Obergericht des Kantons Bern | **Cour suprême du canton de Berne**

Handelsgericht | Tribunal de commerce

23. Mai 2011

Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 635 48 03
Fax 031 635 48 14
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

Nr. HG 09 30/WUD/LEI
(Ausfertigung: 20. Mai 2011)

Das Handelsgericht des Kantons Bern

mitwirkend Oberrichterin [redacted] Vorsitz), Handelsrichter [redacted] Handelsrichter [redacted] sowie Gerichtsschreiberin [redacted]

hat in seiner Sitzung vom 25. August 2010

in der Sache

Rey Hugo Bolligenstrasse 48A, 3006 Bern
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. [redacted], Dufourstrasse 48, Postfach 269, 8024 Zürich

Kläger

gegen

Credit Suisse AG handelnd durch ihre statutarischen Organe, Paradeplatz 8, 8001 Zürich
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. [redacted], Bollwerk 15
Postfach 5576, 3001 Bern

Beklagte

befunden und erwogen:

I. Prozessgeschichte

1. Am 23. Juni 2009 reichte Hugo Rey beim Handelsgericht des Kantons Bern [nachfolgend Handelsgericht] Klage gegen die Credit Suisse AG ein und stellte folgende Rechtsbegehren (pag. 1 ff.):

„Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Zug um Zug gegen Abtretung der „4-jährigen CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV 2007-09.11.2011" ex Depot 0094-370495-15-1 des Klägers bei der Beklagten (Filiale Bern) den Betrag von 50'500.— CHF nebst Zins zu 5% seit 22. Februar 2009 zu bezahlen,
es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten vom 26. Februar 2009 in der Betreibung Nr. 36022 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 24. Februar 2009) zu beseitigen,
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.-Zuschlag) zu Lasten der Beklagten."

2. Mit Verfügung vom 25. Juni 2009 setzte das Handelsgericht der Beklagten eine Frist bis 17. August 2009 zur Einreichung der Klageantwort. Mit gleichem Schreiben wurden beide Parteien aufgefordert, einen Kostenvorschuss von Fr. 12'000.00 innert Klageantwortfrist zu leisten (pag. 20 ff.).

3. Nach dreimaliger Fristerstreckung reichte die Beklagte am 2. November 2009 die Klageantwort ein und stellte folgendes Rechtsbegehren (pag. 29 ff.):
„Die Klage sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

4. Mit Verfügung vom 8. Dezember 2009 setzte das Handelsgericht den Termin für die Hauptverhandlung auf den 2. Juni 2010 an (pag. 67 ff.). Die öffentliche Urteilsberatung fand am 25. August 2010 statt.

II. Formelles

1. Das Gerichtsstandsgesetz regelt die örtliche Zuständigkeit in Zivilsachen, wenn kein internationales Verhältnis vorliegt (Art. 1 Abs. 1 GestG). In casu handelt es sich unbestrittenermassen um einen Binnensachverhalt, so dass das GestG auf die vorliegende Streitsache Anwendung findet. Gemäss Art. 9 GestG können die Parteien, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, wonach u.a. der Ort der kontoführenden Niederlassung als Gerichtsstand gilt (Klagebeilage [KB] 1).

2. Die sachliche Zuständigkeit beurteilt sich nach Art. 5 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 55 GOG. Das Handelsgericht beurteilt danach als einzige kantonale Instanz alle im Sinne von Art. 55 GOG handelsrechtlichen Streitigkeiten aus Mobiliarsachen- und Obligationenrecht mit Ausnahme derjenigen aus dem Grundstückverkehr sowie Streitigkeiten aus unlauterem Wettbewerb, sofern der Streitwert mindestens Fr. 30'000.00 beträgt. Vorliegend geht es um eine vertragliche Streitigkeit, welche unmittelbar mit dem Gewerbebetrieb der Beklagten zusammenhängt. Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen, so dass Handelsgericht sachlich zuständig ist.

3. Gemäss Art. 144 Abs. 1 ZPO besteht die Pflicht, im ordentlichen Verfahren vor Einreichung einer Klage einen Aussöhnungsversuch abzuhalten. Der Aussöhnungsversuch fand am 17. Juni 2009 statt (pag. 3). Die Klage ist innert der 6-monatigen Klagefrist gemäss Art. 153 ZPO beim Handelsgericht eingegangen.

4. Auch die weiteren Prozessvoraussetzungen sind erfüllt, so dass in casu auf die Klage vollumfänglich eingetreten wird.

III. Materielles

A) Sachverhalt

1. Der Kläger führt in seiner Klage aus, dass er einen Grossteil seines verfügbaren Vermögens bis Anfang 2009 bei der Beklagten deponiert habe (pag. 3 ff). Aus politischen Gründen habe er keinerlei Anlagen in US-Dollar oder in sonstiger Weise in amerikanischen Firmen haben wollen. Er habe es sogar abgelehnt, nachdem die Politik von Präsident George W. Bush konkrete Formen angenommen habe, zwischen 2003 und Ende 2008 in die USA einzureisen. Er habe nicht mit typischen amerikanischen Anlässen Geld verdienen wollen und habe deshalb verzichtet, an den Marathonläufen von New York, Boston oder Chicago teilzunehmen oder Teilnehmer vor Ort zu betreuen (pag. 4). Die politische Einstellung des Klägers sei allgemein bekannt gewesen.

   Anlässlich des ersten und ausführlichen Gesprächs vom 24. Februar 2005 mit seinem Kundenberater, [redacted], habe der Kläger klar kommuniziert, dass er keinerlei Anlagen in US-Dollar bzw. in den USA bzw. bei amerikanisch beherrschten Gesellschaften wolle. Er habe in seinen Anlagen weder US-Dollar noch irgendwelche sonst mit den USA verbundenen Papiere gewollt. Er habe klar gesagt, dass es bei ihm „Null Komma Null USA" gebe (pag. 4). Gestützt darauf habe der Kundenberater in seinem dem Kläger am 24. Februar 2005 unterbreiteten Anlagevorschlag eine Position mit USA-Bezug ersetzen und zudem versprechen müssen, alle seine Vorschläge noch einmal daraufhin zu überprüfen, dass sie „USA-frei" seien. Der Kundenberater habe gesagt, dass diesem Anlagewunsch auch in Zukunft entsprochen werde, weshalb der Kläger die späteren Vorschläge nicht mehr auf einen allfälligen USA-Bezug überprüft habe (pag. 5). Anlässlich dieses Erstgesprächs habe der Kläger auch klar gesagt, dass er nur geringe Risiken eingehen wolle (pag. 8).

   Infolge habe die Beklagte gegen die klägerische Vorgabe verstossen und den Kläger getäuscht. Dieser habe seine Anlageentscheide zwar selber getroffen, dies jedoch nur aufgrund der Empfehlungen und Angaben der Beklagten (pag. 5 ff.). Bezüglich der streitgegenständlichen Anlage von Lehman habe die Beklagte dem Kläger erklärt, dass es sich dabei um eine Anleihe einer alteingesessenen niederländischen Bank handle (pag. 6). Sie habe bewusst nicht gesagt, dass die formelle Emittentin der Lehman-Note die Tochtergesellschaft einer US-Bank sei, damit vorgeblich die klägerischen Bedingungen erfüllt worden seien. Ähnliche Bösgläubig-

keit liege beim Anlagevorschlag Echotech vor (pag. 7). Hier handle es sich um einen Anlagefonds in Euro. Die Beklagte habe verheimlicht, dass der Fonds 25% US-Aktien enthalte und dies sei auch nicht aus der Wertschriftenabrechnung vom 12. Juni 2006 ersichtlich (KB 3).

Gleiches gelte für die Anlage der J.P. Morgan International Derviates Ltd mit Sitz in St. Helier, Jersey. Die Gesellschaft sei dem Kläger als englische präsentiert worden. In allen drei Fällen berufe sich die Beklagte zu Unrecht auf ihre eigene irreführende und auf Verheimlichung bedachte Information, um davon abzulenken, dass sie einfach nicht bereit gewesen sei, der ihr bekannten und letztlich auch unbestrittenen Anlagevorgabe des Klägers freiwillig zu entsprechen (pag. 7).

Anfangs November 2007 habe [redacted] dem Kläger zum Verkauf bestimmter Anlagen und der Realisierung von Gewinnen geraten; zugleich habe er dem Kläger den Vorschlag unterbreitet, eine Podium-Note auf Aktien zu erwerben (pag. 8). Es liege der Verdacht nahe, dass die Anlageempfehlung zum Verkauf nur erfolgt sei, um mit Erfolg die Lehman-Anlage dem Kläger schmackhaft machen zu können. Der Kläger habe keine Produkteinformationen erhalten, auch nicht über die Konzernzugehörigkeit des Emittenten (pag. 9). Der Kläger sei auch nicht über die Risiken und insbesondere auch nicht über das Emittentenrisiko aufgeklärt worden. Entgegen den beklagtischen Ausführungen habe am 02. November 2007 kein Beratungsgespräch, sondern lediglich ein Telefonat, in welchem der Kläger seine Bedingung „Null USA" wiederholt habe, stattgefunden (pag. 10). Der Vorschlag für den Kauf einer Lehman-Anlage sei telefonisch erfolgt.

Anlässlich des Telefonats vom 12. September 2008 habe die Beklagte noch von einem Verkauf der Lehman-Anlage abgeraten (pag. 11). Zum Telefongespräch sei es gekommen, weil der Kläger vor seinen Ferien habe wissen wollen, ob die Turbulenzen an den Finanzmärkten irgendwelchen Handlungsbedarf bezüglich des klägerischen Depots haben könnten. Am 15. September 2008 sei die Lehman Brothers Inc. zusammengebrochen. Die Beklagte selbst habe jedoch bereits im März 2008 ihre Zusammenarbeit mit der Lehman Brothers Inc. beendet und ihre eigenen Positionen sukzessiv gegenüber dieser Bank auf Null heruntergefahren (pag. 12). Sie sei sich damit der wachsenden Probleme bewusst gewesen. Die Beklagte habe abertausende ihrer Kunden bezüglich der genannten Anlagen falsch beraten (pag. 13). Die Einschätzungen der Rating-Agenturen seien nicht weiter relevant. Diese seien objektiv falsch und die Beklagte selbst habe es sehr viel besser gewusst. Nach dem Zusammenbruch der Lehman Brothers Inc. habe die Beklagte dem Kläger von einer Abziehung seines Guthabens abgeraten, da die Entschädigung sonst tiefer ausfallen würde. [redacted] habe gesagt, dass er sich für eine volle Entschädigung einsetzen werde.

Die Beklagte habe ihre Aufklärungspflichten aus dem Bankvertrag verletzt (pag. 15). Sie habe den Kläger weder darauf hingewiesen, dass sich hinter dem niederländischen Emittenten eine US-Bank befunden habe, noch habe sie ihm die Komplexität und Risikolage der Note dargestellt. Mit Verletzung des Bankenvertrages habe die Beklagte den Kaufentscheid des Klägers adäquat-kausal herbeigeführt.

Der Kläger habe etwas erworben, das er nicht gewollt habe. Die Voraussetzungen für einen Grundlagenirrtum seien damit ebenfalls erfüllt. Anlässlich des zweiten Parteivortrages verzichtete der Kläger auf eine Substantiierung des vorgebrachten Grundlagenirrtums und stellte sich auf den Standpunkt, dass in erster Linie eine absichtliche Täuschung vorliegen würde.
Die Beklagte sei betrieben worden und habe Rechtsvorschlag erhoben (pag. 16).

2. Die Beklagte führt in ihrer Klageantwort aus, dass auf die seit 1995 bestehende Geschäftsbeziehung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten samt deren Depotreglement und die Bedingungen für den Zahlungsverkehr zur Anwendung kommen würden (Antwortbeilage [AB] 3 und 4). Massgebend sei nicht, was der Kläger privat gedacht, sondern was zwischen den Parteien gegolten habe (pag. 31). Anlässlich des Gespräches vom 24. Februar 2005 habe der Kläger erklärt, dass er keine Direktanlagen in Aktien von US-Gesellschaften wünsche. Er habe nicht den damaligen Präsidenten Bush unterstützen oder von der US-Wirtschaft profitieren wollen (pag. 33). Der Kläger habe nie gesagt, dass er keinerlei Anlagen in US-Dollar bzw. in den USA bzw. bei amerikanisch beherrschten Gesellschaften wolle. Es werde bestritten, dass der Kläger erklärt habe, dass es bei ihm „Null Komma Null USA" gebe bzw. dass die Anlagen „USA-frei" sein müssten (pag. 32). Die Herkunft von Emittenten von Produkten und damit die Frage ob das Produkte von einem Emittenten mit Bezug zu den USA herausgegeben würde, sei kein Thema gewesen, und auch nicht, ob im Produkt selber Anlagen mit USA-Bezug enthalten seien. Der Wechsel der Anlage „Portfolio Fund Growth" sei dann auch aus Gründen der schlechten Performance geschehen. Der Kurs dieses Produktes sei bloss noch auf rund 77% des Einstandes gewesen (pag. 35). Die Beklagte habe keine Position mit USA-Bezug im Anlagevorschlag ersetzen müssen. Der Kläger habe sowohl vor der Besprechung vom 24. Februar 2005 als auch nachher Anlagen mit Bezug zu den USA in seinem Depot gehabt.

Was seine Asset allocation anbelange, so bestätige der Kläger das Risikoprofil „Growth" entsprechend der Muster-Asset allocation der Beklagten (pag. 33). Das Depotverzeichnis vom 19. Oktober 2009 zeige, dass die Asset allocation des Klägers seit dem Jahreswechsel 1999/2000 kapitalgewinnorientiert sei. Zu dieser Zeit habe der Kläger seine Asset allocation vom risikoärmeren Profil „Income" zum risikoreicheren Profil „Growth" (Kapitalgewinn) geändert und habe damit sein Risiko entsprechend erhöht (AB 9-13). Der Kläger habe seit Jahren bewusst und gewollt Anlagen von eher hohem Risiko in seinem Depot, was sich u.a. auch aus seinem 3. Säule Vorsorge- und Freizügigkeitsdepot ergebe, in welchem sich auch Anteile der höchsten Risikostufe befunden hätten (pag. 42; AB 39-43). Ein Emittentenrisiko bestehe in allen Fällen. Es sei aber bei hervorragend eingestuften Emittenten äusserst gering, so auch bei der Lehman Brothers Inc. bzw. bei ihren Tochtergesellschaften. Zum damaligen Zeitpunkt habe es sich bei der Lehman Brothers Inc. um ein grosses, angesehenes und sehr stabiles Institut mit Bestnoten gehandelt (pag. 44). Die Beklagte habe sich bei ihren Empfehlungen an die Kundschaft auf Analysen von Dritten und eigenen Analysten verlassen. Im Zeitpunkt der Emission der hier in Fragen stehenden Podium Note hätten die massgebenden internationalen

Rating-Agenturen die Verbindlichkeit der Lehman Brothers Inc. mit geringem Risiko verbunden. Lehman Brothers Inc. sei durchwegs mit hohen Bonitätsbewertungen versehen worden und habe als eine der renommiertesten Investmentbanken weltweit gegolten (pag. 49). Den Zusammenbruch vom 15. September 2008 habe niemand erwartet oder gar vorausgesehen. Die Insolvenz sei Folge der weltweiten Finanzkrise und sei für die Fachwelt und die Öffentlichkeit überraschend gekommen. Ein Verkauf von Lehman-Papieren sei am Freitag, 12. September 2008, spät nachmittags gar nicht mehr möglich gewesen. Ab Mittwoch, 10. September 2008, seien Verkaufsaufträge von der Lehman Brothers Inc. nicht mehr vollständig bearbeitet worden (pag. 46).

Bis zum 12. September 2008 seien die Analysten der Beklagten in Übereinstimmung mit den führenden Rating-Agenturen nicht von einem Zusammenbruch der Lehman Brothers Inc. ausgegangen. Die Analyse-Abteilung der Beklagten habe im Zeitraum vom 24. Mai 2005 bis 18. März 2008 die Empfehlung „hold" abgegeben. Diese Empfehlung sei am 28. März 2008 auf „buy" abgeändert und am 11. Juli 2008 seien die Titel zurückgestuft und es sei wieder eine „hold" Empfehlung abgegeben worden (pag. 52; AB 44-50). Diese Empfehlung sei am 09.09., 10.09. und am 12.09.2008 bestätigt worden. Die Beklagte habe im März 2008 entschieden, vorläufig nicht mit Lehman Brothers als Emittentin von strukturierten Produkten zu arbeiten, da die Servicequalität gelitten habe (pag. 53). Die Beklagte habe aber bis zuletzt in verschiedener Hinsicht Geschäftsbeziehungen mit der Lehman Brothers Inc. gepflegt (pag. 54).

Der Kläger habe von der Beklagten stets das Factsheet der jeweiligen Anlagen erhalten. Aus den Factsheets sei der USA-Bezug der betreffenden Anlagen immer klar ersichtlich gewesen. Überdies habe der Kläger selbstverständlich von allen Transaktionen eine Abrechnung und per Ende Jahr ein Vermögensverzeichnis erhalten (pag. 39). Der Kläger habe nie gegen irgendeine dieser Anlagen protestiert, weder bei Erhalt der Factsheets und der Abrechnungen noch bei Erhalt der Vermögensverzeichnisse (pag. 46). Dem Vorwurf der angeblichen hinterlistigen Täuschung des Klägers werde widersprochen. Der Kläger habe Anlagen von Fondsanbietern und Emittenten mit USA-Hintergrund sowie Anlagen mit USA-Anteilen gehabt und dies sei in voller Kenntnis und mit Zustimmung des Klägers erfolgt (pag. 40). Der Kläger habe sich bezüglich US-Bezug wenig konsequent verhalten, was sich u.a. aus dem LSV-Auftrag, den er zugunsten GE Capital Solutions AG ausgestellt habe, zeige. Die GE Capital Solutions AG gehöre zum US-amerikanischen Konzern General Electric Company (AB 33).

Der Kläger bestätige selber ausdrücklich, dass er seine Anlageentscheide selber getroffen und dass kein Vermögensverwaltungsauftrag bestanden habe. Die Beklagte habe ihm bloss Empfehlungen unterbreitet (pag. 40).

Die Empfehlung des Kundenberaters zum Verkauf und zur Realisierung von Gewinnen bei der Anlage „Pioneer Investments Total Return" Ende Oktober 2007 sei keineswegs mit dem Ziel erfolgt, dem Kläger die neue Lehman-Anlage schmackhaft zu machen. Vielmehr sei es darum gegangen, mit dem Verkauf der Anlage

„Pioneer Investments Total Return" den erzielten Gewinn zu realisieren. Selbstverständlich seien in der Folge auch mögliche Wiederanlagen diskutiert worden, darunter auch Lehman-Papiere (pag. 43). Die Beklagte habe dem Kläger die Anlage Lehman Brothers nicht als Anleihe einer niederländischen Bank verkauft. Die Thematik „niederländische Emittentin vs. USA-Emittentin" sei erst aus Anlass der Insolvenz der Lehman Brothers Inc. im September 2008 aufgekommen (pag. 40, 46). Anlässlich des Telefonats vom 02. November 2007 habe der Kundenberater explizit ausgeführt, dass das Produkt die 50 grössten Firmen der Welt als Basiswerte umfasse. Das Factsheet liste die Werte einzeln auf (AB 22). In der Folge habe der Kläger wie gewohnt das Factsheet und die Abrechnung erhalten. Es habe dem Kläger absolut klar sein müssen, dass in einem Portfolio mit den 50 grössten Firmen der Welt etliche US-Werte enthalten sein würden. Der USA-Bezug sei damit offensichtlich gewesen, sowohl was den Emittenten bzw. den Garanten, als auch was die Basiswerte der Note anbelange (pag. 44). Zudem habe der Kläger am 05. November 2007 eine Abrechnung erhalten und habe bei dieser Gelegenheit überprüfen können, welches Produkt von welcher Emittentin er erworben habe.

Den Anlagevorschlag „Echotech" habe der Kundenberater dem Kläger anlässlich einer persönlichen Begegnung am 08. Juni 2006 unterbreitetet. Der Kläger sei kontaktiert worden, um Gewinnmitnahmen und Neuanlagen zu diskutieren. Er habe bei dieser Gelegenheit auch das betreffende Factsheet sowie ein aktuelles Vermögensverzeichnis ausgehändigt bekommen (pag. 40; AB 31).

Auch bezüglich der Anlage der „5½ % CHF Callable Yield Note", emittiert durch J.P. Morgan International Derivates Ltd. in Jersey, welcher der Kläger am 21. Juni 2006 erworben habe, sei nichts verheimlicht worden. Die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass es dem Kläger als langjähriger Anleger bekannt gewesen sein dürfte, dass es sich bei der Muttergesellschaft der vorgenannten Emittentin um eine US-Finanzgesellschaft gehandelt habe (pag. 41).

B) Beweiswürdigung

1. Allgemeine Ausführungen

Dem Gesetzgeber und dem Richter stellen sich die Fragen, was zu beweisen sei (Beweisthema), wer zu beweisen habe (Beweislast) und wie zu beweisen sei (Beweisführung, Anforderungen an den Beweis, Beweiswürdigung). Die Antworten auf diese Fragen ergeben sich aus dem materiellen Recht einerseits und den kantonalen Prozessordnung andererseits. Beweisthema sind Tatsachen, die feststehen müssen, um die geltend gemachte Rechtsfolge (Begründung, Untergang, Hinderung der Ausübung eines Rechts) auszulösen. Soweit die Verhandlungsmaxime gilt, besteht eine entsprechende Behauptungs- und Bestreitungslast (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 2a ff. zu Bem. vor Art. 212 ZPO). Gegenstand des Beweises sind Tatsachen bzw. Tatsachenbehauptungen, die nach Auffassung des Richters erheblich sind, weil ihr Nachweis entweder unmittelbar eine bestimmte Rechtsfolge auslöst oder mittelbar auf das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer rechtserheblichen Tat-

sache zu schliessen erlaubt. Rechtsbegriffe und Rechtsverhältnisse dagegen können nur ausnahmsweise Beweisthema sein, da die Subsumtion unter einen Rechtssatz Sache des Richters ist. Der Grundsatz, wonach Beweis nur über bestrittene Tatsachen geführt werden soll, ist Ausfluss des Dispositionsrechtes der Parteien und der Verhandlungsmaxime. Ziel des Beweises ist die Überzeugung des Richters von der Wahrheit der nicht zugestandenen Behauptung. Der Beweis ist erbracht, wenn ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit besteht, dass vernünftigerweise nicht mehr mit der Möglichkeit des Gegenteils zu rechnen ist. Er ist misslungen, wenn sich solche Überzeugung nicht ergibt, nicht erst, wenn der Richter von der Unwahrheit der Behauptung überzeugt ist. Ein Urteil nach blosser Wahrscheinlichkeit ist dort, wo voller Beweis verlangt wird, unzulässig. Der Richter muss seine Auffassung begründen können. Der Richter soll sich bei der Beweiswürdigung durch seine Lebenserfahrung und die Grundsätze der allgemeinen Erfahrung leiten lassen. Er soll seine Überzeugung nicht einzig aus der Beweisaufnahme, sondern aus der ganzen Verhandlung schöpfen und deshalb das Verhalten der Parteien mit berücksichtigen, namentlich den Eindruck, den diese hinsichtlich ihrer Glaubwürdigkeit machen. So können Widersprüche in den Parteibehauptungen, die Verweigerung einer Auskunft, die Art und Weise der Auskunftserteilung, die Vorenthaltung oder Beseitigung von Beweismitteln, die innere Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit einer Behauptung die richterliche Beweiswürdigung beeinflussen (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 2a ff. zu Art. 219 ZPO).

Vorliegend ist zu beurteilen, ob die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten aus dem Anlageberatungsvertrag verletzt hat, indem sie den Kläger beim Kauf von Anlagen nicht auf deren USA-Bezug, die Komplexität und die Risikolage der strukturierten Produkten und ein allfälliges Emittentenrisiko hingewiesen hat. Ebenfalls ist zu prüfen, ob sich der Kläger in einem Grundlagenirrtum befunden hat resp. ob er von der Beklagten arglistig getäuscht wurde.

Entsprechend ist vorliegend nur über Tatsachen Beweis zu führen, die im Zusammenhang mit einer allfälligen Vertragsverletzung oder einer arglistigen Täuschung resp. einem etwaigen Grundlagenirrtum stehen.

Gestützt darauf hat das Handelsgericht folgende Beweisverfügung erlassen:

„A. Der Kläger:

Vertrag

- Bestand und Höhe des Schadens;
- Tatsachen aus denen sich ergibt, dass sich zwischen den Parteien eine andauernde Beziehung und dadurch ein Vertrauensverhältnis entwickelte, weshalb die Beklagte eine uneingeschränkte Pflicht hatte, den Beauftragten von sich aus und vor Beginn der Ausführung des Auftrages über Chancen und Risiken der jeweiligen Anlagen aufzuklären;
- Tatsachen aus denen sich ergibt, dass der Kläger der Beklagte mitteilte, er wolle keine Anlagen
  - in Dollar,
  - von amerikanischen Gesellschaften,

- mit Bezug zur USA, was auch den Emittenten miteinschloss;
- Tatsachen aus denen sich ergibt, dass die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten (insbesondere Aufklärungspflicht) verletzt hat, indem sie
  - dem Kläger zu Anlagen von amerikanischen Gesellschaften bzw. mit Bezug zur USA riet und ihm diese Eigenschaften verschwieg,
  - den Kläger weder über den Emittenten noch das Emittentenrisiko aufklärte;
  - die Risikobereitschaft des Klägers als falsch beurteilte,
  - anlässlich des Telefonats vom 12.09.2008 von einem Verkauf der Lehmann Papiere abriet;
- Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass die behaupteten Vertragsverletzungen für den entstandenen Schaden ursächlich waren;
- den Verzug.

Grundlagenirrtum

- dass er sich beim Kauf des Lehmann-Produkts in einem wesentlichen und für die Beklagte erkennbaren Irrtum befunden hat, indem er davon ausgegangen ist, dass die Anlage keinen Bezug zur USA aufweisen würde;
- dass er der Beklagten binnen Jahresfrist angezeigt hat, dass er am Vertrage aufgrund des Irrtums nicht festhalten wolle;
- den Verzug.

B. Die Beklagte:

- sofern dem Kläger der Nachweis einer Vertragsverletzung gelingt: dass sie kein Verschulden trifft;
- sofern dem Kläger der Nachweis einer Vertragsverletzung gelingt: Tatsachen aus denen sich eine Haftungsreduktion ergibt;
- sofern dem Kläger der Beweis eines Grundlagenirrtums gelingt: dass der Kläger den Irrtum kannte oder hätte kennen müssen;
- Gegenbeweis: Insbesondere, dass der Kläger die verschiedenen der Klageantwort beigelegten Factsheets erhalten hat.

Beide Parteien sind zum Gegenbeweis zugelassen.

Beweismittel:
Parteiverhör, Urkunden, Zeugen

Bern, 02. Juni 2010"

Wie sich aus der Beweisverfügung ergibt, liegen als Beweismittel die Aussagen der Parteien und Zeugen sowie Urkunden vor. Bei der Frage nach dem Beweiswert der einzelnen Beweismittel kann Folgendes festgehalten werden:

Wie aus der Klage vom 23. Juni 2009, der Klageantwort vom 02. November 2009, den eingereichten Urkunden und den an der Hauptverhandlung vom 02. Juni 2010 gemachten Aussagen hervorgeht, hat der Kläger aufgrund des Zusammenbruches der Lehman Brothers Inc. einen finanziellen Verlust erlitten. Dementsprechend sind die Aussagen des Klägers auch nicht neutral und teilweise widersprüchlich. Bspw.

macht er einerseits geltend, dass er keine Risiken habe eingehen wollen, andererseits bestätigt er beim Parteiverhör, dass er den Wechsel in seinem Risikoprofil zur Kenntnis genommen habe. Sodann verfügte der Kläger unbestrittenermassen über eine der risikoreichsten 3a Säulen. Ein weiteres Beispiel für die Widersprüchlichkeit sind sodann die Ausführungen des Klägers, wonach er in der Klage zwar ausführen lässt, dass beim Kauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" kein Beratungsgespräch stattgefunden habe, jedoch gleichzeitig anbringt, dass der Kundenberater ihn falsch beraten habe, indem er gesagt habe, dass es sich um eine holländische Bank handelt. Generell bemängelt der Kläger die mangelnde Beratung, macht dann aber gleichzeitig geltend, dass er die Entscheide selber habe treffen wollen und er auch nicht regelmässig zu seinem Kundenberater habe gehen wollen. Aufgrund der teilweise widersprüchlichen und subjektiven Äusserungen des Klägers kann vorliegend nicht einzig auf seine Ausführungen abgestellt werden.

Ähnliches gilt für das Aussageverhalten von [redacted]. In der Klageantwort vom 02. November 2009 bestreitet er, dass ihm der Kläger mitgeteilt habe, dass er keinerlei Anlagen in US-Dollar bzw. in den USA bzw. bei amerikanisch beherrschten Gesellschaften haben wolle. Anlässlich des Parteiverhörs erklärte [redacted] hingegen, dass es ihm bei der Umsetzung der Anlagestrategie klar gewesen sei, dass der Kläger keine amerikanischen Papiere im Sinne von Asset allocation haben wollte. Die Weisung des Klägers habe nur Aktien, nicht aber Anlagefonds betroffen. Das Aussageverhalten von [redacted] zeigt damit ebenfalls Widersprüche auf. Sodann ist er als Arbeitnehmer der Beklagten ebenfalls nicht neutral, was bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden muss.

Zum Aussageverhalten der Zeugin [redacted] kann ebenfalls festgehalten werde, dass sie aufgrund der erlittenen Verluste nicht neutral ist. Die Ausführungen der Zeugin waren redlich, jedoch aufgrund ihres Schicksals sehr emotional.

Insgesamt muss gestützt auf die gemachten Ausführungen festgehalten werden, dass die im Hauptverfahren gemachten Aussagen nur einen beschränkten Beweiswert aufweisen, weshalb das Urteil in erster Linie auf die eingereichten Urkunden abzustellen ist. Die gemachten Aussagen werden nur in einem beschränkten Umfang für die Beurteilung herbeigezogen, insbesondere dann, wenn sie zusätzlich durch Unterlagen untermauert werden können.

2. <u>Kundenbeziehung Kläger / Beklagte</u>

Gestützt auf die Aussagen der Parteien ist ohne weiteres beweismässig erstellt, dass der Kläger spätestens seit 1995 bei der Beklagten Kunde gewesen ist und die Kundenbeziehung 2008/2009 endete (pag. 103, 110, 115).
Gerichtsnotorisch ist, dass Finanzinstitute und insbesondere Banken zu Beginn einer Geschäftsbeziehung ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen den Geschäftspartnern bzw. Kunden aushändigen. Ebenfalls gerichtsnotorisch ist, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert werden müssen, damit die Geschäftsbeziehung und ein damit verbundener Vertragsabschluss entsteht. Eine individuel-

le Abänderung der AGB seitens der Kunden ist nicht möglich. Sodann bestätigte der Kläger - nachdem er dies im ersten Parteivortrag noch bestritten hat - dass er anlässlich des Erstgespräches mit [redacted] 4 Factsheets erhalten habe (pag. 101, 104). Das Gericht erachtet es damit als erwiesen, dass auf die vorliegend zu beurteilende Geschäftsbeziehung die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten samt deren Depotreglement und die Bedingungen für den Zahlungsverkehr zur Anwendung kommen (AB 3 und 4).

Der Kläger reichte dem Gericht eine Vielzahl von Belegen ein, welche seine anti-amerikanische Haltung belegen würden und stellte Anträge auf Einvernahmen von Zeugen, die seine politische Einstellungen bezeugen könnten. Dazu kann festgehalten werden, dass es das Handelsgericht gestützt auf die übereinstimmenden Aussagen der Parteien beweismässig als erstellt erachtet, dass die politische Einstellung des Klägers im hier zu beurteilenden Zeitraum eine Anti-amerikanische gewesen ist. Darüber hinaus haben die diesbezüglich eingereichten Belege keine weitere Bedeutung für das vorliegende Verfahren. Wie bereits unter den allgemeinen Ausführungen zur Beweiswürdigung festgehalten, hat das Handelsgericht vorliegend einzig die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien und damit die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen zu beurteilen. Weder ist das private Verhalten des Klägers von Bedeutung noch werden im Urteil allgemein gültige Aussagen zum Niedergang der Lehman Brothers Inc. gemacht.

Anlässlich des Parteiverhörs führte der Kläger aus, dass er im Februar 2005 den Kundenberater gewechselt habe. Der Wechsel sei von der Beklagten aus gekommen. Vor diesem Zeitpunkt habe er während fünf Jahren die gleichen Anlagen gehabt. Als er festgestellt habe, dass er einen grossen Verlust erlitten habe, habe er den Vorgänger von [redacted] kontaktiert und dieser habe ihm empfohlen weitere Fr. 50'000.00 einzubezahlen. Danach sei er von [redacted] kontaktiert worden und er sei in die Abteilung Private Banking gewechselt (pag. 103). Die Beklagte erklärte übereinstimmend mit dem Kläger, dass ein Wechsel des Kundenberaters stattgefunden und der Kläger Verluste gemacht habe (pag. 110). Unbestrittenermassen fand am 24. Februar 2005 das erstes Gespräch zwischen dem Kläger und seinem neuen Kundenberater, [redacted], statt, an welchem über neue Anlagemöglichkeiten diskutiert resp. die bestehenden Anlagen besprochen wurden. Ebenfalls unbestritten ist, dass der Kundenberater für das Gespräch eine Kundendokumentation erstellt hatte, welche u.a. die langfristigen Bedürfnisse, die Präferenzen des Klägers, die Dienstleistungen der Beklagten, das Vermögensverzeichnis des Klägers per 22. Februar 2005 und verschiedene Anlagevorschläge enthielt. Der Kläger erklärte anlässlich des Parteiverhörs, dass er die Kundendokumentation zusammen mit seinem Kundenberater durchgegangen sei (pag. 103). [redacted] führte diesbezüglich aus, dass er sich nicht mehr erinnern könne, ob jede Seite der Dokumentation besprochen worden sei, er jedoch davon ausgehe, dass die Ziele, so wie sie formuliert seien, besprochen worden seien. Die Dokumentation habe er dem Kläger mitgegeben (pag. 110). In Übereinstimmung mit dem Vermögensverzeichnis vom 22. Februar 2005 führten sowohl der Kläger als auch die Beklagte aus, dass der Kläger bereits vor diesem Gespräch über amerikanische Produkte verfügte (pag. 105). Auch erklärten

beide Parteien übereinstimmend, dass anlässlich des vorgenannten Gespräches über private und geschäftliche Angelegenheiten diskutiert worden sei.

Hingegen besteht keine Einigkeit darüber, weshalb verschiedene Anlagen ausgewechselt wurden. Der Kläger führt aus, dass dies aufgrund des amerikanischen Bezuges erfolgt sei (pag. 104), während die Beklagte vorbringt, der Kläger habe sich an der Performance gestört (pag.110 ff.). Weshalb zu diesem Zeitpunkt ein Wechsel erfolgte, kann – wie nachfolgend noch aufgezeigt wird – offen gelassen werden.

Vorliegend unbestritten und damit beweismässig erstellt ist, dass der Kläger bereits vor dem Gespräch mit [redacted] über Anlageprodukte mit USA-Bezug – und dies gemäss seinen eigenen Aussagen sogar nach dem Zeitpunkt im Jahr 2003, als der Kläger bereits aufgrund seiner anti-amerikanischen Haltung nicht mehr in die USA einreiste – verfügte (pag. 104, 105), [redacted] seit Februar 2005 der Kundenbetreuer des Klägers gewesen ist und dass der Kläger anlässlich des Gespräches die dem Gericht eingereichte Kundendokumentation, welche gemäss übereinstimmender Aussagen am 24. Februar 2005 zumindest in den Grundzügen besprochen wurde, sowie 4 Factsheets erhalten hat. Die Kundendokumentation sowie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten sind damit die Grundlage des zu beurteilenden Vertragsverhältnisses.

Über die Intensität der Beziehung des Klägers zu seinem Kundenberater kann Folgendes festgehalten werden: Der Kläger führte anlässlich des Parteiverhörs aus, dass nur rudimentäre Kontakte mit dem Kundenberater stattgefunden hätten (pag. 104). Er habe [redacted] drei bis vier Mal getroffen. Er selbst habe gesagt, dass es keinen Sinn mache, wenn er halbjährlich vorbeikommen würde, da er keine Ahnung von den verschiedenen Anlagen habe (pag. 105). Er habe die Anlageentscheide selber getroffen, die Imputs seien jedoch von [redacted] gekommen. [redacted] erklärte ebenfalls, dass es nur wenige Treffen gegeben habe und dass er den Kläger jeweils telefonisch kontaktiert habe. Hingegen bringt die Beklagte vor, dass der Kläger langjähriger Kunde im Anlagebereich gewesen sei und seine Erfahrungen gemacht habe (pag. 112).
Gestützt auf diese Aussagen erachtet es das Handelsgericht als erstellt, dass vorliegend keine besonders enge Vertrauensbeziehung zwischen dem Kläger und seinem Kundenberater bzw. der Beklagten bestanden hat. Die persönlichen und auch die telefonischen Kontakte waren marginal und der Kläger suchte auch keine näheren Kontakte bzw. eine intensivere Beratung. Unbestrittenermassen beriet die Beklagten den Kläger nur punktuell und gab in Einzelfällen Empfehlungen ab. Wie der Kläger selbst ausführt, traf er die jeweiligen Entscheide selbst. Dies wird auch von der Beklagten bestätigt.

Das Verhalten des Klägers zeichnet sich in dem hier zu beurteilenden Zeitraum durch ein gewisses Desinteresse aus. Obwohl er aktiv Wertpapieranlagen tätigte und damit auch bewusst gewisse Risiken einging, interessierte er sich nicht für wirtschaftliche Zusammenhänge (pag. 103), wollte nichts mit den Anlagen zu tun haben resp. sich nicht darum kümmern müssen, traf aber die Entscheide dann

doch selber und interessierte sich nicht für die Performance und auch nicht für allfällige Verluste (pag. 104, 106).

3. Risikoprofil des Klägers

Die klägerischen Aussagen über die Risikobereitschaft sind widersprüchlich. In der Klage vom 03. Juni 2009 bringt der Kläger vor, dass er anlässlich des Gespräches vom 24. Februar 2005 [redacted] klar gesagt habe, dass er nur geringe Risiken einzugehen bereit sei (pag. 8). Entsprechend seien auch die ersten Anlagen des Klägers, vor allem diverse Anlagefonds, gewesen. Im Widerspruch zu dieser Behauptung erklärte der Kläger anlässlich des Parteiverhörs, dass am Gespräch vom 24. Februar 2005 nicht über das Risiko der verschiedenen Anlagen diskutiert worden sei (pag. 103). Er habe einfach gesagt, dass er langfristig anlegen wolle (pag. 104). Auf Frage, ob beim Erstgespräch die Kundendokumentation und insbesondere Seite 16 besprochen worden sei, erklärte der Kläger dann wiederum, er habe zusammen mit seinem Kundenberater die Dokumentation angeschaut (pag. 108). Dies sei jedoch relativ rasch erfolgt und habe ihn nicht gross interessiert. Auf Nachfrage führte der Kläger dann aus, dass er zur Kenntnis genommen habe, dass er verschiedene Risikostrukturen gehabt habe. Er wisse jedoch nicht mehr, wann der Wechsel erfolgt sei (pag. 103).

Die Beklagte bringt bezüglich des klägerischen Risikoprofils im Wesentlichen vor, dass die Asset allocation des Klägers seit dem Jahreswechsel 1999/2000 kapitalgewinnorientiert gewesen sei, was u.a. aus dem klägerischen Depotverzeichnis vom 19. Oktober 2009, welche alle getätigten Transaktionen enthalte, ersichtlich sei (AB 9). Der Kläger habe seine Asset allocation vom risikoärmeren Profil „Income" zum risikoreicheren Profil „Growth" (Kapitalgewinn) geändert und damit auch sein Risiko erhöht (pag. 33). Der Kundenberater des Klägers erklärte im Parteiverhör, dass die Risikostrategie anlässlich des Gespräches vom 24. Februar 2005 besprochen worden sei. Aufgrund seines damaligen Anlagevorschlages gehe er davon aus, dass der Kläger seine Risikobereitschaft nicht habe senken wollen. Sie hätten ja wiederum in Aktien investiert (pag. 110). Auch habe der Kläger bereits vor dem Beratungsgespräch vom 24. Februar 2005 über eine 3a Säule mit dem höchsten Risikoprofil verfügt (pag. 112).

Das Handelsgericht erachtet es aufgrund der gemachten Aussagen und den eingereichten Unterlagen beweismässig als erstellt, dass der Kläger über das risikoreiche Profil „Growth" verfügte. Dies ergibt sich einerseits aus der Anlagestrategie vor dem 24. Februar 2005, wonach der Kläger über eine der risikoreichsten 3a Säule-Anlage gehalten hat und andererseits aus der am 24. Februar 2005 abgegebenen Kundendokumentation, aus welcher eindeutig hervorgeht, dass der Kläger über Anlagen verfügte, die dem Profil „Growth" entsprachen.

Der Kläger legte ferner langfristig an. Die Langfristigkeit des Anlagewillens beinhaltet auch eine Risikobereitschaft, welche darauf schliessen lässt, dass der Anleger nicht auf das angelegte Geld angewiesen ist. Der Kläger sagte selbst aus, dass er gesehen habe, dass seine vor dem 24. Februar 2005 getätigte Anlage über 5 Jahre konstant an Wert verloren habe, dies sei ihm aber egal gewesen. Eine solche Verhaltensweise und auch die getätigten Anlagen widersprechen den klägerischen

Aussagen, wonach er ein risikoarmes Profil gewählt habe. Schliesslich bestätigte der Kläger anlässlich der Hauptverhandlung, dass er die Kundendokumentation mit der Beklagten besprochen habe und er zur Kenntnis genommen habe, dass sich sein Risikoprofil während der laufenden Geschäftsbeziehung verändert habe. Es kann davon ausgegangen werden, dass das Risikoprofil anlässlich des Erstgespräches besprochen wurde, da dieses eine wichtige Voraussetzung zur Umsetzung der Anlagevorschläge ist. Der Kläger konnte damit vorliegend den Beweis nicht erbringen, dass er nur geringe Risiken eingehen wollte. Sodann ist auch die Risikofähigkeit des Klägers gegeben, was sich u.a. aus dem Vermögensverzeichnis des Klägers ergibt.

4. Weisungen des Klägers

Inhalt der Weisung

Unbestritten ist, dass sich der Kläger anlässlich des Gespräches vom 24. Februar 2005 negativ über die USA äusserte. Übereinstimmend mit den Ausführungen in der Klage vom 23. Juni 2009 führte der Kläger anlässlich des Parteiverhörs aus, dass er seinem Kundenberater gesagt habe, dass er 0.0 USA und keine US-Dollar haben wolle (pag. 104). Er habe nichts mit Amerika zu tun haben wollen und sein Berater habe ihm zugesichert, dass dies kein Problem sei. [redacted] bestätigte anlässlich der Hauptverhandlung vom 02. Juni 2010 – im Widerspruch mit den Ausführungen in der Klageantwort vom 02. November 2009 –, dass es für ihn bei der Umsetzung der Anlagestrategie klar gewesen sei, dass der Kläger keine amerikanischen Papiere im Sinne Asset allocation habe kaufen wollen. Der Kläger habe gesagt, dass er keine USA-Aktienanteile und keine Papiere in Dollar wolle. So habe er das verstanden (pag. 111). Er könne sich nicht mehr an die genaue Wortwahl erinnern. Aufgrund seines Vorschlages und seinen Erinnerungen müsse die Anlageempfehlung des Klägers gewesen sein, dass keine USA-Aktien und keine Papiere in Dollar gekauft werden sollten. Dementsprechend hätten sie die Käufe auch getätigt. Mit der Weisung sei nicht gemeint gewesen, dass die Papiere keinen USA-Bezug haben dürften. Das gebe es heute gar nicht mehr und bei einem Anlagefonds könne es gar nicht vermieden werden, dass es USA-Anteile habe. Die Rede sei nur davon gewesen, dass der Kläger keine USA-Aktien habe kaufen wollen. Bei einem Anlagefonds könne dies gar nicht vermieden kann.

Gestützt auf die übereinstimmenden Aussagen der Parteien erachtet es das Handelsgericht ohne weiteres beweismässig als erstellt, dass der Kläger anlässlich des Gespräches vom 24. Februar 2005 erklärt hat, dass er keine USA-Aktien und keine Papiere in Dollar haben wolle. Nicht ohne weiteres beweismässig erstellt ist hingegen der Umfang der klägerischen Weisung resp. welche Arten von Anlagen davon umfasst wurden. Vorliegend von Bedeutung ist damit die Frage, ob die Weisung des Klägers, wonach er 0.0 USA und nichts in Dollar haben wolle, einzig Direktanlagen, wie bspw. Aktien, Obligationen oder aber auch indirekte Anlagen über Anteile an Anlagefonds die einen USA-Bezug aufweisen oder strukturierte Produkte umfasste. Während sich der Kläger auf den Standpunkt stellt, dass sämtliche Finanzanlagen von der Weisung betroffen gewesen seien, führt die Beklagte aus, dass sie davon ausgegangen sei, dass die Weisung nur direkte Anlagen betroffen habe.

Die Herkunft der Emittenten von Produkten sowie ob in den Produkten selber Anlagen mit USA-Bezug enthalten gewesen seien, sei kein Thema gewesen. [redacted] erklärte anlässlich des Parteiverhörs, dass die Käufe entsprechend der Weisung getätigt worden seien. Mit der Weisung sei nicht gemeint gewesen, dass die Papiere keinen USA-Bezug haben dürfen. Das gebe es heute gar nicht mehr. Die Rede sei nur davon gewesen, dass der Kläger keine USA-Aktien habe kaufen wollen. Bei einem Anlagefonds könne dies gar nicht vermieden werden (pag. 111). Aus KB 14 ergibt sich sodann, dass bereits anlässlich des Erstgesprächs vom 24. Februar 2005 indirekte Anlagen mit USA-Bezug gekauft wurden. Der Kläger konnte damit den Beweis nicht erbringen, dass beim Erstgespräch vom 24. Februar 2005 ein natürlicher Konsens über den Inhalt der Weisung bestand. Ob allenfalls von einem normativen Konsens auszugehen ist, wird nachfolgend in den rechtlichen Ausführungen dargelegt.

Bestritten ist sodann, ob der Kläger jeweils die zu den einzelnen Produkten gehörenden Factsheets erhalten hat oder nicht. Wie bereits unter Ziffer III/B/2 ausgeführt, bestätigte der Kläger, dass er anlässlich des Gespräches die Kundendokumentation und 4 Factsheets erhalten hat. Zudem brachte er vor, dass der Kundenberater ihm verschiedene Produkte vorgestellt habe und alle auf einen allfälligen USA-Bezug überprüft worden seien (pag. 104). [redacted] führte diesbezüglich aus, dass er für den ersten Kontakt – wie üblich – eine Dokumentation erstellt habe und die verschiedenen Anlagevorschläge anhand der Factsheets erklärt habe (pag. 110 ff.). Gestützt auf die gemachten Aussagen erachtet es das Gericht beweismässig als erstellt, dass der Kläger die Kundendokumentation und das Factsheet über den Fonds Activest Total Return (KB 14) erhalten hat.

<u>zeitliche Dauer der Weisung</u>

Schliesslich macht der Kläger geltend, dass seine Weisung für die gesamte Vertragsdauer gegolten und sich die Beklagte absichtlich und in täuschender Weise darüber hinweggesetzt habe. Anlässlich des Parteiverhörs erklärten sowohl der Kläger als auch sein Kundenberater, dass es sich beim Vertragsverhältnis um einen Anlageberatungsvertrag gehandelt habe (pag. 1 ff.). Damit gilt beweismässig erstellt, dass vorliegend eben gerade kein Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen wurde und die Beklagte den Kläger rein punktuell – wie es der Natur des Anlageberatungsvertrages entspricht – beraten hat. Dies wird durch die Aussage des Klägers untermauert, wonach nur wenige Gespräche stattgefunden hätten und er seine Entscheidungen jeweils selbst getroffen habe (pag. 104 ff.). [redacted] führte bezüglich der Dauer der Weisung aus, dass er davon ausgegangen sei, dass es sich dabei um eine momentane Meinung des Klägers gehandelt habe. Beim Ausbruch des Irakkrieges hätten viele Kunden diese Ansicht vertreten (pag. 111). Er habe zwar die Bedürfnisse des Klägers schriftlich festgehalten, dies sei für ihn jedoch immer eine Gegenwartssituation gewesen (pag. 112, 114). Bei einem Anlageberatungsvertrag würden die Ziele und Wünsche des Kunden immer wieder neu bestimmt. Gestützt auf diese Aussagen sowie den nachfolgenden Ausführungen erachtet es das Gericht als beweismässig erstellt, dass bezüglich der Dauer der Weisung ebenfalls kein natürlicher Konsens bestand.

Gemäss Aussagen der Beklagten stellte sie dem Kläger anlässlich des Gespräches vom 08. Juni 2006 die Anlage „Activest Ecotech" vor. [redacted] habe dem Kläger gewisse Gewinnentnahmen empfohlen und ihm anhand von Factsheets 2 Produkte vorgestellt, die er interessant gefunden habe (AB 18). „Activest Echotech" sei ein ethisch-ökologisch ausgerichteter Anlagefonds gewesen. Er wisse nicht mehr, ob er den Kläger auf den USA-Anteil von 12.2% aufmerksam gemacht habe. Die anti-amerikanische Haltung des Klägers sei bei diesem Gespräch kein Thema mehr gewesen. Er gehe davon aus, dass der Kläger reklamiert hätte, wenn er ein Problem damit gehabt hätte. Schliesslich habe er auch die Factsheets erhalten (pag. 112, 114).
Der Kläger erklärte, dass [redacted] ihn am 08. Juni 2006 ins Büro habe kommen lassen. Dies sei komisch gewesen, da es sich nur um eine Anlage von rund Fr. 10'000.00 gehandelt habe. In den anderen Fällen sei die Präsentation eines neuen Produkts telefonisch erfolgt (pag. 104). Der Kläger bestreitet, dass er anlässlich dieses Gesprächs ein Factsheet erhalten habe. Er habe das Factsheet noch nie gesehen, sonst wäre es sofort weggeflogen, da das Produkt einen USA-Bezug von rund 12% gehabt habe (pag. 104). Er habe nach den 4 ersten Factsheets keine mehr erhalten (pag. 105). Auch wenn er bei den ersten Produkten ein Factsheet erhalten habe, sei ihm nicht bewusst gewesen, dass es für jedes Produkt ein solches geben würde (pag. 107).
Entgegen den klägerischen Ausführungen erachtet es das Handelsgericht beweismässig als erstellt, dass der Kläger das Factsheet zur Anlage „Activest Ecotech" erhalten hat. Der Kläger selbst erklärt, dass es komisch gewesen sei, dass er für den Kauf dieser Anlage persönlich beim Kundenberater habe vorbeigehen müssen. Sie hätten auch Anlageentscheide, bei denen es um mehr Geld gegangen sei, jeweils am Telefon besprochen. In Anbetracht, dass der Kundenberater den Kläger extra zu sich bestellt hatte, um ihm das Produkt vorzustellen, ist davon auszugehen, dass der Kläger für das Produkt „Activest Ecotech" auch das entsprechende Factsheet gesehen und erhalten hat. Wie [redacted] - in Übereinstimmung mit der Praxis - glaubhaft aussagte, wird für ein Kundengespräch jeweils etwas Schriftliches vorbereitet, damit dem Kunden auch etwas gezeigt werden kann. Eine mündliche Präsentation ohne Vorlegen von entsprechenden Unterlagen hätte auch telefonisch erfolgen können. Anhand des Factsheets hätte der Kläger erkennen können, dass das Produkt „Activest Ecotech" über amerikanische Anteile verfügte. Indem er die Anlage trotz des USA-Bezuges kaufte, wäre eine allfällig auf Dauer angelegte Weisung, wonach alle Finanzgeschäfte keine amerikanischen Anteile enthalten dürfen, spätestens zu diesem Zeitpunkt aufgehoben worden. Dass anlässlich des Gespräches vom 08. Juni 2006 eine neue Weisung betr. USA-Bezug erteilt worden wäre, wird weder behauptet noch substantiiert dargelegt.

Unbestrittenermassen kaufte der Kläger am 21. Juni 2006 die Anlage „5½ % CHF Callable Yield Note" emittiert durch J.P. Morgan International Derivates Ldt. in Jersey. Der Kläger sagte diesbezüglich aus, dass er davon ausgegangen sei, dass es sich um eine englische Gesellschaft handle (pag. 104). Er habe erst bei der Vorbereitung des Prozesses festgestellt, dass es sich um eine amerikanische Gesellschaft handle. Der Kläger brachte nicht vor, dass er beim Kauf dieser Anlage er-

neut eine Weisung betreffend amerikanische Anteile erteilt hat und konnte damit den Beweis nicht erbringen, dass für den Kauf der Anlage „5½ % CHF Callable Yield Note" emittiert durch J.P. Morgan International Derivates Ldt. in Jersey, eine neue Weisung bestanden hat. Wie bereits oben erwähnt, wurde eine allfällige Weisung vom 24. Februar 2005 spätestens mit dem Kauf vom 21. Juni 2006 aufgehoben.

Insgesamt erachtet es das Handelsgericht damit als beweismässig erstellt, dass die Weisung betreffend amerikanische Anteile des Klägers nur Gültigkeit für den Februar 2005 innehatte und selbst wenn diese Weisung auf Dauer ausgelegt gewesen, diese spätestens mit dem Kauf der Anlage „Activest Ecotech" aufgehoben worden wäre. Sodann brachte der Kläger nicht vor, dass er beim Kauf der Anlage „5½ % CHF Callable Yield Note" emittiert durch J.P. Morgan International Derivates Ldt. in Jersey, erneut eine Weisung betreffend USA-Bezug erteilt hat.

5. Kauf „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV"
Ebenfalls nicht bestritten ist, dass der Kläger am 02. November 2007 von [redacted] efonisch kontaktiert worden ist, um über einen allfälligen Kauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" zu sprechen. Anlässlich dieses Telefongesprächs entschloss sich der Kläger zum Kauf der vorgenannten Aktien. Über den Inhalt des Gespräches besteht zwischen den Parteien keine Einigkeit.
In der Klage vom 23. Juni 2009 bringt der Kläger vor, dass am 02. November 2007 kein Beratungsgespräch und vor allem kein persönliches Gespräch, sondern lediglich ein Telefonat zwischen dem Kläger und [redacted] stattgefunden habe (pag. 10). Der Kläger habe an diesem Tag ausdrücklich seine Weisung betreffend „Null USA" wiederholt, worauf [redacted] erklärt habe, dass es sich hierbei um eine niederländische Bank handle. Der Kläger sei weder über das Emittentenrisiko noch die Konzernzugehörigkeit aufgeklärt worden und habe auch kein Factsheet erhalten. Entgegen diesen Ausführungen erklärte der Kläger anlässlich seines Parteiverhörs, dass er [redacted] gesagt habe, dass er das Produkt nicht beurteilen könne und sich auf ihn verlasse. Dass er eine Weisung betreffend amerikanische Anteile erneut ausgesprochen habe, bringt der Kläger hingegen nicht mehr vor (pag. 105). In der Klage vom 23. Juni 2009 führte der Kläger aus, dass ihm die „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" als risikolos geschildert und verkauft worden sei. Die Beklagte rufe die Kunden an und empfehle das Produkt als 100% kapitalgeschützt (pag. 15). Anlässlich des Parteiverhörs erklärte der Kläger entgegen seinen Äusserungen in der Klageschrift, dass der Kundenberater ihm nichts über das Risiko der Anlage gesagt habe (pag. 105).

Die Beklagte führt aus, dass sie den Kläger kontaktiert und ihm das Produkt sehr genau erklärt habe. [redacted] habe ihm gesagt, dass dem strukturierten Produkt die 50 grössten Gesellschaft zu Grunde liegen würden. Es sei ihm darum gegangen, dem Kunden ein kapitalgeschütztes Produkt zu empfehlen (pag. 113). Das Rating des Emittenten habe damals in etwa demjenigen der Beklagten ent-

sprochen. Das vorige Produkt sei risikoreicher gewesen, er habe eigentlich kein Risiko gesehen und dies auch entsprechend kommuniziert. Die dazugehörigen Factsheets seien nach dem Telefongespräch verschickt worden.
Gestützt auf die vorgenannten Aussagen erachtet es das Handelsgericht beweismässig als erstellt, dass [redacted] dem Kläger die „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" anlässlich des Telefonats – zumindest in den Grundzügen – präsentierte. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass wenn ein Kunde kontaktiert wird, wohl kaum nur gesagt werden kann, dass ein bestimmtes Produkt gekauft werden soll, ohne dass dieser Vorschlag entsprechend begründet wird. Gerade beim Anlageberatungsvertrag, bei welchem der Kunde die Entscheidung alleine trifft, muss ein Kundenberater das Produkt zumindest in den Grundzügen vorstellen. Aufgrund des wiederholten Desinteresses des Klägers im Sinne, dass er zwar den Kaufentscheid traf, sich jedoch für die Details nicht interessierte, ist davon auszugehen, dass die Beratung eher kurz war. Ob die einzelnen Risiken im Detail erklärt wurden, kann vorliegend offen gelassen werden (vgl. rechtliche Würdigung). Beweismässig als erstellt erachtet das Handelsgericht, dass die Beklagte dem Kläger zumindest erklärt hat, dass die Anlage geringe Risiken aufweise. Dies wird auch in den Ausführungen in der Klage vom 23. Juni 2009 bestätigt und ergibt sich u.a. auch aus dem Umstand, dass die Risikobeurteilung zu den Kernpunkten eines Anlagekaufes gehört.
Die klägerischen Aussagen, wonach die Beklagte den amerikanischen Hintergrund verschwiegen hat, konnten im Beweisverfahren nicht erhärtet werden und sind auch wenig glaubwürdig. Es ist allgemein – und vor allem in der Bankbranche – bekannt, dass es sich bei der Lehman Brothers Inc. um eine alteingesessene amerikanische Gesellschaft handelt. Sodann konnte der Kläger dem Gericht nicht glaubhaft darlegen, weshalb die Beklagte ihn absichtlich täuschen sollte. Wie das Beweisverfahren ergeben hat, bestand zu diesem Zeitpunkt keine Weisung für indirekte Anlagen betreffend USA-Bezug, so dass es objektiv gesehen, keinen Grund für ein angeblich arglistiges Täuschungsmanöver gegeben hat. Daran ändert sich auch gestützt auf die Aussagen der Zeugin [redacted] nichts. Wie bereits oben aufgeführt, ist das Aussageverhalten der Zeugin von ihrem eigenen Schicksal geprägt. Nach drei Jahren und den einschneidenden Ereignissen kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Ausdruck „niederländische Bank" auch erst nach dem Zusammenbruch der Lehman Brothers Inc. und im Zusammenhang mit der Frage, ob die Tochtergesellschaft in den Niederlanden das gleiche rechtliche Schicksal wie die Lehman Brothers Inc. teilen wird, aufgetaucht ist. Der Kläger konnte damit den Beweis nicht erbringen, dass die Beklagte ihm die Lehman Brothers Inc. als niederländische Bank präsentierte.

Der Kauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" erfolgte im Einverständnis des Klägers und in Übereinstimmung mit seinem Kundenprofil. Ob der Kundenberater im Nachhinein das Factsheet dem Kläger zugestellt hat, ist beweismässig nicht erstellt. Zwar sagte der Kundenberater aus, dass er diese jeweils nach dem Gespräch verschicken würde. Er mache dies alleine und setze im Computer ein „Häcken". Sowohl die Zeugin [redacted] als auch der Kläger sagten jedoch übereinstimmend aus, dass sie nicht immer alle Factsheets

erhalten hätten. Aufgrund der Tatsache, dass der Versand der Factsheets nicht überprüft wird, eine einzige Person für den Versand zuständig ist und die übereinstimmenden Aussagen des Klägers und der Zeugin [redacted], erachtet es das Handelsgericht beweismässig nicht als erhärtet, dass der Kundenberater mit einer 100% Sicherheit immer alle Factsheets verschickt hat. Dies hat in rechtlicher Hinsicht jedoch vorliegend keine Bedeutung, da ein allfälliger Versand des Factsheets nach dem Kauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" erfolgt wäre.

Letztlich konnte im Beweisverfahren auch der klägerische Vorwurf, wonach die Beklagte den Verkauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" aktiv und aus eigenen Interessen gefördert habe, während sie die eigenen Positionen gegenüber der Lehman Brothers Inc. sukzessive heruntergefahren habe, nicht erhärtet werden. Dies ist jedoch für die Beurteilung des vorliegenden Falls auch nicht von grosser Bedeutung. Wie bereits oben ausgeführt, geht es hier um die konkrete Verletzung eines Anlageberatungsvertrages und nicht um die allgemeine Situation der Lehman Brothers Inc. und der Beklagten. Insofern die allgemeine Situation eine Rolle spielt, stützt sich das Handelsgericht mangels substantiierter und belegten Tatsachen auf die Beurteilung der FINMA ab, welche dazu Folgendes festhält (AB 60):
„Die Credit Suisse hat sich bei der Auswahl der Emittenten von kapitalgeschützten strukturierten Produkten für den Vertrieb an Retailkunden weder einseitig auf Gesellschaften der Lehman-Gruppe als Emittentinnen abgestützt, noch hat sie Produkte der Lehman-Gruppe im Jahr 2008, insbesondere unmittelbar vor dem Konkurs der Firma, ihren Kunden forciert verkauft oder aus eigenen Beständen in Kundendepots verschoben. Vom Konkurs der Lehman-Gruppe war die Credit Suisse ebenso betroffen wie ihre Kunden.

Die vom Investment Banking-Arm der Credit Suisse vereinnahmten Vertriebsrückvergütungen („Structuring" und „Holding Fees") haben sich im Rahmen des Marktüblichen bewegt.

Der Umstand, dass Gesellschaften der Lehman-Gruppe und nicht Credit Suisse selbst oder Goldman Sachs, Deutsche Bank oder BNP Paribas Emittentinnen waren, spielte im Zeitpunkt des Kaufs bzw. Anlageentscheids keine Rolle. Die Lehman-Gruppe verfügte bis zum Zeitpunkt der Insolvenzerklärung mit einem Kreditrating von A2 (Moodys) über eine gute Bonität, die nur geringfügig tiefer eingestuft wurde als jene der Credit Suisse (Moodys Aa2) oder anderer Emittenten. Entscheidend war vielmehr die Verfügbarkeit eines kapitalgeschützten strukturierten Produkts auf dem Primärmarkt zum gewünschten Zeitpunkt. Praktisch nie kam es zu Käufen auf dem Sekundärmarkt.

Die FINMA kam weiter zum Schluss, dass kapitalgeschützte strukturierte Produkten an sich für einen Vertrieb an Retailkunden geeignet sind; betreffend Emittentenrisiko sind sie vergleichbar mit Kassenobligationen oder gewöhnlichen Obligationen.

Die Credit Suisse, wie die meisten anderen Vertriebsträger auch, verwendet für die Produkte- und Risikoaufklärung sog. „White Label Fact Sheets". Bei Verwendung von „White Label"-Dokumentationen besteht grundsätzlich die Gefahr, dass der Kunde davon ausgeht, dass er ein Anlageprodukt des Vertriebsträgers erwirbt und folglich im Glauben ist, das

Kreditrisiko bestehe gegenüber des verkaufenden Instituts, entsprechend ist der korrekten Risikoaufklärung besonderes Gewicht beizumessen. Aus Optik des geltenden Rechts ist jedoch die Ausgestaltung der von der Credit Suisse für die Beratungs-/Verkaufsgespräche verwendeten Dokumentationen (Fact Sheets) nicht zu beanstanden. In allen Dokumenten wies die Credit Suisse auf die Emittentin (zur Lehman-Gruppe gehörend oder eine andere Emittentin) und das Emittentenrisiko hin, allerdings nicht sehr prominent (dies hat sich nach dem Konkurs der Lehman-Gruppe geändert). Gleichzeitig hat die Credit Suisse ihre Kunden standardmässig (und im Einklang mit der Praxis der FINMA und der Gerichte) über die besonderen Risiken im Effektenhandel mittels von der Bankiervereinigung erstellten Informationsbroschüren informiert. Ausgehend vom Bild des mündigen Anlegers, von dem das Schweizerische Zivilrecht ausgeht, ist der Credit Suisse aufgrund des geltenden Rechts auch bezüglich der Ausgestaltung ihrer Verkaufsdokumentation kein aufsichtsrechtlicher Vorwurf zu machen.

Die FINMA stellte kein flächendeckendes und systematisches Fehlverhalten der Credit Suisse bei Verkäufen von kapitalgeschützten strukturierten Produkten der Lehman-Gruppe an ihre Retailkunden fest. Dass Retailkunden in Beratungsgesprächen überhaupt kapitalgeschützte strukturierte Produkte empfohlen wurden, ist per se nicht zu beanstanden. Allerdings kam es in verschieden Fällen zu Fehlern bei der Beratung."

Der Kläger konnte damit den Beweis eines generellen Fehlverhaltens der Beklagten betreffend Lehman Brothers Inc. nicht erbringen.

6. Verhalten der Beklagten im September 2008

Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte ihre Zusammenarbeit mit der Bank Lehman bereits im März 2008 beendet und ihre eigenen Positionen sukzessiv auf Null heruntergefahren habe (pag. 12). Sie sei sich der wachsenden Probleme bewusst gewesen und habe trotzdem den Kunden zum Kauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" geraten. Am 12. September 2008 habe der Kläger seinen Kundenberater angerufen, da in den Medien immer wieder die Wirtschaftskrise erwähnt worden sei. Der Kläger habe für drei Wochen in die Ferien gehen wollen und wäre in dieser Zeit nicht erreichbar gewesen (pag. 105). Deshalb habe er den Kundenberater angerufen. Dieser habe ihm gesagt, dass die Bank gerettet werde. Am Freitag habe er ihm gesagt, dass die Papiere nicht mehr verkauft werden könnten. Der Kläger habe noch gefragt, wo das Problem sei, es handle sich ja um eine niederländische Bank. Der Kundenberater habe ihm dann erklärt, dass die Lehman Brothers Inc. ursprünglich holländisch gewesen sei, jetzt aber amerikanisch.

Die Beklagte hingegen bringt vor, dass im Zeitpunkt als der Kläger die „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" kaufte, die Lehman Brothers Inc. ein grosses und sehr stabiles Unternehmen gewesen sei. Im Juni 2008 habe die Lehman Brothers Inc. – erstmals seit 1994 – einen Quartalsverlust bekannt gegeben (pag. 51). In der Folge habe die S&P sowie Fitch die Lehman Brothers Inc. um eine Stufe zurückgestuft. Die Analysten der Beklagten seien zum Schluss „we maintain our Stable fundamental credit view" gekommen. Am 10. September 2008 habe die Lehman Brothers Inc. für das dritte Quartal nochmals einen

Verlust gemeldet. Die Bewertungen der Rating-Agenturen seien indessen praktisch unverändert geblieben. Die Beklagte sei bis und mit dem 12. September 2008 nie von einem Zusammenbruch ausgegangen und die Analysten seien auch nie zum Schluss gekommen, dass Anleger von Lehman Brothers Inc. emittierte Obligationen oder strukturierte Produkte verkaufen sollten (pag. 52). Bis zuletzt hätten die Analysten der Beklagten die Auffassung vertreten, dass die Aktien zumindest gehalten werden sollten (hold). Die Analyse-Abteilung der Beklagten habe im Zeitraum zwischen dem 24. Mai 2005 bis 18. März 2008 die Empfehlung „hold" abgegeben. Diese Empfehlung sei am 28. März 2008 auf „buy" geändert worden und am 11. Juli 2008 seien die Titel zurückgestuft und worden und es sei wieder eine „hold"-Empfehlung abgegeben worden. Diese Empfehlung sei am 09.09., 10.09. und 12.09. bestätigt worden (AB 44, 45, 46). Richtig sei, dass sich die Beklagte im März 2008 entschieden habe, vorläufig nicht mit Lehman Brothers Inc. als Emittentin von strukturierten Produkten zu arbeiten. Hintergrund seien allerdings nicht Befürchtungen darüber, Lehman Brothers Inc. könne ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen, gewesen. Viemlehr habe die Beklagte feststellen müssen, dass die Servicequalität der Lehman Brothers Inc. infolge der Finanzkrise gelitten habe (pag. 53). Der Kläger habe den Kundenberater am 12. September 2008 angerufen und habe wissen wollen, wie es in seinem Portefeuille aussehe (pag. 113). Zu diesem Zeitpunkt habe die „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" nicht mehr verkauft werden können. Die Beklagte habe zudem ein „hold" empfohlen. Alle seien davon ausgegangen, dass die Lehman Brothers Inc. über das Wochenende gerettet würde.

Der Kläger macht vorliegend nicht geltend, dass die Lehman Brothers Inc. im Zeitpunkt des Kaufes der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" nicht als sicher eingestuft worden ist. Ein solcher Vorwurf wäre im vorliegenden Verfahren auch nicht erhärtet worden. Das klägerische Vorbringen, wonach die Beklagte im Jahr 2008 ihre eigenen Positionen aufgrund finanzieller Überlegungen gegenüber der Lehman Brothers Inc. sukzessive abgebaut habe, konnte im Beweisverfahren ebenfalls nicht erhärtet werden. Wie die Beklagte glaubhaft ausführte, wurde zwar die Empfehlung betreffend Lehman Brothers Inc. im März 2008 auf buy geändert. Bereits im Juli 2008 wurde die Empfehlung jedoch wieder in hold geändert, was u.a. im September 2008 bestätigt wurde (pag. 52).

Wie sich aus den Antwortbeilagen 52 ff. ergibt, gingen die Beklagte und auch die Rating-Agenturen bis zum 12. September 2008 nicht von einem Zusammenbruch der Lehman Brothers Inc. aus. Im Zeitpunkt des Telefonats vom 12. September 2008 ist die Beklagte gemäss Aussagen von [redacted] davon ausgegangen, dass die Lehman Brothers Inc. gerettet werde. Dem Kläger sei gesagt worden, dass es Probleme gebe. Zu diesem Zeitpunkt hätten die Papiere jedoch bereits nicht mehr verkauft werden können (pag. 113). Diese Aussagen werden durch den Kläger bestätigt (pag. 105). [redacted] sagte anlässlich der Einvernahme als Zeuge aus, dass die „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" am 12. September 2008 noch hätte verkauft werden können, jedoch hätte der Geldtransfer nach dem Wochenende stattgefunden und dies wäre aufgrund des Konkurses gar nicht mehr möglich gewesen (pag. 118). Das

Problem der Bonität sei schon früher bekannt gewesen, jedoch hätten die offiziellen Rating-Agenturen nicht darauf reagiert (pag. 119).
Das Handelsgericht erachtet es aufgrund dessen beweismässig als erstellt, dass am 12. September 2008 ein Telefongespräch zwischen dem Kläger und seinem Kundenberater stattgefunden hat, der Kläger über die Probleme der Lehman Brothers Inc. informiert wurde und die Beklage von einem Verkauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" abgeraten hat. Ebenfalls ist es gerichtsnotorisch, dass im Zeitpunkt vom 12. September 2008 der Verkauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" nicht mehr hätte vollständig abgewickelt werden können. Auch konnte der Kläger den Beweis nicht erbringen, dass die Beklagte entgegen den allgemeinen Empfehlungen der Rating-Agenturen den Verkauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" hätte empfehlen müssen.

C) Rechtliche Ausführungen

1. Allgemeine Ausführungen zum Anlageberatungsvertrag

Unter Anlageberatung ist die sorgfältige und adressatengerechte Beratung von Kunden in Fragen der Geld- und Kapitalanlage, insbesondere auch die Abgabe von Anlageempfehlungen zu verstehen. Der Kunde fällt dabei den Kaufs- und Verkaufsentscheid selber (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das schweizerische Bankgeschäft, Zürich 2004, N. 1572). In der Regel muss dann vom Vorliegen eines Beratungsauftrages ausgegangen werden, wenn sich die Bank auf eine Beratung einlässt und eine tatsächliche Beratung der Kunden erfolgt und der Kunde diese Beratungsleistung entgegennimmt und danach handelt (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, op. cit., N. 1575). Inhalt und Umfang müssen aber von Fall zu Fall abgeklärt werden (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, op. cit., N. 1575). Der Anlageberater wirkt wie der Vermögensverwalter aktiv bei der Planung der Investition oder der Umdisposition von Vermögenswerten mit. Im Gegensatz zum Vermögensverwalter macht der Anlageberater jedoch lediglich Anlagevorschläge. Der Anlageentscheid erfolgt aber letztlich durch den Kunden selbst (THOMAS GROSS, Fehlerhafte Vermögensverwaltung - Klage des Anlegers auf Schadenersatz, in: AJP 2006, S. 162). Bereits wenn die Bank den Kunden, dessen Konto sie führt, ohne einen speziellen Vermögensverwaltungsauftrag zu haben, berät, handelt sie im Rahmen der bestehenden allgemeinen bankvertragsrechtlichen Geschäftsbeziehung. Selbst wenn die Beratung nichts mit Fragen des Kontos zu tun hat, ist die Bank dazu vertraglich verpflichtet (vgl. DANIEL GUGGENHEIM, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1985, S. 72). Die Bank ist auch ohne formelle Grundlage dann als Anlageberaterin zu betrachten, wenn sich wegen einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf (BGE 133 III 97 E., 7.2). Dies grenzt die Anlageberatung zugleich von der reinen Konto-/Depotbeziehung ab (BGE 133 III 97, E. 7.2). Bei der Vermögensverwaltung durch die Bank verwaltet diese das Vermögen des Kunden in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht. Das heisst, sie hat die umfassende Verantwortung für die Vermögenserhaltung und -vermehrung und die technische Durchführung und Umsetzung der Anlageentscheide. Es wird eine Anlage-

strategie festgelegt. Danach werden von den Kunden normalerweise keine (direkten) Anlageaufträge mehr erteilt (vgl. SANDRO ABEGGLEN, in: SZW 2001, S. 181).

Die Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank beim Anlageberatungsvertrag richtet sich nach Auftragsrecht (vgl. BGE 133 III 97). Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet die Beauftragte, in casu die Bank, dem Kunden für getreue und sorgfältige Ausführung des ihr übertragenen Geschäfts. Die in Auftragsverhältnissen vorkommenden Aufklärungspflichten werden in der Regel als Teil der Treuepflicht des Beauftragten bezeichnet. Eine Verletzung der Aufklärungspflicht bewirkt, dass der Partner Entscheide anders trifft, als er sie in Kenntnis der wahren Sachlage getroffen hätte. Der Partner z.B. der Bankkunde fällt einen „falschen" Entscheid, was aber noch nichts über einen allfälligen Schadenersatzanspruch aussagt (ABEGGLEN, op. cit., S. 83). Das Ausmass der Aufklärungspflicht richtet sich nach dem konkreten Inhalt des Vertrages sowie nach den Kenntnissen und Erfahrungen des Auftraggebers. Kennt dieser die Risiken der Spekulationstätigkeit, braucht er keine Aufklärung. Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen. Eine uneingeschränkte Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber von sich aus und vor Beginn der Ausführung des Auftrages nach den Umständen des Falles über Chancen und Risiken aufzuklären, besteht jedoch nur, wenn zwischen den Parteien ein Vermögensverwaltungsvertrag besteht. Führt die Bank hingegen nur punktuell Geschäfte für den Auftraggeber aus, ist sie nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet und muss ihn deshalb in der Regel nur auf Verlangen aufklären. Die Anforderungen an ihre Aufklärungspflicht sind jedoch höher, wenn der Auftraggeber nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit ihren Krediten spekuliert (Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998, E. 3b, publ. in: Pra 87/1998 Nr. 155 S. 827 und SJ 1999 S. 205; Urteil 4C.45/2001 vom 31. August 2001, E. 4a, publ. in: SJ 2002 I S. 274; Urteil 4C.166/2000 vom 8. Dezember 2000, E. 5b/dd). Die Pflicht zur Aufklärung entfällt jedoch auch bei der Anlageberatung immer dann, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung von Weisungen zu erkennen gibt, dass er solche weder benötigt noch wünscht (BGE 133 III 97, E. 7.1.2 = 4C.270/2006; SIBBERN/VON DER CRONE, in: SZW 2007 173; SJ 2007 I 252). Gemäss der Praxis des Bundesgerichts besteht grundsätzlich keine Beratungspflicht der Bank im Rahmen gezielter Weisungen des Kunden zu kontorelevanten Verfügungen, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung entsprechender Aufträge oder Weisungen zu erkennen gibt, dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder benötigt noch wünscht. Eine Warnpflicht besteht hier nur in Ausnahmefällen, etwa wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, oder wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf.

Die Parteien führen übereinstimmend aus, dass der Kläger seit anfangs 2005 durch [redacted], Kundenberater der Abteilung Private Banking, betreut wurde. Es sei jedoch kein Vermögensverwaltungsauftrag abgeschlossen worden, der Kläger habe seine Entscheide – gestützt auf die Informationen des Kundenbe-

raters – selber getroffen. Es habe ein Anlageberatungsvertrag bestanden. Gestützt auf die übereinstimmenden Aussagen der Parteien und die eingereichten Unterlagen liegt dem vorliegenden zu beurteilenden Vertragsverhältnis ein Anlageberatungsvertrag zugrunde.

Sodann hat das Beweisverfahren ergeben, dass der persönliche Kontakt zwischen den Parteien nur sehr rudimentär gewesen ist und sich die telefonischen Kontakte auf die Präsentation von neuen Anlagemöglichkeiten beschränkte. Dass der Kläger eine nähere Beratung oder Informationen über die laufenden Geschäfte oder generell zu den verschiedenen Produkten wünschte, welche über das Zusenden der periodischen Bankauszügen hinausgehen würde, wurde von den Parteien nicht vorgebracht und ergibt sich auch nicht aus dem Beweisergebnis. Wie das Beweisverfahren aufgezeigt hat, erfolgte jeweils nur eine punktuelle Beratung beim Kauf und Verkauf der verschiedenen Produkte. Der Bestand eines besonders engen Vertrauensverhältnisses wird – mit Ausnahme im 2. Parteivortrag des Klägers – weder explizit geltend gemacht noch hat das Beweisverfahren das Vorhandensein einer engen Beziehung ergeben. Der Kläger brachte mehrmals vor, dass er keine Ahnung von wirtschaftlichen Zusammenhängen gehabt habe und dass er sich bei seinen Entscheiden voll auf seinen Kundenberater verlassen habe, da er selber nichts von Anlagengeschäften verstehe. Der Kundenberater führte diesbezüglich aus, dass es schwierig zu beurteilen sei, ob der Kläger interessiert und kompetent gewesen sei. Tendenziell habe er sich schon ausgekannt. Man sei nicht kapitalgewinnorientiert, wenn man keine Ahnung von Aktien habe (pag. 115). Der Kläger sei langjähriger Kunde und habe seine Erfahrungen gemacht. Noch vor seiner Zeit habe der Kläger über eine 3a Säule mit dem grössten Risiko verfügt (pag. 112). Wie das Beweisverfahren ergeben hat, zeichnet sich das Verhalten des Klägers in der hier zu beurteilenden Zeit durch ein gewisses Desinteresse aus. Es wurde kein Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen, der Kläger wollte seine Entscheide selber treffen. Trotzdem verzichtete er auf regelmässige Treffen und damit auch über zusätzliche Informationen durch seinen Kundenberater. Der Kläger hat durch seine Äusserungen und sein Verhalten der Beklagten klar zu erkennen gegeben, dass er nebst den punktuellen Beratung bei Käufen und Verkäufen der Anlagen keine weiteren Beratungen oder generelle Informationen zu den Produkten wünschte. Der Kläger verfügte bereits vor seinem Wechsel in die Abteilung Private Banking über direkte und indirekte Anlagen. Mangels Nachfragen seitens des Klägers und anderen Hinweisen konnte die Beklagte davon ausgehen, dass sich der Kläger zumindest in den Grundzügen auskannte, auch wenn er die Details von einzelnen Produkten nicht kannte. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Kläger vorbringt, dass er dem Kundenberater jeweils gesagt habe, dass er sich auf ihn verlasse. Der Kläger gab damit allenfalls zu erkennen, dass er für einzelne Käufe Beratung wünschte, was eben auch der Natur eines Anlageberatungsvertrages entspricht. Dass er generell keine Ahnung über direkte und indirekte Anlagen hatte, ging aus dem Kundenprofil nicht hervor. Im Gegenteil, handelte sich beim Kläger doch um einen langjährigen Kunden im Anlagebereich, so dass die Beklagte auch davon ausgehen durfte, dass sich der Kläger mit den Grundbegriffen, wie Emittentenrisiko, etc. auskannte. Wenn der Kläger nun vorbringt, dass er sich nicht einmal in den Grundzügen auskannte, muss ihm entgegengehalten werden, dass er – ge-

rade beim Anlageberatungsvertrag – auch eine Selbstverantwortung trägt und dem Kundenberater hätte mitteilen müssen, wenn er eine generelle Informationen und Aufklärungen wünschte.
Der Kläger machte sodann nicht geltend, dass die Beklagte seine Vermögenswerte laufend hätte überwachen und ihn bei Änderungen umgehend informieren sollen.
Letztlich kannte der Kläger die Risiken von Anlagen, auch wenn er sich nicht für die wirtschaftlichen Zusammenhänge interessierte. Dies ergibt sich dadurch, dass er über 5 Jahre hin Verluste hingenommen hat, ohne darauf zu reagieren. Die Verluste habe er durch die Auszüge, welche ihm alle drei Monate zugestellt worden seien, zur Kenntnis genommen. Er habe sich für den Verlust nicht interessiert, da er das Geld langfristig angelegt habe und einen Anlageberater habe (pag. 104, 106). Der Kläger kannte damit grundsätzlich die Risiken, die mit den von ihm getätigten Anlagen zusammen hingen. Gestützt auf die gemachten Ausführungen bestand für die Beklagte vorliegend weder eine generelle Aufklärungs- noch eine Warnpflicht (BGE 133 III 97).

2. Einzelne Vertragsverletzung

Der Kläger wirft der Beklagten eine Verletzung ihrer Sorgfalts- Treue- und Aufklärungspflichten, insbesondere die fehlende Aufklärung über den amerikanischen Hintergrund der gekauften Anlagen, die falsche Beurteilung der klägerischen Risikobereitschaft sowie die fehlerhafte Beratung über das Halten der Papiere vom 12. September 2008 vor.

Weisung betreffend USA-Bezug

Nach Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Die Parteien erklären einander übereinstimmend den endgültigen Geschäftswillen, einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschliessen (Abschlusswille). Das Einverständnis der Parteien muss sich auf alle wesentlichen Vertragspunkte beziehen (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich 2008, N. 308). Der Zustand, der vorliegt, wenn die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen zum Abschluss eines bestimmten Vertrags ausgetauscht haben, wird als Konsens bezeichnet (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N. 309).
Nach heutiger Auffassung ist die Willensäusserung des einzelnen Partners nicht subjektiv (auf dessen persönliches Verständnis seiner eigenen Erklärungen zurückbezogen) zu interpretieren (BUCHER, BSK OR I, 4. Auflage, Basel 2007, N. 6 zu Art. 1). Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen vielmehr so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (GAUCH/ SCHLUEP, a.a.O., N. 207). Das Vertrauensprinzip leitet sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB her und weist das Gericht an, den objektiven Sinn der Erklärung zu ermitteln. Das ist aber nur dann sinnvoll und erforderlich, wenn nicht feststeht, dass der Empfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden (dessen wirklichen Willen also erkannt) hat (vgl. GAUCH/ SCHLUEP, a.a.O., N. 212). Bei Auseinanderfallen von Wille des Erklärenden und Bedeutung des Erklärten erhält das Letztere den Vorrang, und es können Konsenswirkungen eintreten, ohne dass Konsens im Sinne tatsächlicher Überein-

stimmung zweier Willensinhalte vorläge. Die neuere Lehre stellt denn auch dem „natürlichen" (d.h. auf einem tatsächlichen Willen der Parteien beruhenden) Konsens den „normativen Konsens" gegenüber, der lediglich infolge rechtlicher Anordnung als gegeben betrachtet wird und Vertragswirkungen auslöst, nämlich dann, wenn die eine Partei die Erklärung des Gegners als mit dem eigenen Willen übereinstimmend verstehen durfte (BUCHER, a.a.O., N. 6 zu Art. 1). Mit anderen Worten: Ergibt sich, dass ein natürlicher Konsens in Wahrheit nicht bestand, so ist es immer noch möglich, dass zwischen den Parteien ein normativer Konsens zustande gekommen ist. Das ist dann der Fall, wenn eine Partei die Erklärung der anderen zwar falsch verstanden hat, in diesem fehlerhaften Verständnis aber aufgrund des Vertrauensprinzips geschützt werden muss (WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N. 8 zu Art. 18). Gemäss Vertrauensprinzip bestimmt sich Existenz und Inhalt einer normativ zugerechneten Willenserklärung danach, wie der Erklärungsempfänger einen (vom Erklärenden als solchen intendierten oder auch nur nach aussen als solchen erscheinenden) Erklärungsvorgang nach den konkreten Umständen objektiv verstehen durfte und musste (sofern der Erklärungsempfänger den Erklärungsvorgang auch tatsächlich in diesem objektiven Sinn interpretierte). Dieser objektive, vom Empfängerhorizont aus bestimmte Erklärungssinn gilt – dies ist entscheidend – auch dann, wenn er der subjektiven Intention des Interpretierten nicht entspricht (KRAMER/ SCHMIDLIN, Berner Kommentar VI zum Obligationenrecht, Art. 1 N 37). Aus dem Vertrauensgrundsatz wird abgeleitet, dass der Erklärende sich seine Willenserklärung so entgegenhalten lassen muss, wie sie der Empfänger nach guten Treuen verstehen durfte. Die objektiv korrekt interpretierte Bedeutung der Erklärung ist beim Vertragsschluss gleichzeitig der rechtlich massgebende Vertragssinn. Der normative Konsens der Parteien muss sich nicht auf den ganzen Vertrag beziehen. Es kann sein, dass sich die Parteien über einige Vertragspunkte tatsächlich einig geworden sind, oder dass sie sich über gewisse Punkte im Dissens befinden. Liegt weder ein natürlicher (tatsächlicher) noch ein normativer (rechtlicher) Konsens vor, so fehlt es an übereinstimmenden Willenserklärungen und es liegt ein sogenannter Dissens vor.

Wie das Beweisverfahren ergeben hat, bestand ein natürlicher Konsens darüber, dass der Kläger keine USA-Aktien und keine Papiere in Dollar haben wollte. Gemäss Kläger umfasste seine Weisung jegliche Art von Anlagegeschäften. Die Beklagte hingegen ging davon aus, dass die Weisung nur Direktanlagen, wie bspw. Aktien und Obligationen umfasste. Betreffend indirekte Anlagen bestand kein natürlicher Konsens, weshalb zu überprüfen ist, ob allenfalls ein normativer Konsens ermittelt werden kann.

Gerichtsnotorisch ist, dass bei indirekten Anlagen – und damit auch bei der vorliegenden „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" - praktisch nicht gewährleistet werden kann, dass eine bestimmte Aktie resp. ein bestimmtes Land nicht enthalten / vertreten ist. Bei einem Anlagefonds ergibt sich dies bspw. bereits daraus, dass ein Fonds mehrere Subfonds enthalten kann, was eine Kontrolle über die detaillierte Zusammensetzung einer jeder einzelnen Aktie praktisch unmöglich macht. Eine solche Kontrolle würde sodann auch den Rahmen eines Anlageberatungsvertrages sprengen. Gestützt auf diese Tatsache sowie

dem Hintergrundwissen des Kundenberaters ist es grundsätzlich nachvollziehbar, dass die Beklagte die Weisung des Klägers nur auf direkte Anlagemöglichkeiten bezogen hat. Jedoch muss auch ein Kundenberater beachten, dass ein Kunde nicht über das gleiche Wissen über Finanzanlagen verfügt wie er. Vorliegend haben beide Parteien erklärt, dass sie anlässlich des Gespräches vom 24. Februar 2005 zusammen die Kundendokumentation sowie die verschiedenen Anlagemöglichkeiten besprochen haben. Der Kläger macht sogar geltend, dass er verschiedene Produkte abgelehnt habe, da sie einen USA-Bezug aufgewiesen hätten. Aus den Klagebeilagen 9 und 14 ist ersichtlich, dass der Kläger anlässlich des Erstgespräches vom 24. Februar 2005 Anteile am Fonds „Activest Total Return" erstanden hat. Aus der Vermögensaufteilung nach Ländern ist ersichtlich, dass die USA mit 8.21% am Fonds beteiligt ist (KB 14). Aufgrund der Tatsache, dass die einzelnen Anlagemöglichkeiten anhand der Kundendokumentation und den Factsheets besprochen wurde und der Kläger nach Erteilung der Weisung Anteile am Fonds „Activest Total Return" erworben hat, durfte die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sich die Weisung einzig auf Direktanlagen bezogen hat und indirekte Anlagen, zu welchen auch die strukturierten Produkte gehören, nicht von der klägerischen Weisung umfasst waren. Es besteht damit vorliegend kein normativer Konsens bezüglich der Weisung, welche sich gemäss Kläger auch auf indirekte Anlagen bezogen hat.

Wie das Beweisverfahren ergeben hat, bestand auch über die Dauer der Weisung kein natürlicher Konsens. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass die Weisung während des ganzen Vertragsverhältnisses gegolten habe, die Beklagte hingegen ging davon aus, dass sich die Weisung auf das Gespräch vom 24. Februar 2005 beschränkte. Wie oben ausgeführt, handelt es sich beim Anlageberatungsvertrag um eine punktuelle Beratung. Auch wenn teilweise die Bedürfnisse der Kunden schriftlich festgehalten werden, so entspricht es doch nicht der Natur des Anlageberatungsvertrages, dass eine ständige Überwachung und Bewirtschaftung der Vermögenswerte des Kunden stattfinden. Vorliegend wird vom Kläger auch nicht vorgebracht, dass eine ständige Überwachung oder eine regelmässige Information vereinbart worden ist. Der Kunde trifft in diesem Vertragsverhältnis seine Entscheide eben gerade selber. Unter Berücksichtigung der Rechtsnatur des Anlageberatungsvertrages und der Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Irakkrieges viele Kunden auf amerikanische Produkte verzichteten, konnte die Beklagte nach Treu und Glaube davon ausgehen, dass es sich um eine einmalige Weisung, beschränkt auf die am 24. Februar 2005 getätigten Finanztransaktionen, handelte. Auch wenn die Beklagte die Bedürfnisse des Klägers aufgeschrieben hat, war sie im Anlageberatungsverhältnis nicht verpflichtet, solche Weisungen langfristig entgegenzunehmen und umzusetzen. Sodann muss auch hier festgehalten werden, dass die klägerische Weisung eben gerade indirekte Anlagen nicht umfasste, so dass selbst eine langfristige Weisung durch den Kauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" nicht verletzt worden wäre.
Letztlich kann auch festgehalten werden, dass die klägerische Weisung – selbst wenn davon auch indirekte Anlagen betroffen gewesen wären – spätestens mit dem Kauf der Anlage „Activest Ecotech" zumindest konkludent aufgelöst worden wäre. Wie das Beweisverfahren ergeben hat, kaufte der Kläger dieses Produkt an-

lässlich des Gespräches vom 06. Juni 2006. Die Beklagte hat den Kläger extra ins Büro bestellt, um ihm die Anlage zu präsentieren. Beweismässig ist erstellt, dass der Kläger das Factsheet für dieses Produkt erhalten hat und damit einen allfälligen USA-Bezug hätte erkennen können. Die Beklagte hat damit keine Vertragsverletzung begangen, indem sie dem Kläger verschiedene Produkte mit amerikanischen Anteilen präsentierte, ohne explizit auf den Bezug einer amerikanischen Gesellschaft hinzuweisen. Einerseits waren eben indirekte Anlagen nicht von der Weisung umfasst und andererseits bestand zum Zeitpunkt des Kaufes der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" keine Weisung, wonach ein solches Produkt nicht hätte präsentiert werden dürfen. Dass eine weitergehende Aufklärungspflicht bestanden hat, konnte nicht bewiesen werden.

Risikobeurteilung des Klägers

Eine Risikobeurteilung umfasst einerseits die Risikofähigkeit und andererseits die Risikotoleranz des Kunden (vgl. Kundendokumentation S. 16).

Vorliegend hat das Beweisverfahren ergeben, dass das Risikoprofil des Klägers „kapitalgewinnorientiert" gewesen ist. Dies ergibt sich aus der Anlagestrategie vor dem 24. Februar 2005, wonach der Kläger über eine der risikoreichsten 3a Säule-Anlage verfügte und aus der Kundendokumentation, aus welcher ebenfalls unmissverständlich hervorgeht, dass der Kläger über Anlagen verfügte, die dem Profil „Growth" entsprachen. Der Strategiewechsel geht ebenfalls aus dem Depotverzeichnis vom 19. Oktober 2009 hervor (AB 9, S. 5). Der Kläger selbst bestätigte sodann anlässlich des Parteiverhörs, dass er zur Kenntnis genommen habe, dass er sein Risikoprofil gewechselt habe. Dem klägerischen Vermögensverzeichnis kann entnommen werden, dass der Kläger über genügend finanzielle Mittel verfügte, die es ihm erlaubten, auch riskantere Finanzgeschäfte zu betätigen. Die Risikotoleranz des Klägers entspricht ebenfalls dem Profil „Growth". Indem er während 5 Jahren grösser Verluste in Kauf nahm ohne Gegenmassnahmen einzuleiten, signalisierte der Kläger eben auch, dass er bereit gewesen ist, gewisse Verluste in Kauf zu nehmen.

Zudem ist es gerichtsnotorisch, dass im Zeitpunkt des Kaufes der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" die Emittentin dieses Produktes von den Rating-Agenturen sehr positiv bewertet wurde. Selbst wenn der Käufer das tiefste Risikoprofil aufgewiesen hätte, wäre dieses durch den vorgenannten Kauf nicht verletzt worden. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Beklagte den Kläger nicht im Detail über das Emittentenrisiko aufgeklärt hat. Wie bereits oben ausgeführt, bestand keine generelle Aufklärungspflicht. Die Beklagte durfte davon ausgehen, dass sich ein langjähriger Kunde im Anlagebereich, welcher zudem über das höchste Risikoprofil verfügte, in den Grundzügen auskannte.

Verhalten der Beklagten im September 2008

Der Kläger bringt vor, dass die Beklagte die Zusammenarbeit mit der Lehman Brothers Inc. bereits im März 2008 sukzessive heruntergefahren habe und sich damit den wachsenden Problemen bewusst gewesen sei. Anlässlich des Telefonats vom 12. September 2008 habe die Beklagte dem Kläger sogar von einem

Verkauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" abgeraten. Wie aus der Beweiswürdigung hervorgeht, konnte der Kläger vorliegend den Beweis nicht erbringen, dass sich die Beklagte grundsätzlich bezüglich der Lehman Brothers Inc. Fehlverhalten hat. Diesbezüglich kann insbesondere auch auf den FINMA Bericht verwiesen werden (AB 60, S. 18).
Für den hier zu beurteilenden Fall kann für die Zeit vor dem September 2008 auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Es bestand für die Beklagte keine generelle Aufklärungspflicht, gemäss welcher sie den Kläger in der Zeit nach dem Kauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" über den Verlauf der Anlage hätte informieren müssen.
Unbestrittenermassen fand am 12. September 2008 ein Telefonat zwischen den Parteien statt. Die Beklagte stützte sich bei ihrer Empfehlung auf die Angaben der internen Analysten und der externen Rating-Agenturen. Gestützt auf diese Angaben wurde dem Kläger empfohlen, die „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" nicht zu verkaufen, da man davon ausgegangen ist, dass die Lehman Brothers Inc. gerettet würde. Der Kläger konnte nicht substantiiert darlegen, weshalb die Beklagten entgegen den allgemeinen Empfehlungen der internen Analysten und der externen Rating-Agenturen zu einem Verkauf hätte raten sollen. Das Beweisverfahren hat keine Hinweise ergeben, dass sich die Beklagte nicht auf diese Empfehlungen verlassen durfte. Der Kläger bringt diesbezüglich auch einzig vor, dass die Beklagte es hätte besser wissen müssen. Inwiefern eine Pflichtverletzung vorliegen sollte, konnte nicht näher substantiiert werden, weshalb vorliegend eine Pflichtverletzung verneint werden muss.

3. Selbst wenn von einer Pflichtverletzung der Beklagten ausgegangen würde, wäre vorliegend kein Ersatz des Schadens geschuldet, da der adäquate Kausalzusammenhang zu verneinen wäre:

Zwischen einem haftungsbegründenden Umstand und dem Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, muss das Verhältnis der Ursache und Wirkung bestehen. Dieser ursächliche Zusammenhang (Kausalzusammenhang) ist eine weitere Voraussetzung für die Zusprache von Schadenersatz. Der natürliche Kausalzusammenhang ist nach logischen und naturgesetzlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (BGE 123 III 112). Dabei ergibt sich, dass allein gestützt auf eine solche Betrachtungsweise jedes Ereignis unzählige Ursachen hat. Um im Haftungsrecht die als rechtserheblich empfundenen Ursachen auszuscheiden, sind normativ entsprechende Abgrenzungskriterien zu formulieren. Im schweizerischen Recht wurde zum Zweck der Eingrenzung der Ursachenpalette die sog. Adäquanztheorie entwickelt. Danach wird jene Ursachen als haftungsbegründend angesehen, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken. Der Eintritt des Erfolges erscheint so durch die fragliche Ursache als wesentlich begünstigt. Die Adäquanz ist durch das Gericht dann zu bejahen, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die geprüfte Ursache das schliessliche Ergebnis bewirkt hat. Dabei zählt die objektive Voraussehbarkeit des Schadensereignisses (BGE 112 II 442). Zu prüfen ist mithin, ob die dem Beklagten vorgeworfenen Pflichtwidrigkeit nach dem ge-

wöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, ob also die pflichtwidrige Unterlassung des Beklagten als geeignet erscheint. Unter Berücksichtigung aller Umstände, aber auch des Zwecks der einschlägigen Haftungsnorm ist danach zu fragen, ob der Eintritt des Schadens bei wertender Betrachtung billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden darf. Die Objektivierung und Normativierung mittels des Kriteriums der Adäquanz führt dazu, dass der Kausalzusammenhang auf dem Weg der nachträglichen oder retrospektiven Prognose i.S. eines Werturteils beurteilt wird (BSK OR I – Anton K. Schnyder, Art. 41 N 15 ff.).

Der Kläger wirft der Beklagten einerseits vor, dass sie seine Weisung, wonach er 0.0 USA und keine Papiere in Dollar wolle, nicht in seinem Sinne beachtet habe. Eine Missachtung einer solchen Weisung ist jedoch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht geeignet, um einen „Erfolg" von der Art des hier eingetretenen Schadens herbeizuführen. Der Zusammenbruch der Lehman Brothers Inc. war beim Kauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" nicht hervorsehbar. Als Folge der globalen Finanzkrise brachen sehr viele Unternehmungen – unabhängig vom Ort des Sitzes der jeweiligen Gesellschaft – zusammen. Gleiches gilt für eine allfällige Verletzung einer Aufklärungspflicht bezüglich des Emittentenrisikos. Wie das Beweisverfahren ergeben hat, wurde die Emittentin der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" im Zeitpunkt des Kaufes sehr positiv bewertet. Der Kläger legt vorliegend nicht dar, dass er die genannte Anlage nicht gekauft hätte, wenn er das Emittentenrisiko gekannt hätte, obwohl die Emittentin eben gerade sehr positiv beurteilt worden ist.

Gleiches gilt für eine allfällige Pflichtverletzung im September 2008. Im Zeitpunkt als der Kläger die Beklagte telefonisch kontaktierte, war ein Verkauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" objektiv gesehen gar nicht mehr möglich, weshalb der adäquate Kausalzusammenhang auch in diesem Zusammenhang zu verneinen wäre.

4. Schliesslich macht der Kläger geltend, dass er sich in einem Grundlagenirrtum befunden habe resp. absichtlich getäuscht worden sei.

Gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist ein Irrtum wesentlich, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. Der Irrtum kann sich auf innerhalb oder ausserhalb des Vertrages liegende Umstände beziehen. Um von einem Grundlagenirrtum sprechen zu können, ist subjektive und objektive Wesentlichkeit und deren Erkennbarkeit für den Erklärungsgegner erforderlich (BSK OR I – Ingeborg Schwenzer, Art. 24 N 20 ff.). Der Sachverhalt, auf den sich die irrige Vorstellung bezieht, muss für den Erklärenden eine conditio sine qua non für seine Willensbildung gewesen sein (notwendige Voraussetzung). Zur subjektiven Wesentlichkeit muss hinzukommen, dass auch vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs der

zugrunde gelegte Sachverhalt sich als notwendige Grundlage des Vertrages darstellt. Objektive Wesentlichkeit liegt vor allem vor, wenn von dem irrtümlich vorgestellten Sachverhalt der Wert der Vertragsleistung abhängt. Auch muss die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar sein. Ein Grundlagenirrtum wird regelmässig bejaht, wo es um zentrale Eigenschaften des Vertragsgegenstandes geht, z.B. die Echtheit eines Gemäldes, die Tatsache, dass der gekaufte Wagen aus einem Diebstahl stammt, die Grösse der vermieteten Wohnung, des verpachteten Bodens, die Qualität des Baugrundes etc.. Schliesslich muss die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhaltes für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar sein. Die Erkennbarkeit kann sich ergeben aus der zentralen Bedeutung, die einem bestimmten Sachverhalt für den Vertragsinhalt im Allgemeinen zukommt, den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder den besonderen Vertragsumständen. Hat sich eine Partei beim Abschluss eines Vertrages nicht um eine besondere, sich offensichtlich stellende Frage gekümmert, kann die andere Partei daraus ableiten, diese Frage sei ihr unwichtig. Es ist nicht entscheidend, dass der Grundlagenirrtum auf einem gemeinsamen Irrtum beruht, auch wenn dies oft der Fall ist. Entscheidend ist, ob der nicht irrende Vertragsgegner die Bedeutung des vom Irrenden angenommenen Umstandes für den Vertragsabschluss erkennen musste oder nicht.

Der Grundlagenirrtum wird weder in der Klage vom 23. Juni 2009 noch im zweiten Parteivortrag substantiiert begründet. Insbesondere bringt der Kläger nicht vor, dass er die Weisung als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet hat. Der Anlageberatungsvertrag mit der Beklagten bestand bereits vor dem Erstgespräch vom 24. Februar 2005 und damit vor der Erteilung der Weisung. Den Ausführungen des Klägers anlässlich des Parteiverhörs kann einzig entnommen werden, dass er die „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" nicht gekauft hätte, wenn er gewusst hätte, dass diese indirekte Anlage einen USA-Bezug gehabt habe. Diese Vorbringen betreffen jedoch den Kaufvertrag, welcher mit der Emittentin abgeschlossen wurde und nicht den Anlageberatungsvertrag. Mangels Substantiierung muss ein Grundlagenirrtum verneint werden. Letztlich kann auch festgehalten werden, dass ein Grundlagenirrtum auch mangels Erkennbarkeit verneint werden muss. Wie bereits oben ausgeführt, durfte die Beklagte nach Treu und Glaube davon ausgehen, dass sich die Weisung einzig auf direkte Anlagen, wie bspw. Aktien bezogen hat. Es war für sie damit nicht erkennbar, dass sich der Kläger allenfalls in einem Irrtum befunden hat. Sodann hätte der Kläger einen allfälligen Irrtum – welcher vorliegend zu verneinen ist – aufgrund der regelmässigen Auszüge erkennen können.

Eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR liegt vor, wenn ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschluss verleitet worden ist. Diesfalls ist der Vertrag für den Irrenden nicht verbindlich, auch wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.
Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung ist vorliegend nicht erfüllt. Wie das Beweisverfahren ergeben hat, wurde der Kläger nicht absichtlich getäuscht. Die

Beklagte durfte nach Treu und Glaube davon ausgehen, dass die Weisung einzig direkte Anlagen erfasste und dass sie zeitlich auf den 24. Februar 2005 beschränkt war. Es gab objektiv gesehen keine Gründe, weshalb die Beklagte den Kläger über das Produkt täuschen sollte. Der Kläger konnte vorliegend nicht beweisen, dass die Beklagte ihn absichtlich getäuscht hat. Letztlich kann auch hier auf den FINMA-Bericht verwiesen werden, aus welchem hervorgeht, dass der Beklagten kein Fehlverhalten betreffend Verkauf der „4-jährige CHF Podium Note auf Aktien Lehman Brothers Treasury BV" vorgeworfen werden kann.

IV. Kosten und Parteientschädigung

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichts- und Parteikosten in Anwendung von Art. 58 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei aufzuerlegen.

   Der Streitwert beträgt vorliegend Fr. 50'500.00. Die Gerichtskosten werden ausgehend von einem mittleren bis hohen Aufwand und in Anwendung von Art. 20 GebD-ziv bestimmt auf Fr. 4'000.00 pro Partei, insgesamt ausmachend Fr. 8'000.00 (inkl. Auslagen), und dem Kläger zur Bezahlung auferlegt. Die Gerichtskosten werden zu Fr. 6'000.00 dem klägerischen und zu Fr. 2'000.00 dem beklagtischen Vorschuss entnommen. Die Beklagte erhält die Gerichtskostenrestanz von Fr. 4'000.00 aus der Gerichtskasse zurückerstattet und es wird ihr wird im Umfang von Fr. 2'000.00 ein Rückgriffsrecht auf den Kläger eingeräumt.

2. Die Rechtsvertretung der Beklagten reichte anlässlich der Hauptverhandlung eine Kostennote in der Höhe von Fr. 23'813.72 (Anwaltsgebühren Fr. 15'700.00, Auslagen Fr. 855.50, Gerichtskosten Fr. 6'000.00, Mehrwertsteuer Fr. 1'258.22) ein (pag. 128). Zur Begründung des Aufwandes, verwies sie auf die Aufwändigkeit des anspruchsvollen Falles.

   Die Festsetzung der Parteikostenentschädigung wird nach Art. 5 Abs. 1 PKV auf Fr. 12'000.00 (exkl. Auslagen und MwSt) festgelegt. Wie bereits unter Ziffer 1 ausgeführt, handelt es sich vorliegend um einen Fall mit einem mittleren Schwierigkeitsgrad. Der Aktenumfang ist jedoch begrenzt, so dass auch für die Vorbereitung von einem mittleren Aufwand auszugehen ist. Die rechtlichen Fragen sind schwierig, jedoch rechtfertigt die Komplexität nicht eine maximale Entschädigung. Die Hauptverhandlung dauerte rund einen Tag und die mündliche Urteilseröffnung nahm nochmals 2 Stunden in Anspruch. Ein etwas über dem Mittel liegendes Honorar von Fr. 12'000.00 exkl. MwSt und Auslagen ist damit gerechtfertigt.

Aus diesen Gründen wird

erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten (inkl. Auslagen), bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 4'000.00 pro Partei, insgesamt ausmachend Fr. 8'000.00, werden vollumfänglich dem Kläger zur Bezahlung auferlegt und zu Fr. 6'000.00 dem klägerischen und zu Fr. 2'000.00 dem beklagtischen Gerichtskostenvorschuss entnommen. Die Beklagte erhält die Restanz von Fr. 4'000.00 aus der Gerichtskasse zurückerstattet und es wird ihr im Umfang von Fr. 2'000.00 ein Rückgriffsrecht auf den Kläger eingeräumt.

3. Der Kläger wird verurteilt, der Beklagten folgende Prozesskosten zu ersetzen:

a) Anwaltsgebühr	Fr.	12'000.00
b) Anwaltsauslagen	Fr.	855.50
c) Gerichtskosten	Fr.	2'000.00
d) Mehrwertssteuer von 7.6% auf a) und b)	Fr.	977.00
Total	Fr.	15'832.50

4. Den Parteien mündlich eröffnet und begründet.

5. Den Parteien schriftlich zu eröffnen.

Bern, 25. August 2010
(Ausfertigung: 20. Mai 2011)

Namens des Handelsgerichts
des Kantons Bern:

Die Vizepräsidentin:

[redacted]

Oberrichterin [redacted]

Die Gerichtsschreiberin:

[redacted]

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden aus den in Art. 95 - 97 BGG genannten Gründen.

Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und ist an folgende Adresse zu richten: Bundesgericht, av. du Tribunal-Fédéral 29, 1000 Lausanne 14.