Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 72 (1953)

Artikel: Der Übergang von Eigentums- und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art. 401 OR)

Autor: Jost, Arthur

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896102

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Der Übergang von Eigentums- und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art. 401 OR)

Von Dr. Arthur Jost, Rechtsanwalt, Luzern

A. Allgemeines

Der Art. 401 OR setzt als Tatbestand voraus, daß ein Beauftragter im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung Forderungen (Abs. 1) oder bewegliche Sachen erwirbt (Abs. 3). Er hat also einen Fall der indirekten Stellvertretung im Auge, wie sie das Kommissionsgeschäft darstellt. Bei der Verkaufskommission erwirbt der Kommissionär Forderungsrechte, bei der Einkaufskommission bewegliche Sachen.

Allein die Einreihung des Art. 401 OR unter den einfachen Auftrag beweist, daß der Gesetzgeber eine Regel aufstellen wollte, die über den Spezialfall der Kommission hinausgeht und alle Fälle erfassen will, wo eine indirekte Stellvertretung vorliegt. Solche Fälle gibt es aber viele. Die Kommission umfaßt nämlich nur Ein- und Verkauf beweglicher Sachen oder Wertpapiere (Art. 425 OR). Es gehören also nicht zum Kommissionsgeschäft Kauf und Verkauf von Grundstücken und solchen Rechten, die nicht in Wertpapieren verkörpert sind. So fällt z.B. der Kommissionsverlag nicht unter die Bestimmungen über das Kommissionsgeschäft, sondern unter den Auftrag, trotzdem hier eine indirekte Stellvertretung stattfindet. Ebenso findet Art. 401 OR auf den unentgeltlichen Auftrag am Erwerb von Sachen oder Forderungen Anwendung, bei

welchem der Beauftragte in eigenem Namen für Rechnung des Auftraggebers handelt.

Nach den allgemeinen Rechtsregeln würde sich der Übergang von Eigentums- und Forderungsrechten bei der indirekten Vertretung folgendermaßen gestalten: Beim Auftrag zum Einkauf würde zur Übertragung des Eigentums an der eingekauften Sache in der Regel die Übergabe derselben an den Auftraggeber erforderlich sein. Der Auftraggeber hat an sich nur einen vertraglichen Anspruch auf Ausantwortung des Gutes, so daß der Beauftragte in der Lage ist, über das eingekaufte Gut weiter zu verfügen. Soll der Beauftragte bei indirekter Stellvertretung unmittelbar für den Auftraggeber Eigentum erlangen, so muß ein besonderer Willenstatbestand vorliegen. Der übereinstimmende Wille von Mandant und Mandatar muß darauf gerichtet sein, daß der Mandatar als Stellvertreter des Mandanten beim Eigentumserwerb handeln soll.

Lautet der Auftrag auf Verkauf einer Sache, so wird bei indirekter Stellvertretung der Mandatar Gläubiger der Forderung gegen den Käufer. Er muß als Folge der Herausgabepflicht die Kaufpreisforderung dem Mandanten abtreten, damit dieser sie direkt gegen den Käufer geltend machen kann.

Art. 401 OR will nun die Stellung des Mandanten erleichtern und ihm gewisse Vorzugsrechte beim Erwerb einräumen. Bevor wir auf diese Sonderbestimmungen näher eingehen, ist jedoch auf eine allgemeine Bestimmung aufmerksam zu machen, welche direkte Wirkungen für den Vertretenen bei der indirekten Stellvertretung zuläßt, und auf welche die Literatur zu Art. 401 OR nicht verweist.

Nach Art. 32 II OR wird der Vertretene auch bei indirekter Stellvertretung unmittelbar berechtigt und verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schließen mußte, oder — und diese Bestimmung hat das neue OR hinzugefügt — wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schließe. Gerade für den Erwerb von beweglichen Sachen

ist diese Bestimmung von großer Bedeutung, ebenso für den Erwerb von Forderungen durch Zession. Für den Veräußerer ist es in der Regel gleichgültig, ob der Erwerber die Sache oder die Forderung für sich erwirbt oder als stiller Vertreter einem anderen verschafft.

Gerade für die Frage des Eigentumserwerbes beim Auftrag, wenn der Beauftragte in eigenem Namen und für Rechnung des Auftraggebers handelt, sowie bei der Einkaufskommission ist diese allgemeine Bestimmung des Art. 32 II OR von Wichtigkeit. Sie nimmt dem Art. 401 OR viel an Bedeutung, indem sie in einer großen Reihe von Fällen diese Sonderbestimmung überflüssig macht. Art. 401 OR, der unverändert aus dem alten OR (Art. 399) in das revidierte OR übernommen wurde, hat daher angesichts der neuen Bestimmung des Art. 32 II im neuen OR an Bedeutung eingebüßt. Da es dem Verkäufer gleichgültig zu sein pflegt, in wessen Eigentum die verkaufte Sache übergeht, kann der Beauftragte, auch wenn er im eigenen Namen handelt, schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Sache für den Auftraggeber erwerben. Den dazu nötigen Willen wird man beim Beauftragten voraussetzen können, da er dadurch seine Pflicht aus dem Auftrag erfüllt.

Der Beauftragte ist übrigens dadurch nicht gefährdet, da ihm an der Sache, wenn sie durch sofort eintretenden Erwerb des Auftraggebers in dessen Eigentum gelangt, nach Art. 895 ZGB ein Retentionsrecht zusteht. Für den Kommissionär ist dieses Retentionsrecht in Art. 394 OR besonders erwähnt.

Nach dieser Abgrenzung des Geltungsgebietes des Art. 401 OR wollen wir nun näher auf dessen Inhalt eingehen, wobei wir in der Reihenfolge des Gesetzes zuerst den Übergang von Forderungsrechten, sodann den Übergang des Eigentums behandeln.

B. Der Übergang von Forderungsrechten

1. Voraussetzungen

Gemäß Art. 401 I OR gehen Forderungsrechte, die der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen gegen Dritte erworben hat, auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist[1].

Es handelt sich dabei hauptsächlich um die ausstehenden Forderungen aus der ausgeführten Verkaufskommission. Es kann dies der Anspruch auf Lieferung des Kaufgegenstandes sein, sowie Ansprüche anderer Art, z.B. die Wandlungsklage, die Klage auf Ersatzanschaffung, auf Preisminderung, die Entschädigungsforderung gegen den Käufer wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung, die Forderung auf die Versicherungssumme (bei Schadensversicherung). Es kann sich aber u.E. nur um solche Forderungen handeln, die der Mandatar gegen den Drittkontrahenten aus dem Ausführungsgeschäft erwirbt.

Anders liegt der Fall, wenn bei einem Verkaufsauftrag der dritte Käufer dem Mandatar als Zahlung eine Forderung gegen einen Vierten abtritt. Es wurde bereits hervorgehoben, daß bei Erwerb einer Forderung durch Zession wie beim Erwerb beweglicher Sachen dem Veräußerer bzw. Zedenten in der Regel gleichgültig ist, ob der Erwerber für sich erwirbt oder die Forderung als stiller Vertreter einem anderen verschafft. Der Erwerb durch den Mandanten wird daher in diesem Falle regelmäßig schon nach Art. 32 II OR eintreten. Jedenfalls scheint uns Art. 401 OR solche Forderungen, die der Mandatar nicht aus dem Ausführungsgeschäfte gegen den Drittkontrahenten erwirbt, nicht mit zu umfassen. Forderungen des Drittkontrahenten gegen vierte Personen, die dem Mandatar übertragen werden, sind nämlich wirtschaftlich eher beweglichen Sachen zu ver-

[1] Unrichtig Entscheid des Handelsgerichtes Zürich vom 25. Februar 1942 in ZR 42 Nr. 6, da es sich hier nicht um Forderungsrechte gegen Dritte handelt.

gleichen, die der Mandatar als Gegenleistung erwirbt. Der dem Art. 401 OR entsprechende Art. 202 SchKG spricht auch nur von der Kaufpreisforderung.

Wollte man Art. 401 OR auch auf andere Forderungen — gegen vierte Personen — anwenden, so müßte man sich sagen, daß Art. 401 OR, der ja dem Mandanten Vorzugsrechte einräumen will, das Gegenteil erreicht, insoweit es sich um Forderungen handelt, die der Mandatar als Gegenleistung von seinem Drittkontrahenten gegen Vierte erwirbt. Denn in diesem Falle ist es dem Drittkontrahenten sozusagen immer gleichgültig, ob der Mandatar die Forderung für sich oder einen Hintermann erwirbt. Der Erwerb durch den Mandanten tritt nach Art. 32 II OR ipso jure sofort ein, während Art. 401 OR ihn erst zuläßt, sobald der Mandant seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist.

Anders liegt die Sache beim Erwerb von Forderungen aus dem Ausführungsgeschäfte gegen den Drittkontrahenten. Hier wird Art. 32 II OR meist nicht anwendbar sein. Denn dem Dritten wird es in der Regel darauf ankommen, wen er zum Gläubiger, und noch mehr, wen er zum Schuldner bekommt, und zwar auch dann, wenn das Geschäft durch sofortige Erfüllung erledigt wird. Es können sich nämlich nachträglich aus ungenügender Erfüllung oder aus Mängeln der Leistung Rechtsfolgen ergeben.

Eine Bedingung des Überganges der Forderung auf den Mandanten ist nach Art. 401 I OR Erfüllung der Verbindlichkeiten des Mandanten aus dem Auftragsverhältnis. Die Subrogation tritt erst ein, wenn der Auftraggeber seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Auftraggeber aus dem Auftragsverhältnis erfüllt hat[2]. Dadurch wird bewirkt, daß bei Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers der Beauftragte nicht geschädigt wird. Dagegen ist nicht Voraussetzung, daß der Dritte, von dem der Beauftragte die Forderung erworben hat, vom Auftraggeber oder Beauftragten befrie-

---

[2] BGE 67 II 226.

digt sei. Es ist nicht einmal notwendig, daß der Dritte von der Existenz des Auftragsverhältnisses Kenntnis habe.

Die Verbindlichkeiten des Mandanten, die erfüllt sein müssen, wenn die Forderungen auf ihn übergehen sollen, sind in Art. 402 OR umschrieben. Sie bestehen im Ersatz der Aufwendungen («Auslagen und Verwendungen»), der Verzinsung des Aufwandes, der Befreiung von den eingegangenen Verbindlichkeiten und der Entschädigung für den aus dem Auftrag erwachsenen Schaden, sofern der Mandant nicht Mangel eines Verschuldens auf seiner Seite nachweisen kann. Daß auch noch dieser Entschädigungsanspruch befriedigt sein muß, folgt aus der strengen Fassung des Art. 401 I OR («allen Verbindlichkeiten»). Außerdem ist auch eine Vergütung für die Mühewaltung zu leisten, wenn eine solche verabredet oder üblich ist (Art. 394 OR).

2. Wirkungen

Juristisch charakterisiert sich der Übergang der vom Mandatar erworbenen Forderungen auf den Mandanten als eine gesetzliche Zession (Subrogation). Sie ist im Anschluß an das französische Recht ausgestaltet im Gegensatz zum deutschen BGB und HGB. Letzteres bestimmt im Gegenteil, daß Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, vom Kommittenten dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend gemacht werden können (§ 392). Es läßt nur im Innenverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär, sowie gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs diese Forderungen als Forderungen des Kommittenten gelten (§ 392 Abs. 2).

Wegen Subrogation ist im Falle des Art. 401 II OR keine schriftliche Abtretung nötig (Art. 166 OR). Aus dem gleichen Grunde ist auch keine konkursrechtliche Anfechtung möglich, da nach Art. 285 ff. SchKG die Anfechtungsklage nur Rechtshandlungen des Gemeinschuldners erfassen kann. Eine Rechtshandlung — rechtsgeschäftliche Abtretung — fehlt hier.

Der Forderungsübergang wirkt dinglich, d.h. gegenüber jedermann. Insbesondere äußert sich seine Wirkung:

a) Unter den Parteien und ihren Universalsukzessoren. Hier kommt die dingliche Wirkung besonders darin zum Ausdruck, daß der Mandant seine vollen Rechte auch im Konkurse des Mandatars geltend machen kann, ohne auf die Konkursdividende beschränkt zu sein (Art. 401 II OR). Er kann insbesonders, wenn er seine Verbindlichkeiten dem Mandatar gegenüber noch nicht erfüllt hat, dies noch der Masse gegenüber nachholen. Tut er das, so geht die Forderung auf ihn über, ohne daß eine Abtretung nötig wäre.

Art. 202 SchKG spricht allerdings von einer Abtretung, allein dieser Artikel umfaßt erstens einen Spezialfall, den Verkauf einer fremden Sache, sodann jedwelchen Verkauf, d.h. nicht nur einen solchen im Auftragsverhältnis, sondern auch einen vertragswidrigen oder überhaupt widerrechtlichen. Art. 202 SchKG ist daher einerseits enger als OR 401, indem er nur den Fall eines Sachverkaufes betrifft, andererseits weiter, indem er jedwelchen Verkauf einer fremden Sache (mit oder ohne Willen des Eigentümers) umfaßt.

Trifft der Tatbestand des Art. 401 OR zu, so geschieht der Übergang der Forderung von der Konkursmasse an den Auftraggeber ohne Zession. (Jäger spricht sich in Anmerkung 2 zu Art. 202 SchKG darüber nicht aus.) Hat die Masse die Forderung einkassiert, so bildet der einkassierte Betrag dem Auftraggeber gegenüber eine Masseschuld, die voll erfüllt werden muß (Art. 202 SchKG in fine). Die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes geschieht durch Eingabe im Konkurs (Art. 202 SchKG). — Wenn zur Zeit der Konkurseröffnung der Kaufvertrag zwischen dem Mandatar und dem Dritten zwar perfekt ist, aber der Eigentumsübergang an der verkauften Sache noch nicht stattgefunden hat (keine Besitzübergabe), so kann die Konkursverwaltung den Vollzug des Vertrages verweigern, die Sache dem Mandanten zurückstellen und den Käufer

auf die Geltendmachung einer Schadenersatzforderung im Konkurs verweisen (Art. 211 SchKG).

Das Bundesgericht dehnt die Bestimmung des Abs. II des Art. 401 OR, die nur vom Konkurs spricht, auch auf Arrest aus[3].

b) Gegenüber dem Gegenkontrahenten des Mandatars. Dem Gegenkontrahenten des Mandatars (debitor cessus) gegenüber ist der Übergang der Forderung wirksam, ohne daß es dazu einer Willenserklärung des Mandatars bedarf (Art. 166 OR). Allerdings kann der debitor cessus, solange er im guten Glauben ist, gültig an den Mandatar leisten, bis ihm der Übergang der Forderung an den Mandanten notifiziert wird. Die Notifikation kann sowohl durch den Mandanten als durch den Mandatar geschehen (Art. 167 OR). Es soll aus ihr hervorgehen, daß der Mandant seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Besonders in bezug auf das Verrechnungsrecht des Drittschuldners ist es von Bedeutung, in welchem Zeitpunkt ihm vom Übergang der Forderung Anzeige gemacht worden ist (Art. 169 II OR).

Die Forderung geht mit allen Neben- und Vorzugsrechten über, sowie mit allen Einreden, die ihr anhaften. Insbesondere treffen die Wirkungen unterlaufener Willensmängel auch den Mandanten, kommen ihm aber andererseits auch zugute. So kann der Mandant solche Willensmängel, die dem Mandatar unterlaufen sind, dem Dritten gegenüber geltend machen und damit das dem Dritten Geleistete zurückverlangen[4].

c) Gegenüber einem eventuellen Zessionar der Forderung. Hat der Mandatar die Forderung gegen den Dritten zediert, so wäre die Zession ungültig, wenn der Zessionar im Augenblick der Abtretung Kenntnis hätte von dem Umstand, daß der Mandant seinen Verpflichtungen gegenüber dem Mandatar nachgekommen ist.

---

[3] BGE 47 II 220.
[4] BGE 41 II 573.

Es kann im einzelnen Fall zwischen Mandant und Mandatar streitig sein, ob das Geschäft, das der Mandant für sich in Anspruch nehmen will, vom Mandatar wirklich für Rechnung des Mandanten abgeschlossen worden ist, oder für eigene Rechnung. Der Mandant muß in diesem Falle den Zusammenhang zwischen Erwerb und Auftrag nachweisen. Liegen mehrere Aufträge gleichen Inhalts und mehrere Ausführungsgeschäfte vor, so darf der Mandant nicht gerade das günstigste Ausführungsgeschäft für sich in Anspruch nehmen, sondern muß sich eine Regelung nach Treu und Glauben gefallen lassen[5].

C. Der Übergang von Eigentum

Art. 401 III OR regelt nur den Übergang des Eigentums an beweglichen Sachen. Grundstücke können infolge des Grundbuchsystems für einen anderen nicht anders als in seinem Namen erworben werden. Im Gegensatz zum Forderungsübergang ordnet Art. 401 OR den Eigentumsübergang an beweglichen Sachen, die der Mandatar für Rechnung des Mandanten im eigenen Namen erwirbt, nicht durch eine sonderrechtliche Bestimmung. Nur für den Konkursfall des Mandatars, allerdings dem praktisch wichtigsten Fall, ist eine Sonderbestimmung getroffen im Sinne eines dem Mandanten zugesprochenen Aussonderungsrechtes.

Demnach hat es außer dem Falle des Konkurses bei den allgemeinen Bestimmungen sein Bewenden. Es wurde schon oben hervorgehoben, daß nach allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts (Art. 714 ZGB) die vom Mandatar im eigenen Namen für Rechnung des Mandanten erworbenen beweglichen Sachen erst durch Besitzübertragung in das Eigentum des Mandanten übergehen können. Von einer Vertretung des Mandanten durch den Mandatar bei der Übergabe des Gewahrsams vom Gegenkontrahenten an den Mandatar kann keine Rede sein. Die Tradition an den

[5] Komm. Staub § 383, Anm. 11; Komm. Becker Art. 401 N 2.

Mandatar erfolgt nämlich nicht für den Mandanten, da ja der Mandatar im eigenen Namen die Sache übernimmt. Es findet keine Bezugnahme auf den Mandanten statt.

Nun ist es dem Drittkontrahenten zwar nicht gleichgültig, mit wem er den Kaufvertrag abschließt, aber jedenfalls gleichgültig, mit wem er die Besitzübertragung vollzieht. Nach dem Grundsatz des Art. 32 II OR würde es daher zum Eigentumsübergang an den Mandanten genügen, wenn nur der Mandatar selbst den Willen hatte, nicht für sich, sondern für den Mandanten zu erwerben. Dieser Willenstatbestand tritt aber nicht nach außen hervor — ein für den Mandanten sehr ungünstiger Umstand.

Jedenfalls kann sofortiger Eigentumserwerb des Mandanten nur dann eintreten, wenn die Identität der auf seine Rechnung angeschafften Sache feststeht. Ist die Sache vom Mandatar als Bestandteil einer Menge gleichartiger Sachen gekauft, so kann das Eigentum frühestens mit der Ausscheidung der für den Auftraggeber bestimmten Sachen auf ihn übergehen. In der Ausscheidung der Sachen durch den Beauftragten kann man eine Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium erblicken (Art. 924 ZGB), welches der Beauftragte durch Selbstkontrahieren[6] für den Auftraggeber vornimmt. Der Auftrag enthält ja nach Art. 396 II die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen, die zu dessen Ausführung (hier Eigentumsverschaffung) gehören.

Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers Geld erworben (z.B. durch Verkauf einer Sache), so ist er in der Regel nicht verpflichtet, die Geldstücke in das Eigentum des Mandanten zu bringen, sondern nur einen gleichen Geldbetrag zu bezahlen. Es würde dies der Verkehrsauffassung widersprechen, zumal Geld ja oft gar nicht durch Zuzählung der einzelnen Stücke ausbezahlt wird (Überweisung durch die Post, die Bank, Giro, Check, Kontokorrent usw.). Infolge Inkrafttretens des Schweiz. Strafgesetzbuches sind die Bemerkungen in den Kommentaren Becker[7]

[6] v. Thur/Siegwart, § 42 V.

[7] Art. 401 N 7.

und Oser/Schönenberger[8] über den strafrechtlichen Tatbestand bei Nichtablieferung des Erlöses nicht mehr zutreffend (Art. 110 II Ziff. 1 StGB)[9].

Um den Schwierigkeiten des Nachweises des Willenstatbestandes im wichtigsten Falle zu entgehen, hat das Gesetz wenigstens für den Konkursfall eine Schutzvorschrift zugunsten des Mandanten aufgestellt. Art. 401 III OR bestimmt, daß der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten ein Aussonderungsrecht hat. Er kann die beweglichen Sachen herausverlangen, die der Mandatar für seine Rechnung, aber im eigenen Namen zu Eigentum erworben hat, jedoch unter Vorbehalt der Retentionsrechte des Mandatars.

Es ist auf diese Weise ein besonderes konkursrechtliches Aussonderungsrecht begründet, indem es nicht Sachen betrifft, die sich im Besitze des Gemeinschuldners befinden, aber ihm rechtlich nicht gehören (materielles Aussonderungsrecht), sondern Sachen, die dem Gemeinschuldner rechtlich zu eigen sind.

Der Standpunkt des OR ist darnach derjenige, daß der Mandatar, der im eigenen Namen kauft, auch das Eigentum der eingekauften Sache habe. Das Aussonderungsrecht des Art. 401 III OR wäre sonst weder nötig noch möglich, wenn die für den Auftraggeber erworbenen Sachen sich bereits in seinem Eigentum befänden. Aber der Gesetzgeber gibt dem Mandanten aus Billigkeitsgründen ein Aussonderungsrecht. Es wäre nämlich unbillig, wenn sich die Konkursgläubiger mit dem Gute, das wirtschaftlich dem Mandanten gehört, bereichern würden.

Voraussetzung des Aussonderungsrechtes ist, daß die Sache auf Rechnung des Mandanten erworben worden ist. Es muß daher der Zusammenhang des Erwerbes mit dem Auftrag und die Identität der Sache nachgewiesen werden. Über diesen Nachweis haben wir schon oben das Nähere ausgeführt.

---

[8] Art. 401 N 13.

[9] BGE 70 IV 72.

Etwas unklar ist der Vorbehalt des Retentionsrechtes des Mandatars. Ein Retentionsrecht im Sinne des Art. 895 ZGB ist nur an einer fremden Sache möglich, während gerade durch Art. 401 III OR das Eigentum des Mandatars bzw. der Konkursmasse bestätigt wird. Von einem eigentlichen Retentionsrecht kann daher auch hier keine Rede sein. Gemeint kann höchstens ein retentionsähnliches Recht sein, wie es Art. 82 OR normiert. Darnach kann bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft nur derjenige Teil den andern zur Erfüllung anhalten, der entweder bereits erfüllt hat oder die Erfüllung anbietet. Im wesentlichen ist es auch nach Art. 401 III OR eigentlich die Einrede des nichterfüllten Vertrages, welche die Konkursmasse dem Mandanten entgegenhalten kann, wenn er Aussonderung fordert, ohne seine Verbindlichkeiten dem Mandatar gegenüber erfüllt zu haben oder deren Erfüllung anzubieten.

Daß der Mandant auch Geld, das der Mandatar für ihn einkassiert hat, aus dem Konkurs herausfordern kann, folgt aus Art. 401 III OR nicht. Geld als Gattungssache wird nämlich, auch wenn es ursprünglich Eigentum des Mandanten gewesen sein soll, durch Vermischung Eigentum des Mandatars und verwandelt sich in eine Forderung des Mandanten. Das Bundesgericht spricht jedoch dem Mandanten ein Aussonderungsrecht auch auf Geld zu, das der Mandatar auf seine Rechnung eingenommen hat, wenn er es auf Depot legt, selbst wenn die Deponierung auf eigenen Namen geschieht [10].

---

[10] BGE 21, 833.