



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZR 173/03

vom

7. Dezember 2006

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GG Art. 103 Abs. 1; ZPO § 287 Abs. 1 Satz 2; § 544 Abs. 7

Hängt die Frage, ob der Mandant durch fehlerhafte Beratung einen Schaden erlitten hat, allein davon ab, wie sich ein Dritter bei richtiger Beratung verhalten hätte, so verletzt der Richter das Grundrecht auf rechtliches Gehör, wenn er den als Zeugen benannten Dritten nicht vernimmt, obwohl keine anderen gleichwertigen Beweismittel zur Verfügung stehen.

BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2006 - IX ZR 173/03 - OLG Frankfurt am Main

LG Darmstadt

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Dr. Kayser, Cierniak und die Richterin Lohmann

am 7. Dezember 2006

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Beklagten wird die Revision gegen das Urteil des 24. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 4. Juli 2003 zugelassen.

Auf die Revision des Beklagten wird das vorbezeichnete Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 19. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Wert für das Revisionsverfahren wird auf 29.561,96 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger verlangt von dem beklagten Lohnsteuerhilfeverein, dem er als Mitglied angehörte, wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit der Errichtung eines Eigenheims Schadensersatz für den versagten Fördergrund-

betrag und die Kinderzulage nach dem Eigenheimzulagegesetz sowie für die bis Ende 1998 gewährte, ihm ebenfalls versagte Vorkostenpauschale nach dem Einkommensteuergesetz.

2 Der Kläger ließ sich im März 1999 wegen eines Übergabevertrages mit seinen Eltern darüber beraten, ob nach dem vorgelegten Vertragsentwurf für ihn die öffentliche Förderung des Eigenheimbaus möglich sei. Der Beklagte erhob gegen die Förderfähigkeit im Hinblick auf den beabsichtigten Inhalt des Übergabevertrages keine Bedenken; der Vertrag wurde am 23. April 1999 in dieser Fassung beurkundet. In dem Übergabevertrag verpflichteten sich die Eltern des Klägers, diesem den Teil eines Grundstücks zuzuwenden und ihm einen Betrag von 100.000 DM zur Begleichung der Kosten des Bauvorhabens auf der übertragenen Fläche zu zahlen, und zwar dergestalt, dass sie die Rechnungen, die dieses Bauvorhaben betrafen, bis zu einem Betrag von 100.000 DM beglichen. Die Förderfähigkeit der hierdurch abgedeckten Baukosten wurde später von der Finanzverwaltung verneint, weil es sich um eine mittelbare Grundstücksschenkung gehandelt habe.

3 Der Kläger hat unter Benennung seiner Eltern als Zeugen behauptet, er würde die Summe von 100.000 DM auch zur freien Verfügung geschenkt erhalten haben, wenn seine Eltern von ihm nach richtiger Beratung über die Förder-schädlichkeit der Zweckbindung hätten aufgeklärt werden können. Der Beklagte hat diesen Vortrag bestritten und behauptet, den Eltern des Klägers sei es gerade auf die beurkundete Form der Schenkung angekommen. Sie würden ihren Willen infolge dessen auch dann nicht geändert haben, wenn ihnen der Nachteil für den Kläger hinsichtlich der öffentlichen Förderung des Eigenheimbaus bekannt gewesen wäre. Hierfür hat sich der Beklagte gegenbeweislich gleichfalls

auf die Eltern des Klägers, in zweiter Instanz auch auf den beurkundenden Notar als Zeugen berufen.

- 4 Das Landgericht hat über den Schadensersatzanspruch Grundurteil erlassen, ohne die benannten Zeugen zu vernehmen. Das Oberlandesgericht hat dieses Grundurteil gleichfalls ohne Beweisaufnahme bestätigt. Das rügt die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten als Verletzung des rechtlichen Gehörs.

II.

- 5 Die Revision ist zuzulassen und begründet, weil das angegriffene Urteil den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt. Das angefochtene Urteil ist daher nach § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht hat.

- 6 1. Die Klage ist dem Grunde nach schlüssig. Der Bundesfinanzhof hat zwar erst im Jahre 2005 entschieden, dass kein Anspruch auf Eigenheimzulage besteht, wenn die Wohnung in mittelbarer Weise geschenkt worden ist (BFH/NV 2005, 1764; 2006, 260). Er hat damit jedoch nur seine Rechtsprechung zu dem älteren Sonderausgabenabzug gemäß § 10e EStG fortgeführt, der nach dem 31. Dezember 1995 durch das Zulagesystem ersetzt worden ist. Mit diesem Risiko musste der Beklagte rechnen und den Kläger entsprechend belehren.

7 Zu § 10e EStG war spätestens durch das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 8. Juni 1994 (BFHE 175, 76 = BStBl. II 1994, 779) geklärt, dass der Beschenkte nicht berechtigt ist, einen Abzugsbetrag in Anspruch zu nehmen, soweit der Schenker die Kosten für das Eigenheim des Beschenkten bezahlte. Von dieser Entscheidung musste der Beklagte im März 1999 bei der Beratung des Klägers ebenfalls ausgehen.

8 Zu Unrecht hat der Kläger zwar den Abzugsbetrag gemäß § 10i Abs. 1 Nr. 1, § 52 Abs. 29 EStG (Vorkostenpauschale) wie einen Steuerabzug zu 100 v.H. geltend gemacht. Dieser Schlüssigkeitsmangel wirkt sich aber erst im Betragsverfahren aus.

9 2. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Sachvortrags und Beweisangebots verstößt auch dann gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn der Tatrichter dieses Vorbringen - hier des Beklagten - zwar zur Kenntnis genommen hat, das Unterlassen der danach gebotenen Beweisaufnahme aber im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (BVerfG NJW 2003, 1655; vgl. auch BGH, Beschl. v. 31. August 2005 - XII ZR 63/03, BGH-Report 2005, 1616). Das Berufungsgesicht hat bei Prüfung der haftungsausfüllenden Kausalität wie schon das Landgericht die ihm nach § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO gezogenen Grenzen seines Aufklärungsermessens überschritten, indem es dem streitigen Vortrag des Klägers gefolgt ist, ohne die beiderseits angebotenen Zeugen zu hören.

10 Das Bestreiten des Beklagten wendet sich gegen eine zentrale Haupttatsache des Klägervorbringens. Kann der Kläger nicht beweisen, dass der Übergabevertrag mit seinen Eltern bei richtiger Belehrung durch den Beklagten auf seinen Wunsch hin in einer für den Eigenheimbau förderfähigen Weise gestaltet worden wäre, ist seine Schadensersatzklage unbegründet. Der Beweisantritt zu

einer Haupttatsache darf auch im Rahmen von § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht aufgrund der Würdigung von Indiztatsachen übergangen werden (BGH, Vers.Urt. v. 19. März 2002 - XI ZR 183/01, WM 2002, 1004, 1005 unter II. 3. c). Die Vorschrift des § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO rechtfertigt es nicht, in einer für die Streitentscheidung zentralen Frage auf die nach Sachlage unerlässlichen Erkenntnisse zu verzichten (BGH, Urt. v. 6. Oktober 2005 - I ZR 266/02, NJW 2006, 615, 616 f bei Rn. 28). Hiervon ist auch das Urteil des Senats vom 16. Oktober 2003 (IX ZR 167/02, WM 2004, 472, 474 unter IV. 1.) ausgegangen, wenn es für das hypothetische Verhalten des Mandanten bei fehlerhafter Steuerberatung auf die Parteivernehmung nach § 287 Abs. 1 Satz 3 ZPO verwiesen hat. Nur eine freie richterliche Würdigung des Sachvortrages ohne Beweiserhebung genügt danach in einem solchen Fall nicht.

11 Im Streitfall ging es entscheidend um das Verhalten der Eltern des Klägers, hätten sie durch ihn nach richtiger Belehrung des Beklagten rechtzeitig von dem Fördernachteil der beabsichtigten Zweckschenkung im Vergleich zu einer Geldschenkung zur freien Verfügung erfahren. Hierüber kann unmittelbar durch die beiderseits als Zeugen benannten Eltern des Klägers Aufschluss erlangt werden. Auch der als Gegenzeuge benannte Urkundsnotar kann unter Umständen aussagen, ob die Eltern des Klägers auf die beurkundete Zweckschenkung festgelegt waren, so dass sie hiervon auch in Kenntnis des Fördernachteils für den Kläger nicht abgewichen wären. Das Berufungsgericht durfte deshalb nicht von der Vernehmung dieser Zeugen absehen, weil es das Bestreiten des Beklagten als spekulativ und die Darstellung des Klägers als wahrscheinlich erachtete.

12 Im Übrigen hat das Berufungsgericht hier auch den Parteivortrag anscheinend nicht richtig erfasst, weil es die Bestellung eines Wohnrechts für die

Eltern des Klägers unrichtig mit dem Wohngebäude in Verbindung bringt, welches der Kläger errichtet hat. Nach § 3 Nr. 1 des Übergabevertrages sollte dieses Recht nur an dem einer Schwester des Klägers geschenkten Grundstücksteil vorbehalten sein, die Grundstückshälfte des Klägers nach der noch notwendigen Teilung also nicht belasten.

Fischer

Raebel

Kayser

Cierniak

Lohmann

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 05.04.2001 - 13 O 236/00 -

OLG Frankfurt in Darmstadt, Entscheidung vom 04.07.2003 - 24 U 143/01 -