Einschreiben R

An das
Bundesgericht
I. Zivilrechtliche Abteilung
Av. du Tribunal-Fédéral 29
1000 Lausanne 14

Bern, 3. Oktober 2011 ML

Nr. 4A_383/2011; Beschwerdeverfahren Hugo Rey / Credit Suisse AG

Sehr geehrte Damen und Herren Bundesrichter

In rubrizierter Angelegenheit beziehe ich mich auf die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 21. September 2011, verweise auf die Beschwerde in Zivilsachen vom 21. Juni 2011 und nehme zu den Ausführungen der Gegenpartei kurz wie folgt **Stellung**:

1. Zur Vernehmlassung im Allgemeinen

Offensichtlich vermag die Beschwerdegegnerin den überzeugenden Ausführungen des Beschwerdeführers keine sachlichen Argumente entgegenzusetzen. Sie unternimmt deshalb den untauglichen Versuch, den Fall „prozessual zu erledigen", indem sie die Rügen des Beschwerdeführers tel-quel als „nicht genügend begründet" abzutun versucht. Damit macht sie es sich definitiv zu einfach:

– Dass der Beschwerdeführer seine Rechtsrügen genügend begründet hat (Art. 42 Abs. 2 BGG), ist offenkundig. Zu diesem Einwand erübrigen sich weitere Bemerkungen. Der Beschwerdeführer knüpft mit seiner Kritik nicht nur an den rechtsfehlerhaften Erwägungen an, sondern widerlegt die Argumentation der Vorinstanz im Einzelnen.

– Auch der mehrfach erhobene Vorwurf, der Beschwerdeführer stütze sich bei seinen Ausführungen quasi nach Belieben auf den von ihm als richtig empfundenen Sachverhalt bzw. argumentiere losgelöst von den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen, entbehrt jeder Grundlage. Die Beschwerdegegnerin ignoriert den Fakt, dass der Beschwerdeführer die vorgebrachten Beschwerdegründe transparent gegliedert hat in „Sachverhaltsrügen", „kombinierte Sachverhalts- und Rechtsrügen" und „Rechtsrügen". Das alles interessiert die Beschwerdegegnerin nicht. Sie zieht es vor, Verwirrung zu stiften, indem sie ein „Durcheinander" hinsichtlich der vorgebrachten Beschwerdegründe veranstaltet:

- Ein Paradebeispiel in dieser Beziehung ist Ziff. 8.1 der Vernehmlassung: Die Beschwerdegegnerin zitiert den Beschwerdeführer,„ *… wenn man der klägerischen Willkürrüge folgt …*", und behauptet, die vorgetragene Rechtsrüge sei *„rein hypothetisch"*, weil sie angeblich auf einer „*vom Beschwerdeführer nach seinem Gusto neu vorgenommen Beweiswürdigung*" aufbaut. Man braucht an der zitierten Stelle in der Beschwerdeschrift nur einen Satz weiterzulesen („*Aber auch ausgehend von der unzutreffenden Annahme, dass der New York Marathon [und damit auch die US-Aversion des Beschwerdeführers] beim Telefonat vom 2. November 2007 kein Thema war, ist eine solche Aufklärungspflicht zu bejahen.*"), um festzustellen, dass die Rechtsrüge auch gilt, wenn der Willkürrüge wider Erwarten nicht gefolgt werden sollte (vgl. Beschwerde S. 22, ferner S. 26).

- Gleiches gilt mutatis mutandis für die Rechtsrügen gemäss Ziff. 2.2.3 („Keine Finanzanlagen mit Herkunft USA") und Ziff. 2.4.3 („Kein Widerruf der Weisung") der Beschwerde. Auch hier soll nach Darstellung der Beschwerdegegnerin eine vom vorinstanzlich verbindlich festgestellten Sachverhalt losgelöste Argumentation vorliegen (Vernehmlassung Ziff. 9.5 und 11.8). Das ist falsch: In beiden Fällen handelt es sich um Eventualrügen für den Fall, dass das Bundesgericht wider Erwarten nicht bereits eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung als gegeben erachtet. Folgerichtig basieren die Rechtsrügen auf den vorinstanzlich festgestellten Sachverhaltselementen, wie sie der Beschwerdeführer (u.a.) auf den S. 49-50 seiner Beschwerdeschrift aufgelistet hat. Einzige Ausnahme bilden die an dieser Stelle ebenfalls aufgeführten relevanten unbestrittenen Tatsachen bzw. anderweitigen Zugeständnisse der Beschwerdegegnerin, welche durch die Vorinstanz ohne weiteres feststellbar gewesen wären (so z.B. das Zugeständnis des Kundenberaters in der Zeugeneinvernahme, dass nach seinem Verständnis u.a. Papiere von Coca-Cola und auch Anlagefonds verpönt waren, die ausschliesslich in amerikanische Papiere investierten). Die Beschwerdegegnerin anerkennt in ihrer Vernehmlassung ausdrücklich, dass nach dem Vertrauensprinzip nicht nur der Erklärungsempfänger, sondern auch der Erklärende zu schützen ist (Vernehmlassung Ziff. 11.7). Diese Anwendung von Bundesrecht verlangt, dass in die Abwägung und Beurteilung alle relevanten äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten zum damaligen Zeitpunkt einbezogen werden, ansonsten die Rechtanwendung feh-

lerhaft ist (Art. 95 lit. a BGG). Der Beschwerdeführer verweist hierzu auf seine Ausführungen unter Ziff. 1.2 der Beschwerde (S. 11-12) in Verbindung mit den jeweiligen Ausführungen im Sachzusammenhang (Beschwerde S. 44-53 und S. 63-65).

- Schliesslich sei als weiterer Fehlerpunkt der Hinweis auf Ziff. 10.3 der Vernehmlassung erwähnt: Entgegen der Beschwerdegegnerin *„bemängelt"* der Beschwerdeführer nicht die *„Feststellung der Vorinstanz, dass im vorliegenden Vertragsverhältnis die Beratung nur punktuell erfolgte"*. Davon geht auch der Beschwerdeführer aus (Beschwerde S. 57). Der Beschwerdeführer macht aber geltend, dass aufgrund der in der Beschwerde angeführten und von der Vorinstanz festgestellten Sachverhaltselemente ein Anlageberatungsverhältnis basierend auf einer längerfristigen Anlagestrategie bestanden hat, was die Annahme der Vorinstanz verbietet, die Beschwerdegegnerin habe nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, die klägerische Weisung sei auf die am 24. Februar 2005 getätigten Finanztransaktionen beschränkt (Beschwerde S. 55-59). Von einer freien Kritik *„an den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen"* kann auch hier keine Rede sein.

– In die Ablenkungs- und Erledigungsstrategie der Beschwerdegegnerin passt, dass sie alles als für das Bundesgericht verbindliche Tatsachenfeststellungen auszugeben versucht, obwohl es ganz überwiegend um frei überprüfbare Rechtsanwendung geht (Stichwort: Anwendung des Vertrauensgrundsatzes):

  - So hat die Vorinstanz entgegen der Beschwerdegegnerin nicht *„in tatsächlicher Hinsicht verbindlich festgestellt, ausgeschlossen gewesen seien einzig Direktanlagen, d.h. USA-Aktien, sowie Anlagen in US-Dollar"* (Vernehmlassung Ziff. 9.5). Sie hat nur festgehalten, der Beschwerdeführer habe eine weitergehende Willensübereinstimmung im Sinne einer umfassenden Weisung nicht beweisen können (Urteil S. 26 [pag. 169]). In der Folge prüfte die Vorinstanz jedoch, ob ein „normativer Konsens" gegeben war. Dies ist eine vom Bundesgericht frei zu überprüfende Rechtsfrage.

  - Im Weiteren hat die Vorinstanz auch nicht verbindlich festgestellt, dass im Zeitpunkt des Kaufs der Lehman-Anlage keine Weisung, wie der Beschwerdeführer sie behauptet, bestanden hat (Vernehmlassung Ziff. 11.2) bzw. dass *„eine allfällige anderslautende Weisung spätestens im Juni 2006 mit dem Erwerb der Anlagen „Activest Ecotech" und „5 ½ % CHF Callable Yield Note J.P. Morgan International Derivates Ltd" aufgehoben worden wäre"* (Vernehmlassung Ziff. 11.1, ferner Ziff. 10.1, 9.5, 9.3.5 und 8.2). Durch die ständige Wiederholung des gleichen Vorbringens wird kein höherer Wahrheitsgehalt geschaffen. Erstens: Zwar ist die Vorinstanz tatsächlich der Meinung, eine allfällig auf Dauer angelegte Weisung wäre spätestens mit dem Kauf der Anlage „Activest Ecotech" aufgehoben worden (Urteil S. 16-17 [pag. 159-160] und S. 27-28 [pag. 170-171]). Doch – und das ist ausschlaggebend –

ist dies nicht eine Frage der Tatsachenfeststellung, sondern der Rechtsanwendung. Eine Tatfrage stünde, wenn überhaupt, nur dann zur Debatte, wenn der Beschwerdeführer den Kauf der Anlage „Activest Ecotech" vorgenommen hätte, (u.a.) *um* der Beschwerdegegnerin einen bestimmten Willen mitzuteilen (siehe Beschwerde S. 64). Das ist nicht der Fall: Mit Recht hat die Vorinstanz nicht festgestellt, der Beschwerdeführer habe den US-Bezug der Anlage „Activest Ecotech" erkannt, was aber conditio sine qua non für eine irgendwie geartete Willensbetätigung wäre. Folgerichtig hat sie auch nicht erkannt, der Beschwerdeführer habe mit dem Kauf der Anlage „Activest Ecotech" erklären wollen, seine Weisung sei ab sofort aufgehoben. Eine solche Feststellung wäre auch völlig absurd, wenn man sich das Ausmass der US-Aversion des Beschwerdeführers vergegenwärtigt. Die Vorinstanz entledigt sich des „Problems" vielmehr, indem sie die Beschwerdegegnerin als schützenswert erachtet. Sie unterstellt dem Handeln des Beschwerdeführers aus objektiver Sicht Erklärungsgehalt, indem sie die Beschwerdegegnerin unter Vertrauensgesichtspunkten zur Annahme berechtigt, der Beschwerdeführer habe mit dem Kauf des Produkts „Activest Ecotech" seine Weisung widerrufen wollen und schlussfolgert, mit dem Kauf dieses Produkts sei die klägerische Weisung „zumindest konkludent" aufgelöst worden (Urteil S. 27 [pag. 170]). Dies ist eine Frage des Vertrauensgrundsatzes und damit der Rechtsanwendung (vgl. im Einzelnen Beschwerde S. 63-65). Zweitens: Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin bringt die Vorinstanz den Kauf der Anlage „5 ½ % CHF Callable Yield Note J.P. Morgan International Derivates Ltd" nicht als Argument für die angebliche Aufhebung der Weisung ins Spiel. Sie sagt nur, der Kläger habe nicht vorgebracht, dass er beim Kauf dieser Anlage erneut eine Weisung betreffend USA-Bezug erteilt habe (Urteil S. 16-17 [pag. 159-160]). Wiederum versucht die Beschwerdegegnerin an den Urteilserwägungen vorbei eine Differenz zum Nachteil des Beschwerdeführers zu schaffen. Im Übrigen versteht sich, dass es keine neue Weisung brauchte, wenn die alte nach wie vor Bestand hatte, und so verhält es sich hier.

- Zu guter Letzt ist auch keine verbindliche Tatsachenfeststellung, dass *„keine besonders enge Vertrauensbeziehung"* bestand (Vernehmlassung Ziff. 12.1 und 8.2). Zum einen ist die Beziehung zwischen dem Bankkunden und seinem Anlageberater von Gesetzes wegen von einer besonderen Treuepflicht geprägt (Beschwerde S. 25). Zum anderen beruht die Auffassung der Vorinstanz auf einem unzutreffenden Verständnis des Leitentscheides BGE 133 II 97: Im vorliegenden Fall hat sich allein wegen der andauernden Geschäftsbeziehung ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt, aus welchem der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten durfte (Beschwerde S. 67-69).

– Abschliessend ist zur „Erledigungstaktik" der Beschwerdegegnerin festzuhalten, dass bei allem Verständnis und legitimem Bemühen um effiziente Verfahrenserledigung das höchste Gericht auch der Gerechtigkeit – oder was dasselbe meint: der materiellen Wahrheit – verpflichtet ist. Dies bedeutet gerade in Fällen, in denen – wie vorliegend – das Bundesgericht die einzige Rechtsmittelinstanz ist, dass das höchste Gericht seinen Spielraum gegenüber den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nutzen darf und soll. Vorliegend betrifft dies namentlich die Sachverhaltsrügen gemäss Ziff 2.1.2 („New York Marathon als Inhalt des Gesprächs vom 2. November 2007") und Ziff. 2.1.4 („Lehman-Anlage – Anleihe einer niederländischen Bank?"). Dass die Vorinstanz bei der Frage nach der Erkennbarkeit des US-Bezugs der Anlage „Activest Total Return" in Willkür verfallen ist, lässt sich ohnehin nicht wegdiskutieren (vgl. unten Ziff. 2 sowie Beschwerde S. 34-40). Angesichts der konkreten Ereignisse erweckt das angefochtene Urteil bei jedem kritischen Leser Unbehagen. Es beruht auf tatsächlichen Annahmen, die an der Realität vorbeigehen, was es zu korrigieren gilt.

2. Zu den neu eingereichten Beweismitteln

Eine Kernfrage des Falles ist nach Auffassung der Vorinstanz, ob der Beschwerdeführer am 24. Februar 2005 einen allfälligen US-Bezug der Anlage „Activest Total Return" erkennen konnte oder nicht. Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerdeschrift detailliert aufgezeigt, dass das Factsheet gemäss Klageantwortbeilage 14, das Hauptargument für die Abweisung der Klage, für die Beweisführung unbrauchbar ist. Dem Beschwerdeführer wurde das Produkt „Activest Total Return" nicht mittels eines Factsheets der Credit Suisse vorgestellt, sondern „nur" anhand eines Produktebeschriebs (Beschwerdebeilage 3). Ein US-Bezug ist daraus nicht ersichtlich (Beschwerde S. 34-40).

Mit Recht hat die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer am 24. Februar 2005 den Produktebeschrieb „Activest Total Return" erhalten hat. Sie hat auch nicht bestritten, dass Xxxx xxx Xxxxxxxxxx auf diesem Dokument handschriftlich den Investitionsbetrag der Anlage notiert hat. Neu behauptet sie jedoch, die Dokumentation zum Produkt „Activest Total Return" (Beschwerdebeilage 3) sei *„unvollständig"*, habe sich doch im Beweisverfahren herausgestellt und sei von der Vorinstanz verbindlich festgehalten, dass an der Besprechung vom 24. Februar 2005 *„4 Factsheets abgegeben wurden"* (Vernehmlassung Ziff. 9.3.2).

Die Ausflüchte der Beschwerdegegnerin sind haltlos. Aus dem Zugeständnis des Beschwerdeführers, welche Belege er erhalten hat (die Kundendokumentation und 4 Factsheets), zu schliessen, der Beschwerdeführer habe am

24. Februar 2005 auch ein Factsheet i.e.S. erhalten, ist geradezu abwegig. Mit Verlaub, die Beschwerdegegnerin betreibt Wortklauberei: Mit den „4 Factsheets" waren offenkundig die vier Dokumente gemeint, die der Beschwerdeführer dem Bundesgericht zusammen mit seiner Beschwerde eingereicht hat (Beschwerdebeilagen 3-6; vgl. auch Beschwerde S. 38). Die Bezeichnung „Factsheet" ist kein festgeschriebener Begriff für eine bestimmte Produkteinformation. Dies belegt die Beschwerdegegnerin gleich selber, indem sie den Produktebeschrieb für den Aktienfonds „Activest Ecotech" (Klageantwortbeilage 18) ebenfalls als Factsheet bezeichnet („Factsheet „Activest Ecotech" [Valor 596758], Stand vom 30. Juni 2006"; vgl. pag. 39 und 63). Gleich tut es ihr die Vorinstanz (Urteil S. 16 [pag. 159]). Wie beim Produktebeschrieb zur Anlage „Activest Total Return" handelt es sich auch hier um eine Produkteinformation, die in ihrer äusseren Gestaltung erheblich von den anderen Factsheets aus der „Küche" der Credit Suisse abweicht. Wenn diesbezüglich nicht einmal die fachmännische Beschwerdegegnerin eine Unterscheidung trifft, so wird man solches erst recht nicht vom Beschwerdeführer verlangen können.

Dass der Beschwerdeführer neben dem Produktebeschrieb noch ein zusätzliches Factsheet der Credit Suisse (Factsheet i.e.S.) erhalten haben könnte, ist schliesslich auch nicht plausibel unter dem Gesichtspunkt, dass der Kundenberater den Investitionsbetrag bei den anderen Anlagen stets auf dem Factsheet notiert hat (Beschwerdebeilagen 4-6). Ausgerechnet bei der Anlage „Activest Total Return" soll es sich anders verhalten haben. Und ausgerechnet bei dieser Anlage will die Beschwerdegegnerin mehr als eine Produkteinformation abgegeben haben. Die Vorbringen der Beschwerdegegnerin sind mehr als nur unglaubwürdig und ein weiterer Beweis, dass sie den überzeugenden Ausführungen des Beschwerdeführers keine sachlichen Argumente entgegenzusetzen hat. Träfe die Behauptung der Beschwerdegegnerin tatsächlich zu, so hätte der Beschwerdeführer aussagen müssen, er habe anlässlich der ersten Besprechung 5 Factsheets erhalten.

Im Übrigen trifft die Beschwerdegegnerin (und nicht den Beschwerdeführer) die Behauptungs- und Beweislast für alle Umstände, aus denen sie nach Treu und Glauben hätte schliessen *dürfen*, dass die klägerische Weisung einzig auf Direktanlagen und Papiere in Dollar bezogen war. Der Beschwerdeführer hat die neu eingereichten Dokumente lediglich als Gegenbeweismittel ins Recht gelegt (Beschwerde S. 37-38).

Es bleibt dabei, dass aus dem Kauf der Anteile am Fonds „Activest Total Return" nichts zu Gunsten der Beschwerdegegnerin abgeleitet werden kann, da der Beschwerdeführer einen allfälligen US-Bezug nicht erkennen konnte.

3. Direkte und indirekte Finanzanlagen

Die Beschwerdegegnerin betont immer wieder, dass indirekte Anlagen von der Weisung nicht umfasst gewesen seien (Vernehmlassung Ziff. 9.3.4, 11.2 und 11.10). Dass die Unterscheidung in direkte und indirekte Finanzanlagen unter vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten jeder Grundlage entbehrt, wurde in der Beschwerdeschrift einlässlich dargelegt (S. 46-49). Wer genauer hinschaut, stellt zudem fest, dass es sich bei der streitbetroffenen Lehman-Anlage überhaupt nicht um eine typische „indirekte" Finanzanlage handelt. Sie ist nur insofern „indirekt", als der allfällige Gewinnanteil von der Entwicklung mehrerer Basiswerte abgeleitet ist. Da jedoch keine Verpflichtung besteht, in die Basiswerte zu investieren, liegt in Tat und Wahrheit eine Schuldverschreibung zugunsten einer amerikanischen Investmentbank vor, was einer Direktanlage gleichkommt: Der Käufer erwirbt eine Forderung gegenüber der emittierenden Bank. Diese verspricht, nach der Laufzeit der Anlage das Kapital zurückzuzahlen (Beschwerde S. 47-48). Ein solches Finanzprodukt soll kein amerikanisches Papier im Sinne der klägerischen Weisung gewesen sein?

4. Zum natürlichen Kausalzusammenhang

Zum natürlichen Kausalzusammenhang bezieht die Beschwerdegegnerin in Ziff. 13 Stellung. Unter Ziff. 13.2 behauptet sie, nach dem gesamten Beweisergebnis verbiete es sich a priori, davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Lehman-Anlage nicht gekauft hätte, wenn er um deren US-Bezug gewusst hätte.

Offenbar muss die Beschwerdegegnerin an das Ausmass der US-Aversion des Beschwerdeführers erinnert werden. Der Beschwerdeführer verweist auf seine Ausführungen unter Ziff. 2.1.2 (2) der Beschwerde (S. 16-20). Aufgrund seiner Abneigung gegenüber Präsident George W. Bush hat der Beschwerdeführer (u.a.) auf die Begleitung von Marathon-Reisen in die USA (und damit auf relativ viel Geld) verzichtet. Er hat von Auftraggebern verlangt, dass an Anlässen keine US-Produkte verwendet werden usw. Das Lehman-Papier war eine Anlage mit 156 % USA. Erstens war es zu 100 % ein US-Papier (Emittent und Garant Lehman) und enthielt zweitens in den Basiswerten US-Firmen zu einem Anteil von 56 % (Beschwerde S. 26 und S. 47-48). Es ist ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer zu einer solchen Anlage ja gesagt hätte, die vor US-Anteilen nur so strotzt.

Es ist Sache des Bundesgerichts zu entscheiden, ob es den Sachverhalt ergänzen oder die Angelegenheit mangels genügender Sachverhaltselemente an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung zurückweisen will.

5. Zum Schaden

Der Schaden wird von der Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf das *„vertragskonforme Alternativverhalten"* bestritten. Sie behauptet, jedes andere Investment (in der gleichen Art und mit vergleichbarem Charakter) als das vom Beschwerdeführer in Frage gestellte Lehman-Produkt hätte im Zuge der Finanzkrise ebenfalls stark gelitten (Vernehmlassung Ziff. 14).

Abgesehen davon, dass diese Behauptung nicht belegt wird, ist sie auch unlogisch. Es geht nicht um die Frage, ob ein anderes Investment sich als Folge der Finanz- und Wirtschaftskrise negativ entwickelt hätte, sondern ob sich das Gegenparteirisiko (Emittentenrisiko) verwirklicht hätte (Stichwort: Kapitalschutz). Die Beschwerdegegnerin spricht ausdrücklich von einem Investment *„in der gleichen Art und mit vergleichbarem Charakter"*. Auch der Kundenberater des Beschwerdeführers sagte in der Zeugeneinvernahme: *„Es ging mir darum, dem Kunden ein kapitalgeschütztes Produkt zu empfehlen"* (pag. 113). Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass sich im Zuge der Finanzkrise das Gegenparteirisiko bei einem anderen in Betracht kommenden (nicht amerikanischen) Emittenten/Garanten von kapitalgeschützten strukturierten Produkten ebenfalls realisiert hätte.

Zusammenfassend sind die Vorbringen der Beschwerdegegnerin nicht geeignet, die Darlegungen des Beschwerdeführers in der Beschwerde vom 21. Juni 2011 zu entkräften.

Damit ist die vorliegende Stellungnahme gehörig begründet. Gerne gewärtige ich Ihre weiteren Verfügungen.

Freundliche Grüsse

Michael Lauper

Im Doppel

Kopie geht an:
- *Mandant*
- *Rechtsanwalt Prof. Dr. J. Brönnimann, Bern*