

## 02/2018 Der Fall Polbud

### EuGH, Rs. C-106/16 (Polbud), Urteil des Gerichtshofs vom 25. Oktober 2017

aufbereitet von **Jula Bräuer**

**Das Wichtigste:** Die isolierte Satzungssitzverlegung ist vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV umfasst. Sie sind dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Maßnahme entgegenstehen, die die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes von der vorherigen Liquidation und Löschung der Gesellschaft abhängig macht.

## 1. Vorbemerkungen

In dem mit Spannung erwarteten Urteil in der Rechtssache *Polbud* vom 25.10.2017 judiziert der in einem Vorabentscheidungsverfahren angerufene EuGH erstmals, dass die isolierte Satzungssitzverlegung einer Gesellschaft von dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst ist.

Streitgegenstand war eine polnische Regelung, die vorsah, dass ein in Polen gegründetes Unternehmen erst dann einen von ihrem Hauptverwaltungssitz losgelösten grenzüberschreitenden Formwechsel nach luxemburgischen Recht vornehmen kann, wenn es im Handelsregister gelöscht ist, wofür der Nachweis über die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft maßgeblich war.

Es nimmt nicht Wunder, dass die Entscheidung des Gerichtshofs in der Fachliteratur und unter den Generalanwälten eine starke Kontroverse ausgelöst hat. Schließlich ebnet der EuGH aufgrund seines extensiven Begriffsverständnisses von der Niederlassung den Weg für eine fortschreitende Realisierung von Briefkastengesellschaften und der hiermit einhergehenden Gefahr des Missbrauchs durch die jeweiligen Unternehmen. Dass es sich diesbezüglich um kein abstraktes Phänomen handelt, sondern die jüngere Vergangenheit immer wieder aufgezeigt hat, dass der grenzüberschreitende Formwechsel einer Gesellschaft durch die isolierte Verlegung des Satzungssitzes nicht unproblematisch ist, illustrieren die auch in der Medienwelt viel beachteten Affären um die sog. *Panama* und *Paradise Papers*. Allerdings ist zu konstatieren, dass der Gerichtshof die Entscheidung, ob sich ein Unternehmen das Rechtskleid und damit das Gesellschaftsstatut eines anderen Mitgliedstaates überstülpen kann, ohne vor Ort über einen Hauptverwaltungssitz zu verfügen bzw. ohne sich in dessen Volkswirtschaft in stabiler und kontinuierlicher Weise zu integrieren, alleine dem Zuzugsstaat anheimstellt. Der EuGH legt damit die Verantwortung bezüglich der aufgezeigten Problematik in die Hände der jeweiligen Mitgliedstaaten. Ob diese der diffizilen Aufgabenstellung gewachsen sind, wird die Zukunft zeigen.

### Einordnung der Rs. *Polbud* in die bisherige Judikatur des EuGH

Die Kernaussage des zugrundeliegenden Urteils, namentlich, dass der Sitzgehalt der Niederlassungsfreiheit nun auch die reine Satzungssitzverlegung einer Gesellschaft impliziert, kann nicht losgelöst von der bisherigen Judikatur des EuGH betrachtet werden. Die Einbettung der Rechtssache *Polbud* in den Gesamtkontext der wesentlichen die Niederlassungsfreiheit betreffenden Entscheidungen ist insofern zwingend angezeigt, als dass der Gerichtshof partiell seine Rechtsprechung im Hinblick auf Art. 49, 54 AEUV stringent fortführt, stellenweise sich jedoch auch von bestimmten von ihm aufgestellten Bedingungen (augenscheinlich) distanziert. Um die durchaus komplexe Judikatur des EuGH bezüglich der Niederlassungsfreiheit nachvollziehen zu können, bietet es sich an, die zu Art. 49, 54 AEUV ergangenen Leitentscheidungen des Gerichtshofs unter Heranziehung verschiedener Gesichtspunkte zu beleuchten. Zu differenzieren ist danach, ob der Wegzugsstaat oder der Zuzugsstaat die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt hat und welche Art von Sitzverlegung von der jeweiligen Gesellschaft angestrebt wurde

### Beeinträchtigungen des Wegzugsstaates

Zunächst empfiehlt es sich, den Fokus auf diejenigen Urteile des EuGH zu legen, die eine beeinträchtigende Maßnahme des Wegzugstaates zum Gegenstand hatten.

Das Fundament für den auch noch heute geltenden Grundsatz, dass die Gesellschaft nur dann von dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst ist, wenn sie – aus der Perspektive ihres Gründungsstaats - außerhalb ihrer Gründungsrechtsordnung weiter existieren darf, legte der EuGH in der Rechtssache *Daily Mail* aus dem Jahre 1988. Streitgegenstand war eine Regelung mit dem Inhalt, dass eine nach britischem Recht gegründete Gesellschaft nur dann ihren Hauptverwaltungssitz ohne Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat verlegen kann, wenn sie hierfür den Abschluss einer Steuerrechnung vorlegt oder die Zustimmung des Finanzministers einholt. Der EuGH bilanzierte, dass es sich bezüglich der umstrittenen Bestim-

mung um eine Vorfrage des Art. 49, 54 AEUV handelt und damit die Niederlassungsfreiheit schon gar nicht tangiert sein kann.

Diese Aussage bestätigte der Gerichtshof zwanzig Jahre später in dem Urteil *Cartesio*. Auch dieser Entscheidung lag eine Norm des Wegzugstaates zugrunde, die vorsah, dass die Verlegung des Hauptverwaltungssitzes einer nach ungarischem Recht gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat, den Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit zur Konsequenz hat. Der EuGH resümierte, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtssache *Daily Mail*, dass mangels unionsrechtlicher Definition einer Gesellschaft, allein die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten im Hinblick auf Fragen ihrer Existenz ausschlaggebend sein können. Er kam folglich zum Ergebnis, dass die streitgegenständliche Regelung lediglich als Vorfrage von Art. 49, 54 AEUV zu qualifizieren ist.

Wiewohl der Gerichtshof in dem Urteil *Cartesio* seine Ausführungen aus der Rechtssache *Daily Mail* bekräftigte, so führte er fernerhin aus, dass der Sachverhalt dann anders zu bewerten sei, wenn eine Gesellschaft neben dem Hauptverwaltungs- auch den Satzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen möchte. Dann müsse der Wegzugstaat die Gesellschaft, vorbehaltlich etwaiger Rechtfertigungsgründe, grundsätzlich gewähren lassen

### Beeinträchtigungen des Zuzugsstaates

Des Weiteren ist für die Verortung der Rechtssache *Polbud* in den Rechtsprechungskanon des EuGH bezüglich der Niederlassungsfreiheit, auch die Betrachtung der Urteile von Bedeutung, welche Behinderungen des Zuzugsstaates beinhalteten.

Zuvörderst spielt in diesem Zusammenhang die Entscheidung *Centros* aus dem Jahre 1997 eine herausragende Rolle. In diesem Urteil hatte der Gerichtshof über die Verweigerung eines in Dänemark gestellten Antrags auf Eintragung einer Zweigniederlassung in das Handelsregister zu befinden, welche einer in

England gegründeten Gesellschaft verwehrt wurde. Die Ablehnung wurde damit begründet, dass dem Unternehmen unterstellt wurde, absichtlich das Vorhaben so gewählt zu haben, um spezielle Vorschriften in Dänemark zu umgehen. Weiterhin behauptete die dänische Regierung, dass es sich bezüglich des zugetragenen Sachverhalts tatsächlich um den Wechsel des Hauptverwaltungssitzes handeln würde und gerade kein Fall der sekundären Niederlassung gegeben sei.

Ungeachtet der Tatsache, dass der EuGH in diesem Urteil den Leser in Unkenntnis darüber lässt, ob sich seine Erwägungen auf die primäre oder sekundäre Niederlassungsfreiheit beziehen, schlussfolgerte er, dass die Verweigerung der Eintragung in das Handelsregister nicht mit Art. 49, 54 AEUV vereinbar ist.

Von besonderer Relevanz ist die Rechtssache *Centros* aber vor allem deshalb, weil der Gerichtshof im Hinblick auf das der Niederlassungsfreiheit immanente Erfordernis der tatsächlich wirtschaftlichen Tätigkeit näher eingeht. Dabei stipulierte er erstmals, dass das Vorgehen der Gesellschaft nicht schon deshalb als missbräuchlich einzuordnen sei, weil ihr ökonomischer Schwerpunkt auf einem anderen, von ihrem Hauptverwaltungssitz losgelösten, Mitgliedstaat liege. An dieser Bewertung ändere sich auch dann nichts, wenn das Handeln der Gesellschaft allein aus der Motivation heraus verfolgt wurde, die für sie vorteilhafteren gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen in Anspruch zu nehmen. Allein die Tatsache, dass der EuGH anführte, dass es für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit unschädlich sei, ob die Gesellschaft lediglich in dem Mitgliedstaat wirtschaftlich tätig ist, wo sie ihre Zweigniederlassung hat, deutet darauf hin, dass sich die Urteils Erwägungen auf den Fall der sekundären Niederlassung beziehen

Ließ die Rechtssache *Centros* noch dahingehend Raum für Spekulationen, ob der Gerichtshof mit seinen Urteilsgründen nicht doch gegebenenfalls auf die primäre Niederlassungsfreiheit Bezug nimmt, ist spätestens seit dem *Übersee-*

*ring*-Urteil klar, dass dem Zuzugsstaat die Pflicht zukommt, eine Gesellschaft die außerhalb der Rechtsordnung ihres Gründungsstaates nach dessen Recht weiter existieren darf, vorbehaltlich etwaiger Rechtfertigungsgründe anzuerkennen.

In dieser Entscheidung ging es um eine niederländische Gesellschaft, deren Klage vor einem deutschen Landgericht mit der Begründung der mangelnden Parteifähigkeit gem. §50 I ZPO abgelehnt wurde. In diesem Zusammenhang wurde vorgetragen, dass die Gesellschaft ihren Hauptverwaltungssitz nach Deutschland verlegt habe, da sie sämtliche Geschäftsanteile auf in Deutschland ansässige deutsche Staatsbürger übertragen habe. Aufgrund des Umstandes, dass sich das Unternehmen nicht in Deutschland neu gegründet habe, sei es nicht fähig, klagende Partei zu sein. Der Sachverhalt verdeutlicht, dass auch diesem Urteil, wie bereits in der Rechtssache *Daily Mail* und *Cartesio*, eine Konstellation zugrunde lag, die die ausschließliche Verlegung des Hauptverwaltungssitzes einer Gesellschaft zum Gegenstand hatte.

Der EuGH entschied, dass die streitige Regelung, aufgrund der Anerkennungspflicht des Zuzugsstaates, nicht mit Art. 49, 54 AEUV vereinbar ist und erteilte damit der sog. Sitztheorie erstmals eine klare Absage.

### **Grenzfälle – Die Rechtssache VALE**

Eine hohe Aufmerksamkeit in der Judikatur des Gerichtshofs hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit genießt seither das Urteil in der Rechtssache *VALE* aus dem Jahre 2012. Diesem Urteil liegt aus mehreren Gesichtspunkten heraus ein ganz besonderer Fall zugrunde.

In dieser Entscheidung ging es um die italienische Gesellschaft VALE COSTRUZIONI, die beabsichtigte, sich in eine Gesellschaft ungarischen Rechts umzuwandeln. Aus diesem Grund beantragte sie die Löschung der VALE COSTRUZIONI im italienischen Handelsregister und gründete in der Folge die nach ungarischen Rechtsvorschriften zustande gekommene

VALE Építési. Das Ansuchen der Gesellschaft die VALE Építési als Rechtsnachfolgerin der italienischen Gesellschaft in das ungarische Handelsregister eintragen zu lassen, wurde von dem Registergericht abgelehnt. Dieses führte an, dass ein Formwechsel, also die Änderung des Gesellschaftsstatuts, nur nationalen Gesellschaften vorbehalten sei.

Bei näherer Betrachtung des Sachverhalts wirft die Fallkasuistik im Hinblick auf die Lokalisierung der beeinträchtigenden Maßnahme Fragen auf. Nimmt man intuitiv die ungarische Regelung ins Visier, so fällt auf, dass im Zeitpunkt der Antragsstellung bezüglich der Eintragung der VALE Építési als Rechtsnachfolgerin der VALE COSTRUZIONI, letztere bereits im italienischen Handelsregister gelöscht war und damit keine Gesellschaft mehr im Sinne des Art. 49, 54 AEUV vorlag. Demzufolge ist Raum für die Überlegung gegeben, ob es sich im Hinblick auf den Sachverhalt um die Neugründung einer Gesellschaft handelt und damit alleine dem Gründungsstaat anheimgestellt werden kann, ob er eine EU-ausländische Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin anerkennt. Diese Betrachtung würde in der Konsequenz dazu führen, dass die streitige Regelung lediglich als Vorfrage des Art. 49, 54 AEUV zu qualifizieren wäre.

Ohne dass der EuGH in seinen Urteilsgründen auf dieses Gedankenspiel konkret eingeht, kam er zu dem Ergebnis, dass die Verweigerung des grenzüberschreitenden Formwechsels jedenfalls dann nicht mit Art. 49, 54 AEUV konformgeht, wenn die jeweilige Rechtsordnung die Rechtswahlfreiheit für nationale Gesellschaften vorsieht. Demzufolge sah der Gerichtshof die streitige Norm vom Anwendungsbereich der Art. 49, 54 AEUV umfasst. Diese Einordnung begründete er unter Rekurs auf das Judikat in der Rechtssache *Sevic Systems*. Hier entschied der EuGH erstmals, dass der Gewährleistungsgehalt des Art. 49, 54 AEUV eine Umwandlung in Gestalt einer grenzüberschreitenden Fusion beinhaltet.

Das zugrundeliegende Urteil ist nicht alleine in Bezug auf die komplexe Einordnung der beschränkenden Maßnahme von Bedeutung. Bemerkenswert ist außerdem, dass dem Gerichtshof im Unterschied zu den zuvor erwähnten Entscheidungen erstmals eine Fallkonstellation vorlag, in der eine Gesellschaft sowohl die Verlegung des Hauptverwaltungs- als auch des Sitzungssitzes beabsichtigte (sog. grenzüberschreitender Formwechsel). Auffallend ist aber im Besonderen, dass sich der EuGH auch hinsichtlich der Frage nach dem Ort der tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit äußert. Hierzu legte er dar, dass er davon ausgehe, dass sich der ökonomische Aktionsradius der Gesellschaft nicht nur auf Italien beschränke, was das vorlegende Gericht zu überprüfen habe. Diese Ausführung könnte als Abkehr seiner in der Rechtssache *Centros* betätigten Aussage gedeutet werden. Während der Gerichtshof nämlich in dem zugrundeliegenden Urteil indirekt forderte, dass die Gesellschaft auch im „neuen“ Gründungsstaat Ungarn wirtschaftlich aktiv sein müsse, hielt er dies im Rahmen der Rechtssache *Centros* gerade nicht für notwendig. Hier empfand er es mit Blick auf den Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit für ausreichend, dass sich das betroffene Unternehmen alleine am Ort seiner Zweigniederlassung ökonomisch betätigt.

### Zusammenfassung

Aus einer Gesamtschau der hier illustrierten Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich also, dass dem Wegzugstaat dann das Recht zukommt, Grund und Grenze der Existenz einer Gesellschaft zu determinieren, wenn ihm die Eigenschaft als Gründungsstaat zu Teil wird (*Daily Mail, Cartesio*). Weiterhin ist der Wegzugstaat verpflichtet, vorbehaltlich etwaiger Rechtsfertigungsgründe, eine nach seinem Recht gegründete Gesellschaft im Hinblick auf die Verlegung ihres Haupt- und Sitzungssitzes (grenzüberschreitender Formwechsel) gewähren zu lassen (*Cartesio*).

Der Zuzugsstaat darf eine Gesellschaft, die außerhalb ihrer Rechtsordnung eine Fortexistenz genießt und ihre Hauptverwaltung verlegen möchte bzw. eine Zweigniederlassung in dem Zuzugsstaat beabsichtigt, grundsätzlich nicht

beschränken (*Überseering, Centros*). Fernerhin ist der Zuzugsstaat prinzipiell dazu verpflichtet, eine Gesellschaft, die ihren Hauptverwaltungs- und Sitzungssitz in den Aufnahmemitgliedstaat verlegen möchte, anzuerkennen, sofern die Rechtsordnung den Formwechsel auch für nationale Gesellschaften vorsieht (grenzüberschreitender Formwechsel, *VALE*).

### Die Rechtssache Polbud

Der EuGH wurde in der Rechtssache *Polbud* erstmals mit einer Fallgestaltung betraut, der er im Rahmen seiner die Niederlassungsfreiheit betreffenden Judikatur bis dato nicht begegnet war. Der Gerichtshof musste sich mit der Frage auseinandersetzen, inwiefern die isolierte Verlegung des Sitzungssitzes einer Gesellschaft vom Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit umfasst ist.

Entgegen der Auffassung von Generalanwältin Kokott entschied die Große Kammer des EuGH, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel auch dann in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt, wenn die Gesellschaft weder ihren Hauptverwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, noch von Seiten des Unternehmens eine Integration in die Volkswirtschaft des Zuzugsstaates angestrebt wird. Ein Anspruch auf die Verlegung des isolierten Sitzungssitzes habe eine Gesellschaft aber nur in jenen Fällen, in denen die Rechtsordnung der Aufnahmemitgliedstaaten diese Möglichkeit vorsehe und das betroffene Unternehmen die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllen.

Die Urteilsbegründung des Gerichtshofs bildet dabei einen vollständigen Gegenentwurf zu dem von Generalanwältin Kokott verfassten Plädoyer. Diese qualifizierte die streitige Regelung in Randnummer 38 ihres Schlussantrags dann als Vorfrage von Art. 49, 54 AEUV, wenn die betroffene Gesellschaft ausschließlich die Verlegung des Sitzungssitzes in den anderen Mitgliedstaat beabsichtige. Hierzu führte sie aus, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung nicht als Selbstzweck von der Niederlassungsfreiheit umfasst sei, sondern

nur in Verbindung mit einer tatsächlichen Niederlassung. Art. 49, 54 AEUV statuiere zwar das Recht auf freie Standortwahl des wirtschaftlichen Betätigungsfeldes, nicht aber die freie Wahl des auf sie anwendbaren Rechts.

Der Gerichtshof begründete seine Entscheidung im Wesentlichen unter Bezugnahme auf die *Centros*-Judikatur. In Randnummer 38 wiederholt er die Kernaussage dieses Urteils, wonach er erstmals betonte, dass der Anwendungsbereich von Art. 49, 54 AEUV auch dann eröffnet sei, wenn sich der wirtschaftliche Aktionsradius der Gesellschaft lediglich auf den Staat beschränke, in dem das Unternehmen seine Zweigniederlassung habe, unabhängig davon, ob dieses Vorgehen von der Gesellschaft von vornherein beabsichtigt gewesen sei. Es stelle für sich genommen keinen Missbrauch dar, wenn eine Gesellschaft diesen Vorgang wähle, um in den Genuss der für sie vorteilhafteren gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zu kommen.

Gleiches müsse im Hinblick auf die grenzüberschreitende Umwandlung in Form der isolierten Sitzungssitzverlegung einer Gesellschaft gelten. Sofern die betroffenen Unternehmen die Kriterien erfüllen würden, die der Zuzugsstaat im Hinblick auf die Übertragung des Gesellschaftsstatuts vorsieht, wäre es für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit unschädlich, wenn sich die Geschäftstätigkeit des Unternehmens auf den ursprünglichen Gründungsstaat beschränke. Unter Rekurs auf die Rechtssachen *Cartesio* und *VALE* legte der EuGH ferner dar, dass der Wegzugsstaat, vorbehaltlich etwaiger Rechtfertigungsgründe dazu verpflichtet sei, eine nach seinem Recht gegründete Gesellschaft bezüglich einer grenzüberschreitenden Umwandlung gewähren zu lassen.

Nachdem der Gerichtshof den Anwendungsbereich von Art. 49, 54 AEUV in Bezug auf die streitgegenständliche Maßnahme für eröffnet hielt, prüfte er in der Folge, ob die polnische Vorschrift einen ungerechtfertigten Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellt. Hierbei qualifizierte er die streitige Regelung als Beschränkung, die nur dann statthaft sei, wenn sie dem Rechtfertigungs-

grund der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls gerecht werde und darüber hinaus verhältnismäßig sei. Dabei erkannte der EuGH die vorgetragene Rechtfertigungsgründe des Schutzes der Gläubiger, Minderheitengesellschafter und Arbeitnehmer grundsätzlich als legitime Ziele der Mitgliedstaaten an, allerdings seien diese im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Schließlich könne dem Schutz auch durch weniger einschneidende Maßnahmen, wie etwa der Hinterlegung einer Bankbürgschaft, Rechnung getragen werden. Demzufolge stelle die Liquidation der Gesellschaft als Voraussetzung für die Löschung aus den polnischen Handelsregister eine unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

### Fazit

Die Rechtssache *Polbud* fügt sich nahtlos in die die Niederlassungsfreiheit betreffende Rechtsprechungslinie des EuGH ein. Anhand diesen Urteils wird einmal mehr deutlich, dass der Gerichtshof eine äußerst extensive Interpretation im Hinblick auf die Begrifflichkeit der Niederlassung vornimmt. Genau besehen war die Tendenz eines weitreichenden Verständnisses bereits in früheren Urteilen wie der *Centros*-Entscheidung angelegt, weshalb der Gerichtshof hierauf auch explizit rekurriert. Demzufolge setzt er diese Akzentuierung in dem zugrundeliegenden Urteil lediglich stringent fort. Hierin kann auch keine Distanzierung respektive ein Widerspruch des EuGH bezüglich seiner in der Rechtssache *VALE* betätigten Aussagen gesehen werden. Zwar hat der Gerichtshof im Unterschied zu den Entscheidungen *Centros* und *Polbud* gerade darauf „beharrt“, dass die Gesellschaft im „neu“ gegründeten Mitgliedstaat Ungarn aktiv wirtschaftlich tätig sein muss, um von dem Anwendungsbereich des Art. 49, 54 AEUV umfasst zu sein. Diese für die Einschlägigkeit der Niederlassungsfreiheit den Unternehmen aufgetragene Obliegenheit lässt sich jedoch vor dem Hintergrund der divergenten Fallkonstellationen erklären.

Schließlich bestand im Hinblick auf die Rechtssache *VALE* im Zeitpunkt der Eintragung in das ungarische Handelsregister keine Gesellschaft mehr. Da sich auch in dieser Entscheidung wiederholt das großzügige Verständnis des EuGH hinsichtlich der Anforderungen an die Niederlassungsfreiheit abzeichnete,

verlangte er zumindest, dass die in Ungarn neu gegründete Gesellschaft vor Ort ökonomisch agieren muss. Das vom EuGH in Abgrenzung zu dem *Centros*-Urteil aufgestellte Erfordernis wird aber vor allem mit Blick auf die Rechtssache *Sevic Systems* nachvollziehbar, auf die sich der Gerichtshof in dem *VALE*-Urteil maßgeblich bezog. Zwar hatte das Judikat *Sevic Systems* auch eine Umwandlung zum Gegenstand. Die Besonderheit in diesem Fall lag aber in dem Umstand, dass zwei Gesellschaften grenzüberschreitend fusionieren wollten. Eine transnationale Fusion impliziert aber naturgemäß gerade eine wirtschaftliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat. Demzufolge forderte der Gerichtshof in Bezug auf den nur scheinbar ähnlich gelagerten Fall der grenzüberschreitenden Umwandlung, dass sich der wirtschaftliche Aktionsradius auf den Mitgliedstaat der Neugründung ausdehnen muss.

Diese Deutungsvariante zeigt auf, dass die vom EuGH in der Rechtssache *Polbud* angeführten Erwägungen keinesfalls einen Widerspruch zu dem Urteil *VALE* darstellen. Vielmehr zeichnet sich auch in diesem, sowie in dem Judikat *Sevic Systems*, der liberale Ansatz des Gerichtshofs bezüglich der Voraussetzungen zu Art. 49, 54 AEUV ersichtlich ab.

Das extensive Begriffsverständnis des EuGH im Hinblick auf die Niederlassung macht einmal mehr deutlich, dass sich der Gerichtshof als Motor der Integration begreift. Problematisch ist freilich, dass diese vom EuGH vorgenommene Exegese terminologisch mit dem Begriff der Niederlassung kaum vereinbar ist und mit der ursprünglichen Wortbedeutung in keinem Zusammenhang mehr steht.

Möglicherweise ist dieses Urteil als Aufforderung an den unionalen Gesetzgeber zu verstehen, durch Sekundärrecht einheitliche Bestimmungen für grenzüberschreitende Formwechsel zu schaffen.



## 2. Vertiefende Lesehinweise

- *Kieninger*, Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl, NJW 2017, 3624.
- *Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Sitzungssitzes, EuZW 2017, 890.

## 3. Sachverhalt

Die nach polnischem Recht gegründete und in Polen ansässige Gesellschaft mit beschränkter Haftung Polbud entschied im September 2011, lediglich ihren Sitzungssitz nach Luxemburg zu verlegen, ohne dabei dort eine wirtschaftliche Betätigung anzustreben. Hierfür beantragte sie zunächst beim zuständigen Registergericht die Eintragung der Eröffnung des Liquidationsverfahrens.

Im Mai 2013 verlegte die in Polen gegründete Gesellschaft ihren Sitz unter Wahrung ihrer Rechtspersönlichkeit nach Luxemburg und forderte die Löschung aus dem polnischen Handelsregister beim zuständigen Registergericht mit der Begründung, der Gesellschaftssitz läge nunmehr in Luxemburg. Dieses Ersuchen wurde jedoch mit Beschluss vom September 2013 abgelehnt, da Polbud die zur Löschung erforderlichen Unterlagen nicht vorgelegt hatte.

Hiergegen erhob Polbud Klage mit dem Argument, dass sie die Vorlage der Dokumente für nicht erforderlich halte, da sich die Gesellschaft nicht aufgelöst hätte, sondern als Gesellschaft luxemburgischen Rechts fortbestehe. Durch die Sitzverlegung sei das Liquidationsverfahren jedoch abgeschlossen, sodass das Registergericht zur Löschung der Gesellschaft aus dem polnischen Handelsregister verpflichtet sei. Das mit dem Rechtsstreit befasste Gericht setzt das Verfahren aus und wandte sich im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV an den EuGH.

## 4. Aus den Entscheidungsgründen

26 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Vorlagefragen auf der von Polbud beanstandeten Prämisse beruhen, dass diese Gesellschaft nicht beabsichtige, ihren tatsächlichen Sitz nach Luxemburg zu verlegen.

27 Insoweit ist daran zu erinnern, dass Art. 267 AEUV nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ein Verfahren des unmittelbaren Zusammenwirkens des Gerichtshofs und der Gerichte der Mitgliedstaaten vorsieht. Im Rahmen dieses Verfahrens, das auf einer klaren Aufgabentrennung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht, fällt jede Beurteilung des Sachverhalts in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts, das im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen zu beurteilen hat, während der Gerichtshof nur befugt ist, sich auf der Grundlage des ihm vom nationalen Gericht unterbreiteten Sachverhalts zur Auslegung oder zur Gültigkeit einer Unionsvorschrift zu äußern (vgl. insbesondere Urteil vom 16. Juni 2015, Gauweiler u. a., C-62/14, EU:C:2015:400, Rn. 15).

28 Somit sind die Vorlagefragen auf der Grundlage dieser – jedoch vom vorlegenden Gericht auf ihre Begründetheit zu prüfenden – Prämisse zu beantworten.

29 Mit seiner dritten Frage, die als Erstes zu prüfen ist, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 49 und 54 AEUV dahin auszulegen sind, dass die Niederlassungsfreiheit für die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat gilt, durch die diese ohne Verlegung ihres tatsächlichen Sitzes in eine dem Recht dieses anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft umgewandelt werden soll.

30 Die polnische und die österreichische Regierung tragen vor, die Art. 49 und 54 AEUV seien auf eine Sitzverlegung wie die im Ausgangsverfahren in Rede

stehende nicht anwendbar. Die österreichische Regierung ist der Auffassung, die Niederlassungsfreiheit könne nicht geltend gemacht werden, wenn die Sitzverlegung nicht durch die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat begründet werde. Die polnische Regierung nimmt u. a. Bezug auf die Urteile vom 27. September 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, EU:C:1988:456), und vom 16. Dezember 2008, *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723), um ihre Schlussfolgerung, wonach eine Sitzverlegung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht in den Anwendungsbereich der Art. 49 und 54 AEUV fällt, zu rechtfertigen.

31 Dem kann nicht gefolgt werden.

32 Nach Art. 49 AEUV in Verbindung mit Art. 54 AEUV genießen diejenigen Gesellschaften Niederlassungsfreiheit, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union haben. Somit kann sich eine Gesellschaft wie Polbud, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats, nämlich nach polnischem Recht, gegründet wurde, grundsätzlich auf diese Grundfreiheit berufen.

33 Die Niederlassungsfreiheit umfasst nach Art. 49 Abs. 2 AEUV in Verbindung mit Art. 54 AEUV für die in der letztgenannten Bestimmung genannten Gesellschaften u. a. das Recht auf Gründung und Leitung dieser Gesellschaften nach den Bestimmungen des Niederlassungsstaats für seine eigenen Gesellschaften. Sie umfasst also den Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. September 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456, Rn. 17), soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind und insbesondere das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist.

34 Insoweit ist daran zu erinnern, dass mangels Vereinheitlichung im Unionsrecht die Definition der Anknüpfung, die für das auf eine Gesellschaft anwendbare nationale Recht maßgeblich ist, gemäß Art. 54 AEUV in die Zuständigkeit jedes einzelnen Mitgliedstaats fällt, da nach dieser Vorschrift der

satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft als Anknüpfung für eine solche Verbundenheit gleich geachtet werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. September 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456, Rn. 19 bis 21).

35 Für den vorliegenden Fall folgt hieraus, dass Polbud als Gesellschaft polnischen Rechts durch die Niederlassungsfreiheit den Anspruch auf Umwandlung in eine Gesellschaft luxemburgischen Rechts erhält, soweit sie die nach luxemburgischem Recht für die Gründung einer Gesellschaft geltenden Voraussetzungen und insbesondere das in Luxemburg erforderliche Kriterium für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit der luxemburgischen Rechtsordnung erfüllt.

[...]

37 Erstens kann das Vorbringen der österreichischen Regierung, wonach Polbud im Aufnahmemitgliedstaat keine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübe, nicht durchgegriffen.

38 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs fällt ein Sachverhalt, bei dem eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet wurde, eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat gründen will, unter die Niederlassungsfreiheit, selbst wenn die Gesellschaft im ersten Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich im zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. März 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126, Rn. 17). Ebenso fällt ein Sachverhalt, bei dem eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft eine Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft unter Beachtung des in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung zu erfüllenden Kriteriums vornehmen will, unter die Niederlassungsfreiheit, selbst wenn diese Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich im ersten Mitgliedstaat ausüben soll.

39 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Frage der Anwendbarkeit der Art. 49 und 54 AEUV von der Frage zu unterscheiden ist, ob ein Mitgliedstaat



Maßnahmen ergreifen kann, um zu verhindern, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch den Vertrag geschaffenen Erleichterungen der Anwendung des nationalen Rechts entziehen; dass ein Mitgliedstaat solche Maßnahmen treffen kann, ist ständige Rechtsprechung (Urteile vom 9. März 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, Rn. 18 und 24, sowie vom 30. September 2003, Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512, Rn. 98).

40 Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs für sich allein keinen Missbrauch darstellt, wenn eine Gesellschaft ihren – satzungsmäßigen oder tatsächlichen – Sitz nach dem Recht eines Mitgliedstaats begründet, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 9. März 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, Rn. 27, und vom 30. September 2003, Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512, Rn. 96).

41 Folglich kann im Ausgangsverfahren allein der Umstand, dass Polbud beschlossen hat, nur ihren satzungsmäßigen Sitz nach Luxemburg zu verlegen, und ihr tatsächlicher Sitz von dieser Verlegung unberührt bleibt, nicht dazu führen, dass diese Verlegung nicht in den Anwendungsbereich der Art. 49 und 54 AEUV fällt.

42 Zweitens geht entgegen den Ausführungen der polnischen Regierung aus den Urteilen vom 27. September 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456), und vom 16. Dezember 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), nicht hervor, dass mit der Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer Gesellschaft zwangsläufig auch die Verlegung ihres tatsächlichen Sitzes einhergehen müsste, damit sie von der Niederlassungsfreiheit erfasst wird.

43 Vielmehr geht aus diesen Urteilen sowie aus dem Urteil vom 12. Juli 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440), hervor, dass beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts jeder Mitgliedstaat die Anknüpfung festlegen kann, die von einer Gesellschaft verlangt wird, damit bei ihr von einer Gründung nach seinem nationalen Recht ausgegangen werden kann. Wird eine dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft unter Einhaltung der Voraussetzungen des Rechts eines anderen Mitgliedstaats in eine dessen Recht unterliegende Gesellschaft umgewandelt, um nach der Rechtsordnung dieses anderen Mitgliedstaats fortzubestehen, ist diese Befugnis des Gründungsmitgliedstaats, die

Anknüpfung festzulegen, keinesfalls mit irgendeiner Freistellung des Rechts des Herkunftsmitgliedstaats über die Gründung und Auflösung von Gesellschaften von der Beachtung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit verbunden. Insbesondere rechtfertigt sie es nicht, dass der Gründungsmitgliedstaat die betroffene Gesellschaft u. a. dadurch daran hindert oder davon abhält, eine solche grenzüberschreitende Umwandlung vorzunehmen, dass er diese Umwandlung Voraussetzungen unterwirft, die strenger als diejenigen sind, die in diesem Mitgliedstaat für innerstaatliche Umwandlungen gelten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. September 1988, Daily Mail and General Trust, 81/87, EU:C:1988:456, Rn. 19 bis 21, vom 16. Dezember 2008, Cartesio, C-210/06, EU:C:2008:723, Rn. 109 bis 112, und vom 12. Juli 2012, VALE, C-378/10, EU:C:2012:440, Rn. 32).

44 Nach alledem ist auf die dritte Vorlagefrage zu antworten, dass die Art. 49 und 54 AEUV dahin auszulegen sind, dass die Niederlassungsfreiheit für die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat gilt, durch die diese unter Einhaltung der dort geltenden Bestimmungen ohne Verlegung ihres tatsächlichen Sitzes in eine dem Recht dieses anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft umgewandelt werden soll.

[...]

*Zum Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit*

46 Art. 49 AEUV schreibt die Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vor. Nach ständiger Rechtsprechung sind als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen (Urteil vom 29. November 2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

47 In der vorliegenden Rechtssache ergibt sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen, dass die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft polnischen Rechts von der Republik Polen in einen anderen Mitgliedstaat gemäß Art. 19 Abs. 1 des IPR-Gesetzes nicht zum Verlust der Rechtspersönlichkeit führt. Wie die Generalanwältin in Nr. 46 ihrer Schlussanträge ausführt, erkennt das polnische

Recht somit vorliegend an, dass die Rechtspersönlichkeit von Polbud grundsätzlich durch Consoil Geotechnik fortgesetzt werden kann.

48 Gemäß Art. 270 Nr. 2 und Art. 272 KSH führt der nach Art. 562 § 1 KSH ergangene Gesellschafterbeschluss betreffend die Sitzverlegung von der Republik Polen in einen anderen Mitgliedstaat am Ende des Liquidationsverfahrens zur Auflösung der Gesellschaft. Außerdem kann nach Art. 288 § 1 KSH eine Gesellschaft, die ihren Sitz von der Republik Polen in einen anderen Mitgliedstaat verlegen möchte, nicht ohne Liquidation im Handelsregister gelöscht werden.

49 Folglich kann eine Gesellschaft polnischen Rechts wie Polbud ihren satzungsmäßigen Sitz zwar grundsätzlich ohne Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit von der Republik Polen in einen anderen Mitgliedstaat verlegen; sie kann aber nur unter der Voraussetzung im polnischen Handelsregister gelöscht werden, dass zuvor ein Liquidationsverfahren durchgeführt wurde.

50 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass gemäß dem Vorabentscheidungsersuchen von der Liquidation die Beendigung der laufenden Geschäfte und die Beitreibung der Forderungen der Gesellschaft, die Erfüllung der Verbindlichkeiten und die Verflüssigung des Gesellschaftsvermögens, die Befriedigung oder Absicherung der Gläubiger, die Erstellung eines Finanzberichts über die Vornahme dieser Handlungen und die Benennung des Verwahrers der Bücher und Unterlagen der Gesellschaft, die abgewickelt wird, umfasst sind.

51 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung geeignet ist, die grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft zu erschweren oder gar zu verhindern. Folglich stellt sie eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Dezember 2008, *Cartesio*, C-210/06, EU:C:2008:723, Rn. 112 und 113).

#### *Zur Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit*

52 Eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nur statthaft, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Sie muss außerdem geeignet

sein, die Erreichung des fraglichen Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Urteil vom 29. November 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

53 Das vorliegende Gericht geht erstens davon aus, dass die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegend durch das Ziel gerechtfertigt sei, die Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer der wegziehenden Gesellschaft zu schützen.

54 Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Schutz der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter zu den vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Dezember 2005, *SEVIC Systems*, C-411/03, EU:C:2005:762, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung). Dasselbe gilt für den Schutz der Arbeitnehmer (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Dezember 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, EU:C:2016:972, Rn. 73 und die dort angeführte Rechtsprechung).

55 Somit stehen die Art. 49 und 54 AEUV grundsätzlich Maßnahmen eines Mitgliedstaats nicht entgegen, mit denen verhindert werden soll, dass die Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer einer Gesellschaft, die nach dem Recht dieses Mitgliedstaats gegründet wurde und dort weiterhin tätig ist, durch die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes dieser Gesellschaft und ihre Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft übermäßig beeinträchtigt werden.

56 Gemäß der in Rn. 52 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung ist jedoch noch zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Beschränkung geeignet ist, die Erreichung des Ziels, nämlich den Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer zu gewährleisten, ohne dabei über das hinauszugehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

57 Im vorliegenden Rechtsstreit sieht die polnische Regelung eine Verpflichtung zur Liquidation der Gesellschaft vor, die ihren Sitz von der Republik Polen in einen anderen Mitgliedstaat verlegen möchte.

58 Diese Regelung sieht eine allgemeine Verpflichtung zur Liquidation vor, ohne dabei zu berücksichtigen, ob tatsächlich eine Gefahr für Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer besteht, und ohne eine Möglichkeit vorzusehen, weniger einschneidende Maßnahmen zu wählen, durch die diese Interessen ebenso geschützt werden können. Insbesondere in Bezug auf die Interessen der Gläubiger hat die Europäische Kommission darauf hingewiesen, dass diese Interessen durch Bankbürgschaften oder andere gleichwertige Garantien angemessen geschützt werden könnten.

59 Folglich geht die in der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung vorgesehene Verpflichtung zur Liquidation der Gesellschaft über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels, die in Rn. 56 des vorliegenden Urteils genannten Interessen zu schützen, erforderlich ist.

[...]

62 Aus der in Rn. 40 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung geht jedoch hervor, dass es für sich allein keinen Missbrauch darstellt, wenn eine Gesellschaft ihren – satzungsmäßigen oder tatsächlichen – Sitz nach dem Recht eines Mitgliedstaats begründet, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen.

63 Außerdem kann allein der Umstand, dass eine Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, nicht die allgemeine Vermutung der Steuerverhinderung begründen und keine die Wahrnehmung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit beeinträchtigende Maßnahme rechtfertigen (vgl. entsprechend Urteil vom 29. November 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, Rn. 84).

64 Da die allgemeine Pflicht zur Durchführung eines Liquidationsverfahrens einer allgemeinen Missbrauchsvermutung gleichkommt, ist eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die ein solche Verpflichtung vorsieht, als unverhältnismäßig anzusehen.

65 Nach alledem ist auf die erste und die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass die Art. 49 und 54 AEUV dahin auszulegen sind, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die die Verlegung des satzungsmäßigen

Sitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat, durch die sie unter Einhaltung der dort geltenden Bestimmungen in eine dem Recht dieses anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft umgewandelt werden soll, von der Auflösung der ersten Gesellschaft abhängig macht.