

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120089-O/U

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

Beschluss und 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 Dr. iur. Y._____

sowie

1. **C.**_____ Freizügigkeitsstiftung 2. Säule,

2. **D.**_____ AG,

Nebenintervenientinnen

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2012; Proz. CG100180

Rechtsbegehren:

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 319'252 zuzüglich Zins von 5% ab 7. März 2009 zu bezahlen.

Es sei dem Kläger eine Genugtuung von Fr. 15'000 zu bezahlen.

Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2012
(act. 65, S. 34 f.):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 319'252.-- nebst Zins zu 5% seit 7. März 2009 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Genugtuung von Fr. 10'000.-- zu bezahlen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 17'400.-- (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 30'290.-- (inkl. MwSt) zu bezahlen.
- 6./7. Mitteilungen, Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 73):

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 Entscheids bezüglich des vertraglichen Anspruchs des Berufungsbeklagten gegenüber der C._____ Freizügigkeitsstiftung 2. Säule zu sistieren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers:

--

Erwägungen:

1. Der Kläger ist ... Staatsangehöriger [des Staates F._____] und arbeitete ab 1966 bei der E._____ AG in ... (act. 5/5). Die Beklagte (eigentlich als Verein männlich; im Folgenden weiblich wie in allen Unterlagen des Prozesses) ist ein nicht gewinnstrebiges Verein schweizerischen Rechts mit dem Zweck, ... Arbeitnehmer [des Staates F._____] 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 G._____ -Strasse ... in H._____ gegründet und änderte später den Namen in A._____ (Hervorhebungen beigegefügt). Seit dem tt.mm.2010 ist sie im Handelsregister eingetragen (act. 5/3). Sie wird vom I._____ (= A2._____) mit Sitz in J._____ gefördert, welches auch in den Statuten bei der Aufzählung, woher der Verein seine finanziellen Mittel bezieht, an erster Stelle steht (act. 5/4).

Wegen der Schliessung des Betriebes verlor der Kläger Ende Februar 2002 seine Arbeitsstelle. Als er mit der Arbeitssuche zweieinhalb Jahre lang erfolglos gewesen war, suchte er im September 2004 bei der Beklagten Unterstützung, was er schon früher mitunter in Anspruch genommen hatte. Dem als Berater in deren Büro an der G.____-Strasse in H.____ tätigen Geschäftsführer der Beklagten K.____ (act. 73 S. 2) teilte der Kläger mit, er wolle nach F.____ zurückkehren, und er bat um Hilfe beim Bezug des von der Freizügigkeitsstiftung der C.____ gehaltenen Freizügigkeitskapitals. K.____ liess sich vom Kläger eine Abmelde-Bestätigung geben und veranlasste, dass der Kläger und seine Ehefrau verschiedene Dokumente unterzeichneten. Durch diverse Manipulationen erreichte K.____, dass das Kapital ihm persönlich ausbezahlt wurde. Da der Kläger dann doch eine neue Tätigkeit in der Schweiz fand, gab er den Plan der Rückwanderung auf und informierte K.____ über die neue Situation. K.____ beschied ihm, in diesem Fall sei der Kapitalbezug nicht (mehr) möglich, aber er (der Kläger) werde eine Rente erhalten. Tatsächlich erhielt der Kläger ab März 2007 (als er 62-jährig geworden war) monatliche Zahlungen von Fr. 1'833.--. Diese waren nicht von der Beklagten, sondern von K.____ veranlasst, und sie enthielten als Zahlungsgrund den Vermerk "Bonifico A3.____ Inhaber K.____, G.____-Strasse ..., ... H.____, rendita mensile di 2. pilastro ..." (act. 5/12). Das war das auch aus anderen Fällen bekannte und damit gerichtsnotorische Täuschungsmanöver K.____s: er liess den Betroffenen aus eigenem (resp. von Anderen ertro-genem) Geld eine zeitlang fiktive "Renten" zukommen, um seinen Betrug so lange als möglich zu verschleiern. Ab Mai 2009 blieben die Zahlungen aus. Die Parteien sind sich darin einig, dass K.____ das Alterskapital des Klägers zu einem grossen Teil veruntreut hat.

2.1 Mit Weisung vom 11. Oktober 2010 machte der Kläger die Klage über das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren am 19. Oktober 2010 hängig. Er verkündete der "I1.____, ... [Hauptsitz]" in J.____ den Streit; das wurde dieser mitgeteilt (Prot. I S. 3; act. 15). Mit der Klageantwort verkündete die Beklagte ihrerseits den Streit an die D.____ AG und an die C.____ Freizügigkeitsstiftung 2. Säule; die beiden traten dem Verfahren auf der Seite des Klägers als Nebenintervenientinnen bei (act. 24, 27 und 34).

Eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung führte zu keiner Einigung. In der Folge bewilligte das Bezirksgericht dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege und Vertretung und liess die weiteren Parteivorträge erstatten.

Am 7. September 2012 fällte das Bezirksgericht den eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Entscheid und hiess die Klage im Wesentlichen gut. Die Zustellung an die Beklagte erfolgte am 14. September 2012 (act. 69).

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

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

3.1 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).

3.2 Der Kläger hat keine Berufung erhoben. Die Abweisung eines Teils der Genugtuungsforderung ist damit rechtskräftig. Das ist vorzumerken.

4.1 Das Bezirksgericht prüft, ob K._____ gegenüber dem Kläger im Namen der Beklagten auftrat und bejaht das. Es geht davon aus, dass die Beklagte ihren leitenden Angestellten K._____ nicht ermächtigt hatte, in ihrem Namen Freizügigkeitsleistungen entgegen zu nehmen und Rentenzahlungen zu versprechen, dass der Kläger auf eine solche Bevollmächtigung aber in guten Treuen schliessen durfte und sich die Beklagte das entgegen halten lassen muss (Urteil S. 10 - 22).

Die Beklagte lässt das nicht gelten. Sie "behaftet" den Kläger auf dem Standpunkt in der Klageschrift, wo ausgeführt wird, der Kläger habe die Beklagte zuerst mit dem Erhältlichmachen des Freizügigkeitskapitals und dann mit der Auszahlung einer monatlichen Rente beauftragt (act. 2 S. 11); zwar habe er sich dann in der Replik darauf beschränkt, die Kapitalauszahlung als Auftrags-Gegenstand zu nennen — das aber nur darum, weil sonst allzu augenfällig geworden wäre, dass der angebliche Auftrag über den Tätigkeitsbereich der Beklagten hinausging (act. 73 S. 7 Rz. 12). Die Beklagte täuscht sich in der Grundlage dieser Argumentation: der Kläger hat auch in der Replik ausdrücklich geltend gemacht, er habe "die Beklagte betreffend die Auszahlung des Freizügigkeitskapitals *und in der Folge für die Auszahlung der entsprechenden Rente* mandatiert" (act. 52 S. 11 unter der Mitte; Hervorhebung beigelegt).

Die Beklagte findet es widersprüchlich, dass das Bezirksgericht zwar — unter anderem durch Analyse des verwendeten Vollmachtsformulars — zum Schluss komme, K._____ 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, K._____ verfüge über die entsprechende Ermächtigung. Sie verweist auch 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. 73 S. 8). 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 K._____ 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 H._____ 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. Aufl. 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 K._____ 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._____ G._____-Strasse ... / PF" (act. 5/7). Die Beklagte hat ausdrücklich zum Zweck, ... Landsleute [des Staates F._____] im Verkehr mit (Sozial-)Versicherungen zu beraten und — selbst vor Gericht — zu vertreten. K._____ war wie soeben ausgeführt nicht nur bei ihr angestellt, sondern er war der Geschäftsführer jedenfalls ihres Büros in H._____, 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 K._____ 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 wolle zunächst das Freizügigkeitsguthaben für ihn halten und erst recht nicht, ihm daraus eine Rente zahlen (act. 73 S. 7 und 8). 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, K._____ handle für die Beklagte, wenn er das Freizügigkeitsguthaben erhältlich machte und (vermeintlich) auf ein Konto der Beklagten übertragen liess, und wenn er später eine Rente zusagte — und/oder ob der Kläger dabei elementare Vorsichtsmassnahmen ausser Acht liess (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Der Kläger arbeitete im Werk der E._____ in Auch wenn er es zum Chef einer Gruppe von bis zu sieben Arbeitern brachte, denen er die Arbeit zuteilte, wenn er allgemein die Produktionsanlage und besonders die optimale Einstellung des ...automaten zu überwachen hatte und für das Einhalten der Qualitätsvorgaben verantwortlich war, blieb er im Wesentlichen 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 mehrmals 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.

K. _____ liess den Kläger die erwähnte Vollmacht vom 28. September 2004 (act. 5/7) 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 C. _____ 2. Säule. 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: K. _____) tätig wurde und handelte, lag auf der Hand.

Etwas anderes ist es, was für eine Weisung der Kläger mit dem Unterzeichnen der Vollmacht 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 unterzeichnete Vollmacht vom 28. September 2004 bestimmte, in welchem Umfang die bevollmächtigte Beklagte gegenüber Dritten sollte handeln können. Was für Abreden K. _____ 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, K. _____ handle dabei gültig für die Beklagte.

Die Überweisung sollte nach dem Text der Vollmacht vom 28. September 2004 veranlasst werden auf ein Konto, das nach der Kontonummer mit

"A4._____-ZH" bezeichnet war. Damit musste der Kläger annehmen, das Geld werde mindestens fürs Erste auf ein Konto der Beklagten angewiesen werden. Diese macht mindestens sinngemäss geltend, dafür sei K.____ 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 auch einstweilen auf einem eigenen Konto zu seiner Verfügung hielt. Das war, wie heute bekannt ist, eine unrichtige Vorstellung. Kontoinhaber war in Wahrheit K.____, und nicht die Beklagte. Wenn die Beklagte K.____ alleine und ohne zweites Visum mit Dritten 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. Richtig ist wohl, wie die Beklagte sagt, dass der fatale Auftrag zum Auszahlen des Geldes keine Frage der Zeichnungsberechtigung K.____s (allein oder kollektiv) war. Seine Arbeitgeberin hat ihn aber doch die ganze übrige Korrespondenz mit Banken und Vorsorgeeinrichtungen alleine abwickeln lassen, und das erleichterte ihm den Betrug letztlich wesentlich.

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 K.____ bei der Angabe des Kontos listig und tückisch seinen Namen unterdrückt und der Nummer wie erwähnt den Zusatz "A4.____-ZH" beigefügt hatte (act. 5/7). Der Kläger hätte misstrauisch werden können und sollen, wenn er erkannt hätte oder hätte erkennen können, dass die Auszahlung seines Guthabens tatsächlich an K.____ 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 — K.____ — zuzustellen. So konnte er den Beleg, welcher die Auszahlung bestätigte und als Empfänger nicht die Beklagte nannte (act. 5/9), abfangen und dem Kläger vorenthalten; dieser merkte von der Umleitung seiner Post nichts, da

K._____ ihm die übrige Post täglich in den Briefkasten legte. Eine relevante Un-
sorgfalt kann dem Kläger nicht vorgeworfen werden.

Damit muss sich die Beklagte dabei behaften lassen, dass K._____ vermeintlich in ihrem Namen übernommen hatte, das Freizügigkeitsguthaben des Klägers für diesen auf einem Konto zur Verfügung zu halten. Rechtlich war das ein Hinterlegungsvertrag (Art. 472 OR). Der Kläger konnte und kann jederzeit die Herausgabe des Geldes verlangen (Art. 475 OR), allerdings wird die entsprechende Verpflichtung der Beklagten auch erst mit dieser Erklärung fällig (Art. 75 OR).

4.2 Über die weitere Verwendung des Geldes war zunächst nichts besprochen oder vereinbart. Eine neue Situation ergab sich, als der Kläger K._____ mitteilte, er werde nun doch nicht nach F._____ zurückkehren. Der Kläger war nach seiner Darstellung aufgrund der ihm von K._____ erteilten Auskünfte der Meinung, die Beklagte werde ihm in Zukunft aufgrund von nicht näher definierten Dispositionen eine Rente ausrichten. Wie es sich damit verhält, kann letztlich offen bleiben:

Hier lag es ebenfalls auf der Hand und muss es sich die Beklagte anrechnen lassen, dass das zunächst eine übliche Beratungssituation im Rahmen ihrer statistischen Tätigkeit war. Der Kläger konnte und musste die Auskunft des von der Beklagten ausdrücklich als Fachperson und Berater für solche Situationen angestellten K._____ nicht hinterfragen, die Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens an ihn sei nicht (mehr) möglich. Als ausgesprochener Laie musste er nicht erkennen, dass es einen Unterschied machte, ob die Freizügigkeitsstiftung das Geld bei sich behalten werde, oder ob sie es wohl der Beklagten auszahlen konnte, diese es aber nicht dem Versicherten zur freien Verfügung weiter geben dürfe. Auch dass ihm die Beklagte statt des Kapitals dereinst eine Rente ausrichten werde, musste aus seiner Sicht als Fabrik-Arbeiter nicht auffällig sein. Für Fachpersonen des Geld- und Versicherungswesens, vielleicht auch schon für kaufmännisch nur grundgebildete Menschen, hätte sich die Frage aufgedrängt, ob der (Beratungs- und Vertretungs-)Zweck der Beklagten das Ausrichten einer Rente umfasse. Sie hätten sich wohl gefragt, ob (oder warum) sie denn keinen Beleg

erhielten, der die Auszahlung, die Hinterlegung und später die Berechnung der Rente ausweise. Das gilt allerdings eben nicht für den Kläger als ausgesprochenen Laien. Er fragte K._____ immerhin, ob denn die (spätere) Rente "sicher" sei und erhielt frei übersetzt zur Antwort: "todsicher!". Auch das wäre bei einem kaufmännisch auch nur Teilgebildeten grob fahrlässig, nicht aber beim Kläger, der sich an eine bewährte Institution mit Zentrale im heimatlichen J._____ und an einen schon mehrmals konsultierten Landsmann und Spezialisten gewandt hatte. Entgegen der Überlegung der Beklagten, dass sie gewiss keine Renten auszahlen könne, wenn sie doch nur schon für Steuererklärungen ein Honorar verlange, musste der Kläger auch nicht merken oder mutmassen, dass das Rentenversprechen für die Beklagte ein Risiko darstellte: 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 K._____'s hätte erkennen können und müssen, ist im Grunde nicht mehr relevant. Es träfe wohl nicht zu: K._____ veranlasste die aktenkundige erste Überweisung der "Rente" mit der Mitteilung an den Begünstigten: "A3._____ Inhaber K._____ G._____ -Strasse H._____ rendita mensile di 2. pilastro cassa previdenza [...] Ref.: ..." (act. 5/12 erstes Faszikel). Noch im folgenden Jahr war die Mitteilung die nämliche, und erst 2009 erscheint als abgekürzter Einzahler "A3._____ Inhaber K._____ " (act. 5/12, Folge-Faszikel: es steht also immer noch das "A2._____ " zuvorderst). 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).

Allerdings: ein Rentenvertrag müsste schriftlich abgefasst worden sein (Art. 517 OR). Auch wenn man sagen könnte, nach Treu und Glauben habe sich der Kläger darauf verlassen dürfen, die Beklagte verspreche ihm eine Rente, war das nichtig (Art. 11 Abs. 2 OR) und braucht darum nicht weiter verfolgt zu werden.

4.3 Hat der Kläger gegenüber der Beklagten den vertraglichen Anspruch auf Herausgabe seines Vorsorgekapitals, sind die Überlegungen zur Haftung K._____'s als Hilfsperson oder als Arbeitnehmer obsolet. Ob K._____ das Geld

veruntreut hat, wovon die Beklagte auszugehen scheint (act. 6 und 7), 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 K. _____ ihm tatsächlich ausbezahlten "Renten"-Beträge abgezogen (act. 2 S. 7). Die Beklagte zog es (und zieht es in der Berufung: act. 73 Rz. 18) rechnerisch nicht in Zweifel. Es ist auch zutreffend: die einzelnen "Renten"-Betreffnisse, welche K. _____ dem Kläger ausrichtete, sind als Teilleistungen im Sinne der Art. 69 resp. 68 OR zu werten, welche die Verpflichtung der Beklagten reduzierten.

4.4 Damit bleibt das Verhältnis zur Freizügigkeitsstiftung C. _____ 2. Säule 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, welches in einem ähnlichen Fall entschieden hatte, jene BVG-Stiftung habe sich durch die Zahlung an jene Beklagte (offenkundig 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. 63). 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 einem "praktisch identischen Sachverhalt" ergangen. Wenn der Kläger gestützt auf diese höchstrichterliche Rechtsprechung seinen Anspruch gegen die Freizügigkeitsstiftung bereits geltend gemacht habe oder es noch tue und mit seinem Anspruch durchdringe, "wird sich — dies dann tatsächlich als Novum — erweisen, dass gar kein Schaden besteht, für den der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin belangen könnte". Sie ergänzt,

es sei "davon auszugehen, dass die der C._____ Freizügigkeitsstiftung
2. Säule vorgelegten Vollmachten ähnlich mangelhaft waren, wie die im erwähn-
ten bundesgerichtlichen Fall" (act. 73 S. 10 f.).

Novenrechtlich ist vorweg klar zu stellen, dass das Einbringen des erwähn-
ten 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. Dass sie nun behauptet, die vom Kläger ausgestellte Vollmacht sei
mangelhaft gewesen, ist neu und unzulässig.

Was das Tatsächliche angeht, widerspricht sich die Beklagte in der Berufung
übrigens selber: sie schreibt, die Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens sei
"wie von ihm" [dem Kläger] "gewünscht" erfolgt (act. 73 S. 6 oben). So hatte sie ja
auch in erster Instanz nicht bestritten, dass der Kläger an K._____ heran getreten
war, um sein Vorsorgeguthaben auszahlen zu lassen, dass der Kläger und seine
Ehefrau die entsprechenden Papiere unterzeichnet hatten, und dass der Kläger
K._____ die Abmelde-Bestätigung übergab, welche den Auszahlungs-Tatbestand
erstellte. 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 entschei-
dender Unterschied. Das Bundesgericht geht davon aus, dass in jenem Fall die
Zahlung an einen Nichtberechtigten 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,
und er wollte auch die Zahlung auf das angegebene Konto. Wenn ein Auszah-
lungsgrund gegeben ist, kann der Versicherte das Guthaben sich selber auszah-
len 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 K._____s

habe "noch gar keinen Schaden bewirkt". Der zitierte Entscheid des Bundesgerichts ist also nach den unstreitigen Darlegungen der Parteien zum Sachverhalt für den heute zu entscheidenden Fall nicht einschlägig.

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 K. _____s persönlich zahlte, dessen Bezeichnung er (für eine Finanz-Fachperson möglicherweise erkennbar) verschleiert hatte - der Zusatz "A4. _____-ZH" 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. 5). 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. 63 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: "(es) wird sich — dies dann tatsächlich als Novum — erweisen, dass gar kein Schaden besteht, für den der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin belangen könnte" (act. 73 S. 10). 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 C._____ 2. Säule 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. 10'000.-- sei sie ausgewiesen (Urteil S. 31 f.). Die Beklagte wendet dagegen in der Berufung nichts weiteres ein, als dass sie ihre Haftung an sich bestreitet (act. 73 Rz. 19). 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 im noch streitigen leicht reduzierten Umfang (Genugtuung Fr. 10'000.-- statt Fr. 15'000.--) 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 beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger die teilweise Abweisung seiner Genugtuungsforderung nicht angefochten hat. Insofern ist das Urteil des Bezirksgerichtes rechtskräftig.
2. Mitteilung zusammen mit dem nachstehenden Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 319'252.-- nebst Zins zu 5% seit 7. März 2009 zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird weiter verpflichtet, dem Kläger Fr. 10'000.-- zu bezahlen.
4. Die Regelung der Kostenfolgen für das erstinstanzliche Verfahren (Ziffern 3 - 5 im Dispositiv des angefochtenen Urteils) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'500.-- festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
6. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und die Nebenintervenantinnen je unter Beilage eines Doppels von act. 73, 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.

8. 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. 319'252.--.

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: