

GR_GERICHTE ZF 2006 48 vom 30. Januar 2007

GR Gerichte, 2007-01-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF 2006 48](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2006_48)

FR: GR_GERICHTE ZF 2006 48 du 30 janvier 2007

IT: GR_GERICHTE ZF 2006 48 del 30 gennaio 2007

Regeste

Rechenschaftspflicht/Forderung | OR Auftrag/Gesch\u27führung o. Auftrag/Bürgschaft etc. (OR 394-529)

Erwägungen

E. 2

A. Der Beklagte, Widerkläger und Berufungsbeklagte (im Folgenden als Berufungsbeklagter bezeichnet) war seit der Gründung der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsklägerin (im Folgenden als Berufungsklägerin bezeichnet) im Jahre 1993 mit der Verwaltung ihres Stiftungsvermögens befasst. Bis im Sommer 1998 betreute er das Vermögen als Angestellter verschiedener Banken. Im Jahre 1998 machte er sich selbständig und führte die Verwaltung des klägerischen Vermögens in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung weiter. B. Anfang Februar 2000 wurde der gemeinsam mit seiner Frau am Vermögen berechnigte M.S. von der Staatsanwaltschaft Mannheim festgenommen. Mit Beschluss vom 4. Februar 2000 eröffnete das Amtsgericht Karlsruhe das Insolvenzverfahren über die F. GmbH & Co. KG des M.S.. Am 1. Mai 2000 eröffnete das Amtsgericht Karlsruhe auch das Insolvenzverfahren über das Vermögen von M.S.. Am 4. Februar 2000 stellte die Staatsanwaltschaft bei der Bezirksanwaltschaft Zürich ein Rechtshilfegesuch in dem unter anderem gegen M.S. geführten Ermittlungsverfahren. Die Bezirksanwaltschaft Zürich wies in ihrer Eintretens- und Zwischenverfügung vom 10. Februar 2000 auch den Berufungsbeklagten an, ihr sämtliche Dokumente M.S. betreffend vorzulegen. Letzterem zuzurechnende Vermögenswerte wurden einstweilen mit einem Verfügungsverbot belegt. C. Am 14. Februar 2000 stellte der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin eine Honorarrechnung für seine Vermögensverwaltung über den Betrag von Fr. 847'500.00. Am 14. resp. 15. Februar 2000 erstattete er der Meldestelle für Geldwäscherei eine Verdachtsmeldung betreffend die Berufungsklägerin. Am 16. Februar 2000 erhielt er den der Berufungsklägerin in Rechnung gestellten Honorarbetrag auf seinem Bankkonto gutgeschrieben. Am 21. Februar 2000 erstattete die Bezirksanwaltschaft Zürich bei der Staatsanwaltschaft Graubünden Strafanzeige gegen den Berufungsbeklagten wegen des Verdachts der Geldwäscherei. Mit Verfügung vom 7. März 2000 eröffnete die Staatsanwaltschaft Graubünden ein entsprechendes Strafverfahren gegen den Berufungsbeklagten. Im Frühjahr 2001 dehnte die Staatsanwaltschaft Graubünden die Untersuchungen gegen den Berufungsbeklagten auf den Tatbestand des Verdachtes der Veruntreuung aus. D. Am 14. Mai 2002 erhob die Berufungsklägerin beim Vermittleramt des Kreises Oberengadin Klage gegen den Berufungsbeklagten mit folgendem Rechtsbegehren: „1. Der Beklagte sei unter der Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, der Klägerin umfassend Rechenschaft über seine Tätigkeit als Beauftragter der

Klä-

E. 3

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungs- beklagten.“ Anlässlich der Vermittlungsverhandlung vom 4. Juli 2002 beantragte der Berufungsbeklagte die Abweisung der Klage. Widerklageweise verlangte er noch ein Honorar für seine Verwaltungstätigkeit vom Februar 2000 bis Februar 2001 in Höhe von Fr. 565'000.00. E. a) Am 7. November 2002 reichte die Berufungsklägerin die Prozess- eingabe sowie den Leitschein vom 18. Oktober 2002 beim Bezirksgericht Maloja fristgerecht ein. Vor Bezirksgericht Maloja brachte die Berufungsklägerin im We- sentlichen vor, sie sei im Oktober 1993 als Liechtensteinische Stiftung mit Sitz in Vaduz gegründet worden. Anfänglich seien zwei Stiftungsräte je einzelzeichnungs- berechtigt gewesen, seit November 2001 aber nur noch einer. M.S. sei am Stif- tungsvermögen wirtschaftlich berechtigt gewesen. Dieser sei der Hauptverantwort- liche im „F.-Skandal“ gewesen, einem der grössten Betrugsfälle der deutschen Nachkriegsgeschichte. Mittels zahlreicher Scheinfirmen habe er über 3'000 Sys- teme über Leasingfirmen verkauft, obwohl er nur über 400 solcher Maschinen ver- fügt habe. Über Tochter-, Briefkasten- und Scheinfirmen habe er die so erlangten Gelder in komplexen Transaktionen in sein Privatvermögen überführt. In diesem Zusammenhang sei auch die Berufungsklägerin gegründet worden. Willige Dritte, wie der Berufungsbeklagte, hätten M.S. geholfen, erhebliche Geldbeträge unbe- merkt in diese Stiftung einzubringen. Deren Vermögen sei auf über Fr. 100 Mio. angewachsen. Der Deliktsbetrag des „F.-Skandals“ habe mehrere Milliarden DM be- tragen. Am 4. Februar 2000 sei M.S. verhaftet und inzwischen zu einer langjährigen

E. 4

Gefängnisstrafe verurteilt worden. Die Berufungsklägerin habe seit ihrer Gründung eine Geschäftsbeziehung zur Bank A. in St. Moritz unterhalten. Der Berufungsbe- klagte habe diese Niederlassung als Direktor geleitet. Diese Bank habe das Stif- tungsvermögen bis 1998 verwaltet. In jenem Zeitpunkt habe sich der Berufungsbe- klagte selbständig gemacht. Im August 1998 habe er die Vermögensverwaltung der Berufungsklägerin selbst übernommen. Er habe das Vermögen teilweise von der Bank A. abgezogen und auf Konten bei der Bank C. und der Bank B. übertragen. Zur Verschleierung des Geldflusses habe er die Gelder bar bezogen und wieder einbezahlt. Als Berechtigte an den Vermögenswerten habe der Berufungsbeklagte eine Tante von M.S. angegeben. Tatsächlicher Berechtigter sei aber M.S. gewesen. Nach dessen Angaben habe der Berufungsbeklagte diese Machenschaften vorge- schlagen und auch aufrechterhalten. Der Berufungsbeklagte habe die bereits aus- gefüllten Kontoeröffnungsformulare zusammen mit einem falschen Formular „A“ dem damaligen Stiftungsrat zugestellt. Letzterer habe diese am 4. September 1998 unterzeichnet. Der Berufungsbeklagte sei nicht befugt gewesen, Wertpapiere oder Guthaben zurückzuziehen. Dennoch habe er zu Verschleierungszwecken Gelder in Millionenhöhe mit blankounterzeichneten Auszahlungsbelegen bar bezogen. Eine Kontrollmöglichkeit sei nicht gegeben gewesen. Bis heute sei der Berufungsbe- klagte seiner Rechenschaftspflicht nicht bzw. nicht vollständig nachgekommen. Rückzüge seien der Berufungsklägerin nur ansatzweise bekannt. Für die Zeit vom Juli 1998 bis Februar 2000 wisse sie von Rückzügen in Höhe von rund Fr. 23 Mio. Der Berufungsbeklagte habe über die Verwendung dieser Beträge detailliert Auf- schluss zu geben. Die Bankbeziehung zur Bank C. weise ebenfalls Unklarheiten auf, worüber der Berufungsbeklagte Aufschluss zu geben habe. Am 22. Oktober 1999 seien von diesem Konto Fr. 1 Mio. und im Dezember

1999 EUR 920'325.39 abgezogen worden. Über diese Bezüge habe der Berufungsbeklagte Rechenschaft abzulegen. Dasselbe würde für die vom Berufungsbeklagten getätigten Devisengeschäfte gelten. Der Berufungsbeklagte habe sodann in der gegen ihn gerichteten Strafuntersuchung eingestanden, Retrozessionen und Finder's Fees erhalten zu haben. Diese Gelder würden der Berufungsbeklagten zustehen. Er habe Aufschlüsse darüber verweigert. Einzig die Bank C. St. Moritz habe der Berufungsklägerin Angaben geliefert, nicht aber die Bank B. oder Bank A.. Der Berufungsbeklagte habe demnach von der Bank C. Fr. 82'886.66 ausbezahlt erhalten. Die Berufungsklägerin sei über diese Auszahlung nicht informiert gewesen.

E. 5

Rund zehn Tage nach der Verhaftung von M.S. habe sich der Berufungsbeklagte am 14. Februar 2000 Fr. 847'500.00 als Honorar auf sein Konto bei der Bank C. St. Moritz überweisen lassen. Aufgrund einer Verfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 10. Februar 2000 habe er von dieser Verhaftung Kenntnis gehabt. An diesem Tag habe er versucht, den Stiftungsrat der Berufungsklägerin zu informieren. Der Berufungsbeklagte habe in gemeinsamer Aktion mit dem Stiftungsrat einen von M.S. nicht autorisierten Bezug vorgenommen. In der Folge habe er das Geld auf ein Sparkonto überwiesen. Dieses Konto sei dann im Rahmen der gegen den Berufungsbeklagten geführten Strafuntersuchung gesperrt worden. Die Berufungsklägerin würde zwar einen Honoraranspruch des Berufungsbeklagten für seine Vermögensverwaltung anerkennen, dieser sei aber auf Fr. 250'000.00 festgelegt worden. Für seine Tätigkeit während 18 Monaten stehe ihm ein Honorar von Fr. 375'000.00 zu. Den restlichen Betrag habe er der Berufungsklägerin zurückzuerstatten. Die Vermögenswerte der Berufungsklägerin bei den vorgenannten Banken seien im Januar 2001 der Insolvenzmasse zugeführt worden. Am 6. Februar 2002 habe die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten aufgefordert, seiner Rechenschafts- und Herausgabepflicht nachzukommen, insbesondere auch hinsichtlich seines Honorarbezuges, der erhaltenen Retrozessionen und Provisionen. Am 14. März 2002 habe der Berufungsbeklagte seinen Honorarbezug gerechtfertigt und eine Auskunft- und Rückerstattungspflicht bezüglich der Retrozessionen verneint. Verschiedene Transaktionen seien inzwischen geklärt. Nach wie vor würden aber weitere Unklarheiten bestehen. Entgegen der berufungsbeklagten Darstellung habe er sein Verwaltungsmandat am 14. Februar 2000 beendet. Die Meldung des Geldwäschereiverdachts habe eine Vermögenssperre zur Folge gehabt. Dementsprechend habe der Berufungsbeklagte auch am 14. Februar 2000 seine Schlussrechnung gestellt. Die Verwaltung von bekanntermassen inkriminierten Vermögenswerten müsse als Geldwäscherei bezeichnet werden. Dafür könne kein Honorar verlangt werden. Nach der Sperrung der Vermögenswerte hätten zudem die Verwaltungshandlungen auf ein Minimum reduziert werden müssen. Es sei daher stossend, wenn der Berufungsbeklagte dafür ein Honorar von Fr. 565'000.00 verlangen könnte. Er habe nach dem 14. Februar 2000 auch keine Weisungen mehr von M.S. mehr eingeholt. Er könne daher nicht behaupten, die Vermögensverwaltung weitergeführt zu haben. Er habe schon früher von der deliktischen Herkunft der Gelder gewusst und seine Tätigkeit hätte dies verschleiern sollen. Der Vermögensverwaltungsvertrag sei widerrechtlich, sodass sich daraus kein Honoraranspruch ergeben könne. Die Widerklage sei lediglich ein prozesstaktisches Mittel.

E. 6

Die Parteien hätten in einem Vermögensverwaltungsverhältnis gestanden. Als Beauftragter habe der Berufungsbeklagte jederzeit Rechenschaft über seine Geschäftsführung abzulegen. Er habe die Einnahmen und Ausgaben detailliert nachzuweisen, Wertschriftenkäufe und -verkäufe zu belegen, vereinnahmte Beiträge zu beziffern und die wesentlichen Vorkommnisse der Vermögensverwaltung zu kommentieren. Diese Angaben müssten es der Berufungsklägerin ermöglichen, ihren Herausgabeanspruch zu beziffern. Ein Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen und Finder's Fees sei nicht gegeben. Ein solcher würde eine vollständige Information der Berufungsklägerin voraussetzen, die vorliegend jedoch nicht gegeben sei. Die dem Stiftungsrat vorgelegte Abrechnung und dessen Zahlung könnten einen Honoraranspruch des Berufungsbeklagten nicht begründen. Der Berufungsbeklagte habe sich erstmals an seinen Honoraranspruch erinnert, als M.S. verhaftet worden sei. In seinem Schreiben vom 14. März 2002 habe er ausgeführt, von dem am 26. Juli 1999 bezogenen Geldbetrag von Fr. 650'000.00 hätten Fr. 300'000.00 eine Vermögensverwaltungskommission dargestellt. Seine Ausführungen seien widersprüchlich und falsch. Am 10. Februar 2000 habe der Berufungsbeklagte eine Eintretens- und Zwischenverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich erhalten. Spätestens ab diesem Zeitpunkt habe er von der deliktischen Herkunft der Gelder gewusst. Er müsse aber bereits früher davon gewusst haben. Die vom Stiftungsrat bewirkte Zahlung der berufungsbeklagten Honorarrechnung könne nicht als Genehmigung der Rechnung qualifiziert werden. Das Stiftungsvermögen habe nicht konstant Fr. 113 Mio. betragen. Die Rechnung des Berufungsbeklagten sei daher vollständig ungenügend und nicht überprüfbar. Der angebliche Bezug von Fr. 300'000.00 im Juli 1999 würde darin weder erwähnt noch berücksichtigt. Auch der Stiftungsrat habe sie nicht geprüft und genehmigt. Der Berufungsbeklagte habe auch gewusst, dass einzig M.S. am Stiftungsvermögen berechtigt gewesen sei. Trotz reichlicher Gelegenheit dazu, habe er keine Genehmigung der Rechnung eingeholt, obwohl er noch Kontakt zu Frau M.S. gehabt habe. Zudem habe er zugegeben, ab dem 10. Februar 2000 bezüglich des klägerischen Vermögens Bedenken gehabt zu haben. Deswegen habe er eine Verdachtsmeldung betreffend Geldwäscherei erstattet. Diese Vermögenswerte hätten ab diesem Datum gesperrt werden müssen. Eine Verfügung über sie sei per 14. Februar 2000 gar nicht zulässig gewesen. Eine Genehmigung der Honorarforderung sei ausgeschlossen. Der Stiftungsrat sei nicht mehr berechtigt gewesen, Verfügungen vorzunehmen. Der Berufungsklägerin selbst sei die Verfügungsmacht durch die Bezirksanwaltschaft Zürich entzogen gewesen. Aufgrund des in Deutschland laufenden Insolvenzverfahrens hätte über diese Vermögenswerte nur noch zugunsten der Konkursmasse verfügt werden dürfen. Das Vorgehen des Berufungsbeklagten verstosse

E. 7

krass gegen Treu und Glauben. Es sei sittenwidrig. Die Honorarabrede sei rechtsmissbräuchlich. Es stelle sich die Frage, ob der Berufungsbeklagte durch sein Verhalten den Stiftungsrat zu einem Verstoß gegen Art. 10 GwG angestiftet habe. Nach der einzig massgebenden Honorarvereinbarung stehe dem Berufungsbeklagten ein Entgelt von Fr. 250'000.00 pro Jahr zu, sodass allenfalls ein Honorar von Fr. 375'000.00 gerechtfertigt sei. Der darüber hinausgehende Betrag von Fr. 472'500.00 sei der Berufungsklägerin zu erstatten. Überdies habe er die Retrozessionen und Finder's Fees herauszugeben, soweit diese seinen Honoraranspruch übersteigen würden. Retrozessionen und Finder's Fees seien dem Berufungsbeklagten anvertraut gewesen. Er hätte diese an die Berufungsklägerin weiterleiten müssen, was er nicht getan habe. Er habe weisungs- und

treuwidrig über klägerische Vermögenswerte verfügt. Sein Verhalten sei als Veruntreuung und ungetreue Geschäftsführung zu werten. Er sei seinen Aufklärungs- und Informationspflichten nicht nachgekommen. Er habe so unbemerkt Vermögenswerte zu seinen Gunsten verwendet. Der Berufungsklägerin sei ein Schaden in Höhe der ihr zustehenden Provisionen entstanden. Das Verhalten des Berufungsbeklagten sei für den Schadenseintritt adäquat kausal. Er habe vorsätzlich gehandelt. Seine Abrechnung sei unkorrekt und unvollständig gewesen. Eine Überprüfung der Rechnung sei dem Stiftungsrat weder zumutbar noch möglich gewesen. Dieser habe keine Kenntnis von den durchschnittlich deponierten Vermögenswerten oder allfälligen früheren Honorarbezügen gehabt. Er habe nichts von der Honorarvereinbarung zwischen dem Berufungsbeklagten und M.S. gewusst. Angesichts der Verhaftung Schmiders sei sich der Berufungsbeklagte auch sicher gewesen, dass eine Überprüfung seiner Rechnung unterbleiben würde. Das sei dann tatsächlich so geschehen. Die Überweisung sei erfolgt und die Berufungsklägerin dadurch geschädigt worden. In Betracht zu ziehen sei auch der Tatbestand des Betruges. Sein Verhalten sei für den Schadenseintritt wiederum adäquat kausal gewesen. Er habe vorsätzlich gehandelt. Der Berufungsklägerin stehe daher ein Ersatzanspruch gestützt auf Art. 41 OR zu. Der Berufungsbeklagte habe sodann Provisionen von den St. Moritzer Banken Bank C., Bank B. und Bank A. von schätzungsweise Fr. 82'886.66, Fr. 87'702.25 sowie Fr. 449'957.19 erhalten. Vorläufig würde die Berufungsklägerin einen Betrag von Fr. 920'000.00 geltend machen. Mit dem nach Abzug des beklagten Honoraranspruchs von Fr. 375'000.00 noch zurückzuzahlenden Betrag von Fr. 472'500.00 belaufe sich der klägerische Herausgabeanspruch auf Fr. 1'392'500.00.

E. 8

b) Auf Antrag des Berufungsbeklagten vom 10. Januar 2003 hinsichtlich der Bezirksgerichtspräsident Maloja das erstinstanzliche Zivilverfahren bis auf Weiteres wegen des gegen ersteren noch laufenden Strafverfahrens. Nach Eingang der Straffakten beim Bezirksgericht Maloja hob der Gerichtspräsident die Sistierung am 25. April 2003 auf. Am 16. Mai 2003 legte der Berufungsbeklagte die Klageantwort und Widerklageschrift vor. Die klägerische Widerklageantwort datiert vom 19. Juni 2003. Der Berufungsbeklagte machte erstinstanzlich geltend, die Prozesseingabe sei tendenziös und diene weitgehend bloss der Stimmungsmache. Die berufungsklägerischerseits erhobenen falschen Anschuldigungen seien Gegenstand von Strafuntersuchungen gewesen, welche inzwischen eingestellt worden seien. Diese seien nicht Gegenstand des Zivilverfahrens. M.S. habe gewusst, dass der Berufungsbeklagte von den Banken Retrozessionen und Finder's Fees ausbezahlt erhalten habe. Das sei so vereinbart gewesen und in der Praxis auch üblich. Deswegen hätten sich die Parteien auch auf den niedrigsten branchenüblichen Honoraransatz von 0.5 % geeinigt. Es sei allein Sache des Strafrichters, zu beurteilen, ob der Honorarbezug des Berufungsbeklagten strafrechtlich relevant sei. Bei einem vereinbarten Honoraransatz von 0.5 % des verwalteten Vermögens von Fr. 113 Mio. belaufe sich der Honoraranspruch für den Zeitraum von eineinhalb Jahren auf Fr. 847'500.00. Dieser Anspruch liege im untersten Bereich der Branche. Der Bezug einer Vermögensverwaltungskommission in der Höhe von Fr. 300'000.00 im Juli 1999 habe das Vermögen von Frau M.S. betroffen. Nach Anweisung von M.S. sei diese Kommission jeweils aus dem Vermögen der X.-Stiftung bezahlt worden. Sowohl der Berufungsbeklagte als auch der Stiftungsrat der Berufungsklägerin seien davon ausgegangen, dass Teile des Vermögens der X.-Stiftung von der Ehefrau von M.S. sowie von seiner Tante stammen würden. Dementsprechend habe die Insolvenzverwaltung auch einen Teil davon Anfang

2001 wieder an Frau M.S. ausbezahlt. Die Unterstellungen der Vernichtung von Ordnern und Belegen, das Wissen um die deliktische Herkunft der Gelder vor Februar 2000, die Mutmassungen über die Ereignisse im Zeitraum vom 10. bis 14. Februar 2000 sowie diejenigen über angeblich strafrechtlich relevantes Verhalten des Berufungsbeklagten gegenüber dem damaligen berufungsklägerischen Stiftungsrat seien grotesk, grundlos und würden zurückgewiesen. Die beklagte Honorarrechnung vom 14. Februar 2000 entspreche den Gegebenheiten. Durch die vorbehaltlose Zahlung

E. 9

habe der Stiftungsrat diese genehmigt. Die berufungsklägerischen Ausführungen über einen möglichen Betrug bzw. eine Veruntreuung seien ebenfalls grotesk und unbeachtlich. Dasselbe treffe auf die Bezifferung des berufungsklägerischen Herausgabeanspruches zu. Schliesslich habe der Berufungsbeklagte die Vermögensverwaltung auch nach Februar 2000 weitergeführt, bis das Vermögen im Frühjahr 2001 an die Insolvenzverwaltung nach Deutschland überwiesen worden sei. Für diesen Zeitraum stehe dem Berufungsbeklagten ebenfalls ein Honoraranspruch von 0.5 % pro Jahr auf dem gesamten Vermögen von Fr. 113 Mio. zu. Dieser Anspruch betrage somit Fr. 565'000.00. Der unterste Honoraransatz von 0.5 % sei vereinbart gewesen, weil der Berufungsbeklagte noch Retrozessionen ausbezahlt erhalten habe. Darüber seien der Stiftungsrat und M.S. orientiert gewesen. c) Mit Schreiben vom 19. Mai 2004 erhöhte die Berufungsklägerin ihre Forderung auf Fr. 2'783'873.28. d) Am 29. März 2004 verlangte der Berufungsbeklagte, die Berufungsklägerin sei als im Ausland ansässige Stiftung zur Sicherstellung der mutmasslichen ausseramtlichen Kosten zu verpflichten. Mit Verfügung vom 15. April 2004 entsprach der Gerichtspräsident Maloja diesem Begehren. f) Mit Teileinstellungsverfügung vom 21. November 2002 stellte die Staatsanwaltschaft die Verfahren gegen den Berufungsbeklagten wegen des Verdachts der Veruntreuung, der Geldwäscherei, soweit Handlungen bis zum 10. Februar 2000 in Frage standen, sowie der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften ein. Am 30. Oktober 2003 sprach der Bezirksgerichtsausschuss Maloja den Berufungsbeklagten von der Anklage der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis StGB und der Widerhandlung gegen Art. 37 GwG in Verbindung mit Art. 9 GwG frei. Die Staatsanwaltschaft Graubünden sowie der Berufungsbeklagte legten am 25. bzw. 27. November 2003 gegen dieses Urteil Berufung beim Kantonsgerichtsausschuss Graubünden ein. Am 9. Juni 2004 bestätigte der Kantonsgerichtsausschuss Graubünden die Freisprüche. Die Bank C. St. Moritz wurde gerichtlich angewiesen, die auf

E. 10

dem Konto EM 100202.2 Stamm Nr. Q 6859177 deponierten Fr. 847'500.00 zuzüglich Zinsen zu sperren, bis durch den zuständigen Zivilrichter rechtskräftig über die materielle Berechtigung an diesem Betrag entschieden sei. G. a) Am 21. Mai 2004 stellte der Berufungsbeklagte das Gesuch, Dr. Sprenger vier zusätzliche Fragen zu stellen, die sich aus der nachträglichen Kenntnis der Einvernahme M.S. ergeben hätten. Nachdem der Bezirksgerichtspräsident Maloja diese vier nachträglich gestellten Fragen zugelassen und die Berufungsklägerin dagegen am 12. Juli 2004 Beschwerde erhoben hatte, wies der Bezirksgerichtsausschuss Maloja diese Beschwerde mit Beurteil vom 2. August 2004 ab. b) Mit Urteil vom 3. November 2004, mitgeteilt am 16. Dezember 2004, erkannte das Bezirksgericht Maloja was folgt: „1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen. 2. Die Widerklage wird gutgeheissen und die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger Fr. 565'000.00 zuzüglich 5 % Verzugszins seit 4. Juli 2002, zu

bezahlen. 3. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 30'000.00, einem Streitwertzuschlag von Fr. 26'000.00 und Schreib- gebühren von Fr. 4'000.00, sowie die vermittleramtlichen Kosten von Fr. 220.00 werden der Klägerin und Widerbeklagten auferlegt. 4. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, den Beklagten und Wi- derkläger ausseramtlich mit Fr. 85'883.45 zu entschädigen. 5. (Rechtsmittelbelehrung) 6. (Mitteilung).“ Das Bezirksgericht Maloja begründete seinen Entscheid damit, dass gemäss Art. 400 Abs. 1 OR der Beauftragte schuldig sei, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmungen habe der Beauftragte grundsätzlich nur auf Verlan- gen erschöpfend Rechenschaft abzulegen. Der Umfang der zu erteilenden Auskunft würde sich in aller Regel primär nach dem Begehren des Auftraggebers richten. Der Berufungsbeklagte habe das Vermögen der Berufungsklägerin seit deren Gründung verwaltet und habe über das Anlegen und Transferieren der Gelder frei entscheiden können. M.S. und der Berufungsbeklagte hätten sich alle paar Monate getroffen. Letzterer habe ihn dann jeweils über die Entwicklung des Depots und die getätigten Transaktionen informiert, wobei M.S. die ihm überreichten schriftlichen Unterlagen meistens nicht angeschaut habe. M.S. habe sich um die Berufungsklägerin im Detail

E. 11

eigentlich nie richtig gekümmert. Daraus gehe hervor, dass der Berufungsbeklagte den wirtschaftlich Berechtigten am Vermögen der Berufungsklägerin während Jah- ren in mehr oder weniger regelmässigen Abständen über seine Verwaltungshand- lungen mündlich informierte. Dabei habe M.S. auf die Vorlage von schriftlichen Un- terlagen verzichtet, obgleich der Berufungsbeklagte diese regelmässig mit sich führte. Mehr oder anderes habe M.S. während der gesamten Vertragsdauer nicht von ihm verlangt. In den Akten würden sich sodann keine Anhaltspunkte finden, wonach M.S. diese Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung je beanstandet hätte. Demnach stehe fest, dass der Berufungsbeklagte seine diesbezüglichen Pflichten gegenüber dem wirtschaftlich an der Berufungsklägerin Berechtigten und damit gegenüber dieser selbst vertragsgemäss erfüllt habe. Eine erneute Aus- kunftserteilung oder Rechenschaftsablegung sei daher nicht geschuldet. Sodann habe die Staatsanwaltschaft Graubünden gegen den Beru- fungsbeklagten wegen des Verdachts der Geldwäscherei sowie der Veruntreuung zum Nachteil der Berufungsklägerin ermittelt. Im Zuge der Ermittlungshandlungen sei eine Hausdurchsuchung durchgeführt worden. Dabei seien sämtliche die Beru- fungsklägerin betreffenden Unterlagen des Berufungsbeklagten beschlagnahmt worden. All diese Akten haben den Parteien auch im Verfahren vor Bezirksgericht zur Einsichtnahme zur Verfügung gestanden. Es sei daher nicht auszumachen, wel- che Angaben oder Unterlagen der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin noch zu liefern oder vorzulegen habe. M.S. habe als einziger um die unrechtmässige Her- kunft der berufungsklägerischen Stiftungsgelder gewusst. Gemäss seinen Angaben habe er dem Berufungsbeklagten lediglich erklärt, diese Gelder würden aus der Auf- lösung von Vermögenswerten in Deutschland stammen. Wie bereits die Staatsan- waltschaft Graubünden festgehalten habe, würde es unter diesen Umständen glaubhaft erscheinen, dass M.S. es nicht wollte, dass entsprechende Belege aufbe- wahrt würden. Die Klage sei daher in diesem Punkt abzuweisen. Hinsichtlich der von der Berufungsklägerin eingeklagten Rückerstat- tungssumme und dem vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Betrag führt das Bezirksgericht Folgendes aus: Die faktische Vermutung würde für die Entgeltlichkeit eines Auftrages sprechen. Sei nur der

Grundsatz der Entgeltlichkeit verabredet worden, sei die übliche angemessene Vergütung geschuldet. Bei nicht genügend spezifizierter Parteienvereinbarung könne der Beauftragte für die Honorarabrechnung auf Berufstarife Bezug nehmen. Aus der Besprechungsnotiz vom Juni 1998 gehe hervor, dass die Ver-

E. 12

waltung des berufungsklägerischen Stiftungsvermögens zu einem Honoraransatz von 0.5 %, zuzüglich Kommissionen, erfolgen sollte. Der damalige Stiftungsrat der Berufungsklägerin habe zudem als Zeuge bestätigt, von einem Honoraransatz von 0.5 % Kenntnis gehabt zu haben. Demgegenüber habe M.S. in seiner Einvernahme behauptet, mit dem Berufungsbeklagten ein Jahreshonorar von pauschal Fr. 250'000.00 vereinbart zu haben. Dieser Aussage sei jedoch im vorliegenden Verfahren kein entscheidungswesentlicher Beweiswert zuzumessen, weil ein Interesse Schmiders am Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht völlig in Abrede gestellt werden könne. Entsprechend sei das Mass der dem Berufungsbeklagten geschuldeten Vergütung nach der branchenüblichen Verkehrsübung festzulegen. Banken würden ihren Kunden Vermögensverwaltungsdienstleistungen im Allgemeinen zu Preisen von rund 0.5 bis 1.1 % der verwalteten Vermögen pro Jahr anbieten. Im Einzelfall könnten diese Kosten indes bis über 3 % des Verwaltungsvermögens betragen. Der Berufungsbeklagte würde vorliegend eine Honorarforderung von 0.5 % des verwalteten Vermögens von Fr. 113 Mio. geltend machen. Seine Forderung würde sich daher in einem durchaus üblichen Rahmen bewegen. Die Besprechungsnotiz sei zudem ein aussagekräftiges Indiz für die damals getroffene Vermögensverwaltungsvereinbarung. Es sei somit rechtsgenügend ausgewiesen, dass das vom Berufungsbeklagten geltend gemachte Honorar von 0.5 % des verwalteten Vermögens im Rahmen der branchenüblichen Spannbreite liegen würde, und zwar im unteren Bereich. Daher stehe fest, dass der Berufungsbeklagte Anspruch auf ein Verwaltungshonorar von 0.5 % des verwalteten Vermögens habe. Die Klage sei daher auch in diesem Punkt abzuweisen. Hinsichtlich der entgegengenommenen Retrozessionen und Finder's Fees hielt das Bezirksgericht fest, dass nach dem vorliegend einschlägigen Auftragsrecht insbesondere Vermögensbestandteile, die der Beauftragte auf Rechnung des Auftraggebers für Dritte erworben habe, diesem herauszugeben seien. Die Abführungspflicht nach Art. 400 OR sei nicht zwingendes Recht, weshalb die Parteien vertraglich davon abweichen könnten. Ususgemäss und nach stillschweigend anzunehmender Vereinbarung würden sodann nicht unter abzuliefernde Zugaben auch die von Dritten erhaltenen Extraprovisionen fallen, welche dem Beauftragten ebenfalls persönlich ausgerichtet worden seien. Der Berufungsbeklagte habe während der Verwaltung des berufungsklägerischen Vermögens unbestrittenermassen von den dabei involvierten Banken Retrozessionen erhalten. Als selbständiger Vermögensverwalter habe er zu diesem Zweck mit diesen Banken entsprechende Vereinbarungen abgeschlossen. M.S. habe gewusst, dass bei Börsengeschäften Retrozessionen und Finder's Fees anfallen würden. Er habe jedoch be-

E. 13

hauptet, bei den Verwaltungshandlungen des Berufungsbeklagten seien keine solchen Zahlungen angefallen. Vermögensverwalter würden jedoch diese Zahlungen nicht zugunsten ihrer Auftraggeber auf deren Rechnung erhalten, sondern als Abgeltung und zwar gegenüber Banken, aber im Interesse ihrer Auftraggeber erbrachten Leistungen. Die Zahlungen würden ihnen somit persönlich ausgerichtet, was auch vorliegend zutreffen würde. Die dem Berufungsbeklagten von den Banken ausgerichteten

Retrozessionszahlungen und Finder's Fees seien daher als Extra- provisionen zu qualifizieren, die gemäss Branchenübung und der mit M.S. still- schweigend getroffenen Vereinbarung dem Berufungsbeklagten zustehen würden. Die Klage sei auch in diesem Punkt abzuweisen. Die vom Berufungsbeklagten geltend gemachte Honorarforderung sei dahingehend gutzuheissen. Es stehe fest, dass der Berufungsbeklagte auch für die Zeit von Februar 2000 bis Februar 2001 weiterhin einen Verwaltungsauftrag hatte. Entsprechend sei er auch für diese Zeit zu vergüten, weshalb die Widerklage im Umfang von Fr. 565'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 4. Juli 2002 gutzuheissen sei. H. Gegen dieses Urteil erhob die Berufungsklägerin am 6. Januar 2005 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden und stellte folgendes Rechtsbegeh- ren: „1. Die Ziffern 1 bis 4 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien auf- zuheben. 2. 1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die von ihm im Zu- sammenhang mit seiner Tätigkeit als Beauftragter der Klägerin verein- nahmen Vergütungen und Provisionen der Bank A., der Bank B. sowie der Bank C., alle Niederlassungen in St. Moritz, im Umfang von Fr. 2'301'246.77, EUR 496.68 (= Fr. 768.80) und USD 4'980.17 (= Fr. 6'253.60) herauszugeben bzw. zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins ab

E. 14

I. An der mündlichen Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgericht vom 23. Mai 2005 waren lic. iur. Stefan Metzger als Vertreter der Berufungsklägerin und lic. iur. Franco Tramèr als Vertreter des Berufungsbeklagten anwesend. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin änderte seine in der Beru- fungserklärung gestellten Anträge insofern ab, als er nicht mehr die Bezahlung von Fr. 472'500.00 zuzüglich 5 % Zins ab 14. Mai 2002 forderte, sondern Fr. 430'833.50 zuzüglich 5 % Zins ab 14. Mai 2002. Überdies sei die Bank C. St. Moritz anzuwei- sen, das durch den Vorsitzenden des Kantonsgerichtsausschusses Graubünden bzw. den Vorsitzenden des Kantonsgerichts Graubünden gesperrte Konto EM100202.2, Stamm Nr. Q6859177 im Umfang von Fr. 430'833.50 zuzüglich 5 % Zins ab 14. Mai 2002 zugunsten der Berufungsklägerin freizugeben. Im Übrigen wurde das Rechtsbegehren der Berufungsklägerin bestätigt. Der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten beantragte in seinem Plädoyer die Abweisung der berufungsklägerischen Begehren. Die Rechtsvertreter beider Parteien gaben im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. b OG die schriftliche Ausfertigung der Vorträge zu den Akten. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin legte Auszüge aus fünf ausgewählten Fachliteraturen ins Recht. Der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten reichte ebenfalls eine Kopie aus einer Fachliteratur ins Recht. K. Mit Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 23. Mai 2005 wurde die Berufung unter Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils abgewiesen. Ge- gen dieses Urteil reichte die Berufungsklägerin Berufung und staatsrechtliche Be- schwerde ein. Letztere wurde vom Schweizerischen Bundesgericht abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Die Berufung wurde dahingegen teilweise gutge- heissen, soweit darauf eingetreten wurde, und das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 23. Mai 2005 wurde vom Schweizerischen Bundesgericht aufge- hoben und die Streitsache gestützt auf Art. 64 OG an die Vorinstanz zurückgewie- sen. L. Im Rückweisungsverfahren vor Kantonsgericht wurde den Parteien die Gelegenheit eingeräumt, zum bundesgerichtlichen Urteil Stellung zu nehmen. Die Berufungsklägerin reichte ihre Stellungnahme fristgerecht am 2. August 2006 ein. Sie schloss sich den Erwägungen des Bundesgerichtes an und machte über- dies Ausführungen zum Quantitativen des Betrages, welcher zurückzuerstatten sei,

E. 15

zur Zulässigkeit der Stufenklage und zur Höhe und Verlegung der amtlichen und ausseramtlichen Kosten. Der Berufungsbeklagte legte in seiner binnen Frist einge- reichten Stellungnahme vom 10. Oktober 2006 dar, dass sich die Parteien zumin- dest konkludent über den Verbleib der Retrozessionen und Finder's Fees geeinigt hätten. Das Bundesgericht habe in diesem Punkt die Feststellungen des Kantons- gerichts aus Versehen übersehen. Zudem sei zwischen der Herausgabe von Retro- zessionen und Finder's Fees zu unterscheiden. Letztere seien nur dann zu erstat- ten, wenn der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin geraten hätte, die zur Ver- waltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank neu zu depo- nieren, was wiederum von der Berufungsklägerin zu beweisen wäre. Auf weitere Ausführungen in den Stellungnahmen wird – sofern erfor- derlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Die Zivilkammer zieht in Erwägung : 1. Das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden in Sachen der Par- teien vom 23. Mai 2005 wurde gestützt auf Art. 64 OG an die Vorinstanz zurückge- wiesen. Entsprechend ist das Kantonsgericht sachlich zuständig. 2. a) Vorliegend ist die mit Widerklage geltend gemachte Forderung des Berufungsbeklagten im Umfang von Fr. 565'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 4. Juli 2002 nicht mehr neu zu beurteilen, nachdem das Bundesgericht die Berufung in diesem Punkt abgewiesen hat, soweit es darauf eingetreten ist. Die Berufung ist daher in Bezug auf die Widerklage abzuweisen unter Hinweis auf die Erwägung im Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 23. Mai 2005 (Erw. 10). b) Gleiches gilt für die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Rückforderung für angeblich zu Unrecht bezogene Honorare im Umfang von CHF 430'833.50 zuzüglich Zins zu 5 % ab 14. Mai 2002. Auch die in diesem Zusammen- hang vor Bundesgericht vorgetragene Rügen blieben ungehört, weshalb unter Hin- weis auf die Erwägungen im Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 23. Mai 2005 (Erw. 8) die Berufung abzuweisen ist. c) Auch über das Beurteil vom 2. August 2004 ist im vorliegenden Verfahren nicht mehr zu befinden.

E. 16

d) Zu befinden ist vorliegend einzig noch über die Frage, ob die Retro- zessionen und Finder's Fees erstatten werden müssen und – wenn ja – in welchem Umfang, sowie über die Kosten- und Entschädigungsfolgen. 3. a) aa) Vorab ist der von der Berufungsklägerin geltend gemachte An- spruch auf Herausgabe der Retrozessionen und Finder's Fees zu prüfen. In der Bankenbranche wird unter Retrozession (oder auch „kick-back“ bezeichnet; vgl. Bellina C. Borer-Benz, Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 OR, Diss. St. Gallen 2006, Seite 135) der Vorgang bezeichnet, dass eine Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt (vgl. die Definition bei Boemle/Gsell et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 903; Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Auflage 2004, N.1691 S. 553). Die Berufungsklägerin versteht unter dem Ausdruck "Finder's Fee" eine einmalige Entschädigung, welche der Vermögensverwalter von einer Bank für die Zuführung von neuen Vermögenswerten bzw. neuer Kundengelder erhält (vgl. Hess, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Finanzmarktrecht, AJP 1999 S. 1432; Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N. 1693 S. 554). bb) Vorliegend wurde der Berufungsbeklagte mit der Vermögensverwaltung betraut, auf welche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die auftrags- rechtlichen Regeln zur

Anwendung gelangen (BGE 124 III 155 Erw. 2b S. 161, 119 II 333 Erw. 5a S. 335, 115 II 62 Erw. 1 S. 63). Danach ist der Beauftragte schuldig, alles der Auftraggeberin zu erstatten, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist (Art. 400 Abs. 1 OR). Die Herausgabepflicht des Beauftragten umfasst nach der Rechtsprechung alles, was ihm in Ausführung des Mandats vom Auftraggeber ausgehändigt worden oder von Dritten zugekommen ist (BGE 91 II 442, S. 451; 78 II 376, S. 378). Wie weit sie reicht, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Grundsätzlich kann von einer Ablieferungspflicht gesprochen werden. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen; behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten

E. 17

Auftrag, von Dritten erhält (Fellmann, Berner Kommentar, Art. 400 OR N 115, 117 und 127; Weber, Basler Kommentar, Art. 400 OR N 12; Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Aufl. 2003, N 4705 f.). Zu den indirekten Vorteilen, die der Beauftragte herausgeben muss, zählen beispielsweise Rabatte, Provisionen, Schmiergelder usw. (Fellmann, a.a.O., Art. 400 OR N 128 und 132; Weber, a.a.O., Art. 400 OR N 14). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht (Urteil 4C.125/2002 vom 27. September 2002, Erw. 3.1; Fellmann, a.a.O., Art. 400 OR N 131 mit weiteren Hinweisen; neuerdings Borer-Benz, a.a.O., Seite 148 f.). Retrozessionen – und wohl regelmässig auch Finder's Fees, sofern der Beauftragte dem Auftraggeber im Rahmen des Vertrags geraten hat, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu) zu deponieren (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.1; a.M. offenbar de Capitani, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Festschrift Jean-Paul Chappuis, Zürich 1998, S. 29 Ziff. 13) – werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.1). Sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.1; vgl. auch Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N. 1694 S. 554; Jörg/Arter, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, Der Schweizer Treuhänder 2004, S. 297 f.; Hess, a.a.O., S. 1432; Watter, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, AJP 1998 S. 1177 Rn. 27). cc) Ob der Auftraggeber auf die Ablieferung überhaupt oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gültig verzichten kann, ist in der Lehre umstritten. Während eine ältere Lehrmeinung die Pflicht zur Herausgabe im Sinne von Art. 400 OR für zwingend hält und einen Verzicht auf die Ablieferung erst zulässt, wenn der Verzichtende weiss, was und wieviel er erlässt (Gautschi, Berner Kommentar, Art. 400 OR N 38 d/f), wird die Gültigkeit einer Verzichtsvereinbarung in der neueren Lehre überwiegend bejaht (vgl. Werro, Commentaire Romand, Art. 400 OR N 20; Fellmann, a.a.O., Art. 400 OR N 154; de Capitani, a.a.O., S. 27; Watter, a.a.O., S. 1177 Rn. 27; Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., S. 554; vgl. allerdings Weber, Basler Kommentar, Art. 400 OR N 10/21; differenzierend Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel 2000, S. 119). Art. 400 OR enthält kein ausdrückliches Verbot und es

sind auch keine Gründe erkennbar, welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.2). Mit der überwiegenden neueren Lehre hat das Bundesgericht daher grundsätzlich die Gültigkeit einer

E. 18

Vereinbarung bejaht, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte verzichtet (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.2). Laut Bundesgericht ergeben sich indes Schranken aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags, welche durch eine entsprechende Vereinbarung nicht aufgehoben werden kann (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.2). Die Fremdnützigkeit als solche wird zwar nicht berührt, wenn die Ablieferung von Einnahmen wie sogenannte Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag eine Nebenpflicht bildet und dem Beauftragten dadurch im Ergebnis ein – zusätzliches – Entgelt für seine Tätigkeit zukommen soll (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.2). Die Pflicht zur Ablieferung bildet aber auch hier ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags und ist mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden, dass sie als deren Folge erscheint (vgl. BGE 110 II 181 Erw. 2 S. 182; Guhl/Schnyder, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, S. 553 Rz. 20). Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist zu verlangen, dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.2; Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., S. 554 f.; de Capitani, a.a.O., S. 27; vgl. auch Lombardini, Droit bancaire suisse, Zürich 2002, S. 506). dd) Beim Auftrag zur Verwaltung eines Vermögens und bei der Hinterlegung von Vermögenswerten zur Verwahrung hat der Beauftragte beziehungsweise Verwahrer in erster Linie für die Erhaltung des Vermögens zu sorgen. Die Pflicht zur Rückerstattung entsteht hier erst bei Beendigung des Vertragsverhältnisses. Wenn das Gesetz vorsieht, der Auftraggeber oder Hinterleger könne die Rückerstattung jederzeit verlangen (Art. 400 Abs. 1, Art. 475 Abs. 1 OR), so bedeutet das in Wirklichkeit, dass er jederzeit die Möglichkeit hat, den Verwaltungsauftrag beziehungsweise den Hinterlegungsvertrag aufzuheben (was nach Art. 404 OR für den Auftrag allgemein gilt) und damit den Rückerstattungsanspruch entstehen zu lassen. Solange der Vertrag dauert und der Beauftragte oder Verwahrer folglich die vertragliche Verwaltungsbeziehungsweise Verwahrungspflicht auszuüben hat, besteht die Rückerstattungspflicht noch nicht, da die Erfüllung der erwähnten Pflichten und die Rückerstattung der Werte, die Gegenstand jener Pflichten sind, sich gegenseitig ausschliessen. ee) Der Berufungsbeklagte führte vorinstanzlich in seiner Prozessantwort und Widerklage sowie vor Kantonsgericht aus, es sei zwischen den Parteien vereinbart gewesen, dass er Retrozessionen von den Banken ausbezahlt erhalte,

E. 19

weshalb auch der Vermögensverwaltungsansatz tief gehalten worden sei, und diese behalten dürfe. Gleiches tat er anlässlich der Hauptverhandlung (Plädoyer, Seite 15 und 16 f.). Demgegenüber bestreitet dies die Berufungsklägerin, indem sie gestützt auf die gesetzliche Regelung die Herausgabe der Retrozessionen und Finder's Fees verlangt. b) aa) M.S. sagte als Zeuge aus, dass er nichts von bezogenen Retrozessionen und Finder's Fees gewusst habe und der Berufungsbeklagte ihm davon zu keinem Zeitpunkt etwas erzählt habe. Ihm sei zwar bekannt gewesen, dass solche Auszahlungen generell anfallen würden. Dabei handelt es sich um eine widersprüchliche Aussage. Zumindest lässt sich

nicht erklären, weshalb der Zeuge M.S. gerade bei den Geschäften betreffend die Berufungsklägerin sich in Bezug auf die Retrozessionen und Finder's Fees unwissend gibt, nachdem ihm bekannt war, dass in allen anderen Fällen diese Leistungen erbracht werden. Der damals zeichnungs-berechtigte Stiftungsratsratspräsident der Berufungsklägerin, P., gab anlässlich seiner Einvernahme vom 30. August 2004 zu Protokoll, dass die Berufungsklägerin ohne jeden Zweifel Kenntnis davon hatte, dass dem Berufungsbeklagten Retrozessionen und Finder's Fees ausbezahlt wurden. Für ihn stünde auch ausser Zweifel, dass M.S. davon Kenntnis hatte. Aus dem Umstand, dass der damalige verantwortliche Stiftungsratspräsident wusste, dass Retrozessionen und Finder's Fees an den Berufungsbeklagten ausbezahlt wurden, kann nur der Schluss gezogen werden, dass sich die Parteien stillschweigend, aber zumindest durch konkretes Handeln darüber einig waren, dass Retrozessionen und Finder's Fees dem Berufungsbeklagten verbleiben sollen. bb) Gestützt auf die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung ist ein Verzicht indes nur dann gültig, wenn der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert wurde, sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgeht und er so hinreichend genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees erhält (BGE 132 III 460 ff., Erw. 4.2 und 4.5). Die Berufungsklägerin wusste lediglich, dass solche Auszahlungen in der Schweiz üblich sind und dass solche gemäss Aussage des damals verantwortlichen Stiftungsratspräsidenten auch vorgenommen worden sind. Ihr war überdies die Grössenordnung der verwalteten Vermögenswerte bekannt, und sie wurde per Ende Jahr jeweils über den Vermögensstand informiert und hatte auch Kenntnis vom konkreten Vermögensverwaltungshonorar. Dadurch konnte sie die Höhe der Retrozessionen und Finder's Fees jedoch bloss abschätzen. Das Wissen der Berufungsklägerin über die

E. 20

Grössenordnung der vom Berufungsbeklagten eingenommenen Retrozessionen und Finder's Fees genügt gemäss BGE 132 III 460 ff. nicht für einen rechtswirksamen Verzicht auf Rechenschaftslegung und Ablieferung, mit dem die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR wegbedungen wird. Die Schätzbarkeit der Höhe der Retrozessionen aufgrund der Grössenordnung des verwalteten Vermögens, des vereinbarten Verwaltungshonorars und der Üblichkeit solcher Einnahmen vermittelte der Berufungsklägerin keine hinreichend genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees; denn diese hängen von weiteren Faktoren wie insbesondere der Anzahl getätigter Geschäfte und der Vereinbarung über die Höhe derartiger Entschädigungen an den Vermögensverwalter durch Dritte ab. Über die genaue Höhe der konkreten Einnahmen des Berufungsbeklagten hatte die Berufungsklägerin keine Kenntnis. Der Berufungsbeklagte durfte nach Treu und Glauben aus dem blossen Stillschweigen der Berufungsklägerin nicht ableiten, er sei von der Rechenschaftsablegung und Ablieferung der ihm im Rahmen der Verwaltung des Vermögens der Berufungsklägerin von Dritten bezahlten Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen befreit, zumal ihn eine Informationspflicht trifft. Angesichts der Bedeutung der Rechenschaftspflicht für den fremdnützigen Auftrag hätte es mithin vielmehr dem Berufungsbeklagten obliegen, die Berufungsklägerin über die konkret anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees in Kenntnis zu setzen. Ohne ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung der Berufungsklägerin auf Rechenschaftslegung und Ablieferung hätte sich der Berufungsbeklagte zumindest vergewissern müssen, ob die Auftraggeberin ihm die im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Einnahmen als

zusätzliche Entschädigung für seine Tätigkeit in Kenntnis der konkreten Vereinbarung mit den Banken über deren Höhe sowie der mutmasslichen Häufigkeit der entschädigungspflichtigen Transaktionen überlassen wollte. Aus dem blossen Stillschweigen der Berufungs- klägerin durfte der Berufungsbeklagte nicht auf einen Verzicht der Berufungsklägerin schliessen. Der Auftragsgeber muss wissen, worauf er verzichtet (Monika Roth, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, Zürich/St. Gallen 2007, Seite 75). cc) Was der Berufungsbeklagte dagegen vortragen lässt, verfängt unter Berücksichtigung des verbindlichen bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheidendes nicht. Insbesondere liegt in der vorzitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Widerspruch vor. Es trifft zwar zu, dass es in den meisten Fällen kaum möglich sein dürfte, den Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen im Voraus vollständig zu informieren, so dass er hinreichend

E. 21

genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees erhält, da, wie dies auch vom Bundesgericht erkannt wurde, die Höhe der Vergütungen von weiteren Faktoren wie insbesondere der Anzahl getätigter Geschäfte und der Vereinbarung über die Höhe derartiger Entschädigungen an den Vermögensverwalter durch Dritte abhängt (vgl. dazu auch Borer-Benz, a.a.O., Seite 161). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber ein nachträglicher Verzicht möglich, womit eine anfängliche Unmöglichkeit zur hinreichenden Information über die Höhe der Vergütungen behoben werden kann. Im vorliegenden Fall wurde kein nachträglicher, unter Kenntnis der geflossenen Gelder erteilter Verzicht eingeholt. Auch kann nicht von einem venire contra factum proprium ausgegangen werden; denn es liegt keine verzögerte Rechtsausübung vor, da die Berufungsklägerin erst nach Rechenschaftsablegung über den genauen Umfang der geflossenen Retrozessionen und Finder's Fees hinreichendes Wissen haben konnte. Sodann wird von der neuen Lehre einhellig eine aktive Information gefordert (Monika Roth, a.a.O., Seite 33; Borer-Benz, a.a.O., Seite 151 mit weiteren Hinweisen), woraus gefolgert werden kann, dass es der Beauftragte in der Hand hat, die bezogenen Retrozessionen und Finder's Fees nachträglich genehmigen zu lassen. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass keine genügende Vereinbarung getroffen wurde, welche es dem Berufungsbeklagten erlauben würde, die vereinnahmten Retrozessionen und Finder's Fees zu behalten. Auch fehlt es konkret an einer nachträglichen Genehmigung. 4. a) Im Folgenden ist zu prüfen, in welchem Umfang die Retrozessionen und Finder's Fees zu erstatten sind. In diesem Zusammenhang ist vorweg zu prüfen, ob die Herausgabe zivilprozessrechtlich korrekt geltend gemacht wurde. b) Die Berufungsklägerin versuchte vorprozessual, den gesamten Umfang der dem Berufungsbeklagten zugeflossenen Retrozessionen in Erfahrung zu bringen, was ihr nicht gelang. Das kantonale Prozessrecht muss unbezifferte Rechtsbegehren dort zulassen, wo die Berufungsklägerin nicht in der Lage ist, die Höhe ihres Anspruchs genau anzugeben, oder diese Angabe unzumutbar erscheint. Unzumutbar erscheint die genaue Bezifferung, wenn erst das Beweisverfahren die Grundlage für die Berechnung der Forderung abgibt. In entsprechenden Fällen ist der Berufungsklägerin zu gestatten, die Präzisierung erst nach Abschluss des Beweisverfahrens vorzunehmen (vgl. zum Ganzen BGE 116 II 215 Erw. 4a S. 219 mit zahlreichen Hinweisen). Entsprechend formulierte die Berufungsklägerin das vermittelte Rechtsbegehren derart, dass sich die Höhe der zu erstattenden Gelder erst nach erfolgter Rechenschaftsablegung bestimmen

E. 22

liesse. Dies war der Berufungsklägerin aber erst möglich, nachdem das Bezirksgericht Maloja die entsprechenden Bankinstitute aufgefordert hatte, die in Zusammenhang mit der Führung des Mandats für die Berufungsklägerin an den Berufungsbeklagten geleisteten Zahlungen offenzulegen. Dieses Vorgehen ist zur Verwirklichung des Bundesrechts unumgänglich und daher auch im Geltungsbe- reich des bündnerischen Zivilprozessrechts nicht zu beanstanden, weshalb die Stufenklage zulässig ist. c) Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der Berufungsbeklagte in Zusammenhang mit seiner Mandatsführung für die Berufungsklägerin folgende Gelder erhalten hat: aa) Von der Bank A. Bank AG hat der Berufungsbeklagte gemäss Schreiben und Aufstellung der vorerwähnten Bank folgende Gelder erhalten: - Devisen im Umfang von Fr. 1'243'161.51 - Depotgebühren im Umfang von Fr. 50'626.34 - Courtagen im Umfang von Fr. 691'888.10 - Treuhandanlagen im Umfang von Fr. 58'974.59 - Derivative Produkte im Umfang von Fr. 7'034.00, EUR 496.68 und USD 4'980.17. bb) Von der Bank C. hat der Berufungsbeklagte gemäss Memorandum der vorerwähnten Bank vom 16. Januar 2002 Provisionen im Umfang von Fr. 82'886.66 erhalten. cc) Von der Bank B. hat der Berufungsbeklagte gemäss Schreiben und Aufstellung der erwähnten Bank vom 2. Dezember 2003 folgende Gelder erhalten: - Courtagen im Umfang von Fr. 133'668.10 - Depotgebühren im Umfang von Fr. 14'375.54 - Treuhandanlagen im Umfang von Fr. 982.06 - Einbringkommissionen im Umfang von Fr. 27'779.38 Dabei wurden die Beträge von Fr. 9'381.85 und von Fr. 747.66, gemäss Angaben der Bank B. zur Zahlung vorgesehen, jedoch nicht bezahlt, weshalb auch keine Her- ausgabepflicht besteht. Die in Zusammenhang mit diesen beiden Beträgen geltend gemachte Abtretung kann nicht gewährt werden, da dieses Begehren nicht vermittelt wurde. Sollten die vorbezeichneten Beträge dereinst dem Berufungsbeklagten überwiesen werden, würden sie ebenfalls der Abgabepflicht unterliegen und müssten dazumal herausgegeben werden.

E. 23

dd) Der Berufungsbeklagte bestreitet die Höhe der nachweislich geflossenen Zahlungen nicht. Er macht indes eine Unterscheidung zwischen Retrozessionen und Finder's Fees geltend, wonach unter Hinweis auf BGE 132 II 460 ff. Finder's Fees lediglich dann herausgegeben werden müssen, wenn der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin geraten habe, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu) zu deponieren. Vorliegend ist aber nicht zwischen Retrozessionen und Finder's Fees zu unterscheiden, da der Berufungsbeklagte in der Anlage und der Disposition frei war und daher im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht die Anlage der Gelder bei einer Bank regelmässig einer Empfehlung gleichkam. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin folgende Beträge zu erstatten hat: - Fr. 2'301'246.77 - EUR 496.68 - USD 4'980.17. Die Beträge sind seit Klageanhebung, das heisst ab 14. Mai 2002 mit 5 % zu verzinsen. In diesem Sinne ist die Berufung teilweise gutzuheissen. 5. a) Wird die Berufung teilweise gutgeheissen, sind die amtlichen und ausseramtlichen Kosten in Anwendung von Art. 223 ZPO in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO neu zu verlegen (vgl. Art. 2 und 7 des Kostentarifs in Zivilsachen). b) Die Berufungsklägerin klagte insgesamt einen Betrag von Fr. 2'783'873.23 ein und drang mit ihrer Klage im Umfang von Fr. 2'301'246.77, EUR 496.68 und USD 4'980.17 durch. Sie hat somit im Betrag von rund Fr. 475'000.00 überklagt. Zudem schloss die Berufungsklägerin auf Abweisung der letztlich gutgeheissenen Widerklage im Umfang von Fr. 565'000.00. Dem gutgeheissenen Betrag von rund Fr. 2,3 Mio. steht ein abgewiesener Betrag von rund Fr. 1,05 Mio. gegenüber, wes- halb es sich rechtfertigt, die Kosten im

Verhältnis ein Drittel zu Lasten der Berufungsklägerin und zwei Drittel zu Lasten des Berufungsbeklagten zu verlegen. c) Die Kosten des Kreises Oberengadin von Fr. 220.00 und die Kosten des Bezirksgerichts Maloja von Fr. 60'000.00 gehen somit zu einem Drittel zu Lasten der Berufungsklägerin und zu zwei Drittel zu Lasten des Berufungsbeklagten. Die Kosten des Berufungsverfahrens im Umfang von Fr. 17'480.00 werden im Gleichen Verhältnis verlegt. Für den vorliegenden Rückweisungsentscheid werden keine amtlichen Kosten erhoben.

E. 24

d) Die Berufungsklägerin reichte im Gegensatz zum Berufungsbeklagten weder erstinstanzlich noch zweitinstanzlich eine Honorarnote ein. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass sich der Aufwand der Parteien die Waage hält, weshalb auf die Honorarnoten des Berufungsbeklagten, welche unbeanstandet blieben, abgestellt werden kann. Erstinstanzlich belief sich das Honorar auf Fr. 85'883.45 und zweitinstanzlich auf Fr. 9'033.90. Für das Rückweisungsverfahren wurde auch vom Berufungsbeklagten keine Honorarnote eingereicht. Der Aufwand kann jedoch mit Fr. 3'000.00 beziffert werden. Somit hat der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin ausseramtlich für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 28'627.80 inklusive Mehrwertsteuer und für das zweitinstanzliche (inklusive das Rückweisungsverfahren) mit Fr. 4'000.00 zu entschädigen.

E. 25

Demnach erkennt die Zivilkammer : 1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, und das angefochtene Urteil wird aufgehoben. 2. Die Klage wird teilweise gutgeheissen, und der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Beträge von - Fr. 2'301'246.77 - EUR 496.68 - USD 4'980.17 nebst Zins zu 5 % seit 14. Mai 2002 zu bezahlen. 3. Die Widerklage wird gutgeheissen und die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger Fr. 565'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 4. Juli 2002 zu bezahlen. 4. Die Kosten des Kreises Oberengadin von Fr. 220.00 und die Kosten des Bezirksgerichts Maloja von Fr. 60'000.00 gehen zu einem Drittel zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten und zu zwei Drittel zu Lasten des Beklagten und Widerklägers, welcher die Berufungsklägerin ausseramtlich mit Fr. 28'627.80 inklusive MWST zu entschädigen hat. 5. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 17'480.00 gehen zu einem Drittel zu Lasten der Berufungsklägerin und zu zwei Drittel zu Lasten des Berufungsbeklagten, welcher die Berufungsklägerin ausseramtlich mit Fr. 4'000.00 inklusive MWST zu entschädigen hat. 6. Gegen diese einen Streitwert von mindestens 30'000.00 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht geführt werden. Diese ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72ff. und 90 ff. BGG.

E. 26

7. Mitteilung an: _____ Für die Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden
Der Vizepräsident: Der Aktuar ad hoc: