
Datum: 08.08.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 34. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 34 U 80/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0808.34U80.12.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 114 O 50/11

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 16. Februar 2012 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 114. Zivilkammer des Landgerichts Münster

– 114 O 50/11 – wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist – ebenso wie das angefochtene Urteil – vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Beschwer des Klägers übersteigt 20.000,00 €.

Gründe:

A.

1

2

3

Der Kläger nimmt die Beklagte als freies Finanzdienstleistungsunternehmen im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an einem Medienfonds, der B GmbH & Co. 2. Filmproduktion KG (im Folgenden: B KG), wegen angeblich fehlerhafter Anlageberatung auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Kläger – niedergelassener Orthopäde von Beruf – zeichnete nach einem am 01.05.2004 geführten Telefongespräch mit dem für die Beklagte tätigen Handelsvertreter G eine Beteiligung an der B KG im Nennwert von 60.000,00 €. Wie konzeptionell vorgesehen, leistete er von dem übernommenen Kommanditanteil 60 %, mithin einen Betrag in Höhe von 36.000,00 € als Bareinlage zuzüglich eines 5 %igen Agios von 3.000,00 €. Die weiteren 24.000,00 € wurden durch die Fondsgesellschaft fremdfinanziert. In den Vorjahren hatte sich der Kläger zu Steuersparzwecken bereits an zwei anderen Medienfonds beteiligt. 4

Der Handelsvertreter G füllte im Rahmen des Gesprächs einen vorgedruckten, mit „Beratungsprotokoll“ überschriebenen Explorationsbogen der Beklagten aus, der ihn als „Berater/Vermittler“ auswies. Das bisherige Anlageverhalten des Klägers wurde in dem Fragebogen mit „gewinnorientiert“ und „spekulativ“ dokumentiert. Als Anlagezweck und Renditeerwartung wurden in Bezug auf die avisierte Kapitalanlage die Antwortalternativen „Nutzung der Beeinflussung von Steuerzahlungen durch geeignete Anlage“ und „Erzielung einer maximalen Rendite bei sehr hohen Wertschwankungen, den Totalverlust meiner Anlage nehme ich in Kauf“ angekreuzt. Die in dem Erhebungsbogen enthaltenen Angaben sind zwischen den Parteien ebenso unstreitig wie die Übersendung des Emissionsprospekts an den Kläger. Hinsichtlich der Einzelheiten der Beitrittserklärung vom 01.05.2004 nebst Anlagen und des „Beratungsprotokolls“ wird auf die zur Akte gereichten Ablichtungen Bezug genommen (Anlage K1, Bl. 16 ff. d.A. und Anlage B1, Bl. 33 ff. d.A.). 5

Die Fondsbeteiligung schlug wirtschaftlich fehl. Der Kläger hat nach eigenem Vortrag aufgrund der Fondsbeteiligung in den Jahren 2005 und 2006 Verluste in Höhe von insgesamt 61.994,78 € steuerlich geltend gemacht. Das Finanzamt hat in Bezug auf die B KG bislang keine die Verlustzuweisungen aberkennenden Steuerbescheide erlassen. 6

Erstinstanzlich hat der Kläger sein auf Rückabwicklung des Anlagegeschäfts gerichtetes Schadensersatzbegehren mit dem Vorwurf begründet, die Beklagte habe aufklärungspflichtige Rückvergütungen verschwiegen und im Rahmen der ihr obliegenden Plausibilitätskontrolle das steuerliche Konzept des Fonds im Hinblick auf seine Anerkennungsfähigkeit nicht hinreichend überprüft. Lediglich die Übergabe eines vollständigen und inhaltlich richtigen Prospekts reiche zur Erfüllung der Beratungspflichten nicht aus. Nach dem Konzept des Vertragswerkes hätten die aus dem eingezahlten Kommanditkapital getätigten Investitionen in Filmprojekte steuerrechtlich als immaterielles Wirtschaftsgut angesehen werden und dem Aktivierungsverbot des § 5 EStG unterfallen sollen mit der Folge, dass im Zeichnungsjahr die gezahlten Einlagen von den Anlegern als Aufwand hätten abgeschrieben werden können. Steuerrechtlich hätten die Investitionen jedoch von Beginn an als zu aktivierendes Umlaufvermögen behandelt werden müssen, weshalb die Finanzbehörden nunmehr zu Recht das steuerliche Konzept von Medienfonds nicht anerkennen würden. Der geplante und beworbene Steuervorteil habe daher von vornherein nicht eintreten können. Jenes wäre für die Beklagte bei einer ordnungsgemäßen Plausibilitätsprüfung absehbar gewesen. Da eine solche Plausibilitätsprüfung nicht erfolgt sei, habe die Beklagte die „steuerlichen Schwächen“ des Konzepts nicht erkannt und ihn hierüber nicht sachgerecht aufgeklärt. Sofern der Kläger anfänglich einen weiteren Verstoß der Beklagten gegen ihre Pflicht zur Plausibilitätskontrolle in einer mangelnden Überprüfung der Seriosität des Erlösausfallversicherers „NEIS“ erblickt hat, hat er diesen Vorwurf im Laufe des 7

Rechtsstreits ausdrücklich fallen gelassen.

Das **Landgericht** hat mit Beschluss vom 18.08.2011 (Bl. 39 d.A.) – dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 25.08.2011 zugegangen – u.a. darauf hingewiesen, dass das Klagevorbringen zur fehlerhaften Anlageberatung im Hinblick auf das steuerliche Konzept bisher nicht ausreichend substantiiert sei und Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme binnen zwei Wochen gegeben. 8

Der Kläger hat daraufhin mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 08.09.2011 unter auszugsweiser Vorlage des Anlageprospekts (Anlage K 6, Bl. 60 ff. d.A.) seinen Vortrag zu einer angeblich mangelnden Überprüfung der steuerlichen Konzeption des Fondsmodells u.a. dahin ergänzt, dass die geänderte Auffassung der Finanzämter in Bezug auf Medienfonds zunächst Presseberichten aus den Jahren 2007 bis 2009 zu entnehmen gewesen, die eine Änderung der steuerlichen Behandlung von leasingähnlichen Medienfonds angekündigt hätten. Da sich die Medienfonds in ihrer Struktur ähnelten, sei auch bei der in Rede stehenden B KG eine Aberkennung der Steuervorteile zu erwarten und damit zu rechnen, dass die bei anderen Medienfonds geforderten Steuerrückzahlungen inklusive Nachzahlungszinsen von 6 % p.a. auch ihn treffen würden. 9

Mit Schriftsatz vom 15.02.2012 – beim Landgericht am selben Tage per Telefax eingegangen – hat der Kläger zum Steuerkonzept des Fonds weiter vorgetragen und den Standpunkt vertreten, dass die Beklagte sich bei der Prüfung des Konzepts hätte fragen müssen, wie die Rückzahlung des Anlagekapitals zu 100 % hätte garantiert sein können, andererseits das investierte Kapital aber steuerlich einen Verlust hätte darstellen sollen. Dadurch, dass die Erlöse zu 93 % durch selbstschuldnerische Bankbürgschaften abgesichert und die Anlegergelder nur in Höhe von 7 % tatsächlich mit wirtschaftlichem Risiko investiert worden seien, habe bei richtiger Bilanzierung kein Verlust steuerlich geltend gemacht und der Fondsgesellschaft keine Gewinnerzielungsabsicht mehr zuerkannt werden können. Die konzeptionellen Fehler habe die Beklagte erkennen können und müssen. 10

Die Beklagte hat sich rechtlich in erster Instanz auf den Abschluss eines Anlagevermittlungsvertrages gestützt und hierzu ausgeführt, dass der Kläger bereits zur Zeichnung des streitgegenständlichen Fonds entschlossen gewesen sei, als er sich an den Vermittler G gewandt habe. Das Anlagekonzept sei auf Plausibilität, insbesondere auf wirtschaftliche Tragfähigkeit überprüft worden. Sie unterhalte ein „Back-Office“, in dem 18 Spezialisten tätig seien, die jedes Produkt vor dessen Vermittlung eingehend prüften. So sei auch im vorliegenden Fall verfahren worden. Die Änderung der Praxis der Finanzbehörden im Jahr 2007 sei nicht vorhersehbar gewesen. Unbeschadet dessen werde im Prospekt (S. 31/53) auf dieses Risiko einer anderweitigen Beurteilung durch die Finanzbehörden hingewiesen. Der Kläger habe weder die Schwächen des Konzepts selbst noch die Erkennbarkeit ansatzweise substantiiert dargelegt. 11

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils vom 16.02.2012 Bezug genommen. 12

Das **Landgericht** hat auf die mündliche Verhandlung vom 16.02.2012 die Klage abgewiesen und Schadensersatzansprüche des Klägers wegen fehlerhafter Anlageberatung verneint. 13

I. Die „Kick-Back-Rechtsprechung“ des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs finde auf freie Anlageberater und -vermittler keine Anwendung, so dass die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, dem Kläger mitzuteilen, dass sie das Agio von 3.000,00 € sowie zusätzlich 1,25 14

% des eingeworbenen Kapitals, mithin eine unterhalb der 15 % - Grenze liegende Vertriebsprovision von insgesamt 3.750,00 € erhalte.

II. Soweit die Klage damit begründet worden sei, die Beklagte habe den Kläger vor Zeichnung nicht darauf hingewiesen, dass das beabsichtigte Steuerkonzept nicht von den Finanzbehörden anerkannt werde, und diesbezüglich keine Plausibilitätsprüfung vorgenommen, treffe die Beklagte jedenfalls kein Verschulden. Nach eigenem Vortrag des Klägers sei die Änderung der Anerkennung von Steuervorteilen im Jahr 2007, also zwei Jahre nach Zeichnung der Beteiligung erfolgt. Die Beklagte habe daher im Jahr 2005 nicht absehen können, dass zwei Jahre später eine geänderte Beurteilung der Steuerbehörden erfolgen könne. 15

Sofern der Kläger mit Schriftsatz vom 15.02.2012 weitere Ausführungen dahingehend gemacht habe, dass die Beklagte bei einer Plausibilitätsprüfung schon 2005 hätte erkennen müssen, dass das Steuerkonzept nicht anerkannt werden würde, seien diese Ausführungen wegen Verspätung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Der Kläger sei mit Beschluss vom 18.08.2011 u.a. darauf hingewiesen worden, dass sein Vortrag nicht hinreichend substantiiert sei. Zugleich sei in dem Beschluss eine Frist von zwei Wochen gesetzt worden, innerhalb derer er sein diesbezügliches Vorbringen nicht substantiiert habe. Eine genügende Entschuldigung für den verspäteten Vortrag liege nicht vor. Dessen Zulassung hätte die Erledigung des Rechtsstreits verzögert, weil die Beklagte eine Frist zur Stellungnahme hätte erhalten müssen mit der Folge, dass in der mündlichen Verhandlung ein Urteil nicht hätte ergehen können. 16

Mit seiner dagegen eingelegten Berufung verfolgt der **Kläger** seine erstinstanzlich gestellten Anträge weiter. 17

I. In seiner Berufungsbegründungsschrift wendet er sich maßgeblich gegen die Anwendung der Verspätungsvorschriften. Das Landgericht habe seinen Vortrag im Schriftsatz vom 15.02.2012 zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen. Das Gericht habe übersehen, dass er zum steuerlichen Konzept bereits mit Schriftsatz vom 08.09.2011 und damit innerhalb der ihm gesetzten Frist ausführlich vorgetragen habe. Diesen Vortrag habe er lediglich mit Schriftsatz vom 15.02.2012 verdeutlicht bzw. näher erläutert. Weshalb das Gericht diesen Vortrag nicht für ausreichend substantiiert erachtet habe, sei nicht nachvollziehbar; zumal das im Prospekt ausgeführte Steuerkonzept als Beweis vorgelegt worden sei. Das Gericht habe sich danach selbst ein Bild von der steuerrechtlichen Bewertung des Fonds machen oder durch Einholung eines Sachverständigengutachtens klären können, ob die mangelnde steuerrechtliche Anerkennungsfähigkeit bereits im Jahre 2005 bei ordnungsgemäßer Plausibilitätsprüfung hätte festgestellt werden können. Soweit das Gericht der Ansicht gewesen sei, die Substantiierung mit Schriftsatz vom 08.09.2011 sei nicht ausreichend gewesen, habe es den Hinweis vom 18.08.2011 wiederholen oder präzisieren müssen. Zudem seien seine Ausführungen rechtlicher Natur und unterfielen damit nicht dem Gebot rechtzeitigen Vortrags gemäß § 296 Abs. 1 ZPO. 18

Darüber hinaus wäre durch die Zulassung des Vortrags im Schriftsatz vom 15.02.2011 keine Verzögerung des Rechtsstreits eingetreten. Da keine neuen Tatsachen vorgetragen worden seien, habe eine rechtliche Erklärung der Beklagten auch noch in der mündlichen Verhandlung erfolgen können. Unabhängig davon, sei gemäß § 283 ZPO die Gewährung von Schriftsatzfristen ein gesetzlich vorgesehenes Mittel, so dass die allein durch Einräumung einer Schriftsatzfrist herbeigeführte Verzögerung keine Zurückweisung rechtfertige. 19

II. In der Sache begründet der Kläger in zweiter Instanz einen Beratungsfehler der Beklagten einzig noch mit einer angeblich nicht ordnungsgemäßen Prüfung des steuerlichen Konzepts der streitbefangenen Fondsbeteiligung. Das Landgericht habe sich mit der steuerrechtlichen Konzeption des Fonds rechtsfehlerhaft nicht auseinander gesetzt. Anhand der Unterlagen K6 und K7 habe das Landgericht zu dem Schluss kommen müssen, dass die steuerliche Konzeption nicht habe aufgehen können, da bei einer Absicherung des Kapitals durch Schuldübernahme einer Bank in Höhe von 93 % ein neuer Aktivposten geschaffen werde, der eine Verlustzurechnung nicht möglich mache. Dies wäre bei ordnungsgemäßer Plausibilitätsprüfung durch die Beklagte erkennbar gewesen.	
Der Kläger beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils,	21
1) die Beklagte zu verurteilen, an ihn 36.000,00 € Anlagesumme zzgl. 3.000,00 € Agio nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.12.2009 zu zahlen,	22
2) die Beklagte weiter zu verurteilen, ihn von der Forderung der B GmbH & Co. KG in Höhe von 24.000,00 € freizustellen,	23
zu Ziff. 1. und 2. jeweils Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung des Klägers (Nr. #####) an der B GmbH & Co. KG,	24
Die Beklagte beantragt,	25
die Berufung zurückzuweisen.	26
Die Beklagte verteidigt das ihr günstige Urteil des Landgerichts und hält unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens an ihrer Auffassung fest, dass das steuerliche Konzept nicht fehlerhaft gewesen sei und der beworbene Steuervorteil habe eintreten können. Es treffe nicht zu, dass die getätigten Investitionen nicht als immaterielles Wirtschaftsgut, sondern als zu aktivierendes Umlaufvermögen hätten behandelt werden müssen. Die Finanzämter hätten –unstreitig – im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das zu Grunde gelegte Modell noch anerkannt und ihre Verfahrensweise erst Jahre später geändert. Ein Anlagevermittler oder Anlageberater habe nicht prognostizieren können, welche Entwicklung hinsichtlich steuerlicher Einzelfragen künftig eintreten werde. Sie habe keinesfalls eine eigenverantwortliche, intensive steuerliche Bewertung geschuldet. Bei einer Plausibilitätskontrolle sei das angeblich fehlerhafte Konzept nicht ersichtlich gewesen. Deshalb würde es ihrerseits jedenfalls an einem Verschulden fehlen. Zudem habe der Kläger bei der Anlage eine erhöhte Risikobereitschaft gezeigt und sei sogar bereit gewesen, einen Totalverlust in Kauf zu nehmen.	27
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	28
B.	29
Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.	30
Die vorgetragenen Berufungsgründe sind nicht geeignet, eine vom Urteil des Landgerichts abweichende und dem Kläger günstigere Entscheidung zu tragen. Die angefochtene Entscheidung lässt keinen entscheidungserheblichen Rechtsfehler zu seinem Nachteil erkennen (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO). Solche zeigt auch das Berufungsvorbringen nicht auf. Ebenso bestehen keine konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und	31

Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Landgerichts begründen, so die Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben und eine neue Tatsachenfeststellung gebieten (vgl. BGH, Urt. v. 09.03.2008 – VIII ZR 266/03, zit. nach juris Rn. 5, 7). Anlass, ein Sachverständigengutachten zu den in der Berufungsbegründungsschrift aufgeworfenen steuerrechtlichen Fragestellungen einzuholen, besteht nicht.

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger verfolgt in zweiter Instanz sein Schadensersatzbegehren ausdrücklich nur noch mit der Begründung weiter, die Beklagte habe das Konzept des streitgegenständlichen Medienfonds nicht hinreichend auf seine steuerliche Anerkennungsfähigkeit hin überprüft und deshalb bei der Beratung pflichtwidrig nicht darauf hingewiesen, dass der beworbene Steuervorteil gar nicht habe eintreten können. 32

Im angefochtenen Urteil wird indes auch unter diesem Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB rechtsfehlerfrei verneint. 33

I. 34

Das Landgericht hat in seiner Entscheidung offen gelassen, ob zwischen den Parteien im Zusammenhang mit der Beteiligung des Klägers an der B KG lediglich ein Anlagevermittlungsvertrag oder nach den Grundsätzen der insoweit maßgeblichen „Bond-Entscheidung“ (BGH Urt. v. 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 f.) ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen ist. Während der Kläger sich auf eine – nach vorheriger Beratung – ausgesprochene Anlageempfehlung stützt, hat die Beklagte behauptet, der Kläger sei zur Zeichnung des in Rede stehenden Medienfonds bereits fest entschlossen gewesen, als er sich an ihren Handelsvertreter G gewandt habe. Der von der Beklagten vorgelegte Explorationsbogen (Anlage B 1, Bl. 33 ff. d.A.) spricht – unbeschadet seiner Bezeichnung als „Beratungsprotokoll“ – aufgrund des darin erhobenen Anlegerprofils einschließlich der Erfragung von Anlagezielen sowie mit Blick darauf, dass die Beklagte nach Ziff. 6 des „Beratungsprotokolls“ dem Kläger eine Beteiligung an der B KG ausdrücklich als Anlagevorschlag „unter Berücksichtigung der obigen Mandantenangaben“ unterbreitet hat, eher für eine Anlageberatung. Diese Frage bedarf im Streitfall indes keiner Entscheidung. Denn auch die Annahme eines Beratungsvertrags und die Anwendung des damit verbundenen – gegenüber einem Anlagevermittlungsvertrag – erhöhten Pflichtenmaßstabs führen nicht zu einem haftungsbegründenden Beratungsfehler der Beklagten. 35

II. 36

Bei einem Beratungsvertrag beschränkt sich die daraus resultierende Pflicht zur objektgerechten Beratung nicht darauf, das Anlagekonzept anhand des Emissionsprospekts lediglich auf innere Plausibilität und Schlüssigkeit zu prüfen. In Bezug auf das Anlageobjekt hat sich die Beratung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung Bedeutung haben oder haben können. Ein Anlageberater schuldet deshalb nicht nur eine zutreffende, vollständige und verständliche Mitteilung von Tatsachen, sondern darüber hinaus auch eine fachmännische Bewertung, um eine dem Anleger und der Anlage gerecht werdende Empfehlung abgeben zu können. Ein Anlageberater ist daher verpflichtet, eine Anlage, die er empfehlen will, mit üblichem kritischen Sachverstand zu prüfen, oder den Anleger auf ein diesbezügliches Unterlassen hinzuweisen (BGH, Urt. v. 05.03.2009 – III ZR 302/07, WM 2009, 688, Tz. 13; Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 337/08, zit. nach juris, Rn. 15, zur Beratung durch eine Bank). 37

Von diesem Pflichtenmaßstab ausgehend, ist nach eingehender Würdigung der Umstände des Streitfalls eine Haftung der Beklagten wegen einer unzureichenden Überprüfung der steuerlichen Anerkennungsfähigkeit des streitbefangenen Fondsmodells abzulehnen.

1. 39

Einen Mangel des unstreitig übergebenen Anlageprospekts hat der Kläger nicht geltend gemacht. Vielmehr ist er – wie sich aus seinen Ausführungen im Schriftsatz vom 16.11.2011 (S. 2, Bl. 80 d.A.) ergibt – offenbar selbst von der inhaltlichen Richtigkeit und Vollständigkeit des Emissionsprospekts ausgegangen 40

2. 41

Soweit der Kläger den geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen eines von ihm erwarteten Scheiterns des steuerlichen Fondskonzepts – ein solches steht bislang allerdings nicht fest – allein auf eine angebliche Verletzung produktbezogener Prüfpflichten stützt, ist ein Beratungsfehler der Beklagten bereits nicht schlüssig dargetan. 42

Das Klagevorbringen hat sich erstinstanzlich zunächst in dem pauschalen Vorwurf erschöpft, die Beklagte habe bei einer „ordnungsgemäßen Plausibilitätskontrolle“ die „steuerlichen Schwächen“ des streitgegenständlichen Fonds erkennen und absehen können, dass das steuerliche Konzept nicht anerkennungsfähig sei. Seinen Rechtsstandpunkt, dass die Investitionen in Filmprojekte von Beginn an als zu aktivierendes Umlaufvermögen hätten behandelt werden müssen, hat der Kläger ohne jeden Tatsachenvortrag zu den Strukturen der in Rede stehenden Beteiligung an der B KG in den Raum gestellt. Seine Klagebegründung verhielt sich weder über die Ausgestaltung des streitgegenständlichen Fondsmodells noch ließ sich seinen Ausführungen entnehmen, welche konkreten Anlageeigenschaften zur Versagung der steuerlichen Anerkennungsfähigkeit führen sollten. Mit Hinweisbeschluss vom 18.08.2011 hat das Landgericht daher mit Recht auf die mangelnde Substanz des Klagevorbringens hingewiesen und Gelegenheit zu dessen Ergänzung gegeben. Der Kläger hat indes trotz dieses ausdrücklichen Hinweises seinen Vortrag zu den Strukturen der B KG nicht präzisiert und nicht im Ansatz dargelegt, welche „Schwächen“ des Steuerkonzepts die Beklagte bei einer Prüfung hätte erkennen und zum Gegenstand ihrer Beratung hätte machen müssen. Diesbezüglich haben nicht nur seine Ausführungen im Schriftsatz vom 08.09.2011, sondern auch in den weiteren Schriftsätzen vom 16.11.2011 und vom 16.01.2012 jedwede Auseinandersetzung mit dem konkreten Anlagekonzept, insbesondere mit denjenigen Parametern vermissen lassen, die nach seinem Dafürhalten die mangelnde steuerrechtliche Anerkennungsfähigkeit des Anlagemodells bedingen. So ist der Kläger auf die sog. „Defeasance-Struktur“, die den Kern der steuerlichen Debatten bei Medienfonds bildet, und deren konkrete Ausgestaltung bei der streitgegenständlichen Beteiligung nicht näher eingegangen. Ebenso haben Ausführungen dazu gefehlt, inwieweit sich der Sicherungsmechanismus bei der B KG steuerschädlich auswirken soll. Die bloße Vorlage eines Auszugs aus dem Anlageprospekt über die „steuerlichen Grundlagen“ (Anlagen K 6 und K 7, Bl. 60 ff. d.A.) des Fonds kann einen dahingehenden Sachvortrag jedoch nicht ersetzen. 43

Sofern der Kläger mit Schriftsatz vom 15.02.2012 erstmals Ausführungen zu einer nach seinem Dafürhalten steuerschädlichen „Defeasance-Struktur“ der streitgegenständlichen Fondsbeteiligung und einer angeblich fehlenden Gewinnerzielungsabsicht der Fondsgesellschaft macht, hat das Landgericht sein Vorbringen als verspätet gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen. 44

Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann dahinstehen, ob das Landgericht den Tatsachenvortrag des Klägers im Schriftsatz vom 15.02.2012 – dieser ist erst am Vortag der mündlichen Verhandlung beim Landgericht eingegangen – zu Recht wegen Verspätung zurückgewiesen hat. Denn von dem Zulassungsausschluss nach § 531 Abs. 1 ZPO kann nur schlüssiges Vorbringen betroffen sein (vgl. Heßler in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 531, Rn. 8 m.w.N.). Auch das erstinstanzlich als verspätet zurückgewiesene Vorbringen verhilft der Klage indes nicht zur Schlüssigkeit.

Der Kläger stellt auch im Schriftsatz vom 15.02.2012 das von ihm in steuerrechtlicher Hinsicht beanstandete Absicherungskonzept und die sich daraus nach seiner Auffassung ergebenden Konsequenzen nicht im Ansatz nachvollziehbar dar. Welche Verträge zwischen Fondsgesellschaft, Lizenznehmer und Bank geschlossen werden, welches Sicherungsmittel das Fondskonzept vorsieht (Schuldübernahme, selbstschuldnerische Bürgschaft oder Garantie) und wie dieses einschließlich der jeweiligen Zahlungsströme im Streitfall ausgestaltet ist (z.B. befreiende Schuldübernahme oder abstrakter Schuldvertrag), wird darin ebenso wenig wie der Sicherungsgegenstand, das tatsächliche Absicherungsvolumen und die Voraussetzungen für ein Eingreifen des Sicherungsmechanismus erläutert.

Über die aufgezeigten Darstellungsmängel und Lücken helfen auch die Ausführungen in der Berufungsbegründungsschrift, mit denen der Kläger maßgeblich die Zurückweisung seines Vorbringens als verspätet angreift, nicht hinweg. Sofern die Berufung meint, das Landgericht habe sich anhand des Prospektauszugs selbst ein Bild von der Beteiligung verschaffen oder ein Sachverständigengutachten einholen können, übersieht sie, dass zunächst seitens des Klägers darzulegen gewesen wäre, dass überhaupt und aufgrund welcher Strukturen von vornherein eine steuerliche Anerkennungsfähigkeit der B KG nicht gegeben gewesen sein soll. Ohne Darlegung entsprechender Anknüpfungstatsachen kam und kommt indes auch in zweiter Instanz die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht in Betracht. Darüber hinaus lässt die Berufung außer Acht, dass von den Finanzbehörden keineswegs bei jedem Medienfonds die Verlustvorträge rückwirkend nicht mehr anerkannt werden. Vielmehr wird von der Finanzverwaltung aufgrund der individuellen Eigenschaften der Fondskonzepte durchaus unterschiedlich verfahren und u.a. nach der Ausgestaltung des Sicherungskonzepts und der Zahlungsströme differenziert. Insoweit ist auch auf den Gerichtsentscheid des Finanzgerichts München vom 08.04.2011 – 1 K 3669/09 – (betr. „Hannover-Leasing-Fonds“, WM 2011, 1699-1705) zu verweisen. Mit seiner Entscheidung ist das Finanzgericht München der Auffassung der Finanzverwaltung entgegengetreten und hat zu Gunsten eines Anlegers entschieden, dass insbesondere die Forderungen der Fondsgesellschaft aus den Schuldübernahmeverträgen nicht in der Bilanz zu aktivieren sind. Gerade vor diesem Hintergrund hätte es der Darlegung der konkreten Strukturen der streitgegenständlichen B KG bedurft. Letzteres gilt umso mehr, als die Finanzbehörden nach dem eigenen Vortrag des Klägers bislang keine geänderten Festsetzungsbescheide hinsichtlich des streitgegenständlichen Fonds erlassen haben.

2.

Darüber hinaus ist eine Haftung der Beklagte auch deshalb abzulehnen, weil es ? worauf das Landgericht zu Recht verweist – jedenfalls an einer schuldhaften Pflichtverletzung der Beklagten fehlt.

Es bedarf keiner Entscheidung des Senats, ob die Beklagte – wie sie behauptet – das streitgegenständliche Beteiligungsmodell mit dem notwendigen kritischen Sachverstand geprüft hat. Denn eine unterlassene oder mangelnde Prüfung der empfohlenen Anlage führt nur dann zu einer Haftung, wenn bei dieser Prüfung ein Risiko erkennbar geworden wäre,

über das der Anleger hätte aufgeklärt werden müssen, oder aber wenn erkennbar geworden wäre, dass eine Empfehlung der Kapitalanlage nicht anleger- und/oder objektgerecht ist (vgl. BGH, Urt v. 05.03.2009 – III ZR 302/07, aaO. m.w.N.). Zwar hat ein Anlageberater, der sich in Bezug auf eine bestimmte Anlageentscheidung als kompetent geriert, aktuelle Informationen über das Anlageobjekt zu verschaffen. Dazu gehört die Auswertung vorhandener Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse. Ebenso kann die Prüfung der Kapitalanlage in gewissem Umfang Ermittlungspflichten einschließen, wenn es um Umstände geht, die nach der vorauszusetzenden Kenntnis Zweifel an der inneren Schlüssigkeit einer im Prospekt mitgeteilten Tatsache begründen (vgl. BGH, Urt. v. 05.03.2009 – III ZR 17/08, WM 2009, 739-743, zum Anlagevermittler).

Dies zugrunde legend, kann sich die Beklagte im Streitfall jedoch mit Erfolg darauf berufen, dass für sie im Beratungszeitpunkt – Anfang Mai 2005 – eine Änderung der bisherigen Beurteilungspraxis der Finanzbehörden bei der steuerlichen Bewertung von Medienfonds nicht absehbar gewesen ist (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Unabhängig davon, dass es sich bei der Beklagten nicht um ein Steuerberatungsunternehmen handelt und sie ihre Dienstleistungen – auch unter Zugrundelegung des Klägervortrags – nicht mit einem besonderen Fachwissen auf diesem Gebiet beworben hat, wäre aus der maßgeblichen Sicht „ex ante“ selbst für Steuerexperten die Änderung der bisherigen Verfahrensweise der Finanzbehörden bei Medienfonds mit sog. „Defeasance-Struktur“ nicht vorhersehbar gewesen. Dass die Finanzbehörden das auf Steuerstundung angelegte Konzept dieser Beteiligungsform – selbst bei schon platzierten Fonds – entgegen ihrer bisherigen Verfahrensweise (rückwirkend) nicht mehr anerkennen würden, zeichnete sich Anfang Mai 2005 noch nicht ab. Die Finanzämter hatten das steuerliche Konzept von Medienfonds und die im Rahmen dieser Beteiligungsformen angemeldeten Verluste über Jahre hinweg steuerlich anerkannt. Erst gegen Ende des Jahres 2005 kam es im Zusammenhang mit dem Erlass des Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen vom 22.12.2005 (BGBl. I S. 3683; BStBl. 2006 I S. 80) und der Einführung des § 15 b EStG auch in der Praxis der Finanzbehörden zur Kehrtwende. Um die geänderte Handhabung der Finanzverwaltung wurde und wird seither vor den Finanzgerichten heftig gestritten. Es gibt zahlreiche Veröffentlichungen und Gutachten namhafter Steuerrechtler auf diesem Gebiet, die sich mit den komplexen Fragestellungen (z.B. Herstellereigenschaft der Fondsgesellschaft, steuerliche Behandlung der Schuldübernahmeverträge und der Schlusszahlungen der Lizenznehmer) auseinander setzen und zu vollkommen unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Nur beispielhaft verweist der Senat auf das zu den Medienfonds Y und Y2 erstattete Gutachten von Prof. Dr. T (K) vom 24.02.2007, der für eine sofortige Abziehbarkeit der budgetierten Filmherstellungskosten als Betriebsausgaben eintritt und ein zu aktivierendes Forderungsrecht der Fondsgesellschaft aus den Schuldübernahmeverträgen verneint. Wie oben bereits aufgezeigt, werden die verschiedenen Medienfonds – von 1998 bis einschließlich 2005 wurde eine Vielzahl dieser Modelle aufgelegt – von den Finanzbehörden keineswegs einheitlich behandelt. Auf Ersuchen des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen ist die steuerliche Beurteilung von leasingähnlichen Medienfonds auf Bundesebene in der Einkommenssteuer-Referatsleitersitzung im September 2007 erörtert worden. Auch nach den dort bundeseinheitlich gefassten Beschlüssen ist indes – wie der Gerichtsentscheid des Finanzgerichts München vom 08.04.2011 (aaO.) zeigt – die Rechtslage bei Medienfonds noch nicht geklärt. Die unklare und nicht zu prognostizierende steuerliche Situation tritt im Streitfall schon dadurch offen zutage, dass bislang bei der streitgegenständlichen B KG keine abändernden Festsetzungsbescheide der Finanzbehörden ergangen sind.

51

Nach Überzeugung des Senats war damit für die Beklagte im Zeitpunkt der Zeichnung der streitgegenständlichen Anlageempfehlung eine Änderung der Steuerpraxis der Finanzbehörden nicht vorhersehbar, geschweige denn hätte sie seinerzeit prognostizieren können, wie der streitgegenständliche Medienfonds künftig von den Finanzbehörden beurteilt werden würde. Dies gesteht letztlich auch der Kläger zu, indem er mit Schriftsatz vom 09.08.2011 (S. 4, Bl. 49 d.A.) vorträgt, dass „die geänderte Auffassung der Finanzverwaltung ?...? zunächst Presseberichten aus den Jahren 2007 und 2009 zu entnehmen“ gewesen sei.

3.

53

Unbeschadet der vorstehenden Erwägungen scheitert die Klage letztlich auch deshalb, weil in dem – unstreitig – übergebenen Emissionsprospekt auf steuerliche Risiken, namentlich auf eine mögliche Nichtanerkennung der Filmherstellungskosten als Betriebsausgaben und ein dadurch bedingtes Scheitern des Steuerkonzepts, ausreichend hingewiesen wird.

54

In dem Emissionsprospekt wird zunächst in dem Abschnitt „Grundlegende Chancen und Risiken“ unter der Überschrift „Steuerrisiken“ (S. 10 des Prospekts) neben dem allgemeinen Hinweis auf mögliche Änderungen der Gesetzeslage und der Rechtsprechungspraxis ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Steuerkonzept auf die „bekannte bisherige Verfahrenspraxis der Finanzverwaltung abgestimmt“ sei, jedoch grundsätzlich das Risiko bestehe, dass die Finanzverwaltung eine andere Auffassung als die in der Prospektdarstellung angenommene vertreten könne. Darüber hinaus finden sich ausführliche Hinweise auf die mit der Beteiligung verbundenen steuerlichen Risiken in dem Kapitel „Weitere Risiken der Beteiligung“ auf den Seiten 30 und 31 des Anlageprospekts in dem gesonderten Abschnitt „Steuerliche Risiken“. Darin wird deutlich auf das Risiko einer Einstufung des Fonds als „Steuermodell“, einer Aberkennung der Gewinnerzielungsabsicht sowie auch auf die Möglichkeit einer Verneinung der Herstellereigenschaft der Fondsgesellschaft hingewiesen. Die damit verbundenen steuerlichen Konsequenzen und Nachteile werden klar und verständlich dargestellt. So wird u.a. nicht nur auf mögliche Verlustabzugsbeschränkungen (§ 2 b EStG) und eine Ablehnung des erweiterten Verlustausgleichs (§ 15 a Abs. 1 S. 2 und 3 EStG), sondern insbesondere auch auf eine ggf. erforderliche Aktivierung der Filmherstellungskosten einschließlich der Investitionsnebenkosten als Aufwendungen und deren Folgen hingewiesen. Ebenso wird ausdrücklich auf den Medienerlass des Bundesministeriums der Finanzen vom 23.02.2001 einschließlich dessen Ergänzung vom 05.08.2003 Bezug genommen und darauf verwiesen, dass abweichende Auslegungen im Einzelfall zu nicht unerheblichen Nachteilen für die Anleger führen können. Auch wenn in dem Abschnitt nicht ausdrücklich auf die steuerliche Behandlung der Ansprüche des Fonds aus den im Rahmen der „Defeasance-Struktur“ abzuschließenden Sicherungsverträgen eingegangen wird, so wird doch hinreichend deutlich, dass der steuerliche Erfolg der Beteiligung maßgeblich davon abhängt, dass zum einen die aus dem Anlagekapital gezahlten Filmherstellungskosten als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben anerkannt werden und zum anderen von der Fondsgesellschaft bilanziell nicht gleichzeitig ein Wirtschaftsgut zu aktivieren ist.

55

Schon in Anbetracht der im Prospekt enthaltenen Risikohinweise kann sich der Kläger nicht mit Erfolg darauf berufen, über etwaige steuerliche Risiken, insbesondere über einen möglichen Nichteintritt der mit der Beteiligung bezweckten Steuerersparnis, nicht hinreichend informiert worden zu sein. Dass der Kläger die Prospektbestandteile, in denen auf die steuerlichen Risiken hingewiesen wird, nicht vorgelegt hat, spricht daher bereits für sich und bedarf keiner näheren Ausführungen des Senats. Dass er nicht genügend Zeit gehabt hätte, den Prospekt vor Zeichnung der streitgegenständlichen Kapitalanlage zu studieren,

56

behauptet er selbst nicht.

III.	57
In Ermangelung eines dem Kläger wegen seiner Beteiligung an der B KG zustehenden Schadensersatzanspruchs bleibt auch der in zweiter Instanz verfolgte Freistellungsantrag ohne Erfolg.	58
C.	59
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1 S. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	60
D.	61
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind solche des Einzelfalls oder höchstrichterlich bereits geklärt.	62