Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr. LB120091-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 26. Februar 2013

in Sachen

A._____,
Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2012; Proz. CG100252

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 66'158.77 nebst Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2006 zu bezahlen;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Genugtuung im Betrag von CHF 5'000.– zu bezahlen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von CHF 66'158.75 nebst Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2006 zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Genugtuung im Betrag von Fr. 5'000.– zu bezahlen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'200.– (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von 12'460.– zu bezahlen.

6./7. Mitteilungen, Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 51):

1. Die Klage sei in Aufhebung des Entscheids des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2012 abzuweisen.

2. Das Verfahren sei bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides bezüglich des vertraglichen Anspruchs des Berufungsbeklagten gegenüber der Freizügigkeitsstiftung 2. Säule der C._____ zu sistieren.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers:

--

Erwägungen:

1. Der Kläger ist …. Staatsangehöriger [von D._____]. Er kam anfangs der 70er Jahre als Saisonnier in die Schweiz und arbeitete dann bei E._____ – damals eine traditionsreiche Armaturenfabrik und Giesserei – in …. Die Beklagte (eigentlich als Verein männlich; im Folgenden weiblich wie in allen Unterlagen des Prozesses) ist ein nicht gewinnstrebiger Verein schweizerischen Rechts mit dem Zweck, … Arbeitnehmer [des Staates D._____] und ihre Familien in der Schweiz beim Ausüben ihrer Rechte im Bereich der Sozialversicherung und der Ansprüche aus der Erwerbstätigkeit zu betreuen und (auch vor Gericht) zu vertreten. Sie wurde unter den Namen *A1.*_____ mit Sitz an der F._____-Strasse ... in G._____ gegründet und änderte später den Namen in *A.*_____ (Hervorhebungen beigefügt). Seit dem tt. Juli 2010 ist sie im Handelsregister eingetragen (act. 4/1). Sie wird vom H._____ (= A2._____) mit Sitz in I._____ gefördert, welches auch in den Statuten bei der Aufzählung, woher der Verein seine finanziellen Mittel bezieht, an erster Stelle steht (act. 4/3).

Der Kläger und seine Familie liessen sich seit Ende der 70er Jahre in sozialversicherungsrechtlichen Belangen von der Beklagten beraten. Auch im Jahr 2006, als der Kläger arbeitslos und ausgesteuert war, suchte er bei der Beklagten Unterstützung. Der als Berater in deren Büro an der F._____-Strasse in G._____ tätige Geschäftsführer der Beklagten J._____ (act. 51 S. 2) riet dem Kläger in dieser Situation, sich frühpensionieren zu lassen und sein Freizügigkeitskapital bei der Freizügigkeitsstiftung 2. Säule der C._____

(C._____) an die … Stiftungsauffangeinrichtung Berufliche Vorsorge in K._____ (Stiftung Auffangeinrichtung BVG) überweisen zu lassen, um so eine höhere Rente zu erzielen. Der Kläger solle bei der L._____ ein Konto für die Ausrichtung der Rente errichten. Der Kläger unterzeichnete am 28. November 2006 verschiedene Dokumente, die ihm J._____ vorlegte –, namentlich eine Vollmacht sowie einen Antrag zum Bezug des Freizügigkeitskapitals (act. 4/7-8). Durch diverse Manipulationen erreichte J._____, dass das Kapital im Gesamtbetrag von Fr. 130'774.77 (act. 4/11) ihm persönlich ausbezahlt wurde. Tatsächlich erhielt der Kläger Ende Mai 2007 eine Zahlung im Betrag von Fr. 2'610.--, ab Juni 2007 bis April 2009 monatliche Zahlungen von Fr. 522.-- auf das von ihm errichtete Konto bei der L._____ (vgl. act. 4/12), und überdies einen Betrag von Fr. 50'000.-- (act. 2 N 15). Die Parteien sind sich darin einig, dass J._____ das Alterskapital des Klägers im übrigen Teil veruntreut hat (act. 2 N 11, 15; act. 14 N 11 ff.).

2.1 Mit Weisung vom 7. Oktober 2010 machte der Kläger die Klage über das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren am 28. Dezember 2010 hängig. Mit der Klageantwort verkündete die Beklagte der Freizügigkeitsstiftung der C._____ sowie der M._____, Filiale …, den Streit (act. 14); die beiden verzichteten nach entsprechender Mitteilung bzw. Fristansetzung (act. 17 ff.) auf einen Prozessbeitritt (act. 24 und 27).

Eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung am 5. Juli 2011 führte zu keiner Einigung (Prot. I S. 5 f.). In der Folge liess das Bezirksgericht die weiteren Parteivorträge erstatten.

Am 7. September 2012 fällte das Bezirksgericht das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil und hiess die Klage im Wesentlichen gut. Die Zustellung an die Beklagte erfolgte am 14. September 2012 (act. 48).

2.2 Gegen das Urteil vom 7. September 2012 führt die Beklagte mit Schriftsatz vom 15. Oktober 2012 – zur Post gegeben am selben Montag, 15. Oktober 2012 (act. 51) – Berufung. Unter Berücksichtigung des Wochenendes ist die Berufung rechtzeitig.

Die Beklagte leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss. Weitere prozessuale Anordnungen wurden nicht getroffen.

3. Trotz des Inkrafttretens der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 war das Verfahren des Bezirksgerichts nach den bisherigen kantonalen Regeln zu Ende zu führen (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren der Berufung untersteht dagegen dem neuen Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die wesentlichsten Neuerungen sind zum einen die weit gehende Überbindung des Kostenrisikos auf den Berufungskläger (Art. 98 ZPO), die Einschränkung des Novenrechts (Art. 317 ZPO) und die strenge Rügeobliegenheit (BGE 138 III 374 E. 4.3.: il incombe… au recourant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique"). Zum anderen sind wesentlich neu die weit gehende Freiheit des Gerichts in der Gestaltung und im Umfang des Berufungsverfahrens (Art. 322 und 324 ZPO), ferner der Verzicht auf eine zwingende mündliche und auf eine öffentliche Beratung (Art. 54 ZPO und § 134 GOG).

4.1 Das Bezirksgericht prüft, ob J._____ gegenüber dem Kläger im Namen der Beklagten auftrat und bejaht das. Es geht weiter davon aus, dass J._____ die Beklagte für die vom Kläger in Auftrag gegebenen Vorkehrungen rechtsgültig zu vertreten vermocht habe. Entsprechend J._____s Empfehlung habe der Kläger Unterstützung bei der Überweisung seines Vorsorgeguthabens an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG gewünscht. Die für eine solche Überweisung erforderliche Korrespondenz falle unter "Beratung" und "Unterstützung" bei der Regelung sozialversicherungsrechtlicher Belange und damit in den genuinen Aufgabenbereich der Beklagten. J._____ sei daher auch ermächtigt gewesen, den Auftrag im Namen der Beklagten anzunehmen (Urteil S. 9 - 12).

Die Beklagte lässt das nicht gelten. Sie kritisiert, das Bezirksgericht übernehme ohne nachvollziehbare Begründung die Behauptung des Klägers, J._____ habe die Unterschrift zur Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens auf einem nachträglich ausgefüllten Blanko-Formular erteilen lassen und so erschlichen. Der Kläger habe aber ausdrücklich festgehalten, er vermöge nicht mehr zu beurteilen, ob das Formular bei Unterzeichnung schon vollständig ausgefüllt gewesen sei oder nicht. Er habe somit an der Behauptung, ein Blanko-Vollmachts-Formular ausgefüllt zu haben, nicht festgehalten. Demnach sei davon auszugehen, dass der erteilte Auftrag nicht nur die Beratung und die Antragstellung im Hinblick auf die Ausrichtung des Vorsorgekapitals betroffen habe, sondern auch die Entgegennahme des Vorsorgekapitals. Die Entgegennahme bzw. Aufbewahrung und Verwaltung von Vermögen sei aber vom Vereinszweck der Beklagten nicht gedeckt (act. 51 N 7 S. 4 f.).

Richtig ist, dass der Kläger in der Klageschrift einräumte, er könne – unter anderem wegen seiner ungenügenden Deutschkenntnisse – nicht beurteilen, ob der Auszahlungsantrag und die Vollmacht bereits vollständig ausgefüllt bzw. bedruckt waren, als er diese unterschrieben habe. Er fügte an, einer Auszahlung seiner Freizügigkeitsleistung auf ein Konto der Beklagten hätte er niemals zugestimmt (act. 2 N 10). Nun ist – da sich die Parteien über den Inhalt und die Tragweite der rechtsgeschäftlichen Ermächtigung nicht einig sind –, die Vollmachtserklärung des Klägers nach Treu und Glauben auszulegen und rechtlich so zu würdigen, wie sie unter den konkreten Umständen von einem vernünftigen und loyalen Gegenpart verstanden werden durfte und musste (vgl. BSK Watter/Schneller, Art. 33 N 17 f.). Die vom Kläger unterzeichnete Vollmacht vom 28. November 2006 ermächtigt die Beklagte zur Auflösung des Freizügigkeitskontos des Klägers und Überweisung der Austrittsleistung auf ein Konto lautend auf "A3._____", d.h. auf den Namen der Beklagten (act. 4/8). Ebenso ist die Austrittsleistung gemäss dem die Unterschrift des Klägers tragenden Antrag auf (vorzeitigen) Bezug des Freizügigkeitskapitals vom 28. November 2006 auf ein Konto lautend auf "A3._____" zu überweisen (act. 4/7). Hat der Kläger die Formulare vor der Unterzeichnung nicht gelesen, "blanko" unterzeichnet oder mangels genügender Sprachkenntnisse nicht richtig

verstanden, muss er sich den objektiven Erklärungssinn grundsätzlich gleichwohl entgegen halten lassen. So weit ist der Beklagten beizustimmen, dass die relevante Bevollmächtigung die Entgegennahme der Austrittsleistung im Namen des Klägers, d.h. die Überweisung der Austrittsleistung auf ein Konto der Beklagten umfasste.

4.2 Die Beklagte bezieht sich im Weiteren auf den Parallelfall CG100180 (vor Obergericht: LB120089), bei dem das Bezirksgericht davon ausging, dass die Beklagte J._____ zwar nicht ermächtigt habe, in ihrem Namen Freizügigkeitsleistungen entgegenzunehmen, der Kläger (in diesem Fall) auf eine solche Bevollmächtigung aber in guten Treuen habe schliessen dürfen. Die Beklagte findet es widersprüchlich, dass das Bezirksgericht dabei – unter anderem durch Analyse des verwendeten Vollmachtformulars – zum Schluss komme, J._____ sei von seiner Arbeitgeberin nicht zum Entgegennehmen von Vorsorgeguthaben ermächtigt gewesen, dann aber doch – und wieder unter Bezugnahme auf das genannte Formular – annehme, der Kläger habe in guten Treuen annehmen dürfen, J._____ verfüge über die entsprechende Ermächtigung. Die Beklagte verweist überdies auf einen offenbar ähnlich gelagerten Fall, in welchem das Bezirksgericht die Klage abgewiesen habe mit der Begründung, jener Kläger habe die nach den Umständen gebotene Vorsicht ausser Acht gelassen und dürfe sich daher nicht auf den guten Glauben berufen (act. 51 S. 9 mit Verweis auf CG090235). – Das Letztere spielt von vorneherein keine Rolle. Wie die Parteien in jenem Fall argumentierten, ist nicht bekannt und ist nicht erheblich. Hier geht es um den Kläger B._____, um seine Behauptungen und um seine Sorgfalts-Obliegenheiten. Dazu trägt der Hinweis auf ein anderes Urteil nichts bei.

Welche interne Stellung J._____ bei der Beklagten hatte, ist im Einzelnen nicht bekannt. Seine unbestrittene Anstellung als Geschäftsführer deutet auf eine Organeigenschaft im Sinne von Art. 55 ZGB hin. Allerdings heisst es, er sei Geschäftsführer (nur?) des Büros G._____ gewesen. Auch die Struktur der Beklagten ist nicht bekannt, ob sie allenfalls weitere Büros führte, und wer im Rahmen des Ganzen welche Entscheidungen traf. Das kann allerdings offen

bleiben. Juristische Personen können nicht nur durch ihre formellen Organe handeln, sondern wie alle Personen durch eigens bestellte Vertreter oder durch Angestellte. Es gelten für diese die obligationenrechtlichen Regeln über die Stellvertretung. Diese kennen insbesondere die Figur der so genannten Anscheinsvollmacht: die juristische Person muss es sich nach dem Vertrauensprinzip (Art. 2 ZGB) anrechnen lassen, wenn sie den (wenn auch objektiv unrichtigen) Eindruck erweckt oder toleriert, jemand handle für sie mit ihrer Billigung (Tuor/Schnyder/Schmid, ZGB, 13.
A. 2009, S. 149; BGer 4C.307/2001 vom 14. März 2002 und 4A_54/2008 vom 29. April 2008).

Entscheidend ist der Unterschied zwischen der tatsächlichen, objektiven Ermächtigung und einem allfälligen aus der subjektiven Sicht des Klägers bestehenden weiter gehenden Rechtsschein, zusammen mit einem Handeln oder Dulden der Beklagten, bei welchem sie behaftet werden kann. Zu Recht bestreitet die Beklagte vorweg nicht, dass J._____ als ihr Vertreter auftrat: die unterzeichnete Vollmacht lautet bei der Rubrik "beauftragt hiermit …" auf "A4._____" ohne weiteren Zusatz, und sie trägt unten den Stempel "A4._____ F._____-Strasse ... -G._____ …" (act. 4/8). Die Beklagte hat ausdrücklich zum Zweck, … Landsleute [von D._____] im Verkehr mit (Sozial-)Versicherungen zu beraten und – selbst vor Gericht – zu vertreten. J._____ war, wie soeben ausgeführt, nicht nur bei ihr angestellt, sondern er war der Geschäftsführer jedenfalls ihres Büros in G._____, an welches sich der Kläger bereits mehrfach gewendet hatte und das er auch dieses Mal aufsuchte. Die Beklagte hat also, selbst wenn sie das nicht wollte, den Anschein geschaffen und bestehen lassen, dass J._____ für sie handeln könne. Der konkrete Umfang dieser Handlungen bleibt zu diskutieren.

Die Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufung zur Frage des guten Glaubens des Klägers sind sehr knapp. Immerhin lässt sich ihnen die Meinung der Beklagten entnehmen, bei gebotener Aufmerksamkeit hätte der Kläger erkennen können und müssen, dass die Beklagte "kein Interesse daran haben konnte, das Risiko fehlerhafter Anlageberatung ihrer Mitglieder zu tragen und sich

mit Schadenersatzforderungen konfrontiert zu sehen", und dass der Kläger (daher) nicht annehmen durfte, die Beklagte könne das Freizügigkeitsguthaben für ihn entgegennehmen und verwalten (act. 51 S. 9 f., ferner S. 4 f.). Es ist fraglich, ob die Beklagte damit überhaupt zum konkreten Fall argumentiert, denn offenkundig geht es beim Kläger nicht um eine fehlerhafte Anlageberatung. Es bleibt aber doch die Frage, ob und aufgrund welcher der Beklagten zurechenbaren Umstände der Kläger im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 OR und Art. 2 Abs. 1 ZGB in den unrichtigen Glauben versetzt wurde, J._____ handle für die Beklagte, wenn er das Freizügigkeitsguthaben erhältlich machte und (vermeintlich) auf ein Konto der Beklagten übertragen liess, und ob der Kläger dabei elementare Vorsichtsmassnahmen ausser Acht liess (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Der Kläger war und ist ein einfacher Arbeiter. Dass er irgend welche Kenntnisse allgemein administrativer Art und im Bereich der Sozialversicherungen hatte, ist nicht behauptet und nicht anzunehmen, erst recht nicht für das Gebiet der Finanztransaktionen und Versicherungen. Gegenteils ist unwidersprochen behauptet, dass er schon viele Male die Unterstützung durch die Beklagte in Anspruch genommen hatte: er war, was das Freizügigkeitsguthaben und die darauf anzuwendenden Regeln anging, ohne eigene Kenntnisse und ohne Erfahrung. Die Beklagte bot und bietet die Beratung ihrer Landsleute im Bereich der Sozialversicherung und des Arbeitsverhältnisses an. Damit dürfte ihre Clientèle weit gehend aus administrativ und geschäftlich unerfahrenen Personen wie dem Kläger bestehen - oder jedenfalls muss sie damit rechnen, dass sich solche unerfahrenen Personen an sie wenden. An die Möglichkeiten des Klägers, einer Unkorrektheit oder gar einem Betrug auf die Spur zu kommen, ist daher zu Lasten der Beklagten kein strenger Massstab anzulegen.

J._____ liess den Kläger die erwähnte Vollmacht vom 28. November 2006 (act. 4/8) unterzeichnen. Bei einer sorgfältigen juristischen Auslegung (wie sie die Möglichkeiten des Klägers allerdings wohl überstieg) kommt man zum Ergebnis, dass diese "Generalvollmacht … zur Vornahme aller Handlungen, für welche kantonale oder eidgenössische Gesetze eine Spezialvollmacht verlangen" den

Abschluss eines Vertrages mit einer Bank oder mit einer Versicherungsgesellschaft umfasst, insbesondere die Abgabe von Erklärungen gegenüber der Freizügigkeitsstiftung der C._____. Dabei geht es um eine Vereinbarung oder die
Abgabe einer Willenserklärung im Verhältnis des Klägers zu einer Bank oder Versicherung resp. Vorsorgeeinrichtung. Das trifft den Kern der statutarischen Tätigkeit der Beklagten: sie unterstützt den Hilfesuchenden in seinem Auftreten und Handeln gegenüber einer Einrichtung der Sozialversicherung. Dass dabei der Leiter ihres Büros (eben: J._____) tätig wurde und handelte, lag auf der Hand.

Etwas anderes ist es, was für eine Weisung der Kläger mit dem Unterzeichnen der Vollmacht und des Auszahlungsantrages der Freizügigkeitsstiftung erteilte: das Geld wurde ja nicht ihm ausbezahlt, sondern auf ein Dritt-Konto (Näheres sogleich). Klarzustellen ist vorweg nur der Vollständigkeit halber, dass diese Frage mit der unterzeichneten Vollmacht nichts zu tun hat. Die Vollmacht vom 28. November 2006 bestimmte, in welchem Umfang die bevollmächtigte Beklagte gegenüber Dritten sollte handeln können. Was für Abreden J._____ mit dem Kläger traf und ob diese die Beklagte binden, beurteilt sich nicht nach dieser Vollmacht, sondern danach, ob und aufgrund welcher Umstände der Kläger annehmen durfte, J._____ handle dabei gültig für die Beklagte.

Die Überweisung sollte nach dem Text der Vollmacht vom 28. November 2006 veranlasst werden auf ein Konto, das nach der Kontonummer mit "A3._____-…" bezeichnet war. Damit musste der Kläger wie schon erwähnt annehmen, das Geld werde fürs Erste auf ein Konto der Beklagten überwiesen. Diese macht mindestens sinngemäss geltend, dafür sei J._____ nicht ermächtigt gewesen. Das mag sein; der Kläger behauptet auch nichts Gegenteiliges. Aber aus seiner Laien-Sicht (mit welcher die Beklagte wie oben dargestellt rechnen musste) musste es nicht auffällig sein, dass die Beklagte ihm nicht nur Hilfe leistete beim Erhältlichmachen der Freizügigkeitsleistung, sondern die ausbezahlte Summe im Rahmen der Hilfe vorübergehend ebenso auf einem eigenen Konto zu seiner Verfügung bzw. Weiterleitung hielt. Das war, wie heute

bekannt ist, unrichtig. Kontoinhaber war in Wahrheit J._____, und nicht die Beklagte. Wenn die Beklagte J._____ alleine und ohne zweites Visum mit Freizügigkeitsstiftungen und Versicherungen verkehren liess, nahm sie allerdings das Risiko eines Missbrauchs in Kauf und muss sich grundsätzlich dabei behaften lassen, was der Kläger in guten Treuen annahm bzw. annehmen durfte. Der Kläger darf sich immerhin auf seine Vorstellung nur dann berufen, wenn er ihre Unrichtigkeit nicht nach den Umständen und nach seinen persönlichen Möglichkeiten erkennen konnte und musste (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Dazu ergibt sich Folgendes: Aus der laienhaften Sicht des Klägers bestand darum kein Grund zum Misstrauen, weil J._____ bei der Angabe des Kontos listig und tückisch seinen Namen unterdrückt und als Kontoinhaberin die Beklagte ("A3._____") angegeben hatte. Auf der Vollmacht (act. 4/8) und auf dem Antrag zum Bezug des Freizügigkeitskapitals (act. 4/7) liess J._____ die Unterschrift des Klägers – scheinbar ohne seine Mitwirkung (vgl. act. 2 N 10) – durch das … Konsulat [von D._____] in … beglaubigen und sandte die Dokumente an die Freizügigkeitsstiftung der C._____. In dem dazu gehörigen Begleitschreiben mit dem Briefkopf der Beklagten vom 29. November 2011 ersucht J._____ die genannte Freizügigkeitsstiftung um antragsgemässe Ausführung und um Zustellung der Leistungsbescheinigung (act. 4/6). Der Kläger hätte misstrauisch werden können und sollen, wenn er erkannt hätte oder hätte erkennen können und müssen, dass die Auszahlung seines Guthabens tatsächlich an J._____ persönlich ging. Das wusste dieser aber erfolgreich zu verhindern: die schweizerische Post kam bemerkenswerterweise seinem Ansinnen nach, für den Kläger bestimmte Sendungen eine zeitlang ihm – J._____ – zuzustellen (act. 4/10). So konnte er den Beleg, welcher die Auszahlung bestätigte und als Empfänger nicht die Beklagte nannte (act. 4/11), abfangen und dem Kläger vorenthalten; dieser merkte von der Umleitung seiner Post nichts, da J._____ ihm die übrige Post täglich in den Briefkasten legte. Eine relevante Unsorgfalt kann dem Kläger nicht vorgeworfen werden.

Für Fachpersonen des Geld- und Versicherungswesens, vielleicht auch schon für kaufmännisch nur grund-gebildete Menschen, hätte sich die Frage aufgedrängt, ob der (Beratungs- und Vertretungs-)Zweck der Beklagten die

Entgegennahme und Verwaltung des Vorsorgeguthabens umfasse. Sie hätten sich wohl gefragt, ob (oder warum) sie denn keinen Beleg erhielten, der die Auszahlung, die Überweisung und später die Berechnung der Rente ausweise. Das gilt allerdings eben nicht für den Kläger als ausgesprochenen Laien, der sich an eine bewährte Institution mit Zentrale im heimatlichen I._____ und einen schon mehrmals konsultierten Spezialisten gewandt hatte. Wie Renten im Einzelnen berechnet werden, ob und was für eine Rendite auf dem Kapital einberechnet wird, wie gross der Abschlag für eine Rente "mit Rückgewähr" mathematisch sein muss, verstehen auch gut ausgebildete Personen mitunter nicht, oder jedenfalls nicht immer. Ob der Kläger hinterher das Fehlverhalten J._____s hätte erkennen können und müssen, ist im Grunde nicht mehr relevant. Es träfe wohl nicht zu: J._____ veranlasste während fast zwei Jahren die Überweisungen der "Rente" mit der Mitteilung an den Begünstigten: "Accredito A3._____, Inhaber J._____ F._____-Strasse ... G._____ Rendita Mensile Previdenza Compl. Fondi Garanzia ….Contratto …, Ref:… (B._____ tt.mm.46)" (act. 4/12). Der Kläger ging dem entsprechend und nach den von J._____ erteilten Auskünften davon aus, die Gutschriften enthielten die in Aussicht gestellte Altersrente der Stiftung Auffangeinrichtung BVG in K._____ (act. 2 N 11). Bei so viel Raffinesse des Betrügers kann dem Kläger nicht vorgehalten werden, er hätte den Schwindel erkennen können und müssen (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Damit muss sich die Beklagte dabei behaften lassen, dass J._____ vermeintlich in ihrem Namen übernommen hatte, das Freizügigkeitsguthaben des Klägers für diesen entgegen zu nehmen und zwecks Auszahlung einer Rente an den Kläger auf das Konto eines Dritten, nämlich der Stiftung Auffangeinrichtung BVG in K._____, zu überweisen. Rechtlich war das ein (einfacher) Auftrag (Art. 395 OR) verbunden mit einer Anweisung (Art. 466 OR). Gegenüber dem Angewiesenen kann der Anweisende widerrufen, solange jener dem Empfänger seine Annahme nicht erklärt hat (Art. 470 Abs. 2 OR). Letzteres ist vorliegend nicht geschehen. Die Stiftung Auffangeinrichtung in K._____ hat offensichtlich nie eine entsprechende Mitteilung erhalten, und sie eröffnete auch kein Konto für den Kläger. Indem der Kläger mit seiner Klage den Betrag seiner Austrittsleistung (abzüglich bereits erfolgter Zahlungen, dazu sogleich) von der Beklagten fordert,

widerruft er sinngemäss die Anweisung, das Guthaben an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG zu überweisen. Der Beklagten erwächst damit aus dem Auftrag mit dem Kläger die sofort fällige Pflicht, die für ihn entgegengenommene Austrittsleistung zu erstatten (Art. 400 Abs. 1 OR; vgl. BSK OR I-Weber, Art. 400 N 12, 15).

4.3 Hat der Kläger gegenüber der Beklagten den vertraglichen Anspruch auf Herausgabe seines Vorsorgekapitals, sind die Überlegungen zur Haftung J._____s als Hilfsperson oder als Arbeitnehmer obsolet. Ob J._____ das Geld veruntreut hat, wovon auch die Beklagte ausgeht, spielt im Verhältnis zum Kläger keine Rolle.

Für das Quantitativ seiner Forderung hat der Kläger in erster Instanz darauf abgestellt, was die Freizügigkeitsstiftung nach Abzug der Quellensteuer auszahlte, und davon die von J._____ ihm tatsächlich ausbezahlten "Renten"-Beträge sowie die beiden weiteren Zahlungen im Betrag von Fr. 2'610.-- und Fr. 50'000.-- abgezogen (act. 2 N 15). Die Beklagte zog es (und zieht es in der Berufung: act. 51 N 15) rechnerisch nicht in Zweifel. Es ist auch zutreffend: die einzelnen Zahlungen und "Renten"-Betreffnisse, welche J._____ dem Kläger ausrichtete, sind als Teilleistungen im Sinne der Art. 69 resp. 68 OR zu betrachten, welche die Verpflichtung der Beklagten reduzieren. Nach Zeit und Umfang ebenso unbeanstandet ist die Verpflichtung zur Leistung von Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2006. Darauf ist nicht zurück zu kommen.

4.4 Damit bleibt das Verhältnis zur Freizügigkeitsstiftung der C._____ zu klären. Nach Abschluss des Behauptungsverfahrens in erster Instanz hatte die Beklagte dem Bezirksgericht am 5. September 2012 einen Entscheid des Bundesgerichts vom 5. April 2012 eingereicht, welcher in einem ähnlichen Fall entschieden hatte, jene BVG-Stiftung habe sich durch die Zahlung an jene Beklagte (offen-kundig geht es um die heutige Beklagte: "…") nicht gültig befreit und schulde daher ihrem Versicherten immer noch das Freizügigkeitsguthaben (*BGer* 9C_137/2012 vom 5. April 2012). Die Beklagte ersuchte das Gericht darum, den Kläger zur Auskunft über allfällige Schritte gegenüber der Freizügigkeitsstiftung anzuhalten, ihm eventuell für solche Schritte Frist

anzusetzen und das vorliegende Verfahren so lange zu sistieren (act. 44). Das Bezirksgericht verwarf diese Anträge, weil es bei einer Anspruchskonkurrenz allein dem Berechtigten anheim
gestellt sei, gegen welchen der möglichen Schuldner er vorgehen wolle (Urteil S. 4 f.).

In der Berufung nimmt die Beklagte den Punkt auf. Sie macht geltend, das erwähnte Urteil des Bundesgerichts sei bei "praktisch identischem Sachverhalt" ergangen. Mit der Eingabe vom 5. September 2012 sei somit nicht ein Novum im Sinne einer neuer Tatsache, sondern eine für die Beurteilung des vorliegenden Falles relevante Rechtsauffassung in das Verfahren eingebracht worden. Ein Novum werde erst dann vorliegen, wenn der Kläger seine vertraglichen Ansprüche gegenüber der Vorsorgeeinrichtung durchgesetzt habe, und dann werde feststehen, dass ihm kein Schaden erwachsen sei, für den er die Beklagte haftbar machen könne (act. 51 N 14 S. 11 f.).

Novenrechtlich ist vorweg klar zu stellen, dass das Einbringen des erwähnten Bundesgerichtsentscheides ins Verfahren des Bezirksgerichts nach § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH gedeckt war: der Inhalt des Entscheides ergab sich sofort aus dem vorgelegten Internet-Ausdruck. Dieser Novengrund ist dem neuen Recht fremd (vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO). Ob die anderen neuen Noven-Tatbestände griffen, kann offen bleiben, da das Verfahren des Bezirksgerichts noch dem alten Recht unterstand. In der Berufung gilt Art. 317 ZPO, und den ruft die Beklagte zu Recht nicht an. Der Beklagten ist freilich darin zuzustimmen, dass das Einbringen einer neuen Rechtsauffassung – das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) – von vornherein nicht dem Novenverbot unterliegt.

Was das Tatsächliche angeht, widerspricht sich die Beklagte in der Berufung allerdings selber: sie schreibt, die Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens sei "wie es von ihm" (dem Kläger) "offensichtlich auch gewünscht" gewesen sei, erfolgt (act. 51 N 8 S. 5). So hatte sie ja auch in erster Instanz nicht bestritten, dass der Kläger an J._____ heran getreten war, um sein Vorsorgeguthaben auszahlen zu lassen, dass der Kläger die entsprechenden Papiere unterzeichnet hatte. Im vorgelegten Präjudiz des Bundesgerichts waren die Unterschriften

gefälscht (a.a.O. E. 5), und daraus muss man schliessen, dass jener Versicherte die Auszahlung seines Freizügigkeitsguthabens *nicht* wollte. Das ist ein entscheidender Unterschied. Das Bundesgericht geht davon aus, dass in jenem Fall die Zahlung an einen nicht Berechtigten erfolgte - was die Schuld der BVG-Einrichtung gegenüber ihrem Versicherten nicht tilgte. Das leuchtet ohne Weiteres ein. Im heute zu beurteilenden Fall *wollte* aber der Versicherte die Auszahlung. Wenn ein Auszahlungsgrund gegeben ist, kann der Versicherte das Guthaben sich selber auszahlen lassen oder einem Dritten, der es für ihn weiter verwenden oder verwalten soll, oder einem seiner Gläubiger zur ganzen oder teilweisen Tilgung einer Schuld. Die Beklagte macht selber geltend, die Zahlung auf das Konto J._____s habe "noch gar keinen Schaden bewirkt" (act. 91 N 8 S. 5 f.). Der zitierte Entscheid des Bundesgerichts ist also nach den unstreitigen Darlegungen der Parteien zum Sachverhalt für den heute zu entscheidenden Fall nicht massgebend.

Etwas anderes ist die Frage nach dem Verhältnis des Anspruchs des Klägers gegenüber der Beklagten und einem allfälligen Anspruch gegenüber der Freizügigkeitsstiftung. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Freizügigkeitsstiftung eine Sorgfaltswidrigkeit vorzuwerfen ist, weil sie auf ein Konto J._____s persönlich zahlte, dessen Bezeichnung er (für eine Finanz-Fachperson möglicherweise erkennbar) verschleiert hatte - der Zusatz "A5._____-…" hatte ja bei seinem privaten Konto nichts zu suchen. Das ist heute nicht zu entscheiden, weil der Kläger nicht gegen die Freizügigkeitsstiftung klagt.

Nicht ganz folgen kann die Kammer der Überlegung des Bezirksgerichts, dass der Kläger keine Rechenschaft darüber ablegen müsse, welchen Solidarschuldner er ins Recht fasse (Urteil S. 4). Als Grundsatz ist das gewiss richtig. Ein eigentlicher Fall der Solidarität liegt aber nicht vor (Art. 143 OR). Das Bundesgericht hat festgehalten, die Zahlung an einen Nichtberechtigten befreie den Schuldner nicht, und der Berechtigte sei damit gar nicht geschädigt (a.a.O. E. 4.3). Die echte und die unechte Solidarität von Art. 51 OR handeln von mehreren für einen *Schaden* Verantwortlichen, und im Fall des Klägers stehen allenfalls zwei verschiedene *vertragliche* Ansprüche neben einander. Ob direkt

oder analog aufgrund der Regeln der Solidarität (Art. 150 Abs. 2 OR) oder gestützt auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben: der Beklagten ist darin Recht zu geben, dass eine Gutheissung der heutigen Klage dann und in dem Umfang nicht (mehr) in Frage käme, wenn der Kläger von der Freizügigkeitsstiftung tatsächlich Geld erhalten hätte. Die Beklagte deutete in diese Richtung etwas an, als sie dem Bezirksgericht vortrug, der Kläger solle Auskunft geben über seine Schritte gegenüber der Freizügigkeitsstiftung, und "gegebenenfalls mit welchem Resultat" (act. 44 S. 1 unten). Das war aber nicht ausreichend "bestimmt" behauptet, wie es § 113 ZPO/ZH vorschrieb, und die Beklagte hätte sich wohl gewundert, wenn ihr das Bezirksgericht den Beweis für ihre "Behauptung" auferlegt hätte, die Freizügigkeitsstiftung habe dem Kläger bereits das ganze oder einen Teil des Kapitals ausbezahlt – obgleich sie gerade das hätte behaupten müssen, wenn sie ein Beweisverfahren dazu und in dessen Verlauf das Einholen eines Berichts von der Stiftung (etwa nach § 168 ZPO/ZH) hätte erzwingen wollen. Für das Bezirksgericht wäre eine Fristansetzung im Sinne von § 55 ZPO denkbar gewesen, auch wenn die Praxis der zürcherischen Berufungsgerichte anders als die des früheren Kassationsgerichts die prozessuale Fragepflicht gegenüber Anwälten restriktiver handhabte als gegenüber Laien (wie das im Übrigen auch unter neuem Recht gelten soll: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 10 N. 20; Dike-Komm ZPO-Glasl, Art. 56 N. 26; ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, Art. 56 N. 38 ff.). Die Frage ist freilich obsolet wegen des in der Berufung geklärten Standpunkts der Beklagten: diese stellt klarerweise nicht die Hypothese auf, der Kläger könnte von der Freizügigkeitsstiftung bereits etwas erhalten haben, sondern sie lässt es (nur) offen, ob der Kläger bereits gegen die Freizügigkeitsstiftung vorgehe oder es erst noch tun werde, und sie sieht eine aufgrund eines solchen Vorgehens mögliche Zahlung so oder so als künftigen Sachverhalt: "Ein Novum wird erst vorliegen, wenn der Berufungsbeklagte seine vertraglichen Ansprüche gegenüber der Vorsorgeeinrichtung verbindlich geltend gemacht und durchgesetzt hat. Dann wird feststehen, dass ihm kein Schaden erwachsen ist, für den er die Berufungsklägerin haftbar machen könnte" (act. 51 N 14 S. 11). In dieser Situation ist die Entscheidung des Bezirksgerichts jedenfalls im Ergebnis richtig:

weder sind Weiterungen im Verfahren noch ist eine Sistierung angezeigt. Die denkbare Auseinandersetzung der Beklagten mit der Freizügigkeitsstiftung der C._____ wird erst aktuell, wenn die Beklagte selber etwas bezahlt hat, und sie geht den Kläger nichts an.

4.5 Das Bezirksgericht hat sich mit dem Anspruch des Klägers auf eine Genugtuung auseinander gesetzt und gefunden, in der Höhe von Fr. 5'000.-- sei sie ausgewiesen (Urteil S. 20 ff.). Die Beklagte wendet dagegen in der Berufung nichts weiteres ein, als dass sie ihre Haftung an sich bestreitet (act. 51 N 16). Das letztere wurde vorstehend behandelt, und für eine vertiefte Prüfung der weiteren Voraussetzungen der Genugtuung durch das Obergericht genügt die Beklagte ihrer Rügeobliegenheit nicht (dazu der erwähnte BGE 138 III 374, E. 4.3.1).

4.6 Das angefochtene Urteil ist zu bestätigen, und die Klage ist gutzuheissen.

5. Die unterliegende Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. Für das Verfahren der Berufung, in dessen Verlauf der Kläger nicht begrüsst wurde, ist keine Parteientschädigung geschuldet.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 66'158.75 nebst Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2006 zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird weiter verpflichtet, dem Kläger Fr. 5'000.-- zu bezahlen.

3. Die Regelung der Kostenfolgen für das erstinstanzliche Verfahren (Ziffern 3 - 5 im Dispositiv des angefochtenen Urteils) wird bestätigt.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'300.-- festgesetzt, der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

5. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 51, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

   Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 66'158.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:	Die Gerichtsschreiberin:
lic. iur. A. Katzenstein	lic. iur. V. Seiler

versandt am: