

CHARLOTTE HELENE MÜLLER

# Beweisverbot und Sachvortragsverbot

*Veröffentlichungen  
zum Verfahrensrecht*

---

**Mohr Siebeck**

# Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 162

herausgegeben von

Rolf Stürmer





Charlotte Helene Müller

# Beweisverbot und Sachvortragsverbot

Materiell rechtswidrig erlangte Informationen  
im Zivilprozess

Mohr Siebeck

*Charlotte Helene Müller*, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft in Münster und Paris; 2013 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2015 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2016–2018 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Zivilverfahrensrecht der Universität Münster; 2019 Promotion; seit 2018 Richterin im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm.  
orcid.org/0000-0003-1412-2650

D6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2019

ISBN 978-3-16-158865-5 / eISBN 978-3-16-158866-2

DOI 10.1628/978-3-16-158866-2

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat die vorliegende Arbeit im Sommersemester 2018 als Dissertation angenommen. Stand der Bearbeitung ist Juni 2018. Später erschienene Rechtsprechung und Literatur wurden für die Druckfassung punktuell bis September 2019 eingearbeitet.

Zuvorderst bedanke ich mich bei meiner Doktormutter Frau Professor Dr. Petra Pohlmann für das Vertrauen und für die wissenschaftliche und persönliche Unterstützung. Herrn Professor Dr. Ingo Saenger danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Zivilverfahrensrecht. Bei meinen Kolleginnen und Kollegen vom Lehrstuhl und von der Forschungsstelle für Versicherungswesen bedanke ich mich herzlich für die hilfreichen Denkanstöße und die gemeinsame Zeit.

Die Promotionsförderung der Studienstiftung des Deutschen Volkes hat die Entstehung der Arbeit mit einem Stipendium gefördert, für das ich sehr dankbar bin. Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe der Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht.

Für die vielfältige Unterstützung und das gewissenhafte Korrekturlesen danke ich von Herzen Herrn Dr. Marian Müller und Herrn Dr. Franz Müller.

Münster, im September 2019

Charlotte Helene Müller



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV
Teil 1: Einleitung . . . . .	1
A. Einführung . . . . .	1
B. Methodik . . . . .	3
C. Themeneingrenzung . . . . .	5
D. Gang der Untersuchung . . . . .	6
Teil 2: Grundlagen . . . . .	9
A. Dogmatische Vorfragen . . . . .	9
I. Prozessrecht und materielles Recht . . . . .	9
1. Relevanz für die Forschungsfrage . . . . .	9
2. Grundsätzliches Prozessrechtsverständnis . . . . .	10
a) Überblick . . . . .	10
b) Trennungsgrundsatz . . . . .	11
c) Abgrenzung in Randbereichen . . . . .	12
d) Ergebnis . . . . .	13
II. Berücksichtigungspflicht des Gerichts . . . . .	14
1. Recht auf rechtliches Gehör . . . . .	14
2. Recht auf Beweis . . . . .	15
3. Kein uneingeschränkter Schutz . . . . .	16
III. Parteienprozess . . . . .	17
B. Stand der Forschung . . . . .	21
I. Forschungsschwerpunkt Beweisverbot . . . . .	22
1. Ursprung im Strafprozess . . . . .	22
a) Überblick . . . . .	22
b) Beschränkte Relevanz für die Diskussion im Zivilverfahren . . . . .	23
c) Schlussfolgerung für die Untersuchung . . . . .	27
2. Forschungsstand im Zivilprozess . . . . .	27
3. Terminologische Diskussion . . . . .	28

II.	Forschungslücke Sachvortragsverbot . . . . .	30
1.	Schöpfung der Rechtsprechung . . . . .	30
a)	Zivilgerichte . . . . .	31
b)	Arbeitsgerichte . . . . .	33
2.	Kaum wissenschaftliche Befassung . . . . .	34
3.	Forschungslücke . . . . .	38
C.	Zusammenfassung . . . . .	39
Teil 3: An das Gericht adressiertes Beweisverbot . . . . .		41
A.	Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	41
B.	Verfassungsrechtlicher Eingriff durch das Gericht . . . . .	42
I.	Relevante Grundrechte im Beweisverfahren . . . . .	43
1.	Berührte Grundrechte . . . . .	43
2.	Keine Verwirkung . . . . .	47
3.	Ergebnis . . . . .	48
II.	Grundrechtsbeeinträchtigung durch das Gericht . . . . .	48
1.	Grundrechtsverpflichtung . . . . .	48
2.	Grundrechtsverzicht . . . . .	49
3.	Beeinträchtigungshandlung . . . . .	50
a)	Begriff . . . . .	50
b)	Beweisverweigerung . . . . .	51
c)	Beweisaufnahme . . . . .	52
d)	Berücksichtigung bei der Entscheidungsfindung . . . . .	53
e)	Stellungnahme . . . . .	54
f)	Rechtswidrige Beweismittelbeschaffung . . . . .	56
g)	Ergebnis . . . . .	57
III.	Rechtfertigung der Beeinträchtigung . . . . .	58
1.	Einschränkbarkeit der Grundrechte . . . . .	58
2.	Zivilprozessordnung als einschränkendes Gesetz . . . . .	60
3.	Formelle Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes . . . . .	60
4.	Materielle Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes . . . . .	62
a)	Verhältnismäßige gesetzliche Grundlage . . . . .	62
aa)	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz . . . . .	62
(1)	Zweck . . . . .	62
(2)	Geeignetheit . . . . .	64
(3)	Erforderlichkeit . . . . .	64
(4)	Angemessenheit . . . . .	66
bb)	Gebot der verfassungskonformen Auslegung . . . . .	67
cc)	Voraussetzung der verfassungskonformen Auslegung . . . . .	68

(1) Auslegung des einfachen Gesetzesrechts . . . . .	68
(2) Wortsinn . . . . .	69
(3) Systematik . . . . .	70
(4) Entstehungsgeschichte . . . . .	71
(5) Zweck . . . . .	72
(6) Ergebnis . . . . .	76
dd) Grenzen der verfassungskonformen Auslegung . . . . .	76
ee) Ergebnis . . . . .	77
b) Bestimmtheitsgrundsatz . . . . .	78
c) Ergebnis . . . . .	79
5. Verfassungsmäßige Gesetzesanwendung: Abwägung . . . . .	79
IV. Zwischenergebnis . . . . .	82
C. Beweisverbot im Zivilprozess . . . . .	83
I. Mittelbare prozessuale Fehlerfolge der rechtswidrigen Beweisbeschaffung . . . . .	83
II. Kritik: Richterlicher Dezisionismus . . . . .	86
III. Schlussfolgerung für die Terminologie . . . . .	87
D. Verfahren, Rechtsfolge und Wirkung des Beweisverbots . . . . .	88
I. Verfahren zur Feststellung eines Beweisverbots . . . . .	89
1. Rügeerfordernis und Heilungsmöglichkeit . . . . .	89
2. Beweis und Beweislast . . . . .	90
II. Rechtsfolge des Beweisverbots . . . . .	92
1. Fingierte Nichtexistenz . . . . .	92
2. Überzeugungsbildung im Übrigen . . . . .	92
3. Regelmäßig Beweislastentscheidung . . . . .	94
III. Wirkung des Beweisverbots: Beweismittelalternativen . . . . .	94
1. Freie Beweismittelwahl . . . . .	95
2. Kausal erlangte Beweismittel: Sekundärbeweismittel . . . . .	95
a) Problembeschreibung . . . . .	95
b) Selbstständiges Beweisverbot . . . . .	96
c) Reichweite des Beweisverbots: Fernwirkung . . . . .	97
aa) Grundgedanke und Streitstand . . . . .	97
bb) Keine Vergleichbarkeit zum Strafprozessrecht . . . . .	98
cc) Argumente für eine Fernwirkung im Zivilprozess . . . . .	100
dd) Argumente gegen eine Fernwirkung im Zivilprozess . . . . .	102
ee) Dogmatische Bewertung . . . . .	102
d) Ergebnis . . . . .	105
3. Inhaltsgleiche Beweismittel: Surrogate und Derivate . . . . .	105
a) Problembeschreibung . . . . .	105
b) Zulässigkeit von inhaltsgleichen Beweismitteln . . . . .	106

aa) Selbstständiges Beweisverbot . . . . .	106
bb) Reichweite des Beweisverbots . . . . .	107
c) Inhaltsgleiche Beweismittel . . . . .	109
aa) Surrogate . . . . .	109
bb) Derivate . . . . .	110
d) Parteivernehmung . . . . .	111
e) Parteianhörung . . . . .	113
f) Vorhaltung im Beweisverfahren . . . . .	114
g) Ergebnis . . . . .	117
4. Ergebnis zu den Beweismittelalternativen . . . . .	117
E. Zusammenfassung . . . . .	118
Teil 4: An das Gericht adressiertes Sachvortragsverbot . . . . .	119
A. Einleitung . . . . .	119
B. Streitiger Sachvortrag . . . . .	120
I. Lösungsansätze . . . . .	120
II. Selbstständiges Sachvortragsverbot . . . . .	120
1. Grundrechtsrelevanz der Sachvortragsangaben . . . . .	120
2. Grundrechtsbeeinträchtigung durch das Gericht . . . . .	121
a) Beeinträchtigungshandlung . . . . .	121
aa) Verwendung von streitigem Sachvortrag als Ausnahme . . . . .	121
bb) Beurteilung von Beweisansträgen . . . . .	123
(1) Anfangswahrscheinlichkeit bei der Parteivernehmung . . . . .	123
(2) Ausforschungsbeweis bei anderen Beweismitteln . . . . .	124
(3) Grundrechtsbeeinträchtigung . . . . .	125
cc) Vorhaltungen bei der Parteianhörung . . . . .	125
dd) Berücksichtigung bei der Überzeugungsbildung . . . . .	126
ee) Qualifizierter Parteivortrag . . . . .	130
ff) Ergebnis . . . . .	131
b) Eingriffsintensität: Einfluss der Beschaffungshandlung . . . . .	131
aa) Verwendete Informationen . . . . .	131
bb) Rechtswidrigkeit der Kenntniserlangung . . . . .	133
cc) Irrelevanz der Beweismittelbeschaffung . . . . .	134
dd) Praktische Probleme . . . . .	135
ee) Ergebnis . . . . .	136
c) Ergebnis . . . . .	136
3. Rechtfertigung des Eingriffs: Sachvortragsverbot . . . . .	137
a) Vergleichbarkeit zum Beweisverbot . . . . .	137
b) Sachvortragsverbot und Rechtsfolge . . . . .	138

4. Ergebnis . . . . .	139
III. Reichweite des Beweisverbots . . . . .	139
IV. Ergebnis . . . . .	141
C. Unstreitiger Sachvortrag . . . . .	141
I. Konfliktsituation: Kein Anknüpfungspunkt für ein Beweisverbot	141
II. (Verfassungsrechtlich begründetes) Sachvortragsverbot . . . . .	145
1. Grundrechtsrelevanz der Sachvortragsangaben . . . . .	146
2. Grundrechtsbeeinträchtigung durch das Gericht . . . . .	146
a) Beweismittelähnliche Verwendung als Erkenntnismittel . . . . .	146
b) Verwendung zur Subsumtion . . . . .	148
c) Kein Grundrechtsverzicht . . . . .	149
d) Eingriffsintensität: Rechtswidrige Informationsbeschaffung	150
e) Ergebnis . . . . .	151
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung . . . . .	151
a) Beeinträchtigung durch beweismittelähnliche Verwendung	151
b) Beeinträchtigung durch Subsumtion . . . . .	152
aa) Befugnisnorm . . . . .	152
bb) Verfassungsgemäße Befugnisnorm . . . . .	153
cc) Verfassungskonforme Auslegung . . . . .	155
dd) Verfassungsgemäße Gesetzesanwendung . . . . .	157
ee) Ergebnis . . . . .	159
4. Rechtsfolge . . . . .	160
a) Nichtexistenz nur bei der gerichtlichen Maßnahme . . . . .	160
b) Bestreitenserfordernis . . . . .	161
c) Feststellungsverfahren . . . . .	162
5. Unbegründete Kritik . . . . .	162
6. Ergebnis . . . . .	164
III. Beweisverfahren bei unstreitigem Sachvortrag . . . . .	165
1. Beweisverfahren trotz Nichtbestreiten . . . . .	166
a) Entscheidung über die Feststellungsbedürftigkeit . . . . .	166
aa) Übereinstimmend vorgetragene Unwahrheit . . . . .	166
bb) Unvergleichbarkeit . . . . .	168
b) Rüge als Sonderfall? . . . . .	169
c) Ergebnis . . . . .	172
2. Beweisverfahren durch ausnahmsweise zulässiges Bestreiten	172
a) Vollständige und der Wahrheit gemäße Erklärung . . . . .	172
b) Einschränkung der Wahrheitspflicht . . . . .	176
aa) Strafrechtliche Selbstbelastungsfreiheit . . . . .	177
bb) Grundrechtliche Interessen . . . . .	179
c) Ausnahme wegen rechtswidriger Beweismittelbeschaffung	182

d) Ergebnis . . . . .	185
3. Unterstellte Beweiserheblichkeit . . . . .	186
4. Ergebnis . . . . .	187
IV. Fazit . . . . .	188
1. Dogmatisches Ergebnis . . . . .	188
2. Rechtspolitische Einwände . . . . .	189
3. Rechtstatsächliche Einwände . . . . .	192
4. Ergebnis . . . . .	194
D. Vermeintliche Sonderfälle . . . . .	195
I. Anlass der Anmerkung . . . . .	195
II. Glaubhaftmachung im Arrestverfahren . . . . .	195
III. Vaterschaftsanfechtungsverfahren . . . . .	197
IV. Fazit und Ausblick . . . . .	198
E. Zusammenfassung . . . . .	199
Teil 5: An die Partei adressiertes Verbot . . . . .	201
A. Einleitung . . . . .	201
B. Prozessuales Verbot . . . . .	201
I. Anknüpfungspunkt . . . . .	201
II. Anknüpfung an das außerprozessuale Verhalten der Partei:	
Informationserlangung . . . . .	202
1. Einleitung . . . . .	202
2. Schadensersatzanspruch . . . . .	202
a) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	202
b) Sachvortragsverbot . . . . .	203
3. Schutzzweck der durch die Erlangung verletzten Norm . . . . .	205
a) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	205
b) Sachvortragsverbot . . . . .	206
4. Grundrechtswidrigkeit der Erlangung . . . . .	207
a) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	207
b) Sachvortragsverbot . . . . .	208
5. Bewertung und Zwischenergebnis . . . . .	210
III. Anknüpfung an das prozessuale Verhalten der Partei:	
Tatsachenbehauptung und Beweisführung . . . . .	212
1. Einleitung . . . . .	212
2. Prozessuale Verwendungsbefugnis, §§ 422, 423 ZPO . . . . .	214
a) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	214
b) Sachvortragsverbot . . . . .	217
3. Redliche Prozessführung . . . . .	217

a) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	217
b) Sachvortragsverbot . . . . .	219
4. Ausnutzen einer rechtswidrig herbeigeführten Lage . . . . .	221
a) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	221
b) Sachvortragsverbot . . . . .	221
5. Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB . . . . .	223
a) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	223
b) Sachvortragsverbot . . . . .	225
6. Verbotsnormen des materiellen Rechts . . . . .	229
a) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	229
b) Sachvortragsverbot . . . . .	230
7. Indirekte Anknüpfung an das prozessuale Verhalten der Partei	233
a) § 444 ZPO . . . . .	233
aa) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	233
bb) Sachvortragsverbot . . . . .	234
b) § 183 GVG . . . . .	235
aa) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	235
bb) Sachvortragsverbot . . . . .	236
c) Generalprävention . . . . .	237
aa) Diskussion in der Beweisverbotslehre . . . . .	237
bb) Sachvortragsverbot . . . . .	238
8. Zwischenergebnis . . . . .	240
IV. Fazit: Kein an die Partei adressiertes prozessuales Verbot . . . . .	240
C. Geltendmachungsverbot nach materiellem Recht . . . . .	242
I. Anlass der Untersuchung . . . . .	242
II. Abgrenzung zur Informationserlangung und zur Informationsverwendung . . . . .	243
III. Unzulässige Rechtsausübung wegen rechtswidriger Kenntniserlangung . . . . .	244
1. Rechtsprechung . . . . .	244
2. Verallgemeinerungsfähigkeit . . . . .	245
3. Wirkung und Vergleich zum gerichtlichen Verwendungsverbot	246
IV. Ergebnis: Koexistenz und Ergänzung . . . . .	250
D. Exkurs: Vertraglich vereinbartes Sachvortragsverbot . . . . .	251
I. Vereinbarung . . . . .	251
1. Prozessvertrag . . . . .	251
2. Materiell-rechtlicher Vertrag . . . . .	254
3. Betriebsvereinbarungen . . . . .	255
II. Wirkung . . . . .	256
E. Zusammenfassung . . . . .	257

Teil 6: Zusammenfassender Überblick . . . . .	259
Literaturverzeichnis . . . . .	263
Sachverzeichnis . . . . .	277

## Abkürzungsverzeichnis

a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
arg.ex.	argumentum ex
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BB-BUZ	Allgemeine Bedingungen für die Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Begr.	Begründer
Beschl.v.	Beschluss vom
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung

DuD	Datenschutz und Datensicherheit
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erwgr.	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EzA	Entscheidungssammlungen zum Arbeitsrecht
f. / ff.	folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
FamFG	Familienverfahrensgesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
Juris-PR ArbR	Juris PraxisReport Arbeitsrecht
Juris-PR VersR	Juris PraxisReport Versicherungsrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KUG	Kunsturhebergesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Landesarbeitsgerichtsentscheidungen
LG	Landgericht
lit.	littera
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	MultiMedia und Recht
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift-Spezial
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht

NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmens- strafrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
öZPO	Zivilprozessordnung (Österreich)
PatG	Patentgesetz
r+s	Recht und Schaden
RdA	Recht der Arbeit
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.	Seite, Satz
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
u. a.	und andere
Urt.v.	Urteil vom
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v. a.	vor allem
VersR	Versicherungsrecht
Vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStV	Zeitschrift für Stiftungs- und Vereinsrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess



## Teil 1

# Einleitung

## A. Einführung

Die Rechtsanwendung ist tatsachenabhängig: Ein Rechtssatz kann nur dann angewandt werden, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen, an die er anknüpft, feststehen oder als feststehend zu behandeln sind.<sup>1</sup> Auch deshalb sind in den meisten gerichtlichen Verfahren keine Rechtsfragen, sondern Darlegungs- und Beweisfragen streitentscheidend.<sup>2</sup> Im Zivilprozess obliegen Tatsachenvortrag und Beweisführung grundsätzlich den Parteien. Sie müssen die ihre Rechtsposition begründenden Tatsachen dem Gericht schlüssig darlegen und im Bestreitensfall beweisen.

Für eine erfolgreiche Prozessführung müssen die Parteien daher in Kenntnis der entscheidungserheblichen Tatsachen sein und über Beweismittel verfügen. Kenntnis- und Beweismittelbeschaffung finden üblicherweise vorprozessual, zumindest aber außerprozessual statt. Die jüngere Rechtsprechung zeigt, dass die Parteien sich dabei vermehrt digitaler und technischer Informationsquellen bedienen. Markante Beispiele sind die Durchsuchung von E-Mail-Postfächern<sup>3</sup> oder Dienstcomputern,<sup>4</sup> die heimliche DNA-Analyse<sup>5</sup> und der Einsatz von Überwachungskameras,<sup>6</sup> von Telefonabhörgeräten,<sup>7</sup> von Ortungsgeräten<sup>8</sup>, von Keyloggern und Mausbewegungsrekordern mit automatischer Screen-Capture Software<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> *Benedict*, S. 7; *Gomille*, S. 3 f.; *Götz*, S. 25; *AK-ZPO/Schmidt*, Einleitung, Rn. 62; *Tresenreuter*, S. 128.

<sup>2</sup> *Benedict*, S. 1, 7; *Betz*, RdA 2018, 100, 102; *Debernitz*, S. 235; *Geismann* in: *Einheit der Prozessrechtswissenschaft*, 111, 111 f.; *Peters*, ZZZ 76 (1963), 145; *Störmer*, JuS 1994, 238; *Weichbrodt*, S. 1.

<sup>3</sup> *Sander*, CR 2014, 292–299.

<sup>4</sup> BAG Urt. v. 31.01.2019 – 2 AZR 426/18 – juris.

<sup>5</sup> BGH NJW 2006, 1657–1660; VGH Mannheim NJW 2001, 1082–1085.

<sup>6</sup> BAG NJW 2017, 843–847. Allgemein zur Arbeitnehmerüberwachung *U. Koch*, ZFA 2018, 109, 118–120. Zu Dashcams BGH Urt. v. 15.05.2018 – VI ZR 233/17 – juris, Rz. 7–26.

<sup>7</sup> OLG Karlsruhe NJW 2000, 1577–1578.

<sup>8</sup> BGH NJW 2013, 2668–2671.

<sup>9</sup> BAG NZA 2017, 1327–1332.

und von vernetzen Smart Cams<sup>10</sup>. Ein Ende dieser technischen Entwicklung ist nicht absehbar.<sup>11</sup> Den Vorteilen der neuen Technologien steht aber ein gesteigertes gesellschaftliches Bewusstsein für Datenschutz gegenüber, das sich in einer Vielzahl datenschützender Gesetze, allen voran der Europäischen Datenschutzgrundverordnung und dem Bundesdatenschutzgesetz, widerspiegelt.<sup>12</sup> Deshalb sind viele Ermittlungsmethoden zwar technisch möglich, aber rechtlich unzulässig.

Wenn die Parteien bei der Informations- und Beweismittelbeschaffung rechtswidrig gehandelt haben, muss im Prozess über die Frage entschieden werden, ob die rechtswidrig erlangten Informationen und Beweismittel prozessual zulässig sind. Eine diesbezüglich eindeutige Aussage des Gesetzgebers fehlt. Weder die Zivilprozessordnung noch das Arbeitsgerichtsgesetz noch die Europäische Konvention für Menschenrechte regeln prozessuale Folgen einer rechtswidrigen Beweismittel- und Informationsbeschaffung ausdrücklich.<sup>13</sup> Die Zivilprozessordnung enthält zwar Regelungen über den Ausschluss bestimmter Beweisarten (§§ 165 S. 1, 314 S. 2, 595 Abs. 2, 605 Abs. 1, 605a, 727 Abs. 1 a.E. ZPO), über den Ausschluss verspätet vorgebrachter Beweismittel und Tatsachenbehauptungen (§§ 296, 530 f. ZPO) und über den Ausschluss nicht-präsenter Beweismittel (§§ 294 Abs. 2, 356 ZPO). Diese Ausschlüsse beruhen aber nicht auf dem Beweismittel oder der Information und nicht auf deren Beschaffung, sondern haben verfahrensrechtliche Gründe.<sup>14</sup> Aus der Nichtregelung einer prozessualen Sanktion lässt sich weder folgern, dass der vorprozessuale Rechtsverstoß prozessual folgenlos bleiben soll, noch dass er automatisch die prozessuale Unzulässigkeit der rechtswidrig erlangten Informationen oder Beweismittel zur Folge hat.<sup>15</sup>

Die Prozessrechtsforschung und die Gerichte haben sich lange Zeit nur eingeschränkt mit den prozessualen Folgen der materiell rechtswidrigen Informationsbeschaffung befasst. Seit Anfang der fünfziger Jahre wird unter dem Stichwort „Beweisverbot“ diskutiert, ob materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel in den Prozess eingeführt und dort verwendet werden können. Aber erst in den letzten Jahren wurde auch ein Sachvortragsverbot, das die Einführung und Verwen-

<sup>10</sup> *Schwenke*, NJW 2018, 823–827; *Zimmermann* in: Taeger, 171, 172 f.

<sup>11</sup> *Röth*, AE 2014, 274; *Schwenke*, NJW 2018, 823.

<sup>12</sup> Nach Einschätzung von *Greve*, NVwZ 2017, 737, 744 (dort: Fn. 51) enthalten in Deutschland etwa 300 Fachgesetze datenschutzrechtliche Regelungen.

<sup>13</sup> EGMR NJW 1989, 654, 655; BAG NJW 2017, 843, 844; BB 2019, 697, 698; BGH Urt. v. 15.05.2018 – VI ZR 233/17 – juris, Rz. 28; *Ahrens*, Kapitel 6, Rn. 9; *Betz*, RdA 2018, 100, 101; *Brinkmann*, AcP 206 (2006), 746, 749; MAH-Arbeitsrecht/*Dendorfer-Ditges*, § 35, Rn. 220; *Tschöpe/Grimm*, Teil 6 F, Rn. 212; *Rogall* in: FS Rieß, 951, 974; IT-Arbeitsrecht/*Tiedemann*, B., Rn. 495. Zum Sachvortragsverbot *Heinemann*, MDR 2001, 137, 141; *Reichenbach*, S. 215.

<sup>14</sup> *Dauster/F. Braun*, NJW 2000, 313, 317; *Kodek* in: FS Kaissis, 523, 538 (zur öZPO).

<sup>15</sup> BGH r+s 2017, 462, 465.

derung der Informationen als Sachvortrag verhindern würde, von der Justiz erörtert.<sup>16</sup> Dieses von den Gerichten geschaffene Sachvortragsverbot ist in seiner dogmatischen Konstruktion bisher nicht näher erforscht.<sup>17</sup> Die vorliegende Arbeit wird deshalb der Frage nachgehen, ob und wie sich ein Sachvortragsverbot als prozessuale Folge der materiell rechtswidrigen Informationsbeschaffung in die Gesetzessystematik einfügt und welche Voraussetzungen und Rechtsfolgen ein solches Verbot hätte.

## B. Methodik

Die Untersuchung knüpft an die Beweisverbotslehre an und behandelt die Thematik losgelöst von Einzelfällen.

Die Forschungsfrage steht in einem engen tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang mit dem bis heute kontrovers diskutierten Forschungsfeld der Beweisverbote. Gegenstand beider Fragen sind prozessuale Folgen eines vorprozessualen Verstoßes gegen das materielle Recht. Tatsächlicher Ausgangspunkt ist also jeweils eine materiell rechtswidrige Handlung, die Informationsbeschaffung. Beim Beweisverbot ist diese Informationsbeschaffung die Beweisbeschaffung, etwa das rechtswidrige Entwenden einer Vertragsurkunde, von deren Existenz und Inhalt die Partei vorher Kenntnis hatte,<sup>18</sup> und beim Sachvortragsverbot ist diese Informationsbeschaffung die Kenntnisbeschaffung, etwa die rechtswidrige Videoüberwachung eines Kellerraums im Mehrfamilienhaus, um Kenntnis von der Person zu erlangen, die dort regelmäßig Waschmaschinen beschädigt.<sup>19</sup> Bei sogenannten Zufallsfunden, also Fälle, in denen die spätere Prozesspartei von sämtlichen Sachverhaltsinformationen nur durch ein zufällig gefundenes Beweismittel Kenntnis erlangt, ist es sogar derselbe tatsächliche Ausgangspunkt, die einheitliche Beschaffungshandlung. Ein solcher Zufallsfund liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitgeber anlasslos gefilmtes Videomaterial sichtet und dabei einen Vorfall bemerkt, den er anschließend zum Gegenstand einer Kündigung macht.<sup>20</sup> Besonders deutlich wird der tatsächliche Zusammenhang schließ-

<sup>16</sup> Dazu Teil 2, B. II. 1.

<sup>17</sup> Dazu Teil 2, B. II. 2.

<sup>18</sup> Beispielsweise zu gestohlenen Urkunden: *Dilcher*, AcP 158 (1959/1960), 469–503; *Peters*, ZZP 76 (1963), 145, 152–154; *A. Roth*, JR 1950, 715; *Wais*, S. 122–155; *Werner*, NJW 1988, 993, 994.

<sup>19</sup> Beispiel nach OLG Köln NJW 2005, 2997–3000. Zur Frage, ob ein Sachvortragsverbot an die Kenntnisbeschaffung oder an die Beweisbeschaffung anknüpfen kann: Teil 4, B. II. 2. b) und Teil 4, C. II. 2. d).

<sup>20</sup> Beispiel (abgewandelt) nach BAG NZA 2011, 571–575. Zur Unterscheidung von Basis- und Zusatzwissen: Teil 4, B. II. 2. b) und Teil 4, C. II. 2. d) und insbesondere Teil 4, C. II 4. b).

lich, wenn man das prozessuale Verbot als Sanktion der Informationsbeschaffungshandlung ansieht,<sup>21</sup> denn das zum Zeitpunkt der Handlung geltende materielle Recht unterscheidet nicht danach, ob die Informationen im anschließenden Prozess als Beweismittel oder als Sachvortrag verwendet werden. Das Filmen des Videos verstößt gleichermaßen gegen das materielle Recht,<sup>22</sup> unabhängig davon, ob die Partei in einem späteren Prozess (nur) die Kenntnisse aus dem Video vorträgt, oder (auch) das Video selbst als Beweismittel anbietet. Und die Prozesspartei wird sich zur Einschätzung ihres Prozessrisikos nicht nur dafür interessieren, ob sie die ihr zur Verfügung stehenden Informationen prozessual als Beweismittel verwenden kann, sondern auch dafür, ob ihr bei der Informationsverwendung als Sachvortrag Grenzen gesetzt sind. Beweis- und Sachvortragsverbot befinden sich dogmatisch an derselben Schnittstelle von materiellem Recht und Prozessrecht, wo materiell-rechtliche Wertungen und zivilprozessuale Grundsätze aufeinander treffen.<sup>23</sup> Somit stehen die Fragen auch in einem engen rechtlichen Zusammenhang. Schließlich wird ein Sachvortragsverbot von Teilen der Literatur und Judikatur insbesondere für Fälle gefordert, in denen ein Beweisverbot „leerläuft“, „umgangen wird“ oder seinen „Zweck nicht erfüllen“ kann.<sup>24</sup>

Aufgrund dieser vielen Schnittstellen zwischen den Fragen ist es für die Untersuchung eines Sachvortragsverbots nicht nur sinnvoll, sondern zwingend erforderlich, Rückschlüsse aus der Forschung zu den Beweisverboten zu ziehen. Deshalb knüpft die Arbeit wesentlich an die dogmatischen Erkenntnisse der Beweisverbotslehre an, indem sie diese fortentwickelt und, wo nötig, in Frage stellt. Weil die Arbeit das Sachvortragsverbot zum Gegenstand hat, diskutiert sie die prozessuale Zulässigkeit materiell rechtswidrig erlangter Beweismittel nicht erschöpfend, sondern beschränkt sich darauf, die Lösungskonzepte zum Beweisverbot als Forschungsansatz zur Begründung eines Sachvortragsverbots heranzuziehen. Es soll geklärt werden, ob und mit welcher Wirkung sich die Lösungskonzepte der Beweisverbotslehre auf die hier zu untersuchende Thematik übertragen lassen und ob diese Konzepte die Konfliktsituation des rechtswidrig beschafften Sachvortrags befriedigend auflösen können oder ob sie durch sachvortragsverbotsspezifische Konzepte ergänzt werden müssen. Es gilt zu hinterfragen, ob ein Sachvortragsverbot eine genuin neue Problematik oder nur ein Teil

---

<sup>21</sup> So einige Lösungsansätze der Beweisverbotsforschung, dazu Teil 5, B.

<sup>22</sup> In Betracht kommen etwa Art. 6 DSGVO, §§ 4, 24 BDSG, § 823 BGB i. V. m. dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und § 201a StGB.

<sup>23</sup> Zu den gemeinsamen dogmatischen Grundlagen: Teil 2, A.

<sup>24</sup> OLG Karlsruhe MMR 2009, 412, 414; *Eylert*, NZA-Beil. 2015, 100, 107; *Heinemann*, MDR 2001, 137, 142; *Kort*, NZA 2012, 1321, 1326; *Natter* in: Beschäftigtendatenschutz in der Reform, 133, 151; *Sander*, CR 2014, 292, 298; *Schreiber*, ZJP 122 (2009), 227, 228; BeckOK ZPO/von *Selle*, § 138, Rn. 31; *Weber*, ZJP 129 (2016), 57, 58.

der bekannten Problematik des Beweisverbots ist. Die Erkenntnisse dieser Untersuchung können deshalb ihrerseits die Forschung zu den Beweisverboten bereichern.

Ziel der Arbeit ist die Ausarbeitung eines abstrakten Systems, unter das anschließend konkrete Einzelfälle subsumiert werden können. Dieses Ziel wird mit einem deduktiven Ansatz verfolgt, der auf die Analyse von Einzelfällen verzichtet. Wo es für das Verständnis als notwendig erachtet wird, werden kleine Beispielfälle zur Veranschaulichung genannt. Diese sind vielfach dem Arbeitsrecht entnommen, da viele der praktischen Fälle von der Arbeitsgerichtsbarkeit entschieden wurden.<sup>25</sup>

### C. Themeneingrenzung

Gegenstand der Untersuchung ist das zivilprozessuale Regelverfahren nach der Zivilprozessordnung und, aufgrund der praktischen Relevanz, das arbeitsgerichtliche (Urteils-)Verfahren, für das gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG im Wesentlichen dieselben Vorschriften gelten.

Forschungsthema sind die prozessualen Folgen der materiell rechtswidrigen Informationsbeschaffung. Informationsbeschaffung meint dabei jede Handlung, mit der Informationen erlangt werden, wobei diese Informationen sowohl die bloße Kenntnis von Tatsachen als auch (die Verfügungsmöglichkeit über) Beweismittel, wie Gegenstände, Schriftstücke oder Zeugen, sein können. Rechtswidrigkeit meint das Unwerturteil der Rechtsordnung über eine Handlung oder einen Erfolg.<sup>26</sup> Innerhalb der Forschungsfrage bezieht sich die Rechtswidrigkeit stets auf das materielle Recht, denn die außerprozessuale Beschaffungshandlung kann nicht gegen Prozessrecht verstoßen, weil dieses außerprozessual nicht anwendbar ist.<sup>27</sup> Soweit daher im Folgenden von der rechtswidrigen Informationsbeschaffung die Rede ist, meint dies immer einen Verstoß gegen materielles Recht. Dabei wird der Begriff zunächst im weitesten Sinne verstanden und insbesondere nicht nach Art oder Intensität des Rechtsverstoßes spezifiziert. Die Lösungskonzepte aus der Beweisverbotslehre knüpfen teilweise an bestimmte Rechtsverstöße an und greifen teilweise nur mittelbar auf einen Rechtsverstoß zurück. Eine Begriffseingrenzung vorab würde deshalb einer umfassenden Berücksichtigung dieses Forschungsstandes entgegenstehen. Entscheidende Frage

---

<sup>25</sup> Die Häufigkeit in der Praxis dürfte aus der Natur des Arbeitsverhältnisses als persönliches Vertrauensverhältnis und Dauerschuldverhältnis und den gesetzlichen Kündigungsschutzregelungen resultieren.

<sup>26</sup> Zum Begriff der Rechtswidrigkeit näher *Wais*, S. 34 f.; *Werner*, NJW 1988, 993, 996.

<sup>27</sup> *Betz*, RdA 2018, 100, 103; *Dauster/F. Braun*, NJW 2000, 313, 318.

dieser Arbeit ist nicht, ob ein bestimmter Rechtsverstoß zur prozessualen Unzulässigkeit des Sachvortrags führt, sondern welche Rechtsverstöße aufgrund welcher Regelungen zur prozessualen Unzulässigkeit von Sachvortrag führen können. Aus diesem Grund wird die Rechtswidrigkeit der (vorprozessualen) Beschaffungshandlung hier nicht geprüft, sondern vorausgesetzt. Etwaige außerprozessuale Sanktionen und Rechtsfolgen, je nach Fallkonstellation bußgeldrechtliche, strafrechtliche, schadensrechtliche oder sachenrechtliche Folgen,<sup>28</sup> werden deshalb nicht thematisiert. Diese außerprozessualen Rechtsfolgen sind von der prozessualen Zulässigkeitsfrage zu trennen.<sup>29</sup>

Ebenso ausgeklammert werden prozessuale Folgen verfahrensrechtlicher Verstöße des Gerichts. Dies sind beispielsweise Fälle, in denen das Gericht Zeugen fehlerhaft geladen oder fehlerhaft belehrt hat oder Fehler bei der Beweisbeschlussfassung gemacht hat. Die Beweisverbotslehre unterscheidet grundsätzlich danach, ob Beweisverbote Folge von Verfahrensfehlern des Gerichts oder Folge des Parteiverhaltens bei der Beweismittelbeschaffung sein sollen.<sup>30</sup> Anerkanntermaßen haben die Fallgruppen keine zur gemeinsamen Behandlung zwingenden Ähnlichkeit.<sup>31</sup> Verfahrensfehlerhaft erlangte Beweisergebnisse sind zudem für den Sachvortrag nicht relevant, denn dieser wird allein durch den Vortrag der Partei Gegenstand des Verfahrens und bedarf keiner mit einem Beweisverfahren vergleichbaren gerichtlichen Handlung. Es gibt keine den Beweisergebnissen entsprechenden „Sachvortragsergebnisse“.

## D. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in sechs Teile, wovon Teil 1 diese Einleitung ist.

In Teil 2 werden dogmatische Vorfragen beantwortet und die Erkenntnisse der Beweisverbotslehre sowie der Forschungsstand zum Sachvortragsverbot dargestellt. Der weitere Gang der Untersuchung orientiert sich am Forschungsstand

---

<sup>28</sup> Zu den außerprozessualen Sanktionen etwa *Balzer/Nugel*, NJW 2013, 3397–3403; *Brink/Wybitul*, ZD 2014, 225–231; *Byers/Wenzel*, BB 2017, 2036–2040; *Dauster/F. Braun*, NJW 2000, 313, 319; *Fricke*, VersR 2009, 297–306; *Grimm/Schiefer*, RdA 2009, 329–344; *Tschöpe/Grimm*, Teil 6 F, Rn. 193–209, 220–223; *Lachenmann/Schwiering*, NZV 2014, 291–297; *Maschmann*, NZA-Beil. 2012, 50–58; *A. Müller*, S. 30–109; *A. Braun/Wisskirchen/Panzer-Heemeier*, Teil I 4, Rn. 161–172; *Pötters/Wybitul*, NJW 2014, 2074–2080; *Rittner/Rittner*, NJW 2002, 1745–1753; *Venetis/Oberwetter*, NJW 2016, 1051–1057; *Washausen*, S. 227–260.

<sup>29</sup> *Morgenroth*, NZA 2014, 408, 409. Näher dazu in Teil 5, B.

<sup>30</sup> *Weichbrodt*, S. 133–137.

<sup>31</sup> *Wais*, S. 31 f., 33 f.; *Zeiss*, ZZZ 89 (1976), 377, 380. Zur Rechtsfolge von Verstößen gegen Verfahrensrecht siehe insbesondere *Macht*, S. 93–95; *Störmer*, JuS 1994, 334, 338; *Wais*, S. 40–116.

der Beweisverbotslehre. Dieser wird jedoch nicht im Zusammenhang abgebildet,<sup>32</sup> sondern die jeweiligen Lösungskonzepte werden als Forschungsansatz verwendet, um ein mögliches Sachvortragsverbot zu begründen.

Die Untersuchung dieser Lösungskonzepte beginnt in Teil 3 mit dem überwiegend anerkannten Ansatz, der das Beweisverbot als ein an das Gericht adressiertes „Verwendungsverbot“ versteht und an die gerichtliche Verwendung der grundrechtlich geschützten, in den Beweismitteln enthaltenen Informationen anknüpft. Er wird zunächst auf seine theoretischen Grundlagen und anschließend auf seine prozessualen Auswirkungen, seinen Anwendungsbereich und seine Reichweite untersucht. Nur so kann das Rechtsinstitut Beweisverbot abschließend beurteilt und als Grundlage für weitere Erwägungen herangezogen werden.

Ausgehend von diesen Feststellungen wird dann in Teil 4 ein an das Gericht adressiertes, an den Grundrechtsschutz der im Sachvortrag enthaltenen Informationen anknüpfendes „Sachvortragskenntnisnahme-“ oder „Sachvortragsverwendungsverbot“ erwogen. Dazu wird geprüft, ob der Sachvortrag selbst einem verfassungsrechtlich begründeten Verbot unterliegt und inwieweit sich ein Beweisverbot nach dem Lösungsansatz aus Teil 3 auf den dazugehörigen Sachvortrag auswirkt.

In Teil 5 wird ein an die Parteien adressiertes „Behauptungsverbot“ erwogen. Dabei wird ebenfalls an die Erkenntnisse der Beweisverbotslehre angeknüpft, die mit unterschiedlichen Ansätzen ein „Beweisführungsverbot“ zu begründen versucht hat. Dabei wird der Tatsache Rechnung getragen, dass zwischen den Parteien neben dem Prozessrechtsverhältnis auch ein Rechtsverhältnis nach materiellem Recht besteht.

Die gefundenen Ergebnisse werden abschließend in Teil 6 zusammengefasst.

---

<sup>32</sup> Zusammenhängende Darstellung etwa in *Fink*, S. 139–173; *Gemmeke*, S. 14–102; *Kaissis*, S. 56–68; *Kaltenmeier*, S. 17–77; *Kodek*, S. 96–121; *Muthorst*, S. 92–117; *Reichenbach*, S. 25–56; *Tresenreuter*, S. 5–42; *Weichbrodt*, S. 141–202; *Werner*, NJW 1988, 993–1002.



## Teil 2

# Grundlagen

Gegenstand dieser Arbeit sind die prozessualen Folgen der rechtswidrigen Informationsbeschaffung in Bezug auf den Sachvortrag. Bevor dieser Forschungsfrage nachgegangen werden kann, ist sie in die Gesetzessystematik und den Forschungsstand einzuordnen.

Deshalb werden in Teil 2 zunächst einige dogmatische Vorfragen (A.) und der Stand der Forschung zum Beweisverbot und zum Sachvortragsverbot (B.) dargestellt.

## A. Dogmatische Vorfragen

Die prozessualen Folgen der materiell rechtswidrigen Informationsbeschaffung berühren grundlegende Prinzipien der Gesetzessystematik (I.), des Verfassungsrechts (II.) und des Verfahrensrechts (III.). Sie sind als wesentliche Grundlage dieser Arbeit bei der weiteren Argumentation zu beachten. Diese dogmatischen Vorfragen stecken zudem die äußeren Grenzen des dogmatisch Zulässigen ab und ermöglichen so eine erste Eingrenzung der Problemlösungsmöglichkeiten.

### *I. Prozessrecht und materielles Recht*

#### *1. Relevanz für die Forschungsfrage*

Mit Verweis auf eine strikte Trennung von Prozessrecht und materiellem Recht wurden in der Vergangenheit jedwede Prozessfolgen einer rechtswidrigen Informationsbeschaffung abgelehnt: Materiell-rechtliche Rechtsverstöße seien ausschließlich durch das materielle Recht zu ahnden, das Rechtsgüter durch zivilrechtliche Abwehransprüche angemessen schütze und Rechtsverletzungen durch strafrechtliche Verbote hinreichend verhindere.<sup>1</sup> Das Prozessrecht regele den Prozess als ein „moralinfrees“, formalisiertes Verfahren und sei daher vor materiell-rechtlichen Wertungen immun.<sup>2</sup> Eine derart strikte Trennung der Teilrechtsordnungen wird in der Wissenschaft heute nicht mehr vertreten.

---

<sup>1</sup> Lang, S. 136 f.

<sup>2</sup> Goldschmidt, S. 295, 297.

Das Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht ist für die Forschungsfrage aber auch jenseits der damaligen Extremauffassung entscheidend, denn sie befindet sich im Spannungsfeld der formalen Verfahrensgerechtigkeit und der materiellen Sachgerechtigkeit.<sup>3</sup> Die prozessuale Gerechtigkeitserwartung zielt auf ein faires, Rechtsfrieden schaffendes Verfahren, während die materielle Gerechtigkeitserwartung die inhaltliche Sachentscheidung betrifft.<sup>4</sup> Es ist aus Sicht der einen Partei prozessual ungerecht, wenn vorgetragener Sachvortrag oder angebotene Beweismittel nicht berücksichtigt werden, zugleich aber aus Sicht der anderen Partei materiell gerecht, dass die rechtswidrige Beschaffungshandlung sanktioniert wird. Demgegenüber ist es aus Sicht der anderen Partei prozessual ungerecht, wenn das Gericht durch Verwendung der rechtswidrig erlangten Informationen die Beschaffungshandlung „legalisiert“, zugleich aber aus Sicht der einen Partei materiell gerecht, wenn ein entstandenes subjektives Recht durchgesetzt wird. Die Herausforderung besteht darin, einen angemessenen Ausgleich zwischen den beiden Gerechtigkeitserwartungen zu schaffen.<sup>5</sup> Die Forschungsfrage liegt an der Schnittstelle der beiden Teilrechtsordnungen, weshalb viele Lösungskonzepte die problemlösende Norm dem materiellen Recht entnehmen oder aber Wertungen des materiellen Rechts auf das Prozessrechtsverhältnis übertragen.

Das Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht bildet daher eine wesentliche Grundlage der Untersuchung. Die Beziehung der beiden Teilrechtsordnungen zueinander kann hier nicht vertieft behandelt werden.<sup>6</sup> Es ist aber das grundsätzliche Prozessrechtsverständnis im Allgemeinen herauszuarbeiten, um in der weiteren Arbeit daran anknüpfen zu können. Welche Wirkung dieses Verständnis im Konkreten bei den jeweiligen Begründungsansätzen von Beweis- und Sachvortragsverboten entfaltet, wird dann an geeigneter Stelle diskutiert.

## 2. Grundsätzliches Prozessrechtsverständnis

### a) Überblick

Das Prozessrechtsverständnis hat sich im Laufe der Zeit verändert:<sup>7</sup> Geprägt vom römischen Aktionen-Denken, wurde das Prozessrecht zunächst ausschließ-

<sup>3</sup> Eylert, NZA-Beil. 2015, 100, 105; Gemmeke, S. 2; Jäger, S. 255; Reichenbach, S. 6; Röth, AE 2014, 274.

<sup>4</sup> H. Prütting in: Liber Amicorum Henckel, 261, 267; H. Prütting in: FS Gottwald, 507, 511.

<sup>5</sup> Jäger, S. 255.

<sup>6</sup> Zur „Unerschöpflichkeit“ des Themas: H. Prütting in: Liber Amicorum Henckel, 261. Überblick über den Streitstand: Gemmeke, S. 15–24, 188–198; Kaissis, S. 30–37; Reichenbach, S. 107–114. Die Problematik wird v. a. mit Blick auf Parteibegriff, Streitgegenstandsbegriff und die Rechtskraftlehre diskutiert, dazu Koussoulis in: Dogmatische Grundfragen, 7, 10–16.

<sup>7</sup> Zur historischen Veränderung und Entwicklung Gemmeke, S. 15–24; Koussoulis in: Dogmatische Grundfragen, 7, 8 f.

## Sachverzeichnis

- Abstrakt-gesetzlich 88, 154, 202 f., 238  
Abwägung 66 f., 78 ff., 86 f., 104, 154 ff., 247  
Abwägungskriterien 51, 79 ff., 86, 107, 157 ff., 248 f.  
Abwehranspruch 41, 51 f., 82  
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 43 ff., 177  
Analogie 108, 215 f., 234  
Anfangsverdachtsrechtsprechung 198  
Antizipierte Beweiswürdigung 65, 163 f., 187, 204  
Anwaltshonorar 195 f.  
Arbeitsgerichtsbarkeit 33 f., 81, 145, 199, 251  
Arrestverfahren 31, 195 f.  
Ausforschung 123 ff., 138  
Auslegung 68 ff., 103, 155 ff., 167 ff., 206, 255  
Ausnutzungsverbot 221 f.  
Außergerichtliche Streitbeilegung 239  
Äußerliche Verwendung 54 f., 64, 96 f., 106 f., 121, 126, 130, 147  
Ausstrahlung 48, 75, 96, 104, 156, 208  
Automatismus 47, 84 f., 207 f.
- Basiswissen 134, 161, 190  
Befangenheit 93  
Befugnisnorm 60, 82 f., 92, 137 ff., 151 ff.  
Behauptungsverbot 201 ff.  
Beredtes Schweigen 72  
Berücksichtigungspflicht 14 ff., 208  
Berücksichtigungsverbot 53 ff., 126 ff., 148 ff., 250  
Beschlussverfahren (arbeitsgerichtliches) 199  
Beschränkungsvereinbarung 256  
Bestimmtheitsgrundsatz 78  
Bestreitenserfordernis 142 ff., 161  
Betriebsvereinbarung 255 f.
- Beweisantrag 31, 123 ff., 137 ff., 152, 213, 253, 257  
Beweisbedürftigkeit 78, 142, 166 ff., 186, 192  
Beweiserhebungsverbot 22 ff., 88, 100  
Beweisführungsverbot 201 ff.  
Beweisintention 85, 238  
Beweislast 90 ff., 128, 162, 184, 186, 193  
Beweismaßnahme 41, 51 ff., 60, 92, 115 f., 137  
Beweismaßnahmenbefugnis 60, 79  
Beweismittelähnliche Sachvortragsverwendung 129, 137, 146 f., 150 ff., 160, 196, 198  
Beweismittelalternativen 94 ff.  
Beweismittelbeschaffung 48, 56 ff., 80 ff., 134 ff., 151, 157, 182 f., 202 ff.  
Beweismittelvertrag 251 ff.  
Beweismittelwahl 95  
Beweisnot 65, 197  
Beweisverbot  
– in Form von Verwendungsverbot 86  
– in Form von Glaubhaftmachungsverbot 195  
– in Form von Beweisführungsverbot 201 ff.  
– Beweiserhebungs-/Beweisverwertungsverbot 22 ff., 88  
Beweisvereitelung 234 f.  
Beweisvertrag 251 ff.  
Beweisverwertungsverbot 22 ff., 88, 255  
Beweiswert 81, 101, 123, 216 f.  
Binäre Struktur 142, 149, 170, 182  
Bundesarbeitsgericht 27, 33 f., 119, 145  
Bundesgerichtshof 27, 31 ff., 98, 197 f., 244 f.  
Bundesverfassungsgericht 27, 32 f., 61, 98, 212

- Dashcam 25, 47, 136, 213, 217  
 Datenschutzrecht 2, 41, 84 f., 153 f., 229 ff.  
 Derivat 105 f., 110 ff.  
 Dezisionismus 86 ff.  
 Disponibilität 49 f., 89, 182, 253, 256  
 Dispositionsmaxime 19, 155 f., 167, 251 ff.  
 DNA 1  
 Doppelfunktionale Handlung 228  
 Dritte 85 f., 209 f., 249  
 Drittwirkung 207 ff.  
 Duldungspflicht 224 ff.
- E-Mail 1, 46, 190  
 Ehrschutzklagen 226, 233  
 Eingriffsintensität 57, 79 f., 84 f., 108, 131, 133 f., 150 f., 216  
 Einheit der mündlichen Verhandlung 88, 194  
 Einheit der Rechtsordnung 71, 75, 211, 229  
 Einzelfallgerechtigkeit 63, 74 f., 87, 156, 167  
 Entstehungsgeschichte 71 f., 155  
 Erkenntnismittel 138, 146, 152, 213  
 Erklärungspflicht 21, 182  
 Ermittlungsverbot 98, 100  
 Erst-Recht-Schluss 104, 179
- Faktischer Zwang 181  
 Fallgruppen 83  
 Favor legis 67, 76, 155  
 Fernwirkung 95 ff.  
 Feststellungsbedürftigkeit 19, 166 f.  
 Flankierendes Verbot 140, 200  
 Formelle Wahrheit 38, 167  
 Fortwirkung 95  
 Fragerecht 116 ff., 126, 137, 139  
 Funktionsfähigkeit der Zivilrechtspflege 59, 66 ff., 104, 137, 152 ff.
- Geltendmachungsverbot 242 ff.  
 Generalprävention 237 ff.  
 Gerechtigkeit (materielle) 10, 13, 144, 190 ff., 211, 220 ff., 247, 250 ff.  
 Gerechtigkeit (prozessuale) 10 ff.  
 Gesetzesvorbehalt 58 f., 151 f.  
 Geständnisvertrag 252  
 Gewaltenteilung 69, 72, 76, 206, 220, 239  
 Glaubhaftmachung 195 f.
- Glaubhaftmachungsverbot 195  
 GPS 1, 134  
 Grenzbereich 4, 10, 242  
 Grundrechtskollision 66, 104, 137, 140  
 Grundrechtsrelevanz 43, 57, 63 ff., 96 f., 106, 120 ff., 132, 146 f., 163  
 Grundrechtsverpflichtung 24 f., 48, 56, 96, 100, 102, 115, 121 ff., 126, 146, 207  
 Günstigkeitsprinzip 91
- Harmonisierung 66 f., 75, 154 f.  
 Hehlerei 26, 237  
 Heilung 89, 136, 158  
 Hinweispflicht 162, 165  
 Hypothetische Beweisbarkeit 187 f.  
 Hypothetische Rechtmäßigkeit 100, 159, 214  
 Hypothetisches Beweisverbot 97 f., 103
- In camera Verfahren 64  
 Informationelle Verwendung 54 f., 64, 96, 106 f., 121, 146, 200  
 Informationsträger 43, 105 f., 121, 133, 146  
 Inhaltsgleiche Beweismittel 105 ff.  
 Inquisitorische Macht 163, 166 ff.  
 Interdisziplinär 23 ff., 199
- Justizgewährungsanspruch 15 f., 49, 94, 153
- Kammergericht 31, 195 f.  
 Kenntnisnahme 122, 200  
 Kenntnisnahmeverbot 122, 160 ff., 198  
 Kernbereich 50, 58  
 Keylogger 1  
 Konkurrenz 46, 247  
 Kontradiktorisch 15, 255
- Lauschzeuge 45, 52, 80, 134  
 Liberaler Zivilprozess 17 ff., 167
- Makelbehaftet 134, 211, 219, 224  
 Mausebewegungsrekorder 1  
 Mindestschutzstandard 209  
 Mitwirkungspflicht 24, 179, 182, 206, 222
- Nachweisproblem 135 f., 175, 186  
 Nebenwirkung 141  
 Nichtbestreiten 149, 166 ff., 252

- Nichtexistenz (fingierte) 92 f., 103, 132, 138 f., 152, 160 ff., 183, 198  
 Non liquet 74, 94  
 Normerhaltung 67, 76, 155  
 Notwehr 81, 183 f., 224
- Objektive Wahrheit 47, 174, 167, 216, 242  
 Offenlegungspflicht 31, 125, 135, 192 ff.  
 Öffentlichkeitsgebot 64 f., 80  
 Originäres Beweismittel 105 ff.
- Parteienanhörung 113 ff., 125 ff.  
 Parteienprozess 17 ff., 213  
 Parteiherrschaft 138, 150, 166 ff.  
 Parteivernehmung 111 ff., 123 ff.  
 Persönlichkeitsrechte 43 ff., 50, 120, 146, 179  
 Praktische Konkordanz 66, 78, 154, 157  
 Primärbeweismittel 95 ff., 191  
 Prinzip der Normerhaltung 67, 76, 155  
 Prognose 185  
 Prozessbetrug 174 ff., 184, 190  
 Prozessfreie Sphäre 214  
 Prozessgrundrecht 14, 43 ff., 191  
 Prozesshandlung 211, 227 f., 252 f.  
 Prozessniederlage 134, 158  
 Prozessökonomie 20, 53, 74 f., 91, 135 f., 156, 239  
 Prozesstaktik 187 f., 192 f., 135 f.  
 Prozessvertrag 251 ff.
- Qualifizierter Parteivortrag 30, 121, 130 ff., 231  
 Quellennachweis 135, 192 ff.
- Recht auf Beweis 15 f., 65, 81, 104, 127, 158, 205  
 Recht auf rechtliches Gehör 14 ff., 49, 63, 108, 137, 152 ff., 171, 212, 226 ff.  
 Recht zur Lüge 37, 181 ff.  
 Rechtmäßige Informationserlangung 57, 65, 84 ff., 132 ff., 151, 190 ff., 247  
 Rechtsähnliche Anwendung 215 f.  
 Rechtsausübung 243 ff.  
 Rechtsfortbildung 76, 103, 108  
 Rechtsmissbrauch 108 f., 125, 218, 228, 246 ff.
- Rechtspolitik 18 ff., 76 f., 101 f., 185, 189 f., 206, 239, 241 f.  
 Rechtssicherheit 41, 63, 74 f., 86 f., 171, 184, 206  
 Rechtstatsächlich 192 ff.  
 Reichweite 97 ff., 107 ff., 139 ff.  
 Reproduktionen 105 ff.  
 Richtermacht 163, 166 ff.  
 Risiko 4, 21, 91, 94, 134, 185 ff.  
 Rüge 50, 89 f., 117, 135, 139, 149 f., 161 f., 169 ff., 193 f., 249  
 Rumpfvortrag 134 f., 158, 161, 189 f.
- Sachverhaltskenntniserlangung 131 ff., 150 f., 161 ff., 186 ff., 246 f.  
 Sachvortragsverbot  
 – in Form von Kenntnisnahmeverbot 122, 160 ff., 198  
 – in Form von Verwendungsverbot 138, 152, 198, 246 ff.  
 – in Form von Zugrundelegungsverbot 160 ff.  
 – in Form von Berücksichtigungsverbot 126 ff., 148 ff., 250  
 – in Form von Behauptungsverbot 201 ff.  
 Sanktion 10, 103, 157, 170, 191, 206, 209, 211, 237 ff.  
 Schadensersatzanspruch 174 f., 202 ff., 210  
 Schutzzweck 81 f., 169 f., 205 ff.  
 Screen Capture Software 1  
 Sekundärbeweismittel 95 ff.  
 Selbstbelastungsfreiheit 169, 177 f., 180 ff.  
 Smart Cam 2  
 Sozialer Zivilprozess 17 f., 167  
 Sphärentheorie 79  
 Störungshandlung 223 ff.  
 Strafbarkeit 175 f., 230 ff., 236, 239  
 Strafe 232, 238 f.  
 Strafprozess 22 f., 70, 98 ff., 177 ff., 214  
 Substantiierungspflicht 21, 142 ff., 161, 186, 193  
 Subsumtion 148, 152 ff., 186  
 Surrogat 105 ff.  
 Systematik 70 f., 113, 127 f.
- Tatbestandsmerkmal 157, 247, 254  
 Teilrechtsordnung 9 ff., 228, 212  
 Teleologische Reduktion 157, 170 f.

- Terminologie 28 ff., 87 f.  
 Transformationsnorm 13, 220, 228, 233  
 Trennungsgrundsatz 9 ff., 217, 220 f., 227 f.,  
 232, 236, 241  
 Treu und Glauben 217 ff., 244 ff.  
  
 Überzeugungsbildung 92 ff., 126 ff., 147,  
 151  
 Umgehung 108 f., 188  
 Umgekehrte verfassungskonforme  
 Auslegung 78 f., 140, 157  
 Umkehrschluss 20, 173, 234  
 Unmittelbarkeit 90, 95  
 Unrechtsbewertung 232  
 Unschlüssigkeit 132, 139, 143, 160, 197 f.,  
 246  
 Unsubsumierbarkeit 247  
 Unterlassungsanspruch 51 f., 92, 223 ff., 251  
 Urkunde 3, 47, 92, 109, 134, 204, 210 f.,  
 214 ff., 222, 233  
  
 Vaterschaftsanfechtung 31 f., 197 ff.  
 Verbotsanknüpfungspunkt 7, 28, 30, 86,  
 141 ff., 147, 186, 201 ff., 212 ff., 233 ff.,  
 247  
 Verbotsnorm 86, 205 f., 229 ff.  
 Verfahrensfehler 3, 133  
 Verfassungskonforme Auslegung 42, 67 ff.,  
 104, 138 ff., 154 ff.  
 Verfassungsorientierte Auslegung 71, 75  
 Verhaltensfixierung 242  
 Verhaltenssteuerung 239  
 Verhältnismäßigkeit 62 ff., 79, 137, 152 f.  
 Verhandlungsgrundsatz 19 ff., 95, 155 f.,  
 167, 191, 252  
 Verkörperung 43, 96, 106, 121 ff., 132 f.,  
 146 f., 150, 188  
 Vermutungen 173, 186, 190, 192, 241  
  
 Versäumnisurteil 250  
 Versicherungsvertragsanfechtung 31 f.,  
 244 ff.  
 Vertragliche Vereinbarung 251 ff.  
 Verwendungsbefugnis 119, 137, 153, 165,  
 169, 214 ff.  
 Verwendungsverbot 86, 138, 152, 198,  
 246 ff.  
 Verwirkung 47, 218  
 Verzicht 49 f., 89, 149 f., 163, 197, 249  
 Video 3 f., 31, 44, 47, 52, 80, 86, 95 ff.,  
 105 ff., 112, 133 f., 190 ff., 211 ff., 243,  
 255  
 von Amts wegen 89 f., 162, 213, 249, 254  
 Vorhaltung 88, 114 ff., 125 f.  
 Vorlagepflicht 214 ff.  
 Vorprozessuales Verhalten 1, 6, 25, 28 f.,  
 188, 191, 202 ff.  
 Vorwirkung 35, 98, 140  
  
 Waffengleichheit 18, 46, 111, 238  
 Wahrheitsfindung 62 ff., 73 f., 166 ff.  
 Wahrheitspflicht 24, 114 f., 142 ff., 150,  
 166 ff., 172 ff., 190, 219, 241  
 Wortlaut 69 ff., 155, 169  
 Wortlautgrenze 69, 77  
  
 Zeuge 45, 107, 114 ff., 178 f.  
 Zeugnisverweigerungsrecht 177 ff.  
 Zitiergebot 60 ff.  
 Zufallsfund 3, 133  
 Zugrundelegungsverbot 160 ff.  
 Zusatzwissen 133 ff., 158, 161 f., 189 f.  
 Zweck des Beweisrechts 63, 72 ff.  
 Zweck des Zivilprozesses 12, 20, 62, 73 ff.,  
 86, 242  
 Zweckentfremdung 79, 85, 211  
 Zweistufige Prüfung 83 f., 98