



Stellt die Anlagestiftung eine «falsa demonstratio» des Gesetzgebers dar?

ALINE KRATZ-ULMER*

Dieser Beitrag klärt die Frage, ob die Anlagestiftung zu Recht durch Legiferierung und langjährige Praxis in das Rechtsgewand der Stiftung gekleidet und somit formell gesehen den Anstalten zugeordnet worden ist. Ist dies dogmatisch richtig und juristisch möglich oder handelt es sich lediglich um eine unbeachtliche «falsa demonstratio» im Sinne des Art. 18 Abs. 1 OR? Dieser Beitrag nennt die wesentlichen rechtlichen Bestimmungen der Anlagestiftung und erläutert diese kurz. Darauf folgen Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen der Anlagestiftung vor ihrer Kodifikation, um die betreffenden geltenden Bestimmungen im Gesetz und in der Verordnung verständlicher zu machen. Abschliessend wird das Verhältnis dieser Rechtsquellen untereinander und zu denjenigen des ZGB geklärt.

La présente contribution clarifie la question de savoir si c'est à juste titre que la législation et la pratique de longue date ont doté la fondation de placement du statut juridique de la fondation pour la ranger, d'un point de vue formel, parmi les établissements. Est-ce correct d'un point de vue dogmatique et possible sur le plan juridique ou s'agit-il seulement d'une «falsa demonstratio» insignifiante au sens de l'art. 18 al. 1 CO? Cette contribution cite les principales dispositions juridiques de la fondation de placement et les présente brièvement. S'ensuivent des explications concernant les bases juridiques de la fondation de placement avant sa codification pour faciliter la compréhension des dispositions figurant dans la loi et l'ordonnance. Enfin, la relation de ces sources juridiques entre elles et avec celles du CC est clarifiée.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Anlagestiftung als Anstalt mit körperschaftlichen Merkmalen
- III. Rechtsquelle der Anlagestiftung vor ihrer Kodifizierung
 - A. Anwendung der Bestimmungen des klassischen Stiftungsrechts und der beruflichen Vorsorge
 - B. Anforderungen an Anlagestiftungen gemäss dem Bundesamt für Sozialversicherungen
- IV. Geltende Rechtsquellen der Anlagestiftung im BVG
 - A. Allgemeines
 - B. Überblick über die Art. 53g–53k BVG
- V. Andere Rechtsquellen zur Anlagestiftung
 - A. Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV)
 - B. Qualifizierung der ASV
 - C. Besonderheiten der ASV
- VI. Verhältnis der Rechtsquellen der Anlagestiftung zueinander
 - A. Allgemeines
 - B. Verhältnis des BVG zu den Bestimmungen in der ASV, BVV 1 und BVV 2
 - C. Verhältnis der Stiftungsbestimmungen im ZGB zu denjenigen der Anlagestiftung im BVG, in der ASV, BVV 1 und BVV 2
 - D. Verhältnis zwischen ASV, BVV 1 und BVV 2
 - E. Zwischenergebnis
- VII. Die Anlagestiftung als Konglomerat von Anstalt und Körperschaft mit fondsrechtlichen Eigenschaften
- VIII. Einordnung der Anlagestiftung
- IX. Ergebnis

I. Einleitung

Unter einer Anlagestiftung (*fondation de placement*) versteht man eine von einer Gründungsorganisation (meistens einer Vorsorgeeinrichtung, einer Versicherung oder einer Bank) errichtete Stiftung, welche die kollektive Anlage und Verwaltung von Vorsorgegeldern bezweckt, die ihr von verschiedenen Vorsorgeeinrichtungen überlassen werden.¹ Die Rechtsfigur der Anlagestiftung wurde Ende der 1960er-Jahre eigens und ausschliesslich für die kollektive Anlage von Geldern der beruflichen Vorsorge geschaffen.² Die Anlagestiftungen spielen eine wichtige Rolle im schweizerischen Vorsorgesystem. Deswegen ist es erstaunlich, dass sowohl die Kreation dieser Rechtsfigur als auch ihre Fortentwicklung in der Praxis bis vor kurzem keine rechtliche Grundlage hatten. Daher bestand sowohl auf Seiten des Gesetzgebers wie auch der Praktiker ein reales Bedürfnis, für die Anlagestiftung eine adäquate Rechtsgrundlage zu schaffen. Als Erstes wurde die Frage diskutiert, in welchem Rechtsgebiet die Anlagestiftung Fuss fassen sollte. Zunächst beabsichtigte man, sie

¹ JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Bern 2010 (zit. Bearbeiter, Art. ... BVG N ...), Einleitung N 224.

² ROLAND KRIEMLER, Anlagestiftungen mit einem neuen Zuhause, NZZ vom 30.7.2010, 26.

* ALINE KRATZ-ULMER, Dr. iur., Rechtsanwältin, Zürich.

im Kollektivanlagengesetz zu regeln.³ Dies wurde damit begründet, dass die Anlagestiftung den Kollektivanlagen sehr nahestehe. Im Rahmen der Revision des Kollektivanlagengesetzes kam man jedoch davon ab, dass dieser Erlass für die Anlagestiftung der richtige sei, mit der Begründung, die Anlagestiftung sei mit der beruflichen Vorsorge rechtlich näher verbunden als mit der Kapitalanlage;⁴ zudem sei die Anlagestiftung der BVG-Aufsicht unterstellt und bedürfe somit als institutionelles Investitionsmittel nicht desselben Anlegerschutzes wie ein Kleinanleger. Schliesslich wurde die Regelung der Anlagestiftung im Rahmen der Strukturreform der beruflichen Vorsorge thematisiert und fand im Ergebnis Eingang ins Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG⁵).⁶ Die Anlagestiftung ist heute in den Art. 53g–53k BVG kodifiziert.

II. Die Anlagestiftung als Anstalt mit körperschaftlichen Merkmalen

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird die Anlagestiftung im System der juristischen Personen des schweizerischen Privatrechts den Anstalten (Art. 52 ZGB) zugewiesen.⁷ Die Grenze zwischen der anstaltlichen und der körperschaftlichen Organisationsform lässt sich bei der Anlagestiftung aber nicht klar ziehen, denn obwohl sie durch die Gesetzgebung⁸ und ihre Bezeichnung den Anstalten zugewiesen wird, besitzt sie einige anstaltsfremde, jedoch körperschaftstypische Merkmale. Bezüglich ihrer Organisation und der Zusammensetzung ihres Vermögens trägt sie durchaus körperschaftliche Züge, weshalb sie eigentlich als eine Mischform zwischen Anstalt und Körperschaft bezeichnet werden könnte.⁹ Die Anlagestiftung ist

durch Legiferierung und durch langjährige Praxis¹⁰ in das Rechtsgewand der Stiftung gekleidet und somit formell gesehen den Anstalten zugeordnet worden. Ob dies allerdings dogmatisch richtig und juristisch möglich ist oder ob es sich dabei lediglich um eine unbeachtliche *falsa demonstratio* i.S.v. Art. 18 Abs. 1 OR handelt, soll in diesem Beitrag untersucht werden. Um diese Frage zu beantworten, werden die rechtlichen Bestimmungen¹¹ der Anlagestiftung genannt und kurz erläutert. Es folgen Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen der Anlagestiftung vor ihrer Kodifikation, womit die geltenden Bestimmungen im Gesetz und in der Verordnung verständlicher werden sollen. Abschliessend wird das Verhältnis der geltenden Rechtsquellen untereinander und zu denjenigen des ZGB erläutert.

III. Rechtsquelle der Anlagestiftung vor ihrer Kodifizierung

A. Anwendung der Bestimmungen des klassischen Stiftungsrechts und der beruflichen Vorsorge

Vor Inkrafttreten der Art. 53g–53k BVG waren weder das BVG noch das FZG¹² noch Art. 89a ZGB direkt auf die Anlagestiftung anwendbar. Vielmehr galt das allgemeine Stiftungsrecht gemäss Art. 80–89 ZGB und Art. 52–59 ZGB.¹³ Einige Vorschriften aus dem BVG/FZG und Art. 89a ZGB hatten dennoch Auswirkungen auf die Anlagestiftung und bestimmten deren Verhältnis zu den ihr angeschlossenen Vorsorgeeinrichtungen. Die Rechtsbeziehung zwischen der registrierten Vorsorgeeinrichtung und der Anlagestiftung fiel unter Art. 51 BVG. Das Informationsrecht gemäss Art. 89a Abs. 2 ZGB und Art. 331 Abs. 4 OR wurde auch bei der Anlagestiftung angewendet. Diese musste die massgebenden Anlagevorschriften aufgrund von Art. 71 Abs. 1 BVG beachten, um befugt zu sein, die Vermögen solcher Vorsorgeeinrichtungen zur Anlage zu übernehmen (Art. 56 Abs. 2 BVV 2¹⁴). Zudem

³ Vgl. dazu die Vernehmlassung der KGAST (Konferenz der Geschäftsführer von Anlagestiftungen) zur Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV) und zur BVV 1 vom 10. Februar 2011, 2, Internet: <http://www.kgast.ch/home>, Informationen zum VO-Entwurf Strukturreform Berufliche Vorsorge, Abruf 3.11.2016.

⁴ WALTER KRAMER, Anlagestiftungen vor rechtlicher Verankerung, NZZ vom 27. Januar 2004.

⁵ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40).

⁶ AmtlBull 2008 577; BBl 2007 5691.

⁷ DOMINIQUE JAKOB/ROMAN HUBER, Rechtliche Rahmenbedingungen für NPO in der Schweiz, in: Bernd Helmig/Hans Lichtsteiner/Markus Gmür (Hrsg.), Der Dritte Sektor der Schweiz, Länderstudie zum Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project (CNP), Bern 2010, 109.

⁸ Art. 53g Abs. 1 BVG.

⁹ ALINE KRATZ-ULMER, Die Anlagestiftung – Entwicklungen eines Rechtsinstituts zwischen beruflicher Vorsorge und Stiftungsrecht, Diss. Zürich 2016, 44.

¹⁰ MICHAEL FERBER, Anlagestiftungen im Alarmzustand, NZZ vom 30. November 2010, 27.

¹¹ Namentlich die ASV, BVV 1 und BVV 2.

¹² Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.42).

¹³ HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. A., Bern 2006, 79.

¹⁴ Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.441.1).

waren noch einige Bestimmungen der aBVG 2 anwendbar.¹⁵

Vor der Strukturreform unterstand die Anlagestiftung gemäss Art. 61 Abs. 1 und 2 aBVG der BVG-Aufsicht. Demzufolge hatte sie in Bezug auf die Aufsicht die bestehenden Normen der beruflichen Vorsorge wie auch u.a. jene Bestimmungen zum Rechnungswesen und zur Rechnungslegung sowie zur Loyalität gemäss BVV 2 zu beachten.¹⁶

B. Anforderungen an Anlagestiftungen gemäss dem Bundesamt für Sozialversicherungen

Die fehlenden rechtlichen Vorgaben für die Anlagestiftung veranlasste das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, seine Praxis in einem Dokument mit dem Titel «Anforderungen an Anlagestiftungen» darzulegen.¹⁷ Die Aufsicht über die Anlagestiftungen wurde hauptsächlich vom BSV ausgeübt, da die meisten Anlagestiftungen national tätig waren – was auch heute noch der Fall ist. Nur einzelne Anlagestiftungen wurden auf kantonaler Ebene einer Aufsichtsbehörde unterstellt. Das vom BSV zur Aufsicht über die Anlagestiftungen herausgegebene Dokument wurde regelmässig angepasst.¹⁸ Darin waren alle *grundlegenden Anforderungen* aufgelistet, die das BSV an die Anlagestiftung stellte. Die Broschüre mit den Anforderungen an die Anlagestiftung wies folgende Themengebiete auf: Anlegerrechte; Organisation; Information und Transparenz; externe Kontrolle und Anlagevorschriften in Einzelfällen.¹⁹

Die Broschüre des BSV enthielt zu den wiedergegebenen Themen explizite Angaben, welche die Anlagestiftung bei ihrer Tätigkeit einzuhalten hatte. Das BSV bezog sich in der Broschüre auf das BVG und die darin genannten Verordnungen und verwies ausserdem auf Bestimmungen des ZGB, KAG²⁰ und des OR.²¹

IV. Geltende Rechtsquellen der Anlagestiftung im BVG

A. Allgemeines

Im Rahmen der Strukturreform der beruflichen Vorsorge wurde mit den Art. 53g–53k BVG für die Anlagestiftung erstmals eine umfassende gesetzliche Grundlage geschaffen, die am 1. Januar 2012 in Kraft trat. Die Bestimmungen im BVG bauen im Wesentlichen auf der bisherigen Praxis auf.²² Nachfolgend werden die im BVG erlassenen Normen (Art. 53g–53k BVG) zur Anlagestiftung in ihren Grundzügen dargestellt, um die Eigenheiten der Anlagestiftung und ihr Mechanismus zu skizzieren. Anhand dieser Ausführungen soll schliesslich die eingangs gestellte Frage beantwortet werden.

B. Überblick über die Art. 53g–53k BVG

Während Art. 53g Abs. 1 BVG aussagt, dass zur Anlage und Verwaltung von Vorsorgegeldern Stiftungen nach den Art. 80 ff. ZGB zu errichten seien, umschreibt Art. 53g Abs. 2 BVG Anlagestiftungen als Einrichtungen, die der beruflichen Vorsorge dienen und dem BVG unterstehen. Aus diesem Satz folgt *e contrario*: Anlagestiftungen dürfen Investoren ausserhalb der beruflichen Vorsorge keine Leistungen offerieren. Art. 1 Abs. 1 ASV²³ hält fest, dass eine Anlagestiftung nebst den Vorsorgeeinrichtungen auch steuerbefreite Einrichtungen umfasst, die gemäss ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen.²⁴

Art. 53g Abs. 2 Satz 2 BVG weist auf den möglichen Charakter der Anlagestiftung als Stiftung *sui generis* hin. Denn nach dieser Bestimmung werden die Regelungen des allgemeinen Stiftungsrechts nur subsidiär angewendet, nämlich sofern das BVG und seine Ausführungsbestimmungen keine auf die Anlagestiftung anwendbaren Vorschriften vorsehen.²⁵ Was das genau bedeutet, mit anderen Worten, welches Gesetz oder welche Verordnung jeweils Vorrang hat, soll an anderer Stelle in diesem Beitrag untersucht werden (vgl. unten VI.C.).

Gemäss Art. 53h Abs. 1 BVG ist die Anlegerversammlung das oberste (und insofern das willensbildende) Organ der Anlagestiftung. Dieses Organ erlässt nach Abs. 3 desselben Artikels Bestimmungen über ihre Organisation,

¹⁵ Für weitere Bemerkungen vgl. RIEMER/RIEMER-KAFKA (FN 13), 79.

¹⁶ BBl 2000 2669 f.; RIEMER/RIEMER-KAFKA (FN 13), 79.

¹⁷ IVAR MENTHA (FN 1), Art. 71 BVG N 87.

¹⁸ PETRA CAMINADA, Staatliche Aufsicht in der beruflichen Vorsorge, Diss. Zürich 2012, 190.

¹⁹ Bundesamt für Sozialversicherung (BSV), Anforderungen an Anlagestiftungen, Praxis der Aufsicht Berufliche Vorsorge zu den Anforderungen an Anlagestiftungen unter ihrer Aufsicht vom November 2009, 6; CAMINADA (FN 18), 190.

²⁰ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz; SR 951.31).

²¹ Bundesamt für Sozialversicherung (FN 19), 5 f.

²² HANS ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. A., Zürich 2012, N 1547.

²³ Verordnung vom 22. Juni 2011 über die Anlagestiftungen (SR 831.403.2).

²⁴ STAUFFER (FN 22), N 1547.

²⁵ DOMINIQUE JAKOB/LAURA SCHWEIZER/GORAN STUDEN, Verein-Stiftung-Trust: Entwicklungen 2008, Bern 2009, 55.

Verwaltung und Kontrolle. Art. 3 Abs. 1 ASV verweist hinsichtlich der Durchführung der Anlegerversammlung auf die Art. 699 ff. OR. Nach Art. 4 ASV stehen der Anlegerversammlung unübertragbare Befugnisse zu. Das Organ der Anlegerversammlung deutet auf die körperschaftlichen Merkmale der Anlagestiftung hin. Bei der klassischen Stiftung des ZGB existiert kein gesetzliches Organ, welches der Anlegerversammlung ansatzweise gleichgestellt werden könnte. Zudem ist nach Art. 80 ff. ZGB der Stiftungsrat das oberste Organ der Stiftung. Ferner stellt sich die Frage, wer stiftungsrechtlich gesehen überhaupt die Anleger sind: Stellen sie die Destinatäre der Stiftung dar, oder sind sie etwa die Stifter, da sie Vermögen in die Vermögensgefässe der Anlagegruppen einwerfen? Eine abschliessende Klärung dieser Frage würde in diesem Rahmen zu weit gehen.²⁶

Laut Art. 53i Abs. 1 BVG ist das Gesamtvermögen der Anlagestiftung in das Stamm- und Anlagevermögen unterteilt. Das Stammvermögen konstituiert sich aus dem Widmungsvermögen (Art. 22 BVV 1²⁷). Eine solche Unterteilung des Grundstockvermögens ist der Stiftung des ZGB fremd.

Art. 53i Abs. 2 BVG führt aus, dass das Anlagevermögen aus den von den Anlegern zum Zwecke der gemeinsamen Vermögensanlage eingebrachten Geldern besteht. Dieses Vermögen wird in Anlagegruppen angelegt. Die klassische Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB kennt kein Vermögensgefäss, das dem Anlagevermögen ähnlich ist. Ein solches Vermögensgefäss, bei dem man Vermögen für eine bestimmte Dauer einbezahlt und es sich zu gegebener Zeit wieder auszahlen lässt, existiert bei der klassischen Stiftung nicht.

Gemäss Art. 53i Abs. 3 BVG besteht eine Anlagegruppe aus gleichen und nennwertlosen Ansprüchen eines oder mehrerer Anleger. Eine im Falle des Konkurses der Anlagestiftung anzuwendende Bestimmung ist dem Art. 53i Abs. 4 BVG zu entnehmen. Danach werden die Sachen und Rechte, die zu einer Anlagegruppe gehören, im Konkurs der Anlagestiftung zu Gunsten ihrer Anleger ausgesondert.²⁸ Die Anlagegruppen sind ebenfalls eine anlagestiftungstypische Eigenheit, die das Stiftungsrecht des ZGB *telquel* nicht kennt.

Nach Art. 53j Abs. 1 BVG ist die Haftung der Anlagestiftung für die Verbindlichkeit einer Anlagegruppe auf das Vermögen der betreffenden Anlagegruppe beschränkt. Die Mittel anderer Anlagegruppen dürfen demzufolge

nicht dafür in Anspruch genommen werden. Eine «anlagegruppenübergreifende» Haftung der einzelnen Anleger ist somit ausgeschlossen.²⁹ Speziell ausgestaltet sind die Mechanismen bei Anlagegruppen, bei denen eine Kapitaleinlage entsprechend dem Geschäftsfortgang erfolgt, namentlich bei Immobilienanlagen und im Bereich der alternativen Anlagen. Hier können verbindliche Zusagen, welche bereits den Status eines Anlegers begründen, vorgeesehen werden (Art. 19 ASV).³⁰

Art. 53j Abs. 3 BVG schliesst die Haftung der Anleger für Verbindlichkeiten der Anlagestiftung aus.

Art. 53k BVG zählt die Themenkreise auf, für die dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt wurde, Bestimmungen zu erlassen. Diese Kompetenz setzte der Bundesrat durch den Erlass der Verordnung über die Anlagestiftung (ASV) um. Die ASV ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten – gleichzeitig mit den Bestimmungen zur Anlagestiftung im BVG. Die ASV beruht auf Art. 53k BVG, der sog. Delegationsnorm, die den Titel «Ausführungsbestimmungen» trägt.

V. Andere Rechtsquellen zur Anlagestiftung

Für die Anlagestiftung sind u.a. drei Verordnungen relevant: die ASV (wie bereits erwähnt), die BVV 1 und die BVV 2.

A. Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV)

Wie das BVG stützt sich auch die ASV auf die bestehende Praxis zu den Anlagestiftungen und orientiert sich daher diesbezüglich an den Anforderungen des BSV.³¹

Wie schon in der Vernehmlassung zur ASV³² werden auch zurzeit einige Bestimmungen dieser Verordnung von den Praktikern kritisiert. Diese beanstanden, dass nicht nur Ausführungsbestimmungen zu Art. 53g–53j BVG erlassen worden seien, sondern dass der Verordnungsgeber

²⁶ KRATZ-ULMER (FN 9), 137 ff.

²⁷ Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge (SR 831.435.1).

²⁸ STAUFFER (FN 24), N 1551.

²⁹ JAKOB/SCHWEIZER/STUDEN (FN 25), 56.

³⁰ Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 123 vom 19. Juli 2011, 88.

³¹ Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Erläuternder Bericht für die Vernehmlassung über die Änderung der Verordnung im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge, Mitteilung vom 12. November 2010, 36.

³² Konferenz der Geschäftsführer von Anlagestiftungen (FN 3), 3 ff. Es ist darauf hinzuweisen, dass die ASV nach dieser Vernehmlassungsantwort nochmals überarbeitet wurde und sich die in dieser Vernehmlassungsantwort enthaltenen Aussagen nur noch teilweise auf die heutige Gesetzeslage beziehen.

über seine Kompetenz hinausgegangen sei. Insbesondere bemängeln die Praktiker heute u.a. bezüglich der Anlagevorschriften, dass durch die ASV ein sehr hohes Mass an Regulierung eingeführt worden sei. Daraus seien Anlagevorschriften hervorgegangen, welche die Anlagestiftung einerseits unzweckmässig einschränken würden; andererseits seien gewisse Vorschriften konzeptionell falsch verfasst worden.³³ Zudem wird gerügt, dass die Bestimmungen zur Diversifikation in der ASV bei Bausteinlösungen überflüssig und ungerechtfertigt seien³⁴, denn es sollte zwischen BVG-konformen Mischvermögen³⁵ und Bausteinlösungen unterschieden werden.³⁶ Obwohl die ASV erst seit Kurzem in Kraft ist, soll bereits eine Überarbeitung der ASV bevorstehen, von der zu erwarten ist, dass sie diesbezüglich Klarheit schaffen wird. Bis diese Überarbeitung jedoch beendet ist, stehen die Anlagestiftungen und ihre Vertreter vor der Herausforderung, diese umstrittenen ASV-Bestimmungen weiterhin umzusetzen.³⁷

B. Qualifizierung der ASV

Gestützt auf Art. 53k BVG erliess der Bundesrat die ASV, welche die Anlagestiftung genauer regelt. Dabei handelt es sich um eine unselbständige Verordnung, da diese aufgrund einer Gesetzesdelegation im formellen Sinn³⁸ von der Exekutive erlassen wurde.³⁹ Im Folgenden wird untersucht, ob hier die für eine Gesetzesdelegation geltenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:⁴⁰

1. *Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein.* Die Delegationsnorm für die ASV befindet sich in Art. 53k BVG. Dabei handelt es sich um eine Bestimmung in einem Gesetz im formellen Sinn, das durch einen gesetzgeberischen Akt entstanden ist.
2. *Die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, müssen in einem Gesetz um-*

schrieben sein. Die Grundzüge der delegierten Bestimmungen der ASV sind in den Bestimmungen der Art. 53g–Art. 53j BVG umschrieben.

3. *Die Delegation muss sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränken.* Die ASV enthält in ihren 45 Bestimmungen ausschliesslich Ausführungen zu den im Folgenden aufgelisteten, in Art. 53k BVG umschriebenen Materien:
 - a. Anlegerkreis;
 - b. Äufnung und Verwendung des Stammvermögens;
 - c. Gründung, Organisation und Aufhebung;
 - d. Anlage, Buchführung, Rechnungslegung und Revision;
 - e. Anlegerrechte.

Gesamthaft betrachtet, hielt sich der Bundesrat beim Erlass der ASV an diese im BVG umschriebenen Vorgaben. Ob jedoch die gesetzliche Grundlage für die entsprechenden Verordnungsbestimmungen den Anforderungen genügen, ist nicht Thema dieses Beitrages, weshalb lediglich auf diese Frage hingewiesen wird.

4. *Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein.* Der BV ist keine Bestimmung zu entnehmen, die eine Gesetzesdelegation hinsichtlich genauerer Regelungen für die Anlagestiftung ausschliessen würde.

Daraus folgt, dass die ASV grundsätzlich als unselbständige gesetzvertretende Verordnung zu qualifizieren ist.⁴¹

C. Besonderheiten der ASV

Die ASV zeichnet sich u.a. durch ihre zahlreichen Verweise auf andere Gesetzes- sowie Verordnungsbestimmungen aus. Infolge der zahlreichen Verweise in der ASV gelangen bei der Anlagestiftung auch einige Bestimmungen aus anderen Rechtsgebieten – namentlich aus dem OR, ZGB, KAG, BankG, und auf Verordnungsstufe aus der BVV 1, BVV 2 und der KKV⁴² – zur Anwendung. Dieser Verweis-Mechanismus der ASV verdeutlicht auch, dass die Anlagestiftung ein Vehikel ist, welches sich durch verschiedene rechtliche Merkmale auszeichnet. So bringen beispielsweise die Verweise auf die Bestimmungen des Aktienrechts im OR die körperschaftlichen Eigenheiten der Anlagestiftung zum Ausdruck. Aufgrund der verschiedenen Verweise auf das KAG und die KKV wird die

³³ ROLAND KRIEMLER, Anlagevorschriften für Anlagestiftungen, Denkfehler beheben, Schweizer Personalvorsorge 8/2015, 12 ff.

³⁴ Für die Bausteinlösung gelten die Vorschriften der zulässigen Anlagen in der BVV 2 und der ASV.

³⁵ Für das Mischvermögen sollten nur die Anlagevorschriften der BVV 2 beachtet werden.

³⁶ ROLAND KRIEMLER, Anlagestiftungen: Investieren nach BVV 2 und ASV, Expert Focus 2016, 360 ff.

³⁷ Eine Umsetzung der ASV ist u.a. darin zu sehen, dass gewisse Anlagegruppen liquidiert, Strategien und Benchmarks geändert und teilweise keine neuen Anlagegruppen mehr auf den Markt gebracht werden.

³⁸ Art. 53k BVG.

³⁹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 106 ff., 369.

⁴⁰ BVGer, A-1543/2006, 14.4.2009, mit Hinweis auf BGE 128 I 113 E. 3c; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 39), N 368.

⁴¹ BVGer, A-3537/2014, 16.3.2016, E. 6.2.

⁴² Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (SR 951.311).

Anlagestiftung jedoch gleichzeitig in die Reihe der kollektiven Vermögensvehikel eingeordnet; infolge der Verweise auf die BVV 2 wiederum ist sie klar im Bereich der beruflichen Vorsorge angesiedelt. Diese Rechtsverweise bringen einerseits Klarheit bezüglich der Rechtsanwendung mit sich, andererseits werfen sie dogmatische Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit der Anlagestiftung mit dem klassischen Stiftungsbegriff auf.⁴³

VI. Verhältnis der Rechtsquellen der Anlagestiftung zueinander

A. Allgemeines

Zu den primären Rechtsquellen der Anlagestiftung gehören diejenigen Bestimmungen des BVG, welche die Anlagestiftung betreffen, sowie die ASV. Die BVV 1, BVV 2, KKV, das BankG⁴⁴ und das OR gelangen hingegen für die Anlagestiftung zur Anwendung, weil die ASV auf gewisse darin enthaltene Bestimmungen verweist. Diese Normen sind – anders als die ASV – nicht exklusiv für die Anlagestiftung erlassen worden, gelten also für andere Rechtsträger ebenfalls. Darum werden die Rechtsquellen dieser genannten Verordnungen als «weitere Rechtsquellen» der Anlagestiftung bezeichnet.⁴⁵

Im Folgenden wird zuerst das Verhältnis der Bestimmungen des BVG zu denjenigen der ASV, BVV 1 und BVV 2 diskutiert. Anschliessend soll das Verhältnis der Stiftungsbestimmungen im ZGB zu den Bestimmungen zur Anlagestiftung im BVG, der ASV, BVV 1 und BVV 2 erläutert und schliesslich das Verhältnis der Verordnungsbestimmungen der ASV, BVV 1 und BVV 2 zueinander beleuchtet werden.

B. Verhältnis des BVG zu den Bestimmungen in der ASV, BVV 1 und BVV 2

Vorliegend wird das Verhältnis der gesetzlichen Bestimmungen im BVG zu jenen Bestimmungen in den drei Verordnungen untersucht. Um dieses Verhältnis gründlich zu erforschen, gilt es vorerst die Begriffe «Gesetz» und «Verordnung» voneinander abzugrenzen.

Sowohl das BVG als auch die Verordnungen enthalten generell-abstrakte Rechtsnormen. Anders als das Gesetz sind die Verordnungen jedoch – im Vergleich zum Gesetz

im formellen Sinn – in einer anderen Form erlassen worden und stehen daher auf einer Stufe unterhalb des Gesetzes.⁴⁶ Daraus folgt, dass die ASV, BVV 1 und BVV 2 – wie bereits erwähnt – Verordnungen sind, die gestützt auf das BVG erlassen worden sind. Basierend auf den obigen Ausführungen lässt sich das Verhältnis zwischen diesen beiden Rechtsquellen wie folgt umschreiben: Als Gesetz im formellen Sinn ist das BVG seinen Verordnungen übergeordnet und geht diesen daher vor.

C. Verhältnis der Stiftungsbestimmungen im ZGB zu denjenigen der Anlagestiftung im BVG, in der ASV, BVV 1 und BVV 2

Als *lex specialis* gehen die Bestimmungen im BVG – wie bereits erläutert – denjenigen des ZGB für die klassische Stiftung vor. Die Normen der ASV, BVV 1 und BVV 2 beruhen, wie oben geschildert wurde, auf Normen des BVG.⁴⁷ Aus dem Verhältnis des BVG zu ASV, BVV 1 und BVV 2 ist hinsichtlich der Anlagestiftung festzuhalten, dass deren rechtliche Grundlage in erster Linie im BVG, in zweiter Linie in den Verordnungen und zu guter Letzt in den Bestimmungen des allgemeinen Stiftungsrechts im ZGB zu suchen ist. Die Tatsache, dass das ZGB nach den Verordnungen zur Anwendung kommt, obwohl dieses als Gesetz im formellen Sinn den Verordnungen übergeordnet ist, lässt sich damit begründen, dass diese Verordnungen gestützt auf die genannten Normen im BVG erlassen worden sind; diese regeln ausschliesslich die Anlagestiftung und gehen somit dem ZGB vor.⁴⁸

D. Verhältnis zwischen ASV, BVV 1 und BVV 2

Die verschiedenen Verordnungsbestimmungen zur Anlagestiftung sind das Ergebnis einer bereits seit Langem andauernden Praxis. In dieser langjährigen Praxis – die wohlverstanden einer eigentlichen gesetzlichen Grundlage entbehrte – könnte der Grund dafür liegen, weshalb die Anlagestiftung heute zwar in einer einzigen Verordnung, der ASV, geregelt worden ist, jedoch in zahlreichen Bestimmungen auf die BVV 1, BVV 2, KKV, das BankG und auf das OR verweist. Diese häufigen Verweise der ASV haben zur Folge, dass aus den verschiedenen Erlassen

⁴³ Vgl. für weitere Hinweise KRATZ-ULMER (FN 9), 30.

⁴⁴ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0).

⁴⁵ KRATZ-ULMER (FN 9), 19, 39 ff.

⁴⁶ Für weitere Ausführungen zum Begriff Gesetz und Verordnung im Verwaltungsrecht, vgl. HAFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 39), N 69 ff.

⁴⁷ Art. 53k, 64c Abs. 3 und 97 Abs. 1 BVG.

⁴⁸ KRATZ-ULMER (FN 9), 41

eine grosse Anzahl von Normen zu entnehmen ist. BVV 1 und BVV 2 unterscheiden sich von der ASV dadurch, dass letztere speziell für die Anlagestiftung – gestützt auf Art. 53k BVG – erlassen worden ist. Daraus lässt sich der Vorrang der ASV gegenüber den beiden anderen Verordnungen (BVV 1 und BVV 2) ableiten. BVV 1 und BVV 2 haben nämlich (anders als die ASV) nicht nur für Anlagestiftungen Geltung. Die Anwendung gewisser Bestimmungen dieser zwei Verordnungen leitet sich aus Normen der ASV ab. Dies spricht ebenfalls für einen Vorrang der ASV-Regelungen gegenüber denjenigen der BVV 1 und der BVV 2.⁴⁹

E. Zwischenergebnis

Als Normenhierarchie bei der Anlagestiftung gilt daher das Folgende: Das BVG und die Bestimmungen in der ASV, BVV 1 und BVV 2, die darauf gestützt erlassen wurden, gehen als *leges speciales* den allgemeinen stiftungsrechtlichen Vorschriften des ZGB vor. Das BVG und die ASV sind die primären Rechtsquellen der Anlagestiftung, wobei das BVG als Gesetz im formellen Sinn der ASV vorgeht. Die ASV ihrerseits ist den weiteren Rechtsquellen (BVV 1, BVV 2 etc.) übergeordnet. Sowohl das BVG wie auch die ASV gelten als *leges speciales* gegenüber den Regelungen des ZGB, welches das sekundäre Recht der Anlagestiftung darstellt. Dass die Bestimmungen des Stiftungsrechts des ZGB bei der Anlagestiftung an letzter Stelle Anwendung finden, soll aber nicht heissen, dass sich die Anlagestiftung deswegen nicht als Stiftung bezeichnen darf.

VII. Die Anlagestiftung als Konglomerat von Anstalt und Körperschaft mit fondsrechtlichen Eigenschaften

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Anlagestiftung durch körperschaftliche, anstaltliche sowie fondsrechtliche Elemente und Bestimmungen kennzeichnet. Nun soll – gestützt auf die gemeinsamen Merkmale der Anlagestiftung und die oben genannten Rechtsformen – geklärt werden, ob die Anlagestiftung den Anstalten zuzuweisen ist, oder ob diese Rechtsform nicht zutreffender als Konglomerat von Anstalt und Körperschaft mit fondsrechtlichen Eigenschaften bezeichnet werden sollte.

Um diese Frage sachgemäss beantworten zu können, sind zunächst die nachfolgenden Überlegungen anzustellen: Der Zweck der Anlagestiftung ist innerhalb des Rahmens der beruflichen Vorsorge angesiedelt, fungiert sie doch als deren Hilfsvehikel.⁵⁰ Im Gegensatz zu anderen Gesellschaften steht die Anlagestiftung nur einem begrenzten Kreis von juristischen Personen im Umfeld der beruflichen Vorsorge zur Verfügung. Der Gesetzgeber hat die Anlagestiftung vom KAG ausgeschlossen und der beruflichen Vorsorge zugewiesen. Deshalb sind die Grundsätze der Rechtsebene der beruflichen Vorsorge sowie die Ziele der Strukturreform bei der Wertung der stiftungsfremden Merkmale der Anlagestiftung nicht aus den Augen zu verlieren und bei der Beantwortung der eingangs gestellten Frage zu berücksichtigen.

Die Anlagestiftung liegt im Einflussgebiet zweier Spannungsfelder. Eines davon ist im vorgegebenen Rahmen der beruflichen Vorsorge sowie in deren Grundsätzen und Zielsetzung begründet und das andere in der Umsetzung, die sich – gemäss den zahlreichen Verweisen auf andere Erlasse – am effizientesten mittels körperschaftlicher, d.h. stiftungsfremder Elemente bewerkstelligen lässt.

Im Recht der beruflichen Vorsorge herrscht der *numerus clausus*.⁵¹ Dies bedeutet, dass eine andere Rechtsform als diejenige der Stiftung gesetzlich untersagt ist. Diesen Sachverhalt als alleinige Begründung dafür anzugeben, warum die Anlagestiftung trotz ihrer körperschaftlichen Eigenheiten als Stiftung gelte und den Anstalten zuzuweisen sei, genügt nicht. Es gilt vielmehr, noch weitere Überlegungen im Gebiet der beruflichen Vorsorge anzustellen. In Anbetracht der Ziele und Aufgaben der beruflichen Vorsorge dürften sich diese Aufgaben nämlich kaum mittels einer anderen Rechtsform als derjenigen der Stiftung umsetzen lassen – bedenkt man, dass einzig bei der Stiftung das Vermögen verselbständigt und dadurch dem Einflussbereich der Arbeitgeber und Arbeitnehmer entzogen wird. Zieht man zudem den Verwendungszweck der Anlagestiftung in Betracht – also die Verwaltung und die Anlage des Vermögens der Vorsorgeeinrichtungen –, so leuchtet es ein, dass dieser klar bestimmte Zweck nicht beliebig wandelbar sein kann. Diese Überlegungen führten zum Ergebnis, dass für die Erfüllung dieses Zweckes weder die körperschaftliche Rechtsform der Gesellschaft

⁴⁹ Eine interessante Frage wäre gewesen, weshalb der Gesetzgeber es vorgezogen hat, auf andere Verordnungen zu verweisen, anstatt die Bestimmungen in die ASV zu integrieren. Eine abschliessende Klärung dieser Frage würde in diesem Rahmen zu weit gehen.

⁵⁰ Die Anlagestiftung stellt eine Hilfseinrichtung i.w.S. dar, vgl. CHRISTINA RUGGLI-WÜEST, Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), BVG-Tagung 2010, St. Gallen 2011, 44.

⁵¹ THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER (FN 1), Art. 48 BVG N 15.

noch ein Verein, sondern lediglich die Rechtsform der Anstalt in Betracht kommen würde – genauer ausgedrückt also: die Stiftung.⁵²

VIII. Einordnung der Anlagestiftung

Da ausschliesslich die Stiftung als Rechtsform den Zweck der beruflichen Vorsorge sicherzustellen vermag, war für die Anlagestiftung kein anderes Rechtskleid denkbar als die Stiftung. Die körperschaftlichen Eigenheiten der Anlagestiftung haben ihren Keim ebenfalls im Recht der beruflichen Vorsorge, denn es wäre undenkbar, den Anlegern – also den Vorsorgeeinrichtungen – das Mitspracherecht zu verweigern. Daher liegt es auf der Hand, dass die körperschaftlichen Elemente bei der Anlagestiftung eine *conditio sine qua non* waren, damit sie in der Lage sein würde, ihren Zweck optimal zu verwirklichen. Die Anlagestiftung ist deshalb als Sonderform *sui generis* der Stiftung zu betrachten.⁵³

IX. Ergebnis

Gemäss den obigen Ausführungen handelt es sich bei der Bezeichnung Anlagestiftung nicht um eine *falsa demonstratio* gemäss Art. 18 Abs. 1 OR. Es trifft also keineswegs zu, dass der Gesetzgeber dabei an eine andere Rechtsform dachte und diese fälschlicherweise als Stiftung bezeichnete. Vielmehr wurde der bereits bestehende Begriff Stiftung gezielt auf die existierenden Bedürfnisse der Vorsorgeeinrichtungen ausgedehnt. Hierfür schuf der Gesetzgeber im BVG eine Sonderform der klassischen Stiftung, die er mit körperschaftlichen Rechten ausstattete und für die er bewusst das klassische Stiftungsrecht im ZGB als sekundäres Recht vorsah. Auf diese Weise gewappnet sollte die Anlagestiftung in die Lage versetzt werden, ihre Aufgaben als Hilfsvehikel in der beruflichen Vorsorge optimal wahrzunehmen. Diesen Zweck hat der Gesetzgeber mit der Kodifizierung der Anlagestiftung zweifellos erreicht.

⁵² KRATZ-ULMER (FN 9), 55.

⁵³ Vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 3. Abteilung, 3. Teilband. Die Stiftungen, Bern 1975, unveränderter Nachdruck 1981, ST N 15, der die Personalfürsorgestiftungen und Anlagestiftungen als Unterbegriffe der Stiftung qualifiziert.