

Suchergebnis

Name	Bereich	Information	V.-Datum
Oberlandesgericht München	Gerichtlicher Teil	Musterentscheid KAP 1/07 Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG Berichtigt am 04.04.2012	09.01.2012



Oberlandesgericht München

Abschrift

Aktenzeichen: KAP 1/07
22 OH 21245/07 LG München I
Verkündet am: 30.12.2011
Der Urkundsbeamte:
Vogl
Justizsekretär

Musterentscheid

In dem Musterverfahren

Maria-Rita Schmitt-Heyne, Vöttinger Str. 34 b, 85354 Freising

- Musterklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Mattil & Kollegen, Thierschplatz 3, 80538 München

gegen

1. **Andreas Schmid**, Isardamm 2, 82538 Geretsried
2. **UniCredit Bank AG**, vertreten durch die Mitglieder des Vorstandes Dr. Theodor Weimer, Sprecher, Peter Buschbeck, Lutz Diederichs, Heinz Laber, Andrea Varese, Jürgen Danzmayr und Peter Hofbauer, Am Tucherpark 16, 80538 München

- Musterbeklagte -

Prozessbevollmächtigte zu 1): Rechtsanwälte Grub Brugger & Partner, Nymphenburger Straße 20b, 80335 München

Prozessbevollmächtigte zu 2): Rechtsanwälte Sernetz, Schäfer, Karlsplatz 11, 80335 München

wegen Schadensersatz

erlässt der Senat für Kapitalanlegermusterverfahren des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Kotschy und die Richter am Oberlandesgericht Dr. Kalomiris und Dr. Wölfel auf Grund mündlicher Verhandlungen vom 30.04.2010, 07.05.2010, 11.05.2010, 18.05.2010, 21.05.2010, 15.06.2010, 18.06.2010, 20.07.2010, 23.07.2010, 29.07.2010, 17.09.2010, 22.09.2010, 14.01.2011, 06.05.2011, 15.07.2011 und 16.09.2011

folgenden

Musterentscheid:

I.

Auf Antrag der Musterklägerin wird Folgendes festgestellt:

1.
Der am 26.03.2004 von der VIP Vermögensberatung München GmbH, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, veröffentlichte Prospekt ist in folgenden Punkten unrichtig, unvollständig und irreführend:

- (1) Das steuerrechtliche Anerkennungsrisiko ist fehlerhaft dargestellt, da
 - a) der tatsächliche Zahlungsfluss und die Zahlungsmodalitäten unzutreffend dargestellt sind
 - b) der tatsächliche Zahlungsfluss nicht den Prospektangaben entspricht
 - c) auf Grund des Zahlungsflusses steuerschädliche Auswirkungen bestehen
 - (2) Das Verlustrisiko ist fehlerhaft dargestellt, da
 - a) keine Absicherung von 115 % des Kommanditkapitals
 - b) keine Absicherung aus Sicht des Anlegers
 - c) vorrangige Absicherung der den Anlegern gewährten Darlehen
 - d) keine Absicherung von 115 % des Eigenkapitals des Anlegers
 - e) fehlerhafte und irreführende Bezeichnung der Schuldübernahme als Garantie
 - (3) Die Prognoserechnung ist fehlerhaft dargestellt
- 2.
- a) Der Musterbeklagte zu 1) ist für den am 26.03.2004 für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, veröffentlichten Prospekt als Fondsinitiator nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich.
 - b) Der Musterbeklagte zu 1) hat bei der Veröffentlichung des Prospekts für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne schuldhaft gehandelt.
- 3.
- a) Die Musterbeklagte zu 2) ist für den am 26.03.2004 für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, veröffentlichten Prospekt als „Hintermann“ und/oder „Garant“ nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich.
 - b) Die Musterbeklagte zu 2) handelte bei der Veröffentlichung des Prospekts für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne schuldhaft.
- 4.
- Der Schaden des Anlegers besteht in dem von ihm zum Erwerb der Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, geleisteten Aufwand nebst Disagio, entstandenen steuerlichen Nachteilen, sowie den obligatorisch eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten bei der Musterbeklagten zu 2), beschränkt auf das negative Interesse.
- II.
- Im Übrigen werden die Anträge der Musterklägerin abgewiesen, insbesondere soweit sie beantragt, festzustellen, dass der am 26.03.2004 von der VIP Vermögensberatung München GmbH, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, veröffentlichte Prospekt in folgenden Punkten unrichtig, unvollständig und irreführend sei,
- (1) Fehlerhafte Darstellung der quotalen Fondsnebenkosten
 - (2) Falsche Darstellung der Leistungsbilanz der Vorgängerfonds
 - (3) Fehlerhafter Hinweis auf Innenprovisionen
 - (4) Fehlerhafte Darstellung der Fertigstellungsgarantie
 - (5) Fehlerhafte Darstellung der Gewinnmöglichkeiten

Gründe:

I.

- 1.
- Die Musterklägerin und weitere Anleger nehmen den Musterbeklagten zu 1) und die Musterbeklagte zu 2) als Prospektverantwortliche wegen unrichtiger Angaben im Prospekt der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co KG (im Folgenden VIP 4 bzw. VIP Medienfonds 4 genannt) in Anspruch.
- Das Landgericht München I hat insoweit am 15.11.2007 einen Beschluss erlassen und die Sache dem Oberlandesgericht München zum Zwecke eines Erlasses eines Musterentscheids gemäß § 4 Abs. 1 KapMuG mit folgenden Feststellungszielen vorgelegt:

1.
Der am 26.03.2004 von der VIP Vermögensberatung München GmbH, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald veröffentlichte Prospekt ist in erheblichen Punkten unrichtig, unvollständig und irreführend.
2.
 - a) Der Musterbeklagte zu 1) ist für den am 26.03.2004 für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald veröffentlichten Prospekt als Fondsinitiator nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich.
 - b) Der Musterbeklagte zu 1) hat bei der Veröffentlichung des Prospekts für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne schuldhaft gehandelt.
 - c) Hilfsweise war der Musterbeklagte zu 1) verpflichtet, einen Nachtrag zu dem Emissionsprospekt der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG zu veröffentlichen, in dem die unrichtigen, unvollständigen und irreführenden Punkte im Prospekt richtiggestellt werden, und haftet wegen Verletzung dieser Nachtragspflicht.
- 3.

- a) Die Musterbeklagte zu 2) ist für den am 26.03.2004 für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald veröffentlichten Prospekt als „Hintermann“ und/oder „Garant“ nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich.
- b) Die Musterbeklagte zu 2) handelte bei der Veröffentlichung des Prospekts für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne schuldhaft.
- c) Hilfsweise war die Musterbeklagte zu 2) verpflichtet, einen Nachtrag zu dem Emissionsprospekt der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG zu veröffentlichen, in dem die unrichtigen, unvollständigen und irreführenden Punkte im Prospekt richtiggestellt werden, und haftet wegen Verletzung dieser Nachtragspflicht.
- 4) Der Schaden des Anlegers besteht in dem von ihm zum Erwerb der Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald geleisteten Aufwand nebst Disagio, entstandenen steuerlichen Nachteilen, sowie den obligatorisch eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten bei der Musterbeklagten zu 2).

Diesen Feststellungszielen liegen folgende Streitpunkte zu Grunde:

1.

Geltend gemachte Streitpunkte zum Feststellungsziel Nr. 1

Streitpunkt (1): Fehlerhafte Darstellung des steuerrechtlichen Anerkennungsrisikos

a)

Tatsächlicher Zahlungsfluss und -modalitäten

b)

Dem tatsächlichen Zahlungsfluss nicht entsprechende Prospektangaben

c)

steuerschädliche Auswirkungen wegen des Zahlungsflusses

Streitpunkt (2): Fehlerhafte Darstellung des Verlustrisikos

a)

Keine Absicherung von 115 % des Kommanditkapitals

b)

Keine Absicherung aus Sicht des Anlegers

c)

Vorrangige Absicherung der den Anlegern gewährten Darlehen

d)

Keine Absicherung von 115 % des Eigenkapitals des Anlegers

e)

Fehlerhafte und irreführende Bezeichnung der Schuldübernahme als Garantie

Streitpunkt (3): Fehlerhafte Darstellung der quotalen Fondsnebenkosten

Streitpunkt (4): Falsche Darstellung der Leistungsbilanz der Vorgängerbonds

Streitpunkt (5): Fehlerhafter Hinweis auf Innenprovisionen

Streitpunkt (6): Fehlerhafte Darstellung der Fertigstellungsgarantie

Streitpunkt (7): Fehlerhafte Darstellung der Gewinnmöglichkeiten

Streitpunkt (8): Fehlerhafte Prognoserechnung

2.

Geltend gemachte Streitpunkte zum Feststellungsziel Nr. 2 a)

Der Musterbeklagte zu 1) sei als Geschäftsführer und Vorstand diverser VIP-Unternehmen maßgeblicher Initiator und Hintermann.

3.

Geltend gemachte Streitpunkte zum Feststellungsziel Nr. 2 b)

Der Musterbeklagte zu 1) soll zumindest grob fahrlässig gehandelt haben, indem er es unterlassen hat, die Risiken bzgl. der steuerlichen Anerkennung dieser neuen Konzeption angesichts des Umstandes, dass 4/5 der Gelder schlichtweg an die schuldübernehmende Bank weitergeleitet worden seien, zu berücksichtigen und darüber aufzuklären.

4.

Geltend gemachte Streitpunkte zum Feststellungsziel Nr. 2 c)

Selbst wenn die vorliegende Struktur mit der „Durchreichung“ der Anlegergelder zu 4/5 i.V.m. einem „Inter-Company-Darlehen“ nicht geplant gewesen sei, sondern sich später ergeben hätte, hätte seitens der Prospektverantwortlichen ein Nachtrag erstellt werden müssen, sobald der Prospekt dadurch unrichtig geworden sei.

5.

Geltend gemachte Streitpunkte zum Feststellungsziel Nr. 3 a)

Die Musterbeklagte zu 2) habe auf die Gestaltung der Finanzierungsstruktur des VIP Fonds 4 maßgeblichen Einfluss ausgeübt und sei in die Konzeption des Fonds mit eingebunden gewesen.

6.

Geltend gemachte Streitpunkte zum Feststellungsziel Nr. 3 b)

Die Musterbeklagte zu 2), sei die komplexe Struktur der „defeasance“ genau bekannt gewesen.

7.

Geltend gemachte Streitpunkte zum Feststellungsziel Nr. 3 c)

Selbst wenn die vorliegende Struktur mit der „Durchreichung“ der Anlegergelder zu 4/5 i.V.m. einem „Inter-Company-Darlehen“ nicht geplant gewesen sei, sondern sich später ergeben hätte, hätte seitens der Prospektverantwortlichen ein Nachtrag erstellt werden müssen, sobald der Prospekt dadurch unrichtig geworden sei.

8.

Geltend gemachte Streitpunkte zum Feststellungsziel Nr. 4)

Der Schaden des Anlegers bestehe in den von ihm zum Erwerb der Beteiligung an VIP 4 geleisteten Aufwand nebst Disagio, den entstandenen steuerlichen Nachteilen, sowie den obligatorisch eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten bei der Musterbeklagten zu 2). Steuervorteile seien nicht anzurechnen, wenn sie aberkannt werden.

2.

Unternehmensgegenstand der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co KG (im Folgenden VIP 4 bzw. VIP Medienfonds 4 genannt) ist die weltweite Entwicklung, Produktion, Co-Produktion, Verwertung und Vermarktung sowie der weltweite Vertrieb von Kino-, Fernseh- und Musikproduktionen und anderer audiovisueller Produktionen jeder Art.

a)

Funktion der Musterklägerin:

Der Fonds wandte sich mittels eines Prospektes (Anlage Mattil K 1) an eine Vielzahl von Personen mit dem Angebot, eine Beteiligung ab einer Summe von 25.000,00 EUR (Seite 5 des Prospekts) zu zeichnen. Die Musterklägerin hat sich, wie eine Vielzahl von anderen Anlegern, an dem Fonds beteiligt.

b)

Funktion der Musterbeklagten:

Der Musterbeklagte zu 1) ist der geschäftsführende Gesellschafter der Initiatorin und der Prospektherausgeberin, der VIP Vermögensberatung München GmbH (Seiten 6 und 73 des Prospekts). Weiterhin war der Musterbeklagte zu 1), gemeinsam mit Herrn Andreas Grosch, Geschäftsführer der Komplementärin des VIP Medienfonds 4, der VIP Medienfonds Geschäftsführungs GmbH (Seite 74 des Prospekts).

Die Musterbeklagte zu 2), früher als Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG firmierend, ist nach dem Prospekt zwingend Vertragspartnerin jedes Anlegers, da dieser verpflichtet ist, 45,5 % seines Anteils über ein Darlehen der Musterbeklagten zu 2) zu finanzieren (Seite 87 des Prospekts). Die Musterbeklagte zu 2) ist darüber hinaus Vertragspartnerin der Schuldübernahmeverträge mit den Lizenznehmern des Fonds (Seite 90 des Prospekts).

c)

Das Fondskonzept:

Der VIP Medienfonds 4 hatte drei Vorgängerfonds (VIP Medien 1, 2 und 3). Sein Konzept wird im Prospekt erläutert, der als Anlage einen Zeichnungsschein und einen Darlehensvertrag der Musterbeklagten zu 2) mit dem Anleger enthält. Danach sollten die Herstellung der Filme im Wege der sog. „unechten Auftragsproduktion“ über verschiedene Produktionsdienstleister erfolgen, d. h. die Produktionsdienstleister sollten den Film auf Weisung und nach Vorgabe des Fonds für den Fonds herstellen. Die Produktionsdienstleister waren jeweils berechtigt, mit Zustimmung des Fonds Dritte mit der Herstellung des Films zu beauftragen. Der Fonds sollte die Filme in der Regel vollständig finanzieren, wobei Co-Produktionen ebenfalls möglich sein sollten.

aa)

In dem Prospekt wird das Fondskonzept insbesondere wie folgt erläutert:

Regulärer Zeichnungsschluss ist der 14.12.2004 (Seite 5 des Prospekts). Die Gesellschaft endet am 30.11.2014 (Seite 14 des Prospekts). Das geplante Fondsvolumen sollte mindestens 5 Mio. EUR betragen (Seite 3 des Prospekts).

87,2 % der Einlagen ohne Agio sollten in Produktionskosten und 12,8 % sowie das Agio in Fondsnebenkosten bzw. Dienstleistungsgebühren investiert werden (Seite 63 des Prospekts). Mindestens 115 % des Kommanditkapitals ohne Agio waren mittels Schuldübernahme durch die Musterbeklagte zu 2) abzusichern (Seite 5 des Prospekts).

Der Anleger ist verpflichtet, 45,5 % seines Anteils über ein Darlehen der Musterbeklagten zu 2) zu finanzieren. Zins und Tilgung insoweit werden gestundet bis zum Ablauf des Darlehens am 30.11.2014 (Seite 82 des Prospekts). Zur Sicherung der Darlehensrückzahlung und der Zinsen verpfändete der Anleger seine Beteiligung an der Fondsgesellschaft inklusive aller Vermögensrechte an die Musterbeklagte zu 2). Darüber hinaus war vorgesehen, dass die Rückzahlung (Valuta und Zinsen) im Namen und für Rechnung des Anlegers aus der fest vereinbarten Schlusszahlung erfolgt (Seite 87 des Prospekts).

Verträge bezüglich konkreter Filmprojekte sollten erst noch abgeschlossen werden (Blind-Pool) (Seite 93 des Prospekts).

Das Fondskonzept sieht bezüglich der **Erst**-Investitionen ein Konzept mit Schuldübernahme und Schlusszahlung vor, während bezüglich der **Re**-Investitionen dieses nicht vorgesehen ist (Seite 13 des Prospekts). Die **Erst**-Investition wird mit den Mitteln getätigt, die die Anleger einbezahlen. Die **Re**-Investitionen sollen aus den Gewinnen finanziert werden, die die Erst-Investition erwirtschaftet (Seite 67 ff. des Prospekts).

bb)

Die Projekte sollten nach dem Prospekt wie folgt durchgeführt werden:

Die Fondsgesellschaft beauftragt im Rahmen von Produktionsdienstleistungsverträgen den oder die Produktionsdienstleister mit der Durchführung der Filmherstellung (Seite 11 des Prospekts). Die zur Herstellung der Produktion notwendigen Stoff- und Nebenrechte erwirbt die Fondsgesellschaft (Seite 12 des Prospekts). Zur Gewährleistung der Fertigstellung wird für jedes Filmprojekt eine Fertigstellungsgarantie abgeschlossen („Completion Bond“) (Seite 12 des Prospekts).

Der Fonds schließt für jeden produzierten Film einen Lizenzvertrag mit einer Vertriebsgesellschaft ab (Lizenznehmer) (Seite 12, 90 des Prospekts). Der Lizenznehmer leistet bezüglich aller durch Erst-Investition realisierten Filme spätestens zum 30.11.2014 an die Fondsgesellschaft eine fest vereinbarte Schlusszahlung in Höhe von 115 % bezogen auf den Anteil der Gesamtkosten des Projekts am gesamten Kommanditanteil ohne Agio (Seite 90 des Prospekts).

Die Musterbeklagte zu 2) übernimmt bezüglich aller durch Erst-Investition realisierter Filme die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Erbringung der fest vereinbarten Schlusszahlung (Seite 12, 90/91 des Prospekts). Der Schuldübernahmevertrag zwischen der Musterbeklagten

zu 2) und dem Lizenznehmer wird erst wirksam, wenn dieser das Schuldübernahmeentgelt bezahlt hat (Seite 90/91 des Prospekts).

Der Mittelverwendungskontrolleur darf die Mittel unter anderem erst freigeben, wenn eine Absicherung i.H.v. von 132,64 % der budgetierten Produktionskosten bzgl. des Anteils der Fondsgesellschaft an dem Projekt durch eine Bankgarantie oder eine vergleichbare Sicherheit vorliegt (Seite 88 des Prospekts).

cc)

Nach den Bestimmungen im Prospekt zur Schuldübernahme und zur Mittelverwendungskontrolle ergibt sich folgender Zahlungsfluss:

1. der Lizenznehmer zahlt das „Schuldübernahmeentgelt“ an die Musterbeklagte zu 2) (Seite 90 des Prospekts „Schuldübernahmeverträge“).
2. Die Fondsgesellschaft zahlt „die Produktionskosten“ an den Produktionsdienstleister (Seite 88 des Prospekts „Mittelverwendungskontrollvertrag“ 2. Absatz)

dd)

Im Prospekt wird von folgenden Gewinnprognosen ausgegangen:

Erst-Investition: zwei Folgejahre 10 % und 45 % zuzüglich Schlusszahlung 132,64 %

Re-Investitionen: drei Folgejahre 15 %, 104 % und 10 % (Seite 66 des Prospekts)

Die Erst-Investitionen sollen alle noch im Jahre 2004 erfolgen. Auf Grund von den zwei Gewinnprognosen in Höhe von 10 % und 45 % sind insgesamt acht Re-Investitionen vorgesehen, die jeweils auf der Gewinnprognose der vorhergehenden Investition beruhen (Seite 66 ff. des Prospekts).

Die Details zu den Gewinnprognosen werden nicht erläutert. Insbesondere werden keine Ausführungen gemacht, wie geplant ist, die Einnahmen in den noch abzuschließenden Verträgen (sogenannte waterfalls) zu verteilen (Seite 13 des Prospekts „Nettoerlöse“).

Der Anleger sollte als Mitunternehmer Einkünfte im Sinne des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG aus Gewerbebetrieb erzielen. Die Gewinnerzielungsabsicht auf Ebene des Fonds sei durch die auf Erfahrungswerte basierende Modellrechnung im geforderten Maße glaubhaft gemacht (Seite 83 des Prospekts).

Die durch die VIP 4 hergestellten Filmproduktionen sollten steuerlich selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens sein, die dem Aktivierungsverbot des § 5 Abs. 2 EStG unterliegen. Alle Produktionskosten sollten daher sofort abzugsfähige Betriebsausgaben sein (Seite 15 des Prospekts).

3.

Die Durchführung des Fonds:

a)

abgeschlossene Verträge - Master Agreements und Assumption Agreements - sowie durchgeführte Projekte:

aa)

Bis zum Ende des Jahres 2004 wurden bezüglich folgender Filme Verträge (sogenannte Master Agreements) abgeschlossen, die in der Folgezeit tatsächlich produziert wurden:

All The King's Men
Beyond Friendship
Lucky Number Slevin
Outlander, Stormbreaker
The Contract
Trade (aka The Girls Next Door aka Welcome to America)

Bis zum Ende des Jahres 2004 wurden bezüglich folgender Filme Verträge abgeschlossen, die in der Folgezeit nicht produziert bzw. durch andere Projekte ersetzt wurden:

Space Chimps
Redline
The Physician
Soul of Age
The Illusionist
The Lady in White
The Whole Pemberton Thing
Coming out

Bezüglich des Films Trade wurde ein Teil des Budgets abgezogen und für einen anderen Film verwendet

Hinsichtlich der Einzelheiten des Austausches nimmt der Senat auf die Anlage AS KAP 53 zu Bl. 1282/1285 Bezug

Mit den Mitteln des Fonds wurden tatsächlich folgende Filme produziert:

All the Kings's Men
Beyond Frienship
Black Book
Das Parfüm
Dead or Alive
Elisa III
I'm not There
Lucky Number Slevin
Outlander
Stormbreaker
The Contract
Trade (aka The Girls Next Door aka Welcome to America)
U900
King of Fighters

Ironclad
Flypaper
The Ledge

Bezüglich folgender Filme, bezüglich derer bis zum Ende des Jahres 2004 keine Verträge abgeschlossen wurden und die als „Austauschprojekte“ dienten, wurden bis zur Inhaftierung des Musterbeklagten zu 1) Verträge abgeschlossen:

Black Book
Das Parfüm
Dead or Alive
Elisa III

Bezüglich des Inhalts der Verträge nimmt der Senat Bezug auf die Ordner mit der Bezeichnung „beglaubigte Übersetzungen“ mit den dort vermerkten Filmtiteln.

bb)

Die Musterbeklagte zu 2) schloss sogenannte Assumption Agreements ab. Bezüglich der Einzelheiten wird auf die Anlage B 2-5 Bezug genommen.

b)

tatsächlicher Zahlungsfluss:

Die Musterbeklagte zu 2) organisierte die Überweisungen durch sogenannte Fund Flow Memos, die folgenden Zahlungsfluss in der genannten Reihenfolge ergeben:

1. Fondsgesellschaft an den Produktionsdienstleister,
2. Produktionsdienstleister an den Lizenznehmer
3. Lizenznehmer an die Musterbeklagte zu 2).

Die Überweisungen erfolgten mit kurzem zeitlichen Abstand hintereinander. Bei dem Produktionsdienstleister und dem Lizenznehmer waren noch Sub-Unternehmer einbezogen. Bezüglich der Einzelheiten wird auf die Anlage B 2-3 und auf das von der Musterbeklagten zu 2) übergebene Schaubild (Anlage zu dem Protokoll vom 07.05.2010 (Bl. 866/861)) Bezug genommen.

4.

Steuerliche Auswirkungen:

Die ursprünglich den Anlegern zugewiesenen Verlustzuweisungen des Fonds, die zu entsprechenden Steuerrückerstattungen bei dem jeweiligen Anleger führten, wurden zwischenzeitlich von den Finanzbehörden widerrufen. Eine abschließende Entscheidung durch die Finanzbehörden wurde noch nicht getroffen.

Der Musterbeklagte zu 1) wurde vom Landgericht München I am 13.11.2007 wegen Steuerhinterziehung im Zusammenhang mit dem Vorgängerfonds VIP 3 zu sechs Jahren Haft verurteilt. Das Urteil ist rechtskräftig.

5.

Die Musterklägerin hat in dem Verfahren vor dem Senat angekündigt, über die in dem Vorlagebeschluss hinaus enthaltenen Anträge, folgende weitere Feststellungen zu beantragen:

den Vorlagebeschluss unter 4 (a) wie folgt zu ändern bzw. zu erweitern und im Rahmen des Musterentscheids auch über folgende weitere Feststellungsziele Nr. 2 d), 3 d), 3 e), 4 b) und 4 c) zu entscheiden:

„2.

d) (*neu*):

Der Musterbeklagte zu 1) haftet den Anlegern der VIP Medienfonds 4 GmbH & Co KG, Bavariafilmstr. 2, 82031 Grünwald aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 II BGB, 264 a StGB, 826 BGB.

3.

d) (*neu*):

Die Musterbeklagte zu 2) hat durch ihre im Prospekt herausgestellte Funktion als schuldübernehmende und darlehensgebende Bank und damit maßgebliche Vertragspartnerin der VIP Medienfonds 4 GmbH & Co KG, Bavariafilmstr. 2, 82031 Grünwald, als deutsche Großbank besonderes persönliches Vertrauen interessierter Anleger in Anspruch genommen und haftet daher nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im weiteren Sinne.

e) (*neu*):

Die Musterbeklagte zu 2) haftet den Anlegern der VIP Medienfonds 4 GmbH & Co KG, Bavariafilmstr. –2, 82031 Grünwald aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 II BGB, 264 a StGB, 826 BGB.

4.

a) (*geändert*):

Der Schaden des Anlegers besteht mindestens in dem von ihm zum Erwerb der Beteiligung an der VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG geleisteten Aufwand nebst Agio, den entstandenen steuerlichen Nachteilen sowie den obligatorisch eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten.

b) (*neu*):

Bei einer Zug-um-Zug-Verurteilung hat der Anleger lediglich die Rechte aus der Kommanditbeteiligung an der VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG Zug um Zug an den zum Schadensersatz Verurteilten abzutreten und nicht die Kommanditbeteiligung als solches.

c) Hilfsweise: (*neu*)

Der Schadensersatzanspruch des Anlegers umfasst auch diejenigen Kosten, die ihm im Zusammenhang mit der Abtretung der Fondsbeteiligung an den Schuldner im Falle einer Zug und Zug-Verurteilung entstehen.

d) (*neu*):

Die Nichtausübung eines möglichen Rechtes zum Darlehenswiderruf bzgl. der obligatorischen Fremdfinanzierung der VIP 4-Beteiligung hat keinen Einfluss auf den Schaden des Anlegers, insbesondere begründet die Nichtausübung eines Widerrufsrechts kein Mitverschulden des Anlegers an der Schadensentstehung.“

In der mündlichen Verhandlung vom 16.09.2011 (Bl. 1384) hat sie diese Anträge dann nicht gestellt. Die Musterklägervereiterin hat in der

mündlichen Verhandlung vom 16.09.2011 (Bl. 1384) nur beantragt, die im Vorlagebeschluss genannten Feststellungsziele positiv festzustellen.

Die Musterbeklagten haben in der mündlichen Verhandlung vom 16.09.2011 (Bl. 1384) beantragt, den Antrag der Musterklägerin zurückzuweisen und die Feststellungsziele des Vorlagebeschlusses nicht positiv zu verbescheiden.

6.

Die Musterklägerin und die Musterbeklagten machen zu den einzelnen Streitpunkten insbesondere Folgendes geltend:

Feststellungsziel 1. Unrichtigkeit des Prospekts

Streitpunkt (1): Fehlerhafte Darstellung des steuerlichen Anerkennungsrisikos

a)

tatsächlicher Zahlungsfluss und Modalitäten:

Die Musterklägerin macht geltend, dass die budgetierten Produktionskosten nach Abzug der weichen Kosten (12,8 % plus Agio) zunächst an den Produktionsdienstleister überwiesen, aber davon nur zu 20 % (aus 87,2 % des Fonds-Kapitals) für die Produktion von Filmen verwendet worden seien. Ein Betrag von EUR 277.550.801,- sei sofort an den Lizenznehmer weitergeleitet worden, der diesen sofort und zwingend an die Musterbeklagte zu 2) gezahlt habe. Die Ausführung direkt und unmittelbar hintereinander geschalteter Zahlungsanweisungen vom Fonds an den jeweiligen Produktionsdienstleister, von diesem an den jeweiligen Lizenznehmer und von diesem an die Musterbeklagte zu 2) ist – für sich genommen – zwischen den Parteien unstrittig. Die Musterklägerin macht vor dem Hintergrund dieses Zahlungsstroms geltend, dass von den eingezahlten Anlegergeldern tatsächlich nur EUR 61.279.338,- in Film- und Fernsehproduktionen investiert worden seien.

Die Musterklägerin macht geltend, dass die Produktionskosten in voller Höhe dem Produktionsdienstleister zugeleitet worden sei, der diesen Betrag unmittelbar über den Lizenznehmer an die Musterbeklagte zu 2) weitergeleitet habe. In Höhe von 80 % seien die Gelder bei der Musterbeklagten zu 2) verblieben. Lediglich der Rest von 20 % sei (bei Nichtausübung der „Put-Option“) dem Sub-Produktionsdienstleister – als den eigentlichen Produzenten des Films – zur Verfügung gestellt worden.

Die Musterklägerin macht geltend, dass die von dem Sublizenznehmer aufzubringenden Beträge von 80 % der Produktionskosten nicht über die Rising Star-Unternehmen, sondern direkt vom Sublizenznehmer zum Subproduzenten gezahlt worden seien.

Die Musterklägerin macht geltend, dass die Musterbeklagten auch keine direkten Rückzahlungen bzgl. dieser 80 % behaupteten, sondern konstruierte Abtretungen und Verrechnungen, für die es keine Belege und schriftlichen Verträge gebe, obwohl es um Hunderte von Millionen Euro gegangen sei.

Die Musterklägerin macht geltend, dass es ein festes, von VIP und den Musterbeklagten vorgegebenes, Vertragswerk gegeben habe, das der Produktionsdienstleister akzeptieren musste, wenn er in den Genuss der rund 20 % des veranschlagten Filmbudgets gelangen wollte. Auf diesem Wege sei der Zahlungsfluss – und damit auch die direkte Weiterleitung von 80 % des Filmbudgets an die Musterbeklagte zu 2) – sichergestellt worden.

Diese Konstruktion sei dadurch vereinfacht worden, dass VIP sich immer den gleichen „Produktionsdienstleistern“ bzw. „Lizenznehmern“ der „Rising Star“-Gruppe bedient habe, wobei die eigentlichen Produzenten und Lizenznehmer als „Sub-Produktionsdienstleister“ und „Sub-Lizenznehmer“ bzw. „Sub-Distributoren“ bezeichnet worden seien.

Die Musterklägerin macht geltend, dass es den jeweiligen Vertragspartnern nur darum gegangen sei, von VIP 4 einen „Finanzierungsbaustein“ in Höhe von 20 % der budgetierten Produktionskosten zu erhalten. Die restlichen zur Filmherstellung erforderlichen 80 % hätten diese nicht gebraucht, da sie insoweit eine anderweitige Finanzierung hätten realisieren können.

Von der Musterklägerin wird geltend gemacht, dass die von dem Musterbeklagten zu 1) ausgewählten Geschäftspartner und Lizenznehmer nicht in der Lage und willens gewesen seien, das „Schuldübernahmeentgelt“ aus eigenen Mitteln zu zahlen.

Der Musterbeklagte zu 1) bestreitet, dass er dem beauftragten Produktionsdienstleister die Weitergabe eines Teils der Produktionskosten an den Lizenznehmer zur Auflage für die Auszahlung der Produktionskosten gemacht habe, um sicherzustellen, dass die vom Lizenznehmer vertraglich geschuldete Schuldübernahme erfolgen könne. Die Fondsgesellschaft habe im Wesentlichen zwei Vertragspartner gehabt. Auf der einen Seite habe der Produktionsdienstleister gestanden, der von der Fondsgesellschaft mit der Herstellung der Filmprojekte beauftragt war. Auf der anderen Seite habe der Lizenznehmer gestanden, der bereits vor Produktionsbeginn die Auswertungsrechte der noch herzustellenden Filme gekauft und als Gegenleistung hierfür eine vertraglich vereinbarte Minimumgarantie an zu erwartenden Lizenzeinnahmen versprochen habe, welche durch eine Schuldübernahme bei der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG abzusichern gewesen sei. Die Fondsgesellschaft habe Zahlungsströme zwischen Produktionsdienstleister und Lizenznehmer nicht zur Bedingung gemacht, vorgegeben oder angewiesen, damit 80 % der an den Produktionsdienstleister gezahlten Fondsmittel „festgeldartig“ bei der schuldübernehmenden Bank angelegt werden könne. Dies sei den Verträgen nicht zu entnehmen. Entsprechende Nebenabreden oder Weisungen des Musterbeklagten zu 1) gebe es nicht.

Der Musterbeklagte zu 1) macht geltend, dass das erforderliche Entgelt für die Schuldübernahme der Lizenznehmer aufzubringen habe. Die hierfür benötigte Liquidität erhalte er zum Beispiel aus einem Konzern-Cashpool, einem Darlehen oder einer auf einem anderen Rechtsgrund beruhenden Zahlung vom Produktionsdienstleister als Vor- bzw. Zwischenfinanzierung. Ebenso habe die Möglichkeit bestanden, dass der Lizenznehmer durch ein Darlehen von dritter Seite, aus eigenen Mitteln oder aus Vorverkäufen wie bei den Vorgängerfonds der VIP-Gruppe, VIP 1 und VIP 2, finanziere. Die Entscheidung über die konkrete Finanzierungsgestaltung habe außerhalb der Einflussphäre des Musterbeklagten zu 1) gelegen und sei stets durch den Lizenznehmer selbst getroffen worden. Eine diesbezügliche Weisung habe es nicht gegeben.

Der Musterbeklagte zu 1) macht weiter geltend, dass – soweit eine Vor- oder Zwischenfinanzierung durch den Produktionsdienstleister erfolgt sei – diese an den Produktionsdienstleister zurückgeführt worden sei und werde. Die Modalitäten dieser Rückführung seien zwischen dem Produktionsdienstleister und dem Lizenznehmer verhandelt worden. Diese hätten sichergestellt, dass die Mittel für die Dreharbeiten zur Verfügung gestanden hätten. Für die Fondsgesellschaft sei dies durch den Abschluss des Completion Bonds sichergestellt worden.

Der Musterbeklagte zu 1) macht geltend, dass für den Fonds lediglich ausschlaggebend gewesen sei, dass er bei Zahlung an den Produktionsdienstleister eine prospektgemäße und werthaltige Vertriebsgarantie erhalten habe. Ob der Produktionsdienstleister die vom Fonds erhaltenen Gelder an den Lizenznehmer zur Bezahlung des Schuldübernahmeentgelts ausleihe, sei für die Fondsgesellschaft ohne Belang gewesen, solange sichergestellt gewesen sei, dass der Produktionsdienstleister das versprochene Filmwerk habe herstellen können und die geschlossenen Verträge erfüllt werden. Eine Vorgabe des Musterbeklagten zu 1) dahingehend, dass die Finanzierung des Schuldübernahmeentgelts aus einem Darlehen des Produktionsdienstleisters zu erfolgen habe, habe es nicht gegeben.

Der möglicherweise entstandene Anschein von bloßen „Kreiszahlungen“ sei darauf zurückzuführen, dass die zur jeweiligen Mittelfreigabe erklärte Schuldübernahme jeweils durch Zahlung des Schuldübernahmeentgelts aufschiebend bedingt gewesen sei. Dem Fonds sei daran gelegen gewesen, sicherzustellen, dass die Bedingungen für die Schuldübernahme vorlagen. Es sei kein Scheinkonstrukt aufgebaut oder aufrechterhalten worden.

Der Musterbeklagte zu 1) macht weiter geltend, dass gegen den von der Staatsanwaltschaft und der Musterklägerin unterstellten „tatsächlich verwirklichten Sachverhalt“ spreche, dass mit diesem tatsächlich eingetretene Rechtsfolgen nicht in Übereinstimmung stünden. Die Fondsgesellschaft sei, außer im Fall einer Co-Produktion, regelmäßig Alleinberechtigte aus dem Produktionsdienstleistervertrag. Von den Produktionsdienstleistern sei auch nie beanstandet worden, dass nur 20 % der vereinbarten Produktionsmittel zur Verfügung gestellt worden seien. Die Fondsgesellschaft sei alleiniger Rechteinhaber der produzierten Filmwerke geworden, nicht hingegen der jeweilige Sublizenznehmer. Dieser habe auf Erlösgarantien gezahlt und keine eigenständigen Produktionsbeiträge geleistet. Weiterhin sei zu beachten, dass der Sublizenznehmer dem Subproduktionsdienstleister Zahlungen aus den Mitteln leiste, die der Sublizenznehmer dem Lizenznehmer aufgrund der zwischen diesen beiden vereinbarten Mindestlösungsgarantie schulde (abgekürzter Zahlungsweg).

Die Musterbeklagte zu 2) trägt vor, dass es keine Vorgaben gegeben habe, wie der Lizenznehmer den gegenüber dem Fonds zu leistenden Barwert für die Erbringung der Schuldübernahme aufbringe und ggf. finanziere. In dem Fall, dass Lizenznehmer und Produktionsdienstleister verbundene Unternehmen gewesen seien, habe es für den Lizenznehmer nahe gelegen, die Finanzierung durch ein „Inter-Company-Darlehen“ des Produktionsdienstleisters darzustellen. Denn Letzterer habe aufgrund des Erhalts der Produktionskosten von der Fondsgesellschaft im Voraus über „überschüssige Liquidität“ verfügt, während sich der Lizenznehmer umgekehrt in „Liquiditätsbedarf“ befunden habe. Eine Kreditaufnahme bei einem außenstehenden Kreditgeber sei regelmäßig deutlich kostenintensiver gewesen als der Abschluss eines „Inter-Company-Darlehens“.

Weiterhin sei die Gewährung von „Inter-Company-Darlehen“ nicht Bestandteil eines von dem Musterbeklagten zu 1) vorgegebenen Fondskonzepts gewesen.

b)
dem tatsächlichen Zahlungsfluss nicht entsprechenden Prospektangaben

Die Musterklägerin macht geltend, dass im Prospekt im Ergebnis verschwiegen worden sei, dass aufgrund des konkreten Zahlungsflusses lediglich 20 % der Anlegergelder bezogen auf den geplanten Produktionsanteil für Produktionen verwendet werden sollten und der Rest (80 %) in die „Garantien“ fließen, die sich der Fonds damit selbst erkaufe. Das für die Schuldübernahme der Musterbeklagten zu 2) eingesetzte Geld sei wie eine Festgeldanlage zu werten.

Die Musterklägerin macht geltend, dass vor dem Hintergrund des tatsächlichen Zahlungsstroms die Aussage im Prospekt (S. 11, 29, 63), dass 87,2 % des Kommanditkapitals ohne Agio in Produktionskosten fließen, falsch sei.

Weiter macht die Musterklägerin geltend, dass die Aussage des Prospekts auf S. 13, 90, 102 falsch sei, wonach das Schuldübernahmeentgelt an die Musterbeklagte zu 2) durch den Lizenznehmer geleistet werde.

Die Musterklägerin macht geltend, dass der Zahlungsfluss im Prospekt nicht richtig dargestellt worden sei. In dem Prospekt werde auf S. 90 nur von einem „Entgelt“ durch den Lizenznehmer gesprochen. Bei einer Bürgschaft, so die Musterklägerin, hätte ein entsprechendes Entgelt lediglich 5 bis 10 % betragen. Von höheren Zahlungen sei aus Sicht des Anlegers nicht auszugehen gewesen.

Die Musterklägerin macht geltend, dass nach dem Prospekt (S. 22 – Kapitel „Finanzierungen“) davon auszugehen gewesen sei, dass der Vertrieb Zahlungen von 70 %–80 % während der Produktionsphase der Filme und nicht vorab erbringe.

Die Musterklägerin macht geltend, dass die Gelder entgegen den Bestimmungen des im Prospekt abgedruckten Mittelverwendungskontrollvertrages freigegeben worden seien, bevor die Schuldübernahme erfolgt sei.

Die Musterbeklagten machen übereinstimmend geltend, dass die Filme zu 100 % der budgetierten Kosten tatsächlich hergestellt worden seien.

Der Musterbeklagte zu 1) macht geltend, dass die Freigabe der Geldmittel der Fondsgesellschaft durch den Mittelverwendungskontrollleur gleichzeitig mit dem Vorliegen der prospektierten Sicherungsmittel erfolgt sei. Die prospektierte Absicherung der Fondsmittel werde durch eine gleichzeitige Zahlung nicht maßgeblich verändert.

Darüber hinaus macht der Musterbeklagte zu 1) geltend, dass selbst eine fehlerhafte Mittelfreigabe keinen Prospektfehler begründen könne, da zum Zeitpunkt der Prospekterstellung die Umstände der Mittelfreigabe noch gar nicht festgestanden hätten.

Die Musterbeklagte zu 2) macht geltend, dass es selbstverständlich sei und im Prospekt auch ausgewiesen sei, dass sie ein Entgelt für eine Schuldübernahmeerklärung in Höhe von 115 % des Kommanditkapitals erhalte. Eine Prospektunrichtigkeit könne bereits deswegen nicht vorliegen, weil nicht die Fondsgesellschaft, sondern der Lizenznehmer zur Bezahlung dieses Schuldübernahmeentgelts verpflichtet gewesen sei und dieses auch erbracht habe. Die Frage, auf welche Weise der Lizenznehmer seinerseits das von ihm zu erbringende Entgelt entrichte, könne keinen Prospektfehler begründen.

Die Musterbeklagte zu 2) macht weiter geltend, dass eine Unrichtigkeit des Prospekts schon deswegen nicht vorliegen könne, da zum Zeitpunkt der Prospekterstellung weder die Produktionsdienstleistungsverträge noch die Lizenzverträge noch die Schuldübernahmeverträge abgeschlossen gewesen seien. Dementsprechend habe eine später erfolgte tatsächliche Verwendung der Gelder im Prospekt nicht ausgewiesen werden können.

c)
steuerschädliche Auswirkungen wegen des Zahlungsflusses

Die Musterklägerin macht geltend, dass der Zahlungsfluss das steuerliche Anerkennungsrisiko erheblich gesteigert habe. Die Steuerbehörden hätten Defeasance-Modelle mit „Inter-Company-Darlehen“-Struktur, bei denen der Barwert bei der schuldübernehmenden Bank vorab zu bezahlen sei, nicht geprüft oder verbindlich anerkannt. Jedenfalls sei eine derartige Struktur von den VIP 4-Verantwortlichen selbst bei den Steuerbehörden nicht angefragt worden.

Die Musterklägerin macht geltend, dass der Prospekt fehlerhaft sei, soweit auf S. 83 des Fondsprospekts aufgeführt werde, dass die Voraussetzungen für einen sofortigen Betriebsausgabenabzug vorlägen. Bei der steuerrechtlich maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise lägen die Voraussetzungen für eine Abzugsfähigkeit hinsichtlich der weitergeleiteten Gelder in Höhe von 80 % des Filmbudgets nicht vor. Durch die vorgegebene Überweisungskette, bei der das Geld sofort an die Musterbeklagte zu 2) weitergeleitet worden sei, habe dem angeblichen Produktionsdienstleister zu keinem Zeitpunkt die angeblichen und tatsächlich weitergeleiteten Produktionsmittel zur

Verfügung gestanden. Im Ergebnis habe die herbeigeführte Situation wirtschaftlich einer Festgeldanlage zu Gunsten des Fonds entsprochen.

Die Musterklägerin macht hierzu geltend, dass das Risiko des Fonds sich (nach Verzicht auf die „Put-Option“) auf ca. 20 % der budgetierten Produktionskosten beschränkt habe. Der Umstand, dass der Fonds trotz dieser Risikoverteilung zu 100 % Inhaber des Copyrights geworden sei, sei unerheblich, da für den Sub-Lizenznehmer die Inhaberschaft des Copyrights nicht von Bedeutung gewesen sei, da die Vertriebsrechte vertraglich bei ihm gelegen habe und die Erlöse aus der Verwertung der Vertriebsrechte nach den Bestimmungen des „waterfalls“ zu verteilen gewesen seien. Das Copyright sei wirtschaftlich für die Dauer der Fondslaufzeit ausgehöhlt, da die Lizenzverträge länger liefen, als der Fonds Bestand habe. Es handele sich lediglich um eine wertlose Rechtsposition („fake-ownership“).

Aufgrund des Zahlungsflusses fehle es zudem an einer Gewinnerzielungsabsicht und der damit verbundenen steuerlichen Anerkennungsfähigkeit. Bei den von VIP 4 produzierten Filmen seien realistische Erlösprognosen von nicht mehr als 130 % zu erwarten gewesen. Tatsächlich müsse, um Gewinn aus dem Tätigkeitsbereich „Filmproduktionen“ erzielen zu können, allein zur Deckung der tatsächlichen Produktionskosten des Fonds und der darauf entfallenden Fondsnebenkosten Erlöse von 166 bis 189 % der budgetierten Produktionskosten erzielt werden, was dem Fondsverantwortlichen bekannt gewesen sei. Die Fondsverantwortlichen hätten deshalb ihre amerikanischen Partner veranlasst, überhöhte Schätzungen abzugeben.

Die Musterklägerin macht geltend, dass die fehlenden 80 % der budgetierten Produktionskosten der jeweilige ausländische Coproduktionspartner beschafft habe. Dies habe zur Folge, dass nicht der VIP4-Fonds einen Film durch einen Produktionsdienstleister herstellen lasse, sondern dass die entstandene Coproduktionsgemeinschaft zwischen dem Fonds und dem ausländischen Coproduktionspartner den Film in Auftrag gebe und die entstehenden Filmrechte anschließend mit dem Ziel, Erlöse hieraus zu erzielen, verwerte. Als steuerrechtlich relevante Betriebsstätte sei dabei die jeweilige Herstellungs- und Vertriebsbetriebsstätte in den USA anzusehen. Dies habe zur Folge, dass die Verluste der Betriebsstätte in den USA zuzuordnen seien, so dass ausländische Verluste bei den Kommanditisten der Fondsgesellschaft gesondert festzustellen seien und nur mit ausländischen Einkünften verrechnet werden könnten, § 2a EStG.

Weiter macht die Musterklägerin geltend, dass in dem Fondsprospekt nicht darauf hingewiesen worden sei, dass eine Aktivierung der Schuldübernahme über die gesamte Laufzeit des Fonds zu erfolgen habe. Forderungen seien zu aktivieren, wenn die für die Entstehung der Forderung wesentlichen wirtschaftlichen Ursachen gesetzt worden seien. Voraussetzung für die Aktivierung einer Geldforderung sei demnach, dass dem Gläubiger ein auf Geld gerichteter Anspruch unbedingt zustehe. Vorliegend habe der Fonds in jedem möglichen Fall einen Anspruch gegen die Bank auf Zahlung des Schuldübernahmeentgeltes.

Die Musterklägerin macht weiter geltend, dass auch in Bezug auf die verbleibenden 20 % ein sofortiger Betriebsausgabenabzug nicht anerkannt werden könne, da auch diese Gelder zunächst an die Bank weitergeleitet worden seien und erst nach Verzicht des Fonds auf die ihm eingeräumte „put option“ an den Produktionsdienstleister freigegeben werden könnten. Die Voraussetzungen für den Betriebsausgabenabzug seien erst bei Rückfluss dieser Mittel an den Fonds erfüllt gewesen.

Die Musterbeklagten verweisen übereinstimmend darauf, dass die „Defeasance-Struktur“ als solche von den Finanzbehörden anerkannt sei. Die Musterbeklagte zu 2) verweist hierzu beispielhaft auf eine verbindliche Auskunft des Finanzamts München III vom 08.05.2001.

Der Musterbeklagte zu 1) macht geltend, dass auch der streitgegenständliche Fonds und seine konkrete Umsetzung keine Steuerschädlichkeit bedinge.

Die Fondsgesellschaft habe den Betrag der überwiesenen Filmherstellungskosten in vollem Umfang als sofort abziehbare Betriebsausgaben behandeln dürfen. Dies gelte selbst dann, wenn die Produktionskosten nur gegen Sicherheitsleistung gezahlt worden seien. Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 EStG finde analoge Anwendung auf Vorauszahlungen auf Herstellungskosten eines immateriellen Wirtschaftsguts. Der Fondsgesellschaft stehe auch weder gegenüber dem Verleiher noch gegenüber der schuldübernehmenden Bank ein aktivierungsfähiges Forderungsrecht zu. Der Fondsgesellschaft stehe gegenüber der schuldübernehmenden Bank kein eigener Anspruch zu, da es bereits an einer entsprechenden vertraglichen Verbindung zwischen Fondsgesellschaft und schuldübernehmender Bank fehle. Die Bank habe lediglich eine Schuld des Lizenznehmers oder Verleihers übernommen. Auch bzgl. der Verpflichtung des Verleihers/Lizenznehmers bestehe keine Aktivierungspflicht.

Die Musterbeklagte zu 2) macht geltend, dass auch die Gewährung eines „Inter-Company-Darlehens“ nichts daran ändern könne, dass Produktionskosten in der budgetierten Höhe angefallen und von der Fondsgesellschaft an den Produktionsdienstleister in voller Höhe vorbehaltlos bezahlt worden seien mit der Folge, dass in dieser Höhe steuerlich relevante Herstellungskosten entstanden seien. Mit der steuerlichen Behandlung der von der Fondsgesellschaft an den Produktionsdienstleister gezahlten Beträge habe ein internes Rechtsverhältnis zwischen Produktionsdienstleister und Lizenznehmer nichts zu tun. Auch die „zeitliche Nähe“ der Zahlungen sei nichts Besonderes. Diese trage dem Sicherungsinteresse der Beteiligten Rechnung.

Streitpunkt (2): Fehlerhafte Darstellung des Verlustrisikos

a)

Keine Absicherung von 115 % des Kommanditkapitals

Die Musterklägerin macht geltend, dass gemäß Seite 5 des Verkaufsprospekts mindestens 115 % des Kommanditkapitals ohne Agio mittels Schuldübernahme durch die Musterbeklagte zu 2) abgesichert sein sollten. Auf Seite 13 des Prospekts werde die Verpflichtung zur Lizenznehmerschlusszahlung auf 115 % bezogen auf das anteilige Kommanditkapital ohne Agio bezogen auf den Anteil der Produktionskosten am gesamten Kommanditkapital des Lizenzgebers beschränkt.

Hieraus werde ersichtlich, dass die 115 % auf den Produktionskostenanteil ohne die Weichkosten bezogen sein sollte und gerade nicht auf das gesamte Kommanditkapital ohne Agio. Da die Weichkosten/Fondsnebenkosten 12,8 % betragen sollten, bezöge sich der abgesicherte Anteil von 115 % auf die 87,2 %. Mithin seien lediglich ca. 100 % bezogen auf das Kommanditkapital abgesichert. Damit sei die Aussage auf Seite 5 des Prospekts, wonach 115 % des Kommanditkapitals abgesichert seien, falsch.

Die Musterbeklagte zu 2) weist darauf hin, dass tatsächlich insgesamt 115 % des gesamten Kommanditkapitals ohne Agio abgesichert seien. Eine Einschränkung auf eine 100 %ige Absicherung des Kommanditkapitals läge nicht vor. Insoweit unterläge die Musterklägerin einem Missverständnis. Die herangezogene Formulierung auf Seite 13 des Prospekts drücke lediglich aus, dass sich die Schuldübernahme auf das jeweilige Projekt beziehe.

b)

Keine Absicherung aus Sicht des Anlegers

Die Musterklägerin macht geltend, in der Gesamtschau habe der Anleger den Eindruck gewinnen müssen, als sei seine Kommanditeinlage ohne

Agio in Höhe von 115 % durch die Schuldübernahme der Musterbeklagten zu 2) gesichert und als bestünde das einzige Risiko in der Insolvenz der Musterbeklagten zu 2). Diese Darstellung sei jedoch unzutreffend. Zum einen werde in keinsten Weise der Anteil des einzelnen Anlegers abgesichert, denn am Ende der Laufzeit fließe die Garantiezahlung allenfalls an den Fonds und nicht an den einzelnen Anleger. Sei am Ende der Laufzeit der Fonds überschuldet oder habe er Verbindlichkeiten, so fließe die Garantiezahlung in keinsten Weise eins zu eins an den Anleger weiter. Damit sei gerade nicht sichergestellt, dass der Anleger 100 bzw. 115 % seines Einzahlungsbetrages zurückerhalte.

Der Musterbeklagte zu 1) argumentiert, der streitgegenständliche Prospekt verspreche dem Anleger an keiner Stelle, dass das gesamte vom Anleger gegebene Kapital von der „Garantie“ der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG umfasst sei. Auf Seite 90 des Prospekts werde ersichtlich, dass die Garantiezahlung an die Fondsgesellschaft erfolgt.

Die Musterbeklagte zu 2) verweist auf Seite 93 des Prospekts unter B II, wonach die Schlusszahlung ausdrücklich als an den Fonds zu leisten dargestellt sei.

c)
Vorrangige Absicherung der den Anlegern gewährten Darlehen
Die Musterklägerin macht geltend, auch die Absicherungshöhe von 115 % sei unzutreffend. Es werde nicht erwähnt, dass am Ende der Laufzeit die Garantiezahlung der Musterbeklagten zu 2) vorrangig zur Absicherung der Darlehen, die die Anleger in Höhe von 45,5 % ihres Zeichnungsbetrages über die Musterbeklagte zu 2) aufzunehmen hatten, d. h. in Höhe von 45,5 % des Kommanditkapitals und der hierfür aufgelaufenen Zinsen und Kosten dienen sollte.

Der Prospekt suggeriere mit der Aussage, 115 % des Kommanditkapitals sei abgesichert, die Einlage des Anlegers sei in dieser Höhe abgesichert, was den Prospekt falsch mache. Wirtschaftlich betrachtet erhalte der Anleger tatsächlich gar keinen Kredit, sondern die Musterbeklagte zu 2) erhalte einen Anteil an dem Fondsvermögen von 25 %. Hierfür müsse sie im Jahr 2014 einen Betrag ausbezahlen, der gerade noch einem Anteil von 35 % des Nominalbetrages des Fonds entspreche. 69,76 % des Nominalkapitals (80 % von 87,2 %) habe die Bank nämlich sofort als Schuldentgelt zurückerhalten.

Die Darlehen valutierten im Jahr 2014, da die Zinsen gestundet werden mit ca. 80 % der Nominalbeteiligung. Von den 115 % Beteiligung verbleiben dann also max. 35 % nach Rückzahlung des Darlehens als angebliche Sicherheit für die Rückzahlung des Anlagevermögens übrig. Eigenkapital werde von den Anlegern aber in Höhe von 54,5 % investiert. Die angebliche Absicherung bedinge damit automatisch eine Unterdeckung von mindestens 20 %, bzw. inklusive Agio von mindestens 25 %, des Anlagevermögens. Dies werde durch die Kreditkonstruktion und die Schuldübernahme von 115 % vollends verschleiert.

Aus Investorensicht dürfe nur der Bezug auf das effektiv eingesetzte Geld der Investoren interessieren, also auf das Eigenkapital zzgl. Agio.

Der Musterbeklagte zu 1) trägt hierzu vor, auf Seite 6 des Prospekts sei unter der Überschrift „Anteilsfinanzierung“ ausdrücklich auf die vorrangige Absicherung der Darlehensrückführung einschließlich Zinsen und die damit einhergehende eingeschränkte Absicherung des Eigenkapitals hingewiesen.

d)
Keine Absicherung von 115 % des Eigenkapitals des Anlegers

Die Musterklägerin macht geltend, dass das Werben der Anleger mit einer bankunterlegten Sicherheit in Höhe von 115 % und die selbst gewählte Bezeichnung als „Garantiefonds“ beim Anleger den Eindruck erwecken müsse, dass ihm der Einsatz plus 15 % Wertzuwachs sicher seien. Eine Analyse der Firma Rinke Medien Consult (rmc), die sich auf die Analyse von Medienfonds spezialisiert habe, habe bei der Analyse des Medienfonds VIP 4 ergeben, dass die Garantie beim VIP 4 Medienfonds lediglich 80 % der Bareinlage ausmache.

Die Musterbeklagte zu 2) führt hierzu aus, dass die bloße Bezeichnung des Fonds als „Garantiefonds“ auf dem Titelblatt schon keinen Prospektinhalt, der ohne Berücksichtigung der Erläuterungen im Prospekt als unrichtig gewertet werden könnte, darstelle, sondern eine schlagwortartige Beschreibung, die als solche auch zutreffend sei, bzw. sogar hinter den tatsächlichen Gegebenheiten zurückbleibe. Dem durch die Vereinbarung der Mindestlizenzzahlungen zwischen der Fondsgesellschaft und dem Lizenznehmer sei ein Mindesterloß betragsmäßig garantiert. Von einer Absicherung des Einsatzes plus 15 % Wertzuwachs sei im Prospekt nicht die Rede.

e)
Fehlerhafte und irreführende Bezeichnung der Schuldübernahme als Garantie

Die Musterklägerin macht geltend, dass eine weitere Irreführung der Anleger darin liege, dass ihnen schon aufgrund der Bezeichnung als „Garantiefonds“ die vermeintliche Sicherheit ihrer Beteiligung vorgegaukelt werde.

Tatsächlich hänge die Werthaltigkeit einer Schuldübernahme aber erheblich von dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis, somit der Verpflichtung des Lizenznehmers zur Leistung der Garantiezahlung ab.

Den Anlegern werde bewusst verschwiegen, dass die Bank gem. § 417 BGB dem Fonds die Einwendungen entgegensetzen könne, welche sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Fonds und dem Lizenznehmer ergeben. Im Hinblick auf die Risiken dieser angeblichen „Garantie“ werde lediglich auf das allgemeine Insolvenzrisiko der Musterbeklagten zu 2) hingewiesen. Außerdem habe der Vertrag mit der Musterbeklagten zu 2) vorgesehen, dass die Fondsgeschäftsführung der VIP 4 die Musterbeklagte zu 2) jederzeit anweisen konnte, an einen beliebigen Dritten zu zahlen.

Der Musterbeklagte zu 1) trägt vor, der streitgegenständliche Prospekt verspreche dem Anleger an keiner Stelle, dass das gesamte vom Anleger gegebene Kapital von der in „Garantie“ der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG umfasst sei.

Die Musterbeklagte zu 2) weist darauf hin, dass die bloße Bezeichnung des Fonds „als Garantiefonds“ auf dem Titelblatt schon keinen Prospektinhalt darstelle, der ohne Berücksichtigung der Erläuterungen im Prospekt als unrichtig gewertet werden könnte.

Streitpunkt (3): Fehlerhafte Darstellung der quotalen Fondsnebenkosten

Die Musterklägerin macht geltend, dass im Prospekt behauptet werde, die Fondsnebenkosten/Dienstleistungsgebühren würden 12,8 % des Kommanditkapitals ohne Agio betragen und 87,2 % des Kommanditkapitals ohne Agio würden in die Produktionskosten fließen. Das Verhältnis Fondsnebenkosten zu den Produktionskosten werde somit nur mit 12,8 % zu 87,2 % angegeben. Da jedoch lediglich 1/5 der Produktionskosten in die Filme investiert worden sei, verschiebe sich somit auch vollends das Verhältnis der Fondsnebenkosten zu den Produktionskosten. Bezogen auf 100 % Kommanditkapital seien somit 12,8 % in die Fondsnebenkosten investiert, 17,44 % in die Filme und 69,76 % als Garantiezahlung auf das Konto der Schuld übernehmenden Bank geleistet worden.

Der Anleger werde darüber getäuscht, dass er den Weichkostenanteil in Höhe von 12,8 % aus der vollen Beteiligungssumme zu entrichten habe,

obwohl ein Großteil der Anlegergelder gar nicht in die Filmproduktion fließe. Der Anleger habe damit, da lediglich 20 % der Produktionskosten in die Filme geflossen sei, einen 5-mal so hohen Weichkostenanteil bezahlt, als er laut Prospekt dachte.

Der Musterbeklagte zu 1) trägt vor, die quotalen Fondsnebenkosten seien durch den Prospekt fehlerfrei dargestellt. Der Ansatz der Klagseite sei falsch, da es nicht zutreffe, dass nur 20 % der Fondsmittel in die Filmherstellung geflossen seien.

Die Musterbeklagte zu 2) trägt vor, der Vorwurf sei unzutreffend. Sogar wenn die Behauptung richtig wäre, würde sie nicht zu einer Prospektunrichtigkeit hinsichtlich der Nebenkostenquote führen, da die Nebenkosten als Prozentbetrag vom Kommanditkapital angegeben seien und sich diese Quote nicht danach verändere, welcher Anteil der verbleibenden 87,2 % wohin bezahlt werde.

Streitpunkt (4): Falsche Darstellung der Leistungsbilanz der Vorgängerfonds

Die Musterklägerin macht geltend, dass auf Seite 46 des Verkaufsprospekts die Leistungsbilanzen der VIP Medienfonds 1–3 dargestellt seien. Hierbei werde jedoch nicht darauf eingegangen, dass der VIP Medienfonds 3 für das Jahr 2004 die prospektierten Gesamteinnahmen von 29.492.000,- €, von denen ca. 93,5 % noch im Jahr 2004 investiert werden sollten, in keinsten Weise eingespielt werden konnten.

Die mit dem Quartalsbericht 03/04 versandte vorläufige Gewinn- und Verlustrechnung weise per 30.9.2004 Umsatzerlöse von 0,- € aus.

Damit habe bereits zum damaligen Zeitpunkt festgestanden, dass der Vorgängerfonds VIP 3 die prospektierten Planzahlen in größtem Maße verfehlen würde.

Der Musterbeklagte zu 1) trägt hierzu vor, der Verkaufsprospekt weise keinen Fehler im Zusammenhang mit den abgebildeten Leistungsbilanzen der Vorgängerfonds auf. Es seien die Leistungsbilanzen wiedergegeben, soweit die Kennzahlen zum Zeitpunkt der Prospektlegung bekannt gewesen seien. Die von der Klagepartei vorgelegten Anlagen K 20 und K 21 (aus dem Vf. 22 O 12010/07) hätten keinen Aussagewert, da diese Dokumente erst deutlich nach Prospekterstellung angefertigt worden seien. Die nachhaltige Zielverfehlung bei VIP 3 sei zum Zeitpunkt der Prospekterstellung nicht absehbar gewesen.

Erfahrungsgemäß würden die Einnahmen aus den Auswertungen der Filmrechte regelmäßig zum Jahresende fließen. Die Verfehlung der prospektierten Ziele sei damit zum Zeitpunkt der Prospekterstellung bzw. zum Zeitpunkt des Beitritts der Musterklägerin noch nicht absehbar gewesen.

Die Leistungsbilanzen der Fonds VIP 1, 2 und 3 seien auf Seite 46 des Verkaufsprospekts abgebildet, soweit die Kennzahlen zum Zeitpunkt der Prognoselegung bekannt gewesen seien.

Eine nachhaltige Zielverfehlung, die im Übrigen primär durch die verlängerte Platzierungszeit verursacht worden sei, sei zu diesem Zeitpunkt nicht absehbar gewesen. Erfahrungsgemäß fließen die Einnahmen aus den Auswertungen der Filmrechte regelmäßig zum Jahresende bzw. die Abrechnungen zu den Verwertungserlösen werden durch den Filmvertrieb erst mehrere Monate nach dem Abrechnungszeitraum erstellt und berichtet.

Eine Verfehlung der prospektierten Ziele sei damit zum Zeitpunkt der Prospekterstellung bzw. zum Zeitpunkt des Beitritts der Musterklägerin noch nicht absehbar gewesen.

Streitpunkt (5): Fehlerhafter Hinweis auf Innenprovisionen

Die Musterklägerin macht geltend, dass der Emissionsprospekt keinen hinreichenden Hinweis darauf enthalte, dass die Vertriebspartner Innenprovisionen in Höhe von mindestens 7,25 % des jeweils gezeichneten Nominalkapitals erhielten.

Die Musterklägerin trägt vor, dass gemäß interner Unterlagen die Commerzbank zusätzlich zum Agio interne Provisionen in Höhe von 8,25 % schon beim VIP 3 erhalten habe. Andere Vermittler hätten ähnlich hohe Provisionen erhalten. Die Commerzbank habe bei einem Umsatzvolumen von mehr als € 200 Mio. eine Provision von 8,72 % auf die Zeichnungssumme erhalten, dies entspreche ca. 16 % bezogen auf das eingezahlte Eigenkapital (ohne Agio). Die Höhe der Innenprovision sei weder im Prospekt mitgeteilt, noch haben sie die Mitarbeiter der Commerzbank während der Beratungsgespräche offengelegt. Die Höhe der Provisionen für die Commerzbank ist zwischen den Parteien unstreitig.

Durch die Kreditierung sei künstlich das Fondsvolumen und damit auch die Innenprovision aufgebläht worden. Bei richtiger Betrachtung müsste deshalb Innenprovision auf das tatsächlich eingesetzte Kapital gerechnet werden, was eine Innenprovisionsquote von ca. 15 % ergebe.

Im Fonds seien zwar weiche Kosten inklusive des Agios in Höhe von 17,2 % ausgewiesen. Der Prospekt sei aber dennoch fehlerhaft, weil vollständig verschwiegen werde, dass ein Großteil dieser weichen Kosten in Höhe von mindestens 8,25 % an die Commerzbank bzw. an andere Berater und Vermittler gezahlt werde.

Der Musterbeklagte zu 1) ist der Ansicht, dass die Fondsnebenkosten fehlerfrei dargestellt seien. Von einer „versteckten Innenprovision“ könne angesichts der Angaben im Prospekt keine Rede sein. Die Höhe der Innenprovision sei nicht unangemessen oder überdurchschnittlich.

Die Musterbeklagte zu 2) ist der Ansicht, dass es verfehlt sei, die an die Commerzbank gezahlte Innenprovision lediglich ins Verhältnis zu dem gezahlten Eigenkapital zu setzen.

Streitpunkt (6): Fehlerhafte Darstellung der Fertigstellungsgarantie

Die Musterklägerin macht geltend, dass der Prospekt fehlerhaft sei, weil er keinen hinreichenden Hinweis darauf enthalte, dass es für die Freigabe der Fondsmittel genügt habe, dass die Fertigstellungsgarantie seitens einer eigens gegründeten Rising Star Garantoren erklärt worden sei und die Zahlungsverpflichtung aus dieser Fertigstellungsgarantie durch die Hypo-Vereinsbank durch Schuldübernahme übernommen worden sei, obwohl der Barwert der Schuldübernahme nicht von der Rising Star Garantoren bezahlt worden sei, sondern durch die Weiterleitung der Anlegergelder an die Musterbeklagte zu 2).

Streitpunkt (7): Fehlerhafte Darstellung der Gewinnmöglichkeiten

Die Musterklägerin macht geltend, der Emissionsprospekt der VIP 4 sei fehlerhaft, weil er keinen hinreichenden Hinweis darauf enthalte, dass der Fonds tatsächlich an den Erlösen (sog. „waterfall“) der Filme nicht mit einem Anteil beteiligt sei, der einer vollen Finanzierung entspreche, sondern mit einem wesentlich geringeren Anteil (in der Regel maximal ca. 20 Prozent), und dies auch noch nachrangig.

Nachdem das für die Produktion beim Produktionsdienstleister bzw. Subproduktionsdienstleister benötigte Geld zunächst über den Lizenznehmer in Höhe von 80 Prozent der budgetierten Produktionsmittel an die Musterbeklagte zu 2) abgefließen sei (über die Konstruktion eines „Inter-Company-Darlehens“) habe sich der Subproduzent (der eigentliche Filmproduzent) das Geld für die produzierten Filme jeweils bei Dritten besorgen müssen. Damit seien die Filme zu 80 Prozent drittfinanziert. Dieser Umstand wirke sich bei der Gewinnverteilung zu Lasten

des VIP 4 aus.

Der Musterbeklagte zu 1) trägt vor, die Fondsgesellschaft sei nicht lediglich in Höhe von 20 Prozent ihres „Risikokapitals“ an der Erlösverteilung beteiligt. Man müsse von den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den jeweiligen Vertragsparteien ausgehen. So garantiere der Lizenznehmer dem Fonds bestimmte Mindesteinnahmen aus der Verwertung des durch den Fonds produzierten und zur Verwertung zur Verfügung gestellten Filmwerks. Diese mit dem Lizenznehmer vereinbarte und durch die Schuldübernahme der HypoVereinsbank abgesicherte Mindestlizenzzahlung stelle aus Sicht der Fondsgesellschaft die erste Stufe der Erlösverteilung dar. Sie sei Teil des Vertriebes des jeweiligen Filmwerks und stelle keine Beteiligung des Lizenznehmers an den Produktionskosten dar, weswegen sie als Risikoposition nicht mit der Stellung der Fondsgesellschaft zu vergleichen sei. Letztere trage alleine das Risiko der Herstellung, was bereits dadurch deutlich werde, dass ihr auch die alleinigen Urheberrechte zustünden. Das Vertriebsrisiko des Lizenznehmers sei hiervon strikt zu unterscheiden.

Einzig vernünftige Bezugsgröße für die vertraglich vorgesehene Mindestlizenzzahlung seien zum Zeitpunkt der Prospekterstellung die zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststehenden (Blind-Pool) Produktionskosten gewesen. Im Fall von VIP 4 habe der Lizenznehmer auf dieser Basis eine Mindestlizenzzahlung in Höhe von 115 %, bezogen auf den Anteil der Gesamtkosten des Projekts am gesamten Kommanditkapitals (ohne Agio) als Gegenleistung für die Einräumung des Rechts zur Auswertung der Filmproduktionen zu garantieren. Dies bedeute eine Mindestlizenzzahlung in Höhe von 132,64 Prozent bezogen auf die im jeweiligen Projekt eingesetzten Produktionskosten (Produktionskosten = Kommanditkapital abzüglich Investitionsnebenkosten und Liquiditätsreserve, vgl. Seite 67 ff. des streitgegenständlichen Prospekts). Für diese Mindestlizenzzahlung habe eine Absicherung mittels Schuldübernahme der HypoVereinsbank erfolgen müssen.

Da der Lizenznehmer vertraglich verpflichtet sei, seine Vertriebsgarantie bereits vor Fertigstellung und Auswertung des Filmes durch eine Schuldübernahme abzusichern, sei er berechtigt, die von ihm hierfür gemachten Aufwendungen über die „ersten“ berichtigten Bruttoeinnahmen zurückzuführen. In den sogenannten „Master Agreements“ habe man in der Regel diese Verteilung der Bruttoeinnahmen definiert. Es sei zu berücksichtigen, dass die Erlösbeteiligung für den Fonds bereits durch die Schuldübernahmevereinbarung zwischen dem Lizenznehmer und der Musterbeklagten zu 2) am Ende der Fondslaufzeit abgesichert sei.

Unter „berichtigten Bruttoeinnahmen“ seien dabei die Einnahmen zu verstehen, die der Film nach Abzug der Filmvertriebsgebühren einspiele. Erst nach Einspielen der Filmvertriebsgebühren setze die Verteilung des Erlöses an Produzenten (Fonds) und Lizenznehmer ein. Entsprechend sei dies auch im streitgegenständlichen Prospekt auf Seite 90 unter dem Stichwort „Lizenzvertrag“ dargestellt. Die Musterbeklagte zu 1) führt aus: „Klarzustellen ist dabei, dass sich ausweislich des eindeutigen Wortlautes [des Prospekts auf S. 90] die Verpflichtung der Einholung von schriftlichen Sales Estimates für die Erstverwertung von mindestens 125 % bei TV und 150 % bei Kinoproduktionen inklusive der Vertriebsgebühr als Mittelwert zwischen ‚asking und accepting price‘ des Anteils der Fondsgesellschaft an den budgetierten Produktionskosten auf das Verhältnis zwischen Lizenznehmer und Endlizenznehmer bezieht“.

Der festgelegte Verteilungsschlüssel sei stets abhängig von den Verhandlungen zwischen den jeweiligen Vertragsparteien. Hintergrund solcher gestaffelter Regelungen sei, dass dem Lizenznehmer über den Anstieg der Beteiligung am Erlös nach Vertriebs Erfolg Anreize geschaffen werden solle, um einen besonders erfolgreichen Vertrieb zu fördern, und dadurch die maximale Motivation des Vertriebes zu erreichen.

Entgegen der Darstellung der Klagepartei seien deshalb die Ausführungen des Prospekts zu den erwarteten Einnahmen somit keinesfalls falsch, sondern unmissverständlich und nachvollziehbar. Die Darstellung des Prospekts zu den Erlösen und der Verteilung der Erlöse sei vollständig und verständlich.

Streitpunkt (8): Fehlerhafte Prognoserechnung

Die Musterklägerin macht geltend, dass – soweit lediglich 20 % der Produktionskosten in die Filme geflossen seien – sich somit auch die Prognoserechnungen auf Seite 66 des Verkaufsprospekts als völlig unzutreffend erweisen. VIP 4 profitiere am sog. „waterfall“ auch lediglich mit der Quote, die in etwa dem Barwertvorteil entspreche, d. h. in Höhe von etwa 20 %.

Der Musterbeklagte zu 1) führt aus, die prospektierte Prognoserechnung sei nicht unrealistisch. Die Fondsgesellschaft sei nicht lediglich in Höhe von 20 % ihres „Risikokapitals“ an der Erlösverteilung beteiligt.

Die Musterklägerin differenziere nicht zwischen der Vertragsbeziehung zwischen Fondsgesellschaft und Produktionsdienstleister einerseits und Fondsgesellschaft und Lizenznehmer andererseits.

Feststellungsziel Nr. 2 a) Verantwortlichkeit des Musterbeklagten zu 1)

Die Musterklägerin macht geltend, dass der Musterbeklagte zu 1) als Geschäftsführer und Vorstand diverser VIP-Unternehmen maßgeblicher Initiator und Hintermann sei. Damit hafte er auch als Prospektverantwortlicher und Hintermann. Der Musterbeklagte zu 1) habe selbst sämtliche Vertragsverhandlungen mit Vertragspartnern geführt und habe „die Fäden in der Hand“ gehabt.

Nach Auffassung des Musterbeklagten zu 1) fehlt es an seiner Prospektverantwortlichkeit, weil durch ihn keine eigene Prospekterklärung abgegeben worden sei.

Feststellungsziel Nr. 2 b) Verschulden des Musterbeklagten zu 1)

Die Musterklägerin ist der Auffassung, dass der Musterbeklagte zu 1) zumindest grob fahrlässig gehandelt habe, indem er es unterlassen habe, die Risiken bzgl. der steuerlichen Anerkennung dieser neuen Konzeption angesichts des Umstandes, dass 4/5 der Gelder schlichtweg an die schuldübernehmende Bank weitergeleitet worden seien, zu berücksichtigen und darüber aufzuklären.

Die von VIP vorgegebene Struktur sei ein „Pro-Forma-Geschäft“ gewesen, alleine mit der Zielsetzung einen gewissen Steuervorteil zu erreichen. Dies habe auch der Zeuge Freyermuth so erläutert. Nach seinem Dafürhalten sei die ganze Struktur auch Herrn Schmid so bekannt und von ihm mit entwickelt gewesen.

Der Musterbeklagte zu 1) habe gewusst, dass die Offenlegung der Weiterleitung der für die Schuldübernahme nötigen Gelder in steuerlicher Hinsicht kritisch gewesen sei. Die steuerlichen Berater hätten ihm deshalb abgeraten. Die Weiterleitung sei daher bewusst verschwiegen und den Produktionspartnern auch untersagt worden, dies zu veröffentlichen. Die Musterklägerin bezieht sich hierzu auf einen E-Mail-Verkehr zwischen dem Musterbeklagten zu 1) und dem Zeugen Martin Moszkowicz (Vorstand der Constantin Film AG).

Die Musterklägerin ist der Auffassung, dass der Musterbeklagte zu 1) gewusst habe, dass der Prospekt über die Beteiligung an dem VIP 4 Fonds in erheblichen Punkten unrichtig, unvollständig und irreführend ist, bevor dieser verbreitet wurde, oder er habe dies zumindest billigend in Kauf genommen. Dass die sog. Defeasance-Struktur steuerrechtlich problematisch sei, sei zum damaligen Zeitpunkt in der Branche bekannt gewesen. In einem Gespräch am 24.06.2004 habe der Musterbeklagte zu 1) gegenüber Herrn Heinz Gerlach vom „Direkten Anlegerschutz“ in Frankfurt noch ausdrücklich bestätigt, dass es keine finanziellen Verbindungen zwischen den Produktionsdienstleistern und den

Lizenznehmern gäbe, dass folglich die Bankhinterlegung der Barwerte aus der Bonität der Lizenznehmer finanziert werde und nicht durch die den Produktionsdienstleistern zufließenden Zeichnungsbeträge nach Abzug der weichen Kosten.

Der Musterbeklagte zu 1) habe selbst auch Kenntnis vom Zahlungsfluss gehabt, bevor der Prospekt für den VIP 4 veröffentlicht worden sei.

Die prognostizierten unrealistischen Renditen hätten auf von VIP angeforderten, zu positiven Verkaufsvorschauen beruht.

Der Musterbeklagte zu 1) habe gewusst, dass die von ihm ausgewählten Vertragspartner und Lizenznehmer nicht in der Lage oder willens gewesen wären, das Schuldübernahmeentgelt aus eigenen Mitteln zu leisten. Den Vertragspartnern sei seitens des Musterbeklagten zu 1) genau vorgeschrieben worden, wie die Fondsmittel verwendet werden mussten.

Der Musterbeklagte zu 1) trägt vor, dass es keine Vorgabe von ihm dahingehend gegeben habe, dass die Finanzierung des Schuldübernahmeentgeltes aus einem Darlehen des Produktionsdienstleisters zu erfolgen habe.

Der Musterbeklagte zu 1) macht geltend, dass ihm zu keinem Zeitpunkt der Prospekterstellung bekannt gewesen sei, dass der künftige Lizenznehmer die Schuldübernahme über „Inter-Company-Darlehen“ finanziere.

Dies ergebe sich bereits daraus, dass zum Zeitpunkt der Prospekterstellung noch gar nicht festgestanden habe, welche Filmprojekte mit welchen Produzenten bzw. Lizenznehmer durchgeführt werden sollte.

Es sei für den Musterbeklagten zu 1) nicht auszuschließen gewesen, dass sich der Lizenznehmer selbst finanziere, wie dies bei den Vorgängerfonds VIP 1 und 2 der Fall gewesen sei. Dies könne sowohl bei großen als auch bei kleineren Studios angenommen werden.

Der Musterbeklagte zu 1) macht weiter geltend, dass ihm zum Zeitpunkt der Prospekterstellung – selbst wenn man von seiner Kenntnis der von der Musterklägerin unterstellten „Abwicklungsmodalitäten“ ausgehe – nicht bekannt gewesen sei, dass diese „Abwicklungsmodalitäten“ negative Auswirkungen auf die steuerliche Konzeption haben könnten.

Der Musterbeklagte zu 1) macht weiter geltend, dass die VIP Gruppe und er selbst in allen rechtlichen und steuerlichen Fragen des VIP 4 umfassend beraten worden seien. Die Beratung habe nicht nur die Struktur des Fonds, sondern auch alle Details der Umsetzung betroffen. Der Musterbeklagte sei auf diese Beratung angewiesen gewesen, da er selbst bei den einzelnen rechtlichen und steuerlichen Detailfragen nicht über das nötige Fachwissen verfüge. Den Beratern seien alle zum Zeitpunkt der Prospekterstellung bekannten Informationen vollständig offengelegt worden. Hinweise auf eine eventuelle Problematik im Hinblick auf die steuerliche Abzugsfähigkeit der vom Fonds an den Produktionsdienstleister überwiesenen Gelder habe der Musterbeklagte zu 1) von keinem Berater erhalten.

Der Musterbeklagte zu 1) macht weiter geltend, dass auch der von der Musterklägerin angeführte E-Mail-Verkehr zwischen ihm, Herrn Andreas Grosch und Herrn Moskowitz kein gegenteiliges Indiz darstelle. Der Schriftverkehr habe in erster Linie wirtschaftliche Hintergründe gehabt. Es sei lediglich um Fragen des Marketings gegangen.

Feststellungsziel Nr. 2 c) Hilfsweise: Verpflichtung des Musterbeklagten zu 1) einen Nachtrag zum Prospekt zu veröffentlichen

Die Musterklägerin macht hilfsweise unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur geltend, dass, selbst wenn die vorliegende Struktur mit der „Durchreichung“ der Anlegergelder zu 4/5 i.V.m. einem „Inter-Company-Darlehen“ nicht geplant gewesen sei, sondern sich später ergeben hätte, seitens der Prospektverantwortlichen ein Nachtrag hätte erstellt werden müssen, sobald der Prospekt dadurch unrichtig geworden sei.

Feststellungsziel Nr. 3 a) Verantwortlichkeit der Musterbeklagten zu 2)

Die Musterklägerin macht geltend, die Musterbeklagte zu 2) habe auf die Gestaltung der Finanzierungsstruktur des VIP Fonds 4 maßgeblichen Einfluss ausgeübt und sei in die Konzeption des Fonds mit eingebunden gewesen.

Die Musterklägerin macht geltend, dass aus der im Prospekt dargestellten Rolle der Musterbeklagten zu 2) sich ihre zentrale Verantwortung erschließe, da die Gesamtfinanzierung fast zur Hälfte auf der Beteiligung der Musterbeklagten zu 2) aufbaue und die Zahlungen an den Fonds auf Fondsebene absichere. Das Ausfallrisiko des Anlegers werde mit dem Insolvenzrisiko der Musterbeklagten zu 2) gleichgesetzt. Sie sei als der zentrale Stützfeiler der Finanzierung und Absicherung nach außen dargestellt. Daraus sei für den Anleger der Schluss auf eine Garantenstellung der Musterbeklagten zu 2) als Bank zu ziehen.

Die Musterklägerin macht geltend, die Musterbeklagte zu 2) habe vorliegend nicht lediglich als schuldübernehmende und die Beteiligung finanzierende Bank fungiert. Vielmehr habe die Musterbeklagte zu 2) vorab die Prospekte überprüft und überarbeitet. Zudem seien mit der Musterbeklagten zu 2) die Schuldübernahmeverträge und die Durchführung bereits vor Prospekterstellung abgesprochen worden. Sie habe auf die Gestaltung der Schuldübernahmeverträge und die Zahlungsabwicklung bestimmenden Einfluss genommen. Die Schuldübernahme habe die Musterbeklagte zu 2) unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass das Schuldübernahmeentgelt auf Konten der Musterbeklagten zu 2) einbezahlt werde.

Die Musterklägerin macht geltend, die Musterbeklagte zu 2) habe insbesondere Kenntnis von der Tatsache gehabt, dass das bei ihr hinterlegte Schuldübernahmeentgelt (80 %) indirekt, also wirtschaftlich, von VIP 4 stammte, und dass dies seitens der VIP gegenüber ihrem Vertragspartner so vorgegeben werden sollte, sowie dass die Produktionsdienstleister über die vom Fonds erhaltenen 80 % nicht verfügen durften, sondern dies absprachegemäß unmittelbar an die Lizenznehmer zu überweisen hatten. Um diesen Zahlungsfluss sicherzustellen, habe man das System der sog. „fund-flow-memos“ entwickelt, d. h. es mussten alle Überweisungsaufträge bei der Bank gesammelt vorliegen, bevor die Bank den Mittelverwendungskontrolleur Hornauer vom Vorliegen sämtlicher unterschriebener Überweisungsaufträge informierte und dieser sodann die Anlagegelder zur Überweisung an den Produktionsdienstleister freigab.

Der Musterbeklagten zu 2) sei die Fondsstruktur mit dem damit verbundenen Prospekthaftungsrisiko bekannt gewesen. Der Musterbeklagten zu 2) sei vor Prospekterstellung klar gewesen, dass die Schuldübernahmeentgelte indirekt, also wirtschaftlich, vom Fonds VIP 4 stammten und damit letztlich indirekt aus den Anlagegeldern finanziert worden seien. Der Musterbeklagten zu 2) sei bewusst gewesen, dass sie Hintermann des Fondskonzepts sei.

Die Kenntnis der Musterbeklagten zu 2) ergebe sich aus einem Memo ihres beratenden Rechtsanwalts Simon vom 24.08.2004.

Zusammenfassend sei bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Musterbeklagte zu 2) der eigentliche „Vertragspartner“ der Anleger: Der Großteil der Anlagegelder (69,76 %) sei bei ihr hinterlegt worden und käme einer Festgeldanlage gleich, hingegen gelangten lediglich 17,44 % der Anlagegelder in die Filmproduktion. Wirtschaftlich gesehen habe die Musterbeklagte zu 2) den größten finanziellen Vorteil aller Beteiligten aus VIP 4 erlangt. Sie sei deshalb als Mitinitiatorin anzusehen.

Die Musterbeklagte zu 2) trägt vor, ihr sei bei Prospekterstellung nicht bekannt gewesen, ob und inwieweit einzelne oder alle Lizenznehmer ein „Inter-Company-Darlehen“ bei einem Produktionsdienstleister aufnehmen würden. Sie sei nicht in die Prospekterstellung „fest eingebunden“

gewesen. Insbesondere stamme das Fondskonzept nicht von der Musterbeklagten zu 2). Das Fondskonzept sei ursprünglich für den Fonds VIP 1 von KPMG im Auftrag des Musterbeklagten zu 1) entwickelt und dann in gleicher Weise für die Nachfolgefonds VIP 2, VIP 3 und VIP 4 fortentwickelt worden. Insbesondere die Absicherung über eine von einer Bank zu gewährende Schuldübernahme sei bereits Bestandteil des Vorgängerfonds VIP 3 gewesen. Es sei an die Musterbeklagte zu 2) ein bereits fertiges Konzept herangetragen worden. Die Musterbeklagte zu 2) habe den Prospekt insoweit überprüft, soweit sich dort Passagen zur Anteilsfinanzierung und Schuldübernahme befänden. Für die Musterbeklagte zu 2) sei es ohne Bedeutung gewesen, aus welchen Mitteln der Lizenznehmer das Schuldübernahmeentgelt erbringen würde. Auch habe sie keine Garantenstellung eingenommen. Sie habe lediglich die Rolle als Anteilsfinanziererin und schuldübernehmende Bank übernommen. Dass sie ein wirtschaftliches Interesse verfolge, sei selbstverständlich. Soweit sich die Musterklägerin auf interne Unterlagen der Musterbeklagten bezöge, sei ein Prospekthaftungsrisiko darauf zu beziehen, dass die Musterbeklagte zu 2) die Rolle einer schuldübernehmenden und anteilsfinanzierenden Bank übernommen habe.

Es habe keine Vorgabe des Musterbeklagten zu 1) gegeben, einen Teil der vom Fonds an den Produktionsdienstleister bezahlten Produktionsmittel als „Inter-Company-Darlehen“ an den Lizenznehmer weiterzuleiten. In den Produktionsdienstleistungs-, Lizenz- oder Schuldübernahmeverträgen fände sich keinerlei Vorgabe oder Verpflichtung zur Aufnahme eines „Inter-Company-Darlehens“.

Feststellungsziel Nr. 3 b) Verschulden der Musterbeklagten zu 2)

Die Musterklägerin macht geltend, der Musterbeklagten zu 2) sei die komplexe Struktur der „defeasance“ genau bekannt gewesen.

Die Anwälte der Musterbeklagten zu 2) hätten ab April 2004 eine hochkomplizierte Struktur in einer Zeit von mehr als zwei Monaten entwickelt. Die Weiterleitung der Anlagegelder zu 4/5 habe damit schon vor Juni 2004 auch für die Musterbeklagte zu 2) festgestanden, denn dies sei Grundlage der zu entwickelnden Struktur gewesen. Zu diesem Zeitpunkt sei klar gewesen, dass die Anlagegelder zur Finanzierung der Schuldübernahme weitergeleitet werden sollten.

Der Umstand, dass im Falle der Ausübung der Put-Option die Bank in Erfüllung einer Verpflichtung des Lizenznehmers hätte zahlen müssen, sei schon im März 2004 Bestandteil des Anlagemodells gewesen. Es sei unstreitig zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt oder gewollt gewesen, dass die Musterbeklagte zu 2) eine Verpflichtung des Produktionsdienstleisters übernehme. Damit beweise die Put-Option, dass von Anfang an eine Weiterleitung der Anlagegelder an die HVB Bestandteil des Anlagemodells gewesen sei.

Die Musterbeklagte zu 2) trägt vor, sie habe keine positive Kenntnis von der Gewährung von „Inter-Company-Darlehen“ zum Zeitpunkt der Prospekterstellung gehabt. Die Gewährung eines „Inter-Company-Darlehens“ sei kein Bestandteil des Fondskonzepts gewesen. Es habe keine Vorgaben des Musterbeklagten zu 1) gegeben, einen Teil der vom Fonds an den Produktionsdienstleister bezahlten Produktionsmittel als „Inter-Company-Darlehen“ an den Lizenznehmer weiterzuleiten. In den Produktionsdienstleistungs-, Lizenz- oder Schuldübernahmeverträgen fände sich keinerlei Vorgabe oder Verpflichtung zur Aufnahme eines „Inter-Company-Darlehens“. Dies ergäbe sich aus Beweisaufnahmen vom 15.12.2006, 16.01.2007 und 16.07.2007 im Verfahren Az.: 32 O 5637/06 des LG München I.

Die Musterbeklagte zu 2) führt aus, es habe steuerliche Unbedenklichkeit auch unter Berücksichtigung der Möglichkeit der Aufnahme eines „Inter-Company-Darlehens“ bestanden. In dem benannten Verfahren seien die jeweiligen Produktspezialisten der Dresdner Bank, Frau Tschammer, und der HypoVereinsbank, Herr Häuser, sowie ein seit 1995 im Bereich der Filmfinanzierung und -strukturierung tätiger Rechtsanwalt, also unzweifelhaft „Fachleute“ befragt worden. Diese hätten übereinstimmend erklärt, dass ihnen bis zum nunmehrigen Ermittlungsverfahren keinerlei steuerliche Probleme im Zusammenhang mit Defeasance-Strukturen bekannt gewesen seien. Auch dann nicht, wenn der jeweilige Lizenznehmer von der Möglichkeit der Aufnahme eines „Inter-Company-Darlehens“ Gebrauch gemacht habe.

Feststellungsziel Nr. 3 c) Hilfsweise: Verpflichtung der Musterbeklagten zu 2) einen Nachtrag zum Prospekt zu veröffentlichen

Die Musterklägerin macht hilfsweise unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur geltend, dass, selbst wenn die vorliegende Struktur mit der „Durchreichung“ der Anlegergelder zu 4/5 i.V.m. einem „Inter-Company-Darlehen“ nicht geplant gewesen sei, sondern sich später ergeben hätte, seitens der Prospektverantwortlichen ein Nachtrag hätte erstellt werden müssen, sobald der Prospekt dadurch unrichtig geworden sei.

Feststellungsziel Nr. 4) Schaden des Anlegers

Die Musterklägerin macht geltend, der Schaden des Anlegers bestehe in den von ihm zum Erwerb der Beteiligung an VIP 4 geleisteten Aufwand nebst Disagio, den entstandenen steuerlichen Nachteilen, sowie den obligatorisch eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten bei der Musterbeklagten zu 2). Steuervorteile seien nicht anzurechnen, wenn sie aberkannt werden.

Die Musterbeklagte zu 2) weist darauf hin, dass sie auf Grund der Schuldübernahmeverpflichtung in der prospektierten Höhe, also in Höhe der vereinbarten Mindestlizzenzzahlungen, wiederum an die Fondsgesellschaft leisten werde. Ein steuerlicher Schaden sei nicht substantiiert dargelegt. Das Vorliegen etwaiger negativer steuerlicher Auswirkungen werde bestritten.

8.

Der Senat hat den Musterbeklagten zu 1) angehört und Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 23.03.2010 (Bl 750/759) ergänzt durch den Beschluss vom 23.07.2010 (Bl 1127) durch Einvernahme der Zeugen Timothy Halkin, Ulrike Putz, Gero Worstbrock, Dr. Martin Feyock, Walter Hornauer, Claudia Sendlbeck-Schickor, Wolfgang Griesbach, Andrea Oehler; Oliver Kächele, Heiko Hoffmann, Martin Moskowicz, Dr. Christoph Schmidt, Eva Marie Neufahrt, Andreas Simon, Thomas Wöbke, Andreas Grosch, Marcus Schöfer, Josef Brandmaier, Markus Häuser, Christian Hoppmann, Dr. Hans Radau. Die Zeugin Berit Wetzel hat sich mit Schriftsatz vom 30.03.2010 (Bl 782/784) auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen.

Wegen des Ergebnisses der Anhörung des Musterbeklagten zu 1) und der Zeugeneinvernahme wird auf die nachstehenden Protokolle Bezug genommen:

Musterbeklagter zu 1)	Protokoll vom 07.05.2010	(Bl. 855/861)
Timothy Halkin	Protokoll vom 11.05.2010	(Bl. 868/888)
Ulrike Putz	Protokoll vom 11.05.2010	(Bl. 868/888)
Gero Worstbrock	Protokoll vom 11.05.2010	(Bl. 868/888)
und	Protokoll vom 14.01.2011	(Bl.1330/1337)
Dr. Martin Feyock	Protokoll vom 11.05.2011	(Bl. 868/888)
Walter Hornauer	Protokoll vom 18.05.2010	(Bl. 907/924)
Claudia Sendlbeck-Schickor	Protokoll vom 18.05.2010	(Bl. 907/924)
Wolfgang Griesbach	Protokoll vom 18.05.2010	(Bl. 907/924)
Andrea Oehler	Protokoll vom 18.05.2010	(Bl. 907/924)
Oliver Kächele	Protokoll vom 21.05.2010	(Bl. 931/940)

Heiko Hoffmann	Protokoll vom 21.05.2010	(Bl. 931/940)
Martin Moskowitz	Protokoll vom 15.06.2010	(Bl. 980/993)
und	Protokoll vom 14.01.2011	(Bl. 1330/1337)
Dr. Christoph Schmidt	Protokoll vom 15.06.2010	(Bl. 980/993)
Eva Marie Neufahrt	Protokoll vom 15.06.2010	(Bl. 980/993)
Andreas Simon	Protokoll vom 18.06.2010	(Bl. 1000/1014)
Thomas Wöbke	Protokoll vom 18.06.2010	(Bl. 1000/1014)
Andreas Grosch	Protokoll vom 18.06.2010	(Bl. 1000/1014)
Marcus Schöfer	Protokoll vom 20.07.2010	(Bl. 1101/1114)
Josef Brandmaier	Protokoll vom 20.07.2010	(Bl. 1101/1114)
Markus Häuser	Protokoll vom 23.07.2010	(Bl. 1120/1137)
Christian Hoppman	Protokoll vom 23.07.2010	(Bl. 1120/1137)
Dr. Hans Radau	Protokoll vom 29.07.2010	(Bl. 1147/1156)

Der Senat nimmt ergänzend auf den Vorlagebeschluss des Landgerichts München I vom 15.11.2007, die Veröffentlichungen in www.ebundesanzeiger.de bezüglich VIP 4, die gewechselten Schriftsätze der Parteien, die vorgelegten Anlagen und den Inhalt des Prospekts Bezug.

II.

A)
Über die von der Musterklägerin angekündigten, aber nicht gestellten Anträge (vgl. oben I. 5.) war nicht zu entscheiden. Diese Anträge wären im Übrigen unzulässig.

Gemäß § 1 KapMuG ist für die Stellung eines Musterfeststellungsantrages nicht das Oberlandesgericht, sondern das erstinstanzliche Gericht zuständig. Dies gilt gemäß § 13 KapMuG auch für weitere Feststellungsziele wie hier.

B)
Die übrigen Feststellungsziele und Streitpunkte sind gemäß §§ 1, 4 KapMuG zulässig und zum Teil begründet.

B. 1.
Feststellungsziel Nr.: 1

Der Antrag der Musterklägerin festzustellen,
dass der am 26.03.2004 von der VIP Vermögensberatung München GmbH, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, veröffentlichte Prospekt in den aufgeführten Streitpunkten unrichtig, unvollständig und irreführend ist,
ist teilweise begründet:

B (1)

Streitpunkt (1):

Der Antrag der Musterklägerin als Streitpunkt festzustellen, dass die Darstellung des steuerrechtlichen Anerkennungsrisikos fehlerhaft ist, ist begründet.

Das steuerliche Anerkennungsrisiko ist fehlerhaft dargestellt, da

der tatsächliche Zahlungsfluss und die Zahlungsmodalitäten unzutreffend dargestellt sind (Unterpunkt a) zum Streitpunkt (1)),

der tatsächliche Zahlungsfluss nicht den Prospektangaben entspricht (Unterpunkt b) zum Streitpunkt (1)),

und auf Grund des Zahlungsflusses steuerschädliche Auswirkungen bestehen (Unterpunkt c) zum Streitpunkt (1)),

1.
der tatsächliche Zahlungsfluss und die Zahlungsmodalitäten sind unzutreffend dargestellt (Unterpunkt a) zum Streitpunkt (1))
und
der tatsächliche Zahlungsfluss entsprach nicht den Prospektangaben (Unterpunkt b) zum Streitpunkt (1)).

a)

Im Prospekt ist der Zahlungsfluss bei der Erst-Investition, die einen Schuldübernahmevertrag erfordert, wie folgt dargestellt:

aa)

Der Lizenznehmer zahlt das Schuldübernahmeentgelt an die Musterbeklagte zu 2).

Dies ergibt sich aus Seite 90 des Prospekts unter der Überschrift „Schuldübernahmevertrag“. Dort heißt es auszugsweise wörtlich:

„In diesen Schuldübernahmeverträgen wird vereinbart, dass die Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG unter der Voraussetzung der Einzahlung eines Entgelts durch den Lizenznehmer die im Lizenzvertrag fest vereinbarte Schlusszahlung...leistet.“

Der Schuldübernahmevertrag wird daher aufschiebend bedingt abgeschlossen. Dies ergibt sich aus den Worten „unter der Voraussetzung der Einzahlung“. Dies ist die aufschiebende Bedingung. Sie tritt ein mit der Zahlung durch den Lizenznehmer.

Dies ist der **erste** Zahlungsfluss.

bb)

Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, zahlt die Fondsgesellschaft an den Produktionsdienstleister. Dies ergibt sich aus Seite 88 linke Spalte, 3. Absatz des Prospekts. Dort heißt es auszugsweise wörtlich:

„Der Mittelverwendungskontrolleur gibt die Mittel nur frei, wenn ...Für die Freigabe von Produktionsgeldern müssen daneben ..., Absicherungen i.H.v. 132,64 % der budgetierten Produktionskosten bzgl. des Anteils der Fondsgesellschaft an dem Projekt durch Bankgarantie oder eine vergleichbare Sicherheit ...vorliegen.“

Es muss daher ein wirksamer Schuldübernahmevertrag vorliegen, bevor die Überweisung an den Produktionsdienstleister erfolgt.

Die Zahlung der Fondsgesellschaft an den Produktionsdienstleister ist der **zweite** Zahlungsfluss.

b)

Tatsächlich erfolgte aber folgender Zahlungsfluss, der zwischen den Parteien unstrittig ist.

Der Fonds bezahlte 100 % an den Produktionsdienstleister. Dieser leitete unverzüglich ca. 80 % an den Lizenznehmer weiter, der diese ca. 80 % wiederum an die Musterbeklagte zu 2) weiterleitete. Bezüglich des Produktionsdienstleisters und des Lizenznehmers wurden auch Subunternehmer eingeschaltet (vgl. Anlage (B 2-3)).

Der **erste** Zahlungsfluss erfolgte daher abweichend von den Prospektangaben von der Fondsgesellschaft an den Produktionsdienstleister. Der Zahlung des Lizenznehmers erfolgte als **dritter** Zahlungsfluss.

Von dritter Seite flossen dann ca. 80 % an den Produktionsdienstleister zurück. Mit diesen 80 % plus den ursprünglich von den Fonds bezahlten 20 % wurden dann tatsächlich Filme produziert.

Die an die Musterbeklagte zu 2) geflossenen ca. 80 % dienten dazu, dass am 30.11.2014 die Musterbeklagte zu 2) ihre Verpflichtungen aus dem Schuldübernahmevertrag gegenüber dem Fonds in Höhe von 115 % erfüllen konnte.

Die Musterbeklagte zu 2) hat in dem streitgegenständlichen Verfahren eingeräumt, dass sie die Zahlungen im Wege von sogenannten Fund Flow Memos organisierte. Aus der von ihr selbst erstellten Anlage B 2-3 ergibt sich, dass abweichend von dem Prospekt und unter Verstoß gegen den Mittelverwendungskontrollvertrag der Fonds die Auszahlung an den Produktionsdienstleister bewirkte, bevor die Bank die Schuldübernahme rechtswirksam erklärte.

Nach dem Prospekt waren die Schuldübernahmeverträge so abzuschließen, dass sie aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Schuldübernahmeentgelts waren (so auch Seite 90 des Prospekts). Davon geht auch die Musterbeklagte zu 2) aus, die insoweit in ihrem Schriftsatz vom 09.10.2009 auf Seite 26 (Bl. 351) wörtlich ausführt:

„Die Voraussetzungen für das Entstehen der Verpflichtung der HVB unter dem Schuldübernahmevertrag ist abhängig von dem Eingang des Schuldübernahmeentgelts“

Dies bedeutet, dass die Verträge erst rechtsverbindlich wurden, wenn die Musterbeklagte zu 2) das Schuldübernahmeentgelt in einer Höhe erhielt, die es ihr ermöglichte, im Jahre 2014 ihre Zahlungspflichten zu erfüllen. Nach den eigenen Angaben der Musterbeklagten zu 2) wurde die Höhe des Schuldübernahmeentgelts rechnerisch ermittelt. Es war so bemessen, dass die Musterbeklagte zu 2) in die Lage versetzt wurde, am Ende der Laufzeit 2014 den an den Fonds zu zahlenden Betrag leisten zu können.

Nach den Ausführungen in dem Prospekt durfte der Fonds aber erst zahlen, wenn die Schuldübernahme durch die Bank rechtswirksam, also unbedingt erklärt wurde. Dies ist auch im Mittelverwendungskontrollvertrag so festgelegt (so u.a. Prospekt S. 88, 95, 110 § 1 1.2 b).

Wie sich aus den Überweisungsträgern (Anlage B 2-3) ergibt, wurde von dem System abgewichen. Der Fonds erbrachte zuerst die Zahlungen an den Produktionsdienstleister, bevor der Schuldübernahmevertrag wirksam wurde. Er trat prospektwidrig in Vorleistung unter grobem Verstoß gegen den Mittelverwendungskontrollvertrag.

Die Musterbeklagte zu 2) hat in ihrem Schriftsatz vom 09.06.2010 (Bl. 972/975) eingeräumt, dass die Überweisungen entgegen den Ausführungen in dem Prospekt durchgeführt wurden. Sie berief sich aber darauf, dass intern Weisung erteilt worden sei, die Überweisungen zuerst von dem Konto des Lizenznehmers auszuführen. Gegen diese Weisung sei verstoßen worden. Legt man diesen Sachvortrag der Musterbeklagten zu 2) zu Grunde, so hat sie sich gleichwohl entgegen den Vorschriften des Prospektes an die Stelle der Mittelverwendungskontrolleurin gestellt. Es ist ausschließlich die Aufgabe der Mittelverwendungskontrolleurin zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Freigabe durch den Fonds vorliegen. Die Musterbeklagte zu 2) kann nicht durch eine interne Weisung die Rolle der Mittelverwendungskontrolleurin übernehmen.

Derartig weitreichende Maßnahmen und Befugnisse hätten im Prospekt erläutert werden müssen. Stattdessen widerspricht die Vorgehensweise den dortigen Ausführungen.

Die Mittelverwendungskontrolleurin konnte diese Aufgabe auch nicht an die Musterbeklagte zu 2) delegieren. Das System der Mittelverwendungskontrolle beruht darauf, dass eine Person, die keine andere Funktion im Rahmen der Fondsprojekte ausübt, die Kontrolle wahrnimmt. Die Musterbeklagte zu 2) verfolgte aber massiv eigene Interessen und durfte daher keine Aufgaben der Mittelverwendungskontrolleurin wahrnehmen.

Zur Überzeugung des Senats verstoßen die von der Musterbeklagten zu 2) kontrollierten Fund Flow Memos als Ganzes gegen den Prospekt. Es hätte zuerst die Überweisung von dem Lizenznehmer an die Musterbeklagte zu 2) erfolgen müssen. So dann hätte die Musterbeklagte zu 2) gegenüber den Fonds bestätigen müssen, dass die Schuldübernahmeverträge wirksam sind. Die Mittelverwendungskontrolleurin hätte überprüfen müssen, ob dies tatsächlich der Fall ist. Erst dann hätte sie die Mittel freigeben dürfen und die Überweisung von dem Fonds an den Produktionsdienstleister erfolgen können.

Der Senat ist auch davon überzeugt, dass von Anfang an geplant war, insoweit von den Prospektangaben abzuweichen. Zwar ist es theoretisch möglich, dass ein Lizenznehmer mit vielen Millionen EUR in Vorleistung tritt. Die Argumentation der Musterbeklagten zu 2) (Schriftsatz vom 09.10.2009 Seite 28, Bl. 351), der Erhalt einer unwiderruflichen Zahlungsanweisung sei ausreichend, ist unter Berücksichtigung des Konzepts des Fonds unzutreffend. Sie hätte auch dann in Vorleistung treten müssen und hätte die Entscheidung der Mittelverwendungskontrolleurin abwarten müssen. Stattdessen hat sie in bewusstem Zusammenwirken mit der Mittelverwendungskontrolleurin gegen die Bestimmungen in dem Prospekt verstoßen.

Eine ordnungsgemäße Abwicklung war zur Überzeugung des Senats niemals geplant. Die gesamte finanzielle Abwicklung erfolgte von Anfang an durch Fund Flow Memos, die keine Vorleistung des Lizenznehmers beinhalteten (Anlage B 2-3). Dies wurde von der Musterbeklagten zu 2) organisiert, durchgeführt und überwacht. Wären die Prospektvorgaben eingehalten worden, so hätte **kein einziges Projekt** verwirklicht werden können. **Das Geld der Anleger befände sich noch heute vollständig bei der Fondsgesellschaft.**

Der Fonds stand unter einem enormen Zeitdruck. Der Zeichnungsschluss war der 14.12.2004 (Seite 5 des Prospekts). Die gesamten Investitionen sollten noch im Jahre 2004 getätigt werden (Nr. 2 der Prognoseberechnung, Seite 66 des Prospekts). Dementsprechend fanden alle Überweisungen im Dezember 2004 statt (Anlage B 2-3). Auch dies ist zur Überzeugung des Senats ein Indiz dafür, dass von Anfang an geplant war, von den prospektierten Zahlungsflüssen abzuweichen.

Es erscheint zwar theoretisch möglich, aber unrealistisch, dass in dieser kurzen Zeit die Verträge mit dem Lizenznehmer ausgehandelt werden können und dieser trotz des äußerst knappen Zeitraums über die entsprechende Liquidität verfügt, um in Vorleistung zu treten. Die Musterbeklagte zu 2) hat daher auch den Ablauf der Zahlungsflüsse hiervon abweichend organisiert und im allgemeinen Einverständnis durchgeführt.

Ein weiteres Indiz ist das „FKD-Kreditprotokoll der Musterbeklagten zu 2) vom 08.03.2004 (Anlage Mattil K 55). Dort heißt es auszugsweise wörtlich:

„Nach Abzug des geleisteten Schuldübernahmeentgelts sowie der Fondsnebenkosten (vor allem Vertriebs- und Verwaltungsgebühren) von ca 18 % bezogen auf GIK verbleiben ca 15 % GIK als echte Liquidität für die Filmproduktion“

Das Kreditprotokoll wurde vom Vorstand der Musterbeklagten zu 2) genehmigt. Dies bedeutet, dass der Fondsgesellschaft und der Musterbeklagten zu 2) von Anfang an bekannt war, dass von den Prospektvorgaben abgewichen werden sollte. Insoweit kommt es nicht darauf an, welchen Sinn dieser Formulierung nach der Auffassung ihrer Verfasser gehabt haben soll. Der Wortlaut des Protokolls diene als Entscheidungsgrundlage für die Organe der Musterbeklagten zu 2). Auf etwaige Motive der Verfasser dieses Protokolls kommt es daher nicht an. Eine Beweisaufnahme war insoweit aus Rechtsgründen nicht erforderlich; insbesondere war auch nicht die Einvernahme von einzelnen Zeugen zu wiederholen.

2.

Auf Grund des Zahlungsflusses besteht eine steuerschädliche Auswirkung (Unterpunkt c) zum Streitpunkt (1)).

a)

Es ergeben sich daraus die Voraussetzungen für ein Umgehungsgeschäft im Sinne des § 42 Abs. 1 AO.

Unterstellt man zu Gunsten der Musterbeklagten, dass die vorgelegten Verträge nicht nur zum Schein abgeschlossen wurden, sondern „tatsächlich“ so gelebt wurden, so sind sie rechtlich wirksam. Das heißt, sie wurden entsprechend ihrem Wortlaut und den an ihnen beteiligten Firmen in der Praxis umgesetzt. Dabei ist es nicht entscheidungserheblich, wenn in einzelnen Bereichen von den vertraglichen Vorgaben abgewichen wurde. Von einem Scheingeschäft ist nicht bereits dann auszugehen, wenn die Parteien sich nicht an den exakten Wortlaut des Vertrages halten.

Auch bei wirksamen Verträgen kann in steuerrechtlicher Hinsicht aber ein sogenanntes „Umgehungsgeschäft“ vorliegen. Ein Missbrauch der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 Abs. 1 AO liegt vor, wenn die gewählte vertragliche Gestaltung zur Erreichung des erstrebten wirtschaftlichen Ziels unangemessen ist.

Eine rechtliche Gestaltung ist dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zur Erreichung 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. Dieser Weg soll der Steuerminderung dienen und ist durch wirtschaftliche oder sonstige beachtliche außersteuerrechtliche Gründe nicht gerechtfertigt.

Die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs erfordert überdies eine zweckgerichtete Handlung zur Umgehung eines Steuergesetzes (BFH Urteil vom 18.03.2004 – III R 25/02, BFHE 205, 470, BStBl II 204, 787, unter II. 2. d der Gründe, m.w.N.). Allerdings ist es dem Steuerpflichtigen grundsätzlich nicht verwehrt, seine rechtlichen Verhältnisse so zu gestalten, dass sich eine möglichst geringe steuerliche Belastung ergibt (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 29.11.1982, GrS 1/81, BFHE 137, 433, BStBl II 1983, 272, unter C III. der Gründe).

Die Voraussetzungen für ein Umgehungsgeschäft liegen hier vor. Zur Überzeugung des Senats ergibt sich dies bereits aus dem zwischen den Parteien unstrittigen Sachverhalt, sowie den Einlassungen des Musterbeklagten zu 1) und der Musterbeklagten zu 2). Eine Beweisaufnahme war insoweit aus Rechtsgründen nicht erforderlich.

Der Musterbeklagte zu 1) hat bei seiner persönlichen Anhörung einen sehr kompetenten und fachkundigen Eindruck hinterlassen. Er hat für den Senat nachvollziehbar und glaubhaft angegeben, dass er unter hohem persönlichen Arbeitseinsatz und mit großem Ehrgeiz sich dafür einsetzte und arbeitete, dass der Fonds nicht nur möglichst gute Filmprojekte finanzierte, sondern auch wirtschaftlich günstige Verträge abschloss. Aus diesem Grunde seien die Vertragsverhandlungen zwischen dem Fonds und den Produktionsdienstleistern sehr nachhaltig geführt worden. Man habe unter Einbeziehung von fachkundigem Personal ermittelt, welche Kosten für die Produktion des Filmes bei dem Produktionsdienstleister anfallen werden. Auf keinen Fall sei man bereit gewesen, dem Produktionsdienstleister einen erhöhten Kostenbeitrag zu bezahlen.

Der Musterbeklagte zu 1) hat allerdings dann bekundet, dass bei der Kostenanalyse auf Seiten des Produktionsdienstleisters eine Finanzierung mit eingerechnet wurde. Dies bedeutet, dass der Fonds bezüglich der tatsächlich zu erstellenden Filmkosten (also Kosten der Produktion wie Kameraleute, Regisseur, Schauspieler, Material etc.) von **Finanzierungskosten** ausgegangen ist.

Nach dem Fondsprospekt und den Fund Flow Memos (Anlage B 2-3) wurden aber von dem Fonds an den Produktionsdienstleister die „Produktionskosten“ bereits bezahlt, als noch überhaupt nicht mit der Produktion eines Filmes begonnen wurde. Auch dieser Punkt ist zwischen den Parteien unstrittig.

Bei dem Produktionsdienstleister können somit gar **keine** Finanzierungskosten anfallen, da er die Zahlungen ja im Vorhinein erhalten hat. Im Gegenteil müsste im Wege der Abzinsung noch ein Zinsvorteil berücksichtigt werden, da der Fonds die Produktion schon bezahlte, bevor überhaupt mit der Fertigung des Filmes begonnen wurde.

Dies ist bereits ein gewichtiges Indiz für ein Umgehungsgeschäft. Dessen Wesen besteht darin, dass die rechtlichen Folgen gewollt sind, aber die rechtliche Gestaltung nur aus steuerlichen Gründen gewählt wurde, ohne dass es sonst dafür einen nachvollziehbaren Anlass gab.

Die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs erfordert eine zweckgerichtete Handlung zur Umgehung eines Steuergesetzes (BFH aaO.). Dafür sind vorab die tatsächlichen Ziele des Fonds zu ermitteln.

Unstrittig dienten ca. 20 % der Investition in Filmproduktionen. Bezüglich der restlichen ca. 80 % war es Ziel des Fonds, im Jahre 2014 von der Musterbeklagten zu 2) 115 % als Sicherheit zu erhalten (Seite 5, 13 des Prospekts „Absicherung von mindestens 115 %...“). Dies war ein Betrag, der unter allen Umständen zu erzielen war. Eine Abweichung nach unten war nicht vorgesehen (Seite 5, 13 des Prospekts „...mindestens...“).

Der Fonds hätte dieses Ziel daher ebenso erreichen können, wenn er den Betrag von 80 % unmittelbar an die Musterbeklagte zu 2) bezahlt hätte und diese garantiert hätte, dass im Jahre 2014 „115 %“ an den Fonds bezahlt werden. Dies wäre ein reines Bankgeschäft im Sinne eines Einlagengeschäftes nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG gewesen.

Zur Überzeugung des Senats handelte es sich daher bei der Zahlung von ca. 80 % des Fonds an den Produktionsdienstleister um ein Umgehungsgeschäft im Sinne des § 42 Abs. 1 AO. In unternehmerischer Hinsicht sollten nur ca. 20 % der Gelder in die Filmproduktion fließen. Die restlichen ca. 80 % flossen nur aus „steuerlichen“, aber nicht aus „unternehmerischen“ Gründen in die Filmproduktion.

In diesem Fall wären aber ca. 80 % der Beiträge nicht als unternehmerische Beteiligung bei der Steuer zu berücksichtigen gewesen. Aus diesem Grunde wählte man eine Vertragskonstruktion, die eine Beteiligung an der Produktion von 20 % + 80 % vorsah, die tatsächlich existierte und

von real vorhandenen anderen Firmen umgesetzt wurde.

Dem Steuerpflichtigen ist es grundsätzlich nicht verwehrt, seine rechtlichen Verhältnisse so zu gestalten, dass sich eine möglichst geringe steuerliche Belastung ergibt. Die Grenze ist aber erreicht, wenn eine vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür ein ungewöhnlicher Weg gewählt wird, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll. (BFH aaO.)

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Grenze ist überschritten, wenn wirtschaftlich eine festverzinsliche Anlage angestrebt wird und statt dessen eine vertragliche Konstruktion gewählt wird, die eine unternehmerische Beteiligung generiert, aber dabei das Gewinn- und Verlustrisiko dieser Art der Tätigkeit nicht entspricht. Der Steuerpflichtige versucht dabei zwei unterschiedliche Vorteile miteinander zu verbinden, die das Steuerrecht ihm wegen der Differenzierung der verschiedenen Einkunftsarten so nicht gewährt.

Das Steuerrecht sieht folgende Möglichkeit **nicht** vor:

die volle Abschreibung der Investition als unternehmerische Beteiligung verbunden

mit den sichereren Einkünften aus einer Kapitalanlage, ohne unternehmerisches Risiko bezüglich des Kapitalstockes und belastet im Wesentlichen nur mit dem Insolvenzrisiko der Bank (Seite 94 linke Spalte vorletzter Absatz des Prospekts).

Der Senat vermag für die von dem Fonds gewählten Gestaltungsmöglichkeit bezüglich der „80 %“ keine wirtschaftlichen oder sonstigen beachtlichen Gründe zu erkennen. Sie diente vielmehr dazu, die in Wahrheit angestrebte festverzinsliche Anlage zwischen Fonds und der Musterbeklagten zu 2) zu umgehen.

Wie der Senat bereits eingangs erwähnte, war es Interesse des Fonds im Jahre 2014 bezüglich des Anteils von 80 % an den Produktionskosten von der Musterbeklagten zu 2) 115 % zu erhalten. Wie sich aus der Gewinnprognose (Spalte 3a Seite 67 des Prospekts, Nr. 3 Seite 67 des Prospekts) ergibt, sollten bezüglich dieser 80 % der Produktionskosten keine weiteren Gewinne erzielt werden. Dies wäre mit einem einfachen Bankgeschäft zwischen Fonds und Musterbeklagten zu 2) jederzeit möglich gewesen.

Die von dem Fonds gewählte Gestaltung bringt demgegenüber in wirtschaftlicher Hinsicht nur wenig Vorteile, aber deutliche Nachteile. Die Vertriebs- und Vermarktungsrechte liegen bei dem Lizenznehmer (Seite 90 des Prospekts). Die darüber hinaus noch bestehenden sonstigen Rechte, die bei dem Fonds verbleiben, stellen einen Vorteil dar. Demgegenüber stehen allerdings erhebliche Unsicherheiten. So ist die Schuldübernahme gegenüber einem einfachen Einlagengeschäft mit rechtlichen Risiken behaftet.

Was bleibt, ist nur der große steuerrechtliche Vorteil. Man wollte 80 % des Investitionsvolumens unter dem Begriff „unternehmerischer Beteiligung“ in Filme pro forma investieren, um dadurch zu umgehen, dass in Wirklichkeit 80 % eine festverzinsliche Anlage war.

Die Musterbeklagte zu 2) hat dies nunmehr in ihrem Schriftsatz vom 04.10.2011 auf Seite 2 (Bl 1416) selbst eingeräumt. Sie führt dort wörtlich aus:

„Der Fonds ist tatsächlich ein Garantiefonds, garantiert sind nämlich Mindestzahlungen durch den Lizenznehmer, die dann *zusätzlich* durch die schuldübernehmende Bank übernommen werden,...“

Nach den eigenen Ausführungen der Musterbeklagten zu 2) erzielt der Fonds **garantierte Einnahmen**, nämlich die Mindestzahlung durch den Lizenznehmer. Insoweit besteht kein unternehmerisches Risiko. Die nach den eigenen Worten der Musterbeklagten zu 2) „garantierte“ Zahlung ist immer gleich hoch.

Dass die Voraussetzungen des § 42 AO vorliegen, verdeutlichen auch folgende Überlegungen:

Das Fondskonzept sieht bezüglich der Erst-Investitionen ein Konzept mit Schuldübernahme vor, während bezüglich der Re-Investitionen dieses nicht vorgesehen ist. Der Senat verkennt nicht, dass die Fondsinitiatoren grundsätzlich in der Gestaltung frei sind. Für die Frage, ob in steuerrechtlicher Hinsicht ein Umweggeschäft vorliegt, ist aber das Konzept ein zusätzliches Indiz.

Die Prognose (S. 66 des Prospekts) sieht Erlöse bezüglich **Re-Investitionen** verteilt auf drei **Folgejahre** vor. Bei der **Erst-Investition** fallen im **Folgejahr keine** Erlöse an, diese sollen erst in den nächsten zwei Jahren und am Ende der Laufzeit des Fonds eintreten.

Es werden aber jeweils Filme produziert. Die Tätigkeit des Fonds ist nach dem Sachvortrag der Musterbeklagten grundsätzlich identisch, da immer zu 100 % Filme produziert wurden. Dennoch fallen bei der Erst-Investition im ersten Jahr keine Erlöse an. Die Argumentation, bei den Re-Investitionen könne bereits in laufende Projekte investiert werden, erscheint wenig überzeugend. Gerade bei Erst-Investitionen würden die Produktionskosten doch sofort zur Verfügung stehen.

Nach den Ausführungen im Prospekt bestehen völlig unterschiedliche Gewinnprognosen:

Erst-Investition: zwei Folgejahre 10 % und 45 % zuzüglich Schlusszahlung 132,64 %

Re-Investitionen: drei Folgejahre 15 %, 104 % und 10 %

Es stellt sich die Frage, warum das System der Schuldübernahme gewählt wurde, obwohl dies zusätzliche Gewinnmöglichkeiten durch Re-Investitionen verhinderte? Es sind acht Re-Investitionen vorgesehen. Ohne die Schuldübernahme würde die Gewinnprognose nach den Ausführungen des Prospekts ein Vielfaches betragen.

Nach dem Konzept stehen 10 % + 45 % = 55 % für Re-Investitionen zur Verfügung; ohne Schuldübernahme wären es dagegen 15 % + 104 % + 10 % = 129 %.

74 % würden daher ohne Schuldübernahme **zusätzlich** für **acht** Re-Investitionen zur Verfügung stehen, die **jeweils** eine Gewinnprognose von 129 % haben. Da die Ausgaben bereits bei den 55 % voll berücksichtigt sind (vgl. Seite 66 des Prospekts), würde mit jeder Re-Investition die Summe, die investiert werden könnten und die Gewinn abwirft, sich deutlich erhöhen.

Eine Beispielsrechnung verdeutlicht dies:

Erste Re-Investition 74 % aus 4.335.000,- = 3.207.900,-
Zusätzliche Gewinnprognose 129 % aus 3.207.900,- = 4.138.191,-
Zweite Re-Investition 4.138.191,-
Zusätzliche Gewinnprognose 129 % aus 4.138.191,- = 5.338.266,-
dritte Re-Investition 5.338.266,-

Zusätzliche Gewinnprognose 129 % aus 5.338.266,- = 6.886.363,-
vierte Re-Investition 6.886.363,-
Zusätzliche Gewinnprognose 129 % aus 6.886.363,- = 8.883.408,-
fünfte Re-Investition 8.883.408,-
Zusätzliche Gewinnprognose 129 % aus 8.883.408,- = 11.459.597,-
sechste Re-Investition 11.459.597,-
Zusätzliche Gewinnprognose 129 % aus 11.459.597,- = 14.782.878,-
siebte Re-Investition 14.782.878,-
Zusätzliche Gewinnprognose 129 % aus 14.782.878,- = 19.069.912

Selbst wenn man die achte Re-Investition wegen Auslaufens des Fonds unberücksichtigt lässt, ergibt sich folgende Gegenüberstellung:

Gewinn durch die Schuldübernahme: 5.750.000,- €

Gewinn ohne Schuldübernahme und der aus diesem Grund möglichen Gewinne aus zusätzlichen Re-Investitionen: 19.069.912, €; also fast das Vierfache.

Nach den eigenen Ausführungen im Prospekt würde eine tatsächliche unternehmerische Tätigkeit eine vierfach höhere Gewinnprognose haben. Warum sollte ein Unternehmer auf derartige Gewinnaussichten verzichten?

Der einzig nachvollziehbare Grund ist der Sicherheitsgedanke. Nach der Ansicht der Musterbeklagten werden aber immer Filme mit dem gesamten Geld produziert. Einmal mit Sicherheit und einmal ohne Sicherheit. Das Risiko aus den Filmen ist nun einmal vorhanden. Ein Film ist erfolgreich oder nicht. Das Risiko kann faktisch nur dadurch minimiert werden, dass man an dem Risiko als Produzent – teilweise - nicht teilnimmt.

In steuerlicher Hinsicht ist dies aber ein Umgehungsgeschäft. Das fehlende Unternehmerrisiko wird durch einen Gewinnverzicht erkaufte und stattdessen ein fester Gewinn in Form einer verzinslichen Geldanlage als unternehmerische Tätigkeit gestaltet.

Die Frage, wie und unter welchen konkreten Umständen von dritter Seite das Geld für die Filmproduktion aufgebracht wurde, ist für diese Fallgestaltung zur Überzeugung des Senats im Ergebnis nicht entscheidungserheblich. Der Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten ergibt sich bereits aus dem vom Senat geschilderten Sachverhalt. In steuerrechtlicher Hinsicht besteht das Umgehungsgeschäft nicht in einem einzelnen der Verträge, sondern in dem Umstand, dass der Vertrags- und Geldkreislauf als Ganzes gewählt wurde, anstatt das Geld direkt bei der Musterbeklagten zu 2) anzulegen.

Es ist daher auch nicht entscheidungserheblich, ob und in welcher Form – etwa durch intercompany loans – geregelt war, dass von dritter Seite „das Geld“ in Form eines sogenannten „Unter-Kreislaufes“ wieder an den Produktionsdienstleister zurückgeflossen sein soll (vgl. Schaubild der Musterbeklagten zu 2) Anlage zu dem Protokoll vom 07.05.2010 (Bl. 866/861)). Dies ändert nichts an dem Umstand, dass die vertragliche Konstruktion in ihrer Gesamtheit als Umgehungsgeschäft zu qualifizieren ist. Darüber hinaus sind die Verträge mit den beteiligten Firmen im Prospekt nicht wiedergegeben. Sie waren nicht Gegenstand des prospektierten Fondskonzepts. In dem Verfahren ist nicht zu prüfen, ob die Angabe dieser Verträge erforderlich gewesen wäre. Die vorliegenden Feststellungsziele und Streitpunkte erfassen diese Problematik nicht.

Zur Überzeugung des Senats war zwischen den Musterbeklagten von Anfang an klar, dass die Ausführungen in dem Prospekt insoweit unzutreffend waren. Wie bereits oben ausgeführt, hat der Musterbeklagte zu 1) bei seiner Anhörung eingeräumt, dass er von Finanzierungskosten ausgegangen ist, obwohl es gar keine geben sollte. Wie sich aus der Anlage B 2-3 ergibt, hat die Musterbeklagte zu 2) von Anfang an die Zahlungsflüsse koordiniert und abgewickelt. Kein einziger Zahlungsfluss entsprach den Prospektangaben. Es wurde gröblichst gegen den Mittelverwendungskontrollvertrag verstoßen. Für die Musterbeklagte zu 2) war dies auf Grund der Zahlungsflüsse, des Kreditprotokolls und der prospektwidrigen Handlungsweise offensichtlich.

Zur Überzeugung des Senats war diese Vorgehensweise bereits bei Erstellung des Prospektes geplant. Von Anfang an war klar, dass die Schlusszahlung von 115 % als schlichtes Bankgeschäft für die gesamte Konstruktion des Fonds von größter Bedeutung ist. Gleichzeitig wollte man aber dies in steuerlicher Hinsicht nicht kenntlich machen, sondern 100 % als sofort abziehbare Kosten gegenüber dem Finanzamt geltend machen.

Dieses „Bankgeschäft“ war auch deshalb erforderlich, da die Musterbeklagte zu 2) mit der Schlusszahlung massive eigene Interessen verfolgte.

Die Zahlung sollte einmal dazu dienen, ihr selbst eine Sicherheit zu verschaffen. Die Musterbeklagte zu 2) finanzierte obligatorisch 45,5 % des Anteils der Anleger. Die sogenannte „Schlusszahlung“ diente dazu, die Darlehensrückzahlung zu sichern. Die Musterbeklagte zu 2) konnte auf diese Weise Darlehen ausreichen, die zu 100 % gesichert waren. (Prospekt Seite 95, linke Spalte, 2. Absatz). Die Darlehensrückzahlung (Valuta und Zinsen) hat am 30.11.2014 zu erfolgen (Nr. 2 letzter Absatz des Darlehensvertrags, Anlage zum Prospekt). Die durch die Schuldübernahme gesicherte Schlusszahlung wird ebenfalls am 30.11.2014 fällig (Prospekt Seite 90, rechte Spalte, 1. Absatz). Die Musterbeklagte zu 2) reichte somit Darlehen an die Anleger aus und gewährleistete durch die von ihren kontrollierten Fund Flow Memos (Anlage B 2-3), dass das Geld in einem Kreislauf auf ihrem eigenen Konto wieder gutgeschrieben wurde. Die Absicherung der Anteilsfinanzierung der Musterbeklagten zu 2) funktionierte daher nur dann, wenn sie ca. 80 % der von der Fondsgesellschaft ausgezahlten Beträge, die angeblich Produktionskosten betreffen sollten, tatsächlich erhielt. Zur Überzeugung des Senats gab es daher nur einen Grund, ein direktes Bankgeschäft zwischen Fondsgesellschaft unter Musterbeklagten zu 2) zu vermeiden: man wollte die steuerlichen Auswirkungen umgehen.

Darüber hinaus konnte die Musterbeklagte zu 2) ohne eigenes Risiko die Spanne zwischen dem Zins für die Anlegerdarlehen von 7,475 % p.a. und dem Habenzinssatz für den entsprechenden Teil des Schuldübernahmeentgelts beanspruchen und erhielt die Differenz zwischen dem Schuldübernahmeentgelt und den auszureichenden Anlegerdarlehen als Einlage mit einer Laufzeit von 10 Jahren.

Auch die Ausführungen in dem Prospekt sprechen für ein Umgehungsgeschäft. Die Anlage wird als „Garantiefonds“ bezeichnet. Eine unternehmerische Beteiligung setzt ein unternehmerisches Risiko voraus. Das ist das Gegenteil einer Garantie. Es gibt nur eine feste Größe, das ist die Schlusszahlung. Alle übrigen Gewinnansätze sind Prognosen. Der Fonds soll diese Zahlung durch die Bank erhalten. Dies wird im Prospekt immer wieder hervorgehoben.

Im Prospekt wird auch wiederholt sinngemäß folgende Formulierung verwandt:

„Absicherung von 115 % des Kommanditkapitals mittels Schuldübernahme“

So etwa auf folgenden Seiten des Prospekts: 5, 13, 90

Tatsächlich hat die Schuldübernahme mit dem Kommanditkapital *nichts* zu tun.

Die Schuldübernahme bezieht sich auf die Produktionskosten und nicht auf das Kommanditkapital. Dennoch stellt der Prospekt die Schuldübernahme in Verbindung mit dem Gesellschaftsvermögen dar. Es wird als Mittel dargestellt, dieses zu sichern. Damit wird der eigentliche Sinn der Schuldübernahme verdeutlicht. Das Instrument soll als Sicherungsmittel dienen.

Rein vorsorglich weist der Senat ergänzend noch einmal auf Folgendes hin:

Auch nach den ergänzenden Ausführungen des Musterbeklagten zu 1) in dem Schriftsatz vom 16.09.2011 (Bl 1407/1410) ist eine weitere Beweisaufnahme aus Rechtsgründen nicht geboten.

Die Frage, ob das Vertragswerk typischerweise der Gestaltung von Medienfonds entsprach, ist nicht entscheidungserheblich. Der Senat hat nicht über andere Medienfonds und deren vertragliche Gestaltungen sowie deren Prospekte zu entscheiden. Im Übrigen kennt das Zivilrecht keinen Grundsatz, dass ein rechtswidriges Verhalten als rechtmäßig zu qualifizieren wäre, wenn sich auch andere Personen oder Gesellschaften rechtswidrig verhielten. Darüber hinaus sollten nach dem Prospekt die Verträge erst noch abgeschlossen werden („blind pool“). Die tatsächlich verwandten Vertragstexte sind im Prospekt nicht abgedruckt.

Es ist nicht entscheidungserheblich, ob und wann sich der Lizenznehmer finanzieren konnte. Das „Umgebungsgeschäft“ besteht nicht in einem einzelnen Vertrag (vgl. obige Ausführungen).

Ob der Lizenznehmer als Co-Produzent ein Herstellungsrisiko übernehmen wollte, ist nicht entscheidungserheblich. Nach dem Prospekt stand noch gar nicht fest, wer Lizenznehmer werden sollte. Dessen subjektive Ansicht ist unerheblich. Darüber hinaus geht der Senat von einer derartigen Annahme auch nicht aus.

Die Entscheidungen einzelner Finanzgerichte sind für den Senat nicht bindend. Sie betreffen darüber hinaus teilweise auch andere Medienfonds.

Die rechtlichen Ausführungen des Senats beruhen auf den Angaben in dem Prospekt und auf den unstrittigen bzw. den von den Musterbeklagten selbst vorgetragenen Tatsachen.

b)
Zur Überzeugung des Senats ist die Feststellung des Streitpunktes selbst dann begründet, wenn man im Ergebnis der Würdigung nicht folgen würde, dass es sich um einen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeit im Sinne des § 42 Abs. 1 AO handeln würde. In diesem Fall wäre es erforderlich gewesen, in dem Prospekt nicht nur auf die allgemeinen steuerlichen Risiken hinzuweisen, sondern konkret dieses spezielle wesentlich gesteigerte Risiko zu erläutern.

Bezüglich der Ausführungen, dass der tatsächliche Zahlungsfluss und die Zahlungsmodalitäten unzutreffend dargestellt und der tatsächliche Zahlungsfluss nicht den Prospektangaben entsprach, nimmt der Senat auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 1 a) Bezug.

Wie der Senat insoweit bereits erläuterte, ergibt sich aus dem Zahlungsfluss und den Zielen des Fonds die Problematik, dass Teile der Zahlungen des Fonds als festverzinsliche Anlage und nicht als unternehmerische Tätigkeit in steuerrechtlicher Hinsicht gewürdigt werden könnten.

Darüber hinaus verwendet der Prospekt den Begriff „Garantiefonds“. Eine Garantie steht aber einer unternehmerischen Beteiligung entgegen, da sie kein unternehmerisches Risiko beinhaltet.

Die Zahlung von ca. 80 % über einen von der Musterbeklagten zu 2) organisierten Kreislauf sowie die Schlusszahlung von 115 % durch die Musterbeklagte zu 2) an den Fonds sind das Gegenteil eines unternehmerischen Risikos. Der Fonds trägt faktisch nur das Insolvenzrisiko der Bank. Dies wäre auch bei jeder Kapitalanlage und bei Einkünften aus Zinserträgen der Fall. Darüber hinaus bleiben nur die vertraglichen Restrisiken aus den Schuldübernahmeverträgen.

Bei diesen Tatsachen ist es offensichtlich, dass die steuerliche Anerkennungsfähigkeit mit einem erhöhten Risiko behaftet ist. Dies muss im Prospekt zum Ausdruck gebracht werden. Der Hinweis auf allgemeine Risiken einer steuerlichen Anerkennung ist insoweit nicht ausreichend.

Die Musterbeklagten können sich nicht darauf berufen, dass das Finanzamt im Vorfeld im Rahmen einer vorläufigen Beurteilung die steuerliche Absetzbarkeit nicht in Zweifel gezogen hat. Die Tatsache, dass es ihnen gelungen ist, das Finanzamt zu dieser Bewertung zu verleiten, ändert nichts an ihrer Pflicht, die Risiken im Prospekt deutlich zu machen. Darüber hinaus ist eine vorläufige Anerkennung keine endgültige Entscheidung der Finanzbehörden. Das Risiko, dass die steuerliche Gestaltungsmöglichkeit im Endeffekt nicht anerkannt wird, ist trotzdem gegeben und zu prospektieren.

c)
Die in dem Vorlagebeschluss zu diesem Thema enthaltene Einvernahme von Zeugen ist daher im Ergebnis nicht mehr entscheidungserheblich. Wie der Senat bereits eingangs erläuterte, ist bezüglich dieses Streitpunktes der Prospekt aus zwei eigenständigen Gründen unrichtig. Es ist daher rechtlich nicht mehr entscheidend, wenn er in diesem Punkt noch aus einem dritten Grund unrichtig ist. Dies wäre der Fall, wenn die Verträge als Scheingeschäfte zu qualifizieren wären.

Bezüglich der Ausführungen, dass der tatsächliche Zahlungsfluss und die Zahlungsmodalitäten unzutreffend dargestellt sind und der tatsächliche Zahlungsfluss nicht den Prospektangaben entsprach, nimmt der Senat auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 1 a) Bezug.

Nach der Durchführung der Beweisaufnahme und auf Grund der vorgelegten Verträge ist der Senat allerdings davon überzeugt, dass Scheingeschäfte im Sinne des § 117 BGB nicht vorliegen.

Die Besonderheit des Verfahrens liegt bereits darin, dass nur ein Teil der Master Agreements, die bis Ende des Jahres 2004 abgeschlossen wurden, überhaupt zur Ausführung gelangten:

Ende des Jahres 2004 sollten folgende Filmprojekte verwirklicht werden:

All The King's Men
Beyond Friendship
Lucky Number Slevin
Outlander, Stormbreaker
The Contract
Trade (aka The Girls Next Door aka Welcome to America)
Space Chimps
Redline
The Physician

Soul of Age
The Illusionist
The Lady in White
The Whole Pemberton Thing
Coming out

Tatsächlich wurden aber nur folgende Projekte umgesetzt:

All The King's Men
Beyond Friendship
Lucky Number Slevin
Outlander, Stormbreaker
The Contract
Trade (aka The Girls Next Door aka Welcome to America)

Die restlichen Verträge wurden später „ausgetauscht“, Projekte wurden ersetzt oder aufgesplittet. Zur Überzeugung des Senats sind diese ausgetauschten Projekte nicht geeignet, einen Nachweis zu erbringen, dass bis zum Ablauf der Zeichnungsfrist geplant war, prospektwidrig zu verfahren. Insoweit ist es nicht entscheidungserheblich, ob im Nachhinein von dem Prospekt abgewichen wurde. Die Ausführungen der Musterklägerin und die Beweisanträge zu Projekten, die später ersetzt wurden (z.B. der Film Parfüm) sind daher nicht entscheidungserheblich.

Aus den vorgelegten Verträgen ergibt sich, dass sie im Dezember 2004 unterzeichnet waren und fristgerecht vorlagen. Soweit im Einzelfall die Verträge nicht lückenlos bestanden, war dies zur Überzeugung des Senats durch die große zeitliche Eilbedürftigkeit bedingt. Nach dem Fondskonzept sollten die Investitionen noch bis zum Ende des Jahres 2004 getätigt werden. Unregelmäßigkeiten insoweit sind daher auf den engen zeitlichen Rahmen und nicht auf ein planmäßiges Verhalten der Verantwortlichen zurückzuführen.

Kennzeichnend für ein Scheingeschäft ist das Fehlen eines Rechtsbindungswillens (BGHZ 36, 84/87). Die Parteien wollen einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, sie wollen aber die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen nicht eintreten lassen (BGH NJW 80; 1572, ZIP 06, 1639).

Bei einer juristischen Person kommt es demnach nicht auf den Willen der Mitarbeiter und deren Vorstellungen an, sondern auf den Willen der Partei, die bei einer juristischen Person durch die Geschäftsführer bzw. durch den Vorstand repräsentiert wird. Die Vorgehensweise in dem Unternehmen kann allenfalls ein Indiz sein, also ein Rückschluss auf den Willen der Verantwortlichen zulassen.

In dem Verfahren wurde eine Reihe von Verträgen abgeschlossen. Insoweit ist es nicht möglich im Rahmen in einer allgemeinen Betrachtungsweise festzustellen, dass es sich bei allen um ein Scheingeschäft handelt. Vielmehr bedarf es einer Erörterung im Einzelfall.

In dem Verfahren könnte allenfalls der Vertrag zwischen Fonds und dem Produktionsdienstleister (Seite 11, 88/89 des Prospekts) als Scheinvertrag zu qualifizieren sein. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Produktionsdienstleister – gegebenenfalls unter Einschaltung eines Subunternehmers – den Film tatsächlich produzieren sollte. Die verwirklichten Filmprojekte sind auch tatsächlich entstanden. Es könnte aber eine stillschweigende Abmachung gegeben haben, dass ca. 80 % der Gelder weiterzuleiten seien, also nur ein Teil der Gelder für die Produktion von Filmen verwendet werden sollte. Demnach wäre der Scheinvertrag: 100 % für Filmproduktion und der wirkliche Vertrag: 20 % für Filmproduktion und 80 % weiterleiten als Zahlstelle.

Die Besonderheit in dem Verfahren besteht darin, dass im Endeffekt tatsächlich die Filme produziert wurden. Zur Überzeugung des Senats kann man daher nicht von einem Scheinvertrag sprechen. Die vertraglichen Urkunden liegen vor, die Filme wurden produziert. Es kann sein, dass man von einzelnen vertraglichen Bestimmungen abgewichen ist, dies macht aber einen Vertrag noch nicht zu einem Scheinvertrag.

Der Vertrag mit dem Lizenznehmer (Seite 12, 90 des Prospekts) ist nicht als Scheinvertrag zu qualifizieren. Insoweit ist unstreitig, dass die Rechte und Pflichten tatsächlich bestehen sollten. Es ist nur fraglich, ob die Weiterleitung der Gelder durch den Produktionsdienstleister zulässig ist. Dies macht aber den Vertrag mit dem Lizenznehmer – bzw. den Subunternehmern – nicht zu einem Scheinvertrag, da dessen Rechte und Pflichten in vollem Umfang zu erfüllen sind.

Der Schuldübernahmevertrag, an dem die Musterbeklagte zu 2) beteiligt ist, ist kein Scheingeschäft. Alle Parteien sind immer davon ausgegangen, dass die Musterbeklagte zu 2) tatsächlich verpflichtet ist, die Schlusszahlung zu leisten.

Der Senat sah sich veranlasst, in Anlehnung an den Vorlagebeschluss die Beweisaufnahme durchzuführen, obwohl sie im Ergebnis nicht mehr entscheidungserheblich ist. Die Musterklägerin hat auf die Einvernahme weiterer Zeugen verzichtet. Die insoweit gegenbeweislich benannten Zeugen der Musterbeklagten waren nicht zu vernehmen, da ein Nachweis durch die Musterklägerin insoweit nicht geführt werden konnte.

Im Rahmen der Beweiswürdigung erkennt der Senat nicht, dass die Zeugen unter einem großen Druck standen und sichtlich bemüht waren, ihr Handeln korrekt erscheinen zu lassen. Gerade Personen, die Verantwortung trugen, betonten wiederholt, dass sie zwar die Funktion eines Vorgesetzten hatten, aber mit diesem speziellen Fall seien sie ausnahmsweise gerade nicht konkret befasst gewesen.

Für den Senat ergibt sich aus dem Zusammenhang aller Aussagen der Eindruck, dass man sich der problematischen Struktur der Verträge bewusst war. Dennoch wollten die Beteiligten die Verträge auch tatsächlich durchführen. Gerade den Verantwortlichen war bewusst, dass dies aus steuerlichen Gründen und für die Funktionsweise des Fonds von Bedeutung war. Wie der Senat oben ausführte, ist von einem Umgehungsgeschäft auszugehen. Dies bedeutet aber, dass die Beteiligten durch eine Abwicklung der Verträge diese Erkenntnis bei den Steuerbehörden gerade vermeiden wollten.

Das Fondsprojekt wurde professionell abgewickelt. Allen Beteiligten musste daher klar sein, dass die formelle Abwicklung der Verträge wichtig war, da andernfalls auf jeden Fall Probleme zu erwarten gewesen wären.

Der Senat hat den Musterbeklagten zu 1) persönlich angehört. Er hat bei seiner Anhörung die äußeren Vorgänge geschildert und insbesondere betont, dass die Verträge von ihm persönlich ausgehandelt wurden. Er habe seine ganze Arbeitskraft und viel Zeit dafür eingesetzt, dass im Interesse der Anleger die einzelnen Verträge gestaltet worden seien. Produktionsdienstleister und Lizenznehmer seien in der Realität vielfach unter einem Firmendach zusammengefasst. Da niemand Filmrechte hergeben würde, ohne etwas dafür zu bekommen, sei es erforderlich, dass die Verträge an einem Tag abgewickelt werden.

Es sei richtig, dass er auch die Vertragsverhandlungen mit dem Lizenznehmer geführt habe. Es sei möglich gewesen, dass es hierbei ein Thema gewesen sei, wie der Lizenznehmer das Geld für die Schuldübernahme aufbringt. An die Details könne er sich aber nicht mehr erinnern. Grundsätzlich sei allen Beteiligten klar gewesen, welche Sicherheiten nötig waren.

Der Musterbeklagte zu 1 definierte die Produktionskosten, also die Kosten, die beim Produktionsdienstleister angefallen sind, dahingehend, dass diese erforderlich und insgesamt notwendig gewesen seien, damit der Film hergestellt werden konnte. Er betonte ausdrücklich, dass bei den Produktionskosten, die beim Produktionsdienstleister anfallen, immer auch Finanzierungskosten enthalten gewesen seien. Die Höhe dieser Kosten bezifferte er mit ca. 2 bis 15 %.

Der Musterbeklagte zu 1) führte weiter aus, dass das Schuldübernahmeentgelt nicht Teil der Kalkulation bei der VIP 4 gewesen sei. Man sei bei der internen Überprüfung der Kalkulation der Produktionsdienstleister von einem Gewinn von ca. 3 bis 10 % ausgegangen. Das Budget des Produktionsdienstleisters sei von internen und externen Gutachtern vor der Beauftragung überprüft worden, um sicherzustellen, dass die Kosten des Produktionsdienstleisters, die dem Fonds in Rechnung gestellt wurden, auch sachlich angemessen waren.

Auf Vorhalt der Anlage KapMuG (VIP 4/49) in der es heißt „... verbleiben ca. 15 % GEK als echte Liquidität für die Filmproduktion ...“ meinte der Musterbeklagte zu 1), dass er diese Anlage nicht unterschrieben habe. Er könne diese grundsätzlich nicht deuten. Dies sei auch nicht seine Aufgabe. Es mache aber, berücksichtige man die Personalunion zwischen Produktionsdienstleister und Lizenznehmer im Sinne eines Konzerns, aus dessen Sicht Sinn. Es sei einfach aus Sicht des Geschäftspartners das saldierte Ergebnis. Im Filmgeschäft sei die Bezugsgröße immer die Produktionskosten. Wenn 80 % der Produktionskosten angegeben werden, so beziehe sich das auf die Höhe und nicht auf die etwaige Herkunft der entsprechenden Gelder.

Nach Ansicht des Musterbeklagten zu 1) habe der Fonds immer 100 % an Produktionskosten bezahlt und wollte auch 100 % an Leistungen haben. Wie der Senat bereits oben ausführte, sind die Angaben nicht nachvollziehbar, da beim Produktionsdienstleister keine Finanzierungskosten anfallen.

Dieser Umstand ist zur Überzeugung des Senats aber kein Grund, von Scheingeschäften auszugehen. Es zeigt nur, dass dem Musterbeklagten zu 1) natürlich bewusst war, dass mit den Verträgen ein steuerliches Ergebnis erzielt wurde. Der Senat geht auch auf Grund des persönlichen Eindrucks des Musterbeklagten zu 1) davon aus, dass die Verträge nicht nur zum Schein existierten. Ihm war die steuerliche Problematik bekannt. Er hatte ein nachvollziehbares Interesse, dass das „System“ gelebt wurde, gerade um die Auswirkungen nicht offen zu Tage treten zu lassen.

Der von der Musterklägerin benannte Zeuge Timothy Halkin war einer von zwei Geschäftsführern der TANDEM Communications GmbH. In dieser Eigenschaft hatte er Geschäftsbeziehungen zu VIP 3, nicht aber zu VIP 4.

Der Senat hat von der Durchführung der weiteren Einvernahme dieses Zeugen abgesehen, nach dem sich die Musterbeklagten hiergegen verwahrten. Selbst wenn man den Sachvortrag der Musterklägerin insoweit als wahr unterstellen würde, hätte dies zur Überzeugung des Senats auf das vorliegende Verfahren keine Auswirkung. Die Fonds VIP 3 und VIP 4 sind voneinander unabhängig. Sie weisen zwar ähnliche Strukturen auf, in Details ergeben sich aber erhebliche Abweichungen.

Ein allgemeiner Rückschluss, dass bei dem Fonds VIP 4 genauso gehandelt wurde wie bei dem Fonds VIP 3, ist nicht möglich. Sie sind rechtlich völlig eigenständige Fonds und wurden in einem zeitlichen Abstand durchgeführt. Es bestehen eigenständige Verträge und nur bei dem Fonds VIP 4 ist die Musterbeklagte zu 2) überhaupt beteiligt. Sollte es also bei dem Fonds VIP 3 zu Unregelmäßigkeiten gekommen sein, so könnten daraus zur Überzeugung des Senats bezüglich des Fonds VIP 4 keine Schlussfolgerungen gezogen werden.

Die Zeugin Ulrike Putz ist Mitgesellschafterin und Mitgeschäftsführerin der Clausen, Wöbke & Putz Filmproduktions GmbH. Sie erläuterte bei ihrer Einvernahme, dass zusammen mit VIP 4 im Rahmen eines Koproduktionsvertrages ein Film produziert wurde, der zunächst die Bezeichnung „Girls next Door“ und dann „Welcome to America“ trug. Allerdings flossen auch Barmittel von dritter Seite und Gelder der Filmförderung mit ein.

Die Zeugin konnte sich an Einzelheiten nicht erinnern. Sie machte insbesondere allgemeine Ausführungen, korrigierte sich wiederholt und konnte oft in Details keine nachvollziehbaren Angaben machen. So äußerte sie nur die Vermutung, dass auch seitens VIP 4 die erforderlichen Gelder in den Film geflossen seien.

Hierbei ist allerdings zur Überzeugung des Senats auch zu berücksichtigen, dass die Zeugin nicht bei der VIP 4 tätig war. Sie war weder für deren Struktur verantwortlich noch für die tatsächliche Durchführung. Sie vertrat vielmehr die Interessen ihrer Firma. Sie bekundete daher nachvollziehbar, dass für sie nur entscheidend war, dass die Gelder flossen. Woher sie kamen, war für sie nicht wichtig.

Der Zeuge Gero Worstbrock war und ist Leiter der Rechtsabteilung der Constantin Film. In dieser Eigenschaft hat er nach seinen Angaben die Verträge mit der VIP 4 verhandelt und zwar zu den Filmen „Parfum“ und „Dead or Alive“. Bei den Verhandlungen seien die Vorlagen bzw. Musterverträge, die von der VIP 4 bei den Vertragsverhandlungen eingebracht wurden, weiterverhandelt und stark verändert worden.

Zum Zahlungsfluss führte der Zeuge aus, dass es insoweit eine individuell ausgehandelte Vereinbarung gegeben habe, die nach seinem Verständnis keine Weiterleitung von Geldern darstelle. Zahlungen seien insbesondere durch Verrechnung erfolgt. Der Barwertvorteil habe ca. 20 % betragen. Unter dem Begriff sei die Differenz zwischen dem Koproduktionsanteil der VIP 4 und der Minimumgarantie zu verstehen. Die Regelungen zum sogenannten Waterfall (= Gewinnverteilung) seien Verhandlungssache gewesen.

Bei der ergänzenden Vernehmung zu seinem Memo vom 19.05.2005 (Anlage Beweismittelakte I – 14 b Bl.10/10) und dem E-Mailverkehr vom 15.06.2005 (Anlage Mattil K 7) fiel es dem Zeugen sichtlich schwer, eine nachvollziehbare Begründung zu geben. Zur Überzeugung des Senats waren dem Zeugen die unterschiedliche Sicht- und Funktionsweisen des Fonds bewusst. Es gab eine steuerrechtliche Darstellung und eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.

Der Zeuge war sichtlich bemüht, wiederholt zu betonen, dass alles korrekt verlaufen sei und Verträge, die schriftlich existieren, auch wirksam seien. Auf Grund des persönlichen Eindrucks von dem Zeugen ist der Senat davon überzeugt, dass ihm auch durch seine hohe Sachkompetenz das Risiko der vertraglichen Gestaltung bewusst war. In dem Verfahren kommt es aber nicht darauf an, ob ein Mitarbeiter einer anderen Firma davon ausgeht, dass steuerliche oder sonstige juristische Probleme für den Fonds auftreten können.

Der Zeuge Dr. Martin Feyock war der anwaltliche Vertreter des Zeugen Simon, der wiederum Geschäftsführer der GAP Distribution International GmbH war. Er hat in dieser Eigenschaft den Abschluss von Verträgen über die Filme „Girls next Door“, „Medicus“ und „Soul of the Age“ begleitet, später auch bei „Black Book“. Bei allen Filmen war nach seinen Angaben Vertragspartner die VIP 4. Die Firma Rising Star war dabei nicht beteiligt.

Auf Grund des persönlichen Eindrucks vom Zeugen ist der Senat davon überzeugt, dass dieser versuchte, die Dinge in einem positiven Licht erscheinen zu lassen. Der Zeuge war sichtlich bemüht, seine Rolle herunterzuspielen. Er versuchte durch weitschweifende Angaben von dem eigentlichen Thema abzulenken.

Auch diesem Zeugen waren durch seine eigene hohe Sachkenntnis die steuerlichen Risiken des Fonds bewusst. Man war bemüht, eine

Konstruktion zu finden, die eine vertragliche Gestaltung vorsah, die die erwünschte Unternehmereigenschaft statuierte.

Er erläuterte, dass bei der Musterbeklagten zu 2) 100 % hinterlegt gewesen seien. Die Produktion des Films „Girls next Door“ sei erst im Juni 2005 aufgenommen worden. Die bei der Musterbeklagten zu 2) hinterlegten 100 % konnten zu 20 % freigegeben werden. Ein Betrag von 80 % verblieb für die Schuldübernahme. Er hat auch eingeräumt, dass eine Vorfinanzierung zwar denkbar, aber nicht machbar war.

Zur Überzeugung des Senats ergibt sich aus der Darstellung des Zeugen, dass er bemüht war, eine vertragliche Konstruktion zu finden, die den Wünschen des Fonds gerecht wurde und die allein mit unternehmerischen Gesichtspunkten nicht nachvollziehbar erklärt werden kann.

Dies bedeutet aber nicht, dass die Verträge nur zum Schein abgeschlossen wurden. Vielmehr ergibt sich auch aus dieser Aussage die Bemühung, ein vertragliches Konstrukt zu entwickeln, dem von den beteiligten Firmen gefolgt werden sollte.

Die benannte Zeugin Berit Wetzel war aus Rechtsgründen nicht zu vernehmen. Sie hat sich mit Schriftsatz vom 30.03.2010 (Bl 782/784) auf ein Aussageverweigerungsrecht gemäß § 384 Abs. 1 und 2 ZPO berufen und zu Recht die Aussage verweigert. Gegen sie ist ein Ermittlungsverfahren anhängig, das auch die streitgegenständlichen Vorgänge zum Gegenstand hat.

Der Zeuge Walter Hornauer war Geschäftsführer der Biederstein GmbH, die bei dem Fonds VIP 4 die Mittelverwendungskontrolle ausübte und Steuerberaterin war. Er war damals der einzige Funktionsträger der Biederstein GmbH.

In seiner Einvernahme hat der Zeuge versucht, den Eindruck zu erwecken, dass der Fonds ordnungsgemäß anhand der Vorgaben des Prospekts gehandelt habe und die vertraglichen Vorgaben tatsächlich eingehalten wurden.

Diese von dem Zeugen immer wieder vorgebrachten allgemeinen Formulierungen wurden aber durch seine Angaben zu den tatsächlichen Vorgängen widerlegt. Die Biederstein GmbH verstieß gegen die Bestimmungen der Mittelverwendungskontrolle gemäß § 1 Ziffer 1.2 b (Seite 110 des Prospektes), in dem sie prospektwidrig Mittel freigab.

Nach den Angaben des Zeugen wurden die Überweisungsträger (Fonds an den Produktionsdienstleister, Produktionsdienstleister an den Lizenznehmer; Lizenznehmer an die Musterbeklagte zu 2) bzw. an die jeweiligen Subunternehmer) unterschrieben und an die Musterbeklagte zu 2) ausgehändigt, ohne dass eine wirksame Schuldübernahme vorlag. Diese führte dann die Überweisungen aus.

Nach der zitierten Bestimmung des Mittelverwendungskontrollvertrages darf die Mittelverwendungskontrolleurin die Zahlung von dem Fonds an den Produktionsdienstleister erst freigeben, wenn die Schuldübernahme der Musterbeklagten zu 2) zugunsten der Schlusszahlung an dem Fonds rechtswirksam erklärt ist.

Der Zeuge bekundete, ihm sei bekannt gewesen, dass diese Schuldübernahme durch die Musterbeklagte zu 2) aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Lizenznehmers an die Musterbeklagte zu 2) war. Auf mehrmaliges Nachfragen räumte der Zeuge ein, dass er sich zu keinem Zeitpunkt darüber versichert habe, ob die Zahlung des Lizenznehmers an die Musterbeklagten zu 2) tatsächlich erfolgt sei, bevor er die Zahlung des Fonds an den Produktionsdienstleister freigeben habe.

Der Zeuge meinte lediglich, er sei davon ausgegangen, dass alle Überweisungen in einer Sekunde durchgeführt werden und dadurch die Bestimmungen des Mittelverwendungskontrollvertrags erfüllt werden.

Zur Überzeugung des Senats ergibt sich aus diesen Bekundungen des Zeugen, dass es tatsächlich gar nicht darum ging, die einschlägigen Bestimmungen des Prospektes zur Mittelverwendungskontrolle einzuhalten. Diese Bestimmungen sind eindeutig und klar. Sie sind für den Fonds von ganz wesentlicher Bedeutung, da andernfalls das Geld der Anleger unwiederbringlich verloren sein kann.

Dennoch hat sich die verantwortliche Mittelverwendungskontrolleurin, die selbst Steuerberaterin ist, hierüber hinweggesetzt. Wie sich aus der Einvernahme des Zeugen ergibt, hat sie hierbei bewusst mit der Musterbeklagten zu 2) zusammengearbeitet, die die Überweisungen koordinierte.

Aufgrund der klaren Regelungen im Mittelverwendungskontrollvertrag ist der Senat davon überzeugt, dass die Mittelverwendungskontrolleurin vorsätzlich und zielgerichtet gegen die Bestimmungen verstieß. Nachdem es sich hierbei um eine geschäftserfahrenere und fachlich kompetente juristische Person handelte, erscheint es konsequent, dass es für diese Handlungsweise einen nachvollziehbaren Grund geben muss. Der Zeuge hat eine maßgebliche Rolle als Geschäftsführer der Mittelverwendungskontrolleurin gespielt. Er ist vom Beruf Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Er ist somit für diese Tätigkeit hoch qualifiziert und kennt die wirtschaftlichen Zusammenhänge. Darüber hinaus ist die Mittelverwendungskontrolleurin auch als Steuerberaterin tätig.

Als Motivationsgrundlage für einen Verstoß gegen den Mittelverwendungskontrollvertrag ist zur Überzeugung des Senats nur ein nachvollziehbarer Grund vorstellbar:

Der Fonds wählte ein vertragliches Konstrukt, das in der Praxis faktisch nicht durchführbar ist. Der Lizenznehmer müsste nämlich seine Leistung zuerst an die Musterbeklagte zu 2) erbringen, damit die Schuldübernahme der Musterbeklagten zu 2) hinsichtlich der Schlusszahlung an den Fonds wirksam wird.

Um dem Lizenznehmer die Zahlung aber überhaupt erst zu ermöglichen, bedarf es zuvor eines Anschubs des Zahlungskreislaufes durch den Fonds. Der Fonds muss also an den Produktionsdienstleister zahlen und dieser wiederum an den Lizenznehmer. Praktisch sollte somit das Geld von dem Fonds, der als erstes zahlt, direkt zu der Musterbeklagten zu 2) durchgeleitet werden.

Nach dem Mittelverwendungskontrollvertrag war dies aber nicht möglich. Die Schuldübernahme musste zuerst vorliegen. Erst dann durfte der Fonds zahlen.

Natürlich ist der Fall denkbar, dass der Lizenznehmer über ausreichend Kapital oder Kreditwürdigkeit verfügt. Vorliegend wurde aber kein einziges Projekt ordnungsgemäß abgewickelt. Der Fonds wäre daher verpflichtet gewesen, das Geld nicht auszuzahlen.

Der Biederstein GmbH als Mittelverwendungskontrolleurin war diese Regelung des Mittelverwendungskontrollvertrages bekannt. Ohne ihre vertragswidrige Mitarbeit war es daher nicht möglich, den Zahlungskreislauf in Gang zu setzen.

Zur Überzeugung des Senats hat daher die Biederstein GmbH im Zusammenwirken mit der Musterbeklagten zu 2) bewusst gegen den Mittelverwendungskontrollvertrag verstoßen, um den Zahlungskreislauf überhaupt in Gang zu setzen. Andernfalls hätte die Musterbeklagte zu 2) in Vorleistung treten müssen, was sie nicht getan hat und nach eigenem Bekunden auch nicht tun wollte.

Diese vertragswidrigen Praktiken sind aber zur Überzeugung des Senats kein ausreichender Anhaltspunkt dafür, dass die Verträge nur zum Schein abgeschlossen wurden. Auch der Mittelverwendungskontrollvertrag sollte kein Scheinvertrag sein. Man hat sich über ihn nur hinweggesetzt.

Die Zeugin Claudia Sendlbeck-Schikor äußerte sich knapp und mit klaren Worten. Sie legte in ihrer Schilderung Wert darauf, den Eindruck zu erwecken, dass ihre Beratung als Rechtsanwältin und Steuerberaterin ordnungsgemäß war.

Sie bezeichnete die Finanzierungsthematik als „systemimmanent“. Diesen Begriff erläutert sie dahingehend, dass es zwei Kreisläufe gegeben habe. Einmal für das Produktionsgeld und einmal für das Vertriebsgeld. Sie führte weiter aus, dass es die Möglichkeit gegeben hätte, nicht nur 100 % der Produktionskosten vorzuhalten, sondern auch einen Betrag von 80 %, also das Geld für die Schuldübernahme vorzufinanzieren. Dies sei aber nicht gewollt gewesen.

Die Zeugin erläuterte dann die unterschiedlichen Zahlungswege. Demnach gab es einen oberen Zahlungskreislauf direkt von einem Vertragspartner zum nächsten, also nach ihren Angaben vom Fonds zum Produktionsdienstleister weiter zum Lizenznehmer und dann zur Musterbeklagten zu 2), ergänzt jeweils noch durch eventuelle Subunternehmer. Daneben gab es noch einen unteren Zahlungskreislauf, der den Rückfluss regelte. Er erfolgte direkt von der Musterbeklagten zu 2) zum Endempfänger.

Auf die Frage des Senats nach dem Grund dieser unterschiedlichen Zahlungskreisläufe führte die Zeugin aus, dass dies zum einen den Grund hatte, „in steuerlicher Hinsicht keine Angriffsfläche zu bieten“, zum anderen habe man beim unteren Zahlungskreislauf auch sicherstellen wollen, dass andere Gläubiger keinen Zugriff haben. Im oberen Zahlungskreislauf habe es keinen grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr gegeben, während im unteren Zahlungskreislauf dies anders gewesen wäre. Dadurch seien Kosten vermieden worden.

Demnach hat die Zeugin selbst eingeräumt, dass der Zahlungskreislauf in erster Linie nur gebildet wurde, um „steuerrechtlich keine Angriffsfläche“ zu bieten. Das heißt, es wurde zielgerichtet ein Zahlungsfluss gewählt, um einen Eindruck zu erwecken, der so nicht gerechtfertigt war.

Die Argumentation bezüglich der Kosten von Auslandsüberweisungen mag gerechtfertigt sein. Im Hinblick auf die Bedeutung der Zahlungsflüsse für das gesamte Fondsprojekt vermag der Senat dies aber nicht als entscheidendes Argument zu werten.

Die weiteren Angaben der Zeugin, man habe den Gläubigern keinen Zugriff ermöglichen wollen, würde auch für den ersten Zahlungskreislauf gelten. Auch hier konnten Gläubiger auf die Konten zugreifen, da nach den Angaben der Musterbeklagten zu 2) die Buchungen ja tatsächlich auf die jeweiligen Konten ausgeführt wurden.

Die Zeugin betonte, dass es sich nicht um eine Scheinkonstruktion gehandelt habe. Die rechtliche Frage ist nicht durch die Zeugin, sondern durch den Senat zu beantworten. Auf Grund der Angaben zu den tatsächlichen Vorgängen ergibt sich auch insoweit, dass der Zeugin durchaus bewusst war, dass die vertraglichen Konstruktionen und die verschiedenen Zahlungsflüsse in steuerlicher Hinsicht kritisch sein können.

Es fehlen aber Anhaltspunkte dafür, dass die Verträge nur zum Schein abgeschlossen wurden. Auch diese Zeugin bestätigte, dass die Verträge tatsächlich existierten und sie auch durchgeführt wurden. Soweit es dabei zu Abweichungen kam, handelt es sich um vertragswidrige Ausführungen, aber nicht um Scheingeschäfte.

Der Zeuge Wolfgang Griesbach war im Rahmen seiner Tätigkeit bei der KPMG für den Fonds tätig. Konkrete Angaben zur Sache konnte er nicht machen.

Zwar ist es für den Senat nachvollziehbar, dass der Zeuge keine Angaben zu Details machen konnte, da seine Handakten immer noch beschlagnahmt sind und die Vorgänge schon lange zurück liegen. Dennoch war auffallend, dass der Zeuge nachdrücklich bemüht war, seine Rolle an der Beratung herunterzuspielen. Er betonte wiederholt, dass er doch eigentlich gar nichts mit dem Mandat zu tun gehabt habe, jemand anders sei zuständig und weisungsbefugt gewesen.

Die Zeugin Andrea Oehler war als gelernte Bankkauffrau für die Fondsverwaltung und Fondsadministration der VIP 4 zuständig. Sie hat insbesondere mit den Fund Flow Memos zu tun, die sie „mehr oder weniger“ vorbereitete. Auch bei der Erstellung des Prospektes erbrachte sie organisatorische Leistungen.

Die Zeugin äußerte, dass sie der Ansicht sei, dass man im Rahmen der VIP 4 nicht von Scheinkonstruktionen sprechen könne. Wenn man nur den Geldfluss sehe, könne man zwar denken, es handle sich um eine Scheinkonstruktion. Betrachte man aber die vertraglichen Grundlagen, so sei dieser Eindruck unzutreffend.

Auf Grund des persönlichen Eindrucks von der Zeugin ist der Senat davon überzeugt, dass sie nachdrücklich bemüht war, etwaige Verantwortliche zu entlasten. Sie war auf Grund ihrer Funktion mit den Verhandlungen über die Verträge und deren Hintergründe nicht befasst. Ihre Äußerungen beruhen auf Vermutungen sowie auf persönlichen Ansichten und nicht auf Tatsachen. Der Senat vermag daher an Hand ihrer Aussage keine verwertbaren Schlüsse zu ziehen.

Der Zeuge Oliver Kächele war bis zu seinem Ausscheiden Anfang 2005 als Partner bei KPMG tätig. Er hatte die Aufgabe, die VIP 4 bei der Umsetzung der Verträge und im Hinblick auf die Vorgaben des Fonds diesen steuerlich zu begleiten.

Der Zeuge äußerte, dass nach seinem Verständnis die VIP 4 Herstellerin der Filme gewesen sei. Im Rahmen der Verträge sei darauf geachtet worden, dass die Anleger steuerlich als Mitunternehmer behandelt wurden. Seines Erachtens seien die Mindestlizzenzahlungen für die Mitunternehmerschaft unschädlich. Er könne sich heute aber nicht mehr an Details erinnern, vermute aber, dass damals zwischen Herstellungs- und Vertriebsrisiko hinsichtlich der Filme unterschieden worden sei.

Die befreiende Schuldübernahme durch die Bank sei als Thema bekannt gewesen. Er könne sich heute nicht mehr daran erinnern, ob bereits damals über die Frage gestritten worden sei, ob Zahlungen auf die Produktionskosten in Höhe von 80 % an die Bank als Entgelt für die Schuldübernahme durchgeleitet werden.

Zu den konkreten Inhalten von Beratungsgesprächen, die sich auf das Beweisthema bezogen, konnte sich der Zeuge nicht erinnern. Zur Überzeugung des Senats versuchte der Zeuge allerdings den Eindruck zu erwecken, dass seine Beteiligung an der Beratung der VIP 4 im Hinblick auf das Beweisthema von untergeordneter Bedeutung war. Grundlegende Tatsachen, die seine Vermutung rechtfertigen würde, dass die VIP 4 Herstellerin der Filme gewesen sei, konnte der Zeuge nicht angeben.

Es finden sich in seiner Aussage zur Überzeugung des Senats aber auch keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich lediglich um Scheinverträge gehandelt haben könnte. Der Zeuge war sicher auf Grund seiner Tätigkeit und seiner Sachkompetenz in die Problematik eingebunden und bemüht, die steuerlich gewünschten Vorgaben des Fonds einzuhalten. Es fehlen aber Anhaltspunkte dafür, dass dies mit Hilfe von Scheinverträgen durchgeführt werden sollte.

Der Zeuge Heiko Hoffmann war als Rechtsanwalt und Steuerberater für die KPMG tätig. Er schilderte zwar umfangreich den äußeren Ablauf von Besprechungen und von teilnehmenden Personen, zum Beweisthema konnte er aber keine verwertbaren Angaben machen, da er sich an Details nicht erinnern konnte.

Der Zeuge Martin Moskowitz war von 2004 bis 2005 Mitglied des Vorstandes der Constantin Film AG und zuständig für die Produktion. Er erläuterte, dass man gegenüber der Filmförderung den sog. „Barwertvorteil“ angegeben habe, um die Sache zu vereinfachen. Den zuständigen Behörden sei zwar grundsätzlich die gesamte vertragliche Konstruktion erläutert worden, mit ihrem Einverständnis sei man aber aus Vereinfachungsgründen von diesem Barwertvorteil ausgegangen. Der Zeuge definierte den Begriff Barwertvorteil als das, was nach der Transaktion für die Herstellung des Filmes übrig bleibt.

Der Zeuge bestätigte auf Vorhalt, dass die in der Anlage KapMuG (VIP4) 39 enthaltenen E-Mail-Strings den E-Mail Verkehr zwischen Herrn Schmid, teilweise Herrn Grosch und ihm zutreffend wiedergeben.

Bezüglich des Inhalts nimmt der Senat auf die genannte Anlage Bezug. Insbesondere wird auszugsweise dort Folgendes ausgeführt:

Mail vom 15.06.2005 14:05:08 moszkowicz to schmid

„Die Vip Beteiligung ist mit dem Barwertvorteil aus der Transaktion für die Constantin in dem Finanzierungsplan des Filmes enthalten und NICHT mit einem Koproduktionsbetrag von EUR 25 Millionen (was nur in Verbindung mit der Constantin-Garantie an VIP i. H. von € über € 20 Millionen überhaupt eine Aussage waere)“

Mail vom 15.06.2005 19:06 moszkowicz to schmid

„Fondkonstruktionen (ob fully oder teilweise defeased) werden immer ausschliesslich mit ihrem Barwertvorteil fuer die Produktion eingestellt. Anders koennte man die Finanzierung (auf jeden Fall bei Produktionen mit oeffentlichen Subventionsgebern und das sind ja alle europaeischen oder auch deutschen Filme)) gar nicht darstellen.“

Mail vom 15.06.2005 20:51 moszkowicz to schmid

„Tut mir leid, da liege ich sicher nicht falsch – ich habe unzählige Beispiele von deutschen, englischen, luxembourgeoischen oder franzoesischen (Sofica) Finanzierungen die IMMER nur mit dem Barwertvorteil in die Finanzierung eingestellt werden (darunter auch die eine oder andere VIP Produktion). Andernfalls waeren die Filme ja massiv ueberfinanziert (oder aber – noch schlimmer – die Subventionsgeber wollen an der gegeneuber dem Fond abgegebenen Defeasance-Garantie“ „mitfahren“ und muessen schon vor Produktionsbeginn zurueckgezahlt werden...“

Mail vom 15.06.2005 20:55 schmid to moszkowicz

„wenn sie damit die deutschen fonds komplett killen wollen, interessant?“

...

„denn steuerlich ist die offenlegung der gesamten dealstruktur nicht förderlich, aber sie können ja gerne die haftung übernehmen.“

Zur Überzeugung des Senats ergibt sich aus der Aussage des Zeugen Moskowitz und dem Mailverkehr, dass seitens des Fonds die steuerliche Problematik gesehen wurde. Die tatsächlich existierenden Verträge dienten dazu, die Steuerbehörden von deren eigentlichem Zweck abzulenken. Dieser bestand nicht in einer unternehmerischen Notwendigkeit, sondern war darin begründet, steuerliche Vorteile zu generieren.

Der Zeuge, der aufgrund seiner Aufgaben, seiner Qualifikationen und seiner beruflichen Tätigkeit an herausragender Stelle der Constantin Film AG stand, wusste über die tatsächlichen Gegebenheiten im Rahmen der Subventionsbeantragungen Bescheid. Zur Überzeugung des Senats wollte er sich bezüglich seiner geschäftlichen Tätigkeit korrekt verhalten. Gegenüber den Subventionsbehörden sollten nur diejenigen Finanzen dargestellt werden, die dem eigentlichen Zweck der Filmproduktion zu Gute kamen.

Die gesamte rechtliche Konstruktion zielte darauf ab, diese von den Zeugen als zutreffend erkannten tatsächlichen Gegebenheiten zu umgehen. Der Musterbeklagte zu 1) hatte hiervon und von den steuerlichen Auswirkungen auch positive Kenntnis. Dies ergibt sich aus seiner Mail vom 15.06.2005 um 20:55 h (Anlage KapMuG Vip 4) 39. Dort führt er u. a. wörtlich aus „wenn sie damit die deutschen fonds komplett killen wollen, interessant?“ und weiter „denn steuerlich ist die offenlegung der gesamt dealstruktur nicht förderlich, aber sie können ja gerne die haftung übernehmen.“

Aus der Mail des Musterbeklagten zu 1) vom 15.06.2005 20:55 (Anlage KapMuG (VIP4) 39) ergibt sich ferner, dass ihm bewusst war, dass das Fondskonzept zum Scheitern verurteilt ist, wenn die Finanzbehörden die tatsächlichen Hintergründe erkennen würden.

Zur Überzeugung des Senats ergibt sich aus dem E-Mail-Verkehr (Anlage KapMuG (Vip4) 39) darüber hinaus, dass die Fondsgesellschaft grundsätzlich so verfahren ist. Der Musterbeklagte zu 1) hat nachdrücklich gegenüber dem Zeugen Moskowitz in seiner Mail zum Ausdruck gebracht, dass das Fondskonzept anders gar nicht durchführbar ist. Er hat wörtlich gefragt, ob der Zeuge „die deutschen Fonds komplett killen“ wolle. Faktisch bedeute dies, wenn die tatsächliche Struktur offengelegt worden wäre, wäre das Fondskonzept gekillt, d. h. gestorben gewesen. Deutlicher kann man nicht ausdrücken, dass das Fondskonzept bei Bekanntwerden der tatsächlichen Strukturen nicht durchführbar ist.

Dem Musterbeklagten zu 1) waren auch die steuerlichen Auswirkungen bekannt. Auch dies hat er in seiner Mail in drastischen Worten angesprochen und den Zeugen sogar aufgefordert hierfür „die Haftung“ zu übernehmen.

In seiner ergänzenden Vernehmung konnte sich der Zeuge dann allerdings an Details überhaupt nicht mehr erinnern.

Der Zeuge Dr. Christoph Schmidt berief sich auf sein Aussageverweigerungsrecht. Er hat in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt sowohl die VIP Vermögensberatung GmbH als auch die VIP Service GmbH vertreten. Zwar hat der Musterbeklagtenvertreter zu 1) im Namen seiner Mandanten den Zeugen von der Schweigepflicht auch insoweit entbunden, als der Musterbeklagte zu 1) nach wie vor Geschäftsführer der VIP Vermögensberatungs GmbH ist. Eine Schweigepflichtentbindungserklärung der VIP Service GmbH liegt aber nicht vor.

Der Zeuge hat sich daher zu Recht auf die nicht vorliegende Entbindungserklärung und auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen. Nachdem der Sachverhalt eng mit beiden Firmen verbunden ist, ist eine differenzierte Aussage, die sich nur auf eine der beiden Firmen bezieht, für den Zeugen nicht ohne Verstoß gegen seine Verschwiegenheitspflicht möglich.

Die Zeugin Eva Marie Neufahrt war Controllerin bei der VIP Service GmbH von 2003 bis Ende Januar 2010. Sie hat insbesondere die Ausgaben des Fonds kontrolliert und war auch zum Teil vor Ort tätig.

Konkrete Angaben zu der tatsächlichen Vertragsstruktur und den wirklichen Zahlungsflüssen konnte sie nicht machen. Sie hat für den Senat nachvollziehbar und glaubhaft bekundet, dass sie alles in ihrer Möglichkeit stehende getan hat, damit die Gelder bezüglich der Produktionskosten ordentlich ausgegeben werden. Insoweit habe der Fonds in Teilbereichen auch Einfluss auf einzelne Entscheidungen genommen.

Zu der tatsächlichen Vertragsstruktur im Detail konnte die Zeugin keine Angaben machen. Dies erscheint dem Senat auf Grund ihres Tätigkeitsbereiches auch nachvollziehbar.

Der Zeuge Andreas Simon war zu der fraglichen Zeit Geschäftsführer der Firma GAP Distribution GmbH. Der Zeuge bekundete, dass die Verträge, die er für diese Firma abschloss, äußerst umfangreich waren. Sie hätten mehr als 200 Seiten umfasst und es sei eine Vielzahl von

Anlagen beigelegt gewesen.

Der Zeuge beteuerte wiederholt, dass er die Verträge aufgrund ihres Umfangs, ihrer Komplexität und der schwierigen Sachverhalte nicht wirklich verstanden habe. Er habe auf seine anwaltlichen Vertreter vertraut, die ihm versichert hätten, dass alles in Ordnung sei. Zu Details konnte er keine nachvollziehbaren Angaben machen. Er konnte sich nur konkret erinnern, dass er sich Sorgen machte, die Firma GAP Distribution GmbH könnte in finanzielle Schwierigkeiten geraten, wenn die Zahlungsvorgänge nicht ausreichend abgestimmt seien.

Die Aussage des Zeugen erscheint nachvollziehbar. Im Hinblick auf die mittlerweile vergangene Zeit und die umfangreichen Vertragstexte ist es verständlich, dass der Zeuge sich in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer in erster Linie darum kümmerte, dass die Gesellschaft ihre finanziellen Verbindlichkeiten erfüllen konnte.

Der Zeuge Thomas Wöbke erläuterte, dass er bezüglich des Films „Girls next door“, der den endgültigen Namen „Trade“ erhalten habe, sich im Wesentlichen um die künstlerische Seite gekümmert habe. Mit der Finanzierung habe er wenig zu tun gehabt. Er habe sich allerdings darum bemüht, Gelder bei verschiedenen Filmförderungsanstalten zu erhalten. Mit den Details sei er nicht befasst gewesen.

Der Zeuge Andreas Grosch war Geschäftsführer der Komplementärin des Fonds VIP 4. In dieser Eigenschaft schloss er die Verträge für den Fonds ab.

Der Zeuge erweckte bei dem Senat den Eindruck, dass er nachhaltig bemüht war, sein Handeln zu rechtfertigen. Er betonte immer wieder, dass nach seiner Meinung alles ordentlich abgelaufen sei.

Er schilderte, dass auf Grund der Verträge die Fondsgesellschaft 100 % der Produktionskosten an den Auftragsproduzenten bezahlen musste. Im Gegenzug sei es erforderlich gewesen, dass eine 80 %ige Verleihgarantie von dem Verleih erbracht werde, der im Gegenzug die Lizenzrechte für den Film bekommen habe. Er habe keine Kenntnis, wie die Verleihgarantie intern finanziert worden sei. Dies sei außerhalb seines Einflussbereiches gewesen.

Auf Vorhalt der „Fund Flow Memos“ erläuterte der Zeuge, dass nach seiner Ansicht 100 % von der Fondsgesellschaft abgeflossen seien, die bei dem Produktionsdienstleister auch tatsächlich ankamen. Für die Abwicklung der Zahlungsflüsse seien die Banken verantwortlich gewesen. Es sei Aufgabe der Mittelverwendungskontrolleurin gewesen, sicherzustellen, dass die Überweisungen in der richtigen Reihenfolge vorgenommen wurden.

Der Zeuge führte sodann aus, dass aus der Sicht des Konzerns der Nettobarwertvorteil tatsächlich etwa 20 % betragen habe. Dies gelte aber nur für den Fall, dass der Produktionsdienstleister und Lizenznehmer demselben Konzern angehören.

Zur Überzeugung des Senats ergibt sich aus der Aussage des Zeugen und seines persönlichen Eindrucks bei seiner Einvernahme, dass ihm das Risiko der vertraglichen Gestaltung in steuerlicher Hinsicht sehr wohl bewusst war. Die gesamten Zahlungsvorgänge und ihre Organisation waren ihm bekannt. Dies zeigt bereits der Umstand, dass in dem Konzern von einem Barwertvorteil von 20 % gesprochen wurde.

Dies bedeutet aber noch nicht, dass die Verträge nur zum Schein abgeschlossen wurden. Der Senat ist davon überzeugt, dass der Zeuge, der mit den Details auf Grund seiner Stellung sehr gut vertraut ist, das System dazu nutzen wollte, mit Hilfe rechtlich wirksamer Verträge eine bestimmte steuerliche Gestaltung zu erreichen. Zu diesem Zweck wurden die Verträge abgeschlossen und die Zahlungsabläufe koordiniert.

Der Zeuge Marcus Schöfer ist vom Beruf Rechtsanwalt. Er war Partei von zwei oder drei Beratungsverträgen mit der VIP Geschäftsführung GmbH. Diese Vereinbarungen sahen eine kaufmännische Beratung, und zwar hinsichtlich der Filmproduktion, des Filmhandels und des Vertriebs vor. Eine anwaltliche Tätigkeit war damit nicht verbunden.

Obwohl dem Zeugen auf Grund seiner Berufsausbildung als Rechtsanwalt der Umstand bekannt ist, dass ein Zeuge nur Tatsachen bekunden kann, die er selbst wahrgenommen hat, äußerte er sich zur Beginn seiner Vernehmung zur Überzeugung des Senats sehr indifferent.

Erst auf Nachfragen durch das Gericht präzisierte er seine Angaben. Er stellte klar, dass er Mitglied des Beratungsteams war, das von Herrn Grosch geleitet wurde. Herr Schmid hatte ein eigenes Team. Insoweit konnte er nur die allgemeinen Organisationsabläufe schildern.

Der Zeuge bekundete dann nachvollziehbar, dass sich die beiden Geschäftsführer - Grosch und Schmid - die Arbeit geteilt hätten. Aufgrund der Vielzahl der Projekte sei es gar nicht möglich gewesen, dass ein Geschäftsführer alle Verhandlungen tätige.

Er meinte weiter, er wisse nichts von etwaigen Geheimverhandlungen. Er könne sich dies auch nicht vorstellen, da das Ganze viel zu breit angelegt gewesen sei.

Seitens des Herrn Grosch habe es bei VIP 4 keine Vorgaben über die Finanzierung des Schuldübernahmeentgelts gegeben. Es sei allerdings nichts Ungewöhnliches gewesen, dass der Produktionsdienstleister das vorweg vereinnahmte Geld dem Vertrieb zur Verfügung gestellt habe. Bereits bei dem Fonds VIP 3 habe es eine Defeasance-Struktur gegeben. Soweit er bei Verhandlungen zugegen war, an denen Herr Schmidt beteiligt war, habe es von diesem keine Vorgaben bezüglich der Finanzierung des Schuldübernahmeentgelts gegeben.

Der Zeuge war sichtlich bemüht, nicht deutlich werden zu lassen, dass der Fonds die grundsätzliche Struktur weitgehend vorgab. So betonte er auf Frage der Vertreter/in der Musterklägerin und des Musterbeklagten zu 2), dass die Finanzierung des Schuldübernahmeentgelts durch eine Intercompany Loan nicht zwingend sei. Ein Konzern wie z. B. Sony habe auch andere Möglichkeiten.

Auf Vorhalt der Anlage ASKap22, Seite 37 und 38 räumte er dann ein, dass es gerade die Firma Sony war, die ausdrücklich eine vertragliche Regelung über ein Intercompany Loan wollte. Er bestätigte, dass der Satz „aus meiner dortigen Erfahrung kann ich sagen, dass es eine übliche Vorgehensweise innerhalb eines Konzerns ist, die Finanzierung über eine Intercompany Loan“ zu bewirken, uneingeschränkt richtig ist.

Zur Überzeugung des Senats wollte auch hier der Zeuge im Ergebnis einen unzutreffenden Eindruck erwecken. Es ist sicher richtig, dass große Firmen auch andere Möglichkeiten der Finanzierung haben. In der Praxis wurde aber davon kein Gebrauch gemacht; nicht einmal von einer Firma wie Sony.

Der Zeuge erläuterte auch das Wort „Barwert“. Er meinte, dies sei der Begriff, den der Produktionsdienstleister verwende und der sich mathematisch aus der Differenz zwischen der Zahlung der Produktionsmittel durch den Fonds und der Zahlung des Schuldübernahmeentgelts durch den Vertrieb ergebe.

Aufgrund des persönlichen Eindrucks von dem Zeugen ist der Senat davon überzeugt, dass dieser bemüht war, den Umstand herunterzuspielen, dass die Struktur der Verträge weitgehend von dem Fonds vorgegeben wurde. Er versuchte auch durch geschickte Formulierungen einen unzutreffenden Eindruck zu erwecken. Es mag sein, dass Herr Schmid in seiner Gegenwart keine Vorgaben bezüglich der Verträge machte. Der Zeuge war aber nicht im Team von Herrn Schmid. Seine Aussage hat daher insoweit keinen realistischen Hintergrund.

Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass der Senat auch auf Grund dieser Aussage keine Tatsachen erkennen kann, die es rechtfertigen

würden, von Scheinverträgen auszugehen.

Die Frage, ob der Fonds den Vertragsinhalt vorgab, lässt keine Rückschlüsse zu, ob es sich um einen Scheinvertrag handelt. Auch bei allgemeinen Geschäftsbedingungen wird die Vertragsgrundlage einseitig vorgegeben, obwohl beide Parteien den Vertrag ernsthaft wollen.

Der Senat vermag auch keine Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass es „Geheimverhandlungen“ und darauf aufbauend „Geheimabsprachen“ gegeben habe. Der Fonds wickelte eine Vielzahl von Geschäften und Projekten ab. An diesen waren mehrere Firmen beteiligt. Die Abwicklung hätte vorausgesetzt, dass eine große Anzahl von Personen eingeweiht worden wäre. Hierfür fehlen nachvollziehbare Anhaltspunkte.

Der Zeuge Josef Brandmaier war als Bankkaufmann bei der Musterbeklagten zu 2) tätig.

Er erläuterte, es sei seine Aufgabe gewesen, sicherzustellen, dass Überweisungen so abgewickelt wurden, dass kein Konto der beteiligten Firmen überzogen wurde. Bei anderen Fonds sei es zu Problemen gekommen. Deswegen habe die Bank ein Interesse gehabt, dass alle Konten der beteiligten Firmen bei ihr im Hause geführt werden. Alle Firmen hätten sich darauf widerspruchslos eingelassen.

Die Zahlungsvorgänge seien von Mitarbeiterinnen in das System eingetippt worden. Er habe die einzelnen Zahlungsvorgänge hinsichtlich der Daten kontrolliert und sodann freigegeben. Hierbei habe er streng darauf geachtet, dass es zu keiner Überziehung der Konten gekommen sei. Die einzelnen Überweisungen habe er an Hand eines ihm zugeleiteten Entwurfs abgeglichen. Von wem dieser Entwurf kam, konnte er nicht mehr sagen.

Der Zeuge wirkte im Laufe seiner Vernehmung zunehmend verunsichert. Auf Grund des persönlichen Eindrucks ist der Senat davon überzeugt, dass er bemüht war, seine Verantwortung herunterzuspielen. Er musste aber einräumen, dass er es war, der aufgrund negativer Erfahrung die Idee in Gang brachte, dass sämtliche Konten bei der Bank geführt werden.

Er räumte auch ein, dass er den Abschnitt „C. Kurzbeschreibung der Struktur“ im FKD-Kreditprotokoll vom 08.03.2004 (Anlage KAPMUG VIP 4. 49) verfasst habe. Allerdings meinte er, dass die Informationen von der Strukturabteilung zum größten Teil vorgegeben gewesen seien. Dies gelte auch für den letzten Satz, in dem ausgeführt werde, dass ca. 15 % als echte Liquidität für die Filmproduktion verbleiben würden.

Der Zeuge versuchte dem Senat nahezubringen, dass er trotz seiner Position heute nicht mehr sagen könne, was durch das System der Fund Flow Memos sichergestellt werden sollte. Auf wiederholten Nachfragen des Gerichts, bei welcher Firma die Überweisungen begannen, verwickelte sich der Zeuge zunehmend in Widersprüche.

Zuerst meinte er, dass die erste Überweisung von dem Konto des Lizenznehmers erfolgt sei. Er könne sich allerdings nur daran erinnern, wie generell verfahren worden sei, insbesondere bei anderen Fonds.

Auf Vorhalt der Anlage B 2-3, aus der sich ergibt, dass die Beträge zuerst von dem Konto des Fonds abgebucht wurden, konnte der Zeuge nicht erklären, warum er sich an etwas anderes erinnerte.

Zur Überzeugung des Senats sind diese Ausführungen des Zeugen nicht nachvollziehbar. Er wusste auf Grund seiner Funktion und seiner konkreten Mitarbeit an dem System sehr wohl, dass die Fund Flow Memos im Interesse auch der Bank waren, damit sie oder eine dritte Person nicht in Vorleistung treten musste.

Auf Fragen des Vertreters der Musterbeklagten zu 2), ob es eine Anweisung bezüglich der Fund Flow Memos gegeben habe, war das Aussageverhalten des Zeugen für den Senat dann nicht mehr nachvollziehbar.

Er bekundete, dass es eine Anweisung gegeben habe, die aber nicht mehr auffindbar sei. Es könne sich um eine Mail oder um einen Hausbrief gehandelt haben.

Theoretisch erscheinen diese Angaben möglich. Der Senat hält sie aber für so unwahrscheinlich, dass er ihnen keinen Glauben schenkt. Der Zeuge hat zuvor bekundet, dass die Durchführung der Überweisungen für die Bank von größter Bedeutung war, da Überziehungen unter allen Umständen vermieden werden sollten. Er trug hierfür die Verantwortung.

Es handelte sich keineswegs um einen einmaligen Geschäftsvorgang, sondern es wurden eine Vielzahl von Fund Flow Memos bezüglich des Fonds VIP 4 über die Bank in dieser Art und Weise abgewickelt. Es erscheint dem Senat nicht nachvollziehbar, dass bei derartigen Bankgeschäften grundsätzliche Anweisungen nicht zu den Akten gelangen.

Der Senat ist aufgrund des persönlichen Eindrucks des Zeugen davon überzeugt, dass er ersichtlich unter dem Druck stand, sein Verhalten und das der Bank nicht in einem negativen Licht erscheinen zu lassen. Es erscheint nachvollziehbar, dass dem Zeugen die nunmehr aufgetretenen Probleme zu der damaligen Zeit nicht in vollem Umfang bewusst waren.

Aus den Angaben des Zeugen lassen sich aber keine Rückschlüsse darauf ziehen, dass Verträge nur zum Schein abgeschlossen wurden. Aus der Aussage ergibt sich vielmehr lediglich, dass die Musterbeklagte zu 2) an maßgeblicher Stelle und im wohlverstandenen eigenen Interesse den Zahlungskreislauf zu ihren Gunsten gestaltete. Dadurch können bestehende Verträge – insbesondere der Mittelverwendungskontrollvertrag – verletzt worden sein, um Scheinverträge handelt es sich deswegen aber nicht.

Der Zeuge Markus Häuser war bei der Musterbeklagten zu 2) u. a. im Jahre 2004 in der Fachabteilung „strukturierte Finanzierungen“ tätig und insoweit mit dem Fonds VIP 4 befasst. Nach seinen Angaben gehörte es zu seiner Aufgabe, für den Fonds eine Finanzierungsstruktur zu erstellen. Es sollte ein Schuldübernahmevertrag mit der Fondsgesellschaft einerseits und dem Lizenznehmer andererseits geschlossen werden. Für die Bank sei es wichtig gewesen, dass das vereinbarte Schuldübernahmeentgelt im Rahmen eines Bargeschäfts als Vorausleistung des Lizenznehmers erfolge.

Die Bank habe über einen beauftragten Rechtsanwalt geprüft, ob der Lizenznehmer solvent gewesen sei. Dies sei erforderlich gewesen, um im Falle einer Insolvenz des Lizenznehmers nicht Rückforderungen durch den Insolvenzverwalter ausgesetzt zu sein. Die Erbringung der Vorausleistung und die Solvenz sei Voraussetzung für die Schuldübernahme gewesen.

Der Zeuge bekundete sodann, die Vorausleistungen seien erbracht worden, so dass die Schuldübernahmeverträge wirksam wurden. Woher der Zeuge dies wissen möchte, bleibt sein Geheimnis. Er konnte nicht einmal sagen, wozu die Fund Flow Memos dienten. Zum fraglichen Zeitpunkt Ende 2004 war er nach seinen eigenen Angaben im Übrigen auch im Urlaub.

Bezüglich der Anlage B 2-1 und dem Anhang hierzu bekundete der Zeuge, dass unter dem Punkt 5 „Zusammenfassung, Contra“ auf ein mögliches Prospekthaftungsrisiko im engeren Sinn, und zwar „durch Nennung der HVB als Bank für die EK-Defeasance und die ATF“ hingewiesen wurde.

Auf Vorhalt des zweiten Absatzes auf Seite 11 des Protokolls vom 20.07.2010 (Bl. 1111) erklärte der Zeuge, dass für ihn die Feststellung im FKD-Protokoll, wie viel für die Filmherstellung verbleibe, keinen Sinn mache. Diese Feststellung könne nur das Studio beurteilen, die die

Filmproduktion mache.

Der Zeuge bekundete, dass die Anhänge (Anlage B 2-1) von seiner Abteilung stammen. Das sei das, was sie beigesteuert hätten. Die Bemerkung bezüglich des für die Filmproduktion verbleibenden Anteils stamme nicht von ihm. Er könne sich diese Bemerkung überhaupt nicht erklären.

Dem Zeugen wurde dann die Anlage KAPMUG (VIP 4) 50 vorgehalten. In der Anlage werden zu einer Vielzahl von Fragen unter dem Kürzel MSC 5, das für den Zeugen steht, Ausführungen gemacht. Ein Punkt befasst sich mit der Liquidität. Der Satz ist mit Ausnahme des Wortes „Studioseite“, praktisch identisch mit der oben genannten Anmerkung in dem Kreditprotokoll, die angeblich nicht von dem Zeugen stammen soll.

Der Zeuge stritt dann sogar ab, dass diese Erläuterung von ihm sein könnte. Er äußerte die Vermutung, dass eine Mitarbeiterin diesen Satz eingefügt habe.

Bei der Bedeutung dieser Sache erscheint dem Senat diese Einlassung des Zeugen unglaublich. In der Anlage KAPMUG (VIP 4) 50 wird zu einem Projekt Stellung genommen, das einen Umfang von mehreren 100 Mio. € hatte. Dennoch sollen Anmerkungen nicht von dem Zeugen stammen, obwohl er an herausragender Position tätig war, sondern eine Mitarbeiterin soll diese ohne sein Wissen eingefügt haben.

Zur Überzeugung des Senats stand auch dieser Zeuge unter erheblichen Druck, sich und die Musterbeklagte zu 2) zu rechtfertigen. Die Zahlungsvorgänge und die damit im Zusammenhang stehenden Umstände lassen zwar den Rückschluss zu, dass man gegen einzelne vertragliche Bestimmungen verstieß. Dies bedeutet aber nicht, dass die verantwortlichen Personen Verträge nur zum Schein abschließen wollten.

Der Zeuge Christian Hoppmann ist seit Februar 2002 bei der Musterbeklagten zu 2) beschäftigt und war von Anfang an in der Abteilung für strukturierte Finanzierung tätig. Mit dem Fonds VIP 4 wurde er erstmals im August 2004 befasst.

Der Zeuge betonte wiederholt, dass die aufschiebende Bedingung für die Schuldübernahme die Bezahlung des Schuldübernahmeentgelts gewesen sei, das man vorher berechnet und vertraglich vereinbart habe. Die Bank habe aus Abrechnungs- und Vereinfachungsgründen ein Interesse gehabt, sämtliche Konten zentral zu führen.

Er habe keine Zahlungen durchgeführt. Er könne nicht nachvollziehen, dass der Zeuge Brandmaier mit der vorgesehenen Zahlungsweise auch ungeregelte Überziehungen verhindern wollte. Für die Bank sei nur entscheidend gewesen, dass der Lizenznehmer das Übernahmeentgelt bezahle und sie nicht in Vorleistung treten müsse.

Auf Vorhalt des FKD-Protokolls vom 08.03.2004 meinte der Zeuge, dass dieses bereits erstellt gewesen sei, als er mit der VIP 4 befasst worden sei. Nach seiner Ansicht sei der Satz unvollständig. Es werde nicht die Gesamtheit aller Zahlungen dargestellt. Dieser Satz sei für seine weitere Tätigkeit allerdings nicht relevant gewesen.

Auf Vorbehalt der Anlage B 2-3 meinte der Zeuge, es sei Aufgabe des Fonds und des Lizenznehmers gewesen, sich zu einigen, wer zuerst zahlt. Der Mittelverwendungskontrolleur habe regelmäßig angefragt, ob der Schuldübernahmevertrag „scharf geschaltet“ sei. Er habe selbst kein Vorleistungsrisiko eingehen wollen und habe sich erkundigt, ob bereits die Anweisung des Lizenznehmers vorliege.

Diese Angaben des Zeugen vermag der Senat im Ergebnis nicht nachzuvollziehen. Es mag eine Anweisung des Lizenznehmers gegeben haben. Dies heißt aber nicht, dass die Überweisung bereits ausgeführt wurde. Dies bedeutet aber auch, dass dem Zeugen sehr wohl bewusst war, dass der Lizenznehmer nicht in Vorleistung trat.

Dementsprechend sind auch seine Angaben nicht nachzuvollziehen, dass in dem Moment, in dem alle Zahlungsanweisungen im Haus waren, die Eintrittsbedingungen für die Schuldübernahme erfüllt gewesen sein sollen. Auf Grund der fachlichen Kompetenz und der Stellung des Zeugen bei der Bank ist der Senat davon überzeugt, dass diesem die Unrichtigkeit dieser Ansicht, die keine Tatsachenbehauptung beinhaltet, sehr wohl bewusst ist.

Die aufschiebende Bedingung der Schuldübernahme wird nicht durch das Vorliegen von Zahlungsanweisungen, sondern durch den Eingang des Entgelts auf dem Konto der Bank erfüllt.

Zur Überzeugung des Senats versuchte der Zeuge, den Umstand bezüglich der Zahlungsflüsse zu verschleiern, dass der Lizenznehmer nicht als erster seine Leistung erbrachte. Im Ergebnis bedeutet dies zur Überzeugung des Senats, dass die Musterbeklagte zu 2) im Einverständnis mit den beteiligten Firmen und den dortigen Verantwortlichen von den Bestimmungen des Mittelverwendungskontrollvertrages abgewichen ist.

Für das Verfahren kann offen bleiben, inwieweit einzelne Firmen eine Verantwortung tragen oder nur in berechtigter Weise ihre eigenen Interessen verfolgten. Für die steuerliche Einordnung ist dies im Ergebnis unerheblich. Die Folgen dieser Handlungen bestehen in dem Risiko des Fonds, dass er in Vorleistung tritt, ohne dass die Schuldübernahme bereits wirksam erklärt ist. Anhaltspunkte, dass dies ein Indiz dafür ist, dass Verträge nur zum Schein geschlossen wurden, vermag der Senat nicht zu erkennen.

Der Zeuge Dr. Hans Radau hat sich in zutreffender Weise auf sein Aussageverweigerungsrecht als Rechtsanwalt berufen. Er hatte weder die Musterklägerin noch die Musterbeklagten, sondern dritte Firmen als Rechtsanwalt beraten. Von diesen lagen keine Schweigepflichtsentbindungserklärungen vor.

Die Musterklägerin hat auf die Vernehmung weiterer Zeugen verzichtet. Bezüglich der Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf die Erklärung der Musterklägerin in der Sitzung vom 06.05.2011 (Protokoll vom 06.05.2011; Seite 3 Bl 1352). Der Senat weist vorsorglich ergänzend darauf hin, dass die weitere Einvernahme von Zeugen auch aus Rechtsgründen nicht erforderlich ist. Wie bereits eingangs erläutert, ist der Streitpunkt zu Gunsten der Musterklägerin bereits aus anderen Gründen positiv zu entscheiden, ohne dass es im Ergebnis auf eine Beweisaufnahme ankäme.

Soweit die Musterbeklagten gegenbeweislich Zeugen benannten, waren diese aus Rechtsgründen nicht zu vernehmen. Wie der Senat im Rahmen seiner Beweiswürdigung ausführte, ist davon auszugehen, dass der Musterklägerin der Nachweis nicht gelungen ist, dass die Verträge rechtsunwirksam sind. Der Senat ist vielmehr davon überzeugt, dass es sich nicht um Scheinverträge im Sinne des § 117 BGB handelt.

Auch nach den ergänzenden Ausführungen des Musterbeklagten zu 1) in dem Schriftsatz vom 16.09.2011 (Bl 1407/1410) ist eine Beweisaufnahme aus Rechtsgründen nicht geboten.

Der Senat geht davon aus, dass die Verträge tatsächlich vollzogen wurden. Es kommt daher aus Rechtsgründen nicht darauf an, ob auf die Finanzierung des Lizenznehmers kein Einfluss genommen wurde. Dies kann insoweit zu Gunsten der Musterbeklagten als wahr unterstellt werden.

B (2)

Streitpunkt (2):

Der Antrag der Musterklägerin als Streitpunkt festzustellen, dass das Verlustrisiko fehlerhaft dargestellt ist, ist begründet.

a)

keine Absicherung von 115 % des Kommanditkapitals
(Unterpunkt a) zum Streitpunkt (2))

Auf Seite 5 des Prospekts heißt es unter der Überschrift „die Eckdaten des Fonds“: „Absicherung von mindestens 115 % des Kommanditkapitals ohne Agio mittels Schuldübernahme durch die Bayer. Hypo- und Vereinsbank AG (zu Bedingung und Umfang der übernommenen oder abgesicherten Zahlungen s. Kapitel 12 und 13)“.

Auf Seite 13 des Prospekts heißt es unter der Überschrift Schuldübernahme durch die Bayer. Hypo- und Vereinsbank AG: „Die Bank wird bezüglich aller bei der Erst-Investition realisierten Filme der Fondsgesellschaft (nachfolgend auch Lizenzgeber) jeweils die Verpflichtungen des Lizenznehmers zur Erbringung der fest vereinbarten Schlusszahlung in Höhe von mindestens 115 % des anteiligen Kommanditkapitals ohne Agio bezogen auf den Anteil der Produktionskosten am gesamten Kommanditkapital des Lizenzgebers übernehmen...“

Auf Seite 90 des Prospekts wird unter der Überschrift „Schuldübernahmeverträge“ ausgeführt: „... Schlusszahlungen – jedoch maximal in Höhe von 115 % bezogen auf den Anteil der Gesamtkosten des Projekts am gesamten Kommanditanteil...“

Auf Seite 93 des Prospekts heißt es unter der Überschrift wirtschaftliche Risiken in dem 5. Absatz auszugsweise: „...die Schlusszahlungen sollen lediglich 115 % des Fondsvolumens ohne Agio absichern ...“.

Auf Seite 5 wird das geplante Fondsvolumen auf 5 Mio. EUR beziffert. Dies entspricht der Summe des Kommanditkapitals auf Seite 63 des Prospekts. Demnach bedeutet der Begriff Fondsvolumen: die gesamten Kosten, bestehend aus Produktionskosten + Nebenkosten + Verwaltungskosten.

Zur Überzeugung des Senats sind die zitierten Ausführungen in dem Prospekt in sich widersprüchlich und bewusst unklar gehalten. Aus dem Prospekt ist nicht erkennbar, was nun tatsächlich durch die Schlusszahlung gesichert sein soll. Klar und eindeutig ist nur geregelt, dass die Schlusszahlung sich nicht auf das Agio bezieht. Die Begriffe „115 % des Kommanditkapitals“ auf Seite 5 des Prospekts und „115 % des Fondsvolumens“ auf Seite 93 des Prospekts bedeuten zur Überzeugung des Senats, dass die Höhe der Schlusszahlung sich auf das gesamte Fondsvolumen erstrecken soll. Dies steht aber in Widerspruch zu den Ausführungen auf Seite 13 des Prospekts. Dort heißt es, dass sich die Schlusszahlung nur auf den „Anteil der Produktionskosten am gesamten Kommanditkapital“ bzw. „auf den Anteil der Gesamtkosten des Projekts am gesamten Kommanditanteil...“ erstreckt. Diese Formulierung wird auch in dem Abschnitt „Schuldübernahmeverträge“ verwandt (Seite 90 des Prospekts).

Der Anteil der Produktionskosten bzw. der Anteil der Gesamtkosten eines Projekts am gesamten Kommanditanteil beträgt aber nur 87,2 % (Seite 63 des Prospekts).

Bei dem Anleger wird daher die falsche Vorstellung erweckt, dass die Absicherung in folgender Höhe erfolgt:

115 % von 5.000.000,- € = 5.750.000,- €

Tatsächlich wird in dem Prospekt aber durch zweideutige Formulierungen verschleiert, dass die Absicherung nur in folgender Höhe vorzunehmen ist:

Produktionskosten € 4.360.000,- (Seite 63 des Prospekts)

also

115 % von 4.360.000,- € = 5.014.000,- €

Die Musterbeklagte zu 2) hat dies im Ergebnis selbst eingeräumt. Die Höhe der Schuldübernahme richtet sich nach den einzelnen Produktionskosten der Erst-Investition und beträgt davon 80 % (Schaubild der Musterbeklagten zu 2), Anlage zum Protokoll vom 07.05.2010, Bl 855, 861). Sie hat mit dem Kommanditkapital nichts zu tun.

Zur Überzeugung des Senats handelt es sich nicht nur um eine sprachliche Ungenauigkeit. Die Absicherung ist für die Funktionsweise des Fonds und für einen Anleger von größter Bedeutung. Die Höhe des Kommanditkapitals ergibt sich eindeutig aus dem Prospekt. Es gibt keinen Grund, verschiedene Ausdrücke für die gleiche Sache zu gebrauchen.

b)

Keine Absicherung aus Sicht des Anlegers
(Unterpunkt b) zum Streitpunkt (2))

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 20.12.2007 – III ZR 27/07 entschieden, dass das Gesamtrisiko einer Beteiligung nicht unzulässig verharmlost werden dürfe.

Nach dem Anlageprospekt war die Schuldübernahme der Bank nämlich nicht dahin zu verstehen, dass die Anleger in jedem Fall ihre Einlagen zurückerhalten; vielmehr wurde durch die Schuldübernahme nur das Kommanditkapital insgesamt gesichert, mit dem jedoch vor Auszahlung an die Gesellschafter etwaige Verbindlichkeiten der Gesellschaft und die Darlehensverbindlichkeiten der Anleger zu decken waren, so dass bei dem Bestand entsprechend hoher Verbindlichkeiten nicht auszuschließen war, dass auch ein Totalverlust der Einlage der Kommanditisten eintreten konnte.

Die Ausführungen in dem Kapitel „Chancen und Risiken“ auf Seite 93 ff des Prospekts werden allerdings durch eine Reihe von Formulierungen im Sinne der oben genannten Rechtsprechung verharmlost.

Bereits die Bezeichnung als „Garantiefonds“ ist unzutreffend. Sie erweckt bei einem Anleger an herausgehobener Stelle den Anschein, seine Einlage werde garantiert. Dies ist aber nicht der Fall. Die Schlusszahlung erfolgt an den Fonds und wird durch Verbindlichkeiten vermindert. Dennoch wird bei dem Anleger der Eindruck erweckt, es gebe für ihn eine besondere Sicherheit.

Die Bezeichnung „Garantiefonds“ ist daher objektiv unrichtig und geeignet, bei den Anlegern falsche Vorstellungen hervorzurufen. Der Prospekt erweckt durch ständig wiederholende Formulierungen (vgl. oben) wie „115 % des Kommanditkapitals“ bei dem Anleger den Eindruck, als sei seine gesamte Einlage zu 115 % gesichert. Dies ist aber objektiv nicht der Fall.

Im Prospekt der VIP 4 wird auf Seite 6 sogar wörtlich ausgeführt:

„Darüber hinaus ist die Bareinlage selbst ohne Berücksichtigung steuerlicher Effekte in Höhe von ca 65 % abgesichert.“

Zur Überzeugung des Senats wird hierdurch der Eindruck erweckt, dass die Bareinlage tatsächlich zu 65 % abgesichert ist. Die

Schuldübernahme sieht dagegen nur eine Schlusszahlung an den Fonds, nicht an den Anleger vor. Darüber hinaus ist das Wort „Bareinlage“ im Hinblick auf den Fonds widersprüchlich. Die Einlage wurde zu 45,5 % fremdfinanziert. Durch die Formulierung wird bei dem Anleger der Eindruck erweckt, es gäbe eine besondere Absicherung seiner eigenfinanzierten Einlage in Höhe von 54,5 %. Dies ist aber nicht der Fall.

c)
vorrangige Absicherung der den Anlegern gewährten Darlehen
(Unterpunkt c) zum Streitpunkt (2))

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 14.06.2007 - III ZR 300/05 entschieden, dass nach den von ihm entwickelten Prospekthaftungsgrundsätzen der Prospekt über ein Beteiligungsangebot, der für einen Beitrittsinteressenten im Allgemeinen die einzige Unterrichtungsmöglichkeit darstellt, den Anleger über alle Umstände, die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig zu unterrichten hat. Ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, ist daher nicht allein anhand der wiedergegebenen Einzeltatsachen, sondern nach dem Gesamtbild zu beurteilen, das er von den Verhältnissen des Unternehmens vermittelt. Dabei ist auf den Gesamteindruck abzustellen, der einem durchschnittlichen Anleger vermittelt wird. Die Formulierungen in dem Prospekt müssen hinreichend eindeutig sein.

Bei den Anlegern wird der falsche Eindruck erweckt, dass die Schuldübernahme ihrer Absicherung dient und der vermögenswerte Vorteile zu mindestens indirekt über die Fondsgesellschaft zu gute kommt, so dass das Risiko ihrer Beteiligung minimiert wird. Tatsächlich dient die Schuldübernahme in erster Linie den Sicherungsinteresse der Musterbeklagten zu 2) als Darlehensgeberin der einzelnen Anleger.

Nach den Ausführungen auf Seite 93 des Prospekts dient die Schlusszahlung vorrangig zur Rückzahlung der Anteilsfinanzierung der Anleger und der damit im Zusammenhang stehenden Kosten der Bank.

Die Anteilsfinanzierung betrug 45,5 %, somit

45,5 % von 5 Millionen € = 2.275.000,- €

Nach dem obligatorischen Darlehensvertrag, der dem Prospekt beigelegt ist, werden hierauf 7,475 % p. a. an Zinsen fällig. Diese sind zinslos gestundet und werden auf einem gesonderten Buchungskonto bei der Bank geführt. Dieses Buchungskonto ist am Ende der Laufzeit des Darlehens, das mit dem Fondsende zusammenfällt, auszugleichen.

Nach den Ausführungen auf Seite 93 des Prospekts sind daher die Zinsen Teil der Anteilsfinanzierung und müssen hinzugerechnet werden.

Die Laufzeit des Fonds und damit der Darlehensfinanzierung war auf 10 Jahre festgelegt (Seite 5 des Prospektes).

somit

Zinsen für 10 Jahre auf 2.275.000,- € in Höhe von 7,475 % p. a. = 3.975.563,- €.

Tatsächlich wird somit im Rahmen der Schuldübernahme an die Fondsgesellschaft effektiv nur folgender Betrag gezahlt.

Betrag aus der Schuldübernahme	5.014.000,- €	
		- 3.975.563,- €
		= 1.038.437,- €

Von dem Fondskapital haben die Anleger 2.725.000,- € aufgebracht (S. 63 des Prospektes). Nach Abzug der Darlehenskosten steht im Hinblick auf die eigenfinanzierte Einlage ein Betrag von 1.038.437,- € zur Verfügung. Dies sind ca. 38 % der von den Anlegern eigenfinanzierten Einlage.

Geht man hingegen davon aus, dass die Schlusszahlung 115 % des gesamten Kommanditkapitals ausmachen soll, so ergibt sich folgende Rechnung:

115 % von 5.000.000,- € = 5.750.000,- €

Zinsen für 10 Jahre auf 2.275.000,- € in Höhe von 7,475 % p. a. = 3.975.563,- €.

Maximaler Betrag aus der Schuldübernahme	5.750.000,- €
	- 3.975.563,- €
	= 1.774.437,- €

Von dem Fondskapital haben die Anleger 2.725.000,- € eigenfinanziert aufgebracht (S. 63 des Prospektes). Nach Abzug der Darlehenskosten steht im Hinblick auf die eigenfinanzierte Einlage ein Betrag von 1.774.437,- € zur Verfügung. Dies sind ca. 65 % der von den Anlegern eigenfinanzierten Einlage.

Der Prospekt erweckt aber den falschen Eindruck, als würden tatsächlich 115 % des Kommanditanteils der Fondsgesellschaft effektiv zugutekommen. Dies wäre ein Betrag in Höhe von 5.750.000,- €. Tatsächlich ist es aber von Anfang an nicht denkbar, dass die Fondsgesellschaft über diese Beträge jemals verfügt. Die Interessen der Musterbeklagten zu 2) und die Nachteile für die Anleger werden vielmehr durch die Formulierungen in dem Prospekt verschleiert.

Ein Anleger ist zwar verpflichtet, den Prospekt sorgfältig zur Kenntnis zu nehmen. Der Text darf aber die eigentlichen Problempunkte nicht entwerten oder verschleiern (BGH Beschluss vom 20.12.2007 - III ZR 27/07).

d)
keine Absicherung von 115 % des Eigenkapitals des Anlegers
(Unterpunkt d) zum Streitpunkt (2))

Der Prospekt verdeutlicht nicht ausreichend, dass der Wert 115 % sich nicht auf das Eigenkapital des Anlegers bezieht und ihm daher nicht zu Gute kommt. Er hat vielmehr weder mit der Bareinlage noch mit dem Kommanditanteil etwas zu tun.

Wie der Senat bereits oben erläuterte, ist bereits die Bezeichnung als Garantiefonds unzutreffend. Sie erweckt bei einem Anleger an herausgehobener Stelle den Anschein, seine Einlage werde garantiert und diese Garantie komme ihm zu gute.

Dies ist aber nicht der Fall. Die Schlusszahlung erfolgt an den Fonds und wird durch Verbindlichkeiten vermindert. Dennoch wird bei dem Anleger der Eindruck erweckt, es gebe für ihn eine besondere Sicherheit.

Darüber hinaus wird die Schlusszahlung in Verbindung mit dem Kommanditkapital gebracht. Dies ist nach dem Fondskonzept objektiv unrichtig. Sie hat mit diesen Begriff nichts zu tun, sondern ist eine Berechnungseinheit, die sich aus der Verpflichtung des Lizenznehmers ergibt.

Es wäre daher korrekt gewesen, die Schlusszahlung ausschließlich in Zusammenhang mit der Forderung des Fonds gegen den Lizenznehmer zu nennen und keine Verbindung zum Kommanditkapital herzustellen. Zur Überzeugung des Senats wurde dies bewusst nicht getan. Bei dem Anleger wurde dadurch der Anschein erweckt, seine Einlage sei abgesichert und dies komme ihm zu Gute.

Dies verdeutlicht folgende Überlegung:

Die Schlusszahlung ist durch den Lizenznehmer an den Fonds zu erbringen (Prospekt Seite 90 rechte Spalte, erster Absatz)

Die Schuldübernahme (Prospekt Seite 90 rechte Spalte, fünfter Absatz) wird zwischen Lizenznehmer und der Musterbeklagten zu 2) geschlossen.

Die Höhe richtet sich nach den einzelnen Produktionskosten der Erst-Investition (Schaubild der Musterbeklagten zu 2), Anlage zum Protokoll vom 07.05.2010, Bl 855, 861).

Sie hat mit dem Kommanditkapital nichts zu tun.

Dennoch verwendet der Prospekt ständig den Begriff „Kommanditanteil“. Der Senat vermag hierfür nur einen Grund zu erkennen. Bei dem Anleger soll der falsche Eindruck erweckt werden, es gäbe irgendeine Absicherung hinsichtlich des Kommanditanteils. Diese gibt es aber nicht.

e)
fehlerhafte und irreführende Bezeichnung der Schuldübernahme als Garantie
(Unterpunkt e) zum Streitpunkt (2))

Die Prospekte sind mit der Überschrift „Garantiefonds“ versehen. Diese Bezeichnung ist objektiv unrichtig und erweckt beim Anleger falsche Vorstellungen über seine Beteiligung.

Eine Garantie enthält der Prospekt nicht. Es ist lediglich eine Schuldübernahme vorgesehen. Die Zahlungen sollen an die Fondsgesellschaft und nicht an den Anleger erfolgen.

Die Überschrift ist zur Überzeugung des Senats unrichtig. Sie erweckt bei einem Anleger an herausgehobener Stelle den Anschein, seine Einlage werde garantiert. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 17.02.2009 – XI ZR 184/08 – darf das tatsächliche Anlegerisiko nicht verharmlosend und beschönigend dargestellt werden. Dies gilt auch, soweit Schlagwörter in Flyern oder in Überschriften verwendet werden.

Insoweit genügt es nicht, wenn der Anleger die Möglichkeit hat, im Prospekt die Details nachzulesen, um auf diese Weise festzustellen, dass die schlagwortartig erteilten Informationen unrichtig sind (BGH aaO.). Die abgedruckten Risikohinweise insbesondere auf Seite 93 des Prospekts sind daher nicht geeignet, dem Anleger ein zutreffendes Bild von dem Fonds zu vermitteln.

Der Prospekt dient als Grundlage für die Beratungs- oder Vermittlungsgespräche. Das Wort „Garantiefonds“ ist in Großbuchstaben in der Mitte auf dem Deckblatt abgedruckt. Neben einem nicht aussagefähigen großen Bild gibt es noch zwei klein gedruckte Hinweise (oben und unten auf der Seite am Rand), dass es sich um einen Medienfonds handelt.

Das Wort enthält daher für den Anleger eine wichtige Information, die ihm sofort beim Betrachten ins Auge springt. Diese ist aber unzutreffend. Das Wort „Garantie“ erweckt zur Überzeugung des Senats den Eindruck, dass ein bestimmtes Ereignis sicher eintreten wird. Es ist die stärkste Zusicherung, die man abgeben kann und vermittelt dem Anleger, dass kein Verlust seines eingezahlten Kapitals zu erwarten ist. Tatsächlich wird das gerade nicht garantiert.

B (3)

Streitpunkt (3):

Der Antrag der Musterklägerin als Streitpunkt festzustellen, dass die quotalen Fondsnebenkosten fehlerhaft dargestellt sind, ist nicht begründet.

Der Senat ist an den konkreten Wortlaut des Antrags gebunden. Dort heißt es nur „quotalen Fondsnebenkosten“. Der Streitpunkt bezieht sich somit nicht darauf, ob 87,2 % des Kommanditkapitals ohne Agio in Produktionskosten und 12,8 % in sonstigen Fondsnebenkosten investiert wurden. Soweit die Musterklägerin hierzu Ausführungen macht, begründet sie nur ihre Rechtsansicht bezüglich des Streitpunktes, ohne dass dies Auswirkungen auf den Feststellungsantrag hat. Nach dem Wortlaut „Fondsnebenkosten“ bezieht sich der Begriff nur darauf, ob hinsichtlich des Gesamtvolumens des Fonds die Nebenkosten ordnungsgemäß ausgewiesen worden sind. Es geht nicht darum, welche konkreten Investitionen oder Anlagen der Fonds tatsächlich tätigte.

Im Ergebnis ist es nicht entscheidungserheblich, ob 87,2 % des Kommanditanteils vollständig in Produktionskosten oder zum Teil auch in ein „Bankgeschäft“ geflossen sind. 12,8 % sind tatsächlich in Fondsnebenkosten geflossen. Dieser Betrag wurde in dem Prospekt ordnungsgemäß ausgewiesen. Die Fondsnebenkosten fallen insoweit auf jeden Fall an. Auch wenn man davon ausgeht, dass ein Teil nicht in die Produktion geflossen ist, wurden diese tatsächlich investiert. In diesem Fall faktisch in ein Bankgeschäft. Auch insoweit fallen Verwaltungskosten an.

Zur Überzeugung des Senats ist insoweit zu differenzieren. Bezüglich der konkreten Verwendung der eingeteilten Gelder muss der Prospekt vollständig und richtig sein (BGH Urteil vom 29.05.2008 – III ZR 59/07). Insoweit genügt es nicht, wenn nur die Gesamtsummen ordnungsgemäß angegeben sind.

Der Argumentation der Musterklägerin für den Fall, dass nur 20 % in die Produktion geflossen seien und 80 % in ein „Bankgeschäft“ investiert wurden, seien die Angaben im Prospekt hinsichtlich der Fondsnebenkosten falsch, vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Wie sich aus der Aufstellung der Fondsnebenkosten (Seite 63 des Prospekts) ergibt, stehen diese Kosten im Zusammenhang mit dem Fonds als solches und nicht im Bezug auf die Produktion von Filmen. Die Kosten wären in jedem Fall angefallen. Dies gilt für

Eigenkapitalvermittlung

Geschäftsbesorgungsgebühr

Platzierungsgebühr

Gründungs- und Eintragungskosten

Finanzvermittlungsgebühr

Die Kosten fallen auf Grund des Charakters der Anlage als Fonds an und nicht deshalb, weil eine bestimmte Art von Investitionen getätigt wird. Dies ergibt sich auch aus der Aufstellung auf den Seiten 64/65 des Prospektes. Selbst der Geschäftsbesorgungsvertrag (zu 04, Seite 64 des

Prospektes) umfasst Leistungen, die grundsätzlich anfallen.

Rein vorsorglich weist der Senat ergänzend darauf hin, dass der Musterklägerin nicht der Nachweis gelungen ist, dass es sich (teilweise) um ein Scheingeschäft handelte (vgl. oben Nummer B (1) 2 c)). Im Ergebnis ist dies aber nicht mehr entscheidungserheblich.

Der Gesamtumfang Fondsnebenkosten betrifft insoweit eine andere Problematik. Für den Anleger ist ihr Umfang wichtig, um die Werthaltigkeit der Gesamtinvestition beurteilen zu können (BGH NJW 2004, 1732, 1734). In dem vorliegenden Fall weiß der Anleger, dass 12,8 % nicht für Investitionen zur Verfügung stehen. Dies gilt unabhängig von der Frage, welche Investitionen getätigt werden. Die Frage, ob die weiteren 87,2 % ordnungsgemäß nach dem Prospekt verwendet wurden, ist kein Problem der Fondsnebenkosten, sondern betrifft die Ausführungen des Prospekts zu den Investitionen.

B (4)

Streitpunkt (4):

Der Antrag der Musterklägerin als Streitpunkt festzustellen, dass die Leistungsbilanz des Vorgängerfonds fehlerhaft dargestellt ist, ist nicht begründet.

Die Darstellung der Vorgängerfonds befindet sich auf Seite 46 des Prospektes. Bezüglich der Vorgängerfonds VIP 1 und VIP 2 vermag der Senat anhand des Vortrags der Musterklägerin keine Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass die dortigen Angaben unzutreffend sind. Dementsprechend nimmt auch der Vorlagebeschluss auf Seite 38 nur auf den Fonds VIP 3 Bezug.

Der Musterbeklagte zu 1) hat insoweit eingeräumt, dass es bezüglich des Fonds VIP 3 zu einer verlängerten Platzierungszeit gekommen sei. Dies habe primär die nachhaltige Zielverfehlung verursacht. Die Verfehlung der prospektierten Ziele sei zum Zeitpunkt der Prospekterstellung bzw. im Zeitpunkt des Beitritts der jeweiligen Anleger noch nicht absehbar gewesen.

In dem Verfahren kann insoweit offen bleiben, ob in dem Prospekt hierauf hinzuweisen gewesen wäre. Im Rahmen des Streitpunktes geht es nur um die Frage, ob die Darstellung bezüglich des Fonds VIP 3 fehlerhaft ist.

Die Angaben bezüglich des Fonds VIP 3 auf Seite 46 des Prospekts sind aber so allgemein gehalten, dass daraus keine konkreten Rückschlüsse gezogen werden können. Die einzige konkrete Zahl bezieht sich auf das Fondsvolumen, das mit 235 Millionen angegeben ist. Die weiteren Angaben betreffen die Investitionsnebenkosten und den Produktionskostenanteil inklusive Liquiditätsreserve. Die Tabelle enthält insoweit nur prozentuale Angaben. Danach folgt noch eine Spalte mit der Überschrift „steuerliches Ergebnis“, die ebenfalls auf prozentualen Angaben beruht.

Die Aufstellung bezüglich des Fonds VIP 3 enthält somit außer dem Fondsvolumen keine nachvollziehbaren Angaben. Es wird noch nicht einmal die Höhe der „Tranche“ angegeben. Ein Anleger, der dies sorgfältig zur Kenntnis nimmt, weiß, dass hier keine konkreten Aussagen getroffen werden.

Rein vorsorglich weist der Senat ergänzend darauf hin, dass der Prospekt im Jahre 2004 erstellt wurde. Umstände, die erst mit dem Ablauf des Jahres 2004 ersichtlich wurden – insbesondere der Geschäftsverlauf des Fonds VIP 3 für das Jahr 2004 – waren zu dem maßgeblichen Zeitpunkt daher noch nicht bekannt.

Die Anlagen Matil K 26, 27 a und 27 b zeichnen zwar für das Jahr 2004 für den Fonds VIP 3 ein negatives Bild. Berücksichtigt man allerdings, dass die Zeichnungsfrist bereits im Dezember 2004 ablief, so vermag der Senat aus dem Umstand, dass für den Fonds VIP 3 für das Jahr 2004 keine Angaben gemacht wurden (Seite 46 des Prospekts) nicht als unzulässig zu werten.

B (5)

Streitpunkt (5):

Der Antrag der Musterklägerin als Streitpunkt festzustellen, dass der Hinweis auf die Innenprovisionen fehlerhaft war, ist nicht begründet.

Der Senat folgt der Argumentation der Musterklägerin nicht, dass die konkrete Höhe der einzeln bezahlten Innenprovisionen zu prospektieren gewesen wäre. Der Prospekt (Seite 63) weist ein Agio von 5 % bezogen auf die Zeichnungssumme aus und darüber hinaus für die Eigenkapitalvermittlung 4,9 % bezogen auf Einlage. Der Umstand, dass die Commerzbank eine Provision von 8,72 % erhielt, war insoweit nicht prospektpflichtig.

Eine Beraterin oder eine Vermittlerin kann allgemein oder nach den Umständen des Einzelfalls verpflichtet sein, ihre Kunden über die Höhe der Provisionen oder Rückvergütungen aufzuklären. Im Prospekt können hierzu Ausführungen gemacht werden, sie müssen es aber nicht. Dies gilt insbesondere, wenn – wie im Verfahren – nicht nur ein Vermittler tätig wurde.

Würde man der Ansicht der Musterklägerin folgen, müssten bezüglich jedes einzelnen Vermittlers und konsequenterweise auch bezüglich jedes einzelnen Untervermittlers die Provisionen angegeben werden. Abweichungen wären nicht zulässig. Im Zeitpunkt der Prospekterstellung kann aber in vielen Fällen noch nicht abschließend beurteilt werden, wer in welchem Umfang tätig wird.

Für den einzelnen Anleger ist es auch nicht entscheidungserheblich, ob ein Vermittler erfolgreich ist und besonders viele Vermittlungen tätigt. Dies verändert die Werthaltigkeit seiner Anlage nicht. Auch die interne Verteilung der Provisionen hat hierauf keinen Einfluss.

B (6)

Streitpunkt (6):

Der Antrag der Musterklägerin, als Streitpunkt festzustellen, dass die Darstellung der Fertigungsstellungsgarantie fehlerhaft ist, ist nicht begründet.

Für die Wirksamkeit der Fertigungsstellungsgarantie ist es grundsätzlich unerheblich, ob eine eigene Firma hierfür gegründet wird oder sich diese bereits auf dem Markt befindet. Dies sagt über die Bonität nicht ohne weiteres etwas aus.

Darüber hinaus ist zu differenzieren zwischen der Fertigungsstellungsgarantie einerseits und der Schuldübernahme durch die Musterbeklagte zu 2).

Die Fertigungsstellungsgarantie (Seite 12 des Prospektes) stellt eine finanzielle Versicherung dar, dass ausbezahlte Beträge zurückerstattet werden, wenn der Film aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht produziert werden kann.

Die Schuldübernahme durch die Musterbeklagte zu 2) hat mit dieser Fertigungsstellungsgarantie grundsätzlich nichts zu tun. Sie soll eine „Schlusszahlung“ an den Fonds sichern. Eine eventuelle prospektwidrige Weiterleitung der Gelder bezüglich der Schuldübernahme hat somit keinen Einfluss auf die Fertigungsstellungsgarantie.

In tatsächlicher Hinsicht ist die Fertigungsstellungsgarantie der Schuldübernahme vorgeschaltet. Die Schuldübernahme greift nicht ein, wenn

der Film aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen gar nicht produziert wird. In diesem Fall ermöglicht nur die „Fertigungsstellungsgarantie“, dass die Fondsgesellschaft ihr Geld wieder zurückbekommt.

Die Ausführungen in dem Prospekt über die „Fertigungsstellungsgarantie“ beziehen sich immer auf die jeweiligen Produktionskosten des einzelnen Films. Insoweit ist es unerheblich, ob ein Teil des Kommanditanteils gar nicht in Produktionskosten investiert wurde.

B (7)

Streitpunkt (7):

Der Antrag der Musterklägerin als Streitpunkt festzustellen, dass die Gewinnmöglichkeiten falsch dargestellt sind, ist nicht begründet.

Der Senat vermag sich der Argumentation der Musterklägerin, aus den sogenannten „waterfalls“ ergebe sich, dass die Gewinnprognosen in dem Prospekt falsch dargestellt seien, nicht anzuschließen. Im Zeitpunkt der Prospekterstellung waren diese „Gewinnvereinbarungen“ noch nicht abgeschlossen. Darüber hinaus ergibt sich aus dem Prospekt, dass die Gewinnprognose bezüglich der Erst-Investitionen aus der Schlusszahlung erheblich größer ist.

Die von der Musterklägerin benannten Zeugen waren aus Rechtsgründen nicht zu vernehmen. Selbst wenn man zu ihren Gunsten als wahr unterstellt, dass der „waterfall“ bei dem Film „Parfüm“ dem Produktionsanteil des Fonds nicht entsprochen habe, ändert dies an der rechtlichen Beurteilung durch den Senat nichts.

Bezüglich der Gewinneinnahmen des Fonds kann nicht isoliert auf die dortigen Regeln zurückgegriffen werden. Der Fonds erzielte auch Einnahmen aus dem Vertrag mit dem Lizenznehmer. Vereinfacht ausgedrückt handelt es sich dabei um eine vorweg genommene Gewinnbeteiligung, wenn man die steuerliche Problematik unberücksichtigt lässt. Andernfalls würde der Fonds doppelt Gewinn machen. Er wäre beim „waterfall“ voll berücksichtigt und bekäme noch vom Lizenznehmer die Schlusszahlung.

Der Umstand, dass die Schlusszahlung insoweit durch die Musterbeklagte zu 2) erbracht wird, ist unter dem Gesichtspunkt der Schuldübernahme zu sehen. Es bleibt eine Forderung des Fonds gegen den Lizenznehmer (Seite 90 des Prospekts, linke Spalte, erster Absatz).

Das heißt, nach dem Prospekt war die Schlusszahlung durch den Lizenznehmer Teil der Einnahmen des Fonds. Unabhängig von der Frage, wie dieser Umstand in steuerlicher Hinsicht einzuordnen ist, generierte die Schlusszahlung eine Einnahme aus den Erst-Investitionen.

Die Gewinnmöglichkeiten wurden in diesem Punkt im Prospekt nicht falsch dargestellt. Es ist nirgends ausgeführt, wie der Fonds im Rahmen der noch nicht abgeschlossenen „waterfalls“ bedacht wird. Demgegenüber ist erläutert, dass bezüglich der Erst-Investitionen Einnahmen gerade aus der Schlusszahlung generiert werden.

Aus dem Prospekt ergibt sich nämlich, dass aus der originären Verwertung bezüglich der Erst-Investitionen nur 10 % + 45 % erzielt werden sollen, während über die Schlusszahlung 132,64 % erwirtschaftet werden (Prospekt Seite 67 „Erlöse“).

Der Anleger kann somit erkennen, dass die Gewinnprognose des Fonds bezüglich der Erst-Investitionen maßgeblich von der Schlusszahlung bestimmt wird.

B (8)

Streitpunkt (8):

Der Antrag der Musterklägerin, als Streitpunkt festzustellen, dass die Prognoserechnung des Prospekts falsch ist, ist begründet.

Die Prognoserechnung auf Seite 66 des Prospekts ist in sich widersprüchlich und enthält unrichtige sowie fehlerhafte Berechnungen.

Ein Sachverständigengutachten war hierzu aus Rechtsgründen nicht einzuholen. Es ergibt sich bereits aus dem abgedruckten Text, dass die Ausführungen unzutreffend sind.

Vorab weist der Senat darauf hin, dass das Zeichen nach dem Wort „Nettoerlöse“ in der Zeile 3 nicht bedeutet, dass die Nettoerlöse aus Investitionen in den Jahren 2004 bis 2013 in Dollar angegeben werden. Auch insoweit werden EUR-Beträge ausgewiesen.

Dies ergibt sich aus der Zeile 4b, die als Ergebnis Beträge in EUR ausweist. Auch der Betrag der Schuldübernahme in der Zeile 3a im Jahre 2014 ergibt rechnerisch einen EUR-Betrag:

115 % von 5.000.000,00 EUR = 5.750.000,00 EUR.

a)
Zur Überzeugung des Senats enthält die Prognose auf Seite 66 bezüglich des Jahres 2014 einen gravierenden Rechenfehler. Bezüglich dieses Jahres sind keine Investitionen mehr ausgewiesen, sondern nur Einnahmen bezüglich der Spalten 3 a bis 4 a. Die Beträge lauten wie folgt:

5.750.000,– EUR

108.504,– EUR

230.456,– EUR

130.387,– EUR

53,– EUR

Insgesamt ergibt dies einen Betrag von 6.219.400,– EUR.

Ausgewiesen sind aber Gesamteinnahmen in Höhe von 8.916.650,– EUR.

Dieser Rechenfehler ist deswegen so gravierend, da in der Spalte 14 unter dem Begriff „Zinsen, Tilgung“ die Rückzahlung der von den Anlegern aufgenommenen Darlehen nebst Zinsen an die Musterbeklagte zu 2) in Höhe von 4.015.549,– EUR verbucht ist. Insoweit handelt es sich um Darlehen, die zur Anteilsfinanzierung gewährt wurden.

Im Gegensatz zu der Prognose, wo Gesamtausgaben von 8.620.239,– EUR (Nr. 18) Gesamteinnahmen von 8.916.650,– EUR (Nr. 4b) gegenüberstehen, sind nur Gesamteinnahmen von 6.219.400,– EUR in Ansatz zu bringen.

Auf diese Weise wird dem Anleger verschwiegen, dass im Jahre 2014 mit einem deutlich negativen Ergebnis zu rechnen ist.

Es fehlen über 2 MIO. EUR.

Zur Überzeugung des Senats dient diese Darstellung der bewussten Verschleierung, dass die Schlusszahlung in Höhe von 5.750.000,– EUR faktisch den Anlegern gar nicht zu gute kommt, da Zins und Tilgungsleistung in Höhe von 4.015.549,– EUR an die Musterbeklagte zu 2) zu

erbringen sind.

b)

Die Prognoserechnung geht ferner von unrealistischen Vorgaben aus bzw. enthält keine Hinweise, dass die angenommenen Gewinnprognosen mit besonderen Risiken behaftet sind.

Ein Großteil der Gewinnprognose beruht auf der Re-Investition von Re-Investitionen. Hierdurch tritt eine Risikomaximierung ein, auf die nicht hingewiesen wurde.

Aus der Prognose ergibt sich, dass eine Ketten-Re-Investition von **neun** Vorgängen geplant ist (eine Erst-Investition und acht Re-Investitionen). Die neunte Re-Investition kann nur erfolgreich sein, wenn alle vorherigen Re-Investitionen und die Erst-Investition die Gewinnprognosen **voll** erfüllt haben. Sollte die Erst-Investition oder die erste Re-Investition nicht erfolgreich gewesen sein, so bricht bereits die ganze Kette zusammen.

Das Risiko wird noch durch den Umstand verschärft, dass die Erst-Investition auf Grund der Schlusszahlung nur bezüglich der Gewinnprognose von 10 % und 45 % für Re-Investitionen zur Verfügung steht. Die Schlusszahlung in Höhe von 132,64 % kann nicht mehr reinvestiert werden, da sie erst 2014 fällig wird. Dies ist umso bedeutender, da nur bei der Erstinvestition überhaupt gewährleistet ist, dass diese Summe tatsächlich investiert wird. Die Re-Investitionssummen stehen nur zur Verfügung, wenn sich die Gewinnprognosen tatsächlich erfüllen.

Die Prognose geht von insgesamt **24** Gewinnprognosen aus (Spalte 3a bis 3j, Seite 66 des Prospekts).

Eine betrifft die Schlusszahlung im Jahre 2014 (Spalte 3a „2014“, Seite 66 des Prospekts).

Zwei Gewinnprognosen beruhen auf Erst-Investitionen, die mit dem Geld der Anleger verwirklicht werden (Spalte 3a „2006“, „2007“, Seite 66 des Prospekts).

Die restlichen 21 Gewinnprognosen (Spalte 3c bis 3j, Seite 66 des Prospekts) setzen voraus, dass vorherige Gewinnprognosen eingetreten sind. Es müssen bis zu acht Vorhersagen nacheinander tatsächlich eintreffen, damit der prognostizierte Gewinn tatsächlich verwirklicht werden kann.

Erfüllt zum Beispiel die Erst-Investition nicht die Erwartungen, werden alle weiteren Prognosen hinfällig.

Die Aufstellung verdeutlicht, dass die Prognose auf äußerst wackligen Füßen steht. Das Risiko vervielfacht sich mit jeder neuen Runde. Ein einziger - auch nur teilweiser - Ausfall der Gewinnprognose am Anfang des Systems führt zu einem völligen Zusammenbruch, da kein Geld mehr für die weiteren Runden zur Verfügung steht.

Gleichzeitig sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass die Einnahmen aus der Erstinvestition den Anlegern irgendwann zu Gute kommt, da das Risiko maximiert wird. Ausschüttungen aus der Erstinvestition kommen den Anlegern - mit Ausnahme der prognostizierten Ausschüttungen für die Jahre 2006, 2007 - nur zu Gute, wenn bei neun weiteren Investitionen kein Verlust gemacht wird.

Wie bereits oben ausgeführt ist die Schlusszahlung hierfür kein Ausgleich, da sie in erster Linie zur Tilgung der Zins- und Darlehensverpflichtungen verwandt wird.

Auf diese besonderen Risiken wurde im Rahmen der Prognoserechnung prospektwidrig nicht hingewiesen.

c)

Die prognostizierte Gewinnprognose ist in sich widersprüchlich. Die Unterschiede und eventuelle Gründe hierfür werden nicht erläutert.

In den Erläuterungen zu der Prognose werden auf Seite 67 des Prospekts unter Ziffer 3 folgende Erlöse vorgesehen:

Erst-Investition: in den Jahren 2006 und 2007 in Höhe von 10 % und 45 % zuzüglich Schlusszahlung im Jahre 2014 in Höhe von 132,64 %

Re-Investitionen: drei Folgejahre 15 %, 104 % und 10 %

Demnach werden für die gleiche Art von Produkt (Produktion von Filmen) völlig unterschiedliche Gewinnmargen in Ansatz gebracht: einmal 187,64 %, das andere Mal 129 %.

Eine Erklärung für den unterschiedlichen Ansatz erfolgt nicht. Die Prognose ist daher fehlerhaft, da sie für einen Anleger nicht nachvollziehbar ist.

d)

Die Liquiditätsreserve wurde im Jahre 2005 eingesetzt, um die laufenden Kosten zu decken (Spalte 6 bis 11 „2004“, „2005“, Seite 66 des Prospekts). Dem widerspricht die Anmerkung „zu 13“ auf Seite 65 des Prospekts. Dort heißt es:

„Die anfänglich gehaltene Liquiditätsreserve kann bis Ende 2005 oder später ebenfalls in Filmprojekte investiert werden, wenn sie nicht in Anspruch genommen wurde und abgesichert ist, dass Einnahmen für die laufenden Mindestkosten vorhanden sind.“

Für das Jahr 2005 sind aber nur 625,- EUR an Einnahme vorgesehen (Spalte 4b „2004“, Seite 66 des Prospekts). Die Liquiditätsreserve wird daher auf jeden Fall verbraucht und steht nicht für Investitionen zur Verfügung. In der Prognoserechnung hätte daher die Liquiditätsreserve nicht dazu benutzt werden dürfen, um die laufenden Kosten für das Jahr 2005 zu decken.

Das Wort „kann“ in der Anmerkung zu 13 auf Seite 65 des Prospekts suggeriert darüber hinaus die Möglichkeit, dass unter bestimmten Umständen die Liquiditätsreserve für Investitionen in Filmprojekte zur Verfügung steht. Dies ist aber auf keinen Fall möglich, da sie bereits im ersten Jahr, in dem keine Einnahmen prognostiziert sind (Spalte 4b „2004“, Seite 66 des Prospekts), vollständig verbraucht wird, um die Ausgaben zu decken (Spalte 11 und 18 „2004“, Seite 66 des Prospekts).

e)

Die von den Musterbeklagten benannten Zeugen waren aus Rechtsgründen nicht zu vernehmen. Auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens war nicht erforderlich.

Die Fehlerhaftigkeit der Prognoserechnung ergibt sich aus der unmittelbaren Darstellung im Prospekt. Dies gilt auch dann, wenn die Fondsgesellschaft zu mehr als 20 % ihres Risikokapitals an der Erlösverteilung beteiligt ist. Selbst wenn man unterstellt, dass sie zu 100 % an den Gewinnen aus der Filmproduktion beteiligt ist, ist die Prognoserechnung immer noch aus Rechtsgründen und auf Grund der anzuwendenden Mathematik fehlerhaft.

B. 2.

Feststellungsziel Nr.: 2

Der Antrag der Musterklägerin festzustellen, dass der Musterbeklagte zu 1) für den am 26.03.2004 für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, veröffentlichten Prospekt als Fondsinitiator nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich ist (Feststellungsziel Nr.: 2 a) und bei der Veröffentlichung des Prospekts schuldhaft gehandelt hat (Feststellungsziel Nr.: 2b), ist begründet.

Zu diesem Feststellungsziel waren keine gesonderten Streitpunkte mit aufzunehmen. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass insoweit keine Streitpunkte vorgetragen werden, die einer eigenen Feststellung zugänglich wären. Die Ausführungen im Vorlagebeschluss dienen nur der allgemeinen Begründung des Feststellungsziels.

a)

Der Musterbeklagte zu 1) ist nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich (Feststellungsziel Nr.: 2 a).

Der Musterbeklagte zu 1) ist Geschäftsführer und Gesellschafter der Initiatorin des Fonds und als solcher selbst Initiator im Sinne der Prospekthaftung im engeren Sinn.

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 01.12.1994 – III ZR 93/93 entschieden, dass wegen falscher oder unvollständiger Prospektangaben die Personen haften, die für die Geschicke des Unternehmens und damit für die Herausgabe des Prospekts verantwortlich sind. Dazu zählen die Initiatoren, Gründer und Gestalter der Gesellschaft, soweit sie das Management bilden oder beherrschen.

Im Prospekt wird auf Seite 73 die VIP Vermögensberatung München GmbH als Initiator, Geschäftsbesorger und Prospektherausgeber genannt. Der Musterbeklagte zu 1) war deren Geschäftsführer und hielt Gesellschaftsanteile von über 25 %. Auf Seite 74 werden die Gesellschaftsverhältnisse der Komplementärin erläutert. Auch an ihr hielt der Musterbeklagte zu 1) Gesellschaftsanteile von über 25 % und war Mitgeschäftsführer.

Der Musterbeklagte zu 1) bildet daher das Management und beherrschte es (BGH Beschluss vom 07.12.2009 – II ZR 271/07). Auf Grund des persönlichen Eindrucks und den Angaben im Rahmen der Anhörung des Musterbeklagten zu 1) ist der Senat auch davon überzeugt, dass er persönlich und in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der VIP Vermögensberatung München GmbH auf den Prospekt Einfluss genommen hat. Er hat gegenüber dem Senat bekundet, dass er die Vertragsverhandlungen maßgeblich führte. Bereits bei den Vorgängerfonds war er aktiv beteiligt. Der Senat folgt den Äußerungen des Musterbeklagten zu 1), dass er seine ganze Arbeitskraft für den Fonds einsetzte. Bei seiner Anhörung vermittelte er die Überzeugung, dass er nicht nur mit der Funktionsweise des Fonds bestens vertraut war, sondern von Anfang an dieses Projekt in der vorgegebenen Weise verwirklichen wollte.

Er war nicht nur ein ausführendes Organ; vielmehr hielt er auf Grund seiner Kompetenz und seines Arbeitseinsatzes die Fäden von Anfang an in der Hand. Er war davon überzeugt, ein System gefunden zu haben, Filmfonds in der verfahrensgegenständlichen Weise zu organisieren. Sein Auftreten bei seiner Anhörung lässt zur Überzeugung des Senats keine Zweifel daran, dass er von seiner Idee von Anfang überzeugt war und diese planmäßig verwirklichte. Der Senat ist auf Grund seiner Ausführungen und des persönlichen Eindrucks davon überzeugt, dass er eine Führungsfigur war, die so von dem Konzept überzeugt war, dass sie im Ergebnis keinen Widerspruch duldete.

Der Musterbeklagte zu 1) kannte sich in der Filmwelt und mit der Konstruktion des Fonds bestens aus. Bei seiner Anhörung schilderte er Details der Fondsabwicklung und erläuterte, warum diese von Anfang an von Bedeutung waren. Sein ganzes Verhalten und seine Einbindung in die maßgeblichen Geschäftsführungsorgane machen ihn zum Initiator dieses Fonds.

b)

Der Musterbeklagte zu 1) handelte bei der Veröffentlichung des Prospekts schuldhaft (Feststellungsziel Nr.: 2 b).

Der Senat ist auf Grund der Anhörung des Musterbeklagten zu 1) und den persönlichen Eindruck von ihm davon überzeugt, dass er über alle Details des Fonds bestens informiert war. Das ganze Projekt war als „Räderwerk“ angelegt, das nur funktionsfähig war, wenn alles ineinander griff.

Der Musterbeklagte zu 1) definierte die Produktionskosten, also die Kosten, die beim Produktionsdienstleister angefallen sind, dahingehend, dass diese erforderlich und insgesamt notwendig gewesen seien, damit der Film hergestellt werden könne. Er betonte ausdrücklich, dass bei den Produktionskosten, die beim Produktionsdienstleister anfallen, immer auch Finanzierungskosten enthalten gewesen seien. Die Höhe dieser Kosten bezifferte er mit ca. 2 % bis 15 %.

Der Musterbeklagte zu 1) führte weiter aus, dass das Schuldübernahmeentgelt nicht Teil dieser Kalkulation bei der VIP 4 gewesen sei. Man sei bei der internen Überprüfung der Kalkulation von einem Gewinn von ca. 3 % bis 10 % ausgegangen, der für Produktionsdienstleister als angemessen angesehen wurde.

Das Budget des Produktionsdienstleisters sei von internen und externen Gutachtern vor einer Beauftragung überprüft worden, um sicherzustellen, dass die Kosten des Produktionsdienstleisters, die dem Fonds in Rechnung gestellt wurden, auch sachlich angemessen waren.

Nach Ansicht des Musterbeklagten zu 1) habe der Fonds immer 100 % an Produktionskosten bezahlt und wollte auch 100 % an Leistungen haben.

Der Senat vermag diese protokollierten Angaben des Musterbeklagten zu 1) nicht nachzuvollziehen. Sie ist nach seinen eigenen Angaben objektiv unrichtig.

Nach den Ausführungen des Musterbeklagten zu 1) wurde, bevor der Fonds mit dem Produktionsdienstleister einen Vertrag über die konkrete Herstellung eines Filmes schloss, im Interesse des Fonds geprüft, ob die Kalkulation des Produktionsdienstleisters sachlich richtig ist. Man könnte dies auf die einfache Formel bringen: 100 % Produktionskosten für 100 % Leistung = 100 % Film.

Der Fonds hat das Geld an den Produktionsdienstleister im Voraus überwiesen. Dieser hatte somit die gesamten Produktionskosten in „bar“ zur Verfügung, obwohl mit der Filmproduktion noch gar nicht begonnen wurde. Bei dem Produktionsdienstleister fielen somit keine Finanzierungskosten an. Er konnte vielmehr noch zusätzliche Einnahmen dadurch zu erzielen, dass er das Geld bei einer Bank solange gewinnbringend anlegte, bis die Ausgaben im Rahmen der Produktion tatsächlich anfielen.

Der Musterbeklagte zu 1), der die Verträge maßgeblich nach seinen eigenen Angaben verhandelte und die Gutachten kannte, hatte somit positive Kenntnis davon, dass der Produktionsdienstleister Kosten in die Kalkulation einstellte, die angeblich gar nicht angefallen sind. Nach seinen Angaben habe es ihn nicht interessiert, woher der Lizenznehmer sein Geld nehme, um die Filmverwertungsrechte von dem Fonds zu

erwerben.

Der Musterbeklagte zu 1) hat somit gegenüber dem Senat in seiner Anhörung positiv eingeräumt, dass seitens des Fonds Finanzierungskosten an den Produktionsdienstleister bezahlt wurden, obwohl diese nach dem Fondskonzept überhaupt nicht anfallen können.

Dies ist nur dann vorstellbar, wenn von dem in dem Prospekt vorgegebenen Zahlungsfluss abgewichen wird.

Dort ist folgender Zahlungsfluss vorgesehen:

1. der Lizenznehmer zahlt das „Schuldübernahmeentgelt“ an die Musterbeklagte zu 2) (Seite 90 des Prospekts „Schuldübernahmeverträge“).
2. Die Fondsgesellschaft zahlt „die Produktionskosten“ an den Produktionsdienstleister (Seite 88 des Prospekts „Mittelverwendungskontrollvertrag“ 2. Absatz)

Finanzierungskosten fallen beim Produktionsdienstleister nicht an. Er kann vielmehr das Geld gewinnbringend anlegen, bis mit der Produktion begonnen wurde.

Tatsächlich fand folgender Zahlungsfluss statt:

1. Fondsgesellschaft an den Produktionsdienstleister,
2. Produktionsdienstleister an den Lizenznehmer
3. Lizenznehmer an die Musterbeklagte zu 2).

Die Musterbeklagte zu 2) organisierte die Überweisungen durch sogenannte Fund Flow Memos. Die Überweisungen erfolgten mit kurzem zeitlichen Abstand in dem genannten Kreislauf. Bei dem Produktionsdienstleister und dem Lizenznehmer waren noch Sub-Unternehmer einbezogen (vgl. Anlage B 2-3).

Grundsätzlich steht es dem Produktionsdienstleister frei, wie er mit seinem Vermögen verfährt. Er kann daher jederzeit dem Lizenznehmer Barmittel zu Verfügung stellen. Im allgemeinen Geschäftsverkehr nennt man dies Darlehen. Dies bedeutet der Produktionsdienstleister muss keine Zinsen zahlen, er hat vielmehr Einnahmen.

Es fallen somit keine Finanzierungskosten bei dem Produktionsdienstleister an, die in die Kalkulation des Fonds einzustellen wären. Dennoch bekundete der Musterbeklagte zu 1), dass mit diesen Kosten kalkuliert wurde.

Zur Überzeugung des Senats ist dies nur nachvollziehbar, wenn der Musterbeklagte zu 1) Kenntnis hatte, dass von dem Zahlungskreislauf, wie ihn der Prospekt vorsah, von Anfang an abgewichen werden sollte.

Er hatte somit auch Kenntnis davon, dass zu keinem Zeitpunkt das Fondskonzept zu verwirklichen gewesen wäre, wenn man sich an den Prospekt gehalten hätte. Das Geld würde sich noch heute bei der Fondsgesellschaft befinden, ohne dass ein einziges Filmprojekt verwirklicht worden wäre, da die Voraussetzungen für eine Überweisung an den Produktionsdienstleister zu keinem Zeitpunkt vorlagen.

Die Schuldübernahmeverträge waren aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Schuldübernahmeentgelts (so auch Seite 90 des Prospekts). Dies bedeutet, dass die Verträge erst rechtsverbindlich wurden, wenn die Musterbeklagte zu 2) das Schuldübernahmeentgelt in einer Höhe erhielt, die es ihr ermöglichte, im Jahre 2014 ihre Zahlungspflichten zu erfüllen.

Nach den Ausführungen in dem Prospekt durfte der Fonds aber erst zahlen, wenn die Schuldübernahme durch die Bank rechtswirksam, also unbedingt erklärt wurde. Dies ist auch im Mittelverwendungskontrollvertrag so festgelegt (so u.a. Prospekt S. 88, 95, 110 § 1 1.2 b).

Die Fondsgesellschaft durfte daher erst an den Produktionsdienstleister zahlen, nachdem der Lizenznehmer seine Leistung an die Musterbeklagten zu 2) erbrachte. Tatsächlich war es gerade umgekehrt.

Die Einlassung des Musterbeklagten zu 1), er sei nicht Mittelverwendungskontrollleur gewesen, ist zutreffend. Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass er zur Überzeugung des Senats wusste, dass der Zahlungsfluss, wie er im Prospekt erläutert ist, nicht eingehalten werden sollte.

Der Musterbeklagte zu 1) war an herausragender Stelle tätig. Er war Geschäftsführer der Geschäftsführerin der Fondsgesellschaft (Seite 74 des Prospekts). Die Fund Flow Memos und der Zahlungsfluss waren für die Abwicklung des Fonds von größter Bedeutung. Es ist für den Senat nicht vorstellbar, dass der Musterbeklagte zu 1) über die Hintergründe nicht informiert war. Er hatte ein großes persönliches Interesse an dem Fonds. Dieser wäre nach den Prospektangaben nicht durchführbar gewesen. Bei keinem einzigen Projekt wurden die Vorgaben eingehalten. Dennoch sollen diese Umstände des Musterbeklagten zu 1) verborgen geblieben sein.

Für den Senat ist diese Argumentation auf Grund des persönlichen Eindrucks des Musterbeklagten zu 1) bei seiner Anhörung widerlegt. Der Musterbeklagte zu 1) wollte durch seinen hohen Arbeitseinsatz und seine fundierten Kenntnisse die Abwicklung des Fonds gewährleisten. Er war die Autorität, die hinter dem Fondskonzept stand. Ein Vorgehen gegen seine Vorgaben hätte er nicht geduldet.

Es ist daher davon auszugehen, dass ihm die Details bekannt waren. Der Musterbeklagte zu 1) hatte somit Kenntnis davon, dass abweichend von dem Wortlaut des Prospektes der Zahlungsfluss stattfand.

Der Umstand, dass dem Musterbeklagten zu 1) Berater zur Seite standen, ändert an seinem schuldhaften Handeln nichts. Auf Grund der persönlichen Anhörung und des dabei gewonnenen Eindrucks ist der Senat davon überzeugt, dass der Musterbeklagte zu 1) über große Fachkenntnisse verfügte. Auch von kritischen Stimmen hätte er sich nicht von seiner Überzeugung abbringen lassen.

Dies betrifft nicht nur den Zahlungsfluss, sondern auch die übrigen Unrichtigkeiten in dem Prospekt. Der Musterbeklagte zu 1) war mit dem Fondskonzept auch in Kleinigkeiten auf Grund seiner Sachkompetenz vertraut. Er kannte die Absicherungsmechanismen, die Prognoserechnungen und die sonstigen Ausführungen im Prospekt und ihre Problematik.

Der Senat ist auch davon überzeugt, dass dem Musterbeklagten zu 1) die steuerrechtliche Problematik bewusst war. Er war nach seinen eigenen Angaben bereits an dem Vorgängerfonds VIP 3 maßgeblich beteiligt, der auf einem ähnlichen Konzept beruhte.

Ein weiteres Indiz hierfür ist der E-Mail-Verkehr des Musterbeklagten zu 1) (Anlage Mattil K 7). Dort meint der Musterbeklagte zu 1) unter anderem wörtlich:

„wenn sie damit die deutschen fonds komplett killen wollen,...“

denn steuerlich ist die Offenlegung der gesamten Dealstruktur nicht förderlich...“
(Mail des Musterbeklagten zu 1) vom 15.06.2005, 20.55)

und weiter:

„die Offenlegung der Struktur wird von keinem steuerlichen Berater gewollt“
(Mail des Musterbeklagten zu 1) vom 15.06.2005, 21.29)

Die Argumentation des Musterbeklagten zu 1), er habe im Jahre 2004 darauf vertraut, dass das Finanzamt keine Bedenken habe, folgt der Senat nicht. Auf Grund des persönlichen Eindrucks des Senats von dem Musterbeklagten zu 1) ist davon auszugehen, dass ihm die Probleme des Projekts vertraut waren.

Wie oben ausgeführt, kannte der Musterbeklagte zu 1) die prognostizierten Zahlungsflüsse. Er hatte von Anfang an positive Kenntnis davon, dass diese in der Praxis nicht eingehalten werden sollen. Andernfalls wären beim Produktionsdienstleister keine Finanzierungskosten angefallen, wie er aber selbst einräumte (vgl. oben). Er wusste somit, dass die Prospektangaben falsch waren. Er kann daher nicht darauf vertrauen, dass es in steuerlicher Hinsicht keine Probleme geben werde.

Dies gilt auch bezüglich der übrigen Prospektmängel. Wie bereits oben ausgeführt und wie sich auf Grund seiner Anhörung und des persönlichen Eindrucks des Senats hierbei ergibt, war er maßgeblich für das Konzept verantwortlich. Er handelte insoweit vorsätzlich.

c)

Feststellungsziel Nr.: 2 c

Über den hilfsweise gestellten Antrag der Musterklägerin festzustellen, dass der Musterbeklagte zu 1) verpflichtet war, einen Nachtrag zu dem Emissionsprospekt der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG zu veröffentlichen, in dem die unrichtigen, unvollständigen und irreführenden Punkte im Prospekt richtiggestellt werden und er deshalb wegen einer Verletzung der Nachtragspflicht hafte, war nicht mehr zu entscheiden.

Da die Hauptanträge begründet sind, kommt es auf den hilfsweise gestellten Antrag nicht mehr an.

B. 3.

Feststellungsziel Nr.: 3

Der Antrag der Musterklägerin festzustellen, dass die Musterbeklagte zu 2) für den am 26.03.2004 für die Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald veröffentlichten Prospekt

als „Hintermann“ und/oder „Garant“ nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich ist (Feststellungsziel Nr. 3 a) und bei der Veröffentlichung des Prospekts schuldhaft handelte (Feststellungsziel Nr. 3 b), ist begründet.

Zu diesem Feststellungsziel waren keine gesonderten Streitpunkte mit aufzunehmen. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass insoweit keine Streitpunkte vorgetragen werden, die einer eigenen Feststellung zugänglich wären. Die Ausführungen im Vorlagebeschluss dienen nur der allgemeinen Begründung des Feststellungsziels.

a)

Die Musterbeklagte zu 2) ist als „Hintermann“ und/oder „Garant“ nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verantwortlich (Feststellungsziel Nr. 3 b).

Die Musterbeklagte zu 2) ist ebenfalls prospektverantwortlich. Neben den Initiatoren, Gründern und Gestaltern der Gesellschaft, soweit sie das Management bilden oder beherrschen, haften auch die Personen, die hinter der Gesellschaft stehen, auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkreten Modells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein Hintermann nach außen in Erscheinung tritt (so BGH Beschluss vom 07.12.2009 – II ZR 271/07 m.w.N.).

Der Bundesgerichtshof hat bereits in seinem Urteil vom 08.12.2005 – VII ZR 372/03 klargestellt, dass eine Person wegen falscher oder unvollständiger Prospektangaben unabhängig von einer Beteiligung an einem Vertrag mit dem Erwerber als so genannter Hintermann unter anderem dann haftet, wenn sie auf die Konzeption des konkreten Modells maßgeblich Einfluss genommen hat und damit für die Herausgabe des Prospektes verantwortlich ist. Nicht entscheidend ist, ob eine Mitwirkung unmittelbar bei der Gestaltung des Prospektes gegeben ist. Es genügt, wenn der Prospekt mit Kenntnis des Verantwortlichen in den Verkehr gebracht wurde. Ob ein Beteiligter als so genannter Hintermann anzusehen ist, hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalles ab, wobei die gesellschaftsrechtliche Funktion sowie ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse für eine Einflussnahme auf die Konzeption des Modells spricht.

Die Musterbeklagte zu 2) stand hinter der Fondsgesellschaft und nahm auf ihr Geschäftsgebaren maßgeblich Einfluss. Die gesamte prospektwidrige Abwicklung des Fonds unter grobem Verstoß gegen den Mittelverwendungskontrollvertrag wäre ohne die Mithilfe der Musterbeklagten zu 2) nicht möglich gewesen. Diese verfolgte dabei gleichzeitig eigene Interessen. Sie organisierte die Zahlungsflüsse, um sicherzustellen, dass ihre Forderungen gegen die Darlehnsnehmer und aus der übernommenen Schlusszahlung zu jedem Zeitpunkt vollständig gesichert waren.

Nach der eigenen Einlassung der Musterbeklagten zu 2) hat sie es mit sogenannten Fund Flow Memos übernommen, für die gesamte finanzielle Abwicklung des Fonds zu sorgen (Anlage B 2-3). Wie sich aus den vorliegenden Überweisungen (Anlage B 2-3) ergibt, wurden die Gelder von dem Fonds über den Produktionsdienstleister und den Lizenznehmern an die Bank in Teilbeträgen oder ganz weitergeleitet. Zum Teil waren noch Subunternehmer eingeschaltet.

Die Musterbeklagte zu 2) wird im Prospekt als maßgeblicher Partner für die Anteilsfinanzierung und die Schuldübernahmeverträge genannt (Seite 6, 13, 74, 87, 90 und 91 des Prospekts). Sie hat eine Gesamtverantwortung für den Erfolg des Projekts übernommen (BGH Urteil vom 27.01.2004 – XI ZR 37/03). Ohne ihre Mitwirkung war und ist die Durchführung des Fonds nicht denkbar. Ihre Stellung geht dabei über die einer die Anteile finanzierenden Bank deutlich hinaus. Die „Schuldübernahme“ ist nach dem Konzept von großer Bedeutung. Keine Erst-Investition kann getätigt werden, ohne dass die Musterbeklagte zu 2) daran beteiligt ist. Ohne Erst-Investitionen gibt es aber auch keine Zweit-Investitionen, da diese durch die Gewinne der Erst-Investitionen finanziert werden sollen.

Die Musterbeklagte zu 2) kontrolliert und profitiert von den aus den Schuldübernahmeverträgen resultierenden Forderungen. Sie dienen ihr als Sicherheit für die den Anlegern gewährten Darlehen (Seite 95 des Prospekts „Anteilsfinanzierung“). Das vertragliche Konstrukt ermöglicht es der Musterbeklagten zu 2), Darlehen zu gewähren, ohne einem faktischen Ausfallrisiko als Gläubigerin ausgesetzt zu sein. Sie kann die Forderungen aus den Schuldübernahmeverträgen gegen sie als Schuldnerin verrechnen mit ihren Forderungen gegen die Anleger als

Darlehensgläubigerin.

Darüber hinaus konnte, wie bereits oben ausgeführt, die Musterbeklagte zu 2) ohne eigenes Risiko die Spanne zwischen dem Zins für die Anlegerdarlehen von 7,475 % p.a. und dem Habenzinssatz für den entsprechenden Teil des Schuldübernahmeentgelts beanspruchen und erhielt die Differenz zwischen dem Schuldübernahmeentgelt und den auszureichenden Anlegerdarlehen als Einlage mit einer Laufzeit von 10 Jahren.

b)

Die Musterbeklagte zu 2) handelte bei der Veröffentlichung des Prospekts schuldhaft (Feststellungsziel Nr.: 3 b).

Die Schuldübernahmeverträge waren aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Schuldübernahmeentgelts (so auch Seite 90 des Prospekts). Dies bedeutet, dass die Verträge erst rechtsverbindlich wurden, wenn die Musterbeklagte zu 2) das Schuldübernahmeentgelt in einer Höhe erhielt, die es ihr ermöglichte, im Jahre 2014 ihre Zahlungspflichten zu erfüllen.

Nach den Ausführungen in dem Prospekt durfte der Fonds erst zahlen, wenn die Schuldübernahme durch die Bank rechtswirksam, also unbedingt erklärt wurde. Dies ist auch im Mittelverwendungskontrollvertrag so festgelegt (so u.a. Prospekt S. 88, 95, 110 § 1.1.2 b).

Von diesen eindeutigen vertraglichen Verpflichtungen ist man abgewichen. Die Gelder wurden von dem Fonds überwiesen, bevor das Entgelt des Lizenznehmers bei der Musterbeklagten zu 2) einging. Aus der Anlage B 2-3 ergibt sich, dass dies in allen Fällen so gehandhabt wurde. Die Musterbeklagte zu 2) hat im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem Mittelverwendungskontrollleur und den weiteren Verantwortlichen dafür gesorgt, dass die prospektmäßigen Vorgaben nicht eingehalten wurden. Auf diese Weise erreichte die Musterbeklagte zu 2), dass sie im Rahmen der Schuldübernahmeverträge gesichert ist, bevor sie ihrerseits zur Leistung verpflichtet wurde.

Ohne die organisatorische Tätigkeit der Musterbeklagten zu 2) wäre das Konzept nicht zu verwirklichen gewesen. Es hätte die Gefahr bestanden, dass die Gelder bei den einzelnen Firmen für andere Zwecke verwendet werden. Da die Musterbeklagte zu 2) dafür sorgte, dass die Weiterüberweisungen sofort erfolgten, waren die zwischengeschalteten Firmen zwar rechtlich für einen Augenblick Verfügungsbefugt. Faktisch wurde das Geld aber sofort von den Konten wieder abgebucht, so dass eine eigenständige Verfügung nicht möglich war.

Die Musterbeklagte zu 2) verfolgte darüber hinaus noch weitere eigene Interessen. Die Anleger mussten einen Teil ihrer Einlage obligatorisch durch ein Darlehen bei der Musterbeklagten zu 2) finanzieren. Die Rückzahlung und die Zinsen waren bis zum Ablauf des Fonds im Jahre 2014 gestundet. Durch den Zahlungskreislauf (Anlage B 2-3) verschaffte sich die Musterbeklagte zu 2) die Möglichkeit, in Form eines geschlossenen Kreislaufes die ausgekehrten Darlehensbeträge sogleich wieder auf ihre eigenen Konten zurückzubuchen. Dadurch war sie zu 100 % bezüglich des ausgereichten Darlehens und der fällig werdenden Zinsen im Jahre 2014 gesichert. Die einschlägigen Bestimmungen sehen nämlich vor, dass die Schlusszahlung in erster Linie zur Tilgung von Zins und Darlehensraten zugunsten der Musterbeklagten zu 2) zu verwenden ist (Seite 95 „Anteilsfinanzierung“ des Prospekts).

So werden gemäß Nr. 3.2.1 des Darlehnsvertrages (Anlage zu dem Prospekt) die Ansprüche der Fondsgesellschaft auf Grund der Schuldübernahmeverträge an die Musterbeklagten zu 2) verpfändet. Die Fondsgesellschaft richtet bezüglich von Ausschüttungen ein Konto bei der Musterbeklagten zu 2) ein, auf das die Ausschüttungen der Anleger einzubezahlen sind (Nr. 8 des Darlehnsvertrages, Anlage zu dem Prospekt). Diese Konten sind ebenfalls verpfändet (Nr. 3.2.2 des Darlehnsvertrages, Anlage zu dem Prospekt).

Die Musterbeklagte zu 2) handelte schuldhaft. Nach ihrer eigenen Einlassung hat sie die Fund Flow Memos und die Überweisungen organisiert. Sie kannte die einschlägigen Bestimmungen des Prospektes, da sie als Darlehensfinanzierer für die zu leistenden Einlagen in dem Prospekt fest vorgesehen war.

Ein weiteres gewichtiges Indiz ist das „FKD-Kreditprotokoll der Musterbeklagten zu 2) vom 08.03.2004 (Anlage Mattil K 55). Dort heißt es auszugsweise wörtlich:

„Nach Abzug des geleisteten Schuldübernahmeentgelts sowie der Fondsnebenkosten (vor allem Vertriebs- und Verwaltungsgebühren) von ca 18 % bezogen auf GIK verbleiben ca 15 % GIK als echte Liquidität für die Filmproduktion“

Das Kreditprotokoll wurde vom Vorstand der Musterbeklagten zu 2) genehmigt. Dies bedeutet, dass der Musterbeklagten zu 2) bekannt war, dass von den Prospektvorgaben abgewichen werden sollte. Insoweit kommt es nicht darauf an, welchen Sinn diese Formulierung nach der Auffassung ihrer Verfasser gehabt haben soll. Eine Beweisaufnahme war insoweit aus Rechtsgründen nicht erforderlich.

Fakt ist vielmehr, dass die Verantwortlichen der Musterbeklagten zu 2) schriftlich darüber informiert wurden, dass von den Prospektangaben abgewichen werden sollte. Sie wären daher verpflichtet gewesen, einzuschreiten und dies zu verhindern. Insoweit ist es nicht entscheidungserheblich, ob die Führungsorgane der Musterbeklagten zu 2) die konkreten Umstände und die Details kannten. Sie durften nicht die Augen verschließen, sondern wären verpflichtet gewesen, einzugreifen und die weitere Ausführung zu unterbinden.

Sie hätten zumindest das Projekt nicht genehmigen dürfen. Ohne ihre Genehmigung wäre eine Durchführung unterblieben. Ansonsten wäre die Vorlage des Protokolls ja nicht erforderlich gewesen.

Der Beitrag der Musterbeklagten zu 2) war so bedeutsam, dass davon ausgegangen werden muss, dass das Gesamtvertragswerk und der Prospekt ihr als „Hintermann“ zuzurechnen ist. Die Musterbeklagte zu 2) war mit dem Fondskonzept aufs engste verwoben. Sie war in das Gesamtkonzept durch die Anteilsfinanzierung, die Schuldübernahmeverträge, die auszuzahlende Schlusszahlung und die Abwicklung der finanziellen Transaktionen einbezogen. Ohne sie wäre eine Geschäftstätigkeit des Fonds in der vorgenommenen Weise nicht ansatzweise denkbar gewesen.

Die Musterbeklagte zu 2) handelte schuldhaft. Sie organisierte die Zahlungsflüsse abweichend von den Prospektangaben. Ohne ihr rechtswidriges Verhalten hätte kein einziges Projekt verwirklicht werden können. Sämtliche Gelder würden sich noch heute bei dem Fonds befinden.

Bezüglich der übrigen Prospektfehler handelte sie zumindest fahrlässig. Sie ergeben sich aus dem Text des Prospektes. Die Musterbeklagte zu 2) verfügt als Bank über juristisches Fachpersonal.

c)

Feststellungsziel Nr.: 3 c

Über den hilfsweise gestellten Antrag der Musterklägerin festzustellen, dass die Musterbeklagte zu 2) verpflichtet war, einen Nachtrag zu dem Emissionsprospekt der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG zu veröffentlichen, in dem die unrichtigen, unvollständigen und irreführenden Punkte im Prospekt richtiggestellt werden und sie deshalb wegen einer Verletzung der Nachtragspflicht hafte, war nicht mehr zu entscheiden.

Da die Hauptanträge begründet sind, kommt es auf den hilfsweise gestellten Antrag nicht mehr an.

B 4.

Feststellungsziel Nr.: 4

Der Antrag der Musterklägerin festzustellen, dass der Schaden des Anlegers in dem von ihm zum Erwerb der Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 4 GmbH & Co. KG, Bavariafilmstraße 2, 82031 Grünwald, geleisteten Aufwand nebst Disagio, entstandenen steuerlichen Nachteilen, sowie den obligatorisch eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten bei der Musterbeklagten zu 2) besteht, ist, soweit auf das negative Interesse beschränkt, begründet.

Gemäß § 280 i. V. m. § 249 BGB ist der Anleger so zu stellen, als ob er sich nicht an VIP 4 beteiligt hätte. Es ist ihm also das negative Interesse zu ersetzen. Mithin sind dem Anleger die Kosten für die Beteiligung zu erstatten.

1.
Der Anleger ist so zu stellen, als habe er die Beteiligung nicht gezeichnet (BGH-Urteil vom 09.05.2005 – II ZR 287/02). Sein Schaden besteht daher in dem an die Fondsgesellschaft geleisteten tatsächlichen Aufwand inklusive des Agios, d.h. Kommanditeinlage zuzüglich Agio abzüglich des bei der Musterbeklagten zu 2) aufgenommenen Darlehensnominalbetrages.

2.
Der Schaden des Anlegers besteht auch in den steuerlichen Nachteilen, die mittelbar oder unmittelbar aus der Beteiligung resultieren (BGH Beschluss vom 30.06.2009 – XI ZR 266/08). Diese werden grundsätzlich von der Ersatzpflicht mit umfasst (Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 249 Rn. 53 f.) beschränkt allerdings auf das negative Interesse.

3.
Die Ersatzpflicht des Anlegers erstreckt sich gemäß § 249 Abs. 1 BGB auch auf die Freistellung von seinen Verbindlichkeiten aus dem bei der Musterbeklagten zu 2) aufgenommenen Darlehen. Der Anleger hat das Darlehen allein zum Zwecke der Beteiligung an dem Fonds aufgenommen.

In dem Verfahren liegen auch die Voraussetzungen dafür vor, dass dies im Rahmen des Musterentscheids festgestellt werden kann. Ein Anleger konnte nicht individuell darüber entscheiden, ob er ein Darlehen bei der Musterbeklagten zu 2) aufnimmt. Nach den einschlägigen Bestimmungen des Prospekts (so insbesondere Seite 95 Überschrift „Anteilsfinanzierung“) war der Anleger verpflichtet, 45,5 % der Kommanditbeteiligung bei der Musterbeklagten zu 2) durch Aufnahme eines Darlehns zu finanzieren.

C)
Der allgemein gehaltene Einwand der Musterbeklagten, sie hätte keine Gelegenheit gehabt, sich zu allen streitigen Punkten zu äußern, ist unzutreffend.

Mit ihnen wurden das Konzept und die strittigen Punkte bereits in den ersten Sitzungen ausführlich erläutert. Soweit ein Hinweisbedarf nach Ansicht des Senats gemäß § 139 ZPO zu einzelnen Punkten des Vorlagebeschlusses bestand, wurde dem Rechnung getragen. Die Musterbeklagten konnten sich darüber hinaus jederzeit schriftlich zu allen streitigen Punkten äußern.

Die Argumentation der Musterklägerin und der Musterbeklagten sowie die Bezeichnung der Beweismittel in dem Vorlagebeschluss binden den Senat nicht. Eine Bindungswirkung besteht nur bezüglich der Feststellungsziele und der Streitpunkte.

Gemäß § 9 Abs. 1 KapMuG sind die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung entsprechend anzuwenden. Diese Regelungen kennen keine Beweisaufnahme um ihrer selbst Willen. Ist eine Beweisaufnahme für die Entscheidung aus Rechtsgründen nicht erforderlich, weil diese bereits auf Grundlage der Ausführungen im Prospekt, der unstrittigen Tatsachen und/oder der Einlassung der Musterbeklagten dazu führt, dass Feststellungsziele oder Streitpunkte zu bejahen sind, ist eine Beweisaufnahme nicht erforderlich.

Der Senat ist insbesondere nicht an eine eventuelle rechtliche Bewertung des Landgerichts gebunden. Die Vorgabe besteht in den Feststellungszielen und Streitpunkten. Die rechtliche Bewertung und der darauf aufbauende Musterentscheid betrifft die alleinige Entscheidungskompetenz des Senats.

D)
Die Musterbeklagten können bezüglich der Feststellungsziele und der Streitpunkte nicht begehren, dass diese im Wege einer negativen Feststellungsklage festgestellt werden.

Hierfür fehlt es bereits an den Zulässigkeitserfordernissen des Verfahrens. Gemäß § 1 KapMuG ist für die Stellung eines Musterfeststellungsantrages nicht das Oberlandesgericht, sondern das erstinstanzliche Gericht zuständig. Dies gilt gemäß § 13 KapMuG auch für neue Anträge. Wie sich bereits aus der Vorschrift des § 13 Abs. 2 KapMuG ergibt, ist hierfür ebenfalls das erstinstanzliche Gericht zuständig. Darüber hinaus würde es an einem Feststellungsinteresse fehlen, da über diese Punkte durch Abweisung des Antrags entschieden wird.

Im Ergebnis ist dies aber nicht entscheidungserheblich. Der Senat hält es auf Grund der besonderen Umstände des KapMuG-Verfahrens für angebracht, die Feststellungsziele und Streitpunkte in ihrem gesamten Wortlaut auch insoweit in den Tenor aufzunehmen, als sie abgewiesen werden.

Anders als bei einer herkömmlichen Klage und einem darauf aufbauenden Urteil besteht im KapMuG-Verfahren ein Bedürfnis, dass aus dem Tenor selbst der Umfang der Entscheidung ersichtlich wird, soweit er sich mit dem Vorlagebeschluss befasst.

E)
Eine Kostenentscheidung war nicht zu treffen (14 Abs. 2 KapMuG).

Kotschy
Vorsitzenden Richter

Dr. Kalomiris
Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Wölfel
Richter



Für die Richtigkeit der Abschrift

München, den 04.01.2012

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle

Vogl

Justizsekretär
