

Memorandum zum ASV-Vorschlag einer ASV-Teilrevision

I.	Gegenstand und Zusammenfassung	1
II.	Rechtlicher Hintergrund	1
1.	Entstehung und Merkmale der Anlagestiftungen	1
2.	Regulierung der Anlagestiftung	2
3.	Rechtsrahmen der Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV)	4
III.	Analyse Ausgewählter Anlagevorschriften der ASV und Revisionsvorschlag	8

I. GEGENSTAND

¹ Das vorliegende Memorandum legt in Ziff. II in allgemeiner Weise den rechtlichen Rahmen dar, der für die Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV) Geltung hat. In Ziff. III (bzw. der Beilage) wird anhand ausgewählter Bestimmungen aufgezeigt, dass sich die ASV nicht an diese rechtlichen Vorgaben hält, weshalb ein (kommentierter) Revisionsvorschlag unterbreitet wird.

II. RECHTLICHER HINTERGRUND

1. Entstehung und Merkmale der Anlagestiftungen

² Anlagestiftungen entstanden aus dem Bedürfnis, eine auf die Vorsorgewerke zugeschnittene, steuerbegünstigte kollektive Anlage zu ermöglichen, einerseits um Kosten zu sparen, andererseits um die Vorsorgeeinrichtung von den Anforderungen der Vermögensverwaltung zu entlasten. Entstanden sind die Anlagestiftungen demnach als *Selbsthilfeeinrichtungen* der Vorsorgewerke, weshalb sie auf die Bedürfnisse der Anleger (Vorsorgewerke) zugeschnitten sind. Sie sind seit jeher mit weitgehenden Anlegerrechten ausgestattet und bilden einen festen Bestandteil des schweizerischen Systems der beruflichen Vorsorge.¹

³ Die typischen Merkmale der Anlagestiftung lassen sich kurz wie folgt zusammenfassen:²

- *Begrenzter Anlegerkreis*, der sich auf qualifizierte Anleger beschränkt (Einrichtungen der 2. Säule und der Säule 3a), *die selbst prudentiell beaufsichtigt sind*.
- *Selbsthilfegedanken*: Der Selbsthilfeszweck kommt auch in Art. 53g Abs. 1 BVG zum Ausdruck, wonach *zur gemeinsamen Anlage und Verwaltung von Vorsorgegeldern* Stiftungen gegründet werden können.

¹ SANDRA BÜRLI-BONER, Anlegerschutz bei kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz, Zürich Basel Genf 2003, S. 115 ff.

² Vgl. ROLAND KRIEMLER, Anlagestiftungen mit einem neuen Zuhause, NZZ vom 30. Juli 2010.

- *Autonomie der Anleger in den zentralen Bereichen* (Ausfluss des Selbsthilfegedankens): Dies wird in Art. 53h Abs. 3 und Art. 53i Abs. 1 BVG kodifiziert, wonach die Anlegerversammlung Bestimmungen über die Organisation, die Verwaltung und die Kontrolle sowie der Anlagen im Stammvermögen und Anlagevermögen erlässt. Dieses *kooperative Element* ist zentral für die Anlagestiftung.
- *Kosteneffizienz* (letztlich zugunsten der Vorsorgesparer): Erzielung von Skaleneffekten, steuerliche Begünstigung.

⁴ Damit sind auch die Unterschiede der Anlagestiftung zur kollektiven Kapitalanlage gemäss KAG ersichtlich: Zwar stellt die Anlagestiftung auch eine kollektive Anlageform dar, sie unterscheidet sich von einer kollektiven Kapitalanlage gemäss KAG aber gerade darin, dass die Kooperation der Anleger im Vordergrund steht, die Fremdverwaltung also kein Kernelement darstellt. Damit geht einher, dass die regulatorischen Anforderungen an den Anlegerschutz bei Anlagestiftungen nicht so streng sein können wie bei einem Anlagefonds, ansonsten der kooperative Zweck verunmöglicht würde.³

2. Regulierung der Anlagestiftung

2.1 Das neue Rechtskleid (Artikel 53g–53k BVG)

⁵ Der Gesetzgeber hat mit Art. 53g–53k BVG die Anlagestiftung einer Regulierung unterzogen, ohne an den Grundelementen des seit Jahrzehnten bewährten Instituts zu rütteln.

⁶ Die heute geltenden Gesetzesbestimmungen lesen sich wie folgt:

Art. 53g Zweck und anwendbares Recht

- ¹ Zur gemeinsamen Anlage und Verwaltung von Vorsorgegeldern können Stiftungen nach den Artikeln 80–89^{bis} des Zivilgesetzbuches gegründet werden.
- ² Anlagestiftungen sind Einrichtungen, die der beruflichen Vorsorge dienen. Sie unterstehen diesem Gesetz. Soweit dieses Gesetz und seine Ausführungsbestimmungen keine auf die Anlagestiftung anwendbare Regelung vorsehen, sind auf sie subsidiär die allgemeinen Bestimmungen des Stiftungsrechts anwendbar.

Art. 53h Organisation

- ¹ Das oberste Organ der Anlagestiftung ist die Anlegerversammlung.
- ² Der Stiftungsrat ist das geschäftsführende Organ. Mit Ausnahme der Aufgaben, die unmittelbar mit der obersten Leitung der Anlagestiftung verbunden sind, kann er die Geschäftsführung an Dritte delegieren.
- ³ Die Anlegerversammlung erlässt Bestimmungen über die Organisation, die Verwaltung und die Kontrolle der Anlagestiftung.

Art. 53i Vermögen

- ¹ Das Gesamtvermögen der Anlagestiftung umfasst das Stammvermögen und das Anlagevermögen. Die Anlegerversammlung erlässt Bestimmungen über die Anlagen dieser Vermögen. Die Statuten können bestimmen, dass diese Befugnis durch den Stiftungsrat ausgeübt wird.

³ ARMIN KÜHNE, Die Zukunft der Anlagestiftung in der Schweiz, Präsentation anlässlich der Morning Star Investment Conference vom 23. November 2011.

- 2 Das Anlagevermögen besteht aus den von Anlegern zum Zwecke der gemeinsamen Vermögensanlage eingebrachten Geldern. Es bildet eine Anlagegruppe oder gliedert sich in mehrere Anlagegruppen. Die Anlagegruppen werden rechnerisch selbständig geführt und sind wirtschaftlich voneinander unabhängig.
- 3 Eine Anlagegruppe besteht aus gleichen und nennwertlosen Ansprüchen eines oder mehrerer Anleger.
- 4 Sachen und Rechte, die zu einer Anlagegruppe gehören, werden im Konkurs der Anlagestiftung zugunsten von deren Anlegern abgesondert. Dasselbe gilt sinngemäss für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Vorbehalten bleibt ein Anspruch der Anlagestiftung auf:
 - a. die vertraglich vorgesehenen Vergütungen;
 - b. Befreiung von den Verbindlichkeiten, die sie in richtiger Erfüllung ihrer Aufgaben für eine Anlagegruppe eingegangen ist;
 - c. Ersatz der Aufwendungen, die sie zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten gemacht hat.
- 5 Die Verrechnung ist nur zulässig bei Forderungen innerhalb der gleichen Anlagegruppe oder bei Forderungen innerhalb des Stammvermögens.

Art. 53j Haftung

- 1 Die Haftung der Anlagestiftung für Verbindlichkeiten einer Anlagegruppe ist auf das Vermögen dieser Anlagegruppe beschränkt.
- 2 Jede Anlagegruppe haftet nur für eigene Verbindlichkeiten.
- 3 Die Haftung der Anleger ist ausgeschlossen.

Art. 53k Ausführungsbestimmungen

Der Bundesrat erlässt Bestimmungen über:

- a. den Anlegerkreis;
- b. die Äufnung und Verwendung des Stammvermögens;
- c. die Gründung, Organisation und Aufhebung;
- d. die Anlage, Buchführung, Rechnungslegung und Revision;
- e. die Anlegerrechte.

⁷ Dass der Gesetzgeber die Natur der Anlagestiftung und ihre Zwecksetzung nicht verändern wollte, zeigt auch die Entstehungsgeschichte der Art. 53g ff. BVG:

⁸ Die Bestimmungen von Art. 53g ff. BVG über die Anlagestiftungen wurden durch eine parlamentarische Initiative der zuständigen ständerätlichen Kommission eingefügt.⁴ Die zuständige ständerätliche Kommission schuf die Regelungen deshalb, weil der Bundesrat selbst in seiner Vorlage zur Strukturreform der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge keine Bestimmungen zu den Anlagestiftungen aufgenommen hatte.⁵ Es ging dem Ständerat bei Erlass von Art. 53g ff. BVG allerdings erklärermassen nicht darum, die Anlagevorschriften neu zu erfinden, sondern es sollte eine gesetzliche Grundlage für die Anlagestiftungen im BVG geschaffen werden. Es wurde vor allem auf die Kosteneffizienz der Anlagestiftungen, den klar umschriebenen Anlegerkreis, das Ausmass des Selbsthilfedankens und die gut ausgebauten Mitwirkungsrechte der Anleger verwiesen (Votum Bürgi). Nationalrat Rechsteiner wies eingangs der Detailberatung im Nationalrat ebenfalls darauf hin, dass es darum gehe, die Anlagestiftungen als Selbsthilfeorganisationen der Pensionskassen dem BVG und namentlich der BVV 2 zu unterstellen⁶ und nicht dem KAG (Votum Schwaller).

⁴ AB 2008 S 559 ff. sowie Ratsunterlagen, Antrag der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 26. August 2008.

⁵ BBl 2007 5669.

⁶ KGS 2009 N 1586.

⁹ Gestützt auf den Auftrag des Gesetzgebers gemäss Art. 53k BVG, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, hat der Bundesrat die ASV eingeführt. Diese Ausführungsbestimmungen haben sich an den nachfolgend aufgezeigten Rechtsrahmen zu halten.

3. Rechtsrahmen der Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV)

3.1 Gesetzliche Grundlage

a. Allgemeines

¹⁰ Verordnungen sind generell-abstrakte Rechtsnormen, die auf einer Stufe unterhalb des Gesetzes im formellen Sinn stehen und keine autonome Satzung darstellen. Der Erlass von Verordnungen ist an die folgenden Voraussetzungen geknüpft:⁷

- Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein.
- Die Delegationsnorm ist in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten.
- Die Delegation hat sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie zu beschränken.
- Die Grundzüge der Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, sind in einem Gesetz im formellen Sinn umschrieben.

¹¹ Die beiden letzten Voraussetzungen geben das Legalitätsprinzip (Gesetzsmässigkeitsprinzip) wieder. Dieses verlangt unter anderem eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Das Erfordernis der Bestimmtheit steht im Dienste des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.⁸ Für den Bestimmtheitsgrad sind auch die Flexibilitätsbedürfnisse zu beachten. Regelungen, die ständiger Anpassungen an veränderte Verhältnisse – beispielsweise an wirtschaftliche oder technische Entwicklungen – bedürfen, werden zweckmässigerweise nicht in einem Gesetz im formellen Sinn, sondern in einer Verordnung getroffen. Der Gesetzgeber trifft jedoch die Grundentscheidungen; er legt die grossen Linien fest. Der Ordnungsgeber befasst sich dagegen mit den Details sowie mit denjenigen Fragen, die besondere Fachkenntnisse verlangen.⁹

¹² Der Ordnungsgeber hat sich an den Rahmen der Delegationsnorm (hier Art. 53k BVG) zu halten. Der Umfang der Delegation ist dabei durch Auslegung zu ermitteln. Sodann dürfen in der Verordnung keine substantiellen Regeln enthalten sein (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV, wonach

⁷ PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eigenossenschaft, 3. A., Bern 2011, 381 m.w.H.

⁸ BGE 131 II 13, E. 6.5.1; 109 Ia 273, E. 4d; 128 I 327, E. 4.2 m.w.H.

⁹ BGE 1P.363/ 2002 (07.05.2003) E. 2.3; LUZIUS MADER, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht, in: ZSR 123/2004 II S. 98 f.

alle "wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen" in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind).

- ¹³ Da sich die ASV auf ein Bundesgesetz (BVG) und nicht direkt auf die Verfassung stützt, qualifiziert sie als sog. "unselbstständige Verordnung"¹⁰. Zur Überprüfung unselbstständiger Verordnungen hat sich das Bundesgericht wie folgt geäußert:¹¹

"Bei unselbstständigen Bundesratsverordnungen prüft das Bundesgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat ein sehr weites Ermessensspielraum eingeräumt, ist dieser für das Bundesgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern (BGE 128 II 34 E. 3b S. 40 f.; BGE 127 II 184 E. 5a S. 190, BGE 127 II 238 E. 8a S. 259, je mit Hinweisen)."

b. Delegation durch Gesetz

- ¹⁴ Der Umfang der Delegation an den Verordnungsgeber ist aufgrund einer Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen zu bestimmen. Ganz allgemein lassen sich dazu die folgenden Ausführungen machen:

- Die Grundmerkmale der Anlagestiftung, insbesondere der Selbsthilfeszweck und das kooperative Element, finden sich im Wortlaut der geltenden Gesetzesbestimmungen wieder.
- Dass die bewährte Form der Anlagestiftung belassen werden sollte, stimmt im Übrigen mit dem Willen des Gesetzgebers überein, was sich klar aus den Materialien ergibt. Die Anlagestiftung sollte ein eigenes rechtliches Kleid erhalten, ihr Charakter als kooperativ geprägte Selbsthilfeinstitution von qualifizierten/beaufsichtigten Investoren behalten. Bei neueren Gesetzen pflegt das Bundesgericht den entstehungsgeschichtlichen Umständen erhöhtes Gewicht beizumessen (da zwischen dem Wortlaut der Bestimmungen und ihrer Entstehungsgeschichte keine Diskrepanzen bestehen, müssen diese Auslegungselemente nicht gegeneinander abgewogen werden).
- Die ASV darf nach der Marginalie von Art. 53k BVG *Ausführungsbestimmungen* erlassen und keine eigenen materiellen Regelungsgegenstände vorsehen.
- Wichtige Normierungen, insbesondere substantielle Eingriffe in die Rechtsstellung von Regelungsadressaten sind per se ausserhalb des Delegationsrahmens und daher unzulässig.

¹⁰ Eine selbstständige Verordnung würde sich direkt auf die Bundesverfassung stützen; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, §14 N 15 ff.

¹¹ BGE 130 I 26, 32.

- Da die Art. 53g–53k BVG den Verordnungsgeber nicht autorisieren, von der Verfassung abzuweichen, muss die ASV verfassungskonform ausgestaltet sein (vgl. sogleich).

¹⁵ Dass die ASV den vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen sprengt, wird im kommentierten Revisionsvorschlag im Detail aufgezeigt (vgl. unten Ziff. III).

3.2 Einschränkungen durch die Verfassung

a. Verfassungsrechtliches Legalitätsprinzip

¹⁶ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 11. Die ASV geht über den ihr zustehenden Rechtsrahmen hinaus und verletzt mithin das Legalitätsprinzip.

b. Verfassungsmässiges Rechtsgleichheitsgebot

¹⁷ Die verfassungsmässige Garantie der Rechtsgleichheit ist von sämtlichen Staatsorganen in allen Funktionen und auf sämtlichen Ebenen der Staatstätigkeit zu beachten. Es gibt keine Bereiche staatlicher Tätigkeit, die davon ausgenommen sind. Dementsprechend gilt das Prinzip der Rechtsgleichheit auch in der Rechtsetzung und insbesondere für den Erlass von Verordnungen durch den Bundesrat.

¹⁸ Mit einigen wenigen vorliegend nicht bedeutsamen Ausnahmen ist unter Rechtsgleichheit eine relative Gleichbehandlung zu verstehen: Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Es ist dem rechtsetzenden Organ also verboten, Differenzierungen zu treffen, für die sachliche und vernünftige Gründe fehlen oder sich über erhebliche tatsächliche Unterschiede hinwegzusetzen. Ein Erlass verletzt das Rechtsgleichheitsgebot, "wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in dem zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen"¹².

¹⁹ Aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit kann einerseits abgeleitet werden, dass Anlagestiftungen bzw. Anlagegruppen gleichen Typs grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Auf der anderen Seite spielt das Gleichbehandlungsgebot aber gerade auch im Verhältnis zwischen der Anlagestiftung und anderen Anlagevehikeln, in welche Vorsorgegelder investiert werden, wie bspw. Anlagefonds. Da Anlagestiftungen keine Vorsorgeeinrichtungen sind, sondern Selbsthilfeeinrichtungen (gemäss Art. 53g Abs. 2 definiert als "Einrichtungen, die der beruflichen Vorsorge dienen"), ist eine *absolute* Gleichbehandlung zwischen ersteren und letzteren selbstredend nicht gefordert, sondern die Anlagestiftungen können aufgrund ihrer Natur und Funktion und entsprechend dem Grundsatz der *relativen* Gleichbehandlung weniger strengen Anforderungen unterworfen werden.

²⁰ Die zahlreichen Benachteiligungen der Anlagestiftungen gegenüber anderen kollektiven Anlagevehikeln sowie Vorsorgeeinrichtungen verletzt das Gleichbehandlungsgebot (vgl. dazu unten Ziff. III bzw. den kommentierten Revisionsvorschlag).

c. Wirtschaftsfreiheit

¹² BGE 122 I 18, 25; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich 2012, N 747 ff.

21 Die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 1 BV beinhaltet unter anderem das Recht des Einzelnen, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben.¹³

22 Ein Aspekt der Wirtschaftsfreiheit ist die Organisationsfreiheit, wonach es dem Wirtschaftsteilnehmer anheimgestellt ist, ob er seine Tätigkeit allein oder zusammen mit anderen, in einer vom Privatrecht zur Verfügung gestellten Organisationsform, ausüben will. Sodann leitet das Bundesgericht aus der Wirtschaftsfreiheit einen Anspruch der direkten Konkurrenten auf Gleichbehandlung bzw. ein Verbot der rechtsungleichen Behandlung der direkten Konkurrenten ab.¹⁴

23 Als Beispiel für eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Organisationsfreiheit) lassen sich die gravierenden Einschränkungen von Art. 24 und 25 ASV betreffend Tochtergesellschaften und Beteiligungen im Stammvermögen anführen, welche geeignet sind, einer Anlagestiftung die Wahl einer optimalen Struktur zu verunmöglichen. Dass die Anlagestiftungen aufgrund der ASV gegenüber ihren Konkurrenten benachteiligt werden, wurde bereits ausgeführt.

d. Eigentumsgarantie

24 Als Bestandesgarantie schützt die Eigentumsgarantie die konkreten, individuellen Eigentumsrechte vor staatlichen Eingriffen. Beschränkungen des Eigentums sind nur zulässig, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein ausreichendes öffentliches Interesse gedeckt sind und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren.¹⁵

25 Auch hier kann das Beispiel einer Verletzung die gravierenden Einschränkungen der Bestimmungen von Art. 24 und 25 ASV aufgeführt werden (Tochtergesellschaften und Beteiligungen im Stammvermögen), die weder im öffentlichen Interesse noch verhältnismässig sind.

e. Verhältnismässigkeit

26 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit stützt sich auf Art. 5 Abs. 2 BV, wonach staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit wird danach gefragt, "ob der Eingriff mit Blick auf das zu verfolgende und als zulässig anerkannte Eingriffsinteresse *ein ausreichendes Mass an praktischer Vernunft* aufweist"¹⁶. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat im ganzen Bereich des öffentlichen Rechts Geltung, auch im Bereich der Rechtssetzung¹⁷. Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss eine Massnahme geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Der Eingriff muss sodann erforderlich (Übermassverbot) und zumutbar sein

¹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, N 628 ff.

¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 13) N 646.

¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 13) N 599.

¹⁶ PIERRE TSCHANNEN (zit. FN 7) 140.

¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 13) N 585.

(Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung). Es geht mithin um die Zwecktauglichkeit einer Massnahme.¹⁸

²⁷ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist im Hinblick auf eine Prüfung der Verfassungskonformität der ASV insbesondere dann von Bedeutung, wenn es abzuwägen gilt, ob eine Bestimmung für die Erreichung des Regelungszwecks notwendig ist. Dies ist nicht der Fall, wenn mit einer milderen Anordnung das angestrebte Ziel ebenso erreicht wird.

²⁸ So ist es, um das Beispiel der Anlagevorschriften anzuführen, sachgerecht sein, auf Stufe der Anlagestiftung weniger weitgehende Anlagevorschriften vorzusehen, als sie in der BVV 2 für die direkt unterstellten Normadressaten verankert sind: Da die Anleger der Anlagestiftung ausschliesslich der BVV 2 unterstellte Institute sind, stellt eine strikte Anwendung bspw. der Diversifikationsvorschriften der BVV 2 eine unnötige und mithin zweckuntaugliche Doppelregulierung dar.

f. Exkurs: Gerichtliche Überprüfung unselbständiger Verordnungen

²⁹ Bundesrätliche Verordnungen können durch das Bundesgericht nur akzessorisch überprüft werden. Weder mit der Beschwerde in öffentlich rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) noch mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) kann eine Verordnung des Bundesrates oder einer anderen Bundesbehörde direkt und selbstständig vor dem Bundesgericht angefochten werden.¹⁹

³⁰ Bezüglich unselbständiger Verordnungen des Bundesrates (wie vorliegend) ist abzuklären, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der Verordnung.²⁰

III. ANALYSE AUSGEWÄHLTER ANLAGEVORSCHRIFTEN DER ASV UND REVISIONSVORSCHLAG

³¹ Vgl. die beiliegende Tabelle mit einem kommentierten Revisionsvorschlag.

¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 13) N 587 m.w.H.

¹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER (vgl. FN 12) N 2086 ff.

²⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER (vgl. FN 12) N 2099.