



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 30/12

vom

29. Juli 2014

in dem Musterverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 276 Cc

Ein Prospekt hat sachlich richtig und vollständig über die Risiken der steuerlichen Anerkennungsfähigkeit des konkreten Anlagemodells aufzuklären, mit deren Verwirklichung ernsthaft zu rechnen ist oder die jedenfalls nicht nur ganz entfernt liegen. Es besteht aber keine allgemeine Pflicht darauf hinzuweisen, dass die Konzeption eines Fonds in steuerlicher Hinsicht "neu" ist und von der Finanzverwaltung bislang nicht abschließend überprüft bzw. in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung nicht geklärt ist.

BGH, Beschluss vom 29. Juli 2014 - II ZB 30/12 - OLG München  
LG München I

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. Juli 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Prof. Dr. Strohn und die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten wird der Musterentscheid des Senats für Kapitalanleger-Musterverfahren des Oberlandesgerichts München vom 8. Mai 2012 unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel der Musterbeklagten hinsichtlich der Feststellungen zu 1. b), d) und e) sowie 5. und 6. aufgehoben.

Die Feststellung 1. a) (Streitpunkte 1 und 2) sowie auf die Rechtsbeschwerde des Musterklägers die Feststellung zu 7. werden klarstellend wie folgt neu gefasst:

1. a) (Streitpunkte 1 und 2) Der Prospekt enthält keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass das für die Schuldübernahme (in Höhe von 100 % des Anteils des Lizenzgebers an den Produktionskosten) an die D. Bank AG als schuldübernehmende Bank in Höhe des Barwerts der Schlusszahlungsverpflichtung zu zahlende Entgelt dadurch aufgebracht werden musste, dass ein erheblicher Teil der Anlegergelder zeitgleich über die Produktionsdienstleister und Lizenznehmer an die schuldübernehmende Bank weitergeleitet werden musste und der Fonds tatsächlich unmittelbar nur den verbleibenden Anteil der Anlegergelder als Produktionskosten in Filmproduktionen investiert.

7. (Streitpunkt 13) Bei der Berechnung des Schadens des Anlegers ist die von ihm geleistete Einlage zuzüglich des Agios zu Grunde zu legen, soweit es von ihm bezahlt worden ist. Der Anleger kann verlangen, von etwaigen Nachteilen freigestellt zu werden, die er dadurch erleidet, dass er von den Finanzbehörden nicht von vornherein ohne Berücksichtigung der Beteiligung an der  
VIP 3 GmbH & Co. KG steuerlich veranlagt worden ist. Ist der Anleger noch Inhaber der Rechte aus seiner treuhänderischen Beteiligung an der  
VIP 3 GmbH & Co. KG, hat er die Abtretung dieser Rechte Zug um Zug anzubieten.

Die Feststellung 1b) (Streitpunkt 3) wird wie folgt abgeändert:

Es wird nicht festgestellt, dass der Prospekt über die Beteiligung an der  
VIP 3 GmbH & Co. KG unrichtig, unvollständig und irreführend ist, weil der Fonds tatsächlich an den Erlösen der Filme nicht mit einem Anteil beteiligt ist, der einer vollen Finanzierung entspricht, sondern mit einem wesentlich geringeren Anteil und dies nachrangig.

Im Umfang der weitergehenden Aufhebung wird die Sache an das Oberlandesgericht zur erneuten Entscheidung - auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens - zurückverwiesen.

Der Streitwert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 15.762.982,86 € festgesetzt.

Gründe:

A.

- 1 Der Musterkläger beteiligte sich über die Treuhandkommanditistin MTM Vermögensverwaltung GmbH an der VIP 3 GmbH & Co. KG (nachstehend VIP 3 oder Fondsgesellschaft). Er nimmt neben weiteren, beigeladenen Anlegern die Musterbeklagten unter dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung im engeren Sinne auf Schadenersatz in Anspruch.
- 2 Gegenstand der Fondsgesellschaft war die weltweite Entwicklung, Produktion, Koproduktion, Verwertung und Vermarktung sowie der weltweite Vertrieb von Kino-, Fernseh- und Musikproduktionen und anderen audiovisuellen Produktionen jeder Art sowie der damit zusammenhängenden Nebenrechte, insbesondere Merchandising. Nach dem Prospekt vom 25. Oktober 2002 war vorgesehen, dass die Fondsgesellschaft sogenannte unechte Auftragsproduktionen an Produktionsdienstleister vergibt, wofür insgesamt 87,2 % der Einlagen ohne Agio aufgewandt werden sollten. Der Fonds sollte als Hersteller der Filme anzusehen sein, mit der Folge, dass die Filme als selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter i.S.d. § 5 Abs. 2 EStG in der zum Zeitpunkt der Herausgabe des Prospekts geltenden Fassung und die Herstellungskosten entsprechend als sofort abziehbare Betriebsausgaben gelten sollten. Zur Gewährleistung der Fertigstellung der Filmproduktionen sollte für jedes Filmprojekt eine Fertigstellungsgarantie (Completion Bond) bei einer branchenerfahrenen Gesellschaft vereinbart werden. Die Verwertung der Rechte an der Produktion sollte einem Lizenznehmer überlassen werden, der sich im Gegenzug u.a. zur Leistung einer Schlusszahlung in Höhe des Anteils der Fondsgesellschaft an den Produktionskosten zum Ende der Laufzeit des Fonds am 15. Dezember 2011 verpflichten sollte.

ten sollte. Die Rechtsvorgängerin der Musterbeklagten zu 2, die D. Bank AG, sollte die Schlusszahlungsverpflichtung mit schuldbefreiender Wirkung übernehmen, wenn sie vom Lizenznehmer einen Gegenwert in Höhe des Barwerts der übernommenen Zahlungsverpflichtungen (Schuldübernahmeentgelt) sowie die sonstigen nach den Schuldübernahmevereinbarungen zu zahlenden Entgelte erhalten hat. Die vertragsgemäße Verwendung und Auszahlung des Kommanditkapitals sollte von einer Steuerberatungsgesellschaft als unabhängiger Mittelverwendungskontrolleurin sichergestellt werden, die Mittel für die Filmproduktion neben weiteren Voraussetzungen nur dann freigeben durfte, wenn 100 % der Produktionskosten „zuzüglich aller einmaligen anfallenden Fondsnebenkosten außer Agio bzgl. des Anteils der Gesellschaft an dem Projekt“ durch Bankgarantie oder einer Garantie mit vergleichbarer Sicherheit abgesichert waren.

3 Der Musterbeklagte zu 1 war zum Zeitpunkt der Herausgabe des Prospekts Geschäftsführer der VIP Vermögensberatung GmbH, die nach dem Prospekt als Initiatorin, Geschäftsbesorgerin und Prospektherausgeberin auftrat. Ferner war der Musterbeklagte zu 1 Mitgeschäftsführer der VIP

Geschäftsführungs GmbH, der Komplementärin und Geschäftsführerin der Fondsgesellschaft, sowie Vorstand der VIP Beratung AG, die für die Anlagebetreuung und als Eigenkapitalvermittlerin tätig wurde.

4 Der Fonds zahlte die für die Filmproduktion bestimmten Mittel nachfolgend an die jeweiligen Produktionsdienstleister. Diese leiteten hiervon den zur Deckung des Schuldübernahmeentgelts erforderlichen Anteil an den Lizenznehmer weiter, der damit seine Verpflichtungen gegenüber der schuldübernehmenden Bank erfüllte. Die Zahlungen erfolgten zeitgleich auf der Grundlage abgestimmter Aufträge (sogenannter Fund Flow Memos) von Konten, die die Beteiligten bei der Rechtsvorgängerin der Musterbeklagten zu 2 eingerichtet

hatten. Als Fertigstellungsgarantin wurde später eine eigens zu diesem Zweck gegründete Gesellschaft eingesetzt.

5 Das Landgericht hat auf insgesamt 11 Anträge nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz eine Entscheidung des Oberlandesgerichts herbeigeführt. Das Oberlandesgericht hat im Musterbescheid (OLG München, Beschluss vom 8. Mai 2012 - Kap 2/07, juris) folgende Feststellungen getroffen:

6 1. Der am 25.10.2002 über die Beteiligung an der VIP  
3 GmbH & Co. KG, (fortan: VIP 3 KG), von der VIP  
Vermögensberatung GmbH, herausgegebene  
Prospekt ist in folgenden Punkten unrichtig, unvollständig und irreführend:

7 a) Der Prospekt enthält keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass für die Schuldübernahme (in Höhe von 100 % des Anteils des Lizenzgebers an den Produktionskosten) an die D. Bank AG als schuldübernehmende Bank als Entgelt der für die Aufbringung der Schlusszahlung erforderliche Barwert vorab zu bezahlen war und dass hierfür ein erheblicher Teil der Anlegergelder zeitgleich über die Produktionsdienstleister und Lizenznehmer an die schuldübernehmende Bank weitergeleitet werden mussten und der Fonds tatsächlich unmittelbar nur den verbleibenden Anteil der Anlegergelder als Produktionskosten in Filmproduktionen investiert.

8 b) Die im Prospekt vorgesehene Verteilung des Erlöses stellt als Bemessungsgröße auf einen jeweiligen Anteil des Produzenten „an den budgetierten Produktionskosten“ ab. Der Investitionsplan setzt wiederum die „Produktionskosten“ in einen Bezug zu dem „Kommanditkapital“, nämlich indem die Produktionskosten als ein Teilbetrag von 87,2 % des Kommanditkapitals ausgewiesen werden. Diese Darstellung erweckt den unzutreffenden Eindruck, die Erlösverteilung in der im Prospekt ausgewiesenen Höhe errechne sich als Prozentbetrag, der an die Höhe des aufgebrauchten Kommanditkapitals, also an das tatsächlich aufgebrauchte Anlegerkapital anknüpft.

9 c) Hinsichtlich der im Prospekt dargestellten mid-case-Rendite fehlt ein ausreichender Hinweis darauf, dass der tatsächliche Eintritt des prognostizierten Erfolges davon abhängt, dass

es dem jeweiligen Lizenznehmer gelingt, denjenigen Betrag, den er zur Tilgung des Schuldübernahmeentgelts an die D. Bank weitergeleitet hat, anderweit hereinzuholen.

10 d) Der Prospekt enthält keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass die Konzeption des Fonds in steuerlicher Hinsicht neu ist und den bislang überprüften Fondskonstruktionen nicht entspricht.

11 e) Der Prospekt enthält keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass ein erhebliches Risiko besteht, dass die für den Anleger mit seiner Investition in VIP 3 verbundenen Ausgaben im Ergebnis steuerlich nicht als Verlustposten anerkannt werden.

12 f) Der Prospekt enthält keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass das Kapitalanlagemodell des Fonds keine Garantie in dem Sinne beinhaltet, dass 100 % des vom Anleger eingesetzten Kapitals an ihn zurückgezahlt werden, sondern lediglich eine an den Fonds zu richtende Zahlung aufgrund einer Schuldübernahme.

13 2. Der Umstand, dass statt der im Prospekt genannten „branchenerfahrenen Fertigstellungsgarantin“ Film Finances Inc. die erst 2003 eigens hierfür gegründete und konzerneigene Rising Star Guarantor als Completion-Bond-Geberin eingesetzt wurde, war prospektnachtragspflichtig.

14 3. Der Musterbeklagte zu 1) ist für den Prospekt als Initiator nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn verantwortlich.

15 4. Der Musterbeklagte zu 1) hat bei der Veröffentlichung des Prospekts nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn schuldhaft gehandelt.

16 5. Die Musterbeklagte zu 2) ist in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolgerin der früheren Beklagten D. Bank AG für den Prospekt als Hintermann nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn verantwortlich.

17 6. Die Musterbeklagte zu 2) in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolgerin der früheren Beklagten D. Bank AG hat bei der Veröffentlichung des Prospekts nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn schuldhaft gehandelt.

18 7. Der ersatzfähige Schaden des Anlegers besteht in der von ihm geleisteten Einlage zuzüglich des Agios, soweit es von ihm bezahlt worden ist. Des weiteren kann der Anleger ver-



in seiner bis zum 1. November 2012 geltenden Fassung anzuwenden (nachstehend KapMuG), weil in diesem Verfahren vor dem 1. November 2012 mündlich verhandelt worden ist.

26            2. Die Rechtsbeschwerden sind statthaft. Die Sache hat nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KapMuG stets grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Formalien der Rechtsbeschwerden - für die § 575 ZPO gilt (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Oktober 2012 - XI ZB 12/12, ZIP 2012, 2177 Rn. 13) - sind gewahrt.

27            Auch der Musterkläger wendet sich mit seiner auf die Feststellung zum Streitpunkt 13 beschränkten Rechtsbeschwerde gegen eine Beschwer aus dem Musterentscheid. Er macht geltend, dass es den Anlegern nach dem auslegungsbedürftigen Ausspruch des Oberlandesgerichts möglicherweise verwehrt sei, den Ersatz weiterer, individueller Nachteile im Wege des Schadenersatzes zu verlangen und strebt insoweit eine klarstellende Neufassung der Feststellung an. Der Musterkläger muss die Möglichkeit erhalten, noch im laufenden Rechtsstreit den Inhalt einer auslegungsbedürftigen Feststellung klarstellen zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - IX ZR 49/10, WM 2011, 798 Rn. 35 f., insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 188, 317).

28            II. Die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten sind hinsichtlich der Feststellung von Prospektmängeln begründet, soweit die Feststellungen des Oberlandesgerichts zu 1. b), d) und e) betroffen sind. Die Feststellungen zu 1. a) sind zur Klarstellung neu zu fassen. Die Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten zu 2 ist hinsichtlich der Feststellungen zu ihrer Prospektverantwortlichkeit und dem Verschulden (Feststellungen zu 5 und 6) begründet. Im Übrigen sind die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten unbegründet. Die Rechtsbe-

schwerde des Musterklägers hat Erfolg und führt zur Neufassung und Klarstellung der Feststellung zu 7.

29                    1. Die zu den Prospektfehlern getroffenen Feststellungen des Oberlandesgerichts halten einer rechtlichen Überprüfung hinsichtlich der Feststellungen 1. b), d) und e) nicht stand. Die Feststellungen zu 1. a) sind klarstellend neu zu fassen. Im Übrigen halten die Feststellungen zu Prospektfehlern der rechtlichen Überprüfung stand.

30                    a) Die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten wenden sich ohne Erfolg gegen die Feststellung des Oberlandesgerichts zu den Feststellungen zu 1. a) (Streitpunkte 1 und 2) des Musterentscheids, der Prospekt enthalte keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass der für die Aufbringung der Schlusszahlung erforderliche Barwert für die Schuldübernahme an die schuldübernehmende Bank als Entgelt vorab zu bezahlen war, dass hierfür ein erheblicher Teil der Anlegergelder zeitgleich über die Produktionsdienstleister und Lizenznehmer an die schuldübernehmende Bank habe weitergeleitet werden müssen und der Fonds tatsächlich unmittelbar nur den verbleibenden Anteil der Anlegergelder als Produktionskosten in Filmproduktionen investiert habe.

31                    Diese Feststellungen sind lediglich klarstellend neu zu fassen.

32                    aa) Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung insoweit wie folgt begründet: Der Prospekt sei hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen der Aufbringung der „Produktionskosten“ durch die Anleger einerseits und der Aufbringung des Schuldübernahmeentgelts durch den Lizenznehmer andererseits im prospekthaftungsrechtlichen Sinn fehlerhaft.

33                    Der Prospekt informiere nicht hinreichend darüber, wie das Schuldübernahmeentgelt aufgebracht werden sollte. Die Darstellung im Prospekt erwecke

beim Anleger den Eindruck, 100 % der „Produktionskosten“, also 87,2 % des dort als „Kommanditkapital“ bezeichneten, von ihm aufgebrauchten Kapitals (ohne Agio) würden an den Produktionsdienstleister fließen, der damit - und zwar ohne zwischenzeitliche Umleitung dieser Gelder - Filme produziere. Tatsächlich sei aber dergestalt verfahren worden, dass der für die Begleichung des Schuldübernahmeentgelts erforderliche Betrag den von den Anlegern aufgebrauchten Geldern entnommen worden sei. Dass sich der Produktionsdienstleister auch als Kreditgeber betätigen würde, sei dem Prospekt nicht zu entnehmen. Im Gegenteil lasse der Prospekt Zahlungen des Lizenznehmers „an den Produzenten“ als Gegenleistung für die Gewährung der Vertriebsrechte vermuten. Die Zahlungsströme seien zwar nicht vorgegeben gewesen. Es sei aber für alle am Fondsprojekt Beteiligten ohne weiteres von vornherein abzusehen gewesen, dass die streitgegenständlichen Zahlungsflüsse auf einem Zusammenspiel der gebündelten Überweisungen der „Produktionskosten“ vom Fonds an den Produktionsdienstleister, vom Produktionsdienstleister an den Lizenznehmer und von diesem an die schuldübernehmende Bank beruhten und dass für die Aufbringung des Schuldübernahmeentgelts unmittelbar Anlegergelder eingesetzt würden.

34           bb) Die hiergegen gerichteten Rügen der Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten greifen nicht durch.

35           (1) Die Rüge, der Prospekt weise ausdrücklich darauf hin, dass für die Schuldübernahme ein Entgelt an die Bank zu zahlen sei, hat keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht hat nicht festgestellt, dass ein Prospektfehler isoliert darauf beruhe, dass für die Schuldübernahme als Entgelt der für die Aufbringung der Schlusszahlung erforderliche Barwert vorab zu bezahlen war. Der Tenor des Musterentscheids mag in diesem Punkt zwar auslegungsfähig sein. Diese Auslegung führt in Verbindung mit den im Vorlagebeschluss genannten Streitpunk-

ten 1 und 2, die in der betreffenden Feststellung des Musterentscheids zusammengefasst sind, und den Gründen des Musterentscheids aber zu dem eindeutigen Ergebnis, dass das Oberlandesgericht den Prospektfehler in dem unterlassenen Hinweis darauf gesehen hat, dass zur Aufbringung des Schuldübernahmeentgelts die Anlegergelder vom Produktionsdienstleister über den Lizenznehmer an die schuldübernehmende Bank weitergeleitet werden mussten und der Fonds tatsächlich unmittelbar nur den verbleibenden Anteil der Anlegergelder als Produktionskosten in Filmproduktionen investieren sollte. Die Feststellung des Musterentscheids ist insoweit lediglich klarstellend neu zu fassen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 39).

36           (2) Das Oberlandesgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Weiterleitung von ca. 80 % der an den Produktionsdienstleister gezahlten Beträge an den Lizenznehmer zur Aufbringung des Schuldübernahmeentgelts zwingend und für alle am Fondsprojekt Beteiligten von vornherein absehbar war.

37           (2.1) Die Beweiswürdigung ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler zu überprüfen, § 576 Abs. 1 und 3 ZPO i.V.m. § 546 ZPO. An rechtsfehlerfrei getroffene tatsächliche Feststellungen ist das Rechtsbeschwerdegericht gebunden (§ 577 Abs. 2 Satz 4 ZPO i.V.m. § 559 Abs. 2 ZPO). Die Beweiswürdigung ist danach grundsätzlich Sache des Tatrichters und nur eingeschränkt darauf zu überprüfen, ob er sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 Rn. 29; Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 217/03, WM 2004, 1726, 1729). Diese Grundsätze gelten

auch für die Rechtsbeschwerde nach § 15 KapMuG (BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 11).

38 (2.2) Das Oberlandesgericht hat sich mit den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt und diese vollständig gewürdigt.

39 (2.2.1) Das Oberlandesgericht hat die von der Rechtsbeschwerde in Bezug genommenen Aussagen der Zeugen W. , T. , H. , Dr. R. und S. in seine Beweiswürdigung einbezogen. Es geht selbst davon aus, dass die späteren Zahlungsströme nicht durch eine die Beteiligten bindende vertragliche Vereinbarung oder die Bank vorgegeben wurden und dass es nicht denknotwendig ausgeschlossen war, dass der Lizenznehmer das Schuldübernahmeentgelt anderweitig aufbringt. Das Oberlandesgericht hat maßgeblich darauf abgestellt, dass die später tatsächlich gehandhabte Verfahrensweise die einzige war, die schon bei Abfassung des Prospekts ernsthaft in Frage kam, und mit einer anderen Finanzierung in realistischer Weise nicht zu rechnen war. Dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme - anknüpfend an die Beweisbehauptung des Musterbeklagten zu 1 - ernsthaft eine andere Art der Finanzierung in Betracht gekommen wäre, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf; entsprechendes lässt sich auch den Aussagen der Zeugen nicht entnehmen.

40 (2.2.2) Die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts lässt entgegen den Rechtsbeschwerden auch hinreichend klar erkennen, wie es seine Überzeugung von der Alternativlosigkeit der Weiterleitung der Anlegergelder aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme gewonnen hat. Das Oberlandesgericht hat sich zum einen anhand der Zeugenaussagen von der Üblichkeit einer solchen Finanzierung überzeugt und diese nachvollziehbar als in der konkreten Fondsstruktur als äußerst naheliegend bezeichnet. Zum anderen hat es sich anhand der Aussagen der Zeugen G. und Ha. davon überzeugt, dass der Fonds

als „Spitzenfinanzierer“ auftrat und damit die Beteiligung des Lizenznehmers an der Aufbringung der für die Produktion erforderlichen Kosten in die Planung einbezogen war. Schließlich konnte das Oberlandesgericht seine Überzeugung auch darauf stützen, dass die Projekte des Fonds im Anschluss ausschließlich nach dem als naheliegend und (faktisch) alternativlos bezeichneten Finanzierungssystem abgewickelt wurden. Die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts ist insoweit auch nicht lückenhaft, weil nicht festgestellt wurde, dass bei Fondsprojekten der streitgegenständlichen Art die Finanzierung des Schuldübernahmeentgelts durch ein Darlehen des Produktionsdienstleisters an den Lizenznehmer (Intercompany Loan) zwingend vorgesehen war oder auch nur in der überwiegenden Anzahl der Fälle praktiziert wurde.

41 (2.2.3) Die Würdigung ist auch nicht widersprüchlich, weil aus dem vom Zeugen Dr. R. als richtig bestätigten Schreiben vom 4. November 2003 hervorgeht, dass sich zwischenzeitlich herausgestellt habe, dass der Produktionsdienstleister beabsichtige, dem Lizenznehmer ein kurzfristiges Darlehen zur Zwischenfinanzierung des Schuldübernahmeentgelts zur Verfügung zu stellen. Hieraus folgt entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde nicht, dass die Finanzierung des Lizenznehmers über ein Darlehen des Produktionsdienstleisters ursprünglich weder geplant noch zwangsläufig vorhersehbar war. Vielmehr führt der Zeuge Dr. R. im selben Zusammenhang aus, dass der Lizenznehmer üblicherweise zu dem Zeitpunkt, zu dem das Schuldübernahmeentgelt zu entrichten ist, „(noch) nicht (vollständig) über die zur Bezahlung (...) erforderlichen Mittel“ verfügt und es „nahe (liegt), dieses Darlehen beim Produktionsdienstleister aufzunehmen, der (...) über die notwendigen Mittel verfügt“. Dass der Musterbeklagte zu 1 nach dem Hinweis des Zeugen Dr. R. auf die Frage der Finanzierung des Schuldübernahmeentgelts im Herbst 2003 nach der Aussage dieses Zeugen überrascht schien, spricht allenfalls gegen eine dahingehende konkrete Planung des Musterbeklagten zu 1, jedoch nicht dagegen, dass diese

Art der Finanzierung nach den konkreten Verhältnissen (faktisch) zwingend war.

42 (2.2.4) Die Rechtsbeschwerde wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Feststellung des Oberlandesgerichts, dass bereits zum Zeitpunkt der Entwicklung der Fondsstruktur die später tatsächlich vollzogene Finanzierung der Schuldübernahmeentgelte als einzig realistische in Betracht zu ziehen war. Sie erschüttert weder die Annahme des Oberlandesgerichts, dass die später praktizierte Art der Finanzierung der Schuldübernahmen bereits 2002 üblich war, noch zeigt sie auf, dass es ernsthaft in Betracht zu ziehende alternative Finanzierungsmöglichkeiten gegeben hätte. Legt man diese Annahmen zu Grunde, ist die hieran anknüpfende Feststellung des Oberlandesgerichts rechtlich nicht zu beanstanden. Auf die Frage, wann ausgehend vom tatsächlichen Geschehensablauf von der „einzig praktizierten Variante“ gesprochen werden kann, kommt es dann ebenso wenig an wie auf den tatsächlichen Abschluss der Verträge und die Erwägungen des Geschäftsführers der Prospektherausgeberin und Fondsinitiatorin.

43 (2.3) Die von der Musterrechtsbeschwerde des Musterbeklagten zu 1 erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung wird insoweit gemäß § 577 Abs. 6 Satz 2, § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

44 (3) Ebenfalls ohne Erfolg bleibt die Rüge, es fehle jedenfalls an einer hinreichenden Grundlage für die Feststellung, die Fondsgesellschaft habe „tatsächlich (...) nur den verbleibenden Anteil der Anlegergelder als Produktionskosten in Filmproduktionen investiert“, weil die von den Produktionsdienstleistern an die Lizenznehmer weitergeleiteten Gelder an diese zurückgeflossen seien. Die Argumentation des Oberlandesgerichts beruht auf einer wirtschaftli-

chen Betrachtung, nach der das Anlegerkapital durch die aufeinander abgestimmten Überweisungen (sog. Fund Flow Memos) zu etwa 80 % für die Sicherstellung der Schlusszahlungsverpflichtung des Lizenznehmers eingesetzt wurde und für die Deckung von Produktionskosten nicht mehr zur Verfügung stand. Dass der Lizenznehmer das zur Zwischenfinanzierung der Sicherheit gewährte Darlehen später zurückgezahlt hat, steht dieser Betrachtungsweise nicht entgegen, weil der Lizenznehmer die Rückzahlung aus anderen Mitteln bestreiten musste und sich gerade hieraus für den Anleger spezifische Risiken ergaben, über die der Prospekt nicht aufgeklärt hat.

45 (4) Die Annahme des Oberlandesgerichts, die Weiterleitung der für die Bezahlung des Schuldübernahmeentgelts erforderlichen Mittel an die Bank sei prospektpflichtig gewesen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

46 (4.1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss einem Anleger auch außerhalb des Anwendungsbereichs der gesetzlich geregelten Prospekthaftung durch einen im sogenannten grauen Kapitalmarkt herausgegebenen Emissionsprospekt für seine Beitrittsentscheidung ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden. Er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken, zutreffend, verständlich und vollständig aufgeklärt werden, wozu auch eine Aufklärung über Umstände gehört, die den Vertragszweck vereiteln können (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 24. April 1978 - II ZR 172/76, BGHZ 71, 284, 286 f.; Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, ZIP 2013, 1616 Rn. 33).

(4.2) Das Oberlandesgericht hat hiervon ausgehend zu Recht angenommen, dass der Prospekt fehlerhaft ist, weil er nicht darüber informiert, dass die im Prospekt unter der Überschrift „Mittelverwendung“ als Produktionskosten ausgewiesenen Mittel des Fonds (S. 40 des Prospekts) in Höhe von etwa 80 % vom Produktionsdienstleister als Darlehen an den Lizenznehmer weitergeleitet werden, damit das für die Schuldübernahme aufzubringende Entgelt entrichtet werden kann. Die vollständige Information über die Mittelverwendung, insbesondere über das Verhältnis zwischen den Mitteln, die für die Filmproduktion vorgesehen sind, und Aufwendungen für andere Zwecke ist bei einem Medienfonds von wesentlicher Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07, ZIP 2008, 1481 Rn. 22). Das Oberlandesgericht hat insoweit rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Prospekt den Eindruck erweckt, das Fondskapital werde in Höhe von 87,2 % unmittelbar für die Filmproduktion eingesetzt. Dies zu Grunde gelegt, musste der Anleger nicht damit rechnen, dass der Produktionsdienstleister über die für die Filmproduktion zur Verfügung gestellten Mittel anderweitig verfügen würde. Die darlehensweise Weiterleitung dieser Mittel an den Lizenznehmer stellt eine für den Anleger wesentliche Abweichung von der im Prospekt zum Ausdruck kommenden Zweckbestimmung dar, weil die tatsächliche Realisierung eines Filmprojekts damit wirtschaftlich nicht mehr durch das Kapital der Fondsgesellschaft abgesichert ist, sondern von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Produktionsdienstleisters abhängt, der hinsichtlich seiner Ansprüche auf Rückzahlung des dem Lizenznehmer gewährten Darlehens dessen Insolvenzrisiko trägt (vgl. OLG München, ZIP 2010, 1744, 1748).

48

b) Die Feststellung des Oberlandesgerichts zu 1. b) ist rechtsfehlerhaft, weil diese von der hierzu gegebenen Begründung nicht getragen wird. Das Oberlandesgericht hat festgestellt:

- 49 Die im Prospekt vorgesehene Verteilung des Erlöses stellt als Bemessungsgröße auf einen jeweiligen Anteil des Produzenten „an den budgetierten Produktionskosten“ ab. Der Investitionsplan setzt wiederum die „Produktionskosten“ in einen Bezug zu dem „Kommanditkapital“, nämlich indem die Produktionskosten als ein Teilbetrag von 87,2 % des Kommanditkapitals ausgewiesen werden. Diese Darstellung erweckt den unzutreffenden Eindruck, die Erlösverteilung in der im Prospekt ausgewiesenen Höhe errechne sich als Prozentbetrag, der an die Höhe des aufgebracht Kommanditkapitals, also an das tatsächlich aufgebrachte Anlegerkapital anknüpft.
- 50 aa) Das Oberlandesgericht hat dazu ausgeführt: Zwar sei der Prospekt nicht deswegen unrichtig, unvollständig und irreführend, weil er keinen hinreichenden Hinweis darauf enthalte, dass der Fonds tatsächlich an den Erlösen der Filme nicht mit einem Anteil beteiligt sei, der einer vollen Finanzierung entspreche, sondern mit einem wesentlich geringeren Anteil und überdies nachrangig gegenüber anderen Berechtigten. Der Musterfeststellungsantrag sei indessen auf Grund der ursprünglichen Rüge des Musterklägers begründet, nach der der Prospekt auch hinsichtlich der Erlösverteilung in Fortsetzung des zu den Streitpunkten 1 und 2 festgestellten Prospektfehlers vorliege. Der Darstellung im Prospekt zum vorgesehenen „Waterfall“ und dem Investitionsplan erwecke bei dem unbefangenen Leser den Eindruck, der „Waterfall“ in der im Prospekt ausgewiesenen Höhe errechne sich als Prozentbetrag, der an die Höhe des aufgebracht Kommanditkapitals, also an das tatsächlich aufgebrachte Anlegergeld in der im Prospekt ausgewiesenen geschmäleren Höhe (87,2 %), anknüpfe. Dies sei indessen nicht der Fall, weil das Geld des Anlegers nur zu einem geringen Teil für die Filmherstellung verwendet werde und es für einen „Waterfall“ in der im Prospekt ausgewiesenen Höhe, der an die von der Gesamtheit der Anleger aufgebrachten Gelder anknüpfe, erforderlich sei, dass es den für das Projekt Verantwortlichen gelingt, denjenigen Teilbetrag des Kommanditkapitals, der in das Sicherungsgeschäft abgeflossen sei, anderweitig einzuwerben, worüber der Prospekt nicht aufkläre.

51 bb) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

52 (1) Zwar rügen die Rechtsbeschwerden zu Unrecht, das Oberlandesgericht habe insoweit eine Feststellung getroffen, die nicht den im Vorlagebeschluss gem. § 4 Abs. 2 Nr. 2 KapMuG aufgeführten Streitpunkten entspreche, an die das Oberlandesgericht gem. § 9 Abs. 1 KapMuG, § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO gebunden sei. Ob - wovon offenbar die Rechtsbeschwerden ausgehen - § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Kapitalanlegermusterverfahren mit der Maßgabe anwendbar ist, dass die im Vorlagebeschluss angegebenen Feststellungsziele und Streitpunkte an die Stelle des Antrags im Parteiprozess treten (so Vollkommer in KK-KapMuG, § 9 Rn. 30), eine solche Bindung nur mittelbar über die dem Vorlagebeschluss zu Grunde liegenden Musterfeststellungsanträge besteht (so Hess/Michailidou, ZIP 2004, 1381, 1384; Rau, Das Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz, 2008, S. 80 f.) oder § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Musterverfahren überhaupt nicht gilt, sondern eine Bindung allein auf § 4 Abs. 1 und 2 KapMuG beruht (so Kilian, Ausgewählte Probleme des Musterverfahrens nach dem KapMuG, 2007, S. 38 f., 153 f.; Haufe, Das Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz, 2012, S. 122 f.; vgl. auch BT-Drs. 17/8799, S. 17), bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung. Die im Musterentscheid getroffene Feststellung, die Darstellung im Prospekt erwecke den unzutreffenden Eindruck einer an das tatsächlich aufgebrachte Anlegerkapital anknüpfenden Erlösverteilung, enthält keinen über den Streitpunkt 3 hinausgehenden Inhalt, weil dieser Streitpunkt korrespondierend mit der Feststellung des Oberlandesgerichts die Prospektangaben zum Anteil des Fonds an den Erlösen der Filme betrifft.

53 (2) Die Würdigung des Oberlandesgerichts verstößt aber gegen § 9 Abs. 1 KapMuG, § 286 ZPO. Die Annahme einer fehlerhaft dargestellten Erlösverteilung lässt sich nicht darauf stützen, dass das Geld des Anlegers nur zu

einem geringen Teil für die Filmherstellung verwendet und überwiegend zur Begleichung des Entgelts gegenüber der schuldübernehmenden Bank herangezogen wurde. Dieser Umstand mag sich - wie im Musterentscheid auch ausgeführt - auf den Finanzierungsanteil des Fonds an den Filmproduktionen und damit auf die Ertragschancen der Anlage auswirken; er hat jedoch auf die Verteilung der mit einer Filmproduktion erwirtschafteten Erlöse keinen Einfluss. Diese hängt allein von den tatsächlichen Vereinbarungen des Fonds mit dem Lizenznehmer ab, dem die Erlöse aus der Verwertung der Filmrechte zufließen. Dass die hierzu auf S. 65 unter dem Stichwort „Lizenzvertrag“ gemachten Angaben des Prospekts fehlerhaft sind, hat das Oberlandesgericht nicht feststellen können. Hiergegen werden vom Musterkläger keine Einwände erhoben.

54

cc) Die Feststellung ist auch nicht entsprechend der Begründung des Oberlandesgerichts neu zu fassen. Zwar weist die Rechtsbeschwerdeerweiterung des Musterklägers zu Recht darauf hin, dass die im Vorlagebeschluss bezeichneten Tatsachenmitteilungen und Beweismittel nicht abschließend den Verfahrensstoff bilden, sondern sich dieser vielmehr aus dem Vortrag der Beteiligten des Musterverfahrens ergibt (BGH, Beschluss vom 26. Juli 2011 - II ZB 11/10, BGHZ 190, 383 Rn. 13). Daraus folgt aber nicht, dass der Musterkläger innerhalb des Musterverfahrens vor dem Oberlandesgericht eine inhaltliche Änderung der im Vorlagebeschluss gem. § 4 Abs. 2 Nr. 2 KapMuG genannten Streitpunkte herbeiführen und auf diese Weise neue Streitpunkte in das Musterverfahren einführen kann. Dies ist nur durch eine Erweiterung des Vorlagebeschlusses unter den in § 13 Abs. 1 KapMuG genannten Voraussetzungen bis zum Abschluss des Musterverfahrens möglich (Reuschle in KK-KapMuG, § 13 Rn. 10; Parigger in Vorwerk/Wolf, KapMuG, § 9 Rn. 23; aA Fullenkamp in Vorwerk/Wolf, KapMuG, § 13 Rn. 7). Eine solche Erweiterung ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Im Übrigen deckt sich der in der Begründung des Musterentscheids zu der Feststellung 1. b) angesprochene Prospektfehler mit der zu

1. c) (Streitpunkt 5) getroffenen Feststellung, die die Darstellung der Chancen und Risiken der Anlage betrifft.

55           c) Zu der Feststellung zu 1. c), hinsichtlich der im Prospekt dargestellten mid-case-Rendite fehle ein ausreichender Hinweis darauf, dass der tatsächliche Eintritt des prognostizierten Erfolges davon abhängt, dass es dem jeweiligen Lizenznehmer gelinge, denjenigen Betrag, den er zur Tilgung des Schuldübernahmeentgelts an die D. Bank weitergeleitet habe, anderweit hereinzuholen, bleiben die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten ohne Erfolg.

56           aa) Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung zu dieser Feststellung wie folgt begründet: Ein Mangel des Prospekts werde tatsächlich nicht in der Angabe einer unzutreffenden Prozentzahl hinsichtlich des Erlöses der Filmproduktionen, sondern darin gesehen, dass nur ca. 17 % des Nominalkapitals tatsächlich in die Filmproduktion investiert worden sei. Der Prospekt sei in Gestalt eines Folgefehlers zu der zur Feststellung 1. a) erörterten Durchleitung der Anlegergelder als fehlerhaft zu betrachten. Der Prospekt einschließlich seines Nachtrags erwecke beim Anleger den Eindruck, die prognostizierten Erlöse könnten allein mit dem „Kommanditkapital“, also mit den von den Anlegern eingebrachten Mitteln erwirtschaftet werden. Es fehle jeglicher Hinweis darauf, dass der tatsächliche Eintritt des Erfolgs davon abhängt, dass es dem jeweiligen Lizenznehmer gelinge, den zur Tilgung des Schuldübernahmeentgelts an die Bank weitergeleiteten Betrag hereinzuholen. Hierüber hätte der Anleger umfassend und richtig informiert werden müssen, weil dies ein zentrales Element des Risikopotentials des Fondsmodells darstelle.

57           bb) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung stand.

58           (1) Die Rüge, der Feststellungsausspruch verstoße gegen § 9 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, § 308 ZPO, weil Streitpunkt die Behauptung sei, ob der Pros-

pekt falsch sei, weil er keinen hinreichenden Hinweis darauf enthalte, dass die prognostizierten Renditen und Risiken völlig unrealistisch seien, und der Feststellungsausspruch gerade nicht beinhalte, dass die Prognosedarstellungen im Prospekt in irgend einer Form „unrealistisch“ gewesen seien, hat keinen Erfolg. Auch an dieser Stelle kann offen bleiben, ob und ggf. inwieweit das Oberlandesgericht entsprechend § 9 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO an die im Vorlagebeschluss aufgeführten Streitpunkte gebunden ist. Die getroffene Feststellung hat keinen über den Vorschlagsbeschluss hinausgehenden Inhalt. Sie konkretisiert lediglich, dass die Risikodarstellung im Prospekt deswegen unzureichend und damit die prognostizierten Renditen unrealistisch waren, weil ein Hinweis auf die mit der Finanzierung des Schuldübernahmeentgelts verbundenen Risiken fehlt. Ausgehend von den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden tatsächlichen Feststellungen zu dem vom Musterkläger behaupteten Prospektfehler konnte das Oberlandesgericht einen solchen unter dem Gesichtspunkt einer fehlerhaften Risikodarstellung bejahen. Das wird von den Rechtsbeschwerden auch nicht bezweifelt.

59           (2) Soweit die Rechtsbeschwerden sich gegen die Annahme eines Folgefehlers wenden, weil schon der erstgenannte Prospektfehler tatsächlich nicht vorliege, wird auf die Ausführungen unter B. II. 1. a) Bezug genommen.

60           d) Die Feststellungen zu 1. d), der Prospekt enthalte keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass die Konzeption des Fonds in steuerlicher Hinsicht neu sei und den bislang überprüften Fondskonstruktionen nicht entspreche (1. d, Streitpunkt 7), halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

61           aa) Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung insoweit wie folgt begründet:

62 Der Prospekt sei unrichtig, unvollständig und irreführend, weil er keinen Hinweis darauf enthalte, dass die Konzeption des Fonds in steuerlicher Hinsicht neu gewesen sei und den bislang steuerlich abschließend überprüften Fondskonstruktionen nicht entsprochen habe. Zwar enthalte der Prospekt Hinweise zu den steuerlichen Risiken. Diese Formulierungen stellten jedoch keine hinreichende Aufklärung über das tatsächlich bestehende Problem dar. Dies bestehe zum einen darin, ob diejenigen Teilbeträge der Anlegergelder, die - bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise - herangezogen würden, um das Schuldübernahmeentgelt zu Gunsten der D. Bank aufzubringen, als sofort abziehbare Betriebsausgaben angesehen werden könnten, und zum anderen darin, ob die versprochene Schlusszahlung der D. Bank an die Fondsgesellschaft im Jahr 2011 eine sofort aktivierbare Vermögensposition der Gesellschaft sei, mit der Folge, dass nicht - wie gewünscht - im ersten Jahr der Betriebstätigkeit der Fondsgesellschaft erhebliche Verluste hätten ausgewiesen werden können, die wiederum zu erheblichen Steuervorteilen bei den Anlegern hätten führen sollen. Eine Üblichkeit oder auch nur Ähnlichkeit mit bislang erprobten steuerlichen Konstruktionen habe es nicht gegeben.

63 bb) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

64 (1) Der Prospekt hat sachlich richtig und vollständig über die mit einem Beitritt verbundenen Risiken aufzuklären (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 343). Die gilt insbesondere auch für die Risiken der steuerlichen Anerkennungsfähigkeit des konkreten Anlagemodells (BGH, Urteil vom 14. Juli 2003 - II ZR 202/02, ZIP 2003, 1651, 1653). Es muss aber nur über solche Risiken aufgeklärt werden, mit deren Verwirklichung ernsthaft zu rechnen ist oder die jedenfalls nicht nur ganz entfernt liegen (BGH, Urteil vom 23. Juli 2013 - II ZR 143/12, ZIP 2013, 1761 Rn. 12; vgl. auch Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 149/03, ZIP 2005, 763, 765). Es besteht keine all-

gemeine Pflicht darauf hinzuweisen, dass die Konzeption eines Fonds in steuerlicher Hinsicht „neu“ ist und von der Finanzverwaltung bislang nicht abschließend überprüft bzw. in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung nicht geklärt ist. Es genügt im Regelfall der allgemeine Hinweis, dass die Beurteilung der Finanzverwaltung von der steuerrechtlichen Beurteilung im Prospekt abweichen kann und sich hieraus für den Anleger das Risiko ergeben kann, dass die prospektierten steuerlichen Folgen nicht eintreten. Eine weitergehende Hinweispflicht besteht nur im Einzelfall, beispielsweise, wenn nach den konkreten Umständen eine klarstellende Abgrenzung zu ähnlichen, in ihrer steuerlichen Behandlung geklärten Konzeptionen geboten ist (vgl. OLG Koblenz, DStRE 2007, 986, 987; weitergehend Zwissler in Habersack/Mülbert/Schlitt, Handbuch der Kapitalmarktinformation, 2. Aufl., § 8 Rn. 53).

65           (2) Hieran gemessen lässt sich mit der vom Oberlandesgericht gegebenen Begründung der zum Streitpunkt 7 festgestellte Prospektfehler nicht bejahen. Der Senat kann den Prospekt, der über den Bezirk des Oberlandesgerichts hinaus verwendet wurde, insoweit selbst auslegen (BGH, Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, ZIP 2007, 871 Rn. 6; Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 300/08, ZIP 2011, 1657 Rn. 46; Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 22; Urteil vom 5. März 2013 - II ZR 252/11, ZIP 2013, 773 Rn. 11).

66           (2.1) Der Prospekt vermittelt nicht den Eindruck, dass die steuerlichen Folgen der Anlage in der Praxis der Finanzverwaltung bzw. in der Rechtsprechung der Finanzgerichte bereits abschließend geklärt sind. Für die Frage, ob ein Emissionsprospekt unrichtig oder unvollständig ist, kommt es nicht allein auf die darin wiedergegebenen Einzeltatsachen, sondern wesentlich auch darauf an, welches Gesamtbild er von den Verhältnissen des Unternehmens vermittelt (BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - III ZR 125/06, ZIP 2007, 1993 Rn. 9; Be-

schluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 37; Urteil vom 5. März 2013 - II ZR 252/11, ZIP 2013, 773 Rn. 14; Urteil vom 14. Mai 2013 - XI ZR 335/11, juris Rn. 25). Dabei ist auf den Empfängerhorizont abzustellen, wobei nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf die Kenntnisse und Erfahrungen eines durchschnittlichen Anlegers abzustellen ist, der als Adressat des Prospekts in Betracht kommt und der den Prospekt sorgfältig und eingehend gelesen hat (BGH, Urteil vom 12. Juli 1982 - II ZR 175/81, ZIP 1982, 923, 924; Urteil vom 22. Februar 2005 - XI ZR 359/03, ZIP 2005, 808, 810; Urteil vom 14. Juni 2007 - III ZR 125/06, ZIP 2007, 1993 Rn. 10; Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 25; Urteil vom 5. März 2013 - II ZR 252/11, ZIP 2013, 773 Rn. 14).

67 (2.1.1) Der Prospekt enthält zur steuerlichen Konzeption des Fonds und den mit dieser verbundenen Risiken u.a. folgende Hinweise:

### 3. CHANCEN UND RISIKEN IM ÜBERBLICK

(...)

#### RISIKEN [Seite 13]

- Änderungen rechtlicher, steuerlicher und anderer gesetzlicher Vorschriften, der Rechtsprechung sowie der Verwaltungspraxis können das Beteiligungsergebnis negativ beeinflussen

- Das Fondskonzept beruht auf der Auslegung und Interpretation des Medienerlasses und des Anwendungsschreibens zum § 2 b EStG. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß die Finanzverwaltung eine andere Auslegung vornimmt

(...)

#### 11. STEUERLICHE GRUNDLAGEN [Seite 49 bis 58]

(...)

Berücksichtigt wurden bei der Modellrechnung die Verwaltungsanweisungen der Finanzverwaltung, insbesondere die am 20. Dezember 2000 (Bundessteuerblatt I 2000, S. 1563) und am 22. August 2001 (Bundessteuerblatt I 2001,

S. 558) veröffentlichten Anwendungsschreiben zu § 2 b EStG und der Erlass zur „Ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Film- und Fernsehfonds“ („Medienerlass“ vom 23. Februar 2001, Bundessteuerblatt I 2001, S.175).

In der Auswertungs-, Re-Investitions- und Verwertungsphase der Filmproduktionen können sich die steuerlichen Rahmenbedingungen, insbesondere die Steuergesetze, die Rechtsprechung, die Beurteilung durch die Finanzverwaltung und die Steuersätze ändern.

(...)

Der folgende Überblick zu relevanten steuerlichen Grundlagen entspricht nicht einer detaillierten Einzelerörterung und soll nicht die Beratung eines Steuerberaters ersetzen. Es ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die endgültige Beurteilung der Steuerkonzeption der Betriebsprüfung der Finanzverwaltung vorbehalten bleibt.

(...)

#### MEDIENERLASS

Die steuerliche Beurteilung des Beteiligungsangebots beruht im Wesentlichen darauf, dass die Fondsgesellschaft Herstellerin der Filmrechte und während der Verwertungsphase auch die wirtschaftliche Eigentümerin ist. Hierzu wurde von den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder der Medienerlass verabschiedet. Inhalt sind steuerliche Anforderungen, wonach die Fondsgesellschaft unter Einschaltung von Dienstleistern als Hersteller und wirtschaftlicher Eigentümer (Generalnorm des § 39 AO) der Filmrechte angesehen wird. Der Prospektherausgeber geht davon aus, daß die jeweiligen Vorgaben des Medienerlasses in den vertraglichen Vereinbarungen umgesetzt sind bzw. werden, und auch tatsächlich so umgesetzt werden können.

#### HERSTELLEREIGENSCHAFT

Laut Bundesfinanzministerium muss die Fondsgesellschaft wesentlichen Einfluss auf die Filmproduktion nehmen, letztlich die notwendigen Entscheidungen treffen, die wirtschaftlichen Folgen tragen und die zur Herstellung und Auswertung des Films erforderlichen Rechte erworben haben. Entstehen Rechte erst während der Produktionsphase, müssen diese in vollem Umfang - bzw. gemäß der quotalen Beteiligung bei einer Co-Produktion - dem Fonds eingeräumt werden.

(...)

### 13. CHANCEN UND RISIKEN

#### STEUERLICHE RISIKEN [Seite 74 und 75]

Die zugrunde gelegten steuerlichen Konsequenzen des Gesamtkonzeptes entsprechen nach Auffassung des VIP der derzeitigen Rechtslage. Dies schließt naturgemäß jedoch nicht aus, dass sowohl die gängige Recht[s]sprechung als auch die gängige Praxis der Finanzverwaltung trotz unveränderter Gesetzeslage zu einzelnen Sachverhalten eine andere Auffassung vertreten. Soweit dies zu negativen Auswirkungen bei den Kommanditisten führt, wird über eine eventuelle Einschaltung der Finanzgerichte im Einzelfall entschieden.

(...)

Der Initiator geht davon aus, dass das vorliegende Beteiligungsangebot den im Medienerlass genannten Kriterien entspricht, dass also die Fondsgesellschaft bzw. die Kommanditisten als Hersteller der Filme anzusehen sind und ihr bzw. den Kommanditisten das wirtschaftliche Eigentum zuzurechnen ist. Eine andere Beurteilung durch die Finanzverwaltung kann allerdings nicht ausgeschlossen werden.

(...)

Wäre die Fondsgesellschaft nicht Hersteller im steuerlichen Sinne, könnten die Filme nicht als selbst erstellte, sondern nur noch als erworbene immaterielle Wirtschaftsgüter behandelt werden. In diesem Fall würden sich das prognostizierte steuerliche Ergebnis, und insbesondere die sofort abziehbaren Betriebsausgaben ändern.

Käme die Finanzverwaltung zu der Auffassung, die Fondsgesellschaft wäre nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Filmproduktionen und diese würden dem Geschäftsbetrieb der Fondsgesellschaft nicht dauernd dienen, dann könnten die Herstellungskosten nicht als sofort abziehbare Betriebsausgaben betrachtet werden und folglich auch nicht mit steuerlicher Wirkung an die Kommanditisten verteilt werden.

Grundsätzlich können konträre Auffassungen der Finanzverwaltung zum Beteiligungskonzept, etwa hinsichtlich der Mitunternehmerstellung der Anleger, der Gewinnerzielungsabsicht, der steuerlichen Behandlung der Dienstleistungshonorare usw. negative Auswirkungen haben. Die endgültige Anerkennung der steuerlichen Konsequenzen erfolgt durch die jeweilige Betriebsprüfung der Fondsgesellschaft. (...)

dienerlasses und des Anwendungsschreibens zum § 2 b EStG durch die Fondsgesellschaft beruht. Es wird weder der Eindruck erweckt, es handele sich um eine von der Finanzverwaltung bereits überprüfte bzw. von der Rechtsprechung der Finanzgerichte thematisierte Konstruktion noch bezieht sich der Prospekt auf eine verbindliche Auskunft gem. § 89 Abs. 2 Satz 1 AO, die zum streitgegenständlichen oder einem als vergleichbar bezeichneten Fonds erteilt wurde. Vielmehr wird an mehreren Stellen des Prospekts deutlich gemacht, dass die endgültige Beurteilung der Steuerkonzeption erst später durch die Finanzverwaltung erfolgen wird und dass diese von der im Prospekt dargestellten Beurteilung abweichen kann. Anders als es das Oberlandesgericht angenommen hat, ist damit nicht lediglich auf das Risiko hingewiesen, ob die Finanzverwaltung unter Beachtung des sog. Medienerlasses des Bundesministeriums der Finanzen die Verlustzuweisung weiterhin anerkennt. Der Prospekt beruft sich nicht auf eine gängige Verwaltungspraxis der steuerlichen Anerkennung der Verlustzuweisung, die sich allenfalls in der Zukunft ändern könnte. Dieser Eindruck entsteht auch nicht durch den allgemeinen Hinweis auf eine mögliche Änderung der Beurteilungspraxis durch die Finanzverwaltung bzw. eine Änderung der Rechtsprechung der Finanzgerichte. Bereits bei der Darstellung der Risiken der Anlage im Überblick auf der Seite 13 des Prospekts wird deutlich, dass ein steuerliches Risiko nicht nur in der Möglichkeit der Änderung der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis besteht, sondern dass die Finanzverwaltung generell zu einer anderen Auslegung des Medienerlasses gelangen kann.

69 (2.2) Auf Rechtsfehlern beruht auch die der Feststellung zum Streitpunkt 7 zu Grunde liegende tatsächliche Würdigung des Oberlandesgerichts, eine Üblichkeit oder auch nur Ähnlichkeit der vorliegenden steuerlichen Konstruktion mit bislang erprobten steuerlichen Konstruktionen habe es nicht gegeben. Dieser Würdigung liegt die Annahme zu Grunde, dass es zum Zeitpunkt der Herausgabe des Prospekts bestimmte Konzeptionen von Medienfonds gegeben

habe, die in ihrer steuerlichen Behandlung als abschließend geklärt gelten konnten, und dass die angebotene Fondsanlage relevante Unterschiede aufweise, die die künftige steuerliche Behandlung als risikobehaftet oder zumindest unvorhersehbar erscheinen ließen. Diese Annahme wird von dem festgestellten Tatsachenstoff nicht getragen. Diesem lässt sich schon nicht entnehmen, welche Form bzw. Formen von Medienfonds das Oberlandesgericht als zum Zeitpunkt der Herausgabe des Prospekts „erprobt“ ansieht.

70            Wie die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten weiter zu Recht rügen, lässt sich der tatrichterlichen Würdigung nicht hinreichend deutlich entnehmen, dass die steuerliche Behandlung eines „Garantiefonds“ zum Zeitpunkt der Prospekterstellung als ungeklärt anzusehen war. Die Zeugin T. hat hierzu nach den Feststellungen des Musterentscheids lediglich angegeben, dass das Problem des „Garantiefonds“ steuerlich nicht geprüft worden sei. Daraus lässt sich für die praktische Handhabung solcher Gestaltungen zum Zeitpunkt der Herausgabe des Fondsprospekts nichts ableiten. Das Oberlandesgericht hat bei der Bewertung der Gestaltung als „neu“ die Aussage der Zeugin Se. auch nicht vollständig gewürdigt. Diese hat angegeben, der Zeuge Dr. R. habe seinen Lösungsvorschlag im Hinblick auf verbindliche Auskünfte der Finanzverwaltung zu anderen Medienfonds entwickelt, die er für steuerliche Gestaltungen wie bei VIP 3 erhalten habe. Dies legt nahe, dass auch für Medienfonds, bei denen eine Schlusszahlungsverpflichtung des Lizenznehmers durch eine befreiende Schuldübernahme eines Kreditinstituts abgesichert wurde, verbindliche Auskünfte der Finanzverwaltung nach § 89 Abs. 2 Satz 1 AO vorlagen und die Gestaltung daher - bezogen auf den Zeitpunkt der Herausgabe des Anlageprospekts - nicht als „neu“ angesehen werden kann. Das Oberlandesgericht hat - wie die Rechtsbeschwerde zu Recht geltend macht - auch die Aussage des Zeugen Si. , nach der die sog. Defeasance-

Struktur einschließlich des Intercompany Loans bereits üblich gewesen sei, nicht in seine Würdigung einbezogen.

71 e) Die Feststellung 1. e) (Streitpunkt 8), der Prospekt enthalte keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass ein erhebliches Risiko bestehe, dass die für den Anleger mit seiner Investition in VIP 3 verbundenen Ausgaben im Ergebnis steuerlich nicht als Verlustposten anerkannt werden, ist ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern.

72 aa) Das Oberlandesgericht hat dazu ausgeführt:

73 Der Prospekt sei auch deshalb unrichtig, unvollständig und irreführend, weil er keinen hinreichenden Hinweis darauf enthalte, dass ein sehr hohes, zumindest aber erhebliches Risiko bestehe, dass die Ausgaben, die für den Anleger mit seiner Investition in VIP 3 verbunden seien, im Ergebnis steuerlich nicht als Verlustposten anerkannt würden. Lediglich die Frage, ob die Finanzverwaltung die Verlustzuweisung weiterhin steuerlich anerkenne, sei im Prospekt abgehandelt worden. Um dieses Risiko gehe es vorliegend aber nicht. Das steuerliche Risiko bestehe darin, dass die faktische Aufbringung des Schuldübernahmeentgelts durch den Fonds wirtschaftlich und steuerrechtlich nicht als Einsatz des Anlegergeldes für die Produktion der Filme angesehen und als Verlustzuweisung nur rund 20 % der „Produktionskosten“ (rund 87,2 % des vom Anleger aufbrachten Betrags [ohne Agio]) anerkannt würden. Das Vorbringen der Musterbeklagten, alle Verträge seien von allen Beteiligten ernsthaft und nicht nur zum Schein gewollt und durchgeführt worden, sei unerheblich, weil das an dem steuerlichen Risiko, das den Anleger treffe, nichts ändere. Die Ausgestaltung der Zahlungsströme stelle sich als Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO dar. Die Gewährung eines Intercompany Loans erscheine zwar als Gebot der wirtschaftlichen Vernunft. Es fehle aber

- abgesehen von der Absicht, Steuern zu sparen - jegliche Erklärung, warum es überhaupt zum Eintritt dieser Situation komme und die Gelder nicht unmittelbar zur Einzahlung an den Lizenznehmer oder gar gleich an die Defeasance-Bank und nur im überschießenden, deutlich geringeren Anteil zur Aufbringung der Produktionskosten eingeworben würden. Hinzu komme, dass die Schuldübernahme durch die D. Bank im Interesse des Fonds gestanden und dem Lizenznehmer keinen wirtschaftlichen Vorteil gebracht habe.

74 bb) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

75 (1) Das Oberlandesgericht hat allerdings zutreffend angenommen, dass der allgemeine Hinweis auf das Risiko der Nichtanerkennung als sofort abziehbare Betriebsausgaben unzureichend war, wenn sich aus den tatsächlichen - im Prospekt verschwiegenen - Zahlungsströmen besondere steuerliche Risiken ergaben. Von einer vollständigen Aufklärung kann nur dann die Rede sein, wenn die Risikoaufklärung sich an der tatsächlichen Fondskonzeption orientiert. Zu dieser gehörte nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Oberlandesgerichts die Weiterleitung der an den Produktionsdienstleister gezahlten Mittel über den Lizenznehmer an die schuldübernehmende Bank zur Aufbringung des Schuldübernahmeentgelts. Auf das Risiko, dass die Anerkennung der Zahlungen an den Produktionsdienstleister als sofort abziehbare Betriebsausgaben teilweise daran scheitern könnte, weil die Finanzverwaltung die Aufwendungen als nicht für die Produktion geleistet ansehen könnte, weist der Prospekt nicht hin. Der nur allgemeine Hinweis auf die Nichtanerkennung der Abzugsfähigkeit bei rechtsmissbräuchlichen Gestaltungen im Sinne des § 42 AO auf Seite 53 des Prospekts wäre in diesem Zusammenhang ungenügend.

76 (2) Mit der vom Oberlandesgericht gegebenen Begründung kann aber von einem erheblichen Risiko zum Zeitpunkt der Herausgabe des Prospekts,

dass die Zahlungen des Fonds an den Produktionsdienstleister nicht als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben nach § 4 Abs. 4 EStG anerkannt werden, vielmehr ein Gestaltungsmissbrauch angenommen werde, nicht ausgegangen werden.

77 (2.1) Soweit das Oberlandesgericht annimmt, es bestehe ein Risiko, dass die faktische Aufbringung des Schuldübernahmeentgelts durch den Fonds wirtschaftlich und steuerrechtlich nicht als Einsatz des Anlegergeldes für die Produktion der Filme angesehen werde und eine Anerkennung der Anlegergelder zu 80 % als verlustwirksam nicht in Frage komme, lässt der Musterentscheid schon nicht erkennen, auf welcher steuerrechtlichen Grundlage das Oberlandesgericht ein solches Risiko angenommen hat. Dem Betriebsausgabenabzug nach § 4 Abs. 4 EStG steht es jedenfalls nicht entgegen, wenn mit dem geleisteten Aufwand zu einem wesentlichen Anteil ein garantierter Erlös erzielt wird. Maßgebliches Kriterium für den Betriebsausgabenabzug ist die betriebliche Veranlassung des Aufwands (§ 4 Abs. 4 EStG).

78 Es ist auch nicht ersichtlich, dass die faktische Aufbringung des Schuldübernahmeentgelts durch den Fonds das Risiko beinhaltet, dass er die steuerliche Herstellereigenschaft nach den Vorgaben des BMF-Schreibens vom 23. Februar 2001 (IV A 6-S 2241-8/01, sog. Medienerlass), nach dessen Vorgaben die Filmproduktionen durchgeführt werden sollten, verliert. Die Fondsgesellschaft musste danach bei der Ausführung der Filmproduktionen das volle wirtschaftliche Risiko zu tragen haben (Schwarz in v. Hartlieb/Schwarz, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 5. Aufl., 85. Kap. Rn. 1). Dazu musste der jeweilige Produktionsdienstleister die Verträge mit Dritten zur Herstellung der Filme im eigenen oder im Namen des Fonds, aber stets auf Rechnung des Fonds abschließen sowie die tatsächlich entstandenen Produktionskos-

ten gegenüber dem Fonds auf der Grundlage testierter Kostenberichte nachweisen (Ziff. I. a) des Medienerlasses).

79 (2.2) Auch das Vorliegen eines besonderen Risikos, dass ein Gestaltungsmissbrauch nach § 42 Abs. 1 Satz 1 AO angenommen werden könnte, wird von den Feststellungen des Oberlandesgerichtes nicht getragen.

80 (2.2.1) Nach § 42 Abs. 1 AO in der bei Herausgabe des Fondsprospekts geltenden Fassung (AO) kann das Steuergesetz durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts nicht umgangen werden. Liegt ein Missbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

81 Ein Gestaltungsmissbrauch ist gegeben, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die gemessen an dem erstrebten Ziel unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist. Das Motiv, Steuern zu sparen, macht eine rechtliche Gestaltung nicht unangemessen (BFHE 239, 31 Rn. 24). Von den Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts darf grundsätzlich Gebrauch gemacht werden. Die Unangemessenheit einer Rechtsgestaltung tritt aber zutage, wenn diese keinem wirtschaftlichen Zweck dient. Dient die Gestaltung hingegen steuerlich beachtlichen wirtschaftlichen Zwecken, darf das Verhalten der Beteiligten nicht auf seine Angemessenheit hin beurteilt werden (BFHE 239, 31 Rn. 24). Eine rechtliche Gestaltung ist unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll (BFHE 205, 70, 72). Aus diesem Grund können insbesondere umständliche, komplizierte, schwerfällige oder gekünstelte

Rechtsgestaltungen als unangemessen bezeichnet werden (BFHE 189, 408, 412).

82 (2.2.2) Die Feststellungen des Oberlandesgerichts genügen nicht, um ein erhöhtes Risiko für das Vorliegen einer unangemessenen Gestaltung annehmen zu können. Das Oberlandesgericht führt zwar aus, die Beklagten hätten keine Begründung dafür geliefert und es sei auch nichts dafür ersichtlich, warum die Gelder der Anleger nicht unmittelbar zur Einzahlung an den Lizenznehmer oder gar gleich an die Bank und nur zum überschießenden Anteil zur Aufbringung der Produktionskosten eingesetzt worden seien. Eine einfachere Gestaltungsmöglichkeit allein genügt aber noch nicht, um von einer Unangemessenheit der gewählten Gestaltung ausgehen zu können. Dass eine rechtliche Gestaltung umständlich oder kompliziert ist, kann zwar indiziell dafür sprechen, dass ein wirtschaftlich vernünftiger Zweck nicht verfolgt wird. Das setzt aber voraus, dass eine einfachere rechtliche Gestaltung zu demselben wirtschaftlichen Ergebnis wie die gewählte Gestaltung führt. Feststellungen zu dem wirtschaftlichen Zweck hat das Oberlandesgericht nicht getroffen. Dass die von ihm angenommene einfachere Gestaltung zu demselben wirtschaftlichen Ergebnis führt, lässt sich auch schon deshalb nicht beurteilen, weil nicht deutlich ist, welche rechtliche Gestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten das Oberlandesgericht bei der Annahme einer Einzahlung an den Lizenznehmer oder an die Bank vor Augen hatte.

83 Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht für den Teilschritt des Darlehens des Produktionsdienstleisters an den Lizenznehmer wirtschaftliche Gründe festgestellt, nämlich durch die Weiterleitung der Produktionskosten an ihn vorhandene Liquidität nicht ungenutzt zu lassen.

- 84 Aus der Übernahme der Schlusszahlungsverpflichtung des Lizenznehmers durch eine Bank (sog. Defeasance-Struktur) allein lässt sich kein steuerliches Anerkennungsrisiko entnehmen. In der steuerrechtlichen Literatur finden sich keine Anhaltspunkte für eine Bewertung als Umgehungsgeschäft (Rüber/Angloher, FR 2008, 498; Feyock/Heintel, ZUM 2008, 179; Wassermeyer, DB 2010, 354; Theisen/Linz, DStR 2010, 1649; Kohlhaas, FR 2010, 693; Elicker/Hartrott, BB 2011, 1879; Lüdicke/Arndt, Geschlossene Fonds, 6. Aufl., S. 84 f.; Dornheim, DStR 2011, 1793). Dass bei der Erstellung des Prospekts ernsthaft damit zu rechnen war, dass die Finanzbehörden eine solche Sichtweise einnehmen würden, ist nicht ersichtlich und vom Oberlandesgericht zu Recht nicht festgestellt.
- 85 f) Die Feststellung des Oberlandesgerichts, der Prospekt enthalte keinen hinreichenden Hinweis darauf, dass das Kapitalanlagemodell des Fonds keine Garantie in dem Sinne beinhalte, dass 100 % des vom Anleger eingesetzten Kapitals an ihn zurückgezahlt werden, sondern lediglich einen an den Fonds zu richtende Zahlung aufgrund einer Schuldübernahme (1. f], Streitpunkt 9), hält einer rechtlichen Prüfung jedenfalls im Ergebnis stand.
- 86 aa) Das Oberlandesgericht hat die Feststellung wie folgt begründet: Die Darstellung im Prospekt sei insgesamt dahin zu verstehen, dass einerseits der Lizenznehmer verpflichtet sei, an die Fondsgesellschaft (und nicht an den einzelnen Anleger) einen bestimmten Betrag zu leisten (nämlich 100 % des Anteils an den Produktionskosten), und dass diese Verpflichtung des Lizenznehmers von der D. Bank übernommen werde, so dass gleichzeitig der Lizenznehmer von seiner Zahlungspflicht befreit werde. Mit der Darstellung sei es nicht vereinbar, dass der Fonds auf dem Deckblatt als „Garantiefonds“ ausgewiesen werde. Das Schlagwort, das dem Kunden zu allererst ins Auge falle, sei der Begriff „Garantiefonds“. So würden Fonds bezeichnet, bei denen die Aus-

zahlung eines bestimmten Kapitalbetrags bei Fälligkeit garantiert werde. Ein solcher Garantiefonds sei der Fonds VIP 3 tatsächlich nicht. Tatsächlich sei die gesamte Darstellung der aus der Schuldübernahme resultierenden Vorteile für den Anleger im Prospekt unzureichend. Es werde mehrfach im Prospekt geradezu herausgestrichen, dass die Bank, die die Schlusszahlung übernehme, am Ende der Laufzeit einen Betrag von 100 % leisten werde. Dies provoziere das Fehlverständnis, dass die Zahlung von 100 % nicht etwa zu Gunsten der Fondsgesellschaft, sondern zu Gunsten des Anlegers erfolgen werde. Es komme hinzu, dass der Prospekt den Begriff des Kommanditkapitals als Bezugsgröße der Garantiezahlung und gelegentlich in einem eher auf die individuelle Einlage des Anlegers bezogenen Sinne verwende.

87           bb) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten haben jedenfalls im Ergebnis keinen Erfolg.

88           (1) Der Prospekt enthält neben der Überschrift „Garantiefonds“ auf dem Deckblatt des Prospekts zur Absicherung des Kapitals folgende Ausführungen:

89           „1. Das Angebot im Überblick

LIZENZNEHMER / LIZENZVERTRÄGE / VERMARKTUNG [Seite 8 f.]

(...)

Der Lizenznehmer verpflichtet sich, die Vertriebs- und Verwertungsverträge nur abzuschließen, wenn die Vertriebspartner auf der Grundlage von realistischen Vermarktungsszenarios, schriftliche Sales Estimates für die Erstverwertung in Höhe von mindestens 125 % bei TV- und 150 % bei Kinoproduktionen des Anteils der Fondsgesellschaft an den budgetierten Produktionskosten abgegeben haben. Ebenso muss in den Verwertungsverträgen die Schlusszahlung von 100 % des Kommanditkapitals ohne Agio gewährleistet sein.

(...)

## SCHLUSSZAHLUNGEN [Seite 9]

Absicherung von 100 % des Anteils des Lizenzgebers an den Produktionskosten aller realisierten Filme bzw. Ersatzproduktionen zzgl. Fondsnebenkosten ohne Agio (=Kommanditkapital ohne Agio). Die Summe der Schlusszahlungen aller Filme entspricht dem gezeichneten Fondsvolumen ohne Agio, diese sind zahlbar zum 15.12.2011.

## 2. DIE ECKDATEN DES FONDS [Seite 11]

(...)

- Absicherung von 100 % des Kommanditkapitals ohne Agio mittels Schuldübernahme durch D. Bank AG (siehe Bedingungen und Reichweite im Kapitel „Chancen und Risiken“, S. 73)

(...)

## 5. DAS FONDSKONZEPT

(...)

### 5.5 INVESTITIONSSTRATEGIE [Seite 21 f.]

(...)

h) Absicherung von 100 % des Kommanditkapitals ohne Agio bezogen auf den Anteil der Gesellschaft an dem einzelnen Projekt

(...)

### 5.9 DIE VERWERTUNG [Seite 26 f.]

(...)

Der Lizenznehmer übernimmt insbesondere die Verpflichtung zur Erbringung der Schlusszahlungen und die Verpflichtung, die Kinofilme in Nordamerika durch ein Major Studio verwerten zu lassen. (...)

Die D. Bank AG wird bezüglich aller realisierten Filme bzw. Ersatzproduktionen der Fondsgesellschaft jeweils die Verpflichtungen des Lizenznehmers (in der Regel S. AG) zur Erbringung der Schlusszahlungen in Höhe von 100 % des Anteils des Lizenzgebers an den Produktionskosten aller realisierten Filme bzw. Ersatzproduktionen zzgl. Fondsnebenkos-

ten, ohne Agio, übernehmen. Die Schuldübernahmen erfolgen mit schuldbefreiender Wirkung für den Lizenznehmer.

Dies bedeutet, dass die Schlusszahlungen im vorgenannten Umfang anstelle des Lizenznehmers von der D. Bank AG an die Fondsgesellschaft zu leisten sind. Die D. Bank AG erhält für die Schuldübernahmen vom Lizenznehmer den erforderlichen Gegenwert in Höhe des Barwertes der übernommenen Zahlungsverpflichtungen sowie die sonstigen nach den Schuldübernahmevereinbarungen zu zahlenden Entgelte. (...)

(...)

#### 5.12 DAS VIP-SICHERHEITSKONZEPT [Seite 30]

- Schlusszahlungen von 100 % des Kommanditkapitals ohne Agio mittels Schuldübernahme durch die D. Bank AG (siehe Bedingungen und Reichweite im Kapitel „Chancen und Risiken“, S. 73)

(...)

#### 12. VERTRAGSGRUNDLAGEN

(...)

#### SCHULDÜBERNAHMEVERTRAG [Seite 66]

(...)

Der Lizenznehmer und die D. Bank AG haben sich unter Zustimmung der Fondsgesellschaft verpflichtet, bis zu sechs Schuldübernahmeverträge abzuschließen, die deutschem Recht unterliegen. In diesen wird vereinbart, dass die D. Bank AG, unter der Voraussetzung der Einzahlung des Barwertes der Zahlungsverpflichtungen sowie sonstiger Entgelte, die im Lizenzvertrag vereinbarten Schlusszahlungen gegenüber der Fondsgesellschaft leistet. (...)

#### MITTELVERWENDUNGSKONTROLLVERTRAG

(...)

Darüberhinaus kann die Freigabe von Mitteln zur Investition in Filmproduktionen erst erfolgen, wenn u.a. folgende Kriterien erfüllt sind:

- Schlusszahlungen in Höhe von 100 % des Kommanditkapitals ohne Agio

(...)

### 13. CHANCEN UND RISIKEN

(...)

#### SCHULDÜBERNAHMEN [Seite 73]

Für die unter den Schuldübernahmeverträgen von der D. Bank AG übernommenen Zahlungsverpflichtungen (Schlusszahlungen) trägt der Anleger das Insolvenzrisiko der D. Bank AG.

Da aufgrund der Schuldübernahmeverträge der Lizenznehmer von dieser Schuld befreit ist, besitzt die Fondsgesellschaft im Fall der Nichtzahlung durch die schuldübernehmende Bank keine Möglichkeit zur Verwertung oder zum Zugriff auf die Film- und Verwertungsrechte des Lizenznehmers. Dies kann dazu führen, dass die Fondsgesellschaft nicht über ausreichend Liquidität verfügt, um die Einlagen der Anleger zu bedienen.

(...)

Sofern der Lizenznehmer den erforderlichen Gegenwert in Höhe des Barwertes der übernommenen Zahlungsverpflichtungen sowie die sonstigen nach den Schuldübernahmevereinbarungen zu zahlenden Entgelte nicht einzahlt, oder keine Einigung bzgl. der Höhe des Barwertes gemäß des bereits geschlossenen Rahmenvertrages erreicht wird, erfolgt keine Schuldübernahme durch die D. Bank AG.“

90

(2) Die Fehlerhaftigkeit des Prospekts im Hinblick auf die Angaben zur Kapitalgarantie war bislang nicht Gegenstand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Der Beschluss des XI. Zivilsenats vom 19. Juli 2011 (XI ZR 191/10, ZIP 2011, 1559 Rn. 14) befasst sich lediglich mit einer fehlerhaften Darstellung in einer Kurzübersicht zur Fondsbeteiligung (dazu auch die Vorinstanz OLG Celle, Urteil vom 21. April 2010 - 3 U 202/09, juris Rn. 35). In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird teilweise - bezogen auf den streitgegenständlichen Prospekt bzw. den Prospekt für die VIP 4 GmbH & Co. KG (VIP 4) - mit dem Oberlandesgericht - angenommen, dass bereits die Bezeichnung „Garantiefonds“ auf dem Deckblatt des Prospekts den unzutreffenden Eindruck vermittele, dass der Anleger seine Einlage in jedem Fall zurückerhalte (OLG München, WM 2010, 836, 840 [VIP 4];

OLG Karlsruhe, WM 2010, 1264, 1267 [VIP 3]; OLG Frankfurt, Urteil vom 2. August 2010 - 23 U 253/09, juris Rn. 31 [VIP 4]). Teilweise wird der Überschrift „Garantiefonds“ auf dem Titelblatt des Fondsprospekts der Charakter einer anpreisenden Werbung beigemessen (OLG Frankfurt, WM 2010, 1313, 1315; Urteil vom 19. Oktober 2011 - 17 U 34/10, juris Rn. 121 [VIP 3]; tendenziell auch OLG Düsseldorf, WM 2010, 1934, 1940; Urteil vom 20. Januar 2011 - 6 U 9/10, juris Rn. 70; offen lassend OLG Hamm, Urteil vom 23. Juli 2013 - 34 U 53/10, juris Rn. 47 [VIP 4]), mit der Folge, dass sich die Fehlerhaftigkeit der Angaben zur Kapitalgarantie nur im Zusammenhang mit den weitergehenden Aussagen des Fondsprospekts feststellen lasse (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. April 2012 - 6 U 52/11, juris Rn. 40 ff. [VIP 4]; OLG Hamm, Urteil vom 23. Juli 2013 - 34 U 53/10, juris Rn. 47 [VIP 4]). Dabei wird im Hinblick auf den streitgegenständlichen Prospekt angenommen, dass dieser eine mögliche Irreführung durch die Verwendung der Überschrift „Garantiefonds“ auf dem Deckblatt des Prospekts durch die Hinweise auf das Totalverlustrisiko des Anlegers ausreichend klarstelle (OLG Frankfurt, WM 2010, 1313, 1315; Urteil vom 19. Oktober 2011 - 17 U 34/10, juris Rn. 121 [VIP 3]).

91

(3) Der Prospekt ist hinsichtlich der Darstellung der Absicherung des Anlegerkapitals unabhängig davon fehlerhaft, ob eine Irreführung bereits auf der Verwendung des Begriffs „Garantiefonds“ auf dem Deckblatt des Prospekts beruht, weil der Prospekt auch im Übrigen den tatsächlich unrichtigen Eindruck erweckt, durch die Schuldübernahme der D. Bank werde nicht nur die Forderung des Fonds gegen den jeweiligen Lizenznehmer, sondern der Erhalt des Kommanditkapitals selbst sicher gestellt. Dieser Eindruck entsteht bereits durch die schlagwortartige Darstellung unter der Überschrift „Eckdaten des Fonds“ auf Seite 11 des Prospekts, weil dort von der Absicherung des „Kommanditkapitals“ und nicht - wie aber tatsächlich der Fall - von der Absicherung einer Forderung des Fonds gegen den Lizenznehmer die Rede ist. Diese For-

mulierung wird im Prospekt mehrfach wiederholt. Der durch sie hervorgerufene Eindruck einer (unmittelbaren) Kapitalabsicherung wird auch durch die Ausführungen auf Seite 77 des Prospekts, auf die in einem Klammerzusatz Bezug genommen wird, nicht entkräftet. Diese Ausführungen enthalten zwar die Information, dass der Lizenznehmer aufgrund der Schuldübernahme von seiner Schuld befreit wird. Damit wird für den durchschnittlichen Anleger jedoch nicht hinreichend klargestellt, dass damit - entgegen der schlagwortartigen Darstellung an anderen Stellen des Prospekts - im Ergebnis gerade keine Absicherung des Kommanditkapitals verbunden ist. Die den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Ausführungen des Prospekts auf den Seiten 27 und 66 vermögen den beim durchschnittlichen Anleger hervorgerufenen Eindruck einer Kapitalabsicherung nicht richtig zu stellen. Diese Ausführungen führen allenfalls zu einer widersprüchlichen und damit ebenfalls fehlerhaften Prospekt Darstellung. Im Übrigen suggeriert der Klammerzusatz auf Seite 9 des Prospekts unter der Überschrift „Schlusszahlungen“, dass die Absicherung der Forderung gegen den Lizenznehmer der Absicherung des Kommanditkapitals selbst entspricht. Das ist indes nicht der Fall.

92 g) Der Senat kann zur Feststellung 1. b) gem. § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO in der Sache selbst entscheiden, weil nach den tatsächlichen Feststellungen des Oberlandesgerichts ein Prospektfehler im Hinblick auf die Angaben zur Erlösverteilung nicht vorliegt. Hinsichtlich der Feststellungen zu 1. d), 1. e) ist der Musterentscheid gem. § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO aufzuheben und die Sache zu erneuter Entscheidung zurückzuverweisen, weil diese zur abschließenden Entscheidung über die Frage, ob eine Pflicht zum Hinweis auf ein steuerliches Anerkennungsrisko bestand, noch nicht entscheidungsreif ist.

93 2. Die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten wenden sich ohne Erfolg gegen die Feststellung einer Nachtragspflicht, den Prospekt im Hinblick auf

die Einbindung der Rising Star Guarantor als Fertigstellungsgarantin zu berichtigen.

94 a) Das Oberlandesgericht hat seine Feststellung wie folgt begründet: Bei der Rising Star Guarantor habe es sich nicht um eine „branchenerfahrene“ Gesellschaft gehandelt. Es entspreche nicht der Erwartungshaltung des Anlegers, sein investiertes Kapital werde bei einer erprobten Versicherungsgesellschaft versichert, wenn lediglich die hinter der Gesellschaft stehende Person „branchenerfahren“ sei. Die Handhabung der Completion-Bond-Frage habe spätestens am 25. November 2003 festgestanden, ohne dass ein Prospektnachtrag erfolgt sei.

95 b) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten bleiben ohne Erfolg.

96 aa) Ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 KapMuG, § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO liegt unabhängig davon, ob und inwieweit im Musterfeststellungsverfahren von einer Bindung des Oberlandesgerichts an den Vorlagebeschluss auszugehen ist (dazu oben B. II. 1. b] bb] [1]), bereits deswegen nicht vor, weil das Oberlandesgericht hier keine vom Vorlagebeschluss nicht gedeckte Feststellung getroffen hat. Der Streitpunkt 4 spricht zum einen die - vom Oberlandesgericht festgestellte - Unrichtigkeit des Prospekts unter dem Gesichtspunkt der Übernahme der Fertigstellungsgarantie durch eine eigens hierfür gegründete Gesellschaft an und zum anderen die Übernahme der Zahlungsverpflichtung aus der Fertigstellungsgarantie durch die D. Bank AG und deren Finanzierung durch Mittel der Fondsgesellschaft.

97 bb) Das Oberlandesgericht hatte entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerden auch keine Feststellungen zum Zeitpunkt der Zeichnung der Fondsbeteiligung durch den Musterkläger zu treffen. Zwar ist die Zulässigkeit eines

Musterfeststellungsantrags nach § 1 Abs. 1 KapMuG davon abhängig, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von dem geltend gemachten Feststellungsziel abhängt (vgl. auch Fullenkamp in Vorwerk/Wolf, KapMuG, § 4 Rn. 23). Das Oberlandesgericht entscheidet indes nicht über den Musterfeststellungsantrag des Musterklägers oder die nach § 2 Abs. 1 Satz 1 KapMuG im Klageregister bekannt gemachten Musterfeststellungsanträge. Grundlage der Entscheidung des Oberlandesgerichts ist vielmehr der nach § 4 Abs. 1 Satz 2 KapMuG bindende Vorlagebeschluss (Vollkommer in KK-KapMuG, § 4 Rn. 61, 63 f.; Hess, WM 2004, 2329; Reuschle, WM 2004, 2334, 2338; Maier-Reimer/Wilsing, ZGR 2006, 79, 100).

98           cc) Eine Prospektnachtragspflicht ist nicht deswegen zu verneinen, weil zwischen deren vom Oberlandesgericht angenommenen Entstehen am 25. November 2003 und dem Ende der Zeichnungsfrist am 31. Dezember 2003 nur ein Zeitraum von fünf Wochen lag. Die Musterbeklagten gehen selbst davon aus, dass die Pflicht zur Veröffentlichung eines Prospektnachtrags bis zum Ende der Zeichnungsfrist andauert (vgl. auch § 11 Abs. 1 Satz 1 VermAnlG). Sie zeigen keinen Sachvortrag auf, auf Grund dessen das Oberlandesgericht die Unmöglichkeit der rechtzeitigen Veröffentlichung eines Prospektnachtrags hätte in Erwägung ziehen müssen.

99           dd) Den Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten ist auch nicht darin zu folgen, dass eine Prospektnachtragspflicht im Hinblick auf den hinter der Fertigstellungsgarantin stehenden, von ihr als branchenerfahren angesehenen C. R. zu verneinen ist. Die Pflicht zur Berichtigung eines Verkaufsprospekts bezieht sich auf sämtliche Angaben, die für die Entschließung des mit ihm angesprochenen Anlageinteressenten von Bedeutung sind (BGH, Urteil vom 5. Juli 1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 110). Die Annahme des Oberlandesgerichts, dass die Branchenerfahrung einer hinter einer Gesellschaft ste-

henden Person nicht mit derjenigen der Gesellschaft selbst gleichzusetzen ist, ist frei von Rechtsfehlern.

100 ee) Ohne Erfolg bleibt schließlich auch die Rüge, dass das Oberlandesgericht in seiner Feststellung den Zeitpunkt, an dem die Pflicht zur Berichtigung des Prospekts entstand, näher hätte konkretisieren müssen und dass insoweit eine Klarstellung zu erfolgen hat. Die in der Begründung des Musterentscheids enthaltenen Aussagen über Tatsachen und rechtliche Fragen, die über den Inhalt der getroffenen Feststellung hinausgehen, nehmen nicht an der materiellen Rechtskraft teil (Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 325a Rn. 23), so dass der Musterentscheid keine bindende Entscheidung darüber enthält, wann die Pflicht zur Berichtigung des Prospekts entstand. Die Begründung des Musterentscheids rechtfertigt im Übrigen auch nicht die Annahme, dass eine Haftung des Musterbeklagten zu 1 von vornherein nur für den Zeitraum ab dem 25. November 2003 in Betracht kommt, weil das Oberlandesgericht lediglich ausführt, dass spätestens zu diesem Zeitpunkt die Completion-Bond-Frage geklärt war. Die zeitliche Eingrenzung der Prospektberichtigungspflicht obliegt danach dem jeweiligen Prozessgericht.

101 3. Die Rechtsbeschwerde des Musterbeklagten zu 1 bleibt ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Feststellungen des Oberlandesgerichts zu den Anspruchsvoraussetzungen der Prospektverantwortlichkeit des Musterbeklagten zu 1 (Feststellungen zu 3) richtet. Das Oberlandesgericht hat rechtsfehlerfrei die Prospektverantwortlichkeit des Musterbeklagten zu 1 angenommen.

102 a) Das Oberlandesgericht hat seine Feststellung zum Streitpunkt 10 wie folgt begründet: Nach der Prospekt Darstellung über der Musterbeklagte zu 1 sowohl bei der Initiatorin als auch bei der Fondsgesellschaft maßgebliche Funktionen aus. Aus dem Hinweis, dass der Musterbeklagte zu 1 seit 1983 „im Fi-

finanzdienstleistungsmarkt tätig“ sei, sei zu folgern, dass hiermit mit Rücksicht auf eine allgemein anerkannte und hervorgehobene berufliche und wirtschaftliche Stellung und die Eigenschaft als berufsmäßiger Sachkenner eine Garantenstellung eingenommen werde. Zutreffend werde der Musterbeklagte zu 1 als Geschäftsführer der VIP Vermögensberatung GmbH und der VIP Geschäftsführungs GmbH und damit als maßgeblicher Entscheidungsträger der von der zuletzt genannten GmbH vertretenen Fondsgesellschaft ausgewiesen. Auch die Beweisaufnahme habe ergeben, dass der Musterbeklagte zu 1 maßgeblicher Entscheidungsträger bei dem Fondsprojekt gewesen sei.

- 103            b) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde des Musterbeklagten zu 1 bleiben ohne Erfolg. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haften für fehlerhafte oder unvollständige Angaben in dem Emissionsprospekt einer Kapitalanlage neben dem Herausgeber des Prospekts die Gründer, Initiatoren und Gestalter der Gesellschaft, soweit sie das Management bilden oder beherrschen (BGH, Urteil vom 24. April 1978 - II ZR 172/76, BGHZ 71, 284, 287 f.; Urteil vom 22. März 1982 - II ZR 114/81, BGHZ 83, 222, 223; Urteil vom 2. Juni 2008 - II ZR 210/06, BGHZ 177, 25 Rn. 12; Urteil vom 17. November 2011 - III ZR 103/10, BGHZ 191, 310 Rn. 17; Urteil vom 21. Februar 2013 - III ZR 139/12, ZIP 2013, 935 Rn. 12). Das Oberlandesgericht hat entsprechend dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Recht angenommen, dass der Musterbeklagte zu 1 als der Gründer und Geschäftsführer der Initiatorin und Prospektherausgeberin, der VIP Vermögensberatung M. GmbH, sowie Mitgeschäftsführer der Komplementärin der Fondsgesellschaft, auf dessen Erfahrungen im Finanzdienstleistungsmarkt der Prospekt besonders hinweist, als prospektverantwortlich anzusehen ist. Dass der Prospekt auf Seite 36 die Übernahme der Mehrheitsanteile an der VIP Vertriebskoordination durch den Musterbeklagten zu 1 erwähnt und nicht - wie

es das Oberlandesgericht angenommen hat - die Übernahme der Mehrheitsanteile an der VIP Vermögensberatung GmbH durch die VIP Vertriebskoordination, spielt keine entscheidende Rolle.

104 4. Die Rechtsbeschwerde wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Feststellung des Oberlandesgerichts, dass der Musterbeklagte zu 1 bei der Veröffentlichung des Prospekts schuldhaft gehandelt hat.

105 a) Enthält ein Prospekt unrichtige Angaben und wird dieser bei der Anwerbung von Anlegern in Kenntnis der wahren Verhältnisse verwendet, dann ergibt sich daraus im Regelfall nicht nur die Verletzung der Aufklärungspflicht, sondern auch das Verschulden der handelnden Personen (BGH, Urteil vom 24. Mai 1982 - II ZR 124/81, BGHZ 84, 141, 148). Dessen nähere Prüfung wird dann erforderlich, wenn besondere Umstände vorgetragen sind, die die unterlassene Aufklärung als nicht schuldhaft erscheinen lassen. Solche, das Verschulden ausnahmsweise ausschließenden Umstände können auch darin liegen, dass die für die Anlagegesellschaft handelnden Personen irrig davon ausgegangen sind, es bedürfe keines klarstellenden Hinweises an den Anleger, wobei die Entschuldigung auf Grund eines Rechtsirrtums nur unter engen Voraussetzungen in Betracht kommt (BGH, Urteil vom 28. September 1992 - II ZR 224/91, ZIP 1992, 1561 f.). Der Schuldner hat die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, soweit erforderlich, Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, ZIP 2010, 1335 Rn. 3; Beschluss vom 15. Januar 2013 - II ZR 44/12, juris Rn. 12). Dem hinzugezogenen Berater ist dabei der relevante Sachverhalt umfassend mitzuteilen und die erteilte Auskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen (BGH, Urteil vom 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 16; Urteil vom 20. September 2011

- II ZR 234/09, ZIP 2011, 2097 Rn. 18; Urteil vom 23. Oktober 2012  
- II ZR 45/11, juris Rn. 22; Urteil vom 14. Mai 2013 - XI ZR 335/11, juris Rn. 46).

106            b) Die Rechtsbeschwerde zeigt keinen Sachvortrag auf, der geeignet wäre, das Verschulden des Musterbeklagten zu 1 hinsichtlich der Verwendung eines fehlerhaften Prospekts nach den vorstehend aufgezeigten Maßstäben in Frage zu stellen. Das Verschulden erstreckt sich dabei jedenfalls auf die unter B. II 1. und 2. aufgeführten, vom Oberlandesgericht rechtsfehlerfrei festgestellten Prospektfehler.

107            5. Die Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten zu 2 gegen die Feststellung zu 5, sie sei als Rechtsnachfolgerin der früheren Beklagten für den Prospekt als Hintermann nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich, ist begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung des Musterentscheids und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. Das Oberlandesgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Musterbeklagte zu 2 als Rechtsnachfolgerin der D. Bank AG prospektverantwortlich ist. Im Hinblick darauf haben auch die weiteren Feststellungen zum schuldhaften Handeln der Musterbeklagten zu 2 nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne (Feststellungen zu 6) keinen Bestand.

108            a) Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung zur Prospektverantwortlichkeit der Musterbeklagten zu 2 wie folgt begründet: Ob die D. Bank AG als Rechtsvorgängerin der Musterbeklagten zu 2 als Garantin anzusehen sei, könne dahinstehen; jedenfalls sei sie als Hintermann für die gesamte Prospektdarstellung verantwortlich. Die Musterbeklagte zu 2 räume - zumindest bezogen auf den Bereich der Schuldübernahme - ein, Hintermann zu sein, denn nach ihrer eigenen Darstellung sei ihr der Prospekt zur Prüfung und Billigung zugleitet worden. Dabei habe sie erkannt, dass ihr als schuldübernehmende

Bank eine maßgebliche und somit verantwortliche Rolle in dem Projekt „Garantiefonds“ zugeordnet gewesen sei. Die Bank sei für den gesamten Inhalt des Prospekts als Hintermann einzustufen. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass der D. Bank AG die Gefährdung der Anlegerinteressen nicht verborgen geblieben sei. Es habe sich ihr in mannigfacher Hinsicht aufgedrängt, dass das Fondsprojekt anders verwirklicht worden sei, als nach unbefangener Lektüre des Prospekts zu erwarten gewesen sei. Die Bank habe dadurch, dass sie sich bereit erklärt habe, Schuldübernahmeverträge abzuschließen und die für die Verwirklichung des Fondsmodells erforderlichen Zahlungen auf ausschließlich bei ihr geführten Konten abzuwickeln, maßgeblich dazu beigetragen, dass ein Fondsmodell umgesetzt worden sei, in dem der Anleger - ohne sein Wissen - zur Vorleistung herangezogen worden sei. Die Bank habe sich an der Ausarbeitung der Details dieses Fondsmodells, insbesondere der Ausgestaltung der Zahlungsströme, ausgiebig beteiligt. Diese Beteiligung habe sich auf das zentrale Element des Fondsmodells bezogen, so dass die Musterbeklagte zu 2 nicht nur für abtrennbare Bestandteile des Fondsprojekts hafte. Gleichzeitig habe die Bank ein hohes wirtschaftliches Eigeninteresse an der Konstruktion gehabt, weil die Bank für sich eine ganz erhebliche „Work-Fee“ habe erzielen können und ihr für die Fondslaufzeit ein dreistelliger Millionenbetrag zur Verfügung gestellt gewesen sei, mit dem sie unter Eingehung eines maßvollen Risikos frei arbeiten können.

- 109                    b) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.
- 110                    aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind neben dem Herausgeber des Prospekts, den Gründern, Initiatoren und Gestaltern der Gesellschaft, soweit sie das Management bilden oder beherrschen, diejenigen als prospektverantwortlich anzusehen, die als Hintermänner hinter der Fondsgesellschaft stehen und auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkre-

ten Anlagemodells besonderen Einfluss ausüben und Mitverantwortung tragen (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 340). Maßgeblich für die Haftung des Hintermanns ist sein Einfluss auf die Gesellschaft bei der Initiierung des Projekts. Er muss eine Schlüsselposition besitzen, die mit derjenigen der Geschäftsleitung vergleichbar ist (BGH, Urteil vom 19. November 2009 - III ZR 109/08, ZIP 2009, 2449 Rn. 13; Urteil vom 17. November 2011 - III ZR 103/10, BGHZ 191, 310 Rn. 17). Dabei können die gesellschaftsrechtliche Funktion des Hintermanns sowie ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse für eine Einflussnahme auf die Konzeption des Modells sprechen. In der Rechtsprechung sind auch schon mit ähnlichem Einfluss versehene Personen der Prospekthaftung unterworfen worden, etwa ein Generalbevollmächtigter (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 343) und der Leiter einer für die Baubetreuung zuständigen "Planungsgemeinschaft" (BGH, Urteil vom 13. März 1980 - II ZR 258/78, BGHZ 76, 231, 233 f.). Das im jeweiligen Fall festzustellen, ist eine im Wesentlichen trichterliche Aufgabe (BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - III ZR 125/06, ZIP 2007, 1993 Rn. 19).

111           bb) Die der Feststellung der Prospektverantwortlichkeit der Musterbe-  
klagten zu 2 zu Grunde liegende trichterliche Würdigung des Oberlandesge-  
richts hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Das Oberlandesgericht hat kei-  
ne Feststellungen getroffen, die - für sich genommen oder in der Gesamt-  
schau - die Annahme rechtfertigen, dass die D. Bank AG aus der Rolle  
eines Projektbeteiligten, der vertragliche Beziehungen zur Fondsgesellschaft  
oder einem anderen Projektbeteiligten unterhalten soll (vgl. BGH, Urteil vom  
31. März 1992 - XI ZR 70/91, ZIP 1992, 912, 917 f.; Nobbe, WM 2013, 193,  
199), herausgetreten ist und eine Schlüsselfunktion bei der Gestaltung des Ge-  
samtprojekts übernommen hat.

112 (1) Die Schlussfolgerung auf eine maßgebliche konzeptgestaltende Rolle der Bank ist damit, dass ihr der Prospekt zur Prüfung und Billigung zugesandt wurde, soweit es darin um die Rolle der schuldübernehmenden Bank geht, nicht zu rechtfertigen. Diejenigen, die in vertragliche Beziehungen zur Fondsgesellschaft oder einem anderen Projektbeteiligten treten, haben auch in ihrer Funktion als Vertragspartner ein berechtigtes Interesse zu prüfen, dass die sie betreffenden Ausführungen im Prospekt zutreffend sind. Ein solches Prüfungsinteresse besteht bei einer Bank zudem auch im Hinblick darauf festzustellen, ob ihr nach dem Prospekt die Rolle eines Garanten zukommt, der gegenüber den Anlegern für sein nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken am Emissionsprospekt einzustehen hat (dazu BGH, Urteil vom 17. November 2011 - III ZR 103/10, BGHZ 191, 310 Rn. 19 f.; Nobbe, WM 2013, 193, 199).

113 (2) Die Beteiligung der Bank an der Gestaltung der Schuldübernahmeverträge einschließlich der zu Grunde liegenden Zahlungsströme ist ebenfalls keine ausreichende Grundlage für die Annahme einer Schlüsselposition bei der Konzeptionierung des Fonds. Der Umstand, dass die D. Bank AG sich bereit erklärt hat, die hierfür notwendigen Verträge abzuschließen und die Zahlungen zur Verwirklichung des Fondsmodells abzuwickeln, spricht ebenso wenig für eine über die Rolle des Vertragspartners hinausgehende Einflussnahme auf die Fondskonzeption wie die Beteiligung an der Erstellung der vertraglichen Grundlagen. Das Oberlandesgericht hat in diesem Zusammenhang nicht festgestellt, dass die D. Bank durch ihre Beteiligung einem bis zu diesem Zeitpunkt nicht schlüssigen Fondskonzept zur Umsetzung verholfen hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Gestaltung am Markt nicht neu, sondern üblich war. Dies legt aber nahe, dass die Beteiligung der D. Bank AG an der Konzeption keine Notwendigkeit war, sondern dass diese ebenso mit einer anderen Bank hätte umgesetzt werden können. Soweit das Oberlandesgericht davon ausgeht, die D. Bank AG habe das zentrale Modellelement des

Konzepts geprüft und als unbedenklich eingestuft, ist nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts davon auszugehen, dass sich diese Prüfung auf die die Bank betreffenden Fragen der Konzeption beschränkt hat.

114 (3) Dass den verantwortlichen Mitarbeitern der Bank nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts die prospektwidrige Umsetzung des Projekts bewusst war, rechtfertigt ebenfalls nicht den Schluss auf eine Schlüsselposition der Bank. Aus dieser Kenntnis lässt sich für eine maßgebliche Mitwirkung nichts herleiten.

115 (4) Auch die Feststellungen des Oberlandesgerichts zu den wirtschaftlichen Interessen der Bank tragen nicht die Annahme, dass die Stellung der Bank derjenigen eines originär Prospektverantwortlichen entsprach. Dass die Bank erhebliche wirtschaftliche Vorteile von ihrer Beteiligung an der Fondskonzeption hatte, spricht noch nicht für eine über die Rolle eines typischen Vertragspartners hinausgehende Funktion der Bank. Das Oberlandesgericht hat nicht festgestellt, dass die der Bank gewährten wirtschaftlichen Vorteile nach Art und Maß nicht der üblichen Vergütung für die ihr obliegenden Leistungen entsprachen.

116 c) Der Musterentscheid ist insoweit gem. § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO aufzuheben und die Sache ist zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen. Der Senat kann die Prospektverantwortlichkeit der Musterbeklagten zu 2 auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen des Oberlandesgerichts nicht abschließend selbst beurteilen und gem. § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Abgesehen davon, dass das Oberlandesgericht offen gelassen hat, ob eine Prospektverantwortlichkeit der Musterbeklagten zu 2 als Garantin in Betracht kommt (dazu BGH, Urteil vom 17. November 2011 - III ZR 103/10, BGHZ 191, 310 Rn. 19 f.), erscheint es nicht von vornherein

ausgeschlossen, dass das Oberlandesgericht bei einer erneuten Würdigung des Beweisergebnisses, insbesondere der Aussagen der Zeugen Wi. , T. , N. und M. unter Einbeziehung des vom Musterkläger vorgelegten Schriftverkehrs Feststellungen trifft, die die Annahme der Prospektverantwortlichkeit der Musterbeklagten zu 2 tragen.

117           6. Die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten bleiben ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Feststellung zu 7 des Oberlandesgerichts wenden. Die Feststellung ist lediglich im Hinblick auf das in den Gründen des Musterentscheids zum Ausdruck kommende Verständnis des Oberlandesgerichts vom Inhalt der Feststellung klarstellend neu zu fassen. Die Rechtsbeschwerde des Musterklägers, mit der dieser lediglich die Klarstellung anstrebt, dass die Feststellung des Oberlandesgerichts die Geltendmachung weiterer Nachteile als Schaden durch die Anleger nicht ausschließt, hat daher Erfolg.

118           Die Feststellung lautet:

119           Der ersatzfähige Schaden des Anlegers besteht in der von ihm geleisteten Einlage zuzüglich des Agios, soweit es von ihm bezahlt worden ist. Des weiteren kann der Anleger verlangen, von etwaigen Nachteilen freigestellt zu werden, die er dadurch erleidet, dass er von den Finanzbehörden nicht von vorneherein ohne Berücksichtigung der Beteiligung an der VIP 3 KG steuerlich veranlagt worden ist. Zug um Zug hat der Anleger die Abtretung seiner Rechte aus seiner treuhänderischen Beteiligung an der VIP 3 KG anzubieten.

120           a) Das Oberlandesgericht hat seine Feststellung zum Schaden der Anleger wie folgt begründet: Der Anleger könne die Erstattung der von ihm geleisteten Einlage zuzüglich Agio Zug-um-Zug gegen Abtretung seiner Rechte aus seiner treuhänderischen Beteiligung an der Fondsgesellschaft sowie die Freistellung von Nachteilen verlangen, die er dadurch erleide, dass er von den Finanzbehörden nicht von vornherein ohne Berücksichtigung der Beteiligung steuerlich veranlagt worden sei. Generelle Aussagen zur Anrechnung steuerli-

cher Vorteile seien nicht möglich, weil die Höhe eines möglicherweise verbleibenden Steuervorteils im Einzelfall von den individuellen steuerlichen Verhältnissen des jeweiligen Anlegers abhängt.

121           b) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung stand. Die Feststellung ist im Verfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz feststellungsfähig.

122           aa) Eine die Person des Musterklägers oder eines beigeladenen Anlegers betreffende individuelle Frage wie die Höhe des ihm entstandenen Schadens kann nicht Gegenstand einer Feststellung im Kapitalanlegermusterverfahren sein (BGH, Beschluss vom 10. Juni 2008 - XI ZB 26/07, BGHZ 177, 88 Rn. 17, 27). Dies bedeutet indes nicht, dass generelle Feststellungen zur Art und Weise der Schadensberechnung ausgeschlossen sind (Kruis in KK-KapMuG, § 1 Rn. 96; Fullenkamp in Vorwerk/Wolf, KapMuG, § 4 Rn. 19; Maier-Reimer/Wilsing, ZGR 2006, 79, 98 f.; Reuschle, WM 2004, 2334, 2335).

123           bb) Die Feststellung des Oberlandesgerichts enthält - nimmt man die Begründung des Musterentscheids ebenfalls in den Blick - nur generalisierende Aussagen zum Schaden der Anleger, die die Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse der Anleger in den dem Musterverfahren zu Grunde liegenden Ausgangsverfahren nicht ausschließen. Das Oberlandesgericht hat eine Feststellung zur Anrechenbarkeit eines den Anlegern möglicherweise verbliebenen Steuervorteils ausdrücklich abgelehnt. Damit kommt zugleich zum Ausdruck,

dass die Feststellung des Oberlandesgerichts keine abschließende, für die Prozessgerichte nach § 16 Abs. 1 Satz 1 KapMuG bindende Feststellung über den Umfang des zu ersetzenden Schadens sowie die anrechenbaren Vermögensvorteile enthält. Die Feststellung ist insoweit lediglich klarstellend neu zu fassen.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 12.12.2007 - 28 O 7654/07 -

OLG München, Entscheidung vom 08.05.2012 - Kap 2/07 -