

Sachverhalt

Tanner will unbedingt eine Rolex Daytona kaufen. Im Uhrengeschäft Bucherer teilt man ihm im Jahre 2008 mit, dass er sich auf die Warteliste für die damals mit Fr. 9'600 angeschriebene Uhr eintragen lassen könne, was Tanner auch tut. Erfahrungsgemäss dauere es ungefähr zehn Jahre, bis man den ersten Platz der Liste erreiche und die Uhr tatsächlich bekomme, teilt ihm die Verkäuferin im Bucherer mit – „zu unseren Preislisten, die dann in Kraft sein werden“. Tatsächlich bekommt Tanner heute – neun Jahre nach der Eintragung – die Mitteilung, dass seine Uhr gemäss aktueller Preisliste für Fr. 11'800 zur Abholung bereit liege. Ist ein Vertrag zustande gekommen? Wann, worüber und zu welchem Preis? Was ist, wenn Bucherer mehrere Daytonas an die Goldküstensöhne verkauft hat, die nicht auf der Warteliste warten mussten?

Lösungsvorschlag

Zuerst muss man abklären, welches Verhältnis zwischen Tanner und dem Bucherer durch den Eintrag in die Warteliste entstanden ist. In Frage kommen ein *bedingter Vertrag*, ein *Vorvertrag* oder ein *Optionsvertrag*. Die Auslobung fällt weg, weil vorliegend nichts öffentlich geschieht.¹

- Beim *bedingten Vertrag* hat Tanner die Uhr schon gekauft, sobald die Bedingung – das erfolgreiche Erklimmen der Warteliste – eintritt. Die Bedingung ist das erfolgreiche Erklimmen der Warteliste, was unsicher ist – wer weiss schon, ob Rolex diese Uhr in ca. 10 Jahren tatsächlich herstellen können (Art. 151 Abs. 1 OR)? Ist es ein sicheres Ereignis, liegt eine Befristung vor.² Beide Argumentationen sind vertretbar.
- Der *Optionsvertrag* begründet ein Gestaltungsrecht auf unmittelbare Herbeiführung eines Vertrages – hier wäre es ein *bedingter Optionsvertrag*. Die Bedingung ist wiederum das erfolgreiche Erklimmen der Warteliste. Tanner könnte dann durch einseitige Erklärung den Kauf herbeiführen, muss dies aber nicht tun.
- Der *Vorvertrag* ist in Art. 22 Abs. 1 OR geregelt. Der Vorvertrag ist dann *causa* des Hauptvertrages, die Leistungspflicht besteht in der Abgabe einer Angebots- oder Annahmeerklärung für den Hauptvertrag. Erfasst die vorvertragliche Regelung alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages, kann die berechtigte Person direkt auf Erfüllung der hauptvertraglichen Leistung klagen.³ Vorliegend könnte es sich auch um die besondere Spielart des *einseitig bindenden Vorvertrags* handeln.⁴

Unabhängig davon stellt sich aber bei allen drei Varianten die Frage, ob der Preis i.S. des Art. 184 Abs. 3 OR genügend bestimmt ist, wenn die Verkäuferin den Preis einseitig festlegen kann. Tatsäch-

¹ Vgl. CHK-Kut, OR 8 N 5.

² Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 4038: „Fehlte es an der Sicherheit, ob das betreffende Ereignis sich verwirklichen wird, läge eine Bedingung vor. Allein: «Da fast nur das physische Ableben sicher, alles andere hingegen unsicher ist, sind die Umschreibungen anhand zukünftiger Ereignisse regelmässig Bedingungen».“

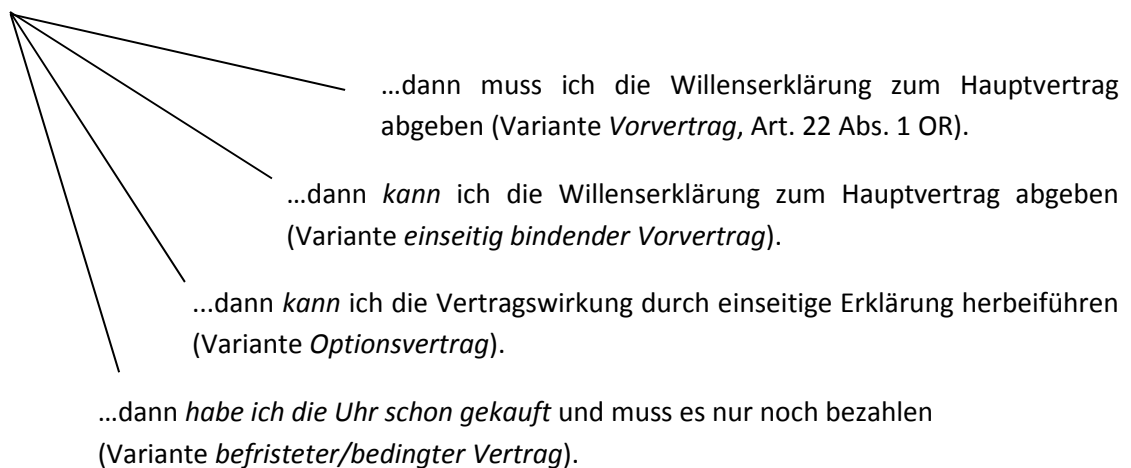
³ BSK-Zellweger-Gutknecht, OR 22 N 22; CHK-Kut, OR 22 N 14; BGE 118 II 32 ff., 34: „Wenn der Vorvertrag bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthält, kann direkt auf Erfüllung geklagt werden.“

⁴ Vgl. CHK-Kut, OR 22 N 2.

lich kontrolliert niemand die Preislisten. Somit hätte Rolex oder Bucherer bei Bejahung des Vertragschlusses ein einseitiges Preisänderungs- und Preisbestimmungsrecht, das vordergründig *ohne jede Einschränkung* besteht. Dies stellt meines Erachtens eine übermässige Unterwerfung unter den Willen der Verkäuferin dar und fällt unter Art. 27 Abs. 2 ZGB. Das Bundesgericht lässt allerdings solche Verpflichtungen zu, weil es bei Preislisten von einer *Marktkontrolle* ausgeht und von der *allgemeinen Bindung der Parteien an Treu und Glauben* in Art. 2 ZGB, die Exzesse verhindern soll.⁵

Welche der drei Möglichkeiten ist es? Dem wahren Willen der Parteien dürfte hier wohl ein Optionsrecht entsprechen. Bucherer kann nicht erwarten, dass man sich Jahre vorher schon verbindlich für den Kauf entscheidet – wer weiss schon, was in ein paar Jahren ist? Vielleicht kann man sich die Uhr dann nicht mehr leisten. Auch muss man berücksichtigen, dass der Preis noch unbekannt ist, was ein mehrjähriges Warten als unzumutbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht lässt diese Unsicherheit indes zu.

Repetition: Wenn ich die Wartelistenspitze erreicht habe und eine Uhr verfügbar ist...



Welche Folgen zeitigen die überholenden Goldküstensöhne auf der Warteliste? Hier sind die Verabredungen um den Kauf gleich doppelt problematisch. Das Verhalten der Goldküstensöhne in die Summe der Verträge von Bucherer mit den Wartenden auf der Warteliste könnte sittenwidrig sein. Doch erst der *qualifizierte Eingriff* in vertragliche Rechte Dritter ist sittenwidrig.⁶ Die Lehre bejaht einen qualifizierten Eingriff bei Schmiergeldzahlungen, Schadloshaltungsversprechen und beim Verleiten zum Vertragsbruch.⁷ Ob dies hier vorliegt, ist fraglich. Das Bundesgericht hat für solche Fälle festgehalten, dass für Tanner nicht bloss ein Anspruch auf Lieferung gegen den Vertragspartner (Bucherer) besteht, sondern auch gegen die Urheberin der sittenwidrigen Störung,⁸ also die Goldküsten-

⁵ Vgl. BGE 84 II 13 ff., 20 und eingehend dazu Arnold Rusch/Claire Huguenin, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, 37 ff., N 26 ff.; zur Anwendung dieser Gedanken bei der Warteliste Arnold Rusch, Die Warteliste im Zivilrecht, AJP 2012, 1365 ff., 1368, Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/121009_ajp.pdf (1.4.2017) und Arnold Rusch, Warten auf Rolo, AJP 2015, 1218 f., 1218, Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/150831_rolex_warteliste_ajp.pdf (1.4.2017).

⁶ Huguenin, N 419, m.w.H.

⁷ Huguenin, N 419.

⁸ Vgl. BGE 114 II 91 ff., 98; BGE 114 II 329 ff., 332 f.; BGer 4C.273/2002, E. 3.2 „Die Haftung des Dritten besteht in einer Schadenersatzpflicht wegen Verstoss gegen die guten Sitten (Art. 41 Abs. 2 OR). Denkbar ist aber auch ein Anspruch gegen den Dritten auf Realerfüllung (Art. 98 Abs. 3 OR). Insbesondere beim Doppelverkauf kann dem geschädigten Erstkäufer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gegenüber dem Zweitkäufer und Erwerber eingeräumt werden, wenn dieser sittenwidrig gehandelt hat (...).“ und 3.3: „Ebenfalls zutreffend hat die

söhne. Tanner könnte folglich die Uhr von einem der Goldküstensöhne herausverlangen, wenn er dies wollte. Es geht um einen Erfüllungs-, nicht um einen Schadenersatzanspruch (Art. 184 Abs. 1 OR). Bejaht man die Sittenwidrigkeit, könnte Tanner auch gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR von Bucherer oder den Goldküstensöhnen Schadenersatz verlangen, wenn er durch die Verzögerung einen Schaden erlitten hat. Für diese Schadenszufügung genügt neben der Sittenwidrigkeit, anders als der Wortlaut suggeriert, auch der blosse Eventualvorsatz,⁹ den man vorliegend – wiederum je nach den tatsächlichen Umständen – bejahen könnte.

Könnte Tanner auch einen sofortigen Lieferanspruch auf die Uhr *gegen Bucherer* erheben? Dies wäre denkbar, wenn man vom Recht der Bedingungen ausgeht. Die obigen Überlegungen haben gezeigt, dass das Erreichen der Wartelistenspitze eine Bedingung oder eine Befristung des Geschäfts darstellt, je nachdem, ob man dies als gewiss oder ungewiss bezeichnet. Die hier aufschiebende Bedingung orientiert sich an einem ungewissen Ereignis. Ist das Erreichen der Wartelistenspitze ein sicheres Ereignis, liegt ein Termin vor.¹⁰ Der Effekt ist beide Male derselbe. Eine Bedingung gilt auch dann als eingetreten, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben *verhindert* (Art. 156 OR) worden ist. Tanner hat einen sofortigen Lieferanspruch.

Achtung: Die Verfügungen des Bucherer während der Wartezeit sind nicht nichtig, wie man dies aus dem Wortlaut des Art. 152 Abs. 3 OR herauslesen könnte. Diese Norm findet gemäss h.L. nur Anwendung auf bedingte Verfügungen, nicht aber auf bedingte Verpflichtungen.¹¹

Was wäre, wenn die Goldküstensöhne nicht Tanners Rolex erhalten hätten, weil sich noch andere Personen vor Tanner in der Warteschlange befinden? Eine Bedingung gilt auch dann als eingetreten, wenn ihr Eintritt von einem Teile wider Treu und Glauben auch nur verzögert worden ist (strittig).¹²

Vorinstanz die Haftung der Erstbeklagten nicht darauf beschränkt, den Klägern Schadenersatz zu bezahlen, sondern die Realerfüllung – d.h. die Übertragung der Grundstücke auf die Kläger – angeordnet. Wie erwähnt be- fürwortet auch die Rechtsprechung bei einer sittenwidrigen Ausnützung des fremden Vertragsbruchs einen An- spruch des geschädigten Erstkäufer gegenüber dem Zweitkäufer auf Herausgabe der Sache. Dieser Anspruch ist nicht auf den Fahrniskauf beschränkt, sondern gilt auch beim Grundstückskauf. Wenn der zwischen dem Ver- käufer und dem Zweitkäufer abgeschlossene Vertrag zufolge Sittenwidrigkeit ungültig ist, fällt aufgrund der kausalen Natur des Verpflichtungsgeschäftes (Kaufvertrag) das Verfügungsgeschäft (Eintragung im Grundbuch) dahin, wenn der Zweiterwerber nicht anderweitig geschützt ist, sich insbesondere wie hier nicht auf guten Glau- ben stützen kann (...).“

⁹ CHK-Müller, OR 41 N 55; KUKO-Schönenberger, OR 41 N 40; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N 798; Fellmann/Kottmann, N 400; a.M. BK-Brehm, OR 41 N 243.

¹⁰ Vgl. dazu Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 2237 f.: „Ist als Fälligkeitstermin ein «dies incertus quan- do» (...) festgesetzt, so ist häufig (aber nicht immer) in Wirklichkeit eine (aufschiebende) Bedingung (...) verab- redet. Beispiel: Ich leiste am Tag meiner Heirat. Das kann heissen: a. Ich leiste, falls ich überhaupt je einmal heirate (was ungewiss und daher Bedingung ist). b. Ich leiste am Tag, an dem die (bereits angemeldete) Zivil- traung stattfindet (was gewiss und daher Fälligkeitstermin ist).“ und N 4038.

¹¹ Vgl. Huguenin, N 1308: „Nach einer Mehrheit der Lehre wird Art. 152 Abs. 3 OR nur auf bedingte Verfügun- gen, nicht aber auf bedingte Verpflichtungsgeschäfte angewendet. Schliessen beispielsweise A und B einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag ab und veräussert A den Gegenstand zwei Tage später an C, ist C Eigentü- mer der Sache geworden. B kann einzig Schadenersatz gestützt auf Art. 152 Abs. 1 i.V.m. 97 OR geltend ma- chen.“

¹² Vgl. CHK-Roth Pellanda/Dubs, OR 156 N 6 und differenzierend Isabel Matt, Der bedingte Vertrag im schwei- zerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Diss. Zürich 2014, 381 f. sowie die Darstellung der verschiedenen Meinungen bei Alexander Gutmans, Die Regel der „Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion“ im Recht der Bedin- gung (Art. 156 OR), Diss. Basel 1995, 130 f.; BGE 99 II 282 ff., 288 f.; vgl. MK-Westermann, BGB 162 N 15: „Da es aber entscheidend stets auf die Erfüllung der Erwartungen ankommt, die sich billigerweise an den Abschluss des bedingten Rechtsgeschäfts knüpfen, kann trotz eines an sich noch möglichen Bedingungeintritts ein Verhalten

Je nach Ansicht führt die blosser Verzögerung zum Eintritt der Bedingung oder zum Eintritt im Zeitpunkt, in dem die Bedingung ohne Verzögerung eingetreten wäre; einige Autoren verneinen die Anwendbarkeit des Art. 156 OR auf die Verzögerung des Bedingungseintritts gänzlich. Fanden weitere Überholmanöver statt, scheint der sofortige Bedingungseintritt mit Erfüllungsanspruch jedenfalls passend.¹³ Wendet man Art. 156 OR analog oder direkt an, handelt es sich beide Male um einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB).¹⁴ In beiden Fällen sind Treu und Glauben verletzt, weil sich Bucherer nicht an die eigenen Zuteilungsregeln hält. Die Bevorzugung anderer Leute verhält sich kausal zum ausgebliebenen Vorrücken auf der Warteliste.¹⁵ Der fingierte Eintritt der Bedingung bewirkt auch dann die Fälligkeit der Leistung: Tanner hat einen sofortigen Lieferanspruch.

einer Partei, das ernstlich auf die Verhinderung dieses Ereignisses hinarbeitet, den Tatbestand des § 162 erfüllen. Bei bloss verzögertem Bedingungseintritt bzw. treuwidriger Vorverlegung dieses Ereignisses § 162 in dem Sinne anzuwenden, dass die zeitliche Verschiebung ausgeglichen wird, geht nur an, wenn bereits feststeht, dass die Bedingung wirklich eintreten bzw. ausfallen wird. Dann nämlich greift die Überlegung ein, dass die volle Gültigkeit des Geschäfts eine passendere Sanktion darstellt als ein Schadensersatzanspruch (...). Auch eine Fristversäumung kann durch denjenigen, dem die pünktlich zu erbringende Leistung zustand, treuwidrig herbeigeführt worden sein, so dass der Gläubiger sich auf das Ausbleiben der Leistung nicht berufen kann; diese Sichtweise beruht allerdings eher auf einer Analogie zu § 162 (...).“

¹³ Vgl. Staudinger-Bork, BGB 162 N 6: „Die Einflussnahme auf den Kausalverlauf muss eine Verhinderung des Eintritts einer aufschiebenden Bedingung bzw die Herbeiführung des Eintritts einer auflösenden Bedingung zur Folge gehabt haben. Die blosser Erschwerung bzw Erleichterung beider Ereignisse genügt nicht (...). Jedoch ist § 162 anzuwenden, wenn der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung durch dauernde Verzögerung behindert wird (...).“

¹⁴ Vgl. BGer 4C.281/2005, E. 3.5.

¹⁵ Zum Erfordernis der Kausalität und zum Verstoß gegen Treu und Glauben BSK-Ehrt/Widmer, OR 156 N 5.