

- Verwertbarkeit rechtswidrig
erlangter Beweismittel im
Zivilprozess

- Fachgruppe Prozessrecht
Dienstag, 26. Februar 2013, Basel
Raphael Butz, Rechtsanwalt, VISCHER AG

● Übersicht

- Gemeinsame Erarbeitung der Konfliktsituation
- Mögliche Konfliktlösungsansätze (im Wandel der Zeit)
- Regelung in der ZPO / Auslegung und Interpretation
- Zusammenfassung
- Exkurs: Formell rechtswidrig erlangte Beweismittel

- Zentrale Frage

Darf das Gericht rechtswidrig erlangte
Beweismittel im Zivilprozess
berücksichtigen oder nicht?

● Fallbeispiele zur Illustration

Materiell rechtswidrig erlangte Beweismittel

→ Beschaffungshandlung verstösst gegen materielles Recht:

- 1) Schuldner entwendet beim Gläubiger eine Quittung, die belegt, dass die Schuld längst beglichen wurde.
- 2) Schuldner droht mit Gewalt, falls ihm das tatsächlich vorhandene Beweisstück nicht ausgehändigt wird.
- 3) Versicherungsnehmer legt heimlich erstellte Tonbandaufnahme vor, wonach er seine Anzeigepflicht erfüllt hat.
- 4) Vater legt das Tagebuch der Tochter vor, wonach diese lieber bei ihm als bei der Mutter leben möchte.

● Erarbeitung der Konfliktsituation

Diskussion

Was spricht für die Verwertung der materiell rechtswidrig erlangten Beweismittel und was spricht dagegen?

● Zusammenfassung der Konfliktsituation

Pro Verwertung

- Interesse des Rechtsstaats an der Wahrheitsfindung und Rechtsverwirklichung
- Das Gericht darf sein Urteil nicht mutwillig auf einen unrichtigen Sachverhalt stützen!

Contra Verwertung

- Interesse des Rechtsstaats an der Achtung der geschützten Rechtsgüter (persönliche Integrität, Vermögen, Privatsphäre)
- Recht darf im Rechtsstaat nicht durch Unrecht duragesetzt werden!
Nur im System der Selbstjustiz heiligt der Zweck die Mittel!

● Konfliktlösungsansätze im Wandel der Zeit

Zeitlich und kantonale unterschiedliche Handhabung:

– **Generelle Zulassung**

- Durchsetzung der «Wahrheit» als oberstes Ziel
- Verwertung von Beweisen, egal wie sie erlangt wurden
- Verwertung der «Zeugenaussage» der zur Verschwiegenheit verpflichteten Amtsperson (ZR 29 (1930) Nr. 31, S. 83)

– **Generellen Ablehnung**

- Absolutes Verwertungsverbot für unter Verletzung von zivil- oder strafrechtlichen Bestimmungen erlangte Beweismittel
- Heimliche Tonbandaufnahme wird nicht angehört, sondern direkt aus dem Recht gewiesen (ZR 66 (1967) Nr. 36)

● Konfliktlösungsansätze im Wandel der Zeit

Kantonale Regelungen

Rechtswidrig beschaffte Beweismittel wurden nur in einer einzigen kantonalen Zivilprozessordnung thematisiert:

Art. 97 Abs. 2 alt ZPO St. Gallen

«Er [der Richter] berücksichtigt in der Regel keine rechtswidrig beschafften Beweismittel»

→ Keine Verwertung (ausser in besonderen Fällen)

● Konfliktlösungsansätze im Wandel der Zeit

– **Interessenabwägung im Einzelfall**

Vater legt ein heimlich erstelltes Tonband vor, auf welchem ein Gespräch mit seiner Tochter zu hören ist, in welchem sie sich gegen die Aufhebung seines Besuchsrechts ausspricht.

→ Gericht lässt Tonband als Beweismittel zu (ZR 82 (1983) Nr. 33)

→ Kein generelles Beweisverbot sondern Interessenabwägung!

– **Bis 2011 nur ein einziger BGE (Bger 5P.308/1999)**

Ehemann entdeckt in der gemeinsamen Wohnung einen «therapeutischen» Lebenslauf seiner Frau, in welchem eine ehebrecherische Beziehung erwähnt wird.

→ Als Beweis zugelassen (Ehezerrüttung → Scheidungsanspruch)

→ Interessenabwägung Geheimsphäre vs. Scheidungsanspruch

- Entstehung von Art. 152 Abs. 2 ZPO

Art. 147 Abs. 3 VE-ZPO (= Art. 97 Abs. 2 ZPO SG)

«Das Gericht berücksichtigt in der Regel keine rechtswidrig beschafften Beweismittel»

● Entstehung von Art. 152 Abs. 2 ZPO

Begleitbericht der Expertenkommission

«Grundsätzlich sollen Beweismittel, die in Verletzung von Rechtsnormen beschafft worden sind, keine Berücksichtigung finden; denn es erscheint widersprüchlich, wenn sich die Justiz auf Unrecht abstützt. Andererseits ist es problematisch, rechtswidrig beschaffte Beweismittel überhaupt auszuschliessen, vor allem, wenn es sich [...] um das einzige [entscheidende] handelt.»

- Abwägung im Einzelfall zwischen Wahrheitsfindung und Grundsatz, dass Unrecht nicht der Durchsetzung von Recht dienen darf.
- Ausgangspunkt bildet aber der Grundsatz, dass in der Regel keine rechtswidrig erlangten Beweismittel verwendet werden dürfen.

● Entstehung von Art. 152 Abs. 2 ZPO

Kritik in der Vernehmlassung

- zu strikte Regelung
- immer Interessenabwägung notwendig

Art. 152 Abs. 2 ZPO (=Art. 150 Abs. 2 E-ZPO)

«Rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse der Wahrheitsfindung überwiegt.»

- Erheblicher Ermessensspielraum
- Bestimmung ist auslegungsbedürftig

● Auslegung von Art. 152 Abs. 2 ZPO

Wortlaut

→ Grundsätzliches Verwertungsverbot mit Ausnahmeregelung

Wille des Gesetzgebers (Botschaft S. 7312)

→ Durchbrechung des Verwertungsverbots im Einzelfall unter eingeschränkten Bedingungen möglich:

- Beweismittel gehört zum numerus clausus der Beweismittel.
- Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt das Schutzinteresse des durch die Beweismittelbeschaffung verletzten Rechtsguts.

● Interessenabwägung unter Art. 152 Abs. 2 ZPO

Interesse, das für die Verwertung spricht

- Nur das öff. Interesse an der (prozessualen) Wahrheitsfindung
- Private Interessen spielen keine (direkte) Rolle (vgl. Wortlaut)

Interessen, die gegen die Verwertung sprechen

- Interesse am Schutz des mit der rechtswidrigen Beweiserlangung beeinträchtigten Rechtsguts (insbesondere körperliche und psychische Integrität, Vermögen und Privatsphäre)

● Interessenabwägung (Art. 152 Abs. 2 ZPO)

Gewichtung des Wahrheitsfindungsinteressens abhängig

- von der anwendbaren Verfahrensmaxime
- von der Höhe des Streitwerts (BGE 136 III 410)

Gewichtung des Interesses am Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts abhängig

- vom Rang des Rechtsguts
- von der Intensität der Beeinträchtigung
- vom Vorliegen von Mitwirkungs- oder Verweigerungsrechten

● Interessenabwägung (Art. 152 Abs. 2 ZPO)

Beispiel (Botschaft S. 7312)

Unverwertbarkeit einer Urkunde, die dem Berechtigten unter Drohung oder Gewaltanwendung entrissen wurde, weil die persönliche Integrität (zumal im Zivilprozess) grundsätzlich über der Wahrheitsfindung steht.

Eine «nur» gestohlene Urkunde kann aber verwertbar sein, wenn es das Interesse der Wahrheitsfindung gebietet.

● Zusammenfassung

- **Grundsatz:** Verwertungsverbot für materiell rechtswidrig erlangte Beweismittel
- Verwertung **ausnahmsweise** möglich, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung das Schutzinteresse des durch die Beweismittelbeschaffung verletzten Rechtsguts übersteigt.
 - Gewichtung des öff. Wahrheitsfindungsinteressens abhängig von anwendbarer Verfahrensmaxime und Höhe des Streitwerts.
 - Gewichtung des Schutzinteressens des verletzten Rechtsguts abhängig vom Rang des verletzten Rechtsguts, der Intensität der Beeinträchtigung und dem Vorliegen allfälliger Mitwirkungs- oder Verweigerungsrechte.

● Formell rechtswidrig erlangte Beweismittel

Formell rechtswidrig erlangte Beweismittel

→ Beschaffungshandlung verstösst gegen formelles Recht.

- 1) Zeuge wird vor der Befragung nicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht.
- 2) Ein (faktisches) Organ der klagenden juristischen Person wird als Zeuge (statt als Partei) einvernommen.

● Formell rechtswidrig erlangte Beweismittel

Formell rechtswidrig beschaffte Beweismittel

- fallen nicht unter Art. 152 Abs. 2 ZPO (keine Interessensabwägung)
- sind grundsätzlich nicht verwertbar
- Mangel kann u.U. geheilt werden (vgl. Art. 161 Abs. 2 ZPO)
- Beweisabnahme kann u.U. wiederholt werden
- mangelhafte Beweismittel können u.U. als andere (zulässige) Beweismittel verwendet werden (Zeugenaussage → Beweisaussage)



Herzlichen
Dank.

Zürich

Schützengasse 1
Postfach 1230
CH-8021 Zürich
Tel +41 58 211 34 00
Fax +41 58 211 34 10

Basel

Aeschenvorstadt 4
Postfach 526
CH-4010 Basel
Tel +41 58 211 33 00
Fax +41 58 211 33 10