

## **4C.327/2005 (für den Unterricht gekürzt)**

**Urteil vom 24. November 2006**

I. Zivilabteilung

### **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 Neuurteilung 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 Betreuungskosten 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 entscheidungswesentliche 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 (Treuhanderin) 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 behauptete, 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 Insihgeschäft 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 Selbstständigkeit 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 Selbstständigkeit 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 Selbstständigkeit 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 Geschäftes 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 Selbstständigkeit 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 substantiiert 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 entscheidenderhebliche 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 Hypothekendarlehen 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 substantiiert 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 entscheidenerhebliche 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. [...]**