

## Italien

### **Sabine Feller, LL.M., Rechtsanwältin, zugelassen in München und Rom**

Die Übertragung von Immobilieneigentum ist durch besondere Verfahren an unterschiedliche Formalitäten gebunden, die in diesem Artikel behandelt werden.

Im Allgemeinen sieht das Italienische Zivilgesetzbuch, der Codice Civile, im folgenden C.C., für die Gültigkeit von Eigentumsübertragung die schriftliche Form gemäß Art. 1350 C.C. vor.

Das Eigentum kann mittels öffentlicher Urkunde oder beglaubigter Privatschrift übertragen werden.

Der Kauf von Immobilien ist vom C.C. in den Art. 1537 bis 1541 geregelt.

Wie bereits erwähnt, müssen Verträge, die den Besitz von Immobilien übertragen, gem. Art. 1350 C.C., mit öffentlicher Urkunde erfolgen; im entgegen gesetzten Fall sind diese Verträge als nichtig anzusehen. Wie wir später sehen werden, gilt diese Vorschrift hinsichtlich des Kaufs auch für die Vollmacht und den Vorvertrag.

Der Verkauf einer Immobilie kann sein: im Ganzen (a corpo) oder nach Maß (a misura).

Verkauf im Ganzen: Erfolgt der Kauf im Ganzen, errechnet sich der Kaufpreis, gem. Art. 1537 C.C., nach der ganzen Immobilie, dessen Zustand und eventuellen Maßabweichungen, die, auch wenn angezeigt, keine zusätzlichen Kosten oder Minderungen zulassen; eine Ausnahme bildet der Fall, in dem das reelle Maß, das im Vertrag angegebene entweder um 1/20 unter- oder überschreitet.<sup>18)</sup>

Sollte ein Zuschlag zu zahlen sein, hat der Käufer, statt diesen zu erstatten, das Recht auf Beantragung der Rückerstattung der Vertragskosten und des Kaufpreises, diese Rechte verjähren innerhalb eines Jahres.

Verkauf nach Maß: Der Preis wird nach einer Maßeinheit festgelegt, und auch in diesem Fall, sollte das Maß geringer sein, hat der Käufer das Recht auf eine Minderung; sollte das Maß ein Zwanzigstel des angegebenen Maßes übersteigen, hat der Käufer das Recht vom Verkauf zurücktreten.

## DIE VERBINDLICHKEITEN DER PARTEIEN

### 1. Die Verbindlichkeiten des Verkäufers

Im Immobilienhandel bestehen, neben den allgemeinen gesetzlichen Vorgaben die Verträge betreffend (Kündigung, Annullierung und Rückgängigmachung), weiterhin Garantien für Mängel und Entwehrung.

Diese Garantien sind vom Verkäufer abzugeben und unterscheiden sich durch die objektive Natur der vorgesehenen Haftungen, sie weichen deshalb von den herkömmlichen vertraglichen Hypothesen ab, auch durch die kurze Verfallfrist, die bei der Ausführung erfordert wird.

#### **1) Die Übergabe der Immobilie**

Gemäß Art. 1477 C.C., muss die Übergabe der Immobilie in dem Zustand erfolgen, den sie zum Moment des Verkaufs hatte. Wenn die Parteien nicht anders entschieden haben, müssen zusammen mit der Immobilie, das Zubehör, die Früchte (vom Tag des Verkaufes an) übergeben werden. Wichtig ist der letzte Satz des o.g. Artikels der aussagt, dass „der Verkäufer auch die Rechtstitel und Urkunden, die das Eigentum und den Gebrauch der verkauften Sache betreffen zu übergeben hat“<sup>19)</sup>. In der Praxis betrifft dies hauptsächlich jene Immobilien, die für eine Wohnsitzbestimmung vorgesehen sind: unter den Dokumenten, die zu übergeben sind, ist auch die Bauabnahmebescheinigung.

#### **2) Die Bauabnahmebescheinigung**

Die Bauabnahmebescheinigung wird, laut Verordnung des Präsidenten der Republik (D.P.R.) vom 22. April 1994, N. 425, von der Gemeinde erlassen, in welcher das Gebäude liegt, und hat eine doppelte Funktion:

- sie bescheinigt die Bewohnbarkeit des Gebäudes, vorbehaltlich der Überprüfung nach den niedrigeren Standards der Stabilität, Sicherheit und Hygiene der Gebäude<sup>20)</sup>
- sie garantiert die Eignung des Gebäudes eine „*bestimmte wirtschaftlich-soziale Funktion auszuüben und deshalb im Konkreten die Bedürfnisse des Käufers, die ihn zum Kauf bewegt haben, zu befriedigen*“.<sup>21)</sup>

Die Rolle der Bescheinigung ist sehr wichtig: sein Wegfall beeinträchtigt die Nutzung und den kommerziellen Wert der Sache negativ, auch wenn die Immobilie entsprechend der zwingenden sanitären, hygienischen und städtebaulichen Normen und in Konformität mit den Vorschriften der Baugenehmigung erbaut worden ist.<sup>22)</sup>

Das Fehlen der Bescheinigung hat deswegen auch gravierende Folgen auf den Kaufvertrag der Immobilie: Sollte die Bescheinigung nicht vorhanden sein (entweder weil noch nicht erhalten oder weil niemals beizubringen) entsteht eine Nichterfüllung seitens des Verkäufers. Auch wenn das Gesetz nicht zwingend eine vorzeitige Bescheinigung erfordert, ist jedoch davon auszugehen, dass – abgesehen von einer abweichenden Vereinbarung zwischen den Parteien - die Pflicht des Verkäufers besteht, diese Bescheinigung das Gebäude betreffend vorzulegen.<sup>23)</sup> Ebenso ist es nicht ausreichend, dieser Pflicht und Verantwortung seitens des Verkäufers verbunden mit seiner Nichterfüllung zu entgehen, dass der Käufer über das Fehlen der Bescheinigung bei Vertragsabschluss in Kenntnis gesetzt ist<sup>24)</sup>. Es ist deshalb erforderlich, dass entweder die Lizenz erteilt wird oder, dass der Käufer den Verkäufer von seiner Beibringungspflicht ausdrücklich befreit<sup>25)</sup>. Die Vereinbarung zwischen den Parteien, die den Käufer dazu verpflichtet, die Bescheinigung anzufordern erscheint jedenfalls zulässig: In diesem Fall wird die Immobilie ohne Bescheinigung verkauft, unter der Voraussetzung, dass der Käufer trotzdem Interesse am Erwerb hat<sup>26)</sup>.

Was die Verantwortung des Verkäufers beim Fehlen der Bescheinigung betrifft, sieht die vorherrschende Rechtsprechung die Verantwortung des Verkäufers vor, da er *aliud*

*pro alio* (eine Sache für eine andere) verkauft hat: das Gebäude ohne die Bauabnahmebescheinigung ist etwas ganz anders als das versprochene<sup>27)</sup>. In diesem Fall, mit den Worten des Zivilen Kassationshofs, befähigt das Fehlen der Bauabnahmebescheinigung „den Käufer die Kündigung des Vertrages nach Art. 1453, 1476 und 1477 C.C. zu verlangen, da die verkaufte Sache ungeeignet ist, seine wirtschaftlich-soziale Bestimmung zu erfüllen und deswegen konkret nicht die Bedürfnisse, die den Käufer zum Kauf erwogen haben, befriedigen kann.“<sup>28)</sup>

### 3) Die Mängelgewähr

Mit der Mängelgewähr, die verkaufte Sache betreffend, kann der Käufer auf dem Rechtsweg nur jene Mängel beanstanden, die das Gesetz als „verheimlichte Mängel“ bezeichnet, d.h. jene Mängel, die der Käufer beim Abschluss des Kaufvertrages nicht nur nicht kannte, sondern auch nicht hätte kennen können, trotz der üblichen Sorgfalt. Dennoch, gem. Art. 1491 C.C., sollte es möglich sein zu beweisen, dass der Verkäufer erklärt hatte, die Sache sei frei von Mängeln, ist die Sachgewährleistung gültig, auch in jenem Fall, in dem die Mängel leicht zu erkennen gewesen wären.<sup>29)</sup>

Es ist zu anmerken, dass die Mängel juristisch schwerwiegend sein müssen. Anders ausgedrückt, gem. Art. 1490 C.C., es werden solche Mängel geschützt werden, die dermaßen schwerwiegend sind, um das Gebäude ungeeignet zu machen für seine ursprüngliche Bestimmung, oder dermaßen ausfallen, dass sie den Wert desselben deutlich verringern<sup>30)</sup>.

Wenn die Mängel, wie oben beschrieben, vorhanden sind, werden dem Käufer zwei Möglichkeiten des Schutzes geboten: außer in jenen Fällen, in welchen gewöhnlich eine Vertragskündigung nicht möglich ist, hat er die Wahl zwischen der eben erwähnten Vertragskündigung (s.g. *actio redhibitoria*) und einer proportionalen Minderung des Preises (s. *actio aestimatoria*) unter Beibehaltung der Pflicht des Verkäufers, dem Käufer die durch die Mängel an der Sache entstandenen Schäden zu ersetzen, sowie die ihm selbst entstandenen Schäden, außer er kann beweisen, ohne Schuld die Mängel der Sache ignoriert zu haben<sup>31)</sup>. Gem. Art. 1497 C.C., kann die Vertragsaufhebung ebenfalls dann verlangt werden, wenn die Sache (*res*) nicht die versprochenen Eigenschaften besitzt, d.h. jene für seinen Gebrauch grundlegenden

Qualitäten, vorausgesetzt der Qualitätsmangel überschreitet die gebräuchlich festgelegte Toleranzgrenze.

Die Folgen der Vertragsaufhebung betreffend:

- Dem Veräußerer gebühren die Rückgabe des Preises und die Spesenvergütung der Kosten und der Ausgaben, die den Verkauf betreffen.
- Dem Käufer gebührt die Rückerstattung der Sache, vorausgesetzt er ist auf Grund der Mängel nicht abhanden gekommen (man bedenke die durch einen Baundefekt verursachte Explosion eines elektrischen Gegenstands).

Wie zu erkennen ist, erscheint der Käufer besonders geschützt.

Der gesetzliche Schutz jedoch verlangt, dass der Käufer sofort handelt: Gem. Art. 1495 C.C. muss der Käufer dem Veräußerer die Mängel innerhalb eines Termins, eines sehr kurzem, von acht Tagen ab der Entdeckung mitteilen, vorausgesetzt, dass zwischen den Parteien oder durch das Gesetz kein davon abweichender Termin vereinbart ist.

Dieser sehr kurze Termin trifft dann nicht zu, wenn der Verkäufer wusste, dass dieser Mangel vorliegt oder, schlimmer noch, ihn verheimlicht hat. Gem. Art. 1495 C.C. verkürzt sich die notwendige Zeit für die Verjährung auf nur ein Jahr ab der Übergabe.

Der Käufer, jedenfalls, behält bei der Vertragserfüllung immer das Recht, die Gewährleistung geltend zu machen, aber nur dann, wenn der Sachmangel innerhalb von acht Tagen ab der Entdeckung gemeldet worden ist und jedenfalls vor Ablauf eines Jahres nach der Übergabe <sup>32)</sup>.

## **2. DIE VERBINDLICHKEITEN DES KÄUFERS**

Die wichtigste Verbindlichkeit des Käufers ist die Bezahlung des Preises an dem im Vertrag vorgegebenen Termin und Ort.

Der Käufer hat die Pflicht, den Preis beim Verkauf Zug um Zug zu zahlen (wie in Italien üblich) oder zu den im Vertrag festgelegten Bedingungen, sollte eine spätere Zahlung des Kaufpreises vereinbart sein. Die häufigste Form des Zahlungsaufschubs des

Preises ist die Banküberweisung der von einer Bank durch Darlehen zur Verfügung gestellten Beträge.

Weiterhin, falls nicht ausdrücklich durch eine bestimmte Klausel im Vertrag ausgeschlossen, sind die weiteren Verbindlichkeiten des Käufers:

- nach Art. 1475 C.C. die Summe des Kaufvertrags zu tragen, <sup>36)</sup>
- nach Art. 1499 C.C. dem Veräußerer den s.g. „Zinsausgleich des Kaufpreises“ zu erstatten, der fällig wird wenn die verkaufte Sache bereits an den Käufer übergegangen ist und dieser bereits aus den Früchten oder anderen Erträgen einen Nutzen zieht, den die Sache (*res*) gegebenenfalls hervorbringt <sup>37)</sup>.

## **B) DIE PHASEN VOR DEM NOTARIELLEN VERTRAG**

### **1) Die vorvertragliche Phase und die folgenden Verantwortlichkeiten**

Wir haben gerade den Augenblick erörtert, in welchem der Kaufvertrag, einmal abgeschlossen, seine Wirkungen zeigt und den Vertragspartnern bestimmte Verpflichtungen auferlegt.

Dieser Augenblick ist, dennoch, der Abschluss eines oftmals komplexen und verzweigten *iter*.

In der Tat gehen dem Vertragsabschluss viele Verhandlungen durch die Parteien voran.

Die Zeit vor dem notariellen Vertrag ist, in der Praxis, gekennzeichnet durch eine Phase, in welcher die eine Partei die möglichen Alternativen auf dem Markt prüft und die andere versucht, von der Gegenpartei die bestmöglichen Konditionen zu erhalten. Es entsteht eine regelrechte Verhandlung, die mehrere Treffen der Parteien mit sich bringt, um gemeinsam die wichtigen Bestandteile zu erörtern, welche grundlegend sind für den Vertragsabschluss.

Es handelt sich um die s.g. *vorvertraglichen Verhandlungen* und sie haben, im Vergleich zum endgültig abgeschlossenen Vertrag, instrumentalen Charakter. Es ist wichtig hervorzuheben, dass während der Verhandlungen, auch wenn hier keine Rechte oder Verpflichtungen entstehen, die Parteien, gem. Art. 1175 und 1337 C.C., korrekt und nach bestem Wissen und Gewissen handeln müssen.<sup>38) 39)</sup>

Anders ausgedrückt, die italienische Rechtsordnung schützt nicht nur die Vertragsparteien in der speziellen Phase des Vertragsabschlusses, sondern sie regelt auch den Ablauf der vorvertraglichen Verhandlungen.

Wie bereits erwähnt, sind die Parteien in dieser Phase dazu verpflichtet, korrekt und ehrlich zu verhandeln.

Ein typischer Fall ist, wenn eine der Parteien, nach langen Verhandlungen, die bereits in die Phase der Detailerörterung eingetreten ist, die Verhandlungen ohne einen gültigen Grund verlässt. In diesem Fall, wenn die begründete Erwartung des Vertragsabschlusses seitens der Gegenpartei ohne einen Vertragabschluss endet, bringt dies die Pflicht mit sich, den dadurch erleideten Schaden zu ersetzen. Es handelt sich hier also um eine vorvertragliche Verpflichtung (da zwischen den Parteien der Vertrag noch nicht abgeschlossen worden ist!).

Diese Pflicht jedoch beschränkt in keiner Weise die Freiheit der Parteien, welche jederzeit frei sind, zu entscheiden ob sie den Vertrag abschließen möchten oder nicht. Was der Gesetzgeber bestraft ist ein unlauteres Handeln und ein Verhalten mit der Absicht, die Gegenpartei zu täuschen<sup>40)</sup>

Abschließend ist zu erwähnen, dass die Parteien, während dieser Phase fair handeln und den Interessen der Gegenpartei nicht schaden sollen, so dass ein gültiger Vertragsabschluss erzielt werden kann.

Diese Pflicht beinhaltet sowohl ein Verhalten der Kooperation und Information mit dem Vertragsabschluss als Ziel, als auch die Verpflichtung der Parteien, den Nutzen der Gegenseite während der Verhandlungen zu wahren.

Mit anderen Worten, das Verhalten der Parteien muss *korrekt und nach bestem Wissen und Gewissen* sein. Unter ‚korrekt‘ ist die Pflicht der Parteien gemeint, so zu handeln, dass die Interessen der anderen Partei keinen Schaden davontragen, auch unter Berücksichtigung der eigenen Interessen. „Nach bestem Wissen und Gewissen“ bedeutet, dagegen, und hier geben wir die Worte des zivilen Kassationshofs wieder: *„um diese besondere Verantwortlichkeit anzuerkennen, ist kein unlauteres Verhalten notwendig, auch eine unbeabsichtigte oder fahrlässige Handlung der Partei, welche ohne gerechtfertigten Grund die Verhandlungen verlässt und somit die Erwartungen der Gegenpartei täuscht“.* <sup>41)</sup>

Die fehlende Beachtung der Regeln des guten Gewissens und der Korrektheit hat beachtliche Folgen: die Partei, die diese Verantwortung trägt, hat die Pflicht, den Schaden in Folge des unbegründeten Rücktritts zu ersetzen.

Diese Verpflichtung, jedoch, entsteht nur und ausschließlich dann, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Außerdem sind weitere Einschränkungen mit der Art des zurück zu erstattenden Schadens verbunden.

### **I) Die notwendigen Voraussetzungen der vorvertraglichen Verantwortung**

Gem. Art. 1337 C.C. ist es zunächst notwendig, dass zwischen den Parteien Verhandlungen stattfinden, die als vorvertragliche Phase zu verstehen sind und eine Gesamtheit von Kontakten beinhalten, mit dem Ziel der Eignungsprüfung des (noch nicht vollkommenen) Vertrages und um den Parteien zu ermöglichen, ihre Erwartungen sowie Vor- und Nachteile zu prüfen. Da dies den Zweck der Verhandlungen darstellt, wäre die Freiheit der Parteien, aus denselben zurückzutreten, nur allzu natürlich: eine Freiheit, die in Wirklichkeit, auf eine bestimmte Grenze trifft. Diese Grenze – wie schon gesagt - besteht in der Beachtung der Prinzipien von Korrektheit und Loyalität. Sollten diese Fehlen, bringt der unbegründete Rücktritt von den Verhandlungen eine vorvertragliche Verantwortlichkeit mit sich. Der Rücktritt ist, also, unbegründet, wenn ein Rechtfertigungsgrund fehlt. Nur in diesem letzten Fall verletzt der Zurücktretende die Erwartung der Gegenpartei in den Vertragsabschluß. Der unbegründete Rücktritt,

dennoch, ist nicht ausreichend, um die Verantwortungen *de qua* zu gestalten. Die Verhandlungen

- müssen so weit fortgeschritten sein, dass eine Partei die Verantwortung der anderen zum Abschluss des Vertrages zu kommen seitens der anderen Partei glaubt;
- Die Gegenpartei, die die Verantwortung übernimmt, muss die Verhandlungen ohne ein begründetes Motiv unterbrochen haben;
- In der gewöhnlichen Sorgfalt der Partei, die nach Verantwortung ruft, dürfen keine passenden Handlungen bestehen, die seinen Glauben auf den Vertragsabschluss ausschließen <sup>42</sup>).

Der Richter wird während der Verhandlung entscheiden, ob diese Voraussetzungen bestehen.

## C) DIE EINZELNEN VERTRAGLICHEN TATBESTÄNDE

### 1) Der Vorvertrag (oder „*compromesso*“)

Der Kaufvorvertrag (auch genannt = *compromesso*) ist eine Vereinbarung der Parteien, die sich somit dazu verpflichten, im Folgenden einen anderen Vertrag (den endgültigen Vertrag) abzuschließen, dessen Bedingungen, Zeiten, Inhalt usw. sie im Voraus bereits festlegen.

*Form:* Voraussetzung ist die schriftliche Form gem. Art. 1351 C.C., der Vorvertrag kann privatschriftlich ohne Beglaubigung abgeschlossen werden oder durch einen beglaubigt: In diesem Fall ist die Eintragung im Immobilienregister (*Conservatoria dei registri immobiliari*) erforderlich, mit der wir uns später beschäftigen werden.

Der Abschluss des Vorvertrages bringt Rechte und Verpflichtungen für beide Vertragspartner mit sich. Gem. Art. 2932 C.C., sollte eine der verpflichteten Parteien einen künftigen Vertrag abzuschließen ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, kann die Gegenpartei vom Richter ein Urteil erwirken, das die Auswirkungen des endgültigen, nicht abgeschlossenen Vertrags mit sich bringt.

Im Vorvertrag müssen ausdrücklich alle Klauseln enthalten sein, die dann Inhalt der effektiven notariellen Urkunde sein werden. Dazu gehören:

- die vollständigen persönlichen Daten der Parteien;
- der Verkaufspreis der Immobilie;
- die Beschreibung der Immobilie, so ausführlich wie möglich, mit den entsprechenden aktualisierten Katasterdaten, dem Preis und die Art der Bezahlung;
- die erhaltene Summe als Angeld.
- die Übereinstimmung der Immobilie mit den Baugesetzen und den Städtebauungsplänen (einschließlich der Straffreierklärung für ordnungswidriges Bauen).
- der Zeitpunkt der Übergabe der Immobilie und das Datum für die Erstellung der Notariellen Urkunde und der dazu beauftragte Notar (wie wir bereits gesehen haben, stimmen der Moment der Besitzübertragung nicht immer mit dem Moment der Eigentums überein).

Der Käufer muss, außerdem, vom Verkäufer die Garantie erhalten, dass das Gebäude frei ist von Verpflichtungen, Lasten, Belastungen, nachteiligen Eintragungen und Hypotheken oder, dass es dies sein wird vor der notariellen Urkunde.

Bei der notariellen Vorvertragsunterzeichnung müssen der Käufer erhalten und der Verkäufer u.a. folgende Unterlagen vorlegen:

- Besitzurkunde;
- Katasternachweis;
- Ordnung der Eigentumsgemeinschaft und Tabelle der Tausendstel des Teils die Immobilie betreffend;
- Eventueller Mietvertrag;
- eventueller Vertrag des auf der Immobilie lastenden Banksdarlehens;
- Vereinbarungen mit der Gemeinde betreffend Parzellierungen, Genehmigungen und Baugenehmigungen, Nachfrage oder Erteilung von Gültigkeitserklärungen.

Wenn der Verkäufer im Stand der Gütergemeinschaft lebt, muss der Vorvertrag auch von dem Ehepartner unterschrieben werden.

## I) Der notarielle Vorvertrag mit vorgezogenen Wirkungen

In der Praxis hat sich die Gewohnheit verbreitet, bereits im Vorvertrag einige definitive Vertragswirkungen vorzusehen.

Grund dafür ist die Möglichkeit, sich sofort ein bestimmtes Gut zu sichern, ohne „die Folgen“ zu erleiden, die ein endgültiger Vertragsabschluss mit sich bringt.

Weiterhin sind zur Gewohnheit geworden, seitens des Käufers, einen Teil des Preises oder des ganzen Preises vor auszuzahlen sowie die die Übergabe des Vertragsgegenstandes: der endgültige Vertrag wird, im Vergleich zum Vorvertrag, nur noch die Übergabe des Besitzes beinhalten d.h. die einzige Wirkung die nicht vorverlegt werden kann (sonst hätte der notarielle Vorvertrag keinen Sinn und er würde einen wahren endgültigen Vertrag darstellen mit all seinen Folgen!).

## II) Der notarielle Vorvertrag und der Verkauf von fremden Sachen

Das Gesetzbuch verbietet es nicht, dass der verkaufende Versprechensempfänger einen Vorvertrag abschließt für die Besitzübergabe eines Gebäudes, dessen er nicht persönlich Eigentümer ist. Gem. Art. 1478 C.C., der den Verkauf von Sachen Dritter regelt, ist es möglich ein Kaufvorvertrag abzuschließen. Dieser Vertrag kann zwei Formen haben:

Die Parteien verpflichten sich, in Zukunft, einen endgültigen Vertrag abzuschließen über eine Sache, die Dritten gehört, mit verpflichtenden Wirkungen;

In diesem Fall folgt dem Vorvertrag ein endgültiger Vertrag mit verpflichtenden Wirkungen (d.h. der Kaufvertrag über fremde Sachen), wobei der Veräußerer sich dazu verpflichtet, den Besitz bei dem Dritten zu kaufen. Gemäß dem o.g. Artikel wird das Eigentum *automatisch* dem Käufer übertragen, wenn der Veräußerer das Eigentum an der Sache gekauft hat.<sup>43)</sup>

Der versprechende Veräußerer verpflichtet sich gegenüber dem kaufenden Versprechensempfänger bereits beim endgültigen Vertragsabschluss Eigentum des Gutes, Objekt des Vertrages, zu übergeben. In so einem Fall ist die Verpflichtung des versprechenden Veräußerers nicht so sehr die, den endgültigen Kaufvertrag von Fremdbesitz abzuschließen, sondern dem versprochenen Käufer ohne weiteres die Übergabe des Eigentums zu verschaffen.

Zu diesem Zweck hat der Veräußerer zwei Möglichkeiten:

- a) der direkte Kauf des Eigentums von Dritten, um dies endgültig dem versprochenen Käufer zu verkaufen;
- b) Die Vereinbarung mit dem Dritten über den direkten Verkauf an den Versprechensempfänger. In diesem einem Fall wird der endgültige Vertrag zwischen dem Käufer und dem Besitzer abgeschlossen, und der Veräußerer hat die Pflicht, den endgültigen Abschluss zu *erleichtern*.

Zum anderen wird der Dritte, der zum endgültigen Vertragsabschluß hinzukommt, kein Vertragspartner. Tatsächlich erfolgt die Übertragungsvertrag des Eigentums nur zwischen den beiden ersten Parteien, um die Worte des zivilen Kassationsgerichts zu zitieren: „*die Bezeichnung Verkäufer steht immer für den Veräußerer, der folglich die entsprechenden Verpflichtungen, die mit diesem Status verbunden sind, trägt, die Eviktionsgarantie eingeschlossen*<sup>44)</sup>“. Anders ausgedrückt, bleibt der Vorverkaufvertrag von Sachen Anderer immer ein bilateraler Tatbestand zwischen versprechensgebendem Veräußerer und versprechensempfangendem Käufer, auch wenn festgelegt ist, dass der endgültige Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Käufer abgeschlossen werden muss, das es immer des versprechensgebenden Veräußerers Pflicht ist, die Zustimmung des Eigentümers zum endgültigen Vertragsabschluß einzuholen.

Dennoch, sollte der versprechensempfangende Käufer beim Vorvertragsabschluß mit dem versprechensgebenden Veräußerer nicht darüber in Kenntnis gesetzt worden sein, dass die Sache Eigentum eines Anderen ist, „*kann er nicht gezwungen werden, den Vertrag mit dem Dritten Eigentümer abzuschließen*“<sup>45)</sup>

Bis zum im Vorvertrag bestimmten Termin zum Abschluss, hat der versprechensgebende Veräußerer die Möglichkeit, seine Pflicht, der Gegenpartei den Kauf der Sache zu ermöglichen, zu erfüllen. Nur nach Ablauf des genannten Termins kann der versprechensempfangende Käufer, gem. Art. 1479 C.C. gesetzlich handeln, um die Vertragsauflösung zu erlangen.<sup>46)</sup>

#### **IV. Das Angeld (als Zeichen des Vertragsschlusses)**

1) Die **Angeld** besteht aus einer Geldsumme oder einer Menge anderer vertretbarer Sachen die, bei Vertragsabschluß, ein Teil dem anderen gibt, als Zeichen der Verpflichtung zur Erfüllung des Abschlusses.

Deshalb kann, gem. Art. 1385 C.C., im Falle einer Nichterfüllung, die andere Partei vom Vertrag zurücktreten unter Einbehaltung des Angelds, während, sollte jene Partei, die das Angeld empfangen hat, vertragsbrüchig werden, die andere Partei zurücktreten und die doppelte Summe der Anzahlung verlangen kann.<sup>47)</sup>

Es ist möglich, dass ein Geldbetrag oder Sachen nicht als Angeld sondern als Vorauszahlung gegeben werden, d.h. nur als Teil der zu gebenden Bezahlung: In diesem Fall bedeutet die Vertragsauflösung ausschließlich deren Rückgabe (vorbehaltlich des Schadensersatzes, wenn die Vertragsauflösung schuldhafter Nichteinhaltung erfolgt).

Dies vorausgesetzt, sollte in solch einem Fall nichts durch die Parteien vereinbart sein, wird die Überweisung des Geldbetrags oder die Übergabe der Sache als Vorauszahlung betrachtet und nicht als Angeld. Das Angeld verschlechtert also die Position des Nichteinhaltenden, und es ist deshalb schwer zu behaupten, dass sich die Parteien dem stillschweigend unterworfen haben.

Gem. Art. 1455 C.C. kann der Erfüllende berechtigterweise zurücktreten – deshalb das Angeld einbehalten oder das Doppelte verlangen – nur unter der Voraussetzung, dass

die Nichteinhaltung der Gegenpartei von nicht geringer Bedeutung ist bezüglich der Interessen der Gegenpartei an der Ausführung.<sup>48)</sup>

Es sei anzumerken, dass das Angeld einen Nebenvertrag darstellt, im Verhältnis zu jenem, immer auf gegenseitige Leistungen basierend, auf den es sich bezieht und den es unterstreicht. In der Regel gleichen sich die Subjekte des einen und des anderen, dennoch ist es möglich, dass das Angeld nur von einigen Parteien des Hauptvertrags abgeschlossen wird.

Das Angeld ermöglicht der erfüllenden Partei außerdem, gem. Art. 1382 C.C., – ohne zusätzliche Vereinbarung – die Rückerstattung des gesamten Schadenersatzes<sup>49)</sup>:  
Tatsächlich, gem. Art. 1385 C.C.: *„zieht es jedoch die erfüllungsbereite Partei vor, die Durchführung oder die Auflösung des Vertrages zu verlangen, wird der Ersatz des Schadens durch die allgemeinen Vorschriften geregelt.“*

Gemäß 1. Abs. von Art. 1385 C.C., schließlich, im Falle der Ausführung des Vertrages, wird das Angeld der Partei rückerstattet, die es geleistet hat, oder es wird von der geschuldeten Leistung in Abzug gebracht und ist deshalb als Anzahlung oder Vorauszahlung zu betrachten.

### **Nichterfüllung des Angeldzahlers**

Gem. Absatz 2. des Art. 1385 C.C., kann, im Falle des Rücktritts seitens des Angeldzahlers, die Gegenpartei zurücktreten und das Angeld einbehalten.<sup>50)</sup>

Die Nichterfüllung, die wir gerade erwähnt haben, ist die von geringerer Bedeutung.

Da gem. Art. 1373 C.C. der Rücktritt nicht möglich ist, wenn der Vertrag am Anfang seiner Durchführung steht, ist es gem. Art. 1455 C.C. notwendig zu überprüfen, ob der Schuldner mit der Durchführung begonnen hat: es ist erforderlich, dass der Anfang von solcher Bedeutung ist, dass eine Nichterfüllung ausgeschlossen wird, und, sollte der Gläubiger mit Einleitung der Durchführung der Gegenleistung begonnen haben, sollte abgewogen werden, ob dieser Anfang einen Verzicht auf das Angeld mit sich bringt.

Bei Angelegenheiten am Verfahren um den Vertragsabschluss, kann die nichterfüllende Partei zurücktreten, gem. 2. Abs. Art. 1453 C.C., welcher auch das Gegenteil verbietet: einmal zurückgetreten, kann die Erfüllung nicht verlangt werden.<sup>51)</sup>

Absatz 3 des o.g. Artikels sieht vor, dass sollte die erfüllende Partei die Auflösung des Vertrages bevorzugen, der Schadensersatz durch die allgemeinen Bestimmungen geregelt wird, d.h. gem. Art. 1223 ff. C.C.: Der Gläubiger kann Schadensersatz verlangen (unter Vorlage der Beweise) gem. Art. 2697 C.C.. In diesem Fall verliert das Angeld seine Rolle der vorläufigen Schadensliquidierung und gilt nur als Garantie, bis zum Abschluss des Verfahrens der Schadensliquidierung, mit der daraus resultierenden Kompensation und dem gesamten zu erstattenden Kredit. Sollte es nicht gelingen, den Beweis des Schadens zu erbringen, muss die erfüllende Partei das Angeld rückerstatten.

### **Nicht Erfüllung seitens der Partei, die das Angeld empfängt**

Im Falle der Nichterfüllung seitens des Empfängers des Angeldes, kann die Gegenpartei zurücktreten und das doppelte Angeld verlangen, das somit die Funktion der Schadensliquidierung übernimmt.

### **Beidseitige Nichterfüllung**

Es kann passieren, dass beide Parteien nicht erfüllen. In diesem Fall muss der Richter abwägen und festlegen, welcher der Parteien das Rücktrittsrecht, gem. Art. 1385 C.C., zusteht.

## **V) Das Reugeld**

Das „Reugeld“ (caparra penitenziale) ist ein Geldbetrag, der bestimmt wird, wenn ein Rücktrittsrecht vereinbart ist.

Somit haben der Verkäufer und der Käufer bereits festgelegt, dass der eine oder der andere bei Bezahlung eines Reugeldes vom Vertrag zurücktreten kann. Gem. Art. 1386 C.C, sollte der Käufer zurücktreten, verliert er den überwiesenen Betrag. In gleicher Weise, sollte der Verkäufer zurücktreten, wird er das Doppelte des Reugeldes rückerstatten müssen, da er dieses als Angeld erhalten hat.<sup>52)</sup>

Das Reugeld hat den Zweck, die Möglichkeit des Gerichtsweges auszuschließen, wie es dagegen beim Angeld erlaubt ist, zur Bestätigung des Übergangs des Eigentums oder des Zugeständnisses eines Schadenersatzes: der Geschädigte erhält das genannte Reugeld .... und alles endet so.

Deshalb, sollte im Vertrag das Rücktrittsrecht für eine oder beide Parteien enthalten sein, hat das Angeld die bloße Funktion eines Entgeltes für den Rücktritt.

Hier, im Unterschied zum Angeld, ist der Rücktritt der Gegenpartei wegen Nichterfüllung nicht berechtigt, sondern er stellt die Ausübung eines Rechtes des „Bereuens“ dar, einen Vertrag abgeschlossen zu haben: das Reugeld ist der Preis für die Ausübung dieses Rechts gem. 1373 C.C. und muss rückerstattet werden, sollte der Rücktritt nicht mehr auszuüben sein.<sup>53)</sup>

Nicht immer ist es leicht festzustellen, ob es sich um ein Angeld oder ein Reugeld handelt, und oft ist es notwendig den Vertrag, auf der Suche nach dem Willen der Parteien, zum Zeitpunkt der Unterzeichnung, zu interpretieren.

## **VI) Die Strafklausel**

Die in Art. 1382 C.C. vorgesehene Strafklausel, ist jene Klausel, mit der im Falle der Nichterfüllung oder der Verspätung bei der Erfüllung, einer der beiden Vertragspartner zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist.<sup>54)</sup>

Die Funktion der Strafklausel gibt den Parteien eine höhere Garantie hinsichtlich pünktlicher und sofortiger Erfüllung und stellt eine vorzeitige Vereinbarung dar über die Schadensliquidierung im Falle einer Nichterfüllung oder einer Verspätung der Erfüllung.

In diesem Fall werden, wie es beim Reugeld geschieht, teure und langwierige Gerichtentscheidungen vermieden.

Die Aufnahme der Strafklausel in dem Vertrag hat folgende Hauptauswirkungen:

1. Die Irrelevanz des Beweises des vom Gläubiger erlittenen Schadens: Dies ist eine typische Wirkung der Vertragsstrafe, die den Gläubiger vom Schadensbeweis befreit.

Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, einen Schadensbeweis in der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe beizubringen, der gem. Art. 1382 C.C.<sup>2</sup> zu erstaten ist „*unabhängig vom Beweis eines Schadens*“. In gleicher Weise ist dem Schuldner nicht zugestanden, sich von der Verpflichtung zu befreien, die Vertragsstrafe zu bezahlen, mit dem Beweis des Nichtvorhandenseins des Schadens oder eines anderen Schadenbetrages: der Gläubiger hat nur die Pflicht zu beweisen, dass neben dem Vorhandensein einer Vertragsstrafe, die Nichterfüllung oder die Verspätung des Verpflichteten besteht. Von seiner Seite, hat der Verpflichtete ausschließlich die Möglichkeit zu beweisen, dass die nicht erfolgte oder verspätete Erfüllung, nicht ihm anzurechnen sind.

2. Die Begrenzung des Schadenersatzes seitens des Schuldners:

Diese Einschränkung besteht natürlich ausschließlich dann, wenn die Parteien sie vereinbart haben: gem. Art. 1382<sup>1</sup> C.C. haben beide Parteien die Möglichkeit zu bestimmen, wie der restliche Schaden zu ersetzen ist.

Im Falle der vorgesehenen Vertragsstrafe für eine verspätete Erfüllung, verliert der Gläubiger das Recht darauf, sollte er eine verspätete Leistung seitens des Schuldners akzeptiert haben.

## 2) . DER OPTIONSVERTRAG

Der Optionsvertrag ist eine von Art. 1331 C.C vorgesehene Vertragsform, welche einen späteren und anders gestalteten Vertragsabschluss zwischen den Parteien vorbereitet

und erleichtert. Es handelt sich um einen beidseitigen Vertrag, in welchem die Parteien vereinbaren, dass eine von beiden für eine gewisse Zeit an eine bestimmte Erklärung gebunden bleibt und die andere die Möglichkeit hat, diese zu akzeptieren, in der Regel nachdem eine bestimmte Summe bezahlt worden ist. <sup>55)</sup>

Gem. Art. 1331 C.C. gilt die Erklärung der ersten Partei als unwiderruflicher Antrag. Die Zustimmung allein ist ausreichend, um zu einem Vertragsabschluss zu kommen.

Der Optionsvertrag ist deshalb *ein Nebenvertrag* und beinhaltet als Schwerpunkt die unwiderrufliche Erklärung. Dieser Antrag hat eine relative Bedeutung im Vergleich zum Hauptvertrag, der zustande kommen wird. Die Besonderheit des Optionsvertrages besteht in der Tat darin, dass sich der Hauptvertrag nicht aus einem Aufeinandertreffen von Vorschlag und Annahme entwickelt, sondern aus dem Optionsrecht einerseits und der Zahlung der Gegenpartei andererseits.

Anders ausgedrückt stellt der Optionsvertrag ein juristisches Geschäft dar, mit einem unwiderruflichem Vorschlag und der Möglichkeit einer der Parteien diesen anzunehmen, mit der anfänglichen Absicht zu einer Übereinkunft zu gelangen und der darauffolgenden Annahme des Empfängers des Versprechens, welcher, den Vorschlag annehmend, den Vertrag ermöglicht. Die Beschaffenheit der oben genannten Vereinbarung betrifft nur einige grundlegende Bestandteile und nicht die Gesamtheit der Verhandlungen: In diesem Fall kann sich die Vertragsbildung nicht auf dieser Annahme begründen, sondern es ist erforderlich, dass auch hinsichtlich der anderen, von den Normen vorgesehenen Punkte, eine Einigung erfolgt.

Die Option ist ein Vertrag, in all seinen Inhalten bereits festgelegt (Sache, Preis, Nebenbedingungen), welche die Parteien schon angenommen und welchen sie schon zugestimmt haben: es bleibt nur, dass der Verkäufer oder der Käufer das Recht haben, über den Kauf zu entscheiden.

### **3) DER VORKAUFSBEHALT**

Mit dem Vorkaufsvorbehalt verspricht eine der Parteien, Versprechensgeber (promittente oder concedente) genannt, dem anderem, Versprechensempfänger (promissario) genannt, ihn, bei gleichen Konditionen zu bevorzugen, wenn er entschieden hat; ein bestimmtes Vertragsverhältnis einzugehen (wie im Falle des Kauvertrages einer Immobilie). Mit diesem Vertrag verpflichtet sich ein Vertragspartner dem bzw. vom anderen eine Sache zu verkaufen (oder zu kaufen), in unserem Fall eine Immobilie, wenn er entschlossen ist, zu verkaufen oder zu kaufen: die Partei, die sich verpflichtet, ist also nicht gebunden zu verkaufen oder zu kaufen, aber sie ist dazu verpflichtet, der Partei den Vorzug zu geben, mit welcher der Kaufvertrag geschlossen wurde, wenn sie sich dazu entscheidet, den Verkauf bzw. Kauf durchzuführen.

Die **Zusage des Vorkaufsrechts enthält keine** notwendigen Elemente betreffend der Eigentumsübergabe, die im Falle des Kaufes, in einem anderen Vertrag niedergelegt werden sollen, d.h. in einem Kaufvertrag.

Damit das Vorkaufsrecht gültig ist, müssen dessen wichtigste Bestimmungen formuliert werden, darunter:

- das zu übertragenden Recht oder die Sache;
- der Preis oder das Kriterium, nach welchem der Preis festgelegt werden soll.

Wenn die Parteien nicht anderweitig entscheiden, wird vorausgesetzt, dass der Verkäufer zum festgelegten Preis verkaufen wird, außer er kann beweisen, dass er bei einem dritten Käufer einen höheren Preis erzielen kann; in diesem Fall ist der Versprechensempfänger gezwungen, den höchsten, durch Dritte angebotenen Preis zu zahlen, oder er kann auf den Kauf verzichten: ein Kriterium, das gewöhnlich unter dem Ausdruck „Wettbewerbsgleichheit“ (a parità di condizioni) zusammengefasst wird.

Der Vorkaufsvorbehaltvertrag überträgt nicht das Eigentum und kann deshalb von Dritten nicht angefochten werden: Wenn A an B verkauft und somit den Vorkaufsvorbehaltvertrag, den er mit C abgeschlossen hat verletzt, kann sich dieser weder gegen die Übergabe widersetzen, noch gegen B vorgehen, sondern er kann eventuell wegen des entstandenen Schadens gegen A vorgehen. Der Vorkaufsvorbehalt entsteht, wenn der Versprechensgeber entscheidet, zu verkaufen

oder zu kaufen und wenn der Versprechensempfänger akzeptiert zu kaufen oder zu verkaufen. Wenn der Versprechensempfänger nicht akzeptiert, hebt sich der Vertrag auf und der Versprechensempfänger erhält die Freiheit, an Dritte zu verkaufen bzw. bei Dritten zu kaufen. Wenn der Versprechensempfänger akzeptiert, nicht zu kaufen, kann der Versprechensgeber nichts verlangen, weder als Strafe noch als Schadenersatz, außer der Vorkaufsvorbehaltsvertrag sieht etwas anderes vor. Das Gesetzbuch sieht keine Frist vor, diese wird deshalb von den Parteien frei bestimmt.

Es ist hervorzuheben, dass der Vorkaufsvorbehalt auch ohne eine festgelegte Frist gültig wäre: Deshalb ist es angebracht, eine Frist zu bestimmen, um ein endlose (sine die) Bindung an die Vertragsfreiheit zu vermeiden.

#### **4) DER UNWIDERRUFLICHE KAUFANTRAG**

Der unwiderrufliche Kaufantrag wird dem Eigentümer vom demjenigen vorgelegt, der die Immobilie zu kaufen beabsichtigt: entsprechend der in dem Antrag enthaltenen Bedingungen, hat der Besitzer die Möglichkeit, diesen anzunehmen oder Gegenvorschläge vorzubringen, doch der Antrag verpflichtet den Käufer zum Vertragsabschluss, wenn sein Antrag angenommen wird.

In anderen Worten, unterschreibt der Käufer den Antrag, bringt dies für den Vermittler und seinen Mandanten keine Pflicht mit sich: Nur der Käufer ist verpflichtet, nicht der potenzielle Verkäufer, der akzeptiert hat (oder nicht).

Wesentliche Bestandteile, die in dem Verkaufsversprechen enthalten sein müssen, sind unter anderem und ausschließlich als Beispiel dienend:

- die genaue Bezeichnung der Immobilie;
- die Daten des Verkäufers und des Käufers;
- die Festlegung des angebotenen Preises, der Fristen und Zahlungsbedingungen;
- der Termin und Ort der zukünftigen notariellen Beurkundung;
- der Termin, innerhalb dessen der Verkäufer den Antrag annehmen muss.

In der Praxis erfolgt der unwiderrufliche Kaufantrag durch den Käufer an den Verkäufer z.B. mittels eines Einschreibens mit Rückschein, in welchem er sich dazu verpflichtet, die Sache zu erwerben, zu den bereits im Voraus mündlich festgelegten Bedingungen und Preis. Dieses Versprechen ist nur für den Käufer verbindlich.

Der Verkäufer ist frei, diesen Antrag abzulehnen, wenn er diesen jedoch annimmt (nur per Einschreiben oder Telegramm), ist der Käufer verpflichtet, sein Versprechen einzulösen. Sollte der Verkäufer nicht innerhalb der ihm vom Käufer auferlegten Frist antworten, ist dieser frei von jeglichen Pflichten. Gewöhnlich wird verlangt, dass der unwiderrufliche Kaufantrag mit einer Vorauszahlung auf den Verkaufspreis verbunden ist: Es handelt sich hierbei um eine freie Wahl, da die Verpflichtung durch den Kaufantrag und nicht durch die Übergabe eines Geldbetrags entsteht.

Nach der Annahme folgt, im Allgemeinen, das Unterschreiben des Vorvertrags (compromesso): Nur danach folgt die notarielle Beurkundung. Immer in der Praxis erfolgt, beim Unterschreiben der Verpflichtung, die Bezahlung seitens des Käufers einer gewissen Summe, welche im Augenblick des Vorvertrags als Angeld angesehen wird.

### **Die Risiken des unwiderruflichen Kaufantrags**

Der unwiderrufliche Kaufantrag wird sehr häufig von Immobilienagenturen angewandt, welche diesen dem unerfahrenen Käufer als Reservierung auf eine Immobilie („prenotazione“) vermitteln,

zur einzigen Vermeidung, dass die Immobilie an andere verkauft wird, während es sich jedoch in Wahrheit um eine Verpflichtung zum Kauf handelt, die den Verkäufer (in diesem Fall die Agentur) davon befreit, die Immobilie an andere zu übertragen.

Weiterhin sind darin Bedingungen aufgeführt, ohne Möglichkeit der Veränderung beim Vorvertrag oder der notariellen Beurkundung, welche nicht vom Käufer festgelegt worden sind (was logisch erscheinen würde), sondern von der Agentur.

Leider geschieht es oft, dass die Agenturen von dieser Möglichkeit profitierten und, von davon Gebrauch machend, häufig verschiedene Kaufanträge die selbe Immobilie betreffend von verschiedenen potentiellen Käufern unterschreiben lassen, sodass unter

diesen eine Art Versteigerung stattfindet, gerade weil, wie bereits erwähnt, die Agentur frei ist zu wählen, welchem der Unterzeichner die Immobilie übertragen werden wird.

### **... und einige Vorsichtsmaßnahmen:**

Sollte es wirklich notwendig sein, den unwiderruflichen Kaufantrag zu unterzeichnen, ist es zumindest notwendig, die möglichen Risiken, die dieser Vertragstypus innehat, so gering wie nur möglich zu halten. Dies ist möglich indem:

- das Dokument von dem Notar erstellt wird, der die spätere notarielle Urkunde erstellen wird: der Antrag soll alle wichtigen Elemente des endgültigen Kaufvertrags enthalten; größte Vorsicht und Sorgfalt sind notwendig, um eventuelle spätere Überraschungen zu vermeiden.
- Eine bestimmte kurze Zeit festgesetzt wird für die Gültigkeit des Antrags: z.B. 24 Std. oder max. 48 Stunden.
- als Vorauszahlung nur eine kleine Summe zu akzeptieren.
- 

## **5) DER TAUSCHVERTRAG**

Mittels dieses Vertrags, gem. Art. 1522 C.C. und ff., vereinbaren die Parteien untereinander vermögensrechtliche Angelegenheiten, wie die Übertragung von Sachen, Eigentum oder anderer Rechte vom einen zum anderen<sup>57</sup>). Es entsteht so ein Tauschvertrag, wenn eine bestimmte und sichere Sache mit einer anderen genau so sicheren und bestimmten Sache getauscht wird, alle Eigenschaften beschrieben sind sowie der Wert, den der Tauscher sich verpflichtet hat, zu beschaffen, oder der Gegenpartei auszuhändigen.

In der Praxis findet der Tauschvertrag zum Beispiel Anwendung bei der Übertragung eines bebaubaren Grundstücks, im Tausch gegen ein zu bauendes Gebäude auf

demselben Grundstück unter Aufsicht des Lizenzinhabers: es würde sich, in diesem speziellen Fall, um einen Tausch zwischen einer gegenwärtigen und einer zukünftigen Sache handeln, wo das vertragliche Synallagma dargestellt ist durch die gegenseitige Übertragung zweier Güter und die Verpflichtung der Erbauung eines Gebäudes ist accessorisch und zweckdienlich. In diesem Fall erfolgt die Übertragung der vorhandenen Sache umgehend, während der Erwerb der zukünftigen Sache erst dann erfolgt, wenn die Sache realisiert wird, ohne dass weitere Willensbekundungen erforderlich sind. Es ist jedoch anzumerken, dass der Tauschvertrag einer vorhandenen mit einer zukünftigen Sache voraussetzt, dass diese, um als solche betrachtet zu werden, nicht nur als hypothetisch betrachtet wird, da andernfalls eine Rechtsabtretung ohne Gegenleistung erfolgt, d. h. auf unentgeltlicher Basis, und dies einen offensichtlichen Gegensatz zum Tauschgeschäft an sich darstellt<sup>58</sup>).

Für das Tauschgeschäft gelten, wo anwendbar (d.h. in jenen Fällen, wo kein Hinweis auf einen Preis gemacht wird), die den Kauf regelnden Normen.

Weiterhin hat der Tauscher, gem. Art. 1553 C.C., welcher die Eviktion erlitten hat, das Recht eine Gegenleistung für die entwehrte Sache zu verlangen, anstatt der Rückgabe derselben, unter Beibehaltung des Rechts auf Schadenersatz.

## **6) DIE VERMITTLUNG**

Der Maklervertrag wird von den Artt. 1754 – 1765 C.C. behandelt und regelt die Tätigkeit des Maklers der, zum Zweck eines Geschäftsabschlusses, zwei oder mehrere Parteien in Verbindung bringt, ohne dabei an eine von ihnen durch ein Verhältnis von Zusammenarbeit, Abhängigkeit oder Vertretung gebunden zu sein<sup>59</sup>).

Das Gesetz 39/1989 hat bei den Handelskammern die Rolle der Makler festgelegt, in drei Bereiche aufgeteilt, wobei jeder Makler, der diese Tätigkeit ausüben möchte, zur Eintragung verpflichtet ist. Das o.g. Gesetz beinhaltet auch zahlreiche Vorschriften, die sich auf die dünne juristische Disziplin auswirken.

Um seine Tätigkeit auszuüben, muss der Makler einen direkten und persönlichen Kontakt zwischen den Geschäftspartnern herstellen, als Geschäft gilt jede Handlung mit (mindestens teilweise) wirtschaftlichem Inhalt; der Makler kann auch nur von einer Partei beauftragt werden, da es an den Normen ermangelt, welche die Beauftragung von Seiten aller Kontrahenten vorschreiben.

Art. 1754 C.C. regelt die Unmöglichkeit, eine Maklertätigkeit auszuüben, sollte derjenige mit einer der Parteien in Verbindung stehen oder ein Interesse am Abschluss des Geschäfts haben. Art. 1761 C.C. sieht vor, dass der Makler nach Vertragsabschluss von einer der Parteien beauftragt werden kann, sie bei der Ausführung des Vertrages zu vertreten.

Nach diesem kurzen Bericht erscheint ersichtlich, dass die vom C.C. vorgegebene Regelung nicht ausreicht, um die Realität in der Praxis auf dem Sektor der Maklertätigkeit zu reglementieren. Es ist den Parteien bei der Ausübung ihrer unabhängigen Geschäfte erlaubt<sup>60</sup>), eine atypische Maklertätigkeit ins Leben zu rufen, dabei abweichend von den Bestimmungen des Gesetzes, sich beschränkt an die nicht zwingenden, und deshalb abdingbaren, Vorschriften haltend. Die zwei häufigsten Verträge, d. h. der Kaufvertrag und der Mietvertrag sind sich ähnlich, daher beruht die Maklertätigkeit auf dem Verkauf und dem Kaufvorschlag, sowie auf der Tätigkeit der Vermittlung seitens des Vermieters und dem Mietvorschlag seitens des Mieters.

### **Die Beziehung zwischen dem Makler und den Parteien**

Es ist vorweg zu schicken, dass weder das Zivilgesetzbuch, noch das Gesetz 39/89, eine bestimmte Form für die Tätigkeit des Vermittlers festlegen. Art. 5 des Ges. 39/89 zwingt den Vermittler bei der Handelskammer die verwendeten Vordrucke oder Formulare einzureichen, und er verbietet die Benutzung andersartiger Formulare, dennoch besteht für den Vermittler nicht die Pflicht Vordrucke, Formulare oder schriftliche Verträge zu verwenden. Dies bedeutet, dass der Auftrag auch mündlich erteilt werden kann, ohne Folgen zu haben auf die Verbindlichkeit des nicht geschriebenen Vertrages zwischen Vermittler und Kunden. In der Praxis, jedoch, wird die schriftliche Form verwendet durch Ausfüllen einiger Vordrucke, deren Inhalt nicht nur

den Auftrag zum Verkauf oder Kauf, sondern auch die vertragliche Beziehung zwischen Käufer und Verkäufer regelt, aufgrund der wechselseitigen Beziehung von Vorschlag und Zustimmung.

### **Die häufigsten Klauseln im Vermittlervertrag**

Der Vermittlerauftrag seitens desjenigen, der verkaufen/oder vermieten möchte, ist fast immer atypisch im Hinblick auf den C.C.. In der Praxis legen die Parteien wie folgt fest:

- *die Unwiderrufbarkeit des Auftrages für eine bestimmte Zeit und die Exklusivität:* das bringt für den Eigentümer der Immobilie das Verbot mit sich, sich der Dienste anderer Vermittler zu bedienen sowie eigenmächtig den Vertrag abzuschließen. Die Verletzung dieser Bestimmungen, wenn vorhergesehen, erfordert die Entrichtung eines Bußgeldes.
- *Die Verpflichtung, das Geschäft gemäß der im Auftrag zum Verkauf festgelegten Bestimmungen abzuschließen:* Wird diese Klausel eingeflochten, ist der angehende Käufer gegenüber einem Kaufvorschlag, der den angegebenen Anforderungen entspricht, aufgrund dieser Klausel zum Kauf verpflichtet. Die Verletzung dieser Klausel, falls vorhanden, erfordert die Entrichtung eines Bußgeldes.

### **Die Tätigkeit des Vermittlers/Maklers**

Der Auftrag des Vermittlers ist es, die Parteien zum Vertragsabschluß zu führen.

Natürlich ist der Vermittler zu sorgfältigem und professionellem Handeln verpflichtet und es den Bestimmungen des Zivilen Kassationsgerichts zu unterstellen, die diese Tätigkeit als „qualifiziert“ bezeichnen: Dies bedeutet z.B. eine größere Verantwortung im Falle, dass fehlerhafte oder mangelhafte Informationen an die andere Partei weitergegeben werden, gemäß dem Prinzip, wonach die Pflicht der Mitteilung durch den Vermittler gem. Art. 1759 C.C. erfolgen muss, und dies nicht nur in Bezug auf ihm

bekannte Umstände, sondern auch auf solche, die aufgrund der sorgfältigen Ausübung seiner Tätigkeit erkennbar sind.

## Die Maklerprovision

Der Vermittler hat das Recht eine Provision zu erhalten, wenn beide Parteien, aufgrund seines Wirkens, das Geschäft „abgeschlossen haben“. Damit das Recht auf eine Provision für den Vermittler entsteht, reicht es – nach dem Gesetz – zum Abschluss eines Vorvertrags zu gelangen. Wie wir schon gesehen haben, auch wenn der Vorvertrag nur *die Pflicht beinhaltet, den endgültigen Vertrag abzuschließen*, ermöglicht er, im Falle des Nichtabschlusses des endgültigen Vertrages, vom Richter das Recht eines „Ersatzurteils“ desselben zu erwirken. Deswegen kann die Vermittlertätigkeit mit dem Abschluss des Vorvertrags als beendet angesehen werden, und es bleibt der betroffenen Partei überlassen, welche Schritte sie gegen die vertragsbrüchige Partei zur Durchführung des Vorvertrags unternimmt.

Betrachten wir einige Hypothesen, mit Blick auf das Recht des Vermittlers auf Provision; diese wird mehr oder weniger fällig, gelangt man zu einem Abschluss von einem:

Vertrag, der unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wird: In diesem Fall besteht kein Recht auf Provision, bis zum Zeitpunkt der Konkretisierung der aufschiebenden Bedingung, da diese den verbindlichen Beginn des Vertrages darstellt.

Vertrag mit einer auflösenden Bedingung: Es besteht das Recht auf Provision, auch bei Eintritt der auflösenden Bedingung.

Für nichtig erklärter Vertrag: Es besteht kein Recht auf Provision.

Ein für nichtig erklärbarer und aufhebbarer Vertrag: Es besteht nur das Recht auf Provision, wenn der Makler den Grund der Ungültigkeit nicht kannte<sup>63</sup>).

Immer in Hinblick auf das Recht des Vermittlers auf Provision, ist es wichtig zu unterstreichen, dass dieses nicht durch ein eventuelles Ablaufen des Auftrags verloren geht: wenn, also, das Geschäft zwischen den Partnern, die der Vermittler in Beziehung gebracht hat, abgeschlossen wird, könnte er seine Rechte auf Entgelt geltend machen (es ist anzumerken, dass auf den Formularen diesbezüglich unpassenderweise von

Reugeld gesprochen wird, in Wirklichkeit handelt es sich nicht um eine Entschädigung, sondern um die zustehende Gegenleistung für die ausgeführte Tätigkeit). Es gibt keine vom Gesetz vorgegebenen Fristen, und im Falle einer Anfechtung, wird der Richter die Umstände einschätzen und, stellt er einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Vermittlers und dem Vertragsabschluß fest, kann er das Recht auf Provision anerkennen. Weder die vergangene Zeit noch, z. B., eine Abweichung vom vereinbarten Preis oder der Verkaufs- oder Vermietungsbedingungen sind ausreichend, um das Recht auf Provision auszuschließen.

Eindeutig ist die Tatsache, dass desto mehr Zeit verstreicht oder je abweichender die Verkaufs- oder Vermietungsbedingungen sind, es umso schwerer wird, diesen Anspruch geltend zu machen.

### **Das Verhältnis zwischen den Parteien des Vermittlungsvertrags und das Recht auf Provision**

In der Praxis lässt der Vermittler den interessierten Käufer ein Formblatt unterschreiben, welches einen Kaufvorschlag enthält und er legt dasselbe Formblatt dem Verkäufer vor, der durch seine Unterschrift den Vorschlag annimmt.

Das daraus hervorgehende Dokument, kann verschiedene Auswirkungen haben:

- **Vertragsentwurf** : Es handelt sich um einfache Notizen, die nicht verbindlich sind, mit welchen die Parteien sich dazu verpflichten, die Verhandlungen fortzuführen und (eventuell) einen Vorvertrag abzuschließen. Es liegt ein Vertragsentwurf vor, wenn noch nicht alle wichtigen und unumgänglichen Bestandteile der Vertragsvereinbarung (wie Gegenstand und Preis) festgelegt sind, oder wenn die Parteien gewillt sind, die Verhandlungen über andere Aspekte, wie die Details zur Immobilie, fortzuführen. Der Entwurf ist für die Parteien nicht verbindlich und es entsteht kein Anspruch auf Provision für den Vermittler, sondern nur auf einen eventuellen Kostenersatz.
- **Der Vorvertrag**: Der Vorvertrag ist, wie bereits gesehen, bindend, und im Falle eines Nichtabschlusses seitens des Verkäufers, ist die andere Partei dazu berechtigt, einen Gericht anzurufen um, gem. Art. 2932 ein Urteil zu erwirken,

das den Vertrag „ersetzt“. Dieser Vertrag ist deshalb ausreichend für das Recht auf eine Provision seitens des Vermittlers.

- **Der endgültige Vertrag:** Wenn alle Bestimmungen des Vertrages im Kaufvorschlag exakt enthalten sind, kommt der *endgültige Vertrag* mit dem Einverständnis des Verkäufers zum Abschluss (und die notarielle Urkunde, übernimmt in diesem Fall nur die Funktion, die Übertragung im Immobilieregister zu ermöglichen).

In Anbetracht des oben Erwähnten erklärt sich die Unerlässlichkeit, höchste Sorgfalt bei der Unterschrift von Formblättern, die uns vorgelegt werden, walten zu lassen, um auszuschließen, dass ein Dokument unterschrieben wird, welches, durch die darauffolgende zustimmende Unterschrift seitens des Verkäufers, den Charakter eines Vorvertrags annimmt oder eines regelrechten definitiven Vertrags, ohne dass wir uns dessen vollkommen bewusst sind!

### 3. EINTRAGUNG DER IMMOBILIEN

Im Allgemeinen dient das System der rechtlichen Eintragung der Information Dritter über bestimmte Urkunden oder Tatsachen. Kann von dreierlei Natur sein:

- **Die öffentliche Bekanntmachung:** Sie beeinflusst die Gültigkeit und Wirksamkeit der Urkunde
- **Die erläuternde Bekanntmachung:** Sie erzeugt die Entgegensetzung Dritten gegenüber der eingetragenen Urkunde z.B. des Immobilienkaufvertrags, der mittels der Eintragung der Urkunde in Kraft gesetzt worden ist.
- **Die konstitutive Bekanntmachung:** Dies ist die wesentliche Bedingung. Ein Beispiel, das sich gut für das Immobilienrecht eignet ist die Vorschau in Art. 2808 C.C., die, in Bezug auf die Aufnahme einer Hypothek, erwähnt: „*Die Hypothek (...) wird durch Einschreibung in die Liegenschaftsregister bestellt*“. Die Einschreibung in die o.g. Register ist also Voraussetzung *sine qua non* für den Bestand der Hypothek auf die Immobilie.

### DAS LIEGENSCHAFTREGISTER

In die öffentlichen Liegenschaftsregister werden alle Urkunden (d.h. nicht nur die Verträge, die wir bis jetzt behandelt haben, sondern auch z.B. Urteile) eingetragen, die die Gründung oder Übertragung des Eigentums oder eines anderen, eine Immobilie belastenden dinglichen Rechts, betreffen. Es handelt sich um „öffentliche“ Register d.h. dass sie jeder einsehen kann und von Beamten geführt sind.

Somit kann jeder, der beabsichtigt, eine Immobilie zu erwerben, in den Registern überprüfen, ob derjenige, der sich als Verkäufer bezeichnet, auch der echte Eigentümer des Gutes ist.

Die Liegenschaftsregister sind auf persönlicher Basis aufgebaut. Das bedeutet deshalb, dass der potenzielle Käufer eines Rechtes, welcher die Inhaberschaft des Verkäufers überprüfen möchte, überprüfen muss, ob gegen den Veräußerer, mit dem das er zu kaufen beabsichtigt, ein unvereinbares Recht eingetragen ist, und dass die Käufe der vorhergehenden Eigentümer eingetragen wurden vor jeder anderen nachteiligen Übertragung oder Eintragung und diese in der Zeit zurück zu verfolgen sind bis zum ursprünglichen Käufer bzw. auf jeden Fall die vorausgegangenen zwanzig Jahre betreffend (notwendiger Zeitraum für die die Ersitzung).

Die öffentlichen Register haben auch eine andere, sehr wichtige Funktion: sie lösen die Streitigkeiten von mehreren Subjekten, die die selbe Immobilie vom selben Eigentümer gekauft haben; z.B. wenn Caius eine Immobilie an Mevius verkauft, und er dann die selbe Immobilie nach einer Woche wiederum an Sempronius verkauft, liegt das Vorrecht bei demjenigen, der den Vertrag als erster eintragen lässt. Anders ausgedrückt: Auch wenn Mevius zuerst erworben hat, und auch wenn Sempronius zeitlich als zweiter gekauft hat, den Vertrag aber als erster eintragen lässt, wird er Eigentümer der Immobilie mit allen Rechten<sup>91</sup>).

Es ist wichtig sofort zu betonen, dass die Einschreibung nie einen Eigentumsbeweis darstellt, auch wenn ihre Durchführung offensichtlich in die Abläufe des Eigentumserwerbs eingreift.