; vgl. auch RÜEDI, Rz. 221; Botschaft ZPO, 7221, 7322; BOHNET / JEANNERET, 67, 73.

<sup>406</sup> BÜHLER, 79, 90; vgl. zum Beweiswert von digitalen Dokumenten FANGER, 119 ff.

<sup>407</sup> Art. 168 Abs. 2 ZPO; SPÜHLER, ZZZ 2004, 147.

<sup>408</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7320; SPÜHLER, ZZZ 2004, 147.

<sup>409</sup> Vgl. Art. 254 ZPO; vgl. auch TANNER, AJP 2015, 735, 739.

<sup>410</sup> Die Formungültigkeit kann sich gemäss BÜHLER, 79, 87, auch daraus ergeben, dass Beweismittel nicht vorschriftsgemäss eingereicht werden, z.B. wenn sie nicht ausreichend individualisiert sind oder wenn Urkunden nur genannt und nicht eingereicht werden, obwohl sie sich im Zugriffsbereich der beweisführenden Partei befinden. Weniger restriktiv Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 14; BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 5.

<sup>411</sup> Vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO; BÜHLER, 79, 87.

<sup>412</sup> VOUILLOZ, AJP 2009, 830, 832; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 19, 72; OGer ZH, 26.09.2014, RB140019, E. 3.2.1; a.A. CHAPPUIS, 107, 113, demgemäss Beweise, die nicht dem zivilprozessualen Numerus clausus entsprechen, als formell rechtswidrig beschafft gelten.

nicht berücksichtigt werden, wenn sie unrechtmässig erlangt worden sind.»<sup>413</sup>

## **b) Fristgerechtigkeit**

Um der Prozessverschleppung entgegenzuwirken, setzt die Zivilprozessordnung den Parteien zeitliche Limits, bis wann Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ins Verfahren eingebracht werden können (Eventualmaxime).<sup>414</sup> Diese zeitlichen Limits variieren mit der geltenden Verfahrensmaxime. Für die vorliegende Dissertation ist es entbehrlich, die konkreten zeitlichen Limits für die einzelnen Verfahren zu erörtern. Relevant ist wiederum, dass sich die Frage der Verwertbarkeit überhaupt nicht stellt, wenn ein Beweismittel zu spät eingereicht wurde.

## **c) Tauglichkeit**

Entsprechendes gilt für die Tauglichkeit. Ein Beweismittel ist tauglich, wenn das Gericht nach Abnahme und Würdigung des Beweismittels zur Beurteilung in der Lage ist, ob eine Tatsachendarstellung wahr oder falsch ist.<sup>415</sup> Es wird zwischen der objektiven und der subjektiven Tauglichkeit unterschieden. Erstere liegt vor, wenn das Beweismittel seiner Natur nach geeignet ist, eine behauptete Tatsache zu beweisen. Demgegenüber liegt die subjektive Tauglichkeit vor, wenn es nach der Überzeugung des Gerichts tatsächlich Beweiskraft zu entfalten vermag.<sup>416</sup>

Eine Partei hat keinen Anspruch auf Abnahme eines objektiv untauglichen Beweismittels.<sup>417</sup> Die Tauglichkeit ist vom Gericht im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung zu prüfen.<sup>418</sup> Wird einem Beweismittel das qualifizierende Merkmal der Tauglichkeit abgesprochen und dieses nicht abgenommen, ist die rechtswidrige Beschaffungshandlung aus verfahrensrechtlicher Sicht wiederum unbeachtlich.

<sup>413</sup> Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 72.

<sup>414</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 10 Rz. 37.

<sup>415</sup> BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 6; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / HASENBÖHLER, Art. 152 ZPO N 20.

<sup>416</sup> BSK / GUYAN, Art. 152 Abs. 2 ZPO N 6; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 30 vice versa.

<sup>417</sup> Vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO. Ein subjektiv untaugliches Beweismittel dürfte im Zweifelsfall abzunehmen sein.

<sup>418</sup> KuKo ZPO / SCHMID H., Art. 152 ZPO N 8; in diesem Sinne auch SUTTER-SOMM, Rz. 782; vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung: KAUFMANN M., SZPP, 165, 177 ff.; TANNER, AJP 2015, 735 ff.; HABERBECK, Jusletter 03.02.2014, Rz. 3.

### 3 Vorgaben im Strafverfahren

- 191 Im Strafverfahren setzen die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung «alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind».<sup>419</sup>

#### a) Eignung

- 192 Anders als im Zivilverfahren existiert im Strafverfahren kein Numerus clausus der zulässigen Beweismittel.<sup>420</sup> Es gilt der Grundsatz der Beweisfreiheit.<sup>421</sup> Es dürfen alle Beweismittel eingesetzt werden, die nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeignet sind, den Sachverhalt zu beweisen.<sup>422</sup> Damit wird bezweckt, dass jederzeit mit technischen Entwicklungen Schritt gehalten werden kann.<sup>423</sup> Ist ein Beweismittel jedoch nicht geeignet, um einen Sachverhalt in der Gegenwart zu rekonstruieren, so muss nicht geprüft werden, ob das Beweismittel ausnahmsweise trotz seiner rechtswidrigen Beschaffung dennoch verwertet werden kann.

#### b) Rechtliche Zulässigkeit

- 193 Neben dem Kriterium der Eignung verlangt die StPO die rechtliche Zulässigkeit der ins Verfahren eingeführten Beweismittel. Der freien Beweiswürdigung durch das Gericht dürfen nur Beweise unterliegen, «welche durch die Justizförmigkeit ihres Zustandekommens für ihre Zuverlässigkeit und die Berücksichtigung aller schutzwürdigen Interessen bürden».<sup>424</sup> Da im Strafverfahren kein Numerus clausus gilt, gibt es im Strafprozess keine Beweismittel, welche von ihrer Art her rechtlich unzulässig wären. Die

---

<sup>419</sup> Vgl. Art. 139 Abs. 1 StPO.

<sup>420</sup> Vgl. Rz. 184; vgl. z.B. OGer BE, 22.03.2011, BK 11 9, E. 2.4 (= CAN 2012, Nr. 26).

<sup>421</sup> Botschaft StPO, 1085, 1182; BGE 131 I 425, E. 5.2; OGer BE, 22.03.2011, BK 11 9, E. 2.4; BOHNET / JEANNERET, 67, 68; PK / SCHMID N., Art. 139 StPO N 1; vgl. BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 16, gemäss der ein Numerus clausus eine Erleichterung für die Praxis darstellen würde.

<sup>422</sup> Vgl. dazu auch Fn. 194; SCHMID N., Rz. 780; BOHNET / JEANNERET, 67, 68; BGE 104 V 209, E. a; BGE 106 Ia 161, E. 2b.

<sup>423</sup> PIETH, 187; Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 139 StPO N 4; BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 29. Ausserdem können fortlaufende Gesetzesänderungen beziehungsweise -ergänzungen vermieden werden (Botschaft StPO, 1085, 1182; PK / SCHMID N., Art. 139 StPO N 1; CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Art. 139 CPP N 5; PITTELOUD, Art. 139 CPP N 345).

<sup>424</sup> BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 15; GLESS, FS Riklin, 399, 408; PIETH, 187; Goldschmid / Maurer / Sollberger / SOLLBERGER, Art. 140 StPO.

rechtliche Unzulässigkeit rührt stets von der Art der Beweiserhebung oder -beschaffung her.<sup>425</sup>

Die StPO enthält explizite Bestimmungen, die durch die Strafbehörden bei der Beweiserhebung zu beachten sind und zu einer Beschränkung der rechtlichen Zulässigkeit der Beweisführung im Strafverfahren führen, da die Wahrheitsermittlung nicht um jeden Preis erfolgen darf.<sup>426</sup> Beispielsweise dürfen Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, «wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt».<sup>427</sup> Des Weiteren sind gewisse Methoden der Beweiserhebung absolut untersagt, nämlich Gewaltanwendung, Versprechungen, Drohungen, Täuschungen, Zwangsmittel und solche, die die Willensfreiheit oder Denkfähigkeit mindern können.<sup>428</sup> Wird gegen eine solche Beweiserhebungsvorschrift verstossen oder werden im Rahmen der Beweiserhebung Grundrechte verletzt, handelt es sich bei den auf diese Weise erhobenen Beweismitteln um rechtlich unzulässige Beweismittel. Ob diese ausnahmsweise einer Verwertung zugänglich sind, wird von Art. 141 StPO adressiert.<sup>429</sup>

Auch bei von Privatpersonen erhobenen Beweismitteln kann es sich um rechtlich unzulässige Beweismittel im Sinne von Art. 139 Abs. 1 StPO handeln. Zwar richten sich die Bestimmungen der StPO nur an die Strafbehörden, was meines Erachtens insbesondere auch für Art. 140 StPO gilt, dennoch sind auch Privatpersonen bei der Beweiserhebung an die Schranken der Rechtsordnung gebunden. Es handelt sich dabei insbesondere um die Schranken der materiellen Rechtsordnung.<sup>430</sup> Ob ein von einer Privatperson rechtswidrig beschafftes und damit rechtlich unzulässiges Beweis-

<sup>425</sup> Ungenau meines Erachtens BOHNET / JEANNERET, 67, 68, mit der folgenden Aussage: «Un moyen de preuve est licite lorsqu'il n'est pas interdit par une norme du droit ou par les principes généraux.» Da im Strafverfahren der Freibeweis gilt, kann der Beweis selbst nicht unrechtmässig sein. Unrechtmässig kann nur die Art und Weise der Erhebung des Beweises sein, die dazu führt, dass der Beweis nicht berücksichtigt werden darf. Dies gilt auch im Falle des Lügendetektors oder der Narcoanalyse. Es handelt sich dabei nicht um unrechtmässige Beweismittel, sondern um unrechtmässige Beweiserhebungsmethoden (a.A. wiederum BOHNET / JEANNERET, 67, 69); vgl. dazu auch Rz. 228.

<sup>426</sup> BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 17.

<sup>427</sup> Vgl. Art. 197 Abs. 1 StPO.

<sup>428</sup> Vgl. Art. 140 StPO.

<sup>429</sup> Vgl. Rz. 119 ff.

<sup>430</sup> So auch OGer ZH, 17.11.2011, UE 110074, E. 7.3.1.1; BSK / GLESS, Art. 140 StPO N 19; WALDER, ZStrR 1966, 36, 42 f.

mittel ausnahmsweise zur Wahrheitsfindung eingesetzt werden darf, beurteilt sich gemäss der im Strafverfahren vorgesehenen Gerichtspraxis anhand einer Interessenabwägung.<sup>431</sup>

## 4 Beschaffungseignung

- 196 Im vorliegenden Abschnitt stellt sich die Frage, welche Beweismittel überhaupt als Objekte der Beschaffungshandlung in Frage kommen. Dabei wird von dem im Zivilverfahren geltenden Numerus clausus der Beweismittel ausgegangen. Da im Strafverfahren bei der Wahrheitsfindung sämtliche Beweismittel Verwendung finden können, die geeignet und rechtlich zulässig sind, sind die im Zivilverfahren vorgesehenen Beweismittel inkludiert. Die kategorisch unbegrenzten Möglichkeiten im Strafprozess, die darüber hinausgehen, sind im Einzelfall analog zu prüfen.

### a) Beschaffungsgeeignete Beweismittel

- 197 Typischerweise dient eine Beweisbeschaffungshandlung der Beschaffung von Urkunden. Wie erwähnt kann sich die Beschaffung einer Urkunde in der Beschaffung einer bereits existenten Urkunde oder in der Herstellung einer noch nicht existenten Urkunde manifestieren.<sup>432</sup>
- 198 Entgegen dem alltäglichen Sprachgebrauch gelten als Urkunde nicht nur Schriftstücke, sondern ganz allgemein Dokumente, die in der Lage sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen.<sup>433</sup> Dabei ist es unerheblich, ob die genannten Dokumente tatsächlich dem Beweis von Tatsachen dienen oder vordergründig einen anderen Zweck verfolgen.<sup>434</sup>
- 199 Es wird zwischen privaten und öffentlichen Urkunden unterschieden. Bei öffentlichen Urkunden handelt es sich um Schriftstücke, die von einer Urkundsperson oder einer Behörde ausgestellt werden, die entsprechende öffentliche Aufgaben erfüllen.<sup>435</sup> Demgegenüber sind private Urkunden Schriftstücke, die von Privatpersonen erstellt werden.<sup>436</sup> Es kann sich dabei

---

<sup>431</sup> Vgl. Rz. 130.

<sup>432</sup> Vgl. Rz. 177 f.

<sup>433</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7322; vgl. Art. 177 ZPO. Auch eine E-Mail stellt eine Urkunde dar (BGE 138 IV 209, E. 5.4). Vgl. auch Rz. 185.

<sup>434</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 98; vgl. im Gegensatz dazu Art. 110 Abs. 4 StGB.

<sup>435</sup> SUTTER-SOMM, Rz. 814; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 102.

<sup>436</sup> BSK / DOLGE, Art. 177 ZPO N 8; SUTTER-SOMM, Rz. 814; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 102.



um Urkunden für den rechtsgeschäftlichen Verkehr, so z.B. Verträge, Offerten und Quittungen, oder um Urkunden für den privaten Verkehr handeln, so z.B. Briefe.<sup>437</sup>

Neben dem Urkundenbeweis ist auch die Beschaffung einer Zeugenaussage als Beweismittel denkbar. Als Zeugnisse bezeichnet man Aussagen von Personen, die anhand ihrer Sinneswahrnehmungen Kenntnis von zu beweisenden Tatsachen erlangt haben und diese Sinneswahrnehmungen im Verfahren teilen, das heisst eine Aussage darüber machen, wie sich ein Sachverhalt in der Vergangenheit zugetragen hat.<sup>438</sup> Ein Zeuge ist stets eine Drittperson und nicht als Partei am Verfahren beteiligt.<sup>439</sup> 200

Eine Zeugenaussage wurde beispielsweise von einem Ehemann dadurch beschafft, dass er seine Ehefrau und ihren Liebhaber, die er im Ehebett vorfand, mit vorgehaltener Pistole dazu zwang, bis zum Eintreffen der Polizei im Ehebett zu verharren, damit die herbeigerufenen Polizeibeamten den Sachverhalt bezeugen konnten.<sup>440</sup> Eine solche Beweisbeschaffung wie im vorliegenden Fall dürfte zwar heute eine geringere praktische Bedeutung aufweisen, da die technischen Möglichkeiten mittlerweile Beweisbeschaffungen auf einfachere Art und Weise ermöglichen, z.B. via Foto- oder Videoaufnahmen mit dem Mobiltelefon, die Einflussnahme auf Zeugenaussagen im Generellen bleibt aber weiterhin relevant. 201

In Abgrenzung zum genannten Beispiel der Beschaffung einer Zeugenaussage liegt keine Beschaffungshandlung vor, wenn eine Partei dem Gericht einen Zeugen nennt und in Form eines Beweisantrags die Befragung beziehungsweise Einvernahme des Zeugen beantragt.<sup>441</sup> 202

## b) Nicht beschaffungsg geeignete Beweismittel

Prinzipiell sind Augenschein, Gutachten und die Befragungen der verfahrensbeteiligten Personen einer Beschaffung durch Privatpersonen nicht zugänglich.<sup>442</sup> Der Augenschein bezweckt dem Gericht mittels Sinneswahr- 203

<sup>437</sup> BK / RÜETSCHLI, Art. 177 ZPO N 10; BSK / DOLGE, Art. 177 ZPO N 8; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 102.

<sup>438</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 87.

<sup>439</sup> Vgl. Art. 169 ZPO; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 87.

<sup>440</sup> ZR 1939, Nr. 64, 2. Spalte; vgl. auch RÜEDI, Rz. 230.

<sup>441</sup> Vgl. sogleich Rz. 204.

<sup>442</sup> Entsprechendes gilt für die schriftliche Auskunft im Zivilverfahren. Die schriftliche Auskunft ist von ihrem Sinn und Zweck her mit dem Zeugnis verwandt. Sie dient dem Gericht dazu, von einer Behörde oder einer Privatperson schriftliche Angaben

nehmung einen Eindruck von einem Sachverhalt zu vermitteln.<sup>443</sup> Mit einem Gutachten vermittelt eine sachverständige Person dem Gericht die notwendigen Kenntnisse, um einen meist technischen oder medizinischen Sachverhalt beurteilen zu können.<sup>444</sup> Als Beweismittel gilt nur das gerichtliche Gutachten.<sup>445</sup> Im Rahmen von Befragungen beziehungsweise Einvernahmen vermitteln Personen dem Gericht ihr Wissen respektive ihre Wahrnehmungen zu einem rechtserheblichen Sachverhalt.<sup>446</sup>

- 204 Allen aufgeführten Beweismitteln ist gemein, dass die Verfahrensbeteiligten lediglich einen Beweisantrag stellen und die Abnahme des Beweises durch das Gericht beantragen können. Der Beweisantrag ist zwar notwendig, aber nicht hinreichend für die Erlangung der genannten Beweismittel. Die Beschaffung der Beweismittel – terminologisch klarer, die Erhebung der Beweismittel<sup>447</sup> – geschieht durch die staatlichen Behörden. Folglich ist in den genannten Fällen eine rechtswidrige Beweisbeschaffung durch Privatpersonen ausgeschlossen.

### **III Privatpersonen als Subjekte der Beschaffungshandlung**

#### **1 Natürliche und juristische Personen**

- 205 Beschaffungshandlungen sind die Grundlage, dass Beweismittel Eingang in ein Zivil- oder Strafverfahren finden können. Als Subjekte der Beweisbe-

---

zu einem Sachverhalt zu erlangen (STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 133).

<sup>443</sup> STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 111; VOUILLOZ, AJP 2009, 830, 844.

<sup>444</sup> BGer, 28.06.2011, 4A\_178/2011, E. 3.3.2.

<sup>445</sup> Das Parteigutachten wird als reine Parteibehauptung qualifiziert. Vgl. dazu Botschaft ZPO, 7221, 7323; BGE 135 III 670, E. 3.3.1; BGE 132 III 83, E. 3.4; BOHNET / JEANNERET, 67, 68, 73; KAUFMANN M., 177 f.; BÜHLER, 79, 91.

<sup>446</sup> BSK / HÄRING, Vorbem. Art. 142–146 StPO N 1. Im Zivilverfahren ist diesbezüglich die Parteibefragung (Art. 191 ZPO) und die Beweisaussage (Art. 192 ZPO) vorgesehen. Sie unterscheiden sich dadurch, dass eine Falschaussage bei der Parteibefragung lediglich disziplinarische Sanktionen nach sich zieht, während bei der Beweisaussage auch strafrechtliche Konsequenzen drohen. Im Strafverfahren ist, neben der Einvernahme der beschuldigten Person (Art. 157 ff. StPO), die Einvernahme von Zeuginnen und Zeugen inklusive der geschädigten Person (Art. 162 ff. StPO) sowie die Einvernahme von Auskunftspersonen (Art. 178 ff. StPO) vorgesehen.

<sup>447</sup> Vgl. Rz. 164.

schaffung kommen vordergründig natürliche Personen in Betracht. Entgegen RÜEDI bin ich jedoch der Ansicht, dass keine Urteilsfähigkeit erforderlich ist, da auch Handlungen von urteilsunfähigen natürlichen Personen nachträglich als Beschaffungshandlung qualifiziert werden können.<sup>448</sup> So kann beispielsweise ein Kind durch seine Handlungen eine kausale Ursache dafür setzen, dass ein Beweismittel beschafft und letztlich Eingang in ein Verfahren findet. Zwar gilt sein Verhalten nicht als vom Willen beherrscht, sobald aber die beweisführende Partei das Beweismittel ins Verfahren einführt, liegt gesamthaft eine vom Willen beherrschte oder beherrschbare Beschaffungshandlung vor.<sup>449</sup>

Neben den natürlichen Personen können meines Erachtens auch juristische Personen Urheber von Beschaffungshandlungen sein.<sup>450</sup> Allerdings ist bei juristischen Personen Handlungsfähigkeit zu fordern. Juristische Personen erlangen in der Regel durch den Eintrag ins Handelsregister Rechtsfähigkeit.<sup>451</sup> Mit Erlangung der Rechtsfähigkeit können sie, analog zu natürlichen Personen, Träger von Rechten und Pflichten sein, sie können aber keine Handlungen vornehmen,<sup>452</sup> da die Handlungen der juristischen Personen durch ihre Organe exekutiert werden.<sup>453</sup> Die Organe verpflichten durch ihre Handlungen die juristische Person.<sup>454</sup> Erst wenn die nach Gesetz und Statuten vorgesehenen Organe bestellt sind, ist eine juristische Person handlungsfähig und in der Lage, Beweisbeschaffungshandlungen vorzunehmen.<sup>455</sup> So agierte beispielsweise die A. AG als Beweisbeschaffer, indem sie die Aufnahmen der im Kassenraum heimlich installierten Video-

<sup>448</sup> Vgl. auch Art. 16 ZGB; a.A. RÜEDI, Rz. 232.

<sup>449</sup> Vgl. auch Rz. 176.

<sup>450</sup> Vorliegend sind insbesondere die juristischen Personen des Privatrechts relevant (SEILER, 159 f.).

<sup>451</sup> Vgl. Art. 52 Abs. 1 ZGB. Eine Ausnahme gilt für öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten sowie Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Letztere erwerben die Rechtsfähigkeit beispielsweise dadurch, dass ihr Wille, als Körperschaft zu bestehen, in den Statuten ausdrücklich festgehalten wird (vgl. Art. 60 Abs. 1 ZGB).

<sup>452</sup> Vgl. Art. 11 ZGB; CHK / NIGGLI, Art. 52 ZGB N 1; SEILER, 159.

<sup>453</sup> Vgl. Art. 55 Abs. 1 ZGB; SEILER, 159.

<sup>454</sup> Vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB.

<sup>455</sup> Vgl. Art. 54 Abs. 1 ZGB. Vgl. z.B. BGer, 12.11.2009, 6B\_536/2009: Die A. AG agierte als Beweisbeschaffer. Vgl. OGer LU, 04.05.2011, 3B 11 7/3U 11 9, E. 6.5.2: Ist eine juristische Person Partei eines Gerichtsverfahrens, werden ihre Organe im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt. Dies rechtfertigt sich aufgrund des besonderen Verhältnisses zwischen der juristischen Person und ihren Organen.

kamera als Beweismittel in einem Strafverfahren einreichte, um den Diebstahl eines Mitarbeiters nachzuweisen.<sup>456</sup>

- 207 Durch die Verwertung von Beweismitteln, die von Privatpersonen beschafft wurden, kommt den gerichtlichen Behörden im Zivil- und Strafverfahren keine Urheberfunktion im Hinblick auf die Beweisbeschaffung zu. Entsprechend geht meines Erachtens die Ansicht fehl, die rechtswidrigen privaten Handlungen im Rahmen der Beweisbeschaffung den gerichtlichen Behörden zuzurechnen, wenn diese die entsprechenden Beweismittel verwerten.<sup>457</sup> Ihr Handeln besteht lediglich in der Prüfung der Verwertbarkeit der rechtswidrig beschafften Beweismittel. Dies kann aber, selbst bei positivem Entscheid bezüglich der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise, in sich keine rechtswidrige Beschaffungshandlung darstellen.<sup>458</sup>

## 2 Verfahrensbeteiligte und Drittpersonen

- 208 Wie erwähnt, sind sämtliche Handlungen von Privatpersonen, die eine kausale Ursache dafür konstituieren, dass ein Beweismittel Eingang in ein Zivil- oder ein Strafverfahren findet, als Beschaffungshandlungen zu qualifizieren. Dies unabhängig davon, ob die Beweisbeschaffung Zweck der entsprechenden Handlung war.<sup>459</sup>
- 209 Daraus ergibt sich, dass als Urheber der Beschaffungshandlung nicht nur die am Verfahren beteiligten Parteien in Betracht kommen, sondern auch jede beliebige Drittperson.<sup>460</sup> Dies beispielsweise dann, wenn sie im Auftrag der verfahrensbeteiligten Person Beweismittel beschaffen und ihr diese

---

<sup>456</sup> BGer, 12.11.2009, 6B\_536/2009. Interessant war im angesprochenen Fall zudem, dass nicht, wie meist üblich, die beschuldigte Person die Verwertung eines Beweismittels, sondern die geschädigte Person die Nichtverwertung des Beweismittels angefochten hat.

<sup>457</sup> Vgl. auch ZR 1974, Nr. 44, E. 6.

<sup>458</sup> GODENZI, 333; a.A. offenbar BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 43, die argumentiert, dass der Staat sich das Beweismittel durch die Verwertung zu eigen macht und deshalb an den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO gebunden sei. A.A. auch FORNITO, 295: «Verhält sich eine Privatperson bei der Beweiserlangung rechtswidrig, dann wird diese Rechtsverletzung durch die Einführung des Beweises in den Strafprozess nicht «geheilt». Das rechtswidrige Vorgehen ist dem Staat zuzurechnen, soweit er sich dieses Beweises bedient.» A.A. auch BGer, 05.03.2000, 1A.303/2000, E. 2b; KassGer ZH, 05.07.1974, SJZ 1975, 61.

<sup>459</sup> Vgl. Rz. 176.

<sup>460</sup> HABSCHEID, SJZ 1993, 185, 191; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 78; SPÜHLER / DOLGE / GEHRI, Rz. 81; CHAPPUIS, 107, 122; vgl. zur besonderen Konstellation gemäss Art. 179<sup>bis</sup> StGB: GODENZI, AJP 2012, 1243 ff.

zur Verwendung im Prozess überlassen, aber auch, wenn sie Handlungen vornehmen, die erst nachträglich als Beschaffungshandlungen qualifiziert werden.<sup>461</sup>

### 3 Von den Strafverfolgungsbehörden autonome Personen

#### a) Grundsatz

Im Strafverfahren besteht im Gegensatz zum Zivilverfahren die besondere Problematik, dass die Strafverfolgungsbehörden im Vorverfahren mit der umfassenden Sachverhaltsermittlung betraut sind und im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren eine Parteirolle bekleiden.<sup>462</sup> Es ist daher denkbar, dass sie sich mit ihrer Parteirolle im nachfolgenden Gerichtsverfahren identifizieren und Beweise unter Ausnutzung der Staatsgewalt auf rechtswidrige Art und Weise beschaffen. Dies ist unter anderem der Fall, wenn die Behörden Privatpersonen zur Beweissammlung animieren, beauftragen<sup>463</sup> oder sie bei der Beweissammlung unterstützen.<sup>464</sup> 210

Da sich rechtswidrige Handlungen von Strafverfolgungsbehörden nach anderen Kriterien messen,<sup>465</sup> muss bei rechtswidrigen Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen zunächst geprüft werden, ob die Privatperson autonom von den staatlichen Behörden gehandelt hat. Ist dies nicht der Fall, wird die rechtswidrige Beweisbeschaffung den Hoheitsträgern zugerechnet und nach den die Strafverfolgungsbehörden, nicht aber die Privatpersonen bindenden Rechtsnormen beurteilt.<sup>466</sup> Dies beruht darauf, dass die Handlung der Privatperson bei Unterstützung durch die staatlichen Behörden als staatlicher Eingriff in die Rechte der betreffenden Person qualifiziert wird, wodurch die gleichen Massstäbe zur Anwendung gelangen müssen.<sup>467</sup> 211

Von einer autonomen, privaten Beweisbeschaffung wird ausgegangen, wenn Privatpersonen aus eigenem Willen, ohne staatlichen Antrieb, ermit- 212

<sup>461</sup> Vgl. Rz. 176.

<sup>462</sup> Vgl. Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO; vgl. Rz. 67 f.

<sup>463</sup> Vgl. Rz. 218 f.

<sup>464</sup> Vgl. Rz. 220; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 41.

<sup>465</sup> Vgl. Rz. 119.

<sup>466</sup> Relevant sind insbesondere Art. 140 StPO und Art. 141 StPO; OGer ZH, 13.10.2015, SB140474, E. 3.3.3; VEST / HÖHENER, ZStrR 2009, 95, 99; GODENZI, 174 ff.; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 40b, 41; EGMR, 25.10.2007, Van Vondel vs. Niederlande, mit Anmerkungen GODENZI, fp 2008, 77, 80.

<sup>467</sup> Vgl. BGE 129 V 323, E. 3.3.3; GAEDE, StV 2004, 46, 48; DEMKO, HRRS 2004, 382, 384.

teln und die Strafverfolgungsbehörden an den Ermittlungen der Privatperson nicht beteiligt sind.<sup>468</sup> Demgegenüber sind Ermittlungshandlungen von Privatpersonen dann dem Staat zuzurechnen, wenn die Strafverfolgungsbehörden «a crucial contribution to executing the scheme» leisten.<sup>469</sup> Wann ein staatlicher Eingriff als zu geringfügig zu qualifizieren ist, als dass sich eine staatliche Verantwortlichkeit rechtfertigen würde, muss im Einzelfall beantwortet werden, wobei im Zweifelsfall von einer staatlichen Handlung auszugehen ist.<sup>470</sup>

### **b) Anwendungsfälle staatlicher Ermittlungen**

- 213 Im Sinne einer Abgrenzung werden im Folgenden typische Anwendungsfälle privater Ermittlungen untersucht, deren Handlungen aber den staatlichen Behörden zuzurechnen sind, da sie im Auftrag oder mit Hilfe der staatlichen Behörden handeln.

#### **aa) Verdeckte Ermittlung und verdeckte Fahndung**

- 214 Eine staatliche Ermittlung liegt in Fällen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung vor. Um eine verdeckte Ermittlung handelt es sich, «wenn Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären».<sup>471</sup> Als verdeckte Ermittler kommen in erster Linie Angehörige eines schweizerischen oder ausländischen Militärkorps in Frage, aber auch Personen ohne polizeiliche Ausbildung, sofern sie vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt werden.<sup>472</sup> Dabei ist zumindest

---

<sup>468</sup> GODENZI, 124.

<sup>469</sup> EGMR, 25.10.2007, Van Vondel vs. Niederlande, Nr. 38258/03, § 49; vgl. auch EGMR, 24.09.2003, M.M. vs. Niederlande, Nr. 39339/98, § 38; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 41; vgl. auch WOHLERS / BLÄSI, recht 2015, 158, 161 f.

<sup>470</sup> EGMR, 25.10.2007, 38258/03, Van Vondel vs. Niederlande, mit Anmerkungen GODENZI, fp 2008, 77, 81; vgl. auch DEMKO, HRRS 2004, 382 ff.; TIETJE, MDR 1994, 1078, 1079 f.; GAEDE, StV 2004, 46, 47 ff.

<sup>471</sup> Vgl. Art. 285a StPO. Das Kriterium des kriminellen Umfelds nimmt auf die organisierte Kriminalität Bezug. Dies ist zwar das Hauptanwendungsfeld der verdeckten Ermittlung, sie ist aber nicht darauf beschränkt. Vgl. dazu BGE 143 IV 27, E. 4.4; BGer, 21.03.2017, 1B\_117/2016, E. 2.1.

<sup>472</sup> Vgl. Art. 287 Abs. 1 lit. a und b StPO. Vgl. z.B. den aktuellen, umstrittenen Fall, in welchem die britische Polizei einem verurteilten Vergewaltiger GBP 10'000 zahlte,

ein auf eine bestimmte Dauer angelegtes Arbeitsverhältnis erforderlich; ein reines Auftragsverhältnis ist nicht ausreichend.<sup>473</sup>

Im Unterschied hierzu kommen als verdeckte Fahnder lediglich Angehörige eines schweizerischen oder ausländischen Polizeikorps in Frage.<sup>474</sup> Hierbei wird versucht, Verbrechen und Vergehen aufzuklären, indem insbesondere Scheingeschäfte getätigt werden oder aber der Wille zum Abschluss eines solchen vorgetäuscht wird, während die wahre Identität und Funktion der Fahnder nicht zu erkennen gegeben wird.<sup>475</sup> 215

Verdeckte Ermittler und verdeckte Fahnder differenzieren sich namentlich dadurch, dass verdeckte Ermittler mit einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität ausgestattet sind.<sup>476</sup> Diese dient den verdeckten Ermittlern dazu, ein Vertrauensverhältnis zur Zielperson zu begründen und diese im Rahmen dessen zu einem Geschäftsabschluss zu bewegen.<sup>477</sup> Verdeckte Fahnder bedienen sich demgegenüber einfacher Lügen.<sup>478</sup> Des Weiteren unterscheiden sich verdeckte Ermittlungen und verdeckte Fahndungen sowohl in zeitlicher wie auch in qualitativer Hinsicht. Letztere ist darauf ausgelegt, ein Geschäft möglichst rasch und anonym abzuschliessen, während die verdeckte Ermittlung tiefer in bestehende Strukturen eindringt, womit im Normalfall eine längere zeitliche Dauer einhergeht.<sup>479</sup> 216

Es handelt sich in diesen Fällen nicht um Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen. Zwar geben die verdeckten Ermittler und Fahnder vor, Privatpersonen zu sein, in Wirklichkeit sind sie aber in den Staatsapparat eingebunden. Folglich gelangen die für die staatlichen Behörden geltenden Bestimmungen zur Anwendung.<sup>480</sup> Werden beispielsweise verdeckte Ermittlungen oder Fahndungen angeordnet, ohne dass die Voraussetzungen 217

---

um einen Kinderprostitutionsring auszuspionieren (EVANS, The Telegraph, 10.08.2017).

<sup>473</sup> BSK / KNODEL, Art. 287 StPO N 1.

<sup>474</sup> Vgl. Art. 298c Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 287 Abs. 1 lit. a StPO.

<sup>475</sup> Vgl. Art. 298a Abs. 1 StPO; vgl. auch BGE 143 IV 27, E. 2.3.

<sup>476</sup> Vgl. Art. 298a Abs. 2 StPO; BGE 143 IV 27, E. 2.4; vgl. auch HANSJAKOB, fp 2013, 214, 216. Dies gilt unabhängig davon, ob die Urkunde tatsächlich verwendet wird oder lediglich für die Verwendung zur Verfügung steht (KÜHNE, recht 2016, 112, 116).

<sup>477</sup> HANSJAKOB, fp 2013, 214, 216; LEUZINGER, fp 2014, 165.

<sup>478</sup> BGE 143 IV 27, E. 2.4.

<sup>479</sup> KÜHNE, recht 2016, 112, 116; LEUZINGER, fp 2014, 165, 166; HANSJAKOB, fp 2013, 214, 218; BGE 143 IV 27, E. 2.4; BGer, 21.03.2017, 1B\_117/2016, E. 2.1. Ausführlich zur Abgrenzung zwischen verdeckter Ermittlung und Fahndung im Internet im Rahmen der Bekämpfung der Pädokriminalität: MUGGLI, 316 ff.

<sup>480</sup> Vgl. auch GODENZI, 126 f., zum damals noch geltenden BVE.

von Art. 286 StPO beziehungsweise Art. 296 StPO vorliegen, muss die Verwertbarkeit der erlangten Ermittlungsergebnisse anhand von Art. 141 StPO beurteilt werden.

**bb) Ermittlung durch Privatpersonen im staatlichen Auftrag**

- 218 Ermittlungen durch Privatpersonen im staatlichen Auftrag liegen typischerweise in den in der deutschen Literatur zu einiger Berühmtheit gelangten Hörfallen-Fällen vor.<sup>481</sup> Kennzeichnend für solche und ähnliche Fälle ist, dass Privatpersonen von der Polizei dazu benutzt werden, den Beschuldigten gezielt zu von ihm verübten Straftaten zu befragen, wobei die Polizei beispielsweise mithört oder Gespräche aufzeichnet.<sup>482</sup> Im Unterschied zu verdeckten Ermittlern sind die Privatpersonen dabei nicht dauerhaft im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für die Strafverfolgungsbehörden tätig, sondern die Ermittlungen beruhen auf auftragsrechtlicher Basis.
- 219 Da in diesen Fällen zwar Privatpersonen Ermittlungen vornehmen, aber dabei nicht «ohne jede Veranlassung, Steuerung und Beteiligung der Strafverfolgungsbehörden» handeln, sind die Ermittlungshandlungen den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen.<sup>483</sup>

**cc) Staatliche Unterstützung bei der Beweissammlung**

- 220 Staatliche Unterstützung bei der Beweissammlung liegt beispielsweise vor, wenn eine Privatperson aus eigener Initiative der Polizei anbietet, einen Beschuldigten anzurufen und das Telefonat aufzeichnen zu lassen, wobei die staatlichen Behörden der Privatperson die entsprechenden Hilfsmittel zur Verfügung stellen.<sup>484</sup> Ähnlich sind Fälle zu beurteilen, in denen Polizeibeamte ein Aufnahmegerät installieren oder einer Privatperson Hinweise zur Lenkung des Gesprächsverlaufs geben.<sup>485</sup> Kennzeichnend für diese Art der staatlichen Mithilfe ist, dass die Privatperson zwar autonom den Entschluss zur Ausforschung fasst, bei der konkreten Umsetzung aber durch staatliche Behörden unterstützt wird.

---

<sup>481</sup> Vgl. z.B. EGMR, 05.02.2003, Allan vs. The United Kingdom, Nr. 48539/99, § 52.

<sup>482</sup> GODENZI, 129; vgl. auch ESSER, JR 2004, 98; GAEDE, StV 2004, 46 ff.; SCHNEIDER, NStZ 2001, 8 ff.

<sup>483</sup> GODENZI, 129.

<sup>484</sup> So geschehen in EGMR, 25.10.2007, Van Vondel vs. Niederlande, Nr. 38258/03, § 49 ff. Obwohl die Privatperson eigenverantwortlich über die Aufzeichnung und anschließende Weiterleitung des Telefongesprächs entscheiden konnte und bei der Beweissammlung im eigenen Interesse handelte, wurde die Beweisbeschaffungshandlung den staatlichen Behörden zugerechnet. Vgl. auch MENDE, 63 ff.

<sup>485</sup> DEMKO, HRRS 2004, 382; GAEDE, StV 2004, 46 ff.; ähnlich BERNSMANN, 151, 155.



## § 2 Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal

Im vorangehenden Paragraphen wurde elaboriert, dass Beschaffungshandlungen aktive Handlungen darstellen, die kausal dafür sind, dass Beweismittel in einem Zivil- oder Strafprozess berücksichtigt werden können.<sup>486</sup> Im vorliegenden Teil wird analysiert, wann Beschaffungshandlungen als rechtswidrig zu qualifizieren sind. 221

Der Rechtswidrigkeit kommt im Zusammenhang mit der Beschaffung von Beweisen zentrale Bedeutung zu. Sie ist das ausschlaggebende Kriterium, dass die Verwertbarkeit des Beweises anhand einer Interessenabwägung geprüft werden muss. Ob eine rechtswidrige Beweisbeschaffung vorliegt, ist eine Frage, die ausserhalb des anwendbaren Prozessgesetzes beurteilt werden muss.<sup>487</sup> 222

### I Terminologie

Aus terminologischer Sicht ist nicht einheitlich von rechtswidrigen Beweisbeschaffungen die Rede. Im Kontext des Zivilverfahrens bezeichnet beispielsweise die Botschaft ein Beweismittel als unrechtmässig beschafft,<sup>488</sup> das Bundesgericht spricht von widerrechtlich erlangten Beweismitteln<sup>489</sup> und in der Lehre findet man zum Teil die plakative Bezeichnung der illegal beschafften Beweismittel.<sup>490</sup> Es sind keine Unterschiede in der Verwendung oder Bedeutung der Begriffe erkennbar.<sup>491</sup> Da die Begriffe synonym verwendet werden, werden diese im Folgenden einheitlich unter dem Begriff der rechtswidrigen Beweisbeschaffung subsumiert. 223

In Abgrenzung dazu wird im Strafprozess vielfach der Terminus der «strafbar erlangten Beweismittel» verwendet. Aus den nachfolgenden Ausführungen wird sich ergeben, dass die Termini «rechtswidrige» und «strafbare» Beweisbeschaffung durchaus verschiedene Dimensionen aufweisen, 224

<sup>486</sup> Vgl. Rz. 166 ff.

<sup>487</sup> ZR 2014, Nr. 11, E. 3.2.

<sup>488</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7312; im Zusammenhang mit dem Strafprozess z.B. HÄRING, ZStrR 2009, 225, 230.

<sup>489</sup> BGE 131 I 272, E. 4.2.

<sup>490</sup> Z.B. HABSCHIED, SJZ 1993, 185 ff.; WALDER, SJZ 1993, 191 ff.; GODENZI, 3.

<sup>491</sup> RÜEDI, Rz. 237. Die synonyme Verwendung der Begriffe wird auch in anderen Rechtsgebieten unterstützt (vgl. dazu VERDE, Rz. 149; STARK, Rz. 249 und bereits VON WATTENWYL, ZSR 1929, 414, 422.).

dass es aber auch im Strafverfahren präzise ist, von rechtswidrig beschafften Beweismitteln zu sprechen.<sup>492</sup> Der Ausdruck der rechtswidrig beschafften beziehungsweise strafbar erlangten Beweismittel zeigt jedoch, dass nicht das Beweismittel an sich rechtswidrig ist und damit *per se* unzulässig wäre, sondern dass der Beschaffungshandlung der Makel der Rechtswidrigkeit respektive Strafbarkeit anhaftet.<sup>493</sup>

## II Autonome Definition der Rechtswidrigkeit

- 225 Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist nicht unbekannt in der Rechtsordnung.<sup>494</sup> Grosse Aufmerksamkeit wird ihm im Kontext des Haftpflichtrechts zuteil. Er umschreibt dort ein Verhalten, durch welches gegen ein absolut geschütztes Rechtsgut (Erfolgsunrecht) oder eine Schutznorm (Verhaltensunrecht) verstossen wird. Liegen keine Rechtfertigungsgründe vor, wird der Schädiger zur Kompensation des Schadens verpflichtet.<sup>495</sup> Die haftpflichtrechtliche Rechtswidrigkeit unterscheidet sich vom Begriff der Rechtswidrigkeit in Art. 20 OR.<sup>496</sup> Demgemäss hat ein Vertrag einen widerrechtlichen Inhalt, wenn dieser gegen eine Norm des eidgenössischen oder kantonalen Rechts verstösst.<sup>497</sup> Im Strafrecht schliesslich liegt dem Begriff der Rechtswidrigkeit ein tatbestandsseitiges Verhalten zugrunde, welches keiner Rechtfertigung zugänglich ist und, falls ein Verschulden vorliegt, Sanktionen nach sich zieht.<sup>498</sup>
- 226 Bereits aus diesen Ausführungen ist ersichtlich, dass der Begriff in den unterschiedlichen Kontexten verschiedenartig definiert wird. Es drängt sich daher auf, den Begriff im Kontext der rechtswidrigen Beweisbeschaffungen autonom zu definieren.<sup>499</sup> Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund,

---

<sup>492</sup> Vgl. Rz. 243.

<sup>493</sup> WALDER, ZStrR 1966, 36, 41; OFK / SCHMID R., Art. 152 ZPO N 22; RÜEDI, Rz. 223; DERS., Beweismittel, 77, 79.

<sup>494</sup> Vgl. HORN, 20.

<sup>495</sup> WERRO, Rz. 297; GABRIEL, Rz. 235; CARTIER, 31; BGE 132 III 122, E. 4.1.

<sup>496</sup> BSK / HUEGENIN / MEISE, Art. 20 OR N 15; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMME-NEGGER, Rz. 655.

<sup>497</sup> BGer, 22.06.2010, 4A\_173/2010, E. 2.2; vgl. auch BSK / HUEGENIN / MEISE, Art. 20 OR N 15.

<sup>498</sup> TRECHSEL / NOLL / PIETH, 110 ff.; DONATSCH / TAG, 217.

<sup>499</sup> So auch RÜEDI, Rz. 240, der sich aber in wesentlichen Zügen auf die haftpflichtrechtliche Theorie abstützt.

dass der Begriff vorliegend in einem verfahrensrechtlichen Kontext zur Anwendung gelangt.

### **III      Verstoss gegen das Recht durch die Beschaffungshandlung**

Der Terminus «rechtswidrig» ist das Antonym zum Terminus «rechtmässig». Diesem ist zu entnehmen, dass er sich aus den Begriffen «Recht» und «gemäss» zusammensetzt. Ist etwas gemäss dem Recht, wird damit letztlich die Vereinbarkeit eines bestimmten Etwas mit dem Recht zum Ausdruck gebracht.<sup>500</sup> Entsprechend bezeichnet man als rechtswidrig etwas, das dem Recht entgegensteht beziehungsweise zu dem Recht in Widerspruch steht.<sup>501</sup> Der Begriff der Rechtswidrigkeit dient demnach dazu, Recht von Unrecht zu trennen.<sup>502</sup> Daraus ergibt sich, dass die Rechtswidrigkeit nur entweder bejaht oder verneint werden kann. Es existieren keine unterschiedlichen Grade der Rechtswidrigkeit.<sup>503</sup> 227

Überträgt man die allgemeine Definition des Begriffs der Rechtswidrigkeit auf den Kontext der Beweisbeschaffung, ergibt sich, dass die aktive menschliche Handlung, die dazu dient, Beweismittel für einen Prozess zu beschaffen, im Widerspruch zum Recht steht.<sup>504</sup> 228

### **IV      Recht als Gesamtheit der für das einzelne Rechts- subjekt rechtsverbindlichen, materiellrechtlichen, objektiven Normen des gesetzten schweizerischen Rechts**

Eine Beschaffungshandlung ist rechtswidrig, wenn sie gegen das Recht verstösst.<sup>505</sup> Im vorliegenden Abschnitt wird sich zeigen, dass der Begriff 229

---

<sup>500</sup> VERDE, Rz. 147; DARBELLAY, 5.

<sup>501</sup> HURTADO POZO, Rz. 664; NAGLER, FG von Frank I, 339, 340; VERDE, Rz. 147; HORN, 27; VON WATTENWYL, ZSR 1929, 414; so auch GABRIEL, Rz. 213; vgl. auch PERRIG, SJZ 1959, 325, 326.

<sup>502</sup> Vgl. MÜLLER-CHEN, BJM 2002, 289, 299; VERDE, Rz. 148.

<sup>503</sup> FORNITO, 288.

<sup>504</sup> In diesem Sinne auch JEANNERET / KUHN, Rz. 9001: «La thématique de la preuve illicite consacre une sorte de contradiction interne à la loi.»

<sup>505</sup> Vgl. auch ZR 1974, Nr. 44, E. 5.

des Rechts im Kontext der rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung sämtliche materiellrechtlichen Normen des objektiv gesetzten schweizerischen Rechts umfasst, soweit sie für das einzelne Rechtssubjekt verbindlich sind. Entsprechend ist eine Beschaffungshandlung dann als rechtswidrig zu qualifizieren, wenn sie gegen eine der genannten Normen verstösst.

## 1 Objektive Normen des gesetzten, schweizerischen Rechts

- 230 Der Begriff «Recht» enthält eine subjektive und eine objektive Komponente.<sup>506</sup> Im subjektiven Sinne bezeichnet man als Recht die Berechtigung, die Befugnis oder den Anspruch eines Einzelnen gegenüber einer anderen Person oder dem Staat, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu fordern. Dieser Rechtsanspruch kann in der Regel vom Gericht oder einer Behörde durchgesetzt werden.<sup>507</sup> Es wird eine individualistische, subjektbezogene Perspektive eingenommen. Gegen ein subjektives Recht kann nicht verstossen werden, es kann lediglich wahrgenommen oder nicht wahrgenommen werden.<sup>508</sup> Daher kann eine rechtswidrige Handlung auch nicht im Widerspruch zu einem subjektiven Recht stehen. Der Begriff des Rechts ist im Lichte der rechtswidrigen Beweisbeschaffung deswegen objektiv zu definieren.
- 231 Das Recht im objektiven Sinne umfasst die Gesamtheit sämtlicher Rechtsnormen einer Rechtsordnung.<sup>509</sup> Rechtsnormen sind generell-abstrakte Regelungen. Sie gelten für eine Vielzahl von Sachverhalten und richten sich an eine Vielzahl von Personen.<sup>510</sup> Bei den Rechtsnormen handelt es sich um gesetztes Recht.<sup>511</sup> Dieses qualifiziert sich dadurch, dass es im Rahmen eines Recht schaffenden Aktes durch ein zuständiges Organ in einem formellen Verfahren erlassen wurde.<sup>512</sup> Daraus ergibt sich, dass eine Beschaffungshandlung als rechtswidrig zu qualifizieren ist, wenn durch die

---

<sup>506</sup> GABRIEL, Rz. 227.

<sup>507</sup> Das subjektive Recht entspricht dem englischen Begriff «right» (GABRIEL, Rz. 213). Vgl. auch SEILER, 16; MAHLMANN, Rz. 27; LE ROY / SCHOENENBERGER, 27.

<sup>508</sup> SEILER, 16.

<sup>509</sup> MAHLMANN, Rz. 25; GABRIEL, Rz. 227.

<sup>510</sup> SEILER, 13; LE ROY / SCHOENENBERGER, 5.

<sup>511</sup> MAHLMANN, Rz. 4. Auch positives Recht genannt (SEILER, 107).

<sup>512</sup> SEILER, 48; MAHLMANN, Rz. 4 f.; FORSTMOSER / VOGT, § 4 Rz. 5.

entsprechende Handlung gegen eine Norm des objektiv gesetzten, im vorliegenden Fall schweizerischen<sup>513</sup> Rechts verstossen wird.<sup>514</sup>

Da eine Vertragsklausel keine objektive Norm des gesetzten Rechts darstellt, ist der Verstoss gegen eine Vertragsklausel grundsätzlich nicht als rechtswidriges Verhalten zu bezeichnen. Entsprechend gilt ein Beweismittel, welches durch einen Verstoss gegen eine Vertragsklausel, z.B. eine Vertraulichkeitsklausel, erlangt wurde, nicht als rechtswidrig beschafft und ist verwertbar.<sup>515</sup> Gemäss RÜEDI ist allerdings zu beachten, dass die Verletzung einer vertraglichen Pflicht regelmässig mit einer Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben einhergehen dürfte, der in Art. 2 Abs. 1 ZGB des materiellen Rechts verankert ist. Wird dieser Argumentation gefolgt, könnte auch die Verletzung einer subjektiven Vertragspflicht als ma-

232

<sup>513</sup> So explizit auch CHAPPUIS, 107, 112: «Le violation d'une norme de droit étranger n'est évoquée ni dans la loi ni dans les Messages relatifs aux deux nouveaux codes de procédure.» Er gibt aber zu bedenken, dass ein Verhalten, das eine ausländische strafrechtliche Bestimmung verletzt, als rechtswidrig im Sinne des schweizerischen Prozessrechts gilt, wenn es gleichermassen gegen eine Bestimmung des StGB verstösst. Zwar nicht explizit für die Beweisbeschaffung durch Privatpersonen, aber in diesem Sinne auch GRONER, 135: Wurde ein Beweismittel (z.B. eine Zeugenaussage) gemäss dem Verfahrensrecht eines anderen Staates erhoben, muss dessen Verwertbarkeit nach den Vorgaben des Rechts am Ort des Gerichts geprüft werden. Damit spricht er sich im Endeffekt dafür aus, dass geprüft werden muss, ob das Beweismittel gemäss den Vorgaben im entsprechenden Recht rechtmässig oder rechtswidrig erlangt wurde. So auch BezGer ZH, 26.11.2008, mit Anmerkungen ZURKINDEN, fp 2010, 35, das einen Beweis für unverwertbar erklärt hat, weil das Konfrontationsrecht nicht gewahrt worden war. Es war unerheblich, dass die Konfrontation nach dem ausländischen Recht nicht zulässig war. So auch ZR 2002, Nr. 8, E. II.3.b, unter Geltung der kantonalen Prozessordnungen für das interkantonale Verhältnis. Vgl. auch OGer ZH, 13.10.2015, SB140474: Die Privatklägerin nutzte die türkischen Identifikationsnummern ihres Ehemannes, um Zugang zum türkischen Sozialversicherungskonto des Beschuldigten zu erhalten. Da die Identifikationsnummern bei den Akten lagen und das türkische Datenverarbeitungssystem nicht als besonders gesichert galt, war der Tatbestand von Art. 143<sup>bis</sup> StGB nicht erfüllt. Dass die Privatklägerin durch ihre Handlung allenfalls gegen das türkische Recht verstossen hatte, war unerheblich. Zu den gemachten Ausführungen muss ein Vorbehalt angebracht werden: Bei grenzüberschreitenden, zivilrechtlichen Sachverhalten wäre es allenfalls denkbar, dass eine schweizerische Zuständigkeit besteht, aber ein ausländisches Recht zur Anwendung gelangt. Aufgrund des Gerichtsstands in der Schweiz wäre die schweizerische Zivilprozessordnung und damit Art. 152 Abs. 2 ZPO anwendbar. Die Rechtswidrigkeit würde sich allerdings nach dem anwendbaren ausländischen materiellen Recht richten.

<sup>514</sup> So auch GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 664; SUTTER-SOMM, Rz. 787; RÜEDI, Rz. 255.

<sup>515</sup> GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 664. Ausser die Vertraulichkeit wäre gesetzlich vorgeesehen.

terierellrechtlicher Rechtsverstoss qualifiziert werden und die Verwertbarkeit des so erlangten Beweismittels in Frage stellen.<sup>516</sup>

## **2 Eidgenössisches, kantonales und kommunales Recht sämtlicher Normstufen**

- 233 Das objektive Recht umfasst sämtliche Normen des eidgenössischen, des kantonalen und des kommunalen Rechts.<sup>517</sup> Entsprechend ist eine Beschaffungshandlung unabhängig davon rechtswidrig, ob gegen das eidgenössische, das kantonale oder kommunale Recht verstossen wird.<sup>518</sup>
- 234 Da keine unterschiedlichen Grade der Rechtswidrigkeit bestehen,<sup>519</sup> spielt es zudem keine Rolle, auf welcher Normstufe die verletzte Rechtsnorm angesiedelt ist. Die Verletzung eines Gesetzes im formellen Sinne ist ebenso rechtswidrig wie die Verletzung eines Gesetzes im materiellen Sinne.<sup>520</sup> Bei einem Gesetz im formellen Sinne handelt es sich um einen Erlass, der vom Gesetzgeber im Gesetzgebungsprozess erlassen wurde.<sup>521</sup> Demgegenüber ist ein Gesetz im materiellen Sinne jede generell-abstrakte Norm, unabhängig von wem und auf welche Weise sie erlassen wurde.<sup>522</sup>
- 235 In einem Fall, in welchem eine Privatperson eine Geschwindigkeitsmessung vornahm, einen Autolenker herauswinkte und ihn darauf hinwies, dass der zuständige Polizeibeamte sogleich wieder vor Ort sein werde – dieser war nur kurz abwesend, um die Mieter der umliegenden Liegenschaften über die Geschwindigkeitsmessung zu informieren – hat das Bundesgericht erkannt, dass es sich um einen rechtswidrig beschafften Beweis handelte. Dies, da die in der kantonalen Verordnung vorgesehene Zuständigkeitsbestimmung nicht eingehalten worden war.<sup>523</sup>

---

<sup>516</sup> Vgl. ausführlich RÜEDI, Rz. 257.

<sup>517</sup> Vgl. SEILER, 143 f.

<sup>518</sup> A.A. GAMP, DRiZ 1981, 41, 42, der danach unterscheidet, ob das rechtswidrige Beweismittel unter Verletzung einer verfassungsrechtlichen oder einer gesetzesrechtlichen Bestimmung erlangt wurde.

<sup>519</sup> Vgl. Rz. 227.

<sup>520</sup> FORNITO, 288.

<sup>521</sup> FORSTMOSER / VOGT, § 4 Rz. 37; SEILER, 108.

<sup>522</sup> SEILER, 108.

<sup>523</sup> Gemäss § 4 lit. m der damals geltenden Verordnung des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 12. November 1984 über den Vollzug des Strassenverkehrsrechtes war die Durchführung von Geschwindigkeitskontrollen dem Polizeikommando vorbehalten (vgl. dazu BGer, 10.04.2008, 6B\_744/2007, E. 2 [= fp 2009, 37 ff.]). Vgl. auch BGer, 21.02.2013, 6B\_243/2012, E. 2.5, in dem das Messergebnis einer Ge-

### 3 Keine Beschränkung auf strafrechtliche Normen

Wird eine Beschaffungshandlung als rechtswidrig bezeichnet, wird damit 236 zum Ausdruck gebracht, dass durch die entsprechende Handlung eine Norm des objektiv gesetzten, schweizerischen Rechts verletzt wird.<sup>524</sup> Wie bereits erwähnt, wird dabei keine Unterscheidung bezüglich des Rechtsgebiets, dem diese Norm angehört, getroffen.<sup>525</sup>

Eine rechtswidrige Beschaffungshandlung liegt beispielsweise vor, wenn 237 im Rahmen der Beschaffungshandlung gegen das Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB verstossen wird. Grundsätzlich ist jede Aufnahme einer Person um ihrer Persönlichkeit willen als persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren, es sei denn, die betroffene Person willigt in die Aufnahme ein.<sup>526</sup> Entsprechend liegen persönlichkeitsverletzende Beweisbeschaffungshandlungen unter anderem dann vor, wenn mittels Observationen durch einen Privatdetektiv Tatsachen aus der Geheim- beziehungsweise Intimsphäre oder aus der Privatsphäre einer Person festgestellt werden.<sup>527</sup> Gleichermassen persönlichkeitsverletzend können Überwachungen des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber am Arbeitsplatz sein, welche dazu dienen, Verfehlungen des Arbeitnehmers nachzuweisen. Diesfalls dürften neben Art. 28 ZGB regelmässig auch Art. 328 OR, Art. 328b OR, Art. 26 ArGV 3 und Art. 12 DSG einschlägig sein.<sup>528</sup> Art. 12 DSG, der sich mit der persönlich-

---

schwindigkeitskontrolle eines Militärpolizisten als verwertbar erachtet wurde. Ein Militärpolizist sei berechtigt, einzuschreiten, wenn im Falle einer groben Verkehrsregelverletzung eine Gefahr für den Verkehr gemäss Art. 76 Abs. 3 VMSV bestehe. Dies obwohl die Militärpolizei grundsätzlich nicht befugt ist, im zivilen Strassenverkehr verkehrspolizeiliche Kontrollen durchzuführen. Das Bundesgericht führte aus, dass es sich nicht vermeiden liesse, dass die Militärpolizei bei der Kontrolle militärischer Fahrzeuge auch zivile mitkontrolliere. Vgl. auch BGer, 23.09.2014, 6B\_937/2013, E. 1.3, demgemäss nicht sämtliche Verrichtungen, die zur Verkehrskontrolle notwendig sind, von der zuständigen Kantonspolizei vorgenommen werden müssen.

<sup>524</sup> Vgl. Rz. 229 ff.

<sup>525</sup> FORNITO, 288; vgl. auch CHAPPUIS, 107, 112: «Une partie peut obtenir une preuve d'une façon qui viole une norme de droit matériel, par quoi il faut entendre toute norme de l'ordre juridique suisse, qu'elle soit civile, administrative ou pénale.»

<sup>526</sup> BGE 127 III 481, E. 3a/aa: Eine solche Persönlichkeitsverletzung ist immer auch als widerrechtlich zu qualifizieren, es sei denn, es würde ein Rechtfertigungsgrund vorliegen. Ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings zunächst nicht entscheidend (vgl. Rz. 266 f.).

<sup>527</sup> ALIOTTA, 211, 212; zu den rechtlichen Schranken der Tätigkeiten eines Privatdetektivs vgl. ausführlich SCHAUB, 154 ff., 164 ff. und 172 ff.

<sup>528</sup> Vgl. z.B. BGer, 12.11.2009, 6B\_536/2009 (= SJ 2010 I, 394 ff.); vgl. dazu auch EDÖB, Arbeitsbereich, Oktober 2014.

keitsverletzenden Bearbeitung von Personendaten befasst, ist im Zusammenhang mit rechtswidrigen Beweisbeschaffungshandlungen etwa auch dann relevant, wenn Videoaufzeichnungen mittels Dashcam im Strassenverkehr getätigt werden.<sup>529</sup>

- 238 Die Fälle von rechtswidrigen Beschaffungshandlungen beschränken sich allerdings nicht nur auf die typischen Persönlichkeitsverletzungen. Eine rechtswidrige Beschaffungshandlung liegt gleichermassen beispielsweise dann vor, wenn ein Anwalt unter Missachtung einer Vertraulichkeitsklausel einen Beweis in den Prozess einführt, da diesfalls ein Verstoss gegen Art. 12 BGFA vorliegt.<sup>530</sup>
- 239 Im Gegensatz zum Terminus der «Rechtswidrigkeit» liegt dem Terminus «Strafbarkeit» ein Verstoss gegen strafrechtliche Normen zugrunde.<sup>531</sup> So führt beispielsweise die Aufnahme einer Streitigkeit im nichtöffentlichen Bereich zur Verletzung einer strafrechtlichen Bestimmung.<sup>532</sup>
- 240 Der Begriff der «Rechtswidrigkeit» ist somit breiter gefasst, da er Verstösse gegen strafrechtliche Rechtsnormen inkludiert, sich aber nicht auf diese beschränkt. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass der im Zivilprozess

---

<sup>529</sup> Vgl. dazu KGer SZ, 20.06.2017, STK 2017; vgl. auch OGer BE, 01.05.2014, SK 2013 275, E. 2.1.b, das Aufnahmen einer Überwachungskamera in einem öffentlichen Schwimmbad aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten beurteilte. Zwar ist das DSG nicht auf hängige Zivil- und Strafverfahren anwendbar (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG), da der Schutz der Persönlichkeit im Zivil- und Strafverfahren durch eigene Bestimmungen gewahrt wird, allerdings ist die Frage, ob ein Beweismittel rechtswidrig beschafft wurde, eine Vorfrage, die ausserhalb des anwendbaren Verfahrensrechts beurteilt werden muss. Entsprechend gelangt das DSG im Kontext der rechtswidrigen Beweisbeschaffungen zur Anwendung (vgl. CHAPPUIS, 107, 124 f.).

<sup>530</sup> Vgl. BGE 140 III 6, E. 3 (= Pra 2014, Nr. 81); vgl. aber OGer ZH, 26.09.2014, E. 3.2.4, in dem die Beweismittel nicht rechtswidrig beschafft wurden, da sie vom Beweisgegner selbst erstellt und mit dem Vertraulichkeitsvermerk versehen wurden, ohne dass die Anwälte daran beteiligt waren. Entsprechend ist Art. 12 BGFA nicht anwendbar (vgl. dazu auch Rz. 247). Ein Verstoss gegen Art. 12 BGFA wurde auch vom OGer ZH, 23.10.2015, LB150007, E. 9.4, verneint. Bei den in Art. 12 BGFA aufgezählten Berufsregeln handelt es sich um Rechtsnormen, deren Verletzung die Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO begründen kann. Sie sind nicht mit den Standesregeln zu verwechseln, die von Berufsorganisationen festgesetzt werden. Ein Verstoss gegen eine Standesregel würde die Rechtswidrigkeit nicht zu begründen vermögen (vgl. dazu auch RÜEDI, Rz. 256). Vgl. auch BGer, 17.06.2011, 2C\_900/2010, E. 1.4; BGer, 03.05.2005, 2A\_658/2004, E. 3.4; RUSSENBERGER / WOHLGEMUTH, AJP 2017, 628 ff.; kritisch CERUTTI / FIRGERIO, Anwaltsrevue 2014, 388, 398.

<sup>531</sup> GODENZI, 171.

<sup>532</sup> Vgl. BGer, 10.12.2013, 6B\_946/2013, E. 1.



verwendete Begriff der «Rechtswidrigkeit» auch die Strafbarkeit mit umfasst.<sup>533</sup> Im Kontext des Strafprozesses ist demgegenüber einstweilen von den strafbar erlangten Beweismitteln die Rede.<sup>534</sup> Dahinter steckt die Überzeugung, dass nur die Verletzung von strafrechtlichen Normen ein strafrechtliches Verwertungsverbot legitimieren könne.<sup>535</sup>

GODENZI argumentiert in diesem Zusammenhang, dass die schlichte Zivilrechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht der Begründung eines strafrechtlichen Verwertungsverbotes dienen könne, da das Zivilrecht nur *inter partes* wirken würde.<sup>536</sup> Bei der Verletzung von privatrechtlichen Rechtsbeziehungen seien nur private Interessen betroffen, weshalb auch die Restitutionsleistungen nur gegenüber der betroffenen Privatperson und nicht gegenüber der Allgemeinheit zu erbringen seien. Die Regelung solcher zivilrechtswidriger Vorgänge sei daher Sache der Parteien.<sup>537</sup> Würden rein privatrechtswidrige Vorgänge im Strafverfahren berücksichtigt, indem in solchen Fällen ein Beweisverwertungsverbot statuiert würde, würde einerseits die Allgemeinheit von der reinen Zivilrechtswidrigkeit des Vorganges tangiert, indem ein Beweismittel unter Umständen keine Berücksichtigung finden könnte, obwohl der Vorgang für die Allgemeinheit mitunter gar keine Relevanz hat. Zudem würde im Rahmen eines Strafverfahrens über Billigung oder Missbilligung eines zivilrechtswidrigen Verhaltens entschieden, was dem Legalitätsprinzip widerspreche, welches den Staat nur zur Ahndung strafrechtswidrigen Verhaltens verpflichte.<sup>538</sup> 241

GODENZI ist insoweit zuzustimmen, als die strafrechtlichen Behörden grundsätzlich nur zur Ahndung strafrechtswidrigen Verhaltens verpflichtet sind. Bei der Nichtberücksichtigung von strafbar oder rechtswidrig beschafften Beweismitteln geht es allerdings nicht um die Sanktionierung oder Ahndung eines rechtswidrigen Verhaltens. Entsprechend stehen auch keine Restitutionsleistungen im Raum. Ratio des grundsätzlichen Beweisverwertungsverbots und der geforderten Interessenabwägung im Zivil- und Strafverfahren ist es vielmehr, den Grundsatz des fairen Verfahrens zu verwirklichen und der Gerechtigkeit Genüge zu tun.<sup>539</sup> Die Fairness des Verfahrens wird unabhängig davon tangiert, ob strafrechtliche oder sonsti- 242

<sup>533</sup> So implizit auch HABSCHEID, SJZ 1993, 185, 186.

<sup>534</sup> So hält Art. 150 VE StPO ausdrücklich fest: «Beweise, die von Privaten auf strafbare Weise erlangt wurden [...]».

<sup>535</sup> So z.B. GODENZI, 171.

<sup>536</sup> GODENZI, 171.

<sup>537</sup> GODENZI, 171.

<sup>538</sup> GODENZI, 171.

<sup>539</sup> Vgl. Rz. 297.

ge Normen verletzt werden. In beiden Fällen wird bei der Beweisbeschaffung gegen die Rechtsordnung verstossen. Die Qualifikation als strafbar oder rechtswidrig kann demnach nicht das ausschlaggebende Kriterium sein. SCHWANDER weist überdies meines Erachtens zu Recht darauf hin, dass die Berücksichtigung der reinen Strafrechtswidrigkeit zu einem Wertungswiderspruch gegenüber dem Zivilverfahren führen würde.<sup>540</sup> Insofern ist auch im Strafverfahren die reine Zivilrechtswidrigkeit des Beschaffungsverhaltens beachtlich.<sup>541</sup> Dieser Ansicht folgt auch das Bundesgericht.<sup>542</sup>

- 243 Da es sowohl im Kontext des Zivilprozesses wie auch des Strafprozesses unerheblich ist, welchem Rechtsgebiet die verletzte Rechtsnorm angehört,<sup>543</sup> ist es sachgerecht, vom generellen Begriff der rechtswidrigen Beweisbeschaffung auszugehen, der auch die strafbare Beweisbeschaffung umfasst. Dennoch wird die Rechtswidrigkeit durch rechtswidrige Beschaffungshandlungen meist durch einen Verstoß gegen strafrechtliche Bestimmungen begründet.<sup>544</sup>

#### **4 Normen des materiellen Rechts**

- 244 Die Rechtswidrigkeit ist grundsätzlich unabhängig davon zu bejahen, ob im Rahmen der Beschaffungshandlung gegen Normen des materiellen Rechts oder des formellen Rechts verstossen wird.<sup>545</sup> In beiden Fällen wird gegen objektive Normen der schweizerischen Rechtsordnung verstossen, was die Rechtswidrigkeit begründet.<sup>546</sup> Allerdings liegt den rechtswidrigen Beschaffungshandlungen von Privatpersonen meines Erachtens stets ein Verstoß gegen Bestimmungen der materiellen Rechtsordnung zugrunde.<sup>547</sup>

---

<sup>540</sup> SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 593.

<sup>541</sup> So implizit auch BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 40c.

<sup>542</sup> BGer, 17.01.2017, 6B\_1310/2015, E. 8.3; vgl. BGer, 12.11.2009, 6B\_536/2009, E. 3; vgl. BGer, 11.05.2012, 1B\_22/2012, E. 2.2.

<sup>543</sup> Vgl. auch WALDER, ZStrR 1966, 36, 37, der den Begriff der Rechtswidrigkeit verwendet.

<sup>544</sup> JEANNERET / KUHN, Rz. 9012; GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 670. Ein Verstoß gegen strafrechtliche Bestimmungen liegt unabhängig davon vor, ob bei Antragsdelikten ein Strafantrag gestellt wird und tatsächlich eine Bestrafung erfolgt (OGer ZH, 30.06.2016, UE150292, E. 3.2.4).

<sup>545</sup> SHK / PASSADELIS, Art. 152 ZPO N 11.

<sup>546</sup> Vgl. Rz. 229 ff.

<sup>547</sup> Zur Unterscheidung zwischen Normen des materiellen und des formellen Rechts vgl. Rz. 95 f.

Im strafprozessualen Kontext ist anerkannt, dass sich die Normen der StPO 245 grundsätzlich an die Strafbehörden richten und daher nicht auf die Handlungen von Privatpersonen angewandt werden können.<sup>548</sup> Daraus ergibt sich, dass Privatpersonen durch Beschaffungshandlungen nicht gegen strafprozessuale, das heisst formelle Bestimmungen verstossen können.<sup>549</sup>

Die Bestimmungen in der ZPO im Zusammenhang mit der Erhebung von 246 Beweisen richten sich ebenfalls an die staatlichen Behörden. So verlangt die ZPO beispielsweise, dass Parteien oder Dritte vor der Einvernahme über ihr Zeugnisverweigerungsrecht aufgeklärt<sup>550</sup> oder dass Zeugen einzeln befragt werden.<sup>551</sup> Eine Verletzung dieser und ähnlicher verfahrensrechtlicher Bestimmungen durch Privatpersonen ist nicht denkbar. Im Übrigen gelangt Art. 152 Abs. 2 ZPO überhaupt nur bei materiell rechtswidrig beschafften Beweismitteln zur Anwendung.<sup>552</sup>

## 5 Rechtsverbindlichkeit für das einzelne Rechtssubjekt

Eine Privatperson kann durch eine Beschaffungshandlung nur Rechtsnormen 247 verletzen, die für sie verbindlich sind. Eine Privatperson, die eine Urkunde aus dem Müll einer Anwaltskanzlei entwendet, verletzt nicht das Anwaltsgeheimnis, da dieses nur für den Anwalt gilt. Das Anwaltsgeheimnis lässt die Beschaffungshandlung in diesem Fall demnach nicht rechtswidrig werden.<sup>553</sup>

Eine Privatperson, die mit dem Ziel der Beschaffung eines Beweismittels 248 den Brief ihres Ehepartners öffnet, verletzt nicht das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV, wenngleich der Briefverkehr vom Schutzbereich dieses Grundrechts erfasst ist. Grundrechte schützen die einzelnen Rechtssubjekte vor Eingriffen des Staates.<sup>554</sup> Eine direkte Anwendung der Grundrechte auf das privatrechtliche Verhältnis ist nicht gestattet.<sup>555</sup> Da die Privatrechtssubjekte nicht Adressaten der Grundrechte sind, können sie im Rahmen der Beschaffungshandlung nicht gegen eine

<sup>548</sup> OGer ZH, 17.11.2011, UE 110074, E. 7.3.1.1; ZR 2014, Nr. 11, E. 5.1; CR / BÉ-NÉDICT / TRECCANI, Intro. Art. 139–141 CPP N 13; vgl. auch sogleich Rz. 247 ff.

<sup>549</sup> A.A. JEANNERET / KUHN, Rz. 9011; GODENZI, 166; ZR 2014, Nr. 4, E. 3.5.3; OGer BE, 28.11.2011, BK 11 161, E. 4.

<sup>550</sup> Vgl. Art. 161 Abs. 2 ZPO.

<sup>551</sup> Vgl. Art. 171 Abs. 2 ZPO.

<sup>552</sup> Vgl. dazu Rz. 95 ff.

<sup>553</sup> SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 149; Beispiel ebenfalls zitiert von RÜEDI, Rz. 253.

<sup>554</sup> AEBI-MÜLLER, Rz. 344.

<sup>555</sup> AEBI-MÜLLER, Rz. 357.

solche Bestimmung verstossen. Die Verletzung eines Grundrechts stellt daher von privater Seite her keine rechtswidrige Handlung dar.

- 249 Allerdings obliegt dem Gesetzgeber nicht nur die Pflicht, die Grundrechte selber zu achten, sondern darüber hinaus auch dafür zu sorgen, dass diese zwischen den Privaten beachtet werden.<sup>556</sup> Zu diesem Zweck sind die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen zum Teil auch im Zivil- und Strafrecht verankert. Dies zeigt sich beispielhaft anhand des Persönlichkeitsschutzes, der z.B. in Art. 28 ZGB und Art. 328 OR verankert wurde. Darüber hinaus dienen zahlreiche strafrechtliche Bestimmungen dem Persönlichkeitsschutz.<sup>557</sup> Damit dürfte ein Verhalten, das den Schutzbereich eines Grundrechts tangiert, in der Regel auch rechtswidrig sein aufgrund des Verstosses gegen eine einfachgesetzliche Bestimmung. Im genannten Fall des unbefugten Öffnens einer Postsendung ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts gemäss Art. 28 ZGB sowie der Verletzung des Schriftgeheimnisses gemäss Art. 179 Abs. 1 StGB.<sup>558</sup>
- 250 Entsprechendes gilt für Art. 140 StPO. Dieser kodifiziert verbotene Beweiserhebungsmethoden, z.B. Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen etc. Da durch diese Methoden erheblich in die Rechte der betreffenden Personen eingegriffen wird, gilt ein absolutes Beweisverwertungsverbot für Beweise, die auf die genannte Weise erlangt wurden. Die Methoden sind auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person der Anwendung zustimmt.<sup>559</sup> Da sich die Normen der StPO grundsätzlich nur an die Strafbehörden richten,<sup>560</sup> ist meines Erachtens auch Art. 140 StPO auf Beweisbeschaffungshandlungen durch Privatpersonen nicht direkt anwendbar.<sup>561</sup> Sollten Privatpersonen bei der Beweisbeschaf-

---

<sup>556</sup> Man bezeichnet dies als indirekte Drittwirkung der Grundrechte (AEBI-MÜLLER, Rz. 348).

<sup>557</sup> BSK / MEILI, Art. 28 ZGB N 10. Zur Kongruenz des verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes vgl. BRÜCKNER, Rz. 381 ff.

<sup>558</sup> Vgl. BGer, 11.10.2013, 5A\_313/2013, E. 3; vgl. auch BGer, 27.06.2017, 4A\_94/2017, E. 3.2.1.

<sup>559</sup> Z.B. darf ein Lügendetektor auch nicht auf Antrag der beschuldigten Person zu ihrer Entlastung eingesetzt werden. Dazu BGE 109 Ia 273, E. 7; BGer, 14.12.2009, 6B\_708/2009, E. 1.6; BGer, 22.08.2008, 6B\_586/2008, E. 2; BGer, 02.02.2012, 6B\_663/2011, E. 1.3.

<sup>560</sup> BSK / GLESS, Art. 140 StPO N 19. Vgl. aber OGer BE, 28.11.2011, BK 11 161, E. 4, nach welchem das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b StPO als Rechtsgrundsatz mit allgemeiner Geltung auch für Privatpersonen gilt.

<sup>561</sup> So auch KGer FR, 22.01.2016, 502 2015 145, E. 7; a.A. OGer ZH, 28.05.2013, SB120440, E. 5.1.1; vgl. auch PAREIN, Jusletter 08.10.2012, Rz. 29 f.

fung sich der genannten verbotenen Beweiserhebungsmethoden bedienen, z.B. durch Drohungen, muss dem starken Eingriff in die Rechte Dritter im Rahmen der Interessenabwägung Rechnung getragen werden.<sup>562</sup>

Daraus folgt, dass im Falle einer gegen das Recht verstossenden Beschaffungshandlung zunächst zu prüfen ist, ob der Urheber der Beschaffungshandlung überhaupt Adressat der verletzten Rechtsnorm ist. Ist dies nicht der Fall, ist das Verhalten nicht als rechtswidrig zu qualifizieren. 251

## V Nichtrechtfertigung

### 1 Ansicht in der Lehre

In der Lehre wird grösstenteils die Ansicht vertreten, bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes entfalle die Rechtswidrigkeit des Beschaffungsaktes.<sup>563</sup> KAUPER hält beispielsweise fest: «Bei Vorliegen eines sog. berechtigten Interesses am positiven Beweisergebnis wird man in aller Regel bereits den Beschaffungseingriff als gerechtfertigt, das heisst rechtmäßig ansehen können. Die Frage einer möglichen Unverwertbarkeit stellt sich dann gar nicht.»<sup>564</sup> 252

Damit nimmt die Lehre meines Erachtens eine ungerechtfertigte Vermischung zwischen der materiellrechtlichen und der verfahrensrechtlichen Ebene vor, was zu stossenden Ergebnissen führen kann. Diese können dann vermieden werden, wenn der im materiellen Recht geltende Rechtswidrigkeitsbegriff nicht unbesehen auf die verfahrensrechtliche Ebene übertragen wird.<sup>565</sup> Im vorliegenden Kontext unterstützt dies die Notwendigkeit, den 253

<sup>562</sup> A.A. BGer, 11.05.2012, 1B\_22/2012, E. 2.2.

<sup>563</sup> Vgl. RÜEDI, Rz. 264; STAUB, 159 ff.

<sup>564</sup> KAUPER, 14; GODENZI, 170; HAUSER, FS Habscheid, 139 ff.; HABSCHIED, SJZ 1993, 185, 187 f.; PC / MOREILLON / PAREIN-REYMOND, Art. 141 CPP N 5; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 77; RÜEDI, Rz. 264; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / HASENBÖHLER, Art. 152 ZPO N 35; PK / SCHMID N., Art. 141 StPO N 3; OFK / RIKLIN, Art. 141 StPO N 4. Vgl. aber KGer VS, 30.04.2002, ZWR 2002, 310, demgemäss ein privates Beweisführungsinteresse nicht als Rechtfertigungsgrund gelten kann. So auch ZR 1995, Nr. 36, E. f.

<sup>565</sup> Vgl. auch ZEISS, ZZP 1976, 377, 389: «Wir sind bisher zu dem Ergebnis gekommen, dass die materielle Rechtswidrigkeit nicht ohne Weiteres auf den Prozess durchschlägt.» Ähnlich auch PETERS, ZZP 1963, 145, 153: «Der Verstoß gegen die jeweilige Verbotsnorm wird mit den Verbotsfolgen des dazugehörigen Rechtsgebiets geahndet. Dass zu den strafrechtlichen und bürgerrechtlichen Folgen noch eine prozessuale, nämlich die Unverwertbarkeit der Urkunden als Beweismittel trete, ist

Begriff autonom zu definieren,<sup>566</sup> und macht deutlich, dass allfällige Rechtfertigungsgründe für eine rechtswidrige Beweisbeschaffung erst im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind.

## **2 Notwendigkeit der Abstraktion zwischen der materiell-rechtlichen und der verfahrensrechtlichen Ebene**

### **a) Ausgangslage**

- 254 Der Verstoss gegen die Rechtsordnung im Kontext einer Beweisbeschaffung ist sowohl auf materiellrechtlicher wie auch auf verfahrensrechtlicher Ebene relevant. Er ist Anknüpfungspunkt für materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtsfolgen.<sup>567</sup> Auf materiellrechtlicher Ebene löst er die vom materiellen Recht vorgesehenen Rechtsfolgen aus. Auf verfahrensrechtlicher Ebene determiniert er die Verwertbarkeit eines Beweismittels. Dies lässt sich exemplarisch anhand einer Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB illustrieren:
- 255 Wie erläutert ist eine Beschaffungshandlung rechtswidrig, wenn sie gegen eine Norm des objektiv gesetzten, materiellen schweizerischen Rechts verstösst.<sup>568</sup> Wird im Rahmen einer Beweisbeschaffung demnach gegen die durch Art. 28 ZGB geschützte Persönlichkeit verstossen, liegt aus verfahrensrechtlicher Sicht eine rechtswidrige Beschaffungshandlung vor. Sowohl im Kontext des Zivilprozesses wie auch im Kontext des Strafprozesses wird die (grundsätzliche) Unverwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels statuiert.<sup>569</sup> Daraus ergibt sich, dass an die Rechtswidrigkeit, die sich im vorliegenden Fall als Verstoss gegen Art. 28 ZGB manifestiert, eine verfahrensrechtliche Rechtsfolge, die Unverwertbarkeit des erlangten

---

eine nicht fundierte Behauptung.» Ähnlich auch ROTH, JR 1950, 715. Sie sehen ebenfalls die Notwendigkeit zwischen den Rechtsfolgen auf materieller Ebene und den Rechtsfolgen auf verfahrensrechtlicher Ebene zu abstrahieren. A.A. BRINKMANN, AcP 2006, 746, 748, der ausführt, im Falle der Berücksichtigung des Beweismittels im Prozess bleibe die «Verletzung der Rechte des Beweisgegners nicht nur sanktionslos, sondern das Gericht ermöglicht es sogar dem Verletzer, die Früchte seines Rechtsbruchs [...] zu ernten». Ähnlich auch HABSCHEID, SJZ 1993, 185, 186: «Was strafrechtlich oder zivilrechtlich Unrecht ist, darf nicht im Prozess als legitimer Beweis zugelassen werden.»

<sup>566</sup> Vgl. Rz. 226.

<sup>567</sup> KAISSIS, 119.

<sup>568</sup> Vgl. Rz. 229 ff.

<sup>569</sup> Vgl. Rz. 92, 131.

Beweismittels, geknüpft wird.<sup>570</sup> Dies, da die Verwertbarkeit eines Beweismittels, das unter Verstoss gegen die materielle Rechtsordnung erlangt wurde, den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt.<sup>571</sup>

Der aus verfahrensrechtlicher Sicht relevante Verstoss gegen Art. 28 ZGB ist auch aus materieller Sicht relevant. An die Persönlichkeitsverletzung werden materiellrechtliche Konsequenzen geknüpft. Im konkreten Fall erlangt die verletzte Person beispielsweise das Recht, beim Gericht zu beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten, eine bestehende Verletzung zu beseitigen oder die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen.<sup>572</sup>

Somit zeigt sich, dass ein Rechtsverstoss im materiellrechtlichen sowie im verfahrensrechtlichen Kontext relevant ist. Im einen Fall ist er Anknüpfungspunkt für materiellrechtliche Rechtsfolgen, im anderen Fall ist er Anknüpfungspunkt für die Unverwertbarkeit eines Beweismittels.

#### **b) Ausschluss der verfahrensrechtlich vorgesehenen Interessenabwägung**

Würde der von der Lehre vertretenen Ansicht gefolgt und nicht zwischen der materiellrechtlichen und der verfahrensrechtlichen Ebene abstrahiert, würde die materielle Rechtfertigung eines bestimmten Verhaltens durch ein verfahrensrechtliches Interesse, z.B. ein Beweisinteresse, stets dazu führen, dass der Beweis verwertbar wäre. Dies hätte im Endeffekt zur Folge, dass die materiellrechtliche Ebene die verfahrensrechtliche Ebene determiniert, was zu inhärent stossenden Ergebnissen führen kann.

Es ist, wie erläutert, geradezu das Ziel, dass ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel grundsätzlich von der Verwertung ausgeschlossen wird, um dem Grundsatz des fairen Verfahrens Rechnung zu tragen.<sup>573</sup> Sowohl im Zivil- wie auch im Strafverfahren ist vorgesehen, dass eine Interessenabwägung im Einzelfall die Verwertbarkeit des rechtswidrig beschafften Beweismittels legitimieren kann.<sup>574</sup> Der von der Lehre vertretene Ansatz, der die materiellrechtliche Ebene nicht von der verfahrensrechtlichen Ebene abstrahiert, lässt die vorgesehene Interessenabwägung entfallen.

Zur Veranschaulichung mag folgendes Beispiel dienen: Partei X macht eine Forderung gegen Partei Y geltend, basierend auf einem Schuldvertrag.

<sup>570</sup> Vgl. auch RÜEDI, Rz. 354.

<sup>571</sup> Dazu Rz. 297.

<sup>572</sup> Vgl. Art. 28a Abs. 1 ZGB; vgl. auch RÜEDI, Rz. 354.

<sup>573</sup> Vgl. Rz. 297.

<sup>574</sup> Vgl. Rz. 301.

Nachdem die Vertragskopie der Partei X bei einem Brand untergegangen ist und keine weiteren Kopien existieren, ist das Vertragsexemplar der Partei Y das einzige Beweismittel für die bestehende Forderung. Da Partei Y gedroht hat, das Vertragsexemplar zu vernichten, dringt Partei X in die Geschäftsräumlichkeiten der Partei Y ein, entwendet den Vertrag und reicht ihn als Beweismittel im Zivilverfahren ein. Die Lehre vertritt nun mehrheitlich die Meinung, dass das rechtswidrige Verhalten analog dem materiellen Recht durch den Beweisnotstand gerechtfertigt sein kann, sodass gar kein rechtswidriges Verhalten vorliegt, das eine Interessenabwägung nötig machen würde.<sup>575</sup>

- 261 Meines Erachtens ist dies wenig sachgerecht. Zum einen wird der vom Verfahrensrecht vorgesehene Mechanismus, wie über die Verwertbarkeit eines Beweismittels zu befinden ist, umgangen. Zum anderen wird den widerstreitenden Interessen an der Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines Beweismittels nicht angemessen Rechnung getragen. Das Beweismittel könnte nämlich als verwertbar erachtet werden, ohne dass sämtliche Interessen, die für oder gegen eine Verwertbarkeit sprechen, abgewogen würden. Beispielsweise würden die Interessen des Beweisgegners an der Unverwertbarkeit nicht in die Abwägung mit einbezogen.
- 262 Diese Problematik wurde auch von RÜEDI im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung erkannt: «Es drängt sich somit die Frage auf, ob die geltende Regelung stets zum toten Buchstaben verkommt, wenn zuvor eine Abwägung gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB vorzunehmen war.» RÜEDI hat meines Erachtens richtigerweise darauf hingewiesen, dass es nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann, dass die Anordnung der Interessenabwägung in Fällen von Persönlichkeitsverletzungen stets sinnlos ist, zumal der Gesetzgeber im Zivilprozessrecht ja gerade den Mittelweg der Interessenabwägung gewählt hat.<sup>576</sup> Dieser Ansicht ist insbesondere auch

---

<sup>575</sup> Vgl. Rz. 252 f.

<sup>576</sup> RÜEDI löst diese Problematik für sich auf, indem er im materiellrechtlichen und im verfahrensrechtlichen Kontext zwei unterschiedliche Schutzinteressen der Persönlichkeit konstruiert. Seiner Meinung nach ist das Schutzinteresse der Persönlichkeit bei der materiellrechtlichen Interessenabwägung stets höher als bei der verfahrensrechtlichen Interessenabwägung, da es bei der Interessenabwägung im materiellrechtlichen Kontext um die Persönlichkeitsverletzung *per se* gehe, während im verfahrensrechtlichen Kontext nur über die Verwertbarkeit von Beweismitteln entschieden werde. Da das Schutzinteresse im materiellrechtlichen Kontext gewichtiger sei, sei es denkbar, dass die Persönlichkeitsverletzung aus materiellen Gesichtspunkten rechtswidrig ist, eine Verwertbarkeit aus verfahrensrechtlicher Sicht aber trotzdem möglich ist (RÜEDI, Rz. 355 f.). Diese Aussage erscheint meines Er-



vor dem Hintergrund zuzustimmen, dass die Persönlichkeitsverletzung ein Paradebeispiel der rechtswidrigen Beschaffung darstellt.<sup>577</sup>

### c) Ungleichbehandlung von Fällen

Darüber hinaus würde dies zu einer Ungleichbehandlung von Fällen führen, in denen die Beschaffungshandlung explizit dazu dient, Beweismittel für einen Prozess zu beschaffen, im Gegensatz zu Fällen, in denen die Beschaffungshandlung erst nachträglich als Beschaffungshandlung qualifiziert wird, weil ursprünglich nicht bezweckt werden sollte, Beweismittel für einen Prozess zu beschaffen.<sup>578</sup> 263

Im Falle, dass die Beschaffungshandlung explizit dazu diene, Beweismittel für einen Prozess zu beschaffen, könnten die verfahrensrechtlichen Motive Auslöser für eine rechtswidrige Beschaffungshandlung sein, so z.B. ein Beweisnotstand, der einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann und eine Interessenabwägung obsolet machen würde. In Fällen, in denen die verfahrensrechtlichen Interessen dagegen nicht Motiv der rechtswidrigen Beschaffungshandlung war, könnten die verfahrensrechtlichen Interessen, wie beispielsweise oben genannter Beweisnotstand, der zwischenzeitlich entstanden sein kann, erst im Rahmen der Interessenabwägung Berücksichtigung finden. Da bei der Interessenabwägung stets weitere Interessen Berücksichtigung finden, wäre es denkbar, dass trotz Vorliegens eines Beweisnotstandes das Gericht trotzdem zu dem Schluss gelangen würde, dass das Beweismittel als unverwertbar zu qualifizieren ist. Es ist nicht ersichtlich, welche sachlichen Gründe für die Ungleichbehandlung der beiden Fälle sprechen könnten, sodass diese wenig zielführend scheint. 264

## 3 Abstraktion durch autonome Rechtswidrigkeitsdefinition

Die im letzten Abschnitt erläuterte Problematik wird letztlich dadurch hervorgerufen, dass im materiellrechtlichen und im verfahrensrechtlichen Kontext der gleiche Begriff verwendet wird, diesem aber nicht die gleiche Definition zugrunde liegt. Es wurde bereits zu Beginn des vorliegenden Kapitels festgestellt, dass der Begriff der Rechtswidrigkeit im verfahrens-

---

achtens wenig nachvollziehbar, da sich keine Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass das Schutzinteresse in den beiden Kontexten variieren würde.

<sup>577</sup> Vgl. Rz. 342.

<sup>578</sup> Vgl. Rz. 176.

rechtlichen Sinne autonom zu definieren ist.<sup>579</sup> Es wurde des Weiteren festgestellt, dass Rechtswidrigkeit im verfahrensrechtlichen Kontext zunächst bedeutet, dass im Rahmen der Beschaffungshandlung gegen eine Bestimmung des materiellen, objektiv gesetzten schweizerischen Rechts verstossen wurde.<sup>580</sup>

- 266 Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist zunächst nicht relevant, ob diese Rechtsverletzung im doppelten Sinne, das heisst als Verletzung der rechtlichen Norm und des dahinterstehenden geschützten Interesses, gerechtfertigt werden kann. Relevant ist lediglich, dass durch den Rechtsverstoss der Grundsatz des fairen Verfahrens tangiert wird und deshalb die grundsätzliche Unverwertbarkeit des Beweismittels angeordnet werden muss, um dem Anspruch an ein faires Verfahren Genüge zu tun. Allfällige Rechtfertigungsgründe vermögen daher die Rechtswidrigkeit im verfahrensrechtlichen Kontext nicht zu heilen.<sup>581</sup>
- 267 Anders verhält es sich bei der Einwilligung. Bei der Einwilligung handelt es sich nicht um einen Rechtfertigungsgrund im eigentlichen Sinne, sondern diese schliesst bereits den Tatbestand der Rechtsverletzung an sich aus: *Volenti non fit iniuria* – Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht.<sup>582</sup> Daher liegt bei einer Einwilligung überhaupt kein rechtswidrig be-

---

<sup>579</sup> Vgl. Rz. 226.

<sup>580</sup> Vgl. Rz. 229 ff.

<sup>581</sup> Dieser Rechtswidrigkeitsbegriff unterscheidet sich vom Rechtswidrigkeitsbegriff, wie er im materiellen Recht Verwendung findet. Aus materieller Sicht ist eine Handlung dann rechtswidrig, wenn sie nicht gerechtfertigt werden kann. Dies lässt sich anschaulich anhand des Persönlichkeitsrechts aufzeigen. Art. 28 ZGB eröffnet Personen, welche in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt worden sind, die Möglichkeit, ans Gericht zu gelangen (für die vorgesehenen Rechtsbehelfe vgl. Art. 28a ZGB). Eine widerrechtliche Verletzung liegt vor, wenn sie weder durch Einwilligung des Verletzten noch im Rahmen einer Interessenabwägung oder durch Gesetz gerechtfertigt werden kann. Eine Persönlichkeitsverletzung bleibt eine Persönlichkeitsverletzung. Die Widerrechtlichkeit und damit die angeordneten zivilrechtlichen Rechtsfolgen entfallen jedoch, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (a.A. wohl z.B. AEBI-MÜLLER, medialex 2010, 227, 228; ALIOTTA, 211, 213). Entsprechendes gilt im Strafrecht: Wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, entfällt zwar die Strafbarkeit gemäss Art. 179<sup>bis</sup> StGB, es ändert aber nichts daran, dass dadurch in die Persönlichkeit des Einzelnen eingegriffen worden ist.

<sup>582</sup> So für das Persönlichkeitsrecht explizit BÄCHLI, 89 ff.; vgl. auch RÜEDI, Rz. 268: «Die Einwilligung hebt die Beeinträchtigung des Rechtsguts und damit die Rechtswidrigkeit auf [...]» Vgl. auch BGE 136 III 410, E. 2.2.1. Vgl. zum Erfordernis der Einwilligung ZR 2014, Nr. 4, E. 3.8.2, in welchem eine konkludente Einwilligung angenommen wurde. Ebenso in BGE, 05.03.2001, 1A.303/2000, E. 2c. Demgegenüber wurde die konkludente Einwilligung in BGE, 17.01.2017, 6B\_1310/2015, E. 5.5.1 und 5.5.3 verneint. Vgl. auch BGE, 11.10.2013, 5A\_313/2013, E. 3.2, in

schafftes Beweismittel vor und es muss keine Interessenabwägung durchgeführt werden.<sup>583</sup>

#### 4 Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen im Rahmen der Interessenabwägung

Im zivilprozessualen wie auch im strafprozessualen Verfahren sind rechts- 268  
widrig beschaffte Beweismittel grundsätzlich unverwertbar. In beiden Ver-  
fahren ist allerdings vorgesehen, dass eine Interessenabwägung im Einzel-  
fall die ausnahmsweise Verwertbarkeit rechtfertigen kann. Im Rahmen  
dieser Interessenabwägung finden die verfahrens- bzw. beweisrechtlichen  
Motive, welche als Rechtfertigungsgründe für eine rechtswidrige Beschaf-  
fungshandlung dienen könnten, beispielsweise ein Beweisnotstand, Berück-  
sichtigung.<sup>584</sup>

Es kann daher durchaus sein, dass ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel 269  
im Prozess nicht verwertet werden kann, obwohl ein Beweisnotstand  
vorliegt, da im Rahmen der Interessenabwägung gegen die Verwertbarkeit  
eines Beweismittels zu entscheiden ist. Gleichzeitig können aber auf mate-  
riellrechtlicher Ebene dennoch Sanktionen ausbleiben, weil der Beweisnot-  
stand das rechtswidrige Verhalten rechtfertigen kann.<sup>585</sup>

---

welchem geprüft wurde, ob ein Ehemann seiner Frau eine stillschweigende Einigung erteilt hatte, seine Post zu öffnen, und diese zwischenzeitlich – trotz Trennung – nicht widerrufen hat. Vgl. auch BGer, 11.05.2012, 1B\_22/2012, E. 2.2, aus welchem hervorgeht, dass die Einwilligung immer nur für die konkrete Handlung erteilt werden kann. Im genannten Fall stand zur Beurteilung, ob neben der Einwilligung zum Fotografieren auch eine Einwilligung zum Filmen erteilt worden war, da das Filmen tiefer in die Intimsphäre eingreift. Vgl. zur Einwilligung im Allgemeinen RÜEDI, Rz. 268 f.

<sup>583</sup> A.A. RÜEDI, Rz. 268 ff.; vgl. auch BGer, 11.05.2012, 1B\_22/2012, E. 2.2.

<sup>584</sup> So auch HÄRING, ZStrR 2008, 225, 234, für das Strafverfahren: «Bei der Interessenabwägung ist ebenso zu berücksichtigen, dass ein allenfalls deliktisches Vorgehen von Privaten bei der Beweiserhebung durch Notwehr, Notstand oder sonstige berechnete Interessen gerechtfertigt sein könnte. So z.B., wenn das vorerwähnte Opfer unerlaubterweise ein Gespräch mit dem Erpresser aufnimmt oder wenn ein Geschädigter dem Beschuldigten ein Beweismittel entwendet, dass dieser zu vernichten droht.»

<sup>585</sup> Vgl. auch RÜEDI, Rz. 354.

### § 3 Zusammenfassung

- 270 Die Analyse des vorliegenden Kapitels galt den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der rechtswidrigen Beweisbeschaffung durch Privatpersonen.
- 271 Eine Beschaffungshandlung ist dabei jede aktive menschliche Handlung, die eine kausale Ursache dafür ist, dass ein Beweismittel in ein Zivil- oder Strafverfahren eingeführt werden kann.<sup>586</sup> Sowohl das Beschaffen und Einreichen eines bereits existenten Beweismittels wie auch das Herstellen eines noch nicht existenten Beweismittels stellt eine Beschaffungshandlung dar.<sup>587</sup>
- 272 Als Beweismittel bezeichnet man ein Wahrnehmungsobjekt, das dazu geeignet ist, Tatsachen der Vergangenheit nachweislich zu rekonstruieren.<sup>588</sup> Die Vorgaben an die Zulässigkeit von Beweismitteln divergieren im Zivil- und Strafverfahren. Im Zivilverfahren ist erforderlich, dass ein Beweismittel formgerecht, fristgerecht und tauglich ist, damit es im Verfahren Berücksichtigung findet. Ist dies nicht der Fall, ist das Beweismittel von vornherein unzulässig, ist die rechtswidrige Beschaffung unerheblich und die Frage der Verwertbarkeit stellt sich nicht.<sup>589</sup> Im Strafverfahren sind grundsätzlich jegliche Beweismittel zugelassen, soweit sie geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu beweisen, und überdies rechtlich zulässig sind. Ist die Eignung eines Beweismittels zu verneinen, ist die Rechtswidrigkeit der Beschaffung wiederum unbeachtlich. Mit dem Kriterium der rechtlichen Zulässigkeit wird dagegen explizit auf die Art und Weise der Beschaffung Bezug genommen, die den Anknüpfungspunkt dafür darstellt, um über die Verwertbarkeit eines Beweismittels zu befinden.<sup>590</sup> Die Untersuchung, welche Beweismittel überhaupt einer (rechtswidrigen) Beschaffung zugänglich sind, zeigte, dass im vorliegenden Kontext der Urkundenbeweis und die Zeugenaussage im Zentrum stehen.<sup>591</sup>
- 273 Entsprechend des Fokus der vorliegenden Arbeit wurden die Privatpersonen als Urheber der Beschaffungshandlung untersucht. Sowohl natürliche wie auch handlungsfähige juristische Personen können Beschaffungshandlungen vornehmen.<sup>592</sup> Dabei ist es unerheblich, ob die Beschaffungshand-

---

<sup>586</sup> Vgl. Rz. 166 ff.

<sup>587</sup> Vgl. Rz. 177 f.

<sup>588</sup> BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 13; vgl. Rz. 180 ff.

<sup>589</sup> Vgl. Rz. 183 ff., 188, 189 f.

<sup>590</sup> Vgl. Rz. 191 f., 193 ff.

<sup>591</sup> Vgl. Rz. 196 ff.

<sup>592</sup> Vgl. Rz. 205 ff.

lungen von den verfahrensbeteiligten Personen oder von Drittpersonen, wie z.B. beauftragten Personen, vorgenommen werden.<sup>593</sup> Aufgrund der besonderen Konstellation im Strafverfahren ist zudem sicherzustellen, dass die Privatpersonen autonom von den Strafverfolgungsbehörden handeln, da ihre Handlungen andernfalls den Hoheitsträgern zuzurechnen wären und die für sie geltenden Regeln zur Anwendung kämen.<sup>594</sup>

Die Rechtswidrigkeit ist im Kontext der Beweisbeschaffungshandlung autonom zu definieren.<sup>595</sup> Es zeigt sich, dass eine Beschaffungshandlung immer dann rechtswidrig ist, wenn im Rahmen der Beschaffungshandlung gegen eine Bestimmung des materiellen, objektiv gesetzten, schweizerischen Rechts verstossen wird. Erfasst ist das eidgenössische, kantonale und kommunale Recht sämtlicher Normstufen in sämtlichen Rechtsgebieten. Insbesondere findet keine Beschränkung auf strafrechtliche Normen statt. Einziges Erfordernis ist, dass der Urheber der Beschaffungshandlung Adressat der entsprechenden Norm ist.<sup>596</sup> 274

Der Begriff der Rechtswidrigkeit dient im verfahrensrechtlichen Kontext als Anknüpfungspunkt für die Frage der Verwertbarkeit eines Beweismittels. Allfällige Rechtfertigungsgründe, die die rechtswidrige Beschaffung des Beweismittels legitimieren könnten, wie z.B. ein Beweisnotstand, sind im Rahmen der Interessenabwägung zu prüfen. Diese ist vorgesehen, um den sich widerstreitenden Interessen im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines Beweismittels angemessene Rechnung zu tragen.<sup>597</sup> Allfällige Rechtfertigungsgründe vermögen die Rechtswidrigkeit im verfahrensrechtlichen Kontext nicht auszuschliessen. Insofern unterscheidet sich der Begriff der Rechtswidrigkeit im verfahrensrechtlichen vom materiellrechtlichen Kontext. Lediglich die Einwilligung führt auch im verfahrensrechtlichen Kontext dazu, dass die Interessenabwägung entfällt. Dies, da die Einwilligung nicht eine bestimmte Handlung rechtfertigt, sondern den rechtsverletzenden Tatbestand *per se* ausschliesst.<sup>598</sup> 275

---

<sup>593</sup> Vgl. Rz. 208 f.

<sup>594</sup> Vgl. Rz. 210 ff.

<sup>595</sup> Vgl. Rz. 225 f.

<sup>596</sup> Vgl. Rz. 227 ff.

<sup>597</sup> Vgl. Rz. 268 ff.

<sup>598</sup> Vgl. Rz. 267.



## **5. Kapitel:**

### **Verwertbarkeit rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffter Beweise**

Zivil- und Strafverfahren sehen die grundsätzliche Unverwertbarkeit 276 rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffter Beweise vor. In beiden Verfahren ist allerdings anerkannt, dass die grundsätzliche Unverwertbarkeit zu stossenden Ergebnissen führen könnte. Um den sich widerstreitenden Interessen im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Beweisbeschaffung durch Privatpersonen angemessen Rechnung tragen zu können, ist in beiden Verfahren eine Interessenabwägung vorgesehen, um über die Verwertbarkeit rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffter Beweismittel zu befinden. Diese Interessenabwägung steht im Fokus des vorliegenden Kapitels.





---

## § 1 Ausgangslage

### I Rechtsfrieden als Ziel von Zivil- und Strafverfahren

Zu Beginn des zweiten Kapitels der vorliegenden Dissertation wurde bereits angesprochen, dass Zivil- und Strafverfahren einen unterschiedlichen Zweck verfolgen. Während das Zivilverfahren der Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte dient, dient das Strafverfahren der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Wenngleich die Konflikte, die den beiden Verfahren zugrunde liegen, divergieren, ist die Ausgangslage die gleiche: In beiden Verfahren liegt ein Sachverhalt vor, der zu einer Störung des Rechtsfriedens geführt hat.<sup>599</sup> 277

Vor diesem Hintergrund dienen Zivil- und Strafverfahren dazu, soziale Konflikte in einem vorgegebenen Verfahren mit Hilfe der staatlichen Organe beizulegen<sup>600</sup> und damit letztlich durch hoheitliche Urteile den Rechtsfrieden wiederherzustellen.<sup>601</sup> Durch die Möglichkeit, gesellschaftliche Konflikte vor staatlichen Gerichten auszutragen, soll das Verbot der Selbsthilfe wirksam umgesetzt werden.<sup>602</sup> 278

### II Gerechtigkeit als Basis des Rechtsfriedens

Das Ziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens durch hoheitliche Gerichtsurteile kann nur dann erreicht werden, wenn den gerichtlichen Urteilen gesellschaftliche Akzeptanz zuteilwird. Dies ist dann der Fall, wenn die gerichtlichen Urteile als gerecht erachtet werden.<sup>603</sup> GIGER hält diesbezüglich treffend fest: «Der Weg in die Zukunft wird weitgehend durch die Überzeugung von der Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit, Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit einer Entscheidung geprägt.»<sup>604</sup> Damit ist der Begriff der Gerechtigkeit angesprochen, dem im vorliegenden Zusammenhang eine zentrale Bedeutung zukommt. 279

---

<sup>599</sup> Vgl. Rz. 23 ff., 26 ff.

<sup>600</sup> Vgl. ZIPPELIUS, 125; TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 11; THOMMEN, recht 2014, 264, 268.

<sup>601</sup> KRAATZ, 254; FORNITO, 40; SCHMID N., Rz. 9; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 1 Rz. 4.

<sup>602</sup> WIPRÄCHTIGER, FS Giger, 77, 81 f.; vgl. auch VOGEL-ETIENNE, NZZ, 22.02.2013.

<sup>603</sup> TYLER, 270; KRAATZ, 254; vgl. auch NEUMANN, ZStW 1989, 52.

<sup>604</sup> GIGER, FG Giger, 301, 321.

- 280 Gerechtigkeit ist ein diffiziler Begriff,<sup>605</sup> der sich kaum definieren lässt, sofern er überhaupt einer Definition zugänglich ist.<sup>606</sup> Im vorliegenden verfahrensrechtlichen Kontext ist relevant, dass der Gerechtigkeit üblicherweise zwei Ausprägungen zugeschrieben werden. Sie werden als formelle und materielle Gerechtigkeit umschrieben.<sup>607</sup>

### III Ausprägungen der Gerechtigkeit

#### 1 Formelle Gerechtigkeit

- 281 Rechtsstaatliche Verfahren dienen der Durchsetzung des materiellen Rechts und damit letztlich der Bereinigung von sozialen Konflikten.<sup>608</sup> Sie haben aber nicht nur eine dienende Funktion, sondern gewährleisten darüber hinaus, dass Sachverhaltsabklärung und Rechtsanwendung in einem gesetzlich geregelten, fairen Verfahren erfolgen.<sup>609</sup> So hat das Bundesgericht passend ausgeführt: «Prozessuale Formen sind unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten.»<sup>610</sup> Dahinter liegt die Erkenntnis, dass es nicht Sinn und Zweck rechtsstaatlicher Verfahren sein kann, das materielle Recht um jeden Preis durchzusetzen.<sup>611</sup> Solche Verfahren würden den Zweck der Konfliktbereinigung verfehlen und neue Konflikte schaffen.<sup>612</sup>

---

<sup>605</sup> THOMMEN, recht 2014, 264, 269; FORNITO, 40; KRAATZ, 259.

<sup>606</sup> TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 2. In diesem Sinne auch das Bundesgericht: «Die Gerechtigkeit aber lässt sich nicht näher umschreiben.» (BGE 96 I 567, E. 3a).

<sup>607</sup> THOMMEN, recht 2014, 264, 267.

<sup>608</sup> TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 11; THOMMEN, recht 2014, 264, 268.

<sup>609</sup> Die den Verfahren zugrunde liegenden Prozessordnungen haben damit auch einen eigenen Wert (DONATSCH / CAVEGN, ZStrR 2008, 158, 159). Vgl. auch WIPRÄCHTIGER, FS Giger, 77, 85: «Misst man der Verfahrensgerechtigkeit eine selbständige Bedeutung zu, wird das Verfahren nicht mehr als blosses Werkzeug gesehen, mit welchem die materielle Gerechtigkeit hergestellt werden soll, sondern als eigenständiger Ort der Gerechtigkeit, ja geradezu als Quelle der Gerechtigkeit.» A.A. WALDER, ZStrR 1966, 36: Er qualifiziert die formelle Gerechtigkeit im Zusammenhang mit dem Strafprozess nicht als eigenes Verfahrensziel.

<sup>610</sup> BGE 95 I 4, E. 2a.

<sup>611</sup> Dazu Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 2 StPO N 7, für das Strafverfahren, wobei deren Grundaussage auch auf das Zivilverfahren übertragen werden kann.

<sup>612</sup> THOMMEN, recht 2014, 264, 268. Darüber hinaus können faire Verfahren gerade auch der Wahrheitsfindung dienen, indem gewisse Methoden der Beweiserhebung

Vor diesem Hintergrund gilt ein Urteil als gerecht, wenn es in einem fairen und menschenwürdigen Verfahren zustande gekommen ist.<sup>613</sup> Damit ist der formelle Aspekt der Gerechtigkeit angesprochen. Man bezeichnet die formelle Gerechtigkeit daher auch als Verfahrensgerechtigkeit.<sup>614</sup> 282

Die formelle Gerechtigkeit ist für die Zivil- und Strafverfahren gleichermaßen relevant. Aufgrund des im Strafverfahren herrschenden Machtungleichgewichts kommt dem Grundsatz der Formstrenge<sup>615</sup> im Strafverfahren aber besonderes Gewicht zu. Der Staat fungiert im Strafverfahren als Vertreter der Allgemeinheit. Er vertritt das Allgemeininteresse, Straftaten zu verfolgen und zu vergelten. Dieser Auftrag gekoppelt mit der staatlichen Macht gegenüber den Beschuldigten schafft eine vereinfachte Ausgangslage für staatlichen Machtmissbrauch durch die staatlichen Behörden.<sup>616</sup> 283

## 2 Materielle Gerechtigkeit

### a) Wirklichkeit als gewünschte Urteilsgrundlage

Die materielle Gerechtigkeit entspricht eher dem intuitiven Verständnis der Gerechtigkeit.<sup>617</sup> Jene Person soll einen Rechtsnachteil erleiden, die sich nicht rechtskonform verhalten hat.<sup>618</sup> 284

Als materiell gerecht gilt ein Urteil, wenn es auf der Wahrheit, das heisst den wahren Tatsachen, beruht. Dies ist der Fall, wenn der historische Sachverhalt so rekonstruiert werden kann, dass er der Wirklichkeit entspricht.<sup>619</sup> 285

---

untersagt werden, z.B. Folter (vgl. Art. 140 StPO). Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Person unter Folter nur ein vermeintliches Geständnis ablegt, weil sie dadurch weiteren Folterungen entgehen möchte (TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 11; ähnlich auch ZIMMERLIN, Rz. 12).

<sup>613</sup> Vgl. BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 1; THOMMEN, recht 2014, 264, 267; FREI, 5; TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 6 ff.; NEUMANN, ZStW 1989, 52 ff. Das Recht auf ein faires Verfahren ist in Art. 29 BV wie auch in Art. 6 EMRK verankert, wobei sich keine Hinweise auf die Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweise entnehmen lassen. Gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte muss lediglich gewährleistet werden, dass das Verfahren insgesamt fair ist (vgl. z.B. EGMR, 12.07.1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 10862/84, § 46; vgl. auch GROSSEN, Mélanges Wessner, 613, 614).

<sup>614</sup> TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 3.

<sup>615</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 StPO.

<sup>616</sup> SCHMID N., Rz. 9; BGE 95 I 1, E. 2a; ZR 1973, Nr. 75, E. 2.

<sup>617</sup> Gemäss OBERHOLZER, Rz. 701, entspricht die materielle Gerechtigkeit den gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen. Vgl. auch PETERS, ZZP 1963, 145.

<sup>618</sup> MUTHORST, 14; vgl. THOMMEN, recht 2014, 264, 269; FORNITO, 40.

<sup>619</sup> SCHILLING, 107; WIPRÄCHTIGER, FS Giger, 77, 83.

und das Recht richtig angewendet wurde.<sup>620</sup> Insofern wird die materielle Gerechtigkeit auch als Ergebnisgerechtigkeit bezeichnet.<sup>621</sup> Dass ein Urteil auf der Wirklichkeit beruht, ist aus erkenntnistheoretischen und verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten Utopie.

## **b) Erkenntnistheoretische Vorbehalte**

- 286 Objektive Mittel zur Sachverhaltsrekonstruktion, wie z.B. Filmaufnahmen oder Fotos, liegen meist nur in begrenztem Umfang vor, so dass die Rekonstruktion der Wirklichkeit im betreffenden Zivil- oder Strafverfahren in erheblichem Masse von den Erinnerungen der Sachverhaltsbeteiligten abhängig ist.<sup>622</sup>
- 287 Zunächst besteht im Zivil- und Strafverfahren gleichermaßen die Problematik, dass bereits die Frage, was Wirklichkeit ist, von den subjektiven Wahrnehmungen der einzelnen Verfahrensbeteiligten abhängt. Die Wirklichkeit wird nicht von jedermann gleich wahrgenommen, sondern von den Ansichten und Einstellungen der Verfahrensbeteiligten geprägt. Damit ist bereits die Wirklichkeit selbst ein Konstrukt.<sup>623</sup> Darüber hinaus ist das menschliche Erinnerungsvermögen weder unbegrenzt noch objektiv.<sup>624</sup> Die menschliche Erinnerung «generiert nicht Fakten, sondern Fiktionen».<sup>625</sup> Über diese kurz umrissenen erkenntnistheoretischen Vorbehalte hinaus legen auch die prozessualen Regelungen der Wahrheitsermittlung Schranken auf.<sup>626</sup>

---

<sup>620</sup> TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 3; FORNITO, 40; KRAATZ, 259. Dem englischen Begriff «verdict», wörtlich übersetzt «Wahrspruch», lässt sich der Anspruch an die Grundlage des Urteils direkt entnehmen (THOMMEN, recht 2014, 264, 268 f.).

<sup>621</sup> TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 3.

<sup>622</sup> KAUFMANN M., 75.

<sup>623</sup> THOMMEN, recht 2014, 264, 270. Er verweist dabei auf den Dichter Urs Widmer, nach welchem «jedes Erinnern, auch das genaueste, ein Erfinden ist» (WIDMER, 7). Vgl. auch TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 6; vgl. auch VON DITFURTH, 313: «Die von uns erlebte Wirklichkeit ist in solchem Maße abhängig von der Beschaffenheit unserer Wahrnehmungsorgane und der Struktur unseres Denkens, daß es zulässig erscheint, zu sagen, sie sei die Schöpfung unseres Gehirns. Allerdings produziert unser Gehirn auch diese Wirklichkeit nicht in Freiheit, sondern nach allem, was wir wissen, in der Auseinandersetzung mit einer realen Welt, die für uns jedoch hinter der Fassade der Wirklichkeit verborgen bleibt.» Vgl. auch BENDER / NACK / TREUER, 9 ff., zur Beschränktheit des menschlichen Wahrnehmungsvermögens.

<sup>624</sup> BSK / GLESS, Art. 139 StPO N 7; PITSCH, 66 f.; vgl. auch GREUEL, 42 ff.; dazu ausführlich KAUFMANN M., 75 ff.

<sup>625</sup> THOMMEN, recht, 2014, 264, 270; vgl. auch KAUFMANN M., 80 ff.

<sup>626</sup> THOMMEN, recht 2014, 264, 270; GÖSSEL, FS Bockelmann, 801, 802.

**c) Verfahrensrechtliche Vorbehalte**

**aa) *Formelle Wahrheit im Zivilverfahren entspricht nicht der Wirklichkeit***

Die formelle Wahrheit tritt im klassischen Zivilverfahren unter Geltung der Verhandlungsmaxime am ausgeprägtesten zu Tage. Der Anschaulichkeit halber werden die Ausführungen im vorliegenden Teilkapitel deshalb unter der Prämisse vorgenommen, dass im entsprechenden Zivilverfahren die klassische Verhandlungsmaxime gilt.<sup>627</sup> 288

Wie bereits im zweiten Kapitel der vorliegenden Dissertation untersucht wurde, liegt die Sachverhaltsermittlung im Zivilverfahren, bei Geltung der Verhandlungsmaxime in besonderem Masse, grundsätzlich in den Händen der Parteien<sup>628</sup>. Ihnen obliegt es, Behauptungen aufzustellen und die dazu gehörigen Beweismittel zu nennen.<sup>629</sup> Das Gericht darf sich nur ausnahmsweise mittels der gerichtlichen Fragepflicht oder der Beweiserhebung von Amtes wegen an der Ermittlung des Sachverhalts beteiligen.<sup>630</sup> Es ermittelt selbst nicht, sondern stellt primär auf den von den Parteien übereinstimmend vorgebrachten Sachverhalt ab.<sup>631</sup> Was von den Parteien nicht eingebracht wurde, existiert für das Gericht nicht.<sup>632</sup> Falls eine Tatsache von einer Partei behauptet wird und von der Gegenpartei nicht bestritten wird, gilt sie für das Gericht als (formell) wahr.<sup>633</sup> Den im Zivilverfahren auf diese Weise ermittelten Sachverhalt bezeichnet man als formelle Wahrheit.<sup>634</sup> 289

Diese Methode der Sachverhaltsermittlung wird gemeinhin als die aus resourcentechnischer Sicht effizienteste Methode bezeichnet.<sup>635</sup> Dies unter 290

<sup>627</sup> Die Ausführungen dieses Abschnitts gelten in abgeschwächter Form auch, wenn in einem Zivilverfahren die gemilderte Verhandlungsmaxime oder die eingeschränkte beziehungsweise uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, da die Parteien auch bei Geltung der genannten Verfahrensmaximen zur Mitwirkung verpflichtet sind (vgl. Rz. 45 f., 53).

<sup>628</sup> Vgl. Rz. 42.

<sup>629</sup> Vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO; dazu Rz. 35 ff.

<sup>630</sup> Vgl. Art. 56 ZPO und Art. 153 Abs. 2 ZPO; vgl. Rz. 43 ff.

<sup>631</sup> SARBACH, ZBJV 2000, 685, 686 f.; vgl. Rz. 42.

<sup>632</sup> KuKo ZPO / OBERHAMMER, Art. 55 ZPO N 10; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 12.

<sup>633</sup> LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Rz. 9.141; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 10 Rz. 15; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 20; OBERHOLZER, Rz. 18; vgl. dazu auch Rz. 42.

<sup>634</sup> VOUILLOZ, AJP 2009, 830, 831; MEIER, Rz. 21. Auch als relative Wahrheit oder Wahrheit *inter partes* bezeichnet (KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 55 ZPO N 2).

<sup>635</sup> Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 5; Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger / SUTTER-SOMM / SCHRANK, Art. 55 ZPO N 9.

anderem deswegen, weil die Parteien den Sachverhalt am besten kennen und dem Gericht am ehesten aufzeigen können, wie sich ein Sachverhalt tatsächlich zugetragen hat.<sup>636</sup> Darüber hinaus haben die Parteien ein inhärentes Interesse daran, dem Gericht die für sie günstigen Tatsachen darzulegen.<sup>637</sup> Dadurch, dass jede Partei dem Gericht ihre Wahrnehmung der Faktenlage vermittelt, soll das Gericht ein der Wirklichkeit entsprechendes Bild erhalten. Die Motivation der Parteien gründet darauf, dass sie jeweils einen für sich ungünstigen Entscheid verhindern möchten.<sup>638</sup>

- 291 Da die formelle Wahrheit zu einem grossen Teil von der Mitwirkung der Parteien abhängt, können die Parteien in der Theorie, bewusst oder unbewusst, beeinflussen, welcher Sachverhalt dem Urteil zugrunde gelegt wird.<sup>639</sup> Der ermittelte Sachverhalt stimmt nicht notwendigerweise mit der Wirklichkeit überein.<sup>640</sup>

**bb)      *Materielle Wahrheit im Strafverfahren entspricht nicht der Wirklichkeit***

- 292 Im Strafverfahren gilt prinzipiell die Untersuchungsmaxime. Sie besagt, dass der Sachverhalt durch die Strafbehörden von Amtes wegen zu ermitteln ist.<sup>641</sup> Die Parteien sind zur Mitwirkung berechtigt, aber nicht zur Mitwirkung verpflichtet.<sup>642</sup> Die Strafbehörden müssen sämtliche belastenden und entlastenden Tatsachen ermitteln. Im Gegensatz zum Zivilverfahren erstreckt sich die Ermittlungspflicht der Strafbehörden auch auf unbestrittene oder zugestandene Tatsachen.<sup>643</sup> Der auf diese Weise ermittelte Sachverhalt wird als materielle Wahrheit bezeichnet. Die Ermittlung der materiellen Wahrheit ist «[l']un des objectifs fondamentaux du procès pénal».<sup>644</sup> Da sich die materielle Wahrheit nicht am Konsens der Verfahrensbeteilig-

---

<sup>636</sup> SARBACH, ZBJV 2000, 685, 688 f.; Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 5.

<sup>637</sup> Brunner / Gasser / Schwander / GLASL, Art. 55 ZPO N 5.

<sup>638</sup> SARBACH, ZBJV 2000, 685, 688, bezeichnet dies als technische Begründung der Verhandlungsmaxime in Abgrenzung zur ideologischen Begründung gemäss derer die Verhandlungsmaxime «die prozessuale Ausprägung der Privatautonomie» darstellt.

<sup>639</sup> PETERS, ZZP 1963, 145, 146; vgl. zu der auf den Grundsatz von Treu und Glauben abgestützten Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilverfahren NAEGELI, Anwaltsrevue 2010, 292, 296.

<sup>640</sup> WEICHBRODT, 29.

<sup>641</sup> Vgl. Rz. 58.

<sup>642</sup> Vgl. Rz. 63.

<sup>643</sup> FREI, 17; vgl. Rz. 60 ff.

<sup>644</sup> JEANNERET / KUHN, Rz. 8001.

ten orientiert, wird sie gemeinhin als die wirkliche Wahrheit angesehen, das heisst jene Wahrheit, bei der die «dem Urteil zugrunde gelegten Tatsachen mit dem objektiv, erkennbaren, wirklichen Geschehen» übereinstimmen.<sup>645</sup>

Die Vorstellung, der Sachverhalt könnte in einem rechtsstaatlichen Verfahren wie ein historisches Forschungsprojekt lückenlos rekonstruiert werden, ist allerdings utopisch.<sup>646</sup> Die Sachverhaltsermittlung muss auch im Strafverfahren effizient gestaltet werden, da die zuständigen Behörden weder in finanzieller noch in zeitlicher Hinsicht über unbegrenzte Mittel verfügen.<sup>647</sup> Die Komplexität der Lebenssachverhalte verlangt, dass Letztere auf jene Aspekte reduziert werden, die für die Rechtsanwendung relevant sind. Nur diese Elemente sind abzuklären.<sup>648</sup> Darüber hinaus führt auch die Tatsache, dass der Sachverhalt justizförmig, das heisst innerhalb der gesetzlichen Vorgaben abgeklärt werden muss, zu einer Relativierung des Gehalts der materiellen Wahrheit. Es ist durchaus denkbar, dass erfolgversprechende Ermittlungen eingeschränkt oder untersagt werden. Ein Beweisverwertungsverbot ist ein exemplarisches Beispiel dafür.<sup>649</sup> Es handelt sich demnach auch bei der materiellen Wahrheit stets um eine beschränkte Wahrheit, die nicht zwingend mit der Wirklichkeit übereinstimmt.

#### d) Annäherung an die Wirklichkeit als Urteilsgrundlage

Vor dem Hintergrund der erkenntnistheoretischen und verfahrensrechtlichen Vorbehalte wird ersichtlich, dass es keine wirkliche Wahrheit gibt, die im Rahmen eines Verfahrens gefunden oder rekonstruiert werden könnte.<sup>650</sup> Die Sachverhaltsermittlung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ist daher eher Konstruktion als Rekonstruktion.<sup>651</sup> Damit soll nicht gesagt sein,

<sup>645</sup> WEICHBRODT, 30; JOSITSCH, Rz. 5; KELLER, ZStrR 2011, 229, 230 f.; EICKER / HUBER, 32; BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 62.

<sup>646</sup> OBERHOLZER, Rz. 18; BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 61; KELLER, ZStrR 2011, 229, 231, bezeichnet es als wissenschaftstheoretisches Idealziel.

<sup>647</sup> KELLER, ZStrR 2011, 229, 232; THOMMEN, recht 2014, 264, 270.

<sup>648</sup> BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 61; THOMMEN, recht 2014, 264, 270; vgl. auch OBERHOLZER, Rz. 20: «Recht kann nur gesprochen werden, wenn es gelingt, die ganze Komplexität des menschlichen Lebens auf einige wenige Fakten oder Ereignisse zu reduzieren.»

<sup>649</sup> BSK / RIEDO / FIOKA, Art. 6 StPO N 60; Donatsch / Hansjakob / Lieber / WOHLERS, Art. 6 StPO N 2; WIPRÄCHTIGER, 63, 78; KELLER, ZStrR 2011, 229, 230 ff.

<sup>650</sup> THOMMEN, recht 2014, 264, 269.

<sup>651</sup> WEICHBRODT, 31; vgl. auch VOLK, FS Salger, 411, 412 f.; vgl. auch KEMPF, 21, 25 f. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, wird in der Lehre auch der Begriff der sogenannten forensischen Wahrheit (auch prozessuale oder gerichtliche Wahrheit genannt) verwendet (KELLER, ZStrR 2011, 229, 231; FREI, 6; BÜRGE, Anwalts-

dass es keine materielle Gerechtigkeit gibt. Allerdings soll dies ein Hinweis darauf sein, dass im Zivil- wie auch im Strafverfahren keine übertriebenen Anforderungen an die materielle Gerechtigkeit eines Urteils gestellt werden dürfen.<sup>652</sup> Grundsätzlich gilt, dass je besser das Geschehene rekonstruiert werden kann, umso gerechter das Urteil aus dem Blickwinkel der materiellen Gerechtigkeit zu bezeichnen ist.<sup>653</sup>

- 295 Da die materielle Gerechtigkeit bereits von ihrem Charakter her mit Limitationen verbunden ist, wird der formellen Gerechtigkeit zunehmend mehr Gewicht eingeräumt.<sup>654</sup> Dies ändert nichts daran, dass die formelle Gerechtigkeit zwar ein grundlegender, aber kein hinreichender Aspekt für ein gerechtes Urteil ist. Auch die materielle Gerechtigkeit beansprucht Berücksichtigung.<sup>655</sup>

## **§ 2 Interessenabwägung zur Annäherung an den Rechtsfrieden**

### **I Verwertung und Nichtverwertung als Gerechtigkeitsverletzung**

- 296 Die Problematik rund um die Verwertung rechtswidrig beschaffter Beweise ist ein Balanceakt vor dem Hintergrund der Gerechtigkeit. Unabhängig da-

---

revue 2017, 322). Dieser Wahrheitsbegriff geht von einer Art Gesamtkonzeption der Wahrheit aus und lässt die Unterscheidung in formelle und materielle Wahrheit beziehungsweise in Zivil- und Strafverfahren aussen vor. Das Begriffsverständnis beruht darauf, dass die Tatsachengrundlage, die der Entscheidung zugrunde gelegt wird, erst während des Verfahrens, konstruiert wird (KELLER, ZStrR 2011, 229, 231).

<sup>652</sup> TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 9; vgl. aber FREI, 5, der darauf hinweist, dass die materielle Gerechtigkeit zunehmend in Frage gestellt wird.

<sup>653</sup> FORNITO, 40; DEMKO, FS Riklin, 351, 354. Meines Erachtens ungenau ZIMMERLIN, Rz. 9, demgemäss die Wahrheit eine Vorfrage der Gerechtigkeit ist.

<sup>654</sup> FREI, 5; TRECHSEL, ZStrR 2000, 1, 6 ff.; NEUMANN, ZStW 1989, 52 ff.

<sup>655</sup> ZIPPELIUS, 126; NEUMANN, ZStW 1989, 52, 69 f.; vgl. auch ZR 1995, Nr. 36, E. c: «Es wäre mit den Verpflichtungen der Gerichte gegenüber den Rechtssuchenden nicht vereinbar und käme einer Kapitulation der Idee der Gerechtigkeit vor dem Prinzipienrecht gleich, wenn jede noch so leicht wiegende Normwidrigkeit bei der Beschaffung eines Beweismittels durch die Partei eines Zivilprozesses zur Unbeachtlichkeit des Beweismittels und damit unter Umständen zur Unbeachtlichkeit der an sich gefundenen Wahrheit führen müsste.»



von, ob das Gericht im Einzelfall die Verwertbarkeit oder die Unverwertbarkeit eines Beweismittels statuiert, wird notwendigerweise entweder die formelle oder die materielle Gerechtigkeit durch ein Urteil verletzt.<sup>656</sup>

Werden rechtswidrig beschaffte Beweise verwertet und einem Urteil zugrunde gelegt, wird damit die formelle Gerechtigkeit eines Urteils in Frage gestellt. Es wird in Kauf genommen, dass dem Urteil Beweise zugrunde gelegt werden, die dem Anspruch an ein justizförmiges Verfahren nicht gerecht werden, da sie selbst unter Verletzung der Rechtsordnung erlangt wurden.<sup>657</sup> Dies lässt sich mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens, wie er in Art. 29 BV verankert ist, nicht vereinbaren.<sup>658</sup> Es erscheint geradezu paradox, ein Urteil als gerecht ansehen zu wollen, das basierend auf einem ungerechten oder eben unfairen Verfahren zustande gekommen ist. In diesem Sinne wird in der Botschaft zur ZPO treffend auf den Grundsatz verwiesen, dass «Recht nicht durch Unrecht durchgesetzt werden darf.»<sup>659</sup>

Demgegenüber wird die materielle Gerechtigkeit eines Urteils in Frage gestellt, wenn rechtswidrig beschaffte Beweismittel nicht verwertet werden, obwohl sie einen erheblichen Beitrag zur Klärung des Sachverhalts leisten könnten.<sup>660</sup> Wenn rechtswidrig beschaffte Beweismittel nicht verwertet werden, so wird in Kauf genommen, dass ein Urteil nicht auf den wahren Begebenheiten beruht und unter Umständen eine zu Recht beschuldigte Person ungerechtfertigterweise freigesprochen oder einer Zivilpartei das ihr zustehende Recht nicht zugesprochen wird.<sup>661</sup> Auch die umgekehrten Fallkonstellationen sind denkbar, nämlich dass eine zu Unrecht beschuldigte Person im Strafverfahren dennoch verurteilt wird oder ein zivilprozessualer

<sup>656</sup> OBERHOLZER, Rz. 701; RÜEDI, Rz. 200, hält für Art. 152 Abs. 2 ZPO fest, dass dieser «zwei Gesichter trägt, in die niemand gleichzeitig blicken kann». Er sieht die Funktion von Art. 152 Abs. 2 ZPO allerdings nicht im Ausgleich zwischen der formellen und der materiellen Gerechtigkeit, sondern in der Vermittlung zwischen der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtsverwirklichung. THOMMEN, recht 2014, 264, 270. KELLNER, JR 1950, 270, 271, hat bereits 1950 erkannt, dass bei rechtswidrig erlangten Briefen das Streben nach der Wahrheitsermittlung mit dem Grundsatz der gesetzmässigen Beweisaufnahme kollidiert. Vgl. auch BRINKMANN, AcP 2006, 746, 748 f., der ausführt, die Wahrheitsfindung stehe im vorliegenden Kontext im Widerspruch zum Gebot der redlichen Verfahrensführung.

<sup>657</sup> Vgl. Rz. 281 ff.

<sup>658</sup> BGE 131 I 272, E. 3.2.2; OFK / BIAGGINI, Art. 29 BV N 11; BSK / WALDMANN, Art. 29 BV N 37.

<sup>659</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7312; Bericht VE ZPO, 77; KuKo / GASSER / RICKLI, Art. 152 ZPO N 2; vgl. auch BÉNÉDICT, 132: «Il n'est pas admissible de violer la loi pour la faire respecter.» GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 656.

<sup>660</sup> Vgl. Rz. 284 f.

<sup>661</sup> Vgl. THOMMEN, recht 2014, 264, 269.

Anspruch, der nicht rechtmässig besteht, nicht abgewehrt werden kann. Zwar wird damit nicht Recht durch Unrecht, aber umgekehrt Unrecht durch Recht durchgesetzt. Das Urteil ist insofern falsch, als es nicht auf dem wahren Sachverhalt beruht.<sup>662</sup>

## II Interessenabwägung als Optimierungsansatz

- 299 Es ist anerkannt, dass die Verwertung von rechtswidrig beschafften Beweismitteln zu einer Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens führt.<sup>663</sup> Angesichts dessen sehen Zivil- und Strafverfahren ein grundsätzliches Verwertungsverbot vor.<sup>664</sup> Die Verwertbarkeit ist allerdings nur dem Grundsatz nach ausgeschlossen. Es besteht kein absolutes Verwertungsverbot. Zwar würde ein absolutes Verwertungsverbot die Problematik rund um die rechtswidrig beschafften Beweismittel erheblich vereinfachen, allerdings spricht RÜEDI in diesem Zusammenhang richtigerweise von einer «gewaltsamen» Vereinfachung.<sup>665</sup> Damit würde dem Grundsatz des fairen Verfahrens und der formellen Gerechtigkeit stets Vorrang vor der Wahrheitsfindung und der materiellen Gerechtigkeit eingeräumt.<sup>666</sup> Dies aber würde im Einzelfall zu stossenden Ergebnissen führen.<sup>667</sup> Die gegenteilige Ansicht wurde vom Kanton Genf im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf der ZPO geäußert: «L'al. 3 de l'art. 147 PCS, qui laisse ouverte la possibilité de prendre en considération des preuves obtenues illicitement, n'a pas sa place dans un code de procédure civile. [...] Une preuve illégale ne devrait en aucun cas figurer dans un dossier civil.»
- 300 Keine der beiden Komponenten der Gerechtigkeit darf für sich genommen absolute Geltung beanspruchen.<sup>668</sup> «Weder darf die materielle Wahrheit um jeden Preis erforscht werden, noch darf ein übertriebener Formalismus die

---

<sup>662</sup> BRINKMANN, AcP 2006, 746, 748.

<sup>663</sup> BSK / WALDMANN, Art. 29 BV N 37 f.

<sup>664</sup> Vgl. Rz. 92, 131.

<sup>665</sup> RÜEDI, Rz. 301.

<sup>666</sup> So implizit für das Strafverfahren HÄRING, ZStrR 2009, 225, 231; HAUSER / SCHWERTI / HARTMANN, § 60 Rz. 6.

<sup>667</sup> BGE 109 Ia 244, E. 2b (= Pra 1983, Nr. 275); vgl. auch RÜEDI, Beweismittel, 77, 80, der den gesetzgeberischen Mittelweg im Zivilverfahren als begrüssenswert betrachtet. Vgl. aber HABSCHEID, SJZ 1993, 185, 189, der jene Partei im Vorteil sieht, die skrupellos gehandelt und einen Beweis rechtswidrig beschafft hat, gegenüber jener Partei, die nicht skrupellos gehandelt hat. Dies sei mit dem Grundsatz der Waffengleichheit und der Rechtsgleichheit im Verfahren nicht zu vereinbaren.

<sup>668</sup> ZIMMERLIN, Rz. 13.

Anwendung des materiellen Rechts gänzlich verhindern.»<sup>669</sup> Über die Verwertbarkeit eines durch Privatpersonen rechtswidrig beschafften Beweismittels ist deshalb im Rahmen einer Interessenabwägung zu befinden. Diese Interessenabwägung gewährt insofern einen Ausweg aus dem Dilemma, als eine Entscheidung im Einzelfall getroffen und sämtliche Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden können.<sup>670</sup> Mittels der Interessenabwägung kann so den komplexen Fällen der Realität Rechnung getragen werden.<sup>671</sup>

Damit bezweckt die Interessenabwägung im Zusammenhang mit der Problematik der rechtswidrigen Beweisbeschaffung im Einzelfall ein Arrangement zwischen der formellen und der materiellen Gerechtigkeit zu schaffen, um eine möglichst dem Rechtsfrieden Nachachtung verschaffende Lösung zu finden.<sup>672</sup> 301

### III Vorprüfung im Strafverfahren

#### 1 Hypothetisch rechtmässige staatliche Beweiserhebung

Im Zivilverfahren wird ohne Weiteres eine Interessenabwägung durchgeführt, wenn der Tatbestand der rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung erfüllt ist.<sup>673</sup> Demgegenüber wird im Strafverfahren zunächst geprüft, ob das entsprechende Beweismittel durch die Strafbehörden hätte rechtmässig erhoben werden können.<sup>674</sup> Ist eine rechtmässige Beweiserhebung durch die staatlichen Behörden hypothetisch nicht denkbar, ist eine Verwertbarkeit von vornherein ausgeschlossen.<sup>675</sup> Hätte ein Beweismittel von den Straf- 302

---

<sup>669</sup> ZIMMERLIN, Rz. 13; BGHSt 14, 358 ff., 365.

<sup>670</sup> GRONER, 135; BRINKMANN, AcP 2006, 746, 748; KIETHE, MDR 2005, 965, 966; RÜEDI, Haftpflichtprozess, 157, 166 f.

<sup>671</sup> HÄRING, ZStR 2009, 225, 234; GODENZI, 337.

<sup>672</sup> Vgl. auch BÜRGE, Anwaltsrevue 2017, 322; DONATSCH, fp 2012, 235, 238 f.

<sup>673</sup> Vgl. Rz. 90.

<sup>674</sup> Vgl. Rz. 130. Diese Praxis lehnt sich an den im deutschen Recht vertretenen Grundsatz der gesetzmässigen Alternative an, der vordergründig in Fällen rechtswidriger Beweiserhebung durch Strafbehörden zur Anwendung gelangt. Vgl. dazu z.B. BEULKE, ZStW 1991, 657; ROGALL, NStZ 1988, 385 ff.; KELNHOFER, 17.

<sup>675</sup> HÄRING, ZStR 2009, 225, 231; BGE 131 I 272, E. 4.1.1; BGE 96 I 437, E. 3b; BGE 103 Ia 206, E. 9b; BGE 109 Ia 244, E. 2b; FORNITO, 274. Ungenau meines Erachtens aber BGE 137 I 218, E. 2.3.5.1, gemäss dem die Tatsache, dass die Aufnahmen auf gesetzmässigem Weg nicht hätten gesichtet werden können, lediglich tendenziell für die Unverwertbarkeit der Aufnahmen spricht. Eine hypothetisch

verfolgungsbehörden allerdings rechtmässig erlangt werden können, ist die Verwertung eines Beweismittels möglich, wenn die Interessenabwägung für die Verwertung spricht.<sup>676</sup>

## 2 Beurteilung gemäss der konkreten gesetzmässigen Alternative

- 303 Die Prüfung der hypothetisch rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung kann abstrakt oder konkret erfolgen. Bei der abstrakten Prüfung ist es ausreichend, wenn die fragliche Beweiserhebung durch die Strafbehörden gemäss den strafprozessualen Bestimmungen ganz allgemein zulässig wäre, während bei der konkreten Prüfung erforderlich ist, dass die Beweiserhebung auch in Anbetracht der konkreten Umstände möglich und zulässig gewesen wäre.<sup>677</sup>
- 304 Das Bundesgericht hat bereits in BGE 109 Ia 244 angedeutet, dass es dem Grundsatz der konkreten gesetzmässigen Alternative folgt: «Dès lors, rien n'aurait empêché juridiquement que le même enregistrement, opéré en Suisse sur la ligne de la cabine téléphonique de l'hôpital ou séjournait X., soit réalisé conformément au droit et soit versé au dossier.»<sup>678</sup> Es beschränkte seine Prüfung nicht nur abstrakt darauf, ob die Strafverfolgungsbehörden gemäss den strafprozessualen Bestimmungen theoretisch überhaupt die Möglichkeit hatten, Telefongespräche abzuhören, sondern prüfte dies im genannten Fall auch konkret, indem es sich fragte, ob es aus juristischer Sicht einen Hinderungsgrund gab, die Telefonleitung des Spitals, in dem sich der Angeklagte aufhielt, zu überwachen und die entsprechende Aufnahme zu erstellen.<sup>679</sup>

---

rechtmässige staatliche Beweiserhebung ist beispielsweise in den Fällen von Art. 140 StPO nicht denkbar (vgl. ZR 1974, Nr. 44, E. 8).

<sup>676</sup> Vgl. Rz. 130; dazu auch FORNITO, 260, 262 ff.; anders WALDER, ZStrR 1966, 36, 50, dessen Meinung nach ein Beweismittel verwertbar ist, wenn es von den Strafbehörden rechtmässig hätte beschafft werden können. Er fordert (noch) keine Interessenabwägung.

<sup>677</sup> FORNITO, 264.

<sup>678</sup> BGE 109 Ia 244, E. 2b.

<sup>679</sup> Kritisch dazu FORNITO, 265, gemäss dem die Prüfung der konkreten gesetzmässigen Alternative zwar im Ansatz richtig ist, dem sie im vorliegenden Fall aber zu wenig weit geht: «Bei der Beurteilung darf nicht einfach von «technischen oder anderen äusseren Schwierigkeiten» abstrahiert werden, weil so im Ergebnis die Strafverfolgungsbehörden von allen tatsächlichen Schwierigkeiten befreit würden und kriminalistisches Versagen oder Unterlassungen der Ermittlungsorgane ohne weiteres «kompensiert» werden könnten.» Seiner Meinung nach hätte im oben genannten Fall

In der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird insbesondere 305  
darauf abgestellt, ob zum Zeitpunkt der rechtswidrigen Beweiserhebung  
bereits ein hinreichender Tatverdacht bestanden hat, der es den Strafverfol-  
gungsbehörden unter der Prämisse des Vorliegens der erforderlichen Ge-  
nehmigung erlaubte, die Beweise selbst zu erheben. Ausschlaggebend für  
die hypothetisch rechtmässige staatliche Beweiserhebung ist nicht, ob die  
Strafverfolgungsbehörden zum Zeitpunkt der rechtswidrigen Beweiser-  
hebung tatsächlich Kenntnis von den in Frage stehenden Delikten gehabt  
haben, sondern ob sie, wenn sie Kenntnis davon gehabt hätten, den entspre-  
chenden Beweis rechtmässig hätten erheben können.<sup>680</sup>

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht in einem Fall, in dem es um 306  
die Aufzeichnung von Telefongesprächen durch die Geschädigte ging, ent-  
schieden, dass die Beweiserhebung durch die Strafverfolgungsbehörden  
hypothetisch möglich gewesen wäre. Dies, da die dem Beschuldigten zur  
Last gelegten Delikte zum Zeitpunkt der Telefonaufnahme bereits zu einem  
grossen Teil stattgefunden hatten. Hätte die Geschädigte früher Strafanzei-  
ge erhoben und wäre den Strafverfolgungsbehörden der bestehende Tatver-  
dacht früher bekannt gewesen, wären sie hypothetisch dazu in der Lage  
gewesen, die entsprechenden Beweise rechtmässig zu erheben, da dem Be-  
schuldigten Delikte aus dem Katalog von Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO zur  
Last gelegt worden sind.<sup>681</sup>

Demgegenüber wurde in einem ähnlich gelagerten Fall die hypothetisch 307  
rechtmässige staatliche Beweiserhebung verneint, da die Strafverfolgungs-  
behörden das Beweismittel der Videoaufnahme nicht auf rechtmässigem  
Weg hätten beschaffen können. Dies, da zum Zeitpunkt der Aufnahme kein  
dringender Tatverdacht bestand, der die Anordnung einer Videoaufnahme  
gerechtfertigt hätte, insbesondere weil die in Frage stehende Videoaufnah-  
me nicht nur gemacht worden war, bevor eine Strafanzeige eingereicht

---

in die Beurteilung einbezogen werden müssen, ob der zuständige Untersuchungs-  
richter erreichbar war, um die Aufnahme des Gesprächs anzuordnen oder ob dieser  
nicht erreichbar war und daher die Aufzeichnung zum gegebenen Zeitpunkt gar  
nicht hätte bewilligen können. Diesfalls hätten die Strafverfolgungsbehörden im  
Endeffekt die Gesprächsaufzeichnung ebenfalls nicht rechtmässig vornehmen kön-  
nen. Vgl. auch SCHRÖDER, 113; vgl. auch BGer, 09.11.1978, SJZ 1981, 130 ff.

<sup>680</sup> PERRIER DEPEURSINGE, Art. 141 CPP.

<sup>681</sup> Vgl. dazu ausführlich BGer, 24.02.2014, 6B\_983/2013 und 6B\_995/2013, E. 3.3.1;  
vgl. auch BGE 131 I 272, E. 4.1.2; vgl. auch BGer, 08.02.2016, 6B\_786/2015,  
E. 1.3.1.

wurde, sondern sogar bevor die in Frage stehende Straftat überhaupt begangen wurde.<sup>682</sup>

### 3 Kritische Würdigung

- 308 In der Praxis ist gefestigt, dass im Strafverfahren hypothetisch zu prüfen ist, inwiefern rechtswidrig beschaffte Beweismittel auf rechtmässigem Wege durch die Strafbehörden hätten erhoben werden können. Gemäss HÄRING soll damit verhindert werden, dass sich der Staat Privatpersonen bedient, «um für ihn geltende absolute Verbote zu umgehen».<sup>683</sup>
- 309 Dieser Argumentation kann aber meines Erachtens nicht vollumfänglich gefolgt werden.<sup>684</sup> Zunächst ist in diesem Zusammenhang in Erinnerung zu rufen, dass eine rechtswidrige Beweisbeschaffung durch Privatpersonen überhaupt nur dann vorliegt, wenn die Privatpersonen von den staatlichen Behörden autonom handeln.<sup>685</sup> Die etablierte Praxis im Umgang mit rechtswidrig beschafften Beweismitteln kommt nicht zur Anwendung, wenn die Strafbehörden auf irgendeine Art und Weise an der rechtswidrigen Beweisbeschaffung mitgewirkt haben. Diesfalls gelangen die Bestimmungen der StPO, insbesondere Art. 141 StPO, zur Anwendung.<sup>686</sup>
- 310 Auch im Übrigen ist nicht erkennbar, inwiefern die Prüfung der hypothetisch rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung sachgerecht oder erforderlich sein soll. Bei der genannten Prüfung werden im Endeffekt die für die Strafbehörden geltenden Schranken der Sachverhaltsermittlung auf die Pri-

---

<sup>682</sup> BGer, 11.05.2012, 1B\_22/2012, E. 2.4.4; so auch BGer, 28.05.2013, 1B\_28/2013, E. 2.2.3; vgl. auch OGer BE, 22.03.2011, BK 11 9, E. 2.4 (= CAN 2012, Nr. 26), das im Zusammenhang mit den von einer privaten Firma ermittelten IP-Adressen, unter Hinweis auf die Problematik der «Fishing expedition», einen hinreichenden Tatverdacht verneint hat. Vgl. auch KGer SZ, 20.06.2017, STK 2017 1, E. 3aa, das im Falle der Aufzeichnung des Fehlverhaltens eines Verkehrsteilnehmers durch einen Fahrlehrer mittels einer Dashcam die hypothetisch rechtmässige staatliche Beweiserhebung verneint hat. Dies mit der Begründung, die Polizei sei nicht vor Ort gewesen, um das Fehlverhalten selbst festzustellen. Zudem habe es zum Zeitpunkt des Einschaltens der Dashcam an einer Straftat gefehlt und es habe kein Anlass bestanden, eine Kontrolle durchzuführen. Dementsprechend hätten die Beweise durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden nicht rechtmässig erlangt werden können.

<sup>683</sup> HÄRING, ZStrR 2009, 225, 232.

<sup>684</sup> Vgl. auch OFK / RIKLIN, Art. 141 StPO N 4, der diese Argumentation als problematisch bezeichnet.

<sup>685</sup> Vgl. Rz. 210 ff.

<sup>686</sup> Vgl. Rz. 119.

vatpersonen angewandt. Die Bestimmungen der StPO richten sich aber gerade nicht an Privatpersonen.<sup>687</sup> Sie richten sich an die Strafbehörden und sollen der Gefahr des staatlichen Machtmissbrauchs begegnen.<sup>688</sup>

Die Strafbehörden sind als staatliche Behörden gegenüber den Verfahrens- 311  
beteiligten mit Hoheitsgewalt ausgestattet.<sup>689</sup> Um die Macht der Strafbehörden zu begrenzen und den Einzelnen vor Übergriffen des Staates zu schützen, folgt die Sachverhaltsermittlung einem streng regulierten Verfahren, an dessen Schranken sich die Strafbehörden bei der Sachverhaltsermittlung halten müssen.<sup>690</sup> Privatpersonen sind aber gerade nicht mit Staatsgewalt ausgestattet. Zwar wird nicht in Abrede gestellt, dass auch Privatpersonen sich im Rahmen der Beweisbeschaffung an die Schranken der Rechtsordnung halten müssen, diese Schranken ergeben sich für Privatpersonen aber, wie bereits ausgeführt, nicht aus dem Verfahrensrecht, sondern aus dem materiellen Recht.<sup>691</sup>

Darüber hinaus führt die Prüfung der rechtmässigen staatlichen Beweiser- 312  
hebung dazu, dass die vorgesehene Interessenabwägung nicht zur Anwendung gelangen kann. Hätte ein Beweismittel durch die Strafbehörden im konkreten Fall nicht auf rechtmässigem Weg beschafft werden können, z.B. weil zum Zeitpunkt der Beweisbeschaffung durch die Privatperson noch keine Hinweise auf eine rechtswidrige Handlung vorlagen, resultiert ohne Weiteres ein Verwertungsverbot. Daraus folgt, dass das Beweismittel im genannten Fall selbst dann nicht verwertet werden könnte, wenn es prozessentscheidende Bedeutung hätte und die Nichtverwertung zu einem stossenden Urteil führen würde.<sup>692</sup> Damit wird den sich widerstreitenden Interessen an der Verwertung oder Nichtverwertung eines Beweismittels nicht angemessen Rechnung getragen.

Das Ausmass und die Art der rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffungs- 313  
handlung findet im Rahmen der Interessenabwägung angemessen Berücksichtigung,<sup>693</sup> sodass in Fällen schwerer Verletzungshandlungen durch Privatpersonen auch nach Durchführung einer Interessenabwägung ein Verwertungsverbot resultieren würde.

---

<sup>687</sup> Vgl. Rz. 120 f.

<sup>688</sup> SCHMID N., Rz. 9.

<sup>689</sup> Vgl. Rz. 26.

<sup>690</sup> Vgl. Rz. 283.

<sup>691</sup> Vgl. Rz. 121.

<sup>692</sup> Vgl. Rz. 355 ff.

<sup>693</sup> Vgl. Rz. 342 ff.

- 314 Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass meines Erachtens die Frage der Verwertbarkeit nicht losgelöst von den Interessen, die für und gegen eine Verwertung sprechen, beantwortet werden kann. Nur wenn sämtliche Umstände angemessen Berücksichtigung finden, kann der Gerechtigkeit Genüge getan und der Rechtsfrieden wiederhergestellt werden.<sup>694</sup> Entsprechend sollte auf die Prüfung der hypothetisch rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung im Strafverfahren verzichtet werden. Analog der Regelung im Zivilverfahren sollten die Fälle von rechtswidrig durch Privatpersonen beschafften Beweise anhand einer Interessenabwägung gelöst werden. Dies war in Art. 150 VE StPO so vorgesehen, der sich damit explizit – und meines Erachtens zu Recht – von der bis anhin entwickelten Praxis abwandte.

## **§ 3 Durchführung der Interessenabwägung**

### **I Interesse an der Wahrheitsfindung**

#### **1 Wahrheitsfindung dient der Rechtsdurchsetzung**

- 315 Sowohl im Zivil- wie auch im Strafverfahren spricht das Interesse an der Wahrheitsfindung für die Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels.<sup>695</sup> Die Wahrheitsfindung in einem rechtsstaatlichen Verfahren ist dabei kein Selbstzweck, sondern dient dazu, einen Sachverhalt für die Urteilsfindung möglichst so zu berücksichtigen, wie er sich in Wirklichkeit zugetragen hat. Nur wenn das Recht basierend auf den wahren Tatsachen durchgesetzt wird, kann materielle Gerechtigkeit erreicht werden.<sup>696</sup> Wie dargestellt, ist es nicht möglich, die Wirklichkeit vollständig zu rekonstruieren. Je umfassender der Sachverhalt aber ermittelt werden kann, desto mehr kann man sich den wahren Gegebenheiten annähern. Im Interesse der

---

<sup>694</sup> Vgl. Rz. 299 ff.; so auch FORNITO, 274.

<sup>695</sup> Vgl. Art. 152 Abs. 2 ZPO; BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 40a; HÄRING, ZStrR 2009, 225, 231; vgl. auch Art. 150 VE StPO.

<sup>696</sup> Vgl. Rz. 284 f.; vgl. Art. 150 VE StPO, der explizit ausführt, dass ein Beweismittel verwertbar ist, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung und der Durchsetzung des Strafrechts als vorrangig zu betrachten ist. In diesem Sinne auch BGE 109 Ia 244, E. 2b; BGE 120 Ia 314, E. 2d.



Rechtsdurchsetzung ist es daher angezeigt, die Wahrheitsfindung soweit möglich zu realisieren.<sup>697</sup>

## 2 Wahrheitsfindung als privates und öffentliches Interesse

### a) Im Zivilverfahren

Die Wahrheitsfindung liegt im Zivilverfahren sowohl im privaten wie auch im öffentlichen Interesse.<sup>698</sup> Durch eine zivilrechtliche Streitigkeit wird primär der Rechtsfrieden zwischen den Parteien gestört. Das Zivilverfahren strebt insofern danach, den Rechtsfrieden zwischen den Parteien durch Feststellung und Durchsetzung der subjektiven Rechte wiederherzustellen.<sup>699</sup> Entsprechend liegt es auf der Hand, dass im Zivilverfahren ein privates Interesse an der Wahrheitsfindung besteht. Dieses entspricht dem Rechtsschutzinteresse der beweisführenden Partei.<sup>700</sup> 316

Die Allgemeinheit wird durch die privatrechtliche Streitigkeit zwischen den Parteien zunächst nicht tangiert.<sup>701</sup> Dennoch besteht auch ein öffentliches Interesse an der Wahrheitsfindung. Dieses öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung manifestiert sich beispielsweise darin, dass auch im Zivilverfahren, das in erheblichem Masse der Disposition der Parteien unterliegt, die Möglichkeit besteht, von Amtes wegen Beweis zu erheben, wenn 317

<sup>697</sup> Vgl. Rz. 294 f.

<sup>698</sup> GRONER, 144; a.A. Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 82.

<sup>699</sup> Vgl. Rz. 23.

<sup>700</sup> Vgl. SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 148. Das Bezirksgericht Zürich hat sogar einzig das private Beweisführungsinteresse zur Abwägung gebracht: «Vielmehr muss es [das Gericht] aufgrund seiner Aufgabe – Wahrheitsfindung in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren, im Einzelfall allenfalls unter angemessener Sorge für die unbeholfene Partei – zu einer Abwägung zwischen dem Rechtsschutzinteresse des Beweisführers und der Schwere der rechtswidrigen Handlung verpflichtet sein [...]» (ZR 1995, Nr. 36, E. c). Auch das Bundesgericht hat sich für die Berücksichtigung des privaten Beweisführungsinteresses ausgesprochen (BGer, 17.02.2000, 5P.308/1999, E. 4a). So explizit auch STAEHELIN, A., 1, 8; ROTH, JR 1950, 715; SUTTER-SOMM, 789; WEIBEL, Rz. 79; a.A. RÜEDI, Rz. 306, der die Berücksichtigung von privaten Interessen unter Art. 152 Abs. 2 ZPO verneint. Er argumentiert, dass sich aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte, der Systematik und dem Zweck der Norm keine Hinweise darauf entnehmen liessen, dass der Gesetzgeber auch private Interessen berücksichtigt haben möchte. A.A. auch ZR 1983, Nr. 33, wobei das entsprechende Verfahren allerdings unter Geltung der Offizialmaxime erging, da das Kindeswohl betroffen war.

<sup>701</sup> Vgl. SARBACH, ZBJV 2000, 685, 689.

an der Richtigkeit einer nicht bestrittenen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen.<sup>702</sup>

- 318 Das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung liegt darin begründet, dass auch die Gesellschaft ein Interesse daran hat, dass der Rechtsfrieden zwischen den Parteien wiederhergestellt werden kann. Eine Wiederherstellung des Rechtsfriedens ist nur möglich, wenn gerechte Urteile gefällt werden. Werden also Urteile gefällt, die nicht möglichst auf einer wirklichkeitsgetreuen Tatsachenbasis beruhen, kann der Rechtsfrieden nur begrenzt wiederhergestellt werden, da ihnen die (materielle) Gerechtigkeit fehlt. Ist dies nur einige wenige Male der Fall, ist dies wohl noch nicht problematisch. In dem Moment, in dem sich aber in der Wahrnehmung der Gesellschaft solche Fälle häufen, scheint die Rechtssicherheit und mit ihr das Vertrauen der Gesellschaft in das Justizsystem gefährdet. Ein funktionierendes Justizsystem, das von der Allgemeinheit anerkannt wird und auf das man sich verlassen kann, ist aber Grundvoraussetzung für ein erfolgreiches gesellschaftliches und wirtschaftliches Zusammenleben.

#### **b) Im Strafverfahren**

- 319 Im Strafverfahren ist das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung offensichtlich. In genanntem Verfahren wird der Rechtsfrieden über das Verhältnis zwischen der beschuldigten und der geschädigten Person hinaus gestört. Die Gesellschaft hat ein Interesse daran, einen Täter, der eine strafbare Handlung begangen hat, einer gerechten Bestrafung zuzuführen und einen zu Unrecht Beschuldigten vor einer Strafe zu bewahren.<sup>703</sup>
- 320 Darüber hinaus besteht auch im Strafverfahren ein privates Interesse an der Wahrheitsfindung.<sup>704</sup> Dieses ist je nach Konstellation der geschädigten Person und unter Umständen auch der beschuldigten Person zuzurechnen. Die geschädigte Person hat ein Interesse an der Wahrheitsfindung, um den Täter einer gerechten Strafe zuzuführen. Die beschuldigte Person hat sodann zumindest in dem Fall, dass sie zu Unrecht beschuldigt wird, ebenfalls ein Interesse daran, dass die Wahrheit gefunden und sie von den zu Unrecht erhobenen Vorwürfen entlastet wird.<sup>705</sup>

---

<sup>702</sup> Vgl. Art. 153 Abs. 2 ZPO; SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 582; vgl. Rz. 43.

<sup>703</sup> SCHWANDER, FS Sutter-Somm, 573, 574 f.; vgl. Rz. 27.

<sup>704</sup> A.A. offenbar WOLFLAST, NSZ 1987, 103, 105.

<sup>705</sup> Vgl. auch BGer, 28.04.2006, 6P.54/2006, E. 2b, der dem Interesse an der Wahrheitsfindung ein erhebliches Gewicht einräumt, da sowohl das Interesse des Staates an der Aufklärung des Delikts sowie jenes der beschuldigten Person, von der Anklage befreit zu werden, für die Wahrheitsfindung sprechen.

## II Abwägung gegen das Interesse an einem fairen Verfahren

### 1 Vorherrschende Ansicht

Im Zivil- und Strafverfahren wird einhellig davon ausgegangen, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung für die Berücksichtigung eines Beweismittels spricht.<sup>706</sup> Nicht eindeutig ist dagegen, gegen was das Interesse an der Wahrheitsfindung zur Abwägung gebracht werden soll. 321

Dies wurde vom Gesetzgeber in Art. 152 Abs. 2 ZPO explizit offengelassen.<sup>707</sup> Hinweise lassen sich den Materialien entnehmen. So hält der Bericht zum Vorentwurf der ZPO fest, dass das Gericht «zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung und dem Grundsatz, dass Unrecht nicht der Durchsetzung von Recht dienen darf», abwägen muss.<sup>708</sup> Dieser Ansatz ist kaum praktikabel und wenig präzise.<sup>709</sup> Konkretere Vorgaben sind jedoch der Botschaft zu entnehmen. Demgemäss hat das Gericht «eine Abwägung zu treffen zwischen dem Schutzinteresse des Rechtsguts, das bei der Beweismittelbeschaffung verletzt wurde, und dem Interesse an der Wahrheitsfindung».<sup>710</sup> Daraus lässt sich ableiten, dass gegen das Schutzinteresse des 322

<sup>706</sup> Vgl. Rz. 92, 131.

<sup>707</sup> OFK / SCHMID R., Art. 152 ZPO N 33; BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 10; RÜEDI, Rz. 309.

<sup>708</sup> Bericht VE ZPO, 77.

<sup>709</sup> Er lässt ausser Acht, dass auch im Falle der Nichtverwertung von rechtswidrig beschafften Beweisen die Gerechtigkeit tangiert wird. Zwar wäre das Urteil diesfalls in einem gerechten Verfahren zustande gekommen und wäre demnach formell gerecht, da es aber nicht auf der historischen Wirklichkeit beruht, wäre es aus dem Blickwinkel der materiellen Gerechtigkeit ungerecht (vgl. dazu Rz. 285); vgl. auch WALDER, SJZ 1993, 191, 193.

<sup>710</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7312. In der älteren zivilprozessualen Rechtsprechung wurde zum Teil auch gegen das Interesse der Gegenpartei am Beweisverwertungsverbot abgewogen. Vgl. BGer, 17.02.2000, 5P.308/1999, E. 4a.

verletzten Rechtsgutes abzuwägen ist.<sup>711</sup> Diese Ansicht wurde im Bereich des Zivilprozessrechts weitgehend rezipiert.<sup>712</sup>

- 323 Im Bereich des Strafprozessrechts findet gemäss Rechtsprechung eine Abwägung gegen das private Interesse an der Nichtverwertung des Beweises statt.<sup>713</sup> Eine Beweisverwertung kommt dann nicht in Frage, wenn durch die rechtswidrige Beschaffungshandlung ein Rechtsgut verletzt wird, welches Vorrang vor dem Interesse an der Wahrheitsfindung beansprucht.<sup>714</sup> In eine ähnliche Richtung geht Art. 150 VE StPO. Dort ist festgehalten, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung gegen die durch die Verletzten Strafbestimmungen geschützten Interessen abzuwägen ist.<sup>715</sup> Ungeachtet dessen, dass diese Regelung insofern zu kurz greift, als sie nur die Verletzung von strafrechtlichen Bestimmungen erfasst,<sup>716</sup> scheint letztlich im strafprozessualen Kontext der gleiche Ansatz verfolgt wie im zivilprozessualen.<sup>717</sup>

---

<sup>711</sup> So schon OGer BL, 13.10.1950, SJZ 1952, 239, 240, welches das allgemeine Interesse an der Wahrheitsfindung gegen das Interesse der Ehefrau am Schutz ihrer Privatsphäre abgewogen hat, die durch ihren Ehemann verletzt wurde, der in die eheliche Wohnung eingedrungen ist und private Dokumente der Ehefrau durchsucht und mitgenommen hat. Ähnlich auch das Obergericht Zürich, das in einem Fall, in dem der Vater heimlich Tonbandkassetten eines Gesprächs mit seiner Tochter erstellte, das Interesse der Tochter an ihrer Privatsphäre gegen das Interesse an der Wahrheitsfindung abwog (ZR 1983, Nr. 33).

<sup>712</sup> Vgl. z.B. SUTTER-SOMM, Rz. 789; STAEHELIN A. / STAEHELIN D. / GROLIMUND, § 18 Rz. 24; BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 10; RÜEDI, Rz. 339 ff.; KuKo ZPO / SCHMID H., Art. 152 ZPO N 16; HOFMANN / LÜSCHER, 129; vgl. auch BGer, 11.10.2013, 5A\_313/2013, E. 3.1.

<sup>713</sup> BGer, 08.02.2016, 6B\_786/2015, E. 1.3.2; vgl. auch BGer, 05.03.2001, 1A.303/2000, E. 2a.

<sup>714</sup> BGE 131 I 272, E. 4.2; BGer, 24.09.2007, 1P.51/2007, E. 3.2.

<sup>715</sup> Art. 150 VE StPO; vgl. auch Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO, der im Zusammenhang mit der Beschlagnahme von persönlichen Aufzeichnungen und Korrespondenz der beschuldigten Person ebenfalls eine Interessenabwägung anordnet – im genannten Fall zwischen dem Schutz der Persönlichkeit und dem Strafverfolgungsinteresse. Vgl. dazu z.B. BGer, 30.05.2016, 1B\_146/2016, E. 2.1 (= fP 2017, 152 ff.).

<sup>716</sup> Vgl. dazu Rz. 236 ff.

<sup>717</sup> Vgl. auch HARING, ZStrR 2009, 225, 232; GRONER, 135; BGer, 28.04.2006, 6P.54/2006, E. 2b. Zu begrüssen ist, dass Art. 150 VE StPO den Begriff des Rechtsgutes vermeidet und damit der Tatsache Rechnung trägt, dass rechtswidrige Beweisbeschaffungshandlungen nicht notwendigerweise zur Verletzung von Rechtsgütern führen.

## 2 Kritische Würdigung

Die Ansicht, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung gegen das Schutz- 324  
interesse des beeinträchtigten Rechtsguts abzuwägen ist, beinhaltet nicht  
nur theoretische Unzulänglichkeiten, sondern bietet auch für die Praxis ei-  
nige Herausforderungen.

Zum einen wird unterstellt, dass Beschaffungshandlungen stets zur Verlet- 325  
zung von Rechtsgütern führen. Dies hängt letztlich davon ab, was man un-  
ter Rechtsgütern versteht. Der Begriff des Rechtsguts findet in der Rechts-  
ordnung in den verschiedensten Kontexten Verwendung, vordergründig im  
Haftpflicht- und Strafrecht. Trotz seiner vielseitigen Verwendung besteht  
keine allgemein gültige Definition, was ein Rechtsgut ist.<sup>718</sup> Im Haftpflicht-  
recht begnügt man sich mit der Aufzählung der Güter, die im Haftpflicht-  
recht als Rechtsgüter anerkannt sind, so z.B. körperliche Integrität, persön-  
liche Freiheit, Privatsphäre, Eigentum, Besitz.<sup>719</sup> Demgegenüber finden  
sich in der strafrechtlichen Lehre eigentliche Definitionsversuche, wobei  
diese mitunter zur Schlussfolgerung führen, dass der Begriff des Rechtsguts  
sich nicht allgemeingültig definieren lässt<sup>720</sup> oder aber so unspezifisch blei-  
ben, so dass sich der Kreis der Rechtsgüter nicht abschliessend eingrenzen  
lässt.

Das Bundesgericht definiert ein Rechtsgut beispielsweise als ein von der 326  
Rechtsordnung geschütztes Gut.<sup>721</sup> Damit wird lediglich verdeutlicht, dass  
es sich bei einem Rechtsgut um ein Schutzobjekt der Rechtsordnung han-  
delt.<sup>722</sup> Dies trägt wenig zur Konkretisierung bei, zumal sich dies bereits  
aus dem Begriff des Rechtsguts selbst ergibt. RÜEDI definiert Rechtsgüter  
demgegenüber als «[r]echtlich geschützte Interessen».<sup>723</sup> Auch daraus las-  
sen sich keine konkreten Hinweise dahingehend ableiten, welche Interessen  
von der Rechtsordnung nun als Rechtsgüter anerkannt werden, sodass sich  
letztlich die Frage nach dem Wert des Rechtsgutsbegriffs im vorliegenden  
Kontext stellt.

Diese definitorischen Unzulänglichkeiten bereiten dann keine Probleme, 327  
wenn ein rechtlich geschütztes Interesse eindeutig als Rechtsgut identifi-

<sup>718</sup> VERDE, Rz. 32.

<sup>719</sup> BSK / KESSLER, Art. 41 OR N 33; REY, Rz. 686 ff.; HONSELL / ISENRING / KESSLER,  
§ 4 Rz. 3.

<sup>720</sup> STRATENWERTH, FS Leckner, 377, 381, vgl. insbesondere die zahlreichen dort auf-  
geführten Definitionen.

<sup>721</sup> BGer, 10.05.2004, 2A.578/2003, E. 4.2.

<sup>722</sup> VERDE, Rz. 37; HEFENDEHL, 31 f.

<sup>723</sup> RÜEDI, Rz. 241; vgl. auch SEILER, 163.

ziert wird, so z.B. beim Persönlichkeitsrecht. In Fällen, in denen dies nicht der Fall ist,<sup>724</sup> entstehen aber inhärente Herausforderungen. Da es, wie bereits erläutert,<sup>725</sup> nicht relevant ist, was im Rahmen einer Beschaffungshandlung verletzt wird beziehungsweise wie dieses Etwas definiert wird, sollte meines Erachtens darauf verzichtet werden, eine rechtswidrige Beschaffungshandlung mit der Verletzung eines Rechtsguts zu verknüpfen.<sup>726</sup>

- 328 Zum anderen besteht eine weitere Limitation des Ansatzes meines Erachtens darin, dass das Schutzinteresse eines verletzten Rechtsguts nicht variiert. Wird ein Gut, z.B. die Persönlichkeit, von der Rechtsordnung geschützt, wird damit zum Ausdruck gebracht, dass dieses Gut grundsätzlich vor Verletzungen bewahrt werden soll, und zwar in dem Umfang, in dem diesem Gut rechtlicher Schutz zuteilwird.<sup>727</sup> Das Schutzinteresse des Rechtsguts hängt explizit nicht von der Schwere der Verletzung ab. Ein Rechtsgut soll vielmehr vor einer leichten Verletzung gleichermassen bewahrt werden wie vor einer erheblichen Verletzung. Darin zeigt sich, dass das Schutzinteresse des beeinträchtigten Rechtsguts selbst kein besonders hilfreiches Kriterium bei der Interessenabwägung darstellen kann, weil es den in der Realität offensichtlich vorliegenden Unterschieden bezüglich des Verletzungsgrades nicht ausreichend gerecht werden kann.
- 329 Gleichermassen wäre auch die Abwägung zwischen dem Interesse eines allfälligen Rechtsgutsträgers an der Integrität seiner Rechtsgüter und dem Interesse an der Wahrheitsfindung nicht zielführend, da der Rechtsgutsträger stets ein Interesse daran hat, dass seine Rechtsgüter nicht verletzt werden. Sollte das Schutzinteresse des beeinträchtigten Rechtsguts mit dem Ausmass der Verletzung des Rechtsguts gemessen und gegen das Interesse an der Wahrheitsfindung zur Abwägung gebracht werden,<sup>728</sup> wäre dies sicherlich eine naheliegendere Lösung, aber auch dadurch kann das Ausmass der Rechtswidrigkeit nicht ausreichend abgebildet werden, was an folgendem beispielhaftem Fall in zwei Varianten illustriert sei:

---

<sup>724</sup> Z.B. bei der Verletzung einer Zuständigkeitsbestimmung, aus der nicht ohne Weiteres hervorgeht, welches Rechtsgut sie zu schützen bezweckt (vgl. BGer, 10.04.2008, 6B 744/2007, E. 2 [= fp 2009, 37 ff.]).

<sup>725</sup> Vgl. Rz. 334.

<sup>726</sup> Vgl. auch Art. 150 VE StPO, der den Begriff des Rechtsguts vermeidet. Ebenso GEISER, AJP 2011, 1047, 1052. Vgl. auch Fn. 717.

<sup>727</sup> Die Persönlichkeit ist beispielsweise umfassend geschützt (vgl. Art. 28 ZGB), das heisst, sie soll vor jeglichen Verletzungen bewahrt werden.

<sup>728</sup> Vgl. z.B. SPÜHLER / DOLGE / GEHRI, Rz. 79; SUTTER-SOMM, Rz. 789; vgl. Art. 150 VE StPO.

Ein Geschäftspartner, der sich mit seinem ehemaligen Kompagnon zerstritten hat und nun eine vermögensrechtliche Forderung gegenüber diesem geltend machen möchte, dringt mit Hilfe des Standardpasswortes, das sein ehemaliger Kompagnon stets verwendet hatte, in dessen E-Mail-Konto ein und entwendet eine Urkunde, ohne dass dies dem ehemaligen Geschäftspartner auffällt. In der zweiten Variante engagiert der Geschäftspartner einen Hacker, der sich unter grössten Anstrengungen Zugriff auf das E-Mail-Konto des ehemaligen Kompagnons verschaffen kann und dort besagte Urkunde entwendet, ohne dass dies dem Kompagnon auffällt. In beiden Varianten ist die gleiche Rechtsgutsverletzung festzustellen, weshalb die herrschende Lehre und Praxis mutmasslich eine analoge Beurteilung des Falles für angemessen erachten würde. Es scheint aber offensichtlich, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die kriminelle Energie der Beschaffungshandlung in beiden Varianten gleichzusetzen ist, was einer analogen Beurteilung der Varianten entgegensteht. Das einseitige Abstellen auf die Rechtsgutsverletzung scheint daher zu kurz zu greifen, sodass ein alternatives Vorgehen nötig scheint, das im folgenden Abschnitt elaboriert wird.<sup>729</sup> 330

Schliesslich beschränkt sich der in der Lehre vertretene Ansatz bei der Abwägung lediglich auf private Interessen. Dabei wird aber ausser Acht gelassen, dass es sich beim Interesse, das für die Nichtverwertung eines Beweismittels spricht, sowohl um ein privates als auch um ein öffentliches Interesse handeln kann.<sup>730</sup> 331

### 3 Schwere der rechtswidrigen Beschaffung als prävalentes Kriterium für die Verfahrensgerechtigkeit

Es wurde aufgezeigt, dass eine Beschaffungshandlung prinzipiell dann als rechtswidrig zu qualifizieren ist, wenn im Rahmen der Beschaffungshandlung gegen eine Norm des objektiven schweizerischen materiellen Rechts verstossen wird.<sup>731</sup> Dabei zeitigt die rechtswidrige Beschaffungshandlung sowohl Auswirkungen auf der materiellrechtlichen Ebene wie auch auf der verfahrensrechtlichen Ebene.<sup>732</sup> 332

<sup>729</sup> Vgl. dazu auch sogleich Rz. 332 ff.

<sup>730</sup> Vgl. dazu für das Strafverfahren explizit RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 157.

<sup>731</sup> Vgl. Rz. 227 ff.

<sup>732</sup> Vgl. Rz. 254 ff.

- 333 Materiellrechtliche Bestimmungen dienen dem Schutz rechtlich geschützter Interessen.<sup>733</sup> Der Schutz dieser Interessen kann im privaten und öffentlichen Interesse liegen.<sup>734</sup> Wird im Rahmen einer Beschaffungshandlung gegen eine Norm des materiellen Rechts verstossen, führt dies auf materiellrechtlicher Ebene zur Verletzung des rechtlich geschützten Interesses, welches durch diese Norm geschützt wird.
- 334 Diese materiellrechtliche Auswirkung ist aus verfahrensrechtlicher Sicht primär nicht relevant. Relevant ist, inwiefern die Fairness des Verfahrens und damit im Endeffekt die formelle Gerechtigkeit durch die Verwertung des rechtswidrig beschafften Beweismittels tangiert wird.<sup>735</sup> Wie stark der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt ist, hängt aber im Endeffekt von der Schwere der Beschaffungshandlung ab.
- 335 Um, wie ausgeführt, dem Zweck der Interessenabwägung, einen Ausgleich zwischen der materiellen und der formellen Gerechtigkeit zu erzielen,<sup>736</sup> gerecht zu werden, ist es daher nötig, die genannte Schwere der Beschaffungshandlung gegen das Interesse an der Wahrheitsfindung abzuwägen.<sup>737</sup> Das Interesse an der Wahrheitsfindung verkörpert dabei die materielle Gerechtigkeit, während die Schwere der Beschaffungshandlung den Grad der Verletzung der formellen Gerechtigkeit abbildet.
- 336 Überwiegt das Interesse an der Wahrheitsfindung die durch die Schwere der rechtswidrigen Beschaffungshandlung operationalisierte Verletzung der Verfahrensgerechtigkeit, so kommt der materiellen Gerechtigkeit der Vorrang zu und das Beweismittel ist zu verwerten. Wiegt die rechtswidrige Beschaffungshandlung besonders schwer und wird der Grundsatz des fairen Verfahrens dadurch übermässig tangiert, wird dagegen das Interesse an der Wahrheitsfindung die Verletzung kaum aufwiegen können. Wie beim Interesse an der Wahrheitsfindung verbergen sich auch hinter dem Interesse an einem fairen Verfahren sowohl öffentliche wie auch private Interessen.

---

<sup>733</sup> SEILER, 163.

<sup>734</sup> Vgl. SEILER, 166, der diese rechtlich geschützten Interessen allerdings als Rechtsgüter bezeichnet.

<sup>735</sup> Vgl. Rz. 281.

<sup>736</sup> Vgl. Rz. 300.

<sup>737</sup> So auch SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 148; GRONER, 144; WEIBEL, Rz. 79; STAEHELIN A., 1, 8; ZEISS, ZZZ 1976, 377, 395; BGer, 17.2.2000, 5P.308/1999, E. 4a; ZR 1995, Nr. 36, E. c (= SJZ 1996, 360 ff.); ArG ZH, 12.06.2014, JAR 2015, 666 ff.; so wohl auch BGer, 24.09.2007, 1P.51/2007, E. 3.2 (= fP 2008, 82 ff.), in welchem explizit ausgeführt wird, dem Grundsatz des fairen Verfahrens sei Rechnung zu tragen. A.A. FORNITO, 244, der die Schwere der Beschaffungshandlung als einen Parameter der Interessenabwägung betrachtet.



Es wird vorliegend nicht bestritten, dass die materiellrechtlichen Konsequenzen der rechtswidrigen Beschaffungshandlung, das heisst das Ausmass der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses, als Gradmesser für die Schwere der rechtswidrigen Beschaffungshandlung dienen kann.<sup>738</sup> Das Ausmass der Verletzung ist aber lediglich die Folge der rechtswidrigen Beschaffungshandlung. Es kann somit höchstens als einer von mehreren Parametern zur Qualifikation der Schwere der Beschaffungshandlung und der Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens herangezogen werden.<sup>739</sup> 337

### III Parameter der Abwägung

Weder im Zivil- noch im Strafverfahren bestehen konkrete Hinweise, wie die Interessenabwägung vorzunehmen ist beziehungsweise welche Gewichtung vorgenommen werden muss, um über die Verwertbarkeit eines Beweismittels zu befinden.<sup>740</sup> Im vorangehenden Abschnitt wurde aufgezeigt, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung gegen das Interesse an einem fairen Verfahren abzuwägen ist. Im vorliegenden Abschnitt steht nun im Fokus, welche konkreten Parameter bei der Interessenabwägung in welcher Weise zu berücksichtigen sind. In der juristischen Lehre vertretene Ansichten werden unterstützt durch die Erkenntnisse benachbarter Wissenschaften, zunächst theoretisch analysiert und in der Folge soweit möglich empirisch untersucht, um gesicherte Aussagen treffen zu können. 338

#### 1 Relevanz der geltenden Verfahrensmaxime

##### a) Ansicht in der (zivilprozessualen) Lehre

Die Verfahrensmaximen sind die Bausteine der rechtsstaatlichen Verfahren. Sie besagen, wie der rechtsrelevante Sachverhalt ermittelt wird beziehungsweise wem die Ermittlung des Sachverhalts obliegt.<sup>741</sup> Vor diesem Hintergrund wird in der zivilprozessualen Lehre und zum Teil auch in der Rechtsprechung die Meinung vertreten, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung mit der geltenden Verfahrensmaxime variere. Bei Geltung der 339

<sup>738</sup> So auch GRONER, 135: «Kriterien bei der Interessenabwägung sind namentlich das Gewicht und das Ausmass der Rechtsgüterverletzung bei der Beweisbeschaffung [...]»

<sup>739</sup> Vgl. auch Rz. 329 ff., 342 ff.

<sup>740</sup> Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 82, vgl. auch Rz. 92, 130 f.

<sup>741</sup> Vgl. Rz. 38 ff.

Verhandlungsmaxime sei dem Interesse an der Wahrheitsfindung das geringste Gewicht beizumessen, während ihm bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime das grösste Gewicht zukomme. Bei Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime sei zu differenzieren, ob sie bezweckt, den Prozess laienfreundlich zu gestalten oder den Parteien die Disposition über den Prozessgegenstand zu entziehen. Nur in letzterem Fall bestehe ein erhöhtes Interesse an der Wahrheitsfindung.<sup>742</sup> Begründet wird dies damit, dass die erweiterten Kompetenzen des Gerichts in den genannten Fällen vorgesehen seien, um der Wahrheitsfindung und Rechtsdurchsetzung Genüge zu tun.<sup>743</sup>

- 340 Genannter Argumentation folgend wären rechtswidrig beschaffte Beweismittel eher zu berücksichtigen, wenn die Untersuchungsmaxime gilt.<sup>744</sup> Dieser Ansicht kann meines Erachtens nicht uneingeschränkt zugestimmt werden.

## **b) Implikationen für die Interessenabwägung**

- 341 Zunächst besteht in jedem rechtsstaatlichen Verfahren grundsätzlich der Anspruch, ein Urteil basierend auf der Wahrheit zu fällen, um der materiellen Gerechtigkeit Genüge zu tun und den Rechtsfrieden wiederherzustellen.<sup>745</sup> Dies exemplifiziert sich beispielhaft daran, dass das Gericht auch unter der Verhandlungsmaxime berechtigt ist, von Amtes wegen Beweis zu erheben, wenn es an einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel hegt.<sup>746</sup> Zwar wird bei Geltung der Verhandlungsmaxime in der Tat in Kauf genommen, dass die Parteien dem Gericht einen Sachverhalt präsentieren, der nicht auf den wahren Tatsachen beruht,<sup>747</sup> allerdings lassen sich daraus keine Implikationen für die Interessenabwägung im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweise ableiten. Bei der Interessenabwägung hat das Gericht zwischen formeller und materieller Gerechtigkeit beziehungsweise zwischen dem Interesse an einem fairen Verfahren

---

<sup>742</sup> Vgl. KuKo ZPO / SCHMID H., Art. 152 ZPO N 15; OFK / SCHMID R., Art. 152 ZPO N 31; ausführlich RÜEDI, Rz. 336; vgl. auch ZR 1983, Nr. 33; vgl. auch HABSCHEID, SJZ 1993, 185, 189; vgl. auch ZR 1995, Nr. 36, E. e.

<sup>743</sup> OGer ZH, 09.10.2014, LE140014, E. 2.4.4: «Je mehr der Gerichtsbetrieb den Parteilbetrieb bei der Stoffsammlung ersetzt, [...] desto manifest ist das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung.» So auch OGer ZH, 18.01.2013, LE110061, E. 3.1.5.

<sup>744</sup> So ausdrücklich RÜEDI, Rz. 336.

<sup>745</sup> Vgl. Rz. 279, 285.

<sup>746</sup> Vgl. Art. 153 Abs. 2 ZPO.

<sup>747</sup> Vgl. Rz. 288 ff.

und dem Interesse an der Wahrheitsfindung abzuwägen, wobei bei Letzterem nicht nur die öffentlichen Interessen, sondern auch die privaten Interessen zu berücksichtigen sind. Dabei ist es unerheblich, welche Verfahrensmaxime gilt; das Gericht hat in jedem Fall einen möglichst optimalen Ermessensentscheid zu fällen. Es rechtfertigt sich nicht, dass das Gericht aufgrund des unterschiedlichen Mechanismus der Sachverhaltsermittlung bei der Interessenabwägung einen ungleichen Massstab anwendet. Da die formelle und die materielle Gerechtigkeit bei Geltung beider Verfahrensmaximen gleichermaßen verletzt sein kann, kann die geltende Verfahrensmaxime nicht als relevanter Parameter in die Interessenabwägung einbezogen werden.

## 2 Art und Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses

Es wurde bereits angesprochen, dass ein Verstoß gegen eine materiell-rechtliche Norm zur Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses führt, je nachdem welches Interesse die verletzte Norm zu schützen bezweckt.<sup>748</sup> Grundsätzlich ist dabei eine Verletzung jeglicher Interessen denkbar, die durch eine materiellrechtliche Norm geschützt werden. Da der Schutz der Persönlichkeit «als universelles Anliegen der Rechtsordnung überhaupt» gilt<sup>749</sup> und nahezu die gesamte Rechtsordnung dem Schutz der Persönlichkeit dient,<sup>750</sup> führen rechtswidrige Beschaffungshandlungen meist zu einer Verletzung der Persönlichkeit<sup>751</sup> und dabei in den überwiegenden Fällen zu einer Verletzung der Privatsphäre.<sup>752</sup> Die Verletzung der Persönlichkeit

<sup>748</sup> Vgl. Rz. 333.

<sup>749</sup> BGE 113 Ia 109, E. 3d.

<sup>750</sup> AEBI-MÜLLER, Rz. 339; BUCHER, 9 f.; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 10.08 ff.

<sup>751</sup> Vgl. HABSCHIED, SJZ 1993, 185, 186, der die Beweisbeschaffung durch eine Persönlichkeitsverletzung als Paradebeispiel der rechtswidrigen Beschaffung anerkennt, aber darauf hinweist, dass es nur ein möglicher Fall der rechtswidrigen Beschaffung ist. GRONER, 144; RÜEDI, Rz. 247. Die Persönlichkeit bezeichnet den Lebensbereich einer Person «der zur Existenz und zur individuellen Entwicklung beziehungsweise Entfaltung des Einzelnen in den Grundbereichen des sozialen Zusammenlebens notwendig ist, und der daher grundsätzlich unverzichtbar erhalten bleiben muss und gegen jeden Angriff verteidigt werden kann» (AEBI-MÜLLER, Rz. 15). Jedermann ist Träger der Persönlichkeit. Person und Persönlichkeit lassen sich nur in der Theorie trennen, in der Rechtswirklichkeit sind sie aber nicht voneinander abzugrenzen (AEBI-MÜLLER, Rz. 31).

<sup>752</sup> So wohl implizit GRONER, 144. Eine rechtswidrige Beschaffungshandlung durch Verletzung der Privatsphäre liegt beispielsweise in Fällen von Hausfriedensbruch, beim Abhören von Telefongesprächen, beim unbefugten Tätigen von Ton- oder

kann entweder die alleinige Konsequenz einer rechtswidrigen Beschaffung sein oder aber mit der Verletzung von weiteren rechtlich geschützten Interessen einhergehen.<sup>753</sup>

- 343 Offenbart beispielsweise ein Berufsgeheimnisträger in einem Verfahren eine Tatsache, die ihm von seinem Klienten anvertraut worden ist und die vom Berufsgeheimnis gedeckt ist,<sup>754</sup> handelt es sich um einen rechtswidrig beschafften Beweis.<sup>755</sup> Verletzt wird dabei nicht nur die Privatsphäre des Geheimnisherrn, sondern auch das öffentliche Interesse an der Funktionalität der geschützten Berufe.<sup>756</sup> Die Bestimmungen über den Schutz der Berufsgeheimnisse dienen nämlich auch dazu, «die Ausübung der darin aufgezählten Berufe im öffentlichen Interesse zu erleichtern, und finden ihre Rechtfertigung in der Überlegung, dass diese Berufe nur dann richtig und einwandfrei ausgeübt werden können, wenn das Publikum auf Grund einer unbedingten Garantie der Verschwiegenheit das unentbehrliche Vertrauen zum Inhaber des Berufs hat».<sup>757</sup> Aufgrund der Relevanz der Persönlichkeit im vorliegenden Kontext wird diese nach der folgenden allgemeinen Betrachtung gesondert untersucht.

#### **a) Allgemeine Betrachtung**

- 344 Aus der Art der Verletzungshandlung und dem Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses lassen sich Rückschlüsse auf die Schwere der Beschaffungshandlung ziehen.<sup>758</sup> Art und Grad sind insofern Parameter für die Schwere einer Beschaffungshandlung und daher im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

---

Bildaufnahmen, beim Öffnen von Postsendungen ohne entsprechende Ermächtigung oder beim Entwenden von Urkunden vor (Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 87). Die Privatsphäre ist ein der Persönlichkeit zuzurechnendes Persönlichkeitsgut. Vgl. BRÜCKNER, Rz. 380; AEBI-MÜLLER, Rz. 82; HONSELL / ISENRING / KESSLER, § 4 Rz. 3; GABRIEL, Rz. 237.

<sup>753</sup> So implizit auch RÜEDI, Rz. 340.

<sup>754</sup> Vgl. Art. 321 StGB; vgl. auch Art. 162 StGB, Art. 23 UWG, Art. 47 BankG, Art. 35 DSGVO. Ausführlich zum Wirkungskreis des Anwaltsgeheimnisses BStGer, 10.12.2013, SK.2013.37, E. 1.3.2. (= fP 2014, 326 ff.).

<sup>755</sup> CHAPPUIS, 107, 121. So auch OGer TG, 01.10.2015, KES.2015.58, E. 2.

<sup>756</sup> BSK / OBERHOLZER, Art. 321 StGB N 2.

<sup>757</sup> BSK / OBERHOLZER, Art. 321 StGB N 2; BGE 87 IV 105, E. 2b.

<sup>758</sup> In diesem Sinne auch GRONER, 135; vgl. auch RÜEDI, Rz. 341 ff., 347 ff.; vgl. auch KuKo ZPO / SCHMID H., Art. 152 ZPO N 17; vgl. auch BGE 131 I 272, mit Anmerkungen WOHLERS, AJP 2006, 627, 629.

**aa) Art des verletzten rechtlich geschützten Interesses**

Hinweise auf die Schwere einer Beschaffungshandlung ergeben sich daraus, welches rechtlich geschützte Interesse im Rahmen der Beschaffungshandlung verletzt worden ist.<sup>759</sup> Isoliert betrachtet wird der Persönlichkeit ein höherer Stellenwert eingeräumt als materiellen Werten wie dem Eigentum oder dem Besitz.<sup>760</sup> Dies geht explizit auch aus den Erläuterungen in der Botschaft zur ZPO hervor. Dort wird darauf hingewiesen, dass eine Urkunde dann tendenziell eher verwertbar sei, wenn sie der berechtigten Person lediglich gestohlen wurde, während sie tendenziell unverwertbar sei, wenn sie ihr mittels Drohungen oder unter Gewaltanwendung entrisen worden sei.<sup>761</sup> 345

Hinweise auf den Stellenwert eines rechtlich geschützten Interesses ergeben sich meines Erachtens auch daraus, welcher Schutzzumfang dem entsprechenden rechtlich geschützten Interesse zuteilwird. Ist ein bestimmtes Interesse beispielsweise vor jeglichen Verletzungshandlungen geschützt, z.B. Persönlichkeit oder Eigentum,<sup>762</sup> kommt damit zum Ausdruck, dass es in den Augen der Rechtsordnung als besonders schützenswert gilt. Analog lässt sich aus Art. 264 Abs. 1 StPO, der das Verbot der Beschlagnahme von dort aufgeführten Gegenständen und Unterlagen verankert, ableiten, dass diesen ein besonders hoher Stellenwert zukommt und ihnen ein qualifizierter Schutz zuteilwird. Ein Eingriff in diesen Bereichen wiegt dementsprechend besonders schwer.<sup>763</sup> 346

<sup>759</sup> In diesem Sinne auch RÜEDI, Rz. 341.

<sup>760</sup> Vgl. Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 86 f.; RÜEDI, Rz. 341; BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 14.

<sup>761</sup> Botschaft ZPO, 7221, 7312.

<sup>762</sup> Vgl. Art. 28 ZGB und Art. 641 ZGB.

<sup>763</sup> Vgl. auch JEANNERET / KUHN, Rz. 9012, die von der absoluten Unverwertbarkeit von Dokumenten ausgehen, die vom Anwaltsgeheimnis geschützt sind, da diese einem absoluten Schutzinteresse unterlägen. Meines Erachtens wäre auch in diesem Zusammenhang wiederum eine Interessenabwägung durchzuführen. Vgl. auch Art. 166 ZPO, der verschiedenen Geheimnisträgern beschränkte Verweigerungsrechte gewährt und damit einen Hinweis auf den Stellenwert der rechtlich geschützten Geheimnisse abgibt (vgl. auch RÜEDI, Rz. 342 ff.).

**bb) Grad der Verletzung des rechtlich geschützten Interesses**

- 347 Aus der Art eines rechtlich geschützten Interesses lassen sich lediglich allgemeine Hinweise dahingehend ableiten, welchen Stellenwert die Rechtsordnung einem bestimmten Interesse zumisst. Ausschlaggebender als die Art des rechtlich geschützten Interesses ist daher der Grad der Verletzung des entsprechenden Interesses. So hält RÜEDI zutreffend fest: «Eine ernste Verletzung des Eigentums wiegt schwerer als ein Bagatelleingriff in die Persönlichkeit.»<sup>764</sup>
- 348 Im Allgemeinen gilt, dass je stärker das rechtlich geschützte Interesse verletzt wird, umso stärker die Fairness des Verfahrens tangiert wird. Umso gewichtiger muss diesfalls das Interesse an der Wahrheitsfindung sein, damit das rechtswidrig erlangte Beweismittel verwertet werden kann.
- 349 Führen Beschaffungshandlungen zu einer Verletzung verschiedener rechtlich geschützter Interessen, muss zunächst für jedes einzelne Interesse separat beurteilt werden, wie schwer die Verletzung wiegt. Die Tatsache, dass verschiedene Interessen gleichzeitig beeinträchtigt werden, führt dazu, dass die Beschaffungshandlung insgesamt schwerer wiegt. Wird durch eine Beschaffungshandlung ein rechtlich geschütztes Interesse mehrfach verletzt, z.B. wenn nicht nur in die Privatsphäre, sondern zusätzlich noch in die körperliche Integrität eingegriffen wird, ist jeder Eingriff für sich zu würdigen und dann die Schwere der Beschaffungshandlung anhand der einzelnen Verletzungen kumulativ zu bestimmen.<sup>765</sup>
- 350 Führt die Beschaffungshandlung zur Verletzung von strafrechtlichen Bestimmungen, lassen sich meines Erachtens insbesondere auch aus den strafrechtlichen Konsequenzen einer bestimmten Handlung Hinweise auf deren Schwere ableiten.<sup>766</sup>

**b) Grad der Verletzung der Persönlichkeit im Besonderen**

- 351 Wenn eine Beschaffungshandlung das Persönlichkeitsrecht einer Person tangiert, indem personenbezogene Informationen beschafft werden, die als Beweismittel in einem Verfahren dienen, kann der Grad der Verletzung der

---

<sup>764</sup> RÜEDI, Rz. 347; Brunner / Gasser / Schwander / LEU, Art. 152 ZPO N 89; vgl. auch SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 149.

<sup>765</sup> RÜEDI, Rz. 340.

<sup>766</sup> Allerdings wird im Zusammenhang mit Art. 141 Abs. 2 StPO bemängelt, dass keine Definition für die Schwere der Straftat vorliegt, vgl. z.B. BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 72; vgl. DONATSCH / CAVEGN, ZStrR 2008, 158, 166; VEST / EICKER, AJP 2005, 883, 891.

Persönlichkeit dahingehend beurteilt werden, welche Sphäre der Persönlichkeit betroffen ist.<sup>767</sup> Damit ist die sogenannte Sphärentheorie angesprochen, die den Lebensbereich eines Menschen in drei Sphären einteilt.<sup>768</sup> Es gilt dabei zwischen der Intim- beziehungsweise Geheimsphäre als innerster Sphäre, der Privatsphäre als mittlerer Sphäre und der Gemein- beziehungsweise Öffentlichkeitssphäre als äusserster Sphäre zu unterscheiden.<sup>769</sup>

Am schwersten wiegt ein Eingriff in die Intimsphäre.<sup>770</sup> In BGE 109 Ia 244, 352 E. 2b hat es das Bundesgericht beispielsweise als mildernd angesehen, dass durch die Beweisbeschaffung, die gegen ein Tötungsdelikt abzuwägen war, die Intimsphäre des Beweisgegners nicht verletzt worden ist, was der Verwertung des Beweises entsprechend zuträglich war. Der Intim- und Geheimsphäre sind grundsätzlich die persönlichen Angelegenheiten einer Person zuzurechnen, deren Wahrnehmung und Wissen allen übrigen Mitmenschen entzogen sein soll, mit Ausnahme derer, denen sie diese Informationen explizit anvertraut.<sup>771</sup> Das Geheimhaltungsinteresse und der Geheimhaltungswille sind nicht allgemein definierbar, sondern müssen aus den jeweiligen Umständen heraus erkennbar sein.<sup>772</sup> Eine Verletzung der Intimsphäre dürfte aber beispielsweise dann vorliegen, wenn im Rahmen einer Beschaffungshandlung ein Tagebuch behändigt wird, da in Tagebüchern in der Regel geheime und innerste Gedanken festgehalten werden, die nicht für andere bestimmt sind.<sup>773</sup>

Im Vergleich zur Intimsphäre wiegt ein Eingriff in die Privatsphäre weniger schwer.<sup>774</sup> Zur Privatsphäre zählen Lebensvorgänge, die man üblicherweise 353 nur mit einer begrenzten Personenanzahl, z.B. mit Verwandten und Freunden, teilt.<sup>775</sup> Der Kreis der eingeweihten Personen kann wechseln, je nachdem um was für einen Lebensvorgang es sich handelt.<sup>776</sup> Vorgänge, die sich im Haus oder in dessen unmittelbarer Umgebung, beispielsweise vor

<sup>767</sup> AEBI-MÜLLER, HAVE 153, 158; BSK / GUYAN, Art. 152 ZPO N 14; RÜEDI, Rz. 348.

<sup>768</sup> Zur Kritik an der Sphärentheorie AEBI-MÜLLER, HAVE 153, 159; vgl. aber auch GLESS, 675, 685, die darauf hinweist, dass die Sphärentheorie trotz der an ihr geübten Kritik nach wie vor eine relevante Leitlinie darstellt.

<sup>769</sup> BRÜCKNER, Rz. 482; BGE 97 II 97, E. 3; BGE 118 IV 41, E. 4; BGE 119 II 222, E. 2b; BSK / MEILI, Art. 28 ZGB N 23.

<sup>770</sup> So explizit RÜEDI, Rz. 348.

<sup>771</sup> OGer BE, 01.05.2014, SK 2013 275, E. 2.1a; ZR 2014, Nr. 4, E. 3.6.1.

<sup>772</sup> BUCHER, Rz. 456.

<sup>773</sup> Vgl. BGer, 19.12.2006, 1P.519/2006, E. 3; FINK, 10.

<sup>774</sup> Vgl. RÜEDI, Rz. 348.

<sup>775</sup> BGE 97 II 97, E. 3; ZR 2014, Nr. 4, E. 3.6.2; BRÜCKNER, Rz. 484.

<sup>776</sup> OGer BE, 01.05.2014, SK 2013 275, E. 2b.

der Haustüre oder im Garten, abspielen, sind von der Privatsphäre geschützt.<sup>777</sup> Der Beschwerdeführer, der eine Videoaufnahme einer Streitigkeit mit seinem Nachbar vor dessen Wohnung aufnimmt, verletzt dementsprechend die Privatsphäre des Nachbarn gemäss Art. 179<sup>quater</sup> StGB.<sup>778</sup> Ebenfalls der Privatsphäre zugerechnet werden nicht öffentliche Gespräche.<sup>779</sup> Eine Verletzung der Privatsphäre liegt insofern beispielsweise dann vor, wenn ein nicht öffentliches Gespräch aufgezeichnet wird.<sup>780</sup> Hierbei ist ein Gespräch dann als nicht öffentlich zu qualifizieren, wenn es an einem Ort durchgeführt wird, an dem es ohne technische Hilfsmittel nicht mitgehört werden kann.<sup>781</sup> Demgegenüber unterliegt ein Gespräch nicht dem Schutz der Privatsphäre, wenn es an einer Örtlichkeit durchgeführt wird, an der in Kauf genommen wird, dass es mitgehört wird.<sup>782</sup>

- 354 Ein solches Gespräch wäre der Gemein- beziehungsweise Öffentlichkeitsphäre zuzurechnen. Dazu zählen jene Informationen über eine Person, die öffentlich und für jedermann zugänglich sind.<sup>783</sup> Dies inkludiert Sachverhalte, die sich in der Öffentlichkeit ereignen und die durch die betroffene Person selbst öffentlich gemacht werden.<sup>784</sup> Die in den Gemein- oder Öffentlichkeitsbereich fallenden Tatsachen können von jedermann wahrgenommen und weiterverbreitet werden. Die Gemein- und Öffentlichkeitsphäre ist im Gegensatz zur Intim- beziehungsweise Geheimsphäre und zur Privatsphäre prinzipiell nicht geschützt.<sup>785</sup> Entsprechend kann auch kein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vorliegen.<sup>786</sup> Allerdings ist dahingehend eine Präzisierung vorzunehmen, als sich gezielte Observationen, die das Sammeln einer Vielzahl von Informationen ermöglicht und diese miteinander verknüpft, zu einer Verletzung der Privatsphäre kumulieren kön-

<sup>777</sup> ZR 2014, Nr. 4, E. 3.6.3; AEBI-MÜLLER, HAVE, 153, 162; FINK, 10.

<sup>778</sup> BGer, 28.05.2013, 1B\_28/2013, E. 2.2.1 f. Dabei ist nicht erforderlich, dass für die Beobachtung oder Aufnahme ein physisches Hindernis überwunden werden muss. Es ist ausreichend, wenn eine «rechtlich-moralische Schranke» überwunden wird (vgl. BGE 118 IV 41, E. 4e).

<sup>779</sup> Je nachdem mit wem das Gespräch geführt wird, kann sogar eine Verletzung der Intimsphäre vorliegen, beispielsweise bei einem Konsultationsgespräch mit einem Arzt (vgl. auch RÜEDI, Rz. 348).

<sup>780</sup> Vgl. Art. 179<sup>bis</sup> StGB und Art. 179<sup>ter</sup> StGB.

<sup>781</sup> OGer BE, 31.03.2013, BK 2013 388, E. 4.2.

<sup>782</sup> BGer, 06.10.2006, 6P.79/2006, E. 5; BGE 133 IV 249, E. 3.2.2.

<sup>783</sup> BRÜCKNER, Rz. 485. Das Obergericht Zürich hat beispielsweise Facebook-Posts vom Schutz der Privatsphäre ausgenommen (vgl. OGer ZH, 30.10.2012, SB120206, E. 3.3).

<sup>784</sup> AEBI-MÜLLER, HAVE, 153, 160 f.

<sup>785</sup> Vgl. BGE 136 III 410, E. 4.4.

<sup>786</sup> AEBI-MÜLLER, HAVE, 153, 159.



nen.<sup>787</sup> Allerdings wird davon ausgegangen, dass diese dann nicht schwer wiegt, wenn die Beobachtung lediglich an einem öffentlich einsehbaren Raum stattgefunden hat und die beobachtete Person bei Alltagsverrichtungen beobachtet wird, die sie aus freien Stücken ausführt.<sup>788</sup>

### 3 Bedeutung des Beweises

In Kapitel 4 wurde elaboriert, dass allfällige Rechtfertigungsgründe für eine 355  
rechtswidrige Beschaffungshandlung, insbesondere der im Vordergrund  
stehende Beweisnotstand, erst im Rahmen der Interessenabwägung zu be-  
rücksichtigen sind. Dies, da die Rechtswidrigkeit im verfahrensrechtlichen  
Kontext autonom zu definieren ist und die genannten Gründe die verfahren-  
srechtliche Rechtswidrigkeit nicht auszuschliessen vermögen.<sup>789</sup>

Eine Beschaffungshandlung vor dem Hintergrund eines Beweisnotstands 356  
liegt dann vor, wenn es sich bei einem Beweismittel um das einzig verfügbare  
handelt, dieses für das Urteil prozessentscheidende Bedeutung hat und  
die rechtswidrige Handlung die einzige Möglichkeit darstellt, um das Be-  
weismittel zu beschaffen.<sup>790</sup>

Ein Beweisnotstand wurde vom Bundesgericht in einem Fall verneint, in 357  
dem der Beschwerdeführer geltend machte, dass er ohne die rechtswidrig  
getätigten Aufnahmen keine Möglichkeit hätte, eine Verurteilung der Be-  
schwerdegegnerin aufgrund der von ihr begangenen Ehrverletzungen zu  
erreichen. Das Bundesgericht berief sich darauf, dass der Beschwerdeführer  
die ehrverletzenden Äusserungen der Beschwerdegegnerin auch anhand  
seiner schriftlichen Aufzeichnungen und mit Zeugenaussagen aus dem Be-  
kanntenkreis hätte belegen können.<sup>791</sup> Eine ähnliche Fallkonstellation lag  
einem Fall zugrunde, der dem Kantonsgericht Graubünden vorgetragen

<sup>787</sup> Verneint in BGE 136 III 410, E. 4.4, da die Beschwerdeführerin nur zufällig Objekt der Observationen wurde. Die gezielte Überwachung galt im genannten Fall dem Beschwerdeführer. Vgl. auch BGE 142 III 263, E. 2.1 (= SJZ 2016, 256 ff.).

<sup>788</sup> BGE 132 V 242, E. 2.5.1.

<sup>789</sup> Vgl. Rz. 265 ff.

<sup>790</sup> WALDER, ZStrR 1966, 36, 48; BÉNÉDICT, 232; CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Intro. Art. 139–141 CPP N 12; RÜEDI, Rz. 272; vgl. auch BGE 131 I 272, mit Anmerkungen WOHLERS, AJP 2006, 627, 629. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein geheimes Gespräch aufgezeichnet wird oder wenn jemand bei der Deliktsausübung selbst fotografiert wird (BGer, 12.11.2009, 6B\_536/2009, E. 2.1). Der Beweisnotstand ist kein eigentlicher Rechtfertigungsgrund. Er muss basierend auf Art. 17 StGB beziehungsweise Art. 18 StGB konstruiert werden (GODENZI, AJP 2012, 1243, 1249).

<sup>791</sup> Vgl. BGer, 06.10.2006, 6P.79/2006, E. 8.

wurde. Ein Ehemann berief sich auf einen Beweisnotstand, als er eheliche Szenen auf Tonband aufnahm, mit der Begründung, es seien keine Zeugen verfügbar gewesen, die den Sachverhalt hätten bezeugen können. Der Beweisnotstand wurde ebenfalls mit Verweis auf andere Beweismöglichkeiten verneint.<sup>792</sup>

- 358 Handelt es sich bei einem Beweismittel um das einzig verfügbare Beweismittel und kommt diesem prozessentscheidende Bedeutung zu, spricht dies prinzipiell für die Verwertbarkeit des Beweismittels.<sup>793</sup> Dies begründet sich folgendermassen: Bestehen verschiedene Beweismittel, anhand derer ein Sachverhalt rekonstruiert werden kann, hat das einzelne Beweismittel für die Rekonstruktion des Sachverhalts eine geringere Bedeutung, als wenn es sich dabei um das einzig verfügbare Beweismittel handelt, um einen bestimmten Sachverhalt zu beweisen. Entsprechend besteht ein erhebliches Interesse an der Verwertung eben dieses Beweises, da er für die Wahrheitsfindung zentral ist, was im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.<sup>794</sup>

#### 4 Moralische Tragweite

- 359 Forschung aus verschiedenen Disziplinen, insbesondere der Entwicklungs- und Verhaltenspsychologie, hat sich intensiv mit der moralischen Intuition auseinandergesetzt.<sup>795</sup> Einerseits zeigt sich dabei im Rahmen der engeren Bedeutung von moralischer Intuition, dass Individuen eine Situation instinktiv moralisch einschätzen, das Resultat ihrer Einschätzung aber immer

---

<sup>792</sup> KGer GR, 18.10.1963, SJZ 1965, 13 f.; auch zit. von RÜEDI, Rz. 273; vgl. aber PK / SCHMID N., Art. 141 StPO N 3, der einen Beweisnotstand dann bejahen möchte, «wenn [eine] bedrohende, nötigende oder erpresserische Äusserung unerlaubterweise auf Ton- oder Bildspeichergerät registriert wird oder wenn [ein] Geschädigter [einem] Beschuldigten [ein] bedeutsames Beweisstück entwendet, das dieser zu vernichten droht». Ähnlich auch WALDER, ZStrR 1966, 36, 48, der ausführt, wer die Ehre eines anderen verletze, ihn nötige oder erpresse könne sich nicht darauf berufen, die rechtswidrige Aufnahme verletze sein Persönlichkeitsrecht.

<sup>793</sup> So explizit Begleitbericht VE ZPO, 77; WALDER, ZStrR 1966, 36, 48; BGer, 17.02.2000, 5P.308/1999, E. 4a.

<sup>794</sup> GRONER, 135, 144; BGer, 17.02.2000, 5P.308/1999, E. 4a; vgl. SPÜHLER / DOLGE / GEHRL, Rz. 79, welche gar ausführen, es bestehe kein Interesse an rechtswidrig beschafften Beweismitteln, ausser es handle sich um das einzig taugliche Beweismittel.

<sup>795</sup> Daneben Philosophie, Ökonomie, Politik, Rechts- und Neurowissenschaften (vgl. KOROBKIN, 41 Jurimetrics, 319 ff. [2001]).

von der persönlich erfahrenen Sozialisierung abhängt.<sup>796</sup> Andererseits verlassen sich Individuen im Rahmen der breiteren Bedeutung von moralischer Intuition in Fällen besonderer moralischer Tragweite verstärkt auf ihre Intuition.<sup>797</sup> Sie machen sich also Heuristiken zunutze, die dazu führen, dass keine umfangreiche Abwägung aller Faktoren bei der Entscheidungsfindung stattfindet, sondern ziehen relativ automatisiert Schlüsse.<sup>798</sup> Durch die grosse Ähnlichkeit dieser verkürzten Denkprozesse zwischen Individuen trägt die moralische Einschätzung inhärent zum Gerechtigkeitsempfinden in der Allgemeinheit bei.<sup>799</sup>

Im Kontext der rechtswidrigen Beschaffung von Beweisen ist nun besonders interessant, dass basierend auf oben genannter Herleitung davon auszugehen ist, dass in Fällen, in denen moralisch bedeutende Tatsachen durch einen rechtswidrig beschafften Beweis aufgedeckt werden, die rechtswidrige Beschaffungshandlung eher gutgeheissen wird.<sup>800</sup> Es ist im Umkehrschluss gar so, dass die Nichtverwertung eines solchen Beweises von der Allgemeinheit als besonders ungerecht wahrgenommen wird, gerade weil das persönliche und kollektive moralische Befinden gestört ist. In Fällen grosser moralischer Tragweite scheint daher das öffentliche Interesse an der Beweisverwertung besonders hoch, was die Inklusion dieses Kriteriums in der Abwägung nahelegt. Denn es muss Ziel sein, ein Urteil zu fällen, das als gerecht empfunden wird, um den Rechtsfrieden wiederherzustellen und zu gewährleisten, dass das Urteil legitimierende Wirkung entfaltet.<sup>801</sup> 360

## 5 Konsequenzen für die Parteien

Ein Zivil- oder Strafverfahren ist stets mit Konsequenzen für die daran beteiligten Parteien verbunden. In einem Zivilverfahren sind dies vordergründig finanzielle Konsequenzen. Im Strafverfahren sind neben finanziellen z.B. auch freiheitsentziehende Konsequenzen möglich. 361

<sup>796</sup> COSMIDES / TOOBY, 181 ff.; HAIDT, 1024 ff.

<sup>797</sup> Aufgrund der Intensität der moralischen Wahrnehmung kann in solchen Fällen die moralische Wertung andere Kriterien in den Hintergrund drängen (vgl. SUNSTEIN, 28 *Behav. Brain Sci.*, 531 ff. [2005]).

<sup>798</sup> SUNSTEIN, 28 *Behav. Brain Sci.*, 531 ff. (2005); TVERSKY / KAHNEMANN, 185 *Science*, 1124 ff. (1974).

<sup>799</sup> Dies gilt trotz bestehender kultureller oder soziodemographischer Unterschiede (vgl. TOOBY / COSMIDES, 58 *J. Personal.*, 17 ff. [1990]; TOOBY / COSMIDES, 19 ff.).

<sup>800</sup> SOOD, 103 *Geo. L.J.*, 1543, 1560ff. (2015).

<sup>801</sup> Vgl. Rz. 279.

362 Das Ausmass dieser Konsequenzen stellt ein relevantes Kriterium bei der Interessenabwägung dar. Je grösser die Konsequenzen sind, umso eher dürfte das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegen und das Beweismittel verwertet werden. Berücksichtigt werden müssen dabei neben den objektiven Konsequenzen, die sich anhand konkreter Parameter festmachen lassen, auch die subjektiven Konsequenzen, die aus dem Blickwinkel der beteiligten Parteien zu beurteilen sind.<sup>802</sup>

**a) Objektive Konsequenzen**

363 Die objektiven Konsequenzen lassen sich unabhängig von den im Verfahren beteiligten Parteien anhand bestimmter Kriterien festlegen. Im Zivilverfahren ist dabei insbesondere der Streitwert ein ausschlaggebendes Kriterium. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dem Interesse an der Wahrheitsfindung komme mit steigendem Streitwert erhöhtes Gewicht zu.<sup>803</sup> Die grüne Partei forderte im Vernehmlassungsverfahren zur ZPO gar, bei zu tiefem Streitwert sollte die Verwertung gänzlich ausgeschlossen werden.<sup>804</sup> Auch das Bundesgericht hat in einem Fall, in dem es um einen Streitwert von CHF 2.6 Mio. ging, dem Streitwert eine besondere Bedeutung zugemessen. Es hat entschieden, der Eingriff in die Persönlichkeit der Versicherungsnehmerin, die detektivisch überwacht worden war, sei durch die überwiegenden Interessen der Versicherungsgesellschaft gerechtfertigt gewesen, da es sich um eine erhebliche Summe handelte.<sup>805</sup>

364 Im Strafverfahren beurteilen sich die objektiven Konsequenzen anhand der angedrohten Sanktionen, welche für das Delikt vorgesehen sind.<sup>806</sup> Diese variieren mit der Schwere des Delikts, welches der beschuldigten Person zu Last gelegt wird. Bei entlastenden Beweisen ist offensichtlich, dass sowohl auf Seiten der Allgemeinheit wie auf Seite des Angeklagten ein gesteigertes Interesse an der Wahrheitsfindung besteht, je grösser das vorgesehene

---

<sup>802</sup> So auch ZEISS, ZZZ 1976, 377, 396.

<sup>803</sup> OFK / SCHMID R., Art. 152 ZPO N 32; in der Tendenz auch SPÜHLER, ZZZ 2004, 147, 148; vgl. auch RÜEDI, Rz. 337; HABSCHEID, GS Peters, 840, 865; ZEISS, ZZZ 1976, 377, 395 f.; a.A. GEISER, AJP 2011, 1047, 1052.

<sup>804</sup> ZS Vernehmlassungen VE ZPO, 399.

<sup>805</sup> Vgl. BGer, 18.12.1997, 5P.187/1997, SJ 1998, 301, 303 f. Da das Bundesgericht im genannten Fall zum Schluss kam, dass kein rechtswidriger Eingriff in die Persönlichkeit der Versicherungsnehmerin stattfand, lag kein rechtswidrig beschafftes Beweismittel vor und die Verwertbarkeit stellte im genannten Fall kein Problem dar. Entsprechend auch BGE 136 III 410, E. 4.4.

<sup>806</sup> Vgl. ZR 2014, Nr. 4, E. 3.5.3; OGer ZH, 22.02.2013, UE120217, E. 3.1.

Strafmass ist,<sup>807</sup> wobei aber auf die konkrete Schwere des mutmasslich verübten Delikts abzustellen ist und nicht auf den vorgesehenen Straffrahmen.<sup>808</sup> Im Falle eines belastenden Beweises überwiegt das öffentliche Interesse an der Verwertung des Beweises tendenziell das private Interesse der beschuldigten Person, den Beweis nicht zu verwerten umso mehr, je grösser die Schwere der zu beurteilenden Straftat einzuschätzen ist.<sup>809</sup>

In BGE 109 Ia 244 hat das Bundesgericht beispielsweise eine rechtswidrig erlangte Telefonabhörung für verwertbar erklärt, weil es um die Aufklärung eines schweren Delikts, nämlich um die Anstiftung zu Mord, ging: «Es ist unverkennbar, dass das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung eines Tötungsdeliktes schwerer wiegt als das Interesse des S. an der Geheimhaltung eines Telefongesprächs, das seine Intimsphäre nicht berührt.»<sup>810</sup> Es hat sich dabei auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts gestützt.<sup>811</sup> Das Bundesverfassungsgericht führt explizit aus, dass eine Verwertbarkeit von rechtswidrig beschafften Beweisen in Frage komme, «soweit es sich um schwere Verbrechen wie solche gegen das Leben und die körperliche Integrität handelt oder schwere Vergehen gegen die verfassungsmässige Ordnung, die demokratischen Freiheiten und Rechtsgüter von gleicher Bedeutung».<sup>812</sup>

<sup>807</sup> Vgl. BGer, 28.04.2006, 6P.54/2006, E. 2b. OGer BE, 22.03.2011, BK 11 9, E. 2.5, zieht auch daraus, ob es sich bei einem Delikt um ein Antrags- oder Officialdelikt handelt Rückschlüsse auf das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung. So auch OGer BE, 22.03.2011, BK 9, E. 2.5 (= sic! 2011, 658, 660). Entgegen gewissen Stimmen in der Lehre ist auch bei entlastenden Beweisen eine Interessenabwägung durchzuführen. Da aufgrund der weitreichenden Konsequenzen einer strafrechtlichen Verurteilung ein erhebliches öffentliches und privates Interesse daran besteht, dass eine zu Unrecht beschuldigte Person nicht verurteilt wird, dürfte das in Frage stehende rechtswidrig beschaffte Beweismittel in der Regel verwertet werden. Vgl. auch HERSCH, ZStrR 2012, 352, 369, zur ähnlichen Konstellation in Art. 141 Abs. 2 StPO.

<sup>808</sup> OGer ZH, 25.03.2014, SB 130420, E. 1 f.

<sup>809</sup> BGE 131 I 272, E. 4.1.2; BGE 130 I 126, E. 3.2; BGE 120 Ia 314, E. 2d; BGer, 24.09.2007, 1P.51/2007, E. 3.2 (= f.p. 2008, 82 ff.); OGer BE, 13.07.2011, BK 11 93, E. 4.3; GRONER, 135. In eine ähnliche Richtung geht auch Art. 141 Abs. 2 StPO: «Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.»

<sup>810</sup> BGE 109 Ia 244, E. 2b; ähnlich auch BGer, 19.12.2006, 1P.519/2006, E. 3.3.4, in dem das Bundesgericht die Verwertbarkeit eines Tagebuchs statuierte, da die Beschwerdeführerin der Beteiligung an einem schweren Delikt verdächtig wurde.

<sup>811</sup> Vgl. BVerfG, 31.01.1973, 34/1973, 238, 240.

<sup>812</sup> BVerfG, 31.01.1973, 34/1973, 238, 240; vgl. auch BGE 131 I 272, E. 4.5.

## **b) Subjektive Konsequenzen**

- 366 Im Rahmen der subjektiven Konsequenzen ist die besondere Tragweite der Konsequenzen für die Parteien gesondert zu berücksichtigen. Es kann beispielsweise einen erheblichen Unterschied machen, ob aus Sicht einer Partei eine Bagatellklage zu beurteilen ist, oder ob es um die finanzielle und persönliche Existenz geht.<sup>813</sup> Beträgt beispielsweise der Streitwert CHF 100'000 und das Gesamtvermögen einer Partei CHF 200'000, kann sich die Verwertbarkeit eines Beweises, aufgrund der weitreichenden subjektiven Konsequenzen, eher aufdrängen, als wenn der Streitwert CHF 100'000 das Gesamtvermögen aber CHF 200 Mio. beträgt. In diesem Zusammenhang ebenfalls zu berücksichtigen ist der sentimentale Wert, den die Parteien gewissen Wertgegenständen oder Handlungen zumessen. So kann es im Einzelfall einen Unterschied machen, ob es sich bei einer Liegenschaft um eine beliebige Renditeliegenschaft im Wert von CHF 500'000 oder um das Elternhaus einer Partei handelt, in dem sie seit ihrer Geburt lebt und zu dem sie eine besondere emotionale Beziehung entwickelt hat. Der Verlust der jeweiligen Liegenschaft hat trotz der gleichen objektiven Konsequenzen in vermögensrechtlicher Sicht unterschiedliche Relevanz aus einer subjektiven Perspektive.
- 367 Führt man sich die genannten Fälle vor Augen, so scheint es in der Interessenabwägung entscheidend, nicht nur auf die oftmals gut bestimmbar objektiven Konsequenzen abzustellen, sondern insbesondere auch die subjektiven Konsequenzen für die Parteien zu berücksichtigen, da diese für das persönliche und allgemeine Gerechtigkeitsempfinden bedeutend sein können.

## **6 Prävention**

### **a) Präventiver Zweck**

- 368 Das Recht kann prinzipiell präventive Wirkung entfalten, nämlich dann, wenn Rechtsadressaten ihr Verhalten an den Anreizen und Konsequenzen ausrichten, die das Recht mit einem bestimmten Verhalten verknüpft. Wird beispielsweise die Strafe für die Begehung eines bestimmten Delikts substanziell erhöht und können die Rechtsadressaten davon ausgehen, dass ein

---

<sup>813</sup> ZEISS, ZZP 1976, 377, 396.

bestimmtes Delikt bestraft wird, vermindert sich die Anzahl der begangenen Delikte.<sup>814</sup>

Entsprechendes könnte auch auf die Thematik der Beweisverwertungsverbote übertragen werden. Rational agierende Prozessparteien würden eine Abwägung zwischen dem Nutzen, den sie durch eine illegale Handlung erzielen, und den materiellrechtlichen Konsequenzen, die die rechtswidrige Handlung nach sich zieht, treffen. Wäre die Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweismittel prinzipiell zulässig, dürften Beweise durch die Parteien immer dann rechtswidrig beschafft werden, wenn der Nutzen aus der Verwertung als wertvoller eingeschätzt wird als die negativen materiellrechtlichen Konsequenzen. Wäre demgegenüber für rechtswidrig beschaffte Beweismittel ein absolutes Verwertungsverbot vorgesehen, hätte eine Partei aus verfahrenstechnischer Sicht kein Interesse daran, eine rechtswidrige Handlung zu begehen, um ein Beweismittel zu beschaffen. Sie könnte keinen Nutzen aus der rechtswidrigen Handlung ziehen, würde sich auf der anderen Seite aber einer möglichen Sanktionierung aussetzen.

Vor diesem Hintergrund wird in der Lehre zum Teil die Ansicht vertreten, dass rechtswidrig beschaffte Beweismittel äusserst zurückhaltend zu verwerten seien, um keinen Anreiz für materiell rechtswidrige Beschaffungshandlungen zu schaffen.<sup>815</sup> Obwohl im Zivil- und Strafverfahren ein grundsätzliches Verwertungsverbot für rechtswidrig beschaffte Beweismittel besteht, wird hiermit meines Erachtens kein präventiver Zweck verfolgt.<sup>816</sup> Die Sanktionierung von Verletzungen der materiellen Rechtsordnung im Rahmen von rechtswidrigen Beschaffungshandlungen erfolgt viel mehr durch die materielle Rechtsordnung selbst. Diese auferlegt der verletzenden Person je nach den vorliegenden Umständen eine Strafe, zivilrechtliche Verpflichtungen oder verwaltungsrechtliche Sanktionen.<sup>817</sup> Es kann nicht Aufgabe des Verfahrensrechts sein, Sanktionen für Verletzungen der materiellen Rechtsordnung vorzusehen. Insofern ist festzuhalten, dass mit dem prozessrechtlichen Verwertungsverbot rechtswidrig beschaffter Beweise

<sup>814</sup> TYLER, 3.

<sup>815</sup> Z.B. HABSCHIED, GS Peters, 840, 861; BAUMGÄRTEL, FS Klug II, 477, 484, 487; GRONER, 135, spricht vom «Abschreckungseffekt»; BRINKMANN, AcP 2006, 746, 748; so auch HABLÜTZEL, HAVE 2014, 297, 298, der gar bemängelt, dass Art. 152 Abs. 2 ZPO «die Türen» für rechtswidrige Beweisbeschaffungen öffne. HÄRING, ZStrR 2009, 225, 231; RUCKSTUHL N., Beilage Plädoyer 6/2006, 15, 22.

<sup>816</sup> So für das Zivilverfahren ausdrücklich RÜEDI, Rz. 201.

<sup>817</sup> RÜEDI, Rz. 201.

zwar kein präventiver Zweck verfolgt wird, sich aber als Begleiterscheinung dennoch eine präventive Wirkung ergeben kann.<sup>818</sup>

## **b) Präventive Wirkung**

- 371 Eine präventive Wirkung durch Präzedenzfälle ist offensichtlich, wenn davon ausgegangen werden kann, dass sich vollständig informierte Individuen inhärent rational verhalten (*homo oeconomicus*).<sup>819</sup> Präzedenzfälle können dann menschliches Verhalten steuern, weil entweder der erwartete Nutzen aus einer Handlung oder die erwarteten Konsequenzen oder beides variieren, was zu einer veränderten Wahrscheinlichkeit für ein bestimmtes Verhalten führt.<sup>820</sup> Diesem Gedankengang folgend statuiert GAILLARD, dass sich der Richter dessen bewusst sein müsse, dass die Zulassung von rechtswidrig beschafften Beweismitteln das zukünftige Beschaffen und Nutzen von rechtswidrig beschafften Beweismitteln ermuntern könnte.<sup>821</sup> Konsequenterweise müsste diese präventive Wirkung konkreter Entscheide dann auch bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden.
- 372 Während die Annahme, dass Individuen vollständig rational handeln, in vielen Fällen eine Annäherung an reales menschliches Verhalten darstellt, gibt es weitreichende psychologische Forschung bezüglich der Faktoren und Situationen, in denen Individuen verstärkt von Emotionen beeinflusst werden und sich daher eben nicht rational verhalten.<sup>822</sup> Aus drei Gründen ist im vorliegenden Fall der rechtswidrigen Beweisbeschaffung davon auszugehen, dass sich Individuen in einem von Emotionen stark beeinflussten Stadium befinden. Zum einen ist die Annahme, dass Prozessparteien gegenüber der Gegenpartei neutral eingestellt sind, kaum haltbar. Es ist vielmehr zu erwarten, dass eine gewisse Antipathie vorherrscht, die einem rationalen Handeln entgegensteht.<sup>823</sup> Zum zweiten mag oftmals das Gefühl,

---

<sup>818</sup> BAUMGÄRTEL, FS Klug II, 477, 483.

<sup>819</sup> PERSKY, 9 J. Econ. Perspect., 221 ff. (1995).

<sup>820</sup> YAMAGISHI / LI / TAKAGISHI / MATSUMOTO / KIYONARI. 25 Psychol. Sci., 1699 ff. (2014).

<sup>821</sup> GAILLARD, SJ 1998 II, 649, 655; ähnlich auch BSK / GLESS, Art. 141 StPO N 42: Es müsse dafür gesorgt werden, «dass kein Anreiz zu Selbstjustiz bei der Beweissammlung besteht. Das ist insbesondere bei einer allfälligen Interessenabwägung zu berücksichtigen».

<sup>822</sup> LERNER / LI / VALDESOLO / KASSAM, 66 Annu. Rev. Psychol. 802, 803 (2015); LAZARUS, 3 ff. Es sei an dieser Stelle insbesondere auf die grundlegenden Arbeiten von KAHNEMAN verwiesen, der das deliberative «System II» Denken vom unbewussten «System I» Denken, das emotional stark gefärbt ist und von Heuristiken dominiert ist, unterscheidet, vgl. dazu insbesondere KAHNEMANN, 19 ff.

<sup>823</sup> SCHÄFER / OTT, 100.



ungerecht behandelt zu werden, Anlass zu einer rechtswidrigen Beweisbeschaffung geben. Dies insbesondere, wenn durch die rechtswidrige Beschaffungshandlung eine unrechtmässige Handlung der Gegenpartei beweiskräftig aufgedeckt werden soll. Zum dritten ist die Interessenabwägung, die der Richter im Einzelfall vornimmt, inhärent komplex und mehrfaktoriell, was die Einschätzung, ob ein etwaiger Präzedenzfall zu einem ähnlichen Resultat im vorliegenden Fall führt, deutlich erschwert, sofern ein solcher Präzedenzfall dem handelnden Individuum überhaupt bekannt ist.

Es ist daher zu schliessen, dass emotionale Aspekte die rationalen im Rahmen der Abwägung, ob eine rechtswidrige Handlung zur Beweisbeschaffung vorgenommen werden soll, zumindest ergänzen, wenn nicht dominieren.<sup>824</sup> In einem solchen Stadium ist die Wirkung von Präzedenzfällen, die primär in rationale, nicht aber emotionale Überlegungen Eingang finden, jedoch stark eingeschränkt. Es ist dagegen so, dass verschiedene Heuristiken bei der Abwägung zum Einsatz kommen dürften. Insbesondere die Affekt-Heuristik, die in der psychologischen Literatur fest verankert ist, scheint in vorliegendem Zusammenhang relevant.<sup>825</sup> In ihren Grundzügen besagt diese Heuristik, dass Individuen verstärkt auf positive oder negative Wahrnehmungen reagieren, ohne sämtliche Konsequenzen zu evaluieren.<sup>826</sup> Empfindet eine Partei eine ausgeprägte Antipathie gegenüber der Gegenpartei oder fühlt sich ungerecht behandelt, so kann dies dazu führen, dass eine rechtswidrige Handlung unabhängig von etwaigen Konsequenzen durchgeführt wird.

Es scheint in diesem Lichte zumindest fraglich, ob Präzedenzfälle relevante Wirkung für die Steuerung menschlichen Verhaltens im Kontext der rechtswidrigen Beweisbeschaffung haben.

<sup>824</sup> Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass selbst Leute, bei denen man davon ausgehen kann, dass sie besser informiert sind und besser über die Konsequenzen Bescheid wissen, sich nicht durch ein Beweisverwertungsverbot beeinflussen lassen, vgl. die Studie von PERRIN / CALDWELL / CHASE / PERRIN / FAGAN, 83 Iowa L. Rev. 669, 711 ff. (1998).

<sup>825</sup> Dies neben einer Reihe anderer Heuristiken, die in gewissen Fällen relevant sein dürften, beispielsweise die Verfügbarkeits- und Steigerung-des-Engagements-Heuristiken, die vor allem dann zum Einsatz kommen dürften, wenn sich die Parteien immer stärker in den Fall involvieren oder gar von beiden Parteien rechtswidrig Beweise beschafft werden (vgl. STAW, 191 ff.; TVERSKY / KAHNEMANN, 5 Cognitive Psychology, 207 ff. [1973]).

<sup>826</sup> SLOVIC / FINUCANE / PETERS / MACGREGOR, 397 ff.

## IV Empirische Untersuchung

### 1 Hypothesen

- 375 Um die im letzten Kapitel theoretisch hergeleiteten Zusammenhänge evaluieren und beurteilen zu können, welche Kriterien welche Wirkung für das Gerechtigkeitsempfinden der Allgemeinheit haben, erfolgt vorliegend eine empirische Untersuchung der im letzten Kapitel theoretisch hergeleiteten Kriterien.<sup>827</sup> Um diese Untersuchung durchführen zu können, ist es notwendig, konkrete Hypothesen zu formulieren, die entweder bestätigt oder verworfen werden können.

#### a) Art und Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses

- 376 Im Rahmen der theoretischen Analyse hat sich ergeben, dass je nach Schwere der Verletzungshandlung die Verwertung eines rechtswidrig beschafften Beweismittels mehr oder weniger gerechtfertigt scheint. Prinzipiell ist dabei davon auszugehen, dass je schwerer die Verletzung wiegt, umso höhere Anforderungen an die Verwertbarkeit gestellt werden.<sup>828</sup>
- H1: Je schwerer die Verletzungshandlung zur Beschaffung des Beweises, desto weniger wird die Verwendung des rechtswidrig beschafften Beweises von der Allgemeinheit gutgeheissen.*

#### b) Bedeutung des Beweises

- 377 In der theoretischen Abhandlung wurde deutlich, dass einer Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels dann eher zuzustimmen ist, wenn dieses prozessentscheidende Bedeutung hat.<sup>829</sup>
- H2: Je bedeutender der Beweis, desto eher wird die Verwendung eines rechtswidrig beschafften Beweises von der Allgemeinheit gutgeheissen.*

#### c) Moralische Tragweite

- 378 Wie in der multidisziplinären Analyse elaboriert, ist in Fällen besonderer moralischer Tragweite der entdeckten Tatsache davon auszugehen, dass die

---

<sup>827</sup> Vgl. auch Rz. 17.

<sup>828</sup> Vgl. Rz. 342 ff.

<sup>829</sup> Vgl. Rz. 355 ff.

Allgemeinheit im Sinne ihres Gerechtigkeitsempfindens der Verwertung rechtswidrig beschaffter Beweise eher zustimmt.<sup>830</sup>

*H3: Je grösser die Verletzung moralischer Werte durch die zu beweisende Tatsache, desto eher wird die Verwendung eines rechtswidrig beschafften Beweises von der Allgemeinheit gutgeheissen.*

#### **d) Objektive Konsequenzen für die Parteien**

In obiger Abhandlung wird deutlich, dass das Ausmass der objektiv bestimmbaren Konsequenzen einen relevanten Einfluss auf die Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels zu haben scheint. Dabei wird eine Verwertung umso eher nahegelegt, je grösser die objektiv bestimmbaren Konsequenzen sind.<sup>831</sup> 379

*H4: Je grösser die objektiven Konsequenzen für die Parteien, desto eher wird die Verwendung eines rechtswidrig beschafften Beweises von der Allgemeinheit gutgeheissen.*

#### **e) Subjektive Konsequenzen für die Parteien**

Analog ist auch anzunehmen, dass die subjektiven Konsequenzen für die Parteien einen relevanten Einfluss ausüben. Auch wenn diese schwieriger zu bestimmen sein mögen, so scheint bei steigendem Ausmass eine Verwertung verstärkt angezeigt.<sup>832</sup> 380

*H5: Je grösser die subjektiven Konsequenzen für die Parteien, desto eher wird die Verwendung eines rechtswidrig beschafften Beweises von der Allgemeinheit gutgeheissen.*

#### **f) Prävention**

Rechtstheoretisch zeigt sich, dass Präzedenzfälle zwar keinen präventiven Zweck verfolgen, aber dennoch präventive Wirkung entfalten können. Während deren Ausmass für die Steuerung menschlichen Verhaltens unklar bleibt, lässt sich eine prüfbare Hypothese wie folgt formulieren.<sup>833</sup> 381

*H6: Präzedenzfälle entwickeln präventive Wirkung, indem Privatpersonen der rechtswidrigen Beschaffung von Beweisen offener (bei positivem*

---

<sup>830</sup> Vgl. Rz. 359 f.

<sup>831</sup> Vgl. Rz. 363 ff.

<sup>832</sup> Vgl. Rz. 366 f.

<sup>833</sup> Vgl. Rz. 368 ff.

*Präzedenzentscheid) beziehungsweise weniger offen (bei negativem Präzedenzentscheid) gegenüberstehen.*

## 2 Methodik

### a) Datenerhebung und Stichprobe

382 Um die erarbeiteten Kriterien und insbesondere ihre Hypothesen empirisch untersuchen zu können, wurde eine Stichprobe erhoben, die repräsentativ für die deutsch-schweizerische Bevölkerung ab 18 Jahren ist. Hierzu wurde ein namhaftes Marktforschungsinstitut beauftragt, das Experiment technisch durchzuführen und die Teilnehmer zu rekrutieren. In Summe nahmen 631 Personen am Experiment teil, davon 50.2% Frauen und 49.8% Männer. Die Probanden waren im Durchschnitt 43.4 Jahre alt (Standardabweichung 16.1 Jahre) und hatten zu 7.1% eine Real- oder Sekundarschule, zu 46.0% eine Berufslehre, zu 11.4% eine (Berufs-)Matura, zu 17.3% eine höhere Berufsausbildung und zu 18.2% eine Fachhochschule, pädagogische Hochschule oder Universität als höchsten Bildungsabschluss absolviert. Die Stichprobe ist somit repräsentativ für die deutsch-schweizerische Bevölkerung.<sup>834</sup>

383 Im Online-Experiment wurden die Teilnehmer zunächst gebeten, oben genannte demographische Angaben zu machen, was zur Quotensteuerung essentiell ist. Daraufhin wurde den Probanden ein kurzer Einleitungstext gezeigt, der darauf verweist, dass es sich bei vorliegendem Experiment um die Verwendung von Beweismitteln in einem fiktiven Gerichtsverfahren handelt. Es wurde explizit darauf verwiesen, dass es bei keiner Frage richtige oder falsche Antworten gibt, sondern lediglich die persönliche Meinung der Teilnehmer gefragt ist, ob es gerechter ist, einen Beweis zu verwenden oder nicht. Im nächsten Schritt wurde den Teilnehmern folgender Fall präsentiert:

*Ein 40-jähriges Ehepaar, das seit 10 Jahren verheiratet ist und keine Kinder hat, befindet sich aktuell in der Scheidung. Die Ehefrau hegt den Verdacht, dass ihr Mann versucht, Vermögenswerte beiseite zu schaffen, um sie nicht mit ihr teilen zu müssen. Das Gesamtvermögen des Ehepaares beträgt ca. CHF 2 Mio.*

384 Die Teilnehmenden wurden sodann darauf hingewiesen, dass ihnen nachfolgend zufällig ausgewählte Fortsetzungen dieses Falles gezeigt werden. So konnte sichergestellt werden, dass keinerlei Beeinflussung der Ergebnis-

---

<sup>834</sup> BfS, Wohnbevölkerung, 2016; BfS, Bildungsstand, 2016.

se stattfindet, z.B. durch eine immer gleiche Auswahl, Kombination oder Abfolge der Varianten<sup>835</sup>.

Den Teilnehmern wurden die Fortsetzungsvarianten im Rahmen des Experiments so zugeteilt, dass jede Variante von mindestens 200 Personen beurteilt wurde. Hierbei wurde darauf geachtet, dass kein Teilnehmer mehrere der Varianten, die zum Test einer Hypothese verglichen werden müssen, bewerten sollte. Welche der Varianten je Hypothese ein Teilnehmer aber in welcher Reihenfolge zu bewerten hatte, war vollständig randomisiert. Dies garantiert, dass jeder einzelne Vergleich im Rahmen der Hypothesen unbeeinflusst ist und somit valide Ergebnisse produziert. 385

## **b) Operationalisierung und Messung**

### **aa) Standardvariante und Skalen**

Um die Hypothesen testen zu können, müssen die einzelnen Varianten operationalisiert werden, das heisst so genannte Manipulationen eingeführt werden. Ausgehend von der Standardfortsetzung, die für mehrere Hypothesen als Referenz dient, wurden daher im Sinne des angestrebten Erkenntnisgewinns verschiedene Varianten formuliert und den Teilnehmern wie oben beschrieben präsentiert. Die Standardvariante lautet wie folgt: 386

*Die Frau probiert die Standardpasswörter ihres Mannes für dessen E-Mail-Konto aus, wovon ihr eines Zugriff gewährt. Sie findet eine E-Mail ihres Mannes an einen Treuhänder, in dem steht, dass Aktien im Wert von CHF 100'000 in Liechtenstein versteckt werden sollen.*

Zu dieser wie zu jeder anderen Variante mit Ausnahme der Präzedenz wurden die Teilnehmer gebeten, zwei Fragen zu beantworten. Zum einen fand auf einer Likert-Skala<sup>836</sup> mit zehn Ausprägungen, die mit den Beschreibungen 1 = «Auf keinen Fall», 5 = «Eher nein», 6 = «Eher ja» und 10 = «Auf jeden Fall» verankert waren, eine Einschätzung statt, ob der Beweis nach Meinung der Teilnehmer verwendet werden sollte: 387

*Soll dieser rechtswidrig beschaffte Beweis ihrer Meinung nach vom Gericht im Scheidungsverfahren berücksichtigt werden?*

<sup>835</sup> Yale ISPS, 2017; SCHULZ / GRIMES, 359 The Lancet Epidemiology Series, 515 ff. (2002). Zusätzlich wurden die Teilnehmer darauf aufmerksam gemacht, dass die ihnen präsentierten Varianten in keinerlei Zusammenhang zueinanderstehen, auch wenn die Validität auf methodisch-technischer Seite bereits durch die zufällige Kombination und Reihenfolge sichergestellt ist.

<sup>836</sup> LIKERT, 140 Arch. Psychol., 1 ff. (1932).

- 388 Zum anderen wurde um eine Einschätzung gebeten, als wie moralisch das Verhalten der Frau, die den Beweis rechtswidrig beschafft hat, beurteilt wird:

*Als wie moralisch empfinden Sie das Verhalten der Frau?*

- 389 Um möglichen Verwechslungen vorzubeugen und auch einen Mittelpunkt zwischen den Polen als Antwortmöglichkeit zuzulassen, wurde eine Likert-Skala mit sieben Ausprägungen, die mit den Beschreibungen 1 = «Sehr unmoralisch» und 7 = «Sehr moralisch» verankert waren, eingesetzt.

**bb) Art und Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses**

- 390 Im Rahmen der ersten Hypothese wurden im Vergleich zur Standardvariante zwei Manipulationen gewählt, die eine unterschiedliche Schwere der Verletzungshandlung beinhalten. In ersterer Variante wird ein klar stärkerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, aber noch immer die gleiche Art der Verletzung abgebildet:

*Die Frau engagiert mehrere Privatdetektive, die den Mann über Wochen rund um die Uhr ausspionieren und unter Einsatz grösster Anstrengungen filmen können, wie er sein Passwort für sein E-Mail-Konto eingibt. Mit Hilfe des Passworts findet die Frau eine E-Mail des Ehemannes an einen Treuhänder, in dem steht, dass Aktien im Wert von CHF 100'000 in Liechtenstein versteckt werden sollen.*

- 391 In der zweiten Variante werden zusätzlich noch die Tatbestände Hausfriedensbruch,<sup>837</sup> Sachbeschädigung<sup>838</sup> und Nötigung<sup>839</sup> inkludiert, sodass sowohl Grad wie auch Art der Verletzungshandlung variieren:

*Die Frau engagiert einen Schlägertrupp. Dieser bricht nachts beim Mann ein und erlangt das Passwort für sein E-Mail-Konto unter Androhung körperlicher Gewalt. Mit Hilfe des Passworts findet die Frau eine E-Mail des Ehemannes an einen Treuhänder, in dem steht, dass Aktien im Wert von CHF 100'000 in Liechtenstein versteckt werden sollen.*

**cc) Bedeutung des Beweises**

- 392 Für die zweite Hypothese wurden zwei Varianten definiert, die sich lediglich darin unterscheiden, dass in der ersten ein Beweisnotstand vorliegt, während dies im zweiten Fall explizit nicht der Fall ist:

---

<sup>837</sup> Vgl. Art. 186 StGB.

<sup>838</sup> Vgl. Art. 144 StGB.

<sup>839</sup> Vgl. Art. 181 StGB.

*Die Frau probiert die Standardpasswörter ihres Mannes für dessen E-Mail-Konto aus, wovon ihr ein Zugriff gewährt. Sie findet eine E-Mail ihres Mannes an einen Treuhänder, in dem steht, dass Aktien im Wert von CHF 100'000 in Liechtenstein versteckt werden sollen. Dieser Beweis ist die absolut einzige Möglichkeit, um nachzuweisen, dass dieser Vermögenswert beiseitegeschafft werden soll. Es gibt keine andere Möglichkeit, diese Information vor Gericht zu beweisen, auch nicht durch Zeugenaussagen.*

*Die Frau probiert die Standardpasswörter ihres Mannes für dessen E-Mail-Konto aus, wovon ihr ein Zugriff gewährt. Sie findet eine E-Mail ihres Mannes an einen Treuhänder, in dem steht, dass Aktien im Wert von CHF 100'000 in Liechtenstein versteckt werden sollen. Dieser Beweis ist nicht die einzige Möglichkeit, um nachzuweisen, dass dieser Vermögenswert beiseitegeschafft werden soll. Die Frau weiss, dass der gemeinsame Vermögensverwalter des Ehepaares diese Tatsache vor Gericht rechtmässig bezeugen kann, dennoch reicht sie die oben genannte, rechtswidrige E-Mail als Beweismittel beim Gericht ein.*

**dd) Moralische Tragweite**

Um die moralische Tragweite substanziell zu variieren (Hypothese 3), wurde der Inhalt insofern abgeändert, als ein moralisch besonders bedenklich scheinendes Delikt verwendet wurde, um es mit der Standardvariante zu vergleichen: 393

*Die Frau probiert die Standardpasswörter ihres Mannes für dessen E-Mail-Konto aus, wovon ihr ein Zugriff gewährt. Obwohl sie eigentlich nicht danach gesucht hat, findet sie eine E-Mail, die beweist, dass ihr Mann im letzten Jahr ein Kind vergewaltigt hat.*

**ee) Objektive Konsequenzen für die Parteien**

Das Ausmass der objektiven Konsequenzen für die Parteien, denen Hypothese 4 zugrunde liegt, wurde gegenüber der Standardvariante insofern operationalisiert, dass die versteckten Aktien einen Wert von CHF 10'000 statt CHF 100'000 haben: 394

*Die Frau probiert die Standardpasswörter ihres Mannes für dessen E-Mail-Konto aus, wovon ihr ein Zugriff gewährt. Sie findet eine E-Mail ihres Mannes an einen Treuhänder, in dem steht, dass Aktien im Wert von CHF 10'000 in Liechtenstein versteckt werden sollen.*

**ff) Subjektive Konsequenzen für die Parteien**

- 395 Die in Hypothese 5 vorgebrachten subjektiven Konsequenzen wurden im Vergleich zur Standardvariante so variiert, dass die Aktien in diesem Falle eine andere Bedeutung für eine Partei haben:

*Die Frau probiert die Standardpasswörter ihres Mannes für dessen E-Mail-Konto aus, wovon ihr einer Zugriff gewährt. Sie findet eine E-Mail ihres Mannes an einen Treuhänder, in dem steht, dass Aktien im Wert von CHF 100'000 in Liechtenstein versteckt werden sollen. Es handelt sich dabei um Aktien des Unternehmens, das der Mann während der Ehe gegründet hat. Falls die Aktien geteilt werden müssten, wäre der Fortbestand des Unternehmens gefährdet.*

**gg) Präventive Wirkung**

- 396 Um die präventive Wirkung von Urteilen abschätzen zu können, musste das Untersuchungsdesign minimal abgeändert werden. Konkret wurde den Probanden eine von zwei Varianten wie folgt präsentiert:

*Die Frau weiss von einem sehr ähnlich gelagerten Fall (Scheidung, keine Kinder, Vermögen CHF 2 Mio.), in dem ein rechtswidriger Beweis, der dadurch erlangt wurde, dass ein Ehepartner die E-Mails des anderen Ehepartners eingesehen hat, **zugelassen** wurde. Die Frau hat die Vermutung, dass ihr Mann einem Treuhänder per E-Mail Instruktionen gegeben hat, Aktien im Wert von CHF 100'000 in Liechtenstein zu verstecken.*

*Die Frau weiss von einem sehr ähnlich gelagerten Fall (Scheidung, keine Kinder, Vermögen CHF 2 Mio.), in dem ein rechtswidriger Beweis, der dadurch erlangt wurde, dass ein Ehepartner die E-Mails des anderen Ehepartners eingesehen hat, **nicht zugelassen** wurde. Die Frau hat die Vermutung, dass ihr Mann einem Treuhänder per E-Mail Instruktionen gegeben hat, Aktien im Wert von CHF 100'000 in Liechtenstein zu verstecken.*

- 397 Sodann wurden die Teilnehmer gefragt, wie sie sich an Stelle der Frau verhalten würden. Hierbei kam wieder die gleiche Likert-Skala mit zehn Ausprägungen zur Anwendung:

*Würden Sie an der Stelle der Frau die Standardpasswörter des Mannes – von denen Sie ziemlich sicher sind, dass eines funktioniert – ausprobieren, um sich Zugang zu dessen E-Mail-Konto zu verschaffen, auch wenn der Beweis aufgrund seiner rechtswidrigen Beschaffung möglicherweise nicht verwertbar ist?*



### 3 Ergebnisse

#### a) Beweisverwertung

##### aa) *Schwere der Verletzungshandlung*

Die Ergebnisse einer einfachen Varianzanalyse (one-way ANOVA),<sup>840</sup> die 398 in Abbildung 1 graphisch dargestellt sind, zeigen, dass in der öffentlichen Wahrnehmung ein signifikanter Unterschied zwischen den im vorliegenden Experiment modellierten Schweregraden der Verletzungshandlung besteht, was die Verwertung des rechtswidrigen Beweises betrifft.<sup>841</sup> Ein Post Hoc Test nach DUNCAN<sup>842</sup> zeigt zudem, dass die Unterschiede nicht nur insgesamt, sondern auch zwischen den jeweiligen Varianten individuell statistisch signifikant sind.<sup>843</sup> Insbesondere wird die Verwendung eines Beweises, der durch das Ausprobieren von Standard-Passwörtern, also eine relativ geringe Verletzungshandlung, signifikant stärker befürwortet, als dies bei dem Engagement von Privatdetektiven oder gar eines Schlägertrupps der Fall ist. Interessanterweise befürwortet der Bevölkerungsdurchschnitt in den ersten beiden Fällen die Verwertung des Beweises eher, während dies im letzten Fall abgelehnt wird. Es lässt sich somit folgern, dass die vorliegenden Ergebnisse der empirischen Untersuchung die erste Hypothese stützen und die Relevanz des Kriteriums mit den beiden Ausprägungen Art und Grad nahelegen.

---

<sup>840</sup> FIELD, 429 ff.

<sup>841</sup> One-way ANOVA  $F(2, 628) = 61.080, p < .001$ .

<sup>842</sup> DUNCAN, 11 Biometrics, 1 ff. (1955).

<sup>843</sup> Alle  $p < .05$ .

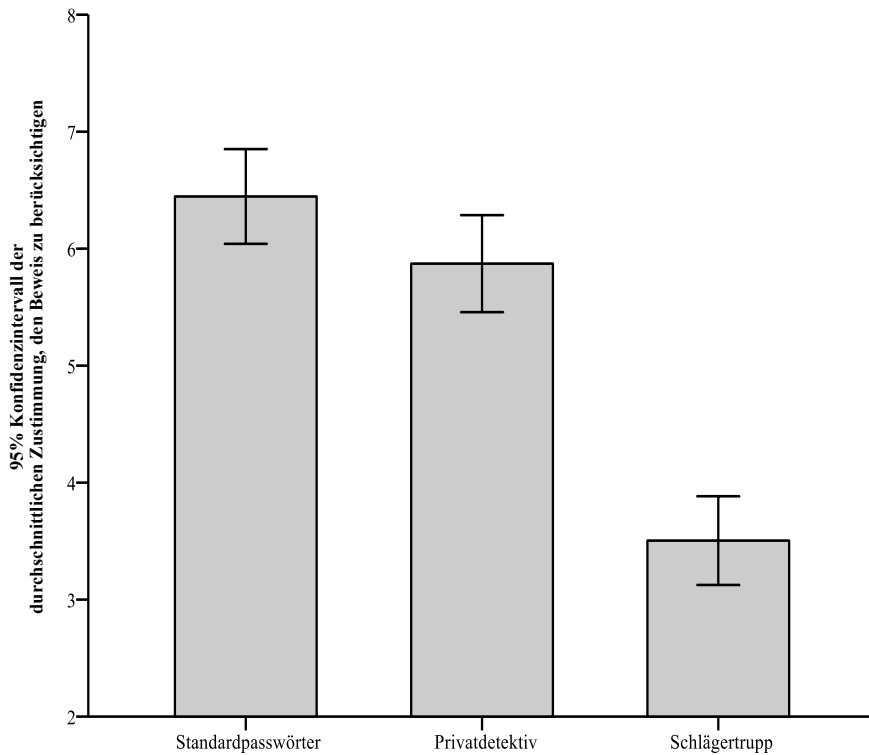


Abbildung 1. Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach Schwere der Verletzungshandlung

**bb) Bedeutung des Beweises**

399 Bezüglich der Bedeutung des Beweises zeigen sich signifikante Unterschiede, je nachdem ob ein Beweisnotstand vorliegt oder nicht.<sup>844</sup> Abbildung 2 illustriert, dass der Durchschnitt der Bevölkerung im vorliegenden Fall einer Verwertung des Beweises zustimmt, sofern es sich um den einzigen Beweis handelt, nicht aber, wenn dem nicht so ist. Insofern lässt sich feststellen, dass die empirischen Resultate Hypothese 2 klar stützen.

---

<sup>844</sup> One-way ANOVA  $F(1, 425) = 16.998, p < .001$ .

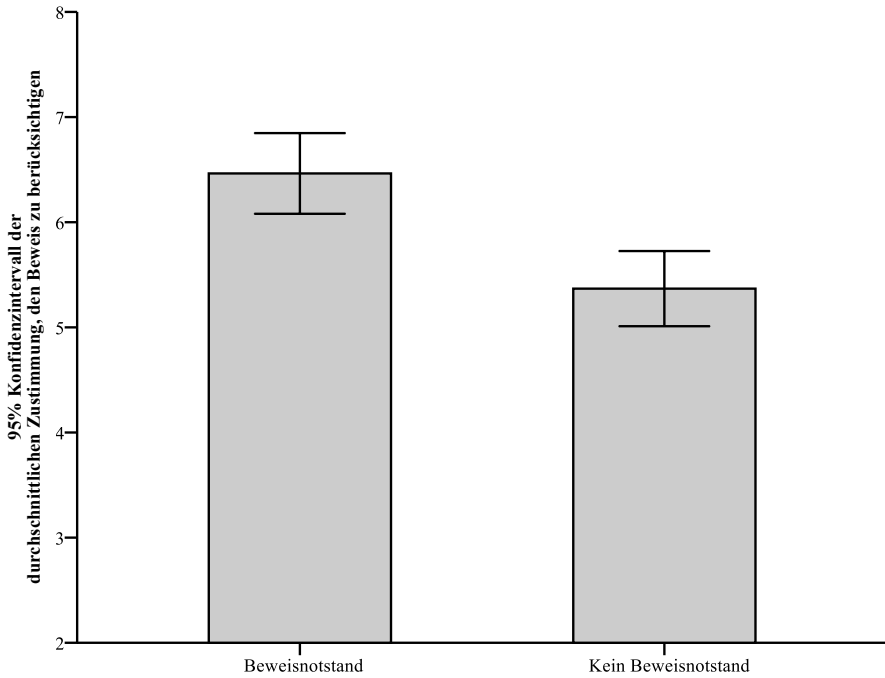


Abbildung 2. Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach Bedeutung des Beweises

### cc) *Moralische Tragweite*

Bei der Analyse der moralischen Tragweite der zu beweisenden Tatsache wird deutlich, dass die Allgemeinheit in einem solchen Fall die Verwertung eines rechtswidrigen Beweises als ganz besonders und signifikant gerechter empfindet.<sup>845</sup> Aus Abbildung 3 ist gar ersichtlich, dass bei dieser Variante im Vergleich zu allen anderen Varianten mit Abstand einer Beweisverwertung am ehesten zugestimmt wird, sodass Hypothese 3 vollumfänglich gestützt wird. Es lässt sich daher einerseits folgern, dass die moralische Komponente für die Bevölkerung in der Evaluation besonders wichtig scheint, und andererseits schliessen, dass in Fällen mit grosser moralischer Tragweite aus Sicht der Allgemeinheit der Zweck verstärkt die Mittel heiligen kann.

<sup>845</sup> One-way ANOVA  $F(1, 413) = 35.131, p < .001$ .

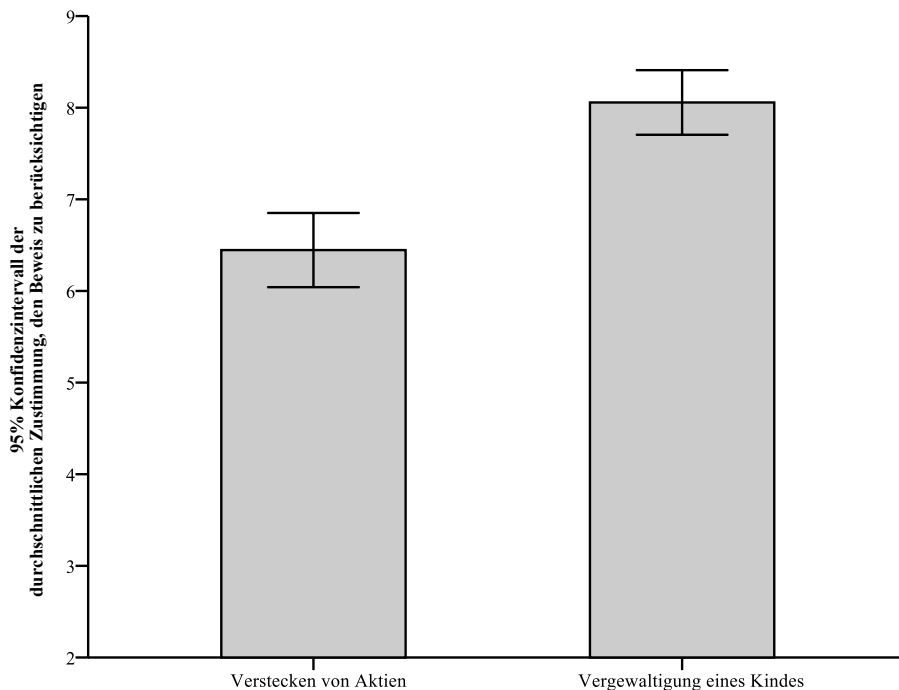


Abbildung 3. Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach moralischer Tragweite

#### dd) *Objektive Konsequenzen für die Parteien*

401 Bei der Untersuchung der Relevanz der objektiven Konsequenzen für das Verwertungsurteil der Bevölkerung zeigt sich, dass in der Tat signifikante Unterschiede bestehen.<sup>846</sup> Abbildung 4 zeigt, dass die Bevölkerung der Verwertung des Beweises in der Tendenz sowohl bei einem Aktienwert von CHF 100'000 wie auch bei CHF 10'000 zustimmt, dies aber bei CHF 100'000 signifikant deutlicher ist. Daher wird Hypothese 4 von den Daten wiederum gestützt, es ist jedoch festzuhalten, dass diese Unterschiede deutlich kleiner sind als bei den Hypothesen 1, 2 und 3.

<sup>846</sup> One-way ANOVA  $F(1, 408) = 4.216, p = .041$ .

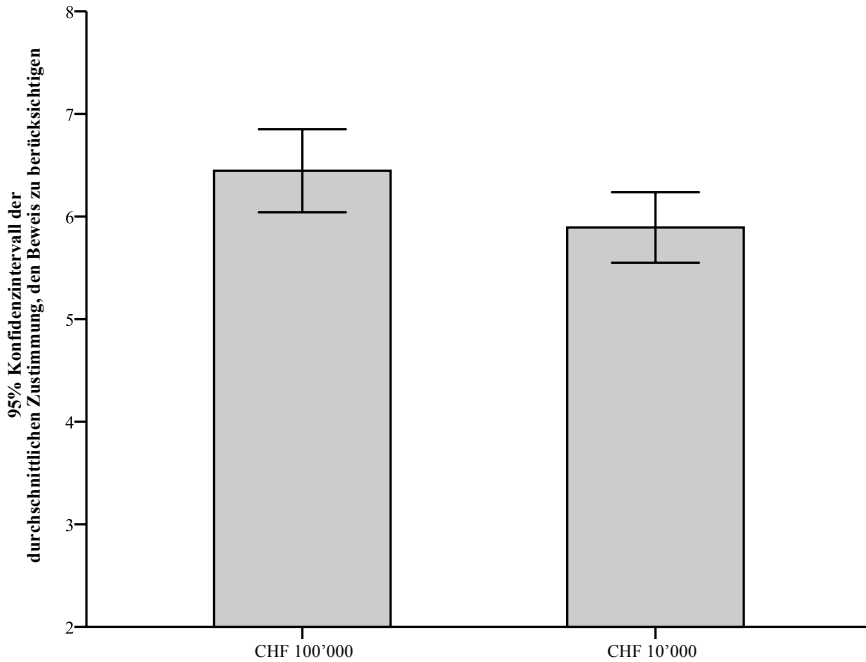


Abbildung 4. Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach objektiven Konsequenzen für die Parteien

#### ee) *Subjektive Konsequenzen für die Parteien*

Bezüglich der subjektiven Konsequenzen für die Parteien zeigen sich ebenfalls signifikante Unterschiede in Bezug auf die Beweisverwertung.<sup>847</sup> Im vorliegenden Fall wird deutlich, dass die Verwertung des Beweises weniger gutgeheissen wird, wenn es sich statt um unspezifizierte Aktien um das Unternehmen des Mannes handelt (siehe Abbildung 5), was Hypothese 5 stützt. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass die subjektiven Konsequenzen als deutlich relevanter wahrgenommen werden als die objektiven Konsequenzen. Während dies teilweise mit der konkreten Operationalisierung zusammenhängen kann, scheint diese Erkenntnis im Hinblick auf die relative Wichtigkeit in der Gesamtabwägung relevant.

402

<sup>847</sup> One-way ANOVA  $F(1, 416) = 6.580, p = .011$ .

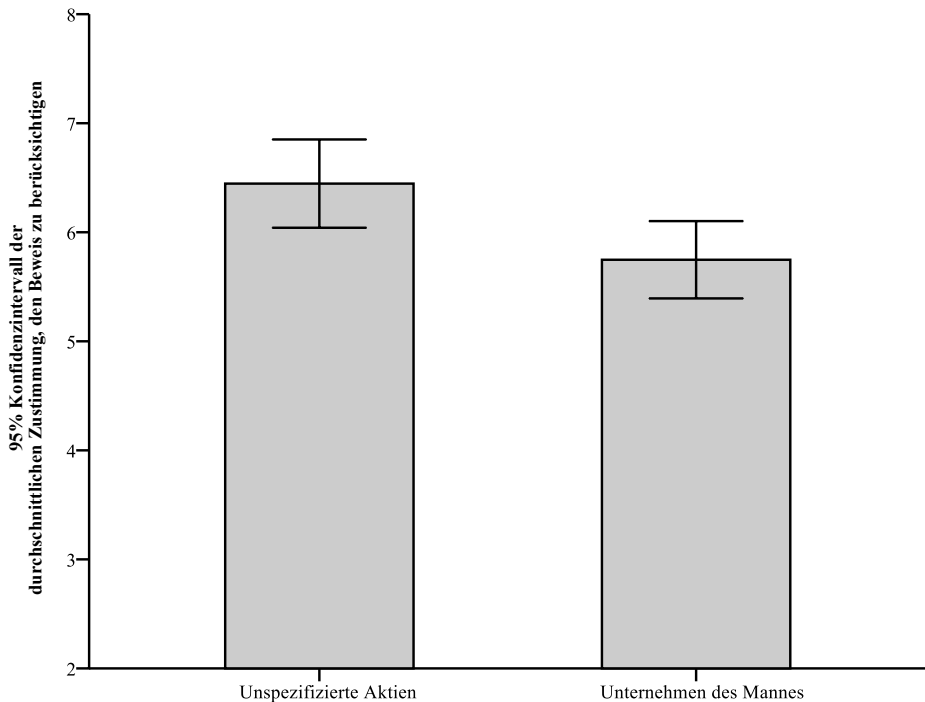


Abbildung 5. Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach subjektiven Konsequenzen für die Parteien

#### ff) *Präventive Wirkung*

- 403 Bei der Analyse der präventiven Wirkung von Urteilen zeigt sich, dass es keine signifikanten Unterschiede in Bezug auf die Handlungsabsicht gibt.<sup>848</sup> Bei Betrachtung von Abbildung 6 wird deutlich, dass die Tatsache, ob ein Präzedenzfall die Verwertbarkeit nahelegt oder nicht, in der Wahrnehmung der Bevölkerung keinen nennenswerten Einfluss auf die eigene Handlungsabsicht hat. Somit ist auch Hypothese 6 nicht gestützt.

<sup>848</sup> One-way ANOVA  $F(1, 425) = .104, p > .50$ .

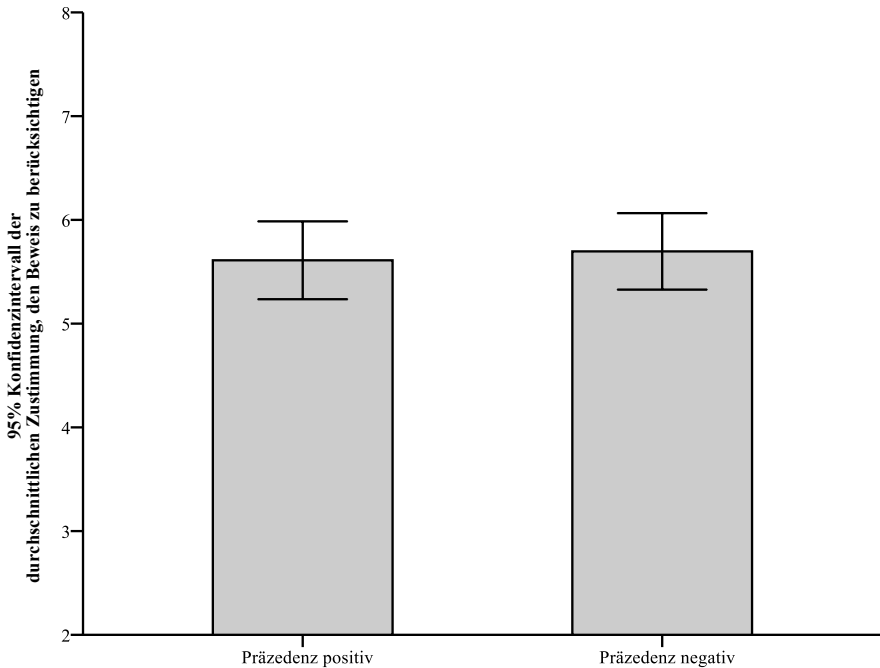


Abbildung 6. Durchschnittliche Zustimmung zur Beweisverwertung nach Präzedenz

### b) Einschätzung der Moralität

In Bezug auf die Einschätzung der Moralität der Beschaffungshandlung birgt die Analyse der einzelnen Varianten interessante Resultate. So ist festzuhalten, dass sich nur in drei Fällen überhaupt signifikante Unterschiede in der durchschnittlichen Einschätzung der Moralität ergeben. Diese drei Fälle sind genau die, die das Verhalten selbst betreffen,<sup>849</sup> einen Rechtfertigungsgrund beinhalten<sup>850</sup> oder durch eine besondere moralische Tragweite gekennzeichnet sind.<sup>851</sup> Bei allen übrigen Varianten sind die Unterschiede nicht signifikant.<sup>852</sup> Diese Resultate zeigen daher, dass die Einschätzung der Moralität der Beschaffungshandlung in der Wahrnehmung der Allgemeinheit nicht so sehr von den daraus entstehenden Folgen abhängt, wenn

<sup>849</sup> Varianten zu Hypothese 1, one-way ANOVA  $F(2, 628) = 79.852, p < .001$ .

<sup>850</sup> Varianten zu Hypothese 2, one-way ANOVA  $F(1, 425) = 4.646, p = .032$ .

<sup>851</sup> Varianten zu Hypothese 3, one-way ANOVA  $F(1, 413) = 16.291, p < .001$ .

<sup>852</sup> Alle  $p > .40$ .

man von der besonderen moralischen Tragweite absieht, sondern von der Tat selbst und etwaigen Rechtfertigungsgründen.

### c) **Soziodemographische Unterschiede**

- 405 Betrachtet man die Resultate abschliessend in Bezug auf etwaige soziodemographische Unterschiede, so zeigt sich, dass weder das Alter noch der Bildungsgrad zu relevanten Differenzen in der Einschätzung der Beweisverwertung wie der Moralität führen. In Bezug auf das Geschlecht zeigen sich dagegen konsistente Unterschiede insofern, dass sich Frauen signifikant eher für die Beweisverwertung aussprechen<sup>853</sup> und die Beschaffungshandlung als signifikant moralischer einstufen.<sup>854</sup> Dies ist aber meines Erachtens der Tatsache geschuldet, dass im vorliegenden Fall jeweils die Frau die rechtswidrige Beschaffungshandlung vorgenommen hat. Insofern scheint hier eine weitergehende Interpretation kaum zulässig.

## 4 **Einordnung der Ergebnisse**

### a) **Bedeutung**

- 406 In der Gesamtbetrachtung der empirischen Ergebnisse zeigt sich zunächst, dass bei jeder Einschätzung das volle Spektrum an Antwortmöglichkeiten ausgeschöpft worden ist. Das heisst, bei jeder Frage gibt es Individuen, die der Verwertung des Beweises sehr stark zustimmen, und auch Individuen, die dies kategorisch ablehnen. Hieraus lässt sich schliessen, dass die Abwägung im Einzelfall nötig ist und durchaus von der beurteilenden Person abhängen kann.
- 407 Die Ergebnisse zeigen aber auch, dass im Bevölkerungsschnitt sehr klare Resultate festzustellen sind. So haben fünf der sechs definierten Kriterien zur Interessenabwägung bei rechtswidrig beschafften Beweismitteln signifikante Wirkung auf die Entscheidung und das Gerechtigkeitsempfinden der Allgemeinheit. Somit unterstützen die vorliegenden empirischen Ergebnisse die Empfehlung, diese Kriterien in der richterlichen Praxis zur Anwendung zu bringen. Die Ausnahme stellt die Präzedenz dar, die keine Implikationen auf das Handeln der Individuen zu haben scheint. Während die Präzedenz aus rechtstheoretischer Sicht selbstverständlich zu bedenken ist, scheint das Argument, dass hierdurch zukünftiges menschliches Verhal-

---

<sup>853</sup> Alle  $p < .01$ .

<sup>854</sup> Alle  $p < .1$ .



ten gesteuert wird, wenig überzeugend. Bei der Interessenabwägung scheint es daher angezeigt, dieses Kriterium zurückhaltend anzuwenden.

Bei der Analyse wird auch ersichtlich, dass nicht alle Kriterien den gleichen Einfluss auf die Entscheidungen, wie sie die Allgemeinheit trifft und für gerecht erachtet, haben. Hierbei ist hervorzuheben, dass nicht notwendigerweise die objektiven, gut messbaren Kriterien besonders einflussreich sind, sondern eher die weichen Faktoren, was neben der eigentlichen Beschaffungshandlung insbesondere ihre Umstände und die subjektiven Konsequenzen für die Parteien umfasst. Auch die moralische Tragweite ist besonders zu berücksichtigen, da sie wie gezeigt in der Allgemeinheit als äusserst relevant wahrgenommen wird. 408

Abschliessend implizieren die Ergebnisse zur Einschätzung der Moralität, dass die Einordnung der Kriterien im Rahmen der Interessenabwägung zutreffend scheint, da insbesondere dann deutliche Unterschiede wahrzunehmen sind, wenn die Beschaffungshandlung selbst oder ihre konkreten Umstände tangiert sind, nicht aber wenn lediglich die Folgen für die Parteien variieren. 409

## **b) Einschränkungen**

Während vorliegende empirische Untersuchung interessante, relevante und valide Resultate generiert hat, die die theoretischen Ausführungen ergänzen und stützen, so unterliegt sie auch einigen Einschränkungen, die in Folgestudien adressiert werden könnten. Insbesondere ist darauf zu verweisen, dass lediglich ein familienrechtlicher, das heisst zivilrechtlicher Fall, in verschiedenen Varianten empirisch untersucht wurde, sodass nur in limitierter Weise Aussagen darüber getroffen werden können, inwiefern die Resultate auch in anderen Fällen beziehungsweise Rechtsgebieten repliziert werden könnten. Interessant wäre, ob und wenn ja, welche Unterschiede sich zum vorliegenden Fall in anderen Kontexten ergeben würden, beispielsweise im Hinblick auf die relative Relevanz der Kriterien. In einer solchen Untersuchung könnten auch weitere Operationalisierungen zum Einsatz kommen. Schliesslich ist anzumerken, dass sich das Experiment nur auf die Deutschschweiz erstreckt und eine Erweiterung auf die anderen Landesteile daher naheliegend wäre. 410

## V Ermessensentscheid

- 411 Mit schematischen Vorgaben hinsichtlich der Verwertung oder Nichtverwertung von rechtswidrig beschafften Beweismitteln kann der Gerechtigkeit nicht Genüge getan werden.<sup>855</sup> Die Fallkonstellationen, in denen sich die Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweismittel stellt, sind so divers, dass sich eine Entscheidung im Einzelfall, unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, aufdrängt.<sup>856</sup> Sowohl im Zivil- wie auch im Strafverfahren ist hierzu eine Interessenabwägung vorgesehen. Abwägen im Allgemeinen bedeutet, sich entgegenstehende Interessen einander gegenüberzustellen und einen Ausgleich zwischen ihnen herbeizuführen. Die Grundregel der Abwägung lautet dabei: «Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Interesses ist, desto grösser muss die Wichtigkeit der Erfüllung des andern sein.»<sup>857</sup> Es ist Abwägungsentscheiden inhärent, dass sie nicht einer konsistenten Logik folgen, sondern wertende Elemente enthalten. Entsprechend führen Interessenabwägungen kaum je zu einem eindeutigen Ergebnis und als Resultat einer Interessenabwägung kommt nicht nur eine einzige richtige Entscheidung in Frage.<sup>858</sup>
- 412 Der Entscheid über die Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweise obliegt im Zivil- und Strafverfahren dem Gericht. Zwar können dem Gericht Kriterien, die im Rahmen der Interessenabwägung Berücksichtigung finden sollen, sowie weitere indikative Informationen, wie z.B. Hinweise auf das Gerechtigkeitsempfinden der Allgemeinheit, an die Hand gegeben werden, die Berücksichtigung und Gewichtung der Kriterien sowie der Entscheid im Einzelfall obliegt allerdings alleine dem Gericht. Es handelt sich beim Entscheid über die Verwertbarkeit von rechtswidrig beschafften Beweismitteln insofern um einen gerichtlichen Ermessensentscheid.<sup>859</sup> Solan-

---

<sup>855</sup> ZR 1995, Nr. 36, E. c.

<sup>856</sup> Vgl. z.B. BGer, 24.09.2007, 1P.51/2007, E. 3.2 (= fp 2008, 2 ff.); BGE 109 Ia 244, E. 2b (= Pra 1983, Nr. 275). Mit schematischen Beweisverwertungsverböten würde der Gerechtigkeit nicht genüge getan (ZR 1995, Nr. 36, E. c). Vgl. auch DRUEY, FG Schweizerischer Juristentag, 131, 135.

<sup>857</sup> SEILER, Rz. 232.

<sup>858</sup> SEILER, Rz. 231 f.; HUBMANN, AcP 1956, 85, 133.

<sup>859</sup> BGE 136 III 410, E. 2.2.3; BGE 129 V 323. E. 3.3; vgl. auch ROGALL, FS Hanack, 293, 308, der auf die Sachgerechtigkeit der Interessenabwägung im Zusammenhang mit der Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweise hinweist, aber die Notwendigkeit des Vorliegens konkreter Parameter unterstreicht.

ge der Richter sein Ermessen pflichtgemäss ausübt,<sup>860</sup> ist die Entscheidung, ob ein Beweismittel zugelassen wird oder nicht, kaum zu kritisieren.

## § 4 Zusammenfassung

Zivil- und Strafverfahren verfolgen das gleiche Ziel, nämlich die Wiederherstellung des Rechtsfriedens durch die Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte beziehungsweise die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs.<sup>861</sup> Dies ist nur dann möglich, wenn Urteile als gerecht erachtet und daher gesellschaftlich akzeptiert werden.<sup>862</sup> 413

Die Gerechtigkeit hat im verfahrensrechtlichen Kontext zwei Ausprägungen: die formelle und materielle Gerechtigkeit. Gemäss der formellen Gerechtigkeit ist ein Urteil dann gerecht, wenn es in einem fairen und menschenwürdigen Verfahren zustande gekommen ist.<sup>863</sup> Demgegenüber ist ein Urteil materiell gerecht, wenn das Recht basierend auf den wahren Tatsachen durchgesetzt wird. Dazu ist es erforderlich, dass der historische Sachverhalt so rekonstruiert werden kann, dass er der Wirklichkeit entspricht. Dies ist aus erkenntnistheoretischer wie auch aus verfahrensrechtlicher Sicht utopisch, so dass die materielle Gerechtigkeit letztlich mit dem Streben gleichzusetzen ist, den Sachverhalt möglichst wirklichkeitsgetreu zu rekonstruieren und basierend darauf ein Urteil zu fällen.<sup>864</sup> 414

Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass sich die Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweismittel im Spannungsfeld zwischen der formellen und der materiellen Gerechtigkeit bewegen. Wird ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel verwertet, steht dies mit dem Anspruch an ein faires Verfahren und folglich mit der formellen Gerechtigkeit im Widerspruch. Wird umgekehrt ein Beweismittel nicht verwertet, führt dies zu einer Verletzung der materiellen Gerechtigkeit, da ein Beweismittel, das einen Beitrag zur Aufklärung der wahren Tatsachen leisten könnte, nicht verwertet wird. Dadurch würde in Kauf genommen, dass ein Urteil nicht auf den wahren Tatsachen beruht.<sup>865</sup> 415

<sup>860</sup> BÜHLER, 79, 84.

<sup>861</sup> Vgl. Rz. 23, 26.

<sup>862</sup> Vgl. Rz. 279.

<sup>863</sup> Vgl. Rz. 281 ff.

<sup>864</sup> Vgl. Rz. 284 ff.

<sup>865</sup> Vgl. Rz. 296 ff.

- 416 Im Zivil- wie auch im Strafverfahren sind rechtswidrig beschaffte Beweismittel grundsätzlich von einer Verwertung ausgeschlossen. Allerdings ist in beiden Verfahren eine Interessenabwägung vorgesehen,<sup>866</sup> um über die Verwertbarkeit zu befinden, wobei die Verwertbarkeit ausnahmsweise dann zulässig ist, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Der Interessenabwägung kommt damit die Funktion zu, im Hinblick auf die Problematik der rechtswidrig beschafften Beweise einen Ausgleich zwischen der formellen und der materiellen Gerechtigkeit zu erreichen.<sup>867</sup>
- 417 Im Rahmen der Interessenabwägung ist das Interesse an der Wahrheitsfindung beziehungsweise an der Durchsetzung des Rechts gegen das Interesse an einem fairen Verfahren abzuwägen. Die Wahrheitsfindung liegt im Zivil- wie auch im Strafverfahren im privaten und öffentlichen Interesse und verkörpert die materielle Gerechtigkeit. Demgegenüber zeigt die Schwere der rechtswidrigen Beschaffungshandlung auf, wie stark der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt und die formelle Gerechtigkeit dadurch beeinträchtigt ist.<sup>868</sup>
- 418 Im Rahmen einer dogmatischen Herleitung und einer empirischen Untersuchung hat sich gezeigt, dass die Interessenabwägung durch verschiedene Parameter beeinflusst wird. Während die geltende Verfahrensmaxime kein valider Parameter für die Interessenabwägung ist, da das Zivilverfahren in all seinen Ausprägungen genauso wie das Strafverfahren grundsätzlich danach strebt, einem Urteil die wahren Tatsachen zugrunde zu legen,<sup>869</sup> hat sich gezeigt, dass Art und insbesondere Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses ausschlaggebende Parameter für die Interessenabwägung sind. Die Allgemeinheit befürwortet die Verwertbarkeit eines Beweises dann weniger, wenn im Rahmen der Beschaffungshandlung eine starke Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses stattfand.<sup>870</sup>
- 419 Des Weiteren wurde deutlich, dass die Allgemeinheit der Bedeutung eines Beweises erhebliche Relevanz zumisst. Die Verwertbarkeit wird dann als gerechter empfunden, wenn es sich um das einzige Beweismittel handelt. Damit ergibt sich, dass bei der Interessenabwägung Berücksichtigung fin-

---

<sup>866</sup> Im Strafverfahren wird zunächst hypothetisch geprüft, ob das rechtswidrig beschaffte Beweismittel von den Strafbehörden auf rechtmässige Art und Weise hätte beschafft werden können. Ist dies nicht der Fall, ist eine Verwertung *per se* ausgeschlossen (vgl. Rz. 302).

<sup>867</sup> Vgl. Rz. 299 ff.

<sup>868</sup> Vgl. Rz. 315 ff., 321 ff.

<sup>869</sup> Vgl. Rz. 341.

<sup>870</sup> Vgl. Rz. 342 ff.

den sollte, wie bedeutend ein Beweismittel im Hinblick auf die Rekonstruktion des Sachverhalts und in der Folge für das Urteil ist.<sup>871</sup>

Ein weiteres bedeutendes Kriterium scheint die moralische Tragweite der aufgefundenen Tatsache zu sein. Die Allgemeinheit stimmt der Verwertung eines Beweismittels eher zu, je grösser die Verletzung moralischer Werte durch die zu beweisende Tatsache ist. Insofern kann die moralische Tragweite des Sachverhalts, der zu beurteilen ist, ein ausschlaggebendes Kriterium für die Entscheidung über die Verwertbarkeit eines Beweismittels sein.<sup>872</sup>

Schliesslich wird den objektiven und subjektiven Konsequenzen Bedeutung zugemessen. Die objektiven Kriterien beziehen sich auf objektiv messbare Parameter, wie z.B. den Streitwert im Zivilverfahren oder das Strafmass im Strafverfahren, während die subjektiven Konsequenzen die Konsequenzen aus der Sicht der betreffenden Parteien umschreiben. Je grösser die objektiven und subjektiven Konsequenzen einer Entscheidung für die Parteien sind, umso eher wird der Verwendung eines Beweises zugestimmt, wobei den subjektiven Konsequenzen tendenziell grössere Bedeutung zukommt. Die objektiven und subjektiven Konsequenzen sind daher in die Interessenabwägung einzubeziehen. Eine Verwertung scheint mit steigenden Konsequenzen eher angezeigt.<sup>873</sup>

Schliesslich hat sich gezeigt, dass Präzedenzfälle keine präventive Wirkung zu entfalten vermögen, was wahrscheinlich darauf zurückzuführen ist, dass die Parteien, wenn ihnen denn allfällige Präzedenzfälle überhaupt bekannt sind, eher emotional als rational kalkulierend agieren. Daraus ergibt sich, dass eine allfällige präventive Wirkung eines Urteils nur sehr zurückhaltend in der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.<sup>874</sup>

Die genannten Kriterien können dem Gericht zwar wertvolle Hinweise für die Durchführung der Interessenabwägung an die Hand geben, die Gewichtung und Abwägung der Kriterien im Einzelfall obliegt aber einzig dem Gericht. Bei der Entscheidung über die Verwertung oder Nichtverwertung eines rechtswidrig beschafften Beweismittels handelt es sich insofern um einen gerichtlichen Ermessensentscheid.<sup>875</sup>

<sup>871</sup> Vgl. Rz. 355 ff.

<sup>872</sup> Vgl. Rz. 359 f.

<sup>873</sup> Vgl. Rz. 361 ff.

<sup>874</sup> Vgl. Rz. 371 ff.

<sup>875</sup> Vgl. Rz. 411 f.



## **6. Kapitel: Konklusion**





---

## § 1 Zusammenfassung

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung hat sich gezeigt, dass im Zivil- wie auch im Strafverfahren Privatpersonen mit der Beweisführung betraut sind beziehungsweise sich daran beteiligen können. Da die Beweisbeschaffung in direktem Zusammenhang mit der Beweisführung steht, lässt sich herleiten, dass Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen – ob rechtmässig oder rechtswidrig – in beiden Verfahren gleichermassen denkbar sind. Zudem rechtfertigt sich selbst im Lichte der bestehenden Unterschiede zwischen Zivil- und Strafverfahren eine einheitliche Betrachtung der Problematik. 424

Eine Beweisbeschaffung durch eine Privatperson liegt vor, wenn eine aktive, vom Willen beherrschbare, sozialerhebliche Handlung einer natürlichen oder juristischen Person kausal dafür ist, dass ein Beweismittel Eingang in ein Zivil- oder Strafverfahren findet. Wird im Zuge dieser Handlung gegen eine objektive Norm des schweizerischen materiellen Rechts verstossen, von welcher die handelnde Person Adressat ist, liegt eine rechtswidrige Beweisbeschaffungshandlung vor. Zur Qualifikation als Beschaffungshandlung ist nicht erforderlich, dass die Handlung von einer verfahrensbeteiligten Person vorgenommen wird. Ebenfalls unerheblich ist, ob die entsprechende Handlung explizit darauf ausgerichtet ist, einen Beweis für ein Verfahren zu beschaffen. Auch eine Handlung, die sich erst nachträglich als Beschaffungshandlung qualifiziert, wird tatbestandsseitig vom Begriff der Beschaffungshandlung erfasst. Da der Begriff der Rechtswidrigkeit im verfahrensrechtlichen Kontext der Beweisbeschaffung autonom zu definieren ist, wurde die in der Lehre zum Teil vertretene Ansicht verworfen, dass Rechtfertigungsgründe basierend auf einem Beweisinteresse die Rechtswidrigkeit der Handlung auszuschliessen vermögen. Die materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Ebene sind voneinander zu abstrahieren. Allfällige rechtfertigende Elemente sind bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen. 425

Rechtswidrig beschaffte Beweismittel beinhalten insofern eine inhärente Problematik, als sie die Gerechtigkeit und den Rechtsfrieden tangieren, unabhängig davon, ob das entsprechende Beweismittel verwertet wird oder nicht. Wird ein Beweismittel verwertet, führt dies zu einer Verletzung der formellen Gerechtigkeit, während die materielle Gerechtigkeit verletzt wird, wenn ein Beweismittel nicht verwertet wird. Um in diesem Spannungsfeld eine möglichst gerechte, den Rechtsfrieden wiederherstellende Entscheidung treffen zu können, ist sowohl im Zivil- wie auch im Strafver- 426

fahren im Einzelfall eine Interessenabwägung vorgesehen. Im Zivilverfahren ist diese explizit gesetzlich verankert, während sie im Strafverfahren auf einer gefestigten gerichtlichen Praxis beruht.

- 427 Bei der Durchführung der Interessenabwägung ist das Interesse an der Wahrheitsfindung beziehungsweise an der Rechtsdurchsetzung, das die materielle Gerechtigkeit verkörpert, gegen das Interesse an einem fairen Verfahren, das der formellen Gerechtigkeit entspricht, zur Abwägung zu bringen. Basierend auf den Ansätzen in der zivil- und strafprozessualen Lehre sowie angrenzender Wissenschaften, insbesondere der Psychologie, konnten Parameter, die im Einzelfall eher für oder gegen die Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels sprechen, theoretisch erarbeitet werden. In der Folge wurden diese Parameter im Rahmen eines Experiments operationalisiert und auf diese Weise untersucht, welche Parameter in welchem Ausmass mit dem Gerechtigkeitsempfinden der Gesellschaft interagieren. Obwohl die Einschätzung, ob ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel in einem bestimmten Kontext verwertet werden kann oder nicht, sehr stark vom beurteilenden Individuum abhängt,<sup>876</sup> ist es entscheidend zu verstehen, wie stark die Gesellschaft der Verwertung eines Beweismittels in Abhängigkeit der Ausprägung einzelner Parameter zustimmt.
- 428 Da es das Ziel eines jeden Urteils sein muss, den Rechtsfrieden wiederherzustellen und in der Gesellschaft Legitimation zu erlangen, sind die Gerechtigkeitseinstellungen der Allgemeinheit für die Frage der Verwertung oder Nichtverwertung rechtswidrig beschaffter Beweise von grösster Relevanz. Die empirische Untersuchung konnte so einen wertvollen Beitrag dahingehend leisten, welche Parameter aus Sicht der Allgemeinheit zum einen prinzipiell und zum anderen in besonderem Ausmass als ausschlaggebend erachtet werden.
- 429 Der erste relevante Parameter ist die Art und der Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses. Der Verwertung eines Beweismittels wird dann eher zugestimmt, wenn die materiellrechtlich geschützten Interessen weniger schwer verletzt werden, wobei auch die Art des verletzten geschützten Interesses Implikationen haben kann. Ein zweiter relevanter Parameter ist die Bedeutung des Beweises. Je bedeutender ein Beweis ist, beispielsweise weil es sich um den einzigen Beweis handelt, umso eher wird die Verwertung als gerechtfertigt angesehen. Zum dritten ist die moralische Komponente ein wesentlicher Parameter. Sofern die zu beweisende Tatsache das Moralgefühl der Allgemeinheit substanziell tangiert, wird die Ver-

---

<sup>876</sup> THOMMEN, recht 2014, 264, 269; FORNITO, 40; KRAATZ, 259.

wertbarkeit eher befürwortet, was sich entwicklungs- und verhaltenspsychologisch erklären lässt. Schliesslich vermögen zum vierten auch die objektiven und subjektiven Konsequenzen, die mit einem Urteil einhergehen, die Beurteilung der Gerechtigkeit eines Entscheids über die Verwertbarkeit eines Beweismittels zu beeinflussen. Hierbei wurde zudem deutlich, dass die subjektiven Konsequenzen, auch wenn sie schwieriger zu eruieren sein mögen, eine bedeutende und tendenziell gar bedeutendere Rolle einnehmen können als die objektiven Konsequenzen.

Demgegenüber lassen sich aus der geltenden zivilprozessualen Verfahrensmaxime keine Hinweise für die Interessenabwägung ableiten. Entsprechendes gilt im Hinblick auf eine allfällige präventive Wirkung, die sich zwar auf juristisch-theoretischer Ebene aufdrängt, im Rahmen der empirischen Untersuchung aber nicht bestätigt werden konnte. Es hat sich insbesondere gezeigt, dass allfällige Präzedenzfälle selbst dann, wenn sie den handelnden Akteuren bekannt sind, keinen materiellen Einfluss auf die Handlungsabsichten der Allgemeinheit haben, was vermutlich auf die starke Emotionalisierung in Fällen rechtswidriger Beweisbeschaffungen zurückzuführen ist. 430

Da die aufgeführten Parameter die Gerechtigkeitsvorstellungen der Allgemeinheit abbilden, ist es sachgerecht, diese bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, um eine Annäherung an ein möglichst gerechtes Urteil zu erlangen, das den Rechtsfrieden wiederherzustellen vermag. Die genannten Parameter können aber lediglich als Leitlinien für die Interessenabwägung dienen. Die Gewichtung der Parameter und der Entscheid über die Verwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels im Einzelfall obliegt den zuständigen Richtern. 431

## § 2 Schlussfolgerungen

### I Schlussfolgerungen für die Rechtssetzung

Während im Zivil- und Strafverfahren gleichermassen im Rahmen einer Interessenabwägung über die Verwertung oder Nichtverwertung rechtswidrig beschaffter Beweise befunden wird, unterscheiden sich die beiden Verfahren durch die rechtliche Grundlage dieser Interessenabwägung voneinander. Mit Art. 152 Abs. 2 ZPO existiert für das Zivilverfahren eine explizite gesetzliche Bestimmung, für das Strafverfahren wurde eine ur- 432

sprünglich vorgesehene Regelung im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens jedoch bedauerlicherweise fallen gelassen. Zwar beruht die Interessenabwägung auf einer Gerichtspraxis, die als gefestigt bezeichnet werden darf, indessen kommt einer Gerichtspraxis selbst wenn sie gefestigt ist keine normative Bindungswirkung zu. Jeder Richter ist theoretisch in der Lage, sie im Einzelfall in Frage zu stellen. Im Sinne der Rechtssicherheit und -vorhersehbarkeit wäre es meines Erachtens daher sinnvoll, die Gerichtspraxis, wie ursprünglich vorgesehen, gesetzlich zu verankern.

- 433 Dass die gesetzliche Bestimmung fallen gelassen wurde, erstaunt insbesondere auch deshalb, weil die rechtswidrige Beweiserhebung durch die Strafbehörden in Art. 141 StPO eine explizite gesetzliche Regelung erfahren hat.<sup>877</sup> Sollte man, wie im Vernehmlassungsverfahren argumentiert wurde, davon ausgehen, dass rechtswidrige Beweisbeschaffungshandlungen durch Privatpersonen durch eine präzisierende gesetzliche Bestimmung gefördert würden, so müsste man diese Befürchtung auch im Zusammenhang mit Art. 141 StPO hegen.<sup>878</sup> Zudem hat sich in der vorliegenden Untersuchung gezeigt, dass die Entscheidung, ein Beweismittel rechtswidrig zu beschaffen, eher eine emotionale als eine rationale ist. Es ist daher nicht anzunehmen, dass durch eine gesetzliche Bestimmung rechtswidrige Beweisbeschaffungshandlungen durch Privatpersonen gefördert würden.
- 434 Die gesetzliche Bestimmung sollte nach dem Vorbild von Art. 152 Abs. 2 ZPO lediglich die Rahmenbedingungen der Verwertbarkeit festlegen. Einzig mit einer offenen Formulierung kann eine möglichst gerechtigkeitskonforme Entscheidung erfolgen.<sup>879</sup> Dabei wäre insbesondere zu berücksichtigen, dass – anders als in Art. 150 VE StPO – keine Einschränkung auf strafbar beschaffte Beweismittel stattfindet. Zur Entscheidung über die Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels wäre ebenfalls eine Interessenabwägung vorzusehen, wobei explizit zu verankern wäre, welche Interessen gegeneinander abzuwägen sind.
- 435 Letzteres wäre auch bezüglich Art. 152 Abs. 2 ZPO zu überdenken. Genannte Bestimmung hält bis anhin lediglich fest, dass das Interesse an der

---

<sup>877</sup> Vgl. auch CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Art. 141 CPP N 8: «La différence de traitement entre les actes des organes de l'enquête et ceux des particuliers ne paraît pas clairement justifiée, en particulier à raison des inconvénients, en termes de prévisibilité juridique [...]»

<sup>878</sup> CR / BÉNÉDICT / TRECCANI, Art. 141 CPP N 8; vgl. auch PAREIN, Jusletter 08.10.2012, Rz. 73.

<sup>879</sup> Vgl. Rz. 411.

Wahrheitsfindung zur Abwägung zu bringen ist. Es bleibt aber vage, gegen welches Interesse das Interesse an der Wahrheitsfindung abzuwägen ist. Die explizite Kodifizierung, dass eine Abwägung gegen das Interesse an einem fairen Verfahren zu erfolgen hat, würde zur Klarifizierung beitragen und zudem berücksichtigen, dass die Abwägung gegen das Schutzinteresse des beeinträchtigten Rechtsgutes zu kurz greift. Es ist vorderhand deswegen nicht erfolgsversprechend, eine rechtswidrige Beschaffungshandlung mit einer Rechtsgutsverletzung zu verknüpfen, weil das Schutzinteresse des beeinträchtigten Rechtsgutes nicht variiert. Art und Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses sind zwar für die Interessenabwägung durchaus relevant, es handelt sich aber nur um einen Parameter von mehreren. Darüber hinaus wäre sowohl im Straf- wie auch im Zivilverfahren zu präzisieren, dass der Anwendungsbereich der entsprechenden Regelungen auf Beweismittel beschränkt ist, die von Privatpersonen rechtswidrig beschafft wurden.

Basierend auf den bereits bestehenden rechtlichen Grundlagen und den entsprechenden Gesetzgebungsarbeiten könnte eine gesetzliche Bestimmung, die in beiden Verfahren gleichermassen anwendbar wäre, beispielsweise wie folgt lauten:

*Rechtswidrig durch Privatpersonen beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung das Interesse an einem fairen Verfahren überwiegt.*

## II Schlussfolgerungen für die Rechtsanwendung

Unabhängig davon, ob die Verankerung einer expliziten rechtlichen Norm in der StPO vom Gesetzgeber erwogen wird,<sup>880</sup> ist die strafprozessuale Praxis im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweise zu überdenken. Das Kriterium der hypothetisch rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung sollte meines Erachtens fallen gelassen werden.<sup>881</sup> Entsprechendes gilt für die in beiden Verfahren vertretene Ansicht, dass verfahrens- bzw. beweisrechtliche Rechtfertigungsgründe die Rechtswidrigkeit einer Beschaffungshandlung auszuschliessen vermögen und daher eine Interessenabwägung obsolet werden lassen. Den widerstreitenden Interessen im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Beschaffung von Beweisen kann nur dann angemessen Rechnung getragen werden, wenn die

<sup>880</sup> Vgl. Rz. 432 ff.

<sup>881</sup> Vgl. Rz. 308 ff.

Interessen einander im Einzelfall gegenübergestellt und gewürdigt werden.<sup>882</sup>

- 438 Abzuwägen ist dabei grundsätzlich das Interesse an der Wahrheitsfindung und das Interesse an einem fairen Verfahren. Beide repräsentieren sowohl öffentliche wie auch private Interessen, die umfassend zu berücksichtigen sind. Die Abwägung zwischen den genannten Interessen zeigt, dass es zwar Ziel rechtsstaatlicher Verfahren ist, ein Urteil basierend auf der Wahrheit zu fällen, es dieses Ziel aber nicht mit allen denkbaren Mitteln zu erreichen gilt.
- 439 Aus juristischer Sicht kann sowohl die Entscheidung, dass ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel verwertet wird, wie auch die Entscheidung, dass von einer Verwertbarkeit abgesehen wird, als gerecht bezeichnet werden. Während die Verwertung der materiellen Gerechtigkeit zuträglich ist, verwirklicht die Nichtverwertung die formelle Gerechtigkeit. Unter der Prämisse, dass eine gewissenhafte Interessenabwägung durchgeführt worden ist, ist die entsprechende Entscheidung zumindest aus juristischen Gesichtspunkten kaum zu beanstanden, da eine Ausprägung der Gerechtigkeit im einen wie auch im anderen Fall respektiert wird.
- 440 Die Verfahrensbeteiligten bedienen sich demgegenüber nicht der juristischen Doktrin bei der Beurteilung, ob die Entscheidung über die Verwertbarkeit eines Beweismittels gerecht oder ungerecht ist. Vielmehr nehmen sie eine intuitive Bewertung vor. Dies liegt darin begründet, dass die Gerechtigkeit sich nicht klar fassen lässt, sondern in den Augen des Betrachters verschiedene Gestalt annehmen kann.<sup>883</sup> Jene Partei, die ein Beweismittel rechtswidrig beschafft hat, würde es üblicherweise als gerecht erachten, dass das entsprechende Beweismittel im Verfahren verwertet wird. Umgekehrt würde es von der Gegenpartei wohl als gerecht angesehen, ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel nicht zu verwerten.
- 441 Übergeordnetes Ziel von Zivil- und Strafverfahren ist es, den Rechtsfrieden wiederherzustellen. Dies kann nur dann erreicht werden, wenn die gefällten Urteile als gerecht erachtet werden und ihnen gesellschaftliche Akzeptanz zuteilwird.<sup>884</sup> Insofern ist die intuitive Beurteilung der Gerechtigkeit für die Entscheidung über die Verwertbarkeit eines Beweismittels von erheblicher Bedeutung. Die Regelungen im Zivil- und Strafverfahren belassen dabei dem Gericht den notwendigen Ermessensspielraum, um zu entscheiden,

---

<sup>882</sup> Vgl. Rz. 252 ff.

<sup>883</sup> GIGER, FG Giger, 301, 311.

<sup>884</sup> Vgl. Rz. 277 ff.

welcher Ausprägung der Gerechtigkeit im konkreten Fall der Vorrang einzuräumen ist.

Die im Rahmen der vorliegenden Dissertation herausgearbeiteten Parameter, die gemäss der empirischen Untersuchung die Gerechtigkeitsempfindungen der Gesellschaft abbilden, sollen einerseits die Durchführung dieser Interessenabwägung erleichtern, andererseits zur Objektivierung der Entscheidung beitragen, um in einem gewissen Umfang auch Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit fördern.<sup>885</sup> Die Gewichtung der einzelnen Parameter und die konkrete Abwägung der betreffenden Interessen sind vom Gericht indes stets im Einzelfall vorzunehmen. 442

In der rechtspsychologischen Forschung zur Verfahrensgerechtigkeit hat sich diesbezüglich gezeigt, dass ein Urteil dann als gerechter wahrgenommen wird, wenn es transparent nachvollziehbar ist.<sup>886</sup> Übertragen auf die Thematik der rechtswidrigen Beweisbeschaffung bedeutet dies, dass die Interessenabwägung deutlich und transparent zu erfolgen hat. Es sollte jeder einzelne Parameter explizit in die Entscheidung einfließen und ausführlich begründet werden, warum die Verwertung beziehungsweise Nichtverwertung eines Beweismittels statuiert wird. Zudem sollte jeder, über dessen Interessen eine Entscheidung gefällt wird, die Chance erhalten, Stellung zu nehmen: *Audiat et altera pars* – gehört werde auch der andere Teil.<sup>887</sup> Dies erhöht die Legitimation des Urteils und ist dadurch dem Rechtsfrieden zuträglich. 443

Der Titel dieser Dissertation vermag den Eindruck zu erwecken, als gäbe es eine absolute Gerechtigkeit und als würde diese im Rahmen vorliegender Dissertation in Bezug auf die Thematik der rechtswidrig beschafften Beweismittel ergründet. Dies ist nicht der Fall. Da sich die Grenze zwischen gerecht und ungerecht nicht exakt ziehen lässt, wird kaum je eine Entscheidung dem Gerechtigkeitsempfinden sämtlicher Individuen gerecht werden können. Dennoch beinhaltet der Titel keinen Widerspruch in sich. Zwar werden die Gerichte durch rechtswidrig beschaffte Beweise vor eine inhärente Herausforderung gestellt, allerdings ist es zumindest aus juristischer 444

<sup>885</sup> Vgl. zu den Limitationen einer Einzelfallentscheidung KIETHE, MDR 2005, 965, 970.

<sup>886</sup> LEVENTHAL / KARUZA JR. / FRY, 185 ff. Vgl. dazu auch DRUEY, FG Schweizerischer Juristentag, 131, 135, der den mit einer Interessenabwägung befassten Richter kritisch als «black box» bezeichnet.

<sup>887</sup> Vgl. ZIPPELIUS, 41; in einem allgemeinen Sinne auch ZIMMERLIN, Rz. 12; DONATSCH, SJZ 2004, 321, 323; SUMMERS / STUDER, ZStrR 2016, 45, 72.

Sicht möglich, ein Urteil zu fällen, welches als gerecht zu qualifizieren ist –  
im Straf- und im Zivilverfahren.



---

## Stichwortverzeichnis

### **Abgrenzungen 11 ff.**

### **Adhäsionsverfahren 103 ff.**

### **Anwendungsbereich s. *gesetzliche Regelung***

### **Ausländisches Recht 12**

### **Behauptung s. *Last***

### **Beschaffung**

- Eignung 196 ff.
- Handlung s. *Beweisbeschaffung*

### **Bestreitung s. *Last***

### **Beweis s. *auch Beweismittel***

- Abnahme 76
- Antragsrecht 74 ff.
- Bedeutung s. *Parameter*
- Belastender 141 ff.
- Beschaffung s. *Beweisbeschaffung*
- Beweisführungslast s. *Beweisführung*
- Definition 180
- Eignung 192
- Entlastender 141 ff.
- Erhebung 164
- Last 37, s. *auch dort*
- Offerte 37, 94
- Recht auf Beweis 93
- Rechtliche Zulässigkeit 193 ff.
- Verwertbarkeit 90 ff., 129 ff.

### **Beweisbeschaffung**

- Handlung 163 ff.
- Objekt 179 ff.
- Subjekt 205 ff., s. *auch Personen*
- Teil der Beweisführung 79 ff.

### **Beweisführung**

- Beweisbeschaffung s. *dort*
- Last 36 f., s. *auch dort*
- Pflicht 57 ff.
- Strafverfahren 57 ff.
- Zivilverfahren 34 ff.
- Zweck 30 ff.

### **Beweismittel s. *auch Beweis***

- Augenschein 184, 203
- Beschaffung 177 f.
- Beschaffungseignung 196 ff.
- Beweisaussage 184, 203
- Formell rechtswidriges 96

- Formgerechtigkeit 184 ff.
- Fristgerechtigkeit 188
- Gutachten 184, 203
- Herstellung 177 f.
- Materiell rechtswidriges 95
- Parteibefragung 184, 203
- Schriftliche Auskunft 184, 203
- Tauglichkeit 189 f.
- Urkunde 184, 198 f.
- Verwertbarkeit 90 ff., 129 ff.
- Zeugnis 184, 200 f.

### **Bundeszivilprozess 107 f.**

### **Ebenen**

- Materiellrechtliche 254, 256
- Verfahrensrechtliche 254 f.

### **Ermessen**

- Entscheid 411 f.
- Spielraum 5

### **Ermittlung**

- Ermittlung durch Privatpersonen 218 ff.
- Ermittlung, verdeckte 214 ff.
- Fahndung, verdeckte 214 ff.
- Staatliche Unterstützung 220

### **Fahndung s. *Ermittlung***

### **Fernwirkung 15**

### **Folgen**

- Materiellrechtliche 13
- Verfahrensrechtliche 14

### **Fragepflicht 44 ff.**

### **Geltungsbereich**

- Strafverfahren 145 ff.
- Zivilverfahren 98 ff.

### **Gerechtigkeit**

- Formelle 281 ff.
- Materielle 284 ff.
- Rechtsfrieden 279 f., s. *auch dort*
- Verletzung 296 ff.
- Vorbehalte 286 ff.

### **Gesetzliche Regelung**

- Anwendungsbereich 93 ff.
- Inhalt 90 ff.

- Rechtsfolge 91
- Tatbestand 91

### **Handlungslehre**

- Finale 168 ff.
- Soziale 174 ff.

### **Interesse**

- an der Wahrheitsfindung 315 ff.
- an einem fairen Verfahren 321 ff.
- Öffentliches 316 ff.
- Privates 316 ff.

### **Interessenabwägung**

- Ermessensentscheid 411 ff.
- Gerechtigkeit 301 f., *s. auch Gerechtigkeit*
- Interesse an der Wahrheitsfindung *s. Wahrheitsfindung*
- Interesse an einem fairen Verfahren 332 ff.
- Optimierungsansatz 299 ff.
- Parameter 338 ff., *s. auch dort*
- Schwere der rechtswidrigen Beschaffung 335 ff.

### **Jugendstraßprozess 146 f.**

#### **Konsequenzen**

- Objektive 363 ff.
- Subjektive 366 f.

#### **Kriterien *s. Parameter***

#### **Last**

- Behauptungs- 34 f.
- Bestreitungs- 35
- Beweiss- 37
- Beweisführungs- 36 f.
- Rechtsnachteil 35
- Substanziierungs- 35

### **Militärstraßprozess 148**

#### **Mitwirkung *s. auch Parteien***

- Beschuldigte Person 65 ff.
- Beweisanspruch 73 ff.
- Beweisbeschaffung 79 ff., *s. auch dort*
- Privatkülerschaft 69 ff.

#### **Parameter**

- Art und Grad der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses 342 ff.
- Bedeutung des Beweises 355 ff.
- Konsequenzen *s. Konsequenzen*

- Moralische Tragweite 359 f.
- Prävention *s. dort*
- Relevanz der geltenden Verfahrensmaxime 339 ff.

### **Parteien**

- Beschuldigte Person 65 ff.
- Mitwirkungsberechtigte 63 f.
- Privatkülerschaft 69 ff.
- Straßbehörden 59

### **Personen**

- Dritte 208 f.
- Juristische 205 ff.
- Natürliche 205 ff.
- Verfahrensbeteiligte 208 f.

### **Präjudizien**

- Bindungswirkung 132 ff.
- Praxisänderung 136 f.
- Rechtsquellencharakter 135

### **Prävention**

- Generalprävention 29
- Präventive Wirkung 371 ff.
- Präventiver Zweck 368 ff.
- Spezialprävention 29

### **Privatkülerschaft *s. Parteien***

### **Recht**

- Anwendung 33
- Eidgenössisches 233 ff.
- Kantonales 233 ff.
- Kommunales 233 ff.
- Materielles 244 ff.
- Objektives 230 ff.
- Rechtsverbindlichkeit 247 ff.
- Strafrechtliche Normen 236 ff.
- Subjektives 230
- Verstoss 227 f.

### **Recht auf Beweis *s. Beweis***

### **Rechtfertigung**

- Abstraktion 254 ff., *s. auch Ebenen*
- Nichtrechtfertigung 252 ff.

### **Rechtlich geschütztes Interesse**

- Verletzung 342 ff., *s. auch dort*

### **Rechtsfrieden 23, 26 f., 301, *s. auch Gerechtigkeit***

### **Rechtsgut 322 ff.**

### **Rechtswidrigkeit *s. auch Recht***

- Autonome Definition 225 f.

- Terminologie 223 f.
- Verstoss gegen das Recht 227 f.

**Relevanz 8 ff.**

**Sachverhalt**

- Rekonstruktion 32, 285 f.

**Schiedsverfahren 100 ff.**

**Strafanspruch 26 ff.**

**Strafverfahren**

- Beschuldigte Person 65 ff.
- Geltungsbereich *s. dort*
- Mitwirkung Parteien 63 ff.
- Privatklägerschaft 69 ff.
- Rechtsprechung 129 ff.
- Vorprüfung *s. dort*
- Ziel *s. dort*
- Zweck *s. dort*

**Strafverfolgungsbehörden 59**

**Substanziierung *s. Last***

**Terminologie**

- Beweisbeschaffung 164
- Beweiserhebung 164
- Beweiserlangung 164
- Rechtswidrigkeit *s. dort*

**Untersuchungsmaxime**

- Eingeschränkte 50, 54 ff.
- Geltungsbereich 48 ff.
- Rolle der Parteien 51 ff.
- Rolle des Gerichts 51 ff.
- Uneingeschränkte 49, 52 f.

**Verfahren**

- Behauptungsverfahren 34
- Hauptverfahren 77, 138
- Untersuchungsverfahren 77 f.
- Vorverfahren 57

**Verfahrensbeteiligte *s. Parteien***

**Verhandlungsmaxime**

- Fragepflicht 45 f.
- Geltungsbereich 39 ff.
- Gemilderte 46 f.
- Klassische 45
- Rolle der Parteien 42 ff.
- Rolle des Gerichts 42 ff.

**Verletzung**

- Art 345 ff.
- Grad 347 ff.

- Persönlichkeit 351 ff.
- Rechtlich geschütztes Interesse *s. dort*

**Verwaltungsstraßprozess 149**

**Verwaltungsverfahren 11**

**Verwertbarkeit *s. Beweis, Beweismittel***

**Vorbehalte**

- Erkenntnistheoretische 286 f.
- Verfahrensrechtliche 288 ff.

**Vorprüfung im Strafverfahren**

- Beurteilung gemäss der konkreten gesetzmässigen Alternative 303 ff.
- Hypothetisch rechtmässige staatliche Beweiserhebung 302

**Wahrheit**

- Formelle 288 ff.
- Materielle 292 f.

**Wahrheitsfindung**

- Öffentliches Interesse 316 ff., *s. auch Interesse*
- Privates Interesse 316 ff., *s. auch Interesse*
- Rechtsdurchsetzung 315
- Vorbehalte *s. dort*

**Wirklichkeit**

- Annäherung 294 ff.
- Urteilsgrundlage 284 f.

**Ziel**

- Strafverfahren 277 ff.
- Zivilverfahren 277 ff.

**Zivilverfahren**

- Fragepflicht *s. dort*
- Geltungsbereich *s. dort*
- Gesetzliche Regelung *s. dort*
- Untersuchungsmaxime *s. dort*
- Verhandlungsmaxime *s. dort*
- Ziel *s. dort*
- Zweck *s. dort*

**Zweck**

- Beweisführung 30 ff.
- Strafverfahren 26
- Zivilverfahren 23



---

## **Curriculum Vitae**

### **Berufserfahrung**

Gerichts- und Anwaltspraktika im Kanton Schwyz	07 / 2016 – heute
Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Markus Müller-Chen, Universität St. Gallen (HSG)	06 / 2012 – 06 / 2016
Praktikantin bei der UBS AG, Compliance, Zürich	07 / 2011 – 09 / 2011

### **Ausbildung**

Universität St. Gallen (HSG), Dr. iur. HSG	01 / 2014 – 10 / 2017
Universität St. Gallen (HSG), M.A. HSG	09 / 2011 – 07 / 2013
King's College London, Summer School	07 / 2012 – 08 / 2012
Universität St. Gallen (HSG), B.A. HSG	09 / 2008 – 07 / 2011
Stiftsschule Einsiedeln	08 / 2002 – 06 / 2008





