



Kass.-Nr. AA050145/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Morl. Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 21. Juli 2006

in Sachen

T.M.,

...,

Beklagter, Widerkläger und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

I. AG,

...,

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons
Zürich vom 7. Juli 2005 (HG000346)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Die Klägerin (Beschwerdegegnerin) ist eine im Bereich der Vermögensverwaltung tätige Unternehmung mit SI. in Zürich. Hauptaktionär der Klägerin sowie ihrer Tochtergesellschaften ist H.A., ein deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsl. in Deutschland. Der Beklagte (Beschwerdeführer) ist diplomierter Bankbeamter und Vermögensverwalter und war seit Mai 1997 als Depotverwalter bei der Klägerin angestellt. Von Dezember 1990 bis Juli 1994 war er einziger Verwaltungsrat der Klägerin und deren Tochtergesellschaften. Seine Tätigkeit als Depotverwalter bei der Klägerin beendete er im Oktober 1994.

Der Beklagte führte, neben seiner Tätigkeit als Depotverwalter, zusammen mit H.A. als zeichnungsberechtigter Direktor die Geschäfte der Klägerin. Basis dieser Zusammenarbeit bildeten verschiedene Vereinbarungen, so ein "Verwaltungsauftrag" vom 15. Mai 1987 (HG act. 7/1), eine Vereinbarung betreffend das Verwaltungsratsmandat vom 1. Dezember 1990 (HG act. 7/2) sowie eine weitere Vereinbarung ebenfalls vom 1. Dezember 1990 über die Verwaltungstätigkeit des Beklagten (HG act. 7/3).

Bei Diskussionen im Zusammenhang mit der Erweiterung der Klägerin (Kapitalerhöhung und Gründung einer neuen Tochtergesellschaft) und einer Beteiligung des Beklagten als Aktionär - es sollten neu der Beklagte 40 % und H.A. 60 % des Aktienkapitals halten - kam es zu Uneinigigkeiten zwischen H.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.

b) Mit ihrer am 12. Mai 1995 beim Bezirksgericht Zürich erhobenen Klage forderte die Klägerin vom Beklagten die Bezahlung von Fr. 419'530.-- nebst Zins als Rückerstattung von Beträgen, welche der Beklagte eigenmächtig vom Konto der Klägerin bezogen habe (HG act. 2/2). Der Vorsl.ende der 2. Abteilung des Bezirksge-

richts überwies die Klage mit Verfügung vom 18. Mai 1995 zuständigkeitshalber an das Handelsgericht (HG act. 1).

Der Beklagte erhob mit der Klageantwort Widerklage auf Bezahlung von Fr. 431'300.-- nebst Zins. Dabei soll es sich um Honoraransprüche für verschiedene noch nicht entschädigte Tätigkeiten des Beklagten für die Klägerin handeln (HG act. 6). Mit der Duplik und Widerklagereplik stellte der Beklagte ein Eventualbegehren auf Bezahlung von Fr. 319'188.-- nebst Zins (HG act. 27).

Im Laufe des Verfahrens vor Handelsgericht erfolgte seitens der Klägerin ein Klagerückzug bezüglich zwei eingeklagten Positionen von Fr. 2'500.-- und Fr. 2'712.--, zusammen also Fr. 5'212.-- (HG act. 66). Der Beklagte anerkannte zwei Forderungen der Klägerin in Höhe von Fr. 12'288.-- (HG act. 27 S. 27 Ziff. 76) und Fr. 80'000.-- (HG act. 63 S. 3) und erklärte jeweils Verrechnung mit seiner Widerklage, was das Handelsgericht als Rückzug der Widerklage in diesem Umfang verstand.

Mit Beschluss und Urteil vom 10. Mai 1999 schrieb das Handelsgericht die Hauptklage im Betrag von Fr. 5'212.-- und die Widerklage im Betrag von Fr. 92'288.-- als durch Rückzug erledigt ab. Sodann verpflichtete es den Beklagten, der Klägerin Fr. 264'000.-- und Fr. 42'288.--, jeweils nebst Zins, sowie Betreuungskosten in Höhe von Fr. 404.-- zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Umfang wies es die Klage ab. Weiter wies es die Widerklage und die Eventualwiderklage ab (HG act. 69).

Das Kassationsgericht hiess mit Beschluss vom 4. September 2000 eine vom Beklagten gegen das Urteil vom 10. Mai 1999 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gut, hob das Urteil auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurück (HG act. 76; der gleichzeitig mit dem Urteil ergangene Beschluss des Handelsgerichts blieb unangefochten). Das Bundesgericht (I. Zivilabteilung) schrieb in der Folge, mit Beschluss vom 12. Oktober 2000, die vom Beklagten ebenfalls erhobene Berufung als gegenstandslos geworden ab (HG act. 78).

c) Mit Beschluss des Handelsgerichts vom 20. August 2001 wurde die Klägerin aufgefordert, verschiedene Unterlagen einzureichen, sowie den Parteien Gelegenheit eingeräumt, zu den Noveneingaben der jeweiligen Gegenpartei Stellung zu nehmen (HG act. 79). Mit Verfügung vom 25. Juli 2002 ordnete der Instruktionsrichter eine Referentenaudienz an (HG Prot. S. 53 - 57). Diese fand zusammen mit ergebnislos gebliebenen Vergleichsverhandlungen am 28. November 2002 statt (HG Prot. S. 58 - 90). Am 3. Juni 2003 erliess das Handelsgericht den Beweisaufgabebeschluss (HG act. 105) und am 3. Dezember 2003 den Beweisabnahmebeschluss (HG act. 113).

Mit Urteil vom 7. Juli 2005 verpflichtete das Handelsgericht den Beklagten wiederum, der Klägerin Fr. 264'000.-- und Fr. 42'288.--, jeweils nebst Zins, sowie Betriebskosten in Höhe von Fr. 404.-- zu bezahlen. Im darüber hinausgehenden Umfang wies es die Klage ab. Weiter wies es die Widerklage und die Eventualwiderklage ab (HG act. 125 = KG act. 2).

Gegen dieses Urteil führt der Beklagte sowohl Berufung beim Bundesgericht (vgl. HG Prot. S. 102) wie kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1).

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache an das Handelsgericht zur vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts mittels eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und ein neues Urteil durch die Beschwerdeinstanz zu fällen. Diesfalls sei die Klage im Umfang von Fr. 264'000.-- abzuweisen und das Urteil hinsichtlich der übrigen Punkte der Klage zu bestätigen sowie die Widerklage im Umfang von Fr. 510'591.29 nebst Zins gutzuheissen. Weiter sei von der Reduktion der Widerklage auf einstweilen Fr. 510'591.29 nebst Zins Vormerk zu nehmen (KG act. 1).

Die Klägerin beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Die dem Beklagten mit Präsidialverfügung vom 22. September 2005 (KG act. 4) auferlegte Prozesskaution von Fr. 30'000.-- für das Kassationsverfahren wurde fristgerecht geleistet (KG act. 9).

II.

A. "Prozesswesentlicher Sachverhalt" und "Vorbemerkung"

1. Unter Ziffer II seiner Beschwerdeschrift gibt der Beschwerdeführer den prozesswesentlichen Sachverhalt aus eigener Sicht wieder (KG act. 1 S. 3 – 9, Ziffern 8 – 26) und nennt einige Nichtigkeitsgründe, welche er geltend macht. Jedoch setzt er sich noch nicht im einzelnen mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinander und begründet die von ihm gerügten Nichtigkeitsgründe nicht. Die Darstellung der gerügten Nichtigkeitsgründe (Ziffer III) leitet der Beschwerdeführer mit einer "Vorbemerkung" (lit. A) ein. Darin gibt er einzelne Abschnitte aus dem angefochtenen Urteil wieder, in welchen das Handelsgericht teilweise zwischen den Zeilen seine Auffassung durchscheinen lasse, der Beschwerdeführer habe, wenn nicht in strafrechtlich erfassbarer Weise, so doch auf betrügerische oder sonst wie unredliche Weise gehandelt. Der Beschwerdeführer bezeichnet verschiedene Ausführungen als fehl am Platz, die Grundstimmung des Handelsgerichts widerspiegelnd, eine gewisse Befangenheit aufzeigend, die Ausgangslage des Falles verkennend und ähnlich. Konkrete Nichtigkeitsgründe rügt der Beschwerdeführer in dieser "Vorbemerkung" nicht, sondern er kündigt an, er werde auf die genannten "Beispiele" mit der Darstellung der einzelnen Rügegründe zurückkommen bzw. hält dafür, die nachfolgend gerügten Fälle von Willkür seien vor diesem Hintergrund zu beurteilen (KG act. 1 S. 9 - 12, Ziffern 27 - 38).

Da der Beschwerdeführer soweit keine konkreten Nichtigkeitsgründe begründet, ist auf diese Ausführungen nicht weiter einzugehen.

B. Treuhand-Anlagegeschäft

2. a) Der Beschwerdeführer hält fest, der erste Themenkomplex beschlage das Treuhand-Anlagegeschäft. In diesem Zusammenhang habe das Handelsgericht

willkürliche tatsächliche Annahme getroffen bzw. Beweise willkürlich gewürdigt und wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt (KG act. 1 S. 12 Ziffer 39). Das Handelsgericht begründe in seinem Urteil die Ersatzpflicht des Beschwerdeführers für die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Forderung von Fr. 264'000.-- mit der Verantwortlichkeitshaftung des Verwaltungsrats (Urteil, KG act. 2, S. 46 und 55). Die Pflichtverletzung des Beschwerdeführers als Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin sehe das Handelsgericht im Abschluss des Treuhandvertrags mit der T AG. Dies sei als unzulässiges Selbstkontrahieren zu betrachten (Urteil S. 47). In diesem Zusammenhang gehe das Handelsgericht auch davon aus, dass durch die vom Beschwerdeführer beherrschte T AG hindurch auf den Beschwerdeführer gegriffen werden müsse (Urteil S. 46 f.). Diese Rechtsauffassung habe der Beschwerdeführer vor Bundesgericht angefochten. Im vorliegenden Kassationsverfahren sei einzig von Interesse, dass sowohl Selbstkontrahierung wie auch Doppelvertretung nicht in jedem Fall das Geschäft ungültig machten. Der Vertretene könne den Geschäftsabschluss nämlich nachträglich genehmigen. Davon gehe auch das Handelsgericht in seiner Begründung aus. Das Handelsgericht weise in seinem Urteil (S. 47 ff.) alle vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründe, weshalb die Treuhandanlage als genehmigt zu betrachten sei, zurück (KG act. 1 S. 12 f. Ziffern 40 - 42).

Im Sinne einer Vorbemerkung stelle das Handelsgericht fest, so der Beschwerdeführer weiter, dass es sich beim Treuhandvertrag aufgrund des schlechten Zins-Risiko-Verhältnisses um ein für die Beschwerdegegnerin unvorteilhaftes Geschäft gehandelt habe, weshalb an die Genehmigung hohe Anforderungen zu stellen seien. Vorliegend gäben weder die Akten selbst über die vom Handelsgericht festgestellte Unvorteilhaftigkeit des Geschäfts Auskunft, nach lasse sich solches aus den vorhandenen Beweisen schliessen. Aus den eingereichten Unterlagen und den Parteibehauptungen gehe nur folgendes hervor: Der Beschwerdegegnerin seien wirtschaftlich gesehen nicht nur die Schuldbriefe als Sicherheiten übereignet worden - die T AG habe diese nur treuhänderisch für die Beschwerdegegnerin gehalten -, sondern es seien ihr auch von den 20 % Zins immerhin noch 8,5 % zugestanden. Damit könne aber nicht die Rede davon sein, dass es sich um ein unvorteilhaftes Geschäft gehandelt habe. Es bleibe dabei, dass die T AG

faktisch das Risiko des Darlehens getragen habe (Duplik HG act. 27 S. 30 f. Ziffern 83 f., Klageantwort-Beilage 23). An dieser Risikoverteilung änderten auch die vom Handelsgericht an gleicher Stelle angeführten Bestimmungen des Treuhandvertrags nichts. Mit obiger Feststellung treffe das Handelsgericht eine willkürliche tatsächliche Annahme (KG act. 1 S. 14 Ziffern 44 f.).

b) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Das Handelsgericht hält unter Zitierung des Treuhandvertrags vom 12. Juli 1993 fest, dass gemäss diesem Vertrag die Beschwerdegegnerin das ganze Risiko getragen habe und die T AG davon befreit gewesen sei. Damit habe ein für die Beschwerdegegnerin jedenfalls nicht vorteilhaftes Geschäft vorgelegen: von den 20 % Zins habe die Beschwerdegegnerin, die das ganze Risiko getragen habe, 8,5

% erhalten, während die T AG, die kein Risiko getragen habe, 11,5 % erhalten habe (KG act. 2 S. 48 Erw. III/4.2.2.2). Der Beschwerdeführer begründet nicht, weshalb die vom Handelsgericht aus diesem Vertrag abgeleitete vollständige Risikotragung durch die Beschwerdegegnerin und Risikobefreiung der T AG in tatsächlicher Hinsicht falsch sei. Die bloße Behauptung, die vom Handelsgericht zitierten Vertragsbestimmungen änderten nichts, und der Hinweis auf die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Duplik sowie eine Beilage zur Klageantwort genügen nicht zum Nachweis des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes nicht. Wie weit im übrigen die Frage, ob sich die Risikoverteilung aus den zitierten Vertragsbestimmungen ergäbe, eine im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren und nicht durch das Kassationsgericht zu prüfende Frage der Anwendung von Bundesrecht sei (Art. 43 OG, § 285 ZPO), kann deshalb vorliegend offen gelassen werden.

3. Der Beschwerdeführer rügt, das Handelsgericht gebe mit keinem Wort an, wie es zur Annahme gelange, bei einem unvorteilhaften Geschäft seien besonders hohe Anforderungen an die Genehmigung zu stellen. Das Urteil sei in diesem Punkt nicht genügend begründet; es fehlten wesentliche Elemente der Entscheidungsfindung (KG act. 1 S. 14 f. Ziffer 46).

Das Handelsgericht hat den Grund, weshalb es im vorliegenden Fall hohe Anforderungen an die nachträgliche Genehmigung der Selbstkontrahierung stellt, für den Beschwerdeführer erkennbar genannt, nämlich dass diese ein für die Beschwerdegegnerin unvorteilhaftes Geschäft betrifft. Damit ist es seiner Begründungspflicht nachgekommen. Eine Pflicht, jede geäußerte Rechtsansicht mit einem einschlägigen Zitat aus Literatur oder Judikatur zu untermauern, besteht nicht. Die Rüge ist unbegründet. Ob die betreffende Rechtsansicht des Handelsgerichts zutrifft, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht und nicht im vorliegenden Kassationsverfahren zu prüfen (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

4. a) Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, das Handelsgericht habe sich mit seinem Argument auseinandergesetzt, dass die Beschwerdegegnerin die Aushändigung der Grundschuldbriefe verlangt habe. Die Beschwerdegegnerin habe diese Sachdarstellung nicht bestritten. Damit sei davon auszugehen, dass die Be-

schwerdegegnerin den Vertrag anerkenne, da ein Anspruch auf Sicherheiten nur dann geltend gemacht werden könne, wenn der Treuhandvertrag als gültig vorausgesetzt werde. Das Handelsgericht weise diese Argumentation indessen von der Hand, da dies "zum Erstellen der dokumentarischen Auslegeordnung im Rahmen der Prüfung des Darlehensvertrags" gehöre (KG act. 2 S. 49 f.). Woher das Handelsgericht diese tatsächliche Feststellung hernehme, sei nicht ersichtlich. Die Beschwerdegegnerin habe eine solche Behauptung nicht aufgestellt. Damit treffe das Handelsgericht eine willkürliche tatsächliche Annahme. Auch stelle das Handelsgericht den Parteiwillen bezüglich der Genehmigung unrichtig fest, weil es das spätere Verhalten der Parteien - das Verlangen der Aushändigung der Schuldbriefe - willkürlich falsch würdige. Der Treuhandvertrag, der anlässlich des Darlehensvertrags geschlossen worden sei, stamme vom Juli 1993, das Herausverlangen der Grundschuldbriefe sei jedoch mit einem Schreiben vom November 1995 dokumentiert. Dass das Darlehen nach über zwei Jahren erst einer Prüfung unterzogen werden sollte, sei völlig abwegig. Weiter liege eine Verletzung der Verhandlungsmaxime gemäss ZPO vor, weil das Handelsgericht von einem andern als dem von den Parteien vorgetragenen Tatbestand ausgehe. Auch sei die Begründungspflicht verletzt, weil das Handelsgericht nicht begründe, weshalb die Aushändigung der Schuldbriefe zur dokumentarischen Auslegeordnung im Rahmen der Prüfung gehören solle (KG act. 1 S. 15 f., Ziffern 47 - 49).

b) Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern das Handelsgericht von einem andern als dem von den Parteien vorgebrachten Tatbestand ausgehe. Er weist damit keine Verletzung der Verhandlungsmaxime nach.

Nach welchen Grundsätzen Willenserklärungen auszulegen seien, ist Rechtsfrage. Ob das Einverlangen der Schuldbriefe als Erklärung der Anerkennung des Darlehensvertrags zu gelten habe oder ob die verlangte Vorlage der Schuldbriefe zum Erstellen der dokumentarischen Auslegeordnung im Rahmen der Prüfung des Darlehensvertrags gehöre, also das Einverlangen der Schuldbriefe erst Teil der Prüfung bilde, ist somit eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Entsprechende Rügen können mit Berufung beim Bundesgericht vorgebracht wer-

den, womit diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

Indem das Handelsgericht aufzeigt, weshalb es das Herausverlangen der Schuldbriefe nicht als Genehmigungserklärung der Beschwerdegegnerin erachtet, weil eben die Vorlage der Schuldbriefe Teil der Prüfung der Verträge bilde, kommt es seiner Begründungspflicht nach. Einer vertieften Begründung bedarf es nicht. Die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht ist unbegründet.

5. Die Beschwerdeführerin bringt vor, im gleichen Zusammenhang füge das Handelsgericht an, das mit dem gleichen Schreiben (von H.A. vom 10. November 1995, mit welchem die Grundsuldbriefe herausverlangt wurden, HG act. 28/9) verlangte Schätzwertgutachten mache nur dann einen Sinn, wenn die Frage der Genehmigung des Vertrags noch offen sei. Auch hier handle es sich um eine willkürliche tatsächliche Annahme, die jeder Grundlage in den Akten entbehre. Auch hier stelle das Handelsgericht im Ergebnis den Parteiwillen willkürlich falsch fest. Es seien verschiedene Gründe denkbar, weshalb das Schätzwertgutachten auch nach der Genehmigung des Anlagegeschäfts noch habe verlangt werden können, beispielsweise um die korrekte Bilanzierung, einschliesslich allfälliger Rückstellungen, zu ermöglichen. Jedenfalls lasse sich allein aus diesem Umstand nicht schliessen, dass die Genehmigung noch offen gewesen sei (KG act. 1 S. 16 Ziffern 50 und 51).

Das Handelsgericht stellt in der gerügten Erwägung fest, nach bereits erfolgter Genehmigung hätte die Beschwerdegegnerin die Risiken des Darlehens, unbesehen seiner Bewertung im Gutachten, auf jeden Fall tragen müssen, so dass ihr in diesem Zeitpunkt das Einfordern des Gutachtens nichts mehr genützt hätte. Insgesamt könne deshalb aus der Tatsache, dass die Klägerin die Schuldbriefe und ein allfälliges Schätzwertgutachten herausverlangt habe, nicht auf eine Vertragsgenehmigung geschlossen werden (KG act. 2 S. 50 oben).

Ob die Beschwerdegegnerin nach erfolgter Genehmigung die Risiken des Darlehens unbesehen seiner Bewertung in einem Gutachten hätte tragen müssen, ist eine nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfende Frage der Anwendung

von Bundesrecht. Das Handelsgericht stellt nicht fest, das Einverlangen eines Schätzwertgutachtens könne nach der Genehmigung des Vertrags keinen Sinn mehr haben, sondern lediglich, dass aus diesem Einverlangen nicht auf eine vorgängige Vertragsgenehmigung zu schliessen sei. Damit schliesst das Handelsgericht nicht aus, dass dieses Einverlangen allenfalls auch einem andern, im vorliegenden Zusammenhang nicht relevanten Zweck als der Prüfung des Darlehensvertrags, zum Beispiel der vom Beschwerdeführer angeführten korrekten Bilanzierung, zu dienen vermöge. Die Rüge geht daher fehl.

6. Das Handelsgericht hält fest, der Beschwerdeführer bringe vor, in der Bilanz der I. Verwaltungs AG per Ende 1994 figuriere ein Hypothekendarlehen in Höhe von Fr. 252'750.-- (entsprechend DM 300'000.--), und bei diesem Hypothekendarlehen handle es sich um das durch die drei Grundpfandschuldbriefe über je DM 100'000.-- gesicherte Darlehen aus dem St-Treuhandgeschäft über DM 300'000.--. Die Beschwerdegegnerin habe damit Kenntnis von dieser Anlage gehabt, sie in ihrer Tochtergesellschaft bilanzieren und durch die Revisionsstelle kontrollieren lassen. Damit werde bestätigt, dass die Beschwerdegegnerin die St-Anlage nie in Frage gestellt, sondern im Gegenteil konkludent anerkannt habe (HG act. 91 S. 2 f.). Hierzu sei festzuhalten, so das Handelsgericht weiter, dass der Treuhandvertrag vom 12. Juli 1993 (HG act. 2/3/8) zwischen der T AG und der Beschwerdegegnerin abgeschlossen worden sei. Das heisse, die T AG habe das Darlehen im Namen und auf Rechnung der Beschwerdegegnerin, nicht der ITVZ Zürich Verwaltungs AG erteilt. Eine I. Verwaltungs AG habe es damals noch nicht gegeben. Wie weiter oben behandelt, habe der Beschwerdeführer die Aktien einer S AG gehalten. Er habe diese erst im Jahr 1994 auf die Beschwerdegegnerin übertragen, am 29. März 1994 sei die Umfirmierung dieser Gesellschaft in I Verwaltungs AG erfolgt, und am 20. Oktober 1994 sei der Beschwerdeführer, bis dahin einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft, durch W. und H.A. ersetzt worden (KG act. 2 S. 50 f.).

Der Beschwerdeführer bringt vor, das Handelsgericht scheine seine Argumentation mit der Begründung zu verwerfen, dass es bei der genannten Bilanz um diejenige der Tochtergesellschaft handle, einer Gesellschaft, die im fraglichen Zeit-

punkt der Darlehensgewährung (1993) gar nicht existiert habe. Es bleibe unklar, was damit gemeint sein solle. Vermutlich gehe das Handelsgericht davon aus, dass es an einer Bekanntgabe gefehlt habe, weil das Geschäft "nur" bei der Tochtergesellschaft bilanziert worden sei, und dass das fragliche Geschäft nicht erst ein Jahr später bilanziert bzw. genehmigt werden könne. Damit treffe das Handelsgericht eine willkürliche Beweismwürdigung, weil nicht einzusehen sei, weshalb ein im Jahre 1993 abgeschlossenes Geschäft nicht auch im Jahre 1994 noch sollte genehmigt werden können, oder weshalb nicht von der Kenntnis durch die Muttergesellschaft von einem in der Bilanz der Tochtergesellschaft aufgeführten Geschäft ausgegangen werden sollte (KG act. 1 S. 16 Ziffern 52 und 53).

Das Handelsgericht hält in der gerügten Erwägung nicht fest, ein 1993 geschlossener Vertrag könne 1994 nicht mehr genehmigt werden, und es dürfe nicht von der Kenntnis der in der Bilanz der Tochtergesellschaft angeführten Geschäfte durch die Muttergesellschaft ausgegangen werden. Im Übrigen handelte es sich dabei um Rechtsfragen, die im Kassationsverfahren ohnehin nicht zu prüfen wären. Vielmehr ist die nicht vollends klare Erwägung dahingehend zu verstehen, dass insbesondere auf Grund der vom Handelsgericht angeführten Umstände nicht ohne weiteres davon auszugehen sei, dass bei der Tochtergesellschaft der Beschwerdegegnerin bilanzierte Hypothekendarlehen sei für die Beschwerdegegnerin offensichtlich erkennbar das vom Beschwerdeführer im Namen und auf Rechnung der Beschwerdegegnerin erteilte Darlehen bzw. aus der Bilanzierung des Darlehens bei der Tochtergesellschaft sei nicht ohne weiteres auf die Genehmigung durch die Beschwerdegegnerin zu schliessen. Mit dieser Argumentation setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander.

7. Das Handelsgericht fügt ergänzend an, der Treuhandvertrag vom 12. Juli 1993 habe den Abschluss eines Darlehensvertrags der T AG mit der St Treuhand AG zu einem Zinssatz von 8,5 % p.a. zum Gegenstand gehabt (HG act. 7/23 S. 1). Abgeschlossen habe der Beschwerdeführer einen Vertrag mit einem Zinssatz von 20%. Dies sei nicht dasselbe. Verpflichtete sich ein Darlehensnehmer, ein grundpfandrechtlich zu hundert Prozent abgesichertes Darlehen mit 8,5 % pro Jahr zu verzinsen, so bewegten sich diese Zinsen (in der damaligen Zeit und in der fragli-

chen Währung) in einem vernünftigen Rahmen. Sei aber der Darlehensnehmer bereit, trotz der gestellten hundertprozentigen Sicherheiten einen Jahreszins von 20 % zu bezahlen, dann habe ein Problem vorliegen müssen; entweder sei der Schuldner bedenklich schlecht gewesen oder die Sicherheiten doch nicht über alle Zweifel erhaben. Jedenfalls seien spezielle Verhältnisse vorgelegen, die mit dem vorm Treuhandvertrag avisierten "normalen" Darlehensvertrag mit 8,5 % Zins nichts gemein gehabt hätten. Ein Darlehensvertrag mit 20 % Zins sei nicht Gegenstand des Treuhandvertrags. Entsprechend habe der Beschwerdeführer mit dem Abschluss dieses Darlehensvertrags seiner Verpflichtung aus dem Treuhandvertrag nicht nachkommen können, und entsprechend würde ihm - selbst wenn die Beschwerdegegnerin den Treuhandvertrag genehmigt gehabt hätte - kein Anspruch auf Auszahlung der Darlehenssumme zustehen (KG act. 2 S. 51).

Der Beschwerdeführer hält dafür, was das Handelsgericht aus diesen Erwägungen herleiten wolle, bleibe völlig im Dunkeln, zumal vorliegend einzig interessiere, ob die Beschwerdegegnerin den Treuhandvertrag genehmigt habe oder nicht. Ob der abgeschlossene Darlehensvertrag hinsichtlich des von der Darlehensnehmerin zu bezahlenden Zinses nun höher sei, als im Treuhandvertrag vorgesehen, habe mit dieser Frage nichts zu tun. Der Vollständigkeit halber rüge der Beschwerdeführer, dass das Handelsgericht eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen bzw. eine willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen habe (KG act. 1 S. 17 Ziffern 54 und 55).

Das Handelsgericht begründet in der gerügten Erwägung, weshalb dem Beschwerdeführer selbst im Fall der Genehmigung des Treuhandvertrags durch die Beschwerdegegnerin kein Anspruch auf Auszahlung der Darlehenssumme zustünde. Ob eine Genehmigung des Treuhandvertrags durch die Beschwerdegegnerin erfolgt sei, ist also aus Sicht des Handelsgerichts in diesem Zusammenhang ohne Belang, und zwar aus rechtlichen Gründen. Grundlage der Feststellung des Handelsgerichts, dem Beschwerdeführer stehe kein Anspruch auf Auszahlung der Darlehenssumme zu, ist, dass der Beschwerdeführer mit dem Abschluss des Darlehensvertrags seiner Verpflichtung aus dem Treuhandvertrag nicht habe nachkommen können. Das Handelsgericht stützt sich somit auf den Inhalt der

beiden Verträge und legt diese aus. Die Frage der richtigen Vertragsauslegung ist ebenfalls eine Frage der Anwendung materiellen Bundesrechts. Die Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme und Beweiswürdigung geht somit grundsätzlich fehl. Rügen betreffend Verletzung von Bundesrecht sind mit Berufung beim Bundesgericht vorzubringen, weshalb die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde diesbezüglich ausgeschlossen ist (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

8. Das Handelsgericht merkt weiter an, die T AG habe gegen die St Treuhand AG nach am 7. Juli 1993 eingetretener Fälligkeit der Rückzahlung des Darlehens am 19. Juli 1993 die Betreuung und am 3. September 1993 die Forderungsklage beim Handelsgericht eingereicht, wobei in der Klageschrift die Fälligkeit der Rückzahlung behauptet worden sei und von einer Verlängerung des Darlehens - wie dies die Erfüllung des Treuhandvertrags vom 12 Juli 1993 erfordert hätte - nicht die Rede gewesen sei und logischerweise nicht die Rede habe sein können, weil dies der Klage die Grundlage entzogen hätte. Und auch die St Treuhand AG habe anerkannt, dass das Darlehen zur Rückzahlung fällig geworden sei. Sie habe also nicht behauptet, das Darlehen sei verlängert worden, sondern habe gegenüber der Darlehensrückforderung Verrechnung mit einer anderen Forderung geltend gemacht. Auch in der Replik und in der Widerklageduplik sei die T AG weiterhin von der Fälligkeit der Rückzahlung des Darlehens ausgegangen. Habe aber die T AG, wohlverstanden handelnd durch ihren einzigen Verwaltungsrat, den Beklagten im vorliegenden Prozess (Beschwerdeführer) und im damaligen wie im vorliegenden Prozess vertreten durch denselben Rechtsanwalt, in jenem Prozess das Darlehen als seit dem 7. Juli 1993 zur Rückzahlung fällig behauptet, dann sei schwer vorstellbar, dass tatsächlich das Darlehen auf den Treuhandvertrag vom 12. Juli 1993 hin verlängert worden sein soll. Es entstehe vielmehr der Eindruck, eine solche Verlängerung habe es nie gegeben, und der Treuhandvertrag sei einzig dazu verwendet worden, den fraglichen Betrag zur Schadloshaltung der T AG aus der Beschwerdegegnerin abzuziehen. Ob dem so sei, könne aber offen bleiben, denn auch eine Verlängerung des Darlehensvertrags hätte keinen Anspruch der T AG aus dem Treuhandvertrag gegenüber der Beschwerdegegnerin entstehen lassen (KG act. 2 S. 51 f.).

Der Beschwerdeführer rügt, auch hier sei unklar, was das Handelsgericht aus diesen Erwägungen für die vorliegend einzig relevante Frage - jene der Genehmigung - herleiten wolle. Er hält fest, dass es sich bei der klageweisen Geltendmachung der Darlehensforderung um eine reine Vorsichtsmassnahme gehandelt habe; der T AG sei es nicht zuletzt darum gegangen, im Grundbuch als Grundpfandgläubigerin eingetragen zu werden, um bei einer allfälligen Verwertung der Schuldbriefe die Stellung einer Grundpfandgläubigerin inne zu haben (Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 1. Oktober 2001, HG act. 88 S.3 Ziffer 6). Indem das Handelsgericht festhalte, eine Verlängerung des Darlehens habe es nie gegeben, treffe es eine willkürliche tatsächliche Annahme. Weiter sei das Handelsgericht auf die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers nicht eingegangen und habe damit dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Auch verletze das Handelsgericht seine Begründungspflicht (KG act. 1 S. 17 f. Ziffern 56 und 57).

Der Beschwerdeführer führt in der von ihm genannten Stellungnahme vom 1. Oktober 2001 in anderem Zusammenhang aus, die T AG habe im Frühjahr 1993 den Darlehensvertrag mit der St Treuhand AG gekündigt und am 3. September 1993 Klage auf Rückerstattung des Darlehens eingeleitet. Dabei sei es darum gegangen, im Grundbuch als Grundpfandgläubigerin eingetragen zu werden (HG act. 88 S. 3 Ziffer 6). Es trifft zu, dass das Handelsgericht auf die Begründung des Beschwerdeführers für die damals gegen die St Treuhand AG eingeleitete Klage nicht Bezug nimmt. Selbst wenn die damalige Klageeinleitung eine Vorsichtsmassnahme gewesen sein soll, um der T AG die Stellung als Grundpfandgläubigerin zu sichern, ändert dies nichts daran, dass die vom Beschwerdeführer beherrschte T AG die Darlehenssumme von der St Treuhand AG zurückforderte, was mindestens als mit der behaupteten Verlängerung des Darlehensvertrags in Widerspruch stehend erscheint. Es bestand daher für das Handelsgericht kein Anlass, auf die genannte Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 1. Oktober 2001 einzugehen, womit die Rüge der Gehörsverweigerung unbegründet ist.

Der Eindruck des Handelsgerichts, es habe die vom Beschwerdeführer behauptete Verlängerung des Darlehensvertrags nie gegeben, ist im Hinblick auf das

vom Handelsgericht genannte Prozessverhalten des Beschwerdeführers jedenfalls nachvollziehbar. Damit ist auch die Willkürklage unbegründet. Inwiefern das Handelsgericht seiner Begründungspflicht nicht nachgekommen sein soll, ist sodann nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer nicht begründet.

C. Honorarforderung für "weitere Tätigkeiten" 1990 - 1994

9. a) Der Beschwerdeführer wurde von der Beschwerdegegnerin für verschiedene Tätigkeiten wie Übernahme des Verwaltungsratsmandats bei der Beschwerdegegnerin, Tätigkeit als Depotverwalter, Übernahme des Geschäftsdomizils der Beschwerdegegnerin in seinen eigenen Räumen, Übernahme des Geschäftssekretariats der Beschwerdegegnerin und Führen der Buchhaltung für das Jahr 1991 und Erstellen der Jahresbilanz mit Gewinn- und Verlustrechnung per 31. Dezember 1991 entlohnt. Er macht widerklageweise eine Honorarforderung für verschiedene "weitere Tätigkeiten" in Höhe von Fr. 431'320.-- geltend. Für diese weiteren Tätigkeiten habe ein Honoraranspruch bestanden, der jedoch gemäss mündlicher Absprache erst zu einem späteren Zeitpunkt hätte ausbezahlt werden sollen. Das Handelsgericht weist die Widerklage vollumfänglich ab.

Das Handelsgericht führt aus, in der Referentenaudienz vom 12. März 1996 sei der Beschwerdeführer ausdrücklich aufgefordert worden, für Aufwand, den er nach Stunden entschädigt haben wolle, konkret darzulegen, an welchem Tag er wie viele Stunden für welche konkrete Tätigkeit aufgewendet habe (HG Prot. S. 21). In der Widerklagereplik habe sich der Beschwerdeführer daraufhin damit begnügt, auf seine beiden bereits früher eingereichten Aufstellungen (HG act. 7/31 und 16/1) 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 nur eine Zusammenfassung dar. Sie seien zu unsubstanziert und vermöchten in keiner Weise den anlässlich der Referentenaudienz erläuterten Anforderungen zu genügen. Mit dem Verweis auf die beiden Aufstellungen habe der Beschwerdeführer nicht in rechtsgenügender Weise dargetan, an welchem Tag er wie viele Stunden für welche konkrete

Tätigkeit aufgewendet und demzufolge einen Honoraranspruch habe. Weil er dieser prozessualen Obliegenheit nicht nachgekommen sei, müsse seine Forderung schon aus diesem Grund abgewiesen werden (KG act. 2 S. 59 Erw. IV/1.2)

Der Beschwerdeführer hält dafür, § 113 ZPO verpflichte die Parteien, bestimmte und vollständige Behauptungen aufzustellen. An diese Behauptungslast dürfe jedoch nicht ein zu strenger, die Durchsetzung des materiellen Rechts übermässig einschränkender Massstab angelegt werden. Es genüge, wenn diejenigen Tatsachen vorgebracht würden, die für die Anwendung der in Betracht fallenden Rechtssätze unmittelbar von Bedeutung seien. Allein daran würden sich die Voraussetzungen der Behauptungslast messen. Die vom Gericht anlässlich der Referentenaudienz dargelegten Massstäbe hätten daher keine eigenständige Bedeutung. Vorliegend bedeute dies, dass der Beschwerdeführer zunächst den Rechtsgrund seines Honoraranspruchs darzulegen gehabt habe. Im weiteren habe er zu behaupten gehabt, nach welcher Methode sein Honorar zu berechnen sei und dessen Ausgangsparameter zu nennen. Dies seien alle für den Honoraranspruch notwendigen Tatbestandsmerkmale. Der Beschwerdeführer zählt in der Folge die Vereinbarungen und Gesetzesbestimmungen auf, auf welche er sich vor Handelsgericht als Rechtsgrundlage berufen habe. Hinsichtlich der Berechnungsmethode habe er weiter ausgeführt, dass sein zusätzlicher Aufwand auf Stundenbasis und zu dem gemäss Honorarordnung der Treuhandkammer geltenden Stundensatz von Fr. 200.-- abzugelten sei. In der eingereichten Aufstellung habe er für jedes Jahr die genauen Tätigkeiten und die aufgewendete Stundenzahl bezeichnet und sei auf eine Gesamtstundenzahl von Fr. 2'156,5 gelangt. Rechtsgrundlage und Berechnungsmethode seien damit rechtsgenügend behauptet. Indem das Handelsgericht vom Beschwerdeführer verlange, dass er darzulegen habe, wie viele Stunden er täglich aufgewendet habe, überspanne es die Anforderungen an die Behauptungslast. Für eine über vier Jahre andauernde Tätigkeit wäre dies ein übertrieben hoher Detailliertheitsgrad. Im übrigen würde dies auch nicht der im Arbeits- oder Auftragsverhältnis üblichen Abrechnungsmethode entsprechen. Damit treffe das Handelsgericht eine willkürliche tatsächliche Annahme und verletze den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (KG act. 1 S.19 - 21 Ziffern 59 - 65).

b) Der Beschwerdeführer reichte dem Handelsgericht als Beilage zur Klageantwort und Widerklagebegründung (HG act. 6) die Kopie einer drei Seiten umfassenden handschriftlichen "Zusammenfassung (VR-Entschädigung, Geschäftsführung) für die Geschäftsjahre 1990/91 bis 1994 ein. Darin werden für jedes der vier Geschäftsjahre Tätigkeiten pauschal zusammenfassend mit einer jeweils das ganze Jahr umfassenden Stundenzahl angeführt, so beispielsweise für 1990/91 zehn Posten: "Kundenbesprechungen 22, Besprechungen mit Banken 9 ½, Besprechungen mit Revisionsstelle 9 ..." Summiert werden für das Geschäftsjahr 1990/91 156 ½ Stunden, für 1992 447 Stunden, für 1993 927 ½ Stunden und für 1994 625 ½ Stunden angeführt, was ein Total von 2'156 ½ Stunden ergibt. Weiter wird ein Stundenansatz gemäss Richtlinien der Treuhandkammer von Fr. 200.-- ("Mittelwert") genannt woraus sich ein (abgerundetes) Gesamttotal von Fr. 430'000.-- ergebe (HG act. 7/3).

Mit Fax vom 11. März 1996 (HG act. 15 und 16) übermittelte der Beschwerdeführer dem Handelsgericht unter anderem eine maschinenschriftliche Zusammenstellung "Bezüge / offene Forderungen von T.M." bezüglich derselben vier Geschäftsjahre 1990/91 bis 1994. Für das Geschäftsjahr 1990/91 werden als offene Forderungen vier Posten angeführt: "Besprechungen mit Kunden (1-2 im Monat), mit Anlageberatern von Banken (1x pro Monat), mit I.-Anwalt (Vergleich mit früherem VR), mit der Revisionsstelle betreffend Mandatsübernahme / Jahresabschluss. Arbeitsaufwand 46 ½ Stunden sFr. 9'300.--", "Vorbereitung / Durchführung der ord. GV für das Jahr 1990 der 3 I.-Gesellschaften (6.3.91 in Zürich, verschiedene Besprechungen mit Aktionär). Arbeitsaufwand 38 Stunden sFr. 7'600.--", "Vorbereitung / Durchführung I.-Jahrestagung 1990/91 (27.9.91 in Wiesbaden), Referat über Depot- / Börsenentwicklung in 1990/91, Präsentation der zukünftigen Anlagepolitik usw. Arbeitsaufwand 32 Stunden sFr. 6'400.--", "Überarbeitung / Verbesserung der bestehenden Anlageprodukte, Neuentwicklung von Produkten (Teilbereich) Arbeitsaufwand 40 Stunden sFr. 8'000.--". Für die weiteren Geschäftsjahre 1992 bis 1994 werden die erbrachten Leistungen in der gleichen Art, was die Differenzierung angeht, aufgezeigt. Der Beschwerdeführer macht in dieser Weise offene Forderungen von Fr. 31'300.-- (1990/91), Fr. 89'400.-- (1992), Fr.

185'500.-- (1993) und Fr. 125'100.-- (1994), insgesamt Fr. 431'300.-- geltend (HG act. 16/1).

Die beiden Aufstellungen unterscheiden sich darin, dass die einzelnen Tätigkeiten des Beschwerdeführers in unterschiedlicher Weise zusammengefasst werden. Die jeweiligen Jahrestotale pro Geschäftsjahr stimmen jedoch überein. Der Beschwerdeführer zeigt in den beiden Aufstellungen jedoch nicht auf, wie sich die einzelnen Posten konkret zusammensetzen und auf welcher offenbar gemeinsamen Grundlage (Aufzeichnungen, Hochrechnungen usw.) sie beruhen. Aufgrund dieser Aufstellungen ist es der Beschwerdegegnerin nicht möglich, den geltend gemachten Zeitaufwand für die "weitere Tätigkeit" des Beschwerdeführers im Einzelnen zu bestreiten und für solche Bestreitungen allenfalls auch Beweise zu nennen. Ebenfalls ist es dem Handelsgericht nicht möglich, die Richtigkeit der Aufstellungen des Beschwerdeführers zu prüfen.

Der Substanziierungshinweis des Handelsgerichts an den Beschwerdeführer in der Referentenaudienz vom 12. März 1996 lautet: "Soweit er Aufwand behauptet, den er nach Stunden entschädigt haben will, muss er konkret darlegen, an welchem Tag er wie viele Stunden für welche konkrete Tätigkeit aufgewendet hat..." (HG Prot. S. 21 oben). Dieser Substantiierungshinweis ist nach dem Ausgeführten berechtigt und angemessen. Von einem zu strengen, die Durchsetzung des materiellen Rechts übermässig einschränkenden Massstab kann nicht die Rede sein. Zu Recht hält das Handelsgericht fest, der Beschwerdeführer habe mit dem Verweis auf die beiden Aufstellungen nicht in rechtsgenügender Weise dargetan, an welchem Tag er wie viele Stunden für welche konkrete Tätigkeit aufgewendet und demzufolge einen Honoraranspruch habe (KG act. 2 S. 59). Die Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch Anwendung übertrieben hoher Anforderungen an die Bestimmtheit und Vollständigkeit der Behauptungen (§ 113 ZPO) ist unbegründet. Die weitere Rüge der willkürlichen tatsächlichen Annahme geht zum vornherein fehl, da das Handelsgericht keine Feststellungen zum tatsächlichen Umfang der angeblich geleisteten "weiteren Tätigkeiten" trifft.

10. Das Handelsgericht hält weiter dafür, es dürfte auch an einer Rechtsgrundlage für die Forderungen des Beschwerdeführers fehlen. Dies ergäbe sich aus den

entsprechenden Verträgen. Es begründet dies in der Folge eingehend (KG act. 2 S. 59 unten bis S. 64). Hierbei handelt es sich um eine alternative Begründung, da das Handelsgericht die Forderung des Beschwerdeführers bereits wegen ungenügender Substantiierung abweist. Die bezüglich der Substantiierung erhobenen Rügen dringen, wie aufgezeigt, nicht durch. Ob die alternative Begründung allenfalls mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sei, ist für den Ausgang des Verfahrens deshalb nicht entscheidend. Auf die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 21 – 26 Ziffern 66 – 80) ist nicht weiter einzugehen.

D. Lohn 1994 bis Mitte Oktober (Kommissions- und Gewinnansprüche)

11. a) In seiner Duplik- und Widerklagereplikschrift machte der Beschwerdeführer geltend, für seine ordentliche Tätigkeit habe er mit der Beschwerdegegnerin folgende Lohnansprüche vereinbart (HG act. 27 S. 41 f., Ziffer 115):

- ein Verwaltungsratshonorar von Fr. 2'500.-- für jede der drei I.-Gesellschaften;
- eine Verwaltungskommission von 0,5 % pro Jahr auf dem jeweiligen Depotwert;
- eine Gewinnbeteiligung von 4 % auf dem erzielten Netto-Depotertrag;
- eine Verwaltungskommission von 25 % der entsprechenden I.-Kommission für die Anlageprogramme P3 bis P5;
- einen monatlichen Mietzinszuschuss von Fr. 1'500.-- und eine Altersvorsorgeleistung von monatlich Fr. 1'500.--.

Diese Beiträge seien jeweils am Jahresende abgerechnet worden. Weiter seien die Ansätze jährlich erhöht worden, wobei diese Vereinbarungen mündlich erfolgt seien und von der Beschwerdegegnerin somit bestritten würden. Er, der Beschwerdeführer, müsse daher seine Entschädigungsforderung aus Beweisgrün-

den auf der Grundlage der ursprünglichen schriftlichen Vereinbarung (vom 1. Dezember 1990, HG act. 7/3) geltend machen. Für das Jahr 1994 habe der Beschwerdeführer eine Honorar-Akontozahlung von Fr. 30'000.-- bezogen. Da er bis Ende Juli 1994 im Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin gewesen sei und die Depotverwaltung bis Mitte Oktober 1994 geführt habe, stehe ihm sein Honorar bis zum 17. Oktober 1994 zu (HG act. 27 S. 42 Ziffern 116 – 118). Die Altersvorsorge für die Monate August bis Mitte Oktober 1994 betrage Fr. 3'750.--. Betreffend die Verwaltungs- und Gewinnkommissionen reichte der Beschwerdeführer dem Handelsgericht neben Buchhaltungsblättern eine darauf beruhende provisorische Kommissionsabrechnung ein (HG act. 28/1). Dazu machte er geltend, auf den Konti, welche die Beschwerdegegnerin in Eigenverwaltung geführt habe, habe sie den Kunden jeweils eine Verwaltungskommission von 1 % belastet, wovon dem Beschwerdeführer die Hälfte zugestanden sei. Hochgerechnet auf 9,5 Monate ergebe dies Fr. 113'240.-. Auf den fremdverwalteten P4-Konti stünden dem Beschwerdeführer die oben genannten Gewinnbeteiligung und Verwaltungskommission zu, was auf 9,5 Monate hochgerechnet Fr. 6'600.-- ergebe. Die Verwaltungsrathonorare und die Mietzinszuschuss seien bereits vor dem Ausscheiden des Beschwerdeführers bezahlt worden. Der Beschwerdeführer bezifferte damit seinen Kommissions- und Altersvorsorgeanspruch Januar bis Mitte Oktober 1994 auf Fr. 123'590.--, abzüglich Fr. 30'000.-- Akontozahlung, was total Fr. 93'590.-- ergebe (HG act. 27 S. 43 f. Ziffern 121 – 127).

Das Handelsgericht hält bezüglich der Kommissions- und Gewinnansprüche dafür, es sei zu prüfen, ob der Beschwerdeführer im Hauptverfahren je behauptet habe, es sei zwischen ihm und H.A. (der für die Beschwerdegegnerin gehandelt habe) vereinbart worden, seine Honorierung nicht danach vorzunehmen, um welches der Konti P1 - P6 es sich handle, wie im Vertrag festgehalten, sondern vielmehr danach, ob die jeweiligen Gelder fremd- oder eigenverwaltet worden seien. Hierzu gibt das Handelsgericht auszugsweise die oben wiedergegebene Ziffer 115 der Widerklagereplik wieder (Verwaltungskommission von 0,5 % pro Jahr auf dem jeweiligen Depotwert; Gewinnbeteiligung von 4 % auf dem erzielten Netto-Depotertrag; Verwaltungskommission von 25 % der entsprechenden I.-Kommission für die Anlageprogramme P3 bis P5) und hält hierzu fest, der Be-

schwerdeführer habe demnach seine Forderung auf die entsprechende Vereinbarung der Parteien vom 1. Dezember 1990 (HG act. 7/3) gestützt (KG act. 2 S. 74 f.). Sodann kopiert das Handelsgericht die Aufstellung "Offene Depotverwaltungs-Kommissionen 1994 (HG act. 28/12) in sein Urteil (KG act. 2 S. 76) und gibt die Erläuterungen des Beschwerdeführers in der Widerklagereplik, worin dieser nach eigenverwalteten und fremdverwalteten Konti unterscheidet (HG act. 27 S. 43 Ziffern 124 und 125) im Wortlaut wieder. Es hält dazu fest, der Beschwerdeführer sei demnach nicht gemäss dem Vertragstext vorgegangen, wonach er für die Konti P1, P2 und P6 eine Verwaltungskommission von 0.5 % vom Depotwert und eine Gewinnbeteiligung von 4 % des Nettoertrags und für die Konti P3, P4 und P5 25 % der I.-Verwaltungskommission hätte beanspruchen können, sondern habe nach eigen- und fremdverwalteten Konti unterschieden (KG act. 2 S. 77). Eine Behauptung, es sei zwischen ihm und H.A. vereinbart worden, seine Honorierung entgegen dem Vertragstext nicht danach vorzunehmen, um welches der Konti P1 - P6 es sich handle, sondern vielmehr danach, ob die jeweiligen Gelder fremd- oder eigenverwaltet worden seien, habe der Beschwerdeführer mit der Duplik und Widerklagebegründung (recte: Widerklagereplik) nicht aufgestellt. Er habe auch nicht behauptet, dies sei der übereinstimmende Wille von H.A. und ihm gewesen. Im Gegenteil habe der Beschwerdeführer in Ziffer 115 der Widerklagereplik die schriftlich vereinbarten Bezüge angeführt, in Ziffer 116 festgehalten, diese Beträge seien jeweils am Jahresende abgerechnet worden, um dann in Ziffer 117 darzulegen, er müsse seine Entschädigungsforderung aus Beweisgründen auf der Grundlage der ursprünglichen schriftlichen Vereinbarung geltend machen. Dies heisse, dass der Beschwerdeführer ausdrücklich die schriftliche Vereinbarung (HG act. 7/3) und nur diese geltend gemacht habe. Wenn er demnach anlässlich der Befragung vom 28. November 2002 geltend gemacht habe, auch auf den Konti P3, P4 und P4 (recte: P5) (soweit eigenverwaltet) habe er denselben Anspruch wie gemäss schriftlichem Vertrag für P1, P2 und P6, so sei dies als neu und weil verspätet unzulässig nicht zu hören. Damit sei für die Bemessung der Ansprüche des Beschwerdeführers von den Ansätzen gemäss dem Vertrag HG act. 7/3 auszugehen (KG act. 2 S. 77 - 79).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, das Handelsgericht gehe zu Unrecht davon aus, die Ausführungen anlässlich der Referentenaudienz vom 28. November 2002 seien verspätet. Selbst wenn die Ausführungen in der Referentenaudienz verspätet gewesen wären, ginge das Handelsgericht zu Unrecht davon aus, dass die mit der Widerklagereplik gemachten Ausführungen keine rechtsgenügenden Behauptungen bezüglich der Berechnung nach Art der Kontoverwaltung darstellten. Gemäss § 115 Ziff. 5 ZPO seien Nova zulässig, wenn sie als Behauptungen oder Bestreitungen nach gerichtlichen Anordnungen gemäss § 55 ZPO vorgebracht würden. Der Instruktionsrichter habe in seiner Verfügung vom 25. Juli 2002 insbesondere hinsichtlich des Kontos P4 festgehalten: "Ebenfalls wird der Beklagte zu erläutern haben, weshalb er, obwohl der erwähnte Vertrag ihm einen Anspruch auf eine Verwaltungskommission von 25 % der entsprechenden Kommission, welche die Klägerin erhält, zubilligt (act. 7/3, S.- 2, Ziff. 2, 3. Lemma), hier bezüglich act. 87/5 von einem Anspruch von 50 % ausgeht (act. 91, Ziff. 23). Weiter hat der Kläger [recte: Beklagte] darzulegen, worauf er seine Gewinnbeteiligung gemäss seinen Ausführungen act. 91 Ziff. 25 stützt" (HG Prot. S. 56 oben). Gemäss der instruktionsrichterlichen Verfügung würde die Bestimmung des Quantitativs der Kommissionsforderungen ausdrücklich Gegenstand der anlässlich der Referentenaudienz zu klärenden Fragen sein. Damit habe der Beschwerdeführer in guten Treuen davon ausgehen können, dass dies auch die Frage beinhalten würde, ob die Forderungen nach jeweiligem Konto oder nach jeweiliger Art der Kontoverwaltung zu berechnen sei, zumal diese Frage mit der Bestimmung des Quantitativs der Kommissionsforderung eng verknüpft sei. Indem das Handelsgericht die Ausführungen des Beschwerdeführers an der Referentenaudienz zur Frage der Unterscheidung nach Art der Kontoverwaltung (HG Prot. S. 62 ff.) nicht berücksichtige, verletze es seinen Anspruch auf rechtliches Gehör und treffe willkürliche tatsächliche Annahmen (KG act. 1 S. 28 f, Ziffern 87 - 91).

Was die Frage betreffe, so der Beschwerdeführer weiter, ob die übrigen in der Widerklagereplik gemachten Ausführungen rechtsgenügende Behauptungen darstellten, sei auf § 113 ZPO hinzuweisen. Danach hätten die Parteien bestimmte und vollständige Behauptungen aufzustellen. An diese Behauptungslast dürfe nicht ein zu strenger, die Durchsetzung des materiellen Rechts übermässig ein-

schränkender Massstab angelegt werden. Dies käme einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleich. Vorliegend bedeute dies, dass der Beschwerdeführer zunächst den Rechtsgrund seines Kommissionsanspruchs darzulegen gehabt habe. Im Weiteren habe er zu behaupten gehabt, nach welcher Methode die Kommissionen zu berechnen seien und deren Ausgangsparameter zu nennen. Dies seien alle für den Kommissionsanspruch notwendigen Tatbestandsmerkmale.

Als Rechtsgrundlage habe sich der Beschwerdeführer auf die Vereinbarung vom 1. Dezember 1990 (HG act. 7/3) berufen. Auf Seite 2 der Vereinbarung finde sich auch die Berechnungsmethode für die Kommissionen. Hinsichtlich der Berechnungsmethode (und nicht, wie das Handelsgericht annimmt, hinsichtlich der Anspruchsgrundlage) präzisiere der Beschwerdeführer in Ziffern 124 und 125 der Widerklagereplik sodann, dass die Parteien danach unterschieden hätten, ob das betreffende Konto fremd- oder eigenverwaltet gewesen sei. Weiter habe der Beschwerdeführer eine provisorische Kommissionsabrechnung eingereicht (HG act. 28/12), aus welcher ebenfalls hervorgehe, dass der Beschwerdeführer von einer Differenzierung nach Eigen-/Fremdverwaltung und nicht nach der Nummerierung der Konti ausgegangen sei. Mit den Ausführungen in Ziffern 124 und 125 der Widerklagereplik sowie der eingereichten Abrechnung habe der Beschwerdeführer rechtzeitig geltend gemacht, dass hinsichtlich der Berechnungsmethode eine vom Vertragswortlaut abweichende Praxis bestanden und somit eine andere Vereinbarung vorgelegen habe. Unter diesen Umständen lasse sich aber nicht mit Fug der Schluss ziehen, der Beschwerdeführer habe nicht mindestens sinngemäss eine entsprechende Parteivereinbarung behauptet. Die gegenteiligen Schlussfolgerungen des Handelsgerichts seien spitzfindig. Zudem habe der Beschwerdeführer in Ziffer 117 der Widerklagereplik ausgeführt, es seien die Ansätze erhöht worden, wobei diese Vereinbarungen mündlich erfolgt seien. Unter Verweisung auf diese Ausführungen habe der Beschwerdeführer sodann auch in einer Stellungnahme vom 27. Januar 1997 zu den Nova der Widerklageduplik nochmals festgehalten, dass seine Entschädigungen nicht bloss in den als Beilagen zur Klageantwort eingereichten Vereinbarungen, sondern in zusätzlichen mündlichen Absprachen zwischen den Parteien geregelt worden seien, welche unter anderem durch die Dokumente in der Klageantwort und Widerklagereplik dokumentiert würden. Auch

damit habe der Beschwerdeführer den Bestand zusätzlicher mündlicher Vereinbarungen behauptet.

Das Handelsgericht habe übertriebene Anforderungen an die Behauptungslast gemäss § 113 ZPO gestellt. Es habe im Ergebnis ohne Durchführung eines Beweisverfahrens auf eine behauptete, aber bestrittene Tatsache abgestellt und damit einen wesentlichen Grundsatz des Beweisverfahrens verletzt. Weiter habe es dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert. Zudem rügt der Beschwerdeführer die Nichtausübung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO. Stellte das Gericht fest, dass der Beschwerdeführer nach Fremd- und Eigenverwaltung der Konti unterscheide, und kam es zum Schluss, dies allein genüge nicht, um die Behauptungen einer vom Vertragstext abweichenden Parteivereinbarung aufzustellen, so hätte es den Beschwerdeführer dazu befragen müssen (KG act. 1 S. 29 - 31 Ziffern 91 - 103).

c) In einer Stellungnahme und Noveneingabe vom 21. Januar 2002 erklärte der Beschwerdeführer mit Bezug auf das Konto bzw. Depot P4, aus dem von der Beschwerdegegnerin eingereichten Kontoblatt (HG act. 87/5) ergebe sich, dass die Beschwerdegegnerin dort im Jahr 1994 einen Verwaltungsertrag von Fr. 344'912.45 erzielt habe. Es sei nicht ersichtlich, für welche Verwaltungsperiode welcher Betrag verbucht worden sei. Der Beschwerdeführer nehme deshalb eine pro rata-Berechnung vor und mache geltend, dass bis 15. Oktober 1994 Fr. 273'055.70 erwirtschaftet worden seien. Davon stünden dem Beschwerdeführer unbestrittenermassen die Hälfte, also Fr. 136'527.85 zu (HG act. 91 S. 7 Ziffer 22 und 23). Weiter brachte der Beschwerdeführer in der gleichen Rechtschrift vor, gemäss Duplikbeilage HG act. 28/12 seien per 30. Juni 1994 P4/4a-Anlagen in Höhe von Fr. 1,2 Mio. fremdverwaltet worden. Die Verwaltungskommission der Beschwerdegegnerin von 1,4 % auf diesen Anlagen habe sich auf Fr. 12'410.-- belaufen; die Gewinnbeteiligung der Beschwerdegegnerin von 10 % auf Fr. 8'860.--; gesamthaft mithin Fr. 21'280.--. Der Anteil des Beschwerdeführers habe 25 % respektive 4 % betragen, was Fr. 6'600.-- ergebe (HG act. 91 S. 8 Ziffer 25). Der Instruktionsrichter hielt in seiner Verfügung vom 25. Juli 2002 fest, der Beschwerdeführer werde zu erläutern bzw. darzulegen haben, weshalb er bezüglich HG

act. 87/5 von einem Anspruch von 50 % statt 25 %, wie im Vertrag vorgesehen, ausgehe und worauf er seine Gewinnbeteiligung gemäss den Ausführungen in Ziffer 25 der genannten Eingabe stütze (HG Prot. S. 56 oben).

Gemäss § 114 ZPO sind Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder ihrer letzten Rechtschrift nicht vorgebracht haben. § 115 Ziffer 5 ZPO, worauf sich der Beschwerdeführer beruft schliesst von dieser Regel Behauptungen und Bestreitungen nach gerichtlicher Anordnung gemäss § 55 ZPO aus. Die Ausnahmen von § 115 ZPO sind eng auszulegen; im Zweifel darf auf ein Novum nicht eingetreten werden (Frank/ Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 115 ZPO). Nur wenn rechtzeitig erfolgte Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleiben, entsteht die richterliche Fragepflicht mit der Folge, dass Ergänzungen der Parteien nach § 115 Ziff. 5 ZPO noch zu berücksichtigen seien (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 55 ZPO). Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht führt nicht dazu, dass der befragten Partei jegliche Nova offen stehen, welche in weiterem Zusammenhang mit dem Gegenstand der richterlichen Fragen im Sinne von § 55 ZPO stehen. Grundlegende Behauptungen sind jedenfalls im Hauptverfahren aufzustellen und nicht erst im Rahmen einer Referentenaudienz.

Der Beschwerdeführer verweist in der Widerklagereplik auf die Vereinbarung vom 1. Dezember 1990 (HG act. 7/3) als Rechtsgrundlage seines Anspruchs (HG act. 27 S. 41 Ziffer 115). Gemäss Entschädigungsregelung in dieser Vereinbarung (S. 2 oben) ist zwischen den Anlageprogrammen gemäss Ziffer 4 der vom Beschwerdeführer zu übernehmenden Aufgaben (S. 1 der Vereinbarung, dort werden die I.-Anlageprogramme P1, P2 und P6 genannt) einerseits und den Anlageprogrammen P3, P4 und P5 andererseits zu unterscheiden. Das heisst, für die erste Gruppe gilt eine andere Regelung als für die zweite Gruppe. Zwar brachte der Beschwerdeführer vor, die Entschädigungsansätze seien jährlich erhöht worden, wobei diese Vereinbarungen mündlich erfolgt seien (HG act. 27 S. 42 Ziffer 117). Eine Erhöhung von Entschädigungsansätzen ist jedoch nicht mit einem Systemwechsel - Unterscheidung nach Eigenverwaltung und Fremdverwaltung anstatt nach Anlageprogramm) gleichzusetzen, so dass aus Ziffer 117 der Widerklage-

duplik keine Behauptung abzuleiten ist, es bestehe eine Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und dem für die Beschwerdegegnerin handelnden H.A. für einen solchen Systemwechsel bei der Bemessung der dem Beschwerdeführer zustehenden Entschädigung. Zwar ermittelt der Beschwerdeführer in Ziffern 124 und 125 der Widerklagereplik (S. 23) und auch in der Aufstellung "Offene Depotverwaltungs-Kommissionen 1994" (HG act. 28/12) seinen Anspruch getrennt nach Eigenverwaltung und Fremdverwaltung und nicht nach Anlageprogrammen. Er stellt jedoch keine Behauptung auf, es sei aufgrund einer Vereinbarung zwischen ihm und H.A. diesbezüglich zu einem Systemwechsel, d.h. zu einer Abänderung der Entschädigungsbestimmungen auf Seite 2 der Vereinbarung vom 1. Dezember 1990 gekommen, die über eine Erhöhung der Ansätze hinausgehe. Mit anderen Worten gesagt, spricht sich der Beschwerdeführer in der Widerklagereplik nicht über die Rechtsgrundlage des von ihm vorgenommenen Systemwechsels aus. Ein solcher Systemwechsel ist jedoch grundlegend, so dass entsprechende Behauptungen, wie es zu diesem gekommen sei, jedenfalls im Hauptverfahren bestimmt und vollständig aufzustellen sind (§ 113 ZPO). Solches zu verlangen stellt keine übertriebene Anforderungen an die Behauptungslast dar. Einen solchen Wechsel kraft Vereinbarung zwischen H.A. und dem Beschwerdeführer schildert letzterer erst im Rahmen der Referentenaudienz vom 28. November 2002 (HG Prot. S. 62 ff.) und damit nach Abschluss des Hauptverfahrens.

Das Handelsgericht hält zu Recht fest, diese Vorbringen seien verspätet und deshalb unzulässig und nicht zu hören. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind unbegründet.

12. Nachdem das Kassationsgericht ein erstes Urteil des Handelsgerichts aufgehoben hatte (HG act. 76), erliess das Handelsgericht am 20. August 2001 einen Beschluss, worin es der Beschwerdegegnerin Frist ansetzte, um dem Gericht die Jahresrechnung 1994 und die Kontoblätter der einzelnen Kommissionskonti für das Jahr 1994 einzureichen. Die Aufforderung wurde mit folgender Säumnisdrohung verbunden: "Weigert sich die Klägerin, diese Urkunden vorzulegen, gibt sie über deren Verbleib keine Auskunft oder hat sie die Urkunden beseitigt, so würdigt das Gericht ihr Verhalten nach § 148 ZPO." (HG act. 79 S. 3, Dispositiv Ziffer

1). Die Beschwerdegegnerin reichte mit Eingabe vom 1. Oktober 2001 verschiedene Unterlagen ein (HG act. 86, HG act. 87/1-7). Der Beschwerdeführer rügte mit Eingabe vom 21. Januar 2002 an das Handelsgericht, die Beschwerdegegnerin sei der Editionsaufforderung nur teilweise nachgekommen (HG act. 91 S. 4 f, Ziffern 10 f.). Der Instruktionsrichter hielt in seiner Verfügung vom 25. Juli 2002 ebenfalls fest, dass die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Urkunden unvollständig seien und ordnete eine Referentenaudienz an, an welcher die Beschwerdegegnerin die fehlenden Urkunden einzureichen habe (HG Prot. S. 55 f.). Die Beschwerdegegnerin reichte in der Folge wiederum verschiedene Urkunden ein (HG act. 99/1-8). Mit Beschluss vom 3. Dezember 2003 ordnete das Handelsgericht die Abnahme verschiedener Urkundenbeweise an, so auch von Kontoblättern, und setzte der Beschwerdegegnerin Frist an, um diese Unterlagen zu edieren (HG Prot. S. 113).

Der Beschwerdeführer rügt das Vorgehen des Handelsgerichts als willkürlich und als gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend. Er hält dafür, das Handelsgericht hätte das Verhalten der Beschwerdegegnerin - ungenügendes Edieren der verlangten Urkunden - entsprechend der Androhung in der ersten Editionsufforderung vom 20. August 2001 nach § 148 ZPO würdigen sollen und nicht der Beschwerdegegnerin zwei weitere Male Gelegenheit zur Edition geben dürfen (KG act. 1 S. 32 - 34 Ziffern 104 - 108).

Gemäss § 148 ZPO würdigt das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung und berücksichtigt dabei das Verhalten der Parteien im Prozess, namentlich die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Im Hinblick auf die Edition von Urkunden liegt eine solche Verweigerung vor, wenn die Partei sich weigert, eine Urkunde vorzulegen, über deren Verbleib keine Auskunft gibt oder sie beseitigt hat (§ 183 Abs. 2 ZPO). So umschrieb dies auch das Handelsgericht im Editionsbeschluss vom 20. August 2001. Die Beschwerdegegnerin reichte sowohl aufgrund dieses Beschlusses wie auch aufgrund der Verfügung des Instruktionsrichters vom 25. Juli 2002 verschiedene Urkunden ein. Diese Editionen waren ergänzungsbedürftig. Eine Verweigerung der Mitwirkung der Beschwerdegegnerin im genannten Sinn ist darin jedoch noch nicht zu sehen. Es ist nicht zu beanstan-

den, dass das Handelsgericht und sein Instruktionsrichter unter diesen Umständen weitere Editionsaufforderungen erliessen. Von Willkür oder Handeln wider Treu und Glauben seitens des Handelsgerichts kann keine Rede sein. Die Rüge ist unbegründet.

13. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, zum Konto P2 sei die Beschwerdegegnerin aufgefordert worden, das Ertragskontoblatt ihrer Buchhaltung für das Jahr 1994 einzureichen. Eingereicht habe sie ein Ertragskontoblatt, welches die Buchungen erst ab 1. März 1994 bis 31. Dezember 1994 enthalte (HG act. 117/2). Die Zahlen seien daher unvollständig, so dass mit dem Handelsgericht davon auszugehen sei, dass androhungsgemäss nach § 148 ZPO vorzugehen sei (KG act. 2 S. 92 oben). Der Beschwerdeführer habe in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis auf die Aufstellung der Beschwerdegegnerin über die Erträge der einzelnen Konti (HG act. 117/1) verwiesen. Gemäss dieser resultiere auf dem Konto P2 ein Ertrag von Fr. 1'212'068.56. Diese Zahl stimme mit der auf dem eingereichten Ertragskontoblatt als Kontoertrag genannten Zahl überein (HG act. 117/2). Davon stehe dem Beschwerdeführer die Hälfte, reduziert auf 9,5 Monate, zu, was einen Kommissionsanspruch von Fr. 479'777.13 ergebe (HG act. 120 S. 5 Ziffer 9 und S. 8 Ziffer 21). Das Handelsgericht verwerfe diese Berechnungsmethode, da die fragliche Aufstellung auch fremden Kommissionsaufwand beinhalte, der nicht zu berücksichtigen, anhand der eingereichten Unterlagen aber auch nicht ermittelbar sei (KG act. 2 S. 92 unten). Stattdessen stelle es auf die Bilanz ab, wonach sich der Depotwert Ende 1994 auf Fr. 6'677'366.92 belaufen habe. Da gemäss Ausführungen des Beschwerdeführers letztlich nicht der Depotwert, sondern der effektive Wertschriftenbestand zur Berechnung des Kommissionsanspruchs massgeblich gewesen sei und dieser 150 % des Depotwerts betragen habe, sei von einem Betrag von rund Fr. 10 Mio. auszugehen, wovon dem Beschwerdeführer 0,5 %, also Fr. 50'000.-- zustünden. Gekürzt auf 9,5 Monate betrage sein Anspruch noch Fr. 39'600.-- (KG act. 2 S. 93 oben).

Damit, so der Beschwerdeführer, ver falle das Handelsgericht in willkürliche Beweiswürdigung. Der Beschwerdeführer gehe in seinen Ausführungen davon aus, dass der massgebliche Depotwert bzw. gestützt darauf der effektive Wertschriften-

tenbestand zunächst anhand der Kommissionseinnahmen hochzurechnen sei. Auch das Handelsgericht anerkenne, dass "die einzelnen Depotbestände der Kunden, beziehungsweise die darauf erzielten Kommissionseinnahmen der Beschwerdegegnerin massgeblich sind" (KG act. 2 S. 83 oben). Zudem habe der Beschwerdeführer ausdrücklich bestritten, dass sich der Depotwert gemäss Bilanz als Berechnungsgrundlage eigne (HG Prot. S. 74). Die Berechnung der Kommissionen gemäss dem vom Beschwerdeführer behaupteten Vorgehen habe aber die Beschwerdegegnerin vereitelt, weil die eingereichte Aufstellung in zeitlicher Hinsicht unvollständig sei. Da die Beschwerdegegnerin buchführungspflichtig sei, müsste sie in der Lage sein, vollständige Unterlagen einzureichen. Sie habe denn auch keinen Weigerungsgrund nennen können. Unter keinen Umständen könne es dem Beschwerdeführer zum Nachteil gereichen, dass die Beschwerdegegnerin weder ihren Buchhaltungs- noch ihren Editionsspflichten nachkomme. Das Handelsgericht hätte daher in Anwendung von § 148 ZPO auf die Ausführungen des Beschwerdeführers abstellen müssen. Dass in der von ihm angeführten Aufstellung auch fremde Kommissionsansprüche enthalten seien, sei unter diesen Umständen von der Beschwerdegegnerin zu vertreten, nachdem sie ausser Stande gewesen sei, die fraglichen Urkunden vollständig zu edieren. Die vom Handelsgericht gewählte andere - vom Beschwerdeführer ausdrücklich bestrittene - Methode der Berechnung und damit seine Beweiswürdigung sei daher willkürlich (KG act. 2 S. 34 - 36 Ziffern 111 - 115).

b) Dass die Beschwerdegegnerin unvollständige Unterlagen zum Ertrag des Kontos / Depots P2 einreichte, hat zur Folge, dass das Handelsgericht nach § 148 ZPO vorgeht, also bei der Würdigung der Beweise die teilweise Verweigerung der Mitwirkung der Beschwerdegegnerin berücksichtigt. Ein Vorgehen nach § 148 ZPO bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht unbesehen den Standpunkt der Gegenpartei einzunehmen habe und sich aus den Akten ergebende Aspekte - wie vorliegend, dass in den ausgewiesenen Erträgen fremder Kommissionsaufwand enthalten sei - zu ignorieren habe, wenn sich diese zum Vorteil der säumigen Partei auswirken könnten. Der Umstand, dass das Handelsgericht den Depotwert, welcher der Berechnung des Kommissionsanspruchs des Beschwerdeführers zugrunde liegt, anders ermittelt, als dies vom Beschwerdeführer geltend gemacht

wird, bedeutet nicht ohne weiteres, dass die entsprechenden Feststellungen des Handelsgerichts unvertretbar und damit willkürlich seien. Der Beschwerdeführer weist somit keinen Nichtigkeitsgrund nach.

14. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, hinsichtlich des Kontos P4 sei der Beschwerdegegnerin aufgegeben worden, das Ertragskontoblatt 600.005 für das Jahr 1994 zu edieren. Eingereicht habe sie einen Auszug aus ihrer Buchhaltung, welcher der bereits eingereichten Urkunde HG act. 87/5 entspreche (HG act. 117/3). Der Beschwerdeführer habe in seiner Stellungnahme vom 25. März 2004 hierzu festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin offenbar ausserstande sei, eine saubere Finanzbuchhaltung zu führen oder eine solche wiederherzustellen. Wiederum fände sich der erste Eintrag auf der eingereichten Aufstellung unter dem 31. März 1994, der letzte unter dem 31. Dezember 1994. Damit sei die auch diese Urkunde ungenügend und demnach nach § 148 ZPO vorzugehen. Aufgrund der resultierenden Erträge gemäss Aufstellung der Beschwerdegegnerin (HG act. 87/5 und 117/3) sei von einem Total von Fr. 344'912.45 auszugehen, wovon dem Beschwerdeführer die Hälfte, auf 9.5 Monate reduziert also Fr. 136'527.84 zustehe (HG act. 120 S. 6 Ziffer 11). Das Handelsgericht gehe indessen nur von den durch die Beschwerdegegnerin als Verwaltungskommissionen markierten Posten aus und berechne so einen Anspruch des Beschwerdeführers von lediglich Fr. 6'072.80 (KG act. 2 S. 95f.). Das Handelsgericht würdige damit wiederum die Beweise willkürlich, zumal es - wie bereits beim Konto P2 - die Beschwerdegegnerin sei, die der angeordneten Edition nicht nachzukommen vermöge. Dass es sich bei den von der Beschwerdegegnerin markierten Posten tatsächlich um die einzigen Verwaltungskommissionen handle, werde vom Beschwerdeführer in Frage gestellt, und es wäre an der Beschwerdegegnerin gewesen, die relevanten Kommissionen mittels vollständigem Ertragskontoblatt zu belegen. Dass sie dem nicht habe nachkommen können, habe aber nicht dem Beschwerdeführer zum Nachteil zu gereichen, so dass auf seine Sachdarstellung abzustellen sei (KG act. 1 S. 36 f. Ziffern 116 - 118).

Das von der Beschwerdegegnerin zweimal eingereichte Kontoblatt 600.005 / P4 aus ihrer Buchhaltung nennt als erste Buchung per 31. März 1994 eine "Jahres-

gebühr 1. Quartal P4" (HG act. 87/5, HG act. 117/3). Gemäss Feststellung des Handelsgerichts wurde dieses Dokument anlässlich der Verhandlung vom 28. November 2002 ausgiebig besprochen und hat die Beschwerdegegnerin dargelegt, dass sie darin alle Buchungspositionen aufgeführt habe (KG act. 2 S. 94 unten). Der Umstand, dass auf dem Kontoblatt eine erste Buchung erst am 31. März 1994 erfolgte, bedeutet nicht zwingend, dass das Kontoblatt unvollständig sei. Eine Durchsicht des Kontoblatts ergibt, dass mit zwei Ausnahmen (je eine Buchung per 1. April 1994 und per 1. Juli 1994) sämtliche Buchungen am 31. März, 30. Juni, 30. September und 31. Dezember 1994, also jeweils am letzten Tag des Quartals erfolgten. Es ist möglich und keineswegs unwahrscheinlich, dass in der Zeit vom 1. Januar bis 30. März 1994 noch keine Buchungen und die ersten Buchungen erst per Quartalsende erfolgten. Ob das fragliche Kontoblatt unvollständig sei und vorliegend ein Vorgehen nach § 148 ZPO hätte erfolgen sollen, kann jedoch offen bleiben. Wie schon oben im Zusammenhang mit dem Konto / Depot P2 ausgeführt, bedeutet ein Vorgehen nach § 148 ZPO nicht, dass das Gericht unbesehen den Standpunkt der Gegenpartei einzunehmen habe.

b) Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, was den Vorwurf betreffe, er stelle zu Unrecht auf das Total der Erträge ab, verweise er auf seine eingangs unter Ziffer II der Beschwerdeschrift gemachten Ausführungen (KG act. 1 S. 37 Ziffer 119).

Unter Ziffer II seiner Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 3 - 9, Ziffern 8 -26) schildert der Beschwerdeführer den Sachverhalt aus seiner eigenen Anschauung, zeigt jedoch keine Nichtigkeitsgründe auf. Das Handelsgericht gibt im angefochtenen Urteil die vom Beschwerdeführer vorgelegte Berechnung seines Anspruchs wieder, welche von einer "Summe aller Habensposten" ausgehe (HG act. 120 S. 6 Ziffer 11), und bezeichnet diese als befremdlich. Die "Summe aller Habensposten" sei, dies wisse der Beschwerdeführer, keine Grundlage zur Berechnung seines Anteils. Der Beschwerdeführer habe ausdrücklich anerkannt, dass er nur auf den Verwaltungskommissionen der Beschwerdegegnerin anteilsberechtig sei, und dass der Löwenanteil der in HG act. 87/5 ausgewiesenen Einnahmen andere Kommissionen betreffe, an denen er nicht anteilsberechtig sei (KG act. 2 S. 95).

Hierzu äussert sich der Beschwerdeführer nicht und es ist darauf nicht weiter einzugehen.

c) Das Handelsgericht führt aus, das Kontoblatt HG act. 87/5 weise Verwaltungskommissionseinnahmen der Beschwerdegegnerin für das 1., 2. und 3. Quartal (grün markiert) von total Fr. 23'102.24 aus. Zwar rüge der Beschwerdeführer mit Recht, dass auch dieser Kontoauszug erst mit dem 31. März 1994 beginne, aber mache nicht geltend, die Beschwerdegegnerin hätte in diesen drei Quartalen von 1994 noch weitere Verwaltungskommissionserträge erzielt. Es könne deshalb von diesen Fr. 23'102.24 ausgegangen werden (KG act. 2 S. 95 unten).

Der Beschwerdeführer rügt, das Handelsgericht überspanne damit die Anforderungen an die Behauptungslast nach § 113 ZPO und treffe willkürliche tatsächliche Annahmen. Er habe in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis ausgeführt, die Beschwerdegegnerin habe zum Konto P4 (600.005) einen mit "Verwaltungs-Ertrag" überschriebenen Auszug aus ihrer Finanzbuchhaltung zu den Akten gereicht (HG act. 117/3). Dieses Aktenstück stimme mit HG act. 87/5 überein. Die Beschwerdegegnerin habe offenbar keine saubere Finanzbuchhaltung geführt respektive sei ausserstand, eine solche wieder herzustellen. Auch hier finde sich der erste Eintrag unter dem 31. März 1994, der letzte unter dem 31. Dezember 1994 (HG act. 120 S. 6 Ziffer 11). Mit der Rüge, das eingereichte Dokument der Beschwerdegegnerin beginne erst mit dem 31. März 1994, habe der Beschwerdeführer mindestens sinngemäss auch geltend gemacht, dass in dieser Zeit, die im fraglichen Kontoauszug nicht ausgewiesen werde, die Beschwerdegegnerin noch weitere Verwaltungskommissionserträge erzielt habe (KG act. 1 S. 37 f. Ziffern 120 - 124).

Dem ist nicht zu folgen. Aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers, der erste Eintrag datiere vom 31. März 1994, verbunden mit dem Vorwurf, die Beschwerdegegnerin führe offenbar keine saubere Finanzbuchhaltung, ergibt sich allenfalls die Behauptung, aus dem Kontoblatt bzw. dessen Gestaltung liesse sich nicht mit Sicherheit schliessen, ob Vorgänge vor dem 31. März erfolgt seien oder nicht. Jedoch eine bestimmte Behauptung im Sinne von § 113 ZPO, es sei zu solchen Vorgängen gekommen und diese beträfen Verwaltungskommissionserträge, an

denen der Beschwerdeführer partizipiere, ist damit auch sinngemäss nicht erhoben. Hinzu kommt, dass die Eingabe HG act. 120, auf welche sich der Beschwerdeführer beruft, eine Stellungnahme zum Beweisergebnis und Noveneingabe ist, die Bestimmungen zur Behauptungen zur Behauptungslast von § 113 ZPO jedoch das Hauptverfahren betreffen.

d) Der Beschwerdeführer verweist auf seine Ausführungen in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 25. März 2004, wonach sich sein Kommissionsanspruch auf sämtliche Kommissionserträge erstrecke. Zum Zeitpunkt, als er die gesamten Buchhaltungsunterlagen der Beschwerdegegnerin übergeben habe (Sommer 1994), hätten an Ertragskonti die Konti P1, P2, P2A, P3, P4, P4A und P5 existiert. Der Beschwerdeführer habe bisher nicht ausschliessen können, dass die Beschwerdegegnerin nach Erhalt der Buchhaltungsunterlagen für die Verbuchung von Kommissionen neue Ertragskonti eröffnet habe. Auch an so verbuchte Kommissionen wäre der Beschwerdeführer anspruchsberechtigt, da es nicht darauf ankomme, auf welche Konti die Kommissionen verbucht worden seien. Die Beschwerdegegnerin habe keine weiteren Ertragsblätter eingereicht. Das Gericht habe folglich vom Total der Kommissionseinnahmen, wie es in der Bilanz 1994 (HG act. 87/3 und 117/1) aufgeführt sei (Fr. 1'813'282.23), auszugehen, obwohl die von der Beschwerdegegnerin edierten Kontoblätter tiefere Erträge auswiesen. Es stehe somit fest, dass die Beschwerdegegnerin gewisse Erträge nicht offen gelegt bzw. Ertragskontoblätter zurückbehalten habe (HG act. 120 S. 8 Ziffer 19). Im Beweisabnahmebeschluss vom 3. Dezember 2003 habe das Handelsgericht festgehalten, mit dem Beschwerdeführer sei davon auszugehen, dass die Frage weiterer Konti und entsprechender Editionen erst dann aktuell werde, wenn das Total der Erträge aus den bis jetzt zur Diskussion stehenden Ertragskonti sich nicht mit dem Total gemäss Bilanz bzw. Jahresrechnung 1994 (HG act. 87/1 S. 4) decke. Dies bleibe abzuwarten (HG act. 113 S. 3 Mitte). Das Handelsgericht sei indessen auf diese Frage nicht zurückgekommen. Damit verletze es das rechtliche Gehör und treffe eine willkürliche tatsächliche Annahme (KG act. 2 S. 38 f. Ziffern 125 - 127).

In der vom Beschwerdeführer angeführten Erwägung des Beweisabnahmebeschlusses nimmt das Handelsgericht Bezug auf Ausführungen des Beschwerdeführers in der Beweisantragungsschrift, wo dieser mit im wesentlichen derselben Begründung wie in der nachmaligen Stellungnahme zum Beweisergebnis vorsorglich die Edition von Ertragsblättern von Conti, welche bei der Beschwerdegegnerin zusätzlich zu den genannten eventuell eröffnet worden seien (HG act. 111 S. 5 f. Ziffer 6). In der Stellungnahme zum Beweisergebnis verlangt der Beschwerdeführer jedoch lediglich, es sei vom Total der Kommissionseinnahmen auszugehen, nicht aber erneut die Edition. Er macht denn auch in seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht explizit geltend, das Handelsgericht verweigere ihm das rechtliche Gehör indem es nicht nachträglich die Edition weiterer Ertragsblätter anordne. Im Übrigen zeigt er weder in dieser Stellungnahme noch in der Beschwerdeschrift im einzelnen auf, dass die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Kontoblätter nicht mit der Bilanz übereinstimmten oder tiefere Erträge auswiesen. Er zeigt damit auch nicht in rechtsgenügender Weise auf, dass das Handelsgericht Anlass gehabt hätte, auf die Frage allfällig in anderen Conti verbuchter Erträge, an denen dem Beschwerdeführer allenfalls ein Anteil zustehe, zurückzukommen. Das Handelsgericht begründet im angefochtenen Urteil detailliert, auf welche Weise es den Anspruch des Beschwerdeführers berechnet bzw. aus welchen Gründen es von welchen Zahlen ausgeht. Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs und eine willkürliche Beweiswürdigung ist nicht nachgewiesen.

15. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet und somit abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das vorliegende Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung ist ent-

sprechend dem Rechtsbegehren im Kassationsverfahren von einem Gesamtstreitwert von Fr. 774'591.29 (Hauptklage Fr. 264'000.--; Widerklage Fr. 510'591.29) auszugehen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 13'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 856.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 13'000.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: