Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.28/2003 /lma

Urteil vom 15. Dezember 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichter Walter, Nyffeler,
Gerichtsschreiber Huguenin.

Parteien
Bank A._____ AG,
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Herrn Dr. Thomas Rüede,

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Alex Wittmann.

Gegenstand
Gesellschaftsvertrag; Überweisung; Zession; IPRG,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. November 2002.

Sachverhalt:
A.
A.a Der Kläger ist Geschäftsführer der C._____. Die Beklagte ist eine schweizerische Bank.
A.b Am 23. Dezember 1993 liess die C._____ bei der Beklagten ein Konto eröffnen. Mit Valuta 18. Dezember 1993 und 4. Januar 1994 wurden diesem Konto Gesellschaftsmittel in der Höhe von insgesamt DEM 10 Mio. gutgeschrieben, worüber sogleich Treuhandanlagen in Form von Festgeldkonten getätigt wurden.
Mit Valuta 18. und 25. Januar 1994 wurden ab dem Konto der C._____ bei der Beklagten DEM 6 Mio. und DEM 4 Mio. auf ein Nummernkonto des deutschen Rechtsanwalts D._____ bei der Bank E._____ überwiesen. Die Überweisungen wurden durch D._____ veranlasst, der sich dazu Blankounterschriften des Klägers bediente. Mit einem Teil dieser Mittel tilgte D._____ in der Folge eigene Schulden bei der Beklagten.
A.c D._____ soll an die C._____ insgesamt DEM 9 Mio. zurückbezahlt haben. Eine weitere Million DEM stellte der Kläger der C._____ am 22. Dezember 1995 zur Verfügung. Gestützt auf eine Inkassoabtretung vom 26. September 1996 machte er diesen Betrag erfolglos bei der Beklagten geltend.
B.
Mit Klage vom 7. Januar 2000 und später modifiziertem Rechtsbegehren belangte der Kläger die Beklagte vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich auf Bezahlung von DEM 1'000'000.– nebst Zins.
Mit Urteil vom 26. November 2002 verpflichtete das Handelsgericht die Beklagte, dem Kläger ??511'291.88, d.h. den Gegenwert von DEM 1'000'000.–, nebst 5 % Zins seit 2. Februar 1994 zu bezahlen. Im Wesentlichen erwog es, die Beklagte könne sich hinsichtlich der Überweisung der insgesamt DEM 10 Mio. auf das Nummernkonto D._____ bei der Bank E._____ nicht auf ihren guten Glauben berufen, habe daher ihre Rückzahlungspflicht gegenüber der C._____ nicht erfüllt und sei dem Kläger als deren Zessionar im beanspruchten Umfang verpflichtet.
Eine Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten hiess das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 26. September 2003 teilweise gut, indem es eine der beiden Alternativerwägungen des Handelsgerichts

zur Bösgläubigkeit der Beklagten strich. Weiter hob es das angefochtene Urteil bezüglich der Liquidation der Parteikosten auf und wies insoweit die Streitsache zur Neuentscheidung zurück. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.
C.
Die Beklagte hat gegen das Urteil des Handelsgerichts eidgenössische Berufung eingelegt. Sie beantragt dessen Aufhebung und die Abweisung der Klage.
Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung. Das Handelsgericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Erwägungen:
1.
Im kantonalen Verfahren ist allein noch die Liquidation der Parteikosten offen. Sie untersteht kantonalem Recht und beeinflusst das Berufungsverfahren nicht. Da im Falle der Gutheissung der Berufung der Kostenentscheid des kantonalen Verfahrens ohnehin zu überprüfen wäre (Art. 157 OG), rechtfertigt sich, die Berufung trotz offenem Kostenpunkt im kantonalen Verfahren vorweg zu beurteilen. Festzuhalten ist indessen, dass bei einer Abweisung der Berufung der kantonale Kostenstreit nicht gegenstandslos wird, weil insoweit das Urteil des Bundesgerichts nicht an die Stelle desjenigen des Handelsgerichts tritt, dieses somit weiterhin im Sinne der Erwägungen des Kassationsgerichts neu zu entscheiden haben wird.
2.
Die Beklagte macht geltend, die Inkassozession vom 26. September 1996 sei ungültig, weil der Kläger als Geschäftsführer der C._____ mit sich selbst kontrahiert habe. Das Handelsgericht hat offen gelassen, ob die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens deutschem oder schweizerischem Recht unterstehe, weil sie nach beiden Rechtsordnungen zu bejahen sei. Im vorliegenden Berufungsverfahren kann die Frage des massgebenden Sachrechts nicht offen bleiben, da das Bundesgericht in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bloss die Anwendung schweizerischen, nicht aber ausländischen Rechts überprüft (Art. 43a Abs. 2 OG).
Die Frage des zulässigen Selbstkontrahierens beurteilt sich nicht nach Zessions-, sondern nach Vertretungsrecht. Massgebend ist damit nicht das mangels wirksamer Rechtswahl Platz greifende Forderungsstatut (Art. 145 Abs. 1 IPRG), sondern das Statut des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter (Art. 126 IPRG), in gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen das Gesellschaftsstatut (Art. 155 IPRG). Im vorliegenden Fall ist dies im einen wie im andern Fall deutsches Sachrecht. Dieses bestimmt mithin auch darüber, ob der Kläger eine Forderung der C._____ an sich selbst zedieren durfte oder nicht (vgl. Keller/ Girsberger, IPRG-Kommentar, N 12 zu Art. 126 IPRG; Watter, Basler Kommentar, N 17 zu Art. 126 IPRG; Dutoit, Droit international privé suisse, 3. Aufl., Basel 2001, N 2 zu Art. 126 IPRG; von Planta, Basler Kommentar, N 19 zu Art. 155 IPRG).
Das Handelsgericht hat die Befugnis des Klägers zum Selbstkontrahieren nach deutschem Recht ebenfalls bejaht. Dessen Anwendung kann nach dem Gesagten im Berufungsverfahren nicht überprüft werden. Auf die Rüge ist folglich nicht einzutreten.
3.
Die Beklagte macht weiter geltend, ihre Rückzahlungsverpflichtung gegenüber der C._____ sei entweder durch die Überweisungen auf das Nummernkonto bei der Bank E._____ oder durch die Zahlungen von insgesamt DEM 10 Mio. durch D._____ und den Kläger an die Gesellschaft erfüllt worden. Da der eingeklagte Anspruch im einen wie im andern Fall vor dem Zeitpunkt der Inkassoabtretung untergegangen sei, habe er nicht mehr übertragen werden können.
3.1 Das Vertragsverhältnis zwischen der C._____ und der Beklagten ist unstreitig parteiautonom schweizerischem Recht unterstellt worden. Nach diesem beurteilt sich folglich auch die Frage der Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung.
3.2 In tatsächlicher Hinsicht ist zu Gunsten der Beklagten davon auszugehen, dass der Kläger mehrere blanko unterzeichnete Briefbögen an D._____ übergeben hatte mit der Weisung, den bei der Beklagten hinterlegten Betrag von DEM 10 Mio. auf ein Konto bei der Bank F._____ zu überweisen, und dass D._____ diese Blankette zweckwidrig verwendete, um die Überweisung der Gelder auf ein Nummernkonto bei der Bank E._____ zu seinen Gunsten zu bewirken. Damit liegt ein Blankettmissbrauch vor, und es stellt sich die Frage, ob die Beklagte gestützt auf die echten, aber missbrauchten Unterschriften des Klägers die Weisungen D._____ befolgen und mit befreiender Wirkung an einen nach dem Willen der C._____ zur Entgegennahme der Gelder nicht berechtigten Dritten leisten durfte.

3.2.1 Der Schuldner hat dem Gläubiger zu leisten. Leistet er an einen Dritten, erfüllt er nach schweizerischem Recht grundsätzlich nicht, selbst wenn er gutgläubig ist, es sei denn, die Leistung an den Dritten sei vertraglich vereinbart, entspreche einer Weisung oder Ermächtigung des Gläubigers, werde von diesem nachträglich genehmigt oder erfolge aufgrund einer allgemeinen Verkehrsübung, kraft Gesetzes oder in Befolgung einer behördlichen Anordnung (BGE 112 II 450 E. 3a; 111 II 263 E. 1b mit Hinweisen; Schraner, Zürcher Kommentar, N 115 zu Art. 68 OR; Leu, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 68 OR; Hohl, Commentaire Romand, N 2 zu Art. 68 OR; Gauch/Schluep/ Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Band II, Rz. 2070; Erich Rüegg, Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Diss. Freiburg 1990, Rz 40 ff. und 185).
Der Grundsatz erleidet Ausnahmen. Unter bestimmten Voraussetzungen zeitigt die Leistung an einen Nichtberechtigten ebenfalls befreiende Wirkung (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a.a.O., Rz. 2093 ff.; Rüegg, a.a.O., Rz 278 ff.). Diese Tilgungswirkung kann sich - in Anlehnung an die Regelungen in Art. 1240 CCF oder Art. 1189 Abs. 1 CCit - insbesondere aus einer Rechtsscheinhaftung des Gläubigers ergeben (Rüegg, a.a.O., Rz. 280 ff.; ähnlich von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S. 22 bei Fn 37). Erforderlich ist 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 anderseits, dass dieser Rechtsschein dem Gläubiger zurechenbar ist (Rüegg, a.a.O., Rz 323 ff.). Dabei hat der Gläubiger das Risiko zu vertreten, dass er einem Dritten eine Scheinposition einräumt und damit die Gefahr eines Missbrauchs schürt (sogenanntes Missbrauchsrisiko). Ein Anwendungsfall dieses vom Gläubiger zu vertretenden Risikos ist der Blankettmissbrauch (Rüegg, a.a.O., Rz. 333).
3.2.2 In tatsächlicher Hinsicht ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass D._____ die ihm vom Kläger übergebenen Blankette weisungswidrig verwendete. Entsprechend wurden die Anweisungen an die Beklagte, die Gelder der C._____ auf ein Nummernkonto bei der Bank E._____ zu überweisen, mit echten Unterschriften des Vertreters der C._____ erteilt. Das von ihrem Geschäftsführer dadurch hervorgerufene Missbrauchsrisiko hat in den externen Beziehungen die C._____ zu vertreten. Eine der beiden Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung der C._____ ist damit gegeben. Die Beklagte leistete indessen nur dann mit befreiender Wirkung an die Bank E._____, wenn sie überdies in ihrem Vertrauen auf den so erweckten Rechtsschein zu schützen ist, d.h. wenn sie im Zeitpunkt der Überweisung gutgläubig war.
Der gute Glaube wird gesetzlich vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Wer indessen bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB).
Das Kassationsgericht hat die Erwägung des Handelsgerichts gestrichen, wonach die Beklagte die Überweisung an die Bank E._____ in bösem Glauben bewirkt habe (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Damit stellt sich im vorliegenden Verfahren insoweit allein noch die Rechtsfrage, ob die Beklagte nach dem, was in tatsächlicher Hinsicht verbindlich festgestellt ist, bei der Aufmerksamkeit, wie sie von ihr nach den Umständen verlangt werden durfte, gutgläubig sein konnte (Art. 3 Abs. 2 ZGB).
Wird im gesetzlichen Gutglaubensbereich nicht die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit angewendet, zieht dies die gleichen Rechtsfolgen nach sich wie die Bösgläubigkeit. Dabei richtet sich der Grad der Aufmerksamkeit nach den Umständen. Was dies im Einzelfall bedeutet, ist weitgehend eine Ermessensfrage (Art. 4 ZGB; BGE 122 III 1 E. 2a). Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren zwar grundsätzlich frei, es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2).
3.2.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum gutgläubigen Eigentumserwerb, die entsprechend auch auf den Blankettmissbrauch anzuwenden ist, besteht keine allgemeine Erkundigungspflicht des Erwerbers nach der Verfügungsmacht des Veräusserers; nur wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen, müssen die näheren Umstände abgeklärt werden. Bei besonders risikobehafteten Geschäften besteht dabei eine Abklärungs- oder Erkundigungspflicht nicht erst bei konkretem Verdacht des Rechtsmangels, sondern bereits, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht (BGE 122 III 1 E. 2a/aa). Davon geht zutreffend auch das Handelsgericht aus.

Nach Auffassung der Vorinstanz waren hinreichende Verdachtsmomente gegeben, welche die Beklagte zu erhöhter Sorgfalt und damit zu zusätzlichen Erkundigungen beim Kläger oder der C._____ hätten veranlassen müssen. Einmal wurden ihr die Anweisungen von D._____ per Telefax übermittelt, welche Übermittlung nach Auffassung der Vorinstanz per se besonders "fälschungsanfällig" ist, weil die Echtheitsprüfung der Unterschrift erschwert wird. Die Beklagte habe dann auch beim ersten Überweisungsauftrag vom 12. Januar 1994 um eine briefliche Bestätigung ersucht, die Anweisung aber dennoch ausgeführt, ohne auf die Bestätigung zu warten. Sodann habe das später eingegangene Bestätigungsschreiben auf DEM 7 Mio. gelautet, die vorangegangene Faxanweisung dagegen auf DEM 6 Mio. Im Zusammenhang mit der zweiten Überweisung sodann habe die per Telefax übermittelte Anweisung inhaltlich nicht der früheren mündlichen Absprache entsprochen. Die Beklagte hätte zudem nach Auffassung der Vorinstanz besondere Vorsicht walten lassen müssen, weil die Zahlungsaufträge von der Kanzlei D._____ aus gefaxt wurden, indessen die Unterschrift des Klägers trugen. Zudem hätten sie im Widerspruch zu den ursprünglichen Weisungen gestanden, in erster Linie Treuhandanlagen in Form von Festgeldern zu tätigen. Da die ursprünglichen Weisungen bereits befolgt worden waren, mussten die Festgeldanlagen storniert werden, was nach den Feststellungen der Vorinstanz wiederum auf Weisung D._____ erfolgte. Auch angesichts der Höhe der in Frage stehenden Beträge hätte daher die Beklagte nach Auffassung des Handelsgerichts nicht einfach auf die Vertretungsmacht D._____ vertrauen, sondern sich beim Kläger näher erkundigen müssen, umso mehr, als D._____ sich nicht durch eine ausdrückliche Vollmacht ausgewiesen habe.

Wenn das Handelsgericht unter diesen Gegebenheiten dafür hielt, die Beklagte habe bei der Abwicklung der Überweisungen an die Bank E._____ nicht die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotene Aufmerksamkeit walten lassen, ist dies bundesrechtlich nicht zu beanstanden, namentlich nicht bei Beachtung des der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraums. Die inhaltlich widersprüchlichen Weisungen und die ungewöhnliche Geschäftsabwicklung durch drittübermittelte Weisungen hätten jedenfalls bei einem Interessenwert von DEM 10 Mio. zu besonderer Vorsicht und damit zu Rückfragen beim Kläger Anlass geben müssen. Indem die Beklagte trotz all dieser Unstimmigkeiten und Ungewöhnlichkeiten keinen Anlass zu Misstrauen sah oder allfälligen Bedenken nicht Rechnung trug, hat sie ihre bankspezifischen Sorgfaltspflichten verletzt, was ihr verwehrt, sich auf den guten Glauben zu berufen. Sie gilt daher als bösgläubig, weshalb sie die Leistungen an den Nichtgläubiger nicht befreite. Ihre Rückzahlungsverpflichtung der C._____ gegenüber wurde mit den Überweisungen an die Bank E._____ nicht erfüllt, die Forderung der C._____ ging dadurch nicht unter.

3.3 Soweit die Beklagte weiter einwendet, die C._____ und der Kläger hätten die Leistungen an einen Nichtberechtigten nachträglich genehmigt, ist sie nicht zu hören. Sie beruft sich für diesen Einwand ausschliesslich auf tatsächliche Feststellungen, welche im angefochtenen Entscheid keine Stütze finden und daher unbeachtlich sind.

3.4 Die Beklagte hält für den Fall, dass sie ihre Rückzahlungsverpflichtung nicht rechtsgenüglich erfüllt habe, dafür, die Forderung der C._____ sei jedenfalls vor der Inkassoabtretung vom 26. September 1996 durch D._____ und den Kläger vollumfänglich getilgt worden und damit untergegangen. Damit habe sie dem Kläger nicht mehr zediert werden können. Die Beklagte wirft dem Handelsgericht in diesem Zusammenhang eine widersprüchliche Urteilsbegründung vor.

3.4.1 Das Handelsgericht leitet die Aktivlegitimation des Klägers grundsätzlich aus der als gültig erachteten Inkassozession vom 26. September 1996 ab. Sodann erwähnt es behauptete Zahlungen D._____ an die C._____ über DEM 9 Mio, ohne darüber jedoch verbindliche Feststellungen zu treffen. Dagegen stellt es ausdrücklich fest, dass der Kläger selbst am 22. Dezember 1995 DEM 1 Mio. an die C._____ geleistet habe und führt dazu aus (Urteil S. 35 Abs. 2):

"Unbestritten ist, dass der Erfüllungsanspruch der C._____ gegenüber der Beklagten noch bestand, als der Kläger am 22. Dezember 1995 der C._____ eine Zahlung von DEM 1 Mio. leistete. Nach seiner Darstellung hat der Kläger der C._____ DEM 1 Mio. vorgestreckt, um Schaden abzuwenden. Dass er anstelle der Beklagten oder in ihrem Auftrag geleistet haben soll, ist zum einen wirklichkeitsfremd, zum anderen wird dies selbst von der Beklagten nicht vorgebracht. Mit dem Bezahlen von DEM 1 Mio. wurde die Forderung der C._____ erfüllt und ging gleichzeitig auf den Kläger über, der sie nun in diesem Prozess geltend macht."

3.4.2 Nach Art. 51 Abs. 1 lit. c OG ist im berufungsfähigen Entscheid das Ergebnis der Beweisführung festzustellen und anzugeben, inwieweit die Entscheidung auf der Anwendung eidgenössischer, kantonaler oder ausländischer Gesetzesbestimmungen beruht. Die Bestimmung rechtfertigt sich in zweifacher Hinsicht. Einerseits haben die Parteien im Hinblick auf den Entscheid über die Einlegung einer Berufung Anspruch darauf,

alle tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des kantonalen Gerichts zur Kenntnis nehmen zu können. Anderseits ergibt sich die Notwendigkeit einer vollständigen Sachverhaltsfeststellung aus der Vorschrift von Art. 63 Abs. 2 OG, wonach das Bundesgericht an diese Feststellungen gebunden ist (BGE 119 II 478 E. 1c; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, N 4 zu Art. 51 OG). Darüber hinaus ist ein Gebot des Rechtsstaates, dass eine zu bestimmten Verpflichtungen verurteilte Partei im Prozess, in welchem sie belangt wird, einen Entscheid erhält, der alle massgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen enthält (BGE 90 II 207 E. 2). Die tatsächlichen Feststellungen im kantonalen Urteil dürfen sodann nicht widersprüchlich sein, widrigenfalls sie eine Rechtsanwendung unmöglich machen (BGE 110
II 132 E. 3d).
Entgegen der Auffassung des Kassationsgerichts (S. 23 f. E. 8.4 lit. b) ist das Urteil des Handelsgerichts insoweit widersprüchlich, als darin die Aktivlegitimation des Klägers einerseits auf die Inkassozession vom 26. September 1996 (S. 7 ff. E. VI), anderseits auf einen Forderungsübergang vom 22. Dezember 1995 zufolge Erfüllung (S. 35 E. VIII am Ende) gestützt wird. Dies schliesst sich gegenseitig aus.
Wurde die (restanzliche) Forderung der C._____ gegenüber der Beklagten durch die Zahlung des Klägers vom 22. Dezember 1995 entsprechend der Auffassung des Handelsgerichts (S. 35 E. VIII am Ende) zufolge Dritterfüllung rechtsgültig getilgt (Art. 68 und 114 Abs. 1 OR), erlosch sie und wurde die Beklagte als Schuldnerin befreit (BGE 123 III 161 E. 4c; 83 III 99 E. 2; Weber, Berner Kommentar, Einleitung und Vorbemerkungen zu Art. 68-96 OR, N 49 sowie N 55 zu Art. 68 OR; Schraner, Zürcher Kommentar, N 52 zu Art. 68 OR; Leu, Basler Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 68-74 OR, N 2 sowie N 8 zu Art. 68 OR). Diese Rechtsfolge wäre bloss dann nicht eingetreten, wenn der Kläger die Forderung durch seine Zahlung vom 22. Dezember 1995 nicht erfüllt, sondern durch Kauf und entsprechende Abtretung erworben hätte (Weber, Berner Kommentar, N 14 zu Art. 68 OR), oder wenn er in die Rechte der befriedigten Gläubigerin durch Subrogation (Legalzession) eingetreten wäre (Weber, Berner Kommentar, N 73 zu Art. 68 OR; Schraner, Zürcher Kommentar, N 66 zu Art. 68 OR). Von Letzterem scheint das Handelsgericht auszugehen, nennt aber in Missachtung von Art. 51 Abs. 1 lit. c OG die Norm nicht, auf welche es den Forderungsübergang stützt, schweigt sich
insbesondere auch darüber aus, ob es diesen nach schweizerischem oder ausländischem Recht bejaht hat (Art. 146 IPRG; vgl. zur Begründungspflicht auch BGE 90 II 207 E. 4). Augenfällig ist eine solche Subrogation jedenfalls nach schweizerischem Recht nicht. Insbesondere sind die tatbeständlichen Voraussetzungen von Art. 110 OR oder anderer Möglichkeiten eines gesetzlichen Forderungsübergangs (Art. 166 OR; vgl. die Aufzählung bei Spirig, Zürcher Kommentar, N 11 ff. zu Art. 166 OR) nicht festgestellt. Insoweit ist daher die Rechtsanwendung des Handelsgerichts im Berufungsverfahren nicht überprüfbar.
Ging anderseits die Forderung der C._____ gegenüber der Beklagten am 22. Dezember 1995 durch Dritterfüllung unter, konnte sie am 26. September 1996 nicht mehr abgetreten werden. Die Zession setzt die Verfügungsmacht des Zedenten und damit den Bestand der Forderung voraus. Entsprechend steht dem Schuldner gegenüber dem Zessionar die Einrede der Erfüllung oder des anderweitigen Forderungsuntergangs offen (Art. 169 OR; Spirig, Zürcher Kommentar, N 37 und 40 zu Art. 169 OR). Davon geht zutreffend auch das Handelsgericht aus, widerspricht sich aber, wenn es einerseits den Fortbestand der Forderung trotz der Zahlung des Klägers vom 22. Dezember 1995 bejaht (Urteil S. 34 E. 2), dieser Zahlung aber gleichzeitig Erfüllungswirkung zuspricht (Urteil S. 35 Abs. 2).
3.4.3 Der angefochtene Entscheid erfüllt demzufolge die Anforderungen von Art. 51 Abs. 1 lit. c OG nicht. Der Mangel kann im Berufungsverfahren nicht behoben werden und erfordert eine klare Entscheidung des Handelsgerichts über die festgestellten Widersprüche. Sein Urteil ist daher gestützt auf Art. 52 OG aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.
4.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich zur Zeit eine Auseinandersetzung mit den Eventualbegründungen der Beklagten (Berufung S.19 ff.). Vorerst sind die Entscheidungsgrundlagen des Handelsgerichts zu bereinigen.

5.
Da die Parteien den Mangel nach Art. 51 OG nicht zu vertreten haben, sind keine Gerichtskosten zu erheben (Poudret, a.a.O., N 2 zu Art. 154 OG). Da sodann die Beklagte mit ihrem Antrag auf Klageabweisung im vorliegenden Verfahren nicht durchdringt und der Ausgang der Streitsache offen bleibt, rechtfertigt sich, von der Zusprechung von Parteientschädigungen abzusehen, d.h. diese wettzuschlagen (Art. 159 Abs. 3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. November 2003 wird aufgehoben und die Streitsache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück gewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 15. Dezember 2003
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: