Urteilskopf

137 III 393

59. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Pensionskasse X. gegen Y. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_266/2010 vom 29. August 2011

Regeste (de):
Art. 400 Abs. 1 OR; Vermögensverwaltungsvertrag; Herausgabe von Retrozessionen; Verzicht auf Herausgabeanspruch.

Voraussetzungen eines ausdrücklichen Verzichts des Auftraggebers auf die Herausgabe von Rückvergütungen, die dem beauftragten Vermögensverwalter zufliessen (E. 2).

Regeste (fr):
Art. 400 al. 1 CO; contrat de gestion de fortune; restitution de ristournes; renonciation à la créance en restitution.

Conditions d'une renonciation expresse du mandant à la restitution de ristournes versées au gérant de fortune mandaté par lui (consid. 2).

Regesto (it):
Art. 400 cpv. 1 CO; contratto di gestione patrimoniale; consegna di ristorni; rinuncia alla pretesa di restituzione.

Condizioni per una rinuncia espressa del mandante alla consegna di ristorni confluiti al gestore patrimoniale da lui incaricato (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 393

BGE 137 III 393 S. 393

A.

A.a Die Y. AG (Beschwerdegegnerin) ist eine Vermögensverwaltungsgesellschaft. In der Zeit vom 2. Mai 1996 bis zum 12. Oktober 2006 war die Beschwerdegegnerin für die Pensionskasse X. (Beschwerdeführerin) als externe Vermögensverwalterin tätig.

BGE 137 III 393 S. 394

A.b Die Vermögensverwaltung basierte auf einer als "Asset-Management-Vereinbarung" bezeichneten Vereinbarung vom 2. Mai 1996. Ziffern 7 und 8 des Vermögensverwaltungsvertrags sehen Folgendes vor: "7. Der Auftraggeber ersetzt der (Beschwerdegegnerin) sämtliche Courtagen, Abgaben und übrigen Auslagen, die bei der Erfüllung dieses Vertrages anfallen. Allfällige Retrozessionen stehen vollumfänglich der (Beschwerde-

gegnerin) zu. 8. Der Auftraggeber zahlt der (Beschwerdegegnerin) eine allgemeine Administrativkommission von 0.5 % p.a. des Depotwertes. Die Administrativkommission wird vierteljährlich erhoben. Als Berechnungsgrundlage dient jeweils der Depotwert per Ende des Vorquartals. Die Berechnung der Administrativkommission erfolgt pro rata temporis." In Ziffer 17 wird ein als "Vereinbarung betreffend der Transaktionskosten sowie der zugelassenen Portfoliomanagement Aktivitäten" bezeichnetes Schreiben vom 2. Mai 1996 als integrierender Vertragsbestandteil erklärt. Nach diesem "betragen die Transaktionskosten (Courtage) jeweils 0.5 % pro Abrechnung".

A.c Der Beschwerdegegnerin wurden von der Depotbank M. keine Courtagen belastet, die ihr von der Auftraggeberin nach Ziffer 7 Satz 1 zurückzuerstatten gewesen wären. Die Bank M. rechnete als Depotbank die Börsenaufträge jeweils netto ab, d.h. die Courtage von 0.5 % wurde in den Aktienkurs integriert. Sie vergütete der Beschwerdegegnerin aus vereinnahmten Transaktionsgebühren insgesamt Fr. 3'513'932.65 sowie Fr. 118'673.66 aus vereinnahmten Depotgebühren.

B.

B.a Mit Eingabe vom 13. April 2007 klagte die Beschwerdeführerin beim Kantonsgericht Zug gegen die Beschwerdegegnerin auf Rechnungslegung sowie Bezahlung von Fr. 118'673.66 zuzüglich Zins. Mit Replik vom 4. Oktober 2007 ergänzte die Beschwerdeführerin ihr Rechtsbegehren mit einer zusätzlichen Forderung über Fr. 3'513'932.65 zuzüglich Zins. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin habe ihr die Retrozessionen zu vergüten, die dieser von der Depotbank zugeflossen seien. Mit Urteil vom 19. Februar 2009 hiess das Kantonsgericht Zug die Klage im Umfang von Fr. 118'673.66 sowie Fr. 3'513'932.65, jeweils zuzüglich Zins, gut. Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin betreffend Rechenschaftsablegung und Befreiung vom Bankgeheimnis wies es ab, soweit diese nicht gegenstandslos geworden seien.

B.b Mit Urteil vom 23. März 2010 hiess das Obergericht des Kantons Zug eine von der Beschwerdegegnerin gegen das kantonsgerichtliche Urteil erhobene Berufung gut, es hob das angefochtene Urteil vom 19. Februar 2009 auf und wies die Klage ab.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 23. März 2010 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zur Zahlung von Fr. 118'673.66 sowie Fr. 3'513'932.65, jeweils zuzüglich Zins, zu verurteilen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut, es hebt das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zug auf und weist die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr in Verletzung von Bundesrecht den Anspruch auf Herausgabe der von der Beschwerdegegnerin eingenommenen Retrozessionen abgesprochen.

2.1 Auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag sind die auftragsrechtli-

chen Regeln anzuwenden (vgl. BGE 132 III 460 E. 4 S. 463 mit Hinweisen). Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft neben denjenigen Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Behalten darf der Beauftragte nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält (BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464 mit Hinweisen). Zu den indirekten Vorteilen des Beauftragten gehören unter anderem sogenannte Retrozessionen bzw. Rückvergütungen. Darunter werden namentlich Zahlungen verstanden, die dem Vermögensverwalter gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung mit der

Depotbank aus vereinnahmten Gebühren zufliessen. Diese fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen daher der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464 f. mit Hinweisen).

2.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Pflicht zur Herausgabe im Sinne von Art. 400 OR nicht zwingend. Der Auftraggeber kann auf die Ablieferung bestimmter Werte verzichten. Dabei ist nicht nur ein nachträglicher Verzicht auf die Herausgabe bereits erlangter Vorteile zulässig. Die Parteien können grundsätzlich auch vereinbaren, dass der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter künftig anfallender Werte verzichtet. Die Gültigkeit eines solchen Verzichts setzt jedoch voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend deutlich hervorgeht (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f. mit Hinweisen). Darüber, welche konkreten Anforderungen an die Information des Auftraggebers zu stellen sind, damit der von ihm ausgesprochene Verzicht auf die Ablieferung gültig ist, herrscht in der Lehre Uneinigkeit. Während einzelne Autoren davon ausgehen, dass der Auftraggeber die genaue Höhe der Retrozessionen kennen müsse (BRETTON-CHEVALLIER, Le gérant de fortune indépendant, 2002, S. 164; vgl. auch BELLINA BORER-BENZ, Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR, 2006, S. 161), verlangt eine zweite Gruppe Informationen zur Berechnungsgrundlage und zur Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen (NÄNNI/VON DER CRONE, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 2006 S. 383; SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, Emmenegger [Hrsg.], 2007, S. 84; FABIAN SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, 2009, S. 188 ff.; REIMANN/KUHN, Nach dem Retrozessionsentscheid: Konsequenzen für Vermögensverwalter, Der Schweizer Treuhänder 80/2006 S. 690; MONIKA ROTH, Das Dreiecksverhältnis Kunde - Bank - Vermögensverwalter, 2007, Rz. 181; ROLF KUHN, Retrozessionszahlungen an externe Vermögensverwalter, AJP 2006 S. 1054; JEAN-YVES DE BOTH, La saga des rétrocessions, in: Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret, 2010, S. 125 f.; vgl. auch WERNER DE CAPITANI, Retrozessionen an externe

Vermögensverwalter, in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis, 1998, S. 27 Rz. 5). Eine weitere Lehrmeinung will eine ausdrückliche Verzichtsklausel ohne Kenntnis der genauen oder auch nur ungefähren Höhe der Retrozessionen genügen lassen und zusätzliche Informationen nur ausnahms-

weise bzw. nur auf Anfrage des Kunden voraussetzen (SANDRO ABEGGLEN, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen - Einordnung und Anforderungen, recht 25/2007 S. 199, 203; CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, 2008, S. 203; PETER CH. HSU, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, 2006, S. 35 f.; LOMBARDINI/MACALUSO, Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire, AJP 2008 S. 183 ff.; vgl. auch HSU/STUPP, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR]2006 S. 206, die für einen ausdrücklichen Vorausverzicht des Kunden immerhin fordern, dass der unabhängige Vermögensverwalter den Kunden über den Umstand informiert, dass ihm Retrozessionen zukommen, und er dem Kunden ausdrücklich anbietet, auf Wunsch vor dem Verzicht genauere Auskunft über die Zusammensetzung und die mutmassliche Höhe der Retrozessionen zu erteilen).

2.3 Wie die Rechenschaftspflicht ist auch die mit ihr eng verbundene Pflicht zur Ablieferung ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f.; vgl. auch SCHMID, a.a.O., S. 181). Die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR lässt sich darüber hinaus als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen (ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 9 zu Art. 398 OR; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR Bd. VII/6, 2000, S. 36; NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 379; BRETTON-CHEVALLIER, a.a.O., S. 156; vgl. auch WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, N. 128 zu Art. 400 OR, der eine Verbindung von Herausgabepflicht und Interessenwahrung herstellt). Die Ablieferungspflicht garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr begegnet, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 379; vgl. auch BRETTON-CHEVALLIER, a.a.O., S. 161; FELLMANN, a.a.O., N. 128 zu Art. 400 OR).

BGE 137 III 393 S. 398

Ein Interessenkonflikt ergibt sich etwa bei transaktionsabhängigen Rückvergütungen aus dem damit verbundenen Anreiz des Vermögensverwalters, durch (zu) häufige Transaktionen (sog. Churning) ein Zusatzeinkommen zu erzielen (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 466; vgl. GUTZWILLER, a.a.O., S. 198; MONIKA ROTH, Retrozessionen und Interessenkonflikte - wenn der Berater in Tat und Wahrheit ein Verkäufer ist, ZBJV 146/2010 S. 522 f.; CAMP/BÜHRER, Retrozessionszahlungen, Der Schweizer Treuhänder 80/2006 S. 530; KUHN, a.a.O., S. 1052).

2.4 Ein voraussetzungsloser pauschaler Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen ist im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr von Interessenkonflikten, die durch die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR gerade verhindert werden sollen, problematisch. Eine Vereinbarung der Parteien, wonach allfällige Retrozessionen beim Vermögensverwalter verbleiben, setzt daher voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen hinreichend informiert ist. Die sich aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags ergebenden Schranken sind gewahrt, sofern der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, die es ihm erlauben, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen, und er im Wissen darum dem konkreten Entschädigungsmodell zustimmt. Geht man davon aus, dass im Vermögensverwaltungsgeschäft ohne Rückvergütungen anstelle der indirekten Kosten höhere direkte Kosten in Form von Honoraren anfallen würden und sich der Ertrag somit letztlich gleich bleibt, verzichtet der (informierte) Auftraggeber mit der Preisgabe seines Herausgabeanspruchs letztlich nicht auf Geld, sondern insbesondere auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten (vgl. NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 383; BRETTON-CHEVALLIER, a.a.O., S. 164 f.; MÜLLER/MADER, Développements récents de la jurisprudence en matière des contrats spéciaux, in: Actualité du droit des contrats, Jean-Marc Rapp und andere

[Hrsg.], 2008, S. 166; vgl. aber auch ROTH, Dreiecksverhältnis, a.a.O., Rz. 169, die im Falle der Weitergabe der Rückvergütungen an den Kunden eher von einer für den Anleger vorteilhafteren Kostenbilanz ausgeht). Der Auftraggeber muss daher wissen, welche Verwaltungshandlungen und in welchem Ausmass diese von

Abreden mit Dritten beeinflusst sein können (NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 383). Ohne Kenntnis der anfallenden Rückvergütungen ist es weder möglich, die Kostenstruktur zu durchschauen und damit die Plausibilität der anfallenden Aufwendungen einzuschätzen, noch allfällige Interessenkonflikte oder -verletzungen seitens des Vermögensverwalters zu erkennen (WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung, in: Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Wiegand [Hrsg.], 2005, S. 44; HSU, a.a.O., S. 27; BORER-BENZ, a.a.O., S. 153). Ein vorgängiger Verzicht auf die Information bezüglich Rückvergütungen ist nicht möglich; ein solcher käme einem voraussetzungslosen Herausgabeverzicht gleich (ROTH, Dreiecksverhältnis, a.a.O., Rz. 182; SCHMID, a.a.O., S. 181; KUHN, a.a.O., S. 1054; CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, Les clauses de confidentialité dans les accords de collaboration, in: Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret, 2010, S. 113 Fn. 20; a.M. HSU, a.a.O., S. 28 f.). Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig ist, muss der Auftraggeber demnach die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genaue Bezifferung ist bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend verändert und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt ist (vgl. ABEGGLEN, a.a.O., S. 195; EMMENEGGER, a.a.O., S. 84; SCHMID, a.a.O., S. 189; BRETTON-CHEVALLIER, gérant de fortune, a.a.O., S. 164; GUTZWILLER, a.a.O., S. 202; ROTH, Dreiecksverhältnis, a.a.O., Rz. 181). Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen (vgl. NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 383; SCHMID, a.a.O., S. 189; ROTH, Dreiecksverhältnis, a.a.O., Rz. 195; REIMANN/KUHN, a.a.O., S. 690). Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird (vgl. HSU/STUPP, a.a.O., S. 206; HSU, a.a.O., S. 36; EMMENEGGER, a.a.O., S. 84; SCHMID, a.a.O., S. 190; REIMANN/KUHN, a.a.O., S. 690). Das Zusammenspiel dieser beiden Elemente ermöglicht es dem Auftraggeber, im Hinblick auf einen

Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen.

2.5 Eine Pflicht, den Kunden im Hinblick auf eine Verzichtserklärung unaufgefordert über den Umstand der zufliessenden Retrozessionen zu informieren, der für diesen angesichts der damit verbundenen Gefahr von Interessenkonflikten zweifellos von Bedeutung ist, folgt bei der Ausführung des Auftrags aus der Treuepflicht des Beauftragten (vgl. BGE 115 II 62 E. 3a S. 64 f.), ergibt sich jedoch bereits vor Abschluss des Vertrags aus dessen vorvertraglicher Aufklärungspflicht (vgl. BRETTON-CHEVALLIER, gérant de fortune, a.a.O., S. 95 f.; SCHMID, a.a.O., S. 136; BORER-BENZ, a.a.O., S. 151 ff.; zu den vorvertraglichen Aufklärungspflichten FELLMANN, a.a.O., N. 150 ff. zu Art. 398 OR). Inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich ist, da-

mit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht, ist im Einzelfall zu bestimmen, wobei auch der Geschäftserfahrenheit des Auftraggebers Rechnung zu tragen ist (vgl. VON BÜREN/WALTER, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 143/2007 S. 499 f.; JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, ZBJV 146/2010 S. 625; FABIAN SCHMID, a.a.O., S. 190 f.). Während ein gänzlich unerfahrener und unwissender Kunde vom Vermögensverwalter über sämtliche erwähnten Punkte aufzuklären und auf die entsprechenden Zusammenhänge im Einzelnen aufmerksam zu machen ist, aus denen sich angesichts des Empfangs von Leistungen Dritter Interessenkonflikte ergeben können, reicht beim erfahrenen und in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen Vermögensträger ein Hinweis auf die technischen Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie auf das zu erwartende Transaktionsvolumen bzw. die Angabe der erwarteten Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens aus. Die Aufklärung muss dabei weder im einen noch im anderen Fall in einer besonderen Form erfolgen. Hat der Auftraggeber hingegen - etwa aufgrund einer vorbestehenden Geschäftsbeziehung oder infolge Information durch Dritte - im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits Kenntnis der massgebenden Berechnungsgrundlagen, besteht kein Informationsbedarf und der erklärte Verzicht ist auch ohne besondere Aufklärung durch den

Vermögensverwalter gültig (vgl. VON BÜREN/WALTER, a.a.O., S. 499 f.; FABIAN SCHMID, a.a.O., S. 190 f.). Der Beauftragte, der dem Herausgabeanspruch des Kunden dessen Verzicht auf die Ablieferung zugeflossener Rückvergütungen entgegenhalten will, hat jedoch nach Art. 8 ZGB zu beweisen, dass die Voraussetzung der hinreichenden Information beim Auftraggeber vorlag. Ein bloss allgemeiner Hinweis, wonach der Vermögensverwalter möglicherweise Rückvergütungen von Dritten erhält, lässt den Auftraggeber die Tragweite des Verzichts nicht erkennen und ist daher nicht ausreichend (NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 382; EMMENEGGER, a.a.O., S. 83; vgl. auch ROTH, Dreiecksverhältnis, a.a.O., Rz. 195; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Chronik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Oktober 2005-Oktober 2006, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Peter Nobel [Hrsg.], 2007, S. 133; FABIAN SCHMID, a.a.O., S. 189 f.; a.M. ABEGGLEN, a.a.O., S. 199; vgl. auch LOMBARDINI/MACALUSO, a.a.O., S. 183; SIMON SCHÄREN, Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Vermögensverwalters im Bezug auf "Retrozessionen", AJP 2008 S. 1210).

2.6 Ziffer 7 der zwischen den Parteien abgeschlossenen "Asset-Management-Vereinbarung" vom 2. Mai 1996 hält fest, dass allfällige Retrozessionen vollumfänglich der Beschwerdegegnerin zustehen sollen. Der im Vertrag enthaltene Hinweis darauf, dass die Beschwerdegegnerin möglicherweise Rückvergütungen von Dritten entgegennimmt, reicht für einen gültigen Verzicht der Beschwerdeführerin auf ihren auftragsrechtlichen Herausgabeanspruch (Art. 400 Abs. 1 OR) allerdings nicht aus. Ebenso wenig lässt sich aus dem von der Vorinstanz in allgemeiner Weise festgestellten "hohen Fachwissen" bzw. der "bereits vorhandenen Geschäftserfahrung" auf eine konkrete Information der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Berechnungsgrundlage der von der Depotbank M. ausgerichteten Rückvergütungen, geschweige denn deren voraussichtliche Grössenordnung schliessen, worauf auch der angefochtene Entscheid zutreffend hinweist. Die Beschwerdegegnerin vermochte weder nachzuweisen, dass sie der Beschwerdeführerin gegenüber die massgebenden Berechnungsparameter offengelegt, noch dass sie sich konkret zur Grössenordnung der (aufgrund der ungefähren Häufigkeit der massgebenden Transaktionen) zu erwartenden Rückvergütungen geäussert hätte. Dem angefochtenen Entscheid lässt sich auch nicht entnehmen, dass der Beschwerdeführerin die entsprechenden

Berechnungsgrundlagen der zufliessenden Retrozessionen anderweitig zur Kenntnis gebracht worden wären, etwa durch Information seitens der Depotbank (zur Informationspflicht der Bank hinsichtlich Retrozessionen etwa WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 45 ff.; BRETTON-CHEVALLIER, gérant de fortune, a.a.O., S. 165 f.; CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2. Aufl. 2008, S. 746 f. Rz. 108; BORER-BENZ, a.a.O., S. 129 f.; ROTH, Dreiecksverhältnis, a.a.O., Rz. 53 f., 63; rechtsvergleichend das Urteil des BGH vom 19. Dezember 2000, publiziert in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ]146 [2001]235 E. 2 S. 238 ff.; vgl. auch ROLF WATTER, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, AJP 1998 S. 1177; vgl. demgegenüber DE CAPITANI, a.a.O., S. 31 ff. Rz. 18 ff.). Entgegen dem angefochtenen Entscheid reichte für einen gültigen Vorausverzicht auch der Umstand nicht aus, dass die Beschwerdeführerin hätte annehmen müssen, dass Retrozessionen aus den Transaktionskosten fliessen würden und diese "in ihrer Höhe rein mathematisch begrenzt waren durch die maximale Höhe der vereinnahmten Transaktionskosten, also 0.5 % auf dem Gesamtvolumen aller Transaktionen". Diese allgemeinen Angaben, über die der Auftraggeber regelmässig verfügt, lassen ebenso wenig auf die im Einzelfall tatsächlich entrichteten Rückvergütungen schliessen wie die von der Vorinstanz unter Berufung auf den Verband Schweizerischer Vermögensverwalter angeführten durchschnittlich erzielbaren Bruttomargen im Vermögensverwaltungsgeschäft. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführerin die konkreten Ansätze der von der Bank M. ausgerichteten Rückvergütungen unbekannt waren, lässt sich den Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Entscheids auch nicht entnehmen, dass sie über das zu erwartende Transaktionsvolumen informiert gewesen wäre. Das von der Vorinstanz festgestellte Wissen der Beschwerdeführerin über die von der Beschwerdegegnerin vereinnahmten Rückvergütungen reichte für einen rechtswirksamen Verzicht auf den auftragsrechtlichen Herausgabeanspruch (Art. 400 Abs. 1 OR) nicht aus.

2.7 Der abgeschlossene Vertrag ist damit teilnichtig (Art. 20 Abs. 2 OR), d.h. er gilt, jedoch ohne den Herausgabeverzicht (EMMENEGGER, a.a.O., S. 84). Damit hat die Beschwerdeführerin nach Art. 400 Abs. 1 OR grundsätzlich Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen, die der Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der vereinbarten Vermögensverwaltung zugeflossen sind.

Die Beschwerdegegnerin hat im kantonalen Verfahren jedoch verrechnungsweise eigene Ansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin erhoben. Aufgrund der Erwägungen im angefochtenen Entscheid zur Wirksamkeit des Verzichts, die sich als unzutreffend erwiesen haben, hat die Vorinstanz auf die Prüfung der geltend gemachten Verrechnungsforderung verzichtet. Entsprechend ist die Streitsache zur Beurteilung der Verrechnungsforderung an die Vorinstanz zurückzuweisen.