

29.11.19

Stellungnahme

des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

Der Bundesrat hat in seiner 983. Sitzung am 29. November 2019 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 1a – neu – (§ 385, § 1221 BGB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 1 folgende Nummer 1a einzufügen:

- „1a. In den §§ 385 und 1221 wird das Wort „Handelsmäkler“ jeweils durch das Wort „Handelsmakler“ ersetzt.“

Begründung:

Es bietet sich an, die durch den Gesetzentwurf vorgesehene – zu begrüßende – sprachliche Modernisierung auch beim Begriff des Handelsmäklers vorzunehmen.

2. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656a, § 656c Absatz 1 Satz 1, § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, Artikel 1 Nummer 8 im weiteren Gesetzgebungsverfahren daraufhin zu prüfen, ob der sachliche Anwendungsbereich „Wohnungen und

Einfamilienhäuser“ präzisiert werden sollte, wobei sich eine Formulierung wie „Wohnungen und Grundstücke, die der Wohnbebauung dienen oder ihr dienen sollen“ anbieten könnte.

Begründung:

Unter verbraucherschutzrechtlichen Aspekten erscheint die Begrenzung auf „Einfamilienhäuser“ nicht zielführend. Es sollten auch Grundstücke, die zur Wohnbebauung vorgesehen sind, erfasst werden. Auch unter Zugrundelegung der Prämisse des Gesetzentwurfs, dass Geldanlagen (zur Altersvorsorge) schützenswert sind, erscheint die Begrenzung auf ein „Einfamilienhaus“ zu eng. Die Begrifflichkeit wirkt auch deswegen unsachgemäß, da Gegenstand des Kaufvertrags ein Grundstück mit einer bestimmten Bebauung ist.

Es sollte darüber hinaus klargestellt werden, ob auch Einliegerwohnungen, Doppelhaushälften, mehrere kleine Wohnungen mit dem Ziel der Zusammenführung oder Wohngebäude mit angeschlossenem (kleinen) Gewerbebetrieb in den Schutzbereich fallen.

3. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656b BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 sind in § 656b die Wörter „der Makler ein Unternehmer und“ zu streichen.

Begründung:

Der mit der Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 656b BGB–E vertretene Ansatz, dass dann, wenn der Makler kein Unternehmer ist, auf Seiten des Kaufinteressenten nicht von einer vergleichbaren Zwangslage des Kaufinteressenten ausgegangen werden könne, überzeugt nicht.

Wie in der allgemeinen Begründung des Gesetzentwurfs unter Abschnitt I Nummer 1 ausgeführt wird, sind es die Marktgegebenheiten – insbesondere der Nachfrageüberschuss in Ballungsräumen beziehungsweise allgemein auf angespannten Immobilienmärkten –, welche für eine Zwangslage für Kaufinteressenten maßgeblich sind. Umstände, die lediglich in der Person des Maklers liegen, sind dagegen nicht entscheidend. Es ist nicht ersichtlich, wieso der Kaufinteressent in einer stärkeren Position oder günstigeren Lage sein sollte, wenn ein (zumal vom Verkäufer) eingeschalteter Makler nur gelegentlich als Vermittler tätig wird. Es ist aus der Perspektive des Kaufinteressenten nicht wertungsgerecht, wenn ihm die Provision eines Gelegenheitsmaklers in vollem Umfang aufgebürdet werden soll, während ein anderer Interessent, der auf demselben örtlichen Markt ein vergleichbares Objekt durch einen unternehmerisch tätigen Makler nachgewiesen bekommt, in den Genuss der zwingenden Teilung kommt.

Durch einen Verzicht auf die Unternehmereigenschaft des Maklers als Voraussetzung der Anwendbarkeit von den §§ 656c und 656d BGB-E würde zugleich vermieden, dass es zu Wertungswidersprüchen mit dem Wohnungsvermittlungsgesetz kommt. Dieses setzt (für den Bereich Vermittlung von Wohnungsmietverträgen) für die Anwendbarkeit der dort normierten Schutzvorschriften ebenfalls nicht voraus, dass der Wohnungsvermittler Unternehmer ist.

4. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656c BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Konzeption des § 656c BGB-E dahingehend geändert werden sollte, dass der Makler sich vom Käufer einen Maklerlohn versprechen lassen kann, der niedriger als der mit dem Verkäufer vereinbarte Maklerlohn ist.

Begründung:

Anders als § 656d BGB-E, der eine Überwälzung von Maklerkosten bei 50 Prozent des Lohnanspruchs deckelt (dabei aber freilich eine Überwälzung eines geringeren Anteils zulässt), sieht § 656c BGB-E für die Konstellation der Tätigkeit des Maklers für beide Parteien eine zwingende hälftige Courtageteilung vor. Die Norm erlaubt somit keine unterhälftige Beteiligung des Käufers an der Gesamtcourtage. Dies erscheint problematisch: Der Eingriff in die Vertragsfreiheit, der in der Regelung liegt, erscheint aus den insbesondere in der allgemeinen Begründung des Gesetzentwurfs dargestellten Erwägungen insoweit gerechtfertigt, als er auf den Schutz von Käufern gerichtet ist. Eine Rechtfertigung erscheint aber schwierig, soweit die Regelung auch einer Abweichung von der hälftigen Teilung zugunsten von Käufern entgegensteht. Denn soweit beispielsweise eine Gestaltung, die bei Doppelbeauftragung einen Lohnanspruch gegen den Käufer in Höhe von 40 Prozent und gegen den Verkäufer in Höhe von 60 Prozent der Summe aus beiden Courtagen vorsieht, vereitelt wird, steht der betroffene Käufer im Anwendungsbereich der Norm schlechter als außerhalb. Es wird nicht verkannt, dass derartige Gestaltungen gerade angesichts der mit dem Entwurf konstatierten Marktlage nur in außergewöhnlichen Fällen praktisch vorkommen dürften. Es erscheint aber fraglich, ob die mutmaßlich geringe Praxisrelevanz des Problems es rechtfertigt, in Kauf zu nehmen, dass die vorgesehene Regelung zumindest theoretisch dazu führen kann, dass im Einzelfall Käufer schlechter gestellt werden könnten.

5. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656c Absatz 1 Satz 1,
Absatz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine

Bestimmung aufgenommen werden sollte, die die Auswirkungen des Abschlusses eines gegen § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E verstoßenden zweiten Maklervertrags auf die Wirksamkeit eines zeitlich vorher abgeschlossenen Maklervertrags mit der anderen Partei des Hauptvertrags ausdrücklich regelt.

Begründung:

§ 656c BGB-E betrifft den Fall, dass zwei gesonderte Maklerverträge mit dem Verkäufer und dem Käufer oder Kaufinteressenten geschlossen werden. Regelmäßig wird es im Anwendungsbereich der Norm einen zeitlich früher geschlossenen Maklervertrag mit der einen Partei (im Folgenden: „erster Maklervertrag“) und einen zeitlich später geschlossenen Maklervertrag mit der anderen Partei des Hauptvertrags (im Folgenden: „zweiter Maklervertrag“) geben.

Zur Zeit des Abschlusses des ersten Maklervertrages steht noch nicht fest, ob es zu einem zweiten Maklervertrag kommen wird, und erst recht nicht, ob bei dessen (ungewissen) Abschluss die Vorgaben des § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E eingehalten werden oder nicht. Im Zeitpunkt des ersten Vertragsschlusses und während der Zeitspanne bis zum (etwaigen) Abschluss des zweiten Maklervertrags liegt eine Abweichung von § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E somit niemals vor, da sich der Makler hier (noch) nicht von beiden Parteien einen Maklerlohn versprechen lässt.

Die Beurteilung (auch) des ersten Maklervertrages als von § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E „abweichend“ ist nur im Rahmen einer ex-post-Betrachtung im Fall eines Abschlusses des zweiten Maklervertrages mit der anderen Partei des Hauptvertrages denkbar.

Die Bestimmung des § 656c Absatz 2 BGB-E kann also der Wirksamkeit des ersten Maklervertrags zunächst – jedenfalls für die Dauer einer „Schwebephase“ bis zum etwaigen Abschluss eines gegen die Vorgaben des § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E verstoßenden Maklervertrags mit der anderen Partei – nicht entgegenstehen. In jedem Fall des sukzessiven Abschlusses zweier Maklerverträge liegt bis zum zweiten Vertragsschluss die auch ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs weiterhin zulässige Konstellation vor, dass nur zwischen einer Partei und dem Makler eine vertragliche Beziehung besteht.

Dies wirft die Frage auf, wie es sich auf das Schicksal des ersten Maklervertrags auswirkt, wenn – zeitlich später – tatsächlich ein zweiter Vertrag mit der anderen Partei des Kaufvertrags abgeschlossen wird, der entgegen § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E einen Maklerlohn vorsieht, welcher der Höhe nach von dem Lohnversprechen des ersten Maklervertrags abweicht. Zwar dürfte für den zweiten Maklervertrag unproblematisch sein, dass dieser dann der von § 656c Absatz 2 BGB-E angeordneten Unwirksamkeit unterfällt, denn die Abweichung von § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E kann in dem für die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vertrags grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgestellt werden. Für den ersten Vertrag, für den bei Vertragsschluss kein Wirksamkeitshindernis vorlag, stellt sich dagegen die Frage, ob dieser wirksam bleiben soll (so dass lediglich eine etwaige Überwälzung der

Courtage aus dem ersten Maklervertrag auf die andere Partei des Kaufvertrags der Reglementierung in § 656d BGB-E unterfällt) oder ob Unwirksamkeit ex tunc eintreten und der Makler jeden Lohnanspruch verlieren soll.

Die Begründung des Gesetzentwurfs, die von der Unwirksamkeit abweichender „Vereinbarungen“ spricht, dürfte eher darauf hindeuten, dass die Wirksamkeit auch des ersten Maklervertrags entfallen und ein Maklerlohnanspruch insgesamt ausgeschlossen sein soll. Bei diesem Verständnis würden Makler auch nochmals verstärkt angehalten, bei einem zweiten Vertragsschluss (und de facto bereits bei den Abreden mit der ersten Vertragspartei über die Provisionshöhe und das beabsichtigte weitere Vorgehen) im eigenen Interesse die Vorgabe des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E zu beachten und insbesondere kein mit diesen Vorgaben unvereinbares Lohnversprechen der zweiten Kaufvertragspartei anzustreben. Ist dies beabsichtigt, dürfte aber eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung der ex-tunc-Unwirksamkeit angezeigt sein, da vorbehaltlich abweichender Regelungen der Grundsatz gelten dürfte, dass es für die Wirksamkeit des Vertrags auf die Umstände zur Zeit des Vertragsschlusses ankommt.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Problematik erscheint eine Prüfung angezeigt, ob eine ausdrückliche Regelung aufgenommen werden sollte, die nach dem ersten und zweiten der sukzessiv abzuschließenden Maklerverträge differenziert und das Schicksal des ersten Maklervertrags im Falle einer Missachtung der Vorgaben in § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E ausdrücklich regelt.

6. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656c,
§ 656d BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Ergänzung der vorgesehenen Regelungen (§§ 656c, 656d BGB-E) geboten ist, um einer Umgehung durch sogenannte konstitutive Maklerklauseln vorzubeugen.

Begründung:

§ 656c BGB-E betrifft den Fall, dass mit beiden Kaufvertragsparteien Maklerverträge abgeschlossen wurden, § 656d BGB-E den Fall, dass nur von einer Partei (in der Regel von dem Verkäufer) ein Maklervertrag abgeschlossen wurde. Beide Normen knüpfen damit an den Abschluss mindestens eines Maklervertrags im Sinne des § 652 BGB zwischen dem Makler und mindestens einer Partei des Hauptvertrages an.

Es stellt sich die Frage, ob eine zusätzliche ausdrückliche Regelung erforderlich ist, um eine Umgehung der oben genannten Bestimmungen durch konstitutive Maklerklauseln zu verhindern. Mit derartigen Klauseln wird dem Makler – in der Regel im Wege eines durch echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) vermittelten abstrakten Schuldanerkenntnisses gemäß den §§ 780, 781

BGB – durch vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien des Kaufvertrags ein unmittelbarer Anspruch verschafft. Dieser Anspruch besteht aufgrund eines sogenannten selbständigen Provisionsversprechens unabhängig von einer möglicherweise bestehenden originären Provisionspflicht aus § 652 BGB und löst sich insoweit von den gesetzlichen Voraussetzungen, vergleiche Leitmeier, DNotZ 2019, 648 (652).

Es steht zwar außer Frage, dass es der mit dem Gesetzentwurf zum Ausdruck kommenden Intention klar zuwiderliefe, wenn dem Käufer mittels einer derartigen „konstitutiven Maklerklausel“ im Ergebnis die ganzen Maklerkosten oder – sofern der Käufer daneben eine Courtage entrichtet – ein die Verkäuferprovision übersteigender Anteil aufgebürdet würde. Fraglich ist aber, ob derartige Gestaltungen ohne eine zusätzliche Regelung sicher verhindert werden können: Da der Makler in Fällen konstitutiver Maklerklauseln formal nicht Partei der einschlägigen Vereinbarung ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass er sich einen Maklerlohn „versprechen lässt“, so dass bereits deswegen § 656c BGB-E seinem Wortlaut nach nicht eingreifen dürfte.

Aber auch § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E bietet möglicherweise keinen ausreichenden Schutz: Da die konstitutive Maklerklausel einen Maklervertrag zwischen dem Verkäufer und dem Makler nicht voraussetzt, kann sie auch vereinbart werden, ohne dass „eine Partei des Kaufvertrags (...) einen Maklervertrag abgeschlossen hat“. Letzteres ist aber Voraussetzung für das Eingreifen des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E. Zwar kommt in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Ausdruck, dass die Norm auch den Vertrag zugunsten Dritter im Blick habe und – allerdings im Zusammenhang mit der Rechtsfigur des Schuldbeitritts und der Gesamtschuld – dass „der Makler gerade nicht in die Lage versetzt werden [soll], von einer anderen Partei als seinem Vertragspartner die Maklerprovision in voller Höhe (§ 421 Satz 1 BGB) verlangen zu können“. Gleichwohl setzt der Wortlaut des § 656d Absatz 1 BGB-E einen Maklervertrag voraus, so dass eventuell ein Risiko bestehen könnte, dass die Norm durch konstitutive Maklerklauseln (die auch ohne vorausgegangenen Abschluss eines Maklervertrags denkbar sind) unterlaufen werden könnte.

Es erscheint daher angezeigt, zu prüfen, ob Käufer auch ohne spezielle Regelung (so insbesondere über § 138 BGB) hinreichend vor Umgehungen durch konstitutive Maklerklauseln geschützt sind, oder ob es insoweit einer Ergänzung der vorgesehenen Bestimmungen bedarf.

7. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656d Überschrift BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 sind der Überschrift zu § 656d die Wörter „bei Tätigkeit für nur eine Partei“ anzufügen.

Begründung:

Zu § 656c BGB-E weist – was zu begrüßen ist – bereits die Überschrift darauf

hin, dass sich die Norm auf Konstellationen der Doppeltätigkeit bezieht. Mit einer hieran orientierten Anpassung der Überschrift auch zu § 656d BGB-E kann das systematische Verhältnis zwischen § 656c und § 656d BGB-E – für den Rechtsanwender übersichtlich – verdeutlicht werden.

8. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656d Absatz 1 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 ist § 656d Absatz 1 Satz 1 wie folgt zu ändern:

- a) Nach dem Wort „wenn“ sind die Wörter „der nach dieser Vereinbarung zu zahlende oder zu erstattende Betrag die Hälfte des aufgrund des Maklervertrags geschuldeten Maklerlohns nicht übersteigt und“ einzufügen.
- b) Die Wörter „zur Zahlung des Maklerlohns“ sind zu streichen.

Begründung:

§ 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E betrifft den Fall, dass nur eine Partei des Kaufvertrags einen Maklervertrag abgeschlossen hat und macht die Wirksamkeit von Vereinbarungen, die die andere (nicht den Makler beauftragende) Partei „zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn“ verpflichtet, davon abhängig, dass „die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt“. Die Norm hat insbesondere Abwälzungsvereinbarungen im Blick, mit denen eine Partei – de facto regelmäßig der Käufer – die aus dem Maklervertrag resultierende Verpflichtung der anderen Partei zur Zahlung der Courtage übernimmt.

Unter den Gestaltungen, die § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E nach der Intention des Gesetzentwurfs unterfallen sollen, sind unter anderem auch solche, die den Anspruch des Maklers gegen diejenige Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, unberührt lassen (Erfüllungsübernahme, Pflicht zur „Erstattung“), die also weder zu einer Kürzung des Anspruchs des Maklers gegen die den Maklervertrag abschließende Partei noch zu einem Schuldnerwechsel führen. Da in diesen Fällen die den Maklervertrag abschließende Partei aber schuldrechtlich gegenüber dem Makler in voller Höhe „verpflichtet bleibt“, käme zumindest nach dem Wortlaut von § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E auch beispielsweise eine Erfüllungsübernahme in Höhe von 75 Prozent oder 100 Prozent der Courtage in Betracht. Auch im Fall eines Schuldbeitritts (der nach der Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 656d BGB-E, gerade ausgeschlossen werden soll), „bleibt“ die Partei, die den Maklervertrag geschlossen hat, nach schuldrechtlichem Verständnis „verpflichtet“ (als Gesamtschuldner).

Zwar erschließt sich aus der Begründung und der Intention des gesamten Gesetzentwurfs, dass es darauf ankommen soll, dass die den Maklervertrag abschließende Partei im wirtschaftlichen Ergebnis „verpflichtet“ oder belastet bleiben, das heißt mindestens denselben Betrag zu entrichten haben soll, wie die andere Partei des Hauptvertrags.

Es erscheint aber vorzugswürdig, die Norm so auszugestalten, dass eine teleologische, vom schuldrechtlichen Verständnis abweichende Auslegung der Wörter „verpflichtet bleibt“ entbehrlich ist. Die vorgeschlagene Neuformulierung hat zum Ziel, bereits mit dem Gesetzeswortlaut alle Arten überwältzender Vereinbarungen – unabhängig davon, ob diese nach Grund oder Höhe auf die Forderung des Maklers gegen seinen Vertragspartner durchschlagen – zu erfassen. Dies kann dadurch erreicht werden, dass die Wirksamkeit der überwältzenden Vereinbarung ausdrücklich davon abhängig gemacht wird, dass der überwältzte Anteil die Hälfte der auf dem Maklervertrag beruhenden Maklerlohnforderung nicht übersteigt.

Die nach der bisherigen Konzeption vorgesehene Anforderung, dass die den Maklervertrag abschließende Partei mindestens in Höhe des überwältzten Anteils ihrerseits verpflichtet bleiben muss, wird jedoch als – kumulative – Voraussetzung beibehalten. Letzteres soll Umgehungen des gesetzgeberisch Gewollten entgegenwirken: Das kumulative Erfordernis soll Gestaltungen verhindern, die zwar nur die Hälfte des ursprünglich begründeten Maklerlohns überwältzen, aber den Vertragspartner des Maklers im Ergebnis dennoch gänzlich befreien (zum Beispiel befreiende Schuldübernahme mit Teilerlass zugunsten des Neuschuldners oder Käufers).

9. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656d Absatz 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Ausnahme von § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E für den Fall der Insolvenz derjenigen Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, vorgesehen werden sollte.

Begründung:

Nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E soll die Fälligkeit des Anspruchs gegen die andere Partei vom Nachweis der Zahlung durch diejenige Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, abhängen.

Dies erscheint in solchen Fällen problematisch, in denen über das Vermögen derjenigen Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, das Insolvenzverfahren eröffnet wird, bevor diese Partei ihre Verpflichtung aus dem Maklervertrag erfüllt.

Dies gilt besonders in Fällen, in denen es sich um den „Anspruch“ im Sinne des § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E nicht um einen Erstattungsanspruch der Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, sondern um einen Zahlungsanspruch des Maklers handelt (vergleiche insoweit die Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 656d BGB-E.). Denn im Fall der Insolvenz seines Vertragspartners hat der Makler keine Möglichkeit mehr, durch Beitreibung seiner gegen diesen bestehenden Forderung die Erfüllung seiner Forderung gegen seinen primären Vertragspartner und somit auch die Voraussetzungen eines

Nachweises nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E „aus eigener Kraft“ herbeizuführen. Gleichwohl wäre ihm die Geltendmachung des Anspruchs gegen die andere Partei des Hauptvertrags mangels (dauerhaft) ausbleibender Fälligkeit verwehrt.

Dementsprechend sollte in Betracht gezogen werden, den Fall der Insolvenz der Partei, die den Maklervertrag geschlossen hat, speziell zu regeln.

10. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656d Absatz 1 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 sind in § 656d Absatz 1 Satz 2 die Wörter „nachweist, dass sie“ zu streichen.

Begründung:

Nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E soll die Fälligkeit des Anspruchs gegen die andere Partei vom Nachweis der Zahlung durch diejenige Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, abhängen.

Hieraus dürften erhebliche Beweisprobleme im Fall eines Rechtsstreites um die Zahlung dieses Betrages resultieren.

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers (vergleiche Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 656d BGB-E) kann die anteilige Übernahme der Maklerkosten im Sinne des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E sowohl im Wege einer Vereinbarung zwischen den Parteien des Kaufvertrages (durch Vertrag zugunsten Dritter, Erfüllungsübernahme, Freistellung) erfolgen, als auch durch eine solche zwischen dem Makler und der Kaufvertragspartei, die nicht sein Vertragspartner ist (etwa durch Schuldübernahme).

Damit sind auch die Parteien eines Rechtsstreites um den Provisionsanteil des Kaufvertragspartners, der den Makler nicht beauftragt hat, nicht immer identisch. Denkbar ist sowohl die Zahlungsklage des Maklers als auch eine solche der Kaufvertragspartei, die den Makler beauftragt hat.

Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sinnvoll, die Fälligkeit des Zahlungsanspruches zwingend von einem durch die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zu erbringenden Nachweis abhängig zu machen.

Der Nachweis sollte vielmehr demjenigen obliegen, der sich im Rechtsstreit auf die Erfüllung dieser Verpflichtung beruft. Damit ist es ausreichend, wenn die Fälligkeit der Zahlung davon abhängig gemacht wird, dass der andere Anspruch erfüllt ist. Die Beweislast hierfür richtet sich dann im jeweiligen Rechtsstreit nach den allgemeinen Regeln.