



# Die Warteliste im Zivilrecht

1365

**ARNOLD F. RUSCH**

Welche «Verkehrsregeln» gelten auf einer Warteliste? Kann man überholen? Kann man noch abspringen oder einen Ersatz stellen, wenn man «dran» ist? Wartelisten existieren für alle möglichen Dinge – und doch ist nicht immer klar, welche Bedeutung sie haben. Der Autor widmet den nachfolgenden Aufsatz der Frage, welche Rechte und Pflichten sich aus einem Platz auf der Warteliste ergeben.

Quelles sont les « règles de circulation » à respecter sur une liste d'attente ? Peut-on dépasser ? Peut-on passer son tour et désigner un remplaçant quand c'est « à nous » ? Il existe des listes d'attentes pour les choses les plus diverses – et pourtant, leur sens n'est pas toujours clair. L'auteur consacre l'essai ci-dessous à la question de savoir quels sont les droits et devoirs liés à une place sur la liste d'attente.

## Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Rechtliche Einordnung
  - 1. Bezuglich der Art der Verpflichtung
    - a. Optionsvertrag
    - b. Vorvertrag
    - c. Aufschiebend bedingter Vertrag und Auslobung
    - d. Subskription und Vertrag mit Liefertermin
    - e. Culpa in contrahendo
    - f. Gefälligkeit
    - g. Qualifikationskriterien
  - 2. Bezuglich der Rangsicherungsfunktion
    - a. Venire contra factum proprium
    - b. Vereitelung einer Bedingung
    - c. Culpa in contrahendo
    - d. Anwartschaft
    - e. Diskriminierung und Boykott
    - f. AGB-Korrektiv
    - g. Schutz gegenüber dem Eindringling
    - h. Qualifikationskriterien
- III. Weitere Folgen der Warteliste
  - 1. Eintritt eines Schadens
  - 2. Wichtiger Grund
  - 3. Verhaltenspflichten wartender Personen
  - 4. Transparenz und Beweis
- IV. Übertragung des Wartelistenplatzes
  - 1. Handel mit Wartelistenplätzen
  - 2. Optionsvertrag
  - 3. Vorvertrag
  - 4. Bedingter Vertrag
  - 5. Vor Zustandekommen des Vertragsschlusses
    - a. Generell
    - b. Ausstellung einer Urkunde über den Wartelistenplatz
- V. Schlusswort

## I. Problemstellung

Der Grundsachverhalt lässt sich am besten anhand einer Episode aus der Serie *Sex and the City* beschreiben. Samantha will unbedingt einen *Birkin bag* von Hermès. Für die sündhaft teure Tasche besteht eine mehrjährige Warteliste, in die sie sich einträgt. Der Kragen platzt ihr, als sie kurz darauf auf der Strasse eine *nobody* im stillosen Trainer mit einem *Birkin bag* sieht. Um schneller an die Tasche zu kommen, teilt sie der Boutique unter mehrfacher Verwendung des F-Wortes mit, dass sie die Tasche nicht für sich, sondern als PR-Managerin für die Schauspielerin Lucy Liu bestellt habe. Liu erhält die Tasche umgehend, behält diese und entlässt Samantha wegen ihrer ordinären Ausdrucksweise<sup>1</sup>.

Tatsächlich zeigen sich in diesem kurzen Sachverhalt die wesentlichen Probleme der Warteliste. Kann man als Anbieter eine Person auf der Warteliste überspringen? Muss oder kann man die Tasche kaufen, wenn man an der Reihe ist – oder hat man sie schon gekauft? Ergeben sich angesichts der prallvollen Warteliste überhaupt Ansprüche des Anbieters, wenn man sie nicht kauft? Kann man für eine andere Person warten oder einen aussichtsreichen Platz an diese übertragen? Keineswegs geht es dabei nur um knappe Luxusgüter, sondern auch um Plätze in Kinderkrippen<sup>2</sup>, Ausbildungsstätten oder Altersheimen, Beförderungen<sup>3</sup>, Auditorenstellen an Gerichten, Operationen

<sup>1</sup> Sex and the City, Season 4, Episode 11: «coulda, woulda, shoul-da».

<sup>2</sup> Dazu ARNOLD F. RUSCH/MICHAEL HOCHSTRASSER, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter 22. Oktober 2007, N 116 ff.

<sup>3</sup> Vgl. zur Berücksichtigung der Seniorität beim Anstellungsverhältnis mit einer Luftfahrtgesellschaft VOLKER RIEBLE, Seniorität in der Luftfahrt, in: Thomas Lobinger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, 1117 ff. Die Seniori-

und Spenderorgane<sup>4</sup>, Adoptivkinder, Schiffsstandplätze<sup>5</sup>, Wohnungen und diverse andere wichtige Güter in der Mangelwirtschaft.

Die öffentlich-rechtliche Judikatur und Literatur haben das Phänomen der Warteliste teilweise bereits behandelt. Eine Analyse für den zivilrechtlichen Bereich hingegen fehlt, drängt sich aber umso deutlicher auf, weil das Legalitätsprinzip und die Grundrechte im Zivilrecht als Ordnungsfaktoren keine Anwendung finden. Die Rangordnung beschränkter dinglicher Rechte an Grundstücken<sup>6</sup> und das grundpfandrechtliche Pfandstellenprinzip<sup>7</sup> erinnern nur entfernt an eine Warteliste. Auch Alternativen zur Warteliste fanden bereits Beachtung, wie zum Beispiel die Zuteilung von knappen Gütern oder Teilhaberechten durch *Losziehung*<sup>8</sup>, *Auktion* (vgl. Art. 229 Abs. 2 OR), *Auslobung* oder *Preisausschreiben* (Art. 8 OR). Der erste Schritt besteht darin, die rechtlichen Rahmenbedingungen der Warteliste zu ermitteln.

tät bestimmt, wer attraktive Strecken oder Flugzeuge fliegen darf, wer Freizeitwünsche durchsetzen kann, wer zum Kapitän befördert wird, aber umgekehrt auch, wer zuerst versetzt oder entlassen wird. Sinn dieser Regelung ist es, die jedem Wettbewerb immanente Risikobereitschaft auszuschalten, da diese im Luftfahrtbereich gefährlich sein könnte (vgl. dazu RIEBLE, 1118 und 1122 ff.).

<sup>4</sup> Vgl. Art. 17 und 21 des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (SR 810.21); vgl. zu diesem Thema statt vieler MARKUS SCHOTT, Patientenauswahl und Organallokation, Diss. Basel 2001, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B, Öffentliches Recht, Band 63, 239 ff. und 258 ff.

<sup>5</sup> Vgl. die Stationierungsverordnung des Kantons Zürich (zitiert in Fn. 74).

<sup>6</sup> Vgl. Art. 812 ZGB; es ist das (dispositive) Prinzip der Alterspriorität, vgl. dazu HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 OR, 4. A., Basel 2011, BSK-TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 812 N 7. Es ist möglich, Vereinbarungen über den Rang zu treffen, sofern alle betroffenen Parteien zustimmen (BSK-TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 812 N 16). Es gibt aber auch «wichtiger» Pfandrechte, die nicht an das Prinzip der Alterspriorität gebunden sind und z.T. sogar unabhängig von einer Eintragung bestehen (vgl. Art. 808 Abs. 3, 810 Abs. 2, 820 und 836 Abs. 2 ZGB).

<sup>7</sup> Vgl. Art. 813–815 ZGB. Für die Warteliste interessant ist die Tatsache, dass es leere Pfandstellen gibt, die der Grundeigentümer frei besetzen kann (Art. 814 Abs. 2 und 815 ZGB; vgl. BSK-TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN (FN 6), ZGB 813 N 3).

<sup>8</sup> Vgl. dazu OTTO DEPENHEUER, Zufall als Rechtsprinzip? JZ 1993, 171 ff. sowie MAX BAUMANN, *Justitia Ludens*, SJZ 2003, 621 ff., 629 f.; vgl. die in Art. 611 Abs. 3 ZGB zwecks Erbteilung vorgesehene Losziehung; vgl. KG, Beschluss vom 2. Juli 1990–24 W 1434/90 in NJW-RR 1990, 1495 f., 1496, in welchem das Gericht die Warteliste für die Zuteilung der Garagenplätze wegen Unbilligkeit aufhob und eine Losziehung anordnete: «*Angesichts der Knaptheit der Plätze haben alle Miteigentümer einen Anspruch auf die turnusmässige Mitbeteiligung (...). Die bestehende Warteliste bis zum zufälligen Freiwerden einer Garage oder eines Stellplatzes stellt keine ausreichende Mitbeteiligung dar.*».

## II. Rechtliche Einordnung

Viel versprechende Ansätze zur Erfassung der Warteliste *hinsichtlich der Bindung* sind der Optionsvertrag, der aufschiebend bedingte Vertrag, der ein- oder zweiseitig bindende Vorvertrag, die *culpa in contrahendo* und die Anwartschaft. Die Vereitelung einer Bedingung, das Rechtsmissbrauchsverbot und wiederum die *culpa in contrahendo* erfassen die zeitliche Gleichbehandlung aller wartenden Personen.

### 1. Bezuglich der Art der Verpflichtung

#### a. Optionsvertrag

Der Optionsvertrag begründet ein *Gestaltungsrecht* auf unmittelbare Herbeiführung eines Vertrages<sup>9</sup>. Das so verstandene Recht entspricht beim Kaufvertrag dem Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrecht<sup>10</sup>. Bezuglich der Warteliste würde dies bedeuten, dass es sich um einen bedingen oder befristeten Optionsvertrag handelt. Je nachdem, ob das Erreichen der Wartelistenspitze ein ungewisses oder sicheres Ereignis darstellt, ist von einer *Bedingung* oder einer *Befristung* auszugehen. Einmal an der Spitze angelangt, kann man den Vertrag einseitig entstehen lassen, ist dazu aber nicht verpflichtet.

Voraussetzung der Option ist, dass alle subjektiv und objektiv wesentlichen Punkte des zu schliessenden Vertrages geregelt und keine Verhandlungen mehr notwendig sind. Dies bedingt zumindest eine objektive Bestimmbarkeit der subjektiv und objektiv wesentlichen Punkte<sup>11</sup>. Die Konditionen des definitiven Vertragsschlusses sind bei den vorne erwähnten Verträgen schon im Zeitpunkt der Einschreibung in die Warteliste zumeist klar. Die Ausübungserklärung setzt folglich *bereits Vereinbartes in Gang*.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 113 II 31 ff., 34 f.; vgl. HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, BSK-BUCHER, OR 22 N 22; vgl. NICOLAS R. HERZOG, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Diss. Zürich 1999, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 154, N 168.

<sup>10</sup> Vgl. BSK-BUCHER (FN 9), OR 22 N 22; vgl. CHRISTOPH NOELPP, Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Diss. Basel 1987, Basler Studien zum Privatrecht, Reihe A, Band 14, 27 ff.; vgl. BGE 94 II 274 ff., 278 f.

<sup>11</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_551/2008, E. 5.1 und Urteil BGer 4A\_111/2009, E. 2.1.

## b. Vorvertrag

Der Vorvertrag (Art. 22 Abs. 1 OR) ist causa des Hauptvertrages, die Leistungspflicht besteht in der Abgabe einer Angebots- oder Annahmeerklärung<sup>12</sup>. Der Unterschied zur Option besteht darin, dass es zur Entstehung des Hauptvertrages noch der Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen bedarf<sup>13</sup>. Näher bei der Option ist die spezielle Form des *einseitig bindenden Vorvertrages*. Sie räumt der einseitig berechtigten Vorvertragspartei jedoch kein Gestaltungsrecht ein, sondern gewährt lediglich einen Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages<sup>14</sup>. Erfasst die vorvertragliche Regelung alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages, kann direkt auf Erfüllung der hauptvertraglichen Leistung geklagt werden<sup>15</sup>. Der Anspruch entsteht generell aber nur dann, wenn die Spalte der Warteliste erreicht ist.

## c. Aufschiebend bedingter Vertrag und Auslobung

Sind sämtliche Details des Geschäfts geregelt, wäre je nach Interessenlage die Annahme eines *suspensiv bedingten Vertrages* denkbar<sup>16</sup>. Ohne weitere Handlungen oder Willenserklärung kommt der Vertrag zu Stande, wenn die Spalte der Warteliste erreicht und die Verfügbarkeit der Vertragsleistung gegeben ist. Die Suspensivbedingung ist in Art. 151 Abs. 1 OR erfasst. Es ist jedoch nicht immer unbedingt *ungewiss*, ob die Bedingung eintritt, sondern lediglich, *wann* dies der Fall sein wird. In solchen Fällen ist von einer aufschiebenden *Befristung* auszugehen, wobei die auf die Bedingungen anwendbaren Regeln analoge Anwendung finden<sup>17</sup>. Ist man an der Reihe, kommt der Vertrag zu Stande – es gibt bei dieser Figur auf beiden Seiten keine Wahl- oder Verzichtsmöglichkeiten, wie dies bei der Option oder beim einseitig bindenden Vorvertrag der Fall ist.

Stellt die Warteliste eine Abart der Auslobung dar? Art. 8 OR erwähnt diese Variante nicht, doch lässt sich ein Auslobungsinhalt wortlistenspezifisch wie folgt formulieren: «*Ich verspreche Lieferung des Guts gegen Bezahlung des Kaufpreises. Bedingung ist das Vorrücken auf den ersten Platz der Warteliste.*» Die Lehre anerkennt

Auslobungen auf eine bestimmte oder unbestimmte Vielzahl von Leistungen<sup>18</sup>. Bei Erreichen der Wartelistenspitze entsteht sodann ein Anspruch auf Leistung, bei vorgängigem Rücktritt ein Anspruch auf den Vertrauensschaden (Art. 8 Abs. 2 OR)<sup>19</sup>. Aufgrund der häufig fehlenden *Öffentlichkeit* der Warteliste – die Auslobung muss öffentlich erfolgen<sup>20</sup> – dürfte Art. 8 OR aber nur eine beschränkte Bedeutung für Wartelisten haben.

## d. Subskription und Vertrag mit Liefertermin

Die *Subskription* weist in ihrer Rangsicherungsfunktion eine Ähnlichkeit zur Warteliste auf. Die Subskription ist eine feste Bestellung eines bald erscheinenden Werkes<sup>21</sup>. Erscheint das Werk, hat der Subskribent im Gegensatz zum Optionsnehmer keine Wahl, ob er das Werk will oder nicht.

Viele Automobilhersteller produzieren ihre Autos mit individueller Ausstattung fast ausschliesslich auf Vorbestellung, unter Angabe eines relativ genauen Liefertermins. In diesen Fällen besteht ein unbedingter Vertrag, wobei Änderungen am Fahrzeug bis zu einem gewissen Zeitpunkt vor dem tatsächlichen Produktionsbeginn möglich bleiben. Obwohl dies auch eine Reihenfolge der Produktion definiert und damit eine Warteliste vorliegt, spielen die Probleme der Reihenfolge in dieser Konstellation keine Rolle, sofern die Lieferung rechtzeitig erfolgt. Die Funktion des *Termins* verdrängt die *Rangsicherungsfunktion* der Warteliste.

## e. Culpa in contrahendo

Die rechtliche Bindung des Anbieters lässt sich in speziellen Konstellationen auch mit der *culpa in contrahendo* begründen. Wer die auf der Warteliste eingetragenen Personen warten lässt, obwohl er weiß, dass er keinen Vertrag mit ihnen schliessen wird, verletzt die Pflichten aus dem entstehenden Vertragsverhältnis. Dieser Fall ist vergleichbar mit Führen von Vertragsverhandlungen ohne Abschlusswillen<sup>22</sup>.

<sup>12</sup> Vgl. HERZOG (FN 9), N 81, 92, 106.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 113 II 31 ff., 34 f.

<sup>14</sup> Vgl. dazu HERZOG (FN 9), N 118 ff., N 120 und dort Fn. 381.

<sup>15</sup> Vgl. BSK-BUCHER (FN 9), OR 22 N 53 f., m.w.H.

<sup>16</sup> Zum bedingten Hauptvertrag siehe HERZOG (FN 9), N 135 f.

<sup>17</sup> Vgl. BSK-EHRAT (FN 9), vor OR 151–157 N 13 f.; vgl. HANS MERZ, Obligationenrecht, SPR VI/1, Basel 1984, 152 f.

<sup>18</sup> Vgl. ZK-WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V 1a, 3. A., Zürich 1973, OR 8 N 13 f. und 52.

<sup>19</sup> Vgl. MARC AMSTUTZ ET AL. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (zitiert: CHK-VERFASSEN, CHK-KUT, OR 8 N 8 und 17 ff.).

<sup>20</sup> BSK-BUCHER (FN 9), OR 8 N 12.

<sup>21</sup> Vgl. dazu vgl. MATTHIAS CASPER, Der Optionsvertrag, Jus Privatum Band 98, Tübingen 2005, 90.

<sup>22</sup> Vgl. BSK-BUCHER (FN 9), OR 1 N 82.

## f. Gefälligkeit

Denkbar ist auch, dass die Aufnahme in eine Warteliste keinerlei rechtliche Bedeutung haben könnte, bis man ein verbindliches Angebot bekommt. Das Erfassen der Adresse dient dabei lediglich den Anbietern als Erinnerung an mögliche Kunden. Allerdings stellt sich dann die Frage, ob dieses Dokument zu Recht noch die Bezeichnung «Warteliste» tragen soll.

## g. Qualifikationskriterien

Die Auslegung der Bedeutung eines Wartelistenplatzes erfolgt nach bewährten vertragsrechtlichen Grundsätzen. Ob mit der Eintragung in die Warteliste bereits ein Vertrag geschlossen worden ist, ist Gegenstand der Auslegung der Willenserklärung. Liegt kein übereinstimmender Wille vor, sind die Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen<sup>23</sup>. Dass die Eintragung in die Warteliste meist nichts kostet, muss nicht auf eine Gefälligkeit hindeuten. Gefälligkeit und Unentgeltlichkeit haben nicht dieselbe Bedeutung<sup>24</sup>. Eine Gefälligkeit liegt bei Fehlen eines Rechtsbindungswillens vor<sup>25</sup>. Ob ein Rechtsbindungswillen vorliegt, kann mit Hilfe von *Seriositätsindizien*<sup>26</sup> geprüft werden. Es sind dies die wirtschaftliche Bedeutung, das erkennbare Interesse der Person auf der Warteliste und das Potential der Schädigung, falls die Warteliste keine Beachtung findet<sup>27</sup>. Ein klares Seriositätsindiz zu Lasten des Anbieters dürfte in der Entgeltlichkeit der Wartelistenaufnahme liegen. Verlangt der Anbieter für die Einschreibung in die Warteliste eine Gebühr, so spricht dies sicher gegen das ausserrechtliche Handeln und für eine rechtlich durchsetzbare Verpflichtung.

Die Annahme eines Vorvertrages oder eines bedingten Vertrages ist bei langjährigen Wartelisten kaum passend. Nur wenige Personen können über einen derart langen Zeithorizont verlässliche Aussagen machen oder Bindungen eingehen. Wer weiss, ob der *Birkin bag* in fünf Jahren ins Budget passt und noch eine Verwendung dafür besteht? Der Optionsvertrag, der die volle Entscheidungsfreiheit zum Erwerb belässt, ist in solchen Fällen angemessener, doch muss bei der Option als Voraussetzung

der in Gang zu setzende Vertrag bereits bestimmt oder objektiv bestimmbar sein<sup>28</sup>. Ein wesentlicher Faktor bei der Beurteilung dürfte somit in der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Vertragsleistungen liegen. Häufig vereinbaren wartende Parteien, dass sich der Wert einer Vertragsleistung nach einer im Erfüllungszeitpunkt gültigen Preisliste richtet. Darin liegt ein implizit vereinbartes und im Umfang meist unbeschränktes einseitiges Änderungsrecht, dessen Gültigkeit aufgrund der fehlenden objektiven Bestimmbarkeit fraglich ist, vom Bundesgericht aber noch als genügend erachtet wird<sup>29</sup>.

Der Optionsvertrag passt besonders gut zu Verträgen, bei denen usanzgemäß parallele Anmeldungsprozesse mit mehreren Anbietern laufen. Es ist beispielsweise üblich, sich bei mehreren Ausbildungsstätten, Kinderkrippen oder Altersheimen zu bewerben und in die Wartelisten eintragen zu lassen. Die Parteien gehen stillschweigend davon aus, dass man als Mehrfachbewerber in der Entscheidung frei ist, den Vertragsabschluss herbeizuführen, wenn man an der Reihe ist. Die Anbieter gewähren manchmal sogar eine *Bedenkfrist* zur An- oder Ablehnung des Angebots oder belassen die wartende Person auf dem ersten Platz, auch wenn sie ablehnt, was insbesondere bei Altersheimen gut passt.

## 2. Bezuglich der Rangsicherungsfunktion

### a. *Venire contra factum proprium*

Die Warteliste weckt die Erwartung der zeitlich korrekten Behandlung, die die Anbieter durch Bevorzugung einzelner Personen enttäuschen<sup>30</sup>. Diese Erwartungshaltung ist so natürlich, dass Personen von sich aus Warteschlangen bilden, deren klare Struktur und Durchsetzung den Prinzipien des *first come, first served* oder *first in, first out*

<sup>23</sup> Vgl. vorne, Titel II.1.a.

<sup>24</sup> Vgl. ARNOLD F. RUSCH/CLAIRES HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, 37 ff., 42 ff.; vgl. BGE 84 II 13 ff., 20.

<sup>25</sup> Vgl. die Beispiele direkter und indirekter Verletzungen bei KEVIN GRAY, The Legal Order of the Queue (Draft), Internet: <http://www.lse.ac.uk/collections/law/projects/techniquesofownership/tech-gray.pdf>, 1 ff., 25 f. Darunter fällt auch die indirekte Bevorzugung, wie z.B. die Benützung der Expresskasse, obwohl man zu viele Güter kaufen will. Ebenso liegt ein Verstoss gegen die Rangsicherung vor, wenn die Personen an der Spitze *unlimitiert* Güter für den Weiterverkauf beziehen können («scalping») beim Ticketverkauf, dazu auch F. NEIL BRADY, Lining Up for Star-Wars Tickets: Some Ruminations On Ethics and Economics Based on An Internet Study of Behavior in Queues, Journal of Business Ethics, 2002, Vol. 38, 157 ff., 160).

<sup>26</sup> Vgl. BK-KRAMER (FN 23), Einleitung, N 63 f.

<sup>27</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_275/2011, E. 4.1.

<sup>28</sup> BK-KRAMER (FN 23), Einleitung, N 64, m.w.H.

<sup>29</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_275/2011, E. 4.1.

folgt<sup>31</sup>. Die Warteliste ist eine moderne, virtuelle Form der Warteschlange<sup>32</sup>. Ausnahmen bestehen für Wartelisten mit klarer Angabe, nach welchen Kriterien und welcher Gewichtung Bevorzugungen zustande kommen<sup>33</sup>.

Denkbar ist die Anwendung des Verbots des *venire contra factum proprium*, eines Anwendungsfalles des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Es gibt hiezu sogar zwei Fälle, die mit dem Vorrücken auf einer Warteliste vergleichbar sind. Der erste betrifft den Ringer Grossen. Er war für die Teilnahme an der Weltmeisterschaft aufgrund des erfolgreich absolvierten Qualifikationsplans «gesetzt». Als der ursprüngliche Favorit Küng doch noch teilnehmen konnte, führte der Ringkampfverband einen zusätzlichen, im Qualifikationsplan nicht vorgesehenen Ausscheidungskampf durch, den Grossen verlor. Grossen hat im Vertrauen auf die endgültige Teilnahme an der Weltmeisterschaft unbezahlten Urlaub für ein Trainingslager genommen. Der Ringkampfverband musste ihm den dadurch entstandenen Schaden ersetzen<sup>34</sup>. Die Rechtsfolge des Verbots des *venire contra factum proprium* bestünde zwar eher im Verbot des zusätzlichen Qualifikationskampfes und damit der direkten Teilnahme an der Weltmeisterschaft (positiver Vertrauenschutz),

damit drang Grossen aber vor dem Summarrichter nicht durch. Der zweite Fall betrifft die Snowboarderin Dal Balcon. Das italienische Olympiakomitee änderte die Qualifikationskriterien während des Qualifikationsprozesses. Als Kriterium für die Olympiaqualifikation sollten ursprünglich *die letzten drei Rennen* dienen. Vor dem letzten Rennen entschied das Komitee, nur *die beiden besten Rennen* zu berücksichtigen. Dal Balcon fiel *aufgrund dieses Kriteriums* vom vierten auf den fünften Platz der Qualifikationsliste – bei lediglich vier Olympiaplätzen. Das Sport-Schiedsgericht entschied, die Änderung des Qualifikationsprozesses bei laufender Qualifikation sei willkürlich und ordnete die Aufnahme Dal Balcons ins italienische Olympiateam an<sup>35</sup>.

Die Pflicht zur zeitlich korrekten Behandlung der wartenden Vertragspartner kann sich aus einer nach Treu und Glauben ergebenden *Nebenpflicht* herleiten. Ähnlich wie die Pistensicherungspflicht beim Abschluss eines Transportvertrags mit einer Bergbahn würde es berechtigtes Vertrauen enttäuschen, wenn der Anbieter sich nicht loyal zu den wartenden Kunden verhält<sup>36</sup>.

## b. Vereitelung einer Bedingung

Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist (Art. 156 OR). Es handelt sich dabei um einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB)<sup>37</sup>. Art. 156 OR ist auf die *Verzögerung des Bedingungseintritts* analog anwendbar<sup>38</sup>. Folglich können sich auch Personen weiter hinten auf der Warteliste darauf berufen. Lässt der Anbieter später auf die Warteliste genommene Kunden überholen, stellt dies einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar. Die Bevorzugung des an-

<sup>31</sup> Vgl. GRAY (FN 30), 3 ff. Diese Prinzipien sind in abgekürzter Form *FIFO* oder *FCFS* bekannt. GRAY (10 ff.) zeigt in seinem Aufsatz auch, dass die Warteschlange sich am sachenrechtlichen Prinzip der *Alterspriorität* orientiert. Zur Durchsetzung der Rangsicherung – vergleichbar mit der Aktivlegitimation – ist diejenige Person berufen und berechtigt, die sich in der Warteschlange hinter dem «Eindringling» befindet. Aber auch alle anderen Personen sind dazu berechtigt, weil es sich um ein soziales System handelt, das Eindringlinge als Ganzes in Frage stellen (vgl. BERND H. SCHMITT/LAURETTE DUBÉ/FRANCE LECLERC, Intrusions Into Waiting Lines: Does the Queue Constitute a Social System? Journal of Personality and Social Psychology 1992, Vol. 63, No. 5, 806 ff., 806 f.).

<sup>32</sup> Die Unterschiede zwischen Warteliste und Warteschlange ergeben sich aus der fehlenden Notwendigkeit des physischen Ausharrens (vgl. ob FN 86). Zumeist organisiert der Anbieter die Warteliste, während sich die Wartenden in Warteschlangen unabhängig vom Anbieter selbst organisieren. Dieser akzeptiert aber möglicherweise die von den wartenden Personen gebildete Schlange und bedient die Personen nach ihrem Warteschlangenplatz. Die Warteliste ist dem Anbieter somit stets zuzurechnen, während dies bei der Warteschlange nicht unbedingt so sein muss.

<sup>33</sup> Bei Krippenverträgen geben die Krippen meist an, welche Kinder bevorzugt werden. Die Bevorzugung richtet sich häufig nach Wohnort, Zivilstand oder Mitarbeiterstatus der Eltern (bei Firmenkrippen), ob bereits Geschwister in der Kinderkrippe sind, ob die Altersdurchmischung stimmt etc. Bei Wartelisten im Flugverkehr rücken Vielflieger vor (Internet: <http://www.miles-and-more.com/online/portal/mam/ch/program/information?nodeid=2994594&l=de&cid=18003>).

<sup>34</sup> Vgl. BGE 121 III 350 ff.

<sup>35</sup> Vgl. Court of Arbitration for Sports (CAS) OG 06/008 vom 18. Februar 2006, Ziff. 16: «*The 2-best rule is a radical alteration to the original criteria. It came too late in the selection process to be fair particularly as it was not announced in a complete fashion and communicated to the Applicant. Therefore, the Panel finds the 2-best rule to be arbitrary and it would be unfair and unreasonable in all the circumstances to apply it.*»; vgl. den Entscheid CAS 06/002 vom 12. Februar 2006 bezüglich der Snowboarderin Andrea Schuler. Das Schiedsgericht hielt fest, dass die Schweizer Qualifikationsregeln Ermessensentscheide zulassen und das Ermessen pflichtgemäß ausgeübt werden sei.

<sup>36</sup> Zur Nebenpflicht der Loyalität siehe RAINER GONZENBACH, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987, 103; zur Pistensicherungspflicht BGE 113 II 246 ff., 250.

<sup>37</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.281/2005, E. 3.5.

<sup>38</sup> Vgl. CHK-ROTH PELLANDA (FN 19), OR 156 N 6; vgl. HANSJÖRG PETER, Das bedingte Geschäft, Habil. Bern 1994, Zürich 1994, 245; vgl. BGE 99 II 282 ff., 288 f.

deren Kunden verhält sich kausal zum ausgebliebenen Vorrücken auf der Warteliste<sup>39</sup>. Die Folge der Vereitelung ist der fingierte Eintritt der Bedingung<sup>40</sup>. Je nach Qualifikation liegt eine Verletzung des Vorvertrages oder des Vertrags oder ein Verzugsfall vor, wenn die Erfüllung ausbleibt. Der Verzug gegenüber der Person auf dem ersten Platz kann sogar ohne Mahnung eintreten, wenn nur der Schuldner um die Verfügbarkeit und damit um die Fälligkeit weiss – bei Wartelisten weiss meist nur der Schuldner, dass das Gut wieder verfügbar ist<sup>41</sup>. Bei Unsicherheit des Bedingungseintritts wäre auch die Anwendung der Figur der *perte d'une chance* gewinnbringend<sup>42</sup>.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn das Gesetz die Berücksichtigung auch anderer Personen verlangt oder an deren Nichtberücksichtigung Nachteile knüpft. Bei der vorzeitigen Rückgabe von Genossenschaftswohnungen zeigt sich diese Situation (vgl. Art. 264 OR). Trotz Warteliste kann die Bevorzugung eines wortelistenfremden Neumieters angezeigt sein, der die Wohnung sofort übernehmen kann. Bevorzugt die Wohngenossenschaft eine Person auf der Warteliste, die nicht sofort einziehen kann, entsteht ihr ein Schaden. Sie müsste den Leerstand der Wohnung selbst tragen, wenn der ausziehende Mieter einen zumutbaren Nachmieter gestellt hat<sup>43</sup>. Der Vermieter kann in solchen Fällen nur noch wählen, welche Konsequenzen er tragen will – es ist die Wahl zwischen den Konsequenzen der verletzten Warteliste oder des nicht berücksichtigten Ersatzmieters.

<sup>39</sup> Zum Erfordernis der Kausalität und zum Verstoss gegen Treu und Glauben siehe BSK-EHRAT (FN 9), OR 156 N 5.

<sup>40</sup> Vgl. PETER (FN 38), 238 f.

<sup>41</sup> Eine Mahnung erübrigert sich in den Fällen, in denen nur der Schuldner um die Fälligkeit weiss (vgl. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 2. A., Zürich 1974, 140).

<sup>42</sup> Vgl. dazu HARDY LANDOLT, *Perte d'une chance – verlorene oder vertane Chance? Anmerkungen zu BGE 133 III 462 ff. und weiteren Urteilen des Bundesgerichts im Jahr 2007*, HAVE 2008, 68 ff., m.w.H.; vgl. BGE 133 III 462 ff., 467 ff. (ablehnend); vgl. Urteil BGer 4A\_227/2007, E. 3.5 (ablehnend).

<sup>43</sup> Zu diesem Problem ausführlich RICHARD PERMANN, Kommentar Mietrecht, 2. A. Zürich 2007, OR 264 N 30 f.; vgl. BSK-WEBER (FN 9), OR 264 N 2, m.w.H.; vgl. auch AG Schwäbisch Hall, Urteil vom 27. November 1996 – 6 C 571/96 in NJWE-MietR 1997, 127 f., 128 – es ging um einen Vermieter, der das Gesuch eines betagten Ehepaars um Überlassung eines Teils der Mietwohnung an Sohn und Schwiegertochter zwecks Betreuung abgewiesen hatte: «Die Unzumutbarkeit kann auch nicht darauf gestützt werden, dass durch die teilweise Gebrauchsüberlassung der Mietwohnung an den Sohn und die Schwiegertochter der Kl. die Wartelisten der Bekl. umgangen werden. Die mögliche Erschwerung der Modalitäten bei der Vergabe von vermietetem Wohnraum ist kein geeigneter Grund, die Rechte, die das BGB den Mietern gewährt, zu versagen.».

### c. Culpa in contrahendo

Verneint man den Abschluss eines Options- oder Vorvertrages oder eines bedingten Vertrages, bleiben die Parteien dennoch an die Pflichten *aus dem sich anbahnenden Vertragsverhältnis* gebunden. Auch nach Vertragsschluss sind diese Grundsätze anwendbar, werden jedoch durch die vertragliche Haftung verdrängt<sup>44</sup>. Die *culpa in contrahendo* knüpft an das Verhalten nach Treu und Glauben an<sup>45</sup>. Aus einer Warteliste lässt sich nach Treu und Glauben eine berechtigte Erwartung knüpfen, dass die Zuteilung der knappen Vertragsleistung ohne Bevorzugung zeitlich nachfolgender Interessenten erfolgt. Alleine die Wahl der Warteliste als Zuteilungsform der Mangelwirtschaft weckt angesichts der möglichen Alternativen bereits Erwartungen. Kommt es auf die zeitliche Komponente nicht an, könnte die Zuteilung auch über das Los<sup>46</sup>, die Auktion (Art. 239 ff. OR), die Auslobung und das Preisausschreiben (Art. 8 OR) oder die freie Entscheidung des Anbieters erfolgen. Die Zuteilungskriterien bei diesen Verfahren sind der *Zufall*, der *Preis*, die *Leistung* und der *Wille* – alle drei Verfahren kennen legitime Anwendungen, für die sich die Warteliste nicht eignet<sup>47</sup>. Erwartungen hinsichtlich einer Rangsicherung und der Verbindlichkeit können ihre Rechtfertigung auch daraus ziehen, dass der Anbieter mit der Warteliste bereits eigene Kosten an die Wartenden externalisiert – für den Anbieter garantiert die Warteliste einen konstanten Absatz ohne kostenintensive Fluktuationsspitzen<sup>48</sup>. Das durch Überholen verzögerte Vorrücken auf der Warteliste ist eine schwächere Form der Streichung von der Warteliste. Beide Formen – die Verzögerung der Behandlung eines Antrags und der grundlose Abbruch von Vertragsverhandlungen – können folglich von der *culpa in contrahendo* erfasst sein<sup>49</sup>.

Wer aufgrund der Rang- oder Warteliste berechtigt glauben darf, dass sich ein regelmässiges und sicheres

<sup>44</sup> Existiert ein Vertrag, verdrängt dies die Haftung aus *culpa in contrahendo*, vgl. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 2008, N 957, 983.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 121 III 350 ff., 354.

<sup>46</sup> Die Zufälligkeit der Losziehung weckt keine falschen Erwartungen bezüglich eines zeitlichen Ranges, vgl. DEPENHEUER (FN 8), JZ 1993, 175 ff.

<sup>47</sup> Die Warteliste enthält indirekt auch eine Zuteilung über Kosten und damit über einen Preis – man muss sich das Warten genauso «leisten» können (vgl. das Zitat in Fn. 87).

<sup>48</sup> Vgl. GRAY (FN 30), 2 f.

<sup>49</sup> Vgl. dazu GONZENBACH (FN 36), 95 ff. und 101 f.; zur Verzögerung bei der Behandlung eines Versicherungsantrages als Anwendungsfall der *culpa in contrahendo* siehe das Urteil des OLG Saarbrücken, vom 11. Januar 2006 – 5 U 584/04 in NJOZ 2006, 1998 ff.; vgl. auch BGE 112 II 245 ff., 256.

Vorrücken ohne Bevorzugung späterer Kunden einstellt, sieht sich später getäuscht, wenn er überholt wird. Ebenso verhält es sich in Fällen, in denen der Anbieter Personen ohne Grund von der Liste streicht oder ihnen nicht mitteilt, dass der Eintritt der Bedingung äußerst unsicher ist<sup>50</sup>. Der Warteliste fehlt in solchen Fällen die *Ernstlichkeit* – daraus resultiert die Pflicht, das Vertrauen rechtzeitig zu zerstören oder durch Warnhinweise – im Sinne der Offenlegung der Auswahlkriterien – gar nicht erst entstehen zu lassen<sup>51</sup>. Die schuldhafte Verletzung der vorvertraglichen Verhaltenspflicht und der Schadenseintritt müssen sich natürlich und adäquat-kausal zueinander verhalten<sup>52</sup>. Die Rechtsfolge ist grundsätzlich eine Haftung auf das *negative Interesse*<sup>53</sup>.

#### d. Anwartschaft

Die Terminologie dieses aus Deutschland importierten Instituts ist nicht einheitlich. Das bedingte Rechtsgeschäft wird auch hierzulande teilweise als Anwartschaft bezeichnet. Die Parteien seien zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet und dürfen die sich entwickelnde Rechtsposition nicht beeinträchtigen<sup>54</sup>. Dafür ist

indes keine spezielle Rechtsfigur nötig, weil Art. 151–157 OR dies schon regeln. Der Anwartschaftsbegriff ist, wenn er ein neues Element in die Diskussion bringen soll, beschränkt auf eine *Vorstufe zum bedingten Geschäft* zu analysieren – so weit ist die Diskussion indes nicht<sup>55</sup>. Dennoch lässt sich der Anwartschaftsbegriff fruchtbar einsetzen.

Die gängigen Definitionen der Anwartschaft beschreiben diese als eine Position, die in einem mehrstufigen Rechtserwerb eine gesicherte Rechtsstellung darstellt und das Stadium der Aussicht oder der Erwartung überschritten hat, die der Veräußerer nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann<sup>56</sup>. Obwohl noch im Schwebezustand, erwartet die potentiell berechtigte Person die Perfektion des Tatbestands mit einiger Sicherheit. Wesentlicher Teil der Anwartschaftsqualität als Recht ist die Befugnis, über die Rechtsposition verfügen zu können<sup>57</sup>. Als Beispiel dafür dient der Kauf unter Eigentumsvorbehalt, sofern die Sache bereits übergeben worden ist<sup>58</sup>. Dieses Beispiel zeigt, dass ein Platz auf der Warteliste noch recht weit von einer Anwartschaft im so verstandenen Sinne entfernt ist<sup>59</sup>. Bemerkenswert ist aber, dass *ein praktisches Bedürfnis nach Schutz und Übertragbarkeit der entstehenden Rechte* als Begründung für die Anwartschaft eine ursächliche Rolle gespielt hat<sup>60</sup>. Dieses Bedürfnis nach Schutz vor der eigentlichen Entstehung eines Rechts hat sich seither deutlich akzentuiert, wie nur schon die Schaffung der Vertrauenschaftung zeigt. Von der Bedürfnislage her wäre es also möglicherweise angezeigt, auch vagere Aussichten wie Wartelistenplätze, die noch nicht die Ausgeprägtheit eines bedingten Vertrages

<sup>50</sup> Vgl. den Entscheid in JAR 1991, 313 ff., 314: «*Ein davon abweichendes Verhalten begründet den speziellen Haftungstatbestand der culpa in contrahendo. Dieser muss neben der vorvertraglichen Verhandlungsphase auch dort (umso mehr!) zur Anwendung kommen, wo ein Vertrag zwar bereits geschlossen ist, jedoch im Schwebezustand ist, weil eine aufschiebende Bedingung noch nicht eingetreten ist.*».

<sup>51</sup> Vgl. das Beispiel einer Wohngenossenschaft: «*Die Vermietungen erfolgen unter Berücksichtigung der Warteliste ohne Beachtung einer Rangfolge nach Bewerbungseingang.*» (Internet: <http://www.klybeck.org/Page3.html>); vgl. Art. 6 der Beitragsverordnung der Stiftung «Pro Helvetica» (SR 447.12): «*Bei Mittelknappheit unterstützt die Stiftung vorrangig Projekte und Werke, die mehrere Kriterien nach Artikel 5 Absatz 2 erfüllen und eine nachweislich grössere Wirkung haben.*».

<sup>52</sup> Vgl. GONZENBACH (FN 36), 138.

<sup>53</sup> Vgl. GONZENBACH (FN 36), 199 ff.

<sup>54</sup> Vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A., Zürich 2008, N 3995; vgl. zur Verwendung in der Schweiz insbesondere DIETER ZOBL, Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schluep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 495 ff. und BGE 94 II 105 ff., 112: «*Wesentlich ist, dass nach beiden Auffassungen der Kaufvertrag erst perfekt wird mit der Erklärung des Berechtigten, sein Kaufsrecht ausüben zu wollen. Solange eine solche Erklärung nicht vorliegt, ist die andere Vertragspartei nicht zur Übertragung des Eigentums verpflichtet. Während dieses Zwischenstadiums ändert sich an den Eigentumsverhältnissen nichts. Der Kaufsrechtsvertrag begründet lediglich eine Anwartschaft des Berechtigten, deren Ver-*

*wirklichkeit zwar von seinem Willen abhängt, aber noch ungewiss ist.*».

<sup>55</sup> Vgl. die zutreffende Kritik an der gängigen Terminologie bei MERZ (FN 17), SPR VI/1, 158 und 75 (Definition); vgl. NOELPP (FN 10), 34: «*Damit wird deutlich, dass es keinen einheitlichen Begriff „Anwartschaft“ gibt und somit keine diesbezüglichen, einheitlichen Regeln bestehen, die für alle Anwartschaftsrechte Gültigkeit besitzen könnten.*»; vgl. die Analyse ZOBLs, der die Übernahme der Anwartschaft in das schweizerische Recht ablehnt (ZOBL [FN 54], 524).

<sup>56</sup> Vgl. ZOBL (FN 54), 499 f., m.w.H.; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 54), N 3995.

<sup>57</sup> Vgl. ZOBL (FN 54), 498, 510 f. und HANS FORKEL, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Berliner Juristische Abhandlungen, Band 6, Berlin 1962, 116.

<sup>58</sup> Vgl. ZOBL (FN 54), 500.

<sup>59</sup> Vgl. dazu FORKEL (FN 57), 101: «*Der Gedanke, auf jeder Stufe eines sich erfüllenden Erwerbstatbestands ein Recht anzunehmen, wäre schlechterdings abwegig.*».

<sup>60</sup> Vgl. ZOBL (FN 54), 498; vgl. FORKEL (FN 57), 101 und 110.

und schon gar nicht der Anwartschaft erreicht haben, als Rechte *übertragbar und schutzfähig* auszustalten. Dies würde auch den Weg zum dinglichen Schutz ebnen, denn das Anwartschaftsrecht ist deliktsrechtlich geschützt<sup>61</sup>.

### e. Diskriminierung und Boykott

Das Verhalten ist zusätzlich widerrechtlich im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR, wenn die bevorzugte Auswahl und damit die Leistungsverweigerung nach rassistischen Merkmalen im Sinne des Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB erfolgt<sup>62</sup>. Ebenso widerrechtlich ist der Boykott<sup>63</sup>. Im Kartellgesetz ist für marktbeherrschende Unternehmungen die Verweigerung von Handelsbeziehungen und die Diskriminierung von Handelspartnern verboten (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a und b KG).

### f. AGB-Korrektiv

Anbieter, die die wartelistspezifischen Zuteilungskriterien der Zeit und der Verfügbarkeit der Güter einschränken, unterliegen dem AGB-Korrektiv der Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel sowie der Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG. Gerade die Erkenntnis, dass das Überholen in Warteschlangen für Empörung<sup>64</sup> sorgt, spricht für die Ungewöhnlichkeit und das Überraschungsmoment einer «Überholklausel» bei Wartelisten.

### g. Schutz gegenüber dem Eindringling

Die bestehenden Rangschutzmechanismen obligatorischer Rechte funktionieren im Verhältnis der wartenden Person *zum Anbieter*. Ein direkter Schutz der wartenden Personen *gegenüber Eindringlingen* lässt sich indes nur mit einer verdinglichten Position erklären, die eine Aktivlegitimation gegenüber dem Eindringling schafft. Bei der *Warteschlange* erwartet die Menge, dass die Person direkt

hinter dem Eindringling die richtigen Rangverhältnisse durchsetzt<sup>65</sup>. Dieses System erinnert an die Besitzwehr und -kehr (Art. 926 ff. ZGB). Denkbar wäre auch ein mitgliedschaftsrechtlicher Schutzansatz, da im Unterschied zur Warteliste häufig nicht der Anbieter, sondern die wartende Menge die Organisationsform der Warteschlange wählt. Der Eindringling masst sich die Gesellschafterposition an. Die besitzes- und die gesellschaftsrechtliche Begründung des Schutzes muten indes für die Warteliste eher abenteuerlich an. Es gibt keinen Besitz, nicht am Wartelistenplatz und auch nicht am erwarteten Gut. Auch eine Gesellschaft liegt zumeist nicht vor. Vielversprechender ist der deliktsrechtliche Ansatz. Die psychologische Analyse der Warteschlange hat gezeigt, dass nicht nur der drohende Verlust an Zeit zur Vertreibung des Eindringlings führt, sondern auch und insbesondere die Empörung über das inadäquate Verhalten<sup>66</sup>. Diese Einschätzung eröffnet einen Schadenersatzanspruch aufgrund der *sittenwidrigen Schädigung* gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR, allerdings nur bei Vorsatz, es sei denn, man bejahe die Anwendbarkeit des Art. 2 ZGB als Schutznorm<sup>67</sup>.

REETZ bejaht im Gegensatz zur h.L., aber in Übereinstimmung mit dem Wortlaut die Anwendbarkeit des Art. 152 Abs. 3 OR auch auf bedingte *Verpflichtungen*<sup>68</sup>. Folgt man seiner Ansicht, ist die Übertragung des ersehnten Guts an den Eindringling oder die überholende Person ungültig, weil sie die bedingte Verpflichtung gegenüber den Personen auf der Warteliste beeinträchtigt. Die Folgen wären durchaus adäquat. Wer vom Anbieter gutgläubig erwirbt, wäre dennoch in seinem Erwerb geschützt<sup>69</sup>. Auf die allfällige Ungültigkeit der Verfügung – gegen den Eindringling gerichtet, nicht gegen den Anbieter – könnten sich alle Personen auf der Warteliste berufen. Indes lässt sich nur schwer erklären, weshalb der unbedingt Berechtigte die Verfügung hinnehmen muss, während sie für die bedingt Berechtigten dahinfallen soll<sup>70</sup>.

<sup>61</sup> Vgl. GERHARD WAGNER, Münchener Kommentar zu BGB 823, 5. A., München 2009, N 151; Titel II.2.g widmet sich dem Rechtschutz des Wartenden gegenüber dem Eindringling.

<sup>62</sup> Vgl. die Beispiele bei ANDREAS LEISSNER, Zivilrechtliche Antidiskriminierungsgesetze als Hindernisse für die Durchsetzung von Diskriminierungsverboten im deutschen und im englischen Privatrecht? Diss. Bielefeld 2008, Göttingen 2008, 78, Fn. 275. Nur Ausländer mussten auf eine vorgetäuschte Warteliste, während Deutsche ihr Training im Fitnessstudio sofort beginnen konnten.

<sup>63</sup> Der Boykott ist auch bei Wartelisten denkbar, so zum Beispiel bei der Nichtberücksichtigung von Anwälten für Pflichtmandate durch Gerichte.

<sup>64</sup> Vgl. hinten FN 66.

<sup>65</sup> Vgl. SCHMITT/DUBÉ/LECLERC (FN 31), 806 f.

<sup>66</sup> Vgl. SCHMITT/DUBÉ/LECLERC (FN 31), 806 f.

<sup>67</sup> Vgl. BSK-HEIERLI/SCHNYDER (FN 9), OR 41 N 36 (Ablehnung von Art. 2 ZGB als Schutznorm) und N 42; zum Eingriff in fremde Forderungsrechte vgl. BGE 114 II 91 ff., 98 und BGE 114 II 329 ff., 332.

<sup>68</sup> Vgl. PETER REETZ, Die Sicherungszession von Forderungen, Habilit. Fribourg 2006, N 126 ff., m.w.H., insbesondere 131; a.M. statt vieler ROBERT LAUKO, Art. 152 Abs. 3 OR und die aufschiebend bedingte Abtretung, Diss. Zürich 2012, 5–11, HUGUENIN (FN 44), N 1264 und PETER (FN 38), 347.

<sup>69</sup> Vgl. REETZ (FN 68), N 137.

<sup>70</sup> LAUKO (FN 68), 11.

## **h. Qualifikationskriterien**

In vielen Fällen ist es bekannt, dass die Warteliste keinen Anspruch auf Beachtung der zeitlichen Rangverhältnisse gewährt. Bei Wartelisten für Luxusgüter wissen die meisten Interessenten, dass «bessere» Kunden die Ware sofort oder zumindest schneller erhalten. Denkbar wäre allerdings auch die Interpretation, dass die Warteliste ohnehin nur für die gewöhnlichen Kunden gilt – die «besseren Kunden» überholen gar nicht, weil sie nicht auf die Warteliste müssen. Dieses System ist für die öffentlich-rechtliche Besetzung der Auditorenstellen an den Zürcher Bezirksgerichten anwendbar. Wer das Jusstudium *magna cum laude* oder besser abgeschlossen hat, kommt gar nicht erst auf die Warteliste, sondern erhält die Stelle meist umgehend. Die Warteliste erfasst somit mehr oder weniger erkennbar nur diejenigen Stellen, die die Gerichte nicht mit magna-Absolventen besetzen können.

Die meisten Wartelisten schweigen sich über Rangsicherungsfunktion und die zeitlich korrekte Behandlung aus, erwähnen aber gewisse Tatbestände, die eine Bevorzugung auslösen. Der Wortlaut sowie der Sinn und Zweck der Vereinbarung helfen in solchen Fällen bei der Auslegung, ob die Liste die Ausnahmen abschliessend erfasst. Wiederum ist anhand der Seriositätsindizien (vorne, II.1.g) zu prüfen, welche erkennbare Bedeutung und welcher Wert dem Wartelistenplatz zukommt. Dabei kann der Tatsache, dass man möglicherweise keine Einsicht in die Warteliste hat, nur untergeordnete Bedeutung zukommen. Auch wenn man nicht weiss, wie viele Personen auf welchen Rängen auf etwas warten, heisst dies nicht, dass keine Rangsicherungsfunktion besteht. Schon die Bezeichnung als «Warteliste» wäre angesichts einer fehlenden Rangsicherungsfunktion ein Etikettenschwindel. Auch wenn zwischen der Transparenz und der Rangsicherungsfunktion ein Zusammenhang besteht – dies lässt sich auch am grundbuchlich festgehaltenen Rang der beschränkt dinglichen Rechte an Grundstücken feststellen – entpuppt sich der Schluss von der fehlenden Transparenz auf die fehlende Rangsicherungsfunktion als Zirkelschluss (zur Durchsetzung der Transparenz siehe hinten, III.4).

## **III. Weitere Folgen der Warteliste**

### **1. Eintritt eines Schadens**

Besteht eine Verpflichtung, die erwartete Vertragsleistung anzunehmen, stellt sich die Frage, ob es bei einer Verweigerung angesichts der Warteliste überhaupt zu einem Schaden des Anbieters kommen kann. Bei den meisten

Verträgen gibt es eine Anrechnungs- und Schadensminderungspflicht, die zur Weiterveräußerung der Vertragsleistung in guten Treuen verpflichtet<sup>71</sup>. Angesichts der Warteliste sollte die Weiterveräußerung deshalb keine Probleme bereiten. Der allfällige Schaden kann höchstens noch im Aufwand bestehen, der im nutzlosen Angebot der Vertragsleistung liegt. Im umgekehrten Fall ist der Schadensnachweis einfacher. Wer auf der Warteliste überholt worden ist, kann je nach den anwendbaren Normen des Verzugs, der *culpa in contrahendo* oder der Vertragsverletzung in der Höhe des negativen oder positiven Interesses geltend machen.

## **2. Wichtiger Grund**

Die Existenz einer Warteliste hat auch Bedeutung bei der Beurteilung eines *wichtigen Grundes zur Vertragsauflösung*. Art. 266g Abs. 2 OR statuiert die Beurteilung des wichtigen Grundes «unter Würdigung aller Umstände». Der wichtige Grund ermöglicht die Auflösung von Dauerschuldverhältnissen aller Art<sup>72</sup>. Die Interessen der Gegenpartei an der Aufrechterhaltung des Vertrages, die beim Ermessensentscheid nach Art. 4 ZGB ebenfalls abzuwagen sind, verlieren deutlich an Gewicht, wenn die Weiterverwendung der Vertragsleistung für Personen auf der Warteliste problemlos möglich ist<sup>73</sup>.

## **3. Verhaltenspflichten wartender Personen**

Es stellt sich die Frage, ob die Aufnahme auf der Warteliste auch gewisse Pflichten der wartenden Personen enthält. Denkbar sind allfällige Erreichbarkeits-, Erneuerungs- oder Abmeldepflichten. Wartelisten sehen zum Teil vor,

<sup>71</sup> Vgl. Art. 215 OR (Kauf); vgl. Art. 264 OR (Miete).

<sup>72</sup> Vgl. Art. 266g OR; vgl. BGE 128 III 428 ff., 429.

<sup>73</sup> Dieser Gedanke im Entscheid des LG Duisburg (zitiert in Fn. 79) und AG Giessen, Entscheidung vom 21. Juli 1993 – 48 C 163/93; vgl. allg. BSK-WEBER (FN 9), OR 266g N 5; vgl. LÜCK STEFAN, in: THOMAS HANNEMANN/MICHAEL WIEGNER (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. A., München 2010, § 27 N 32: «*Es ist nicht zu verkennen, dass langfristige Mietverträge einseitig den Vermieter begünstigen. Der Mieter ist häufig gezwungen, die für ihn ungünstige langfristige Bindung einzugehen. Zur Korrektur dieses Ungleichgewichts behilft sich die Rechtsprechung, indem sie eine Fürsorgepflicht annimmt, wenn der Vermieter ohne grössere Schwierigkeiten neu vermieten kann oder sogar Wartelisten führt.*»; vgl. aber OLG Celle, Urteil vom 10. Mai 1995 – 20 U 75/94 in NJW-RR 1995, 1465 ff., 1467 (Internatsvertrag mit Warteliste).

dass der Eintrag ohne periodische Erneuerung verfällt<sup>74</sup>. Wer sich zwar eintragen lässt, aber sich beim Interessewegfall nicht mehr abmeldet, verursacht dem Anbieter Umtriebe. Bejaht man entsprechende Verhaltenspflichten des Anbieters im Rahmen der *culpa in contrahendo* – wie z.B. keine Bevorzugung wartelistenfremder oder später aufgenommener Personen sowie keine willkürliche Streichung von der Warteliste – so gehört dazu spiegelbildlich auch die sofortige Aufklärung über den fehlenden Abschlusswillen seitens der wartenden Person<sup>75</sup>. Die wartende Person kann überdies nicht erwarten, dass der Anbieter sie mit allen verfügbaren Mitteln sucht. War die wartende Person im entscheidenden Zeitpunkt nicht erreichbar, verliert sie den Platz – wobei die Intensität der Erreichbarkeit nach den Umständen stark variieren dürfte<sup>76</sup>.

#### 4. Transparenz und Beweis

Wartelisten sind für die wartenden Kunden und betroffene Dritte nicht immer transparent. Bevorzugt der Anbieter eine Person ausserhalb der Warteliste oder eine später hinzugetretene Person und vereitelt damit den Eintritt der Bedingung im Sinne des Art. 156 OR, kann die wartende Person auf Leistung oder Feststellung des Bedingungseintritts sowie der Ausübung der Option klagen<sup>77</sup>. In vielen Fällen dürfte die wartende Person jedoch nur zufällig erfahren, dass sie überholt worden ist, weil sie die anderen Personen und deren Rang auf der Warteliste gar nicht kennt. Dennoch lässt sich daraus nicht ableiten, dass keine Rangsicherungsfunktion besteht (siehe dazu vorne, Titel II.2.h).

Wer ein Vertragsverhältnis kündigt, ohne sich an Kündigungsfristen zu halten, wird grundsätzlich schadenersatzpflichtig oder muss den Vertrag bis zur Kündigungsfrist weiterhin erfüllen. Zahlreiche Normen statuieren indes eine Schadensminderungs- oder Anrechnungspflicht, wenn der Anbieter sich nicht um eine Weiterverwendung der Vertragsleistung bemüht<sup>78</sup>. Die natürliche Erwartungs-

haltung richtet sich darauf, dass bei Vorliegen einer Warteliste ein Nachfrageüberhang besteht und die Vertragsleistung problemlos für eine Person auf der Warteliste weiterverwendet werden kann<sup>79</sup>. In solchen Fällen kann sich kein oder zumindest kein grosser Schaden ergeben.

Es stellt sich in beiden Fällen die Frage, wie man Einsicht in die Warteliste durchsetzen kann, um zu beweisen, dass man «dran» gewesen wäre oder dass es weitere Interessenten für die Vertragserfüllung gegeben hätte. Die Beweislast liegt beim Wartenden, der den ersten Platz für sich behauptet oder beim Schadenersatzpflichtigen, der das Vorliegen anderer abschlusswilliger Interessenten geltend macht. Er ist es beide Male, der im Sinne von Art. 8 ZGB aus deren Existenz ein Recht ableitet<sup>80</sup>. In prozessualer Hinsicht kann er dafür die Editionspflicht nutzen<sup>81</sup>. Voraussetzung für die Editionspflicht sind hinreichend bestimmte Behauptungen<sup>82</sup>.

### IV. Übertragung des Wartelistenplatzes

#### 1. Handel mit Wartelistenplätzen

Wiederum hängen die Übertragbarkeit und ihre Form von der rechtlichen Qualifikation der Warteliste ab. Vertragsverhältnisse, Optionen und Vertragsangebote sind grundsätzlich nur mit Zustimmung der Gegenpartei übertragbar. In Deutschland zeigt sich eine verstärkte Bereitschaft der Lehre, eine stillschweigende Zustimmung zur Übertragbarkeit eines Vertragsangebots mit *unpersönlichem*

<sup>74</sup> Vgl. § 16 Abs. 2 der Stationierungsverordnung des Kantons Zürich (ZH LS 747.4).

<sup>75</sup> Vgl. Urteil BGer 4C.320/2002, E. 3.2.

<sup>76</sup> Vgl. die Mitteilungspflicht von Adressänderungen innert 10 Tagen im Meilemer Reglement für Schiff-Standplätze (Art. 2, Internet: [http://www.meilen.ch/documents/Schiffstandplaetze\\_Reglement1.pdf](http://www.meilen.ch/documents/Schiffstandplaetze_Reglement1.pdf), 20. August 2012); wer sich auf einer Warteliste für eine Organtransplantation befindet, muss ständig erreichbar sein (Internet: <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00696/03063/03066/index.html?lang=de>, 20. August 2012).

<sup>77</sup> Vgl. BGE 113 II 31 ff., 33.

<sup>78</sup> Vgl. Art. 264, 293, 324 Abs. 2, 337c Abs. 2 OR; vgl. auch die Grundsätze der Vorteilsrechnung, der Schadensminderungs-

pflicht sowie des Bereicherungsverbots, die aus Art. 2 Abs. 1 ZGB ableitbar sind; vgl. zur Situation bei den Verträgen mit Kinderkrippen RUSCH/HOCHSTRASSER (FN 2), Jusletter 22. Oktober 2007, N 51 ff.

<sup>79</sup> Vgl. diese Überlegung im Entscheid des Landgerichts Duisburg vom 2. November 1999, 23 S 361/98 in BeckRS 2000 00770, E. 2: «Der Mieter hat nach Treu und Glauben einen Anspruch auf vorzeitige Entlassung, wenn er zum einen einen erheblichen Grund für diesen Wunsch hat und zum anderen entweder einen gleichwertigen Nachmieter stellt oder aber die Neuvermietung außerordentlich leicht und ohne nennenswerte eigene Aktivitäten des Vermieters möglich ist. (s. das Beispiel einer bestehenden Warteliste bei Sternel, Mietrecht, Rdz. I 120).».

<sup>80</sup> Vgl. CHK-HEINRICH (FN 19), OR 264 N 10; vgl. BASIL HUBER, Die vorzeitige Rückgabe der Mietwohnung, Diss. St. Gallen 2000, Bamberg 2000, 163 ff. und 183 f.; Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. Juli 2005, nicht publizierte Ziff. 5 (Vertrag mit Kinderkrippe); vgl. RUSCH/HOCHSTRASSER (FN 2), Jusletter 22. Oktober 2007, N 52 (Vertrag mit Kinderkrippe).

<sup>81</sup> Vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO (SR 272).

<sup>82</sup> Vgl. MARKUS BERNI, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, ZPO 160 N 9.

*Charakter* zu bejahren<sup>83</sup>. Die Warteliste kann, muss aber noch kein Indiz für eine unpersönliche Leistung darstellen. Für viele unpersönliche Leistungen gibt es bereits einen Markt für das Outsourcing von Wartelisten mit Internet-Handelsplattformen für Plätze auf der Warteliste. Den Personen auf der Warteliste kann man Angebote zur Ersteigerung ihres Platzes machen<sup>84</sup>. Es ist ökonomisch sinnvoll, dass ein aussichtsreicher Warteplatz an diejenige Person geht, die diesem den höchsten Wert beimisst<sup>85</sup>. Diese Überlegung basiert auf der ökonomischen Prämissen, dass diese Person das Gut auch am effizientesten einsetzen wird. Die in zeitlicher Hinsicht korrekte Behandlung und die Wahrung des Ranges sind nach wie vor gewährleistet, denn durch das Überholmanöver verlängert sich die Warteperiode für die anderen Teilnehmer nicht. Die Warteliste ist zwar eine Weiterentwicklung der Warteschlange. Bei gewissen Warteschlangen verliert man den Rang, wenn man nicht darin ausharrt<sup>86</sup>. Der Unterschied der Warteliste zur Warteschlange besteht aber in jedem Falle gerade in der fehlenden Notwendigkeit des physischen Ausharrens. Es ist überdies nicht ersichtlich, wes-

halb eine Person, die das Produkt während der Wartezeit plötzlich nicht mehr benötigt, ihre während langer Dauer erworbene Position entschädigungslos verlieren sollte<sup>87</sup>. Bei persönlichen Leistungen könnte man diesem Faktum Rechnung tragen, indem man den Anbieter verpflichtet, eine *zumutbare* Person auf der Warteliste zu akzeptieren.

Die Richtigkeit dieser Überlegung zeigt sich bei den sachenrechtlichen Prinzipien der beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken: Auch beim sachenrechtlichen Prinzip der Alterspriorität und bei den Pfandstellen ist ein Handel mit dem Rang der beschränkten dinglichen Rechte möglich<sup>88</sup>. Beim System der Pfandstellen ist es möglich, eine weggefallene oder leer gebliebene Position neu zu besetzen (Art. 813 f. ZGB). Fällt eine Schuld weg, so geschieht dies aufgrund deren Tilgung durch den Grund-eigentümer. Ihm – und im Unterschied zur normalen Warteliste nicht der wartenden Person – soll es deshalb offen stehen, den freien Platz zu veräussern oder die nachgehenden Grundpfandgläubiger nachrücken zu lassen (vgl. Art. 814 Abs. 2 und 3 ZGB)<sup>89</sup>. Den eingangs erwähnten *Birkin bag* könnte Samantha umgehend zu einem bedeutend höheren Preis von einer Person kaufen, die die Wartelistenspitze bereits erkommen hat. Dies zeigt, dass auch jeder zeitliche Schritt in Richtung Kauf grundsätzlich einen monetarisierbaren Wert darstellt, sofern eine Übertragbarkeit tatsächlich besteht. Die nachfolgenden Gedanken widmen sich diesem Problemkreis.

## 2. Optionsvertrag

Die Option, einen Vertrag entstehen zu lassen, ist nur dann durch Zession gemäss Art. 164 ff. OR übertragbar, wenn diesbezüglich eine Abrede besteht oder eine Zustimmung vorliegt<sup>90</sup>. Ohne Einwilligung oder Abrede ist es nur möglich, die daraus entstehende Forderung abzutreten<sup>91</sup>. Dies trifft auch dann zu, wenn das Gestaltungs-

<sup>83</sup> Vgl. JAN BUSCHE, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2012, BGB 399 N 15, m.w.H.

<sup>84</sup> Vgl. den früheren Wartelisten-Dienst «Superoyster» (Internet: <http://techcrunch.com/2006/05/24/superoyster-monetizing-the-waiting-list/>) – Superoyster ermöglichte es den Anbietern, auch beim Weiterverkauf von Wartelistenplätzen mitzuverdienen; vgl. auch die Beispiele von verkauften Plätzen und stellvertretendem Warten in Warteschlangen bei GRAY (FN 30), 23; vgl. den Artikel «Schlangestehere schonen die Nerven und sparen Zeit» in «20 Minuten» vom 7. Juli 2010, 11, über professionelle «Schlangestehere» in der Ukraine. Sie harren in Warteschlangen aus, teilen ihren Auftraggebern kurz vorher mit, dass sie an der Reihe sind und überlassen ihnen in der Folge den Platz.

<sup>85</sup> Vgl. ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, Law & Economics, 6. A., Boston 2012, 74 f.

<sup>86</sup> Zur Bedeutung des Ausharrens in der Warteschlange GRAY (FN 30), 7, insbesondere 11 f. und den Möglichkeiten kurzer Absenzen (18 f.) und BRADY (FN 30), 160, zur Bildung einer Warteliste aus einer Warteschlange. RONGRONG ZHOU/DILIP SOMAN, Consumers Waiting in Queues: The Role of First-order and Second-order Justice (Internet: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=875660&](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875660&)), 5 ff., sind jedoch der Ansicht, dass die gefühlte Gerechtigkeit auch das Ausharren während der gleich langen Wartedauer erfasst. Die Benützungsordnung des amerikanischen Freizeitparks «Six Flags» sieht das bedingungslose Ausharren in der Warteschlange vor: «*Line-jumping, profanity and unruly behavior are offensive to park guests and may be cause for ejection without refund. Guests are not permitted to save places in line, bypass others in line, or exit the line and return to the same place for any reason. Guests exiting a line must go to the back of the line if they decide to return.*» (Internet: <http://www.sixflags.com/america/info/parkpolicies.aspx>).

<sup>87</sup> Zur Wertsteigerung der vorrückenden Warteposition GRAY (FN 30), 14; vgl. aber auch KAUSHIK BASU, Queues and Capitalism, Internet: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/south\\_asia/3579988.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/3579988.stm), der in der Warteschlange einen Gegenpol zur Güterallokation via Preis sieht, aber auch auf die Kosten des Wartens hinweist.

<sup>88</sup> Vgl. BSK-TRAFFER/SCHMID-TSCHIRREN (FN 6), ZGB 812 N 7 und 813 N 6, 11 f.; vgl. BGE 119 III 32 ff., 35.

<sup>89</sup> Vgl. BSK-TRAFFER/SCHMID-TSCHIRREN (FN 6), ZGB 813 N 2 f. und 814 N 6 ff., 10 ff.

<sup>90</sup> Vgl. BGE 94 II 274 ff., 279 f.

<sup>91</sup> Vgl. BGE 94 II 274 ff., 279 f.; vgl. PETER BÖCKLI/LUKAS MOR-SCHER, Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten, SZW 1997, 53 ff., 55 f. zur Übertragung von Optionsrechten, die ihre Grundlage in einem Aktionärbindungsvertrag haben. Sie lassen diese nur mit vorgängiger Abrede

recht noch nicht ausgeübt worden ist<sup>92</sup>. Dennoch ist möglich, dass die Forderung aufgrund besonderer Umstände nicht abtretbar ist, weil es beispielsweise der Gegenpartei auf persönliche Merkmale der ursprünglichen Vertragspartei ankommt<sup>93</sup>.

### 3. Vorvertrag

Die aus einem Vorvertrag resultierende Forderung richtet sich auf den Abschluss des Hauptvertrages. Eine Forderung ist grundsätzlich durch Zession gemäss Art. 164 ff. OR übertragbar. Beim Vorvertrag bedeutet dies aber, dass die Gegenpartei mit einer anderen Person als im Vorvertrag vorgesehen den Hauptvertrag schliessen müsste. Die h.L. lehnt dies zu Recht ab, es sei denn, es sei der Gegenpartei gleichgültig, mit wem sie den Vertrag schliesse, oder die Übertragbarkeit sei explizit vereinbart<sup>94</sup>. Denkbar ist auch die Übernahme des ganzen Vertragsverhältnisses, die jedoch nur mit Zustimmung der Gegenpartei erfolgen darf<sup>95</sup>.

### 4. Bedingter Vertrag

Der bedingte Vertrag ist nur mit Zustimmung des Vertragspartners übertragbar. Forderungen aus einem bedingt geschlossenen Vertrag hingegen sind zedierbar<sup>96</sup>. Es bestehen die gängigen Ausnahmen zur Abtretbarkeit von Forderungen (Art. 164 Abs. 1 OR)<sup>97</sup>.

### 5. Vor Zustandekommen des Vertragsschlusses

#### a. Generell

Die Übertragung eines Wartelistenplatzes, der noch keine vertragliche Verpflichtung enthält, ist als Abtretung einer

oder nachträglicher Zustimmung des Optionsverpflichteten zu. Die Abtretung ohne Zustimmung bewirke lediglich einen Forderungsübergang, nicht aber eine Änderung der Vertragsparteien.

<sup>92</sup> Vgl. BGE 94 II 274 ff., 280.

<sup>93</sup> Vgl. BGE 94 II 274 ff., 281; vgl. BÖCKLI/MORSCHER (FN 91), SZW 1997, 57; zur Rechtslage in Deutschland siehe CASPER (FN 21), 184 f.

<sup>94</sup> Vgl. HERZOG (FN 9), N 391, m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 54), N 3433; vgl. BGE 84 II 13 ff., 20 f.

<sup>95</sup> Siehe zur Vertragsübernahme GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 54), N 3547 ff.

<sup>96</sup> Vgl. PETER (FN 38), 258 f.; vgl. CHK-REETZ/BURRI (FN 19), OR 164 N 8.

<sup>97</sup> Vgl. BSK-GIRSBERGER (FN 9), OR 164 N 27 ff.; vgl. NOELPP (FN 10), 87.

künftigen Forderung denkbar<sup>98</sup>. Es bestehen hierzu auch Alternativen. Die Übertragung könnte immerhin darin bestehen, dass dem Erwerber die *fiduziarische Ausübung* des Wartelistenplatzes im Sinne der indirekten Stellvertretung versprochen wird, sofern dies von der Vertragsleistung her als möglich erscheint. Die Person auf der Warteliste könnte ebenfalls ihren allfälligen Schadenersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* mittels Zession nach Art. 164 ff. OR übertragen. Eine Übertragung wäre überdies für den Zeitpunkt denkbar, in dem der Anbieter einen Antrag formuliert. Die Übertragbarkeit der *Rechtsposition des Empfängers eines Vertragsangebots* besteht unter den gleichen Voraussetzungen wie die Übertragbarkeit der Option als Gestaltungsrecht, also bei Zustimmung oder Abrede. Die h.L. nimmt allerdings eine Zustimmung schon an, wenn es sich um eine unpersönliche Leistung handelt<sup>99</sup>.

#### b. Ausstellung einer Urkunde über den Wartelistenplatz

Wer in der Warteliste oder Warteschlange wie bei der Post eine unpersönliche Urkunde über den Anmeldungeingang oder eine Listenplatznummer erhält, kann diese formlos übertragen. Der Anbieter kann die Berechtigung des Inhabers über den Papierbesitz hinaus nicht weiter überprüfen, weil gar keine Daten dazu existieren<sup>100</sup>. Kauf, Tausch oder Schenkung eines solchen Tickets sind folglich problemlos möglich und aufgrund ihrer Ausgestaltung sogar zu erwarten<sup>101</sup>. Dieses Papier gehört zu den so genannten *Karten und Marken des täglichen Verkehrs*<sup>102</sup> und verkörpert den Rang und das Recht, Verträge abzuschliessen<sup>103</sup>. Das Ticket ist zur Geltendmachung zu Las-

<sup>98</sup> Vgl. ZR 1980, Nr. 143, 314 f. und BGE 94 II 274 ff., 280; die Fraglichkeit der Existenz der Forderung hindert nicht daran, über sie zu verfügen.

<sup>99</sup> Vgl. zur Übertragbarkeit der Rechtsposition des Empfänger eines Vertragsangebots Fn. 83.

<sup>100</sup> Vgl. MARTIN WALSER, Die materiellrechtliche Bedeutung der Karten und Marken des täglichen Verkehrs nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1958, 248; vgl. CR-BOHNET, OR 965 N 24, in: PIERRE TERCIER/MARC AMSTUTZ (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des Obligations II*, art. 530–1186, Basel 2008.

<sup>101</sup> Vgl. WALSER (FN 100), 238 ff., 246 ff. und 251 ff. zu den relevanten Kriterien, zu denen die zu erwartende Übertragung nicht gehört; a.M. PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 7. Teil, Die Wertpapiere, Art. 965–989 und 1145–1155 OR, Zürich 1959 (zitiert: ZK-JÄGGI), OR 965 N 299 und BGE 80 II 26 ff., 34 f.; vgl. zur Unpersönlichkeit und Übertragbarkeit CR-BOHNET (FN 100), OR 965 N 26.

<sup>102</sup> Vgl. die Beschreibung der Karten und Marken des täglichen Verkehrs bei ZK-JÄGGI (FN 101), OR 965 N 297, CR-BOHNET (FN 100), OR 965 N 23 ff., WALSER (FN 100), 226 ff.

<sup>103</sup> Vgl. dazu eingehend WALSER (FN 100), 226 ff.

ten des Berechtigten und des Verpflichteten notwendig, aber zugunsten beider Parteien auch ausreichend. Dies entspricht der qualifizierten Wertpapierklausel<sup>104</sup>.

## V. Schlusswort

Die voranstehende Analyse hat gezeigt, dass Wartelistenplätze nicht immer eine Rangsicherungsfunktion haben und nicht immer rechtlich durchsetzbare Ansprüche verleihen. Dennoch ist die Forderung nach mehr Verbindlichkeit insbesondere bei der Rangsicherung aufgrund der Erwartungshaltung und aus Folgenerwägungen eindeutig gerechtfertigt. Die Zuteilungsinstrumente der Auktion, des Preisausschreibens, des Loses und der Warteliste haben eine wichtige Funktion in der Mangelwirtschaft. Sie müssen transparente, gerechte und effiziente Verfahren gewährleisten und sich gerade in Notzeiten bewähren.

<sup>104</sup> Vgl. zur Stufenfolge der Klauseln ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. A., Bern 2000, § 1 N 23–32 sowie die Übersicht bei § 2 N 7.