Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.327/2005 /len

Urteil vom 24. November 2006
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Kiss,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
X._____,
Beklagter und Berufungskläger,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Bolliger,

gegen

Y._____ AG,
Klägerin und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bernhard Peter.

Gegenstand
Verantwortlichkeitsklage, Honoraransprüche, Gewinnbeteiligung,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Juli 2005.

Sachverhalt:
A.
Die Y._____ AG (Klägerin) ist eine im Bereich der Vermögensverwaltung tätige Unternehmung mit Sitz in Zürich. Hauptaktionär der Klägerin und ihrer Tochtergesellschaften ist A._____, ein deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland.
X._____ (Beklagter) ist ein diplomierter Bankbeamter und Vermögensverwalter. Er war seit Mai 1987 als Depotverwalter bei der Klägerin angestellt. Diese Tätigkeit beendete er im Oktober 1994. Von Dezember 1990 bis Juli 1994 war er zudem einziger Verwaltungsrat der Klägerin und ihrer Tochtergesellschaften. Er führte zusammen mit A._____ als zeichnungsberechtigter Direktor die Geschäfte der Klägerin. Basis dieser Zusammenarbeit bildeten verschiedene Vereinbarungen, so ein Verwaltungsauftrag vom 15. Mai 1987, eine Vereinbarung betreffend das Verwaltungsratsmandat vom 1. Dezember 1990 sowie eine weitere Vereinbarung gleichen Datums über die Verwaltungstätigkeit. Neben der Tätigkeit für die Klägerin besass der Beklagte diverse eigene Firmen.
Bei Diskussionen um eine Erweiterung der Klägerin und eine Beteiligung des Beklagten als Aktionär kam es zu Uneinigkeiten zwischen A._____ und dem Beklagten, was dazu führte, dass der Beklagte anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 22. Juli 1994 aus seiner Funktion als Verwaltungsrat der Klägerin entlassen wurde.
In der Folge warf die Klägerin dem Beklagten vor, mehrere Bezüge von ihrem Bankkonto getätigt zu haben, die jeglicher Grundlage entbehrten. Unter anderem solle er der Klägerin unzulässigerweise, durch Selbstkontrahieren, den Betrag von Fr. 264'000.– (DEM 300'000.–) entnommen und im Zusammenhang mit einem Darlehen an die B._____ AG für eigene Interessen verwendet haben (sogenannte "Position Treuhandvertrag"). Der Beklagte erhob gegen die Klägerin seinerseits verschiedene Ansprüche, insbesondere auf Honorar, Kommissionen und Gewinnbeteiligung.

B.
Am 12. Mai 1995 gelangte die Klägerin gegen den Beklagten an das Bezirksgericht Zürich, das die Klage zuständigkeitshalber an das Handelsgericht des Kantons Zürich weiterleitete. Sie beantragte, den Beklagten zur Bezahlung von Fr. 419'530.– zuzüglich Zins und Kosten zu verpflichten. Der Beklagte stellte widerklageweise den Antrag, die Klägerin habe ihm Fr. 431'300.– nebst Zins zu bezahlen. Eventuell sei die Klägerin zu verurteilen ihm Fr. 319'188.– nebst Zins zu bezahlen und den Betrag von Fr. 112'112.– sicherzustellen.
Das Handelsgericht schrieb die Klage am 10. Mai 1999 im Betrag von Fr. 5'212.– und die Widerklage im Betrag von Fr. 92'288.– als durch Rückzug erledigt ab. Gleichzeitig schützte es die Klage teilweise im Umfang von Fr. 264'000.– sowie Fr. 42'288.– nebst Zins. Die Widerklage sowie die Eventualwiderklage wies es ab.
Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte eidgenössische Berufung und kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hiess die letztere am 4. September 2000 gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zur Neubeurteilung der Positionen Treuhandvertrag und Kommissionen bzw. Gewinnbeteiligung an das Handelsgericht zurück. In der Folge schrieb das Bundesgericht die eidgenössische Berufung am 12. Oktober 2000 als gegenstandslos ab (Verfahren 4C.239/1999).
C.
Im wiederaufgenommenen Verfahren vor dem Handelsgericht erhöhte der Beklagte mit Eingabe vom 25. März 2004 sein Widerklagebegehren, indem er beantragte, die Klägerin sei zu verpflichten ihm Fr. 544'341.29 nebst Zins zu bezahlen.
Am 7. Juli 2005 entschied das Handelsgericht erneut in der Streitsache. Es verpflichtete den Beklagten in teilweiser Gutheissung der Klage, der Klägerin Fr. 264'000.– sowie Fr. 42'288.–, je nebst Zins, zuzüglich Betreibungskosten zu bezahlen. Die Widerklage und die Eventualwiderklage wies es erneut ab.
Der Beklagte gelangte gegen dieses Urteil mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich, welches das Rechtsmittel am 21. Juli 2006 abwies, soweit es darauf eintrat.
D.
Der Beklagte hat das Urteil des Handelsgerichts vom 7. Juli 2005 ebenfalls mit eidgenössischer Berufung angefochten. Er beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Tatbestands mittels eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und ein neues Urteil zu fällen, in dem die Klage im Umfang von Fr. 264'000.– abzuweisen und das (angefochtene) Urteil hinsichtlich der übrigen Punkte der Klage zu bestätigen sowie die Widerklage im Umfang von Fr. 510'591.29 nebst Zins gutzuheissen sei. Ferner sei von der Reduktion der Widerklage auf einstweilen Fr. 510'591.29 nebst Zins Vormerk zu nehmen.
Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe in verschiedener Hinsicht "seine Begründungspflicht nach Art. 51 Abs. 1 lit. c OG" verletzt.
Nach Art. 51 Abs. 1 lit. c OG ist im berufungsfähigen Entscheid das Ergebnis der Beweisführung festzustellen und anzugeben, inwieweit die Entscheidung auf der Anwendung eidgenössischer, kantonaler oder ausländischer Gesetzesbestimmungen beruht. Die Vorschrift rechtfertigt sich in mehrfacher Hinsicht. Einerseits haben die Parteien im Hinblick auf ihren Entscheid über die Einlegung einer Berufung Anspruch darauf, alle tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des kantonalen Gerichts zur Kenntnis nehmen zu können. Andererseits ergibt sich die Notwendigkeit einer vollständigen und schlüssigen Sachverhaltsfeststellung aus Art. 63 Abs. 2 OG, der die Feststellungen der letzten kantonalen Instanz über tatsächliche Verhältnisse für das Bundesgericht als verbindlich erklärt (BGE 119 II 478 E. 1c S. 480; 110 II 132 E. 3d S. 135; 90 II 207 E. 2 S. 209, je mit Hinweisen). Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, genügt das Urteil der Vorinstanz diesen Anforderungen. Die diesbezüglichen Rügen des Beklagten erweisen sich als unbegründet, soweit sie überhaupt entscheidwesentliche Teile der Begründung im angefochtenen Urteil betreffen und somit darauf einzugehen sein wird. Eine Rückweisung des Urteils an die Vorinstanz nach Art. 52 OG fällt damit ausser Betracht.
2.
Im Berufungsverfahren hat das Bundesgericht seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als wahr und vollständig zugrunde zu legen, es sei denn, diese beruhten auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder bedürften der

Ergänzung, weil das kantonale Gericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm die entscheidwesentlichen Behauptungen und Beweisanträge frist- und formgerecht unterbreitet wurden (vgl. Art. 63 und 64 OG; BGE 130 III 102 E. 2.2; 127 III 248 E. 2c). Die Partei, die den Sachverhalt berichtigt oder ergänzt haben will, hat darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG; BGE 115 II 484 E. 2a).
Wie zu zeigen sein wird, enthält die vorliegende Berufungsschrift zahlreiche Vorbringen, die über die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hinausgehen, ohne dass Sachverhaltsrügen, die den genannten Begründungsanforderungen entsprächen, vorgetragen würden. Insoweit ist der Beklagte nicht zu hören.
3.
Die Vorinstanz verurteilte den Beklagten, der Klägerin aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 754 Abs. 1 OR) Fr. 264'000.– nebst Zins zu bezahlen. Sie begründete dies damit, dass dieser von der Klägerin als deren Verwaltungsrat DEM 300'000.– bezogen habe, wobei er sich auf einen Treuhandvertrag vom 12. Juli 1993 gestützt habe, den er für die Klägerin mit der von ihm beherrschten C._____ AG geschlossen habe und nach dem die C._____ AG (Treuhänderin) auf Rechnung und Gefahr der Klägerin (Treugeberin) ein Darlehen über DEM 300'000.– an die B._____ AG hätte gewähren sollen. Dieser Vertrag sei indessen wegen unzulässigen Selbstkontrahierens nicht gültig zustande gekommen. Entsprechend stehe der Klägerin daraus kein Rückforderungsanspruch gegenüber der C._____ AG zu. Da der Beklagte auch keine Bereicherung der C._____ AG behaupte, verbleibe der Klägerin auch kein Bereicherungsanspruch gegen diese und sei sie im Umfang des bezogenen Betrages geschädigt.
3.1 Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.
3.2 Der Beklagte macht geltend, das Handelsgericht habe zu Unrecht entschieden, dass er ein unzulässiges Insichgeschäft geschlossen und dadurch seine Pflichten als Verwaltungsrat verletzt habe.
3.2.1 Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht erfasst wird. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Dies gilt auch für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe. Auch in diesem Fall bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht (BGE 127 III 332 E. 2a; 126 III 361 E. 3a S. 363 mit Hinweisen).
3.2.2 Die Vorinstanz erkannte zutreffend, dass der Beklagte den Treuhandvertrag vom 12. Juli 1993 für die Klägerin formell nicht mit sich selber, sondern mit der C._____ AG abgeschlossen hat. Sie hielt indessen fest, der Beklagte besitze die Aktienmehrheit an dieser Gesellschaft und sei deren einziger Verwaltungsrat. Dies bedeute, dass der Treuhandvertrag bei Betrachtung der wirtschaftlichen Realität ein Rechtsgeschäft darstelle, das der Beklagte in seiner Funktion als Verwaltungsrat der Klägerin und als "Eigentümer" der C._____ AG mit sich selber abgeschlossen habe. Daran ändere nichts, dass der Vertrag auf Seiten der C._____ AG von der Ehefrau des Beklagten unterzeichnet worden sei. Es bestehe ein manifester Interessenkonflikt, der die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der C._____ AG als missbräuchlich erscheinen und einen Durchgriff durch den Schleier der juristischen Person als gerechtfertigt erscheinen lasse.
3.2.3 Der Beklagte rügt, mit dieser Konklusion missachte die Vorinstanz den Grundsatz, wonach von der rechtlichen und tatsächlichen Trennung zwischen Gesellschaft und Aktionären, d.h. zwischen der C._____ AG und ihm, auszugehen sei; erst wenn weitere Elemente hinzuträten, könne sich das Festhalten des die Gesellschaft beherrschenden Aktionärs an der rechtlichen Identität der Aktiengesellschaft als nicht schützenswert erweisen. Es werde zwar nicht in Abrede gestellt, dass der Treuhandvertrag den Beklagten in zwei Sphären berührt habe, da er gleichzeitig Verwaltungsrat der Klägerin und Miteigentümer der C._____ AG gewesen sei. Dieser Interessenkonflikt mache indessen die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der C._____ AG nicht rechtsmissbräuchlich, da die C._____ AG eine eigene Geschäftstätigkeit führe und nicht etwa bloss als Vehikel für den strittigen Vertrag benutzt worden sei.
3.2.4 Ein sogenannter aktienrechtlicher Durchgriff bedeutet die (ausnahmsweise) Aufhebung der Trennung

zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Aktionären, das Ausserachtlassen der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen Person (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N. 48). Ein Durchgriff kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Grundsätzlich ist die rechtliche Selbständigkeit juristischer Personen zu beachten. Es rechtfertigt sich nur von ihr abzusehen, wenn die Berufung darauf offensichtlich zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich erfolgt (BGE 132 III 489 E. 3.2; 128 II 329 E. 2.4; 113 II 31 E. 3c S. 36, je mit Hinweisen; vgl. dazu auch Baumann, Zürcher Kommentar, N. 328 ff. zu Art. 2 ZGB). Eine zweckwidrige Verwendung einer juristischen Person kann insbesondere vorliegen, wenn ein Alleinaktionär die von ihm beherrschte Aktiengesellschaft zur Umgehung von Verboten missbraucht (Honsell, Basler Kommentar, N. 52 zu Art. 2 ZGB; Merz, Berner Kommentar, N. 288 zu Art. 2 ZGB).
3.2.5 Das grundsätzliche Verbot des Selbstkontrahierens des Vertreters liegt darin begründet, dass die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen besteht, wenn der Vertreter für diesen einen Vertrag mit sich selber abschliesst und damit gleichzeitig seine eigenen Interessen und die damit kollidierenden Interessen des Vertretenen wahrnehmen sollte. Entsprechend ist das Selbstkontrahieren ausnahmsweise zulässig, wenn der Natur des Geschäfts nach eine Benachteiligung des Vertretenen ausgeschlossen ist (vgl. Erwägung 3.2.1 vorne). Der gleiche verpönte Erfolg einer Gefährdung der Interessen des Vertretenen wird auch erzielt, wenn der Organvertreter für eine Aktiengesellschaft einen Vertrag mit einer wirtschaftlich von ihm beherrschten - und daher wirtschaftlich mit ihm identischen - Gesellschaft abschliesst. Auch ein solcher, mit dem Abschluss eines Geschäftes mit sich selber verwandter Tatbestand ist den Regeln des Selbstkontrahierens zu unterwerfen (vgl. Zäch, Berner Kommentar, N. 78 zu Art. 33 OR S. 152). Unabhängig davon müsste in einem solchen Fall der Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der vom Vertreter beherrschten Gesellschaft regelmässig die Anerkennung wegen Missbräuchlichkeit versagt werden, wenn die Ungültigkeit
des Vertrages wegen Selbstkontrahierens geltend gemacht wird, andernfalls das Verbot des Selbstkontrahierens durch den Abschluss entsprechender Geschäfte leicht umgangen werden könnte. Zu beachten ist dabei, dass der Mangel beim Abschluss von solchen Geschäften geheilt werden kann, indem der Vertretene diese genehmigt.
3.2.6 Im vorliegenden Fall schloss der Beklagte den streitbetroffenen Treuhandvertrag als Vertreter der Klägerin mit der C._____ AG, die durch seine Ehefrau handelte. Da der Beklagte nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz im massgeblichen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Mehrheitsaktionär und alleiniger Verwaltungsrat der C._____ AG war, liegt nach dem vorstehend (Erwägung 3.2.5) Ausgeführten ein mit dem Abschluss eines Geschäfts mit sich selber verwandter Tatbestand vor, der den Regeln des Selbstkontrahierens zu unterwerfen ist und bei dem grundsätzlich von der Ungültigkeit des Treuhandvertrags auszugehen ist.
Die Vorinstanz hat somit zu Recht - und mit einer den Anforderungen von Art. 51 Abs. 1 lit. c genügenden Begründung - befunden, dass bei Betrachtung der wirtschaftlichen Realität der Tatbestand des Selbstkontrahierens vorliegt und dass der Beklagte rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er sich auf die rechtliche Selbständigkeit der C._____ AG beruft, um ein grundsätzlich unzulässiges Selbstkontrahieren zu bestreiten. Sie hat demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie entschied, der Treuhandvertrag sei grundsätzlich ungültig. Der vom Beklagten aufgeworfenen Frage, ob der Tatbestand einer unzulässigen Doppelvertretung zu prüfen gewesen wäre, braucht demnach nicht nachgegangen zu werden.
3.2.7 Dass das Geschäft ausnahmsweise gültig wäre, weil seiner Natur nach die Gefahr einer Benachteiligung der Klägerin ausgeschlossen wäre, macht der Beklagte nicht geltend. - Er bestreitet, wenn auch in anderem Zusammenhang, lediglich, dass das mit dem Treuhandvertrag abgeschlossene Geschäft für die Klägerin in seiner konkreten Ausgestaltung unvorteilhaft gewesen sei. Der wesentlichen vorinstanzlichen Feststellung, es habe (schon prinzipiell) ein manifester Interessenkonflikt bestanden, widerspricht er aber nicht, sondern räumt gar selber ein, dass ihn der Treuhandvertrag "in zwei Sphären" berührte und grundsätzlich ein Interessenkonflikt bestand.
3.2.8 Hingegen rügt der Beklagte, die Vorinstanz habe zu Unrecht verneint, dass die Klägerin den Treuhandvertrag genehmigt habe, und dieser daher auch dann ausnahmsweise gültig wäre, wenn von einem Insichgeschäft ausgegangen werde.
3.2.8.1 Ob eine bestimmte Erklärung oder Handlung als eindeutiger Ausdruck einer Genehmigung zu verstehen ist, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip (BGE 108 II 102 E. 2a S. 105 f.; 93 II 461 E. 6a S. 482; Ansgar Schott, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Diss. Zürich 2002, S. 184 f.). Bei der Annahme einer Genehmigung von Insichgeschäften ist dabei Zurückhaltung geboten. Der Zweck des grundsätzlichen Verbots von solchen, dem Vertretenen Schutz vor Interessenkollisionen zu gewähren, rechtfertigt es, ein Verhalten nur dort als Genehmigung des Geschäfts anzuerkennen, wo sich dies unzweifelhaft aus den Umständen aufdrängt

(Schott, a.a.O., S. 185; vgl. auch Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar, N. 11 zu Art. 1 OR). Die Auslegung von Erklärungen oder Handlungen nach dem Vertrauensprinzip ist eine Rechtsfrage und kann daher vom Bundesgericht im Rahmen der Berufung frei überprüft werden. Gebunden ist das Bundesgericht hingegen an die Feststellungen der Vorinstanz betreffend die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, und über das Wissen und den inneren Willen der Beteiligten (vgl. BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f.; 131 III 606 E. 4.1 S. 611, je mit Hinweisen).

3.2.8.2 Der Beklagte ist zunächst nicht zu hören, soweit er als Umstand, der für eine Genehmigung spricht, vorab vorträgt, innerhalb der Klägerin hätten "kleine Verhältnisse" geherrscht, indem die Geschäfte ausschliesslich durch den Beklagten und A._____ geführt worden seien, und letzterer damit das Tagesgeschäft, einschliesslich der vorliegend relevanten Verträge gekannt habe. Damit erweitert er den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt, ohne eine Ausnahme von der Sachverhaltsbindung nach Art. 63 Abs. 2 oder Art. 64 OG zu beanspruchen.

Dasselbe gilt, soweit er geltend macht, "die Klägerin" über sämtliche Umstände des fraglichen "Anlagegeschäfts" orientiert zu haben. Überdies macht er damit nicht substanziiert geltend, ein ihm neben oder übergeordnetes, und damit zur Genehmigung befugtes Organ der Klägerin orientiert zu haben (vgl. Erwägung 3.2.1 vorne).

Sodann ist festzuhalten, dass der kritisierten vorinstanzlichen Erwägung, an die Genehmigung seien vorliegend besonders hohe Anforderungen zu stellen, weil es sich um ein für die Klägerin unvorteilhaftes Geschäft gehandelt habe, keine entscheiderhebliche Bedeutung zukommt. So hat die Vorinstanz, wie nachfolgend dargelegt wird, unabhängig davon, ob besonders hohe Anforderungen an die Genehmigung gestellt werden, kein Bundesrecht verletzt, indem sie eine Genehmigung verneinte. Es braucht damit nicht weiter auf die vom Beklagten in diesem Zusammenhang erhobenen Einwendungen, wie auch auf seine Rüge eingegangen werden, das Urteil sei insoweit nicht den Anforderungen von Art. 51 OG genügend begründet.

3.2.8.3 Die Vorinstanz verneinte, dass eine Genehmigung des Geschäfts anzunehmen sei, weil die Generalversammlung der Klägerin die Jahresrechnung 1993 abgenommen habe, in der die fragliche Finanzanlage aufgeführt gewesen sei. Sie begründete dies damit, dass die Genehmigung der Jahresrechnung sich auf das Ergebnis der Prüfung stütze, ob der Pflicht zur ordnungsgemässen Führung der Bücher nachgekommen sei, nicht aber auf eine Überprüfung jedes einzelnen Geschäfts, insbesondere darauf, ob ein unzulässiges Selbstkontrahieren vorliege. In der allgemeinen Genehmigung der Jahresrechnung 1993, in der das fragliche Geschäft nicht so ausgewiesen gewesen sei, dass seine Natur erkenntlich geworden wäre, könne nicht gleichzeitig eine Genehmigung des Treuhandvertrages erblickt werden.

Der Beklagte bringt dagegen sinngemäss vor, mit der Genehmigung der Jahresrechnung würden entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch die einzelnen darin aufgeführten Geschäfte genehmigt, denn die Décharge beziehe sich nicht bloss auf die ordnungsgemässe Führung der Bücher und könne sich auch auf einzelne Geschäftsvorfälle erstrecken.

Dies ist unbehelflich. Zunächst geht es an dieser Stelle nicht darum, ob dem Beklagten hinsichtlich des fraglichen Geschäfts Décharge erteilt worden ist, und somit die Generalversammlung ihm gegenüber auf die Geltendmachung von allfälligen Schadenersatzansprüchen aus einer mangelhaften Geschäftsführung als Verwaltungsrat verzichtet hat; die Abnahme der Jahresrechnung und die Entlastung sind zwei verschiedene Dinge (vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 22 N. 49 ff., mit Hinweis auf BGE 78 II 156 und § 36 N. 132; Dubs/Truffer, Basler Kommentar, N. 18 und 24 zu Art. 698 OR; Widmer/Banz, Basler Kommentar, N. 2 zu Art. 758 OR; vgl. auch Bürgi, Zürcher Kommentar, N. 78 zu Art. 698 OR). Zu entscheiden ist vielmehr, ob im vorliegenden Fall aus der Genehmigung der Jahresrechnung auf eine Genehmigung des darin als Rechnungsposten aufgeführten Geschäfts mit der B._____ AG geschlossen werden darf. Zwar ist es denkbar, dass aus der Genehmigung einer Jahresrechnung nach Vertrauensprinzip auch auf die Genehmigung von bestimmten darin aufgeführten Geschäften geschlossen werden kann, sofern in der Jahresrechnung bzw. in den dazu abgegebenen Berichten des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle der erforderliche nähere Aufschluss erteilt wurde oder wenn der Generalversammlung auf ihr Verlangen näherer Aufschluss über die betreffenden Rechnungsposten erteilt worden ist (vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 22 Rz. 38; Bürgi, a.a.O., N. 55 zu Art. 698 OR). Dem angefochtenen Urteil ist indessen nichts dergleichen zu entnehmen und entsprechende Umstände werden vom Beklagten auch nicht unter Anrufung einer Ausnahme von der Sachverhaltsbindung nach Art. 63 Abs. 2 oder Art. 64 OG behauptet. Die Vorinstanz stellte vielmehr einzig fest, das fragliche Geschäft sei in der Jahresrechnung nicht so ausgewiesen gewesen, dass seine Natur erkenntlich wurde. Wenn sie

auf dieser Grundlage entschied, aus der allgemeinen Genehmigung der Jahresrechnung dürfe nicht auf die Genehmigung des strittigen Geschäfts geschlossen werden, hat sie kein Bundesrecht verletzt.
3.2.8.4 Der Beklagte will eine Genehmigung des Treuhandvertrags weiter daraus ableiten, dass die Klägerin die Aushändigung der Schuldbriefe verlangt habe. Damit sei davon auszugehen, dass die Klägerin den Vertrag anerkenne, da ein Anspruch auf Sicherheiten nur geltend gemacht werden könne, wenn der Treuhandvertrag als gültig vorausgesetzt werde.
Die Vorinstanz folgte dieser Argumentation nicht. Sie befand, das Einholen der Schuldbriefe, die mit Schreiben vom 10. November 1995 (recte: 1994) verlangt worden seien, gehöre zum Erstellen der dokumentarischen Auslegeordnung im Rahmen der Prüfung des Darlehensvertrages. Daraus könne keine Genehmigung des Treuhandvertrages abgeleitet werden. Mit dem fraglichen Schreiben sei im übrigen auch noch um die Aushändigung eines allenfalls vor Darlehensvergabe zur Rechtfertigung der Höhe des Darlehens eingeholten Schätzwertgutachtens ersucht worden. Dies mache nur Sinn, wenn die Frage der Genehmigung des Vertrages noch offen sei.
Es kann offen bleiben, wie es sich damit und mit den vom Beklagten dagegen erhobenen Rügen verhält. Aus den vorinstanzlichen Feststellungen ergibt sich, dass die Klägerin bei der Abfassung ihres Schreibens vom 10. November 1994 davon ausging, es sei aufgrund des Treuhandvertrags tatsächlich ein Darlehensvertrag zwischen der C._____ AG und der B._____ AG geschlossen bzw. verlängert worden. Wie sich aus den weiteren Feststellungen der Vorinstanz ergibt, war dies aber gar nicht der Fall. So hielt die Vorinstanz fest, die C._____ AG habe die B._____ AG am 3. September 1993 beim Handelsgericht auf Rückzahlung eines am 7. Juli 1993 zur Rückzahlung fälligen Darlehens über DEM 300'000.–, das sie jener im Jahre 1990 gewährt hatte, eingeklagt, nachdem sie die B._____ AG bereits am 19. Juli 1993 betrieben hatte; die B._____ AG habe der Behauptung der C._____ AG hinsichtlich der Fälligkeit des Darlehens nicht widersprochen und keine Verlängerung desselben (oder Gewährung eines neuen Darlehens) geltend gemacht; sie sei mit Urteil vom 19. September 1995 zur Rückzahlung der Darlehenssumme von DEM 300'000.– nebst Zins verpflichtet worden. Ausserdem hat der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren eingeräumt, dass der gestützt
auf den Treuhandvertrag bei der Klägerin bezogene Betrag von DEM 300'000.– an einen anderen Kunden der C._____ AG (als die B._____ AG) geflossen sei. Es kann - wie bereits im angefochtenen Urteil der Vorinstanz - offen bleiben, ob daraus darauf zu schliessen ist, der Treuhandvertrag sei bloss simuliert worden, um eine Veruntreuung zu vertuschen, wie die Klägerin geltend macht, und ob der Vertrag schon deshalb als Grundlage für den Bezug von DEM 300'000.– aus den Aktiven der Klägerin entfällt. Denn es ist jedenfalls nicht dargetan, dass die Klägerin (bzw. das für sie handelnde Organ, A._____) im Zeitpunkt ihres Schreibens, mit dem sie die Sicherheiten und ein Schätzwertgutachten herausverlangte, auch nur in den Grundzügen über die Umstände rund um den Abschluss des Treuhandvertrages orientiert gewesen wäre und gewusst hätte, dass der B._____ AG gestützt darauf kein Darlehen gewährt wurde. Angesicht dieses Wissensstandes der Klägerin durfte der Beklagte aus deren Schreiben nach Treu und Glauben nicht auf eine Genehmigung des Treuhandvertrags schliessen (vgl. dazu von Tuhr/ Peter, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 331 und 400; Schmidlin, Berner Kommentar, N. 120 f. zu
Art. 31 OR; Schwenzer, Basler Kommentar, N. 17 zu Art. 31 OR). Wenn er in diesem Zusammenhang vorbringt, bei der klageweisen Geltendmachung des Darlehensbetrages gegen die B._____ AG habe es sich um eine reine Vorsichtsmassnahme gehandelt und es sei darum gegangen, im Grundbuch als Grundpfandgläubigerin eingetragen zu werden, erweitert er den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt, ohne hierzu eine Ausnahme nach Art. 63 Abs. 2 oder Art. 64 OG zu beanspruchen, und ist daher nicht zu hören.
3.2.8.5 Nach dem in den vorstehenden Erwägungen Gesagten erübrigen sich auch umfangreiche Ausführungen darüber, ob der Beklagte im behaupteten Umstand, dass das Hypothekardarlehen Ende 1994 in der Bilanz der D._____ AG, einer Tochtergesellschaft der Klägerin, figuriert habe, eine Genehmigung des Treuhandvertrages habe erblicken dürfen. Die Vorinstanz hat offensichtlich kein Bundesrecht verletzt, indem sie dies verneinte.
3.2.8.6 Hat die Vorinstanz damit eine Genehmigung des Treuhandvertrags durch die Klägerin bundesrechtskonform verneint, braucht auf ihre ergänzenden Ausführungen dazu und auf die vom Beklagten dagegen erhobenen Rügen nicht eingegangen zu werden.
3.2.9 Zusammenfassend hat die Vorinstanz zu Recht erkannt, der Beklagte habe mit dem mangelbehafteten Abschluss des Treuhandvertrags und der darauf gestützten Geldentnahme aus der Klägerin seine Sorgfaltspflichten als Verwaltungsrat dieser Gesellschaft verletzt.
3.3 Der Beklagte bestreitet, dass die Klägerin einen Schaden erlitten hätte, wenn von der Ungültigkeit des

Treuhandvertrags auszugehen wäre. Denn in diesem Fall würde ihr eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 ff. OR gegen die C._____ AG verbleiben, nachdem der Beklagte zu ihren Lasten und zu Gunsten der C._____ AG eine Vermögensverschiebung bewirkt hätte, die infolge des nichtigen Treuhandvertrags als rechtsgrundlos zu betrachten wäre.

3.3.1 Die Vorinstanz hat nicht ausgeschlossen, dass der Klägerin ein Bereicherungsanspruch gegenüber der C._____ AG zustehen könnte. Sie erwog dazu, ein solcher Anspruch setze eine Bereicherung der C._____ AG voraus. Nachdem der Beklagte aber lediglich ausgeführt habe, die fraglichen rund Fr. 270'000.– seien an einen Kunden der C._____ AG geflossen, ohne darzulegen, an wen und vor allem aus welchem Grund, sei nicht behauptet, dass aus dieser Transaktion eine Bereicherung der C._____ AG resultierte.

3.3.2 Der Beklagte rügt, damit habe die Vorinstanz die bundesrechtlichen Anforderungen an die Substanziierungslast überspannt und seinen Beweisführungsanspruch nach Art. 8 ZGB verletzt. Er habe im offiziellen Teil der Referentenaudienz ausgeführt, die Fr. 264'000.– seien an die C._____ AG geflossen und von dort weiter an einen anderen Kunden. Damit habe er hinreichend deutlich behauptet, dass eine Bereicherung der C._____ AG stattgefunden habe.

3.3.3 Ob eine Partei einen ihr nach Bundesrecht zustehenden Anspruch durch ihre Sachvorbringen hinreichend substanziiert hat, entscheidet sich zwar nach Bundesrecht (BGE 127 III 365 E. 2b; 108 II 337 E. 2b und 3, je mit Hinweisen). Welche Behauptungen zu diesem Zwecke erhoben wurden, stellt indessen eine Tatfrage dar, die das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich nicht überprüfen kann. Soweit der Beklagte geltend macht, die Vorinstanz habe seine protokollierte Behauptung hinsichtlich der Bereicherung der C._____ AG verkürzt wiedergegeben, indem sie ausgeführt habe, er habe lediglich geltend gemacht, die fraglichen rund Fr. 270'000.– seien an einen Kunden der C._____ AG geflossen, wendet er sich gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, ohne dazu eine Sachverhaltsrüge nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG zu erheben. Damit ist er nicht zu hören. Inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt haben soll, wenn sie auf der Grundlage ihrer tatsächlichen Feststellungen eine Bereicherung der C._____ AG als nicht hinreichend behauptet betrachtete, legt der Beklagte nicht dar (vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 121 III 397 E. 2a S. 400; 116 II 745 E. 3 S. 749) und ist nicht ersichtlich.

Die Vorinstanz hat damit das Vorliegen eines Schadens der Klägerin ohne Bundesrechtsverletzung bejaht. Damit braucht nicht geprüft zu werden, ob ihre weitere Begründung, die Klägerin könnte sich, sollte die C._____ AG doch bereichert sein, mittels Durchgriff (dennoch) direkt gegen den Beklagten wenden, vor Bundesrecht standhalten würde.

3.4 Der Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob ihn ein Verschulden treffe. Sie habe lediglich als Fazit festgehalten, mit der Vermögensdisposition habe "der Beklagte die Klägerin adäquat kausal geschädigt, und eine Exkulpation durch den Beklagten sei nicht erfolgt", ohne indes die Gründe, die sie zu diesem Schluss geführt hätten, in einer Art. 51 Abs. 1 lit. c OG genügenden Weise darzulegen. In ihrem Urteil fehlten überdies Feststellungen zum Verschulden, obschon der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren Tatsachen vorgetragen habe, die unter dem Blickwinkel des Verschuldens von Bedeutung seien, weshalb die Sache gestützt auf Art. 64 OG zur Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen sei.

Der Beklagte tut indessen nicht dar, dass er sich im vorinstanzlichen Verfahren auf entscheiderhebliche Sachverhaltselemente berufen hat, welche die Vorinstanz bei der Prüfung einer möglichen Exkulpation zu Unrecht übergangen hätte. So wenn er geltend macht, er habe die Anlage "Darlehen B._____ AG" bzw. die Werthaltigkeit der Grundpfänder von unabhängigen Revisoren prüfen lassen und im massgeblichen Zeitpunkt der Transaktion im Juli 1993 von der Werthaltigkeit der Schuldbriefe ausgehen können, unabhängig davon, dass diese bei der späteren Verwertung bloss einen Erlös von DEM 6'788.58 ergeben hätten. Oder wenn er vorbringt, im vorinstanzlichen Verfahren argumentiert zu haben, er sei pflichtbewusst vorgegangen und habe davon ausgehen müssen, dass es sich um ein Anlagegeschäft gehandelt habe, dessen Abschluss er im Interesse der Kunden der Klägerin vorzunehmen gehabt hätte. Mit diesen Vorbringen verkennt der Beklagte, dass die Vorinstanz ihm nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen hat, das Anlagegeschäft "Darlehen B._____ AG" nicht sorgfältig geprüft und die damit verbundenen Risiken verkannt zu haben, soweit aufgrund des Treuhandvertrags überhaupt ein Darlehen an die B._____ AG gewährt wurde. Die Vorinstanz hat dem

Beklagten vielmehr angelastet, der Klägerin ohne Rechtsgrundlage bzw. gestützt auf einen wegen unzulässigen Selbstkontrahierens ungültigen Treuhandvertrag DEM 300'000.– entnommen und die Klägerin damit geschädigt zu haben. Dass er im vorinstanzlichen Verfahren Umstände behauptet habe, die ihn bezüglich der entsprechenden Pflichtverletzungen als schuldlos erscheinen liessen, macht er nicht geltend. Der Vorinstanz

lässt sich somit nicht vorwerfen, sie habe zu wesentlichen Behauptungen des Beklagten hinsichtlich seines fehlenden Verschuldens keine tatsächlichen Feststellungen getroffen und gestützt auf einen unvollständig festgestellten Sachverhalt eine Exkulpation des Beklagten hinsichtlich der vorgeworfenen Pflichtverletzungen zu Unrecht verneint. Auch lässt sich dem Urteil ohne weiteres entnehmen, auf welche Gründe die Vorinstanz ihren Entscheid insoweit gestützt hat. Das Urteil genügt damit auch insoweit den Anforderungen von Art. 51 Abs. 1 lit. c OG.

3.5 Der Beklagte macht schliesslich geltend, eine allfällige Schadenersatzforderung der Klägerin gegen ihn als Verwaltungsrat sei untergegangen, weil deren Generalversammlung dem Verwaltungsrat für das gesamte Geschäftsjahr 1993 Décharge erteilt habe.

Die Vorinstanz hatte entschieden, die Schadenersatzforderung der Klägerin sei trotz erteilter Décharge für das Geschäftsjahr 1993 nicht untergegangen. Sie ging dabei zutreffend davon aus, dass die Décharge nur für bekannt gegebene Tatsachen wirkt (Art. 758 Abs. 1 OR). Sie hielt namentlich dafür, die Genehmigung der Jahresrechnung bedeute nicht, dass der Klägerin bekannt gewesen sei, dass der Beklagte den Treuhandvertrag mit seiner eigenen Firma abgeschlossen habe.

Der Beklagte wirft der Vorinstanz zunächst vor, sie habe verkannt, dass sich die Décharge auf die gesamte Geschäftsführung des Verwaltungsrats und nicht bloss auf die Buchführung beziehe. Dabei bezieht er sich indessen auf eine Erwägung der Vorinstanz, welche die Frage der nachträglichen Genehmigung des Treuhandvertrags und damit die Heilung von dessen Mangel beim Abschluss durch die Genehmigung der Jahresrechnung zum Gegenstand hatte (vgl. dazu Erwägung 3.2.8.3 vorne), und nicht die Frage der Entlastung des Beklagten als Verwaltungsrat. Der entsprechende Vorwurf stösst daher ins Leere.

Wenn der Beklagte sodann eine Entlastung des Verwaltungsrats hinsichtlich des Geschäfts mit der B._____ AG daraus ableiten will, dass dieses im Anhang der Jahresrechnung 1993 aufgeführt, und damit der Generalversammlung bekannt gemacht worden sei, weicht er von den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ab, ohne dazu eine Sachverhaltsrüge nach Art. 63 Abs. 2 oder Art. 64 OG zu erheben. Insoweit ist er nicht zu hören. Auszugehen ist vielmehr von der tatsächlichen Feststellung im angefochtenen Urteil, das fragliche Geschäft sei in der Jahresrechnung nicht so ausgewiesen gewesen, dass seine Natur erkenntlich geworden wäre. Auf dieser Grundlage ist nicht ersichtlich, inwiefern aus der Genehmigung der Jahresrechnung geschlossen werden soll, die Generalversammlung der Klägerin habe dem Beklagten in Bezug auf dieses, wirtschaftlich mit sich selber geschlossene Geschäft Décharge erteilt. Die Vorinstanz hat insoweit kein Bundesrecht verletzt, soweit auf die diesbezüglichen Rügen des Beklagten überhaupt einzutreten ist.

3.6 Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Klage im vorliegend strittigen Umfang von Fr. 264'000.– nebst Zins zu Recht gutgeheissen und erweist sich die Berufung insoweit als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

4.

Der Beklagte forderte von der Klägerin vor der Vorinstanz widerklageweise Fr. 431'000.– zur Abgeltung von Honoraren für "weitere Tätigkeiten" in den Jahren 1990 - 1994. Er stellte sich insoweit auf den Standpunkt, er sei gestützt auf die Verträge vom 1. Dezember 1990 für seine Tätigkeiten für die Klägerin nur teilweise entlöhnt worden. Für alle weiteren Tätigkeiten habe ein Honoraranspruch bestanden, der jedoch gemäss mündlicher Absprache erst zu einem späteren Zeitpunkt ausbezahlt werden sollte. Die Vergütung dieses zusätzlichen Aufwands hätte aus dem Ertrag der Klägerin bezogen werden sollen. Die Zusammenarbeit sei indessen beendet worden, bevor der Beklagte aufgrund der Ertragssituation der Klägerin für seine zusätzlichen Aufwendungen entschädigt worden sei, für die 2'156,5 Stunden Arbeit zu einem Ansatz von Fr. 200.– geleistet worden seien. Die Vorinstanz wies diese Forderung des Beklagten ab. Sie hielt dafür, der Beklagte habe seinen Honoraranspruch zum einen nicht hinreichend substanziiert. Zum anderen dürfte es auch an einer Rechtsgrundlage für die Forderung fehlen.

4.1 Hinsichtlich der Substanziierung der Forderung führte die Vorinstanz aus, der Beklagte sei in der Referentenaudienz vom 12. März 1996 aufgefordert worden, für Aufwand, den er nach Stunden entschädigt haben wolle, konkret darzulegen, an welchem Tag er wieviele Stunden für welche konkreten Tätigkeiten aufgewendet habe. Der Beklagte habe sich daraufhin indessen damit begnügt, auf seine bereits früher eingereichten Aufstellungen zu verweisen. Darin habe er für jedes Jahr gewisse Tätigkeiten aufgelistet und die jährlich aufgewendeten Stunden angegeben. Die angeblich getätigten Arbeiten seien nur pauschal bezeichnet und stellten lediglich eine Zusammenfassung dar. Damit habe er nicht in rechtsgenügender Weise dargetan, an welchem Tag er wieviele Stunden für welche konkrete Tätigkeit aufgewendet und demzufolge einen Honoraranspruch habe.

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe die bundesrechtlichen Anforderungen an die Substanziierungslast überspannt, indem sie verlange, dass er darlegen müsse, wieviele Stunden er täglich aufgewendet habe. Sie habe damit für die über vier Jahre andauernde Tätigkeit einen übertrieben hohen Detaillierungsgrad festgelegt, der auch nicht der im Arbeits- oder Auftragsverhältnis üblichen Abrechnungsmethode entspreche.
4.2 Das Bundeszivilrecht entscheidet darüber, ob die von einer Partei nach kantonalem Zivilprozessrecht form- und fristgemäss angeführten Tatsachen erlauben, ihre Rechtsbehauptung zu beurteilen (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; 112 II 172 E. I/2c S. 181; 108 II 337 E. 2b und 3; 105 II 143 E. 6a/aa; 98 II 113 E. 4a; vgl. auch die vorstehende Erwägung 3.4). Dabei ist Tatfrage, was eine Partei im kantonalen Verfahren vorgebracht hat, hinsichtlich der das Bundesgericht an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist. Rechtsfrage ist dagegen, was damit, nach Treu und Glauben ausgelegt, behauptet wurde und ob damit ein bundesrechtlicher Anspruch rechtsgenügend substanziiert wurde.
Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen inhaltlich zu substanziieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und anderseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substanziiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (vgl. BGE 127 III 365 E. 2b mit Hinweisen).
4.3 Der Beklagte ist zunächst nicht zu hören, soweit er geltend macht, er habe in den eingereichten Aufstellungen für jedes Jahr die genauen Tätigkeiten und die aufgewendete Stundenzahl bezeichnet. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen, gegen die der Beklagte keine Sachverhaltsrüge nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG vorbringt, hat der Beklagte in den Aufstellungen die angeblich getätigten Arbeiten nur pauschal bzw. zusammenfassend bezeichnet und für die aufgelisteten Tätigkeiten die jährlich aufgewendeten Stunden angegeben.
Demnach ist davon auszugehen, dass die angeblich getätigten Arbeiten nur pauschal und zusammenfassend bezeichnet und nicht detailliert dargelegt wurde, wie sich die einzelnen Posten konkret zusammensetzen, d.h. beispielsweise für welche konkreten Arbeiten nach allfälligen Aufzeichnungen wann wieviele Stunden aufgewendet wurden oder wie die geleisteten Stunden anderweitig erfasst wurden, wie z.B. mittels Hochrechnungen oder Schätzung des Aufwands für erbrachte Arbeiten. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz schloss, derart allgemein gehaltene Behauptungen liessen sich - ohne eine prozessual unzulässige Ergänzung der Sachvorbringen im Beweisverfahren - weder zum Beweis verstellen noch von der Gegenpartei substanziiert bestreiten und allenfalls mittels Gegenbeweis widerlegen. Sie hat somit zu Recht geschlossen, die Vorbringen des Beklagten, die von der Klägerin allgemein bestritten wurden, genügten den bundesrechtlichen Anforderungen an die Substanziierung seiner Ansprüche nicht. Die Berufung erweist sich auch insoweit als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.
5.
Der Beklagte begründete seine Widerklageforderung unter anderem auch mit Kommissions- und Gewinnansprüchen, für die er sich nach den vorinstanzlichen Feststellungen auf eine Vereinbarung vom 1. Dezember 1990 mit der Klägerin gestützt habe. In Ziffer 2 dieser Vereinbarung hätten die Parteien verabredet, dass der Beklagte einen Anteil an der von der Klägerin (ihren Kunden) belasteten Verwaltungskommission sowie eine Gewinnbeteiligung erhalten sollte, und zwar nach folgender Formel:
- eine Verwaltungskommission von 0.5% p.a. berechnet auf dem jeweiligen Depotwert der Kundendepots P1, P2 und P6;
- eine Gewinnbeteiligung von 4% p.a. berechnet auf dem während dem gesamten Jahr erzielten Netto-Depotertrag der Kundendepots P1, P2 und P6;
- eine Verwaltungskommission von 25% der entsprechenden Kommissionen, welche die Klägerin für die Anlageprogramme P3, P4 und P5 erhält."
Nach Abschluss des Hauptverfahrens stellte der vorinstanzliche Instruktionsrichter mit Verfügung vom 25. Juli 2002 fest, dass zwar die Grundlage für die Kommissions- und Gewinnansprüche unter den Parteien unbestritten sei, aber noch keine Angaben der Parteien zu Kommissionen und Gewinnbeteiligungen vorlägen, die ein diesbezügliches Beweisverfahren zuliessen. Er lud deshalb die Parteien für den 28. November 2002 zu einer Referentenaudienz vor, an der die Klägerin bestimmte Urkunden einzureichen habe und die Parteien zu bestimmten Themen zu befragen seien.

Die Vorinstanz stellte fest, anlässlich der Referentenaudienz habe sich gezeigt, dass der Beklagte - entgegen dem klaren Wortlaut des Vertrages vom 1. Dezember 1990, auf den er sich bisher gestützt habe - die Ansätze der ihm zustehenden Beträge danach bemessen wollte, ob die Gelder eigen- oder fremdverwaltet seien, also unabhängig davon, um welches Konto P1 - P6 es sich gehandelt habe. Da diese Thematik indes nicht Gegenstand der Referentenaudienz gewesen sei, seien die entsprechenden Behauptungen verspätet und könnten nicht mehr berücksichtigt werden, sofern sie neu und nicht bereits im Hauptverfahren aufgestellt worden seien. Die Vorinstanz verneinte in der Folge, dass der Beklagte im Hauptverfahren - und damit rechtzeitig - eine vom Vertrag vom 1. Dezember 1990 abweichende Vereinbarung hinsichtlich der Ansätze zur Bemessung seiner Ansprüche behauptet habe. Es sei deshalb auf die Ansätze gemäss diesem Vertrag abzustellen, ohne dass diesbezüglich ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsste.

5.1 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe übertriebene Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt und das Recht auf Zulassung zum Beweis nach Art. 8 ZGB verletzt, indem sie aus seinen Vorbringen im Hauptverfahren und aus einer im Hauptverfahren eingereichten provisorischen Kommissionsabrechnung nicht geschlossen habe, dass er zumindest sinngemäss eine Parteivereinbarung behauptet habe, die hinsichtlich der Berechnungsmethode danach unterscheide, ob Gelder fremd- oder eigenverwaltet worden seien.

5.1.1 Nach den Feststellungen der Vorinstanz machte der Beklagte in der Widerklagereplik geltend, mit der Klägerin folgende Lohnansprüche für seine ordentliche Tätigkeit vereinbart zu haben: "(...) 115.2 Eine Verwaltungskommission von 0.5% p.a. auf dem jeweiligen Depotwert; 115.3 Eine Gewinnbeteiligung von 4% auf dem erzielten Netto-Depotertrag; 115.4 Eine Verwaltungskommission von 25% der entsprechenden Y._____-Kommission für die Anlageprogramme P3, P4 und P5 (...)." Die Vorinstanz schloss daraus, dass der Beklagte seine Forderung auf die Parteivereinbarung vom 1. Dezember 1990 stützte, wenn diese auch nicht ganz so laute, wie in Ziff. 115.2. und 115.3 der Widerklagereplik wiedergegeben, indem diese Vereinbarung nicht nur festgehalten habe, die Verwaltungskommission von 0.5% und die Gewinnbeteiligung von 4% berechne sich auf dem jeweiligen Depotwert bzw. auf dem erzielten Netto-Ertrag, sondern auch bestimmt habe, welche Depots gemeint seien.

Weiter stellte die Vorinstanz fest, der Beklagte habe vorbehältlich der beantragten Edition von weiteren Urkunden durch die Klägerin eine provisorische Kommissionsabrechnung vorgelegt. Nach seinen Erläuterungen dazu (Widerklagereplik Ziff. 124/125) sei er bei der Berechnung der Kommissions- und Gewinnanteile, die er danach verlangte, nicht gemäss Vertragstext vom 1. Dezember 1990 vorgegangen, sondern habe er nach eigen- und fremdverwalteten Konti unterschieden.

Die Vorinstanz befand, damit habe der Beklagte im Hauptverfahren keine Behauptung aufgestellt, es sei zwischen ihm und A._____, der für die Klägerin gehandelt habe, vereinbart worden, seine Honorierung entgegen dem Vertragstext nicht danach vorzunehmen, um welches der Konti P1 - P6 es sich handelte, sondern vielmehr danach, ob die jeweiligen Gelder fremd- oder eigenverwaltet wurden. Er habe auch nicht behauptet, dies sei der übereinstimmende Wille von A._____ und dem Beklagten gewesen.

5.1.2 Der Beklagte hält zunächst sinngemäss dafür, eine Behauptung einer Vereinbarung, nach der zwischen eigen- und fremdverwalteten Geldern zu unterscheiden sei, ergebe sich daraus, dass der Wortlaut der schriftlichen Vereinbarung, der für die Berechnung nach Konti differenziere, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses faktisch mit der Differenzierung nach Art der Kontoverwaltung (Eigen- oder Fremdverwaltung) übereingestimmt habe und dass die Parteien diese Differenzierung weitergelebt hätten, auch wenn ursprünglich fremdverwaltete Konti inzwischen in Eigenverwaltung gewechselt hätten und daher mit der ursprünglichen Aufzählung nicht übereingestimmt hätten. Damit beruft er sich indes durchwegs auf tatsächliche Elemente, die in den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen keine Stütze finden. Da er dazu keine Ausnahme von der Sachverhaltsbindung nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG anruft, kann er damit nicht gehört werden.

Dasselbe gilt, soweit der Beklagte geltend macht, er habe in den Ziff. 124/125 der Widerklagereplik präzisiert, dass die Parteien danach unterschieden hätten, ob das betreffende Konto fremd- oder eigenverwaltet gewesen sei, und er habe an der selben Stelle seiner Rechtsschrift geltend gemacht, dass eine entsprechende vom Wortlaut der Vereinbarung vom 1. Dezember 1990 abweichende Praxis bestanden und somit eine andere Vereinbarung vorgelegen habe. Entsprechende Vorbringen lassen sich dem von der Vorinstanz festgestellten Wortlaut der Erläuterungen zur provisorischen Kommissionsabrechnung in Ziff. 124/125 Widerklagereplik nicht entnehmen, weshalb der Beklagte insoweit nicht zu hören ist (vgl. dazu vorstehende Erwägung 4.2). Aus den Erläuterungen des Beklagten ist einzig ersichtlich, dass der Beklagte in seiner provisorischen Abrechnung Forderungen stellte, denen er eine von der als Anspruchsgrundlage angerufenen Vereinbarung vom 1. Dezember 1990 abweichende

Berechnungsmethode zugrunde legte, und dass seine Vorbringen daher in sich nicht schlüssig waren. Wenn die Vorinstanz darin keine substanziierte Behauptung einer Abänderungsvereinbarung zwischen den Parteien betreffend die Berechnungsmethode sah, die sich zum Beweis verstellen
liesse, ist dies aus bundesrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (vgl. Erwägung 4.2 vorne).
5.1.3 Die Vorinstanz sah diesen Schluss darin bestätigt, dass der Beklagte in Ziff. 115 der Widerklagereplik die schriftlich vereinbarten Bezüge angeführt und in Ziff. 116 festgehalten habe, diese Beträge seien jeweils am Jahresende abgerechnet worden, um dann in Ziff. 117 folgendes darzulegen:
"Gleichzeitig wurden die Ansätze jährlich erhöht, wobei diese Vereinbarungen mündlich erfolgten und von der Klägerin somit bestritten werden. Der Beklagte muss daher seine Entschädigungsforderung aus Beweisgründen auf der Grundlage der ursprünglichen schriftlichen Vereinbarung geltend machen."
Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die Vorinstanz den Sinn dieser Ausführungen, wie der Beklagte geltend macht, "völlig verdreht" haben soll, indem sie auf der Grundlage ihrer tatsächlichen Feststellungen befand, der Beklagte habe damit ausdrücklich erklärt, nur die schriftliche Vereinbarung und nur diese (als Anspruchsgrundlage) geltend zu machen. Der Beklagte stützt sich zur Begründung seines entsprechenden Vorwurfs, soweit erkennbar, einzig auf angebliche Vorbringen in der Stellungnahme zu den Noven der Widerklageduplik, in der er geltend gemacht habe, seine Entschädigungen seien auch in mündlichen Vereinbarungen geregelt worden. Indessen hat die Vorinstanz keine Feststellungen bezüglich entsprechender Vorbringen getroffen. Auch insoweit kann der Beklagte daher mangels Sachverhaltsrüge nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG nicht gehört werden.
5.2 Für den Fall, dass eine Behauptung fehlen würde, wonach die Parteien eine Unterscheidung nach Fremd- und Eigenverwaltung vereinbart hatten, macht der Beklagte geltend, es wäre auch nach der ursprünglichen schriftlichen Vereinbarung von einer entsprechenden Regelung auszugehen. Mit ihrer anderweitigen Auslegung habe die Vorinstanz das Vertrauensprinzip verletzt .
Der Beklagte stützt sich dabei wiederum auf die Behauptung, die Unterscheidung nach Konti habe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit der Unterscheidung nach Verwaltungsart übereingestimmt, mit der er den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt erweitert, ohne eine Ausnahme von der Sachverhaltsbindung des Bundesgerichts im vorliegenden Verfahren anzurufen (vgl. vorstehende Erwägung 5.1.2). Auf die entsprechend begründete Rüge kann nicht eingetreten werden.
5.3 Nach dem Dargelegten hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie entschied, der Beklagte habe im Hauptverfahren (und damit rechtzeitig) keine Parteivereinbarung behauptet, nach der für die Berechnung seiner Ansprüche auf Kommissionen und Gewinnbeteiligung danach zu unterscheiden sei, ob die Gelder fremd- oder eigenverwaltet waren. Die diesbezüglichen Rügen erweisen sich als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.
6.
Zur Bestimmung des Quantitativs der Anteile des Beklagten an den Kommissionen, die auf den unter "P4" verwalteten Geldern erzielt wurden, reichte die Klägerin einen Auszug aus der Finanzbuchhaltung (act. 87/5 bzw. act. 117/3) zu den Akten, nachdem sie erklärt hatte, es sei quartalsweise eine Verwaltungsgebühr von 0.35% des Depotwerts erhoben worden. Der eingereichte Auszug wies Einnahmen von Fr. 344'912.45 aus, von denen die Klägerin als Verwaltungskommissionen für das 1. - 3. Quartal 1994 Beträge von total Fr. 23'102.24 grün markierte. Der Beklagte machte dazu geltend, die Klägerin führe offenbar keine saubere Finanzbuchhaltung, respektive sei ausserstande, eine solche wiederherzustellen. Der erste Eintrag (im Auszug) finde sich unter dem 31. März 1994, der letzte unter dem 31. Dezember 1994. Die Vorinstanz führte dazu aus, der Beklagte rüge zwar zu Recht, dass auch dieser Kontoauszug erst mit dem 31. März 1994 beginne, aber er mache nicht geltend, die Klägerin hätte in diesen ersten drei Quartalen von 1994 noch weitere Verwaltungskommissionserträge gehabt. Es könne deshalb von den Fr. 23'102.24 ausgegangen werden.
6.1 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe auch damit die Anforderungen an die Substanziierung überspannt. Er habe in zeitlicher Hinsicht genügend behauptet, dass er auch für das erste Quartal 1994 Anspruch auf Kommissionen habe. Mit der Rüge, das eingereichte Dokument der Beklagten beginne erst mit dem 31. März 1994, habe er mindestens sinngemäss auch geltend gemacht, dass die Klägerin in dieser Zeit - die im fraglichen Kontoauszug nicht ausgewiesen wird - noch weitere Verwaltungskommissionserträge gehabt habe, auf die er Anspruch habe. Damit habe er in zeitlicher Hinsicht seinen Anspruch hinreichend bestimmt. Indem die Vorinstanz seinen Anspruch auf Verwaltungskommissionen für das erste Quartal 1994 aufgrund ungenügender Substanziierung abweise, verletze sie materielles Bundesrecht.
6.2 Die Rüge ist unbegründet. Zunächst verkennt der Beklagte, dass die Vorinstanz nicht verneint hat, dass er

einen Anspruch auf Verwaltungskommissionen für das erste Quartal 1994 habe, weshalb die diesbezügliche Kritik ins Leere stösst. Die Vorinstanz hielt lediglich dafür, der Beklagte habe mit seiner an sich zutreffenden Rüge, der Auszug aus der Buchhaltung beginne erst mit dem 31. März 1994, nicht geltend gemacht, die Klägerin hätte in den ersten drei Quartalen 1994 noch weitere, als die im Auszug ausgewiesenen Verwaltungskommissionserträge gehabt.
Dies ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. So lässt sich aus dem Umstand, dass auf dem Kontoblatt eine erste Buchung erst am 31. März 1994 erfolgte, nicht zwingend auf dessen Unvollständigkeit schliessen. Die Klägerin hatte ausgeführt, die Verwaltungskommissionen seien quartalsweise erhoben worden. Dass dies vom Beklagten bestritten worden sei, ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Es ist damit ohne weiteres denkbar, dass vor dem Ende des ersten Quartals 1994, also vor dem 31. März 1994 keine Buchungen betreffend Verwaltungskommissionen erfolgt sind. Aus dem Vorwurf des Beklagten, der erste Eintrag datiere vom 31. März 1994 und die Klägerin führe offenbar keine saubere Buchhaltung, kann damit bestenfalls die Behauptung entnommen werden, es sei nicht mit Sicherheit auszuschliessen, dass vor dem 31. März 1994 Buchungen erfolgten. Eine hinreichend bestimmte Behauptung, die sich in einer Ergänzung des Beweisverfahrens zum Beweis hätte verstellen lassen, es sei im ersten Quartal zu weiteren Buchungen betreffend Verwaltungskommissionen gekommen, ist darin aber nicht zu erblicken. Dies um so mehr, als der Beklagte diese angeblich von ihm aufgestellte Behauptung bei der Bezifferung seines Kommissionsanspruchs nicht
berücksichtigte. Er stützte sich nach den vorinstanzlichen Feststellungen bei der Bezifferung seines Anspruchs auf Kommissionsanteile vielmehr auf den fraglichen Kontoauszug, ohne einen Vorbehalt hinsichtlich der Anspruchshöhe anzubringen, etwa mit der Begründung, der Kontoauszug weise nicht alle Kommissionseinnahmen für die ersten drei Quartale 1994 aus und die Klägerin habe in dieser Zeit weitere Kommissionserträge gehabt.
7.
Die Berufung ist nach dem Ausgeführten abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.– wird dem Beklagten auferlegt.
3.
Der Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 12'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 24. November 2006
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: