SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO LA PERGOLA
vom 16. Juli 1998 *

I — Gegenstand der Vorabentscheidungsfrage und tatsächlicher und rechtlicher Rahmen des Ausgangsverfahrens

1. Das Højesteret Anke- og Kæremålsudvalg (nachstehend: Højesteret) ersucht den Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (nachstehend: Vertrag) um die Auslegung von Gemeinschaftsbestimmungen über das Niederlassungsrecht in Zusammenhang mit einer angeblichen Umgehung der nationalen Vorschriften eines Mitgliedstaats, die für Unternehmen einer bestimmten Rechtsform ein Mindestkapital vorschreiben. Die Vorabentscheidungsfrage lautet wie folgt:

Ist es mit Artikel 52 in Verbindung mit den Artikeln 56 und 58 EG-Vertrag vereinbar, die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat und mit einem Gesellschaftskapital von 100 UKL (etwa 1 000 DKR) nach dem Recht dieses Mitgliedstaats rechtmäßig errichtet worden ist und besteht, abzulehnen, wenn die Gesellschaft selbst keine Geschäftstätigkeit betreibt, die Zweigniederlassung aber in der Absicht errichtet wird, die gesamte Geschäftstätigkeit in dem Land zu betreiben, in dem die Zweigniederlassung errichtet wird, und wenn davon auszugehen ist, daß dieses Vorgehen statt der Errichtung einer Gesellschaft in dem letztgenannten Mitgliedstaat gewählt wurde, um die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals von 200 000 DKR, heute 125 000 DKR, zu vermeiden?

2. Zunächst möchte ich den Sachverhalt schildern, der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt. Im Sommer 1992 beantragte Frau Bryde, Gesellschafterin und einzige Geschäftsführerin der Centros Ltd, einer private limited company (Gesellschaft mit beschränkter Haftung), die im Mai des Jahres nach dem Recht von England und Wales gegründet worden war, beim Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Zentralverwaltung für Handel und Gesellschaften; nachstehend: Zentralverwaltung) die Genehmigung der Satzung von Centros zwecks Eintragung einer Zweigniederlassung. Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich, daß der Gesellschaftszweck von Centros nach ihrer Satzung die Betätigung in einer Reihe von Handelsbereichen einschließlich der Kreditgewährung ist. Nach der Vorstellung der Gesellschafter sollte jedoch Centros lediglich im Weinimport/-export tätig werden. Die Gesellschaft hat seit ihrer Gründung keine Geschäftstätigkeit entfaltet. Der einzige andere Gesellschafter von Centros ist der Ehemann von Frau Bryde. Die Ehegatten, die beide dänische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Dänemark sind, hatten die Gesellschaft kurz nach ihrer Gründung erworben, und die beiden einzigen Kapitalanteile lauten auf ihren

* Originalsprache: Italienisch.

Namen. Das Gesellschaftskapital von Centros in Höhe von 100 UKL wurde niemals eingezahlt und befindet sich in einem Tresor am Wohnsitz von Frau Bryde. Der Sitz von Centros befindet sich im Vereinigten Königreich unter der Adresse eines Freundes der Ehegatten Bryde.

3. Die Eintragung von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Dänemark wird durch die für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Vorschriften geregelt, wie sie sich zu der im Ausgangsverfahren entscheidungserheblichen Zeit aus dem Lovbekendtgørelse (Gesetzesverkündungsverordnung) Nr. 660 vom 25. September 1991 (Artikel 117 bis 122) ergaben. Nach dieser Regelung kann eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in Dänemark über Zweigniederlassungen im dänischen Hoheitsgebiet tätig werden, wenn diese von einem oder mehreren vertretungsberechtigten Geschäftsführern geleitet werden. Eine wirksame Geschäftstätigkeit setzt die Eintragung der Zweigniederlassung im Gesellschaftsregister voraus; wird sie verweigert, so darf die Zweigniederlassung ihre Tätigkeit nicht fortsetzen. Die Abwicklung der Geschäfte der Zweigniederlassung unterliegt den dänischen Gesetzen und der Gerichtsbarkeit der dänischen Gerichte. Für die Zwecke dieser Schlußanträge ist noch darauf hinzuweisen, daß zur entscheidungserheblichen Zeit — wie übrigens auch im Vorlagebeschluß erwähnt — in Dänemark gegründete Gesellschaften mit beschränkter Haftung mindestens über ein Anfangskapital von 200 000 DKR verfügen mußten [1]. In der Begründung des Gesetzesentwurfs, der nach Verabschiedung als Gesetz Nr. 886 vom 21. Dezember 1991 in Kraft trat, wurde die Erhöhung des Mindestkapitals für die Gründung von Gesellschaften der hier fraglichen Art (und für die Gründung von Aktiengesellschaften [2]) im Vergleich zu den früher maßgebenden Beträgen mit der Zielsetzung gerechtfertigt, die finanzielle Solidität der Gesellschaften zum Schutz der Interessen des Staates und der übrigen öffentlichen Gläubiger zu stärken, die anders als private Gläubiger nicht die Möglichkeit hätten, zum Schutz ihrer Forderungen Sicherheiten oder Bürgschaften zu verlangen. Ein weiterer Zweck der neuen Vorschriften war es, der Gefahr eines betrügerischen Bankrotts infolge Insolvenz der mit unzureichendem Anfangskapital ausgestatteten Gesellschaften zuvorzukommen. Das dänische Recht sieht nicht vor, daß die ausländische Gesellschaft, die eine Zweigniederlassung im Hoheitsgebiet gründen will, mit einem bestimmten Mindestkapital ausgestattet sein muß. Allerdings scheint die Zentralverwaltung in der Praxis in diesen Fällen nachzuprüfen, ob durch die Gründung der antragstellenden Gesellschaft im Ausland die dänischen Rechtsvorschriften über die Einlage eines Mindestgründungskapitals umgangen werden sollen. Im vorliegenden Fall hat die Zentralverwaltung, da sie von Frau Bryde nicht die geforderten Aus-

1 — Mit Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 378 vom 22. Mai 1996 wurde dieser Betrag auf 125 000 DKR herabgesetzt. Zugleich wurden aber andere Vorschriften zur Erhaltung des Gesellschaftskapitals verschärft, insbesondere i) das Verbot des Erwerbs eigener Anteile oder von Anteilen der Muttergesellschaft; ii) die Bedingungen für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch Anteilsinhaber binnen zwei Jahren nach der Eintragung, wenn der Wert des Geschäfts mindestens 50 000 DKR beträgt und mindestens 10 % des Kapitals betrifft, sowie iii) die Verpflichtungen der Geschäftsführer bei Verlusten von 40 % oder mehr des Gesellschaftskapitals.

2 — Das Gesetz Nr. 886 vom 21. Dezember 1991 legte den Mindestbetrag des Einlagekapitals für Aktiengesellschaften auf 500 000 DKR fest (d. h. auf einen weit höheren Betrag als das Mindestkapital in Höhe von 25 000 ECU nach der Zweiten Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26. S. 1, in der später geänderten Fassung; nachstehend: Zweite Richtlinie).

künfte über die Tätigkeiten von Centros in England und Wales erhalten hatte, den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Diese Entscheidung wurde vom Østre Landsret bestätigt, das es mit Urteil vom 8. September 1995 für ausgeschlossen erklärte, daß eine Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaats, deren Tätigkeit ganz auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausgerichtet sei, durch Rückgriff auf die Bestimmungen des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit die zwingenden Rechtsvorschriften des Letztgenannten umgehen könne. In der ersten Instanz hat Herr Bryde als Zeuge ausgesagt, es sei ihm nicht bekannt, ob der Erwerb von Centros und die spätere Gründung einer Zweigniederlassung in Dänemark auf ein Vorhaben zurückgingen, das dänische Recht unmittelbar zu umgehen, wohl aber, daß „100 UKL gewiß leichter zu finden [sind] als 200 000 DKR". In diesem Kontext hat das Højesteret, bei dem die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil anhängig ist, den Gerichtshof mit der vorstehend wiedergegebenen Frage um Auslegungshilfe ersucht.

II — Vorbringen der Parteien des Ausgangsverfahrens, der beteiligten nationalen Regierungen und der Kommission

4. Centros ist der Auffassung, daß im vorliegenden Fall alle Voraussetzungen des dänischen Gesellschaftsrechts für die Eintragung einer Zweigniederlassung erfüllt seien. Die ablehnende Entscheidung der Zentralverwaltung verstoße daher gegen die Centros aufgrund der Artikel 52 und 58 des Vertrages zustehenden Freiheit, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen als dem der Hauptniederlassung. Dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 79/85 (Segers) [3] sei zu entnehmen, daß das Recht einer Gesellschaft auf Gründung einer zweiten Niederlassung im Gemeinschaftsgebiet lediglich von den Voraussetzungen des Artikels 58 des Vertrages und nicht noch zusätzlich von der Voraussetzung abhängig sei, daß im Gründungsstaat eine effektive Gesellschaftstätigkeit entfaltet werde. Es sei daher völlig unerheblich, ob die Gesellschaft — über Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften — Geschäftstätigkeiten ausschließlich in einem oder in mehreren anderen Mitgliedstaaten als dem der Hauptniederlassung entfalte.

5. Die Regierung des Vereinigten Königreichs folgt ähnlichen Erwägungen. Die Verweigerung der Eintragung der Zweigniederlassung laufe darauf hinaus, Centros ein Recht zu versagen, das den eigentlichen Kern der Niederlassungsfreiheit darstelle, und verstoße daher gegen den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der Gesellschaften. Das legitime Interesse am Schutz der Gläubiger von Kapitalgesellschaften könne in geeigneter Weise durch weniger einschneidende Mittel als die hier in Frage stehende Maßnahme gewahrt werden, und diese würden im übrigen vom Gemeinschaftsrecht bereits zur Verfügung gestellt. Die britischen Behörden verweisen als Beispiel auf das koordinierte System der Publizität zahlreicher Akte und Angaben

3 — Urteil vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 79/85 (Segers, Slg. 1986, 2375).

zu Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften gegründet werden, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen, wie es die Elfte Richtlinie des Rates zum Gesellschaftsrecht geschaffen habe [4]. Dank dieses Systems seien Dritte, die über die Zweigniederlassung in vertragliche Beziehungen zur Muttergesellschaft träten, darüber informiert, daß diese in einem anderen Mitgliedstaat nach Maßgabe der dort geltenden Rechtsvorschriften einschließlich derjenigen über ein Mindestkapital gegründet worden sei, während die entsprechenden Einzelheiten bei dem nationalen Register, bei dem die Zweigniederlassung eingetragen sei, in Erfahrung gebracht werden könnten. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sei zu unterscheiden zwischen der legitimen Ausübung des Niederlassungsrechts und einer rein formellen Verhaltensweise, die dem Gemeinschaftsrecht unterliege. Als solche könne aber keinesfalls die Gründung einer Gesellschaft durch Angehörige eines Mitgliedstaats nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats betrachtet werden. Auf jeden Fall lasse sich die Einschränkung des Niederlassungsrechts aufgrund der Entscheidung der Zentralverwaltung nicht durch rein wirtschaftliche Zwecke rechtfertigen, die in Artikel 56 des Vertrages nicht aufgeführt seien.

6. Die Zentralverwaltung entgegnet, die Ehegatten Bryde könnten sich nicht auf dem Weg über die Pro-forma-Gründung einer Gesellschaft im Vereinigten Königreich auf die Artikel 52 und 58 des Vertrages berufen, um sich der Einzahlung des gesetzlichen Mindestkapitals zu entziehen. Unter den Umständen des vorliegenden Falles stelle die Zweigniederlassung, deren Eintragung in Dänemark Centros unter Einschaltung von Frau Bryde beantragt habe, in Wirklichkeit die Muttergesellschaft dar. Zum gemeinschaftsrechtlichen Begriff der „Zweigniederlassung" schlägt die Beklagte des Ausgangsverfahrens mangels Definitionen, die Rechtsquellen entnommen werden könnten, vor, den Begriff heranzuziehen, den der Gerichtshof in seinen Urteilen zur Auslegung des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (nachstehend: Brüsseler Übereinkommen) [5] verwende. Dieser Rechtsprechung [6] lasse sich entnehmen, daß, wenn kein Hauptunternehmen wirkliche Geschäftsführungs- und Kontrollbefugnisse gegenüber der Zweigniederlassung habe, diese als Mittelpunkt geschäftlicher Interessen angesehen werden könne. Logischerweise müsse sie daher die Voraussetzungen erfüllen, die für die Gründung des Hauptunternehmens und nicht für eine Zweigniederlassung vorgesehen seien. Die Notwendigkeit einer effektiven wirtschaftlichen Betätigung durch das Mutterunternehmen als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Freiheit, eine Zweigniederlassung zu gründen, folge im übrigen mutatis mutandis aus der Rechtsprechung zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer [7]. Diese Voraussetzung könne im übrigen auch von einem Mitgliedstaat durch Gesetz vorgeschrieben werden, da es beim gegenwärtigen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts weiterhin Sache der nationalen Gesetzgeber sei, Gründung und Funktionsweise von Unternehmen zu regeln. Zum anderen könne der Aufnahme-

4 — Vgl. Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (ABl. L 395, S. 36; nachstehend: Elfte Richtlinie).

5 — ABl. 1972, L 299, S. 32. Die konsolidierte Fassung des Übereinkommens aufgrund späterer Beitrittserklärungen (zuletzt Übereinkommen vom 29. November 1996 über den Beitritt der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden zum Übereinkommen) wurde im ABl. 1998, C 27, S. 1, veröffentlicht.

6 — Urteile vom 6. Oktober 1976 in der Rechtssache 14/76 (De Bloos, Slg. 1976, 1497, Randnr. 209), vom 22. November 1978 in der Rechtssache 33/78 (Somafer, Slg. 1978, 2183, Randnr. 12) und vom 18. März 1981 in der Rechtssache 139/80 (Blanckaert & Willems, Slg. 1981, 819, Randnr. 12).

7 — Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 53/81 (Levin, Slg. 1982, 1035, Randnr. 21), wonach die Vorteile, die das Gemeinschaftsrecht aufgrund dieser Freizügigkeit verleiht, nur von Personen beansprucht werden können, die *wirklich* eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Herkunft ausüben oder *ernsthaft* ausüben wollen.

staat ohne weiteres, wie auch der Gerichtshof bestätigt habe, von ausländischen Gemeinschaftsangehörigen die Beachtung der für Inländer und inländische Gesellschaften geltenden Voraussetzungen für die Ausübung einer Tätigkeit verlangen, vorausgesetzt, eine effektive Ausübung der Niederlassungsfreiheit werde hierdurch nicht unmöglich gemacht [8]. Der Antrag von Centros stelle eine mißbräuchliche Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar, für die im Wege der Analogie die in Ihrem Urteil Van Binsbergen [9] bei der Auslegung des Artikels 59 des Vertrages entwickelte Theorie herangezogen werden könne. Nach den vom Gerichtshof in diesem Urteil aufgestellten Grundsätzen könne ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen, um zu verhindern, daß die Freiheit der Dienstleistung vom Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedstaats, dessen Tätigkeit ausschließlich oder hauptsächlich auf das Gebiet des erstgenannten Mitgliedstaats ausgerichtet sei, dazu benutzt werde, sich der Anwendung der berufsrechtlichen Vorschriften dieses Mitgliedstaats zu entziehen, denen er unterliegen würde, wenn er dort niedergelassen wäre. Schließlich könne man Centros durchaus die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit im Gemeinschaftsgebiet gestatten, dies ändere indessen nichts daran, daß die im dänischen Recht zum Schutz der Interessen der Gesellschafter und etwaiger Angestellter und Gläubiger vorgesehene Voraussetzung eines Mindestbetrags des Gründungskapitals der Gesellschaft mit beschränkter Haftung unbeschadet des Fehlens einer Harmonisierung dieses Bereiches auf Gemeinschaftsebene eine vollkommen legitime Maßnahme sei. Die Verstärkung der Kapitalbasis von Gesellschaften dieser Art stelle ein zwingendes Erfordernis von allgemeinem Interesse dar. Diesem Erfordernis könne man nicht durch weniger strenge Mittel als die Versagung der Eintragung gerecht werden, es müsse im Gegenteil durch noch strengere Maßnahmen wie etwa die Erweiterung der Haftung der Gesellschafter auf ihr persönliches Vermögen oder die Einführung einer Sicherungspflicht bei Gründung der Gesellschaft umgesetzt werden, damit deren zukünftige Schulden gegenüber der Steuerverwaltung oder der Sozialversicherung oder anderen öffentlichen Gläubigern abgesichert seien. Unter Hinweis auf Ihre ständige Rechtsprechung zur mißbräuchlichen Ausübung von Rechten aufgrund von Gemeinschaftsvorschriften macht die Zentralverwaltung insbesondere geltend, daß der Gerichtshof im Urteil Segers, auf das sich Centros ja ebenfalls berufe, entschieden habe, daß Artikel 56 grundsätzlich in bestimmten Grenzen die Anwendung einer Sonderregelung für nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats errichtete Gesellschaften erlaube, wenn diese Regelung aus Gründen der Bekämpfung mißbräuchlicher Machenschaften gerechtfertigt sei. Zwar sei in dieser Rechtssache die niederländische Rechtsvorschrift als letztlich nicht nach dieser Vertragsbestimmung gerechtfertigt behandelt worden, weil die Weigerung, dem Geschäftsführer der Pro-forma-Niederlassung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats ordnungsgemäß gegründeten Gesellschaft, Leistungen der Krankenversicherung zu erbringen, kein insoweit geeignetes Mittel sei. Die im Einzelfall gefundene Lösung ändere aber nichts an der Gültigkeit des vom Gerichtshof aufgestellten allgemeinen Grundsatzes. Darüber hinaus stelle der Schutz der finanziellen Interessen der Gläubiger kein wirtschaftliches Ziel dar — das als solches von Artikel 56 nicht berücksichtigt werde —, sondern diene der Aufrechterhaltung eines Rechtssystems, das auf der Lauterkeit der vertraglichen Beziehungen aufbaue.

8 — Vgl. Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 107/83 (Ordre des avocats du barreau de Paris, Slg. 1984, 2971, Randnrn. 18 und 20).

9 — Urteil vom 3. Dezember 1974 in der Rechtssache 33/74 (Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Randnr. 13).

7. Dem Vorbringen der Zentralverwaltung folgen neben der dänischen Regierung auch

die französische und die schwedische Regierung. Die dänische Regierung wendet sogar vorab ein, daß es hier um einen nur Dänemark betreffenden Sachverhalt gehe, so daß im vorliegenden Fall die von Centros angeführten Gemeinschaftsbestimmungen nicht anwendbar seien. Die Klägerin versuche nämlich, die nationalen Rechtsvorschriften durch die Gründung einer als Zweigniederlassung „verkleideten" Muttergesellschaft zu umgehen. Da indessen eine wirkliche und dauerhafte, durch den Handel geprägte Beziehung zwischen Centros und dem britischen Wirtschaftsleben sowie auch zwischen der Gesellschaft und der dänischen Zweigniederlassung fehle, sei im vorliegenden Fall die Voraussetzung nicht gegeben, die der Gerichtshof in den Rechtssachen Levin und Gebhard aufgestellt habe [10]. Auf keinen Fall könne das Urteil Segers auf das Ausgangsverfahren Anwendung finden, das keinerlei diskriminierende Aspekte aufgrund der Staatsangehörigkeit aufweise.

8. Die französische Regierung steht auf dem Standpunkt, daß der Grundsatz der Unerheblichkeit fehlender Geschäftstätigkeit im Staat der Gründung der ausländischen Gesellschaft für das Niederlassungsrecht — wie er vom Gerichtshof im Urteil Segers aufgestellt und hier jetzt von Centros vertreten werde (vgl. Nr. 4 dieser Schlußanträge) — nur dann anwendbar sei, wenn der Errichtungsvorgang sich auf zulässige Gründe stützen könne und keinerlei mißbräuchliche oder betrügerische Absicht erkennen lasse. Etwas anderes habe zu gelten, wenn wie im vorliegenden Fall einziges Ziel der Maßnahme die Umgehung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften im Staat der Zweitniederlassung sei. Dieser Staat könne dann die Eintragung der Zweitniederlassung ablehnen, da der Beweis für die mißbräuchliche oder betrügerische Ausrichtung des betreffenden Verhaltens als erbracht anzusehen sei. Deshalb könne in Frankreich die zuständige Behörde veranlaßt sein, die mißbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit durch den Betroffenen festzustellen, falls die Tätigkeit der Zweigniederlassung der ausländischen Gesellschaft „reglementiert", d. h. von einer Kontrolle, Genehmigung oder einem Befähigungsnachweis abhängig sei.

9. Die niederländische Regierung räumt ein, daß die Entscheidung der Zentralverwaltung gegen Artikel 52 des Vertrages verstoße, verweist aber andererseits auf die Grenzen, die der Anwendbarkeit des betreffenden Grundsatzes im vorliegenden Fall gezogen seien. Unbeschadet der Notwendigkeit einer die Zusammenhänge berücksichtigenden Auslegung sämtlicher Gemeinschaftsbestimmungen bezüglich der Grundrechte müsse der — vom Gerichtshof im Urteil Rutili [11] zur Freizügig-

10 — Vgl. das in Fußnote 7 zitierte Urteil sowie das Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnrn. 25 und 26). Nach dem letztgenannten Urteil soll die Niederlassungsfreiheit — anders als die Dienstleistungsfreiheit, die durch die nur vorübergehende Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat gekennzeichnet ist — es den Gemeinschaftsangehörigen ermöglichen, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als ihres Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Gemeinschaft im Bereich der selbständigen Tätigkeiten gefördert wird.

11 — Vgl. Urteil vom 28. Oktober 1975 in der Rechtssache 36/75 (Rutili, Slg. 1975, 1219, Randnr. 28) zur Auslegung der Artikel 7 (jetzt Artikel 6 EG) und 48 des Vertrages.

keit der Arbeitnehmer aufgestellte — Grundsatz, wonach eine wirkliche und hinreichend schwere Bedrohung der öffentlichen Ordnung etwaige beschränkende nationale Maßnahmen rechtfertigen könne, die ihren Grund im Verhalten der betreffenden Person hätten. Im Licht dieser Klarstellungen seien die Ausführungen des Gerichtshofes im Urteil Segers auszulegen, wonach die Erfordernisse der Bekämpfung mißbräuchlicher Handlungsweisen eine differenzierte Behandlung der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften rechtfertigen könnten; denn auch diese Ausnahme beruhe auf dem in Artikel 56 des Vertrages verwendeten Begriff der öffentlichen Ordnung.

10. Die Kommission schließlich spricht sich für eine andere und differenziertere Behandlung des hier untersuchten Falles aus. Einerseits habe Centros nur von ihrem Recht Gebrauch gemacht, sich in einem Mitgliedstaat niederzulassen, der ihr im Hinblick auf das Mindestgründungskapital die besten Möglichkeiten biete, was — wie dem Urteil Segers zu entnehmen sei — gerade eines der Ziele der Niederlassungsfreiheit sei. Die Möglichkeit, sich ausländischer Gesellschaftsformen und der Unterschiede zu bedienen, die insoweit zwischen den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestünden, stelle für sich genommen keine unberechtigte Umgehung nationaler Vorschriften dar. Unter den Umständen des Ausgangsverfahrens führe die angeführte Verwaltungspraxis, daß die Zentralverwaltung eine Untersuchungen durchführe (vgl. Nr. 33 dieser Schlußanträge), und die anschließende Versagung der Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die die Voraussetzungen des Artikels 58 des Vertrages erfülle, zu Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, die nach Artikel 52 untersagt seien. Der Staat, der die Zweitniederlassung aufnehme, dürfe deren Eintragung nicht davon abhängig machen, daß die Muttergesellschaft alle Voraussetzungen für die Gründung von Gesellschaften erfülle, die in seinen nationalen Rechtsvorschriften vorgeschrieben seien. Andererseits sei es, solange — wie in dem hier interessierenden Bereich — eine Angleichung auf Gemeinschaftsebene nicht stattgefunden habe, durchaus legitim, wenn der Mitgliedstaat der Zweigniederlassung Bedingungen für die Eintragung der Zweigniederlassungen festlege, die auf seinen nationalen Vorschriften beruhten, und für die Personen, die in seinem Staatsgebiet in Beziehung zu der ausländischen Gesellschaft träten, einen Gläubigerschutz einrichte, der weiter gehe, als dies nach der Satzung der ausländischen Gesellschaft der Fall sei. Im vorliegenden Fall sei es wenn nicht sicher, so doch zumindest wahrscheinlich, daß die dänischen Vorschriften über die Einlage eines Mindestkapitals das erklärte Ziel des Schutzes öffentlicher Gläubiger verwirklichten. Im Zusammenhang mit dieser Zielsetzung sei es indessen unverhältnismäßig, die Zweitniederlassung einfach rundweg mit der Begründung abzulehnen, es handele sich um einen (zu vermutenden) Versuch der Umgehung geltenden Rechts. Für diese Weigerung könne keiner der in Artikel 56 des Vertrages angeführten Rechtfertigungen herangezogen werden, der nicht für Zwecke wirtschaftlicher Art gelte und auf jeden Fall den Nachweis einer betrügerischen Absicht der ausländischen Gesellschaft gegenüber ihren Gläubigern in Dänemark voraussetzen würde. Im tatsächlichen und rechtlichen Kontext des Ausgangsverfahrens sei es ein angemessenes und weniger einschneidendes Mittel zum Schutz der Gläubiger, die Eintragung der Zweigniederlassung davon abhängig zu machen, daß die ausländische Muttergesellschaft ein Grundkapital aufweise, das dem entspreche, das nach den einschlägigen nationalen Vorschriften für die Gründung entsprechender Gesellschaften in Dänemark vorgesehen sei.

III — Rechtliche Untersuchung der Vorabentscheidungsfrage

11. Der Vorlagebeschluß hat den Gegenstand der heutigen Vorabentscheidungsfrage klar wie folgt umrissen: Im Ausgangsverfahren wird das Recht von „private companies limited by shares", die in England und Wales ordnungsgemäß gegründet wurden und dort ihren Sitz haben, sich im dänischen Staatsgebiet über Zweigstellen niederzulassen, nicht in Frage gestellt, auch wenn das nach englischem Recht bei Gesellschaften dieser Art erforderliche Mindestgründungskapital eindeutig niedriger ist als das Kapital, das nach dänischem Recht bei in Dänemark gegründeten Gesellschaften der gleichen Art vorgeschrieben ist. Nach den Erklärungen, die der Vertreter der dänischen Verwaltung in der Sitzung abgegeben hat, nutzen die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der Gemeinschaft, insbesondere die britischen, in der Praxis häufig ihr Recht der Niederlassung in Dänemark, ohne dabei seitens der Zentralverwaltung ähnlichen wie den vorliegend streitigen Verboten ausgesetzt zu sein. Das hier aufgeworfene Problem liegt folglich anders: Übt eine Gesellschaft, die ihrer Geschäftstätigkeit ausschließlich im Staat der Eintragung der Zweigniederlassung nachgehen möchte, ihr Recht auf Einrichtung einer Zweigniederlassung noch in legitimer Weise aus, wenn ihre ursprüngliche Entscheidung, die Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu gründen als dem, in dem sie tätig werden möchte, einzig und allein durch das Ziel bestimmt war, sich den im Staat der Zweigniederlassung geltenden strengeren Anforderungen an das Mindestgesellschaftskapital zu entziehen? Nach Auffassung der dänischen Verwaltung muß diese Frage unter den Umständen dieses Falles verneint (und folglich die in der Vorabentscheidungsfrage angesprochene Maßnahme als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen) werden. Genauer gesagt leiten die dänischen Behörden aus den für den vorliegenden Fall kennzeichnenden Umständen zwei Schlußfolgerungen ab: Die Versagung der Eintragung der Zweigniederlassung von Centros schränke die Niederlassungsfreiheit nicht entgegen Artikel 52 des Vertrages ein, hilfsweise, falls doch eine Einschränkung vorliegen sollte, falle diese auf jeden Fall unter die Sonderregelung für ausländische Gesellschaften, deren Erlaß Artikel 56 den Mitgliedstaaten insbesondere aus Gründen der öffentlichen Ordnung gestatte. Ich werde zunächst die erste, dann die zweite Argumentation der Beklagten untersuchen. Es sei mir allerdings gestattet, dieser Untersuchung eine kurze Bemerkung zur einschlägigen Rechtsprechung und zur Funktion der ausländischen Zweigniederlassung innerhalb der Organisationsstruktur des Unternehmens vorauszuschicken.

12. Die Regelung des Artikels 52 des Vertrages, der seit Ende der Übergangszeit unmittelbar anzuwenden ist, soll jedem Angehörigen eines Mitgliedstaats, der sich in einem anderen Mitgliedstaat, und sei es nur zusätzlich, niederläßt, um dort einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die Inländerbehandlung garantieren. Zum Bereich des Niederlassungsrechts gehören auch Gründung und Leitung von Unternehmen nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen sowie die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und

Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind. Gemäß Artikel 58 des Vertrages umfaßt das Niederlassungsrecht bei nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, auch das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat über eine Zweitniederlassung tätig zu werden. Aus dieser Grundfreiheit ergeben sich als Ergänzungen drei weitere: Die Unternehmertätigkeit kann in einem Mitgliedstaat in Gesellschaftsform mit Hilfe einer nach dem Recht dieses oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft betrieben werden; die Gesellschaft kann bei ihrer zusätzlichen Niederlassung zwischen der Gründung einer Tochtergesellschaft oder der einer Zweigniederlassung wählen; der ausländischen Gesellschaft stehen im Aufnahmestaat der zusätzlichen Niederlassung die gleichen Rechte wie den einheimischen Gesellschaften zu [12].

Da die liberale Bestimmung des Artikels 58 in dem Sinne hätte ausgelegt werden können, daß der Vorteil der freien Gründung einer zusätzlichen Niederlassung auch den juristischen Personen zugute käme, die zwar im Gemeinschaftsgebiet ihren satzungsmäßigen, nicht aber ihren „wirklichen" Sitz, d. h. ihre Hauptverwaltung, und auch nicht das Zentrum ihrer Geschäftstätigkeit haben, ist rasch die Notwendigkeit deutlich geworden, die Bedingungen zu konkretisieren, von denen diese Freiheit bei Gesellschaften, die *hauptsächlich außerhalb der Gemeinschaft ansässig sind*, abhängig ist [13]. Wie dies eindeutig im Allgemeinen Programm des Rates vom 18. Dezember 1961 zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit [14] zum Ausdruck kam, mußte die Gesellschaft insoweit ein zusätzliches Anknüpfungsmerkmal wirtschaftlicher Art erfüllen: die „tatsächliche und dauerhafte" Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats [15]. Dies ist allerdings ein Kriterium, das offenkundig Bedeutung nur für nichtgemeinschaftliche Gesellschaften hat.

13. Zum Inhalt dieses Zweitniederlassungsrechts hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung herausgearbeitet [16], daß der Sitz der betreffenden Gesellschaft im Sinne der vorgenannten dreifachen Möglichkeit

12 — Vgl. Werlauff, E.: *EC Company Law*, Kopenhagen, 1993, S. 17-22.

13 — Vgl. Poillot-Peruzzetto, S., und Luby, M.: *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, 1998, S. 141. Y. Lousouarn bemerkt zur Entstehung des nachstehend dargestellten Anknüpfungsmerkmals, die Gemeinschaftsstellen und die Vertreter der Mitgliedstaaten seien von der Feststellung ausgegangen, daß Artikel 52 das Recht auf Errichtung einer zusätzlichen Niederlassung bei natürlichen Personen von der (Erst)-Niederlassung im Staatsgebiet eines Mitgliedstaats abhängig mache, somit von der — die Gemeinschaftszugehörigkeit ergänzenden — Voraussetzung eines Wohnsitzes innerhalb der Gemeinschaft. Die einfache Übernahme dieser Voraussetzung für Gesellschaften mit Hilfe einer Kumulierung von wirklichem und satzungsmäßigem Sitz hätte indessen eindeutig und unheilbar gegen Artikel 58 verstoßen (vgl. „Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne", *Études de droit des Communautés européennes. Melanges offerts à Pierre Teitgen*, Paris, 1984, S. 239, insbes. S. 245 und 246; „Le droit d'établissement des sociétés", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, S. 229, insbes. S. 236).

14 — ABl. 1962, Nr. 2, S. 36.

15 — Diese Verbindung kann eine zusätzliche Niederlassung der nichtgemeinschaftlichen Gesellschaft im Gebiet eines Mitgliedstaats sein, vorausgesetzt, die Tätigkeit dieser gebietlichen Vertretung ist dauerhaft, effektiv und einschlägig (nicht z. B. einfache Vertretungen oder Kontore, die nicht auf dem Markt tätig sind oder nur sehr wenig Personal einsetzen). Die Staatsangehörigkeit der natürlichen Personen wie Gesellschafter, Mitglieder der Geschäftsführung oder der Kontrollorgane der Gesellschaft ist demgegenüber unter diesem Blickwinkel bedeutungslos.

16 — Vgl. statt vieler Urteile vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 270/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 273, Randnrn. 13, 14 und insbes. 18), vom 17. Juni 1997 in der Rechtssache C-70/95 (Sodemare u. a., Slg. 1997, I-3395, Randnrn. 25 und 26) und vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-264/96 (ICI, Slg. 1998, I-4695, Randnr. 20).

(vgl. Nr. 12 dieser Schlußanträge) „ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen dazu dient, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Staates zu bestimmen", und die Vorschrift des Artikels 52 ausgehöhlt würde, wenn man zuließe, „daß der Mitgliedstaat der Niederlassung nach seinem Belieben eine ungleiche Behandlung allein deshalb vornehmen kann, weil sich der Sitz der Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat befindet". Sobald also die beiden Voraussetzungen des Gründungsrechts eines Mitgliedstaats und der Zugehörigkeit zu diesem erfüllt sind, von denen Artikel 58 die Anerkennung der Gemeinschaftszugehörigkeit einer Gesellschaft abhängig macht, hat diese Anspruch auf Inländerbehandlung, selbst wenn sie ihre gesamte Geschäftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Hauptniederlassung unter Einschaltung einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft ausübt [17]. Außerdem läßt sich Ihrer Rechtsprechung entnehmen, daß „die Vorschriften über die Gleichbehandlung nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder bei Gesellschaften aufgrund des Sitzes, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung verbieten, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen" [18]. Ähnlich hat der Gerichtshof auch staatliche Maßnahmen für unvereinbar mit dem Vertrag erklärt, wenn sie zwar nicht diskriminierend, wohl aber geeignet sind, die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht garantierten grundlegenden Freiheiten durch die Gemeinschaftsangehörigen (oder Gesellschaften) zu behindern oder weniger attraktiv zu machen [19].

14. Andererseits können die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 56 des Vertrages vom Verbot von die Niederlassung in ihrem Gebiet beschränkenden Maßnahmen abweichen und eine aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigte Sonderregelung für ausländische (natürliche oder juristische) Personen vorsehen, denen das ihnen von der Gemeinschaftsrechtsordnung zuerkannte Recht zusteht. Artikel 56 ist, da er eine Ausnahme von einem grundlegenden Prinzip des Vertrages vorsieht, eng auszulegen. Seine Anwendbarkeit hängt daher vom Vorliegen einer effektiven und hinreichend schweren Bedrohung eines der grundlegenden Allgemeininteressen, darunter des Interesses an der Verhinderung etwaiger Mißbräuche und an der Sicherstellung einer angemessenen Durchführung der nationalen Vorschriften der sozialen Sicherheit, ab [20]. Die Bestimmung darf daher nicht herangezogen werden, um Ziele wirtschaftlicher Natur zu erreichen [21]; außerdem müssen sich Maßnahmen zur Wahrung der Interessen, die sie schützen sollen, auf das unbedingt Notwendige beschränken und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten [22].

17 — Vgl. Urteil Segers (zitiert in Fußnote 3, Randnrn. 14 und 16). Mit diesem Urteil hat es der Gerichtshof für unvereinbar mit den Artikeln 52 und 58 des Vertrages erklärt, daß die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats der Zweitniederlassung (Tochtergesellschaft) den Geschäftsführer einer Gesellschaft von einem nationalen Krankenversicherungssystem allein deshalb ausschließen, weil die Muttergesellschaft nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats, in dem sie auch ihren Sitz hat, gegründet wurde, auch wenn sie dort keine Geschäftstätigkeit entfaltet, sondern ausschließlich im Mitgliedstaat der Zweitniederlassung tätig ist.

18 — Urteile vom 13. Juli 1993 in der Rechtssache C-330/91 (Commerzbank, Slg. 1993, I-4017, Randnr. 14) und vom 12. April 1994 in der Rechtssache C-1/93 (Halliburton Services, Slg. 1994, I-1137, Randnr. 15).

19 — Vgl. statt vieler Urteil vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92 (Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32).

20 — Vgl. statt vieler Urteil vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77 (Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 35) und Urteil Segers (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 17).

21 — Vgl. statt vieler Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007, Randnr. 11).

22 — Vgl. statt vieler Urteile vom 18. Mai 1982 in den Rechtssachen 115/81 und 116/81 (Adoui und Cornuaille, Slg. 1982, 1665, Randnr. 9) und vom 26. April 1988 in der Rechtssache 352/85 (Bond van Adverteerders u. a., Slg. 1988, 2085, Randnr. 6).

Zudem kann die einschränkende Maßnahme, wenn sie nicht diskriminierend ist — und daher, soweit es im gegebenen Fall darauf ankommt, ohne Unterschied für inländische wie für ausländische Gesellschaften der Gemeinschaft gilt —, durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden [23], falls i) diesen Erfordernissen nicht bereits durch die Vorschriften Rechnung getragen wird, denen die ausländische Gesellschaft im Staat der Niederlassung unterliegt, und ii) die Maßnahme notwendig und verhältnismäßig ist [24].

15. Untersuchen wir nunmehr die Begriffe der „Zweigniederlassung" und der „Tochtergesellschaft" [25], auf die sich Artikel 52 und weiter dann Artikel 58 des Vertrages beziehen (die besondere Form der Agentur lasse ich beiseite, da es im vorliegenden Fall nicht auf sie ankommt). Welches ist das Kriterium für die Unterscheidung dieser beiden gebietlichen Gliederungen, die ein Unternehmen, gegebenenfalls auch auf dem Gebiet anderer Mitgliedstaaten als dem der Herkunft, einrichten und allgemein mit Geschäften gegenüber Dritten betrauen kann? Dieses Kriterium ist im wesentlichen das Fehlen einer eigenständigen Rechtspersönlichkeit der Zweigniederlassung, die als tatsächliche Gesamtheit oder als einfache Untergliederung des Unternehmens zu verstehen ist und eine gewisse Dezentralisierung ermöglicht [26]. Demgegenüber ist die Tochtergesellschaft rechtlich unabhängig von der sie beherrschenden Muttergesellschaft [27]. Wie in der Lehre bereits festgestellt [28], ist es unter zahlreichen Aspekten von Bedeutung, diese beiden Rechtstechniken der

23 — Hierzu gehören die zum Schutz der Empfänger von Dienstleistungen bestimmten Berufsregeln, der Schutz des geistigen Eigentums, der Schutz der Arbeitnehmer, der Schutz der Verbraucher, die Erhaltung und die Aufwertung des historischen und künstlerischen Erbes, die bestmögliche Verbreitung von Kenntnissen über das künstlerische und kulturelle Erbe eines Landes sowie Gründe der Kulturpolitik (vgl. statt vieler Urteil Collectieve Antennevoorziening Gouda (zitiert in Fußnote 21, Randnrn. 14 und 27), der Schutz der Empfänger von Dienstleistungen in Zusammenhang mit der Überwachung und Aufrechterhaltung von Patenten (Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90, Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 17), die Gewährleistung der Kohärenz der anwendbaren Steuerregelung (Urteil vom 28. Januar 1992 in der Rechtssache C-204/90, Bachmann, Slg. 1992, I-249), die Verhinderung von Straftaten und der Schutz der Sozialordnung gegenüber den schädlichen Folgen von im Übermaß betriebenen Glücksspielen (Urteil vom 24. März 1994 in der Rechtssache C-275/92, Schindler, Slg. 1994, I-1039, Randnrn. 58 und 59), die Aufrechterhaltung des guten Rufs des nationalen Finanzsektors (Urteil vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-384/93, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141, Randnr. 44), die Wirksamkeit der Steueraufsicht (Urteil vom 15. Mai 1997 in der Rechtssache C-250/95, Futura Participations und Singer, Slg. 1997, I-2471, Randnr. 31) und die Lauterkeit des Handelsverkehrs (Urteil vom 9. Juli 1997 in den Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95, De Agostini und TV-Shop, Slg. 1997, I-3843, Randnr. 53).

24 — Vgl. statt vieler Urteil Collectieve Antennevoorziening Gouda (zitiert in Fußnote 21, Randnrn. 13 und 15).

25 — Dem französischen „filiales", dem englischen „subsidiaries", dem deutschen „Tochtergesellschaften" und dem niederländischen „dochterondernemingen" entspricht in der italienischen Rechtssprache der Ausdruck „affiliate" und nicht der in Artikel 52 verwendete „filiali" (vgl. Schlußanträge von Generalanwalt Mancini vom 16. Oktober 1985 in der Rechtssache Kommission/Frankreich, zitiert in Fußnote 16, S. 275, Nr. 2). Vgl. auch Ruggiero, G. M., und De Dominicis, M.: „Artikel 52", in: R. Quadri, R. Monaco und A. Trabucchi (Herausgeber), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Kommentar, Mailand, 1965, Band I, S. 399, insbes. S. 412 und 413. Vgl. allerdings Nr. 27 dieser Schlußanträge.

26 — Vgl. Cabrillac, M., „Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé", *Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph Hamel*, Paris, 1981, S. 119, und Loussouarn, Y., „La succursale, technique juridique du commerce international", *DPCI*, 1985, S. 359, insbes. S. 362.

27 — Vgl. aber Pietrobon, A., *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padua, 1990. Dem Autor zufolge erscheint die Verwendung einer juristisch-formellen Methode — sie beruht auf „Konzepten und Methoden der nationalen Rechtsordnungen, so als ob diese, für sich betrachtet oder in einem rechtsvergleichenden Zusammenhang, notwendig das Modell für die Auslegung des Vertrages liefern müßten" — insoweit ungeeignet für die Auslegung der Begriffe Agentur, Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft, als sie die Einbeziehung bestimmter Typen der Abhängigkeit nicht zulasse, ohne daß diese Nichtberücksichtigung irgendwie gerechtfertigt wäre. Außerdem zeige eine *funktionale* Auslegung des Begriffes der „Zweitniederlassung", daß seine wesentlichen Merkmale (Abhängigkeit der Zweitniederlassung von Organisationsentscheidungen des Mutterunternehmens, das über die Existenz, die Zuständigkeiten und die grundlegenden Modalitäten der Tätigkeit der Untergliederung zu entscheiden habe) den Schluß nahelegten, daß ein selbständiges Unternehmen, das eine eigene Organisation und ein eigenes Geschäftsvermögen aufweise, nicht Zweitniederlassung eines anderen Unternehmens sein könne. „Es erscheint daher zweifelhaft, ob sich diesem so abgegrenzten Begriff die Tochtergesellschaften zuordnen lassen, die, wie wir sahen, in der italienischen Fassung des Artikels 52 nicht genannt sind ... Die Gründung einer Tochtergesellschaft in einem Mitgliedstaat durch eine in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft ist ein Vorgang, der richtigerweise als Erstniederlassung (der Tochtergesellschaft) einzuordnen wäre. Die Frage hat allerdings keine praktische Bedeutung, weil die Möglichkeit der Gründung von Tochtergesellschaften sowohl nach der einen wie nach der anderen Auslegung anerkannt ist" (a. a. O., S. 101 bis 115, insbes. S. 103, 114 und 115, Fußnoten weggelassen, Übersetzung aus dem Französischen).

28 — Vgl. Loussouarn (zitiert in Fußnote 26, S. 363 bis 368).

grenzüberschreitenden Niederlassung von Gesellschaften gegenüberzustellen.

Zunächst kann, da die Staatsangehörigkeit ein Merkmal der Persönlichkeit ist, die Zweigniederlassung, deren Tätigkeit mit der der Gesellschaft übereinstimmt, zu der sie gehört, keine von dieser abweichende Staatsangehörigkeit haben; ihre Rechtslage wird durch die Rechtsordnung der ausländischen Gesellschaft bestimmt, deren Untergliederung sie ist. Der entgegengesetzte Grundsatz gilt für Tochtergesellschaften. Ferner hat zwar die Zweigniederlassung einen bestimmten eigenständigen Geschäftsbetrieb, gleichwohl ist dem Stammhaus die Tätigkeit in Zusammenhang mit den für Rechnung des Stammhauses von dem der Niederlassung zugewiesenen Personal abgeschlossenen Geschäften zuzurechnen. Die Tochtergesellschaft kann demgegenüber selbst Verträge schließen, falls nicht gegebenenfalls die Muttergesellschaft beim Geschäftsabschluß als Vertragspartner auftritt. Schließlich sind nach dem Grundsatz der Vermögenseinheit die Schulden (und entsprechend die Forderungen), die bei den Tätigkeiten der Zweigniederlassung entstanden sind, der Gesellschaft zuzurechnen (so daß nicht von Schulden *der* Zweigniederlassung gesprochen werden darf), auch wenn der Gläubiger — aus praktischen Gründen — in einem solchen Fall die Gesellschaft bei dem Gericht des Ortes der Zweigniederlassung verklagen kann (vgl. Nr. 18 dieser Schlußanträge). Die Tochtergesellschaft hat demgegenüber eigenes Vermögen, das für die von ihr begründeten Schulden haftet. Zwischen Muttergesellschaft und Gläubiger schiebt sich der „Schirm" der Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit.

IV — Beantwortung der Vorabentscheidungsfrage

Untersuchung der Vereinbarkeit der Versagung einer Eintragung der dänischen Zweigniederlassung von Centros mit der Niederlassungsfreiheit

16. Meines Erachtens verstößt die Maßnahme der dänischen Verwaltung gegen die Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit. Wie ich noch im einzelnen darlegen werde, schränkt sie die Ausübung des ausländischen Gesellschaften der Gemeinschaft zustehenden Rechts auf Eröffnung einer Zweigniederlassung nicht nur einfach ein, sie schließt sie vielmehr völlig aus. Im vorliegenden Fall werden die Eheleute Bryde daran gehindert, in Dänemark über eine in einem anderen Staat der Gemeinschaft ordnungsgemäß gegründete Gesellschaft mit Sitz in diesem Staat unternehmerisch tätig zu werden. Die Zentralverwaltung scheint im Kern auf dem Standpunkt zu stehen, daß die Betroffenen, weil sie lediglich auf dem inländischen Markt tätig sein wollten, deshalb die Vorschriften des dänischen Rechts für den von ihnen benutzten Gesellschaftstyp einzuhalten hätten; das aber verstößt, wie ich meine, gegen Artikel 52 des Vertrages. Der Fall ist aber auch unter dem Blickwinkel des Artikels 58 zu würdigen. Insoweit wird Centros im Vergleich mit den nach dänischem Recht gegründeten Gesellschaften diskriminiert, für die ähnliche Beschränkungen nicht gelten, wenn sie in Dänemark Zweigniederlassungen errichten. Die betreffende Maßnahme beeinträchtigt aber auch mittelbar das Recht der Klägerin, alternativ zwischen der Eröffnung einer Zweigniederlassung oder der Gründung einer Tochtergesellschaft in Dänemark zu wählen. Es scheint mir auf der Hand zu liegen, daß die dänischen Behörden nichts gegen Centros ein-

zuwenden gehabt hätten, wenn die im Vereinigten Königreich gegründete Gesellschaft es vorgezogen hätte, für ihre grenzüberschreitende Niederlassung statt einer einfachen Zweigniederlassung eine Tochtergesellschaft zu gründen, die dann definitionsgemäß — da von ihrer Muttergesellschaft zu unterscheiden — die Voraussetzungen nach den nationalen Rechtsvorschriften einschließlich der eines Mindestgründungskapitals hätte erfüllen müssen. Die Freiheit, die für eine Geschäftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat geeignetste Rechtsform zu wählen, ist nun aber den Wirtschaftsteilnehmern in Artikel 52 Absatz 1 Satz 2 des Vertrages ausdrücklich garantiert und kann daher nicht, wie im vorliegenden Fall geschehen, durch diskriminierende Vorschriften eingeschränkt werden [29].

17. Sehen wir uns die Argumente etwas näher an, die die dänische Verwaltung gegen diese Erwägungen vorzubringen hat. Sie stellt in Abrede, daß Centros sich legitim auf die Niederlassungsfreiheit aufgrund des Vertrages berufen könne. Da sie im Vereinigten Königreich keine Geschäftstätigkeit ausübe, weise die von den Eheleuten Bryde gegründete Gesellschaft keine tatsächliche und dauerhafte Verbindung zu diesem Land auf, so daß man es mit einem rein internen Sachverhalt zu tun habe, der als solcher dem Gemeinschaftsrecht fremd sei; andernfalls habe man es mit einer — ebenfalls nicht schutzwürdigen — mißbräuchlichen und betrügerischen Ausübung des im Vertrag verankerten Niederlassungsrechts zu tun [30]. Aus Gründen, die ich noch darlegen werde, überzeugen mich diese Argumente nicht, selbst wenn ich einmal davon absehe, daß das Kriterium einer effektiven Tätigkeit der Gesellschaft zusätzlich zu seiner grundsätzlichen Fragwürdigkeit auch wegen seiner inhaltlichen Unbestimmtheit in der Anwendung problematisch wäre. Wie müßten Natur, Dauer und Umfang der Tätigkeit der Muttergesellschaft aussehen, damit diese ihr Recht auf Eröffnung einer Zweitniederlassung ausüben dürfte?

18. Um diese Erwägungen etwas zu präzisieren, sei darauf hingewiesen, daß ein Ausschluß der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit, wie ihn die dänische Regierung im vorliegenden Fall will, nur dann haltbar wäre, wenn die Lage der betroffenen Rechtssubjekte — Staatsangehörige oder Gesellschaften, die einem Mitgliedstaat angehören — keinerlei Verknüpfung mit den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts aufwiese, weil dieses dann nicht als Bezugsrahmen dienen könnte [31]. Meines Erachtens ist dies im Ausgangsverfahren nicht der Fall. Centros ist nach dem geltenden Recht von

29 — Vgl. Urteil Kommission/Frankreich (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 22).

30 — Timmermans, C., „Methods and Tools for Integration. Report", in: R. M. Buxbaum, G. Hertig, A. Hirsch und K. J. Hopt (Herausgeber), *European Business Law. Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin-New York, 1991, S. 129, insbes. S. 136 und 137.

31 — Vgl. statt vieler Urteil vom 19. März 1992 in der Rechtssache C-60/91 (Batista Morais, Slg. 1992, I-2085).

England und Wales gegründet worden und hat seinen Sitz im Vereinigten Königreich. Dies reicht aus, sie in den Anwendungsbereich der Artikel 52 und 58 des Vertrages zu bringen. Es scheint mir überflüssig zu sein, den Sachverhalt nach der Staatsangehörigkeit der Gesellschafter oder Geschäftsführer oder nach dem territorialen Tätigkeitsgebiet der Gesellschaft zu durchforsten [32]. Andererseits darf nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Bezugnahme in Artikel 52 auf „Angehörige eines Mitgliedstaats", die sich „im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats" niederlassen wollen, nicht so ausgelegt werden, daß die eigenen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats von der Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen wären, wenn sie sich — nachdem sie von Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht haben — gegenüber ihrem Herkunftsland in einer Lage befinden, die mit derjenigen aller anderen Personen, die in den Genuß der durch den Vertrag garantierten Rechte und Freiheiten kommen, vergleichbar ist [33]. Die dänische Verwaltung besteht darauf, daß die Hauptniederlassung tatsächlich die als Gesellschaftszweck festgelegten Tätigkeiten ausüben muß. Damit liest sie aber in den Wortlaut des Artikels 58 eine *zusätzliche Voraussetzung* hinein, von der das Recht auf Zweitniederlassung abhängig sein soll. Die in Artikel 58 festgelegten formellen Voraussetzungen für die Ermittlung der insoweit berechtigten Gesellschaften sind indessen meines Erachtens abschließend gemeint. Dem juristisch-formellen Tatbestandsmerkmal kommt hier entscheidende Bedeutung zu. Entscheidender Punkt ist, daß hier kein Raum ist für Nachforschungen über Natur oder Inhalt der Tätigkeiten, die das Unternehmen entfaltet oder entfalten möchte [34]. Im Bereich der Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen hat sich der Gerichtshof übrigens bereits zu den Versuchen eines Mitgliedstaats geäußert, die Ausübung des betreffenden Rechts neben der Bedingung der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats, die die *einzige in Artikel 52 des Vertrages vorgeschriebene subjektive Voraussetzung* ist, von einer weiteren Voraussetzung (im gegebenen Fall dem gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet) abhängig zu machen. Ein solches Erfordernis — so der Gerichtshof — widerspricht dem Gemeinschaftsrecht [35]. Genau aus diesem Grund ist auch der — von der Zentralverwaltung vorgeschlagene — Vergleich des vorliegenden

32 — Vgl. Urteil Segers (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 14; vgl. oben, Fußnote 17, und unten, Fußnoten 45 und 46 sowie die entsprechenden Teile des Textes. Vgl. auch Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-23/93 (TV10, Slg. 1994, I-4795, Randnr. 15), wonach der Umstand, daß sich eine Sendeanstalt in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen hat, um sich den gesetzlichen Regelungen des Empfangsstaates zu entziehen, es nicht ausschließe, daß ihre Sendungen als „Dienstleistungen" im Sinne des Artikels 59 angesehen werden könnten. Die Lage von Centros ist daher z. B. von der — vom Gerichtshof in der Rechtssache Esso España geprüften — zu unterscheiden, die ausschließlich die Entfaltung der Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft innerhalb des Hoheitsgebiets eines Mitgliedstaats betrifft, die ihren Sitz in diesem Staat hat und dort tätig ist (Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-134/94, Esso España, Slg. 1995, I-4223, Randnrn. 12 bis 17).

33 — Vgl. Urteil vom 7. Februar 1979 in der Rechtssache 115/78 (Knoors, Slg. 1979, 399, Randnrn 20 und 24).

34 — Cath, I. G. F., „Freedom of Establishment of Companies: A new Step Towards Completion of the Internal Market", in: G. F. Jacobs (Herausgeber), *1986 Yearbook of European Law*, Oxford, 1987, S. 247, insbes. S. 259 und 261. Vgl. auch mutatis mutandis Urteil vom 12. März 1996 in der Rechtssache C-441/93 (Pafitis u. a., Slg. 1996, I-1347, Randnrn. 18 und 19), wo es heißt: „Wie sich aus dem Titel und aus Artikel 1 der Zweiten Richtlinie [zum Gesellschaftsrecht] ergibt, gilt diese für die in der Rechtsform der Aktiengesellschaft errichteten Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 EG-Vertrag. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat daher als Kriterium für die Festlegung des Anwendungsbereichs der Zweiten Richtlinie die Rechtsform der Gesellschaft unabhängig von ihrer Tätigkeit gewählt."

35 — Dem Gerichtshof zufolge ist es „nicht Sache der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die Wirkungen der Verleihung der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats dadurch zu beschränken, daß eine zusätzliche Voraussetzung für die Anerkennung dieser Staatsangehörigkeit im Hinblick auf die Ausübung der im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten verlangt wird. Daher ist eine Auslegung von Artikel 52 EG-Vertrag, nach der dann, wenn der Staatsangehörige eines Mitgliedstaats gleichzeitig die Staatsangehörigkeit eines Drittstaats besitzt, die anderen Mitgliedstaaten die Anerkennung der Eigenschaft als Gemeinschaftsangehöriger von einer Voraussetzung wie dem gewöhnlichen Aufenthalt des Betroffenen im Hoheitsgebiet des ersten Staates abhängig machen können, nicht zulässig" (Urteil vom 7. Juli 1992 in der Rechtssache C-369/90, Micheletti u. a., Slg. 1992, II-4239, Randnrn. 10 und 11). Vgl. auch Urteil vom 7. Februar 1979 in der Rechtssache 136/78 (Auer, Slg. 1979, 437, Randnr. 28), wo es heißt: „Keine Bestimmung des Vertrages erlaubt es, die Angehörigen eines Mitgliedstaats im Anwendungsbereich des Vertrages je nach der Zeit oder der Form, in der sie die Staatsangehörigkeit dieses Staates erworben haben, unterschiedlich zu behandeln, wenn sie zu dem Zeitpunkt, zu dem sie sich auf die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts berufen, die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und wenn die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der von ihnen herangezogenen Vorschrift erfüllt sind."

Falles mit dem im Urteil Levin [36] behandelten meines Erachtens in der Praxis nicht möglich, wenn man sich die unterschiedliche Formulierung des Artikels 52, der abstrakt die einfache Befugnis zur Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit garantiert (vgl. Nr. 19 dieser Schlußanträge), und die des Artikels 48 Absatz 3 des Vertrages vor Augen führt, der ganz genau den Inhalt der Betätigungen festlegt, durch die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer verwirklicht wird [37].

19. Zur Stützung ihres in dieser Rechtssache vertretenen Standpunktes verweist die dänische Verwaltung auf eine andere Rechtsprechung, die der Gerichtshof im Zusammenhang des Brüsseler Übereinkommens erarbeitet hat (vgl. Nr. 6 dieser Schlußanträge). Der Hinweis auf diese Urteile geht indessen in unserem Zusammenhang fehl. Es handelt sich bekanntlich um Auslegungsurteile zur Anwendbarkeit des besonderen Anknüpfungsmerkmals für die Zuständigkeit in Artikel 5 Absatz 5 des Brüsseler Übereinkommens [38]. In diesen Rechtssachen hat sich der Gerichtshof darauf beschränkt, die Merkmale des Begriffes der Zweitniederlassung herauszuarbeiten, die von Fall zu Fall für die Beantwortung der ihm vorgelegten Vorabentscheidungsfragen erheblich waren. Er hatte die volle Wirksamkeit des Brüsseler Übereinkommens sicherzustellen und mußte daher zu einer autonomen Auslegung der Begriffe Zweigniederlassung und sonstige Niederlassung gelangen. Diese Begriffe des Brüsseler Übereinkommens sind als Einschränkung zu verstehen, die vor allem dem Erfordernis Rechnung trägt, eine Vervielfältigung der Gerichtsstände und die damit verbundenen Erscheinungen des Forum shopping zu vermeiden, und die Aufmerksamkeit auf die ausländische Beklagte benachteiligenden „protektionistischen" Motivationen der ursprünglichen Bereitstellung von Sonderanknüpfungen der Zuständigkeit in den Rechts-

36 — Zitiert in Fußnote 7.

37 — Hierzu hat der Gerichtshof ausgeführt: „Gemäß Artikel 48 Absatz 3 des Vertrages wird den Arbeitnehmern das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen, zu dem ‚Zweck' zuerkannt, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben. Nach derselben Bestimmung dürfen sich die Arbeitnehmer in einem Mitgliedstaat aufhalten, ‚um' dort eine Beschäftigung auszuüben. Darüber hinaus heißt es in der ersten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1612/68, die Freizügigkeit schließe das Recht für die Arbeitnehmer ein, sich innerhalb der Gemeinschaft ‚zur' Ausübung einer Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis frei zu bewegen, während Artikel 2 der Richtlinie 68/360 die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, den Arbeitnehmern die Ausreise aus ihrem Hoheitsgebiet zu gestatten, ‚damit' sie im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufnehmen oder ausüben können. Diese Formulierungen drücken ... die dem Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer selbst innewohnende Einschränkung aus, daß die Vorteile, die das Gemeinschaftsrecht mit dieser Freiheit gewährt, nur von Personen in Anspruch genommen werden können, die eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis wirklich ausüben oder ernsthaft ausüben wollen" (a. a. O., Randnrn. 20 und 21).

38 — Abweichend von der allgemeinen Regelung des Artikels 2 des Übereinkommens erlaubt es dieses Anknüpfungsmerkmal dem Kläger, den Beklagten, der seinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat, in einem anderen Vertragsstaat vor dem zuständigen Gericht zu verklagen, wenn es sich um Streitigkeiten aus dem Betrieb einer Zweigniederlassung, einer Agentur oder einer sonstigen Niederlassung handelt. „Unter diesen Begriff ‚aus dem Betrieb' fallen zum einen die Rechtsstreitigkeiten, in denen es um vertragliche oder außervertragliche Rechte und Pflichten in bezug auf die eigentliche Führung [der Zweitniederlassungen] selbst geht, wie etwa die Rechte und Pflichten in Zusammenhang mit der Vermietung des Grundstücks, auf dem die genannten Einheiten errichtet sind, oder mit der am Ort vorgenommenen Einstellung des dort beschäftigten Personals. Zum anderen fallen unter den Begriff diejenigen Rechtsstreitigkeiten, die sich auf Verbindlichkeiten beziehen, welche der vorstehend beschriebenen Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeiten im Namen des Stammhauses eingegangen ist und die in dem Vertragsstaat zu erfüllen sind, in dem dieser Mittelpunkt besteht, sowie die Rechtsstreitigkeiten über außervertragliche Verpflichtungen, die aus der Tätigkeit entstehen, welche [die Zweitniederlassung] an dem Ort für Rechnung des Stammhauses ausgeübt hat, an dem sie errichtet ist" (Urteil Somafer, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 13). Bekanntlich wird auch gemäß Artikel 8 Absatz 2 des Übereinkommens der Versicherer, der in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats keinen Wohnsitz hat, wohl aber in einem Vertragsstaat eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine sonstige Niederlassung besitzt, abweichend von Artikel 4 für Streitigkeiten aus ihrem Betrieb so behandelt, als hätte er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Staates.

ordnungen der Vertragsstaaten lenkt [39]. Diese Rechtsprechung ist mit ganz anderen Zielsetzungen als den hier in Rede stehenden entwickelt worden und läßt sich gewiß nicht so verstehen, daß die Niederlassung nur dann eine Zweit- und keine Hauptniederlassung ist, wenn sie Geschäftstätigkeiten als Außenstelle eines wirklich selbst geschäftstätigen Stammhauses entfaltet, dessen Aufsicht und Leitung als Zweitniederlassung sie untersteht.

20. Beschäftigen wir uns noch einen Augenblick mit der anderen These, die die Zentralverwaltung und die dänische Regierung uns vorgetragen haben: Das Interesse der Eheleute Bryde, in Dänemark einer Geschäftstätigkeit im Rahmen einer nur beschränkt haftenden Gesellschaft nachzugehen, soll des Schutzes der Artikel 52 ff. des Vertrages nicht würdig sein, da die Errichtung der Niederlassung einer Gesellschaft mit Sitz in Großbritannien in betrügerischer Absicht erfolgt sei. Ziel sei die Umgehung der Vorschriften über den Mindestbetrag des Gründungskapitals im Staat der Zweitniederlassung (die in Wahrheit nach dieser Auffassung auf eine „Hauptniederlassung" Anwendung fänden). Sicherlich entspricht der Grundsatz, daß „die mißbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht nicht gestattet [ist]", der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes [40], und er gehört zu den grundlegenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts. Seine konkrete Ausgestaltung ist allerdings keine

39 — Vgl. Pietrobon (zitiert in Fußnote 27, S. 162 bis 164). Die Feststellung des Gerichtshofes in dem angeführten Urteil, daß „Zweigniederlassung und Agentur unter anderem wesentlich dadurch charakterisiert [sind], daß sie der Aufsicht und Leitung des Stammhauses unterliegen", führt logisch zu der Schlußfolgerung, daß die in Artikel 5 Nr. 5 verwendeten Begriffe der Zweitniederlassung weder die Lage eines Alleinvertriebshändlers, der weder der Aufsicht noch der Leitung des Konzessionsgebers untersteht (vgl. Urteil De Bloos, zitiert in Fußnote 6, Randnrn. 20 bis 23) noch die eines Handelsvertreters (Vermittlungsvertreters) erfassen, wenn dieser ein *selbständiger* Mitarbeiter des vertretenen Unternehmens ist, der sich darauf beschränkt, dem Unternehmen die Kundenbestellungen weiterzugeben, ohne sich an dem Abschluß oder der Erfüllung der Verträge zu beteiligen, und dem das vertretene Unternehmen nicht untersagen kann, gleichzeitig mehrere konkurrierende Unternehmen zu vertreten (vgl. Urteil Blanckaert & Willems, zitiert in Fußnote 6, Randnrn. 12 und 13). Weiter hat der Gerichtshof in der Rechtssache Somafer lediglich zu dem Zweck, dem vorlegenden Gericht eine Entscheidung über seine Zuständigkeit für die Klage eines deutschen Unternehmens gegen ein in Frankreich ansässiges französisches Unternehmen mit einem Büro oder einer Kontaktstelle in Deutschland (auf dem Briefpapier als „Vertretung für Deutschland" bezeichnet) zu ermöglichen, das Kriterium herausgearbeitet, daß eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine sonstige Niederlassung für Dritte leicht als Nebenstelle des Stammhauses erkennbar sein muß (womit „ein Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit" gemeint ist, „der auf Dauer als Außenstelle eines Stammhauses hervortritt, eine Geschäftsführung hat und sachlich so ausgestattet ist, daß er in der Weise Geschäfte mit Dritten betreiben kann, daß diese, obgleich sie wissen, daß möglicherweise ein Rechtsverhältnis mit dem im Ausland ansässigen Stammhaus begründet wird, sich nicht unmittelbar an dieses zu wenden brauchen, sondern Geschäfte an dem Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit abschließen können, die dessen Außenstelle ist", Urteil Somafer, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 12). Der beste Beweis dafür, daß der Begriff der Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung im Kontext des Übereinkommens einen anderen normativen Gehalt als im Zusammenhang des Vertrages — mit teilweise geradezu entgegengesetzten Bedeutungen (vgl. Pietrobon, zitiert in Fußnote 27, S. 94) — aufweist, liefert die Haltung des Gerichtshofes in einer Situation, in der eine Gesellschaft im wesentlichen so tätig wird, *als sei sie* die Zweigniederlassung oder die Tochter einer anderen „Muttergesellschaft", der gegenüber sie aber in Wahrheit rechtlich selbständig ist (oder sogar deren gesamtes Grundkapital hält wie in der Rechtssache Schotte, Urteil vom 9. Dezember 1987 in der Rechtssache 218/86, Slg. 1987, 4905). Auch in diesem Fall ist zum Schutz des berechtigten Vertrauens Dritter die besondere Zuständigkeit des Artikels 5 Nr. 5 heranzuziehen, die hier analog zur Anwendung kommt, weil der Anschein, der durch die Art und Weise erweckt wurde, „wie sich die beiden Unternehmen im Geschäftsleben verhalten und wie sie sich Dritten gegenüber in ihren Handelsbeziehungen darstellen", eine enge Verknüpfung zwischen der Klage und dem zur Entscheidung hierüber berufenen Gericht schaffen kann. Nach dem Urteil Schotte findet die Vorschrift bekanntlich Anwendung, wenn „eine juristische Person in einem anderen Vertragsstaat zwar keine unselbständige Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung unterhält, dort aber ihre Tätigkeiten mit Hilfe einer gleichnamigen selbständigen Gesellschaft mit identischer Geschäftsführung entfaltet, die in ihrem Namen verhandelt und Geschäfte abschließt und deren sie sich wie einer Außenstelle bedient" (Randnr. 17).

40 — Vgl. Urteil vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-367/96 (Kefalas, Slg. 1998, I-2843, Randnr. 20) und die dort zitierten Urteile. Aus diesem Grund verbietet nach der Feststellung des Gerichtshofes „das Gemeinschaftsrecht es einem Mitgliedstaat nicht ..., in Ermangelung einer Harmonisierung Maßnahmen zu erlassen, die verhindern sollen, daß die durch den EWG-Vertrag geschaffenen Erleichterungen mißbräuchlich und in einer dem berechtigten Interesse dieses Staates zuwiderlaufenden Weise in Anspruch genommen werden" (Urteil Kraus, zitiert in Fußnote 19, Randnr. 34).

leichte Aufgabe. Nach dem Urteil Kefalas mißbraucht der Inhaber eines Rechts dieses dann, wenn er zum Nachteil anderer „widerrechtliche Vorteile" anstrebt, die mit dem Ziel des Gesetzgebers, dem einzelnen einen besonderen Schutz zu bieten, „offensichtlich unvereinbar" sind [41]. In diesem Aspekt des Rechtsmißbrauchs wird eine bestimmte Verwandtschaft zwischen dem allgemeinen Grundsatz, der ihn verbietet, und dem Grundsatz sichtbar, der mit dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit als Grenze der Rechtsausübung zusammenhängt [42]. Im übrigen ist, wie die Lehre aufgezeigt hat, die berühmte Definition des französischen Zivilrechtlers Planiol, daß „das Recht dort aufhört, wo der Mißbrauch beginnt", nach wie vor aktuell. Diese Aussage zeigt in aller Deutlichkeit, daß die Problematik des Mißbrauchs letztlich in eine Definition der inhaltlichen Tragweite der subjektiven Rechtsposition und damit des Bereichs der Befugnisse mündet, die dem Inhaber zugestanden werden. Die Prüfung, ob die konkrete Ausübung eines Rechts mißbräuchlich ist oder nicht, bedeutet mit anderen Worten nichts anderes, als die inhaltliche Tragweite des Rechtes selbst zu ermitteln [43]. Wenn dem aber so ist, darf ich an die bereits dargelegten Grundsätze im Bereich der Niederlassungsfreiheit erinnern (vgl. Nrn. 13 und 16 dieser Schlußanträge). Diese Freiheit umfaßt mit Sicherheit für jedermann das Recht, eine Gesellschaft nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zu gründen, um in diesem und *zugleich in jedem anderen Mitgliedstaat* tätig zu werden. Anders gesagt: die neu gegründete Gesellschaft ist berechtigt, sich *nach ihrem Belieben* in der Gemeinschaft niederzulassen — mit einer Haupt- oder gegebenenfalls auch mit einer Zweitniederlassung.

Das Niederlassungsrecht ist wesentlich für die Verwirklichung der vom Vertrag vorgegebenen Ziele, der unterschiedslos allen Bürgern der Gemeinschaft die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung anhand der vom nationalen Recht gebotenen Instrumente sichern und ihnen die *Chance* der Marktteilnahme bieten will, gleichgültig, welche Absichten der Begünstigte damit konkret verfolgt. Es geht anders gewendet um den Schutz der *Gelegenheit* einer wirtschaftlichen Initiative und zugleich der *geschäftlichen Freiheit*, sich der in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten angebotenen Mittel zu bedienen. In unserem Fall hat sich die Ausübung des Niederlassungsrechts in der Gründung der Gesellschaft zu den in den Rechtsvorschriften des Sitzstaates vorgesehenen Bedingungen konkretisiert. Motive, Berechnungen und individuelle Interessen, die für diese Entscheidung des Betroffenen maßgebend waren, sind nicht zu berücksichtigen, solange das Recht im Einklang mit dem Vertrag ausgeübt wird, und können daher nicht Anlaß für Kontrollen sein [44]. Allenfalls kommt es auf die Vereinbar-

41 — Vgl. Urteil Kefalas (zitiert in Fußnote 40, Randnr. 28, zu einer Klage bestimmter Aktionäre auf Anfechtung der Kapitalerhöhung einer zahlungsunfähigen Aktiengesellschaft). Es sei darauf hingewiesen, daß die Formulierung des Verbotes des Rechtsmißbrauchs durch den Gerichtshof im wesentlichen auf das allgemeine Recht der Mitgliedstaaten zurückgehen dürfte, deren Rechtsordnungen dem kontinentalen Rechtskreis angehören (Brown, L. N., „Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?", in: *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, Band II [herausgegeben von D. Curtin und T. Heukels], S. 511, insbes. S. 515).

42 — Brown (zitiert in Fußnote 41, S. 521 und 522) sowie Van Gerven, W., „Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *Journ. Trib.*, 1992, S. 305, insbes. S. 307 und 308.

43 — Nizzo, C., „L'abuso dei ‚diritti comunitari': un quesito non risolto", *Dir. comm. internaz.*, 1997, S. 766, insbes. S. 770.

44 — Vgl. mutatis mutandis Urteil Levin (zitiert in Fußnote 7, Randnrn. 20 bis 22), wonach die Ziele, die ein Arbeitnehmer mit seinem Wunsch, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einzureisen und sich dort aufzuhalten, verfolgt, gleichgültig sind und nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn er dort nur eine echte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis tatsächlich ausübt oder ausüben will und damit zum Kreis der Nutznießer der Rechte gehört, die durch Artikel 48 Absatz 3 des Vertrages und das maßgebliche abgeleitete Recht garantiert werden (vgl. Nr. 18 dieser Schlußanträge).

keit der entfalteten Tätigkeit (falls sie entfaltet wird) mit den zwingenden nationalen Rechtsvorschriften des Staates der (Haupt- oder Zweit-) Niederlassung an, die etwaige Beschränkungen der Ausübung dieses Rechtes rechtfertigen könnten. Das Niederlassungsrecht ist mit diesen Maßgaben gerade wegen der Errichtung des Gemeinsamen Marktes anerkannt. Dies gilt umso mehr, als der Vertrag nicht der Gemeinschaft angehörende juristische Personen anders behandelt; diese müssen nämlich, um in den Kreis der Gemeinschaft einzutreten, das Kriterium der tatsächlichen und dauerhaften Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats erfüllen (vgl. Nr. 12 dieser Schlußanträge).

Als Bestätigung sei mir gestattet, nochmals auf den bereits genannten Fall Segers zurückzukommen. In dieser Rechtssache hatte ein niederländischer Staatsangehöriger seine Einzelfirma mit Sitz in den Niederlanden in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Zweigniederlassung einer gleichzeitig von ihm erworbenen Gesellschaft englischen Rechts umgewandelt, die ihrerseits keine Geschäftstätigkeit entfaltete und nur über die Zweigniederlassung tätig wurde. Wie sich aus den Akten ergab, war der Rückgriff auf diese Struktur ausschließlich auf den Wunsch zurückzuführen, sich den Firmenzusatz „Ltd" zu sichern, der als attraktiver als das entsprechende niederländische „BV" empfunden wurde, und der nach niederländischem Recht erforderlichen Frist für eine solche Umwandlung zu entgehen [45]. Dies hat den Gerichtshof nicht an der Feststellung gehindert, daß die Situation der Gesellschaft und ihres Geschäftsführers Segers in den Anwendungsbereich des Niederlassungsrechts falle und der Kläger folglich Anspruch auf Inländerbehandlung habe [46]. Ich sehe daher nicht, weshalb man zur entgegengesetzten Schlußfolgerung gelangen sollte, wenn die Gründung der Gesellschaft im Vereinigten Königreich — wie im vorliegenden Fall — von dem Wunsch getragen war, sich die Möglichkeit des Einsatzes eines Gesellschaftskapitals zu eröffnen, dessen Betrag den finanziellen Ressourcen der Gründer entsprach und geringer war als das nach dänischem Recht erforderliche. Eine solche Sachlage ist — ob einem das nun gefällt oder nicht — die logische Konsequenz der vom Vertrag garantierten Rechte. Im übrigen trägt sie zu dem Ziel bei, dessen Verwirklichung die Schaffung der Niederlassungsfreiheit in der Gemeinschaft dienen sollte: Förderung der Freizügigkeit der Personen (und

45 — Vgl. Schlußanträge von Generalanwalt Darmon vom 10. Juni 1986 in der Rechtssache Segers (zitiert in Fußnote 3, Slg. 1986, 2376, Nr. 1).

46 — Vgl. Fußnote 17 und den Text hierzu. Ähnlich scheint der Gerichtshof (zumindest implizit) anerkannt zu haben, daß die Eintragung von ursprünglich in Spanien eingetragenen und unter spanischer Flagge fahrenden Fischereifahrzeugen in das britische Fischereifahrzeugregister sowie der Erwerb britischer und unter britischer Flagge fahrender Fischereifahrzeuge durch Gesellschaften britischen Rechts als Eigentümer oder Betreiber der Schiffe, deren Geschäftsführer und Anteilseigner zumeist spanische Staatsangehörige waren, keinen „Mißbrauch des Niederlassungsrechts" darstellen, obwohl der massive Rückgriff auf diese Eintragungen in das Fischereifahrzeugregister des Vereinigten Königreichs systematisch mit dem sog. „Quotenspringen" zusammenhing, d. h. der „Ausplünderung der diesem Mitgliedstaat im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik zugeteilten Fangquoten", die im wesentlichen auf eine „Umgehung" der Festlegung nationaler Fangquoten hinauslief, mit denen die Fischereiressourcen erhalten und eine angemessene Lebenshaltung der von der Fischerei abhängigen Bevölkerung sichergestellt werden sollte (vgl. Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-221/89, Factortame, Slg. 1991, I-3905, in dem eine Regelung über die Eintragung von Fischereifahrzeugen in das Register eines Mitgliedstaats mit einschränkenden Vorschriften über Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsort und Domizil der Eigentümer, Charterer und Betreiber des Schiffes [sowie im Falle von Gesellschaften der Anteilseigner und der Geschäftsführer], wie sie 1988 vom Vereinigten Königreich zur Beendigung des „Quotenspringens" durch Fischereifahrzeuge, die zwar unter britischer Flagge fuhren, aber nicht wirklich britische Schiffe waren [Randnr. 4], erlassen worden war, als Verstoß gegen Artikel 52 des Vertrages angesehen wurde. Der Gerichtshof hat andererseits hinzugefügt, daß die Freiheit grenzüberschreitender Niederlassung davon abhängig gemacht werden könne, daß das einzutragende Schiff vom Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats aus operiere und sein Einsatz von dort aus geleitet und überwacht werde [diese Bedingung deckt sich nach Auffassung des Gerichtshofes im wesentlichen mit dem Niederlassungsbegriff der Artikel 52 ff. des Vertrages; a. a. O., Randnr. 34]; vgl. auch Urteil Brown, zitiert in Fußnote 41, S. 523 bis 525).

des Kapitals) und damit Verwirklichung des Binnenmarktes. „Nutzt der Angehörige eines Mitgliedstaats die Nachgiebigkeit des britischen Gesellschaftsrechts aus ... dann liegt dies durchaus auf dieser Linie [nämlich in der Logik der Gemeinschaftsrechtsordnung]" [47]. Solange eine Harmonisierung fehlt, muß letztlich der Wettbewerb zwischen den normativen Systemen („competition among rules") unbehindert zum Zug kommen, selbst im Recht der Handelsgesellschaften [48]. In unserer Rechtssache gehören die vorgenannten Freiheiten ganz wie im Fall Segers zum Wesensgehalt des streitigen Rechts: Aus diesem Grund kann nicht davon gesprochen werden, daß die Eheleute Bryde „widerrechtliche und mit dem Ziel der Artikel 52 ff. des Vertrages offensichtlich unvereinbare Vorteile" gezogen und sich mißbräuchlich der Anwendung der zwingenden Rechtsvorschriften des Aufnahmestaates der Zweigniederlassung entzogen hätten. Die von der dänischen Verwaltung zitierte Rechtsprechung widerspricht dieser meiner Schlußfolgerung keineswegs und bestätigt sie meines Erachtens letztlich geradezu [49]. Diesen Urteilen läßt sich nämlich entnehmen, daß eine Gesetzesumgehung nur geltend gemacht werden kann, wenn die angeblich umgangene Vorschrift unzweideutig für die streitige Rechtslage gilt. Betrifft die behauptete Umgehungshandlung eine nationale Rechtsvorschrift, ist zuvor sicherzustellen, daß sie so, wie man sie im gegebenen Fall zur Anwendung bringen möchte, vom Richter auch als dem Gemeinschaftsrecht entsprechend herangezogen werden kann. Gerade in diesem Punkt scheint mir das Vorbringen der Zentralverwaltung durch einen Zirkelschluß fehlgeleitet zu sein: Mit der Beteuerung unbedingter Anwendbarkeit der nationalen Vorschriften über das Mindesteinlagekapital einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zum Zeitpunkt ihrer Gründung schließen die dänischen Behörden aus, daß das entgegengesetzte Ergebnis sich — wie eben im vorliegenden Fall — aus der Ausübung der den Betroffenen vom Vertrag garantierten Wahlfreiheit bezüglich des Instruments (des Gesellschaftsrechts) ableitet, das sich unter all denen, die die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten anbieten, als das dem verfolgten Zweck am besten angepaßte erweist. Die streitige Maßnahme der Zentralverwaltung widerspricht dem Gemeinschaftsrecht gerade deswegen, weil sie auf die implizite, aber klar erkennbare Annahme zurückgeht, daß die Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit durch dänische Staatsangehörige, die im wesentlichen dem dänischen Markt gilt, unweigerlich über eine

47 — Vgl. Schlußanträge von Generalanwalt Darmon vom 10. Juni 1986 in der Rechtssache Segers (zitiert in Fußnote 45, Nr. 6).

48 — Ehlermann, C. D., „Compétition entre systèmes réglementaires", *Rev. Marché commun Union europ.*, 1995, S. 220, zufolge muß nur verhindert werden, daß der „freie Wettbewerb" zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Gesellschaftsrecht zu einer Art „Delaware-Effekt" verkommt — d. h. einem Verfahren der Anziehung neu zu gründender Gesellschaften in Rechtsordnungen, die ein schwächeres Schutzniveau für Anteilseigner-Investoren und Gläubiger aufweisen, so wie dies seinerzeit in den Vereinigten Staaten beim Gesellschaftsrecht von New Jersey und später von Delaware der Fall war; die Mitgliedstaaten könnten hier auf den Mechanismus der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts nach Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages zurückgreifen (S. 223). D. Charny vertritt demgegenüber die Auffassung, daß die Angleichung des Gesellschaftsrechts der Mitgliedstaaten unter dem Blickwinkel der amerikanischen „corporate theory" als „Prozeß auf der Suche nach einer Rechtfertigung" erscheinen könnte, da der Wettbewerb zwischen den nationalen Systemen mittelbar einen ähnlichen Angleichungseffekt bewirken könnte („Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the ‚Race to the Bottom' in the European Communities", *Harv. Int'l L. Journ.*, 1991, S. 423, insbes. S. 424 und 425).

49 — Gleichgültig, ob es sich nun handelt um nationale Vorschriften für den Zugang zum Beruf oder für dessen Ausübung durch den Betroffenen im Staatsgebiet (Organisation und Eignung, Standesordnung, Kontrollen oder Haftung) wie in der Rechtssache Van Binsbergen, oder um die Berufsvorbereitung selbst wie in der Rechtssache Knoors (zitiert in den Fußnoten 9 und 33, sowie die entsprechenden Stellen im Text), um nationale Vorschriften über Verhaltenspflichten im Rahmen der Regelung eines besonderen Handelszweiges wie die Festlegung von Einzelhandelspreisen von Büchern durch Verleger oder Importeure (Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83, Leclerc, Slg. 1985, 1, Randnr. 27) oder um Pflichten betreffend den pluralistischen und nicht gewerblichen Inhalt von in das Staatsgebiet ausgestrahlten Programmen (Urteil TV10, zitiert in Fußnote 32, Randnr. 21).

Hauptniederlassung im dänischen Hoheitsgebiet erfolgen müsse. Dies aber ist eine These, die sich beim gegenwärtigen Stand der europäischen Integration, für den die nahezu vollendete Schaffung eines Binnenmarktes durch Beseitigung der nationalen Hemmnisse für den freien Personen- und Kapitalverkehr (vgl. Artikel 3 Buchstabe c des Vertrages) kennzeichnend ist, nicht mehr vertreten läßt. Bei der Auslegung sind die notwendigen Konsequenzen aus der bereits vollzogenen Entwicklung der Gemeinschaftsrechtsordnung zu ziehen. Der Gerichtshof hat die Aufgabe, dem Geist des Vertrages zum Sieg zu verhelfen, indem er auch in bezug auf die Mobilität der Gesellschaften in kohärenter Weise die Doktrin des Urteils „Cassis de Dijon" über die gegenseitige Anerkennung zur Anwendung bringt [50]. Damit möchte ich keinesfalls, wie nochmals gesagt sei, die Auffassung vertreten, daß die im Gründungsstaat nicht tätige ausländische Gesellschaft bezüglich der Ausübung der Tätigkeiten der in einem anderen Mitgliedstaat eingerichteten Zweigniederlassung nicht den zwingenden Rechtsvorschriften dieses Staates unterläge, wie sie für inländische Gesellschaften der gleichen Art gelten. Die Zweitniederlassung kann nämlich durchaus zu einer angemessenen Annäherung der ausländischen Gesellschaft und der Rechtsordnung des Aufnahmestaates führen. Die mögliche Anwendung der zwingenden inländischen Vorschriften darf indessen auf keinen Fall dazu führen, daß die Gemeinschaftsgesellschaft *gehindert* wird, ihr Niederlassungsrecht auszuüben. Daraus folgt meines Erachtens für den uns vorliegenden Fall, daß der Standpunkt der Zentralverwaltung, die die Zweitniederlassung, insbesondere was das Mindestgesellschaftskapital angeht, wie eine dem inländischen Recht unterliegende Hauptniederlassung behandelt sehen möchte, nur dann als begründet angesehen werden kann, wenn geeignete Rechtfertigungsgründe vorliegen.

50 — Vgl. Mortimer, T., „The Removal of Barriers to Corporate Mobility: An Analysis of Cases pertinent to Articles 52 and 58", in: A. Caiger und D. A. Floudas (Herausgeber), *1996 Onwards: Lowering the Barriers Further*, Chichester, 1996, S. 135, insbes. S. 150 und 154. Nach dem Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe, „Cassis de Dijon", Slg. 1979, 649, Randnrn. 14 und 15) hat jeder Mitgliedstaat, soweit nicht ein im allgemeinen Interesse liegendes Ziel auf dem Spiel steht, das den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorginge, die Einfuhr von Waren in sein Staatsgebiet zu dulden, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt oder in den Verkehr gebracht wurden, auch wenn sie nach technischen oder qualitativen Vorgaben erzeugt wurden, die von den im Einfuhrstaat geltenden abweichen.

Untersuchung etwaiger Rechtfertigungsgründe für die streitige Maßnahme

21. Bei diesem Stand der Untersuchung bleibt noch ein letzter Aspekt der Vorabentscheidungsfrage zu klären: Kann die beschränkende Maßnahme in der vorliegenden Rechtssache aufgrund des Gemeinschaftsrechts gerechtfertigt werden, weil sie wirklich auf Gründen der öffentlichen Ordnung beruht und im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Ziele verhältnismäßig ist? Die Zentralverwaltung beruft sich auf die Notwendigkeit, betrügerischen Machenschaften entgegenzuwirken, genauer gesagt auf die Notwendigkeit, die künftigen Gläubiger von Centros in Zusammenhang mit dem Betrieb der dänischen Zweigniederlassung zu schützen. Wegen der „Unterkapitalisierung" der Gesellschaft, zumindest wenn man die dänischen Maßstäbe zugrunde lege, und der beschränkten Haftung der Anteilseigner setze die Eintragung der Zweigniederlassung in Dänemark die Wirtschaftsteilnehmer und die öffentlichen Gläubiger in Dänemark bei späteren Zahlungsschwierigkeiten von Centros der Gefahr finanzieller Verluste aus. Diese Gefahr läßt sich nicht leugnen, da wir es mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu tun haben, stellt aber wohl kaum eine „wirkliche und hin-

reichend schwere Bedrohung der öffentlichen Ordnung" dar, wie dies Artikel 56 des Vertrages voraussetzt, der als Ausnahmeregelung wohl eher für den Fall angebracht erscheint, daß Gesellschaftszweck oder Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft die öffentliche Ordnung bedrohen.

Zwar mag die Lauterkeit des Geschäftsverkehrs ein zwingendes Erfordernis von allgemeinem Interesse sein, das abstrakt nationale (nicht diskriminierende) Maßnahmen rechtfertigt, die das Niederlassungsrecht einschränken, dieser Aspekt hat aber meines Erachtens im vorliegenden Fall kein Gewicht. Zunächst ist zweifelhaft, ob, wenn man sich bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung allein auf das Kriterium der vermuteten Angemessenheit des vorgeschriebenen Mindestkapitals verläßt, dies bereits einem wirksamen Mittel des Schutzes oder (wie es in der vierten Begründungserwägung der Zweiten Richtlinie für die Aktiengesellschaft heißt) einer „Garantie" für die Gläubiger gleichkommt. Nicht zufällig verwenden die Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs dieses Kriterium nicht, wie die britischen Behörden betont haben [51]. Da das vorgeschriebene Mindestkapital rasch aufgebraucht sein kann, ist es in der Praxis für die Gläubiger der Gesellschaft besser, sich auf die verfügbaren neuesten Informationen zu stützen, die den Gesellschaftskonten entnommen werden können, oder die Stellung von Sicherheiten durch die Geschäftsführung zu verlangen. Aber selbst wenn man das Idolum theatri des Stammkapitals nicht umstürzen möchte [52], muß man es doch ablehnen, in einem Fall wie dem vorliegenden die streitige Maßnahme als unerläßlich für den Schutz der privaten Gläubiger bei den von ihrer hypothetischen dänischen Zweigniederlassung abgeschlossenen Geschäften zu betrachten. Dem genannten Bedürfnis wird man nämlich dank der Ergebnisse, zu denen das Gemeinschaftsverfahren der Anpassung der Gesellschaftsrechte der Mitgliedstaaten geführt hat, auch ohne solche Maßnahmen gerecht, wie sie im vorliegenden Fall in Rede stehen. Zu Recht hat die Regierung des Vereinigten Königreichs darauf hingewiesen, daß die Eheleute Bryde hier als das auftreten, was sie sind: *nicht* als dänische Gesellschaft, sondern als dänische Zweigniederlassung einer Gesellschaft englischen Rechts; die Haftungsbeschränkungen bei dieser Gesellschaft, die jedermann in Dänemark, der mit der Zweigniederlassung zu tun hat, in vollem Umfang in Erfahrung bringen kann, entsprechen denen, die sich aus der Festlegung eines Mindestkapitals in dieser Rechtsordnung ergeben. Der Schutz der Personen, die über eine Zweigniederlassung in Geschäftsbeziehungen zu einer ausländischen Gesellschaft der Gemeinschaft treten, wird im System des Vertrages mit Hilfe der koordinierten Maßnahmen der Publizität sichergestellt, wie sie der Staat vorschreibt, in dessen Gebiet die Zweigniederlassung errichtet

51 — Nach Meinung der Regierung des Vereinigten Königreichs kann die Festlegung eines Mindestkapitals für Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch dazu führen, den Unternehmergeist und die Innovation zu bremsen, und dürfte vor allem der Politik der Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen zuwiderlaufen.

52 — Vgl. statt vieler La Villa, G., *Introduzione al diritto europeo delle società*, Turin, 1996, S. 55 (dem zufolge die „seit langem kritisierte" Prämisse aller normativen Systeme zum Schutz der Erhaltung des Stammkapitals der Gesellschaft „nunmehr in fortgeschrittenen Wirtschaftsordnungen langsam überwunden werden dürfte, die eine Regelung, die auf den Begriffen Stammkapital und Stammanteil aufbaut, zugunsten von Kriterien aufgeben wollen, die stärker am Markt und am wirklichen Bestand der Aktiva und Passiva einer Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgerichtet sind"; Fußnoten weggelassen) und Portale, G. B., und Costa, C., „Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei", in: P. Abbadessa und A. Rojo (Herausgeber), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Mailand, 1993, S. 133, insbesondere S. 144 und 145 (demzufolge man „der Festlegung eines Mindestgesellschaftskapitals ganz andere Aufgaben [zuweist] [als der Festlegung eines Kapitals, das ‚im Vergleich zum Gesellschaftszweck nicht völlig unangemessen ist']: zum einen Wahl eines Instruments der Entscheidung für unterschiedliche Gesellschaftstypen, zum anderen Schaffung einer ‚Glaubwürdigkeitsschwelle' für bestimmte kollektive Wirtschaftsinitiativen"; Fußnoten weggelassen).

wurde [53]; damit haben Dritte die Gewißheit, ihre Interessen in angemessener Weise durch die Stellung besonderer Sicherheiten (normalerweise Bürgschaft der Gesellschafter) oder Vorzugsrechte zu wahren.

22. Ferner besteht ein zwingendes Schutzbedürfnis bei *außervertraglichen* öffentlichen Gläubigern wie dem zuständigen Träger der sozialen Sicherheit und der Steuerverwaltung. In diesem Fall kann sich der Gläubiger nicht frei entscheiden, ob er mit der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft Verträge schließt oder nicht, und kann ferner — wie im Vorlagebeschluß des Højesteret dargelegt — keine Sicherheiten oder Bürgschaften seitens der Geschäftsführer verlangen. Ich bin indessen der Meinung, daß die Verweigerung der Eintragung der Zweigniederlassung, da sie im wesentlichen mit dem Fehlen einer effektiven Hauptniederlassung begründet wird, für die geltend gemachten zwingenden Bedürfnisse des Schutzes öffentlicher Gläubiger unerheblich ist. Der behauptete Kausalzusammenhang zwischen diesen Erfordernissen und der streitigen Maßnahme scheint daher zu schwach und mittelbar zu sein, als daß ihm für die Zwecke des Gemeinschaftsrechts Erheblichkeit eingeräumt werden könnte. Ich schließe dies daraus, daß der Errichtung von Zweigniederlassungen von Centros in Dänemark — wie die dänischen Behörden in der Sitzung eingeräumt haben — kein Hindernis entgegenstehen würde, wenn die Gesellschaft im Vereinigten Königreich tatsächlich eine Geschäftstätigkeit entfalten würde; denn auch in diesem Fall würde ihr Mindestkapital immer nur 100 UKL betragen. Es bedürfte daher wohl der Erklärung, wie sich der Umstand, daß Centros in ihrem Herkunftsland tatsächlich eine Geschäftstätigkeit entfaltet, auf die Möglichkeiten wirklichen Schutzes für die Gläubigerrechte der dänischen Steuerverwaltung und des zuständigen dänischen Trägers der Sozialversicherung hätte auswirken können.

Von dieser Bemerkung abgesehen sollte aber auch das von den dänischen Behörden geltend gemachte Bedürfnis auf jeden Fall durch weniger einschränkende Maßnahmen als die im vorliegenden Fall getroffene befriedigt werden können, die auf eine schlichte Versagung des Rechts auf eine Zweitniederlassung hinausläuft. Dieser Punkt scheint mir hinreichend klar zu sein, um hier auf weitere Erläuterungen verzichten zu können. Eine Klarstellung allerdings ist erforderlich. Zu den denkbaren Möglichkeiten — sie müssen durch das vorgenannte zwingende Erfordernis gerechtfertigt sein und den Kriterien der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit

53 — Die Elfte Richtlinie (zitiert in Fußnote 4, und die Ausführungen hierzu im Text) sieht (in den Artikeln 1 bis 6) eine Verpflichtung der Zweigniederlassung vor, nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in denen sie belegen sind, die erforderlichen Angaben zum Schutz der Öffentlichkeit bekanntzumachen, nämlich i) Firma, Anschrift und Tätigkeit der Zweigniederlassung; ii) Firma der Gesellschaft, iii) Namen und Adressen der ständigen Vertreter der Gesellschaft für die Zweigniederlassung oder derjenigen, die befugt sind, die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, iv) Jahresabschlüsse und -bericht der Gesellschaft oder des Konzerns, zu dem sie gehört, nach Maßgabe der Vierten und Siebten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (gegebenenfalls übersetzt in die Sprache des Staates der Eintragung der Zweigniederlassung), v) die Aufhebung der Zweigniederlassung, vi) die Auflösung der Gesellschaft oder die Eröffnung eines Liquidationsverfahrens, vii) Einzelheiten des Registers, bei dem die Gesellschaft eingetragen ist, und die Nummer der Eintragung in dieses Register sowie viii) Bestehen anderer Zweigniederlassungen im gleichen Mitgliedstaat. Außerdem *kann* der Mitgliedstaat, in dem die Zweigniederlassung errichtet wurde, die Offenlegung weiterer Angaben über die Gesellschaft fordern, insbesondere i) Errichtungsakt und Satzung (gegebenenfalls übersetzt in die Sprache des Mitgliedstaates), ii) eine Bescheinigung des Registers über das Bestehen der Gesellschaft und iii) die Gültigkeit von Sicherheiten, die an dem in diesem Mitgliedstaat belegenen Vermögen der Gesellschaft bestellt wurden. Schließlich sind die Register, bei denen Gesellschaft und Zweigniederlassung eingetragen sind, und ihre jeweiligen Eintragungsnummern sowie die Form der Gesellschaft und der Gesellschaftssitz (gegebenenfalls das gezeichnete und eingezahlte Kapital) in Geschäftsbriefen und Bestellscheinen der Niederlassung anzugeben.

genügen — zählt für mich *nicht* die von der Kommission vorgeschlagene (vgl. Nr. 10 dieser Schlußanträge), die Eintragung der Zweigniederlassung in Dänemark davon abhängig zu machen, daß die ausländische Muttergesellschaft kein geringeres Grundkapital als das aufweist, das nach den einschlägigen nationalen Vorschriften für die Gründung entsprechender Gesellschaften in Dänemark vorgesehen ist. Diese Bedingung würde nämlich in gleicher Weise wie die hier fragliche Maßnahme im Kern darauf hinauslaufen, die Behandlung der Hauptniederlassung durch das nationale Recht mittelbar auf eine Handlung zu erstrecken, durch die das Recht auf Errichtung einer Zweitniederlassung ausgeübt wird. Eine solche Bedingung würde daher die Eheleute Bryde gerade daran hindern, „die Nachgiebigkeit des britischen Gesellschaftsrechts auszunutzen" und in irgendeinem Teil des Gemeinschaftsgebiets mit einem Mindestkapital frei tätig zu werden, das den für die Gründung der Gesellschaft maßgeblichen Rechtsvorschriften entspricht, auch wenn es niedriger ist als das in anderen Mitgliedstaaten (insbesondere in dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Zweitniederlassung errichtet werden soll) vorgeschriebene Mindestkapital. Das Ziel des Schutzes öffentlicher Gläubiger kann meines Erachtens auch die absolute Weigerung der Eintragung der Zweigniederlassung nicht dem Kreis der Maßnahmen entziehen, die mit den Bestimmungen über das Niederlassungsrecht unvereinbar sind. Ich komme daher — wohlgemerkt, ohne die Anwendbarkeit der für Gesellschaften dieser Art in Dänemark geltenden nationalen Rechtsvorschriften über die Ausübung der Geschäftstätigkeit auf die dänische Zweigniederlassung von Centros, wenn erst das Hindernis für ihre Eintragung beseitigt ist, in Zweifel zu ziehen — zu dem Ergebnis, daß die Vorabentscheidungsfrage des vorlegenden Gerichts mangels begründeter Rechtfertigungen für die streitige Maßnahme verneint werden muß.

Ergebnis

Demgemäß schlage ich vor, die vom Højesteret Anke- og Kæremålsudvalg vorgelegte Vorabentscheidungsfrage wie folgt zu beantworten:

Es ist mit den Artikel 52 ff. EG-Vertrag nicht vereinbar, wenn die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verweigern, die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegründet wurde und in dessen Hoheitsgebiet ihren Sitz hat, wenn dieser Weigerung folgende Umstände zugrunde liegen: i) die Gesellschaft selbst übt keine Geschäftstätigkeit aus; ii) es soll eine Zweigniederlassung errichtet werden, um die gesamte Geschäftstätigkeit der Gesellschaft im Staat der Errichtung der Zweigniederlassung zu entfalten; iii) diese Vorgehensweise ermöglicht es den Anteilseignern, sich dem Erfordernis eines höheren Mindestgründungskapitals zu entziehen, das gegolten hätte, wenn die Gesellschaft in dem Mitgliedstaat gegründet worden wäre, in dem die Zweigniederlassung errichtet werden soll.