

Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess *

Rechtsanwalt Dr. Stephan Balthasar, München

Probleme mit der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel beschäftigen immer wieder die Zivilgerichte. Angesichts ihrer praktischen Bedeutung gehört die Thematik im Assessorexamen zum Standardrepertoire. Der vorliegende Beitrag gibt mit praxisrelevanten Beispielfällen einen Überblick über die aktuelle Diskussion.

I. Einleitung

Gelegentlich gerät die Beschaffung von Beweismitteln in Konflikt mit Rechten Dritter. Daraus ergibt sich das Folgeproblem, ob rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess verwertet werden können¹. Sie stellt sich etwa bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte wie dem Recht am eigenen Bild² und dem Recht am eigenen Wort³, aber auch bei Verstößen gegen prozessuale Belehrungspflichten⁴, Mitbestimmungsrecht⁵ sowie datenschutz-⁶ und strafrechtliche⁷ Vorschriften.

1. Abwägungserfordernis

Die Frage, ob rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess erhoben bzw. verwertet werden dürfen, ist in der ZPO nicht geregelt⁸ und seit jeher umstritten⁹. Einer Ansicht nach dürfen solche Beweismittel im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung bzw. den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nie verwertet werden¹⁰, nach der Gegenansicht sind im Hinblick auf das Interesse an der Wahrheitsfindung auch rechtswidrig erlangte Beweismittel verwertbar¹¹.

Die überwiegende, von *BGH* und *BVerfG* geteilte Ansicht nimmt eine vermittelnde Position ein: Demnach führt die Rechtswidrigkeit der Beschaffung eines Beweismittels nicht stets zu einem Verwertungsverbot¹². Dies zeigt etwa der folgende

*Fall 1*¹³: Der Kl. legt zu Beweiszwecken eine Urkunde vor, die er dem Bekl. gestohlen hat.

Allein der Diebstahl von Unterlagen begründet noch kein Verbot für deren Verwertung¹⁴. Der Schutz des Eigentumsrechts bezweckt nämlich nicht, den Eigentümer von Urkunden vor deren Verwertung als Beweismittel zu bewahren, wie sich aus § 810 BGB, §§ 422ff. ZPO ergibt¹⁵. Der Urkundenbeweis im *Fall 1* ist daher zulässig.

Beweisverwertungsverbote können sich jedoch - über gesetzliche Verbote wie § 51 I BZRG hinaus - nach Maßgabe der verletzten Norm und ihres Schutzzwecks ergeben¹⁶. Sie greifen insbesondere, wenn die *gerichtliche Verwertung* des rechtswidrig erlangten Beweises ein verfassungsrechtlich geschütztes Individualrecht verletzt¹⁷. Der für das Verwertungsverbot maßgebliche Grundrechtsverstoß ergibt sich nach der Rechtsprechung des *BVerfG* daraus, dass bei Beweismitteln und Kenntnissen, die unter Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht erlangt wurden, in der gerichtlichen Verwertung regelmäßig ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG zu sehen ist¹⁸. Über dessen Rechtfertigung und damit über die Verwertbarkeit ist auf Grund einer Interessen- und Güterabwägung im Einzelfall zu entscheiden¹⁹.

2. Abwägungskriterien

Bei dieser Abwägung ist zu beachten, dass das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) der Rechtspflege hohe Bedeutung zumisst²⁰. Im Hinblick auf § 286 ZPO und das Recht auf richterliches Gehör (Art. 103 I GG) sind die Gerichte gehalten, angebotene Beweise zu berücksichtigen²¹, zumal Beweisverbote auch die Durchsetzbarkeit der durch Art. 14 I GG geschützten Rechte der beweisbelasteten Partei berühren²².

Allerdings kommt dem Interesse an der Zivilrechtspflege nicht immer überwiegendes Gewicht zu; vielmehr müssen weitere Gesichtspunkte hinzutreten, die das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Rechtsverletzung als schutzbedürftig erscheinen lassen²³. Das kann etwa der Fall sein, wenn sich der Beweisführer in einer Notwehrsituation i.S. von § 227 BGB oder einer „notwehrähnlichen Lage“ befand²⁴. Soweit die Abwägung zu einem Verwertungsverbot führt, betrifft dieses nicht nur das rechtswidrig erlangte Beweismittel selbst, sondern u.U.

auch dadurch erlangte neue Beweise²⁵.

II. Verwertungsverbote bei materiell-rechtlichen Verstößen

1. Recht am eigenen Wort

Typischer Anwendungsfall von Beweisverwertungsverböten im Zivilprozess sind heimlich angefertigte Tonbandaufnahmen oder der sog. Lauschzeuge, der ein Gespräch heimlich mithört²⁶. Die Rechtsprechung hat ein Verwertungsverbot etwa bejaht, wenn dem Gesprächspartner Vertraulichkeit zugesichert²⁷ oder wenn auf ausdrückliche Nachfrage hin der Einsatz eines Tonbandgerätes verneint worden war²⁸. Problematisch ist die Verwertbarkeit, wenn es an solchen besonderen Gegebenheiten fehlt.

a) Grundsatz: Unverwertbarkeit

*Fall 2*²⁹: Der Kl. hatte dem Bekl. ein Darlehen gewährt. Als der Bekl. die Rückzahlung verweigerte, bat der Kl. seinen damaligen Rechtsanwalt, zur Vorbereitung des Prozesses ein Telefonat zwischen dem Kl. und dem Bekl. heimlich über Lautsprecher mitzuhören. Darin räumte der Bekl. seine Darlehensverpflichtung ein.

Die Vernehmung des Lauschzeugen in *Fall 2* ist nach der Rechtsprechung von *BGH* und *BVerfG* unzulässig: Das von Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG erfasste allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt u.a. das Recht am gesprochenen Wort. Zu diesem Grundrecht gehört die Befugnis, selbst zu bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner oder auch Dritten zugänglich sein soll³⁰. Für eine - die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausschließende - mutmaßliche Einwilligung genügt nicht, dass Mithöreinrichtungen und das Mithören selbst weit verbreitet sind³¹. Bei der Abwägung hielt es der *BGH* in *Fall 2* für maßgeblich, dass der Darlehensgeber sich auch auf anderem Wege - z.B. durch Quittungen - Beweise sichern kann³². Es komme auch nicht darauf an, ob das belauschte Gespräch geschäftlichen oder persönlichen Inhalt hatte³³. Der *BGH* bejahte letztendlich ein Verwertungsverbot mit der Erwägung, dass es an einer Notwehrlage bzw. einem Anlass für die Beschaffung des Beweismittels fehle: Beides setze voraus, „was erst noch zu beweisen war, nämlich die Hingabe von Geld als Darlehen“³⁴.

Diese Argumentation ist problematisch, weil sie eine *probatio diabolica* verlangt³⁵, indem die Verwertbarkeit nur zulässig sein soll, wenn bewiesen ist, was erst noch bewiesen werden soll. Daher muss für die Prüfung der Notwehrlage bzw. für die Interessenabwägung die behauptete Tatsache als wahr unterstellt werden³⁶. Im *Beispielfall* lag zwar im Zeitpunkt der Beweisbeschaffung kein *gegenwärtiger* Angriff i.S. von § 227 I BGB durch versuchten Prozessbetrug vor³⁷. Im Hinblick auf den *drohenden* Prozessbetrug bzw. die Beweisnot und die im *Beispielfall* eher geringe zeitliche und inhaltliche Intensität der Persönlichkeitsbeeinträchtigung lässt sich aber die Verwertbarkeit gleichwohl mit guten Gründen bejahen³⁸.

b) Ausnahmen: Notwehrsituationen und Einwilligung

Der *BGH* hat es im Hinblick auf eine notwehrrähnliche Lage jedenfalls für zulässig gehalten, ein nach §§ 185ff. StGB strafbares Verhalten mit einer heimlichen Tonbandaufnahme nachzuweisen³⁹. Auch hat er erwogen, Lauschzeugen als Beweismittel zuzulassen, wenn nur so einem auf andere Weise schwer oder überhaupt nicht abwehrbaren kriminellen Angriff auf die eigene berufliche Existenz begegnet werden konnte⁴⁰. Darüber hinaus ist Verwertbarkeit zu bejahen, wenn schon in der Beschaffung des Beweismittels auf Grund einer Einwilligung kein rechtswidriger Eingriff liegt.

*Fall 3*⁴¹: Die Kl. bietet als Beweis für das Zustandekommen eines Werkvertrags das Zeugnis einer bei ihr angestellten Bürokauffrau an. Diese hatte das Telefongespräch, in dem der Vertrag zu Stande gekommen war, mitgehört, da sie für die weitere Bearbeitung der Sache im Betrieb der Kl. zuständig war.

Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist von einer rechtfertigenden Einwilligung auszugehen, wenn auf das Mithören eines Dritten hingewiesen wird und die andere Partei nicht widerspricht⁴². In *Fall 3* hielt das *OLG Jena* auch ohne einen vorherigen Hinweis eine mutmaßliche Einwilligung für gegeben und den Zeugenbeweis für verwertbar: Im *geschäftlichen* Bereich sei von einer mutmaßlichen Einwilligung in das Mithören von zuständigen Mitarbeitern auszugehen, jedenfalls dann, wenn es sich nicht um ein *vertrauliches* Gespräch handelt und das Mithören nicht gezielt zur Beschaffung von Zeugen erfolgt⁴³. Dabei stellt das *OLG Jena* zu Recht darauf ab, dass die Informationen ohnehin zur Weitergabe an Mitarbeiter

2. Recht am eigenen Bild

Ein zweiter Anwendungsfall von Verwertungsverboten ist die heimliche Videoüberwachung und der mit ihr verbundene Eingriff in das Recht am eigenen Bild. Dies betrifft in der Spruchpraxis vor allem arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen, in zunehmendem Maße aber auch die ordentlichen Gerichte.

a) Videoüberwachung auf Privatgrundstücken

*Fall 4*⁴⁵: Der Kl. verlangt von der Bekl. Schadensersatz wegen der Beschädigung von Waschmaschinen in seinem Mietshaus. Nach wiederholten Beschädigungen hatte der Kl. den Waschkeller durch Videokameras überwachen lassen, die die Bekl. bei einer erneuten Sachbeschädigung zeigen.

Die Videoüberwachung wurde im *Beispielfall* vom *OLG Köln* im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht des Beklagten⁴⁶ für unzulässig erklärt. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht zeichne sich durch eine „hohe Intensität“ aus; der Schutz des Eigentums des Kl. hätte auch durch eine offene Videoüberwachung als milderes Mittel erreicht werden können⁴⁷. Etwa bei einer Körperverletzung sei der Nachweis durch Videoaufzeichnungen zulässig⁴⁸. Hier stehe aber nicht die Verletzung eines hochrangigen Rechtsguts des Kl. in Rede⁴⁹, so dass ein Verwertungsverbot bestehe.

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe dürfte eine Videoüberwachung im privaten Raum allenfalls bei schweren Straftaten zulässig sein⁵⁰. Dies ist zumindest dann fragwürdig, wenn - wie in *Fall 4* - ein gegenwärtiger Angriff und damit eine Notwehrlage i.S. von § 227 I BGB vorlag⁵¹. Der Hinweis des *OLG* auf die offene Überwachung als milderes Mittel überzeugt nicht, weil sich der Angegriffene darauf nur verweisen lassen muss, wenn es die Abwehr der Gefahr mit Sicherheit erwarten lässt⁵². Daran fehlt es bei der offenen Überwachung, da diese - anders als die verdeckte - etwa durch Zerstörung der Kamera umgangen werden kann. Allenfalls ließe sich eine Notwehrhandlung deshalb verneinen, weil nur eine zur Abwehr des Angriffs geeignete Handlung als erforderlich i.S. von § 227 II BGB gilt⁵³. Die Überwachung verhindert aber nicht den Angriff, sondern sichert nur die spätere Rechtsverfolgung⁵⁴. Lehnt man daher eine Rechtfertigung gem. § 227 I BGB ab, ist zumindest eine Rechtfertigung durch eine „notwehähnliche Lage“ zu erwägen. Eine solche ist gegeben, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung das entgegenstehende Schutzinteresse deutlich übersteigt⁵⁵. Dies ist zumindest im Fall von Straftaten zu bejahen, wenn wegen früherer Taten ein nachvollziehbarer Anlass für die Überwachung bestand, diese praktisch das einzige Mittel zur Sachverhaltsaufklärung darstellt und nicht unverhältnismäßig ist. Daher ist in *Fall 4* die Beweisverwertung entgegen der Auffassung des *OLG Köln* zulässig.

b) Videoüberwachung am Arbeitsplatz

Das *BAG* vertritt dementsprechend zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz eine differenziertere Rechtsprechung. Dies zeigt etwa der folgende

*Fall 5*⁵⁶: Im Betrieb der Bekl. traten überdurchschnittliche Inventurdifferenzen auf. Überprüfungen von Innenrevision und Arbeitsabläufen ergaben als einzige mögliche Quelle Mitarbeiterfehlverhalten. Daraufhin brachte die Bekl. in öffentlich nicht zugänglichen Räumen und mit Zustimmung des Betriebsrats versteckte Kameras an. Diese zeigen eine Mitarbeiterin bei der Unterschlagung von Kassenbeständen.

Das Persönlichkeitsrecht schützt den Arbeitnehmer vor einer lückenlosen Überwachung am Arbeitsplatz durch heimliche Videoaufnahmen, die den Arbeitnehmer einem ständigen Überwachungsdruck aussetzen, dem er sich nicht entziehen kann⁵⁷. Eingriffe sind aber bei überwiegendem Interesse des Arbeitgebers gerechtfertigt⁵⁸. Danach ist die heimliche Videoüberwachung zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung praktisch das einzige verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist⁵⁹. Dies ist im *Beispielfall* zu bejahen, da bezüglich eines begrenzten Mitarbeiterkreises ein konkreter, auf andere Weise nicht aufzuklärender Verdacht strafbarer Handlungen bestand⁶⁰. Umgekehrt wäre eine Verwertung abzulehnen, wenn es an konkreten Verdachtsmomenten fehlte⁶¹.

c) Videoüberwachung und Mitbestimmungsrecht (§ 87 I Nr. 6 BetrVG)

Fall 6: Wie *Fall 5*, jedoch hat der Betriebsrat der Videoüberwachung nicht zugestimmt. Der auf die mitbestimmungswidrige Videoüberwachung gestützten Kündigung erteilt er jedoch seine Zustimmung.

Nach § 87 I Nr. 6, II BetrVG bedarf der Einsatz technischer Einrichtungen zur Überwachung der Arbeitnehmer der Zustimmung des Betriebsrats. Teilweise wird vertreten, dass mitbestimmungswidrig erlangte Informationen wie die Videoaufnahme

im *Fall 6* generell einem Beweisverwertungsverbot unterliegen⁶². Nach der Gegenansicht ist dies nicht der Fall⁶³: Für ein Verwertungsverbot sei im Hinblick auf Art. 103 I GG eine gesetzliche Grundlage erforderlich, woran es im Mitbestimmungsrecht fehlt⁶⁴. Die Sanktionen seien in § 23 III BetrVG abschließend geregelt⁶⁵. § 87 I BetrVG bezwecke keinen individualrechtlichen Schutz, der über den bereits auf der Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vermittelten Schutz hinausgeht⁶⁶.

Höchstrichterlich ist die Frage nicht abschließend geklärt. Nach der Rechtsprechung des BAG gebietet der Schutzzweck des § 87 I Nr. 6 BetrVG ein Verwertungsverbot jedenfalls dann nicht, wenn die Beweisverwertung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist und der Betriebsrat in Kenntnis der Mitbestimmungswidrigkeit der Überwachung der darauf gestützten Kündigung zustimmt, da die kollektivrechtliche Kompetenzüberschreitung dann kein Verwertungsverbot als Sanktion erfordert⁶⁷. Im *Beispielsfall* sind die Aufnahmen daher verwertbar.

d) Videoüberwachung und Datenschutzrecht, insbesondere § 6b II BDSG

*Fall 7*⁶⁸: Wie *Fall 5*, jedoch erfolgte die Videoüberwachung in einem Kaufhaus und damit in einem öffentlich zugänglichen Raum.

Nach § 6b II BDSG ist Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen⁶⁹ kenntlich zu machen, die heimliche Überwachung also unzulässig. Teilweise wird vertreten, der Schutzzweck der audiovisuellen Überwachungsverbote verlange bei einem Verstoß ein Verwertungsverbot, da er andernfalls sanktionslos bliebe⁷⁰. Auch in der Rechtsprechung wurde im *Beispielsfall* ein Verwertungsverbot mit dieser Begründung bejaht⁷¹.

Dagegen ließe sich einwenden, dass die Sanktionen datenschutzrechtlicher Verstöße im Ordnungswidrigkeiten- und Strafkatalog in §§ 43f. BDSG abschließend geregelt sind. Außerdem bezweckt § 6b II BDSG offenbar den Schutz des Publikumsverkehrs; nur insoweit kommt ein Verwertungsverbot in Betracht, nicht aber zu Gunsten der im überwachten Raum tätigen Arbeitnehmer. Abschließend geklärt ist die Frage noch nicht. Sie hat aber erhebliche praktische Bedeutung, da die Einschränkung des § 6b II BDSG über den bereits vom BAG formulierten Arbeitnehmerschutz (vgl. *Fall 5*) hinausgeht.

III. Verwertungsverbote bei Verfahrensverstößen

Verwertungsverbote kommen nicht nur bei der Verletzung materiellen Rechts, sondern auch bei Verfahrensverstößen in Betracht.

*Fall 8*⁷²: Ein Zeuge wird entgegen § 383 II ZPO nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt.

Für den Zivilprozess ist anerkannt, dass bei unterbliebener Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht eines Angehörigen wie in *Fall 8* dessen Vernehmung nicht verwertbar ist⁷³. Dadurch wird dem Anliegen Rechnung getragen, Angehörigen Konfliktlagen zu ersparen, die oft auch zu einer Minderung des Beweiswerts der Aussage führen. Umstritten ist jedoch, ob auch ein Verstoß gegen strafprozessuale Belehrungspflichten zu Gunsten des Beschuldigten zu einem Verwertungsverbot führen.

*Fall 9*⁷⁴: Der Kl. verlangt Schadensersatz und bietet das Zeugnis eines Polizeibeamten über die Vernehmung des Bekl. an. Der inzwischen rechtskräftig freigesprochene Bekl. war bei der Vernehmung nicht gem. §§ 163a IV, 136 I 2 StPO belehrt worden.

Teilweise wird vertreten, auch im Zivilprozess habe eine Partei ein Schweigerecht, wenn sie andernfalls gezwungen sei, unehrenhafte oder strafbare Handlungen zu offenbaren; aus diesen Gründen sei die Beschuldigtenaussage und auch das Zeugnis der Verhörsperson im *Fall 9* nicht verwertbar⁷⁵.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass ein etwaiges zivilprozessuales Recht zum Schweigen mit dem strafprozessualen nicht vergleichbar ist: Insoweit erfolgt keine Belehrung, und aus dem Schweigen dürfen nachteilige Schlüsse gezogen werden (§§ 138 III, 466 ZPO). Anders als im Strafprozess besteht im Zivilprozess jedenfalls kein Recht zu wahrheitswidrigem Bestreiten der Vorwürfe⁷⁶. Der BGH hat im *Beispielsfall* daher die Verwertbarkeit bejaht: Die strafprozessuale Belehrung des Beschuldigten bzw. sein Schweigerecht soll diesen nicht vor einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme schützen, sondern nur davor, aktiv zu seiner strafrechtlichen Verfolgung beitragen zu müssen; dieses Schweigerecht ist Bestandteil des vom Rechtsstaatsprinzip umfassten Anspruchs auf ein faires Verfahren⁷⁷. Jedenfalls bei einem rechtskräftigen Freispruch im Strafverfahren besteht insoweit kein Schutzbedürfnis mehr, so dass die Aussage im Zivilprozess verwertbar ist⁷⁸. In der Literatur wird zutreffenderweise unabhängig vom Freispruch Verwertbarkeit im Zivilverfahren bejaht⁷⁹, da strafprozessuale Verwertungsverbote ausreichenden Schutz gewährleisten.

IV. Kritik

Gerade im Bereich des Persönlichkeitsschutzes zeigt die vorgehende Darstellung eine deutliche Tendenz zur Annahme von Verwertungsverboten. Da mit ihnen zugleich materiell falsche Urteile in Kauf genommen werden, fehlt es nicht an Kritik⁸⁰. Die derzeitige Praxis hat bei dem Interessenausgleich

- möglicherweise aus Furcht vor dem „privaten Lauschangriff“⁸¹ - einseitig den Persönlichkeitsschutz im Auge.

1. Vorschnelle Annahme der Rechtswidrigkeit der Beweismittelbeschaffung

Abgesehen von der methodischen Fragwürdigkeit grundrechtsmotivierter Rechtsfortbildung im Zivilrecht⁸² ist auch problematisch, dass die Abwägung häufig nur darauf bezogen wird, ob aus der Rechtswidrigkeit der Beweisbeschaffung ein Verwertungsverbot folgt⁸³. Logisch vorrangig ist aber die Prüfung, ob die Beschaffung eines Beweismittels überhaupt als rechtswidrig anzusehen ist; nur dann stellt sich die Frage der Verwertbarkeit⁸⁴. Richtigerweise darf die Rechtswidrigkeit der Beschaffung eines Beweismittels aber nicht vorschnell bejaht werden⁸⁵. Etwa ein Verstoß gegen das zivilrechtliche⁸⁶ Persönlichkeitsrecht kann, da es sich um ein Rahmenrecht handelt, erst nach einer Interessenabwägung angenommen werden⁸⁷. Darüber hinaus liegt bei Notwehr kein rechtswidriger Eingriff vor (§ 227 I BGB)⁸⁸. Gerade letzterem Aspekt trägt die Rechtsprechung häufig nicht Rechnung: In der *Fall 4* zu Grunde liegenden Entscheidung, die mit der Rechtsprechung des BAG zur Videoüberwachung⁸⁹ kaum in Einklang zu bringen ist, wurde die Notwehrproblematik nicht einmal erwähnt. Auch die „notwehrähnliche Lage“ fristet (zu Unrecht) ein Schattendasein.

2. Zur Verwertbarkeit „als Ausnahmefall“

Problematisch ist auch die immer wieder geäußerte Ansicht, dass die für die Verwertbarkeit maßgebliche Abwägung „im Regelfall“ zum Nachteil des Beweisführers ausfalle und eine Verwertung „nur in Ausnahmefällen“ möglich sei⁹⁰. Mit dieser Abwägungsregel wird das Verwertungsverbot zum Automatismus, obwohl doch dem grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht das *gleichrangige* Recht auf richterliches Gehör aus Art. 103 I GG gegenüber steht. *De lege lata* ist ein Rangverhältnis zwischen den konkurrierenden Rechten der Prozessparteien nicht begründbar⁹¹. Statt einer abstrakten Bewertung ist daher eine Einzelfallprüfung erforderlich, die sowohl die Intensität der Persönlichkeitsbeeinträchtigung als auch die Beweisinteressen berücksichtigt.

3. Fazit

Beweisverwertungsverbote stellen eine erhebliche Belastung für den Beweisführer bei der Verwirklichung seiner materiellen Rechtspositionen dar und greifen in das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 103 I GG ein. Vor diesem Hintergrund ist bereits bei der Annahme Vorsicht geboten, ein bestimmtes Beweismittel sei rechtswidrig erlangt. Dabei ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen, wie schon die Rechtsprechung zu *Fall 2* und *Fall 3* zeigt: Nicht jeder Eingriff in das Recht am eigenen Wort ist auch rechtswidrig, und nach der hier vertretenen Ansicht ist selbst in *Fall 2* auf Grund einer notwehrähnlichen Lage die Rechtmäßigkeit der Beweisbeschaffung und damit die Verwertbarkeit zu bejahen. Auch in *Fall 4* wird eine Rechtfertigung nach § 227 I BGB bzw. auf Grund einer „notwehrähnlichen Lage“ zumindest zu erörtern sein. Dabei wird man nicht nur der Intensität des Eingriffs, sondern auch dem Umstand Bedeutung beimessen dürfen, ob der Beweisführer für die Art und Weise der Beweisbeschaffung einen nachvollziehbaren Anlass hatte und es um Straftaten geht, die praktisch nicht anders aufgeklärt werden können (wie in *Fall 4* und *Fall 5*). Selbst wenn ein Beweismittel rechtswidrig erlangt sein sollte, ist zu fragen, ob *im Einzelfall* der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht so schwer wiegt, dass es gerechtfertigt ist, den Beweisführer der Gefahr des Verlusts materieller Rechte auszusetzen.

V. Praktische Hinweise

Bei entsprechenden Aufgabenstellungen im Examen bzw. aus der Sicht der Prozessbeteiligten ist zu beachten, wie Beweisverwertungsverbote durchgesetzt werden können bzw. welche prozessualen Ausweichmöglichkeiten bestehen.

1. Rügeerfordernis

Einfache Verfahrensverstöße können gem. § 295 I ZPO durch rügelose Einlassung geheilt werden. So kann eine Zeugenaussage, die unter Verstoß gegen Belehrungspflichten zu Stande gekommen ist, verwertet werden, wenn der

Verwertung nicht rechtzeitig widersprochen wird⁹². Der *BGH* hat sogar bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen erwogen, dass in der rügelosen Hinnahme eines Beweisbeschlusses eine den Eingriff billigende Einwilligung liegen kann⁹³. Der Grundsatz der anwaltlichen Vorsicht macht es daher erforderlich, entsprechende Beweisangebote als unverwertbar zu rügen.

2. Prozessuale Strategien des Beweisführers

Im Lauschzeugenfall hat das *BVerfG* entschieden, dass bei der Annahme eines Beweisverwertungsverbots eine Anhörung oder eine Parteivernehmung *beider* Gesprächspartner in Betracht zu ziehen ist⁹⁴. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die *Parteiaanhörung* kein formelles Beweismittel ist und daher allenfalls bei der Beweiswürdigung eine Rolle spielen kann⁹⁵. Die förmliche *Parteivernehmung* gem. § 448 ZPO ist zwar im Strengbeweisverfahren zulässiges Beweismittel, kommt aber nur in Betracht, wenn nach dem Ergebnis der Verhandlung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung spricht⁹⁶. Auch wenn die Parteivernehmung nach § 448 ZPO von Amts wegen angeordnet wird, empfiehlt sich aus anwaltlicher Sicht eine entsprechende Anregung. Vorprozessual wäre zu überlegen,

Balthasar: Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess

JuS 2008 Heft 1

40 

die Forderung an einen Dritten abzutreten, um statt des Lauschzeugen den Zedenten als zulässigen Beweis zu benennen⁹⁷.

Schließlich muss der Bevollmächtigte der beweisbelasteten Partei bedenken, dass bei einem Prozessbetrug die Restitutionsklage möglich ist (§ 580 Nr. 4 ZPO). Soweit Aussagen einer Partei, die einen Verstoß gegen die Wahrheitspflicht begründen⁹⁸, nicht schon gem. § 160 II, III Nr. 5 ZPO zu protokollieren sind, sollte er daher zu Beweiszwecken gem. § 160 IV 1 ZPO deren Aufnahme in das Protokoll beantragen.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in München. - Herzlicher Dank gilt Herrn Professor *Dr. Michael Huber*, Präsident des LG Passau und Mitherausgeber dieser Zeitschrift, für wertvolle Anregungen und Hinweise.

¹ Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit das Gericht den Sachvortrag einer Partei nicht berücksichtigen darf, weil die Kenntnis der entsprechenden Tatsachen in rechtswidriger Weise erlangt wurde (*Reichenbach*, AcP 206 [2006], 598 [600]; vgl. dazu *OLG Karlsruhe*, NJW 2000, 1577; *Heinemann*, MDR 2001, 137). Dies betrifft etwa die Frage, ob heimliche Vaterschaftstests für eine Anfechtungsklage berücksichtigt werden dürfen (abl. BGHZ 162, 1 = NJW 2005, 497, ebenso *BVerfG*, NJW 2007, 753 = JuS 2007, 472 [*Wellenhofer*]).

² *OLG Köln*, NJW 2005, 2997 = NZM 2005, 758.

³ BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619 = NVwZ 2003, 70; *BGH*, NJW 2003, 1727.

⁴ BGHZ 153, 165 = NJW 2003, 1123 = JuS 2003, 924 (*Karsten Schmidt*).

⁵ BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193.

⁶ *ArbG Frankfurt a.M.*, RDV 2005, 214.

⁷ BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 = NZA 2003, 432.

⁸ BGHZ 153, 165 = NJW 2003, 1123 (1124) = JuS 2003, 924 (*Karsten Schmidt*).

⁹ Darstellung des Streitstands bei *Störmer*, JuS 1994, 334 (335f.), und *Kiethe*, MDR 2005, 965 (966).

¹⁰ *LAG Hamm*, NZA-RR 2002, 464; *Baumgärtel*, ZJP 69 (1956), 103.

¹¹ *Werner*, NJW 1988, 993 (998ff.); *Wieczorek*, ZPO, 2. Aufl. (1976), § 282 Anm. C I a 1.

¹² BGHZ 153, 165 = NJW 2003, 1123 (1124) = JuS 2003, 924 (*Karsten Schmidt*); *Musielak/Foerste*, ZPO, 5. Aufl. (2007), § 286 Rdnr. 6; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 65. Aufl. (2007), Vorb. § 371 Rdnr. 13; *Roth*, in: *Erichsen/Kollhoser/Welp*, Recht der Persönlichkeit, 1996, S. 279ff. (281).

¹³ Nach BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 = NZA 2003, 432.

¹⁴ BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 (1206) = NZA 2003, 432; *Roth*, JR 1950, 715; *Musielak/Foerste* (o. Fußn. 12), § 286 Rdnr. 8.

¹⁵ BAGE 102, 190 = NJW 2003, 1204 (1206) = NZA 2003, 432.

¹⁶ *Musielak/Foerste* (o. Fußn. 12), § 286 Rdnr. 6.

¹⁷ *BVerfG*, NJW 2007, 753 (758) = JuS 2007, 472 (*Wellenhofer*); BGHZ 162, 1 = NJW 2005, 497 (498f.); *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, 28. Aufl. (2007), § 286 Rdnr. 7; *Zöller/Greger*, ZPO, 26. Aufl. (2007), § 286 Rdnr. 15a; *Schilken*, ZivilProzR, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 474; *Kiethe*, MDR 2005, 965 (966). Ein Grundrechtsverstoß kann nur in der gerichtlichen *Verwertung* liegen, da bei der *Beweisbeschaffung* durch nicht grundrechtsgebundene Privatpersonen Grundrechte nicht unmittelbar gelten (*Störmer*, JuS 1994, 334 [335f.]), sondern nur über die mittelbare Drittwirkung (dazu *Guckelberger*, JuS 2003, 1151).

¹⁸ *BVerfG*, NJW 1992, 815 (816) = NZA 1992, 307; BGHZ 162, 1 = NJW 2005, 497 (499); *OLG Karlsruhe*, NJW 2000, 1577 (1578), *Thomas/Putzo/Reichold* (o. Fußn. 17), § 286 Rdnr. 7.

¹⁹ St. Rspr. seit BGHZ 27, 284 (290) = NJW 1958, 1344; *BVerfG*, NJW 1992, 815 (816) = NZA 1992, 307; BVerfGE 106, 28 (49) = NJW 2002, 3619 (3624) = NVwZ 2003, 70; *Thomas/Putzo/Reichold* (o. Fußn. 17), § 286 Rdnr. 7; *Rosenberg/K.-H. Schwab/Gottwald*, ZivilProzR, 16. Aufl. (2004), § 109 Rdnr. 25.

²⁰ BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 (3437) = NZA 2003, 1193.

²¹ BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 (3437) = NZA 2003, 1193. Zwar gibt Art. 103 I GG keinen Anspruch auf bestimmte Beweismittel (*BVerfG*, NJW 1998, 1938 = NSTZ 1998, 523). Beweisverwertungsverbote stellen jedoch einen Eingriff in Art. 103 I GG dar, BVerfGE 106, 28 (49) = NJW 2002, 3619 (3624) = NVwZ 2003, 70.

²² BGHZ 153, 165 = NJW 2003, 1123 (1125) = JuS 2003, 924 (*Karsten Schmidt*).

²³ *BVerfG*, NJW 2007, 753 (758) = JuS 2007, 472 (*Wellenhofer*); BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619 = NVwZ 2003, 70; *BGH*, NJW 2003, 1727 (1728).

- 24 BGHZ 27, 284 (289f.) = NJW 1958, 1344, zuletzt BGH, NJW 2003, 1727 (1728). Nach BGH, NJW 1982, 277 (278) = NSTz 1982, 254, liegt eine notwehrähnliche Lage vor, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung das gegenläufige Interesse deutlich übersteigt. Krit. Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2007), § 32 Rdnr. 17.
- 25 Zwar ist eine generelle „Fernwirkung“ nicht anerkannt (BGHZ 166, 283 = NJW 2006, 1657 [1659]). Jedoch können beispielsweise Zeugen, denen eine unverwertbare Videoaufzeichnung vorgeführt wurde, über deren Inhalt nicht vernommen werden, da andernfalls Verwertungsverbote leicht umgangen werden könnten, OLG Karlsruhe, NJW 2002, 2799 (2800) = NZM 2002, 703; Musielak/Foerste (o. Fußn. 12), § 373 Rdnr. 12.
- 26 Ausf. zum Lauschzeugen Helle, JR 2000, 353; Foerste, NJW 2004, 262.
- 27 BAG, NJW 1983, 1691; Helle, JZ 1991, 929 (932); offen gelassen in BGH, NJW 1982, 1397 (1398).
- 28 OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 302 (303).
- 29 Nach BGH, NJW 2003, 1727; BVerfGE 106, 28 (50f.) = NJW 2002, 3619 (3624) = NVwZ 2003, 70. Krit. Musielak/Foerste (o. Fußn. 12), § 286 Rdnr. 8; Foerste, JZ 2003, 1111; ders., NJW 2004, 262.
- 30 BGH, NJW 2003, 1727 (1728). Im Mithören über Lautsprecher liegt allerdings kein Verstoß gegen § 201 II Nr. 1 StGB, Graf, in: MünchKomm-StGB III, 2003, § 201 Rdnr. 32.
- 31 BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619 (3623) = NVwZ 2003, 70.
- 32 BGH, NJW 2003, 1727 (1728).
- 33 BGH, NJW 2003, 1727 (1728). Dies ist fragwürdig: BVerfGE 106, 28 (44) = NJW 2002, 3619 = NVwZ 2003, 70, besagt nur, dass der Gesprächsinhalt für den Schutzbereich des Rechts am eigenen Wort belanglos ist, nicht aber, dass er auch für die Rechtfertigung bzw. die Abwägung keine Rolle spielt.
- 34 BGH, NJW 2003, 1727 (1728).
- 35 Foerste, NJW 2004, 262 (263).
- 36 Musielak/Foerste (o. Fußn. 12), § 286 Rdnr. 8.
- 37 Zumindest bei wahrheitswidrigem Bestreiten nach Rechtshängigkeit dürfte aber versuchter Prozessbetrug und damit eine Notwehrlage vorliegen (Musiellak/Foerste [o. Fußn. 12], § 286 Rdnr. 8).
- 38 Vgl. auch Musielak/Foerste (o. Fußn. 12), § 286 Rdnr. 7f.; Helle, JR 2000, 353. Anderes gilt ggf. bei gravierenden Eingriffen; vgl. etwa BGH, NJW 1970, 1848 (Überwachung durch Privatdetektiv in der eigenen Wohnung).
- 39 BGH, NJW 1982, 277 = NSTz 1982, 254. Nach VGH Mannheim, NJW 2001, 1082 (1085), ist aber eine heimliche DNA-Analyse zur Aufklärung von Straftaten nach §§ 185ff. StGB unzulässig.
- 40 BGH, NJW 1994, 2289 (2292f.) = GRUR 1995, 693.
- 41 Nach OLG Jena, MDR 2006, 533.
- 42 BVerfG, NJW 2003, 2375; Musielak/Huber (o. Fußn. 12), § 373 Rdnr. 12.
- 43 OLG Jena, MDR 2006, 533.
- 44 OLG Jena, MDR 2006, 533.
- 45 Nach OLG Köln, NJW 2005, 2997 = NZM 2005, 758; ähnl. OLG Karlsruhe, NJW 2002, 2799 = NZM 2002, 703. Ausf. zur Videoüberwachung Horst, NZM 2000, 937; Huff, JuS 2005, 896.
- 46 § 6b II BDSG ist in Fall 4 nicht verletzt, da ein privater Waschkeller kein öffentlich zugänglicher Raum i.S. von § 6b BDSG ist (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 8. Aufl. [2005], § 6b Rdnr. 8f.).
- 47 OLG Köln, NJW 2005, 2997 (2998) = NZM 2005, 758; ähnl. OLG Karlsruhe, NJW 2002, 2799 = NZM 2002, 703.
- 48 OLG Köln, NJW 2005, 2997 (2999) = NZM 2005, 758, im Anschluss an OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 241.
- 49 OLG Köln, NJW 2005, 2997 (2999) = NZM 2005, 758. Das OLG übersieht, dass bei Notwehr (anders als bei Notstand) die zulässige Verteidigung nicht von einer Güterabwägung abhängt.
- 50 So etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 241 (Körperverletzung). Hilfe durch polizeiliche Überwachung dürfte kaum möglich sein, vgl. §§ 100c, 100g StPO, Art. 34 BayPAG (vgl. auch Zöller, NVwZ 2005, 1235). AG Zerbst, NJW-RR 2003, 158, ließ jedoch eine (private) Überwachung zu, um den Täter „wilden Urinierens“ in einer Wohnanlage zu ermitteln.
- 51 Rechtfertigung der dauerhaften Überwachung gem. § 227 I BGB wird gelegentlich mit dem Argument abgelehnt, dass keine dauerhafte Notwehrlage vorliege (vgl. Horst, NZM 2000, 937 [942]). Dieser Einwand liegt neben der Sache, da nicht die gesamte Aufnahme verwertet werden soll, sondern nur der Teil, der im Zeitpunkt des Angriffs und damit bei Vorliegen einer Notwehrlage erlangt wurde.
- 52 Grothe, in: MünchKomm-BGB I/1, 5. Aufl. (2006), § 227 Rdnr. 13.
- 53 Grothe, in: MünchKomm-BGB I/1 (o. Fußn. 52), § 227 Rdnr. 13. Freilich ist diese Beschränkung des Notwehrrechts nicht unumstritten, vgl. etwa Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), § 32 Rdnr. 169f.
- 54 Dieser Argumentation lässt sich freilich entgegenhalten, dass sich der Angegriffene auf mildere Mittel beschränken darf (Perron, in: Schönke/Schröder [o. Fußn. 24], § 32 Rdnr. 35) und daher erst recht die Möglichkeit haben sollte, statt gewaltsamer Abwehr die spätere Rechtsverfolgung zu sichern.
- 55 BGH, NJW 1982, 277 (278) = NSTz 1982, 254. Krit. zum Begriff der „notwehrähnlichen Lage“ Perron, in: Schönke/Schröder (o. Fußn. 24), § 32 Rdnr. 17, wobei ähnliche Ergebnisse sich auch aus § 34 StGB ergeben.
- 56 Nach BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 = NZA 2003, 1193, m.Anm. Helle, JZ 2004, 340. Ausf. Bayreuther, NZA 2005, 1038.
- 57 BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 (3437) = NZA 2003, 1193.
- 58 BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 (3437) = NZA 2003, 1193.
- 59 BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 (3437) = NZA 2003, 1193.
- 60 In entsprechenden Fallgestaltungen kann ein Beweisverwertungsverbot möglicherweise auch aus einem Verstoß gegen § 87 I Nr. 6 BetrVG oder § 6b BDSG folgen. Dazu ausf. s.u. Fall 6 und Fall 7.
- 61 LAG Hamm, NZA-RR 2002, 464.
- 62 LAG Bremen, BeckRS 2005, 43027; Bayreuther, NZA 2005, 1038 (1043).
- 63 Altenburg/Leister, NJW 2006, 469 (472); Schlewing, NZA 2004, 1071 (1077).
- 64 Altenburg/Leister, NJW 2006, 469 (470).
- 65 Altenburg/Leister, NJW 2006, 469 (471).
- 66 Schlewing, NZA 2004, 1071 (1077).
- 67 BAGE 105, 356 = NJW 2003, 3436 (3438f.) = NZA 2003, 1193.

⁶⁸ *ArbG Frankfurt a.M.*, RDV 2005, 214.

⁶⁹ D. h. die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind oder nach dem erkennbaren Willen des Berechtigten von jedermann genutzt oder betreten werden können (*Gola/Schomerus* [o. Fußn. 46], § 6b Rdnr. 8).

⁷⁰ *Bayreuther*, NZA 2005, 1038 (1042).

⁷¹ *ArbG Frankfurt a.M.*, RDV 2005, 214.

⁷² Nach *BGH*, NJW 1985, 1158.

⁷³ *BGH*, NJW 1985, 1158 (offen gelassen für Verstoß gegen strafprozessuale Belehrungspflichten); *Musielak/Huber* (o. Fußn. 12), § 383 Rdnr. 8; *Zöller/Greger* (o. Fußn. 17), § 383 Rdnr. 21.

⁷⁴ Nach *BGHZ* 153, 165 = NJW 2003, 1123 = JuS 2003, 924 (*Karsten Schmidt*); *OLG Celle*, VersR 1977, 361. Krit. *Leipold*, JZ 2003, 632 (634).

⁷⁵ *Leipold*, JZ 2003, 632 (634), im Anschluss an BVerfGE 56, 37 (44) = NJW 1981, 1431.

⁷⁶ § 138 I ZPO verbietet wahrheitswidriges Bestreiten auch im Hinblick auf eigene Straftaten: *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2001, 1649; *LAG Frankfurt*, ARST 2004, 113; *Zöller/Greger* (o. Fußn. 17), § 138 Rdnr. 3. Auch die in BVerfGE 56, 37 (44) = NJW 1981, 1431, erwähnte Einschränkung der Wahrheitspflicht berechtigt nur zum Schweigen (*Musielak/Stadler* [o. Fußn. 12], § 138 Rdnr. 3) mit den entsprechenden prozessualen Folgen (§§ 138 III, 446 ZPO), nicht aber zum wahrheitswidrigen Bestreiten.

⁷⁷ *BGHZ* 153, 165 = NJW 2003, 1123 (1125) = JuS 2003, 924 (*Karsten Schmidt*).

⁷⁸ *BGHZ* 153, 165 = NJW 2003, 1123 (1125) = JuS 2003, 924 (*Karsten Schmidt*).

⁷⁹ *Katzenmeier*, ZZZ 116 (2003), 375 (379).

⁸⁰ *M. Schwab*, ZivilProzR, 2005, S. 191f.; *Erman/Ehmann*, BGB, 11. Aufl. (2004), Anh. § 12 Rdnr. 234; *Foerste*, JZ 2003, 1111 (1112); *Dauster/Braun*, NJW 2000, 313 (317ff.); *Roth*, in: *Erichsen/Kollhosser/Welp* (o. Fußn. 12), S. 279ff. (286f.); *Helle*, JZ 1988, 309; *Werner*, NJW 1988, 993 (998ff.). Vgl. auch *Thomas/Putzo/Reichold* (o. Fußn. 17), § 286 Rdnr. 7 a.E.

⁸¹ Vgl. etwa *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (o. Fußn. 12), Vorb. § 371 Rdnr. 13.

⁸² Dazu ausf. *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171; *Simon*, AcP 204 (2004), 264.

⁸³ Vgl. etwa *Zöller/Greger* (o. Fußn. 17), § 286 Rdnr. 15a.

⁸⁴ *Erman/Ehmann* (o. Fußn. 80), Anh § 12 Rdnr. 234; *Helle*, JZ 1991, 929; *Bayreuther*, NZA 2005, 1038 (1042).

⁸⁵ *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 21. Aufl. (1996), § 284 Rdnr. 61.

⁸⁶ Da zwischen Privaten Grundrechte nicht unmittelbar anwendbar sind (*Störmer*, JuS 1994, 334 [335f.]), kann die *Beweisbeschaffung* nur das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht betreffen.

⁸⁷ *BGH*, NJW 2004, 762 (764) = GRUR 2004, 438; *Palandt/Sprau*, BGB, 66. Aufl. (2007), § 823 Rdnr. 95; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 20. Aufl. (2004), Rdnr. 615.

⁸⁸ *BAGE* 111, 173 = NJW 2005, 313 = NZA 2004, 1278 (1282).

⁸⁹ *BAGE* 105, 356 = NJW 2003, 3436 (3438f.) = NZA 2003, 1193 (vgl. oben, *Fall 5*).

⁹⁰ Vgl. *BGHZ* 27, 284 (290) = NJW 1958, 1344; *BGH*, NJW 1988, 1016 (1018); *BGHZ* 162, 1 = NJW 2005, 497 (499); *BGH*, BeckRS 2005, 01167; *OLG Düsseldorf*, OLGR 2001, 302 (303); *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (o. Fußn. 12), Vorb. § 371 Rdnrn. 13ff.

⁹¹ Vgl. BVerfGE 83, 130 (143) = NJW 1991, 1471 (1473) = NSTZ 1991, 188; v. *Münch/Kunig*, GG, 5. Aufl. (2000), Art. 1 Rdnr. 4: Die Rechtsordnung kennt grundsätzlich keine Stufungen des Verfassungsrechts.

⁹² *BGH*, NJW 1985, 1158.

⁹³ *BGHZ* 166, 283 = NJW 2006, 1657 (1660), für ein prozessordnungswidrig eingeholtes Abstammungsgutachten.

⁹⁴ BVerfGE 106, 28 (50f.) = NJW 2002, 3619 (3624) = NVwZ 2003, 70; vgl. auch *Egon Schneider*, MDR 1998, 997 (1000).

⁹⁵ *Musielak/Huber* (o. Fußn. 12), § 445 Rdnr. 3 m.w. Nachw.

⁹⁶ *Musielak/Huber* (o. Fußn. 12), § 448 Rdnrn. 1, 3; *Zöller/Greger* (o. Fußn. 17), § 448 Rdnr. 2 (§ 448 ZPO soll nicht die beweisbelastete Partei von den Folgen der Beweisfähigkeit befreien).

⁹⁷ Vgl. *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 87), § 138 Rdnr. 77 m.w. Nachw.

⁹⁸ § 138 I ZPO verbietet wahrheitswidriges Bestreiten auch, wenn eine Straftat des Beweisgegners behauptet wird (vgl. o. Fußn. 76). Angeblich soll wahrheitswidriges Bestreiten ausnahmsweise zulässig sein, wenn nicht nur der Beweis, sondern bereits die Kenntnis der behaupteten Tatsachen rechtswidrig erlangt wurde: Andernfalls liefen Beweisverwertungsverbote wegen der Geständnisfiktion des § 138 III ZPO leer (*Zöller/Greger* [o. Fußn. 17], § 138 Rdnr. 3; *Heinemann*, MDR 2001, 137 [142]).