



Die Haftung der Vorsorgeeinrichtung bei fehlerhaften Barauszahlungen von Alters- oder Freizügigkeitsguthaben

ELISABETH GLÄTTLI

In zahlreichen Fällen hat sich das Bundesgericht mit der Haftung der Vorsorgeeinrichtung bei Auszahlungen von Alters- oder Freizügigkeitsguthaben ohne Zustimmung des Ehegatten befasst. In neuerer Zeit hatte es auch über die Folgen der Auszahlung eines Alters- oder Freizügigkeitsguthaben an einen Dritten aufgrund einer gefälschten oder verfälschten Vollmacht des Vorsorgenehmers oder eines solchen Auszahlungsantrages zu entscheiden. Die Rechtsprechung zu diesen Fällen wird im Folgenden dargestellt und gewürdigt, wobei das Schwergewicht auf den neuen Urteilen zu Barauszahlungen an Dritte infolge ge- oder verfälschter Vollmachten oder Aufträge liegt. Die Urteile geben Gelegenheit, sich eingehender mit der Haftung des Schuldners bei Leistung an einen Unberechtigten zu befassen.

Dans de nombreuses affaires, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur la question de la responsabilité de l'institution de prévoyance en cas de versement de l'avoir de vieillesse ou de la prestation de libre passage sans le consentement du conjoint. Plus récemment, il a dû se prononcer sur les conséquences du versement d'un avoir de vieillesse ou de libre passage à un tiers sur la base d'une procuration fautive ou falsifiée du preneur de prévoyance ou d'une demande de versement correspondante. La jurisprudence relative à ces cas est présentée et examinée ci-après, l'accent étant mis sur les nouveaux arrêts rendus en matière de versements en espèces à des tiers suite à des procurations ou ordres faux ou falsifiés. Les arrêts donnent l'occasion d'examiner plus en détail la responsabilité du débiteur de la prestation versée à une personne non autorisée.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Haftung der Vorsorgeeinrichtung bei Auszahlungen von Altersleistungen oder Freizügigkeitsguthaben ohne Zustimmung des Ehegatten
 1. Befreiende Leistung der Schuldnerin, Schadenersatz an den nicht zustimmenden Ehegatten
 2. Würdigung
- III. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Haftung der Vorsorgeeinrichtung bei gefälschten Auszahlungsbegehren von Alters- oder Freizügigkeitsguthaben
 1. Die Urteile
 2. Die Begründung des Bundesgerichts
- IV. Haftung der Vorsorgeeinrichtung bei betrügerisch veranlassten Drittauszahlungen aufgrund einer gefälschten Vollmacht
 1. Stellvertretung bei Blankettvollmachten und gefälschten Vollmachtsurkunden
 - A. Grundsatz
 - B. Ausnahmen: Beschränkter Gutgläubensschutz
 - C. Ergebnis
 2. Rechtsfolgen der Leistung des Schuldners an einen Unberechtigten
 - A. Lückenhaftigkeit des Gesetzes
 - B. Lehre und Rechtsprechung
 - C. Zur Haftung bei gefälschten Zahlungsaufträgen/Checks
 - D. Würdigung
 - E. Zum Verschulden des Schuldners
 3. Kritik an den Urteilen des Bundesgerichts

I. Einleitung

Häufig waren die Fälle, in welchen sich das Bundesgericht mit den Folgen einer ohne Zustimmung des Ehegatten geleisteten Barauszahlung von Freizügigkeits- oder Altersguthaben befassen musste. In diesen Fällen war re-

gelmässig der Ehegatte, welcher der Barauszahlung des Guthabens nicht zugestimmt hatte, geschädigt.

In neuerer Zeit hatte das Bundesgericht auch Fälle zu entscheiden, in welchen die Altersleistung oder das Freizügigkeitsguthaben aufgrund einer ge- oder verfälschten Vollmacht einem Dritten ausbezahlt wurde. Geschädigte sind in diesen Fällen die Vorsorgenehmer selbst. Zu entscheiden war, ob diese Ansprüche gegenüber der Vorsorgeeinrichtung haben oder ob letztere mit der Leistung an Dritten aufgrund der ge- oder verfälschten Vollmacht befreiend geleistet hatten.

Der Aufsatz zeigt die Rechtsprechung in diesen beiden Fallgruppen und die unterschiedlichen Fallkonstellationen auf. Es folgt eine Würdigung der Rechtsprechung, wobei das Schwergewicht auf die Urteile zu den betrügerisch erwirkten Barauszahlungen an Dritte gelegt wird.

II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Haftung der Vorsorgeeinrichtung bei Auszahlungen von Altersleistungen oder Freizügigkeitsguthaben ohne Zustimmung des Ehegatten

1. Befreiende Leistung der Schuldnerin, Schadenersatz an den nicht zustimmenden Ehegatten

Die ohne die erforderliche Zustimmung des Ehegatten geleistete Barauszahlung des Alters- oder Freizügigkeitsguthabens erachtete das Bundesgericht stets als nicht gehörige

Erfüllung des Vorsorgevertrages, wie das Bundesgericht namentlich im Leitentscheid BGE 130 V 103 ff. ausführte. Das Bundesgericht stellte sich dabei auf den Standpunkt, die Vorsorgeeinrichtung habe trotz fehlender Zustimmung des Ehegatten die Barauszahlung mit befreiender Wirkung an den ausgetretenen Versicherten geleistet. Die Rechtslage bei Barauszahlung eines Alters- oder Freizügigkeitsguthabens unterscheidet sich insofern von den verwandten Bestimmungen im Bürgschaftsrecht (Art. 494 Abs. 1 und 3 OR), Mietrecht (Art. 266m in Verbindung mit Art. 266o OR) und Eherecht (Art. 169 ZGB), wo die fehlende oder formungültige Zustimmung des Ehegatten zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führe, ohne dass sich der Vertragspartner des andern Ehegatten auf seinen guten Glauben berufen kann.

Der Ehegatte, welcher der Barauszahlung nicht zugestimmt hat, verfügt nach Bundesgericht über einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Vorsorgeeinrichtung, sofern diese nicht beweise, dass ihr keinerlei Verschulden zur Last falle. In der Folge wurde jeweils geprüft, ob der Vorsorgeeinrichtung bei der fehlerhaften Barauszahlung der Austrittsleistung (fehlende oder gefälschte Unterschrift des Ehegatten) ein Verschulden zur Last zu legen war¹.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz (Art. 37 Abs. 5 BVG) lediglich die schriftliche Zustimmung des Ehegatten vorsieht. Vorschriften, wie die schriftliche Zustimmung ausgestaltet werden soll, fehlen ebenso wie bei der Regelung der Barauszahlung im Freizügigkeitsfall (Art. 5 Abs. 2 FZG) und beim Vorbezug im Rahmen der Wohneigentumsförderung (Art. 30c Abs. 5 BVG und Art. 331e Abs. 5 OR)². Es ist daher den Vorsorgeeinrichtungen überlassen, wie und auf welche Weise sie die Erklärungen beziehungsweise die Unterschriften, namentlich die Unterschrift des andern Ehegatten, verlangen und überprüfen wollen. Das BSV führte in einer Mitteilung über die berufliche Vorsorge im Jahr 2000 mit Bezug auf die Zustimmung des Ehegatten aus, dass grundsätzlich von einer gewissen Vertrauensbasis unter den Ehegatten ausgegangen werden könne. Besondere Vorsicht sei vor

allem dann geboten, wenn Anhaltspunkte auf eine bevorstehende Trennung oder Scheidung bestehen würden³.

Seit dem Erlass dieser Mitteilung, in welcher das BSV auf Missbräuche hingewiesen hatte, darf eine Vorsorgeeinrichtung gemäss BGE 130 V 103 Erw. 3.4 nicht mehr unbesehen auf eine ihr nicht bekannte Unterschrift des Ehegatten abstellen, sondern hat diese in geeigneter Form zu überprüfen. Das Bundesgericht urteilte wie folgt: Ein Verschulden wurde verneint bei einem Versicherten, welcher jahrelang als Vizedirektor mit guten Arbeitszeugnissen und in einer Vertrauensstellung bei der Stifterfirma tätig gewesen und der Vorsorgeeinrichtung bekannt gewesen war. Sie habe unter diesen Umständen auf dessen Seriosität vertrauen dürfen, zumal es sich um die firmeneigene Pensionskasse mit überschaubaren Verhältnissen gehandelt hatte⁴. In einem anderen Fall wurde die Sorgfaltspflichtverletzung der Vorsorgeeinrichtung bejaht, weil diese betreffend Zustimmung der Ehegattin keine weiteren Abklärungen getroffen hatte, obwohl ihr der Versicherte nicht näher bekannt war, es sich um eine sehr grosse Gemeinschaftseinrichtung handelte und zwischen dem Ausscheiden aus dem angeschlossenen Betrieb und dem Barauszahlungsgesuch eine längere Zeitspanne verstrichen war⁵. Das Verschulden wurde auch bejaht, als die Vorsorgeeinrichtung den Versicherten bei der Auszahlung weder nach seinem Zivilstand fragte, noch in dieser Hinsicht irgendwelche Abklärungen traf⁶. Ein Verschulden der Vorsorgeeinrichtung wurde sodann angenommen, weil diese keinerlei Schritte unternommen hatte, die Angaben des Versicherten, welcher fälschlicherweise den Zivilstand geschieden angegeben hatte, zu überprüfen und nur einen Tag nach Überweisung des Freizügigkeitskontos die Barauszahlung verlangt hatte⁷. Schliesslich wurde das Verschulden einer Vorsorgeeinrichtung bejaht, weil diese hinsichtlich der Angaben eines Versicherungsnehmers, welcher ihr nicht persönlich bekannt war, keinerlei Abklärungen unternommen hatte⁸.

Ein Schadenersatzanspruch des geschädigten Ehegatten besteht nur dann, wenn diesem im Rahmen eines scheidungsrechtlichen Verfahrens ein Ausgleich zugesprochen wurde⁹. In erster Linie hat sich der geschädigte

¹ BGE 130 V 103, Nr. B 19/01 Erw. 3.2 und 3.3; BGer B 58/01 vom 7. Januar 2004, Erw. 3.1 und 3.2; BGer B 45/00 vom 2. Februar 2004, Erw. 3.3; BGer B 94/03 vom 10. Februar 2004, Erw. 2.2; BGer B 89/04 vom 17. März 2005, Erw. 2.2; BGer B 126/04 vom 20. März 2006, Erw. 2.2; BGer 9C_153/2010 vom 1. September 2010, Erw. 4.1; ferner BGE 135 V 425 Erw. 6.1; BGer 9C_32/2007 vom 30. April 2007, Erw. 4.2.

² Vgl. insbesondere auch die Botschaft zu dem mit Wirkung auf den 1. Januar 2005 eingefügten Erfordernis, BBl 2000 2637, 2694.

³ Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 51 vom 22. Juni 2000, Ziff. 302.

⁴ BGE 130 V 103, Erw. 3.4.

⁵ BGer B 58/01 vom 7. Januar 2004, Erw. 3.

⁶ BGer B 87/00 vom 10. Februar 2004, Erw. 2.3.

⁷ BGer B 98/04 vom 17. März 2005, Erw. 2.4, vgl. auch BGer B 126/04 vom 20. März 2006.

⁸ BGer 9C_153/2010 vom 1. September 2010, Erw. 4.2.

⁹ BGer B 90/01 vom 3. Juni 2003, Erw. 3.2.

Ehegatte sodann an den fehlbaren Ehegatten zu halten. Im Verhältnis unter den Ehegatten bleibt die Barauszahlung ungültig, auch wenn der Vorsorgeeinrichtung keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann. Der Anspruch auf hälftige Teilung nach Art. 122 ZGB bleibt daher bestehen und Art. 22 Abs. 2 letzter Satz FZG («Barauszahlungen während der Ehedauer werden nicht berücksichtigt») findet in solchen Fällen keine Anwendung. Erst in zweiter Linie kann sich der andere Ehegatte an die Vorsorgeeinrichtung halten, wenn dieser im Zusammenhang mit der Barauszahlung eine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last gelegt werden kann¹⁰.

2. Würdigung

Den Urteilen ist im Ergebnis zuzustimmen. In der Begründung lassen sie jedoch Fragen offen. Insbesondere ist kaum dargelegt, inwiefern Art. 97 OR Grundlage für Schadenersatzansprüche des am Vertrag nicht direkt beteiligten Ehegatten ist¹¹.

Eher dürftig begründet erscheint auch die Auffassung, dass die Vorsorgeeinrichtung trotz fehlender Zustimmung des Ehegatten grundsätzlich befreiend geleistet hat. Die Auffassung ist indes zutreffend, zumal eine anderslautende ausdrückliche gesetzliche Bestimmung fehlt und der getäuschte Ehegatte nicht direkter Vertragspartner ist. Dem getäuschten Ehegatten stehen wie erwähnt nebst dem Anspruch auf Schadenersatz der teilungsrechtliche Anspruch nach Art. 122 ZGB sowie weitere (deliktische) Ansprüche gegenüber dem fehlbaren Ehegatten zu. Diese Lösung erscheint in Berücksichtigung der Risikosphären gerechtfertigt. Eine andere Lösung hätte nach der hier vertretenen Auffassung gesetzlich festgelegt zu sein¹².

¹⁰ BGer B 93/05 vom 21. März 2007, Erw. 4.4, vgl. auch BGer 9C_32/2007 vom 30. April 2007, Erw. 4.2 sowie Urteil des Luzerner Obergerichts vom 22. April 1999, in SJZ 97/2011, 84.

¹¹ S. zum Ganzen ELISABETH GLÄTTLI, Die Folgen der Barauszahlung der Austrittsleistung ohne Zustimmung des Ehegatten (Art. 5 Abs. 2 FZG) in den neueren Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG), SZS 2005, 184 ff.

¹² Anders FELIX SCHÖBI, Barauszahlung trotz fehlender Zustimmung des Ehegatten, Bemerkungen zum Urteil B 908/04 des Eidg. Versicherungsgerichts vom 17. März 2005, recht 2005, 139 ff. Aufgrund der Materialien kam SCHÖBI zum Schluss, entgegen der Begründung des Bundesgerichts sei es in den parlamentarischen Beratungen nie um die Frage gegangen, welches die Rechtsfolge sei, wenn eine Vorsorgeeinrichtung eine Austrittsleistung bar auszahle, obwohl es an der nötigen Zustimmung des Ehegatten gefehlt habe (a.a.O., 144 f.). Damit entfällt zwar die im Urteil genannte Begründung des Bundesgerichts für die Annahme der befreienden Leistung der Vorsorgeeinrichtung trotz fehlender Zustimmung des Ehegatten (vgl. BGE 130 V 103, Erw. 3.2). Allerdings bedeutet dies noch nicht, dass deshalb die Befreiungswirkung zu verneinen wäre,

In allen diesen Fällen liegt überdies regelmässig ein Verschulden (in der Regel sogar Vorsatz) des Vorsorgenehmers und Gläubigers an der fehlerhaften Barauszahlung vor. Richtigerweise ist in dieser Konstellation ohnehin von einer befreienden Leistung des Vorsorgeeinrichtung auszugehen, so dass auch nach den allgemeinen Regeln der Art. 97 ff. OR die Vorsorgeeinrichtung mit der Barauszahlung gültig erfüllt hat (s. dazu nachfolgend IV./2.).

III. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Haftung der Vorsorgeeinrichtung bei gefälschten Auszahlungsbegehren von Alters- oder Freizügigkeitsguthaben

1. Die Urteile

In zwei neueren Urteilen befasste sich das Bundesgericht mit der Haftung der Vorsorgeeinrichtung infolge Barauszahlungen von Altersleistungen beziehungsweise Freizügigkeitsguthaben aufgrund von gefälschten Vollmachten oder Unterschriften des Vorsorgenehmers selbst. Die Barauszahlung wurde in diesen Fällen an einen unberechtigten Dritten erbracht. Das Bundesgericht hatte die Frage zu beantworten, ob die Vorsorgeeinrichtung die Leistung an den (betrügenden) Dritten befreiend erbracht habe oder ob sie dem Versicherten gegenüber leistungspflichtig blieb.

a) Dem Urteil vom 28. März 2012 (BGer 9C_675/2012) lag zugrunde, dass der Kläger, Inhaber eines Freizügigkeitskontos, geltend machte, die vom angeblichen Vertreter eingereichte Vollmacht und der Auszahlungsantrag seien weder vom ihm als Inhaber des Freizügigkeitskontos noch von seiner Frau unterzeichnet worden. Der Inhaber des Freizügigkeitskontos klagte deshalb gegen die Freizügigkeitsstiftung auf Auszahlung seines Guthabens. Mit Urteil vom 17. Mai 2011 wies das Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt die Klage unter Hinweis auf eine mangelnde Sorgfaltspflichtverletzung der Freizügigkeitsstiftung ab. Das daraufhin angerufene Bundesgericht erwog, die Leistung an einen Unberechtigten stelle grundsätzlich eine Nichterfüllung dar, und zwar auch dann, wenn die Schuldnerin in gutem Glauben leiste. Der Nachweis richtiger Erfüllung obliege der Vertragsschuldnerin. Da die

wie es SCHÖBI vertritt (a.a.O., 146). So geht SCHÖBI insbesondere zu Unrecht davon aus, die Leistung an einen Unberechtigten befreie grundsätzlich nicht (142). Diese Sicht greift zu kurz, wie nachfolgend unter IV.2. ausgeführt wird.

Freizügigkeitsstiftung bestritt, dass Vollmacht und Auszahlungsantrag gefälscht seien, wies das Bundesgericht die Sache zur weiteren Prüfung betreffend Echtheit der Vollmacht der Unterschriften an die Vorinstanz zurück.

b) Auf die gleiche Begründung verwies das Bundesgericht im Urteil vom 5. April 2012 (BGer 9C_137/2012). Der Arbeitnehmer T ersuchte etwa drei Jahre vor seiner ordentlichen Pensionierung bei der Sammelstiftung Swiss Life, mit welcher er einerseits einen Vorsorgevertrag abgeschlossen hatte und andererseits eine Freizügigkeitspolice unterhielt, um Teilauszahlung der Altersleistung in Kapitalform und um Auszahlung der gesamten Altersleistung der Freizügigkeitsleistung. Als etwa drei Jahre später der Zeitpunkt der ordentlichen Pensionierung nahe, wurde der Geschäftsführer des Patronato INCA bei der Sammelstiftung der Swiss Life vorstellig und wies eine Vollmacht von T vor, in welcher das Patronato bevollmächtigt wurde, mit Bezug auf den Vorsorgevertrag von T beziehungsweise dessen Freizügigkeitspolice tätig zu werden. Nachdem bei der Swiss Life Zahlungsauftrag und Zustimmungserklärung der Ehefrau mit beglaubigten Unterschriften eingegangen war, überwies die Swiss Life das gesamte Vorsorgeguthaben in der Höhe von 265'156 Franken auf das Konto des Patronato. Die Unterschriften waren gefälscht. Auf Klage des T verpflichtete das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 19. Dezember 2011 die Swiss Life, T die 265'156 Franken auszubezahlen. Das Bundesgericht bestätigte das Urteil. Es führte aus, gemäss den verbindlichen Feststellungen habe es sich bei den Unterschriften von T sowie dessen Ehefrau um Fälschungen gehandelt. Für die Folgen habe die Swiss Life infolge Nichterfüllung (Leistung an einen Unberechtigten) einzustehen.

2. Die Begründung des Bundesgerichts

In beiden Urteilen stellte das Bundesgericht klar, dass es sich bei der geforderten Zahlung nicht um Schadenersatz, sondern um die Vertragserfüllung handle. Das Freizügigkeitskonto im Rahmen der Säule 2b als auch der Vorsorgevertrag in der weitergehenden Vorsorge beruhten auf einem privatrechtlichen Vorsorgevertrag, der rechtsdogmatisch den Innominatverträgen zuzuordnen sei. Die Freizügigkeitsstiftung beziehungsweise die Vorsorgeeinrichtung sei aufgrund der vertraglichen Vereinbarung gehalten, dem Gläubiger auf sein Verlangen hin das bestehende Guthaben gemäss Vertrags- bzw. Reglementsbedingungen auszuzahlen. Leiste die Schuldnerin einem unberechtigten Dritten, so habe sie grundsätzlich nicht erfüllt, und zwar auch dann, wenn sie in gutem Glauben leis-

te. Es folgte eine stattliche Anzahl Zitate, vorwiegend von Lehrmeinungen zu Art. 68 OR. Der Nachweis richtiger Erfüllung des Vertrags obliege der Vertragsschuldnerin¹³.

IV. Haftung der Vorsorgeeinrichtung bei betrügerisch veranlassten Dritt-auszahlungen aufgrund einer gefälschten Vollmacht

Im Folgenden ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Haftung der Vorsorgeeinrichtung einer Überprüfung zu unterziehen. Dabei ist zunächst auf die Grundsätze der Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) und den dabei gewährten Gutgläubensschutz einzugehen. Ist aufgrund der besonderen Fallkonstellation eine gültige Vertretung beziehungsweise ein gültiger Zahlungsauftrag zu bejahen, so liegt keine Leistung des Schuldners an einen Unberechtigten vor. Die Vorsorgeeinrichtung muss den Willen des Vollmachtgebers befolgen und gemäss dessen Anweisungen handeln.

Lag hingegen keine gültige Vollmacht vor, so stellt sich die Frage, ob die Leistung aufgrund des ge- oder verfälschten Auszahlungsantrages nach den Bestimmungen über die Vertragshaftung zu einer Befreiung des Schuldners führt. Daher werden anschliessend Lehre und Rechtsprechung zur Frage untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen die Leistung an einen Unberechtigten den Schuldner befreit. Gestützt auf diese Grundlagen sind die ergangenen Urteile in der Folge zu würdigen.

1. Stellvertretung bei Blankettvollmachten und gefälschten Vollmachtsurkunden

A. Grundsatz

Handelt ein Stellvertreter, ohne für das konkrete Geschäft vom Vertretenen bevollmächtigt zu sein, so liegt eine Vertretung ohne Vollmacht vor («falsus procurator»). Nach Art. 38 OR tritt in diesen Fällen grundsätzlich keine Vertretungswirkung ein. Der Stellvertreter ohne Vollmacht vermag daher den Vertretenen nicht zu verpflichten, und das vom falsus procurator abgeschlossene Geschäft bleibt für den «Vertretenen» folgenlos. Letzterer kann das ohne Vollmacht abgeschlossene Geschäft indes genehmigen. In diesem Fall ersetzt die Genehmigung die Vollmacht und die Stellvertretung wird gültig (Art. 38 Abs. 1 OR).

¹³ BGer 9C_675/2012, Erw. 3; BGer 9C_137/2012, Erw. 4.

B. Ausnahmen: Beschränkter Gutgläuberschutz

Das Gesetz sieht in bestimmten Fällen vor, dass ein Dritter in seinem guten Glauben auf die Vertretungsbefugnis geschützt wird, obwohl diese nicht bestand (Art. 33 Abs. 3 OR, Art. 34 Abs. 3 OR). Das Geschäft kommt in diesen Fällen zustande. Diese Ausnahme besteht dann,

– wenn der Vertretene eine Bevollmächtigung nach aussen kundgegeben hatte, z.B. durch Unterzeichnen einer Vollmachtsurkunde oder eines Vertrags, welcher eine Vollmacht enthält.

Entscheidend ist, dass die Handlungsweise des Vertretenen als drittgerichtete Mitteilung und als Vollmachtskundgabe zu werten und ihm normativ zuzurechnen ist. Die objektive Mitteilung muss vom Vertretenen ausgehen¹⁴.

– und der Dritte, dem gegenüber der Vertreter ohne Vollmacht handelt, gestützt auf die ihm kundgegebene Vollmacht gutgläubig ist.

Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die nach aussen kundgegebene Bevollmächtigung regelmässig grösser ist und über die konkrete, «interne» Bevollmächtigung hinausgeht. Die Rechtswirkungen treten «nach Massgabe der erfolgten Kundgebung» ein (Art. 33 Abs. 3 OR). Im Umfang der kundgegebenen Vollmacht wird das Geschäft somit aufgrund des Gutgläubenschutzes rechtswirksam. Während in diesem Fall der Vertretene dafür einstehen muss, dass er einen falschen Rechtsschein erweckt hat, hat er im Fall von Art. 34 Abs. 3 OR dafür einzustehen, dass er einen unrichtig gewordenen Rechtsschein nicht zerstört, indem er den Widerruf der einst zutreffenden Vollmacht nicht mitteilt¹⁵.

Rechtswirksam ist auch die *Duldungsvollmacht*. Bei dieser hat der Vertretene Kenntnis, dass der Vertreter ohne Bevollmächtigung handelt und schreitet nicht dagegen ein. Bei der *Anscheinsvollmacht* hätte der Vertretene das Handeln des Vertreters erkennen und verhindern können¹⁶.

Ein weiterer Gutgläuberschutz besteht nicht¹⁷.

C. Ergebnis

Aus dargestellten Grundsätzen ergibt sich, dass das Handeln aufgrund einer Vollmachtsurkunde, auf welcher die Unterschrift des vermeintlich Vertretenen gefälscht ist, in der Regel zu keinem gültigen Geschäft führt. Der angeblich Vertretene hat keine Vollmacht kundgegeben und regelmässig dürfte er vom Handeln des falsus procurator auch keine Kenntnis haben. Daher treten auch bei Gutgläubigkeit des Dritten keine Rechtswirkungen ein und der angeblich Vertretene wird nicht verpflichtet. Ein gültiges Rechtsgeschäft würde hingegen vorliegen, wenn der Vertretene das Geschäft nachträglich genehmigt oder vom Vorgehen des falsus procurator Kenntnis hat und dagegen nicht einschreitet.

Anders ist es bei der *Blankovollmacht*. Unterzeichnet der Vertretene blanko eine Vollmacht, so gibt er damit ein Vertretungsverhältnis beziehungsweise eine Bevollmächtigung nach aussen kund. Wird die Vollmacht in der Folge weisungswidrig ausgefüllt beziehungsweise verwendet, so liegt darin eine kundgegebene Vollmacht, deren Inhalt sich nach dem Gutgläubenschutz beurteilt¹⁸. Ist der Dritte gutgläubig, wird der Vertretene durch das Handeln des Vertreters rechtsgültig verpflichtet.

Bei der blanko erteilten Vollmacht wird der Gläubiger somit rechtsgültig vertreten. Wird ein Auszahlungsbegehren mittels einer blanko erteilten und weisungswidrig ausgefüllten Vollmacht gestellt, so ist dieses grundsätzlich gültig und die Vertretungswirkungen treten ein. Eine Vorsorgeeinrichtung, welche aufgrund einer nachträglich weisungswidrig ausgefüllten Blankovollmacht gutgläubig leistet, hat somit grundsätzlich befreiend erfüllt. Dass das Geschäft vertretungsfeindlich ist¹⁹, wird nirgends vertreten und dies wäre angesichts dessen, dass das Gesetz keine besondere Form des Begehrens um Barauszahlung vorschreibt²⁰, auch wenig einsichtig.

Das Ausstellen einer Blankovollmacht stellt zugleich ein dem Gläubiger zurechenbares Verschulden und Risiko dar, weshalb der Gläubiger diesfalls auch nach den allgemeinen Vertragsregeln haftet (nachfolgend Ziff. 2).

¹⁴ BGE 120 II 197 ff., 200, Erw. 2b/bb, BGer 4C.181/2002 vom 10. Oktober 2002, Erw. 2.

¹⁵ ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 16 N 19.

¹⁶ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/HEINZ REY/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Band II, Zürich 2003, N 1410 ff., HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. A., Basel 2011 OR-WATTER, Art. 33 OR N 16 OR; BGE 120 II 201. Es handelt sich in allen Fällen um Rechtsscheinstatbestände (KOLLER [FN 15], § 16 N 20; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, N 1095).

¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID (FN 16), N 1402; KOLLER (FN 15), § 16 N 20; BGE 120 II 201. Bestand und Umfang der Vollmacht,

einschliesslich deren Einschränkungen, sind von jener Partei zu beweisen, die sich darauf beruft (BSK I [FN 16] OR-WATTER, Art. 33 OR N 36).

¹⁸ BGE 88 II 422, 428 Erw. 2c; BSK I (FN 16) OR-WATTER, Art. 33 OR N 18.

¹⁹ Was bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften, wie etwa bei einem Testament, der Fall wäre, vgl. z.B. BSK I (FN 16), OR-WATTER, Art. 32 OR N 3.

²⁰ Vgl. Art. 37 BVG. Für die Ausübung der Kapitaloption ist gesetzlich lediglich eine ausdrückliche Willenserklärung vorgeschrieben, hingegen ist nicht einmal Schriftform erforderlich (BGE 121 III 31, Erw. 2c).

2. Rechtsfolgen der Leistung des Schuldners an einen Unberechtigten

Liegt nach den Regeln über die Stellvertretung keine gültige Bevollmächtigung beziehungsweise kein gültiger Zahlungsauftrag an einen Dritten vor, so ist ein solcher Auftrag für den angeblich Vertretenen nicht verpflichtend. Leistet die Vorsorgeeinrichtung gestützt auf die ungültige Bevollmächtigung einem Dritten, so handelt es sich um eine Leistung an einen Unberechtigten. Es würde nun aber zu kurz greifen, diesbezüglich schlicht festzustellen, da kein Auftrag bestanden habe, sei dies einzig das Problem des Schuldners und es handle sich um eine Nichtleistung, an welcher der Gläubiger in keiner Weise beteiligt sei. Denn wie das Bundesgericht bereits im Entscheid BGE 108 II 314 erkannte, hat die fragliche Vergütung dennoch ihren Grund im Rechtsverhältnis, das der Gläubiger mit dem Schuldner eingegangen ist. «Hätte dieses Verhältnis nicht bestanden, so hätte die Beklagte auf das gefälschte Schreiben vom [...] hin nichts vergütet, so dass nicht gesagt werden kann, der gefälschte Vergütungsauftrag stelle überhaupt keine Anweisung an die Bank dar» (BGE 108 II 314 Erw. 2). Eine Beteiligung beziehungsweise ein Verschulden des Gläubigers an der Leistung an den Unberechtigten kann insbesondere darin liegen, dass der Gläubiger den Zugang zu seinen Vertragsunterlagen überhaupt erst ermöglicht und dabei etwa seine Bankunterlagen mangelhaft aufbewahrt oder unkontrollierten Umgang mit nicht vertrauenswürdigen Personen pflegt, wie dies in BGE 111 II 263 ff. anschaulich geschildert ist.

Es ist daher auch bei gefälschten Zahlungsaufträgen unerlässlich, auf das Vertragsverhältnis als solches zurückzugreifen. Es kann mit anderen Worten nicht lediglich bei der Stellvertretungsregelung stehen geblieben und – sofern keine gültige Stellvertretung vorliegt – statuiert werden, es liege eine Nichtleistung vor, deren Folgen allein der Schuldner zu tragen habe. Mit anderen Worten greift zu kurz, wenn einzig festgestellt wird: «Leistet die Schuldnerin einem unberechtigten Dritten, hat sie grundsätzlich nicht erfüllt, und zwar auch dann, wenn sie in gutem Glauben leistet»²¹.

Zu prüfen ist daher, ob die Leistung an den Unberechtigten nach den Regeln über die Vertragshaftung (Art. 97 ff. OR) zu einer Befreiung führt. Bei der Leistung an einen Unberechtigten handelt es sich um einen besonderen Fall der Nicht- bzw. Schlechterfüllung. Der Schuldner hat zwar geleistet, jedoch an die falsche Person. Die

Frage ist zu beantworten, unter welchen Umständen dies den Schuldner befreit. Dies ist im Folgenden zu untersuchen.

A. Lückenhaftigkeit des Gesetzes

Festzustellen ist, dass das Gesetz zur Frage der Befreiung bei einer vom Schuldner nicht zu verantwortenden Leistung an einen Unberechtigten keine Regelung enthält, wenn die Leistung an sich noch möglich ist (Gattungsschuld). Bei noch möglichen Leistungen bleibt der Schuldner nach Gesetz grundsätzlich so lang zur Leistung verpflichtet, bis er ordnungsgemäss erfüllt hat (Art. 114 Abs. 1 OR) oder bis der Gläubiger nach den Regeln der Art. 107 ff. OR vom Vertrag zurücktritt. Daher tritt Befreiung grundsätzlich lediglich durch Erbringen der ordnungsgemässen Leistung ein oder gegebenenfalls bei Rücktritt des Gläubigers, welcher jedoch vom Willen des Gläubigers abhängt²². Art. 119 OR, welcher für den Fall der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit bestimmt, dass der Schuldner befreit wird, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu verantworten hat, ist vorliegend nicht anwendbar. Bei der Barauszahlung einer Austrittsleistung handelt es sich um eine Geldschuld, bei welcher regelmässig keine Unmöglichkeit vorliegt.

Die Regelung, wonach der Schuldner bei noch möglichen Leistungen immer leistungspflichtig bleibt, auch wenn der Gläubiger die Leistung an den Unberechtigten zu vertreten hat, erscheint unbillig. Es zeigen sich in zweifacher Hinsicht Ungereimtheiten:

- a) Bleibt der Schuldner auch bei unverschuldeter Leistung an einen Unberechtigten leistungspflichtig, so ergibt sich ein Widerspruch zum Anspruch auf Schadenersatz. Dieser besteht nur bei Verschulden des Schuldners und nur in diesem Fall bleibt der Schuldner an seine Leistungspflicht gebunden. In den anderen Fällen ist der Schuldner von der Leistungs- und damit auch der Schadenersatzpflicht befreit.
- b) Eine weitere Ungereimtheit zeigt sich darin, dass der Schuldner bei Unmöglichkeit von der Leistungs-

²¹ Z.B. BGer 9C_137/2012 vom 5. April 2012, Erw. 4.3, aber auch sämtliche dort angegebenen Literaturstellen.

²² Vgl. GLÄTTLI, SZS 2005 (FN 11), 190 und DIESELBE, Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Zürich 1998 48 ff. Indes fragt sich, ob im Laufe der Zeit rechtliche Unmöglichkeit eintritt, dann nämlich, wenn für die Barauszahlung der Altersleistung Fristen bestehen, oder jedenfalls dann, wenn der Versicherte das Rentenalters erreicht hat, zumal die Kapitaloption lediglich bis zum Eintritt des Vorsorgefalles ausgeübt werden kann (JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER/THOMAS GEISER/THOMAS GÄCHTER [Hrsg.], BVG und FZG, Bern 2010, N 10 zu Art. 37 BVG). Klar ist, dass der Schuldner nach Ablauf dieses Zeitpunktes lediglich eine Rente verlangen kann.

pflicht befreit wird, wenn er die Leistungsunmöglichkeit nicht zu verantworten hat (Art. 119 Abs. 1 OR)²³. Nur bei Verschulden bleibt der Schuldner gebunden und bleibt für seine Leistung leistungs- beziehungsweise schadenersatzpflichtig. Soll der Schuldner einer noch möglichen Leistung hingegen nicht befreit werden, obwohl er die Leistung an einen Unberechtigten gleichwohl nicht zu vertreten hat?

Der Umstand, dass lediglich bei Verschulden ein Schadenersatzanspruch besteht und dass ansonsten der Schuldner von der Leistung befreit wird, verlangt auch für den Fall der Leistung an einen Unberechtigten eine Regelung, welche sich nach dem Verschulden richtet. Es wäre unbillig und mit den in Art. 97 und Art. 119 OR zum Ausdruck kommenden Grundgedanken des Gesetzes nicht vereinbar, den Gläubiger weiter auf der Leistungspflicht zu behaften²⁴.

Da das Gesetz diesen Fall nicht ausdrücklich regelt, liegt eine echte Gesetzeslücke vor²⁵. Diese ist vom Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel zu schliessen, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB). Im Folgenden ist zu untersuchen, ob Rechtsprechung und Lehre für diesen Fall Regelungen aufgestellt haben.

B. Lehre und Rechtsprechung

Lehre und Rechtsprechung halten übereinstimmend fest, dass die Leistung an einen Unberechtigten den Schuldner «grundsätzlich» nicht befreit. Einigkeit besteht sodann, dass Befreiung eintritt, wenn der Schuldner durch Gesetz, Vertrag oder richterliche oder schuldnerische Anweisung verpflichtet ist, dem Gläubiger zu leisten²⁶. Auch nach Bundesgericht befreit die Leistung an einen Dritten den Schuldner, wenn die Leistung an den Dritten vertraglich vereinbart ist, einer Weisung oder Ermächtigung des Gläubigers entspricht, von diesem nachträglich

genehmigt wird oder aufgrund einer allgemeinen Verkehrsübung, kraft Gesetzes oder in Befolgung einer behördlichen Anordnung erfolgt²⁷. Es handelt sich hier um Ausnahmen, welche gesetzlich geregelt sind oder aufgrund einer gültigen Anweisung erfolgen.

Zur hier interessierenden Ausnahme und Frage der Befreiung bei unverschuldeter Leistung des Schuldners an einen Unberechtigten bestehen folgende Auffassungen:

a. Lehre

aa. *Massgeblichkeit des Verschuldens*

Die Lehre steht praktisch einhellig auf dem Standpunkt, dass das *Verschulden* für die Frage der Befreiung des Schuldners massgeblich ist. Dabei vertritt der Grossteil der Lehre den Standpunkt, der Schuldner werde befreit, wenn der Gläubiger die Leistung an einen Unberechtigten (mit-)verschuldet hat²⁸. Der Schuldner haftet lediglich im Umfang seines Verschuldens.

Ein anderer Teil der Lehre hält dafür, dass der Schuldner der Erfüllungsklage des Gläubigers (verrechnungs- oder widerklageweise) eine Schadenersatzforderung entgegensetzen kann, die auf Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR, z.B. nachlässige Verwahrung von Checklisten durch den Aussteller oder unvorsichtiges Erwecken der Empfangszuständigkeit des Dritten) oder unerlaubter Handlung (Art. 41; z.B. Kollusion zwischen dem Kontoinhaber und dem Dritten, der einen gefälschten Zahlungsauftrag erteilt) beruht²⁹.

bb. *Rechtsscheinhaftung*

Nach einem weiteren Teil der Lehre wird der Schuldner bei Leistung an einen Dritten unter den Voraussetzungen der sog. «Rechtsscheinhaftung» befreit³⁰. Diese hat ihren Grund in der Gutgläubigkeit des leistenden Schuldners und stellt nach RÜEGG einen allgemeinen Erlöschensgrund

²³ Diese Norm wird auch als Korrespondenznorm zu Art. 97 OR bezeichnet (BSK I [FN 16] OR-WIEGAND, Art. 119 OR N 1).

²⁴ Denkbar wäre freilich, den Gläubiger weiterhin als leistungspflichtig zu erachten, ihm jedoch einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schuldner zuzubilligen. Bei Geldschulden führt dies im Ergebnis dazu, dass die Leistung je nach Verschulden geschuldet ist oder nicht. Diese Lösung befriedigt jedoch vom Grundgedanken her nicht, s. dazu nachfolgend 2.D.

²⁵ Ebenso, aber mit anderer Begründung, ERICH RÜEGG, Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Diss. Freiburg 1990, Nr. 305. Zur Lücke s. BGE 138 II 1, Erw. 4.2.

²⁶ Z.B. BSK I (FN 16) OR-LEU, Art. 68 OR N 6; GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID (FN 16) N 2072 ff.

²⁷ BGer 4C.28/2003 vom 15. Dezember 2003, Erw. 3.2.1, BGE 112 II 450, Erw. 3a; BGE 111 II 263, E. 1b, je mit Hinweisen.

²⁸ BSK I (FN 16), OR-LEU, Art. 68 OR N 7 mit Hinweisen; GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID (FN 16), N 2096; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1984, 22; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bd VI/1/4, Art. 68–96 OR, Bern 2005, Art. 68 OR N 121.

²⁹ MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, Bd. V/1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96 OR, Zürich 2000, Art. 68 OR N 117; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar (FN 28), Art. 68 OR N 121; ROLF H. WEBER, Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, in: SJZ 81, 1985, 88; wohl auch ROLF BÄR, ZBJV 123, 1987, 249 und ZBJV 124, 1988, 23.

³⁰ HUGUENIN (FN 16), N 663 ff.; BSK I (FN 15) OR-LEU, Art. 68 OR N 7; RÜEGG (FN 25), N 323 ff.

der Obligation dar³¹. Sie greift nicht erst bei Verschulden des Gläubigers, sondern bereits bei der Zurechenbarkeit des Risikos. Vorausgesetzt werden³²:

- 1) das Bestehen eines *Rechtsscheinstatbestandes*, das heisst eines Sachverhaltes, gemäss welchem für einen objektiven und vernünftigen Betrachter der Anschein erweckt wird, der Falschempfänger sei der richtige Empfänger.
- 2) die *gutgläubige Leistung des Schuldners* im Vertrauen auf diesen Rechtsschein. Die Gutgläubigkeit beurteilt sich danach, ob und welche selbstsichernden Massnahmen in der jeweiligen Situation möglich, üblich und zumutbar sind.
- 3) die *Zurechenbarkeit des Rechtsscheins* an den Gläubiger. Dafür genügt nach RÜEGG, dass das Risiko, dass der Schuldner im Vertrauen auf den Rechtsschein einem Falschempfänger leistet, beim Gläubiger liegt. Dies ist dann der Fall, wenn dieser den falschen Rechtsschein geschaffen hat oder das Risiko der fehlgerichteten Leistung eher beherrscht als der Schuldner³³. Insofern geht die Rechtsscheinhaftung weiter als die Zurechenbarkeit aufgrund des Verschuldens.

cc. Risikozurechnung

Eine etwas andere Lösung vertritt BUCHER, welcher die Frage mit Bezug auf gefälschte Zahlungsaufträge erörterte³⁴. Nach BUCHER ist angemessen, die Bank Risiken tragen zu lassen, die allein im Betrieb des Bankgeschäfts und dessen Techniken angelegt sind. Hat die Tat indes ihre Wurzeln nicht in der Geschäftstätigkeit der Bank, sondern im Bereich des Kunden, so rechtfertigt sich nach BUCHER eine entsprechende Risiko-Allokation. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Betrüger im Namen eines ganz bestimmten Kunden handelt, weil er infolge einer Beziehung zu diesem und infolge besonderer Kenntnisse um die Verhältnisse des Kunden und dessen Verbindung zur Bank besondere Täuschungsmöglichkeiten besitzt. Je nach der Intensität des Einflusses von Elementen aus dem Bereich des Kunden in das Zustandekommen des Betrugs ist um so eher eine Risikotragung durch den Kunden geboten.

³¹ RÜEGG (FN 25), N 323.

³² RÜEGG (FN 25), N 324 ff.; HUGUENIN (FN 16), N 663 ff.

³³ RÜEGG (FN 25), N 330 f., im Einzelnen N 332 ff. Allerdings erscheint der Risikogedanke bei RÜEGG nicht konsequent durchgeführt, z.B. im Hinblick auf eine gefälschte oder verfälschte Vollmachtsurkunde (N 455 ff.).

³⁴ EUGEN BUCHER, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, «recht» 1984, 97 ff.

b. Bundesgericht

Auch nach *Bundesgericht* ist das Verschulden an der fehlgerichteten Leistung für die Frage der Befreiung des Schuldners massgebend. So stellte es im Urteil BGE 111 II 263 im Rahmen der Beurteilung, ob der Gläubiger befreiend geleistet hatte, auf das *jeweilige Verschulden von Gläubiger und Schuldner* ab. Das Bundesgericht verneinte ausdrücklich, dass es sich bei der fraglichen Forderung um Schadenersatz handelte (Erw. 1a), liess aber die gesetzliche Grundlage der Mitberücksichtigung des Verschuldens des Gläubigers offen³⁵.

In einem Urteil aus dem Jahr 2003 stützte sich das Bundesgericht in Anlehnung an RÜEGG auf die *Rechtsscheinhaftung* und führte aus, dass die Tilgungswirkung sich insbesondere aus einer Rechtsscheinhaftung des Gläubigers ergeben könne. Erforderlich sei dazu einerseits, dass der Schuldner im Vertrauen auf einen objektiv beachtlichen Rechtsschein den Empfänger als zur Entgegennahme der Leistung berechtigt halten durfte, mithin gutgläubig an ihn leistete, und andererseits, dass dieser Rechtsschein dem Gläubiger zurechenbar sei³⁶.

C. Zur Haftung bei gefälschten Zahlungsaufträgen/Checks

Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auch diesbezüglich auf BGE 111 II 263 ff. hinzuweisen, wonach das Bundesgericht auf die jeweiligen Verschulden abstellte. Infolge Vorliegens von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), welche die Risikoverteilung regelten, hatte sich das Bundesgericht in der Folge mit der Haftungsfrage nach den allgemeinen Regeln nicht mehr zu befassen³⁷. Die Entscheide sind daher diesbezüglich kurz und unergiebig und geben lediglich den Grundsatzes wieder, wonach es «grundsätzlich» die Bank sei, die das Risiko einer zulasten des Kontos zugunsten einer nicht ausgeführten Leistung trage. Demgegenüber sahen die AGB regelmässig vor, dass die Kunden das Risiko zu tragen hatten, ausgenommen es liege ein grobes Verschulden der Bank vor. Das Bundesgericht hielt fest, dass es sich bei diesen Klauseln nicht um eine Überwälzung des vertraglichen Schadenersatzes, sondern um eine Überwälzung des Erfüllungsrisikos handelte (BGE 112 II 450 Erw. 3a). Es erachtete daher Art. 100 OR lediglich analog anwendbar

³⁵ Erw. 1b. Auch in BGE 112 II 450, Erw. 3a behandelte das Bundesgericht die Frage als solche der Erfüllung, allerdings lagen hier Allgemeine Bedingungen einer Bank vor, welche eine Klausel hinsichtlich des Fälschungsrisikos enthielten. Das Bundesgericht wandte Art. 100 Abs. 2 OR lediglich analog an.

³⁶ BGer 4C.28/2003 vom 15. Dezember 2003, Erw. 3.2.1.

³⁷ BUCHER (FN 34), 97 ff.

und verneinte die Anwendbarkeit solcher AGB lediglich bei rechtswidriger Absicht oder grober Fahrlässigkeit. Bei leichter Fahrlässigkeit kann das Gericht die Klausel als nichtig betrachten³⁸.

Mit beachtlichen Gründen wandte sich BUCHER gegen diese Rechtsprechung der Genehmigung solcher AGB und verlangte die weitere Überprüfung der Gültigkeit solcher AGB-Klauseln durch das Bundesgericht³⁹. Wie bereits ausgeführt befürwortete BUCHER in Fällen gefälschter Zahlungsaufträge eine Risikoverteilung aufgrund der grundsätzlichen Zurechenbarkeit des Fälschungsrisikos⁴⁰.

D. Würdigung

In Rechtsprechung und Lehre besteht Einigkeit, dass das Verschulden an der Fehlleistung für die Frage der Befreiung des Schuldners entscheidend ist. Aus der Rechtsscheinhaltung wird deutlich, dass immer zwei Handlungsweisen zu beachten sind: Einerseits diejenige des Schuldners, welcher unter Umständen Massnahmen im Hinblick auf seine Gutgläubigkeit zu treffen hat. Andererseits sind auch die Handlungsweise und weiteren Umstände auf Seiten des Gläubigers im Hinblick auf die Ursache des falschen Rechtsscheins zu prüfen. Die Erwägung in BGE 111 II 263, wonach die beiden Verschulden gegeneinander abgewogen werden, erscheinen insofern einleuchtend.

Angesichts der Grundgedanken von Art. 97 und 119 OR (vorstehend Ziff. 2.1) ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gläubiger befreit wird, wenn ihn kein Verschulden an der Fehlleistung trifft. Ausgehend von diesem Grundgedanken erscheint die Auffassung unzutreffend, wonach der Schuldner dem Erfüllungsanspruch einen Schadenersatzanspruch entgegenhalten kann⁴¹. Den Schuldner bei fehlendem Verschulden zu befreien erscheint im Weiteren deshalb gerechtfertigt, weil der Gläubiger bei der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben zu handeln hat. Hat der Gläubiger die Fehlleistung verschuldet, so wären die Ausübung der Gläubigerrechte und damit auch die Erfüllungsklage rechtsmissbräuchlich. Abgesehen davon ist bei fehlendem Verschulden des Schuldners im Vergleich mit der Regelung von Art. 119 OR kaum zu rechtfertigen, dass die Befreiung des Schuldners an den Verzicht des Gläubigers gebunden ist (Art. 107

Abs. 2 OR) und die Ausübung der Wahlrechte von Art. 107 Abs. 2 OR ist in den Fällen fehlenden Verschuldens des Schuldners regelmässig nicht zielführend.

Nach der hier vertretenen Ansicht wird der Schuldner somit befreit, wenn ihn an der Leistung an den Unberechtigten kein Verschulden trifft und ihm die Fehlleistung auch nicht aus anderen Gründen zuzurechnen ist (Rechtsscheinhaltung, Zurechnung nach Risikobereichen).

E. Zum Verschulden des Schuldners

Bei gefälschten oder verfälschten Zahlungsaufträgen liegt das Verschulden des Schuldners regelmässig in unterlassenen Vorkehren, welche für die Annahme der Gutgläubigkeit erforderlich gewesen wären. Das Verschulden des Schuldners besteht darin, dass er die möglichen, zumutbaren und üblichen Massnahmen nicht ergriffen hat, um sich über die Rechtmässigkeit des Zahlungsauftrages zu vergewissern. Nach Art. 3 Abs. 2 ZGB kann sich nicht auf den guten Glauben berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden, nicht gutgläubig sein konnte. Die Nichtbeachtung der gebotenen Aufmerksamkeit ist allerdings nur von Bedeutung, wenn sie für die fehlende Kenntnis des Rechtsmangels kausal ist, andernfalls ist sie unbeachtlich⁴². Der Grad der Aufmerksamkeit richtet sich nach objektiven Kriterien. Nebst der Natur und der Entwicklung der Angelegenheit, das heisst dem Verlauf der vertraglichen Beziehungen, ist den Kenntnissen des Schuldners und dessen Erfahrungen aufgrund ihres Berufsstandes Beachtung zu schenken. Massgebend ist das Durchschnittsmass der gebotenen Aufmerksamkeit nach der in der Branche herrschenden Verkehrsübung⁴³. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes besteht keine allgemeine Erkundigungspflicht nach dem Vorliegen der Verfügungsmacht; nur wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen, müssen die näheren Umstände abgeklärt werden⁴⁴. Der Schuldner kann somit dann nicht mehr als gutgläubig gelten, wenn konkrete Verdachtsgründe vorlagen, die ihn hätten stutzig machen müssen, da sie mit einer gewissen Evidenz auf einen Vollmachtsmissbrauch hinwiesen⁴⁵.

³⁸ BGE 132 III 449 = Pra 2007 Nr. 31, Erw. 2 mit weiteren Hinweisen.

³⁹ EUGER BUCHER, Wie lange noch Belastung des Kunden mit Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?, recht 1997, 41 ff.

⁴⁰ Vorstehend 2.B/cc.

⁴¹ Vorstehend 2.B/aa. Art. 402 Abs. 1 OR ist nicht anwendbar, da es sich beim Vorsorgeauftrag nicht um einen Auftrag handelt und die Bestimmung ohnehin bei korrekter Vertragserfüllung anwendbar ist (BSK I [FN 16] OR-WEBER, Art. 402 OR N 2).

⁴² BGE 100 II 118, Erw. 4b.

⁴³ BGE 113 II 397, Erw., 2b, BGE 119 II 23, Erw. 3bc/aa.

⁴⁴ BGE 122 II 1, Erw. 2a. Bei Rechtsgeschäften, die mit besonderen Risiken hinsichtlich der Verfügungsberechtigung behaftet sind (wie etwa Luxusgüter oder Gebrauchsgüter), trifft den Erwerber nach Bundesgericht eine Abklärungs- bzw. Erkundigungspflicht hinsichtlich der Verfügungsberechtigung des Veräusserers nicht erst bei konkretem Verdacht des Rechtsmangels, sondern bereits dann, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht.

⁴⁵ Solche Verdachtsmomente bejahte etwa das Zürcher Handelsgericht beim Vorgehen eines Bürgermeisters einer deutschen Gemeinde mit

Hinsichtlich der Prüfung von Unterschriften urteilte das Bundesgericht dahingehend, es könne von einer Bank in der Regel keine aussergewöhnliche und der raschen Abwicklung der Geschäfte hinderliche Massnahme verlangt werden. Die Bank habe zwar mit der Möglichkeit von Fälschungen zu rechnen, brauche solche aber nicht gleichsam in jedem Fall vorauszusetzen, wenn sie eine Unterschrift mit dem hinterlegten Muster vergleicht. Anders verhält es sich, wenn sie bei ordnungsgemässer Prüfung auf ernsthafte Anhaltspunkte für eine Fälschung stösst oder wenn besondere Umstände ihren Verdacht erregen müssen und daher eine strengere Prüfung rechtfertigen⁴⁶. Dies verneinte das Bundesgericht etwa im Fall einer raffinierten Checkverfälschung⁴⁷.

3. Kritik an den Urteilen des Bundesgerichts

In beiden vom Bundesgericht entschiedenen Fällen war der Versicherte selbst infolge der gefälschten oder verfälschten Zahlungsaufträgen Geschädigter und verlangte als direkt Anspruchsberechtigter (nochmals) die Barauszahlung von der Vorsorgeeinrichtung. Das Bundesgericht hat zutreffend entschieden, dass es sich bei diesem Begehren um ein Erfüllungsbegehren handelte⁴⁸.

Was in der Folge die Risikozuweisung betrifft, so erstaunt die Kürze der weiteren Ausführungen in dieser wichtigen und dogmatisch anspruchsvollen Materie. Das Bundesgericht wies das Risiko für die Leistung an einen Unberechtigten kurz und ohne weiteres der Vorsorgeeinrichtung zu und führte dazu aus: «Leistet sie (die Gläubigerin) an einen unberechtigten Dritten, hat sie grundsätzlich nicht erfüllt, und zwar auch dann, wenn sie in gutem Glauben leistet». Ob und inwieweit eine Überwälzung diese Risiken auf den Beschwerdegegner zulässig sei, könne offen

bleiben, da eine solche nicht geltend gemacht werde und auch keine entsprechende Vertragsklausel aktenkundig sei.

Damit liess es das Bundesgericht bei den Regeln der Stellvertretung bewenden, ohne weiter auf die vertraglichen Regeln zur Haftung beziehungsweise Befreiung des Schuldners einzugehen. Diese verkürzte Darstellung der Rechtslage erscheint deutlich von der Rechtsprechung zu den gefälschten Zahlungsaufträgen geprägt, bei welcher sich die Beurteilung infolge des Vorhandenseins von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) regelmässig auf die Frage beschränkte, ob solche AGB gültig waren. Die Prüfung der Rechtslage ohne AGB stand nicht in Frage, weshalb sich das Bundesgericht nicht näher mit dieser befasste.

In Lehre und Rechtsprechung besteht indes Einigkeit, dass das Verschulden von Gläubiger und Schuldner auch für die Frage der Befreiung des Schuldners massgeblich ist. Darauf ist das Bundesgericht nicht eingegangen und hat sich auch nicht mit der Frage des Verschuldens auseinandergesetzt. In der Lehre bestehen sodann weitere Vorschläge zur Risikoverteilung beziehungsweise zur Frage der Befreiung des Schuldners bei Leistung an einen Unberechtigten, welche teilweise in einem jüngeren Urteil des Bundesgerichts Anwendung gefunden haben. So hat sich das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahre 2003 insbesondere auf die Rechtsscheinhaftung berufen. Auch mit dieser Rechtssprechung hat sich das Bundesgericht bedauerlicherweise nicht befasst. Das Bundesgericht hätte somit zu prüfen gehabt, ob ein Verschulden einer Partei vorliegt oder gegebenenfalls, welcher Risikosphäre das Verhalten des Betrügers zuzuordnen gewesen wäre. Aufgrund dessen, dass der falsche Bevollmächtigte regelmässig von den Vorsorgenehmern zuvor kontaktiert worden war, für sie bereits verschiedene Geschäfte besorgt hatte und die Vorsorgenehmer dem Bevollmächtigten blind vertrauten, hätte zur Prüfung dieser Fragen Anlass bestanden.

Wenn auch die Lage der vom Betrug betroffenen Vorsorgenehmer sehr zu bedauern ist, so muss der Schuldnerin beziehungsweise der Vorsorgeeinrichtung der Anspruch zugebilligt werden, in den gesetzlich vorgesehenen Fällen befreit zu werden und dann nicht zu haften, wenn sie kein Verschulden trifft beziehungsweise wenn die Fälschung nicht ihrem Risikobereich zuzuordnen ist.

Die Kürze der Begründung in einem entscheidenden Punkt und die fehlende Auseinandersetzung führen zu Unsicherheit in der Rechtsanwendung und möglicherweise zu Urteilen unterer Instanzen, welche ihrerseits viele Fragen offen lassen. Ein Urteil, welches sich mit den anstehenden vertragsrechtlichen und weiteren Fragen in einer der Bedeutung und der Komplexität der Rechtsfrage angemessenen Weise auseinandergesetzt hätte, wäre wünschenswert und weiterführend gewesen.

ca. 3000 Einwohnern. Dieser hatte ein Konto bei einer Bank in Zürich eröffnet, auf welchem in der Folge 15 Millionen DM gutgeschrieben worden waren. Auf Ersuchen des Bürgermeisters stellte die Bank dem Bürgermeister für den ganzen Betrag einen Inhaber-Verrechnungsscheck aus, welchen sie tags darauf gegen einen Inhaber-Barscheck austauschte. Das Geld investierte der Bürgermeister in eine vorgetäuschte Geldanlage. Das Zürcher Handelsgericht befand, das Verhalten des Bürgermeisters habe spätestens beim Umtausch der Checks verdächtig erscheinen müssen. Dennoch habe die Bank den Umtausch in einen Check von geringer Sicherheit vorgenommen und es unterlassen, eine Banküberweisung vorzuschlagen oder durch gezieltes Nachfragen mehr über die geplante Vermögensanlage zu erfahren (ZR 104 [2005] Nr. 28, Erw. 2.3, Erw. 5).

⁴⁶ BGE 111 II 263, Erw. 2b; BGE 122 III 26, Erw. 4a/aa.

⁴⁷ BGE 122 III 26, Erw. 4a/aa.

⁴⁸ BGer 9C_675/2012 vom 28. März 2012, Erw. 3.1, BGer 9C_137/2012 vom 5. April 2012, Erw. 4.3. Fraglich wird die Auffassung dann, wenn rechtliche Unmöglichkeit der Leistung einer Barauszahlung angenommen wird (vgl. FN 22).