

Gliederung

| | |
|--|----------|
| Teil 1: Einführung..... | 1 |
| Teil 2: Grundlagen | 5 |
| A. Überblick über die Vorschriften über die Vernehmung und über die Vorschriften über das Protokoll | 5 |
| I. Überblick über die Vorschriften über die Vernehmung | 5 |
| 1. Vernehmung zur Person..... | 5 |
| 2. Vernehmung zur Sache | 8 |
| 3. Fragerecht der Parteien | 9 |
| II. Überblick über die Vorschriften über das Protokoll..... | 9 |
| 1. Inhalt des Protokolls..... | 10 |
| 2. Zuständige Urkundsperson(en)..... | 10 |
| 3. Vorläufige Aufzeichnung des Protokollinhalts..... | 11 |
| a) Vorläufige Aufzeichnung des Inhalts des Protokolls | 11 |
| b) Endgültige Herstellung des Protokolls | 13 |
| aa) Vernehmungs- und Augenscheinsergebnisse | 13 |
| bb) Unmittelbare Aufnahme und gleichzeitige Aufzeichnung des wesentlichen Ergebnisses der Aussagen | 15 |
| c) Nachträgliche Herstellung des Protokolls ohne vorläufige Aufzeichnung | 16 |
| d) Verwahrung der vorläufigen Aufzeichnungen | 17 |
| 4. Genehmigung des Protokolls | 18 |
| 5. Unterschreiben des Protokolls | 20 |
| 6. Die Beweiskraft des Protokolls..... | 22 |
| a) Beweiskraft nach § 165 ZPO | 22 |
| b) Beweiskraft nach §§ 415, 418 ZPO | 23 |

| | |
|---|----|
| 7. Berichtigung des Protokolls | 24 |
| a) Überblick über das Berichtigungsverfahren | 25 |
| b) Sperrwirkung des § 162 Abs. 1 Satz 3 ZPO | 26 |
| B. Die Pflicht zur Feststellung der Zeugenaussagen | 29 |
| I. Vernehmung vor dem Prozessgericht | 30 |
| II. Unanfechtbarkeit des Endurteils mit den Rechtsmitteln der Berufung und der Revision | 33 |
| 1. Überprüfung der im zweiten Rechtszug getroffenen Tatsachenfeststellungen durch das Revisionsgericht..... | 34 |
| a) Prüfung einer Verletzung des § 286 ZPO | 34 |
| b) Prüfung einer Verletzung des § 287 ZPO | 36 |
| 2. Überprüfung der im ersten Rechtszug getroffenen Tatsachenfeststellungen und erneute Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht | 37 |
| a) Umgestaltung des Rechtsmittels der Berufung zu einem Instrument vornehmlich der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung | 37 |
| b) Wegfall der Bindung an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen aufgrund konkreter Anhaltspunkte..... | 41 |
| c) Erneute Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht | 43 |
| C. Meinungsstand zu den an die Feststellung der Aussagen gestellten (Mindest-) Anforderungen | 45 |
| I. Wiedergabe des wesentlichen Ergebnisses | 45 |
| 1. Meinungsstand vor der Reform 1974 | 46 |
| 2. Rechtslage nach der Reform 1974 | 47 |
| a) Empfehlung der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit | 47 |
| b) Gesetzgebungsverfahren | 49 |
| II. Was ist wesentlich, und wie ist das Wesentliche wiederzugeben? | 50 |

| | |
|---|----|
| 1. Meinungsstand | 51 |
| a) Was ist wesentlich? | 51 |
| b) Wie ist das Wesentliche wiederzugeben? | 52 |
| 2. Erste Stellungnahme | 54 |
| a) Feststellung von beim Zeugen beobachteten Verhaltensauffälligkeiten | 54 |
| b) Feststellung von nicht zum Beweisthema gehörenden, aber für die Beweiswürdigung wesentlichen Bekundungen des Zeugen | 55 |
| c) Feststellung im Wortlaut | 55 |
| d) Feststellung von Fragen und Vorhalten | 57 |
| III. Modifikation durch die Vorschrift des § 160 Abs. 3 Nr. 4, 2. Hs. ZPO | 58 |
| D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse | 59 |

Teil 3: Die Protokollführung in den Verhandlungen vor den

| | |
|--|-----------|
| United States District Courts | 61 |
| A. Einführung | 61 |
| I. Die United States District Courts im Gerichtssystem der U.S.A. | 61 |
| 1. Die Bundesgerichtsbarkeit und ihre rechtlichen Grundlagen | 61 |
| 2. Die sachliche Zuständigkeit der Bundesgerichte | 63 |
| II. Überblick über wesentliche Verfahrensrechtsquellen | 65 |
| III. Die Institution der Jury | 66 |
| 1. Abgrenzung der Aufgabenbereiche von Richter und Geschworenen | 67 |
| 2. Richterliche Kontrolle | 67 |
| a) Ausschluss von Beweismitteln | 68 |
| b) Kommentierung der Beweisergebnisse | 68 |
| c) Bestimmung der Spruchform | 69 |

| | |
|--|----|
| d) Judgment as a Matter of Law..... | 70 |
| aa) Begründetheit des Antrags..... | 71 |
| bb) Zurückstellung der Entscheidung | 72 |
| cc) Vereinbarkeit mit dem siebten Verfassungszusatz von 1791 ... | 73 |
| e) Anordnung einer Neuverhandlung..... | 74 |
| 3. Bench Trial..... | 75 |
| IV. Die Hauptverhandlung und ihre Vorbereitung | 77 |
| 1. Das Verfahren bis zur Hauptverhandlung..... | 77 |
| a) Pretrial Discovery and Disclosures..... | 77 |
| aa) Gegenstand der Discovery | 78 |
| bb) Instrumentarium..... | 79 |
| cc) Richterliche Kontrolle..... | 80 |
| dd) Disclosures..... | 81 |
| b) Summary Judgment Motion..... | 81 |
| c) Pretrial Conferences..... | 82 |
| 2. Die Hauptverhandlung | 83 |
| a) Der Ablauf der Zeugenvernehmungen | 84 |
| b) Verwertung der depositions aus der pretrial dircovery..... | 86 |
| aa) Allgemeine Voraussetzungen | 86 |
| bb) Besondere Voraussetzungen | 86 |
| B. Die Protokollführung in den United States District Courts | 88 |
| I. Pflicht zur wörtlichen Aufzeichnung..... | 88 |
| II. Aufzeichnungsmethoden..... | 88 |
| III. Herstellung des Protokolls..... | 89 |
| IV. Kosten und Kostenerstattung | 90 |
| 1. Höhe der Gebühren am Beispiel der beim United States District Court for the Northern District of Illinois geltenden Gebührensätze | 90 |

| | |
|--|-----|
| 2. Kostenerstattung..... | 91 |
| C. Die wesentlichen Funktionen der Protokollführung..... | 92 |
| I. Verwendung der aufgezeichneten Aussagen im Rahmen des Trial | 92 |
| 1. Verwendung durch eine Partei zum Zwecke der Beweisführung | 93 |
| 2. Verwendung durch das Gericht nach einem Richterwechsel | 94 |
| II. Verwendung der aufgezeichneten Aussagen im Rechtsmittelverfahren vor den United States Court of Appeals | 95 |
| 1. Das Transcript of Proceedings als Bestandteil des Record on Appeal | 95 |
| 2. Die Überprüfung des angefochtenen Urteils anhand der protokollierten Zeugenaussagen | 96 |
| a) Motion for Judgment as a Matter of Law | 97 |
| b) Jury Findings of Fact | 98 |
| c) Motion for a New Trial | 98 |
| d) Judicial Findings of Fact..... | 99 |
| III. Verwendung der aufgezeichneten Aussagen im Rechtsmittelverfahren vor dem United States Supreme Court..... | 102 |
| D. Vergleichende Betrachtung..... | 103 |
| E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse..... | 104 |

**Teil 4: Die an die Feststellung der Zeugenaussagen als Grundlage der
Tatsachenfeststellung zu stellenden Anforderungen 107**

| | |
|---|-----|
| A. Die Feststellung der Zeugenaussagen als Grundlage der Tatsachenfeststellung | 107 |
| I. Die Feststellung der Zeugenaussagen als Grundlage der Tatsachenfeststellung des Prozessgerichts in den Fällen des § 355 Abs. 1 Satz 2 ZPO..... | 107 |
| 1. Überblick über die gesetzlich bestimmten Ausnahmefälle | 108 |
| a) Aufnahme des Zeugenbeweises durch den beauftragten oder ersuchten Richter | 108 |

| | | |
|-----|--|-----|
| b) | Aufnahme des Zeugenbeweises durch den vorbereitenden Richter | 110 |
| aa) | Beweiserhebung durch den Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen nach § 349 Abs. 1 Satz 2 ZPO | 112 |
| bb) | Beweiserhebung durch den vorbereitenden Einzelrichter des Berufungsgerichts nach § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO | 112 |
| 2. | Grundlagen der Beweiswürdigung des Prozessgerichts | 113 |
| a) | Vermerk über den beim beweisaufnehmenden Richter bewirkten persönlichen Eindruck | 113 |
| aa) | Herrschende Auffassung | 113 |
| bb) | Kritik Reichels | 114 |
| cc) | Kritik Gerkens | 115 |
| dd) | Kritik Pantles | 116 |
| ee) | Stellungnahme | 116 |
| b) | Feststellungen zu beim Zeugen beobachteten Verhaltensauffälligkeiten | 118 |
| c) | Feststellungen zu Fragen und Vorhalten | 119 |
| d) | Verwertbarkeit der auf Tonträger vorläufig aufgezeichneten, nicht übertragenen Feststellungen | 120 |
| aa) | Auf Tonträger aufgezeichnete Feststellungen als Grundlage des Parteivortrags und dessen Kontrolle durch das Prozessgericht | 120 |
| bb) | Auf Tonträger aufgezeichnete Feststellungen als Gegenstand der Bezugnahme gemäß § 137 Abs. 3 ZPO | 121 |
| 3. | Die in allen Ausnahmefällen zu stellende Beweisprognose | 121 |
| II. | Die Feststellung der Zeugenaussagen als Grundlage der erneuten Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht | 124 |
| 1. | Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs | 125 |
| a) | Unter dem alten Berufsrecht entwickelte Grundsätze | 125 |
| b) | Fortgelten der Grundsätze unter dem neuen Berufsrecht | 128 |

| | |
|---|-----|
| 2. Kritik aus dem Schrifttum..... | 129 |
| a) Kritik unter dem alten Berufungsrecht | 129 |
| aa) Grunsky..... | 129 |
| bb) Nassall..... | 129 |
| cc) Pantle..... | 130 |
| b) Kritik unter dem neuen Berufungsrecht..... | 133 |
| aa) Rimmelspacher | 133 |
| bb) Gerken..... | 135 |
| 3. Stellungnahme..... | 135 |
| a) Erforderlichkeit einer wiederholten Vernehmung durch das Berufungsgericht..... | 135 |
| b) Grundlagen der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts | 137 |
| III. Die Feststellung der Zeugenaussagen als Grundlage der Tatsachenfeststellung nach einem Wechsel in der Besetzung des erkennenden Gerichts | 138 |
| 1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs..... | 139 |
| 2. Das Schrifttum | 139 |
| a) Kritik aus Teilen des Schrifttums | 140 |
| b) Die vermittelnde Auffassung Pantles | 142 |
| c) Zustimmung aus dem überwiegenden Teil des Schrifttums..... | 142 |
| 3. Stellungnahme..... | 144 |
| a) Historische Auslegung..... | 144 |
| b) Analogie zu §§ 285 Abs. 2, 349 Abs. 1 Satz 2, 375 Abs. 1, 1a, 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO..... | 145 |
| c) Konsequenz für die weitere Untersuchung..... | 146 |
| IV. Die Feststellung der im selbständigen Beweisverfahren erhobenen Zeugenaussagen als Grundlage der Tatsachenfeststellung im Hauptprozess..... | 147 |

| | |
|---|-----|
| 1. Überblick über das Verfahren | 148 |
| a) Voraussetzungen | 148 |
| aa) Das einvernehmliche und das sichernde Beweisverfahren (§ 485 Abs. 1 ZPO) | 148 |
| bb) Das streitschlichtende Beweisverfahren (§ 485 Abs. 2 ZPO) | 148 |
| b) Beweisaufnahme | 149 |
| 2. Berücksichtigung der Beweisergebnisse im Hauptprozess | 149 |
| a) Durchbrechung des Grundsatzes der formellen Beweisunmittelbarkeit | 149 |
| b) Vortrag der Beweisergebnisse gemäß § 285 Abs. 2 ZPO | 150 |
| 3. Wiederholung der Vernehmung im Hauptprozess | 150 |
| a) Meinungsstand | 151 |
| b) Stellungnahme | 152 |
| V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse | 153 |
| B. Das Recht auf Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes als Bestandteil des Justizgewährleistungsanspruchs | 154 |
| I. Das Recht auf Beweis | 155 |
| 1. Grundlegung durch Stürner und Walter | 156 |
| a) Stürner | 156 |
| b) Walter | 156 |
| 2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 157 |
| a) Beschluss vom 9. Oktober 2002 (1 BvR 805/98) | 158 |
| b) Beschluss vom 21. Februar 2001 (2 BvR 140/00) | 160 |
| c) Beschluss vom 27. Februar 2008 (1 BvR 2588/06) | 163 |
| 3. Garantien des Rechts auf Beweis | 164 |
| II. Keine unkritische Übernahme von Beweisergebnissen | 166 |

| | |
|---|-----|
| 1. Beschluss vom 11. Oktober 1994 (1 BvR 1398/93)..... | 166 |
| 2. Verallgemeinerungsfähige Aussagen..... | 168 |
| III. Verfassungsrechtliche Gewährleistung formeller | |
| Beweisunmittelbarkeit | 168 |
| 1. Walter | 168 |
| 2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 170 |
| 3. Stürner | 171 |
| 4. Stellungnahme | 172 |
| IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse | 173 |
| C. Folgerungen für die an die Feststellung der Zeugenaussagen zu stellenden Anforderungen | 175 |
| I. Grundsätzlich zu stellende Anforderungen an die Feststellung der Zeugenaussagen | 175 |
| 1. Was ist als wesentlich wiederzugeben? | 175 |
| a) Überblick über die für die Beurteilung des Beweiswerts ergiebigere Zeugenaussagen bedeutsamen Umstände..... | 175 |
| aa) Unbeabsichtigte Falschaussagen | 176 |
| (1) Wahrnehmungsphase | 176 |
| (2) Speicherungsphase..... | 177 |
| (3) Reproduktionsphase..... | 177 |
| (a) Die von Suggestivfragen ausgehenden Gefahren..... | 177 |
| (b) Klassifizierung nach Arntzen | 178 |
| (c) Rezeption durch die Rechtswissenschaft..... | 179 |
| (aa) Zulässigkeit von Suggestivfragen..... | 179 |
| (bb) Feststellung der Zeugenaussagen | 181 |
| bb) Beabsichtigte Falschaussagen..... | 181 |
| (1) Die merkmalsorientierte Aussageanalyse..... | 182 |
| (a) Überblick über die einzelnen Aussagemerkmale | 183 |

| | |
|---|-----|
| (aa) Allgemeine Merkmale | 184 |
| (bb) Spezielle Inhalte, inhaltliche Besonderheiten..... | 185 |
| (cc) Motivationsbezogene Inhalte..... | 187 |
| (dd) Deliktsspezifische Inhalte..... | 188 |
| (b) Beurteilung der Aussage..... | 188 |
| (c) Die Grenzen der merkmalsorientierten Aussageanalyse..... | 189 |
| (d) Rezeption durch die Rechtswissenschaft..... | 190 |
| (aa) Gestaltung der Vernehmung | 190 |
| (bb) Anforderungen an die Würdigung der Aussagen vom erkennenden Gericht vernommener Zeugen | 191 |
| (cc) Feststellung der Zeugenaussagen | 192 |
| (2) Konstanzanalyse | 193 |
| (3) Motivanalyse..... | 194 |
| b) Die Intention des Reformgesetzgebers 1974 | 194 |
| c) Das Recht auf eine zuverlässige Feststellung des Beweiswerts der Zeugenaussage | 195 |
| aa) Wiederholte Vernehmung des Zeugen gemäß § 398 Abs. 1 ZPO | 195 |
| (1) Intention des Gesetzgebers | 195 |
| (a) Die Feststellung der Zeugenaussagen als Grundlage der Tatsachenfeststellung in den Fällen des § 355 Abs. 1 Satz 2 ZPO | 196 |
| (b) Die übrigen Fälle einer Durchbrechung des Grundsatzes der formellen Beweisunmittelbarkeit | 197 |
| (2) Gründe gegen eine Wiederholung der Vernehmung vor dem erkennenden Gericht..... | 198 |
| (a) Rücksichtnahme auf den Zeugen..... | 198 |
| (b) Vermeidung von Verzögerungen..... | 199 |

| | |
|---|-----|
| bb) Wiedergabe aller für die Beurteilung des Beweiswerts der Zeugenaussage wesentlichen Bekundungen sowie der Fragen und Vorhalte | 199 |
| 2. Wie sind die Zeugenaussagen wiederzugeben? | 201 |
| a) Wiedergabe im vollen Wortlaut | 201 |
| b) Chronologische Wiedergabe, erforderlichenfalls einschließlich der vorangegangenen Fragen und Vorhalte | 202 |
| 3. Ergebnis | 202 |
| II. Rechtfertigung einer hinter den Anforderungen zurückbleibenden Feststellung der Zeugenaussagen | 203 |
| 1. Nach Richterdiktat getroffene Feststellungen | 204 |
| a) Ansätze zur Rechtfertigung eines hinter den Anforderungen zurückbleibenden Richterdikts | 204 |
| b) Alternativen zur Feststellung nach Richterdiktat | 205 |
| aa) Unmittelbare Tonaufzeichnung | 206 |
| (1) Das Recht am gesprochenen Wort | 206 |
| (2) Meinungsstand zur praktischen Eignung unmittelbarer Tonaufzeichnungen | 208 |
| (a) Die den Reformprozess begleitende Skepsis | 208 |
| (b) Praktische Erfahrungen | 210 |
| (aa) Treuer/Schönberg/Treuer | 211 |
| (bb) Natter/Mohn/Hablitzel | 212 |
| (c) Stellungnahme | 214 |
| (aa) Mikrophonscheu | 215 |
| (bb) Identifizierung der Sprechenden, Durcheinandersprechen u.ä. praktische Einwände | 215 |
| (cc) Personelle und sachliche Ausstattung | 216 |
| bb) Zuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle | 217 |

| | |
|--|-----|
| (1) Voraussetzung für die Zuziehung..... | 218 |
| (2) Qualifikation des Urkundsbeamten | 219 |
| c) Erforderlichkeit und Angemessenheit einer hinter den Anforderungen zurückbleibenden Feststellung | 219 |
| aa) Ermöglichung einer ungestörten, zusammenhängenden Aussage..... | 220 |
| bb) Zeitlich effiziente Gestaltung des Beweisaufnahmetermins .. | 221 |
| 2. Feststellungen nach § 160 Abs. 3 Nr. 4, 2. Hs. ZPO | 221 |
| 3. Ergebnis..... | 222 |
| D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse | 223 |