

es für außerordentlich fraglich hält, „ob unsere demokratischen Zivilgerichte, deren Streben immer mehr dahin geht, sich nicht mit der formellen Wahrheit zu begnügen, sondern die materielle Wahrheit zu finden, diesen Grundsatz in ihrer Rechtsprechung aufrechterhalten werden.“¹⁾

Jedoch erscheint mir wiederum fraglich, ob diese Bedenken stichhaltig sind. Ihnen kann nämlich — neben dem, was Niethammer selbst²⁾ über die im Interesse der materiellen Wahrheit von der Kassationsinstanz ausübende Aufsichtsfunktion ausführt — das entgegengehalten werden, was Nathan³⁾ in einer Urteilsanmerkung sagt:

„Die Kassation entspringt der Erwägung, daß der Ermittlung der materiellen Wahrheit in unserer Ordnung ein erheblich größeres Gewicht beizumessen ist, als dies jemals im bürgerlichen Verfahren geschah. Im Interesse der materiellen Wahrheit erlaubt die Kassation eine Durchbrechung der Rechtskraft in einem bisher nicht gekannten Umfange. Auf der anderen Seite aber kann auch das Institut der Rechtskraft mit seiner der allgemeinen Rechtssicherheit dienenden Funktion nicht völlig entbehrt werden“ —

und der darauf von Nathan — wenn auch in anderem Zusammenhang — aufgestellte Grundsatz:

„Die Kassation, daneben das Wiederaufnahmeverfahren sind die vom Gesetz eigens vorgesehenen außerordentlichen Rechtsbehelfe, um ein rechtskräftiges unrichtiges Urteil zu beseitigen. Solange von diesen Rechtsbehelfen Gebrauch gemacht werden kann, ist kein Raum für die Beseitigung der Rechtskraft auf anderem Wege...“⁴⁾

Sollte dieser Grundsatz nicht auch hier Geltung haben, wo ein nachträglich erlassener Beschluß nach § 40 Abs. 3 AnglVO ebenfalls die Rechtskraft des Urteils die im Augenblick der Urteilsverkündung eingetreten ist, durchbrechen würde? Oder mit anderen Worten: Ist den Bedenken Niethammers, die auf dem Streben nach materieller Wahrheitsfindung beruhen, nicht durch die Möglichkeit der Kassation, die auch für Urteile nach § 40 Abs. 2 Satz 1 AnglVO gegeben ist, hinreichend Rechnung getragen?

Der Bejahung dieser Frage könnte nicht etwa entgegengehalten werden, daß der Kassationsantrag ein Rechtsbehelf ist, der nur dem Generalstaatsanwalt oder dem Präsidenten des Obersten Gerichts zusteht, während es sich bei der Zulassung der Berufung als eines Rechtsmittels darum handelt, einer beschwerten Partei Gelegenheit zu geben, das Urteil nachprüfen zu lassen. Wie die Entscheidung darüber, ob Kassationsantrag zu stellen ist, dem Generalstaatsanwalt oder dem Präsidenten des Obersten Gerichts obliegt, so steht die Entscheidung über die Zulassung der Berufung nach § 40 Abs. 3 AnglVO im Ermessen des Gerichts. Hier wie dort hat die Partei selbst also keinen Rechtsanspruch darauf, daß die Rechtskraft des ihr unrichtig erscheinenden Urteils aufgehoben wird.

Gegen die nachträgliche Zulassung der Berufung sprechen auch die erheblichen Zweifel, die auftauchen müßten bei der — von Niethammer dahingestellt gelassenen — Beantwortung der Frage, innerhalb welcher Frist die Zulässigkeitsklärung nach Urteilsverkün-

dung noch nachgeholt werden könnte. Falls man unter Berufung auf den Wortlaut des § 40 AnglVO zu der Ansicht kommt, eine nachträgliche Zulassung sei möglich, wird man konsequenterweise auch der Meinung sein müssen, daß eine solche Nachholung zeitlich unbeschränkt zulässig sei. Und wann sollte bei späterer Zulässigkeitsklärung die Berufungsfrist zu laufen beginnen? Das sind Fragen, die sich ohne gesetzliche Regelung nach meinem Dafürhalten nur schwer werden überzeugend beantworten lassen.

Auch ein Vergleich mit den §§ 319, 321 ZPO kann nicht weiterhelfen. Beide dort geregelten Entscheidungsarten (Berichtigungsbeschluß, Ergänzungsurteil) sind zwar ebenfalls erstinstanzliche Entscheidungen, die noch nach Urteilserlaß zugehen; sie wirken aber auf dieses Urteil insofern zurück, als durch Berichtigung oder Ergänzung des Urteils ein mangelhafter Abschluß der Instanz in Ordnung gebracht wird, während die Berufungszulassung gegen ein ordnungsgemäßes Urteil den Weg zu einer neuen Instanz öffnen soll. § 321 ZPO scheidet auch als Mittel für eine nachträgliche Zulässigkeitsklärung aus, da es sich nicht um die Übergehung eines Haupt- oder Nebenanspruchs handelt. Mittels § 319 ZPO die Berufung im Wege der Urteilsberichtigung nachträglich für zulässig zu erklären, ist nur dann möglich, wenn das Gericht bereits bei Urteilserlaß die Berufung für zulässig erklären wollte, diese Erklärung im Urteil aber versehentlich unterlassen hat, wobei noch zu beachten ist, daß das Gericht nicht nur auf Antrag einer Partei, sondern auch von Amts wegen über die Zulässigkeitsklärung zu befinden hat.

Schließlich möchte ich die hier vertretene Meinung, wonach die Zulässigkeitsklärung im Urteil selbst mit auszusprechen ist, mit dem Wortlaut des § 40 Abs. 3 AnglVO für eher vereinbar halten als die gegenteilige Auffassung. Im Gesetz heißt es: „Das Gericht der ersten Instanz kann ... die Berufung für zulässig erklären“. Die Instanz endigt aber mit dem Urteil, so daß das Gericht nach Urteilsverkündung nicht mehr Gericht „der ersten Instanz“ im eigentlichen Sinne ist. Sofern das Gericht, das in der Instanz durch Urteil abschließend entschieden hat, noch nachträglich entscheidend tätig sein will, muß es dazu m. E. durch gesetzliche Vorschrift — wie in den Fällen der §§ 319 ff. ZPO — besonders befugt sein. Das ist nach § 40 AnglVO nicht der Fall.

Nach alledem bin ich der Auffassung, daß die Zulässigkeit der Berufung bereits im Urteil selbst — zweckmäßigerweise schon in der Urteilsformel vor dem Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit, der ja durch die Zulässigkeitsklärung bedingt ist — erklärt werden muß. Die gegenteilige Auffassung findet nicht nur im Gesetz keine hinreichende Stütze, sondern führt auch zu Unzuträglichkeiten, namentlich wegen der Durchbrechung der Rechtskraft und der Frage des Beginns der Berufungsfrist. Sie rechtfertigt sich auch nicht mit dem Hinweis auf die Tendenz, auch in der Zivilrechtsprechung die materielle Wahrheitserforschung anzustreben. Diesem Ziele dient bereits die Kassation. Sie gibt — neben dem Wiederaufnahmeverfahren — eine weitgehende, aber auch bewußt begrenzte Handhabe, zugunsten der materiellen Wahrheit die Rechtskraft einer Entscheidung hinfällig zu machen. Gerade aber wegen der Möglichkeit der Kassation besteht kein Anlaß, über den erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinaus mit Hilfe anderer Rechtsinstitute zur Vernichtung der Rechtskraft einer Entscheidung kommen zu wollen.

1) vgl. Niethammer a. a. O.

2) a. a. O. S. 299 unten.

3) NJ 1953 S. 314.

4) Nathan, a. a. O. — Sperrungen von mir, E. V.

Die Entschädigung für Schöffen, Sachverständige, Dolmetscher und Zeugen

Von Dr. WOLFGANG KOCH, Hauptreferent im Ministerium, der Justiz

Die VO über die Entschädigung für Schöffen, Sachverständige, Dolmetscher und Zeugen vom 30. April 1953 (GBl. S. 706) gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil wird entsprechend der Bedeutung der Schöffen als des demokratischen Elements der Rechtsprechung die Entschädigung für die Ausübung des Schöffenamtes geregelt. Der zweite Teil enthält Bestimmungen über die Entschädigung für Sachverständige, Dolmetscher

und Zeugen, die vor Gericht geladen werden. In einem kurzen dritten Teil sind lediglich die Schlußbestimmungen enthalten.

I

§ 34 Abs. 1 GVG bestimmt, daß den in einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Schöffen der Lohn für die Zeit der Ausübung des Schöffenamtes weiterzuzahlen ist. Schöffen, die in keinem Beschäftigungsver-