Urteilskopf

132 III 460

52. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. Stiftung U. gegen A. (Berufung) 4C.432/2005 vom 22. März 2006

Regeste (de):

Art. 400 Abs. 1 OR; Vermögensverwaltungsvertrag; Herausgabe von Retrozessionen und Finder's Fees.

Voraussetzungen eines rechtsgültigen Verzichts des Auftraggebers auf die Herausgabe von Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen des Vermögensverwalters (E. 4).

Regeste (fr):

Art. 400 al. 1 CO; contrat de gestion de fortune; versement de ristournes et de commissions (finder's fees).

Conditions dans lesquelles le mandant renonce valablement au versement des ristournes et autres recettes encaissées par le gérant (consid. 4).

Regesto (it):

Art. 400 cpv. 1 CO; contratto di gestione patrimoniale; consegna di ristorni e provvigioni (finder's fees).

Condizioni alle quali il mandante può validamente rinunciare, sotto il profilo giuridico, alla consegna di ristorni e altre entrate simili del gestore patrimoniale (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 461

BGE 132 III 460 S. 461

A. Die Stiftung U. (Klägerin und Berufungsklägerin), wurde im Jahre 1993 gegründet; sie wurde wirtschaftlich von B. und dessen Ehefrau beherrscht. A. (Beklagter und Berufungsbeklagter) verwaltete das Stiftungsvermögen seit der Gründung bis im Sommer 1998 als Angestellter verschiedener Banken. Im Jahre 1998 nahm er eine selbständige Erwerbstätigkeit auf und führte die Verwaltung des Vermögens der Stiftung in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung weiter. Das Stiftungsvermögen wuchs auf über 100 Millionen Franken an.
Anfangs Februar 2000 wurde B. von der Staatsanwaltschaft Mannheim verhaftet und in der Folge wegen Vermögensdelikten in Milliardenhöhe, die er über seine Gesellschaft "D. GmbH" begangen hatte, zu einer mehrjährigen Gefängnisstrafe verurteilt. Über die "D. GmbH" eröffnete das Amtsgericht Karlsruhe am 4. Februar 2000 das Insolvenzverfahren; am 1. Mai 2000 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen von B. eröffnet. Im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens wies die Bezirksanwaltschaft Zürich am 10. Februar 2000 unter anderem auch den Beklagten an, ihr sämtliche Dokumente betreffend B. herauszugeben und belegte die B. zuzurechnenden Vermögenswerte einstweilen mit einem Verfügungsverbot. Am 14. Februar 2000 stellte der Beklagte der Klägerin eine Honorarrechnung für seine Vermögensverwaltung über den Betrag von Fr. 847'500.-, den er am 16. Februar 2000 auf seinem Bankkonto gutgeschrieben erhielt. Am 15. Februar 2000 erstattete der Beklagte der Meldestelle für Geldwäscherei eine Verdachtsmeldung betreffend die Klägerin. Auf Strafanzeige der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 21. Februar 2000 eröffnete die Staatsanwaltschaft Graubünden am 7. März 2000 ein Strafverfahren wegen Geldwäscherei gegen den Beklagten und dehnte dieses Verfahren im Frühjahr 2001 auf den Tatbestand der Veruntreuung aus. Das Strafverfahren wurde in der Folge im November 2002 teilweise eingestellt; im Übrigen wurde der Beklagte am 30. Oktober 2003 vom Bezirksgerichtsausschuss
BGE 132 III 460 S. 462

Maloja freigesprochen; der Kantonsgerichtsausschuss von Graubünden bestätigte dieses Urteil am 9. Juni 2004. Am 14. Mai 2002 stellte die Klägerin beim Vermittleramt des Kreises Oberengadin folgende Rechtsbegehren: "1. Der Beklagte sei unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, der Klägerin umfassend Rechenschaft über seine Tätigkeit als Beauftragter der Klägerin abzugeben und insbesondere sämtliche Aufzeichnungen, Bücher und Belege herauszugeben, welche über die von ihm im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens der Klägerin bezogenen Honoraransprüche und Provisionen (Retrozessionen), über sämtliche vom Beklagten getätigten Barbezüge und weitere erhaltene Vermögenswerte sowie über deren Verwendung, umfassend Aufschluss zu geben.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin sämtliche von ihm im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Beauftragter der Klägerin vereinnahmten Provisionen (Retrozessionen) der Bank X., der Bank Y. sowie der Bank Z., alle Niederlassungen in St. Moritz, herauszugeben und es sei der Beklagte überdies zu verpflichten, der Klägerin sämtliche von ihm als Beauftragter der Klägerin erlangten Vermögenswerte, über deren auftragsgemässe Verwendung und/oder Weiterleitung der Beklagte keine Rechenschaft ablegen kann, zurückzuerstatten bzw. zu bezahlen, und zwar in der Höhe des nach erfolgter Rechenschaftsablegung des Beklagten festgestellten Herausgabeanspruchs der Klägerin, mindestens jedoch in der Höhe von Fr. 1'392'500.-, zuzüglich Zins ab Datum der Klageeinleitung an". Die Klägerin erhöhte ihre Forderung in der Folge auf Fr. 2'783'873.28. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise noch ein Honorar für seine Verwaltungstätigkeit von Februar 2000 bis Februar 2001 in Höhe von Fr. 565'000.-.
B. Das Bezirksgericht Maloja wies die Klage mit Urteil vom 3. November 2004 ab. Die Widerklage wurde gutgeheissen und die Klägerin/Widerbeklagte verpflichtet, dem Beklagten/Widerkläger Fr. 565'000.- zuzüglich 5 % Zins seit 4. Juli 2002 zu bezahlen. Das Gericht kam zum Schluss, der Beklagte habe den wirtschaftlich Berechtigten regelmässig über seine Verwaltungstätigkeit informiert, die vorhandenen Akten seien im Strafverfahren beschlagnahmt worden und ständen der Klägerin zur Verfügung, weshalb eine erneute Rechenschaftslegung des Beklagten nicht geschuldet sei. Das Gericht stellte sodann fest, die Parteien seien sich über die Entgeltlichkeit des Auftrags zur Vermögensverwaltung einig; da keine der Parteien eine Vereinbarung über die Höhe des Entgelts beweisen konnte, setzte das Gericht die Entschädigung nach Verkehrsübung
BGE 132 III 460 S. 463

auf 0.5 % des verwalteten Vermögens pro Jahr fest und schloss, die dem Beklagten von Banken ausgerichteten Retrozessionen ständen ihm gemäss Branchenübung und der mit B. stillschweigend getroffenen Vereinbarung zu. Das Bezirksgericht kam sodann zum Schluss, dass der Verwaltungsauftrag des Beklagten auch für die Zeit von Februar 2000 bis Februar 2001 weiterhin bestand und sprach ihm dafür den in der Widerklage begehrten Betrag zu. Das Kantonsgericht von Graubünden wies die von der Klägerin gegen dieses Urteil erhobene Berufung am 23. Mai 2005 ab. Das Gericht hielt zunächst fest, die Klägerin habe ihr Rechtsbegehren auf Rechenschaftsablegung nicht mehr erneuert, weshalb darüber nicht mehr zu befinden sei; auch sei die nachträgliche Zeugeneinvernahme von Dr. E. zu Recht erfolgt. Das Gericht verneinte sodann die Pflicht des Beklagten zur Herausgabe der Retrozessionen und Finder's Fees mit der Begründung, die Parteien hätten dies vereinbart; eventuell habe sie der Beklagte auf eigene Rechnung erhalten und nach Art. 400 Abs. 1 OR daher nicht herauszugeben; schliesslich stehe der Ablieferungspflicht auch die Verkehrsübung entgegen.
C. Die Klägerin hat gegen das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden sowohl staatsrechtliche Beschwerde wie auch eidgenössische Berufung eingereicht. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 400 und Art. 6 OR verletzt, indem sie die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Retrozessionen und Finder's Fees abgewiesen habe.
Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. Die Klägerin rügt hauptsächlich, die Vorinstanz habe in Verletzung von Bundesrecht verneint, dass der Beklagte zur Herausgabe der von ihm im Rahmen der Verwaltung des Vermögens der Klägerin eingenommenen Retrozessionen und Finder's Fees verpflichtet sei. In der Bankenbranche wird unter Retrozession 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. Aufl. 2004, N.1691 S. 553). Die Klägerin versteht unter dem Ausdruck "Finder's Fee" eine einmalige

BGE 132 III 460 S. 464

Entschädigung, welche der Vermögensverwalter von einer Bank für die Zuführung von neuen Vermögenswerten bzw. neuer Kunden(gelder) erhält (vgl. HESS, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Finanzmarktrecht, AJP 1999 S. 1432; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., N. 1693 S. 554).
4.1 Auf den Vermögensverwaltungsvertrag finden die auftragsrechtlichen Regeln Anwendung (BGE 124 III 155 E. 2b S. 161; BGE 115 II 62 E. 1; Urteil 4C.97/1997 vom 29. Oktober 1997, E. 3a, publ. in: SJ 1998 S. 200). Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. 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 Auftrag, von Dritten erhält (FELLMANN, Berner Kommentar, N. 115, 117, 127 zu Art. 400 OR; WEBER, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 400 OR; 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., N. 128 und 132 zu Art. 400 OR; WEBER, a.a.O., N. 14 zu Art. 400 OR). 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, E. 3.1; FELLMANN, a.a.O., N. 131 zu Art. 400 OR mit weiteren Hinweisen). 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 (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; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und
BGE 132 III 460 S. 465

unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (vgl. 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). Aus BGE 112 III 90 E. 4e S. 97 ergibt sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz nichts Gegenteiliges.
4.2 Die auftragsrechtliche Ablieferungspflicht kann die Hauptpflicht sein oder eine Nebenpflicht bilden (FELLMANN, a.a.O., N. 151 f. zu Art. 400 OR; WEBER, a.a.O., N. 10 zu Art. 400 OR). 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, N. 38 d/f zu Art. 400 OR), wird die Gültigkeit einer Verzichtsvereinbarung in der neueren Lehre überwiegend bejaht (vgl. WERRO, Commentaire Romand, N. 20 zu Art. 400 OR; FELLMANN, a.a.O., N. 154 zu Art. 400 OR; 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, N. 10/21 zu Art. 400 OR; differenzierend HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel 2000, S. 119). Art. 400 OR enthält kein ausdrückliches Verzichtsverbot und es sind auch keine Gründe erkennbar, welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen. Mit der überwiegenden neueren Lehre ist daher grundsätzlich die Gültigkeit einer Vereinbarung zu bejahen, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte verzichtet. Immerhin ergeben sich Schranken aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags, welche durch eine entsprechende Vereinbarung nicht aufgehoben werden kann (vgl. FELLMANN, a.a.O., N. 154 zu Art. 400 OR). Die Fremdnützigkeit als solche wird zwar nicht berührt, wenn die Ablieferung von Einnahmen wie sog. Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag eine Nebenpflicht bildet und dem Beauftragten dadurch im Ergebnis ein - zusätzliches - Entgelt für seine Tätigkeit zukommen soll. 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
BGE 132 III 460 S. 466

(vgl. BGE 110 II 181 E. 2 S. 182; GUHL/SCHNYDER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, S. 553 Rz. 20). Von der Lehre wird daher zutreffend verlangt, 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 (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). Diese Anforderung rechtfertigt sich zusätzlich aus der Erwägung, dass eine solche Vereinbarung zu Interessenkonflikten führen kann, da durch (zu) häufige Transaktionen ein nennenswertes Zusatzeinkommen erzielt werden kann (zum sog. Churning vgl. WATTER, a.a.O., S. 1177).
4.3 Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, wenn sie annimmt, ein Verzicht auf die Ablieferung von im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Retrozessionen ergebe sich auch daraus, dass entsprechende Vereinbarungen als üblich gelten könnten. Nach der Feststellung im angefochtenen Urteil leiten 81 % der Vermögensverwalter Retrozessionen nicht an ihre Kunden weiter und bestehen 28.5 % ihrer Einnahmen aus Retrozessionen. Aus der allgemeinen tatsächlichen Verbreitung der Einbehaltung von Retrozessionen allein kann weder in Bezug auf den Grundsatz noch die Höhe derartiger Einnahmen eine übliche Vergütung nach Handels- oder Ortsgebrauch im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR abgeleitet werden (vgl. BGE 120 V 515 E. 4b/bb S. 520). Abgesehen davon, dass die entsprechenden Einnahmen von der Art und Häufigkeit von Vermögenstransaktionen abhängen, bildet die Vereinbarung über die Einbehaltung der umstrittenen Retrozessionen und ähnlicher Einnahmen keine Honorarabrede, auch wenn damit im Ergebnis die Entschädigung des Vermögensverwalters für seine Tätigkeit erhöht wird. Denn es kann nicht als üblich unterstellt werden, dass ein Auftraggeber unbesehen auf Rechenschaft verzichte und mit Einnahmen des Beauftragten einverstanden sei, deren Ausmass er weder kennen noch kontrollieren kann. Die Standesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter verlangen denn auch im Gegenteil, dass der Vermögensverwalter gegenüber dem Kunden sämtliche derartigen Leistungen offen legt und im Vertrag mit dem Kunden festhält, wem die Rückvergütungen zukommen sollen (EMCH/RENZ/ ARPAGAUS, a.a.O., N. 1694 S. 554; vgl. Art. 10 i.V.m. Art. 7 Anhang B Standesregeln VSV). Derartige Standesregeln können nach der Rechtsprechung als Ausdruck einer Berufsübung zur Auslegung
BGE 132 III 460 S. 467

und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden (Urteil 4C.236/ 1997 vom 31. Oktober 1997, publ. in: SJ 1998 S. 379, E. 3b mit Verweis auf BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters bei Derivaten - Bemerkung zum Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 1995 [4C.467/1994] in SZW 1996 S. 240 ff.; vgl. auch FELLMANN, a.a.O., N. 71 zu Art. 396 OR; LOMBARDINI, a.a.O., S. 503). Sie stehen hier einer Auslegung entgegen, wonach der Beauftragte mangels gegenteiliger Absprache die im Rahmen der Vermögensverwaltung eingenommenen Retrozessionen nicht abliefern müsse. Es bedarf einer Vereinbarung der Parteien, aus der sich der Wille des informierten Mandanten eindeutig ergibt, auf die Ablieferung der dem Mandatar im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen (ganz oder teilweise) zu verzichten.
4.4 Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall eine entsprechende Vereinbarung bejaht. Die Vorinstanz erwog zunächst in Würdigung der Beweise, dass auf die widersprüchliche Aussage des an der Klägerin wirtschaftlich Berechtigten B. (über die konkrete Kenntnis bzw. Unkenntnis von bezogenen Retrozessionen und Finder's Fees) nicht abgestellt werden könne. Die Vorinstanz stellte hingegen auf die Aussage des Stiftungsratspräsidenten der Klägerin (Dr. E.) ab. Aus dem Umstand, dass der Stiftungsratspräsident wusste, dass Retrozessionen und Finder's Fees an den Beklagten bezahlt wurden, könne - so die Vorinstanz - nur geschlossen werden, dass "sich die Parteien stillschweigend, aber zumindest durch konkludentes Handeln darüber einig waren, dass die Retrozessionen und Finder's Fees beim Beklagten verbleiben sollen." Die Vorinstanz hat angenommen, dass der Beklagte angesichts sämtlicher Umstände davon ausgehen durfte, die Klägerin sei damit einverstanden gewesen, dass der Beklagte die Entschädigungen behalte, zumal sie Stillschweigen bewahrte. Die Vorinstanz erwog sodann in Anlehnung an die Begründung der ersten Instanz, dass der wirtschaftlich Berechtigte B. durch sein Stillschweigen betreffend die (allgemeine) Geschäftsabwicklung der Klägerin, "wozu auch die ihm allgemein bekannte Usanz der Auszahlung von Retrozessionen und Finder's Fees zählt", sein Einverständnis erklärte; denn ohne das Vorliegen einer solchen "Einigung" wäre nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin trotz Kenntnis des Bezugs von Retrozessionen und Finder's Fees nicht eingeschritten sei; ausserdem deute eine Besprechungsnotiz des Beklagten darauf hin, dass zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten der Klägerin (B.) und dem Beklagten sogar ausdrücklich vereinbart worden sei, dass
BGE 132 III 460 S. 468

dem Beklagten auch die Kommissionen als Honorar verbleiben sollten. Die Vorinstanz leitete jedoch

aus diesen Feststellungen nichts ab und traf insbesondere keine Feststellungen über eine allfällige Befugnis des wirtschaftlich Berechtigten zur Vertretung der Klägerin bzw. zur Genehmigung ihrer Geschäfte. Sie hielt es vielmehr für das zwischen den Parteien geltende Vertragsverhältnis für letztlich belanglos, ob die wirtschaftlich berechtigten Personen der (Nicht-)Ablieferung von Retrozessionen und Finder's Fees zugestimmt hätten oder nicht. Die Vorinstanz erwog schliesslich, dass der damalige Stiftungsratspräsident der Klägerin (Dr. E.) zwar nicht um die konkrete Höhe der Auszahlungen, aber immerhin darum gewusst habe, dass solche Auszahlungen in der Schweiz üblich seien; ausserdem sei ihm die Grössenordnung der verwalteten Vermögenswerte bekannt gewesen; ebenso sei er über deren Stand per Ende Jahr jeweils informiert worden und habe Kenntnis vom konkreten Verwaltungshonorar gehabt; folglich habe er auch die Höhe der Retrozessionen und Finder's Fees "fassbar abschätzen" können.
4.5 Das von der Vorinstanz festgestellte Wissen des Organs der Klägerin über die Grössenordnung der vom Beklagten eingenommenen Retrozessionen und Finder's Fees genügt nicht für einen rechtswirksamen Verzicht auf Rechenschaftslegung und Ablieferung mit dem die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR wegbedungen wird. Die von der Vorinstanz festgestellte Schätzbarkeit der Höhe der Retrozessionen aufgrund der Grössenordnung des verwalteten Vermögens, des vereinbarten Verwaltungshonorars und der Üblichkeit solcher Einnahmen vermittelte der Klägerin 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 Beklagten hatte die Klägerin (bzw. ihr Stiftungsratspräsident) nach den Feststellungen der Vorinstanz keine Kenntnis. Auch wenn daher der Beklagte wusste, dass dem Stiftungsratspräsidenten als Organ der Klägerin die Üblichkeit derartiger Entschädigungen bekannt war und dass er um die Grössenordnung des verwalteten Vermögens wusste, durfte er nach Treu und Glauben aus dem blossen Stillschweigen der Klägerin bzw. deren Organe nicht ableiten, er sei von der Rechenschaftsablegung und Ablieferung der ihm im
BGE 132 III 460 S. 469

Rahmen der Verwaltung des Vermögens der Klägerin von Dritten bezahlten Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen befreit. Angesichts der Bedeutung der Rechenschaftspflicht für den fremdnützigen Auftrag hätte es vielmehr dem Beklagten oblegen, die Klägerin bzw. deren zuständige Organe über die konkret anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees in Kenntnis zu setzen. Ohne ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung der Klägerin auf Rechenschaftslegung und Ablieferung hätte sich der Beklagte zumindest vergewissern müssen, dass 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 Klägerin durfte der Beklagte nach den im angefochtenen Urteil festgestellten Umständen nicht auf einen Verzicht der Klägerin auf Herausgabe dieser der Klägerin zustehenden Einnahmen schliessen.
4.6 Die Vorinstanz hat bundesrechtswidrig angenommen, dass die umstrittenen Retrozessionen nicht der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 OR unterfallen und bundesrechtswidrig aus dem blossen Stillschweigen der Auftraggeberin geschlossen, dass der Beauftragte nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, die Klägerin sei mit der Nicht-Ablieferung von Retrozessionen und ähnlichen im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallender Entschädigungen einverstanden. Die Berufung ist in diesem Punkt begründet. Da dem angefochtenen Urteil keine Feststellungen darüber zu entnehmen sind, welche Beträge aus welchen Rechtsgeschäften der Beklagte im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens der Klägerin von Dritten eingenommen hat, ist das angefochtene Urteil entsprechend dem Eventualantrag der Klägerin aufzuheben. Die Sache ist zur Ergänzung der massgebenden Feststellungen im Rahmen der rechtsgenügenden Vorbringen in diesem Punkt und zu neuem Entscheid im Rahmen der prozessual zulässigen Rechtsbegehren gemäss den vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG).