

Verwaltungsgerichtshof

Zl. EU 2011/0001-1 (2010/17/0161)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pallitsch, die Hofräte Dr. Holeschofsky, Dr. Köhler sowie die Hofrätinnen Dr. Zehetner und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Gold, in der Beschwerdesache der V - V AG in W, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, gegen den Bescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) vom 28. Juni 2010, Zl. FMA-BV27 1003/0004-INV/2010, betreffend Zahlung nach § 43 Abs. 1 Z. 2 BMSVG, den:

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist eine Bestimmung, die einer Betrieblichen Vorsorgekasse die Veranlagung des in einer Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens nur in Anteilscheinen von Kapitalanlagefonds gestattet, die zum Vertrieb in Österreich zugelassen sind, mit der in Art. 63 ff AEUV umschriebenen Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar?

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

1. Sachverhalt:

Die VBV - Vorsorgekasse AG (in der Folge auch: beschwerdeführende Partei) ist eine konzessionierte Betriebliche Vorsorgekasse mit dem Sitz in Wien. Als solche ist sie auf der Grundlage einer nach § 4 Bankwesengesetz (BWG) erteilten Konzession berechtigt, Abfertigungsbeiträge und Selbständigenvorsorgebeiträge

(10. Jänner 2011)

hereinzunehmen und zu veranlagern. Sie unterliegt der Kontrolle durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA).

Vom 20. November 2009 bis zum 10. Dezember 2009 fand bei der beschwerdeführenden Partei eine Vor-Ort-Prüfung gemäß § 70 Abs. 1 Z. 3 BWG statt, die insbesondere die Überprüfung der Einhaltung der Veranlagungsbestimmungen gemäß § 30 des Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes (BMSVG) zum Gegenstand hatte.

Unstrittig wurde hierbei festgestellt, dass die beschwerdeführende Partei für die Veranlagungsgemeinschaft am 22. August 2008 Anteile an einem näher genannten Fonds mit Sitz im Großherzogtum Luxemburg erworben hat. Bei diesem Fonds handelt es sich um einen Fonds in der Rechtsform einer Investmentgesellschaft mit variablem Kapital. Dieser Fonds war zum Erwerbszeitpunkt nicht zum Vertrieb in Österreich berechtigt.

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 28. Juni 2010 wurde der beschwerdeführenden Partei gemäß § 43 Abs. 1 Z. 2 BMSVG der Betrag von € 349.329,04 für die Überschreitung der Grenze gemäß § 30 Abs. 2 Z. 5 lit. a BMSVG zur Zahlung (als Pönalezinsen) vorgeschrieben.

Die beschwerdeführende Partei macht vor dem Verwaltungsgerichtshof (unter anderem) geltend, die Bestimmung des § 30 Abs. 2 Z. 5 BMSVG verstoße gegen die gemeinschaftsrechtlich normierte Kapitalverkehrsfreiheit (vgl. Art. 63 AEUV). Mit der Anknüpfung der Zulässigkeit des Erwerbes von Anteilen an ausländischen Kapitalanlagefonds an das Vorliegen der inländischen Vertriebsberechtigung werde die beschwerdeführende Partei erheblich in ihren Möglichkeiten, Anteile an ausländischen Kapitalanlagefonds zu erwerben, beschränkt. Dadurch bewirke die Bestimmung des § 30 Abs. 2 Z. 5 BMSVG eine grenzüberschreitend wirksame Beschränkung des Kapitalverkehrs. Die von der genannten Bestimmung vorgenommene Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit sei überschießend und zur

Erreichung der von der belangten Behörde als Rechtfertigung für die Erwerbsbeschränkungen des § 30 Abs. 2 Z. 5 BMSVG herangezogenen Ziele (gesellschaftspolitische und volkswirtschaftliche Bedeutung eines funktionierenden Kreditwesens) nicht gerechtfertigt. Es wäre zur Wahrung der von der belangten Behörde angeführten öffentlichen Interessen und der Interessen der Anwartschafts- und Anspruchsberechtigten der Betrieblichen Vorsorgekasse völlig ausreichend, wenn der Gesetzgeber den Erwerb ausländischer Kapitalanlagefonds, zumindest wenn sie im EWR domiziliert und von einer Kapitalanlagegesellschaft mit Sitz im EWR verwaltet würden, an die Erfüllung bestimmter Veranlagungsgrenzen bzw. Vermögenszusammensetzungen und Investmentstrategien, die der Kapitalanlagefonds einhalten müsse, knüpfen würde, nicht aber an das formale Kriterium der Vertriebsberechtigung in Österreich. Es stehe fest, dass auch Fonds, die nicht nach den entsprechenden Bestimmungen in Österreich zum Vertrieb berechtigt seien, für die Wahrung der von der belangten Behörde angeführten öffentlichen Interessen durchaus geeignet seien, wenn sie einer entsprechenden Vermögens- und Veranlagungsstrategie entsprächen und nur deshalb nicht zum Vertrieb zugelassen seien, weil sich der entsprechende Fonds einem - kostenpflichtigen und zeitaufwendigen - Zulassungsverfahren für den relativ kleinen österreichischen Markt nicht unterziehen wolle.

Eine in die Kapitalverkehrsfreiheit eingreifende nationale Bestimmung sei nur dann gerechtfertigt, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Zweckes notwendig sei. Das heiße, sie müsse dazu geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten und dürfe nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich sei. Der Schutz der Veranlagungsgemeinschaft vor Vermögensverlusten infolge unsicherer Veranlagungen könne zweifelsohne durch eine weniger einschränkende Regelung als die des § 30 Abs. 2 Z. 5 BMSVG verwirklicht werden. Die Veranlagungsvorschriften sollten nur inhaltliche und qualitative Leitprinzipien für die Anlage von Vermögenswerten in ausländischen Kapitalanlagen festlegen, die von den Betrieblichen Vorsorgekassen erfüllt werden

müssten, anstatt auf das formale Erfordernis einer Vertriebszulassung der Anteile des ausländischen Kapitalanlagefonds für Österreich abzustellen.

Zusätzlich bringt die beschwerdeführende Partei noch vor, dass der Fonds, an dem sie Anteile erworben habe, materiell die Zulassungsvoraussetzungen in Österreich erfülle. Darüber hinaus könne sie als gewerblicher Anleger allfällige mit der Veranlagungspolitik des Fonds verbundene Risiken besser abschätzen, als dies etwa dem breiten Publikum möglich wäre.

Die belangte Behörde hält dem - wie auch teilweise schon im angefochtenen Bescheid - vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegen, § 30 Abs. 2 Z. 5 BMSVG verstoße nicht gegen die gemeinschaftsrechtlich normierte Kapitalverkehrsfreiheit. Falls überhaupt eine Beschränkung der genannten Freiheit vorliege, sei festzuhalten, dass in dem sachlich begründeten Erfordernis einer Zulassung zum öffentlichen Vertrieb in Österreich eine Rechtfertigung für einen etwaigen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit zu sehen sei. Hinzuweisen sei in diesem Zusammenhang darauf, dass die Sicherungsvorkehrungen für die Abfertigungsanwartschaften im öffentlichen Interesse lägen. Eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit sei auch dann zulässig, wenn dies die Sicherheit und die öffentliche Ordnung erfordern würden. Im Allgemeininteresse (Anm.: das hier offenbar mit der öffentlichen Ordnung gleichgesetzt wird) liege auch der Anlegerschutz im Zusammenhang mit dem Verbraucherschutz.

Das Notifikationsverfahren für ausländische Kapitalanlagefonds gemäß § 30 Abs. 2 Z. 5 BMSVG sei eine unerlässliche Schutzmaßnahme um die Veranlagung der Abfertigungsanwartschaften in zulässiger und rechtmäßiger Weise zu gewährleisten. Eine Gefährdung von nationalen Interessen sei vor allem im Hinblick auf die Tatsache zu sehen, dass die Veranlagung seitens der Vorsorgekassen die Abfertigungen der österreichischen Bevölkerung betreffe, die auf Grund arbeitsgesetzlicher Regelungen gezwungen sei, ihr Vermögen dort veranlagern zu lassen. Eine von der beschwerdeführenden Partei vorgebrachte Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit in überschießender Weise könne auf Grund der zwingenden

Notwendigkeit des Notifikationsverfahrens nicht erblickt werden. Vor allem sei diese aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt, zur Erreichung des verfolgten Zweckes notwendig und gewährleiste die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles. Grundsätzlich sei nämlich die Veranlagung in ausländischen Kapitalanlagefonds nicht verboten. Die Veranlagung unterliege nur der Auflage, dass für den in Betracht kommenden Fonds eine Vertriebszulassung vorliegen müsse. Diese Vertriebszulassung sei für alle Mitgliedstaaten standardisiert und auf lediglich objektive Zulassungsvoraussetzungen beschränkt. Die Formalprüfung setze unter anderem die Angabe eines inländischen Repräsentanten, eine inländische Zahlstelle sowie die Angabe einer Depotbank voraus. Festzuhalten sei, dass auch für inländische Fonds eine Vertriebszulassung vorliegen müsse, die ein strenges Verfahren im Hinblick auf die Prüfung der Gesetzeskonformität des jeweiligen Fonds voraussetze und diese erforderliche Zulassung durch Bescheid der belangten Behörde erfolge. Das Notifikationserfordernis im Sinne des § 30 Abs. 2 Z. 5 BMSVG verfolge nach der Intention des Gesetzgebers mehrere Zielrichtungen: So sei die Einhaltung des Verbraucherschutzes, ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis auf Grund Veranlagung von Abfertigungsanwartschaften, die Regelung von Haftungsfragen im Hinblick auf die Durchsetzung allfälliger Ansprüche gegen ausländische Fondsanbieter sowie der Anlegerschutz als zwingendes Ziel und erforderliche Zwecksetzung der Bestimmung anzusehen.

Durch das Notifikationserfordernis sei für den inländischen Anleger sichergestellt, dass erforderliche Unterlagen im Hinblick auf eine mögliche Veranlagung (wie etwa Prospekt, Halbjahres- und geprüfte Rechenschaftsberichte in deutscher Sprache) im Inland veröffentlicht würden und damit für alle Anleger verfügbar seien. Damit werde eine mögliche Rechtsunsicherheit über das Vorliegen und die Verfügbarkeit sowie die Verständlichkeit von allfälligen Unterlagen, die ansonsten im Hinblick auf Veranlagungen in ausländischen Kapitalanlagefonds gegeben sein könnten, unterbunden. Das Notifikationserfordernis stärke daher nicht

nur die Rechtssicherheit der Anleger, sondern schütze potentielle Anleger, falls die belangte Behörde eine Verletzung der entsprechenden Pflichten feststelle.

Im Rahmen des Notifikationsverfahrens seien weiters Angaben über einen Repräsentanten im Inland vorzulegen. Dieser Repräsentant diene dazu, die ausländische Kapitalanlagegesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Dadurch werde sichergestellt, dass die Durchsetzung allfälliger Ansprüche durch einen inländischen Gerichtsstand (das zuständige Gericht bestimme sich nach dem für den Repräsentanten örtlich zuständigen Gericht) gewährleistet werde. Auch sei der inländische Repräsentant zugleich Prospektkontrolleur, der den Prospekt sowie dessen allfällige Änderungen auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu kontrollieren habe.

Die Notwendigkeit einer Formalprüfung ergebe sich damit im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes, des Verbraucher- bzw. Anlegerschutzes sowie die Verfolgung zwingender öffentlicher Interessen.

Weiters verweist die belangte Behörde vor dem Verwaltungsgerichtshof darauf, dass es sich bei den Betrieblichen Vorsorgekassen um Sonderkreditinstitute handle, die auf Grund gesetzlichen Auftrags die Abfertigungsanwartschaften der österreichischen Bevölkerung veranlagten und daher eine Kontrolle bzw. auch Einschränkung der Veranlagungen durch die Aufsichtsbehörde unabdingbar sei. Der Vergleich mit Kapitalanlagegesellschaften, die das Vermögen von Privatpersonen veranlagten, wobei die Privatpersonen sich die Kapitalanlagegesellschaft auswählen könnten, sei mit dem hier vorliegenden Sachverhalt nicht zulässig.

2. Die österreichische Rechtslage:

Das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002 in der hier maßgeblichen Fassung durch die Novelle BGBl. I Nr. 102/2007, ordnet in seinem § 1 Abs. 1 an, dass die Bestimmungen des 1., 2. und 3. Teiles für Arbeitsverhältnisse gelten, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen. Nach § 6 Abs. 1 erster Satz leg. cit. hat der Arbeitgeber für den

Arbeitnehmer ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses einen laufenden Beitrag in Höhe von 1,53 v.H. des monatlichen Entgelts sowie allfälliger Sonderzahlungen an den für den Arbeitnehmer zuständigen Träger der Krankenversicherung nach Maßgabe näher genannter Bestimmungen zur Weiterleitung an die Betriebliche Vorsorgekasse (in der Folge auch: BV-Kasse) zu überweisen, sofern das Arbeitsverhältnis länger als einen Monat dauert. Der Arbeitgeber hat nach § 11 Abs. 1 leg. cit. einen Beitrittsvertrag mit der BV-Kasse abzuschließen. Dieser Beitrittsvertrag hat nach § 11 Abs. 2 leg. cit. insbesondere zu enthalten:

1. die ausgewählte BV-Kasse;
2. Grundsätze der Veranlagungspolitik;
3. die näheren Voraussetzungen für die Kündigung des Beitrittsvertrages;
4. die Höhe der Verwaltungskosten gemäß § 29 Abs. 2 Z. 5 leg. cit.;
5. die Meldepflichten des Arbeitgebers gegenüber der BV-Kasse;
6. eine allfällige Zinsgarantie gemäß § 24 Abs. 2 leg. cit.;
7. alle Dienstgeberkontonummern des beitretenden Arbeitgebers;
8. Art und Berechnungsweise der Barauslagen, die die BV-Kasse gemäß § 26 Abs. 3 Z. 1 leg. cit. verrechnen darf.

Nach § 14 Abs. 1 BMSVG hat der Anwartschaftsberechtigte bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen die BV-Kasse Anspruch auf eine Abfertigung. Die Höhe der Abfertigung ergibt sich gemäß § 15 leg. cit. im Wesentlichen aus der Abfertigungsanwartschaft zum Ende jenes Monats, zu dem ein Anspruch gemäß § 16 leg. cit. fällig geworden ist. Nach § 17 Abs. 1 BMSVG kann nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Anwartschaftsberechtigte, mit Ausnahme näher genannter Fälle, unter anderem 1. die Auszahlung der gesamten Abfertigung als Kapitalbetrag; 2. die Weiterveranlagung der gesamten Abfertigung bis zum Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 3 weiterhin in der BV-Kasse; und 3. die Übertragung der gesamten Abfertigung an die BV-Kasse des neuen Arbeitgebers

oder in eine für die Selbständigenvorsorge ausgewählte BV-Kasse verlangen. Des Weiteren kann der Anwartschaftsberechtigte in einer näher umschriebenen Weise die Abfertigung zur Begründung oder Erweiterung von Pensionsansprüchen verwenden.

Das Betriebliche Vorsorgenkassenrecht ist im zweiten Teil des BMSVG näher geregelt. § 18 Abs. 1 und 2 BMSVG lauten wie folgt:

"(1) Wer berechtigt ist, Abfertigungsbeiträge und Selbständigenvorsorgebeiträge hereinzunehmen und zu veranlagen (§ 1 Abs. 1 Z. 21 Bankwesengesetz - BWG, BGBl. Nr. 532/1993; Betriebliches Vorsorgekassengeschäft) ist eine Betriebliche Vorsorgekasse (BV-Kasse) und unterliegt den Vorschriften dieses Bundesgesetzes.

(2) Die der BV-Kasse überwiesenen Abfertigungsbeiträge stehen im Eigentum der BV-Kasse, die diese treuhändig für die Anwartschaftsberechtigten hält und verwaltet (offene Verwaltungstreuhand)."

Nach § 19 Abs. 1 BMSVG darf das Betriebliche Vorsorgekassengeschäft nur von Aktiengesellschaften oder von Gesellschaften mit beschränkter Haftung betrieben werden. Nach Abs. 2 leg. cit. dürfen BV-Kassen nur die in § 1 Abs. 1 Z. 21 BWG angeführten Geschäftstätigkeiten ausüben und gemäß Abs. 3 leg. cit. keine Beteiligungen an anderen Unternehmen halten, sofern diese Unternehmen nicht operative oder sonstige mit dem Betrieblichen Vorsorgekassengeschäft verbundene Aufgaben wahrnehmen.

Nach § 20 Abs. 1 BMSVG muss die BV-Kasse jederzeit über anrechenbare Eigenmittel gemäß § 23 BWG in Höhe von 0,25 v.H. der Gesamtsumme der Abfertigungsanwartschaften verfügen.

Nach § 25 Abs. 1 BMSVG hat die BV-Kasse für jeden Anwartschaftsberechtigten ein Konto zu führen. Dieses Konto muss alle wesentlichen Daten enthalten und dient der Berechnung des Abfertigungsanspruches.

Nach § 28 Abs. 1 BMSVG hat die BV-Kasse für die Veranlagung der Abfertigungsbeiträge eine Veranlagungsgemeinschaft einzurichten. Nach § 28 Abs. 2 leg. cit. kann die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) frühestens drei Jahre

nach In-Kraft-Treten des BMSVG und nach Anhörung der Österreichischen Nationalbank eine Verordnung erlassen, mit der

1. die Bildung mehrerer Veranlagungsgemeinschaften durch jede BV-Kasse ermöglicht wird, wobei die zulässige Anzahl innerhalb einer Bandbreite von zwei bis vier Veranlagungsgemeinschaften festzusetzen ist, und

2. Vorschriften hinsichtlich

a) der Mindestgröße der Veranlagungsgemeinschaften,

b) der Auswahl einer Veranlagungsgemeinschaft sowie

c) des Wechsels zwischen den Veranlagungsgemeinschaften innerhalb einer BV-Kasse erlassen werden.

Verordnungen der FMA nach diesem Absatz bedürfen der Zustimmung des Bundesministers für Finanzen. Nach § 28 Abs. 3 leg. cit. sind für jede Veranlagungsgemeinschaft Veranlagungsbestimmungen (§ 29 BMSVG) zu erstellen.

Gemäß § 29 Abs. 1 BMSVG hat die BV-Kasse Veranlagungsbestimmungen aufzustellen, die das Rechtsverhältnis der Anwartschaftsberechtigten zur BV-Kasse sowie zur Depotbank regeln. Nach Zustimmung des Aufsichtsrates der BV-Kasse sind sie der Depotbank zur Zustimmung vorzulegen. Die Veranlagungsbestimmungen bedürfen der Bewilligung der FMA. Diese Bewilligung ist zu erteilen, wenn die Veranlagungsbestimmungen den berechtigten Interessen der Anwartschaftsberechtigten nicht widersprechen.

Nach § 29 Abs. 2 leg. cit. haben die Veranlagungsbestimmungen außer den sonst in diesem Bundesgesetz vorgeschriebenen Angaben Bestimmungen darüber zu enthalten

1. nach welchen Grundsätzen die Wertpapiere ausgewählt werden, die für das der Veranlagungsgemeinschaft zugeordnete Vermögen erworben werden;

2. welcher Anteil des der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens höchstens in Bankguthaben gehalten werden darf;

3. ob und bejahendenfalls in welcher Höhe ein Mindestanteil des der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens in Bankguthaben zu halten ist;

4. welche Vergütung die Depotbank bei Abwicklung des der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens erhält; und

5. die Höhe der Verwaltungskosten.

Nähere Veranlagungsvorschriften enthält § 30 BMSVG (Hervorhebung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"(1) Die BV-Kasse hat die MV-Kassengeschäfte im Interesse der Anwartschaftsberechtigten zu führen und hiebei insbesondere auf die Sicherheit, Rentabilität und auf den Bedarf an flüssigen Mitteln sowie auf eine angemessene Mischung und Streuung der Vermögenswerte Bedacht zu nehmen.

(2) Die Veranlagung des einer Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens darf nur in folgenden Vermögensgegenständen erfolgen:

1. Guthaben bei Kreditinstituten und Kassenbestände;

2. Darlehen und Kredite, die bei Anwendung der Bestimmungen des § 27 Abs. 3 Z. 1 BWG einer Nullgewichtung unterliegen würden;

3. Forderungswertpapiere, für die kein Tilgungsbetrag geschuldet wird, der um mehr als 2 vH niedriger ist, als der Ausgabekurs;

4. Sonstige Forderungswertpapiere sowie Beteiligungswertpapiere;

5. Anteilscheine von Kapitalanlagefonds gemäß dem I. und Ia. Abschnitt des InvFG 1993 sowie Anteilsscheine von Kapitalanlagefonds, die gemäß

a) dem II. Abschnitt des InvFG 1993 oder b) dem III. Abschnitt des InvFG 1993

zum Vertrieb berechtigt sind;

6. Immobilienfonds ...

(3) Die Veranlagungen des Abs. 2 dürfen nur unter den folgenden Voraussetzungen und Beschränkungen erfolgen:

1. ...

4. Veranlagungen gemäß Abs. 2 Z. 5

a) müssen von einer Kapitalanlagegesellschaft begeben werden, die ihren Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat oder OECD-Mitgliedstaat hat,

b) sind entsprechend der tatsächlichen Gestionierung auf die Veranlagungen gemäß Abs. 2 Z. 1 bis 4 und 6 aufzuteilen,

c) dürfen derivative Produkte gemäß § 21 InvFG 1993, die nicht zur Absicherung von Kursrisiken erworben wurden, bis zu 5 v.H. des der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens enthalten;

...

e) dürfen Veranlagungen gemäß § 20a Abs. 1 Z 3 InvFG 1993 bis zu 5 v.H. des der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens enthalten;

5. ...

7. Veranlagungen gemäß Abs. 2 Z 5 lit. a sind mit höchstens 10 v.H. des der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens begrenzt;

8. ...

(4) Mit Ausnahme von Veranlagungen in Vermögenswerten des Bundes und der Länder, Guthaben bei Kreditinstituten mit Sitz in EWR-Mitgliedstaaten sowie in Schuldverschreibungen, die von einem Kreditinstitut mit Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat ausgegeben wurden, das in Bezug auf diese Schuldverschreibungen einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegt, ist die Rückveranlagung bei Arbeitgebern, die Beiträge zur Veranlagungsgemeinschaft leisten, nur bei Veranlagungen gemäß Abs. 2 Z 5 zulässig.

(5) ...

(6) Die Höchstsätze des Abs. 3 Z 1 dürfen während des ersten Jahres ab Bildung einer Veranlagungsgemeinschaft und nach Beginn der Abwicklung des der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens vorübergehend überschritten werden."

Nach § 32 Abs. 1 BMSVG hat die BV-Kasse mit der Verwahrung der zur Veranlagungsgemeinschaft gehörigen Wertpapiere und mit der Führung der zur Veranlagungsgemeinschaft gehörigen Konten eine Depotbank zu beauftragen. Als Depotbank kann nur ein Kreditinstitut, das zum Betrieb des Depotgeschäftes im Sinne des § 1 Abs. 1 Z. 5 BWG berechtigt ist oder eine gemäß § 9 Abs. 4 BWG errichtete inländische Zweigstelle eines EWR-Kreditinstitutes bestellt werden. Die Bestellung und der Wechsel der Depotbank bedarf der Bewilligung der FMA. Sie darf nur erteilt werden, wenn anzunehmen ist, dass das Kreditinstitut die Erfüllung der Aufgaben einer Depotbank gewährleistet. Die Bestellung und der Wechsel der Depotbank ist zu veröffentlichen, die Veröffentlichung hat den Bewilligungsbescheid anzuführen.

Nach § 33 Abs. 1 erster Satz BMSVG hat die Zuweisung der Veranlagungsergebnisse auf die Konten der Anwartschaftsberechtigten jährlich zum letzten Bilanzstichtag zu erfolgen.

Aufsichtsrechtliche Vorschriften enthält der 5. Abschnitt des BMSVG. Nach § 39 Abs. 1 leg. cit. haben die BV-Kassen ergänzend zu den in § 74 BWG vorgesehenen Meldungen binnen vier Wochen nach Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres der FMA und der Österreichischen Nationalbank Quartalsausweise, mit denen die Einhaltung unter anderem des § 30 BMSVG nachgewiesen wird, entsprechend der in der Verordnung gemäß Abs. 3 vorgesehenen Gliederung zu übermitteln.

Die FMA hat die Gliederung der Quartalsausweise durch Verordnung festzusetzen; bei Erlassung dieser Verordnung hat sie auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen MV-Kassenwesen Bedacht zu nehmen (§ 39 Abs. 3 erster Satz BMSVG).

Die belangte Behörde hat sich bei Erlassung des vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheides auch auf § 43 BMSVG gestützt. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

"(1) Die FMA hat den BV-Kassen, ausgenommen bei Aufsichtsmaßnahmen nach § 70 Abs. 2 BWG oder bei Überschuldung der BV-Kasse, für folgende Beträge Zinsen vorzuschreiben:

1. 2 vH der Unterschreitung der erforderlichen Eigenmittel gemäß § 20, gerechnet pro Jahr, für 30 Tage;

2. 5 vH der Überschreitung einer Veranlagungsgrenze gemäß § 30, gerechnet pro Jahr, für 30 Tage.

(2) Die nach Abs. 1 zu zahlenden Zinsen sind an den Bund abzuführen und dürfen nicht dem der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögen angelastet werden.

(3) Die BV-Kassen haben der FMA

1. Unterschreitungen der erforderlichen Eigenmittel gemäß § 20 sowie

2. Überschreitungen einer Veranlagungsgrenze gemäß § 30

unverzüglich bekannt zu geben."

Das BMSVG ist gemäß seinem § 46 Abs. 1 erster Satz mit 1. Juli 2002 in Kraft getreten und auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden, deren vertraglich vereinbarter Beginn nach dem 31. Dezember 2002 liegt. Für zum 31. Dezember 2002 bestehende Arbeitsverhältnisse kann ab dem 1. Jänner 2003 in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ab einem zu vereinbarenden Stichtag für die weitere Dauer des Arbeitsverhältnisses die Geltung dieses Bundesgesetzes anstelle der Abfertigungsregeln (unter anderem) nach dem Angestelltengesetz festgelegt werden (§ 47 Abs. 1 BMSVG).

Der in § 30 Abs. 2 Z. 5 lit. a BMSVG angesprochene II. Abschnitt des InvFG 1993 (des Bundesgesetzes über Kapitalanlagefonds [Investmentfondsgesetz - InvFG 1993], BGBl. Nr. 532/1993, in der Fassung durch die Novelle BGBl. I Nr. 69/2008) lautet wie folgt:

"II. Abschnitt

Vorschriften über den Vertrieb von Anteilen ausländischer Kapitalanlagefonds Geltungsbereich

§ 24. (1) Für ein öffentliches Angebot im Inland von Anteilen an einem ausländischem Recht unterstehenden Vermögen, das nach dem Grundsatz der Risikostreuung (ausländische Kapitalanlagefondsanteile) angelegt ist, gelten die Vorschriften dieses Abschnitts, des IV., V. und VI. Abschnitts sowie die §§ 18, 38 und 39.

(2) Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten nicht für ausländische Kapitalanlagefondsanteile, die an einer inländischen Börse zum amtlichen Handel oder zum geregelten Freiverkehr zugelassen sind, sofern, mit Ausnahme der von der Börse vorgeschriebenen Bekanntmachungen, kein öffentliches Angebot im Sinne des Abs. 1 stattfindet.

Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines öffentlichen Angebots

§ 25. Das öffentliche Anbieten von ausländischen Kapitalanlagefondsanteilen ist zulässig, wenn

1. die ausländische Kapitalanlagegesellschaft der FMA ein Kreditinstitut, das die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 erfüllt, als Repräsentanten benennt,
2. das Fondsvermögen von einer Depotbank oder von einer Institution, die zum Depotgeschäft berechtigt ist, verwahrt wird, oder, soweit es sich um Grundstücke handelt, deren Bestand von einer Depotbank oder von einer

- Institution, die zum Depotgeschäft berechtigt ist, überwacht wird, welche die Anteilhaber in einer den Vorschriften des § 23 vergleichbaren Weise sichern,
3. ein oder mehrere Kreditinstitute, die die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 zweiter Satz erfüllen, als Zahlstellen benannt werden, über welche von den Anteilhabern geleistete oder für sie bestimmte Zahlungen geleitet werden können; werden Zahlungen und Überweisungen über eine Zahlstelle geleitet, so ist sicherzustellen, daß die Beträge unverzüglich an die Depotbank oder an die Anteilhaber weitergeleitet werden und
 4. die Fondsbestimmungen oder die Satzung der Kapitalanlagegesellschaft vorsehen, daß
 - a) dem Käufer unverzüglich nach Zahlung des Kaufpreises Anteile in entsprechender Höhe übertragen werden,
 - b) die Anteilhaber die Auszahlung des auf den Anteil entfallenden Vermögensteils verlangen können, sofern die entsprechenden Anteile nicht an der Wertpapierbörse eines OECD-Mitgliedstaates oder an einem anderen anerkannten, geregelten, für das Publikum offenen und ordnungsgemäß funktionierenden Wertpapiermarkt eines solchen Staates gehandelt werden,
 - c) bei der für einen mehrjährigen Zeitraum vereinbarten Abnahme von Anteilen höchstens ein Drittel von jeder der für das erste Jahr vereinbarten Zahlungen für die Deckung von Kosten verwendet wird und die restlichen Kosten auf alle späteren Zahlungen gleichmäßig verteilt werden,
 - d) die zum Fondsvermögen gehörenden Wertpapiere und Forderungen nicht verpfändet oder sonst belastet werden dürfen, es sei denn, es handelt sich um Kreditaufnahmen gemäß lit. e,
 - e) Kredite zu Lasten des Fondsvermögens nur kurzfristig in Höhe von 10 vH des Fondsvermögens, zu Lasten von Grundstücksvermögen nur im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung bis zu insgesamt 50 vH des Verkehrswertes der im Vermögen befindlichen Grundstücke aufgenommen werden dürfen und die Kreditaufnahmen der Zustimmung der Depotbank zu den Darlehensbedingungen bedürfen und
 - f) keine Geschäfte zu Lasten des Fondsvermögens vorgenommen werden, die den Verkauf nicht zum Fondsvermögen gehörender Wertpapiere zum Gegenstand haben.

Publizitätsbestimmungen

§ 26. (1) Dem Erwerber eines ausländischen Kapitalanlagefondsanteils sind die Fondsbestimmungen und/oder die Satzung der Kapitalanlagegesellschaft, ein Prospekt der ausländischen Kapitalanlagegesellschaft und eine Durchschrift des Antrags auf Vertragsabschluß vor Vertragsabschluß kostenlos auszuhändigen. Der

Antragsvordruck muß einen Hinweis auf die Höhe des Ausgabeaufschlags und auf die jährlich an die Kapitalanlagegesellschaft zu zahlende Vergütung enthalten.

(2) Der Prospekt muß alle Angaben enthalten, die im Zeitpunkt der Antragstellung für die Beurteilung der ausländischen Kapitalanlagefondsanteile von wesentlicher Bedeutung sind. Ein Prospekt, der nicht wenigstens die in Anlage A geforderten Angaben enthält, ist unvollständig, es sei denn, der Prospekt begründet schlüssig das Fehlen einzelner Angaben. Der Prospekt hat weiters insbesondere Angaben zu enthalten

1. über Name oder Firma, Rechtsform, Sitz und Eigenkapital (Grund- oder Stammkapital abzüglich der ausstehenden Einlagen zuzüglich der Rücklagen) der ausländischen Kapitalanlagegesellschaft, des Unternehmens, das über die Anlage des eingelegten Geldes bestimmt (Verwaltungsgesellschaft), des Unternehmens, das den Vertrieb der Kapitalanlagefondsanteile übernommen hat (Vertriebsgesellschaft), und der Depotbank;
2. über Firma, Sitz und Anschrift des Repräsentanten und der Zahlstellen;
3. darüber, welche Gegenstände für das Vermögen erworben werden dürfen, nach welchen Grundsätzen sie ausgewählt werden, ob nur zum Börsenhandel und gegebenenfalls an welchen Börsen zugelassene Wertpapiere erworben werden, wie die Erträge des Vermögens verwendet werden und ob und gegebenenfalls innerhalb welcher Grenzen ein Teil des Vermögens in Bankguthaben gehalten wird;
4. über die Voraussetzungen und Bedingungen, zu denen die Anteilhaber die Auszahlung des auf den Anteil entfallenden Vermögensteils verlangen können sowie über die hierfür zuständigen Stellen.

Für Angaben gemäß Z 1 bis 4 gilt Abs. 2 zweiter Satz sinngemäß. Außerdem ist in den Prospekt ein Rechenschaftsbericht, dessen Stichtag nicht länger als sechzehn Monate zurückliegen darf, und, wenn der Stichtag des Rechenschaftsberichts länger als neun Monate zurückliegt, auch ein Halbjahresbericht aufzunehmen oder dem Prospekt als Anlage beizufügen. Der Prospekt muß ferner einen Hinweis darüber enthalten, daß die ausländische Kapitalanlagegesellschaft keiner staatlichen Aufsicht durch eine österreichische Behörde untersteht. Die FMA kann verlangen, daß in den Prospekt weitere Angaben aufgenommen werden, wenn dies im Interesse der inländischen Anleger erforderlich ist. Der Prospekt und dessen Änderungen sind vom Repräsentanten als Prospektkontrollor auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu kontrollieren. Für die Erstellung, die Änderung, die Kontrolle und für die Verantwortung für den Inhalt des Prospektes gelten sowohl für den Emittenten als auch für den Prospektkontrollor die Vorschriften des KMG sinngemäß. Für die Veröffentlichungen des Prospekts und dessen Änderungen gilt § 10 Abs. 3 und Abs. 8 KMG.

Rechenschaftsbericht, Vermögensaufstellung, Ausgabe- und Rücknahmepreis

§ 27. (1) Die ausländische Kapitalanlagegesellschaft hat zu veröffentlichen (§ 18)

1. für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres einen Rechenschaftsbericht, der eine nach der Art der Aufwendungen und Erträge aufgegliederte Aufwands- und Ertragsrechnung, eine Aufstellung der zu dem Vermögen gehörenden Wertpapiere und Bezugsrechte unter Angabe von Art, Nennbetrag oder Zahl und Kurswert, eine Aufstellung der zu dem Vermögen gehörenden Grundstücke unter Angabe von Grundstücksgröße, Art und Lage, Bau- und Erwerbsjahr, Gebäudenutzfläche, Verkehrswert und sonstiger wesentlicher Merkmale, den Stand der zum Vermögen gehörenden Konten sowie den Unterschied zwischen der Anzahl der im Berichtszeitraum ausgegebenen und zurückgenommenen Anteile zu enthalten hat; bei der Angabe der zum Vermögen gehörenden Wertpapiere und des Standes der zum Vermögen gehörenden Konten sind auch jeweils die Veränderungen gegenüber dem letzten Bericht anzugeben,
2. für die Mitte eines jeden Geschäftsjahres, sofern sie nicht für diesen Stichtag einen weiteren Rechenschaftsbericht gemäß Z 1 veröffentlicht, eine Aufstellung der zum Vermögen gehörenden Wertpapiere, Bezugsrechte und Grundstücke mit den für die Aufstellung nach Z 1 vorgeschriebenen Angaben, den Stand der zum Vermögen gehörenden Konten sowie den Unterschied zwischen der Anzahl der im Berichtszeitraum ausgegebenen und zurückgenommenen Anteile; der letzte Halbsatz von Z 1 findet Anwendung,
3. die Ausgabe- und Rücknahmepreise täglich in einer im Prospekt anzugebenden hinreichend verbreiteten Wirtschafts- oder Tageszeitung mit Erscheinungsort im Inland; dabei ist der für den niedrigsten Anlagebetrag berechnete Ausgabe- und Rücknahmepreis zu nennen.

(2) Ausgabe- und Rücknahmepreis dürfen in Veröffentlichungen und Werbeschriften nur gemeinsam genannt werden; der letzte Halbsatz des Abs. 1 Z 3 findet Anwendung.

Maßgeblicher deutscher Wortlaut

§ 28. Die Veröffentlichungen, Werbeschriften und die maßgeblichen Unterlagen sind in deutscher Sprache abzufassen oder mit einer deutschen Übersetzung zu versehen; der deutsche Wortlaut ist maßgeblich.

Repräsentant

§ 29. (1) Der Repräsentant vertritt die ausländische Kapitalanlagegesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Er gilt als zum Empfang der für die Kapitalanlagegesellschaft, die Verwaltungsgesellschaft, die Vertriebsgesellschaft und den öffentlichen Anbieter bestimmten Schriftstücke ermächtigt. Diese Befugnisse können nicht beschränkt werden.

(2) Für Klagen gegen eine ausländische Kapitalanlagegesellschaft, eine Verwaltungsgesellschaft oder eine Vertriebsgesellschaft, die auf den Vertrieb von ausländischen Kapitalanlagefondsanteilen im Inland Bezug haben, und für Klagen gegen den öffentlichen Anbieter ist das für den Repräsentanten örtlich zuständige Gericht zuständig. Dieser Gerichtsstand kann durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden.

(3) Die Firma des Repräsentanten und die Beendigung seiner Stellung sind von der ausländischen Kapitalanlagegesellschaft im Amtsblatt zur Wiener Zeitung zu veröffentlichen.

Anzeigepflicht

§ 30. (1) Die ausländische Kapitalanlagegesellschaft hat die Absicht, ausländische Kapitalanlagefondsanteile im Inland öffentlich anzubieten, der FMA anzuzeigen.

(2) Der Anzeige sind beizufügen:

1. Alle wesentlichen Angaben über die ausländische Kapitalanlagegesellschaft, ihre Organe und ihre in- und ausländischen Repräsentanten sowie über die Verwaltungsgesellschaft, die Vertriebsgesellschaften, die Depotbank und die Zahlstellen,
2. die Vertragsbedingungen oder die Satzung der Kapitalanlagegesellschaft sowie der vom Repräsentanten als Prospektkontrollor unterfertigte Prospekt,
3. die zur Verwendung im Geltungsbereich dieses Gesetzes vorgesehenen Werbeschriften,
4. Rechenschaftsberichte, die den Anforderungen des § 27 entsprechen, für die letzten drei Geschäftsjahre oder, wenn die Kapitalanlagegesellschaft und/oder der Kapitalanlagefonds noch nicht so lange bestehen, für die bisherigen Geschäftsjahre, und eine Übersicht der Gegenstände des Vermögens, an dem die Anteile bestehen, die nicht älter als zwei Monate sein darf und die in § 27 genannten Angaben zu enthalten hat; diese Unterlagen müssen mit dem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk eines Wirtschaftsprüfers versehen sein,
5. die festgestellten Jahresbilanzen der letzten drei Geschäftsjahre oder, wenn die Kapitalanlagegesellschaft noch nicht so lange besteht, der bisherigen Geschäftsjahre, nebst Gewinn- und Verlustrechnung (Jahresabschluß), die mit dem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk eines Wirtschaftsprüfers versehen sein müssen, und
6. die Erklärung der ausländischen Kapitalanlagegesellschaft, daß sie sich verpflichtet,

- a) der FMA den Jahresabschluß und den Rechenschaftsbericht spätestens vier Monate nach Ende jeden Geschäftsjahres sowie den Halbjahresbericht spätestens zwei Monate nach Ende jeden Geschäftshalbjahres einzureichen; der Jahresabschluß und der Rechenschaftsbericht müssen mit dem Bestätigungsvermerk eines Wirtschaftsprüfers versehen sein,
 - b) die FMA über alle wesentlichen Änderungen von Umständen, die bei der Anzeige der Absicht des Vertriebes angegeben worden sind, über wesentliche Änderungen der vorgelegten und über neue Werbeschriften zu unterrichten, und
 - c) der FMA auf Verlangen zu einem von dieser bestimmten Stichtag eine Aufstellung mit Wertangaben des in Verwahrung der Depotbank befindlichen Vermögens einzureichen, die mit dem Bestätigungsvermerk eines Prüfers versehen ist, der auf Grund seiner beruflichen Erfahrung in der Lage ist, den Wert der Gegenstände des Vermögens zu beurteilen, und der in den letzten drei Jahren nicht die Rechenschafts- und Halbjahresberichte der ausländischen Kapitalanlagegesellschaft und die Jahresabschlüsse der Verwaltungsgesellschaft geprüft hat und
 - d) der FMA das vorübergehende Unterbleiben der Rücknahme der Anteilscheine, wobei außergewöhnliche Umstände gemäß § 10 Abs. 2 vorliegen müssen, und die Wiederaufnahme der Rücknahme der Anteilscheine unverzüglich anzuzeigen sowie die Anleger durch öffentliche Bekanntmachung über das Unterbleiben der Rücknahme der Anteilscheine und die Wiederaufnahme von deren Rücknahme zu unterrichten.
7. der Nachweis über die Entrichtung der Gebühr nach Abs. 3. Fremdsprachige Unterlagen sind mit einer deutschen Übersetzung vorzulegen.

(3) Für die Bearbeitung der Anzeige gemäß § 30 Abs. 1 ist an die FMA eine Gebühr von 3 700 Euro zu entrichten. Diese Gebühr erhöht sich bei Fonds, die mehrere Teilfonds enthalten (Umbrella Fonds), ab dem zweiten Teilfonds für jeden Fonds um 600 Euro. Für die Prüfung der nach Abs. 2 Z 6 vorgeschriebenen Angaben und Unterlagen ist weiters zu Beginn eines jeden Kalenderjahres, spätestens bis zum 15. Jänner dieses Jahres, eine jährliche Gebühr von 1 700 a d e M entrichten; diese Gebühr erhöht sich bei Fonds, die mehrere Teilfonds enthalten (Umbrella Fonds), ab dem zweiten Teilfonds für jeden Teilfonds um 400 . Gebührenbeiträge, die nicht spätestens am Fälligkeitstag entrichtet wurden, sind vollstreckbar. Die FMA hat einen als Exekutionstitel geltenden Rückstandsausweis auszufertigen. Dieser hat Namen und Anschrift des Gebührenpflichtigen, den Betrag der Schuld und den Vermerk zu enthalten, dass die Schuld vollstreckbar geworden ist. Die nicht fristgerechte Entrichtung der Gebühr ist ein Vertriebsuntersagungsgrund gemäß § 31 Abs. 2.

(4) Die ausländische Kapitalanlagegesellschaft hat die Absicht, den öffentlichen Vertrieb von Anteilen einzustellen, der FMA anzuzeigen und unter Hinweis auf die Rechtsfolgen zu veröffentlichen. Die Verpflichtungen aus dem

öffentlichen Vertrieb, die sich aus diesem Bundesgesetz ergeben, enden frühestens drei Monate nach der Veröffentlichung der beabsichtigten VertriebsEinstellung. Die FMA kann im Interesse der Anteilhaber eine Verlängerung dieses Zeitraums sowie eine diesbezügliche Veröffentlichung anordnen.

Wartefrist - Vertriebsuntersagung

§ 31. (1) Der Vertrieb von ausländischen Kapitalanlagefondsanteilen darf erst aufgenommen werden, wenn seit dem Eingang der vollständigen Anzeige vier Monate verstrichen sind, ohne daß die FMA die Aufnahme des Vertriebes untersagt hat. Die Aufnahme des Vertriebes ist zu untersagen, wenn die ausländische Kapitalanlagegesellschaft die Voraussetzung nach § 25 nicht erfüllt oder die Anzeige nach § 30 nicht ordnungsgemäß erstattet.

(2) Die FMA hat den weiteren Vertrieb ausländischer Kapitalanlagefondsanteile zu untersagen, wenn

1. die Anzeige nach § 30 nicht erstattet worden ist,
2. eine Voraussetzung nach § 25 weggefallen ist,
3. die der FMA gegenüber nach § 30 Abs. 2 Z 6 übernommenen Verpflichtungen trotz Mahnung nicht eingehalten werden,
4. beim öffentlichen Angebot der ausländischen Kapitalanlagefondsanteile erheblich gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen worden ist,
5. ein durch rechtskräftiges Urteil oder gerichtlichen Vergleich gegenüber der ausländischen Kapitalanlagegesellschaft, der Verwaltungsgesellschaft oder der Vertriebsgesellschaft festgestellter Anspruch eines Anteilhabers nicht erfüllt worden ist,
6. die in § 26 vorgesehenen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß erfüllt werden, und
7. bei dem Vertrieb der ausländischen Kapitalanlagefondsanteile erheblich gegen die Vertragsbedingungen oder die Satzung verstoßen worden ist.

Die Verpflichtungen aus dem öffentlichen Vertrieb, die sich aus diesem Bundesgesetz ergeben, enden frühestens drei Monate nach der Veröffentlichung der beabsichtigten Untersagung des Vertriebes. Im Interesse der Anteilhaber kann die FMA eine Verlängerung dieses Zeitraumes sowie eine diesbezügliche Veröffentlichung anordnen.

Werbung

§ 32. (1) Werbung mit dem Hinweis auf die Befugnisse der FMA nach diesem Gesetz ist untersagt.

(2) Verstößt die ausländische Kapitalanlagegesellschaft, ihr Repräsentant oder eine mit dem Vertrieb befaßte Person gegen Abs. 1 und werden die Verstöße trotz Verwarnung nicht eingestellt, so hat die FMA den weiteren Vertrieb von Anteilen zu untersagen."

3. Die Voraussetzungen für die Vorlage nach Art. 267 AEUV:

Die beschwerdeführende Partei erblickt in der auf § 30 Abs. 2

Z. 5 lit. a BMSVG gestützten Ansicht der belangten Behörde, sie dürfe keine Anteile an dem erwähnten Fonds mit Sitz in Luxemburg erwerben bzw. halten, da dieser nicht zum Vertrieb im Inland zugelassen sei, eine Einschränkung in ihrem Recht auf freien Kapitalverkehr.

Art. 63 Abs. 1 AEUV verbietet "im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels" alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern. Davon ausgehend teilt der Verwaltungsgerichtshof (vorläufig) die Ansicht der beschwerdeführenden Partei, sie werde durch die Maßnahmen der belangten Behörde und den diesen zugrundeliegenden Rechtsvorschriften in ihrem Recht auf freien Kapitalverkehr beschränkt (vgl. nur etwa *Schneider* in Mayer, EU- und EG-Vertrag, RZ 31f zu Art. 56 EGV, wonach Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit etwa Genehmigungserfordernisse oder Formvorschriften für die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel oder für die Ausgabe von Schuldverschreibungen oder auch Anlagevorschriften für Sparkassen, Banken, Versicherungen und Investmentfonds sein können und Art. 56 EGV auch Beschränkungen durch den Herkunftsstaat verbietet).

Die belangte Behörde argumentiert demgegenüber im Wesentlichen dahin, es liege eine nach Art. 65 Abs. 1 lit. d AEUV zulässige Maßnahme vor. Die gesetzlich

vorgesehene Maßnahme diene nicht nur der Aufsicht über Finanzinstitute sondern sei aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt.

Wenn auch nach Art. 65 Abs. 3 AEUV, die in den Abs. 1 (und 2) genannten Maßnahmen und Verfahren weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Art. 63 AEUV darstellen dürfen, erscheint dem vorlegenden Gericht eine Rechtfertigung der Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit im Sinne des oben wiedergegebenen Vorbringens der belangten Behörde insbesondere im Hinblick auf ein öffentliches Interesse an der Einhaltung der öffentlichen Ordnung im Zusammenhang mit der Sicherheit der Veranlagung eines Teiles der Arbeitseinkünfte der Bevölkerung jedenfalls nicht ausgeschlossen. Sollte tatsächlich ein derartiges öffentliches Interesse als Rechtfertigungsgrund etwa im Hinblick auf eine geregelte Zukunfts- und Pensionsvorsorge angenommen werden können, wäre weiters im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu der vergleichbaren Bestimmung des Art. 58 EGV zu beurteilen, ob die gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen der Finanzmarktaufsichtsbehörde als verhältnismäßig im Hinblick auf die verfolgten Ziele zu beurteilen sind.

W i e n , am 10. Jänner 2011