

## Warten auf Rolo

1218



**ARNOLD F. RUSCH**

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich

*Darf man auf einer Warteliste überholen? Kann man die Warteliste auch gänzlich überspringen und was bedeutet dies für die anderen Wartenden?*

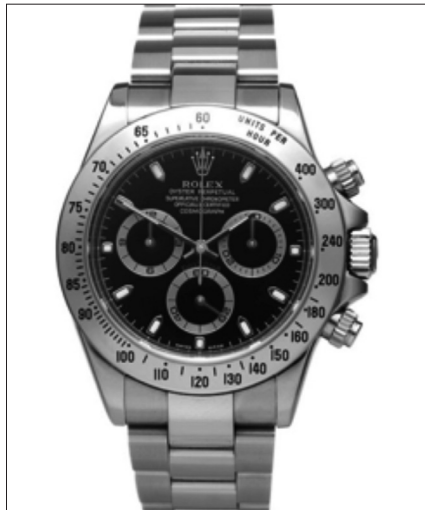
Als *Junganwalt* litt ich besonders ausgeprägt an *Junganwalts-Allüren*. So glaubte ich damals, ohne eine Rolex Daytona kein sinnvolles Leben mehr führen zu können. Genauer hiess das Objekt der Begierde *Rolex Cosmograph Daytona*. Ich wollte unbedingt die besonders faszinierende Stahlversion mit schwarzem Zifferblatt, weil sie vom Design her recht nahe an das legendäre Modell des Rennfahrers und Schauspielers *Paul Newman* herankommt. Mit diesem Wunsch stolzierte ich in den Bucherer in Zürich, wo man mir kurz beschied, ich könne mich in die Warteliste eintragen. Erfahrungsgemäss dauere es ungefähr zehn Jahre, bis man die Uhr erhalte: Ich war bass erstaunt. Ich fragte die Verkäuferin – tief in mir war vielleicht die Ahnung, dass es mich in die Lehre ziehen würde – was denn geschehe, wenn ich mir die Uhr in zehn Jahren nicht mehr leisten könne? Dann müsse ich sie selbstverständlich nicht nehmen. Und der Preis? Der richte sich nach

den Preisen, die in zehn Jahren gelten. Ich verliess den Laden unverrichteter Dinge mit einem Kopf voller ungelöster juristischer Fragen. Der Klassenkämpfer in mir erwachte später, als ich gerüchteweise erfahren hatte, dass die *Goldküstensöhne* die Daytona ohne zu warten sofort erhalten.

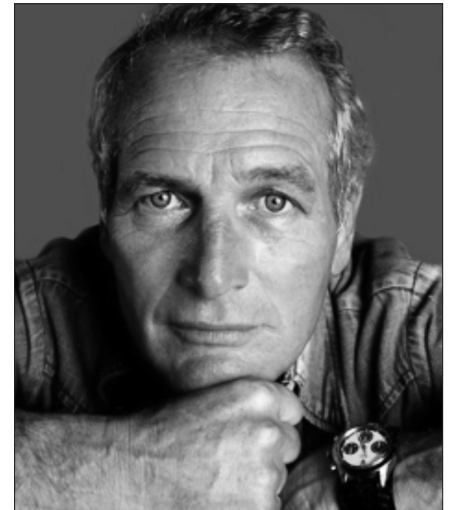
*Was ist eine Warteliste eigentlich, juristisch gesprochen?* Wenn ich bei der Warteliste die Spitze erreicht habe und Uhren verfügbar sind – *muss oder kann ich die Uhr dann kaufen oder habe ich sie in diesem Moment schon gekauft?* Passend dazu drängt sich die Annahme eines Vorvertrags, eines Optionsvertrags oder eines auf das Erreichen der Wartelistenspitze suspensiv bedingten Kaufs auf. Ich würde die Qualifikation gleich mit der nächsten Frage verknüpfen. Wenn sich der Preis

unterwerfen,<sup>1</sup> was den Vorvertrag und den bedingt geschlossenen Vertrag ausschliesst.

*Und was ist mit den überholenden Goldküstensöhnen?* Die Warteliste bedarf eines Schutzes genau wie alle anderen zivilrechtlichen Zuteilungsmechanismen. Geht es um den höchsten Preis, so ist die *Auktion* massgebend. Stört jemand die Auktion, steht den Mitbietenden die Anfechtung des Zuschlags offen (Art. 230 Abs. 1 OR). Geht es um den Zufall als Zuteilungsmechanismus, so empfindet man das *Los* oder den *Münzwurf* als gerecht, aber nur, wenn keine Manipulationen möglich sind – das bedeutet, dass man die Münze hoch genug werfen muss und das manipulationsträchtige Verfahren der Streichholzziehung vermeidet.<sup>2</sup> Resultate manipulierter oder



*Paul Newman trug auch eine Daytona – er erhielt sie sofort! (Bild: Rolex)*



der Uhr nach der Preisliste im Erwerbszeitpunkt richtet und somit ein beliebiges Preisänderungsrecht des Verkäufers oder Herstellers während zehn Jahren besteht, kann von Anfang an nur das Optionsrecht in Frage kommen. Es wäre unzumutbar, sich diesem Preisänderungsrecht bindend zu

<sup>1</sup> Vgl. ARNOLD RUSCH, Die Warteliste im Zivilrecht, AJP/PJA 2012, 1365 ff., 1368; a. A. BGE 84 II 13 ff., 19 f.

<sup>2</sup> VGH München, Beschluss vom 13.2.1991 – 17 P 903560, NJW 1991, 2306 f., 2307; BVerwG, Beschluss vom 15.5.1991 – 6 P 15/89, NJW 1991, 3231 ff., 3232; VG Bremen, Beschluss vom 23.7.2013 – 1 V 757/13, NVwZ-RR 2014, 100 ff., 103 f.

manipulationsgeeigneter Zufallsverfahren müssen deshalb wegen Sittenwidrigkeit nichtig oder zumindest analog zu Art. 230 Abs. 1 OR anfechtbar sein.<sup>3</sup> Geht es um eine Zuteilung im Rahmen eines Wettbewerbs oder einer Auslobung, kann man bei fehlerhafter oder unterbliebener Zuteilung auf Entrichtung der Belohnung klagen (Art. 8 Abs. 1 OR).<sup>4</sup> Sogar die *Willkür* als Zuteilungsmechanismus ist geschützt – immerhin kann sich die entscheidende Person auf einen Willensmangel stützen, wenn sie sich geirrt hat (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, 28 OR). Hat ein vertragsfremder Dritter einen bestehenden Vertrag gestört, liegt vielleicht gar Sittenwidrigkeit vor, die den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag zu beiseitigen vermag, einen Erfüllungsanspruch gegen den Dritten begründet und auch den Weg zum Schadenersatz öffnet.<sup>5</sup> *Worin aber besteht der Schutz der Warteliste, bei der sich die Zuteilung nach der Zeit richtet?* Das Erklimmen der Warteliste stellt eine Kaskade von Bedingungen dar, wenn das Erklimmen der Warteliste als unsicher gilt. Besteht diesbezüglich Sicherheit, liegt eine Befristung vor. Lässt der Anbieter auf der Warteliste überholen, vereitelt er den Bedingungseintritt. Folge davon ist der fingierte Eintritt der Bedingung gemäss Art. 156 OR, der auch auf die Verzögerung des Bedingungseintritts analog anwendbar ist.<sup>6</sup> Ebenso vielversprechend erweist

sich die Berufung auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs – wer warten lässt, verhält sich widersprüchlich, wenn er einen Abnehmer überholen lässt.<sup>7</sup> Als Beleg dafür mögen die vielen sportrechtlichen Entscheidungen dienen, bei denen die Veranstalter das Qualifikationsreglement *bei laufender Qualifikation* ändern.<sup>8</sup> Der fingierte Bedingungseintritt oder die rechtsmissbräuchliche Bevorzugung schaffen somit einen klagbaren Anspruch auf Lieferung der Uhr.<sup>9</sup> Wenn die Bedingungsverletzung mittels sittenwidriger Einnischung in den Optionsvertrag durch einen Dritten erfolgt, so entsteht gar ein direkter Anspruch gegen den Dritten auf Lieferung der Uhr.<sup>10</sup> Dieser Schutz erweist sich als richtig, denn mit jedem Vorrücken auf der Warteliste gewinnt der künftige Anspruch an Wert. Dieser Wert lässt sich sogar realisieren, indem man die künftige Forderung an einen Erwerber abtritt.<sup>11</sup> Der Schutz besteht somit gegen den inkonsequenten Anbieter *und* den Eindringling – in Harmonie mit den psychologischen und soziologischen Erkenntnissen, die schon in der Warteschlange ein *vorrechtliches System* entdeckt haben. Dieses System steckt ganz tief in uns drin: Auch die Wartenden dürfen ihren Platz in der Warteschlange wie bei der Besitzwehr und Besitzkehr verteidigen und mit Gewalt zurückgewinnen.<sup>12</sup>

Das Ganze hat aber einen Haken: Wer sich auf diese Grundsätze beruft, macht sich im Alltag vollends zum Affen. Das ist in einem grösseren Zusammenhang bedenklich, denn es verwässert die Rolle der Zuteilungsverfahren in der Mangelwirtschaft. Ähnliche Tendenzen zeigen sich bei Internet-Auktionen, bei denen Anbieter recht häufig selber mitbieten oder mitbieten lassen – was den Zuschlag nach Art. 230 OR anfechtbar macht!<sup>13</sup> Die intransparenten Überholmanöver zerstören die natürliche Erwartungshaltung bezüglich Zeit und Verfügbarkeit der Ware als Kriterien des Vorrückens auf der Warteliste.

Wer überholen lässt, muss dies folglich von Anfang an offenlegen. Ansonsten muss sich die Warteliste bedingungslos an der zeitlichen Reihenfolge orientieren. Also, Goldküstensöhne, aufgepasst: *Die überholenden Ersten werden die Letzten sein!*

<sup>3</sup> Die abstrakte Gefahr der Beeinflussung genügt; (CHK-BEAT SCHÖNENBERGER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, OR 230 N 2 (zit. CHK-Verfasser).

<sup>4</sup> CHK-AHMET KUT (FN 3), OR 8 N 8, 14.

<sup>5</sup> BGE 114 II 91 ff., 98; BGE 114 II 329 ff., 332 f.; Urteil BGer 4C.273/2002, E. 3.2 ff.

<sup>6</sup> Vgl. CHK-KATJA ROTH PELLANDA/DIETER DUBS (FN 3), OR 156 N 6 und ISABEL MATT, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Diss. Zürich 2014, 381 f.; BGE 99 II 282 ff., 288 f.

<sup>7</sup> Es existiert die «Pflicht, ernsthaft auf die Erfüllung des Rechtsgeschäfts hinzuwirken» (ZK-MAX BAUMANN, Zürcher Kommentar, Band I, 1. Teilband, Art. 1–7 ZGB, 3. A., Zürich 1998, ZGB 2 N 290).

<sup>8</sup> BGE 121 III 350 ff., 353 und CAS, Urteil vom 18.2.2006, OG 06/008, *Dal Balcon v. CONI/FISI*, Ziff. 16; RUSCH (FN 1), AJP/PJA 2012, 1369.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 113 II 31 ff., 35 f.; vgl. RUSCH (FN 1), AJP/PJA 2012, 1369 f.

<sup>10</sup> Vgl. die Angaben in FN 5.

<sup>11</sup> RUSCH (FN 1), AJP/PJA 2012, 1375 f.

<sup>12</sup> RONEN PERRY/TAL Z. ZARSKY, *Queues in Law*, Iowa Law Review 2014, 1595 ff., 1604 ff.; KEVIN GRAY, *Property in a Queue*, in: Gregory Alexander/Eduardo

Peñalver (Hrsg.), *Property and Community*, New York 2010, 165 ff., 179 ff.; F. NEIL BRADY, *Lining Up for Star-Wars Tickets*, Journal of Business Ethics, 2002, Vol. 38, 157 ff., 161 f.; vgl. BERND 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>13</sup> Die Lehre ist sich über die Qualifikation von ebay als Auktion im Sinne von Art. 229 Abs. 2 OR uneinig, vgl. KUKO-WOLFGANG ERNST, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkommentar OR*, Basel 2014, OR 229–236 N 12, m.w.H.; vgl. Urteil BGer 4A\_58/2008, E. 3.