

GR_GERICHTE ZF 2005 7 vom 23. Mai 2005

GR Gerichte, 2005-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2005_7

FR: GR_GERICHTE ZF 2005 7 du 23 mai 2005

IT: GR_GERICHTE ZF 2005 7 del 23 maggio 2005

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 berechnete 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 Finders 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 Finders 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 Finders Fees herauszugeben, soweit diese seinen Honoraranspruch übersteigen würden. Retrozessionen und Finders 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 Strafakten 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 Finders 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 X.-Vermögen bezahlt worden. Sowohl der Berufungsbeklagte als auch der Stiftungsrat der Berufungsklägerin seien davon ausgegangen, dass Teile des X.-Vermögens 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 habe der Stiftungsrat

E. 9

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 dem Konto EM 100202.2 Stamm Nr. Q 6859177 deponierten Fr. 847'500.00 zuzüg-

E. 10

lich 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, P. vier zusätzliche Fragen zu stellen, die sich aus der nachträglichen Kenntnis der Einvernahme von 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 eigentlich nie richtig gekümmert. Daraus gehe hervor, dass der Berufungsbeklagte

E. 11

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 Verwaltung des berufungsklägerischen Stiftungsvermögens zu einem Honoraransatz

E. 12

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 Stiftungsvermögens 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 Finders 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 stillschweigender zunehmender 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 Finders Fees anfallen würden. Er habe jedoch behauptet, bei den Verwaltungshandlungen des Berufungsbeklagten seien keine sol-

E. 13

chen 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 Finders 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. Die Zivilkammer zieht in Erwägung : 1. a) Nach Art. 219 Abs. 1 ZPO kann gegen Urteile der Bezirksgerichte innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils Berufung an das Kantonsgericht erklärt werden. Diese hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten. Die Berufungsklägerin hat ihr Rechtsmittel frist- und formgerecht eingereicht. Darauf ist einzutreten. b) Der nach Art. 218 ZPO in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 1 ZPO für die Berufung an das Kantonsgericht erforderliche Streitwert von über Fr. 8'000.00 ist klar gegeben. Entsprechend ist das Kantonsgericht sachlich zuständig.

E. 15

2. Anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung führte der Rechts- vertreter der Berufungsklägerin im Wesentlichen aus, es bestehe eine Pflicht zur Ablieferung von

Retrozessionen. An den Vermögenswerten der Berufungsklägerin seien stets M.S. und dessen Ehefrau wirtschaftlich berechtigt gewesen. Alleine M.S. hätte Einzahlungen und Geldabhebungen veranlasst. Die Verwaltung der Vermögenswerte der Berufungsklägerin sei jedoch vom Berufungsbeklagten besorgt worden. Die vom Berufungsbeklagten bezogenen Retrozessionen und Finders Fees würden der Ablieferungspflicht unterstehen. Für die Herausgabepflicht sei deshalb allein entscheidend, dass der Beauftragte Werte infolge seiner Geschäftsführung erhalten habe. Zwischen dem Zugang und dem Auftrag müsste ein innerer Zusammenhang bestehen, welcher vorliegend zu bejahen sei, weil sich der Beauftragte aufgrund der Zuwendung veranlasst sah, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen. Den Retrozessionen würde der Charakter von Zuwendungen wie Schmiergelder, Preisnachlässe (Rabatte) und Provisionen beigemessen. Dadurch würde mit der Annahme von Retrozessionen ein Interessenskonflikt entstehen. Es sei zudem Sache des Empfängers von Retrozessionen, seinen Kunden darüber aufzuklären und mit ihm abzumachen, wem diese zufallen sollen. Gäbe es keine eindeutige Vereinbarung, so würden sie dem Kunden gehören. Die gleiche Herausgabepflicht bestünde hinsichtlich der Finders Fees, welche einmalig für die Zuführung von Kundengeldern bezahlt werde, da sich daraus ein Interessenskonflikt ergeben könne. Der Vermögensverwalter habe ein gewichtiges Interesse daran, für den Kunden einen solchen Transfer zu einem anderen Bankinstitut vorzunehmen, wenn dieses Institut ihm dafür Finders Fees auf die Kundengelder zusicherte. Die ganze Problematik sei im Finanzmarktrecht nicht unbekannt und werde restriktiv geregelt. So sei beispielsweise auch im Bundesgesetz über die Anlagefonds in Art. 12 normiert, dass die Fondsleitung weder für sich noch für Dritte Retrozessionen oder andere Vermögensvorteile irgendwelcher Art entgegennehmen dürfe. Die Vorinstanz habe Lehre und Rechtssprechung auf Vollständigste ignoriert. Das Bezirksgericht sei fälschlicherweise davon ausgegangen, bei Retrozessionen würde es sich um Extraprovisionen handeln. In diesem Zusammenhang sei der Zürcher Kommentar nicht vollständig zitiert worden. Dieser Kommentar datiere zudem aus dem Jahre 1936 und stehe zur späteren bundesgerichtlichen Rechtssprechung (BGE 80 IV 53) im Widerspruch. Im Widerspruch stehe das Urteil des Bezirksgerichts Maloja auch hinsichtlich der herrschenden Lehre, nach welcher

E. 16

der Beauftragte solche Extraprovisionen nur behalten dürfe, wenn diese nicht übermässig wären. Dieser Aspekt sei vom Bezirksgericht vollständig ignoriert worden. Unzutreffend sei auch die Auffassung des Bezirksgerichts, Retrozessionen und Finders Fees würden deshalb ausgerichtet, weil externe Vermögensverwalter den Banken Verwaltungsaufwand ersparen würden. Denn die von der Bank zu erledigenden Aufwendungen seien identisch. Ein Unterschied sei nicht ersichtlich. Der einzige Grund, weshalb Retrozessionen bzw. Finders Fees ausgerichtet würden, sei die Schaffung von Anreizen durch die Bank, damit ihr Ertrag erhöht werden könne. Um diesem Interessenskonflikt vorbeugen zu können, sei es unerlässlich, dass die Retrozessionen und Finders Fees an den Auftraggeber bzw. an den Kunden herausgegeben würden, sofern keine Vereinbarung zwischen Kunde und externer Vermögensverwaltung bestünde. Diese Auffassung sei auch Stand der herrschenden Lehre. Gemäss herrschender Lehre und Rechtssprechung sei es zudem unerheblich, ob Zuwendungen nach dem Willen des Dritten ausschliesslich zugunsten des Beauftragten erfolgen sollen oder nicht. Selbst wenn es die Absicht der Banken gewesen wäre, dem Berufungsbeklagten solche Retrozessionen und Finders Fees persönlich zugehen zu lassen, würde dies keine Rolle spielen. Der Berufungsbeklagte habe zudem nicht

beweisen können, dass vereinbart worden sei, er könne Retrozessionen und Finders Fees behalten. Entsprechend sei ebenfalls nach Meinung der Geschäftsleitung SRO des VSV eindeutig, dass bei Fehlen der Vereinbarung diese Gelder dem Kunden gehören würden. M.S. hätte einer solchen Vereinbarung nie zugestimmt. Es bestünde überdies keine rechtliche Pflicht, sich beim Berufungsbeklagten zu erkundigen, ob dieser nun Retrozessionen beziehe oder nicht. Auch aus der Besprechungsnotiz gehe kein Indiz hervor, wonach diese Retrozessionen und Finders Fees dem Berufungsbeklagten zustehen würden. Zu Recht habe dann auch das Bezirksgericht Maloja den Aussagen von P. keinerlei Gewicht beigemessen. In der letzten Einvernahme von P. habe dieser ausgesagt, M.S. hätte von Retrozessionen gewusst. Diese Aussage sei auf Befragung des Berufungsbeklagten erfolgt. Diese Frage der zweiten Zeugeneinvernahme von P. hätte jedoch nicht zugelassen werden dürfen, weshalb das Beurteil in Gutheissung des entsprechenden Berufungsantrages aufzuheben und in Gutheissung der Präsidentialbeschwerde die genannte Frage nicht zu hören sei. P. habe zudem schulbeispielhaft als Strohmännchen agiert, dem keine Berechtigung zugekommen sei, um eine Vereinbarung über Retrozessionen abzuschliessen. Allen Beteiligten sei es vollumfänglich-

E. 17

lich bewusst gewesen, dass es einzig und alleine M.S. gewesen sei, der für die Belange der Berufungsklägerin zuständig gewesen sei. Aus diesen Ausführungen schloss der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin, dass die Würdigung des Bezirksgerichts nicht haltbar sei und das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt aufzuheben sei. Entsprechend sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, die entsprechenden Gelder herauszugeben. Zum Honoraranspruch für die Dauer von August 1998 bis zum Februar 2000 liess die Berufungsklägerin ausführen, dass die Vorinstanz zu Unrecht bei der Festlegung des Honorars auf zwei vom Berufungsbeklagten ins Recht gelegte Besprechungsnotizen abstellte. Es sei lediglich ein Honorar von jährlich Fr. 250'000.00 vereinbart worden. Dies habe M.S., welcher im vorliegenden Verfahren nicht Partei sei, bestätigt. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach M.S. eigene Interessen hätte, sei abwegig und willkürlich. Voraussetzung für diese Annahme sei, dass ein Antrag auf Restschuld gestellt worden wäre. In dieser Hinsicht sei jedoch von keiner Partei etwas eingebracht worden, weshalb die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt habe. Es gäbe keinerlei Hinweise darauf, welche auch nur auf ein kleinstes Eigeninteresse von M.S. hindeuten würden, welche überdies geeignet wären, die Glaubwürdigkeit von M.S. herabzumindern. Es sei auch nicht ersichtlich, welche Motivation M.S. gehabt hätte, auszusagen, es sei eine Honorarpauschale von Fr. 250'000.00 vereinbart gewesen. Schliesslich seien auch die Ausführungen des Bezirksgerichts, wonach es unwahrscheinlich sei, dass der Berufungsbeklagte bereits vor August 1998 für die Vermögensverwaltung Gelder bezogen habe, offenkundig und krass aktenwidrig. Ferner sei festzuhalten, dass zwei nach dem 10. Juni 1998 angefertigte Notizen entweder keinen Hinweis auf einen Satz, oder aber den korrigierten Satz von 0.25 % enthalten würden. Dieser Satz würde sich mit sämtlichen Notizen, welche offenbar die Bank von Frau I.S. betreffen, decken. Anlässlich der Einvernahme vom 11. Januar 2001 im Zusammenhang mit der Strafuntersuchung habe der Berufungsbeklagte aber ausgesagt, für die Verwaltung der Vermögenswerte von I.S. seien ebenfalls 0.5 % vereinbart worden. Diese Aussagen würden jedoch im Widerspruch zu den erwähnten Notizen stehen. Angesichts dieser Umstände erweise sich die Würdigung des Bezirksgerichts Maloja als nicht statthaft, weil aktenwidrig und nicht alle im Recht liegenden Akten/Notizen berücksichtigend. Hinsichtlich der vom Bezirksgericht Maloja gutgeheissenen Widerklage

betreffend Honoraranspruch für die Dauer von Februar 2000 bis März 2001 führte die Berufungsklägerin aus, dass der Insolvenzverwalter logischerweise nicht

E. 18

mehr an einer Vermögensverwaltung durch den Berufungsbeklagten interessiert gewesen sei. Das Mandat sei deshalb gekündigt worden, was indes vom Bezirks- gericht Maloja nicht berücksichtigt worden sei. Die Vermögensverwaltung sei nicht aufrechterhalten worden, nur weil die Vermögenswerte von den verschiedenen Banken nicht hätten abgezogen werden sollen. Indem am 19. April 2000 der Abzug sämtlicher verwalteter Vermögenswerte verlangt wurde, sei der Vertrag dahingefallen. Diejenigen Personen, die zur Kündigung berechtigt gewesen seien, hätten alle notwendigen Schritte einer Kündigung vorgenommen. Daher sei lediglich ein Betrag von Fr. 41'666.65 geschuldet, der jedoch mit dem Anspruch betreffend Retrozessionen etc. zu verrechnen sei. 3. Der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten führte in seinem Plädoyer aus, die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen. Die Berufungsklägerin habe bereits vorinstanzlich ihr Rechtsbegehren entscheidend von demjenigen im Leitschein abgeändert. Bei den Berufungsanträgen sei nun neu auf das Begehren auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung verzichtet worden. Aus der Zeugenaussage von M.S. ginge hervor, dass er und der Berufungsbeklagte sich alle paar Monate getroffen hätten und der Berufungsbeklagte ihn über die Entwicklung des Depots und der getätigten Transaktionen informiert hätte. Schriftliche Unterlagen hätte er nicht angeschaut. Sämtliche Informationen hätten mündlich stattgefunden. Das von der Gegenseite behauptete Schreiben vom 19. April 2000, mit welchem das Vermögensverwaltungsverhältnis aufgekündigt worden wäre, sei eine neue und daher nicht zu berücksichtigende Tatsache. Die Glaubwürdigkeit von M.S. müsse ohnehin in Frage gestellt werden, habe dieser doch als Zeuge ausgesagt, für die Verwaltung des Vermögens seiner Frau sei keine Vergütung vereinbart worden, währendem jedoch aus sieben Notizen gerade das Gegenteil hervorgehen würde. Dass für die Vermögensverwaltung 0.5 % pro Jahr des verwalteten Vermögens als Honorar vereinbart worden seien, sei vom Einzelzeichnungsberechtigten Stiftungsrat, P., bestätigt worden. P. habe Kenntnis des vereinbarten Honoraransatzes und der Höhe des Vermögenswertes gehabt. Ferner habe er die Richtigkeit der Honorarnote überprüft und mit deren Bezahlung genehmigt, wozu er als Stiftungsrat ermächtigt gewesen sei. Ferner habe bereits der Kantonsgerichtsausschuss als Berufungsinstanz im Strafprozess bestätigt, dass der geltend gemachte Honoraranspruch nicht mit den in der Branche üblichen Ansätzen unvereinbar sei. Hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Zeugen P. müsse berücksichtigt werden, dass

E. 19

dieser keine Eigeninteressen verfolge. Demgegenüber habe M.S. widersprüchliche Aussagen gemacht, was bei der Würdigung zu berücksichtigen sei. Die Aussage von M.S., der Berufungsbeklagte hätte jeweils jährlich Fr. 250'000.00 als Honorar bezogen, habe durch keinen einzigen Beweis und kein Indiz nachgewiesen werden können. Daher sei erstellt, dass der jährliche Honoraranspruch 0.5 % des verwalteten Vermögens sei. Hinsichtlich der Retrozessionen führte der Berufungsbeklagte aus, dass P. ausgeführt habe, Zahlungen von Retrozessionen und Finders Fees an Vermögensverwalter hätten lange Tradition und seien gang und gäbe. Art. 400 Abs. 1 OR sei nicht zwingendes Recht, weshalb gestützt auf die herrschende Lehre Retrozessionen und Finders Fees nicht an die Auftraggeberin auszuführen seien. Überdies habe die Berufungsklägerin Kenntnis von den Zahlungen der Retrozessionen und Finders Fees gehabt, dennoch habe sie auf eine

Abführung dieser Zahlungen verzichtet. Aus der Besprechungsnotiz ginge ferner hervor, dass Provisionszahlungen von Banken an den Berufungsbeklagten eben gerade nicht explizit ausgeschlossen sein sollten. Hinsichtlich der Widerklage sei festzuhalten, dass der Untersuchungsrichter ausgesagt habe, die Bezirksanwaltschaft habe das Mandatsverhältnis nicht gekündigt. Ferner sei erstellt, dass der Berufungsbeklagte tatsächlich das Vermögen weiter verwaltet habe. Die für die Verwaltung geltenden Konditionen blieben unverändert, weshalb die Widerklage von der Vorinstanz zu Recht gutgeheissen worden sei. 4. Die Berufungsklägerin hat ihr Rechtsbegehren hinsichtlich der Rechenschaftsablegung vor Kantonsgericht nicht erneuert. Auch in ihrem Plädoyer wurde dieser Punkt nicht mehr geltend gemacht. Darüber ist somit im Berufungsverfahren nicht mehr zu befinden. 5. a) Mit der Berufung wird auch beantragt, das Beurteil des Bezirksgerichtsausschusses Maloja vom 2. August 2004 sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsbeklagten aufzuheben. Dieses Beurteil hatte den vom Berufungsbeklagten gestellten Antrag vom 21. Mai 2004 zum Gegenstand, es seien dem Zeugen P. gestützt auf Art. 98 Ziffer 2 ZPO vier weitere Fragen zu stellen, die sich aus der nachträglichen Kenntnis der Einvernahme von M.S. ergeben hätten. Vor Kantonsgericht lässt die Berufungsklägerin diesbezüglich nur noch ausführen, einzig die Fragen 2 und 3 seien Zusatzfragen gewesen, welche durch die Einvernahme von M.S. hervorgerufen worden sei, welche indes bereits beantwortet worden seien.

E. 20

b) Es ist mit der Vorinstanz, dem Bezirkgerichtsausschuss Maloja, davon auszugehen, dass der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten das Protokoll der Einvernahme von M.S. vom 30. März 2004 nicht vor der ersten Einvernahme von P. erhalten hat. Der dem Bezirksgerichtspräsidium bzw. der Berufungsklägerin obliegende Beweis der Zustellung konnte nicht erbracht werden. Die neuen Fragen ergaben sich aus der Einvernahme von M.S. und berühren ganz offensichtlich auch das Thema der Beweiswürdigung. Letztere hatte jedoch das Bezirksgericht Maloja vorzunehmen. Entsprechend erfolgte die nachträgliche Zeugeneinvernahme zu Recht. Die von der Berufungsklägerin behauptete Beeinflussung des Zeugen blieb zu wenig konkret begründet und vor allem unbewiesen. Angesichts dieser Sachlage besteht kein Anlass, das Beurteil aufzuheben. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Die Berufung ist daher in diesem Punkt abzuweisen. 6. Unbestritten ist, dass der Berufungsbeklagte das Vermögen der Berufungsklägerin seit deren Gründung verwaltet hat. Anfänglich tat er dies als Bankangestellter, später als selbständiger Vermögensverwalter. Auftraggeberin war dabei von Anfang an die Berufungsklägerin, welche durch den jeweiligen Stiftungsrat vertreten wurde. Ebenfalls erstellt ist, dass M.S. und seine Ehefrau in Tat und Wahrheit die einzigen wirtschaftlich Berechtigten am Stiftungsvermögen waren. Es verbleibt daher zu prüfen, ob der im Berufungsverfahren bezifferte Betrag von Fr. 430'833.50 zuzüglich Zins zu 5 % ab 14. Mai 2002 für zu Unrecht bezogenes Honorar zuzusprechen und die Retrozessionen und Finders Fees der Berufungsklägerin herauszugeben sind. Des Weiteren ist umstritten, ob der Berufungsbeklagte nach dem 19. April 2000 für seine Vermögensverwaltung honorarberechtigt war und – falls ja – in welchem Umfang. 7.a) aa) Vorab ist der von der Berufungsklägerin geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe zu Unrecht bezogener Honorare zu prüfen. Vorliegend wurde der Berufungsbeklagte mit der Vermögensverwaltung betraut, auf welche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die auftragsrechtlichen Regeln zur Anwendung gelangen (BGE 124 III 155 E. 2b S. 161,

119 II 333 E. 5a S. 335, 115 II 62 E. 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. Die Rechtsprechung hat

E. 21

festgelegt, dass sie alle Dokumente umfasst, die sich auf die im Interesse des Auftraggebers besorgten Geschäfte beziehen, wobei rein interne Dokumente wie vorbereitete Studien, Notizen, Entwürfe, Materialsammlungen und eigene Buchhaltungen ausgenommen sind (Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juni 1980, publiziert in ZR 80 Nr. 24 S. 73 ff.; ebenso Walter Fellmann, Berner Kommentar, 1992, N. 136 zu Art. 400 OR; Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, S. 92 f.; Jörg Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg 1992, S. 147 ff.; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, Zürich 1995, N. 4056; Rolf H. Weber, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 400 OR; ohne Einschränkung Franz Werro, Le mandat et ses effets, Fribourg 1993, S. 178). Grundsätzlich kann von einer Ablieferungspflicht gesprochen werden. 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 Rück erstattung 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 Verwal- tungs- beziehungsweise Verwahrungspflicht auszuüben hat, besteht die Rücker- stattungspflicht noch nicht, da die Erfüllung der erwähnten Pflichten und die Rück- erstattung der Werte, die Gegenstand jener Pflichten sind, sich gegenseitig aussch- liessen. bb) In der Literatur ist umstritten, ob die Ablieferungspflicht zwingender Natur ist (bejahend: Rolf H. Weber, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2003, Art. 401 OR N 21; verneinend: Werner De Capitani, Retrozessionen an externe Ver- mögensverwalter, in: Festschrift Chapuis, hrsg. von Margelisch et al., Zürich 1998, S. 27; differenzierend: Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bern 1971, Art. 400 OR N 38 d und f). Weber begründet seine Meinung nicht, verweist stattdessen auf BGE 91 II 451, der sich indes nicht mit der Frage der zwingenden Natur der Ablieferungs- pflicht befasst. Gautschi geht grundsätzlich davon aus, dass der Erlass von Ablie- ferung zulässig ist, sobald der Verzichtende weiss, was und wie viel er erlässt (Gaut- schi, a.a.O., Art. 400 OR N 38 f). Die Berufungsklägerin schliesst sich der Meinung von Gautschi an. In der neuen Auflage zum Berner Kommentar vertritt Fellmann dagegen die Meinung, dass sich die Ablieferungspflicht wegbedingen lasse (Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, Art. 400 N 514). Gleicher Meinung ist

E. 22

Jörg Florian (Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermö- gensverwalters/Übergabepflicht richtet sich nach dem Auftragsrecht, in: Der Schweizer Treuhänder, 2004, Seite 298) und Alexander Rabian (Alexander Rabian, Diener zweier

Herren, in: Denaris 2/2005, Seite 23). Das Kantonsgericht hält mit der Mehrheit der Lehre dafür, dass die Ablieferungspflicht nicht zwingend ist und daher davon abgewichen werden kann. Die gleiche Lösung sieht auch das Deutsche Recht vor (§ 666 BGB). Entsprechend ist zu prüfen, ob die Parteien eine solche Vereinbarung getroffen haben. cc) Der Berufungsbeklagte führte vorinstanzlich in seiner Prozessantwort und Widerklage aus, es sei zwischen den Parteien vereinbart gewesen, dass er Retrozessionen von den Banken ausbezahlt erhalte, weshalb auch der Vermögensverwaltungsansatz tief gehalten wurde 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 Finders Fees verlangt und überdies nur schriftliche Vereinbarungen für zureichend erachtet. dd) M. S. sagte als Zeuge aus, dass er nichts von bezogenen Retrozessionen und Finders 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 und daher wenig glaubhafte 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 Finders Fees unwissend gibt, nachdem ihm bekannt war und ist, dass in allen anderen Fällen diese Leistungen erbracht werden. Auf die Aussage des Zeugen M.S. kann daher in diesem Punkt nicht abgestellt werden. Der damals zeichnungsberechtigte Stiftungsratspräsident 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 Finders 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 Finders Fees an den Berufungsbeklagten ausbezahlt wurden, kann nur der Schluss gezogen werden, dass sich die Parteien stillschweigend, aber zumindest durch konkludentes Handeln darüber einig waren, dass Retrozessionen und Finders Fees dem Berufungsbeklagten verbleiben sollen. Der Berufungsbeklagte durfte angesichts sämtlicher Umstände in guten Treuen da-

E. 23

von ausgehen, dass die Berufungsklägerin damit einverstanden war, zumal diese – ebenfalls in Kenntnis, dass Retrozessionen und Finders Fees entrichtet werden – Stillschweigen bewahrte. Zum gleichen Schluss kam die Vorinstanz, wenngleich diese – vorliegend alternativ geltend – argumentierte, M.S. hätte die Geschäftsabwicklungen gekannt, wozu auch die ihm allgemein bekannte Usanz der Auszahlung von Retrozessionen und Finders Fees zählt. Wäre eine solche Einigung nicht zustande gekommen, so wäre nicht nachvollziehbar, weshalb die Berufungsklägerin trotz Kenntnis des Bezuges nicht eingeschritten ist, zumal sie sich in Bankgeschäften ganz offensichtlich auskannte. Aus den Akten geht ferner auch nichts Gegenteiliges hervor, was für den heutigen Standpunkt der Berufungsklägerin sprechen würde. Vielmehr ist aus der Besprechungsnotiz betreffend die Berufungsklägerin vom 10. Juni 1998 ersichtlich, dass dem Berufungsbeklagten auch die Kommission als Honorar verbleiben soll (BB 7), was sogar auf eine ausdrückliche Vereinbarung hindeutet; denn Retrozessionen werden aus Kommissionserträgen geleistet (Werner De Capitani, a.a.O., Seite 28). Die in diesem Punkt an der Vorinstanz geübte Kritik verfängt daher nicht. Die Aussagen des Zeugen P. sind sodann auch glaubhaft, weil er offenkundig keine Eigeninteressen am Ausgang des vorliegenden Verfahrens hat. Sollte er sich laut Aussagen des Zeugen M.S. gegen die interne Vereinbarung zwischen diesen

beiden gestellt haben, so hätte er sich sogar einem all- fälligen Haftungsanspruch ausgesetzt. Dass die Berufungsklägerin diesen Umstand dem Zeugen P. als Eigeninteresse anrechen will, ist nicht ganz nachvollziehbar (Plädoyer, Seite 31). Würde denn die Version der Berufungsklägerin zutreffen, wo- von nicht auszugehen ist, hätte P. zu seinem Schutz wohl eine andere Version vor- getragen oder allenfalls gestützt auf Art. 175 Ziffer 1 ZPO sein Zeugnis verweigert. Ob die wirtschaftlich berechtigten Personen der Ablieferung von Retrozessionen und Finders Fees zugestimmt haben oder nicht, ist für das zwischen den Parteien geltende Vertragsverhältnis letztlich ohne Belang, denn das Innenverhältnis hat keine Auswirkung auf den vorliegend relevanten Vertrag. Dass der Berufungsbe- klagte vom Innenverhältnis Kenntnis gehabt hätte, wurde nicht ernsthaft behauptet und blieb unbewiesen. Damit ist aber erstellt, dass gestützt auf die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung der Berufungsbeklagte die ihm ausbezahlten Re- trozessionen und Finders Fees vereinnahmen durfte. Unter diesen Begebenheiten wäre selbst nach der Lehrmeinung Gautschi ein Verzicht auf die Ablieferungspflicht zulässig, da die Berufungsklägerin, vertreten durch ihren damaligen Präsidenten, zwar nicht um die konkrete Höhe der Auszahlungen, aber immerhin darum wusste, dass solche Auszahlungen in der Schweiz üblich sind. Da ihm überdies die Grös- senordnung der verwalteten Vermögenswerte bekannt war, er über deren Stand per Ende Jahr jeweils informiert wurde und auch Kenntnis vom konkreten Vermögens-

E. 24

verwaltungshonorar hatte, konnte er auch die Höhe der Retrozessionen und Finders Fees fassbar abschätzen. Schliesslich ist auch der Einwand, eine allfällig getroffene Vereinbarung müsse schriftlich ausgefertigt werden, nicht zu hören, weil das Gesetz keine Schriftlichkeit vorschreibt, schon gar nicht eine solche, welche für den Ab- schluss der Vereinbarung konstitutiv erforderlich wäre. Daran vermögen auch die Empfehlungen des Verbandes für Schweizerische Vermögensverwalter nichts zu ändern, weil diesen Empfehlungen keine gesetzliche Wirkung zukommen und daher lediglich verbandsinterne Empfehlungen darstellen. Entsprechend erweist sich die Forderung der Berufungsklägerin auf Herausgabe der Retrozessionen und Finders Fees als vertragswidrig und unberechtigt, weshalb die Berufung in diesem Punkt abzuweisen ist. Ergänzend kann im Übrigen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). b) aa) Aber selbst wenn nicht von einer vertraglichen Vereinbarung ausgegangen wird, wäre die Berufung in diesem Punkt abzuweisen. Gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR sind nur Vermögensbestandteile herauszugeben, die der Beauf- tragte für Rechnung des Auftraggebers von Dritten erworben hat (BGE 112 III 97 f. E. 4e, "mis à la disposition"). Vorliegend ist daher entscheidend, ob der Beauftragte die Retrozessionen und Finders Fees für Rechnung der Berufungsklägerin oder auf eigene Rechnung erhalten hat. bb) Retrozession besteht darin, dass die Bank dem Vermögensver- walter von ihrem Kommissionsertrag auf dem von diesem aufgegebenen Börsen- geschäft einen Teil überlässt (Werner De Capitani, a.a.O., Seite 28). Die Retrozes- sion erfolgt also zu Lasten des Ertragskontos der Bank und wird zwischen der Bank und dem externen Vermögensverwalter vereinbart (Werner De Capitani, a.a.O., Seite 28 und 33), wobei dem Kunden keine Gelder vorenthalten werden, weshalb die von der Berufungsklägerin behauptete Schädigung nicht eintritt. Daraus wird aber auch klar, dass kein Interessenkonflikt besteht, weil alle Banken Retrozessio- nen auszahlen, aber nur an Vermögensverwalter. Es kommt daher nicht darauf an, bei welcher Bank das Vermögen deponiert wird, zumal die Verantwortung der Ver- mögensverwalter zu tragen hat. In

diesem Sinne ist der Einwand des Interessen- konfliktes nicht zu hören. Bei der Ausgestaltung der Vereinbarung wird ferner in der Regel das Gesamtvolumen und der Gesamtumsatz aller Kunden des Vermögens- verwalters berücksichtigt (Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweizerische Bankge- schäft, Zürich 2004, N 1691). Die Banken gewähren deshalb den Vermögensver- waltern Retrozessionen, weil dieser als Grosskunde auftritt, der Bank diverse zum Teil wichtige Arbeitsschritte abnimmt und bei dieser auch die Haftung wegfällt

E. 25

(Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 1692). In diesem Sinne ist die an der Vorinstanz geübte Kritik, diese hätte die unzutreffende Auffassung vertreten, Retrozessionen und Finders Fees würden deshalb ausgerichtet, weil externe Vermögensverwalter den Banken Verwaltungsaufwand ersparen würden, verfehlt. Aus den genannten Umständen geht klar hervor, dass Retrozessionen nicht einfach dem Vermögens- verwalter anfallen, sondern gestützt auf eine zwischen diesem und der Bank aus- gehandelte Vereinbarung vertraglich geschuldet sind. Davon, dass es sich hierbei um eine Vereinbarung zwischen Bank und Vermögensverwalter handelt, geht auch die Berufungsklägerin aus (Plädoyer vor Kantonsgericht, Seite 8). In casu liegen demnach diverse Vereinbarungen zwischen dem Berufungsbeklagten und verschie- denen Banken im Recht (Strafakten act. G 2.15, G 6.18 und H 2.2). Aus den Ver- einbarungen geht hervor, dass diese Retrozessionen dem Konto des Berufungsbe- klagten gutgeschrieben werden. Der Vermögensverwalter erhält die Retrozessio- nen somit nicht auf Rechnung seiner Klienten, sondern auf eigene Rechnung, wes- halb die von der Berufungsklägerin angerufene Herausgabepflicht nicht zielführend und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen ist. Auch in diesem Zusammenhang kann ergänzend auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen wer- den (Art. 229 Abs. 3 ZPO). cc) Gleich verhält es sich bei den Finders Fees. Dabei handelt es sich um eine Kommission auf dem Volumen neu zugeführter Kunden, womit der Vermö- gensverwalter angespornt werden soll, möglichst viele seiner Kundendepots bei ei- ner entsprechenden Bank zu konzentrieren (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 1693). Auch die Finders Fees werden gestützt auf eine Vereinbarung zwischen der Bank und dem Vermögensverwalter ausgerichtet. Sie stehen in keinem Zusammenhang mit Transaktionen für Rechnung des Kunden, weshalb auch hierfür keine Abliefe- rungspflicht nach Art. 400 Abs.1 OR besteht (De Capitani, a.a.O. Seite 29). Die Be- rufung ist daher auch in Bezug auf die Finders Fees abzuweisen. c) Der Ablieferungspflicht steht eigenständig endlich auch die in sol- chen Bankgeschäften geltende Usanz, welche sowohl M.S. als auch P. bekannt war, entgegen. Gemäss dieser Usanz werden Retrozessionen an Vermögensver- walter ausbezahlt, wobei 81 % der externen Vermögensverwalter die Retrozessio- nen nicht an ihre Kunden weiterleiten (BB 9). Zudem bestehen die Erträge von Ver- mögensverwaltern zu 28,5 % aus Retrozessionen (BB 9). Ferner geht aus der vor- stehend bereits mehrfach herangezogenen Literatur geradezu selbstverständlich hervor, dass Retrozessionen und Finders Fees dem Vermögensverwalter zufallen würden. Daran vermag auch die von der Berufungsklägerin herangezogene Mei-

E. 26

nung der Geschäftsleitung SRO des VSV nichts zu ändern, weil diese damit ledig- lich ihre persönliche Auffassung wiedergibt. Nachdem der Berufungsklägerin die Usanz bekannt war, erweist sich die von ihr geltend gemachte Forderung auf Her- ausgabe überdies als rechtsmissbräuchlich. Auch

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.