

Verkündet am
23. November 1962

_____, Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Landes N i e d e r s a c h s e n , (Justizverwaltung),
vertreten durch den Generalstaatsanwalt beim Oberlandesge-
richt _____,

Beklagter,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte _____,
_____ -

2. des Amtsgerichtsrats Karl W _____, B _____/V _____,
A _____,

Nebenintervenient und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt _____ -

gegen

die Ehefrau Ingeborg S _____ geb. H _____, B _____
über D _____,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt _____ -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. November 1962 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske, Wüsten-
berg, Maaß und Dr. Loewenheim

für Recht erkannt:

Die Revision des Nebenintervenienten gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom
30. November 1961 wird zurückgewiesen.

Der Nebenintervenient hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Wegen des Sachverhalts wird auf das in dieser Sache ergangene Urteil des Senats vom 5. April 1961 IV ZR 212/60 - BGHZ 35, 75 ff - verwiesen. Nachdem der Rechtsstreit durch dieses Urteil an das Berufungsgericht zurückverwiesen war, haben die Parteien in der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht ihr früheres Vorbringen mit den früher gestellten Anträgen wiederholt. Das Berufungsgericht hat daraufhin die Berufung des beklagten Landes gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen.

Mit der von ihm eingelegten Revision verfolgt der dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beigetretene Amtsgerichtsrat Willms den Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Gegen die Zulässigkeit der Revision bestehen keine Bedenken. Das Interesse des Nebenintervenienten an dem Beitritt zum Rechtsstreit ergibt sich daraus, daß das beklagte Land ihm mit Schriftsatz vom 29. November 1958 den Streit verkündet und wegen der Amtspflichtverletzung, die den Gegenstand dieses Rechtsstreits bildet, Ansprüche auf Schadloshaltung angekündigt hat (§§ 66, 67, 70 ZPO).

Voraussetzung für den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch ist nach den als Anspruchsgrundlage allein in Betracht kommenden Vorschriften des § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 GG zunächst, daß der Nebenintervenient, Amtsgerichtsrat Willms, eine ihm der Klägerin obliegende Amts-

- 3 -

pflicht schuldhaft verletzt hat. Das hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum festgestellt. Es wird auch von dem beklagten Land nicht bestritten und mit der Revision des Nebenintervenienten nicht angegriffen.

Die Revision wendet sich in erster Linie gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß es durch diese Amtspflichtverletzung, nämlich dadurch, daß der Richter es verschenktlich unterlassen habe, vor der Bestätigung des Adoptionsvertrages auf die Beibringung einer notariellen Zustimmungserklärung der Ehefrau des Annehmenden hinzuwirken, zu einer Nichtigkeit des Adoptionsvertrages gekommen sei. Das Berufungsgericht hat diese Annahme in Übereinstimmung mit den Urteilen des Landgerichts Verden über den Aussteueranspruch der Klägerin vom 6. Dezember 1955 und des Landgerichts Oldenburg in dem Rechtsstreit betreffend Feststellung der Nichtigkeit des Adoptionsvertrages vom 14. März 1958 im wesentlichen wie folgt begründet:

Es sei davon auszugehen, daß der Adoptionsvertrag gültig zustandegekommen wäre, wenn die Ehefrau des Annehmenden vor der Bestätigung ihre Zustimmung, sei es auch formlos, erteilt hätte. Denn der Mangel der gemäß § 1748 Abs. 3 BGB für die Einwilligungserklärung vorgeschriebenen Form wäre dann durch die Bestätigung geheilt worden. Aber auch eine solche formlose Zustimmungserklärung sei von der Ehefrau H. [REDACTED] weder vor noch nach der richterlichen Bestätigung des Vertrages abgegeben worden. Frau H. [REDACTED] habe von der Adoption überhaupt keine klare Vorstellung gehabt. Insbesondere habe ihr das Bewußtsein gefehlt, daß ihre Einwilligungserklärung für das wirksame Zustandekommen des Vertrages nötig sei. Sie habe deshalb auch nicht den für eine wirksame Einwilligungserklärung erforderlichen Willen gehabt, den Vertrag durch



ihre Erklärung wirksam zu machen. An einem solchen Erklärungswillen habe es ihr bei dem Verhalten, das sie vor und nach der Adoption in Bezug auf diese an den Tag gelegt habe, auch dann gefehlt, wenn sie damit allgemein zum Ausdruck gebracht habe, "was und wie ihr Mann es mache, sei es recht".

Diese Ausführungen sind frei von rechtlichen Bedenken. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß die Zustimmung nur dann als erteilt angesehen werden kann, wenn der Erklärende sich der wirklichen Sachlage und seiner danach erforderlichen Mitwirkung bei dem Geschäft bewußt gewesen ist (Urteil vom 8. Juli 1925 - V 528/24 - (Nachschlagewerk des Reichsgerichts Nr. 18 zu § 182 BGB). Demnach kann eine Äußerung oder Handlung nur dann als Genehmigung gedeutet werden, wenn darin der Ausdruck des Willens zu finden ist, den von dem Genehmigenden als unverbindlich erkannten Vertrag nunmehr für ihn verbindlich zu machen. Wenn auch volle Kenntnis von der Rechtsunwirksamkeit des zu genehmigenden Vertrages ohne Genehmigung nicht vorhanden zu sein braucht, so muß sich doch der Genehmigende der Möglichkeit einer solchen Rechtsunwirksamkeit bewußt sein und für diesen Fall den Erfolg des Wirksamwerdens durch seine Genehmigung in seinen Willen aufgenommen haben. (RGZ 118, 335, 336). Von dieser Rechtsprechung, der sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (BGHZ 2, 150, 152) abzugehen, besteht kein Anlaß (vgl. auch BGB RGR 11. Aufl. § 182 Anm. 12).

Aber auch die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, daß es der Ehefrau H. an einem solchen Erklärungswillen gefehlt habe, ist rechtlich unangreifbar. Das

Berufungsgericht hatte an die Würdigung des Verhaltens der Ehefrau H[REDACTED] unter dem Gesichtspunkt, ob darin eine bewußte Zustimmung zu dem Adoptionsvertrag in dem dargelegten Sinne zu finden sei, einen strengen Maßstab anzulegen. Denn eine weitherzige Ausdeutung ihres Verhaltens im Sinne der Bejahung einer Zustimmung könnte hier zu einer Entwertung der gesetzlichen Formvorschrift und zu einer damit notwendig verbundenen Rechtsunsicherheit führen.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkt beruhen im übrigen auf einer umfassenden und eingehenden Würdigung der Aussagen der in diesem und in früheren Prozessen vernommenen Zeugen. Das Berufungsgericht hat diese Aussagen zwar an Hand der vorliegenden Vernehmungsniederschriften und des richterlichen Aktenvermerks über die Vernehmung der Klägerin und der Zeugen Dr. Heinrich H[REDACTED], Friedrich und Loni H[REDACTED] verwertet, der auf Grund der vor dem damals mit der Sache befaßten 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts stattgefundenen Beweisverhandlung am 30. Oktober 1959 von dem Vorsitzenden und dem Berichterstatter dieses Senats unter dem 3. November 1959 gefertigt worden ist. (Bl. 155 bis 171 GA). Dagegen bestehen jedoch entgegen der Meinung der Revision keine verfahrensrechtlichen Bedenken. Zwar ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs anerkannt, daß ein Gericht eine Zeugenaussage, wenn es sie selbst als Prozeßgericht eingeholt hat, nach Eintritt eines Richterwechsels als Zeugenbeweis nicht verwerten darf. Dagegen kann das Gericht ihm vorliegende Niederschriften über Zeugenaussagen, gleichgültig ob diese in dem anhängigen oder in einem anderen Verfahren gemacht sind, wie schriftliche Äußerungen eines Zeugen überhaupt, jederzeit als Beweisurkunden verwerten, wenn sie zum

Gegenstand des Parteivortrages gemacht werden. Damit wird freilich grundsätzlich der Zeugenbeweis nicht ersetzt, so daß es den Parteien jederzeit freisteht, für ihre Behauptungen in der Weise Beweis anzutreten, daß sie die Vernehmung der früher in diesem oder in einem anderen Verfahren vernommenen Zeugen durch das jetzt erkennende Prozeßgericht beantragen (Urteil des Senats BGHZ 7, 116, 121; LM Nr. 6 zu § 355 ZPO = MDR 1961, 312 und die dort angeführte frühere Rechtsprechung). Andererseits ist es jedoch den Parteien unbenommen, im Hinblick auf Niederschriften, die dem Gericht über frühere Bekundungen von Zeugen bereits vorliegen, von einem solchen Beweisantritt abzusehen und die früheren Aussagen in der Form, wie sie beurkundet sind, gelten zu lassen, als seien sie in diesem Prozeß und vor diesem Gericht gemacht (RG 105, 219, 221; DR 39, 183).

Das Gesagte gilt entsprechend auch von Parteiaussagen. Es gilt aber auch von Partei- und Zeugenaussagen, die nicht in einer Sitzungsniederschrift, sondern in einem Vermerk des Berichterstatters oder eines anderen Mitglieds des Prozeßgerichts festgehalten sind, vorausgesetzt, daß beide Parteien bei der Verhandlung im Besitze einer Abschrift dieses Vermerkes sind und zwischen allen Prozeßbeteiligten Einigkeit darüber besteht, daß die Aussagen der Zeugen bzw. der Parteien in dem Vermerk richtig wiedergegeben sind und daß auf der Grundlage der in dieser Form vorliegenden Bekundungen als maßgeblicher Zeugen- bzw. Parteiaussagen verhandelt wird (ebenso RG WarnRspr 1940, 184 = HRR 1940, 1258).

Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Falle hinsichtlich des oben erwähnten vom Berufungsgericht verwerteten Vermerks vom 3. November 1959 gegeben.

Der Vermerk war beiden Parteivertretern vor Erlaß des ersten Berufungsurteils abschriftlich mitgeteilt und in diesem Urteil in Bezug genommen (Bl. 171 d, 187 GA). Sein Inhalt war also den Parteien bekannt und, wie im Tatbestand des angefochtenen Urteils vermerkt, in dem erneuten Verfahren vor dem Berufungsgericht zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden (BU S. 10 und 13). Es war in diesem Verfahren von den Parteivertretern auch nicht geltend gemacht, daß der Vermerk die in ihm wiedergegebenen Bekundungen der vernommenen Personen unrichtig oder unvollständig wiedergebe oder daß die vernommenen Personen unglaubwürdig seien und das Gericht sich darum von ihnen in seiner jetzigen Besetzung einen persönlichen Eindruck verschaffen müsse. Ihre nochmalige Vernehmung durch den später erkennenden 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts war, jedenfalls zu dem hier in Frage stehenden Punkt, nicht beantragt. Der Anwalt des beklagten Landes hatte in seinem Schriftsatz vom 14. September 1961 (Bl. 262 GA) lediglich zu einer anderen Frage die nochmalige Vernehmung des Zeugen Friedrich H. [REDACTED] als möglicherweise erforderlich bezeichnet, ohne sie ausdrücklich zu beantragen ("nötigenfalls nach nochmaliger Vernehmung des Zeugen Friedrich H. [REDACTED] . . . "). Danach mußte das Berufungsgericht annehmen, daß die Parteien eine Wiederholung der Beweisaufnahme vor dem zuletzt erkennenden 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts hinsichtlich der Frage, ob Frau H. [REDACTED] der Adoption zugestimmt habe, nicht für erforderlich hielten, daß sie vielmehr in der in dem Aktenvermerk niedergelegten Beweisaufnahme eine hinreichend zuverlässige Beweisgrundlage für die Entscheidung dieser Frage erblickten.

Was die Revision im übrigen zu diesem Punkte vorträgt, richtet sich gegen die Beweiswürdigung des Berufungs-

gerichts und kann deshalb in diesem Rechtszug keine Beachtung finden. Das Berufungsgericht hat, wie bereits erwähnt, das Beweisergebnis in der Form, wie es ihm vorlag, eingehend gewürdigt. Für die Annahme, daß es ihm bei dieser Würdigung nicht in allen wesentlichen Punkten gegenwärtig gewesen sei, besteht keinerlei Anhalt.

Die Revision kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, Frau H. habe sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen müssen, als ob sie die Zustimmung zur Adoption erteilt hätte. Davon könnte nur gesprochen werden, wenn für Frau H., nachdem sie von der Notwendigkeit ihrer Zustimmung für die Wirksamkeit des Adoptionsvertrages Kenntnis erlangt hatte, eine sittliche oder rechtliche Verpflichtung bestanden hätte, nachträglich ihre Genehmigung zu erteilen. Eine solche Verpflichtung aber kann nicht anerkannt werden. Die Entscheidung, vor der Frau H. nunmehr stand, betraf in hohem Maße ihre persönliche Lebenssphäre. Sie mußte sie deshalb in erster Linie unter dem Gesichtspunkt treffen können, welche Auswirkungen eine wirksame Adoption der Klägerin durch ihren Ehemann bei Berücksichtigung der Erfahrungen, die sie inzwischen mit der Klägerin gemacht hatte oder gemacht zu haben glaubte, auf die weitere Gestaltung ihres Lebens haben werde. Das Interesse Dritter konnte dabei nicht ausschlaggebend sein, denn dadurch wäre sie in der Freiheit ihrer Entscheidung beeinträchtigt gewesen.

Die somit vom Berufungsgericht zutreffend festgestellte Nichtigkeit des Adoptionsvertrages beruht auch allein auf dem erwähnten schuldhaften Unterlassen des

Nebenintervenienten. Das Berufungsgericht ist auf Grund der erneuten Verhandlung ohne Rechtsirrtum zu der Feststellung gelangt, daß andere Nichtigkeitsgründe nicht bestehen, daß insbesondere der Vertrag nicht auch unabhängig von dem Fehlen der Einwilligungserklärung der Ehefrau Hillmann als Scheinvertrag oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig gewesen sei.

Nach der Überzeugung des Berufungsgerichts sollte insbesondere durch den Vertrag tatsächlich ein Vater-Kind-Verhältnis zwischen dem Zeugen Friedrich H. [REDACTED] und der Klägerin begründet werden. Die Revision greift auch diese Feststellung mit der Begründung an, daß sie auf einer Würdigung der Aussage der Klägerin und des Zeugen Dr. Heinrich H. [REDACTED] beruhe, wie sie in dem bereits erwähnten Aktenvermerk vom 3. November 1960 niedergelegt sei, den das Berufungsgericht in der neuen Besetzung nicht habe verwerten dürfen.

Die Verwertung des Vermerks war jedoch, wie sich bereits aus den obigen Darlegungen ergibt, verfahrensrechtlich zulässig. Die erneute Vernehmung der Klägerin und des Zeugen Dr. Heinrich H. [REDACTED] war von dem beklagten Land nicht beantragt worden. Es hatte, wie bereits erwähnt, auch insoweit nicht geltend gemacht, daß ihre Aussagen in dem Aktenvermerk unrichtig oder unvollständig wiedergegeben oder daß sie nicht glaubwürdig seien.

Das beklagte Land hatte in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht auch geltend gemacht, daß Amtsgerichtsrat Willms im Bestätigungsverfahren bei ordnungsmäßiger Prüfung des Sachverhalts gemäß § 1754 Abs. 2 Nr. 2 a.F. BGB auch

dann die Bestätigung versagt haben würde, wenn die Einwilligungserklärung der Zeugin H. vorgelegen hätte. Das Berufungsgericht ist mit Recht auf dieses Vorbringen nicht eingegangen. Nachdem Amtsgerichtsrat W. den Vertrag auf Grund der ihm unterbreiteten Angaben der Beteiligten bestätigt hat, fehlte es für die Annahme, daß er beim Vorliegen der Einwilligungserklärung von Frau H. die Bestätigung versagt haben würde, an jeglicher tatsächlichen Grundlage.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision weiter gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß kein Verschulden der Klägerin bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt habe. Das schadenstiftende Ereignis war bereits eingetreten, als der Adoptionsvertrag trotz fehlender Zustimmung der Ehefrau H. richterlich bestätigt war. Bis zu diesem Zeitpunkt war es zwischen Frau H. und der Klägerin noch zu keinem Zerwürfnis gekommen. Die Klägerin hatte also auf die Erteilung oder Versagung der Zustimmung, von deren Notwendigkeit im übrigen alle Beteiligten nichts wußten, keinerlei Einfluß gehabt. Es könnte danach im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 254 BGB allenfalls die Frage gestellt werden, ob die Klägerin durch ihr späteres Verhalten es schuldhaft unterlassen habe, den Schaden abzuwenden. Verschulden in diesem Sinne kann auch ein Verstoß gegen das Gebot des eigenen Interesses (Verschulden gegen sich selbst) sein (BGH 3, 46, 49). Aber auch unter diesem Gesichtspunkt könnte von einer Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Klägerin nur gesprochen werden, wenn diese gewußt hätte, daß der Adoptionsvertrag mangels Zustimmung von Seiten der Ehefrau H. nichtig war und daß sie, die Klägerin, durch entsprechendes Wohlverhalten gegenüber Frau H.

diese möglicherweise würde bestimmen können, die Zustimmung nachträglich zu erteilen. An diesem Bewußtsein aber hat es der Klägerin bis zu dem Zeitpunkt, als sie mit ihrem Ehemann endgültig von dem Hof der Eheleute H. fortzog, gefehlt.

Zutreffend hat das Berufungsgericht sodann dargelegt, daß die Klägerin nicht auf eine andere Weise als durch die Inanspruchnahme des beklagten Landes, nämlich weder durch eine Inanspruchnahme des amtierenden Notars noch durch eine Haftbarmachung ihres Vaters wegen eines ihm zur Last fallenden Mitverschuldens Ersatz für den ihr durch die Amtspflichtverletzung des Nebenintervenienten entstandenen Schaden erlangen könne.

Was die Haftpflicht des Notars anlangt, so hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zutreffend ausgeführt, daß bei fahrlässiger Herbeiführung eines Schadens durch die Amtspflichtverletzung mehrerer Beamten die Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht dazu dienen kann, die Haftung des einen Beamten auf den anderen abzuwälzen (RG 141, 283, 286; BGB RGRK 11. Aufl. § 839 Anm. 6; Seybold-Hornig-Lemmens Reichsnotarordnung, 3. Aufl. § 21, XVIII, 7a, 8). Nach der zu der hier in Betracht kommenden Zeit geltenden Reichsnotarordnung vom 13. Februar 1937 (RGBl I 191) war zwar der Notar kein Beamter. Darauf kann es jedoch für die hier zu entscheidende Frage nicht ankommen. Der Notar ist, wenn auch nicht Beamter im Sinne des deutschen Beamtengesetzes so doch Träger eines öffentlichen Amtes. Ein Grund, ihn für eine Pflichtverletzung bei der Ausübung dieses Amtes einer schärferen Haftung zu unterwerfen, als den Beamten

für eine ihm zur Last fallende Amtspflichtverletzung, ist nicht ersichtlich. Es entspricht vielmehr der Billigkeit, daß beide von dem Verletzten mit gleichem Rang haftbar gemacht werden und daß im übrigen der Haftungsausgleich zwischen ihnen, die gemäß § 840 BGB als Gesamtschuldner haften, nach den allgemeinen für Gesamtschuldner geltenden Bestimmungen (§ 426 BGB) erfolgt (RG, D NotZ 1935, 375).

Zutreffend hat das Berufungsgericht schließlich die Auffassung des beklagten Landes abgelehnt, daß die Klägerin auf Grund eines zwischen ihr und ihrem Vater bestehenden rechtlich bindenden Auftrags- oder Beratungsverhältnisses und auf Grund einer Verletzung der dem Vater kraft eines solchen Rechtsverhältnisses obliegenden vertraglichen Sorgfaltspflicht Schadensersatz verlangen könne. Das Berufungsgericht hat das Zustandekommen eines solchen Rechtsverhältnisses in rechtsirrtumsfreier Würdigung der gesamten Verhältnisse verneint. Es entspricht durchaus der Lebenserfahrung, und einer natürlichen Betrachtungsweise, daß eine rechtskundige Person, wenn sie einem Angehörigen ihres engsten Familienkreises Rat und Hilfe in Rechtsangelegenheiten gewährt, dies in aller Regel nicht auf Grund eines Rechtsgeschäftes tut, auf dessen Zustandekommen sich auch Dritte außerhalb dieses Kreises stehende Personen berufen könnten. Etwas anderes könnte nur aus Erklärungen der Beteiligten oder sonstigen Umständen entnommen werden, die eindeutig für einen gegenteiligen Willen der Beteiligten sprechen würden. Solche Umstände sind hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, auf dessen zutreffende Ausführungen zu diesem Punkt verwiesen werden kann, nicht hervorgetreten.

Fehlt es aber an einem solchen Vertragsverhältnis, so entfällt auch ein mitwirkendes Verschulden des Vaters der Klägerin, das diese sich gemäß § 278 BGB, § 254 letzter Satz BGB zurechnen lassen müßte.

Da auch sonstige Rechtsirrtümer in dem Berufungsurteil nicht erkennbar sind, kann die Revision keinen Erfolg haben. Ihre Kosten waren gemäß §§ 97, 101 Abs. 1 ZPO dem Nebenintervenienten aufzuerlegen. (Vgl. LM.Nr. 1 zu § 582 ZPO, Nr. 3 zu Haftpfl.Ges. § 1 a)

Ascher	Raske	Bundesrichter Wüstenberg ist beurlaubt und verhindert zu unterschreiben	Maaß	Dr. Loewenheim
		Ascher		