



Kass.-Nr. AA080157/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

Zirkulationsbeschluss vom 21. Oktober 2009

in Sachen

____,

____,

Beklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ____

gegen

____,

____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ____

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. September 2008 (HG070065/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 5. Juni 2003 gingen die Parteien untereinander vertragliche Beziehungen zwecks Verwaltung des beschwerdegegnerischen (klägerischen) Vermögens ein (es liegen in diesem Zusammenhang diverse Formulare bei den Akten [vgl. etwa HG act. 4, 12 und 15], so insbesondere auch HG act. 4/2 [„Vermögensverwaltungsauftrag“] und HG act. 15/5 [„Anlageauftrag – Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“]). Gleichentags übergab die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin (Beklagte) den Betrag von EUR 32'000.--, umgerechnet Fr. 48'672.-- (HG act. 15/9). Dieser Betrag wurde auf das neu eröffnete Konto bei der ____, lautend auf den Namen der Beschwerdegegnerin, einbezahlt (HG act. 4/5). In der Folge wurde bei der ____ eine gemischte Lebensversicherung abgeschlossen (HG act. 4/16). Die Beschwerdeführerin verrechnete der Beschwerdegegnerin sodann (u.a.) einen „Agio-Betrag“ in Höhe von Fr. 12'300.--, Auslands-Bearbeitungsgebühren sowie eine Hinterlegungsgebühr (HG act. 4/5 und HG act. 15/20 S. 2).

2. Mit Klageschrift vom 12. März 2007 klagte die Beschwerdegegnerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Beschwerdeführerin auf Verpflichtung zur Zahlung von Fr. 48'672.50 (nebst Zins; HG act. 1 und 7; KG act. 2 S. 2). Replicando erweiterte die Beschwerdegegnerin das Rechtsbegehren mit dem Antrag auf Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur vollständigen Auskunft über sämtliche im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsvertrag erhaltenen Provisionen und Retrozessionen (HG act. 19 S. 2; KG act. 2 S. 2).

Die Beschwerdegegnerin machte vor Vorinstanz geltend, dass die Beschwerdeführerin den Lebensversicherungsvertrag gegen ihren Willen abgeschlossen habe. Sie habe ihr Geld nur kurzfristig für 2-3 Jahre anlegen wollen (KG act. 2 S. 2). Hinsichtlich des Formulars „Anlageauftrag – Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“ machte die Beschwerdegegnerin einerseits geltend, dass die im Formular aufgedruckten Angaben von „Anlagebeginn“ bis zur Erklärung über das Agio zum Zeitpunkt der Unterzeichnung nicht bestanden hätten. Die Angaben

seien von der Beschwerdeführerin nachträglich in das Formular aufgenommen worden (KG act. 2 S. 13). Zudem sei die Verrechnung einer „Agio-Gebühr“ in Höhe von Fr. 12'300.--, die zweifache Geltendmachung einer Auslands-Bearbeitungsgebühr in Höhe von (2 x) Fr. 2'500.-- sowie die Abbuchung einer Hinterlegungsgebühr in Höhe von Fr. 150.-- ungerechtfertigt (KG act. 2 S. 20 ff. Erw. 4).

Das Handelsgericht trat mit Beschluss vom 3. September 2008 auf das Begehren um Auskunft nicht ein (KG act. 2 S. 25 Beschluss-Disp.-Ziff. 1). Die Beschwerdeführerin wurde gleichentags, d.h. mit Urteil des Handelsgerichts vom 3. September 2008 sodann verpflichtet, der Beschwerdegegnerin Fr. 14'800.-- (zuzüglich Zins) zu bezahlen. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen (KG act. 2 S. 25 Urteils-Disp.-Ziff. 1).

3. Mit der vorliegenden (rechtzeitig eingereichten) Nichtigkeitsbeschwerde vom 10. Oktober 2008 beantragt die Beschwerdeführerin (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin) Aufhebung des obgenannten Urteils im Umfang der Klagegutheissung. Die Klage sei abzuweisen, eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2008 auferlegte Prozesskaution in Höhe von Fr. 4'500.-- ging rechtzeitig ein (KG Prot. S. 2 und KG act. 9). Mit (rechtzeitig eingereichter und der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellter [KG Prot. S. 4]) Beschwerdeantwort vom 11. November 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin [recte: Beschwerdeführerin]) Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10 S. 2). Die Vorinstanz ihrerseits hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8).

II.

1.1. Was den von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Rückabwicklungsanspruch bezüglich der Anlagesumme betrifft, verneinte die Vorinstanz im

angefochtenen Entscheid sowohl einen wesentlichen Irrtum der Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt ihrer Antragsstellung an die ___ (KG act. 2 S. 11 ff. Erw. 3.2.1) als auch einen beschwerdegegnerischen Anspruch aus Auftragsrecht (KG act. 2 S. 17 ff. Erw. 3.2.2; betreffend den bereits vor Klageeinleitung zurückerstatteten Betrag in Höhe von Fr. 13'161.30 vgl. KG act. 2 S. 9 Erw. 2).

Im Zusammenhang mit dem von der Beschwerdegegnerin erhobenen Vorwurf der nachträglichen (nach Unterschrift durch die Beschwerdegegnerin) Ergänzung des Formulars „Anlageauftrag – Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“ (HG act. 15/5), hielt die Vorinstanz für erstellt, dass das fragliche Dokument in jener Form, wie es heute bei den Akten liege, der Beschwerdegegnerin zur Unterschrift vorgelegt worden sei und mithin von der Beschwerdeführerin keine nachträglichen Änderungen vorgenommen worden seien (KG act. 2 S. 13 f.).

Die Verrechnung einer Hinterlegungsgebühr in Höhe von Fr. 150.-- für das Jahr 2003 hielt die Vorinstanz für gerechtfertigt (KG act. 2 S. 23 Erw. 4.3). Keine Rechtsgrundlage sah sie indessen für die erfolgte Verrechnung einer „Agio-Gebühr“ in Höhe von Fr. 12'300.-- (KG act. 2 S. 20 ff. Erw. 4.1; vgl. dazu nachfolgend). Mangels vertraglicher Grundlage für eine zweimalige Verrechnung einer Auslands-Bearbeitungsgebühr von Fr. 2'500.-- verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zudem zur Rückzahlung von Fr. 2'500.-- an die Beschwerdegegnerin (KG act. 2 S. 22 Erw. 4.2).

1.2. Das beschwerdeführerische Vorbringen in der Beschwerdeschrift richtet sich gegen die vorinstanzlichen Erwägungen hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin vom Konto abgebuchten „Agio-Betrages“ in Höhe von Fr. 12'300.-- (vgl. auch nachfolgend Erw. II.6). Die Vorinstanz kam diesbezüglich zum Schluss, dass diese Buchung ohne Rechtsgrundlage erfolgt sei. Sie erwog, die Bestimmung über das Agio im Formular „Anlageauftrag – Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“ (HG act. 15/5) stehe in einem Widerspruch zur Kommissionsregelung im Vermögensverwaltungsvertrag vom 5. Juni 2003 (HG act. 4/2): Während der Anlagevertrag (recte: Vermögensverwaltungsvertrag) klar definierte „Entschädigungen“ bzw. „Kommissionen“ für klar bestimmte Leistungen

enthalte, werde im Formular „Anlageauftrag – Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“ ein völlig anderer Begriff, nämlich derjenige des „Agio“ verwendet. Zudem bewegten sich die Kommissionssätze gemäss Vermögensverwaltungsvertrag zwischen 0.25 % und 2 %; im Formular „Anlageauftrag – Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“ sei jedoch von Ausgabekosten (Agio) in der Höhe von 5 % die Rede. Es bestünden somit sich widersprechende prozentuale Honoraransätze. Weiter sei nicht klar, ob sich diese 5 % im Formular „Anlageauftrag – Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“ auf die Depotsumme von Fr. 246'000.-- oder auf die Ausgabekosten (Agio) bezögen. Schliesslich sei der in diesem Formular verwendete Begriff „Agio“ im interessierenden Zusammenhang irreführend und systemwidrig. Die Bestimmung betreffend die Ausgabekosten (Agio) im Formular „Anlageauftrag – Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“ sei somit unklar, widerspreche den Bestimmungen im Vermögensverwaltungsauftrag vom 5. Juni 2003 und sei deshalb unwirksam. Diese Unwirksamkeit habe sich die Beschwerdeführerin auf Grund ihrer eigenen unklaren und widersprüchlichen Vertragsgestaltung anrechnen zu lassen; sie habe deshalb auch die Konsequenz der für sie ungünstigen Auslegung zu tragen und der Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. 12'300.-- zurückzuerstatten (KG act. 2 S. 20-22 Erw. 4.1).

2.1. Einleitend ist die Beschwerdeführerin auf die Natur des Kassationsverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, hinzuweisen: Daraus folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme

behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2.2. Angesichts dieser (im vorliegenden Kassationsverfahren geltenden) Anforderungen an die Substantiierung von Vorbringen erweist sich ein pauschaler Verweis in der Beschwerdeschrift auf die Parteivorbringen vor Vorinstanz als unbehelflich (vgl. KG act. 1 Rz 13).

2.3. Den Rz 13-18 der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 5-7 Ziff. 3) sind - ohne dass damit konkrete Nichtigkeitsgründe (genügend substantiiert) geltend gemacht würden - unter dem Titel „Sachverhalt“ Vorbringen zum Sachverhalt zu entnehmen. Auf das Vorbringen braucht daher nicht gesondert eingegangen zu werden.

3.1. Die Beschwerdeführerin rügt in der Beschwerdeschrift zunächst eine Verletzung des Rechts auf Beweisführung. Die Vorinstanz habe – zu Unrecht und in Verletzung von § 133 ZPO - ohne Ermittlung des Parteiwillens und der tatsächlichen Grundlagen der geschlossenen Verträge direkt eine objektivierete Vertragsauslegung vorgenommen. **Zwischen den Parteien sei streitig** – so die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift -, **welcher Lebenssachverhalt durch den jeweiligen Vertrag** (Anlageauftrag / Vermögensverwaltungsauftrag) **geregelt werde**, also welche Rechte und Pflichten sich aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis ergäben. Dabei handle es sich um eine **Tatfrage** (Hervorhebungen durch die Beschwerdeführerin). Die Frage, was die Parteien mit einem Vertrag regeln wollten und was ihr übereinstimmender Wille gewesen sei, sei keine Rechtsfrage. Eine solche stelle nur die objektivierete Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip dar. Sie (die Beschwerdeführerin) habe vor Vorinstanz darauf hingewiesen, dass die Einstiegsgebühr des Vermögensaufbauplanes, gemäss dem Anla-

geauftrag eben die sog. „Ausgabekosten (Agio)“, von den Honoraren für die Vermögensverwaltung gemäss Vermögensverwaltungsauftrag zu unterscheiden sei. Demgegenüber habe die Beschwerdegegnerin behauptet, die Ausgabekosten (Agio) seien Gegenstand des Vermögensverwaltungsauftrages. Diese habe die durch die Beschwerdeführerin geltend gemachte tatsächliche und rechtliche Trennung des Vermögensverwaltungsauftrages vom Anlageauftrag resp. ein mehrteiliges Gebührenmodell bestritten (KG act. 1 S. 7-11 Ziff. 4.1 und S. 12 f. Ziff. 4.3).

Der vorinstanzliche Entscheid basiert auf einer Vertragsauslegung. Eine solche ist grundsätzlich nur im Falle eines Auslegungstreits unter den beteiligten Parteien angebracht (Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2008, N 1196). Dass ein solcher vorliegt, wird in der Beschwerdeschrift nicht in Frage gestellt, zumal die Beschwerdeführerin darin ausführlich auf die Meinungsverschiedenheiten der Parteien in Bezug auf den Inhalt des geschlossenen Vertrags resp. der geschlossenen Verträge hinweist und insbesondere vorbringt, die Parteien verträten unterschiedliche Ansichten betreffend die aus dem fraglichen Vertrag resp. den fraglichen Verträgen fliessenden Rechte und Pflichten (KG act. 1 insb. Rz 21 ff.). Eine diesbezügliche Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO ist daher nicht behauptet (und wäre im Übrigen auch nicht ersichtlich).

Die seitens der Vorinstanz vorgenommene Vertragsauslegung ist objektivierter resp. normativer Natur. Eine solche objektivierter Vertragsauslegung kommt dann zum Zug, wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht mehr feststellen lässt (Gauch/Schluemp/Schmid, a.a.O., N 1201 und 1225). Die Feststellung des wirklichen Willens von Vertragsparteien ist (insoweit ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen) Tatfrage. Indessen macht die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) geltend, dass sie vor Vorinstanz vorgebracht habe, beide Parteien hätten bei Vertragsabschluss übereinstimmend das gleiche Gebührenmodell gewollt (d.h. den Willen gehabt, ein [im Sinne des beschwerdeführerischen Vorbringens; vgl. dazu KG act. 1 Rz

22] mehrteiliges Gebührenmodell anzuwenden und die im Formular Anlageauftrag genannten Ausgabekosten (Agio) neben den im Formular Vermögensverwaltungsauftrag vorgesehen Kommissionen als Einstiegsgebühr vorzusehen). Was die seitens der Beschwerdeführerin geltend gemachte mehrteilige Natur des Gebührenmodells anbelangt, so wird in der Beschwerdeschrift lediglich dargelegt, dass die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz vorgebracht habe, dass dies ihrem Willen (dem Willen der Beschwerdeführerin) entsprochen habe. Dass (und an welcher Stelle) sie vor Vorinstanz vorgebracht hätte, dass das von ihr behauptete mehrteilige Gebührenmodell anlässlich des Vertragsabschlusses auch von der Beschwerdegegnerin tatsächlich gewollt gewesen sei, wird in der Beschwerdeschrift nicht dargetan. Daran vermag auch nichts zu ändern, wenn die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift vorbringt, die Beschwerdegegnerin habe mit ihren Unterschriften ihr Einverständnis zu den Gebühren des jeweiligen Vertrags erklärt und bestätigt, das Gebührenmodell erklärt bekommen und verstanden zu haben (KG act. 1 Rz 22 und 42). Es ist daher auch im Umstand, dass die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Frage der vereinbarten Gebühr(en) / Honorar(e) eine objektivierte Vertragsauslegung vornahm, keine Verletzung klaren materiellen Rechts zu sehen. Das beschwerdeführerische Vorbringen, die Vorinstanz habe zu Unrecht und in Verletzung von § 133 ZPO ohne Ermittlung des Parteiwillens eine objektivierte Vertragsauslegung vorgenommen, geht daher fehl.

3.2. Wenn im angefochtenen Entscheid – so die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift weiter – von sich widersprechenden prozentualen Honoraransätzen die Rede sei, liege dem die willkürliche und unter den Parteien streitige tatsächliche Annahme zugrunde, dass die Ausgabekosten (Agio) gemäss Anlageauftrag sowie die im Formular Vermögensverwaltungsauftrag definierten Kommissionsgebühren die Vergütung derselben Leistung zum Inhalt hätten bzw. durch denselben Lebenssachverhalt ausgelöst würden (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 4.3).

Zunächst ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz *explizit* erwog, die Ausgabekosten (Agio) gemäss Anlageauftrag sowie die im Formular Vermögensverwaltungsauftrag definierten Kommissionsgebühren hätten die Vergütung derselben Leistung zum Inhalt bzw. würden durch denselben Lebenssachverhalt ausgelöst. Die

Beschwerdeführerin macht in der Beschwerdeschrift jedoch geltend, dies gehe implizit aus den vorinstanzlichen Erwägungen zur Widersprüchlichkeit der prozentualen Honoraransätze hervor (KG act. 1 Rz 19 ff. und Rz 38 ff.).

Die Vorinstanz begründete die (ihrer Ansicht nach gegebene) Widersprüchlichkeit der Honorare mit dem Vorliegen „sich widersprechender prozentualer Honoraransätze“ (unterschiedliche Honorarbefehle und –ansätze; KG act. 2 S. 21). Richtig ist, dass die in den zwei fraglichen Formularen festgelegten Honorare eigentlich nur dann als widersprüchlich erschienen, wenn davon ausgegangen würde, dass die Ausgabekosten (Agio) gemäss Anlageauftrag sowie die im Formular Vermögensverwaltungsauftrag vorgesehenen Kommissionsgebühren die Vergütung derselben Leistung zum Inhalt hätten. Wenn die Vorinstanz im Rahmen einer objektivierten Vertragsauslegung auf die (diesfalls gegebene) Widersprüchlichkeit der Honorarregelungen verweist, heisst dies indessen nicht, dass die fragliche Annahme dem angefochtenen Entscheid – in tatsächlicher Hinsicht - zugrunde läge. Das beschwerdeführerische Vorbringen, dem angefochtenen Entscheid liege in Verletzung der Beweisvorschriften (sowie der richterlichen Begründungspflicht; vgl. dazu KG act. 1 Rz 33 ff.) die willkürliche, tatsächliche Annahme zugrunde, dass die Ausgabekosten (Agio) gemäss Anlageauftrag sowie die im Formular Vermögensverwaltungsauftrag definierten Kommissionsgebühren die Vergütung derselben Leistung zum Inhalt haben, erweist sich demnach als unbegründet.

3.3. Das beschwerdeführerische Vorbringen (KG act. 1 Rz 19-45) ist indessen dahingehend zu prüfen, ob damit hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen zur Widersprüchlichkeit und Unklarheit der beschwerdeführerischen Vertragsgestaltung allenfalls Willkür resp. eine nicht vertretbare Rechtsanwendung dargetan wird:

a) Zunächst ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass in der Beschwerdeschrift nicht geltend gemacht wird (und im Übrigen auch nicht ersichtlich wäre), dass dem angefochtenen Entscheid hinsichtlich der vertraglichen Gebührenbestimmungen eine Aktenwidrigkeit zugrunde läge. Es wird darin auch nicht geltend gemacht, die Vorinstanz habe wesentliche Vertragsbestimmungen nicht mitberücksichtigt resp. übersehen.

Die Vorinstanz beurteilte die Vertragsbestimmungen der Parteien unter dem Aspekt, dass – so die Vorinstanz – im Rahmen einer Vertragsauslegung immer die Gesamtheit der vertraglichen Regelungen zu berücksichtigen sei (KG act. 2 S. 20 Erw. 4.1.b). Sie hielt demnach, trotz des Vorliegens verschiedener (Vertrags-)Formulare mit unterschiedlicher Vertragsbezeichnung dafür, dass die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien als einheitliches, zusammenhängendes Vertragsgefüge zu beurteilen seien. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts ist dabei nicht ersichtlich (BSK OR I – Wolfgang Wiegand, Art. 18 N 38), ebenso wenig eine Verletzung der richterlichen Begründungspflicht (vgl. dazu KG act. 1 Rz 33 ff. und 59). Vor diesem Hintergrund hielt die Vorinstanz schliesslich die Vertragsgestaltung und insbesondere das Zusammenspiel der diversen, in den verschiedenen Vertragsformularen enthaltenen Gebührenbestimmungen für unklar. Die Beschwerdeführerin ihrerseits beruft sich in der Beschwerdeschrift auf das Vorliegen eines Anlageauftrages einerseits und eines Vermögensverwaltungsvertrages andererseits und bringt vor, die Gebühren würden in den Verträgen – ausschliesslich auf den jeweiligen Vertrag bezogen – „ausdrücklich und abschliessend“ vermerkt (KG act. 1 Rz 22). Darin kann keine genügend substantiierte Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz, gemäss welchen die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien einheitlich zu beurteilen sind, gesehen werden. Jedenfalls wird allein mit diesem Vorbringen keine Verletzung klaren materiellen Rechts durch die Vorinstanz dargetan. Sodann wird (wie bereits erwogen) in der Beschwerdeschrift nicht geltend gemacht, die Vorinstanz habe wesentliche Vertragsbestimmungen nicht mitberücksichtigt resp. übersehen, insbesondere wird nicht geltend gemacht, die Vorinstanz habe vertragliche Bestimmungen, welche auf die (beschwerdeführerischerseits behauptete) mehrteilige Natur des Gebührenmodells hinwiesen, übersehen. Dass die in casu gegebene Vertragsgestaltung (in formeller resp. gestalterischer Hinsicht) handelsüblich wäre, bringt die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift sodann nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) vor.

b) Dazu kommt, dass die Vorinstanz die Vertragsbestimmung zu den Ausgabe-
kosten (Agio) auch aufgrund ihrer Unklarheit an sich für unwirksam erachtete (KG

act. 2 S. 21), und die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift auch diesbezüglich keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag:

Zum Einen ist gemäss der Vorinstanz nicht klar, ob sich die angeführten 5 % auf die Depotsumme von Fr. 246'000.-- oder auf die Ausgabekosten beziehen (KG act. 2 S. 21). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht auseinander, weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht. Weiter - so die Vorinstanz - habe der Begriff „Agio“ nichts mit einem Honorar im Zusammenhang mit einem Vermögensverwaltungsauftrag bzw. der Vermittlung von Lebensversicherungen zu tun (KG act. 2 S. 21). Zunächst sei in diesem Zusammenhang auf die nachfolgenden Erwägungen (Ziff. II.3.3.c) verwiesen. In materieller Hinsicht setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift mit der vorinstanzlichen Erwägung, das Agio sei ein Aufschlag auf den Nennwert von Wertpapieren, werde üblicherweise bei der Ausgabe von Wertpapieren verrechnet und habe nichts mit einem Honorar im Zusammenhang mit einem Vermögensverwaltungsauftrag bzw. der Vermittlung von Lebensversicherungen zu tun, jedenfalls nicht weiter (mindestens nicht genügend substantiiert) auseinander, weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

c) Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerdeschrift weiter vor, die Vorinstanz habe sich – ohne sich auf sichere Kenntnis zu berufen – offensichtlich auf Handelsübung gestützt (KG act. 1 Rz 30 ff.). Auf dieses Vorbringen ist mangels genügender Substantiierung nicht weiter einzutreten. Die Beschwerdeführerin verweist zwar in diesem Zusammenhang auf S. 21 Mitte des angefochtenen Entscheides, jedoch ist trotz dieses Verweises unklar, welche konkrete(n) Erwägung(en) die Vorinstanz gemäss Auffassung der Beschwerdeführerin zu Unrecht auf Handelsübung abstütze.

Im Übrigen wäre der Beschwerdeführerin aber, soweit sie sich damit gegen die vorinstanzlichen Erwägungen zu Definition und üblicher Funktion eines „Agio“ richtet, entgegenzuhalten, dass sich die Vorinstanz dabei an die allgemein bekannten und in Fremdwörterbüchern zu findenden Angaben hielt (Duden Fremdwörterbuch [Bd. 5], 5.A., Zürich 1990, S. 36). Eine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, insb. eine Verletzung des An-

spruchs auf Beweisführung wäre in diesem Zusammenhang nicht dargetan. Dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Erwägungen zur Widersprüchlichkeit der Honorarregelung auf S. 21 Mitte des angefochtenen Entscheides auf Handelsübung abgestützt hätte, wäre sodann nicht ersichtlich. Auch in diesem Zusammenhang wäre daher keine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze dargetan.

d) Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen zur Frage der Widersprüchlichkeit und Unklarheit der beschwerdeführerischen Vertragsgestaltung keinen Nichtigkeitsgrund darzutun. Daran vermag nichts zu ändern, dass das seitens der Vorinstanz zur Begründung ihres Entscheides - u.a. - angeführte Argument der Widersprüchlichkeit der Bestimmung betreffend die Ausgabekosten (Agio; HG act. 15/5) zu den Bestimmungen im Formular HG act. 4/2 zu relativieren ist (vgl. vorne Erw. II.3.2 Abs. 3). Dies ist eine Folge der einheitlichen Auslegung des gesamten Vertragswerkes zwischen den Parteien durch die Vorinstanz, die damit - wie dargelegt - kein klares materielles Recht verletzt bzw. keine geradezu unvertretbare Rechtsanwendung beging. Zudem stellt der angefochtene Entscheid nicht nur auf diese Widersprüchlichkeit ab und vermag die Beschwerdeführerin (wie gezeigt) hinsichtlich der übrigen Erwägungen der Vorinstanz keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts durch die Vorinstanz ist daher nicht dargetan. Auch eine Verletzung der richterlichen Begründungspflicht ist im vorliegend interessierenden Zusammenhang nicht ersichtlich.

4. Dass die Anwendung der Unklarheitenregel zufolge umfassender Durchberatung der Gebührenordnung durch die Parteien gegen klares materielles Recht verstiesse, wird in der Beschwerdeschrift nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) geltend gemacht. Darauf ist deshalb nicht weiter einzutreten. Im Übrigen wäre in diesem Zusammenhang eine Verletzung (klaren) materiellen Rechts wohl deshalb zu verneinen, weil die Beschwerdeführerin (gemäss Vorbringen in der Beschwerdeschrift; Rz 14 und 22) der Beschwerdegegnerin die Gebührenregelung zwar erläutern will, nicht jedoch von einer eigentlichen Durchberatung der Honorarregelung durch die Parteien spricht (Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1233).

5. Die Beschwerdeführerin hält schliesslich dafür, dass ihr ein Honoraranspruch auch bei Unwirksamkeit der Vereinbarung über die Ausgabekosten (Agio) hätte zugesprochen werden müssen. Indem die Vorinstanz dies unterlassen habe, habe sie klares materielles Recht verletzt und den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO gesetzt. Beide Parteien – so die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift – seien von der Entgeltlichkeit der beschwerdeführerischerseits zu erbringenden Dienstleistungen ausgegangen, weshalb die gänzliche Verneinung eines Honoraranspruchs der Beschwerdeführerin klares materielles Recht, insbesondere Art. 394 Abs. 3 OR verletze. Die Vergütung der Dienstleistungen eines Vermögensverwalters sei unbestritten handelsüblich. Ebenfalls üblich sei auch die Verrechnung von Eröffnungsgebühren auf Produkten des Finanzmarktes, was die Beschwerdegegnerin sogar selber zutreffend festgehalten habe. Die Ausgabekosten (Agio) gemäss Anlageauftrag stellten ebenfalls übliche Eröffnungsgebühren dar. Wollte man mit der Vorinstanz von der Unwirksamkeit der Vereinbarung über die Ausgabekosten (Agio) ausgehen, müsse für die Höhe des Honorars nach Art. 394 Abs. 3 OR zwingend auf die Handelsübung zurückgegriffen werden. Wenn die Vorinstanz diese Handelsübung nicht als ausgewiesen erachte, so wäre sie nach § 133 ZPO verpflichtet gewesen, diesbezüglich ein Beweisverfahren durchzuführen (KG act. 1 Rz 46 ff.).

Das beschwerdeführerische Vorbringen erweist sich deshalb als unbehelflich, weil dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen werden kann, dass die Beschwerdeführerin ihre vertraglichen Leistungen gänzlich unentgeltlich zu erbringen gehabt hätte. Mit einem allfälligen Honoraranspruch gestützt auf den Vermögensverwaltungsauftrag vom 5. Juni 2003 (mit den Fragen, ob ein solcher bestehe und welche Leistungen damit abgegolten würden) setzte sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid nicht auseinander; ein solcher sei – so die Vorinstanz – seitens der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht (KG act. 2 S. 21 f.). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) auseinander (daran vermögen die Vorbringen in Rz 50 und 55 der Beschwerdeschrift nichts zu ändern). Die Vorinstanz verneinte einen Honoraranspruch der Beschwerdeführerin daher nicht gänzlich, sondern lediglich einen solchen gestützt auf die im Formular „Anlageauftrag –

Schweizer Vermögensaufbauprogramm (SV)“ vorgesehenen Ausgabekosten (Agio) von 5 %. Dass der angefochtene Entscheid auf einer nicht erwiesenen Handelsübung betreffend die Entgeltlichkeit von Dienstleistungen im Bereich der Vermögensverwaltung oder betreffend die Verrechnung von Eröffnungsgebühren auf Produkten des Finanzmarktes basierte (vgl. dazu KG act. 1 Rz 52 ff.), ist sodann nicht ersichtlich.

6. Die Vorinstanz verpflichtete sodann die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin die in Rechnung gestellte (d.h. seitens der Beschwerdeführerin vom Konto der Beschwerdegegnerin abgebuchte) Auslands-Bearbeitungsgebühr in Höhe von Fr. 2'500.-- (nebst Zins) zurückzuerstatten (KG act. 2 S. 22 Erw. 4.2 und S. 25 Urteils-Disp.-Ziff. 1 Satz 1). Soweit die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen im Kassationsverfahren auch die Aufhebung dieser Verpflichtung beantragt (vgl. KG act. 1 S. 2), ist darauf mangels entsprechender Vorbringen nicht einzutreten.

7. Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO darzutun. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird resp. werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das vorliegende Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'200.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 14'800.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin: