OLG München, Beschluss v. 07.05.2026 – 34 Wx 39/26 e

Titel:

Beurkundung eines Verschmelzungsvertrags durch einen österreichischen Notar - Gleichwertigkeit des Beurkundungsverfahrens

Normenketten:

BeurkG § 13 Abs. 1, § 17 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2, Abs. 2a
BNotO § 1, § 5 ff., § 8, § 14, § 15, § 18
UmwG § 6, § 13 Abs. 3 S. 1
EGBGB Art. 11 Abs. 1

Leitsätze:

1. § 6 UmwG fordert nicht explizit die Vornahme des Rechtsgeschäfts im Inland unter Beachtung der hier geltenden Formvorschriften. Es besteht die Möglichkeit der Substitution, wenn die Beurkundung durch den ausländischen Notar gleichwertig ist. Gleichwertigkeit liegt vor, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht. (Rn. 13 – 14) (redaktioneller Leitsatz)
2. Auch ein österreichischer Notar kann einen Verschmelzungsvertrag nach § 6 UmwG formwirksam beurkunden. (Rn. 15) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ein österreichischer Notar ist einem deutschen Notar gleichwertig. Das österreichische Beurkundungsverfahren genügt auch den tragenden Grundsätzen des korrespondierenden deutschen Rechts. (Rn. 16 – 17) (redaktioneller Leitsatz)
4. § 17 Abs. 1 BeurkG ist eine bloße Soll-Bestimmung. Die Einhaltung der Vorschrift ist nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Beurkundung, sondern verzichtbar. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Verschmelzungsvertrag, Auslandsbeurkundung, Notarielle Belehrungspflicht, Materielle Richtigkeitsgewähr, Registergerichtliche Prüfung, Zurückverweisung, ausländische Urkundsperson, Grundsätze des deutschen Beurkundungsrechts, abstrakte Ausgestaltung des ausländischen Verfahrens, österreichischer Notar, Gleichwertigkeit, deutsches Beurkundungsrecht

Weiterführende Hinweise:

Vorinstanz Amtsgericht Passau (Registergericht) Beschluss v. 14.10.2025 Az. nicht recherchierbar

Fundstellen:

NotBZ 2026, 437
LSK 2026, 27909

Tenor

I. Auf die Beschwerde der Beteiligten werden der Beschluss des Amtsgerichts Passau – Registergericht – vom 14.10.2025 und das Verfahren aufgehoben.

II. Die Sache wird an das Amtsgericht Passau – Registergericht – zurückverwiesen.

III. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Beteiligte begehrt die Eintragung ihrer Verschmelzung mit einer anderen Gesellschaft.

2

Bei der Beteiligten handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH ist. Unter dem 08.08.2025 meldete der Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin zur Eintragung in das Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers die Verschmelzung der Beteiligten mit Sitz in R. (AG Passau) mit der H. GmbH & Co. KG mit Sitz in R. (AG Passau) an. Die Anmeldung wurde durch einen deutschen Notar beglaubigt und von diesem beim Registergericht eingereicht. Als Anlagen zu dieser Anmeldung überreichte der Notar die elektronisch beglaubigte Abschrift der Ausfertigung des vor einem österreichischen Notar mit Amtssitz in Linz errichteten Notariatsakts mit Verschmelzungsvertrag vom 31.07.2025, die elektronisch beglaubigte Abschrift der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung der Beteiligten als übertragender Rechtsträger vom 31.07.2025 mit dem Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Zustimmung zu dem Verschmelzungsvertrag mit Verzichtserklärungen (gleiche Urkunde wie zuvor), die elektronisch beglaubigte Abschrift der Ausfertigung der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung der H. GmbH & Co. KG als aufnehmenden Rechtsträger vom 31.07.2025 mit dem Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Zustimmung zu dem Verschmelzungsvertrag und mit Verzichtserklärungen der Gesellschafter (gleiche Urkunde wie zuvor) und die Schlussbilanz der Beteiligten zum 31.12.2024 (gleiche Urkunde wie zuvor).

3
Der Notariatsakt vom 31.07.2025 enthält folgende Passagen:

Die Identität der Parteien, einschließlich ihrer Geburtsdaten, wurde mir durch Vorlage amtlicher Lichtbildausweise im Sinne des Paragraf 36 b Absatz 2 Notariatsordnung bestätigt. Die Parteien legen mir die diesem Notariatsakt beigeheftete Privaturkunde (Verschmelzungsvertrag mit Zustimmungsbeschlüssen und Verzichtserklärungen) zur notariellen Bekräftigung vor. Die Privaturkunde wurde von mir im Sinne des Paragraf 54 der Notariatsordnung geprüft und unterzeichnet. Dieser Vertrag unterliegt dem Recht der Bundesrepublik Deutschland. Die Parteien wurden darüber belehrt, dass der beurkundende Notarsubstitut ausschließlich über das österreichische Recht belehrt hat. Es wird auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die Parteien gemäß § 31 Abs. 3 NO einen ausländischen Notar zu Belehrung über die ausländischen Rechtswirkungen beiziehen können und erklären die Parteien darauf zu verzichten. Die Parteien nehmen dies zur Kenntnis und erklären, bereits vor Unterfertigung diesbezügliche Rechtsberatung hinsichtlich der Rechtslage nach deutschem Recht eingeholt zu haben. […] Hierüber wurde dieser Notariatsakt von mir aufgenommen, dieser und die Privaturkunde den Parteien ihrem gesamten Inhalte nach vorgelesen, von ihnen genehmigt und hierauf der Notariatsakt von ihnen vor mir, Notar, eigenhändig unterfertigt.

4
Einen Prüfvermerk nach § 378 Abs. 3 FamFG enthält die Anmeldung nicht.

5
Mit Verfügung vom 25.08.2025 wies das Registergericht den Notar darauf hin, dass die Frage, ob die deutschen Umwandlungsformvorschriften auch durch einen im Ausland bestellten Notar erfüllt werden können, streitig sei (dazu BeckOGK/Stelmaszczyk, UmwG, Stand 01.01.2024, § 322 Rn. 48 ff.; Widmann/Mayer/Stelmaszczyk, UmwG, § 335 Rn. 37 ff.), das Registergericht aber mit der herrschenden Meinung (so Lieder ZIP 2018, 1517; Diehn DNotZ 2019, 146; Stelmaszczyk RNotZ 2019, 177; Kallmeyer/Zimmermann, UmwG, 8. Aufl., § 6 Rn. 11; Widmann/Mayer/Heckschen § 122c Rn. 209; AG Berlin-Charlottenburg BeckRS 2016, 2475; LG Augsburg NJW-RR 1997, 420) der Auffassung sei, dass die deutschen Umwandlungsformvorschriften von § 6 UmwG und § 122c Abs. 4 UmwG a. F. (jetzt: § 307 Abs. 4 UmwG) nur bei Beurkundung durch einen im Inland bestellten Notar erfüllt werden könnten (siehe hierzu auch Gutachten DNotI-Report 2016, 93). Es werde um Nachreichung eines von einem deutschen Notar beurkundeten Verschmelzungsvertrages binnen vier Wochen gebeten.

6
Nach erfolglosem Fristablauf wies das Registergericht die Anmeldung mit Beschluss vom 14.10.2025 zurück. Tragend stellte es darauf ab, dass mit der herrschenden Meinung die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags vor dem ausländischen Notar für die Zwecke des § 6 UmwG nicht als gleichwertig anzusehen sei. Dies stütze sich maßgeblich darauf, dass ein ausländischer Notar nicht über die erforderlichen Kenntnisse des deutschen Rechts verfüge und daher die materielle Richtigkeit des Verschmelzungsvertrages nicht gewährleisten könne. Das Beurkundungsverfahren würde entwertet, wenn wie im vorliegenden Fall lediglich eine von den Parteien selbst vorgelegte Privaturkunde durch den Notar vorgelesen werde und der Notar dabei ausdrücklich hinweise, dass er lediglich über das österreichische

Recht belehren könne. Die Beurkundung durch einen ausländischen Notar könne allenfalls dem Beweiszweck gerecht werden, nicht jedoch die nach dem Sinn und Zweck des Beurkundungserfordernisses des § 6 UmwG erforderliche Beratung und Belehrung sowie die materielle Richtigkeitsgewähr ersetzen. Nur ein deutscher Notar könne demzufolge den Verschmelzungsvertrag formwirksam beurkunden, so dass die Anmeldung zurückzuweisen sei.

7
Mit Schriftsatz vom 14.11.2025 legte der anwaltliche Vertreter der Beteiligten Beschwerde gegen den Beschluss ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 09.02.2026. Er argumentiert, eine Beurkundung durch einen deutschen Notar sei nicht zwingend erforderlich. Zwar genüge für die Beurkundung eines Umwandlungsvorgangs nicht die Ortsform nach Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB, denn bei statusrelevanten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen gelte das sog. Wirkungsstatut nach Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB (allg. M., vgl. KG NZG 2018, 1195; Cramer DStR 2018, 747; Lieder ZIP 2018, 805). Die Anwendbarkeit des Wirkungsstatuts nach Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB schließe jedoch entgegen einer teilweise, v. a. von Vertretern des Notarstandes vertretenen Auffassung die Beurkundung durch ausländische Notare nicht aus, da nach dem Wortlaut lediglich die Einhaltung der Formerfordernisse des Rechts verlangt werde, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden sei, während andere Vorschriften, z. B. Art. 13 Abs. 4 Satz 1, 17 Abs. 2 EGBGB, auf die Einhaltung der Formalien im Inland abstellten. Es gebe keine Formvorschrift, die als Formerfordernis bei einer Umwandlung die Beurkundung durch eine deutsche Notarperson verlange (vgl. KG NZG 2018, 1195; Schmitt/Hörtnagel, UmwG, 10. Aufl., § 6 RN. 16a). Ein solches Formerfordernis könne auch nicht aus § 54 EStDV entnommen werden, nach dem das zuständige Finanzamt über bestimmte steuerrelevante Vorgänge, wie etwa die Gründung einer Gesellschaft oder einen Umwandlungsvorgang, durch Übersendung einer Abschrift der Urkunde zu informieren sei, denn die insoweit maßgebliche Ermächtigungsnorm des § 51 EStG sehe eine Beschränkung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB gerade nicht vor, so dass auch eine entsprechende Auslegung wegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht möglich sei. Auch § 18 GrEStG, der eine Anzeigepflicht für grunderwerbssteuerrelevante Vorgänge vorsehe, könne ein Vorrang gegenüber der allgemeinen Norm des Art. 11 EGBGB nicht entnommen werden (vgl. KG NZG 2018, 1195). Ob die nach §§ 6, 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG erforderlichen notariellen Beurkundungen auch durch eine Beurkundung im Ausland ersetzt werden könnten, hänge damit allein von einer unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Beurkundung zu ermittelnden Gleichwertigkeit der ausländischen Beurkundung ab (BGH NJW 1981, 1160; BGH NZG 2014, 219; KG NZG 2018, 1195). Gleichwertigkeit im vorstehenden Sinne sei dabei dann gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbild und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübe und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten sei, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspreche (BGH NZG 2014, 219; OLG Düsseldorf NJW 2011, 1370). Insoweit sei für eine Beurkundung in Österreich eine Gleichwertigkeit zu bejahen. Dies gelte sowohl für die Urkundsperson wie auch für das Beurkundungsverfahren. Sei die Gleichwertigkeit der Beurkundung gegeben, stehe auch das grundsätzliche Ziel einer materiellen Richtigkeitsgewähr, wie vereinzelt vertreten, einer Auslandsbeurkundung nicht entgegen (vgl. BGH NJW 1981, 1160). Ein solches Ergebnis könne auch nicht auf § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gestützt werden, weil diese Vorschrift als Soll-Vorschrift ausgestaltet sei (vgl. BGH NJW 1981, 1160 mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung; KG NZG 2018, 1195; Schmitt/Hörtnagl § 6 Rn. 16a); es gelte insoweit anderes als zu der verbraucherschützenden Regelung des § 17 Abs. 2a BeurkG (KG NZG 2018, 1195). Zudem finde die eigentliche Prüfung durch das Registergericht statt. Dessen Prüfungsrecht und -pflicht ließen auch § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG, dem nur eine gewisse Filterfunktion zuzuschreiben sei, und § 9c GmbHG, der den Prüfungsumfang des Gerichts bei Vorschriften, die im öffentlichen Interesse stünden, uneingeschränkt aufrechterhielten, unberührt (vgl. KG NZG 2018, 1195). Auch vor dem Hintergrund europäischer Dienstleistungsfreiheiten und der Internationalisierung des Umwandlungsrechts sei es unzulässig, lateinische Notariate im Ausland von einer Beurkundung deutscher Umwandlungsvorgänge auszuschließen.

8
Mit Beschluss vom 17.02.2026 hat das Registergericht dem Rechtsbehelf nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht München zur Entscheidung vorgelegt.

II.

9
Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache zumindest vorläufig Erfolg.

10
1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist insbesondere nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG kann sich die Beteiligte durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

11
2. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet, als der Anmeldung jedenfalls nicht entgegensteht, dass der zugrundeliegende Verschmelzungsvertrag lediglich durch einen österreichischen Notar beurkundet wurde.

12
a) Dabei kann vorliegend offenbleiben, ob auf einen solchen Vertrag, wenn er im Ausland geschlossen wurde, Art. 11 Abs. 1 EGBGB Anwendung findet mit der Folge, dass gemäß Alt. 2 der Vorschrift im Rahmen des Ortsstatuts auch die Einhaltung der dort einschlägigen Bestimmungen zur Formgültigkeit führt (vgl. KG NZG 2018, 304, 305 m. w. N. zum Streitstand). Denn selbst wenn man für eine strukturrelevante Maßnahme im Gesellschaftsrecht, wie sie hier vorliegt, das Wirkungsstatut zugrundelegt, erfüllt der verfahrensgegenständliche Verschmelzungsvertrag die Formanforderungen.

13
Gemäß § 6 UmwG muss der Verschmelzungsvertrag notariell beurkundet werden, ein Verstoß hiergegen führt zur Nichtigkeit des Vertrags (Henssler/Strohn/Heidinger/Knaier, UmwG, 6. Aufl., § 6 Rn. 4; Kallmeyer/Zimmermann § 6 Rn. 1; NK-UmwR/Böttcher, 3. Aufl., UmwG, § 6 Rn. 18; Semler/Stengel/Leonard/Greitemann, UmwG, 6. Aufl., § 6 Rn. 19). Anders als etwa Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB fordert § 6 UmwG allerdings nicht explizit die Vornahme des Rechtsgeschäfts im Inland unter Beachtung der hier geltenden Formvorschriften. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen insoweit eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar ausreicht, ist umstritten.

14
aa) Die Beurkundung dient nach verbreiteter Auffassung in der Literatur, die sich insoweit meist auf einen Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 24.10.1988 zu § 53 Abs. 2 GmbHG a. F. (BGH NJW 1989, 295/298) beruft, der Beweissicherung und damit der Rechtssicherheit, außerdem der materiellen Richtigkeitsgewähr sowie der Wahrnehmung der Prüfungs- und Belehrungsfunktion (NK-UmwR/Böttcher § 6 Rn. 2; Semler/Stengel/Leonard/Greitemann § 6 Rn. 2; Lieder NZG 2020, 1081/1085 f.; Tebben GmbHR 2018, 1190/1193; Schervier NJW 1992, 593/595). Auf dieser Grundlage will eine Mindermeinung die Möglichkeit der Substitution im Bereich des Umwandlungsrechts von vornherein ausschließen mit der Begründung, ein ausländischer Notar verfüge typischerweise nicht über die für die Gewährleistung materieller Richtigkeit und die Belehrung erforderlichen Rechtskenntnisse (Lieder NZG 2020, 1081/1086). Die zunehmende Internationalisierung der Lebensverhältnisse, spätestens die Vollendung des europäischen Binnenmarkts zum 1.1.1993 lässt eine solche pauschale Ablehnung jedoch nicht zu (Becht/Stephan-Wimmer GmbHR 2019, 45, 49; Schervier NJW 1992, 593, 595). Auch in der Judikatur des Bundesgerichtshofs wird seit langem mit Recht die grundsätzliche Möglichkeit der Substitution vorausgesetzt und auf die Gleichwertigkeit der jeweiligen Beurkundung durch den ausländischen Notar abgestellt, so insbesondere in den Beschlüssen vom 16.2.1981 (BGH NJW 1981, 1160) und 17.12.2013 (BGH NZG 2014, 219, 220). Die obergerichtliche Rechtsprechung (OLG Celle NZG 2023, 1028; OLG Karlsruhe NZG 2022, 1603, 1604; KG NZG 2018, 1195, 1196; OLG Düsseldorf NZG 2011, 388) und weit überwiegend auch die Literatur (Grüneberg/Thorn Art. 11 Rn. 9; Kallmeyer/Zimmermann § 6 Rn. 11; MüKoBGB/Kleinschmidt, 9. Aufl., EGBGB Art. 11 Rn. 83; NK-UmwR/Böttcher § 6 Rn. 16; Schmitt/Hörtnagl/Winter § 6 Rn. 18; Semler/Stengel/Leonard/Greitemann § 6 Rn. 17; Diehn DNotZ 2019, 146; Becht/Stephan-Wimmer GmbHR 2019, 45, 49; Tebben GmbHR 2018, 1190, 1193; Heckschen GWR 2018, 393; Schervier NJW 1992, 593, 595) folgen dieser Ansicht. Gleichwertigkeit in dem oben genannten Sinne ist nach der höchst- und obergerichtlichen Judikatur, der sich der Senat insoweit anschließt, gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht (BGH NZG 2014, 219, 221; NJW 1981, 1160; OLG Celle NZG 2023, 1028; OLG Karlsruhe NZG 2022, 1603, 1604; KG NZG 2018, 1195, 1196; OLG Düsseldorf NZG 2011, 388). Es ist insoweit auf die abstrakte Ausgestaltung des ausländischen Verfahrens abzustellen (BGH BeckRS 2026, 7527 Rn. 14).

15

bb) Vor diesem Hintergrund bestehen gegen die Beurkundung durch einen österreichischen Notar, wie sie hier gegeben ist, keine grundlegenden Einwände.

16
Der österreichische Notar ist gemäß § 1 NO wie sein deutsches Pendant nach § 1 BNotO Träger eines öffentlichen Amts, unabhängig, keiner staatlichen Weisung unterworfen und gegenüber allen Beteiligten zur Neutralität verpflichtet, was § 7 Abs. 1 NO wie §§ 8, 14 BNotO durch die Unvereinbarkeit mit anderen Ämtern sichert. Außerdem existiert nach § 37 NO ebenso wie nach § 18 BNotO eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber allen Dritten, soweit nicht gesetzliche Mitteilungspflichten gegenüber Behörden bestehen. Der Zugang zum Notarberuf ist in beiden Rechtsordnungen durch ein staatliches Auswahlverfahren gekennzeichnet, vgl. §§ 5 ff. BNotO, §§ 6 ff. NO. Ähnlichkeiten bestehen außerdem bei der Aufsicht durch die Justizverwaltung mit Sanktionsmöglichkeiten gemäß §§ 92 ff. BNotO bzw. §§ 153 ff. NO. Für Gleichwertigkeit spricht schließlich auch der zwischen Österreich und Deutschland geschlossene Beglaubigungsvertrag, nach dessen Art. 3 Notarurkunden aus dem jeweiligen Land keiner weiteren Beglaubigung bedürfen (Becht/Stephan-Wimmer GmbHR 2019, 45, 51).

17
Das österreichische Beurkundungsverfahren genügt auch den tragenden Grundsätzen des korrespondierenden deutschen Rechts. Diese sind die Identitätsfeststellung der Beteiligten nach §§ 10 f. BeurkG, die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars und die Verhandlungsniederschrift nach § 17 Abs. 1 BeurkG sowie das Vorlesen, Genehmigen und Unterzeichnen der Urkunde durch die Beteiligten und das Siegeln und Unterzeichnen durch den Notar nach § 13 Abs. 1 BeurkG (BGH NJW 1981, 1160). Gemäß § 55 NO trifft auch den österreichischen Notar die Pflicht zur Feststellung der Identität der Beteiligten. Deren Erklärungen muss er gemäß § 52 NO in der Urkunde festhalten. Nach § 34 NO ist auch der österreichische Notar verpflichtet, die Beurkundung von gesetzes- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften abzulehnen. Die Niederschrift muss gemäß § 52 NO verlesen werden. Die Beurkundungsverhandlung schließt nach § 47 Abs. 2 NO mit der Genehmigung und Unterzeichnung durch die Beteiligten und den Notar. Die Mitteilungspflicht nach § 54 EStDV gilt zwar nicht für den ausländische – und somit auch nicht für österreichische – Notare (Lieder NZG 2020, 1081, 1087). Sie zählt aber nicht zu den oben aufgeführten tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts; vielmehr bezweckt sie die Sicherung des Steueraufkommens (Becht/Stephan-Wimmer GmbHR 2019, 45, 51). Gleiches gilt für § 18 GrEStG. Auch die Notarhaftung ist entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (Heckschen GWR 2018, 393; Schervier NJW 1992, 593, 598) kein Kriterium für die Gleichwertigkeit. Der Bundesgerichtshof nennt sie mit Recht nicht. Denn die Gesellschafter begeben sich dieses Schutzes bewusst durch die Entscheidung für die Beurkundung durch einen ausländischen Notar. Dritte wiederum können ihre Ansprüche gegenüber den Gesellschaftern geltend machen (Becht/Stephan-Wimmer GmbHR 2019, 45/50). Letztlich kann dies aber für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, weil § 39 NO grundsätzlich eine Notarhaftung vorsieht.

18
Auch der Einwand, ein ausländischer Notar verfüge nicht über die erforderlichen Kenntnisse des deutschen Rechts und könne daher die materielle Richtigkeit des Verschmelzungsvertrags nicht gewährleisten (Lieder NZG 2020, 1081, 1086), greift nicht durch. Dabei trifft es grundsätzlich zu, dass die notarielle Beurkundung auch der materiellen Richtigkeitsgewähr dient (BGH NJW 1989, 295/298; NK-UmwR/Böttcher § 6 Rn. 2; Semler/Stengel/Leonard/Greitemann § 6 Rn. 2; Lieder NZG 2020, 1081, 1085; Tebben GmbHR 2018, 1190, 1193; Schervier NJW 1992, 593, 595).

19
Dieser Zweck manifestiert sich in der in § 17 Abs. 1 BeurkG vorgesehenen Prüfung und Belehrung. Bisweilen wird darauf hingewiesen, dass nach Abs. 3 Satz 2 der Vorschrift sich die Belehrungspflicht nicht auf ausländisches Recht erstrecke und es deshalb inkonsequent wäre, an die Beurkundung durch einen ausländischen Notar insoweit höhere Anforderungen zu stellen (MüKoBGB/Kleinschmidt EGBGB Art. 11 Rn. 92; Becht/Stephan-Wimmer GmbHR 2019, 45, 49). Diese Folgerung erscheint allerdings nicht unzweifelhaft, da § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG zumindest in erster Linie lediglich ein notwendiges Korrektiv zum Grundsatz des § 15 BNotO darstellt, wonach der Notar seine Urkundstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern darf (Schervier NJW 1992, 593, 596). Entscheidend ist vielmehr, dass es sich bei § 17 Abs. 1 BeurkG um eine bloße Soll-Bestimmung handelt. Daher ist die Einhaltung der Vorschrift – entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (Winkler, BeurkG, 21. Aufl., § 17 Rn. 1; Diehn DNotZ 2019, 146/148 f.; Heckschen GWR 2018, 393) – nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit einer

Beurkundung, sondern verzichtbar (BGH NZG 2014, 219, 221; NJW 1981, 1160; Grüneberg/Thorn EGBGB Art. 11 Rn. 10; MüKoBGB/Kleinschmidt EGBGB Art. 11 Rn. 91; Becht/Stephan-Wimmer GmbHR 2019, 45, 51). Einem Verzicht steht es gleich, wenn die Beteiligten einen ausländischen Notar aufsuchen, von dem sie regelmäßig eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und deshalb eine umfassende Belehrung von vornherein gar nicht erwarten können (BGH NZG 2014, 219, 221; NJW 1981, 1160). Insoweit ist der Grundsatz der materiellen Richtigkeitsgewähr bei der Beurkundung durch einen ausländischen Notar eingeschränkt. Dagegen spricht nicht, dass der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 24.10.1988 diesen Grundsatz als einen wesentlichen Zweck der notariellen Beurkundung benannt hat (BGH NJW 1989, 295, 298). Gegenstand jener Entscheidung war die Beurkundung eines gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrags durch einen deutschen Notar, mit der hier in Frage stehenden Beurkundung durch einen ausländischen Notar beschäftigte sich der Beschluss nicht. Insoweit ist einschlägig insbesondere die ebenfalls bereits zitierte Entscheidung vom 16.2.1981 (BGH NJW 1981, 1160), die durch den Beschluss vom 17.12.2013 bestätigt wurde (BGH NZG 2014, 219, 220). Dort ist jeweils explizit festgehalten, dass die Prüfung nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Beurkundung ist. Der damit verbundene Verlust der Richtigkeitsgewähr ist hinnehmbar, weil er lediglich die Vorprüfung durch den Notar betrifft, die im Übrigen das Registergericht nicht bindet (KG NZG 2018, 1195, 1197). Insoweit unergiebig ist der verschiedentlich (Diehn DNotZ 2019, 145, 149; Heckschen GWR 2018, 393) getätigte Verweis auf § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG, wonach Anmeldungen in Handels- und Gesellschaftsregistersachen bei einem – deutschen (MüKoFamFG/Krafka, 4. Aufl., § 378 Rn. 27; Sternal/Noack, FamFG, 22. Aufl., § 378 Rn. 29) – Notar zur Weiterleitung an die für die Eintragung zuständige Stelle einzureichen sind. Denn hierbei prüft der Notar die angemeldeten Tatsachen lediglich im Hinblick auf ihre abstrakte Eintragbarkeit (MüKoFamFG/Krafka § 378 Rn. 21; Sternal/Noack § 378 Rn. 33), Rückschlüsse auf die Möglichkeit der Beurkundung selbst durch einen ausländischen Notar können aus § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG also nicht gezogen werden. In jedem Fall gewährleistet die inhaltliche Prüfung durch das Registergericht, dass die eingereichte Urkunde eine sichere Grundlage für den Rechtsverkehr darstellt (BGH NJW 1981, 1160; KG NZG 2018, 1195, 1197; Becht/Stephan-Wimmer GmbHR 2019, 45, 49).

20
b) Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG ausnahmsweise an das Registergericht zurückverweisen, da letzteres in der Sache noch nicht entschieden hat. Dieses Kriterium ist nicht rein formal zu verstehen. Vielmehr kommt eine Zurückverweisung auch dann in Betracht, wenn das erstinstanzliche Gericht über das verfahrensgegenständliche Rechtsverhältnis noch nicht in der gebotenen Weise umfassend entschieden hat (OLG Stuttgart NJW-RR 2024, 273, 274; OLG Düsseldorf FGPrax 2019, 182; Sternal/Sternal § 69 Rn. 19). Vorliegend hat das Registergericht die Anmeldung wegen Fehlens der Beurkundung des Verschmelzungsvertrags durch einen deutschen Notar zurückgewiesen. Dass die sonstigen Eintragungsvoraussetzungen – insbesondere der Inhalt des Verschmelzungsvertrags – geprüft worden wären, lässt sich der Akte nicht entnehmen, aus Sicht des Registergerichts bestand dazu auf der Grundlage der von ihm vertretenen Rechtsauffassung auch kein zwingender Anlass. Eine eigene Sachentscheidung des Senats über die Anmeldung nach § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG würde insofern zum Verlust einer Tatsacheninstanz für die Beteiligte führen.

21
3. Eine Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens konnte unterbleiben, weil die diesbezügliche Haftung der Beteiligten als Rechtsmittelführerin aus § 22 Abs. 1 GNotKG aufgrund des Erfolgs der Beschwerde gemäß § 25 Abs. 1 GNotKG erloschen ist.

22
4. Die Geschäftswertfestsetzung beruht auf §§ 79 Abs. 1, 61 Abs. 1, 36 Abs. 3 GNotKG.