

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB120093-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.

Urteil vom 27. 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._____

sowie

C._____ AG,

Nebenintervenientin

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2012; Proz. CG100250

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 71'051.55 nebst Zins zu 5 % seit 20. Oktober 2004 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 der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2012
(act. 45 S. 24 f.):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von CHF 71'051.55 nebst Zins zu 5 % seit 20. Oktober 2004 zu bezahlen.
 2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Genugtuung von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
 3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'600.– (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
 5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 13'100.– 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 Entscheids bezüglich des vertraglichen Anspruchs des Berufungsbeklagten gegenüber der Freizügigkeitsstiftung der D._____ AG zu sistieren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers:

--

Erwägungen:

1. Der Kläger ist ... Staatsangehöriger [von E._____]. Er kam Ende der 70er Jahre in die Schweiz und arbeitete als Spengler bei der F._____ AG (heute F._____ AG), einem Stahlbau-Unternehmen in G._____. 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 E._____] 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 H._____ -Strasse ... in I._____ gegründet und änderte später den Namen in A._____ (Hervorhebungen beigefügt). Seit dem 1. Juli 2010 ist sie im Handelsregister eingetragen (act. 5/1). Sie wird vom J._____ (= A2._____) mit Sitz in K._____ [Stadt in E._____] gefördert, welches auch in den Statuten bei der Aufzählung, woher der Verein seine finanziellen Mittel bezieht, an erster Stelle steht (act. 5/3).

Während laufender Abklärungen über seine Arbeits(un-)fähigkeit wurde der Kläger im Frühjahr 2002 von seiner Arbeitgeberin entlassen. Im Februar 2003 überwies die L._____ Vorsorgeeinrichtung die Austrittsleistung des Klägers an die Stiftung Auffangeinrichtung M._____ (act. 5/6). Der Kläger eröffnete anfangs April 2003 ein Freizügigkeitskonto bei der D._____ AG und liess die Austrittsleistung auf dieses Konto überweisen (act. 5/7). Im März 2004 stellte die SVA ... fest, dass der Vorsorgefall beim Kläger bereits während des Anstellungsverhältnis eingetreten war und verfügte rückwirkend einen IV-Grad von 80%. Von seinem Hausarzt erhielt der Kläger den Hinweis, dass die Pensionskasse das Guthaben unter diesen Umständen zurücknehmen und dem Kläger eine Invalidenrente ausrichten müsse. Mit der Geltendmachung seiner Ansprüche überfordert, suchte der Kläger bei der Beklagten Unterstützung. In deren Büro an der H._____ -Strasse in I._____ wurde der Kläger von dem als Geschäftsführer der Beklagten tätigen N._____ beraten. Der Kläger unterzeichnete am 21. Juni 2004 eine Vollmacht, womit er die Beklagte ermächtigte, ihn "in Sachen PK L._____ betreffend Invalidenleistungen" zu vertreten (act. 5/11). N._____ ersuchte die L._____ Vorsorgeeinrichtung noch am selben Tag um Abklärung des Anspruchs auf eine Invalidenrente, welcher später rückwirkend ab Januar 2004 bejaht wurde (act. 5/12 und 5/14). Überdies veranlasste N._____, dass der Kläger und seine Ehefrau verschiedene Dokumente unterzeichneten, so eine weitere Vollmacht (act. 5/17) und einen Auszahlungsantrag an die Freizügigkeitsstiftung der D._____ AG, beide mit Datum vom 15. Oktober 2004 (act. 5/16). Durch diverse Manipulationen erreichte N._____, dass das Freizügigkeitskapital bei der D._____ AG im Gesamtbetrag von Fr. 100'951.55 (act. 5/20) ihm persönlich – (zunächst) auf ein Konto der C._____ – ausbezahlt wurde (act. 5/20). Der Kläger erhielt ab Februar 2005 bis März 2009 monatliche Zahlungen von Fr. 598.-- (vgl. act. 5/23). Die Parteien sind sich darin einig, dass N._____ das Vorsorgekapital des Klägers im übrigen Teil veruntreut hat (vgl. act. 2 N 13, 15; act. 51 N 3).

2.1 Mit Weisung vom 7. Oktober 2010 machte der Kläger die Klage über das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren am 29. Dezember 2010 hängig. Mit der Klageantwort verkündete die Beklagte der C._____, Filiale ..., und der Freizügigkeitsstiftung der D._____ AG (... I._____) den Streit (act. 15). Während

die D._____ AG nach entsprechender Mitteilung bzw. Fristansetzung (act. 18 f.) auf einen Prozessbeitritt verzichtete (act. 27), trat die C._____ dem Verfahren auf der Seite des Klägers als Nebenintervenientin bei (act. 22 f.).

Eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung am 15. Juli 2011 führte zu keiner Einigung (Prot. I S. 5). 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 les-

quelles 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 N._____ gegenüber dem Kläger im Namen der Beklagten auftrat und bejaht das. Es geht zudem davon aus, dass N._____ die Beklagte für die vom Kläger in Auftrag gegebenen Vorkehrungen rechtsgültig zu vertreten vermocht habe. Der Kläger habe die Beklagte mit der Geltendmachung einer IV-Rente betrauen wollen bzw. mit dem Auftrag, dafür zu sorgen, dass sein Freizügigkeitsguthaben in die Pensionskasse zurückgenommen und ihm daraus eine Rente entrichtet werde. Es handle sich dabei um eine Unterstützungsleistung bei der Regelung sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche, welche in den genuinen Tätigkeitsbereich der Beklagten falle. N._____ sei daher auch ermächtigt gewesen, den Auftrag im Namen der Beklagten anzunehmen (Urteil S. 9 ff.).

Die Beklagte lässt das nicht gelten. Sie kritisiert, das Bezirksgericht gehe ohne weitere Begründung davon aus, der Kläger habe keine Vollmacht zum Bezug von Vorsorgegeldern erteilt. Der Kläger habe aber ausdrücklich festgehalten, er könne sich an die Unterzeichnung des von N._____ verwendeten Formulars nicht erinnern. Nachdem keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass der Kläger die Vollmacht nicht selber unterschrieben habe, sei davon auszugehen, dass N._____ die Auszahlung auf ausdrückliche schriftliche Anforderung des Klägers vorgenommen habe. Der Kläger gebe indirekt zu, den Auszahlungsantrag selbst unterschrieben zu haben, lasse er doch ausführen, N._____ habe seine Unterschrift erschlichen. Demnach habe der erteilte Auftrag nicht nur die Hilfe bei der Erwirkung einer Rente umfasst, sondern sich auch auf die Überweisung des Kapitals auf das von N._____ eingerichtete Konto erstreckt. Die Entgegennahme bzw. Aufbewahrung und Verwaltung von Vermögen sei aber vom Vereinszweck bzw. Tätigkeitsbereich der Beklagten nicht gedeckt. Wenn N._____ sich habe das Vorsorgekapital des Klägers auszahlen lassen, habe er es als Privatperson getan und gehe das die Beklagte nichts an. Unter Bezugnahme auf einen jüngsten Ent-

scheid des Bundesgerichts (BGer 9C_137/2012 vom 5. April 2012) bestreitet die Beklagte schliesslich, dass dem Kläger überhaupt ein Schaden entstanden sei (act. 51).

4.2.1 Der Kläger hielt in der Klageschrift fest, er könne sich nicht erinnern, ob er die Vollmacht für die Überweisung seines Freizügigkeitskapitals und den Auszahlungsantrag unterschrieben habe, und er könne – unter anderem wegen seiner ungenügenden Deutschkenntnisse – nicht beurteilen, ob N._____ die Dokumente (Auszahlungsantrag und Vollmacht) dem Kläger und seiner Ehefrau zur Unterschrift vorgelegt und erst im Nachhinein noch um gewisse Angaben ergänzt habe. Er fügte an, einer Auszahlung seiner Freizügigkeitsleistung auf ein Konto der Beklagten hätte er niemals zugestimmt (act. 2 N 10). Die fragliche Vollmacht an die Beklagte und der Auszahlungsantrag tragen die Unterschriften des Klägers und seiner Ehefrau (act. 5/16-17). Der Kläger machte geltend, N._____ habe die Unterschriften auf den betreffenden Dokumenten erschlichen (act. 2 N 10). Dass N._____ die Unterschriften gefälscht habe, behauptete er damit nicht. In der Replik verwahrte sich der Kläger dagegen, dass er N._____ persönlich und nicht die Beklagte beauftragt habe, behauptete aber weiterhin nicht, dass die geleisteten Unterschriften nicht seine eigenen seien (act. 32 S. 4 f., 7 f.), und daran änderte auch die Duplik nichts (act. 40). Wenn die Beklagte in der Berufung erwähnt, die der D._____ AG zur Auszahlung des Vorsorgekapitals vorgelegten Vollmachten seien "ähnlich mangelhaft" gewesen, wie in dem vom Bundesgericht jüngst entschiedenen Fall BGer 9C_137/2012 vom 5. April 2012 (vgl. act. 51 Rz 16 S. 10), ist das neu und nach Art. 317 Abs. 1 ZPO unzulässig. Für das Folgende ist daher davon auszugehen, dass die Unterschriften des Klägers echt sind.

Tatsächlich wollte der Kläger wohl keine Auszahlung seines Freizügigkeitskapitals auf ein Konto der Beklagten, sondern er wünschte ursprünglich die Rücknahme der Leistung durch die L._____ Vorsorgeeinrichtung und die Ausrichtung einer Rente. Offenbar hat N._____ den Kläger über die Tragweite der Unterschrift auf der Vollmacht und dem Auszahlungsauftrag vom 15. Oktober 2004 getäuscht. Willenserklärungen sind freilich nach dem Vertrauensprinzip auszulegen und rechtlich so zu würdigen, wie sie ein vernünftiger und korrekter Adressat unter

den konkreten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (vgl. Art. 2 ZGB). Die vom Kläger unterzeichnete Vollmacht vom 15. Oktober 2004 ermächtigt die Beklagte ausdrücklich zur Auflösung des Freizügigkeitskontos des Klägers und zur Überweisung der Austrittsleistung auf ein Konto lautend auf "A3._____ CH-... I._____" (act. 5/17). Damit wurde zum Ausdruck gebracht, es sei ein Konto der Beklagten – auch wenn das in Wahrheit nicht zutraf. 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. Ebenso ist die Austrittsleistung gemäss dem die Unterschrift des Klägers tragenden Auszahlungsantrag vom 15. Oktober 2004 auf ein Konto lautend auf "A3._____ ... ZH" zu überweisen (act. 5/16). Hat der Kläger den Auszahlungsantrag vor der Unterzeichnung nicht gelesen, "blanko" unterzeichnet oder mangels genügender Sprachkenntnisse nicht richtig verstanden, konnte das die D._____ AG als Adressatin weder merken noch auch nur erahnen. Nach Treu und Glauben hat der Kläger mit diesem Papier den Auftrag zum Auszahlen des Kapitals auf das angegebene Konto erteilt. Keine Partei macht im Übrigen geltend, es habe weiterer formeller Voraussetzungen als des schriftlichen Auszahlungsantrags bedurft.

4.2.2 Welche interne Stellung N._____ 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 I._____ 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 N._____ als ihr Vertreter auftrat: die unterzeichnete Vollmacht vom 15. Oktober 2004 lautet bei der Rubrik "beauftragt hiermit ..." auf "A3._____ CH-... I._____" ohne weiteren Zusatz, und sie trägt unten den Stempel "A4._____ H._____-Strasse .../PF I._____" (act. 5/17). Die Beklagte hat ausdrücklich zum Zweck, ... Landsleute [des Staates E._____] im Verkehr mit (Sozial-)Versicherungen zu beraten und – selbst vor Gericht – zu vertreten. N._____ war (wie soeben ausgeführt) nicht nur bei ihr angestellt, sondern er war der Geschäftsführer jedenfalls ihres Büros in I._____, an welches sich der Kläger mit seinem Anliegen wandte. Die Beklagte hat also, selbst wenn sie das nicht wollte, den Anschein geschaffen und bestehen lassen, dass N._____ für sie handeln könne. Der konkrete Umfang dieser Handlungen bleibt zu diskutieren.

Der Kläger war und ist ein einfacher Arbeiter. Dass er irgendwelche 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 in sprachlicher und fachlicher Hinsicht Unterstützung benötigte und überdies gesundheitlich angeschlagen war. In einer Situation der Überforderung wandte er sich an die Beklagte als eine bewährte Institution mit Zentrale im heimatlichen K._____. 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 Unkorrekt-

heit oder gar einem Betrug auf die Spur zu kommen, ist daher zu Lasten der Beklagten kein strenger Massstab anzulegen.

Bei einer sorgfältigen juristischen Auslegung der erwähnten (zweiten) Vollmacht vom 15. Oktober 2004 (act. 5/16; wie sie die Möglichkeiten des Klägers allerdings wohl überstieg) käme 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 D._____ AG. 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: N._____) tätig wurde und handelte, lag auf der Hand.

Dabei dürfte durchaus zutreffen, dass der Zweck und der Tätigkeitsbereich der Beklagten die Entgegennahme und Verwaltung von Vorsorgekapitalien nicht deckte und die Beklagte ihren Geschäftsführer N._____ auch nicht zu solchen Handlungen ermächtigt hatte. Der Kläger behauptet nichts Gegenteiliges. Aber aus seiner Laien-Sicht (mit welcher die Beklagte wie oben dargestellt zu rechnen hatte) musste es nicht auffällig sein, dass N._____ namens der Beklagten das Geld auf ein (vermeintlich) dieser gehörendes Konto anweisen liess. Gerade weil sie sich mit ihrer Beratungstätigkeit an einfache und geschäftlich nicht versierte Personen wendete, muss sich das die Beklagte anrechnen lassen. Sie machte es N._____ auch insofern einfach, als sie ihn mit Einzelunterschrift gegenüber Sozialversicherungen und Vorsorgeeinrichtungen auftreten liess. Zwar wurde der verhängnisvolle Auszahlungsauftrag nicht von N._____, sondern vom Kläger unterzeichnet. Die übrige Korrespondenz hatte N._____ allerdings wie auch in anderen Fällen alleine geführt, und das trug dazu bei, dass ihm der ganze Betrug letztlich gelingen konnte.

4.2.3 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 daher musste (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Dazu ergibt sich Folgendes: Aus der laienhaften Sicht des Klägers bestand darum kein Grund zum Misstrauen, weil N._____ bei der Angabe des Kontos listig und tückisch seinen Namen unterdrückt und als Kontoinhaberin die Beklagte ("A3._____") angegeben hatte. Der Kläger hätte misstrauisch werden können und sollen, wenn er erkannt hätte oder hätte erkennen können, dass die Auszahlung seines Guthabens tatsächlich an N._____ 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 – N._____ – zuzustellen (act. 5/19). So konnte er den Beleg, welcher die Auszahlung bestätigte und als Empfänger nicht die Beklagte nannte (act. 5/20), abfangen und dem Kläger vorenthalten; dieser merkte von der Umleitung seiner Post nichts, da N._____ 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 grundgebildete 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. 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 im Übrigen selbst gut ausgebildete Personen mitunter nicht. Ob der Kläger hinterher das Fehlverhalten N._____s hätte erkennen können und müssen, ist im Grunde nicht mehr relevant. Es träfe wohl nicht zu: N._____ veranlasste während über vier Jahren die Überweisungen der "Rente" mit der Mitteilung an den Begünstigten: "Bonifico A5._____, Inhaber N._____, H._____-Strasse ..., ... I._____, Rendita Mensile Di 2. Pilastro, Cassa Pensione L._____, Ref.: ..." (act. 5/23). Der Kläger ging dem entsprechend (irrtümlich) davon aus, die Gut-

schriften enthielten die in Aussicht gestellte Rente der Pensionskasse L. _____ (act. 2 N 13). 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).

4.2.4 Damit muss sich die Beklagte dabei behaften lassen, dass N. _____ vermeintlich in ihrem Namen übernommen hatte, das Freizügigkeitsguthaben des Klägers für diesen entgegen zu nehmen bzw. (vorübergehend) auf ein auf die Beklagte lautendes Konto anweisen zu lassen und damit 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).

Dass das Kapital – wie vom Kläger gewünscht – letztlich auf die L. _____ Vorsorgeeinrichtung zwecks Auszahlung einer Rente überwiesen werden sollte, ändert an der Verpflichtung der Beklagten nichts. Darin wäre wohl eine Anweisung (Art. 466 OR) zu erblicken. Gegenüber dem Angewiesenen kann der Anweisende widerrufen, solange jener dem Empfänger seine Annahme nicht erklärt hat (Art. 470 Abs. 2 OR). Das gilt selbst dann, wenn dem Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger kein Widerrufsrecht zusteht (BGE 121 III 109 E. 3a, S. 112; BSK OR I-Koller, Art. 470 N 5). Die L. _____ Vorsorgeeinrichtung ersuchte den Kläger nach Festlegung der Invalidenrente darum, sein Vorsorgeguthaben an sie (zurück) zu überweisen (act. 5/21). N. _____ hat dem Kläger das Schreiben wie die übrige Korrespondenz indessen vorenthalten, und der Vorsorgeeinrichtung wahrheitswidrig beschieden, das Vorsorgeguthaben sei dem Kläger bar ausbezahlt worden, worauf die Vorsorgeeinrichtung mitteilte, dass die Altersrente des Klägers, solange das Guthaben nicht wieder einbezahlt werde, entsprechend kleiner ausfallen werde (act. 5/22). Die Anweisung wurde somit nie angenommen. Indem der Kläger mit seiner Klage den Betrag seiner Austrittsleistung (abzüglich bereits erfolgter Zahlungen, dazu unten Ziff. 4.2.5) von der Beklagten fordert, widerruft er sinngemäss die Anweisung, das Guthaben an die L. _____ Vorsorgeeinrichtung zu überweisen.

4.2.5 Das Verhältnis des Klägers zur Freizügigkeitsstiftung der D._____ AG spielt unter diesen Umständen keine Rolle, da er gegenüber der Beklagten aus rechtlicher Sicht (Art. 57 ZPO) einen vertraglichen Anspruch (auf Erfüllung) und nicht einen Schaden geltend machen kann. Dieser Anspruch bestünde auch, wenn die D._____ AG durch die Auszahlung nicht befreiend geleistet hätte und somit dem Kläger nach wie vor das Kapital schuldete. Dabei wird das von der Beklagten angeführte Urteil BGer 9C_137/2012 vom 5. April 2012 keineswegs in Frage gestellt. Dort ging es vorweg um einen gefälschten Auftrag zum Auszahlen des Kapitals, und eingeklagt war direkt die Vorsorgeeinrichtung, sodass das Bundesgericht keinen Anlass hatte, sich zum Verhältnis der Ansprüche gegen die Vorsorgeeinrichtung und gegen die Beklagte zu äussern.

Immerhin wäre in Analogie zu den Bestimmungen über die Solidarität (Art. 150 Abs. 2 OR) und nach Treu und Glauben der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte in dem Umfang zu reduzieren, als er von der Vorsorgeeinrichtung tatsächlich eine Zahlung erhalten hätte: der Kläger begründet seine Klage ja ausdrücklich damit, dass ihm das ausbezahlte Kapital zu ersetzen sei. Die Beklagte behauptet aber nicht, dass ein solcher Geldfluss bereits erfolgt sei, 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. 51 Rz 16 S. 9 f.). 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 D._____ AG wird erst aktuell, wenn die Beklagte selber etwas bezahlt hat, und sie geht den Kläger nichts an.

4.2.6 Für das Quantitativ seiner Forderung hat der Kläger in erster Instanz darauf abgestellt, was die Freizügigkeitsstiftung nach Abzug der Quellensteuer auszahlte (Fr. 100'951.55), und davon die von N._____ ihm tatsächlich ausbezahlten "Renten"-Beträge (50 x Fr. 598.--) abgezogen (act. 2 Rz 17). Die Beklagte

äusserte sich dazu nicht vor Bezirksgericht und zieht die Höhe bzw. Berechnung der eingeklagten Forderung ebenso in der Berufung nicht in Zweifel (act. 51 Rz 17). Nach Zeit und Umfang ebenso unbeanstandet ist die Verpflichtung zur Leistung von Zins zu 5 % seit 20. Oktober 2004. Darauf ist nicht zurück zu kommen.

4.3 Das Bezirksgericht hat die mit der Klage beanspruchte Genugtuung in der Höhe von Fr. 5'000.-- für ausgewiesen erachtet (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 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).

5. Im Ergebnis ist die Klage – in Bestätigung des angefochtenen Urteils – gutzuheissen. 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:

6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 71'051.55 nebst Zins zu 5 % seit 20. Oktober 2004 zu bezahlen.
7. Die Beklagte wird weiter verpflichtet, dem Kläger Fr. 5'000.-- zu bezahlen.
8. Die Regelung der Kostenfolgen für das erstinstanzliche Verfahren (Ziffern 3 - 5 im Dispositiv des angefochtenen Urteils) wird bestätigt.
9. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.-- festgesetzt, der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
10. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und die Nebenintervenantin unter Beilage je eines 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.

12. 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. 71'051.--.

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: