
GwG § 16a; BGB §§ 307, 362

Abwälzung der geldwäscherechtlichen Pflicht zum Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung auf den Erwerber

I. Sachverhalt

Mit Blick auf die Neuregelung des § 16a GwG möchte ein Bauträger in einem Bauträgervertrag eine Klausel aufnehmen, nach der nur der Erwerber, nicht aber der Veräußerer verpflichtet ist, gegenüber dem Notar den Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung i. S. d. § 16a Abs. 2 GwG zu erbringen. Ferner soll der Notar einen Hinweis aufnehmen, dass er gem. § 16a Abs. 3 GwG erst dann den Antrag auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer beim Grundbuchamt stellen dürfe, wenn ihm dieser Nachweis vorliege und er diesen positiv auf Schlüssigkeit geprüft habe.

Hintergrund ist, dass der Ausdruck einzelner Überweisungen aus Sicht des Bauträgers einen zu hohen Verwaltungsaufwand darstellen würde, weshalb der Bauträger die Pflicht zur Nachweiserbringung auf den Erwerber „abwälzen“ möchte.

II. Fragen

1. Ist eine Übertragung der Nachweispflicht gem. § 16a Abs. 2 GwG auf den Käufer möglich?

2. Darf die Eigentumsumschreibung vom Vorliegen eines Nachweises der unbaren Kaufpreiszahlung i. S. d. § 16a Abs. 2 GwG abhängig gemacht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung, § 307 BGB

Die hier in Rede stehende Regelung könnte sich vor allem dann als unwirksam erweisen, wenn sie den Erwerber unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Insoweit wird die Anwendbarkeit der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterstellt, zumal bei Bauträgerverträgen in aller Regel vom Vorliegen von AGB auszugehen ist (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 22 a. E.). Insbesondere im Fall eines Kaufvertrags bedarf dies jedoch einer Prüfung anhand der konkreten Sachverhaltsumstände.

Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit **wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren** ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Im vorliegenden Fall kommt zum einen eine **Abweichung von § 16a Abs. 2 S. 1 GwG** in Betracht. Nach dieser Vorschrift haben „die Beteiligten“ beim Kauf oder Tausch von Immobilien gegenüber dem Notar, der den Antrag auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer oder Erbbauberechtigter beim Grundbuchamt einreichen soll, nachzuweisen, dass die Gegenleistung mit anderen Mitteln als Bargeld, Kryptowerten, Gold, Platin oder Edelsteinen erbracht wurde. Abweichend davon soll hier geregelt werden, dass im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander (nur) der Käufer verpflichtet sein soll, diesen Nachweis zu erbringen. Zum anderen kommt eine Abweichung von **§ 16a Abs. 3 S. 2 GwG** in Betracht, soweit die Eigentumsumschreibung vom Vorliegen eines solchen Nachweises abhängig gemacht werden soll.

Die angedachte **Vereinbarung** kann naturgemäß **nur im zivilrechtlichen Verhältnis der Vertragsparteien untereinander** gelten, während die Anwendbarkeit des § 16a GwG als öffentlich-rechtliche Norm und die hieraus resultierenden notariellen Amtspflichten nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen.

Hierzu im Einzelnen:

a) Abwälzung der Nachweispflicht auf den Käufer

Hinsichtlich einer möglichen Abwälzung der Nachweispflicht auf den Käufer ist zunächst zu erörtern, wem nach der gesetzlichen Regelung die Vorlage der Nachweise an den Notar obliegt.

Wer unter den „**Beteiligten**“ i. S. d. **§ 16a Abs. 2 GwG** zu verstehen ist, wird – soweit ersichtlich – in der Kommentarliteratur nicht erörtert. Es dürfte jedoch naheliegen, dass damit die **Vertragsparteien, also Veräußerer und Erwerber**, gemeint sind. Hätte das Gesetz die Nachweispflichten nur einer Vertragsseite auferlegen wollen, so wäre zu erwarten gewesen, dass das Gesetz nicht den allgemeinen Begriff des Beteiligten gebraucht, sondern etwa entweder vom Verkäufer/Veräußerer oder vom Käufer/Erwerber spricht. Man wird aber auch nicht so weit gehen können, den Begriff des Beteiligten im beurkundungsverfahrensrechtlichen Sinne des § 6 Abs. 2 BeurkG zu verstehen (zum sog. formellen Beteiligtenbegriff vgl. BeckOGK-BeurkG/Bord, Std.: 1.7.2023, § 10 Rn. 7 ff.), denn dann würde der Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung einem Urkundsbeteiligten obliegen, der nicht als Veräußerer oder Erwerber auftritt, sondern etwa in der Kaufvertragsurkunde nur als Vertreter handelt. In § 16a Abs. 2 GwG dürften also die sog. **materiell Beteiligten** gemeint sein.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu konstatieren, dass mit der Verlagerung der Nachweispflicht allein auf den Erwerber eine Abweichung von § 16a Abs. 2 GwG vorliegt.

Nun führt allerdings nicht jede Abweichung von einer Rechtsvorschrift zum Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung, sondern etwa nur eine solche, die mit den wesentlichen Grundgedanken der entsprechenden Regelung nicht zu vereinbaren ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Insoweit dürfte maßgeblich zu beachten sein, dass die **Nachweispflicht des § 16a Abs. 2 GwG** nach unserer Auffassung **keinen Anspruch** i. S. d. § 194 BGB auf Erbringung eines Nachweises der unbaren Kaufpreiszahlung begründet. Vielmehr dürfte es sich um eine sog. **Obliegenheit** handeln. Obliegenheiten zeichnen sich dadurch aus, dass sie weder einen Erfüllungsanspruch noch eine Schadensersatzpflicht im Fall einer Verletzung begründen. Die Befolgung einer Obliegenheit ist vielmehr Gebot des eigenen Interesses, da der Belastete bei ihrer Verletzung einen Rechtsverlust oder rechtlichen Nachteil erleidet (Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, Einl. v. § 241 Rn. 13). Für ein entspre-

chendes Normverständnis spricht schon der **Wortlaut** des § 16a Abs. 2 S. 1 GwG, da dieser keinen Aufschluss darüber gibt, wem ein etwaiger Erfüllungsanspruch zustehen sollte. Den Beteiligten gegenseitig einen einklagbaren Anspruch auf Vorlage von Nachweisen zuzubilligen, erscheint auch vom **Normzweck** aus nicht geboten. Denn für jede Vertragspartei wäre es wesentlich einfacher, den Nachweis selbst zu erbringen anstatt langwierig die Vorlage der Nachweise durch den jeweils anderen Vertragsteil einzuklagen und durchzusetzen. Gänzlich abwegig wäre es schließlich, dem Notar einen einklagbaren Anspruch gegen die Vertragsbeteiligten auf Vorlage geeigneter Nachweise zuzugestehen. Nach unserem Dafürhalten vermittelt daher § 16a Abs. 2 S. 1 GwG keinen Anspruch i. S. v. § 194 BGB, sondern stellt eine (verfahrensrechtliche) Obliegenheit der Beteiligten dar.

Der **Rechtsnachteil**, den die Beteiligten durch das **Nichtvorliegen der Nachweise** erleiden, liegt darin, dass die **Eigentumsumschreibung vorerst nicht stattfindet**. In erster Linie geht dieser Nachteil **zu Lasten des Erwerbers**, dessen Grundbucheintragung als neuer Eigentümer sich verzögert. Für den Veräußerer kann sich die verzögerte Eigentumsumschreibung insoweit als nachteilig erweisen, als er – obgleich mit der Zahlung des Kaufpreises in der Regel bereits Besitz, Nutzen und Lasten auf den Erwerber übergegangen sein dürften – weiterhin öffentlich-rechtlich für das Grundstück verantwortlich bleibt (z. B. betreffend öffentlicher Lasten und Verkehrssicherungspflichten). Aus dem Kaufvertrag dürfte sich indes regelmäßig – und sei es im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung – ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Käufer ergeben, da dieser mit Besitz-, Nutzen- und Lastenübergang für das Vertragsobjekt verantwortlich ist, jedenfalls im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander. Der mögliche Nachteil für den Verkäufer liegt mithin v. a. in der wirtschaftlichen Nichtrealisierbarkeit seines Freistellungsanspruchs gegenüber dem Erwerber. Im Übrigen ist das „Behalten“ des Grundstückseigentums für den Veräußerer nicht *per se* nachteilig.

Mit anderen Worten: **Ein Verstoß gegen die Nachweispflicht des § 16a Abs. 2 GwG geht in aller Regel schon nach der gesetzlichen Rechtslage v. a. zu Lasten des Erwerbers**. Daher liegt es auch in seinem originären Interesse, den Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung im Zweifel selbst zu erbringen, um so rasch in den Genuss der Eigentumsumschreibung zu kommen. Unter diesem Blickwinkel beeinträchtigt eine vertragliche Klausel, wonach im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander alleine der Käufer verpflichtet ist, die unbare Kaufpreiszahlung nachzuweisen, diesen nicht.

b) Abhängigkeit der Eigentumsumschreibung vom Vorliegen der Nachweise

Eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers könnte ferner in einer Regelung liegen, nach der der **Notar die Eigentumsumschreibung erst veranlassen soll, wenn ihm die unbare Kaufpreiszahlung nachgewiesen** ist. Die Vereinbarung betrifft freilich nicht ausschließlich das zivilrechtliche Vertragsverhältnis der Kaufvertragsparteien untereinander, sondern beinhaltet zugleich eine die zivilrechtliche Abrede flankierende verfahrensrechtliche Weisung i. S. v. § 53 BeurkG.

Zunächst zur **gesetzlichen Rechtslage**: Nach § 16a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 lit. a GwG darf der Notar zwar grundsätzlich den Antrag auf Eigentumsumschreibung erst einreichen, wenn er die ihm vorliegenden Nachweise der unbaren Kaufpreiszahlung auf Schlüssigkeit geprüft hat. Bei Nichtvorliegen der Nachweise trotz Aufforderung kann die Eigentumsumschreibung ggf. dennoch erfolgen, § 16a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 lit. b GwG. Hierzu sei auf die Ausführungen im Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 1/2023 vom 22.2.2023 (S. 6) verwiesen:

„Der Notar darf den Antrag auf Eigentumsumschreibung grundsätzlich erst einreichen, wenn er die Schlüssigkeit der Nachweise festgestellt hat (§ 16a Abs. 3 Nr. 1 lit. a GwG). Der Nachweis ist nur gegenüber dem Notar, nicht gegenüber dem Grundbuchamt zu führen. Wird dem Notar in angemessener Zeit nach der Fälligkeit kein schlüssiger Nachweis vorgelegt, hat er die Beteiligten zur Vorlage des Nachweises innerhalb einer angemessenen Frist aufzufordern. Die Angemessenheit hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei normal gelagerten Fällen dürfte im Regelfall eine Frist von zwei Wochen angemessen sein. Wird dem Notar innerhalb dieser Frist kein schlüssiger Nachweis erbracht, hat er dies in Zukunft der FIU zu melden (hierzu unter d)). Sind fünf Werktage nach dem Tag der Abgabe der Meldung abgelaufen, darf der Notar den Antrag auf Eigentumsumschreibung einreichen, sofern die FIU dies nicht untersagt hat (§ 16a Abs. 3 Nr. 1 lit. b und Nr. 2 GwG). Anders als sonst (siehe § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG) beträgt die Anhaltepflicht nach Abgabe einer Meldung in diesem Fall also nicht drei, sondern fünf Werktage.“

Ob die hier in Rede stehende **Vertragsklausel hiervon abweicht**, ist u. E. **zweifelhaft**. Der Bauträger wünscht lediglich einen Hinweis, dass der Notar gem. § 16a Abs. 3 GwG erst dann den Antrag auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer beim Grundbuchamt stellen dürfe, wenn ihm der Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung vorliege und er diesen positiv auf Schlüssigkeit geprüft habe. Darin ist wohl **keine eigenständige Regelung**, sondern lediglich ein (sachlich unvollständiger) **Hinweis auf die Rechtslage** zu erblicken.

Selbst eine **Regelung**, die ausdrücklich die Veranlassung der Eigentumsumschreibung durch den Notar vom Vorliegen eines Nachweises der unbaren Kaufpreiszahlung abhängig machen würde, dürfte den Erwerber nach unserer Einschätzung **nicht unangemessen benachteiligen**. Sofern ein Erwerber den Kaufpreis tatsächlich unbar bezahlt hat, wird es ihm **ohne nennenswerten Aufwand** möglich sein, bei seiner Bank eine **Zahlungsbestätigung einzuholen und diese dem Notar zuzuleiten**. Sollte der Erwerber hingegen die Zahlung unter Verstoß gegen § 16a Abs. 1 S. 1 GwG mit Bargeld oder anderen unzulässigen Zahlungsmitteln erbracht haben, so hätte dies keine Erfüllungswirkung. Hierzu sei wiederum auf die Ausführungen im vorgenannten Rundschreiben der Bundesnotarkammer (S. 3 f.) Bezug genommen:

„Bei vom Verbot erfassten Rechtsgeschäften kann nach § 16a Abs. 1 Satz 1 GwG die geschuldete Gegenleistung nur mittels anderer Mittel als Bargeld, Kryptowerten, Gold, Platin oder Edelsteinen bewirkt werden. Die Vorschrift stellt eine spezialgesetzliche Regelung zu den § 362 Abs. 1, § 364 BGB dar. Nach der Konzeption des BGB ist eine Geldschuld grundsätzlich in bar zu erfüllen, d. h., das zugrunde liegende Schuldverhältnis erlischt nach § 362 Abs. 1 BGB grundsätzlich bei Übereignung der entsprechenden Anzahl von gesetzlichen Zahlungsmitteln. Diese Erfüllungswirkung tritt nach § 16a Abs. 1 Satz 1 GwG nicht ein, wenn der Erwerber einer Immobilie dem Veräußerer die geschuldete Summe mittels Bargeld, Kryptowerten oder der genannten Rohstoffe zukommen lässt.

Wird die Gegenleistung unter Verstoß gegen das Barzahlungsverbot erbracht, fehlt es an der Erfüllungswirkung und bleibt die Kaufpreisforderung des Veräußerers bestehen. Der Erwerber kann die entgegen dem Verbot erbrachte Leistung nach den Regelungen des Bereicherungsrechts zurückverlangen, wobei die Vorschriften der § 815, § 817 Satz 2 BGB keine Anwendung finden (§ 16a Abs. 1 Satz 3 GwG). Die Gegenleistung muss dem Erwerber also zurückgewährt werden und dieser muss die Gegenleistung (erneut) unter Beachtung des Barzahlungsverbots erbringen. Eine Aufrechnung mit dem Bereicherungsanspruch gegen die Kaufpreisforderung ist dabei nicht möglich.“

Soweit nun aber der Erwerber seine Kaufpreisschuld nicht erfüllt hat, hätte er ohnehin keinen einredefreien Anspruch gegen den Veräußerer auf Eigentumsverschaffung, § 320 BGB. In diesem Fall kann die Regelung, nach der die Eigentumsumschreibung vom Vorliegen der Nachweise abhängt, den Erwerber somit auch nicht unangemessen benachteiligen.

Überdies spricht nach unserem Dafürhalten nichts dagegen, dass die Beteiligten dem Notar eine verfahrens-

rechtliche Weisung i. S. v. § 53 BeurkG erteilen, die „strenger“ ist als die in § 16a Abs. 3 GwG niedergelegten Vollzugsvoraussetzungen. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – die Vertragsbeteiligten lediglich regeln, wer von ihnen *inter partes* vorrangig für die Beibringen der Nachweisunterlagen zuständig sein soll, aber jeder Vertragsseite die „freiwillige“ Beibringung des Nachweises und somit die Überwindung der auf der verfahrensrechtlichen Weisung gem. § 53 BeurkG beruhenden Umschreibungssperre möglich bleibt.

3. Abschließende Zusammenfassung

Eine vertragliche Regelung, wonach allein der Käufer den Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung i. S. d. § 16a Abs. 2 GwG zu erbringen hat, benachteiligt nach unserer Einschätzung den Erwerber nicht unangemessen. Es liegt ohnehin in seinem eigenen Interesse, den Nachweis zügig zu erbringen. Selbst ohne derartige vertragliche Regelung würde der Erwerber letztendlich nur die Möglichkeit haben, den Nachweis selbst zu erbringen, wenn sich der Veräußerer weigert, dem Notar einen entsprechenden Nachweis vorzulegen.

Ob die hier in Rede stehende Vertragsklausel die Veranlassung der Eigentumsumschreibung über die Regelung des § 16a Abs. 3 S. 2 GwG hinaus vom Vorliegen eines Nachweises der unbaren Kaufpreiszahlung abhängig macht, ist zweifelhaft. Jedoch dürfte eine solche Regelung den Erwerber bereits deshalb nicht unangemessen benachteiligen, weil er den Nachweis unschwer erbringen kann, wenn die Kaufpreiszahlung tatsächlich unbar erfolgt ist.