

# Einleitung

## I. Einführung und Problemaufriss

Der rasante technische Fortschritt trägt dazu bei, dass hochentwickelte Technologien, die vor wenigen Jahren nur einem kleinen Personenkreis überhaupt zugänglich waren, die menschliche Interaktion zunehmend beeinflussen. Namentlich das Smartphone, das seit dem Beginn des 21. Jahrhunderts einen nach wie vor anhaltenden Siegeszug feiert, fordert bislang geltende Verhaltenskonventionen stark heraus. Die integrierte Kamerafunktion erlaubt jedem Nutzer, ohne großen Aufwand qualitativ hochwertige Bild- oder Videoaufnahmen anzufertigen, von denen abgebildete Personen mitunter nicht einmal etwas mitbekommen. Ähnliches gilt für Tonaufnahmen, mittels derer etwa vertragliche Verhandlungen oder persönlichkeitsensible Gespräche dauerhaft konserviert werden können.

Die Einsatzmöglichkeiten neuer Technologien beinhalten stets Chancen auf der einen und Risiken auf der anderen Seite, die durch rechtliche Regelungen in ein möglichst ausgewogenes Verhältnis gebracht werden müssen. In besonderem Maß gilt dies für solche privaten Vorgehensweisen, die zu dem alleinigen Zweck erfolgen, das Verhalten eines anderen zu dokumentieren, um hierdurch aussagekräftige Beweismittel für einen künftigen Gerichtsprozess zu gewinnen.<sup>1</sup> Solche eigeninitiativ erlangten Beweismittel<sup>2</sup> beeinflussen die straf- und zivilverfahrensrechtliche Wirklichkeit erheblich.<sup>3</sup> Die rechtswissenschaftliche Diskussion, die mittlerweile einen kaum noch zu überblickenden Umfang erreicht hat, wird ganz wesentlich durch die eingenommene Perspektive geprägt: Nahezu ausnahmslos steht die Frage im Vordergrund, inwieweit ein Beweismittel, das von einem Privaten *straf- oder zivilrechtswidrig* gewonnen wurde, prozessual verwertbar ist.<sup>4</sup> Der Gedanke, eine gerichtliche Entscheidung könnte auf dem Rechtsbruch des eigeninitiativen „Beweismittelsuchers“ aufbauen, weckt *a priori* ernstliche Zweifel an der Integrität des staatlichen Gerichtsverfahrens. Vor diesem Hintergrund scheint ein Beweisverbot,

---

<sup>1</sup> So schon *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, S. 15 f. *Kaissis*, Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß, S. 119, stuft die Erlangungshandlung als „prozeßrelevant“ ein.

<sup>2</sup> Der Begriff wird hier in einem weiten Sinn verstanden und bezieht sich sowohl auf existierende Beweismittel, die sich der Private verschafft, als auch auf solche, die von dem Privaten erst hergestellt oder sonst angefertigt werden.

<sup>3</sup> *Wohlens*, JR 2016, 509 (510 f.); *Kaspar*, GA 2013, 206 (206 f.); *Kubiciel*, GA 2013, 226 (226 f.).

<sup>4</sup> Kritisch zu dieser verengten Perspektive *Reichenbach*, § 1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten, S. 6. Ferner *Arzt*, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, S. 72 f.

das an die Verletzung des materiellen Rechts anknüpft und den außerprozessualen Verstoß gewissermaßen sanktioniert, ein probates Mittel, um diesem Vorgehen effektiv zu begegnen.

Die Reichweite dieser Überlegung, gegen die auf den ersten Blick kaum etwas einzuwenden sein dürfte, wird aber erst erkennbar, wenn man die damit verbundenen Gesichtspunkte offenlegt. Denn eine solche Betrachtung suggeriert eine Interdependenz zwischen einem außerprozessualen Rechtsverstoß und einer innerprozessualen Rechtsfolge, die jedenfalls nicht selbstverständlich ist: Das materielle Recht enthält keinen ausdrücklichen Befehl, wonach ein Beweismittel, das rechtswidrig erlangt wurde, in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren zwangsläufig unverwertbar bleiben muss. Daneben tritt ein weiterer Aspekt, der in der wissenschaftlichen Debatte zumeist nur von untergeordneter Bedeutung ist: Die vorrangige Suche nach einem pragmatischen Beweisverbotskonzept verleitet dazu, die *materiell-rechtliche Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Beweiserlangung* als bloße Vorfrage einzustufen.<sup>5</sup> Maßgeblich erscheinen allein die prozessualen Konsequenzen des eigeninitiativen Vorgehens, die materiell-rechtliche Bewertungen überstrahlen. Diese betreffen indes einen diffizilen und ebenso vielschichtigen Themenkomplex: Handelt derjenige, der einen Raubüberfall auf offener Straße mit seinem Smartphone filmt, um die Videoaufnahme später den Strafverfolgungsbehörden zu übermitteln, überhaupt *contra legem*? Darf der Hauseigentümer, der wiederholt von Sachbeschädigungen heimgesucht wird, eine Videokamera installieren, die nicht nur das eigene Grundstück, sondern zugleich einen Teil des öffentlichen Straßenraums erfasst, um seine zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche durchsetzen zu können? Ist eine heimliche Tonaufnahme rechtmäßig, wenn der Darlehensgeber, der auf einen schriftlichen Vertrag verzichtet hat, ernsthaft befürchten muss, der Darlehensnehmer werde in einem gerichtlichen Verfahren bestreiten, jemals Geld erhalten zu haben?

Inwieweit eine solche abschließende materiell-rechtliche Bewertung eines – noch – außerprozessualen Vorgehens überhaupt möglich ist, ohne dabei den Zweck berücksichtigen zu müssen, das Beweismittel in einem gerichtlichen Verfahren nutzbar zu machen, ist bislang weitgehend unbeleuchtet geblieben.<sup>6</sup> Diese Überlegung drängt sich jedoch auf, da das Verhalten des Privaten gerade darauf gerichtet ist, ein *verwertbares Beweismittel* zu erlangen. Man wird dessen eigeninitiative Recherchemaßnahmen nur dann als erfolgreich einstufen können, wenn es ihm anhand des gewonnenen Beweismittels gelingt, das Gericht von einer bestimmten Sachengrundlage zu überzeugen. Steht am Ende des rechtlichen Bewertungsprozesses aber ein Beweisverbot, wird ernstlich zweifelhaft, ob der eingeschlagene Weg überhaupt geeignet ist, das intendierte Ziel zu erreichen. Die Eignung verknüpft das gewählte Mittel mit dem angestrebten Zweck und ist etwa im Kontext der straf-

---

<sup>5</sup> Ähnlich *Balthasar*, JuS 2008, 35 (39).

<sup>6</sup> Eine Ausnahme stellt insoweit *Paglotke*, Notstand und Notwehr, S. 180 f., 262 ff. dar, der sich jedoch auf ausgewählte Konstellationen beschränkt.

rechtlichen Rechtfertigung gem. §§ 32, 34 StGB relevant. Ist aber das ins Auge gefasste Ziel – die prozessuale Verwertbarkeit eines eigeninitiativ erlangten Beweismittels – von vornherein unerreichbar, könnte dieser Befund seinerseits die materiell-rechtliche Bewertung beeinflussen. Die bereits erwähnte Interdependenz erscheint dann unter „verkehrten“ Vorzeichen: Nunmehr müsste die prozessuale Rechtsfolge, die es dann vorrangig zu bestimmen gälte, herangezogen werden, um überhaupt eine verbindliche Entscheidung über die materiell-rechtliche Lage treffen zu können.

Bei einem vorschnellen Rekurs auf die prozessuale Ebene gerät zudem regelmäßig außer Acht, dass sich weitere Überschneidungen auftun: Einzelne Vorschriften des Strafrechts – wie beispielsweise § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB – betreffen nicht die Erlangung eines potenziell relevanten Beweismittels, sondern den nachfolgenden Umgang mit einem solchen. Diese Normen könnten dem innerprozessualen Verhalten einer Privatperson oder des entscheidenden Richters verbindliche Grenzen setzen – und bei einem Verstoß zu einem prozessualen Beweisverbot führen.<sup>7</sup> Ähnliche Erwägungen lassen sich auch im datenschutzrechtlichen Kontext anstellen. Ein Beweisverbotskonzept könnte sonach wiederum in materiell-rechtlichen Verhaltensvorgaben angelegt sein, die aber gerade nicht das außerprozessuale Verhalten selbst betreffen.

Entscheidend ist zunächst, die rechtliche Ausgangssituation abstrakt zu beschreiben: Die zentrale Frage, inwieweit eigeninitiativ erlangte Beweismittel in einem straf- oder zivilgerichtlichen Verfahren erhoben und verwertet werden dürfen, berührt sowohl materiell- als auch prozessrechtliche Gesichtspunkte. Aus diesem Nebeneinander von materiell-rechtlichen Verhaltensanforderungen und prozessualen Konsequenzen erwächst das nicht zu unterschätzende Risiko, die rechtliche „Verantwortung“ stets der jeweils anderen Ebene zuzuweisen. Hat eine Privatperson ein Beweismittel auf rechtswidrige Weise gewonnen, muss das Prozessrecht beurteilen, ob ein Beweisverbot eingreift. Ob das Prozessrecht aber überhaupt nach einem Beweisverbot sucht, hängt nach einer weit verbreiteten Auffassung von einem Verstoß gegen materiell-rechtliche Normen bei der Beweismittelsuche ab.<sup>8</sup> Im schlimmsten Fall resultiert hieraus ein unauflösbarer Zirkelschluss.

Die meisten Beiträge zum Themenfeld der eigeninitiativ erlangten Beweismittel blenden diesen Fragenkreis – teilweise bewusst – aus. Im Vordergrund steht regelmäßig allein die prozessuale Seite; das rechtswidrige Vorgehen des Privaten stellt dann lediglich eine „Vorstufe“ dar, die aus Gründen einer konzentrierten Untersuchung nicht selten ausdrücklich oder aber jedenfalls implizit unterstellt wird.<sup>9</sup> Dieser

---

<sup>7</sup> Wohlers, JR 2016, 509 (514), der zutreffend betont, die Frage bedürfe weiterer Klärung.

<sup>8</sup> Vgl. etwa Heinrich, ZIS 2011, 416 (419).

<sup>9</sup> Ausdrücklich etwa Tresenreuter, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, S. 46; Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, S. 4; Roth, in: Erichsen, Recht der Persönlichkeit, S. 279 (281); Ch. Müller, Beweisverbot und Sachvortragsverbot, S. 6; Brinkmann, AcP 206 (2006), 746 (747). Ferner Schwab, in: Hubmann-FS,